

UiO : **Det juridiske fakultet**

Har du sagt A, må du si B?

Kontradiksjonsprinsippets betydning for rekkevidden av samtykke til opphevelse av bevisforbud

Kandidatnummer: 514

Leveringsfrist: 25.05.2020

Antall ord: 16 554



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Rettskildebildet og metode	2
1.2.1	Valg av metode.....	2
1.2.2	Rettskildebildet knyttet til bevisforbudet	2
1.2.3	Relevansen av straffeprosessuelle kilder.....	3
1.2.4	Kontradiksjonsprinsippet som rettskilde.....	4
2	SAMTYKKE TIL OPPHEVELSE AV BEVISFORBUD	5
2.1	Fri bevisførsel, kontradiksjon og bevisforbud.....	5
2.2	Profesjonsbasert taushetsplikt og korresponderende bevisforbud.....	6
2.3	Samtykke som opphørsgrunn	8
2.3.1	Et alminnelig unntak fra bevisforbudet.....	8
2.3.2	Krav til samtykke	8
2.3.3	Tolkning av samtykke	10
3	KONTRADIKSJONSPRINSIPPET I BEVISFØRINGSSPØRSMÅL.....	12
3.1	Rettslig grunnlag for vektlegging av kontradiksjonsprinsippet.....	12
3.2	Behovet for momenter som presiserer kontradiksjonsprinsippetets vekt.....	12
3.3	Hvordan veileder kontradiksjonsprinsippet ved stillingtagen til spørsmål om bevisførsel?.....	13
3.3.1	Nærmere om retten til kontradiktorisk prosess	13
3.3.2	Skriftlige erklæringer og kontradiksjon	15
3.3.3	Kontradiktorisk behandling av avgjørelsesgrunnlaget.....	16
3.3.4	Momenter som påvirker vekten av kontradiksjonshensyn.....	18
4	TEMATISK BEGRENSET SAMTYKKE.....	20
4.1	Presentasjon av typetilfellet.....	20
4.2	I hvilken grad aksepteres begrensede samtykker?.....	20
4.2.1	Prosessuelle hensyn er styrende for vurderingen	20
4.2.2	Hovedregel om avskjæring av delvis bevis.....	21
4.2.3	Når kan begrensede samtykker likevel aksepteres?	22
5	IMPLISITT SAMTYKKE FOR «UNDERLIGGENDE MATERIALE».....	25
5.1	Presentasjon av typetilfellet.....	25
5.2	Systematisering av vurderingskriterier	26

5.2.1	Krav til den konkludente handling	26
5.2.2	Samtykket kan ikke tolkes utvidende	27
5.2.3	Ved grensedragninger er kontradiksjonsprinsippet av betydning	29
5.3	Kan vitneforklaringer fremlegges som underliggende materiale?	31
5.4	Oppsummering av regelens innhold	33
6	SAKSANLEGG SOM IMPLISITT SAMTYKKE	35
6.1	Presentasjon av typetilfellet	35
6.2	Analogislutninger fra helsepersonelloven § 47	36
6.3	Parters opplysningsplikt	37
6.3.1	Forholdet mellom bevisforbudet og partens opplysningsplikt	37
6.3.2	Et unntak av hensyn til sakens opplysning og kontradiksjon?	39
7	KONKLUSJON	45
	KILDELISTE	47

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Kontradiksjonsprinsippet stiller krav til at partene i rettssaker skal få innsyn i og mulighet til å imøtegå motpartens fremstilling av faktum. Det er et grunnleggende prinsipp i sivilprosessen og en viktig rettssikkerhetsgaranti. Oppgaven skal undersøke hvordan kontradiksjonsprinsippet får betydning som retningslinje i spørsmål om bevisførsel, nærmere bestemt i situasjoner hvor det samtykkes til opphevelse av bevisforbud.

Bevisforbud er regler som begrenser hva det er tillatt å føre bevis om. Oppgaven skal fokusere på bevisforbudet i tvisteloven¹ § 22-5 første ledd om betroelser til særlige yrkesutøvere. Forbudet er ikke absolutt. Etter tredje ledd kan «den som har krav på hemmelighold [...] samtykke i at beviset føres»². Dette kan reise tolkningsspørsmål om samtykkets rekkevidde.

I utgangspunktet er det ingen berøringsflate mellom bevisforbud og kontradiksjonsprinsippet i rettsanvendelsen. Avveiningen mellom sakens opplysning og andre beskyttelsesverdige hensyn er allerede gjort av lovgiver. Ved å vedta bevisforbudet i tvl. § 22-5 har lovgiver tatt et velbegrunnet valg. Valget går ut på å beskytte retten til konfidensiell profesjonell bistand på bekostning av sakens opplysning i enkelte tilfeller. Opplysninger som er underlagt profesjonell taushetsplikt skal derfor i utgangspunktet ikke inngå i rettens avgjørelsesgrunnlag. Ettersom retten til kontradiksjon knytter seg til faktiske forhold som skal vurderes av retten, er det tilsynelatende ingen konflikt mellom bevisforbudet og retten til kontradiksjon. Når taushetsbelagte opplysninger utelates fra sakens faktum har motparten ingen interesse i å kommentere opplysningene.

Et samtykke til opphevelse av bevisforbud har imidlertid som virkning at taushetsbelagte bevis likevel skal inngå i rettens avgjørelsesgrunnlag. Oppgaven skal spesifikt drøfte situasjoner hvor én part har hånd om et eller flere bevis som i utgangspunktet er omfattet av bevisforbudet. Videre er forutsetningen at den som har krav på hemmelighold eksplisitt eller implisitt, helt eller delvis samtykker til fremleggelse av bevisene. I slike situasjoner kan kontradiksjonsprinsippet likevel ha betydning. Ved tolkning av samtykket avgjør retten rammen for den ene partens bevisførsel. På denne måten danner samtykket også rammen for de bevis motparten gis rett til innsyn i og mulighet til å kommentere. Hvilke opplysninger som anses omfattet av samtykket kan derfor få betydning for motpartens rett til kontradiktorisk prosess.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 Om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) [tvl.]

² Tvl. § 22-5 tredje ledd

Oppgavens tittel «Har du sagt A, må du si B?» er ment å problematisere resultatet av oppgavens problemstilling. Medfører det å anse kontradiksjonsprinsippet som retningslinje at taushetsbelagt bevis må legges frem i større omfang? Kontradiksjonsprinsippet er ment å øke gjennomsiktigheten i rettens avgjørelsesgrunnlag. Det kan derfor være grunn til å anta at kontradiksjonsprinsippet vil trekke i retning av mer fullstendig bevisførsel. Desto mer bevismateriale motparten har tilgang til, dess større mulighet har motparten til å påpeke feilslutninger som trekkes fra bevismaterialet. Samtidig vil vernet av profesjonell konfidensialitet sette grenser for tolkninger av samtykke. En for vid tolkning kan fort komme på kant med konfidensialitetshensynene bevisforbudet er ment å ivareta. Dette spenningsforholdet gjør det interessant å systematisere hvilke føringer kontradiksjonsprinsippet legger på tolkninger av samtykke til opphevelse av bevisforbud.

1.2 Rettskildebildet og metode

1.2.1 Valg av metode

I oppgaven skal jeg systematisere og analysere hvordan kontradiksjonsprinsippet får betydning som rettslig argument i ulike typetilfeller. Juridisk metode gir innsikter i «hvordan [...] jurister [går] frem når de tar standpunkt til rettsspørsmål.»³ Metoden er derfor et egnet verktøy til å angripe oppgavens problemstilling. Det å bruke «juridisk metode» angir likevel ikke en presis fremgangsmåte. Metoden må tilpasses kildesituasjonen tilknyttet de ulike problemstillingene oppgaven skal drøfte.⁴

1.2.2 Rettskildebildet knyttet til bevisforbudet

Et naturlig utgangspunkt for å besvare oppgavens problemstilling er samtykkeregelen i tvl. § 22-5 tredje ledd. Verken ordlyden, forarbeider eller juridisk litteratur drøfter forholdet til kontradiksjonsprinsippet i stort omfang. Jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i et omfattende søk i rettspraksis.⁵ Søket danner grunnlaget for å oppstille noen typetilfeller av juridiske problemstillinger som oppstår når det samtykkes til opphevelse av bevisforbud. De typetilfellene som også aktualiserer hensynet til kontradiksjon skal behandles i oppgaven.

³ Mestad (2019) s. 77

⁴ Sunde (2019) s. 30-31

⁵ Søk i Lovdata 22.05.2020 i rettskilde SIV det vil si alle sivile saker med lovhenviing: LOV-2005-06-17-90-§22-5, LOV-1915-08-13-6-§206a, LOV-1915-08-13-5-§205 ga 176 treff. Av disse behandler 38 avgjørelser samtykkeregelen. 19 av disse behandler problemstillinger med en side til kontradiksjonsprinsippet.

Problemstillingene jeg har identifisert i oppgaven stammer altså fra rettspraksis publisert på Lovdata. En kritikk som kan rettes mot denne fremgangsmåten gjelder rettsavgjørelsens representativitet. Dersom det ikke er grunnlag for å generalisere fra de publiserte avgjørelsene, svekker det betydningen av konklusjonene som kan trekkes fra oppgavens drøftelser. I verste fall kan manglende representativitet lede til feilslutninger.

De hensyn som begrunner bevisforbudet kan også tenkes å begrunne begrenset publisering av rettsavgjørelser. Eksisterer en slik regel vil det ha betydning for oppgavens kildetilfang. For å begrense skadevirkningene av at taushetsbelagt bevis føres for retten har lovgiver gitt regler i tvl. § 22-12.⁶ Retten skal etter denne bestemmelsen «pålegge de tilstedeværende taushetsplikt»⁷ når det samtykkes til fremleggelse av taushetsbelagt bevis. Virkningen av slik taushetsplikt for publisering av rettsavgjørelser fremgår likevel ikke klart av ordlyden. Spørsmålet ble drøftet av Høyesteretts ankeutvalg i HR-2016-1363-U. Ankeutvalget kom til at «[p]ålagt taushetsplikt om opplysninger som gjengis i domsgrunnene, innebærer at disse delene skal utelates i offentlige utskrifter av dommen.»⁸ Regelen går altså ut på å sensurere enkelte opplysninger i domsgrunnene.

Etter dette er det ikke grunn til å tro at oppgavens problemstilling forutsetter tilgang til upubliserte rettsavgjørelser. Oppgavens problemstilling er heller ikke avhengig av tilgang til innholdet i de sensurerte opplysningene. Av interesse er heller rettens vurdering i forkant av å tillate beviset ført. For de typetilfeller oppgaven behandler har jeg derfor vurdert at rettspraksis om samtykkeregelen i tvl. § 22-5 tredje ledd gir grunnlag for noen generaliseringer.

1.2.3 Relevansen av straffeprosessuelle kilder

Kilder tilknyttet bevisforbudet i straffeprosessloven⁹ § 119 kan også bidra i tolkningen av tvl. § 22-5. Det følger av omfattende rettspraksis at bevisforbudene i henholdsvis tvisteloven og straffeprosessloven skal forstås likt, både med hensyn til omfanget av bevisforbudet og samtykkeregelen.¹⁰ Straffeprosessuelle kilder vil derfor brukes sporadisk når de bidrar til en prinsipiell avklaring av innholdet i samtykkeregelen.

⁶ Schei (2016) note 1 til tvl. § 22-12

⁷ Tvl. § 22-12 første ledd

⁸ HR-2016-1363-U avsnitt 19

⁹ Lov 22. mai 1981 nr. 25 Om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) [strpl.]

¹⁰ Se bla. Rt. 2008 s. 504 avsnitt 17 og Rt. 2013 s. 1206 avsnitt 21

1.2.4 Kontradiksjonsprinsippet som rettskilde

Et annet rettskildemessig utgangspunkt for å drøfte oppgavens problemstilling er kontradiksjonsprinsippet. Rettslige prinsipper brukes ofte i juridisk argumentasjon, men på ulike måter.¹¹ I oppgaven vil jeg bruke kontradiksjonsprinsippet i tråd med Frøbergs begrep om «norm-ekspressive generaliseringer».¹² Med «*norm-ekspressivt*» menes det at prinsippet ikke bare er en systematisering av allerede eksisterende materiale.¹³ Det har en normativ kraft i seg selv. Kontradiksjonsprinsippet kan altså brukes som et selvstendig argument for løsningen av rettslige spørsmål.¹⁴ Dette er et viktig premiss for oppgavens problemstilling. For fremstillingen videre betyr det at det er relevant å systematisere hvordan kontradiksjonsprinsippet faktisk brukes av domstolene for løsning av bevisføringsspørsmål. Videre kan jeg undersøke hvordan prinsippet vektlegges som et argument i avveiningsprosessen.

Klassifisering som en «*generalisering*» peker på at kontradiksjonsprinsippet er uttrykk for en «sammenfattende allmenngjøring av noe som ligger til grunn for et sett med enkeltkilder»¹⁵. Med andre ord at kontradiksjonsprinsippet gjennomsyrrer prosesslovgivningen og har fått utslag i flere enkeltbestemmelser i tvisteloven. Dette har også betydning for fremgangsmåten i oppgaven. For å undersøke hvordan kontradiksjonsprinsippet brukes som rettslig argument generelt kan det være relevant å se hen til ulike bestemmelser i tvisteloven som vektlegger hensynet til kontradiksjon.

¹¹ Frøberg (2014) systematiserer syv innarbeidede bruksmåter for «prinsipper» i juridisk argumentasjon.

¹² Frøberg (2014) s. 171

¹³ Frøberg (2014) s. 178

¹⁴ Frøberg (2014) s. 171

¹⁵ Frøberg (2014) s. 171

2 Samtykke til opphevelse av bevisforbud

2.1 Fri bevisførsel, kontradiksjon og bevisforbud

Regelen om bevisforbud for betroelser til særlige yrkesgrupper er plassert i tvistelovens femte del om bevis, i kapittelet om bevisforbud og bevisfritak. Hovedformålet med bevisreglene er at de skal fremme materielt riktige resultater.¹⁶ Med andre ord skal de legge til rette for at det faktisk rettslige avgjørelser bygger på er korrekt. For å tjene dette formålet er hovedregelen i norsk prosessrett fri bevisførsel.¹⁷ Med fri bevisførsel menes i denne sammenheng at partene både står fritt til å velge hvilke bevismidler de vil bruke for å opplyse saken og bevisføringens omfang.¹⁸ Antakelsen er at det alltid er én part som har interesse av å tilby et bevis fordi det taler i partens favør. Dermed danner partsprosessen med fri bevisføring grunnlaget for at de viktigste bevisene kommer frem til domstolen.¹⁹

Retten til kontradiksjon bygger videre opp under bevisreglenes hovedformål. Matningsdal påpeker at en kontradiktorisk prosess fremmer materielt riktige resultater på flere måter. For det første er det partene som best kjenner de faktiske forholdene i saken. Det tjener da sannhetsidealet at de har tilgang til og kan kommentere de bevis som legges frem. For det andre bidrar det til materielt riktige resultater at mulige svakheter i en parts tolkning av de enkelte bevis påpekes. For det tredje sikrer retten til kontradiksjon at det gis adgang til å føre motbevis når dette er påkrevd for sakens opplysning. Retten til kontradiksjon ivaretar etter dette grunnleggende rettsikkerhetshensyn. Den skal sikre at rettsavgjørelser bygger på en mest mulig sann fremstilling av de faktiske forhold.²⁰

Bevisforbud er som tidligere nevnt tvistelovens begrep for regler som begrenser partenes adgang til å føre bevis.²¹ Reglene retter seg mot visse opplysninger og bevisføringsformer og skal håndheves av retten av eget tiltak. Bevisforbudene utgjør etter dette et unntak både fra regelen om fri bevisføring og kontradiksjon. Uttrykkelig gjør bevisforbudene unntak fra både hovedregelen om bevisføring i tvl. § 21-3 første ledd og opplysningsplikten i rettergang for partene og andre, jf. tvl. § 21-4 og § 21-5. I dette perspektivet innebærer bevisforbudene en risiko for at

¹⁶ NOU 2001:32 A s. 454

¹⁷ tvl. § 21-3 første ledd første punktum

¹⁸ Backer (2015) s. 294

¹⁹ Strandberg (2011) s. 176

²⁰ Matningsdal (2013) s. 5

²¹ Hov (2019) s. 222

saken må avgjøres på uriktig eller ufullstendig grunnlag.²² Det følger av dette at de lovfestede bevisforbudene i tvisteloven må bygge på tungtveiende hensyn som lovgiver har valgt å gi gjennomslag overfor sakens opplysning.²³

2.2 Profesjonsbasert taushetsplikt og korresponderende bevisforbud

Profesjonsbasert taushetsplikt betegner den plikten enkelte yrkesutøvere har til å bevare konfidensialitet om opplysninger de tilegner seg i sin profesjonelle rolle. For helsepersonell er taushetsplikten lovfestet i helsepersonelloven²⁴ §§ 21 flg. For advokater finnes det ingen tilsvarende særregulering i lov.²⁵ At en slik plikt eksisterer følger likevel klart av straffeloven²⁶ § 211 som sanksjonerer brudd på taushetsplikten, også for advokater.

Brudd på taushetsplikten kan altså innebære straffansvar. Likevel er utgangspunktet i norsk prosess at vitneplikten går foran taushetsplikten dersom ikke annet følger av lov.²⁷ For å gripe inn i sakens opplysning er det derfor nødvendig med egen lovregulering i form av bevisforbud.²⁸ Denne doble reguleringen krever en kort presisering. Når jeg i oppgaven snakker om «taushetsbelagt materiale», «taushetsbelagt bevis» e.l. sikter jeg til opplysninger omfattet av bevisforbudet, ikke opplysninger underlagt taushetsplikt som sådan.

Bevisforbudet for opplysninger omfattet av profesjonsbasert taushetsplikt følger av tvl. § 22-5 første ledd første punktum hvor det heter at retten ikke kan «ta imot bevis fra [nærmere bestemte yrkesgrupper] om noe som er betrodd dem i deres stilling». Bestemmelsen er en videreføring av tvistemålsloven²⁹ § 205. Det betyr at både forarbeider og rettspraksis knyttet til denne bestemmelsen er relevante kilder for å klargjøre regelens innhold.³⁰ En rekke yrkesgrupper er

²² NOU 2001:32 A s. 454

²³ Rettspraksis underbygger også at unntak fra hovedregel om fri bevisføring og kontradiksjon som regel må ha hjemmel i lov eller regler med tilsvarende trinnhøyde. Se HR-2018-931-U avsnitt 23 og 24 med videre henvisninger

²⁴ Lov 2. juli 1999 nr. 64 Om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) [hpl.]

²⁵ Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (advokatforskriften) kapittel 12 Regler for god advokatskikk, pkt. 2.3 inneholder en fortrolighetsplikt for advokater. Brudd på plikten til å bevare fortrolighet sanksjoneres med disiplinære tiltak. Fortrolighetsplikten strekker seg også lenger enn den lovbestemte taushetsplikt, jf. Pkt. 2.3.2 andre ledd. Fortrolighetsplikten behandles ikke i det videre.

²⁶ Lov 20. mai 2005 nr. 28 Om straff (straffeloven) [strl.]

²⁷ Skoghøy (2013) s. 178

²⁸ Taushetsplikten og bevisforbudet er heller ikke helt overlappende i sin rekkevidde. Ettersom bevisforbudet griper inn i sakens opplysning verner dette en noe snevrere krets av opplysninger enn taushetsplikten, jf. Skoghøy (2013) s. 181. En fremstilling av rekkevidden av bevisforbudet kan imidlertid danne grunnlag for en hel masteroppgave i seg selv og jeg vil derfor ikke behandle temaet videre.

²⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6 Om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) [tvml.]

³⁰ NOU 2001:32B s. 959

listet opp i ordlyden, herunder «advokater», «leger» og «psykologer». For at fremstillingen i det videre ikke skal bli for omfattende, vil jeg konsentrere meg om disse tre yrkesgruppene. Dette valget har også bakgrunn i at opplysninger omfattet av taushetsplikten for advokater, leger og psykologer er omfattende behandlet i rettspraksis.

Hovedbegrunnelsen for bevisforbudet er vernet om tillitsforholdet mellom en klient eller pasient og yrkesutøveren.³¹ Tillitsforholdet tjener både individuelle og samfunnsmessige hensyn.³² Av individuelle interesser kan nevnes beskyttelse av personsensitive opplysninger.³³ Ut over dette sikrer bevisforbudet at klienter og pasienter er komfortable med å gi korrekte og fullstendige opplysninger til yrkesutøveren. Slik kan advokater, leger og psykologer fatte beslutninger og gi råd basert på presumtivt korrekt informasjon.³⁴ Advokatenes taushetsplikt bidrar til at personer kan søke profesjonell juridisk bistand. Slik ivaretar de sine rettslige interesser. Taushetsplikten for advokater utgjør i lys av dette en viktig rettssikkerhetsgaranti som er sentral i en fungerende rettsstat.³⁵ Taushetsplikten for leger og psykologer er en viktig forutsetning for at pasienter skal oppsøke og få riktig behandling.³⁶ Det faktum at de essensielle samfunnsfunksjoner disse yrkesgruppene står for ikke kan utøves uten konfidensialitet, begrunner en innskrenkning av sakens opplysning ved bevisforbud.

Konfidensialitetshensynene fremhevet over anses så grunnleggende at de også har vern under Grunnloven³⁷ § 102 og EMK³⁸ art. 8 om retten til respekt for privatliv.³⁹ Når det gjøres inngrep i denne rettigheten kreves det lovhjemmel som forfølger et legitimt formål.⁴⁰ En videre forutsetning er at inngrepet ut fra en avveining av de motstridende interesser finnes så godt begrunnet at de er nødvendige i et demokratisk samfunn.⁴¹ Samtykke som opphørsgrunn skiller seg imidlertid fra slike inngrep fordi det er den samtykkeberettigede selv om utøver rådighet over de taushetsbelagte opplysningene. Ved samtykke utøver den som har krav på hemmelighold sin

³¹ Se NOU 2015:3 s. 190 og NOU 2019:15 s. 59 for advokaters taushetsplikt, Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 83 for helsepersonell.

³² NOU 2016:24 s. 266-267

³³ NOU 2016:24 s. 267

³⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 83

³⁵ NOU 2019:15 s. 59

³⁶ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 83

³⁷ Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven) [Grl.]

³⁸ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950

³⁹ Campbell v. The United Kingdom § 48 og Michaud v. France §§ 118-119

⁴⁰ Lov 1. juni 2018 nr. 23 Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering § 26 fjerde ledd og Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning § 10-2 andre ledd er eksempler på slike unntak fra taushetsplikten gjort i norsk lovgivning.

⁴¹ Campbell v. the United Kingdom § 34

personlige autonomi og gir avkall på det diskresjonsvernet lovgiver har gitt i form av taushetsplikten og bevisforbudet.⁴² Det trinnhøyere vernet av retten til konfidensiell profesjonell bistand forfølges derfor ikke videre i denne oppgaven. Likevel illustrerer det sterke vernet av konfidensialitet at det skal vektige grunner til for å gjøre innhugg i bevisforbudets rekkevidde.

2.3 Samtykke som opphørsgrunn

2.3.1 Et alminnelig unntak fra bevisforbudet

Etter tvisteloven § 22-5 tredje ledd kan «[d]en som har krav på hemmelighold [...] samtykke i at beviset føres». Regelen utgjør et alminnelig unntak fra bevisforbudet. Samtykkekompetanse har som hovedregel den som har betrodd seg til en yrkesutøver, typisk pasienten eller klienten, og som opplysningene direkte gjelder.⁴³ Det finnes unntak, for eksempel i situasjoner der en person har betrodd seg om en annens forhold, der selskaper går konkurs eller der klienten/pasienten er død.⁴⁴ Ettersom tyngdepunktet i denne oppgaven gjelder rekkevidden av samtykke, faller en drøftelse av kompetansespørsmål utenfor temaet. I det videre forutsettes det derfor at den som samtykker til fremleggelse av taushetsbelagt bevis er samtykkekompetent. Rettsvirkningen av at samtykke konstateres er at yrkesutøveren har en plikt til å forklare seg med mindre andre fritaksgrunner kan påberopes.⁴⁵ Alternativt må fremprovoserte realbevis slik som legejournaler eller skriftlig advokatkorrespondanse fremlegges.

2.3.2 Krav til samtykke

Fra en praktisk synsvinkel er det fordelaktig for yrkesutøveren å sikre seg et skriftlig samtykke til opphevelse av bevisforbud. Dette kan minske bevistvil om at samtykke er gitt og hva det går ut på. Prinsipielt stilles likevel ingen formkrav til samtykke. «Samtykke behøver ikke gis uttrykkelig. Det kan følge så å si av sammenhengen og konkludent atferd – være implisitt.»⁴⁶ Samtykke innebærer likevel at den samtykkekompetente gir avkall på retten til konfidensialitet. Dette tilsier at det må stilles visse krav til samtykke.

⁴² Rasmussen (1997) s. 224

⁴³ Skoghøy (2017) s. 782

⁴⁴ For en utførlig drøftelse av kompetansespørsmål, se Svalheim (1996) s. 151-157 for advokaters taushetsplikt, Aasen (2000) s. 558-600 for helsepersonell

⁴⁵ Skoghøy (2017) s. 782

⁴⁶ HR-2018-104-A avsnitt 37

For det første må samtykke oppfylle kravene til en gyldig viljeserklæring. Det kan ikke være resultat av «svik, tvang eller annen uredelighet».⁴⁷ Yrkesutøveren kan heller ikke ta for gitt at den som har krav på hemmelighold er kjent med grensene for taushetsplikten og konsekvensene av å oppheve den. For det andre bør man derfor sikre at samtykke gis i omstendigheter som tillater overveielse av disse konsekvensene, såkalt informert samtykke.⁴⁸ Til slutt må samtykke være noenlunde «klart, bestemt og uttømmende».⁴⁹ Hva disse sistnevnte kriteriene betyr i praksis kan være vanskelig å få tak på. For å tydeliggjøre hvor grensen for å statuere et gyldig samtykke til opphevelse av bevisforbud går, vil jeg derfor kort redegjøre for Rasmussens systematisering av samtykkeformer.⁵⁰

Rasmussen opererer med to hovedkategorier av samtykker; «uttalte samtykker» og «ikke-uttalte samtykker».⁵¹ De uttalte samtykkene omfatter både skriftlige og muntlige eksplisitte samtykker. Begge formene for utsagn kan tjene som rettsgrunnlag for å oppheve lovbestemt taushetsplikt.⁵² Blant de ikke-uttalte samtykkene finner man for det første konkludent adferd. Begrepet er kjent fra avtaleretten og betegner faktiske handlinger som viser et «ønske om eller aksept av en handling»⁵³. Uttalelsen fra Høyesterett sitert over viser at også konkludent adferd vil kunne aksepteres som rettsgrunnlag for opphevelse av bevisforbud.

Det som ikke kan aksepteres som rettsgrunnlag er andre former for ikke-uttalte samtykker.⁵⁴ Felles for denne gruppen er at den som har krav på hemmelighold verken ved ord eller handling har gitt uttrykk for en vilje til å gi avkall på konfidensialitet.⁵⁵ For det første dreier det seg om hypotetiske samtykker. Disse bygger på antakelser om klienten eller pasientens vilje basert på konkrete holdepunkter.⁵⁶ En advokat kan for eksempel være tilbøyelig til å anta at klienten vil oppheve bevisforbudet fordi klienten har uttrykket et sterkt ønske om å vinne saken. Er det advokatens vurdering at klienten uten å oppheve bevisforbudet vil tape saken, kan dette danne grunnlag for å konstituere et hypotetisk samtykke. Et slikt samtykke kan imidlertid ikke tjene

⁴⁷ Svaheim (1996) s. 158

⁴⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 86

⁴⁹ Svalheim (1996) s. 159

⁵⁰ Rasmussen (1997) s. 253-265

⁵¹ Rasmussen (1997) s. 253

⁵² Rasmussen (1997) s. 254

⁵³ Rasmussen (1997) s. 254

⁵⁴ Rasmussen (1997) s. 259-261

⁵⁵ Rasmussen (1997) s. 254

⁵⁶ Rasmussen (1997) s. 254-255

som gyldig rettsgrunnlag.⁵⁷ For det andre dreier det seg om situasjoner hvor man ikke har konkrete holdepunkter å bygge antakelser om vilje på. Samtykke må i slike tilfeller bygge på rene interesseavveininger eller data om hvordan folk flest ville reagere på en forespørsel om samtykke.⁵⁸ Slike antakelser kan heller ikke konstituere et gyldig samtykke.⁵⁹

2.3.3 Tolkning av samtykke

Utgangspunktene skissert over dreier seg om å konstatere at minstekravene for et dispositivt utsagn eller en dispositiv handling foreligger. Sentralt er om den samtykkekompetente har gitt uttrykk for en vilje om å gi avkall på retten til konfidensialitet. Så langt vil tolkningen av om det foreligger et gyldig samtykke til opphevelse av bevisforbudet bero på alminnelige avtalerettslige prinsipper.⁶⁰ Et samtykke til opphevelse av bevisforbud skiller seg imidlertid på visse punkter fra rene privatrettslige disposisjoner. Dette taler for at også andre normer enn de rent avtalerettslige spiller inn i tolkningen av samtykket.

For det første kan nevnes samtykkets straffriende virkning. Denne virkningen skiller samtykke til opphevelse fra bevisforbud fra de rent privatrettslige disposisjoner.⁶¹ Som sagt medfører brudd på taushetsplikten straffansvar, jf. strl. § 211. Et samtykke til opphevelse av bevisforbud gjør altså en ellers rettsstridig handling lovlig. Denne situasjonen tilsier at man bør være forsiktig med å tolke et samtykke til opphevelse av bevisforbud utvidende. I HR-2017-2262-A som er omhandlet bevisforbudet i strpl. § 119 har høyesterett formulert det slik:

«Hvor langt et samtykke til å frigi taushetsbelagte opplysninger rekker, må avgjøres ved tolkning. Det ligger i sakens natur at et slikt samtykke ikke kan tolkes utvidende. Motstykket til dette er at begrensninger i samtykket ikke kan tolkes innskrenkende slik at samtykket blir videst mulig.»⁶²

For det andre skiller samtykke til opphevelse av bevisforbud seg fra privatrettslige disposisjoner ved at det gis i en prosessuell sammenheng. Samtykke setter rammen for avgjørelsesgrunnlaget i rettsprosesser. Dette tilsier at prosessuelle betraktninger og hensyn kan være styrende for tolkning av samtykke. Betraktninger om samtykke som utøvelse av ren personlig autonomi må

⁵⁷ Rasmussen (1997) s. 261

⁵⁸ Rasmussen (1997) s. 255

⁵⁹ Rasmussen (1997) s. 259

⁶⁰ I denne retning se også Skoghøy (2013) s. 188

⁶¹ At det er et visst skille mellom rene avtalerettslige samtykker og samtykker med straffriende virkning er også antatt i helserettslig litteratur som behandler spørsmål om opphevelse av taushetsplikt for helsepersonell eller samtykke til medisinsk behandling. Se Aasen (2000) s. 226-231 og Rasmussen (1997) s. 307-317.

⁶² HR-2017-2262-A avsnitt 30

nyanseres noe i møte med offentligrettslig regulering som skal ivareta sakens opplysning, kontradiksjon og partslikhet.

Et eksempel som illustrer dette er de domstolskapede reglene om tilbakekall av samtykke til opphevelse av bevisforbud. Den som har krav på hemmelighold råder i utgangspunktet over opplysningene og kan tilbakekalle samtykket til enhver tid.⁶³ Likevel kan ankeinstansen bygge på taushetsbelagt bevis som ble fremlagt for førsteinstans før samtykket ble tilbakekalt.⁶⁴ «Hensynet til sammenhengen i rettssystemet taler for at også ankedomstolen bør kunne få tilgang til de samme opplysningene, direkte ført for retten, og med adgang til kontradiksjon.»⁶⁵ En slik regel motvirker også at en part kan plukke ut bevis fra avgjørelsesgrunnlaget som ikke gikk i partens favør ved første behandling.⁶⁶ Hensynet til materielt riktige resultater og kontradiksjon taler altså med styrke for at den beskyttedes rådighet over opplysningene ikke er absolutt.

⁶³ Skoghøy (2013) s. 189

⁶⁴ Se Rt. 2008 s. 504 avsnitt 22

⁶⁵ Rt. 2008 s. 504 avsnitt 22

⁶⁶ Svalheim (1996) s. 170

3 Kontradiksjonsprinsippet i bevisføringsspørsmål

3.1 Rettslig grunnlag for vektlegging av kontradiksjonsprinsippet

Retten til kontradiktorisk prosess er et element i vurderingen av om retten til en rettferdig rettergang er overholdt etter EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95.⁶⁷ Kontradiksjonsprinsippetets betydning i sivilprosessen kommer også til uttrykk i tvisteloven § 1-1. Det heter at partene skal få «argumentere for sin sak og føre bevis» og få «innsyn i og mulighet til å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis».⁶⁸ At kontradiksjonsprinsippet er løftet frem i tvistelovens formålsparagraf, viser at det er et helt sentralt hensyn som skal ivaretas ved anvendelse av lovens regler. Tvistemålsutvalget har også uttalt at kontradiksjonsprinsippet får betydning i rettsanvendelsen, uavhengig av om det følger av de enkeltregler som anvendes.⁶⁹ Samlet betyr altså det trinnhøyere vernet av retten til kontradiktorisk prosess og tvistelovens system at det er relevant å se hen til kontradiksjonshensyn ved anvendelsen av tvl. § 22-5 tredje ledd. Dette gjelder selv om kontradiksjonshensyn ikke er nevnt eksplisitt i ordlyden i bevisforbudet.

En viktig begrunnelse for å vektlegge kontradiksjonsprinsippet er som tidligere nevnt at det sikrer materielt riktige resultater. Videre skal retten til kontradiksjon sikre at ikke bare avgjørelsene, men prosessen som sådan innbyr til tillitt hos det rettsøkende publikum.⁷⁰ Anser ikke partene seg hørt i en prosess som angår deres egne interesser, kan de fort føle seg urettferdig behandlet. I teorien er det derfor lagt til grunn at retten til kontradiksjon har en egenverdi.⁷¹ Dette er også forklaringen på at mangel på kontradiksjon kan utgjøre en saksbehandlingsfeil uavhengig av om det er sannsynlig at feilen har hatt betydning for resultatet.⁷²

3.2 Behovet for momenter som presiserer kontradiksjonsprinsippetets vekt

Oppgavens forutsetning er som sagt at kontradiksjonsprinsippet har et materielt innhold som kan bidra til løsning av konkrete rettslige spørsmål, i dette tilfellet i hvilken grad taushetsbelagt bevis skal føres som bevis. Problemstillingen krever derfor en nærmere presisering av kontradiksjonsprinsippetets innhold og hvordan det skal vektes.

⁶⁷ Høstmælingen (2012) s. 201

⁶⁸ tvl. § 1-1 andre ledd første og andre strekpunkt

⁶⁹ NOU 2001:32 A s. 142

⁷⁰ Eldjarn (2015) s. 119

⁷¹ Eldjarn (2015) s. 123, Skoghøy (2017) s. 548 og Matningsdal (2013) s. 8

⁷² Etter sikker rettspraksis er normen at det skal «svært lite til» før mangel på kontradiksjon får betydning som saksbehandlingsfeil. Uttalt at det i realiteten er «en presumsjon for at feilen kan ha hatt betydning». Se blant annet HR-2018-2127-U (15), HR-2017-2056-U (11) og Rt. 2013 s. 438 (15) med henvisninger.

Situasjonen som drøftes i denne oppgaven er at retten skal ta stilling til om et gitt bevis skal føres. Et vidt spekter av hensyn kan tenkes å spille inn på avgjørelsen. Eksempelvis er konfidensialitetshensynene som begrunner bevisforbudet en faktor som kan få betydning for kontradiksjonsprinsippets gjennomslagskraft. Retten må også ta hensyn til proporsjonalitet i bevisførselen. Det betyr at de bevis som føres må være relevante og kunne bidra til sakens opplysning. Andre grunnleggende prosessuelle garantier, slik som likhetsprinsippet («equality of arms»), har også stor betydning for rettens avgjørelser om bevisførsel. Det følger av denne situasjonen at kontradiksjonsprinsippet ikke alltid kan være avgjørende for resultatet. Likevel er det et relevant hensyn å ta. For å strukturere hvordan kontradiksjonsprinsippet skal vektlegges i ulike situasjoner er det derfor behov for å utlede noen generelle momenter. Disse kan si noe om når kontradiksjonshensyn er mer eller mindre tungtveiende. Slik blir det tydeliggjort hvordan kontradiksjonsprinsippet kan brukes som retningslinje for å veilede i rettens avgjørelser.

3.3 Hvordan veileder kontradiksjonsprinsippet ved stillingtagen til spørsmål om bevisførsel?

3.3.1 Nærmere om retten til kontradiktorisk prosess

Retten til kontradiktorisk prosess er utviklet av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som et underliggende prinsipp i retten til en rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6 nr. 1.⁷³ Overordnet innebærer det at «the parties should [...] be given a *reasonable opportunity* to comment on all *relevant* aspects of the case [min utheving]».⁷⁴ Formuleringen «rimelig mulighet» peker på en viss fleksibilitet i anvendelsen av kontradiksjonsprinsippet. Hva som utgjør en rimelig mulighet til å utøve kontradiksjon kan variere fra sak til sak. Sentralt er det likevel at retten til kontradiksjon tilkommer partene.⁷⁵ Det vil si at partene selv avgjør om de vil kommentere bevis, uavhengig av om retten anser det nødvendig for resultatet. Dette har en side til reell og effektiv deltakelse i rettsprosesser som bygger opp under tillitten til rettssystemet.

EMD kan altså i prinsippet prøve om nasjonale domstolars avgjørelser om bevisførsel utgjør brudd på retten til en rettferdig rettergang, herunder retten til kontradiktorisk prosess. Denne

⁷³ EMK art. 6 er også forbildet for bestemmelsen i Grl. § 95. Det foreligger ikke høyesterettspraksis som utførlig tolker retten til kontradiktorisk prosess etter Grl. § 95. Jeg nøyer meg med å vise til Høyesterettsavgjørelsene inntatt i Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57, Rt. 2015 s. 155 (Rwanda) avsnitt 40 og HR-2016-2554-P (Holskip) avsnitt 70. Avgjørelsene illustrerer relevansen av- og begrensningene for EMK som tolkningsfaktor ved anvendelse av norsk grunnlov.

⁷⁴ Galich v. Russia § 25

⁷⁵ Walston v. Norway § 58

prøvingen kjennetegnes likevel først og fremst av EMDs tilbakeholdenhet. Som regel viker domstolen tilbake fra å overprøve nasjonale domstolars vurderinger av om enkelte bevis skal føres eller ikke.⁷⁶ Til dette kommer det at nasjonale myndigheter har stor frihet til å regulere bevisstilgang og bevisførsel når presentasjon av enkelte bevis kan komme i konflikt med offentlige eller private interesser.⁷⁷

I saken *Eternit v. France* uttalte EMD at profesjonell konfidensialitet er et hensyn som kan begrunne begrensninger i retten til kontradiksjon.⁷⁸ En ansatt i *Eternit* søkte erstatning for yrkesskade. Helseforsikringskontoret godkjente søknaden og oversendte sakens dokumenter til arbeidsgiver for kommentarer. Vedlagt var en erklæring fra legen som hadde vurdert saken. Arbeidsgiveren mente deres rett til kontradiksjon var tilsidesatt fordi de ikke hadde fått tilgang til medisinske opplysninger som dannet grunnlaget for legens uttalelser. EMD avviste klagen som grunnløs. Kontradiksjonsprinsippet var etter rettens mening ivaretatt ved at arbeidsgiver kunne etterspørre en uavhengig legeerklæring. Det var ikke EMDs oppgave å vurdere om en slik uavhengig erklæring *burde* vært innhentet i dette konkrete tilfellet. Retten vurderte kun om «the proceedings as a whole, including the presentation of the evidence, had been fair»⁷⁹. Saken illustrerer altså hvordan EMD går frem for å prøve om retten til kontradiksjon er ivaretatt: Nasjonale myndigheter gis en stor skjønnsmargin til å implementere kontradiksjonsprinsippet, samtidig som domstolen sikrer at kjernen i rettigheten ivaretas.

Noen viktige utgangspunkter kan etter dette utledes av EMK art. 6 nr. 1 slik bestemmelsen er tolket av EMD. For det første er retten til kontradiktorisk prosess en fleksibel norm som kan vektas mot andre hensyn i prosessen. Profesjonell konfidensialitet er blant de hensyn som kan begrunne begrensninger i parters rett til kontradiksjon. For det andre sier praksis fra EMD lite om hvordan disse hensynene skal vektas mot hverandre. Det er primært opp til nasjonale myndigheter å vedta og anvende regler som ivaretar balansen mellom konfidensialitet og kontradiksjon. Begrunner nasjonale domstoler hvordan de ulike hensyn ivaretas, vil denne vurderingen stort sett respekteres av EMD.⁸⁰

Verken forarbeider eller teori tilknyttet bevisforbudet i tvl. § 22-5 sier noe om vektingen av kontradiksjonshensyn. Det finnes imidlertid andre bestemmelser i tvisteloven som balanserer hensynet til kontradiksjon mot andre vektige hensyn i prosessen. I det videre skal jeg derfor

⁷⁶ Settem (2016) s. 338 med henvisninger

⁷⁷ Settem (2016) s. 340

⁷⁸ *Eternit v. France*

⁷⁹ Sitat fra offisielt sammendrag, full avgjørelse kun tilgjengelig på fransk.
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-66> [hentet 21.05.2020]

⁸⁰ Settem (2016) s. 374

undersøke om kildene tilknyttet disse bestemmelsene sier noe generelt om vektingen av kontradiksjonsprinsippet.

3.3.2 Skriftlige erklæringer og kontradiksjon

Tvl. § 21-12 andre ledd regulerer adgangen til å føre utenrettslige skriftlige erklæringer som bevis. Normalt kan slike bevis bare føres når partene er enige eller når den som har avgitt forklaring skal avhøres som vitne. Regelen er begrunnet i hensynet til bevisumiddelbarhet og kontradiksjon. «Parten vil [...] gjennom sitt avhør regulært ha mulighet for å avdekke svakheter i den skriftlige redegjørelse som er gitt.»⁸¹

Unntaksvis er det imidlertid adgang til å føre skriftlige erklæringer selv om det er «umulig å avhøre den som har gitt forklaringen»⁸². I slike situasjoner vil den skriftlige erklæringen kunne være det eneste beviset som kan belyse et forhold av sentral betydning for saken.⁸³ Retten kan da tillate beviset ført, dersom det «ikke strider mot lovens formål»⁸⁴. Hensynet til kontradiksjon er det viktigste å sikre i denne sammenheng.⁸⁵ Unntaksbestemmelsen i tvl. § 21-12 andre ledd tredje punktum er på denne bakgrunn egnet til å illustrere vektingen av kontradiksjonshensyn. Ordlyden peker på at retten må sikre riktig balanse mellom kontradiksjonshensyn og hensynet sakens opplysning.

Om vurderingen av om bevisførsel vil stride mot lovens formål skriver Bernt-Hamre:

«Det er naturlig å forstå regelen slik at den skriftlige forklaringen må avskjæres som bevis dersom den inneholder faktiske opplysninger som er *omtvistede*, *ensidige* eller *tvetydige*, og hvor det er behov for å stille spørsmål til den som har avgitt forklaringen for å *vurdere troverdigheten*, *sikre kontradiksjon* eller *oppklare uklarheter*. Retten må avveie betenkelighetene ved å tillate forklaringen som bevis mot behovet for å føre den. Dersom *utfallet av saken står og faller* på en erklæring som det kan stilles spørsmål ved, vil det være en vanskelig avveining for retten å vurdere om den part som har påberopt seg beviset skal fratras muligheten for å føre sitt viktigste bevis, eller om den andre parten skal kunne bli møtt med et bevis som det vanskelig kan bli noen effektiv kontradiksjon rundt [min utheving].»⁸⁶

Sitatet peker på momenter som styrer vektingen av kontradiksjonsprinsippet. Momentene i rettens vurdering er for det første graden av usikkerhet relatert til det faktiske grunnlaget erklæringen hviler på, og for det andre hvor sentralt beviset er.

⁸¹ NOU 2001:32 B s. 954

⁸² Tvl. § 22-12 andre ledd tredje punktum

⁸³ Bernt-Hamre (2007) s. 287

⁸⁴ Tvl. § 21-12 andre ledd tredje punktum

⁸⁵ Matningsdal (2013) s. 39

⁸⁶ Bernt-Hamre (2007) s. 288

En gjennomgang av rettspraksis knyttet til tvl. § 21-12 bekrefter at unntaket er svært snevert.⁸⁷ Avgjørelsene som behandler unntaksregelen underbygger likevel betydningen av de overnevnte momentene for vekten av kontradiksjonshensyn. HR-2016-1132-U og HR-2016-232-U omhandlet begge spørsmålet om å føre resultater av spørreundersøkelser som bevis. I begge avgjørelsene begrunnet ankeutvalget avskjæring av bevisene med hensynet til «etterprøvbarhet».⁸⁸ Momentet om bevisets betydning er fremhevet i TOBYF-2015-158907. Retten uttalte at bevisets innhold «gjelder forhold i saken som er av vesentlig betydning»⁸⁹. Av den grunn mente retten beviset måtte avskjæres.

En undersøkelse av kildene tilknyttet unntaksregelen i tvl. § 21-12 annet ledd tredje punktum har etter dette bidratt til en noe nærmere konkretisering av hvordan retten vektlegger kontradiksjonshensyn. Bevisets etterprøvbarhet og betydningen av beviset i det totale bevisbildet er fremhevet som momenter.

3.3.3 Kontradiktorisk behandling av avgjørelsesgrunnlaget

Tvl. § 11-1 tredje ledd bestemmer at retten ikke kan bygge avgjørelser på «et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om».⁹⁰ Ønsker retten likevel å bygge på et faktum som ikke har vært kontradiktorisk behandlet av partene, oppstår det en veiledningsplikt for retten.⁹¹ Rettens plikt til veiledning er imidlertid ikke ubetinget eller ubegrenset. Vurderingen av når rettens veiledningsplikt oppstår og hvilket omfang den har, sier derfor noe om vektningen av kontradiksjonshensyn, nærmere bestemt i hvilke situasjoner kontradiksjonshensyn blir så tilsidesatt at veiledningsplikten utløses.

Omfanget av veiledningsplikten skal etter tvistemålsutvalgets utredning bero på «hvor stor mulighet det er for at informasjonen er ufullstendig, hvor stort utslag informasjonen kan gi for avgjørelsens resultat, sakens betydning, hvilken instans saken går i, hvor mye avgjørelsen vil bli forsinket, og hvor mye ekstra ressursbruk retten og partene vil bli pådradd.»⁹² Enkelte av momentene diskutert i pkt. 3.3.2 går altså igjen i vurderingen av veiledningspliktens omfang.

⁸⁷ Søk i Lovdata 22.05.2020 i rettskilde SIV, dvs. alle sivile saker med lovhenviing «LOV-2005-06-17-90-§21-12» ga 152 treff. Av disse behandlet bare tre saker unntaksregelen i § 21-12 andre ledd tredje punktum. Alle tre avgjørelsene sier noe om hvordan hensynet til kontradiksjon skal vektlegges.

⁸⁸ HR-2016-1132-U avsnitt 11 og HR-2016-232-U avsnitt 12

⁸⁹ TOBYF-2015-158907

⁹⁰ Tvl. § 11-1 tredje ledd

⁹¹ Tvl. § 11-1 tredje ledd andre punktum, jf. § 11-5

⁹² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 404

Dette gjelder graden av usikkerhet rundt bevisene og bevisets betydning for avgjørelsen. I tillegg fremhever forarbeidene at det må skje en avveining av disse momentene opp mot hensynet til konsentrasjon og proporsjonalitet i bevisførselen.

I forarbeidene til tvisteloven sa departementet seg enig i at de overnevnte momentene ville ha betydning for rettens veiledningsplikt. I tillegg presiserte departementet at det ville være «uheldig» om retten legger til grunn et faktum som «partene vil ha grunn til å oppfatte som overraskende.»⁹³ Dette er et subjektivt moment hvor det avgjørende er *hvordan partene oppfatter* rettens bruk av bevis i sin avgjørelse. Vektingen av partenes subjektive oppfatning kan sees i sammenheng med at kontradiksjonsprinsippet delvis er begrunnet i partenes tillit til prosessen og at retten til kontradiksjon etter EMK art. 6 tilkommer partene. Skal det være noen realitet i dette, må det være et moment ved vektingen av kontradiksjonsprinsippet om parten selv ønsker å imøtegå tolkningen av enkelte bevis. Beror vektingen kun på en objektiv proporsjonalitetsvurdering, blir ikke den delen av kontradiksjonsprinsippet som skal sikre reell og effektiv deltakelse i rettsprosesser ivaretatt.

I rettspraksis er vurderingstemaet for om kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, jf. Tvl. § 11-1 tredje ledd noe varierende formulert. I Rt. 1990 s. 8 vurderes det om rettens begrunnelse og resultat «avvek så vidt sterkt fra partenes prosedyre»⁹⁴ at retten hadde en veiledningsplikt. I Rt. 2005 s. 1590 beror vurderingen i tillegg på om avgjørelsen «vil komme som en overraskelse på [partene]»⁹⁵. I Rt. 2013 s. 1158 var spørsmålet «om partene har hatt en tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om forhold som på avgjørende punkter vil være av betydning for rettens avgjørelse»⁹⁶. De overnevnte vurderingstemaene gjentas alle i Rt. 2014 s. 1259 avsnitt 42-43 og HR-2020-356-U avsnitt 11.

Samlet reflekteres både betydningen av partenes subjektive oppfatning og bevisets betydning for avgjørelsen som momenter i rettspraksis. Graden av usikkerhet som hefter ved bevisene og ressurshensyn nevnes imidlertid ikke som momenter. Dette kan forklares ved at vurderingen som Høyesterett foretar nødvendigvis må være en drøftelse av saksbehandlingsfeil i et etterpåkperspektiv. Ved denne vurderingen er bevissituasjonen noe annerledes enn for underinstansen. Spørsmålet er om kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt i en situasjon hvor avgjørelsen om føring av beviset allerede er tatt i underretten. At bevissituasjonen for Høyesterett begrenser en

⁹³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 404

⁹⁴ Rt. 1990 s. 8 (s. 12)

⁹⁵ Rt. 2005 s. 1590 avsnitt 27, vurderingstemaet er gjentatt i Rt. 2010 s. 1025 (30)

⁹⁶ Rt. 2013 s. 1158 avsnitt 45

mer finmasket prøving av om kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, bekreftees også i Rt. 2014 s. 1259.

«Ettersom det ikke gjøres opptak av ankeforhandlingen, må Høyesteretts bevisvurdering av hva som kom frem, særlig baseres på ankeerklæringen, anketilsvaret og øvrige prosesskriv og sluttinnlegg for lagmannsretten, partenes disposisjoner til innledningsforedrag og prosedyre, og lagmannsrettens gjengivelse av partenes anførsler og domspremissene.»⁹⁷

Høyesteretts vurderingskriterier for om retten *burde ha ytt* veiledning blir derfor noe annerledes enn vurderingen av om *veiledning skal gis* i underinstansen. For eksempel vil retten i underinstansen ha bedre forutsetninger for å vurdere bevisenes usikkerhet ettersom de har vært vitne til umiddelbar bevisførsel. Underrettene må også ta hensyn til proporsjonalitet i bevisførselen. Jeg ser det derfor ikke som en avkreftelse av de overnevnte momentenes betydning at de ikke nevnes i høyesterettspraksis. I stedet tolker jeg et slikt avvik mellom momentene i forarbeidene og i høyesterettspraksis som en refleksjon av bevissituasjonen for Høyesterett.

Oppsummert beror altså vektingen av kontradiksjonsprinsippet for spørsmål om retten har en veiledningsplikt etter tvl. § 11-1 tredje ledd på en proporsjonalitetsvurdering. (i) Usikkerheten som hefter ved beviset, (ii) betydningen av beviset for resultatet i saken, (iii) hvorvidt en part kan ønske å uttale seg, (iv) sakens betydning og (v) muligheter for overprøving, skal vektes mot kostnadene ved forsinkelse og ekstra ressursbruk.

3.3.4 Momenter som påvirker vekten av kontradiksjonshensyn

Generelt vil altså bevisets etterprøvbarehet og betydningen av beviset i det totale bevisbildet ha betydning for vekting av kontradiksjonshensyn. Dette er fremhevet både i tilknytning til tvl. § 21-12 og § 11-1. Er et bevis *etterprøvbart* uten videre kontradiktorisk behandling er det mindre betenkelig å fremme beviset. *Betydningen av beviset* i det totale bevisbildet er også et relevant hensyn å ta. Momentet kan både tale for og imot å tillate et bevis ført. Dersom et bevis er beheftet med stor usikkerhet og det samtidig er helt sentralt i saken kan dette tale med tyngde for at beviset bør avskjæres. Ellers kunne man risikere å avgjøre en sak primært på grunnlag av lite troverdige bevis.

Partenes subjektive behov for kontradiksjon er også av betydning. Dette momentet kan likevel ikke være avgjørende alene. Grunngir retten sin avgjørelse med henvisning til de øvrige momentene, vil dette kunne forsone partene med at enkelte bevis ikke kan fremmes. Det er altså

⁹⁷ Rt. 2014 s. 1259 avsnitt 45

et samspill mellom de objektive og de subjektive vurderingene. En bevissthet om at kontradiksjonsprinsippet også er ment å ivareta partenes reelle og effektive deltakelse i prosessen er likevel nyttig. Det kan sikre at kjernen av prinsippet ivaretas på en god måte, slik også EMD krever.

For vurderingen av omfanget av veiledningsplikten ble ressurs hensyn særlig fremhevet. Dette har sammenheng med tidspunktet i prosessen hvor retten må beslutte veiledning. Begge parter syn på bevisene må være hørt før retten kan avgjøre om partenes behandling av det faktiske grunnlaget avviker fra det retten vil legge til grunn i sin avgjørelse. Beslutning om veiledning må derfor komme forholdsvis sent i hovedforhandlingen. Dette medfører en stor risiko for at saken forsinkes og at det påløper ekstra kostnader. Når retten skal avgjøre spørsmål om bevisførsel, for eksempel ved samtykke til opphevelse av bevisforbud, kan dette skje på et tidligere tidspunkt i prosessen. Om beviset føres eller ikke, får da mindre innvirkning på tidsplanen. Dette taler for at ressurs hensyn ikke er like tungtveiende i de tilfellene oppgaven skal undersøke. Hensyn må likevel tas til både effektivitet og proporsjonalitet. Dette følger av tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b og § 21-8.

De resterende kapitlene i oppgaven skal undersøke om og i tilfellet hvordan kontradiksjonsprinsippet innvirker på rekkevidden av samtykke til opphevelse av bevisforbud. Det tas utgangspunkt i ulike typetilfeller av problemstillinger som er identifisert i rettspraksis. Momentene som det her er redegjort for, tjener som et verktøy for å strukturere denne analysen.

4 Tematisk begrenset samtykke

4.1 Presentasjon av typetilfellet

Dette kapitlet tar for seg spørsmålet om et samtykke til opphevelse av bevisforbud kan begrenses tematisk slik at yrkesutøveren bare kan uttale seg om deler av det som er «betrodd». Eksempelvis kan man se for seg tilfellet der en advokat tillates å uttale seg om inngåelsen av én kontrakt mellom partene, men ikke en annen. Alternativt at en lege skal uttale seg om sin pasients helsetilstand i et begrenset tidsrom. Problemstillingen er hvor langt retten kan akseptere begrensede samtykker i lys av motpartens rett til kontradiksjon.

Løsningen fremgår ikke av ordlyden i tvl. § 22-5 tredje ledd. Beror rekkevidden av samtykket fullt ut på avtalerettslige prinsipper er det ingenting i veien for å akseptere et tematisk begrenset samtykke. I en prosessuell sammenheng er det likevel store betenkeligheter ved en slik løsning. Klienten eller pasienten ville kunne instruere yrkesutøveren om bare å gi opplysninger som taler i partens favør, samtidig vil ikke motparten kunne stille alle relevante spørsmål til beviset fordi bevisforbudet fortsatt gjelder delvis. Spørsmålet er derfor om begrensede samtykker overhodet kan aksepteres. I tilfellet må det trekkes opp en grense mellom de akseptable og de uakseptable samtykkene.

4.2 I hvilken grad aksepteres begrensede samtykker?

4.2.1 Prosessuelle hensyn er styrende for vurderingen

Forarbeidene til tvisteloven drøfter særskilt spørsmålet om begrensede samtykker kan aksepteres.⁹⁸ Det første vilkåret som oppstilles er at retten må være kjent med at et samtykket er begrenset, og hva begrensningen innebærer. Videre ble det uttalt at

«hvis begrensningen kan medføre en risiko for at forklaringen, eller de deler av et realbevis som gjøres kjent for retten, kan gi et skjevt bilde i en parts disfavør, må denne kunne motsette seg at det skjer en begrenset bevisføring. I så fall må beviset helt avskjæres.»⁹⁹

I prinsippet åpnes det altså for begrensede samtykker. Det må foretas en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt det er en risiko for forfordeling av en av partene. Eksisterer en slik risiko må beviset avskjæres.

⁹⁸ NOU 2001: 32 B s. 959

⁹⁹ NOU 2001:32 B s. 959

Regelen ivaretar likhetsprinsippet i sivilprosessen, at «partene skal være utrustet med samme beføyelser i prosessen («equality of arms») og behandles likt»¹⁰⁰. I dette ligger det også at begge parter på lik linje må gis anledning til å stille relevante spørsmål til de bevis som føres. Forarbeidene peker altså på at likhets- og kontradiksjonshensyn er styrende for om begrensede samtykker skal aksepteres. Det gis imidlertid ikke nærmere retningslinjer for hvordan denne vurderingen skal skje i praksis.

En viss retts teknisk kritikk kan rettes mot regelen Tvistemålsutvalget formulerer. Regelen blir vanskelig å praktisk håndheve fordi taushetsbelagt bevis forblir taushetsbelagt inntil samtykke gis. Det at verken retten eller motparten har innsyn i de taushetsbelagte opplysningene vanskeliggjør motpartens protest mot den begrensede bevisførselen. Usikkerheten bøtes på ved at retten skal opplyses om at samtykket er begrenset. Likevel er retten henvist til å bygge den ene partens forklaring om hva begrensningen innebærer. Allerede her ligger det en risiko for at den andre parten forfordes i avgjørelsen om bevisførsel.

4.2.2 Hovedregel om avskjæring av delvis bevis

På grunn av de retts tekniske utfordringene skissert over har både retts praksis og teori tendert mot en hovedregel om avskjæring av tematisk begrensede bevis.¹⁰¹ I Rt. 2001 s. 1113 behandlet kjæremålsutvalget spørsmålet etter tvistemålsloven § 205. En advokat bistod en kommune i en omstillingssak og ble senere meldt som vitne. Kommunen samtykket til at advokaten kunne uttale seg om omstillingsprosessen, men ikke om opplysninger som gjaldt involverte tredjepersoner. Kjæremålsutvalget konkluderte med at forklaringen måtte nektes fremført med mindre samtykket ble utvidet til å gjelde «alle tilhøve som kan ha bevisverdi i saka».¹⁰² Dette underbygget utvalget med at

«[e]i delvis forklaring vil kunne gi eit skeivt bilete av kva som har skjedd i saka, og motparten vil også kunne bli hindra i å få stilt relevante spørsmål. I tillegg ville ein rett til berre å forklare seg om visse spørsmål, reise vanskelege avgrensings spørsmål.»¹⁰³

Avgjørelsen holder fast ved at likhetsprinsippet og motpartens rett til kontradiksjon er retningsgivende for aksept av begrenset samtykke. Kjæremålsutvalget foretar imidlertid ingen konkret

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 34.

¹⁰¹ Søk i Lovdata 22.05.2020 i rettskilde SIV det vil si alle sivile saker med lovhenvisning: LOV-2005-06-17-90-§22-5, LOV-1915-08-13-6-§206a, LOV-1915-08-13-5-§205 ga 176 treff. Av dem drøfter 4 avgjørelser spørsmålet om tematisk begrenset samtykke. I 3 av 4 avgjørelser førte begrenset samtykke til avskjæring av beviset.

¹⁰² Rt. 2001 s. 1113 (s. 1115)

¹⁰³ Rt. 2001 s. 1113 (s. 1115)

vurdering av risikoen for at saken skulle bli skjevt opplyst. Fra det faktum at samtykket var begrenset, sluttet det direkte at beviset må avskjæres med mindre samtykket endres. Det kan derfor se ut som at høyesterett kvitter seg med den retts tekniske utfordringen presentert over. Tas kjennelsen på ordet gir den uttrykk for at det ikke er adgang til å begrense samtykke for forhold av relevans i saken. Samtykket må omfatte alle forhold som utgjør «bevis» i saken.¹⁰⁴

Juridisk teori fremhever at regelen om aksept av begrensede samtykker må praktiseres i tråd med sannhetsplikten for vitner, jf. Tvl. § 24-8 fjerde ledd.¹⁰⁵ Dersom samtykket ikke tillater at yrkesutøveren gir et fullstendig og sannferdig bilde av alle forhold som har betydning for saken, må samtykket oppfattes som en nullitet.¹⁰⁶ Resultatet er altså at begrensede samtykker bare unntaksvis kan aksepteres.

4.2.3 Når kan begrensede samtykker likevel aksepteres?

Tross det sterke utgangspunktet beskrevet over, finnes det eksempler i rettspraksis på at begrensede samtykker aksepteres. Et slikt eksempel er avgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 1204. Saken gjaldt samtykke til fremleggelse av legejournaler. Samtykket fra én pasient var ikke dekkende for opplysninger journalene inneholdt om tredjepersoner. Journalene kunne derfor bare fremlegges i sladdet form. Høyesterett uttalte med henvisning til Rt. 2001 s. 1113 at

«[n]år journalnotatene sammenholdes med [legens] erklæringer, antar utvalget at det ikke er noen fare for at fremstillingen skal bli ufullstendig og gi et skjevt avgjørelsesgrunnlag»¹⁰⁷.

Én mulig tolkning av denne uttalelsen er at opplysninger om tredjemenn ikke var relevante i saken. Fremleggelse av journalene i sensurert form stod i så fall ikke i fare for å gi et skjevt opplysningsgrunnlag. Legges denne tolkningen til grunn, er avgjørelsen i tråd med vurderingstemaet om at et begrenset samtykke som ikke dekker alle bevis i saken er uakseptabelt. Ankeutvalget uttaler likevel ikke at opplysningene om tredjepersoner var uten relevans i saken. Tvert imot påpekte utvalget at sensureringen ikke vil gå ut over sakens opplysning fordi legen også skulle forklare seg.

¹⁰⁴ «Bevis» er per definisjon fenomener som «kan påvirke spørsmålet om en faktumpåstand er sann eller usann» en forutsetning for å kalle noe «bevis» er da at det har relevans i saken, jf. Hjort (2016) s. 17.

¹⁰⁵ Schei (2016) kommentar til tvl. § 22-5 note 5.1, Svalheim (1996) s. 165 og Lous (1960) s. 66

¹⁰⁶ Lous (1960) s. 66

¹⁰⁷ Rt. 2009 s. 1204 avsnitt 12

En annen måte å tolke utsagnet på er derfor at utvalget godtok et begrenset samtykke for journalene fordi de ble supplert av annen bevisførsel. Forutsetningen er at de sensurerte opplysningene faktisk utgjorde bevis. Legges dette alternativet til grunn, taler avgjørelsen for at vurderingen av begrenset samtykke beror på en bredere vurdering av sakens samlede beviser. Uttalelser fra Skoghøy trekker i samme retning. Han skriver at begrensede samtykker kan aksepteres når de er så omfattende at retten ikke får et «skjevt helhetsbilde».¹⁰⁸ En slik vurdering gjør rettsanvendelsen noe mer komplisert, men reetablerer forutsetningen i forarbeidene om at det i visse tilfeller kan gis begrensede samtykker.

Spørsmålet er så hvordan de to høyesterettsavgjørelsene skal forstås i forhold til hverandre. Jeg vil hevde at de føringene kontradiksjonsprinsippet gir i bevisføringsspørsmål ellers, som redegjort for i kapittel 3.4 er retningsgivende for vurderingen av om retten i grensetilfeller kan tillate begrenset samtykke. Det som skiller de to høyesterettsavgjørelsene er det omtvistede bevisets etterprøvnbarhet, bevisets betydning i det totale bevisbildet og dermed motpartens behov for kontradiksjon. I Rt. 2001 s. 1113 var advokatens vitnemål det eneste tilgjengelige beviset som kunne kaste lys over beviset. Beviset kunne derfor ikke føres uten at det samtidig ble stilt spørsmål til advokaten som dekket alle de relevante faktiske forhold. Når beviset var av stor betydning, og samtidig var lite etterprøvbart, hadde motparten et legitimt behov for å utfordre den informasjonen advokaten ga. Skulle beviset inngå i rettens avgjørelsesgrunnlag, ville ikke motpartens rett til kontradiksjon bli tilstrekkelig ivaretatt. Ettersom kommunen ikke gikk med på å løse advokaten fullstendig fra sin taushetsplikt, ble konklusjonen at beviset måtte avskjæres.

I Rt. 2009 s. 1204 var spørsmålet om legejournaler måtte legges frem for å supplere legens forklaring. Er det ufullstendige beviset ikke alene om å peke i retning av en viss faktisk slutning, øker etterprøvnbarheten og behovet for kontradiksjon taler ikke lenger for at beviset må avskjæres. Beviset er heller ikke like fremtredende i det totale bevisbildet når det suppleres av andre bevis. I Rt. 2009 s. 1204 var det derfor mindre problematisk å føre de ufullstendige journalene som bevis fordi spørsmål til legen kunne avhjelpe usikkerheter.

Resultatene i avgjørelser fra lagmannsrettene støtter for så vidt regelen presentert over.¹⁰⁹ Mer konkrete vurderingsmomenter for når begrensede samtykker kan aksepteres, kommer likevel ikke klart frem i premissene. Vurderingstemaet som oppstilles er, i tråd med forarbeider og høyesterettspraksis, om saken vil bli skjevt opplyst.

¹⁰⁸ Skoghøy (2013) s. 189

¹⁰⁹ Se LB-2011-51580 og LB-2016-43441

LB-2016-43441 illustrerer at få vurderinger kommer frem i lagmannsrettens premisser. Saken gjaldt søksmål om erstatning for påførte krenkelses under opphold i forsvarers førstegangstjeneste. Saksøker hadde blitt dimittert mot sin vilje på psykisk grunnlag. I rettssaken samtykket hun til fremleggelse av forsvarers legejournal slik den så ut da hun ble dimittert. Etterfølgende endringer i journalen utarbeidet i forbindelse med klagesaken ville hun likevel ikke fremme. Hun ville heller ikke samtykke til at legen uttalte seg om disse endringene. Lagmannsretten var av den oppfatning at en slik delvis fremleggelse ville gi retten et «ufullstendig og skjevt bilde»¹¹⁰ av de faktiske forhold. Konklusjonen var at samtykket måtte anses som en nullitet med mindre det ble utvidet. Bevisene ble nektet fremmet i sin helhet.

Om bevisbildet i denne saken er det verdt å merke seg at legens vitneforklaring sammenholdt med journalen var av helt sentral betydning. De var de eneste bevisene som kunne kaste lys over saksøkers psykiske tilstand når hun ble dimittert. Det var samtidig et klart behov for motparten å kommentere de etterfølgende vurderingene legen hadde gjort. Selv om lagmannsretten ikke eksplisitt kommenterer disse forholdene, må det antas å ha hatt betydning for avgjørelsen om at delvis samtykke ikke kunne aksepteres.

Oppsummert er altså hensynene til sakens fullstendige opplysning, kontradiksjon og likhetsprinsippet styrende for vurderingen av om begrensede samtykker til opphevelse av bevisforbud kan aksepteres. Det byr imidlertid på praktiske utfordringer å håndheve en slik regel fordi taushetsbelagt materiale ikke er tilgjengelig for retten når avgjørelsen om bevisførsel skal tas. Som den klare hovedregel aksepteres derfor ikke tematisk begrensede samtykker. En analyse av rettspraksis viser imidlertid at momenter for vektlegging av kontradiksjonsprinsippet er av betydning når grensen mellom de akseptable og uakseptable samtykkene skal trekkes. Det omtvistede bevisets etterprøvnbarhet, behovet for kontradiksjon og bevisets betydning i det totale bevisbildet er momenter som kan veilede rettsanvendere i slike vurderinger.

¹¹⁰ LB-2016-43441

5 Implisitt samtykke for «underliggende materiale»

5.1 Presentasjon av typetilfellet

Det forrige kapittelet drøftet hvordan kontradiksjonsprinsippet virker som retningslinje når retten vurderer om et tematisk begrenset samtykke kan aksepteres. Spørsmålet i det videre er om kontradiksjonsprinsippet også kan bidra ved tolkningen av begrensede samtykker hvor begrensningen gjelder den typen bevis som tillates fremmet. Mer konkret kan man tenke seg at en pasient samtykker til at legen avgir vitneforklaring. Innebærer motpartens rett til kontradiksjon at parten også må legge frem journalene som legen bygger sin forklaring på? Som det ble konkludert med i kapittel 3 er jo forholdet at en faktisk slutning bekreftes i flere bevis noe som øker etterprøvbareheten og ivaretar behovet for kontradiksjon. Motsatt, dersom det skriftlige materialet ikke underbygger vitneforklaringene, kan motparten ha et behov for å stille utfyllende spørsmål til vitnet.

Videre vil et samtykke som går ut på å begrense det taushetsbelagte materialet, ikke for tema, men for tilfanget av opplysninger, fortsatt være en form for begrenset samtykke. På denne bakgrunn kan det tenkes at kontradiksjonsprinsippet også legger føringer på rettens avgjørelser om bevisførsel i slike tilfeller. Spørsmålet er om samtykke til fremleggelse av taushetsbelagt bevis i form av en konkludent handling som går ut på å fremme *ett* slikt bevis, også medfører at *andre* bevis om samme tema må fremmes. Jeg har kalt denne vurderingen som kan spores i ulike former i rettspraksis for vurderingen av om «underliggende materiale» må legges frem.¹¹¹

Annerledes stiller det seg likevel for dette typetilfellet fordi verken forarbeider eller høyesterett har drøftet slike begrensninger uttrykkelig i relasjon til kontradiksjonsprinsippet. Rikke Lassen har løftet frem viktigheten av at grunnlaget for sakkyndiges drøftelser er transparent i hennes artikkel «Sakkyndighet og kontradiksjon».¹¹² Artikkelen drøfter likevel ikke problemstillingen generelt for bevisforbudet, men er begrenset til å behandle sakkyndiges rolle. Skoghøy kommer inn på temaet i sin artikkel om taushetsplikten hvor han konstaterer at

«[h]vis for eksempel en part har fremlagt en erklæring fra sin advokat, eller har oppgitt advokaten som vitne, må det innenfor det tema som er behandlet i erklæringen, eller som advokaten er oppgitt å skulle

¹¹¹ Søk i Lovdata 22.05.2020 i rettskilde SIV det vil si alle sivile saker med lovhenvvisning: LOV-2005-06-17-90-§22-5, LOV-1915-08-13-6-§206a, LOV-1915-08-13-5-§205 ga 176 treff. Av dem drøfter 13 avgjørelser spørsmålet om underliggende materiale måtte legges frem.

¹¹² Lassen (2017) s. 187-190

forklare seg om, anses som et samtykke. Dette innebærer at parten også er forpliktet til å fremlegge dokumenter som danner grunnlag for erklæringen og forklaringen.»¹¹³

Behandlingen gjør lite annet enn å sette fokus på spørsmålet om underliggende materiale. I det videre er jeg derfor henvist til å analysere de nevnte rettsavgjørelser for å vurdere om og i tilfellet hvordan kontradiksjonsprinsippet gis betydning.

En analyse av praksis som diskuterer spørsmålet om hvorvidt underliggende materiale skal legges frem, tegner et brokete bilde. I noen tilfeller kommer retten til at ytterligere taushetsbelagt materiale må legges frem fordi bevisforbudet må anses opphevet ved samtykke.¹¹⁴ I andre tilfeller kommer retten til at slikt samtykke ikke kan anses gitt.¹¹⁵ Noen vurderingskriterier for når underliggende materiale skal legges frem kan imidlertid syntetiseres, disse kriteriene er tema i det videre.

5.2 Systematisering av vurderingskriterier

5.2.1 Krav til den konkludente handling

Det er et krav for å kunne tolke konkludent adferd som et samtykke til å fremme underliggende materiale at den konkludente handling faktisk går ut på å fremme taushetsbelagt bevis. Dette har sammenheng med drøftelsen i kapittel 2.3.2 der det ble fremhevet at samtykker til opphevelse av bevisforbud må bygge på en uttrykt vilje til å gi avkall på konfidensialitet. Vurderingskriteriet synes på denne bakgrunn kanskje selvsagt, likevel oppstår vanskelige grensedragninger i praksis.

Som eksempel kan det vises til Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-2168-U. Skriftlige vitneforklaringer fra et skipsmannskap utarbeidet av advokat ble fremmet som bevis i en erstatningssak. Spørsmålet var om fremleggelsen skulle tolkes som et samtykke til opphevelse av bevisforbudet i tvl. § 22-5. Konsekvensen ville være at også advokatens håndskrevne notater fra samtaler med mannskapet og interne utkast til vitneforklaringene måtte fremlegges som underliggende materiale. Både tingretten og lagmannsretten konkluderte med at underliggende materiale skulle legges frem.¹¹⁶ Høyesteretts ankeutvalg konkluderte imidlertid med at erklæringene var «ordinære skriftlige forklaringer om faktiske forhold»¹¹⁷. Formålet med utarbeidelsen av erklæringene hadde derfor alltid vært fremleggelse for andre enn selskapet og selskapets advokater.

¹¹³ Skoghøy (2013) s. 188

¹¹⁴ Se bla. Rt. 1998 s. 1297, Rt. 2009 s. 1204, LB-2014-154162 og LH-2010-73609

¹¹⁵ Se bla. Rt. 2015 s. 1179, LG-2019-2991, LB-2016-70178-1

¹¹⁶ Hauge og Jansen (2020) tredje avsnitt, underrettsavgjørelsene er upubliserte.

¹¹⁷ HR-2019-2168-U avsnitt 14

Innholdet i erklæringene var med andre ord ikke «betrodd» advokaten og var derfor ikke omfattet av bevisforbudet. En fremleggelse av erklæringene demonstrerte da ingen vilje til å gi avkall på konfidensialitet.

Konklusjonen er velbegrunnet fordi det ville stride mot grunnleggende avtalerettslige prinsipper å innfortolke intensjoner i en adferd, som aldri har vært til stede. Et annet forhold som påpekes av Hauge og Jansen er at det ville harmonere dårlig med regelen i tvl. § 21-12 andre ledd om føring av skriftlige erklæringer dersom dette alltid skulle medføre opphevelse av advokatens taushetsplikt.¹¹⁸ I praksis bistår advokater ofte med slike erklæringer, det er derfor vanskelig å se for seg tilfeller hvor bruk av skriftlige erklæringer ikke automatisk ville medføre en opphevelse av taushetsplikten.

Forholdet til kontradiksjon nevnes ikke av ankeutvalget. Når konklusjonen er at det ikke er samtykket til fremleggelse av taushetsbelagt bevis, er dette også naturlig. Man må falle tilbake på utgangspunktet om at bevisforbudene utgjør et unntak fra både fri bevisføring og kontradiksjon, uansett hvor sentrale bevisene antas å være. Avveiningen lovgiver har foretatt står ved lag med mindre det foreligger lovhjemmel for inngrep i taushetsplikten. Til dette kommer det også at det følger av tvistelovens system at motpartens rett til kontradiksjon ved føring av skriftlige erklæringer sikres ved at den som avgir erklæring skal avhøres, jf. tvl. § 21-12 andre ledd. Usikkerheten rundt slike beviser reduseres dermed og behovet for kontradiksjon fremstår i hvert fall ikke så fremtredende at det berettiger et uhjemlet innhugg i bevisforbudet.

5.2.2 Samtykket kan ikke tolkes utvidende

I kapittel 2.3.3 ble det gitt uttrykk for at et samtykke til opphevelse av bevisforbud ikke kan tolkes utvidende. I dette underkapittelet skal utgangspunktet undersøkes nærmere. Hva ligger i å tolke et samtykke utvidende og hvordan harmonerer dette med adgangen til å fremme underliggende materiale som bevis?

Det er innholdet i betrodde opplysninger som vernes av bevisforbudet i tvl. § 22-5. I hvilken form opplysningene føres som bevis er derfor uten betydning for rekkevidden av bevisforbudet. En utvidende tolkning av et samtykke til opphevelse av bevisforbud må derfor innebære å utvide kretsen av opplysninger som anses omfattet av samtykket. Et samtykke som går ut på å fremme en vitneforklaring fra en profesjonsutøver kan derfor også anses å omfatte korrespon-

¹¹⁸ Hauge og Jansen (2020) femte avsnitt

danse eller journaler så langt dette underliggende materialet inneholder de samme opplysningene som forklaringen uansett ville avslørt. Motsatt kan et samtykke til fremleggelse av ett bevis ikke tolkes til å gjelde andre bevis hvis det vil innebære at nye taushetsbelagte opplysninger kommer frem. Det er nok denne nyanseringen Skoghøy vil få frem når han skriver at underlagsmateriale kan legges frem «innenfor det tema»¹¹⁹ en forklaring gjelder.

Et eksempel på at underliggende materiale nektes fremlagt fordi det ville medføre en utvidelse av samtykket er avgjørelsen LB-2016-70178-1. Saken gjaldt erstatning og oppreisning etter oppsigelse i arbeidsforhold. Arbeidstaker hadde fremlagt en legeerklæring av 10. november 2015 med tilhørende journalnotater til NAV i forbindelse med søknad om menerstatning. Lagmannsretten fant at samtykket ikke kunne tolkes til å omfatte komplette legejournaler for perioden mars 2013 til januar 2016. Den samlede journalen gikk langt utover temaet for den fremlagte erklæringen.¹²⁰

LB-2003-10249-1 trekker i samme retning. To advokater som hadde bistått med utarbeidelse av en ektepakt var påberopt som vitner for å forklare seg om bakgrunnen for inngåelse av ektepakten. Advokatenes forklaringer var altså begrenset til å gjelde de faktiske forhold i forkant av ektepakten. For første instans hadde vitnene ikke svart på spørsmål om råd de hadde gitt klienten i den forbindelse. Lagmannsretten var derfor av den oppfatning at det ville innebære fremleggelse av ny taushetsbelagt informasjon dersom et notat inneholdende juridiske råd skulle fremmes. Notatet kunne derfor ikke føres som bevis.¹²¹

Hva gjelder spørsmålet om underlagsmaterialet skulle legges frem, forutsatt de begrensningene klienten hadde gjort i samtykket til vitneforklaringen, kan jeg langt på vei følge lagmannsretten. Om det i utgangpunktet kunne gjøres slike begrensninger i vitneforklaringene er nok mer uvisst basert på drøftelsene i kapittel 4. Avgjørelsen tjener derfor også til å kaste lys over sammenhengen mellom tematisk begrenset samtykke og problemstillingen med underliggende materiale. Aksepteres tematiske begrensninger i samtykket vil man vanskeligere kunne vinne frem med en begjæring om fremleggelse av underliggende materiale fordi materialet vil omhandle flere betrodde opplysninger enn det samtykket dekker. I HR-2017-2262-A som gjaldt fremleggelse av psykologjournaler i en straffesak formulerte Høyesterett det slik: «[F]ornærmede [kan]

¹¹⁹ Skoghøy (2013) s. 188

¹²⁰ LB-2016-70178-1

¹²¹ LB-2003-10249-1

gjennom en presis angivelse av forklaringstemaet, [...] skjermes mot unødvendig innsyn i underlagsmaterialet»¹²². For å sikre kontradiksjon må retten derfor foreta begge vurderinger, både om en tematisk begrensning kan aksepteres og om underliggende materiale må legges frem. Av systematiske hensyn vil jeg i det videre likevel holde fast på skillet mellom tematisk begrenset samtykke og samtykke som begrenser tilfanget av opplysninger.

5.2.3 Ved grensedragninger er kontradiksjonsprinsippet av betydning

Det høres i utgangspunktet kurant ut at implisitte samtykker til fremleggelse av underliggende materiale ikke skal tolkes lenger enn det er grunnlag for. I praksis kan det imidlertid være vanskelig å fastlegge samtykkets rekkevidde. Formålet med å fremme erklæringer eller forklaringer fra yrkesutøvere som bevis er ofte at yrkesutøverne skal selektere relevante opplysninger og foreta en forsvarlig vurdering av faktum. Formålet med å provosere det underliggende materialet fremlagt vil være å kunne etterprøve yrkesutøverens seleksjon og vurdering. Derfor vil det sjeldent forekomme at underlagsmaterialet gir uttrykk for nøyaktig de samme opplysningene som følger av erklæringen eller forklaringen. Skal underlagsmaterialet i en slik situasjon ha bevisverdi må det tenkes et visst avvik, for eksempel i detaljnivå, mellom underlagsmaterialet og opplysningene i erklæringen eller forklaringen.

Illustrerende for at et slikt avvik likevel kan godtas er Rt. 1992 s. 949. En advokat var oppgitt som vitne og skulle forklare seg om «hans vurdering av [avtalen]»¹²³. Retten kom på det grunnlag til at underliggende advokatkorrespondanse ikke lenger var taushetsbelagt. Det er vanskelig å se for seg at advokatkorrespondansen ikke ville inneholde mer detaljerte opplysninger om klientforholdet, avtalen og bakgrunnen for denne enn advokatens forklaring om hans vurdering av avtalen ville innebære. Retten kom likevel til at vitneutspørringen krevde at motparten fikk innsyn i korrespondansen slik at de effektivt kunne ettergå advokatens vurderinger.

På grunn av kravene til kontradiktorisk prosess vil derfor et samtykke til at en profesjonsutøver vitner ofte kunne hjemle fremleggelse av underliggende materiale.¹²⁴ Grunnen er at en vitneforklaring må være fullstendig og bare i unntakstilfeller kan underlegges tematiske begrensninger, jf. drøftelsen i kapittel 4. Det at bevis fra yrkesutøvere ofte er sentrale i å belyse gitte bevistema underbygger videre at kontradiksjonsprinsippet bør vektlegges og at underlagsmateriale bør legges frem. I eksempelvis erstatnings- og forsikringssaker vil skadelidtes helsetilstand

¹²² HR-2017-2262 avsnitt 50

¹²³ Rt. 1992 s. 949 (s. 950)

¹²⁴ Se også i denne retning LH-2010-73609, LB-2014-154162 og LB-2015-25759.

ofte være av helt avgjørende betydning for resultatet.¹²⁵ I saker om forståelsen av en ektepakt eller en kontrakt kan advokatens syn på hva som var intensjonen ved avtaleinngåelse være sentralt. Dersom klienten eller pasienten i slike tilfeller samtykker til at profesjonsutøveren avgir vitneforklaring, taler bevisets betydning og hensynet til etterprøvbarhet med tyngde for at også underliggende materiale som møte- eller journalnotater legges frem.

At underlagsmateriale vil kunne ha stor betydning for rettens bedømmelse av erklæringer og forklaringer fra yrkesutøvere kommer klart frem i Rt. 2009 s. 1204. Saken gjaldt spørsmålet om hensiktsmessig attføring var gjennomført eller forsøkt som vilkår for utbetaling av uførepensjon. Saksøker hadde fremlagt to erklæringer fra sin fastlege og påberopt ham som vitne for lagmannsretten. Tvisten gjaldt fremleggelse av journalnotater fra fem konsultasjoner som legen bygget erklæringene og forklaringen på. Om fremleggelse av underliggende materiale uttalte ankeutvalget at

«[d]et må [...] være en klar presumsjon for at det faktiske grunnlagsmateriale for fremlagte erklæringer og avgitte forklaringer, vil kunne ha betydning for rettens bedømmelse av disse.»¹²⁶

Med andre ord kunne underlagsmateriale bidra til å avdekke eventuelle svakheter i de erklæringer og forklaringer som var gitt. Dersom retten ikke fant slike svakheter kunne underlagsmaterialet tale for bevisenes etterprøvbarhet og dermed gjøre det trygt for retten å legge avgjørende vekt på erklæringene og forklaringene i sin avgjørelse.

Faktum at bevistvister om underlagsmateriale kommer inn for retten underbygger at hensynet til kontradiksjon trumfer avtalerettslige tolkningsmomenter i grensetilfeller. En forutsetning for slike tvister er jo at den ene parten uttrykkelig ikke vil legge frem ytterligere dokumentasjon. I en slik situasjon vil et rent avtalerettslig grunnlag ikke kunne hjemle videre fremleggelse av taushetsbelagt bevis fordi en slik handling ikke omfattes av den samtykkedes utrykte vilje. Hensynet til kontradiksjon tilsier likevel at mer dokumentasjon skal legges frem. En slik betraktning har kommet eksplisitt til uttrykk i LB-2014-154162. De omtvistede bevisene var psykiatriske journaler som i forkant var overgitt en spesialist. Spesialisten skulle inngi erklæring og forklaring for retten og journalene kvalifiserte derfor som underlagsmateriale. Retten konkluderte med at journalene måtte legges frem og at

«resultatet må bli det samme selv om ankende part uttrykkelig har uttalt at hun ikke vil samtykke til å frita [Voksenpsykiatrisk Poliklinikk] for taushetsplikt om de aktuelle journalene.»¹²⁷

¹²⁵ Se eksempelvis Rt. 1998 s. 1565 (s. 1566) om betydningen av medisinske bevis i whiplash-saker.

¹²⁶ Rt. 2009 s. 1204 avsnitt 13

¹²⁷ LB-2014-154162

En viktig forutsetning for et slikt resultat er imidlertid at underlagsmaterialet ikke legges frem i større utstrekning enn det som kreves for en kontradiktorisk behandling av erklæringen og forklaringen, jf. pkt. 5.2.2.

5.3 Kan vitneforklaringer fremlegges som underliggende materiale?

Over har drøftelsen i hovedsak dreiet seg om situasjoner hvor underliggende dokumenter be-
gjæres fremmet for å supplere en vitneforklaring. I det videre er spørsmålet om vitneforkla-
ringer også kan utgjøre underliggende materiale. Dersom tilstrekkelig med skriftlig advokat-
korrespondanse eller sykejournaler legges frem, må profesjonsutøveren avgi vitneforklaring for
å supplere eller forklare det allerede fremlagte bevismaterialet?

Spørsmålet var oppe i LG-2019-2991. En av partene i en voldgiftssak hadde samtykket til frem-
leggelse av fullstendig advokatkorrespondanse i saken. Taushetsplikten var derfor opphevet for
innholdet i disse dokumentene. Spørsmålet var om denne fremgangsmåten skulle tolkes som et
fullstendig samtykke til opphevelse av bevisforbudet. Var så tilfelle, hadde advokaten vitne-
plikt. Lagmannsretten konkluderte imidlertid med at vitneforklaringen ikke skulle fremmes.
Saken ble anket til høyesterett, men anken ble forkastet av ankeutvalget. Utvalget mente det var
«klart» at argumentene for at advokaten skulle vitne ikke kunne føre frem.¹²⁸

Lagmannsretten tolket først korrespondansen mellom partene om opphevelse av taushetsplik-
ten. Den ene parten hadde gjennom hele saken fastholdt at samtykket til fremleggelse av kor-
respondansen ikke innebar at advokaten fullstendig var løst fra sin taushetsplikt. Retten mente
derfor det ikke var grunnlag for å tolke samtykket i strid med slike uttalte forutsetninger. Mot-
partens innsigelser om at de hadde behov for å stille oppfølgende spørsmål til advokaten ble
ikke tatt til følge. Deler av lagmannsrettens begrunnelse harmonerer derfor dårlig med den retts-
forståelsen oppgaven så langt har tatt til orde for. I denne saken kan det synes at avtalerettslige
betraktninger fikk avgjørende betydning for tolkningen av rekkevidden av samtykket.

Lagmannsrettens videre begrunnelse underbygger imidlertid at det er tatt hensyn til motpartens
rett til kontradiksjon. Retten påpeker at «det samlede bevisbildet er omfattende, og består av
vesentlig mer enn de bevisene som knytter seg til [advokatens] oppdrag»¹²⁹. Korrespondansen
fremstod altså ikke så sentral i det totale bevisbildet at kontradiksjonsprinsippet kunne hjemle
bevisfremleggelse i større omfang. Videre henviser retten til at det ble fremlagt en «fullstendig

¹²⁸ HR-2019-1185-U

¹²⁹ LG-2019-2991

klientfil»¹³⁰. Det skriftlige materialet fremstod derfor som så etterprøvbart at motpartens rett til kontradiksjon kunne ivaretas uten vitneforklaringen.

Generelt uttalte lagmannsretten at problemstillingen i denne saken skilte seg fra tilfeller der en vitneforklaring suppleres av skriftlig underlagsmateriale. Begrunnelsen retten ga er at vitneforklaringer som hovedregel må være fullstendige. Ofte vil det å fremme en vitneforklaring derfor innebære en utvidelse av samtykket. Lagmannsretten gir videre uttrykk for at det å anse vitneforklaringer som underlagsmateriale vil innebære en fra det mindre til det mer slutning som ikke kan aksepteres. Resultatet i LG-2019-2991, som må anses akseptert av Høyesteretts ankeutvalg, tilsier derfor at vitneforklaringer som hovedregel ikke kan fremmes for å supplere skriftlig materiale. Dette gjelder selv om det skriftlige materialet er omfattende.

Basert på drøftelsene tidligere i oppgaven er jeg enig med lagmannsretten i resultatet. Kontradiksjonsprinsippet blir ikke tilsidesatt i en sak som denne, hvor den skriftlige korrespondansen står på egne ben og heller ikke utgjør et avgjørende bevis. På to punkter kan det likevel spørres om lagmannsretten har havnet i riktig spor.

For det første dreier det seg om problemstillingen lagmannsretten oppstiller. Retten formulerer spørsmålet om det å fremme advokatkorrespondansen innebar at advokaten var fullstendig løst fra sin taushetsplikt. Med andre ord setter retten likhetstegn mellom det at advokaten tillates å supplere korrespondansen som vitne og det at advokaten anses fullstendig løst fra sin taushetsplikt. Når spørsmålet stilles på denne måten ser retten bort fra det faktum at den allerede hadde akseptert en tematisk begrensning i samtykke til opphevelse av bevisforbudet. Begrensningen gikk ut på at det bare skulle føres bevis om innholdet i advokatkorrespondansen. Retten kunne og burde derfor heller reist spørsmålet om advokaten skulle tillates å vitne om innholdet i korrespondansen. Grunnen til at dette ikke ble gjort ligger nok først og fremst i de praktiske vanskelighetene med å avgrense en vitneforklaring. Fordi korrespondansen ikke var sentral i det totale bevisbildet, ville nok heller ikke vitnebeviset tilføre saken noe nytt. Føring av vitnebeviset var dermed ikke verdt den utfordringen det ville representere. En slik begrunnelse ligger i kortene når lagmannsrettens uttaler at dokumentbevisene var fullstendige og derfor ikke krevde mer bevisførsel. Hadde spørsmålet blitt stilt på en litt annen måte kunne denne avveiningen likevel kommet tydeligere frem i rettens begrunnelse.

¹³⁰ LG-2019-2991

For det andre vil jeg rette en kommentar til lagmannsrettens antakelse om at det er en automatikk i at et skriftlig underlagsmateriale ikke tilfører bevisbildet noe nytt, samtidig at muntlige forklaringer gjennomgående vil innebære en utvidelse av bevismaterialet. Tvert imot kan legejournaler og tidsnære notater ofte ha et høyere detaljnivå og kunne fremstå som bevismessig sikrere enn en muntlig forklaring. Lagmannsrettens slutning om at spørsmål om føring av vitneforklaringer som underliggende materiale er noe prinsipielt annet enn føring av skriftlig underlagsmateriale bør derfor ikke tillegges allmenn gyldighet. Et slikt kategorisk skille kan medføre at man tillater skriftlig materiale fremmet i større grad enn det er belegg for etter samtykke. Motsatt, at rettsanvendere ikke tillater muntlige forklaringer fremmet som underlagsmateriale selv om hensynet til kontradiksjon begrunner at forklaringen fremmes.

Med dette som bakgrunn er konklusjonen at vitneforklaringer som hovedregel ikke kan fremmes som underliggende materiale fordi en fri vitneforklaring ofte vil kreve en mer omfattende opphevelse av bevisforbudet enn et samtykke til fremleggelse av skriftlig materiale tillater. Man bør likevel forholde seg bevisst til automatiske slutninger om at vitneforklaringer alltid vil innebære noe «mer» og vurdere konkret om hensynet til kontradiksjon er tilbørlig ivaretatt ved det totale bevisbildet. Momentene som må vurderes er gjennomgående det samme som for om et begrenset samtykke kan opprettholdes. Nemlig om de skriftlige bevisene som er fremlagt fremstår som etterprøvbare eller om de krever videre oppfølgingsspørsmål. Bevisenes vekt i det totale bevisbildet er også av betydning.

5.4 Oppsummering av regelens innhold

Vurderingsmomentene som er oppstilt i dette kapitlet bidrar i noen grad til å systematisere rettens vurderinger av om underliggende materiale skal fremmes som bevis. Oppsummert er det for det første en forutsetning at det underliggende materialet er underliggende til noe som faktisk er omfattet av bevisforbudet. Før bevisforbudet oppheves ved ord eller handling gjelder utgangspunktet om at taushetsbelagt informasjon ikke er en del av avgjørelsesgrunnlaget. Noe krav om fremleggelse på bakgrunn av kontradiksjonshensyn kan da ikke føre frem.

Foreligger en handling som kan tolkes som et samtykke, må tolkningen av dette ikke medføre at ytterligere taushetsbelagt informasjon røpes. Ettersom vitneforklaringer stiller krav til at vitnet må forklare seg fullstendig om et gitt tema, kan vitneforklaringer bare helt unntaksvis fremmes som underliggende materiale. Det foreligger heller ikke eksempler fra rettspraksis på at vitneforklaringer tillates fremmet med hjemmel i konkludent adferd.

I grensedragningen mellom hva som kan innfortolkes i et samtykke og hva som vil innebære en utvidelse av et slikt samtykke spiller kontradiksjonsprinsippet en rolle. En ren avtalerettslig tolkning av partenes disposisjoner vil ikke kunne hindre videre bevisførsel dersom hensynet til kontradiksjon blir tilsidesatt. Hvor sentralt beviset er i det totale bevisbildet og graden av etterprøvbarehet av beviset uten at underliggende materiale fremmes er momenter skissert i rettspraksis.

6 Saksanlegg som implisitt samtykke

6.1 Presentasjon av typetilfellet

Situasjonen som adresseres i dette kapittelet er at en part går til sak om et krav som krever fremleggelse av taushetsbelagt bevis for å sannsynliggjøres. En videre forutsetning er at saksøkeren selv råder over det taushetsbelagte beviset, men nekter å samtykke til opphevelse av bevisforbudet. Det understrekes at det ikke er tale om å drøfte en regel som gir saksanlegg generell virkning som samtykke til opphevelse av bevisforbud. Det ville innebære å tolke de implisitte samtykkene for langt.¹³¹ Et vilkår for å operere med en slik regel må i tilfellet være at taushetsbelagte bevis står helt sentralt for at retten skal skulle ta stilling til sakens kjerne. Problemstillingen er om krav til sakens opplysning og kontradiktorisk behandling av sakens kjerne kan begrunne tolkning av et saksanlegg som implisitt samtykke til opphevelse av bevisforbud.

Et eksempel på den overnevnte situasjon er at en arbeidstaker krever yrkesskadeerstatning. For retten vil det være helt sentralt å påvise årsakssammenheng mellom arbeidet og skaden. Saksøkeren må kunne dokumentere sin helsetilstand både før og etter skaden. Har retten ikke tilgang på taushetsbelagte helseopplysninger, kan den ikke vurdere om det er grunnlag for kravet. En åpenbar konsekvens er at arbeidstakeren taper saken. Et slikt resultat vil imidlertid innebære unødvendig ressursbruk. Det er derfor aktuelt å spørre om selve saksanlegget i en slik situasjon kan tolkes som et implisitt samtykke til opphevelse av bevisforbudet.

De overnevnte forutsetningene høres kanskje lite praktiske ut, men problemstillingen har vært oppe i rettspraksis flere ganger.¹³² Spørsmålet har likevel ikke blitt avklart endelig av Høyesterett. Videre er problemstillingen juridisk interessant fordi den ligger i grensen mellom samtykke ved konkludent adferd og hypotetiske samtykker.¹³³ Når en saksøker går til sak med et krav demonstrerer parten en klar vilje til å hevde sin rett. For å nå dette resultatet er det nødvendig å underbygge kravet. Man kan derfor argumentere for at saksanlegget demonstrerer en viss vilje til å oppheve bevisforbudet. Det er likevel vanskelig å innfortolke en slik vilje basert på rene avtalerettslige prinsipper når den som har krav på hemmelighold bestrider fremleggelse av de nødvendige bevisene. Igjen blir det derfor aktuelt å undersøke om prosessuelle hensyn kan bidra i tolkningen av samtykker til opphevelse av bevisforbud.

¹³¹ Schei (2016) note 5.1 til § 22-5

¹³² Søk i Lovdata 22.05.2020 i rettskilde SIV det vil si alle sivile saker med lovhenviing: LOV-2005-06-17-90-§22-5, LOV-1915-08-13-6-§206a, LOV-1915-08-13-5-§205 ga 176 treff. Av dem tar 7 avgjørelser opp spørsmålet om et saksanlegg kan ha virkning som et samtykke.

¹³³ Se pkt. 2.3.2 for en avklaring av disse begrepene

6.2 Analogislutninger fra helsepersonelloven § 47

Spørsmålet i det videre er om analogislutninger fra hpl. § 47 kan utgjøre et rettslig grunnlag for å anse saksanlegg som samtykke i de situasjonene som her drøftes. Helsepersonelloven § 47 får anvendelse i saker hvor helsepersonell blir saksøkt for mangler ved deres yrkesutøvelse. Regelen gir et unntak fra bevisforbudet, slik at helsepersonell får en rimelig mulighet til å imøtegå de krav som rettes mot dem.¹³⁴ Unntaket er begrunnet i «domstolenes behov for å få best mulig grunnlag for sine avgjørelser».¹³⁵

Regelen i hpl. § 47 eksemplifiserer altså en avveining mellom hensynene bak taushetsplikten og hensynet til bevisførselen i rettsaker hvor taushetsbelagt materiale er av sentral betydning for avgjørelsen av kravet.¹³⁶ Resultatet av denne avveiningen peker på at selve saksanlegget i de tilfellene regelen gjelder, gir grunn til å gjøre unntak fra bevisforbudet. Det kan på dette grunnlaget spørres om bestemmelsen gir uttrykk for en avveining av hensyn som kan ha gyldighet utover de konkrete tilfellene bestemmelsen uttrykkelig gjelder.

Også før vedtakelsen av tilsvarende bestemmelse i legeloven av 1980, var rettsoppfatningen at en lege måtte ha anledning til å forsvare seg mot potensielt ubegrunnede søksmål. Høyesterettsadvokat Kindt skrev allerede i 1952:

«Såfremt en lege saksøkes av en pasient med erstatningskrav for feilaktig behandling, må lægen ha adgang til å fremlegge for retten alle opplysninger som er nødvendige for å bedømme om behandlingen har vært korrekt eller ikke. Herunder også den diagnose lægen har stillet. Pasientens saksanlegg må nemlig ansees å omfatte et samtykke til at lægen fremlegger alle de opplysninger han sitter inne med om saksforholdet.»¹³⁷

Denne rettsoppfatningen underbygger at synspunktene i lovbestemmelsen er av mer generell karakter og ikke er strengt bundet til ordlyden i helsepersonelloven § 47.

I teorien er det videre tatt til orde for at det må gjelde et tilsvarende unntak for advokater som saksøkes for feilaktig rådgivning.¹³⁸ Skoghøy bygger denne analogislutningen på alminnelige nødrettsbetraktninger. Om unntak kan gjøres også i andre tilfeller beror etter hans mening på om «yrkesutøverens forklaring kan ha avgjørende betydning for sakens utfall» og om «tungtveiende private eller offentligrettslige interesser gjør det berettiget å kreve at forklaring blir avgitt».¹³⁹

¹³⁴ At regelen skal ha forrang foran bevisforbudet er uttrykkelig sagt i NOU 1993:33 s. 129-130

¹³⁵ NOU 1993:33 s. 130

¹³⁶ Rt. 1992 s. 362 (s. 367)

¹³⁷ Kindt (1952) s. 966

¹³⁸ Schei (2016) note 4.2 til § 22-5, Skoghøy (2017) s. 780-781, Svalheim (1996) s. 117

¹³⁹ Skoghøy (2017) s. 7

Et eksempel på at slike nødrettsbetraktninger har fått fotfeste i rettspraksis er regelen om unntak fra bevisforbudet for advokater i saker om innkreving av salær.¹⁴⁰ Unntaket begrunnes i at det å engasjere en advokat innebærer en implisitt aksept av at «unntatelse av å betale regningen vil kunne bli møtt med rettslig inkasso fra advokatens side, selv om dette vil måtte innebære at klientforholdet opplyses for andre»¹⁴¹. For å sannsynliggjøre et krav på betaling er det helt nødvendig for advokaten å fremlegge bevis som gjelder klientforholdet. Dette er imidlertid et snevert unntak som bare hjemler å avsløre selve klientforholdet. Advokaten kan ikke gå lenger i å avsløre betrodde opplysninger enn det som er strengt nødvendig for inndrivelse av kravet.

Flere eksempler enn det overnevnte på at domstolene anvender den skjønnsmessige regelen om unntak Skoghøy tar til orde for, eller analogiserer over hpl. § 47 finnes ikke. Tvert imot har Høyesterett i Rt. 2004 s. 1668 (Flyver) gitt uttrykk for at man ikke bør analogisere over de lovregler som gjør unntak fra bevisforbudet.

«I slike saker gjør særlige hensyn seg gjeldende, og lovgiveren har ut fra en avveining av de interesser som står på spill, funnet at forbudet mot bevisførsel om forhold som pasienter har betrodde legen, må vike. Også i andre saker kan nok denne løsningen fremstå som konkret rimelig. Men ikke minst retts tekniske hensyn taler etter min mening avgjørende mot at det på ulovfestet grunnlag kan gjøres unntak fra bevisforbudet i andre tilfeller[...]»¹⁴²

På bakgrunn av de gjennomgåtte kilder er det dermed ikke grunnlag for å generalisere videre over de betraktningene som har kommet til uttrykk i helsepersonelloven § 47. De ulovfestede reglene som er oppstilt synes alle å legge avgjørende betydning på hensynet til yrkesutøveren selv. At denne skal få en rimelig mulighet til å ivareta egne interesser og ikke utsettes for ubegrunnede søksmål. Når en regel om saksanlegg som samtykke oppstilles i teori og rettspraksis, er altså yrkesutøverens partsstilling som saksøkt den sentrale likhetsbetraktningen regelen bygges på.

6.3 Parters opplysningsplikt

6.3.1 Forholdet mellom bevisforbudet og partens opplysningsplikt

I tvl. § 21-4 heter det at «[p]artene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. De skal gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten, og har plikt til å gi forklaringer og bevistilgang i henhold til § 21-5.» Spørsmålet i det videre er om partenes

¹⁴⁰ Se Rt. 2012 s. 608

¹⁴¹ Rt. 2012 s. 608 avsnitt 56

¹⁴² Rt. 2004 s. 1668 avsnitt 38

opplysningsplikt kan utgjøre et rettslig grunnlag for å tolke et saksanlegg som samtykke. Forarbeidene til tvl. § 21-4 uttrykker at bestemmelsen er «utslag av det hensyn som taler for åpenhet i prosessen slik at man kan bygge avgjørelsen på et riktig faktisk grunnlag»¹⁴³. Med «åpenhet i prosessen» siktes det til at motparten får innsyn i bevisene slik at parten effektivt kan imøtegå tolkninger av dem. Med andre ord vil det å gi opplysningsplikten gjennomslag i konkrete tilfeller tjene hensynet til kontradiksjon og materielt riktige resultater.

Etter tvl. § 22-5 første ledd kan ikke retten «ta imot bevis *fra*» nevnte yrkesutøvere. Tilsynelatende er det derfor ingen konflikt mellom bevisforbudet og partenens opplysningsplikt fordi bevisforbudet etter ordlyden bare gjelder bevis på yrkesutøverens hånd. Bestemmelsen er likevel tolket ganske annerledes. Forklaringen på avviket mellom ordlyd og praksis ligger i en lovendring fra 2007.¹⁴⁴ Før endringen, også i tvistemålsloven § 205, het det at retten ikke kunne «ta imot bevis *om*» betrodde opplysninger. Denne ordlyden var tolket slik at bevisforbudet fulgte opplysningene.¹⁴⁵ Hvem som var i besittelse av bevisene var derfor underordnet.

Umiddelbart kan det derfor synes at den nye ordlyden var ment å innføre en betydelig begrensning i bevisforbudets rekkevidde. Bakgrunnen for endringen og uttalelser i forarbeidene om at bestemmelsen viderefører tvml. § 205 trekker likevel i motsatt retning.¹⁴⁶ I samme retning trekker rettspraksis fra tiden etter at den nye ordlyden kom i stand.¹⁴⁷ At en part som er i besittelse av taushetsbelagt bevis som hovedregel har taushetsrett må derfor anses som gjeldende rett i dag.

Avgjørende for om en part har opplysningsplikt er etter dette ikke hvem som besitter opplysningene, men om de aktuelle opplysningene anses «betrodd» en yrkesutøver «i deres stilling»

¹⁴³ NOU 2001:32 B s. 946

¹⁴⁴ Lov 26. januar 2007 nr. 3 Endringslov til tvisteloven

¹⁴⁵ Rt. 1999 s. 1066 U (s. 1070) med videre henvisninger

¹⁴⁶ Se Ot.prp.nr.74 (2005-2006) s. 60. Endringen var i utgangspunktet bare ment å tydeliggjøre forholdet mellom bevis innhentet ved lovbestemt meldeplikt og bevisforbudet. Barneombudet uttrykte bekymring for at daværende ordlyd medførte en begrensning i Barnevernets mulighet til å føre taushetsbelagte opplysninger som bevis når de hadde fått tilgang til opplysningene fra helsepersonell med meldeplikt, jf. Ot.prp.nr.74 (2005-2006) s. 36-37. Det følger allerede av helsepersonelloven § 23 nr. 6 og formålet med meldeplikten at taushetsplikt ikke skal gjelde for opplysninger meddelt som følge av meldeplikten. Se for øvrig utkast til Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand § 28 andre ledd i NOU 2015:3 s. 494 og merknad til bestemmelsen på s. 438 som foreslår å tydeliggjøre unntak fra taushetsplikten når det er «pålagt opplysningsplikt» i medhold av lov. På denne bakgrunn er lovendringen kritisert som både unødvendig og uheldig, se Schei (2016) kommentar til § 22-5 note 4.4 og Skoghøy (2017) s. 774. Kritikken har også fått betydning ved utarbeidelse av utkast til ny straffeprosesslov § 8-3, se NOU 2016:24 s. 269-270.

¹⁴⁷ Se Rt. 2012 s. 1601 avsnitt 20 og senest HR-2018-1691-U avsnitt 19

slik at bevisforbudet kommer til anvendelse. Av denne grunn kan man generelt si at bevisforbudet går foran partens opplysningsplikt, jf. tvl. § 21-4. Det betyr imidlertid ikke at parter er unntatt fra å forklare seg om faktiske forhold. Partene har opplysningsplikt om egen helsetilstand eller bakgrunnen for at den har oppsøkt juridisk rådgivning. For kommunikasjonen mellom yrkesutøveren og parten slår imidlertid bevisbudet til. Parten kan nekte å fremlegge journaler den har fått oversendt av helsepersonell eller forklare seg om råd parten har mottatt av yrkesutøveren.¹⁴⁸

6.3.2 Et unntak av hensyn til sakens opplysning og kontradiksjon?

Spørsmålet i det videre er om det faktum at en part reiser en sak som krever fremleggelse av taushetsbelagte bevis likevel medfører at parten må anses å gi avkall på kravet på konfidensialitet. Altså om saksanlegg i slike tilfeller kan tolkes som et samtykke til opphevelse av bevisforbudet. I teorien har Robberstad tatt til orde for en slik løsning.¹⁴⁹ Hun argumenterer for at det er «vanskelig å forvare»¹⁵⁰ at en person som går til søksmål skal kunne holde tilbake opplysninger som er sentrale for avgjørelsen av kravet. Videre peker hun på at dette vil gi bevisforbudet et for vidt nedslagsfelt i lys av opplysningsplikten i tvl. § 21-4.¹⁵¹ Begrunnelsen for standpunktet er dermed en betraktning om at hensynene til riktige resultater og kontradiksjon, som har fått uttrykk i bestemmelsen om partenes opplysningsplikt, burde få større vekt enn hensynene som begrunner bevisforbudet i slike situasjoner.

Standpunktet synes rimelig og i tråd med de retningslinjene som er oppstilt tidligere i oppgaven for vektingen av kontradiksjonsprinsippet. Ved å anlegge en sak som krever fremleggelse av taushetsbelagte bevis svekker den som har krav på hemmelighold sine berettigede forventninger om konfidensialitet. Det må fremstå som klart at bevisene kan være av relevans for retten. Samtidig betyr rollen som saksøker en oppfordring til å sannsynliggjøre grunnlaget for kravet. Det at *bevisene er helt sentrale* for avgjørelsen av saken øker behovet for kontradiktorisk behandling av dem. Motparten har i en slik situasjon et stort *legitimt behov* for å få innsyn i grunnlaget for kravet for å kunne imøtegå dem. Spørsmålet i det videre er likevel om rettskildene hjemler å gi gjennomslag til slike betraktninger.

Forarbeidene til tvisteloven lar det være opp til domstolene å avgjøre om taushetsrett eller opplysningsplikt skal gis gjennomslag i konkrete tilfeller. En regulering i lovs form mente Utvalget

¹⁴⁸ Schei (2016) note 4.3 til § 22-5

¹⁴⁹ Robberstad (2018) s. 283

¹⁵⁰ Robberstad (2018) s. 283

¹⁵¹ Robberstad (2018) s. 283

ville utgjøre en fare for at bevisforbudet fikk en «for vid slagvidde»¹⁵². Veiledende skulle være om hensynet bak taushetsplikten i det konkrete tilfellet «er å beskytte fortroligheten mellom den som mottar betroelsen og den som betror seg»¹⁵³. I så tilfelle mente tvistemålsutvalget det skulle eksistere en taushetsrett for den som har betrodd seg. I etterkant av vedtakelsen av tviseloven har imidlertid rettspraksis klart tendert mot å gi gjennomslag til taushetsretten over opplysningsplikten, jf. drøftelsen i pkt. 6.3.1. Forarbeidene må derfor på dette punktet anses noe utdatert. At forarbeidene på denne måten gir uttrykk for at det skal være en balansegang mellom opplysningsplikten og de hensyn som begrunner bevisforbudet, er imidlertid et argument for at man ikke blindt kan operere med en regel om taushetsrett i alle tilfeller.

Kjennelsen inntatt i Rt. 1998 s. 1297 gjaldt krav om personskadeerstatning fremmet etter en trafikkulykke. Saksøkeren nektet å fremlegge dokumentasjon om sin helsetilstand før og etter ulykken. Lagmannsretten la vekt på at saksøker hadde samtykket til at en spesialist fikk innsyn i sykejournaler. Ettersom spesialisten skulle avgi vitneforklaring, var konklusjonen at journalene måtte legges frem som underliggende materiale. Høyesteretts kjæremålsutvalg var enig med lagmannsretten og uttalte at en parts fremleggelsesplikt etter tvml. § 250 må nyanseres for opplysninger som er betrodd lege. Hovedregelen slik den er presisert i pkt. 6.3.1 er altså utgangspunktet også for denne avgjørelsen. Kjæremålsutvalget gikk likevel ett skritt lengre i sin begrunnelse av hvorfor opplysningene måtte fremlegges og uttalte:

«Når det foreligger en slik plikt for saksøkeren til å gi fullstendige opplysninger *om det som er grunnlaget for det krav som er reist*, er det vanskelig å se at det kan være plass for en rett, basert på taushetsplikt for hans leger, til ikke å fremlegge det han har, eller lett har tilgang til, av legejournaler og lignende dokumentbevis av betydning for saken [min utheving].»¹⁵⁴

Selv om kjæremålsutvalget tiltrådte lagmannsrettens tolkning synes ikke utvalgets konklusjon i denne saken å være avhengig av at spesialisten skulle vitne. Utvalget bygger sine argumenter konkret på at saksøkeren hadde fremmet et krav som krevde fremleggelse av legejournaler for å underbygges. Avgjørelsen trekker altså isolert i retning av at krav til kontradiksjon om avgjørelsesgrunnlaget på bevismessig helt sentrale punkter kan begrunne at et saksanlegg anses som et samtykke til opphevelse av bevisforbudet.

Uttalelsen fra Rt. 1998 s. 1297 sitert over ble senere påberopt i avgjørelsen inntatt i Rt. 1999 s. 1066 som omhandlet spørsmålet om fremleggelse av psykologjournaler i en barnefordelings-sak. Kjæremålsutvalget nevner likevel ikke avgjørelsen i sin begrunnelse. Prejudikatet ble da

¹⁵² NOU 2001:32 B s. 959

¹⁵³ NOU 2001:32 B s. 959

¹⁵⁴ Rt. 1998 s. 1297 (s. 1299)

verken eksplisitt fraveket eller begrenset basert på ulikheter i saksforholdene. Hvordan avgjørelsene skal forstås i forhold til hverandre ble altså ikke avklart. I Rt. 1999 s. 1066 uttaler kjæremålsutvalget seg likevel generelt om taushetsretten.

«Siden reglene om forbud mot vitneprov er gitt for å sikre at nærmere bestemte opplysninger ikke kommer ut, må dokumenter som inneholder opplysninger som det er forbudt å motta vitneprov om, nektes fremlagt uten hensyn til hvem som besitter dokumentet.»¹⁵⁵

Avgjørelsen startet rekken med prejudikater som i dag danner grunnlaget for å si at bevisforbudet som hovedregel går foran partenes opplysningsplikt.

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1668 (Flyver) tok fatt i denne sprikende rettstilstanden. Saken gjaldt et krav om tilbakebetaling fremsatt av et forsikringsselskap mot en flyver. Flyveren hadde mottatt kompensasjon for yrkesmessig uførhet på påstått svikaktig grunnlag og nektet å samtykke til fremleggelse av legejournaler. Avgjørelsen ble avsagt under skarp dissens (3-2).

Mindretallet mente uttalelsene i avgjørelsen i Rt. 1998 s. 1297 var veiledende og fulgte oppfordringen i forarbeidene om å foreta en vurdering av om flyveren hadde en beskyttelsesverdig interesse i konfidensialitet.¹⁵⁶ På bakgrunn av de faktiske forhold i saken vurderte mindretallet det slik at journalene måtte legges frem. Kravet på forsikringsutbetalingen var begrunnet i en legeundersøkelse som førte til at flyveren mistet sin rett til å føre fly. Før det endelige erstatningsoppgjøret, ble det imidlertid gjort ny undersøkelse som førte til at flyveren fikk sin lisens tilbake. Flyveren hadde da ifølge mindretallet ingen beskyttelsesverdig interesse i ikke å dele de nye opplysninger om sin helsetilstand med forsikringsselskapet.

Flertallet på sin side nyanserte rekkevidden av Rt. 1998 s. 1297 og uttalte at «[d]en bærende begrunnelse for [resultatet] var at skadelidte i dette tilfellet hadde samtykket i at legen avgav forklaring for retten»¹⁵⁷. Flertallet tolket altså avgjørelsen som et spørsmål om underliggende materiale. Avgjørelsen ble følgelig ikke tillagt betydning for spørsmålet om flyveren kunne nekte å fremlegge bevis om sin helsetilstand når det ikke var samtykket til fremleggelse av annet taushetsbelagt bevis. Som det fremgår strider flertallets tolkning av avgjørelsen med det jeg har tatt til orde for over. Hadde den bærende begrunnelsen for standpunktet vært at legen skulle forklare seg, kunne Kjæremålsutvalget nøyet seg med å vise til lagmannsrettens begrunnelse. Det gjorde de imidlertid ikke. I stedet presiserte ankeutvalget at opplysningsplikten ga hjemmel til å tolke saksanlegget som et samtykke. Det følger av dette at jeg er uenig med den tolkningen flertallet legger til grunn i Rt. 2004 s. 1668.

¹⁵⁵ Rt. 1999 s. 1066 U (s. 1070)

¹⁵⁶ Rt. 2004 s. 1668 avsnitt 55-57

¹⁵⁷ Rt. 2004 s. 1668 avsnitt 35

Videre uttalte flertallet prinsipielt at «pasientens krav på at det blir bevart taushet om hans betroelser til legen også [gjelder] i tilfeller hvor disse måtte være av sentral betydning i en senere retts sak.»¹⁵⁸ Med andre ord tar flertallet eksplisitt til orde for et bevisforbud som skal gjelde også for den som betror seg, selv om hensynet til kontradiktorisk behandling om sakens kjerne trekker i en annen retning.

Flertallet innser imidlertid at en regel om absolutt taushetsrett kan føre til urimelige resultater i enkelte tilfeller. Dersom en part nekter å legge frem opplysninger som kreves for å sannsynliggjøre et krav mener flertallet dette skal sanksjoneres i bevisvurderingen, ikke ved det flertallet anser som en mulig uthuling av bevisforbudet.

«Dersom det ut fra forholdene i saken må legges til grunn at [den som besitter bevisene] ikke har noen *aktverdig grunn* til å nekte å fremlegge legejournaler eller andre taushetsbelagte dokumenter som han har hånd om eller med letthet kan fremskaffe, må det etter mitt syn ved den fri bevisvurdering kunne legges *betydelig vekt* på at han har motsatt seg å fremlegge dokumentene [min utheving].»¹⁵⁹

Flertallets votum i Rt. 2004 s. 1668 taler etter dette for at det ikke kan gjøres unntak i regelen om at bevisforbudet går foran partenes opplysningsplikt, selv om det i enkelte tilfeller kan lede til urimelige resultater. Avgjørelsen er imidlertid avsagt under sterk dissens og gjaldt ikke direkte tilfellet at en saksøker nekter å legge frem bevis for å underbygge sitt krav. Døren er dermed ikke helt stengt for at domstolene i fremtiden kan komme til motsatt resultat.

En kilde som videre underbygger at uttalelsene i Rt. 1998 s. 1297 fortsatt kan sies å ha relevans i helt spesielle tilfeller er Rt. 2009 s. 1204 som omhandlet krav om uførepensjon. Staten som var saksøkt anførte at:

«[D]et er A som har søkt om uførepensjon, og [...] han som har fremmet søksmål med påstand om at avslaget på uførepensjon er ugyldig. Begge deler krever at han opplyser saken, herunder fremlegger relevante medisinske opplysninger. Uansett må det være grunnlag for å tolke saksanlegget som et samtykke etter tvisteloven § 22-5 tredje ledd.»¹⁶⁰

Ankeutvalget kom som tidligere nevnt til at de omstridte legeerklæringene uansett måtte fremmes som underliggende materiale til legens vitneforklaring. Det ble derfor ikke tatt stilling til om saksanlegget var å anse som et samtykke.¹⁶¹ Interessant er det likevel at problemstillingen reises i domspremissene med henvisning til Rt. 1998 s. 1297. Dette kan tale for at avgjørelsen fortsatt anses relevant. Til dette kommer det at ankeutvalget heller ikke avfeide statens anførsel

¹⁵⁸ Rt. 2004 s. 1668 avsnitt 37

¹⁵⁹ Rt. 2004 s. 1668 avsnitt 41

¹⁶⁰ Rt. 2009 s. 1204 avsnitt 4

¹⁶¹ Rt. 2009 s. 1204 avsnitt 11

som prinsipielt grunnløs. Noen definitiv bekreftelse på riktigheten av statens anførsler kan likevel ikke innfortolkes. Det må fortsatt anses som høyst usikkert hvordan ankeutvalget ville stilt seg dersom det ikke var samtykket til at legen skulle avgi forklaring.

Nyere underrettspraksis deler seg også i vurderingen av om begrunnelsen i Rt. 1998 s. 1297 står ved lag når en saksøker nekter å legge frem sentralt bevismateriale for å sannsynliggjøre sitt krav. I LH-2010-73609 som gjaldt krav om erstatning for lidt og fremtidig inntektstap uttales det at «selve saksanlegget i dette tilfellet, må anses å innebære et samtykke til fremleggelse av journalnotatene, jf. Rt-1998-1297». Spørsmålet kom likevel ikke helt på spissen fordi saksøker i alle tilfeller ble ansett for å ha samtykket til fremleggelse av legejournaler ved å påberope legene som vitner. I LB-2016-70178-1 som gjaldt et oppsigelsessøksmål ble det tilføyd som en slengbemerkning at «[h]eller ikke saksanlegget i seg selv kan anses som et samtykke til opphevelse av bevisforbudet i tvisteloven § 22-5, noe arbeidsgiver heller ikke har anført.» Ettersom problemstillingen ikke utførlig drøftes i noen av avgjørelsene, bidrar uttalelsene til lite annet enn å illustrere at det fortsatt eksisterer uklarhet i rettspraksis.

Etter dette kan det synes åpent om krav til kontradiksjon og materielt riktige resultater kan begrunne at et saksanlegg anses som et samtykke når avgjørelse av saken krever fremleggelse av taushetsbelagt bevis. Forarbeidene taler for at man ikke skal gi bevisforbudet for vidt nedslagsfelt på bekostning av konkret rimelighet. En nærmere retningslinje for når opplysningsplikten kan bli avgjørende har likevel ikke fått fotfeste i rettspraksis som spriker i sine resultater. Avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1668 (Flyver) fremstår som den mest utførlig begrunnede avgjørelsen om temaet. Her blir det tatt til orde for at mangel på samtykke skal sanksjoneres i bevisvurderingen. Den som fremmer et krav og som ikke vil begrunne dette med nødvendige bevis vil da tape saken.

Prinsipielt kan man spørre om løsningen skissert i Rt. 2004 s. 1668 (Flyver) ikke er minst like skadelig for de hensyn bevisforbudet er ment å beskytte. Vurderingstemaet vil etter avgjørelsen være om en part har aktverdig grunn til å unnlate å samtykke til opphevelse av bevisforbud. I realiteten vil dette legge et press på den som har krav på hemmelighold til å samtykke til opphevelse av bevisforbudet. Dette vil gjelde også når den samtykkende ikke er herre over saksanlegget. I alle tilfeller vil et krav om at man må begrunne valget om å opprettholde retten til konfidensiell bistand kunne svekke de hensyn taushetsplikten er ment å ivareta. I tillegg vil det være lite effektivt å la slike saker gå helt til bevisvurderingen, uten å få en reell avklaring av sakens faktiske forhold. Slike prosesser vil også være lite sannhetsfremmende og kan derfor være egnet til å svekke tillitten til rettssystemet.

I lys av disse argumentene mener jeg en mer fordelaktig regel er å tillate en mer liberal tolkning av samtykke til opphevelse av bevisforbud i tilfeller hvor en part går til søksmål om et krav

parten nekter å begrunne. En slik løsning vil kunne by på retts tekniske utfordringer å håndheve, men unngår spekulasjon i parters motiver for å ville beholde retten til konfidensiell bistand. Samtidig oppnår man en fleksibel regel som kan ta hensyn til rimelighet i visse klart definerte situasjoner.

7 Konklusjon

Oppgavens målsetning har vært å undersøke hvordan kontradiksjonsprinsippet påvirker tolkingen av rekkevidden av samtykker til opphevelse av bevisforbud. Allerede i problemstillingen ligger det en antakelse om at slike samtykker ikke bare kan tolkes på grunnlag av alminnelige avtalerettslige prinsipper. Gjennomgangen av rettspraksis viser at kontradiksjonshensyn er et nyttig perspektiv. Jeg har identifisert tre typer problemstillinger som illustrerer viktigheten av å vektlegge kontradiksjonshensyn. Det gjelder når retten skal avgjøre om tematisk begrensede samtykker kan aksepteres og når den skal tolke implisitte samtykker for å ta stilling til om underliggende materiale skal fremlegges. Et fokus på kontradiksjonshensyn reiser også spørsmålet om saksanlegg skal anses som samtykker i visse tilfeller.

Et overordnet spørsmål reist i innledningen var om det å vektlegge kontradiksjon ved tolkning av samtykker fører til at mer taushetsbelagt bevis legges frem. Konklusjonen på dette er mer nyansert enn først antatt. Kontradiksjonshensyn trekker i retning av mer åpenhet rundt rettens avgjørelsesgrunnlag. Likevel støtter kontradiksjonshensyn ofte konklusjonen om at taushetsbelagte bevis må avskjæres. Dette er resultatet av at kontradiksjon, og dermed tilgang til bevis, må balanseres mot hensynene som begrunner bevisforbudet. Setter disse hensynene en stopper for å fremme fullstendige bevis som kan utsettes for fullverdig kontradiksjon, må beviset avskjæres. Med andre ord tvinges man ikke alltid til å si B, selv om motpartens rett til kontradiksjon vektlegges ved tolkning av samtykke.

En mer presis konklusjon er at vektlegging av kontradiksjonshensyn medfører en begrensning av den beskyttedes rådighet over taushetsbelagt bevis. Den som har krav på hemmelighold kan ikke alltid forme samtykket akkurat som den vil. Dette er underkommunisert i tradisjonelle fremstillinger av bevisforbudet. Fremstillingene fokuserer mer ensidig på hensynene som begrunner profesjonell taushetsplikt og bevisforbud, og det kan da virke lite tillitsvekkende om domstolen beslutter legejournaler eller andre personlige opplysninger fremlagt. Særlig overraskende vil en opphevelse av bevisforbud være når den som har krav på hemmelighold uttrykkelig har avstått fra å gi et slikt samtykke. Muligheten for å tolke samtykker til opphevelse av bevisforbud i tråd med grunnleggende prosessuelle hensyn bør derfor formidles klarere i juridisk litteratur og rettspraksis som behandler bevisforbudet.

Ser man de ulike typetilfellene i sammenheng er kanskje det viktigste funnet at retten bruker overordnede vurderingstema som i liten grad veileder andre rettsanvendere. Dette har resultert i sprikende rettspraksis. For tematisk begrensede samtykker var vurderingstemaet om saken vil bli «skjevt eller ufullstendig opplyst». Uten tilgang til de taushetsbelagte bevisene er det vanskelig å se hvordan retten i alle tilfeller skal kunne avgjøre dette spørsmålet på en troverdig måte, særlig uten nærmere vurderingsmomenter. Praksis som gjelder fremleggelse av underliggende

materiale måtte jeg strukturere og analysere grundig for å tydeliggjøre hvilke vurderinger retten gjør. Også i spørsmålet om et saksanlegg kan tolkes som samtykke spriker kildene. Resultatet er etter min mening en uheldig rettstilstand som kan legge press på klienter eller pasienter til å samtykke til opphevelse av bevisforbud.

Et fokus på kontradiksjonshensyn og hvordan dette vektet har i beste fall tillatt en viss «opp-rydning» i rettspraksis. I det minste har gjennomgangen synliggjort behovet for en nærmere strukturering og presisering av hva retten vurderer når den tar stilling til rekkevidden av samtykker. Kontradiksjonsprinsippets generelle karakter og retningslinjestruktur betyr at det ikke kan oppstilles en uttømmende regel om hvordan kontradiksjonsprinsippet skal vurderes i ulike situasjoner. Gjennomgående har jeg likevel funnet at momentene om (i) bevisets betydning i det totale bevisbildet, (ii) bevisets etterprøvbarehet og (iii) partenes subjektive behov for kontradiksjon er retningsgivende. Om disse momentene kom tydeligere frem i rettspraksis ville det kanskje kunne bidra til en mer tilgjengelig rettstilstand.

Kildeliste

Litteratur

- Aasen (2000) Aasen, Henriette Sinding. *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*. Bergen: Fagbokforlaget, 2000.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange. *Norsk sivilprosess*. Oslo: Universitetsforlaget, 2015
- Bernt-Hamre (2007) Bernt-Hamre, C. «Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven». *Jussens Venner*, Årg. 42, nr. 5 (2007), s. 273-294.
- Eldjarn (2015) Eldjarn, Erik. *Materiell prosessledning*. Tromsø: Universitetet i Tromsø, 2015
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas. *Rettslig prinsippargumentasjon*. Oslo: Gyldendal juridisk, 2014
- Hauge og Jansen (2020) Hauge, Christian og Jansen, Andrea. «Avklaring om vitneerklæringer og advokaters taushetsplikt». *Rettt 24*, 17. januar 2020, <https://rett24.no/articles/avklaring-om-vitneerklæringer-og-advokaters-taushetsplikt> [hentet 06.03.2020]
- Hjort (2016) Hjort, Maria Astrup. *Tilgang til bevis i sivile saker, særlig om digitale bevis*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016
- Hov (2019) Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. Oslo: Papinian, 2017

- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2012
- Kindt (1952) Kindt, Trampe. «Lægens taushetsplikt» *Rt-1952-961* [sitert fra Lovdata]
- Lassen (2017) Lassen, Rikke. «Sakkyndighet og kontradiksjon». *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, Årg. 15, nr. 3 (2017), s. 187-190.
- Lous (1960) Lous, Georg. *Sakførerers taushetsplikt: en utvikling og vurdering*. Oslo: Den Norske Sakførerforening, 1960 [strømmet fra Nasjonalbiblioteket]
- Matningsdal (2013) Matningsdal, Magnus. «Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker.» *Jussens Venner*, Årg. 48, nr. 1-2 (2013), s. 1-115.
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse.» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehaugen red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77-113
- Rasmussen (1997) Rasmussen, Ørnulf. *Kommunikasjonsrett og taushetsplikt i Helsevesenet*. Ålesund: A.S. Borgund, 1997 [strømmet fra nasjonalbiblioteket]
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*, 4. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2018

- Schei (2016) Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven: Kommentartutgave* i Juridika, 2016 [ajourført utgave hentet 08.01.2020]
- Settem (2016) Settem, Ola Johan. *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings: With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency*. Cham: Springer International Publishing, 2016. DOI: 10.1007/978-3-319-24883-7
- Skoghøy (2013) Skoghøy, Jens Edvin. «Advokaters taushetsplikt og de korresponderende bevisforbud i tvisteloven § 22-5 og straffeprosessloven § 119.» *Tidsskrift for Strafferett*, Årg. 13, nr. 2 (2013) s. 165-197.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin. *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2017
- Strandberg (2011) Strandberg, Magne. «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part» *Jussens venner*, Årg. 46 nr. 3 (2011), s. 165-181
- Sunde (2019) Sunde, Jørn Øyrehagen. «Innleiing: Den juridiske verktøykassen.» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 27-34
- Svalheim (1996) Svalheim, Knut. *Advokaters taushetsplikt*. Oslo: Universitetsforlaget, 1996 [strømmet fra nasjonalbiblioteket]

Norske rettskilder

Lover og forskrifter

1814	Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov (Grunnloven) [Grl.]
1915	Lov 13. august 1915 nr. 6 Om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 Om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) [strpl.]
1996	Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (advokatforskriften)
1999	Lov 2. juli 1999 nr. 64 Om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) [hpl.]
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 Om straff (straffeloven) [strl.]
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 Om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) [tvl.]
2007	Lov 26. januar 2007 nr. 3 Endringslov til tvisteloven
2016	Lov 27. mai 2016 nr. 14 Om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)
2018	Lov 1. juni 2018 nr. 23 Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering (hvitvaskingsloven)

Forarbeider

- NOU 1993:33 *Helsepersonells rettigheter og plikter*
Utkast til lov med motiver
[sitert fra Lovdata]
- NOU 2001:32 A *Rett på sak*
Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
[Sitert fra Lovdata]
- NOU 2001:32 B *Rett på sak*
Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
[Sitert fra Lovdata]
- NOU 2015:3 *Advokaten i samfunnet*
[Sitert fra Lovdata]
- NOU 2016:24 *Ny Straffeprosesslov*
[sitert fra Lovdata]
- NOU 2019:15 *Skatterådgiveres opplysningsplikt og*
taushetsplikt
Forslag til opplysningsplikt om skatte-
arrangement
[Sitert fra pdf hentet på regjeringen.no]
- Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) *Om lov om helsepersonell m v (helse-*
personelloven) [sitert fra Lovdata]
- Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile*
tvister (tvisteloven) [sitert fra Lovdata]
- Ot.prp.nr.74 (2005-2006) *Om lov om endringer i tvisteloven (end-*
ringer i straffeprosessloven og andre lo-
ver) [sitert fra Lovdata]

Rettspraksis

Rt. 1990 s. 8
Rt. 1992 s. 362
Rt. 1992 s. 949
Rt. 1998 s. 1297
Rt. 1998 s. 1565
Rt. 1999 s. 1066
Rt. 2001 s. 1113
Rt. 2004 s. 1668 (Flyver)
Rt. 2005 s. 1590
Rt. 2008 s. 504
Rt. 2009 s. 1204
Rt. 2012 s. 608
Rt. 2012 s. 1601
Rt. 2013 s. 438
Rt. 2013 s. 1206
Rt. 2013 s. 1158
Rt. 2014 s. 1259
Rt. 2015 s. 93 (Maria)
Rt. 2015 s. 155 (Rwanda)
Rt. 2015 s. 1179
HR-2016-232-U
HR-2016-1132-U
HR-2016-1363-U
HR-2016-2554-P (Holskip)
HR-2017-2056-U
HR-2017-2262-A
HR-2018-104-A
HR-2018-931-U
HR-2018-1691-U
HR-2018-2127-U
HR-2019-1185-U
HR-2019-2168-U
HR-2020-356-U
LB-2003-10249-1
LB-2011-51580
LB-2014-154162

LB-2015-25759
LB-2016-70178-1
LB-2016-43441
LG-2019-2991
LH-2010-73609
TOBYF-2015-158907

Internasjonale rettskilder

Traktater

EMK *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter*, Roma 4. november 1950

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Walston v. Norway *Case of Walston v. Norway*, no. 37372/97, 03.06.2003

Galich v. Russia *Case of Galich v. Russia*, no. 33307/02, 13.05.2008

Campbell v. UK *Case of Campbell v. the United Kingdom*, no. 13590/88, 25.03.1992

Michaud v. France *Case of Michaud v. France*, no. 12323/11, 06.12.2012

Eternit v. France *Case of Eternit v. France*, no. 20041/10, 27.03.2012

[Sitert fra offisielt sammendrag hentet fra HUDOC 21.05.2020]

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-66>