

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vernet av belastende opplysninger

Inkrimineringsvernets rare lillebror

Kandidatnummer: 202
Leveringsfrist: 1. juni 2020
Antall ord: 38 210



*Jeg vet nok at de fleste gir deg rett, Torvald, og at det står noe slikt i bøkene.
Men jeg kan ikke lenger la meg nøye med hva de fleste sier og hva der står i bøkene. Jeg må
selv tenke over de ting og se å få rede på dem.¹*

¹ Ibsen (1962) s. 85.

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og sentrale problemstillinger.....	1
1.2	Metode og rettskildebilde	4
2	KORT OM FORKLARINGSPLIKTEN	8
2.1	Kapittelets formål.....	8
2.2	Prinsippet om fri bevisføring som grunnlag for vitneførsel.....	8
2.3	Forklaringsplikten innhold	9
2.4	Koblingen til bevisstilgangsplikten	11
2.5	Sanksjonene et vitne risikerer ved å nekte å forklare seg	12
2.6	Straffansvaret for uriktig forklaring.....	13
3	INTRODUKSJON AV VERNET AV BELASTENDE OPPLYSNINGER	17
3.1	Vernets utvikling.....	17
3.2	Hva forklaringsfritaket innebærer	20
4	HVEM KAN VERNET PÅBEROPES AV OG TIL FORDEL FOR?.....	24
4.1	Den legaldefinerte kretsen	24
4.2	Terskelen for fosterrelasjoner og forlovede	29
4.3	Andres velferdstap	32
4.4	Unntaket for barn og psykisk utviklingshemmede	34
5	INNGANGSVILKÅRENE: RETTSLIG RELEVANT BELASTNING.....	38
5.1	Tap av sosialt omdømme	38
5.2	Velferdstap av annen art	47
6	SIKKERHETSVENTILENE: IVARETAKELSEN AV HENSYNET TIL RETTSPLEIEN.....	50
6.1	Lovgivers valgte verktøy for å begrense vernets rekkevidde	50
6.2	Vesentlighetskravet.....	50
6.3	Kravene til sannsynlighet og sannsynliggjøring	52
6.4	Urimelighetsvurderingen	55
6.5	Er forsikringsadgangen og urimelighetsvurderingen forenlige?.....	62
7	MULIGE TYPETILFELLER OG YTTERPUNKTER.....	64
7.1	Behovet for eksemplifisering og typetilfeller	64
7.2	Kropp, seksualitet og kjærlighet	65
7.3	Kriminalitet	71
7.4	Fysisk velferd.....	73
7.5	Psykisk helse	77
7.6	Økonomisk tap	77
7.7	Bortfall av andre goder eller rettigheter	78
7.8	Ødelagte kollegiale forhold.....	79
7.9	Egoistisk oppførsel i krisetider	80

8	PROBLEMATISKE ASPEKTER VED VERNETS UTFORMING	82
8.1	Manglende forutberegnelighet og utfordrende grensedragninger.....	82
8.2	Straffrihetsregelen og legalitetsprinsippet	86
8.3	Forslag til alternative bestemmelser	89
9	AVSLUTNING.....	94

1 Innledning

1.1 Tema og sentrale problemstillinger

Under et praksisopphold i en av landets tingretter fikk jeg i oppdrag å utrede spørsmålet om tiltalte i en kommende voldssak skulle gis tilgang til fornærmedes psykiatriske journaler. Begjæringen skyldtes tilsynelatende at tiltalte ønsket å få klarhet i hvorvidt fornærmede var bipolar som et ledd i en nødvergeargumentasjon. I en rekke SMS-er fra tiltalte til fornærmede kom det imidlertid frem at dette i all hovedsak handlet om hevn. Fordi hun hadde sendt staten på ham, gjengjeldte han tjenesten. All informasjonen han fikk tak i om hennes psykiske helse skulle spres til deres omgangskrets og alle andre som måtte være interessert. Denne saken fikk meg interessert i hvilken beskyttelse retten gir vitner.

Både i og utenfor juriststanden vil mange kjenne til selvinkrimineringsvernet: Den som avgir forklaring har ikke plikt til å svare på spørsmål som kan føre til at vedkommende blir utsatt for straff.² Denne tematikken er utførlig behandlet i juridisk litteratur,³ og er derfor ikke temaet for denne masteroppgaven. Isteden skal jeg ta for meg regelsettet som under visse omstendigheter beskytter vitner mot å gi opplysninger som kan medføre «vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art» for vitnet selv eller noen av vitnets nærmeste.⁴ Dette vernet gjelder unisont på tvers av straffeprosessloven, tvisteloven og straffeloven, og vil i det følgende omtales som *vernet av belastende opplysninger*.⁵

Vernet av belastende opplysninger er ikke et samlebegrep som er benyttet i teorien. Isteden varierer begrepsbruken endel, godt hjulpet av vernets utvikling.⁶ Skeie og Andenæs omtalte i

² Se strpl. §§ 90, 123 første ledd første punktum og 232 første ledd, samt tvl. § 22-9 første ledd, strl. § 221 annet ledd og fvl. § 48. Se også EMK art. 6 nr. 1 jf. blant annet *Funke v. France, Ibrahim and Others v. the United Kingdom, Saunders v. the United Kingdom, Bykov v. Russia*, og SP art. 14 nr. 3 bokstav g jf. bl.a. Rt-1999-1269.

³ Se blant annet Øyen (2010), Jensen (2003), Elgesem og Wahlen (2010), Rui (2009), Andenæs & Myhrer (2009) s. 202–204, Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 356 og 477–479, Bjerke, Keiserud og Sæther (2011b) s. 852, Skoghøy (2017) s. 804–806 og 810 og Schei m.fl. (2013) s. 878–879 og Høstmælingen (2012) s. 202–203. Se også ECHR (2019).

⁴ Se strpl. § 123 første ledd tredje punktum, tvl. § 22-9 tredje ledd og strl. § 221 andre ledd.

⁵ Ettersom også vernet mot inkriminering strekker seg til å inkludere ens nærmeste, se strpl. §§ 122 og 123 første ledd første punktum, samt tvl. § 22-9 første ledd, vil dette i det følgende omtales som *inkrimineringsvernet*.

⁶ Denne utviklingen behandles nærmere i kapittel 3.1.

sin tid disse bestemmelsene i prosesslovene indirekte som et vern mot «vanære»,⁷ mens Salomonsen mente fritaket ble utløst av «moralsk ... forkastelig[e]» handlinger.⁸ Andre har avstått fra å kategorisere fritaksgrunnen(e) utover å gjengi lovtekstens ordlyd og/eller å referere til «omdømme- eller velferdstap».⁹ Bakgrunnen for at jeg har valgt å omtale reglene i strpl. § 123 første ledd tredje punktum, tvl. § 22-9 tredje og fjerde ledd og strl. § 221 andre ledd som «vernet av belastende opplysninger» er tredelt.

For det første mener jeg de fortjener å sammenstilles og kategoriseres som et samlet vern. Dette skyldes både at alle reglene bunner i samme eller tilnærmet like hensyn, og at de har utviklet seg i samspill med hverandre. En endring i én av bestemmelsene har blitt fulgt opp i de to andre, og når det kommer til hvordan regelen er å forstå viser juridisk teori om en av bestemmelsene til juridisk teori om en av eller begge de andre.¹⁰

For det andre mener jeg at det å knytte fritaksregelen kun til «vanære» ikke lenger er treffende. Tillegget av alternativet «vesentlig velferdstap av annen art» gjør at regelen i dag favner vesentlig videre enn bare det vanærende. Som avhandlingen også vil vise, mener jeg dessuten at samfunnsutviklingen så vel som praktiske hensyn tilsier at reglen ikke lenger burde knyttes til ære og moral i det hele tatt.¹¹

For det tredje er det rett og slett enklere å benytte en samlebetegnelse enn å gjengi den munnfulle ordlyden utgjør hver gang man skal henviser til vernet mer generelt. Og når det kommer til valget av samlebegrep, er det flere argumenter som støtter opp om dette. For eksempel mener jeg at de moderne paragrafoverskriftene viser hvordan lovgiver selv karakteriserer vernet. Tvistelovens bestemmelse har overskriften «Bevisfritak for belastende personopplysninger» som en beskrivelse av både inkriminerende opplysninger og opplysninger som kan føre til omdømme-

⁷ Se Skeie (1931) s. 397 og Andenæs (1962) s. 196 og 198. Andenæs, og etterhvert Myhrer, har beholdt omtalen om straffeprosesslovens bestemmelse som impliserer at det er et vern mot å avsløre «et straffbart forhold eller en vanærende handling» fra 1962-utgaven frem til i dag, se Andenæs & Myhrer (2009) s. 206.

⁸ Se Salomonsen (1925) s. 185.

⁹ Se f.eks. Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 479–481, Schei m.fl. (2013) s. 879–882, Skoghøy (2017) s. 806–810 og Øyen (2019) s. 420–421. Skoghøy skriver imidlertid på et tidspunkt «noe som er straffbart eller *moralsk galt*» (min kursivering), se s. 808–809.

¹⁰ Se f.eks. NOU 2001:32B s. 936, som henviser til kommentarutgavene til både straffeprosessloven og tvistemålsloven (Bjerke og Keiserud (1996) s. 388–389, Schei (1998) s. 703–707), samt Skoghøys *Tvistemål* (Skoghøy (1998) s. 574–578), eller Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408 som viser til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460.

¹¹ Se kapittel 8.

eller velferdstap.¹² Den foreslåtte bestemmelsen i ny straffeprosesslov har på sin side overskriften «Forklaringsfritak for mistenktes nærstående og om inkriminerende *eller* belastende opplysninger» (min kursivering).¹³ Flere steder i juridisk teori er uttrykket «belastende» benyttet i forbindelse med omtalen av regelsettet.¹⁴ Samtidig kan begrepet «belastende» fungere som en slags paraply som dekker over også andre beskrivelser av vernets innhold, slik som et vern mot «ubehageligheter eller represalier»,¹⁵ «en sterkt negativ effekt for [den] berørtes livssituasjon»,¹⁶ og å fremtvinge forklaring når dette virker «urimelig hårdt».¹⁷

Uansett hvordan man velger å omtale vernet, utgjør regelsettet et unntak fra vitners forklaringsplikt under rettsaker.¹⁸ De to absolutt mest sentrale hensynene mot slike unntak er hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat. Vitnebeviset er et av de viktigste bevismidlene vi har for å kunne ivareta disse hensynene.¹⁹ Selv om moderne teknologi som overvåkningskameraer og smarttelefoner nå kan supplere vitneforklaringer, vil de sjelden kunne erstatte dem fullt og helt. Vitneforklaringer kan kaste lys over hva som har skjedd, samt hvordan og hvorfor det skjedde, og vil dermed være et viktig bidrag til at beslutninger blir fattet på riktig grunnlag. For at det skal gjøres unntak fra dette utgangspunktet må andre tungtveiende hensyn tilsi at det er nødvendig.

Ved utarbeidelsen av straffeprosessloven av 1887 ble beskyttelsen av «den borgerlige aktelse» ansett for å være et hensyn for å begrense vitneplikten.²⁰ Ved ikrafttreddelsen av straffeprosessloven av 1981 ble også «vesentlig velferdstap av annen art» bedømt som et aktuelt grunnlag for unntak.²¹ Begrunnelsen bunner i begge tilfeller i at det er en nærliggende mulighet for at vitnet kan være villig til å lyve for retten heller enn å avsløre informasjonen det er snakk om.²² I slike situasjoner er rettsstatens interesse i å fremtvinge en forklaring vesentlig mindre, da løgn ikke vil bidra til sakens opplysning. Tvert imot risikerer man at bevisbildet tilgrummes og blir misvisende, enten det skyldes løgn, unnvikelser eller omgåelser. Noen vil fremholde at «[d]e fleste

¹² Se tvl. § 22-9.

¹³ Se NOU 2016:24 s. 40, foreslått § 9-3 andre ledd bokstav b.

¹⁴ Se f.eks. Schei m.fl. (2013) s. 879 og Øyen (2019) s. 421.

¹⁵ Se Schei m.fl. (2013) s. 881 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480.

¹⁶ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481.

¹⁷ Se NUT 1969:3 s. 206.

¹⁸ Se tvl. § 21-5 flg. og strpl. §108 flg. Regelsettet innebærer også et fritak fra straffansvaret for uriktig forklaring, jf. strl. § 221 første ledd. Dette kommer jeg nærmere tilbake til senere.

¹⁹ Se f.eks. Kjerschow (1931) s. 9 og Andenæs & Myhrer (2009) s. 175.

²⁰ Se strpl. 1887 § 176.

²¹ Se strpl. § 123.

²² Se NUT 1969:3 s. 203–204.

dommere vil ha gjort den erfaring at det under vitneeksaminasjoner kan bli stillet spørsmål, hvis betydning for saken er langt mindre enn den skade vitnet kan bli påført ved å svare på det».²³

I dag er vernet inkorporert i tre regelsett: straffeprosessloven, tvisteloven og straffeloven.²⁴ Spørsmålet om hvor omfattende vernet av belastende opplysninger er, vil da være avgjørende for særlig to forhold: i) Om et vitne kan påberope seg fritak i henhold til prosesslovenes bestemmelser, og dermed slippe å svare på ett eller flere spørsmål, og ii) om et vitne i ettertid kan slippe straff for uriktig forklaring i henhold til straffelovens regler, for eksempel fordi hun valgte å lyve fordi hun ikke var oppmerksom på at fritaket eksisterer.

At slike regler er utformet som rettslige standarder er på den ene siden hensiktsmessig, ettersom de dermed kan utvikle seg i takt med samfunnsutviklingen uten aktivitet fra lovgiver. På den annen side vil det kunne gjøre regelen uforutsigbar. Sett i lys av fremveksten av det multikulturelle samfunnet, hvor hva som er å anse som belastende informasjon vil kunne variere sterkt avhengig av religion, kjønn, stilling og bosted, kan det være særlig grunn til å vie regelen regelmessig oppmerksomhet.

Siktemålet med denne oppgaven er derfor å undersøke rekkevidden av vernet av belastende opplysninger i dagens samfunn. Sentrale problemstillinger inkluderer hvordan rettsanvendere skal bedømme hvilken informasjon som kan medføre omdømmetap, og om det er mulig å fastslå noen typetilfeller hvor informasjonen typisk vil kunne gi grunnlag for vern. Et spørsmål jeg vil se på til slutt, er om tiden og forholdene har løpt fra det moralorienterte aspektet ved fritaket.

1.2 Metode og rettskildebilde

I det følgende vil jeg foreta en rettsdogmatisk analyse av lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Hovedfokuset vil ligge på straffeprosesslovens bestemmelse, da det var her vernet hadde sitt utspring. Fremstillingen vil suppleres med bestemmelsene i tvisteloven og straffeloven der dette anses hensiktsmessig. Tidvis vil det også trekkes vekslers på den danske retsplejelovens tilsvarende bestemmelse.²⁵

Det at vernet av belastende opplysninger er over 130 år gammelt, og at bestemmelsene som hjemler det i all hovedsak har blitt videreført uten større endringer eller utdypende drøftelser

²³ Se Kristiansand byretts høringsuttalelse gjengitt i Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 147.

²⁴ Se strpl. § 123 første ledd tredje punktum, tvl. § 22-9 tredje og fjerde ledd og strl. § 221 andre ledd.

²⁵ Den danske motparten til de norske bestemmelsene har flere ganger blitt trukket frem av lovgiver som sammenlikningsgrunnlag, se f.eks. NOU 2001:32B s. 963, NUT 1969:3 s. 206 og Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

frem til i dag,²⁶ har to metodisk viktige implikasjoner: For å finne regelens formål og begrunnelse må man helt tilbake til de opprinnelige forarbeidene fra 1886, men for å fastslå regelens anvendelsesområde i dag må man trekke disse utgangspunktene inn i en moderne kontekst. Ettersom lovgiver har vært tilbakeholden med å utpensle regelens innhold og rekkevidde i moderne tid, må anvendelsesområdet utforskes på bakgrunn av rettspraksis og juridisk teori, samt gjeldende moralske normer og konsekvensene av å bryte dem.

For å kunne si noe om gjeldende moralnormer og hvilke konsekvenser det kan medføre dersom noen bryter dem, har jeg funnet det hensiktsmessig å bygge på diverse nettressurser, og da særlig avisartikler som omhandler denne tematikken. Dette skyldes primært at disse kildene er lett tilgjengelige for undersøkelse, og dermed også enkelt etterprøvbare. Jeg har hentet mesteparten av eksemplene som benyttes fra religiøse miljøer med innslag av sterk sosial kontroll, som for eksempel Jehovas vitner. «Sosial kontroll» er i denne oppgaven forstått som «ulike forsøk på å få folk til å oppføre seg slik man mener folk *bør* oppføre seg», eller sagt på en annen måte, «forsøk på å rette adferd etter en **norm** for riktig adferd».²⁷

Begrunnelsen for å bruke eksempler hentet fra nettopp disse miljøene er todelt. For det første er normene i disse miljøene ofte enklere å dokumentere enn uskrevne og mer diffuse regler. For eksempel har både Jehovas vitner og Indremisjonen selv produsert skriftlige kilder som fremhever de moralske normene i hvert miljø. Samtidig genererer ofte normene i slike miljøer, og reaksjonene normbrudd fører til, oppslag i media. For det andre mener jeg at det å løfte frem det som kan sette regelen på spissen, og dermed utfordre både grenser og tradisjonelle oppfatninger, gir en mer interessant diskusjon.

Når det kommer til den rettskildemessige verdien av rettspraksis som verktøy for å fastslå hvilken type informasjon som skal eller kan vernes, vil ikke utfallet i eldre saker gi særlig veiledning. Høyesterett har gjennomgående gått svært konkret til verks i sine drøftelser,²⁸ og samfunnsnormene resultatene er tuftet på, vil ofte ha endret seg siden de eldre avgjørelsene ble avsagt. Overføringsverdien av tidligere resultater vil dermed være begrenset.²⁹ Dersom sam-

²⁶ Se kapittel 3.1. Senest i 2016 ble straffeprosesslovens bestemmelse foreslått videreført i Straffeprosessutvalgets utkast til ny straffeprosesslov uten at det ble foretatt noen nærmere drøftelse av rettstilstanden, se NOU 2016:24 s. 40 (foreslått § 9-3 annet ledd bokstav b) og s. 579. Unntaket er da alternativet «vesentlig velferdstap av annen art» og den tilhørende urimelighetsvurderingen ble introdusert med straffeprosessloven av 1981, se NUT 1969:3 s. 205–206.

²⁷ Se Ugelvik (2019) s. 14.

²⁸ Se f.eks. Rt-1970-1547 og Rt-1986-1170.

²⁹ Se f.eks. Schei m.fl. (2013) s. 879.

funnets syn på de forholdene opplysningene omhandler har endret seg, vil ikke selve vurderingen av om fritak skal gis eller ikke være veiledende for en konkret vurdering i dag. Eldre rettspraksis vil likevel kunne gi veiledning for tolkningen av lovens ordlyd og fastleggelsen av relevante momenter.

Det er relativt lite rettspraksis på feltet, sett i forhold til hvor lenge reglene har eksistert. For eksempel er det få prinsipielle avgjørelser om forklaringsfritak basert på mulig velferdstap. Et søk i Lovdata gjort 15. mars 2020 med søkeordene «vesentlig velferdstap» ga 42 treff i databasene HRSTR og HRSIV. Av disse er ni mer eller mindre relevante for denne oppgaven, men kun i fem av avgjørelsene tar Høyesterett stilling til innholdet i eller rekkevidden av alternativet «vesentlig velferdstap» som en del av vernet av belastende opplysninger. Det er derimot relativt mye rettspraksis om krav om erstatning for vesentlig velferdstap forårsaket av straffeforfølgelse etter strpl. 1887 § 469, men ettersom det i den sammenheng kun knytter seg til økonomisk tap, gir det ikke mye veiledning for rekkevidden av vernet av belastende opplysninger.

I lys av kjennelsen inntatt i Rt-2011-800³⁰ kunne det vært interessant å drøfte juridiske persons muligheter for vern i forbindelse med redegjørelsen for fritakets utstrekning. På bakgrunn av Straffeprosessutvalgets inngående merknader til kjennelsen og rettsgrunnlaget den bygger på, samt inntatte forslag om å unnta juridiske personer fra selvinkrimineringsvernet,³¹ har jeg valgt å ikke følge dette sporet.

Også den juridiske litteraturen gir sparsomt med veiledning når det kommer til vernets praktiske nedslagsfelt i det moderne samfunn. Med unntak av Andenæs har de fleste teoretikere som har skrevet om vernet holdt seg på et veldig generelt plan – særlig når det kommer til angivelsen av hvilken type informasjon som kan tenkes vernet. Andenæs begynte allerede i 1962 å oppstille noen hovedregler for når vernet ville komme til anvendelse og ikke.³² Denne tilnærmingen vil kunne være nyttig både for teoretikere og praktikere, og jeg vil derfor følge opp den tråden Andenæs begynte på.³³ Standpunktene Andenæs inntok rundt midten av forrige århundre har til den dag i dag – 58 år etter – knapt blitt revidert.³⁴

³⁰ Høyesterett fastslo her at juridiske personer også er vernet mot selvinkriminering etter strpl. § 123, og omtaler bestemmelsen i svært generelle vendinger.

³¹ Se NOU 2016:24 kapittel 9.3.5.2 og 9.3.5.4, samt forslag til ny strpl. § 3-2 annet ledd på s. 29.

³² Andenæs (1962) s. 196–197.

³³ Se kapittel 7.

³⁴ Se Andenæs (1984) s. 198, Andenæs (1994) s. 205, Andenæs (2000) s. 226 og Andenæs & Myhrer (2009) s. 204.

Det kunne vært interessant å se nærmere på det øvrige regelverket vernet av belastende opplysninger er en del av, samt de praktiske mulighetene for å ivareta vitners interesser. Dessverre ble jeg nødt til å nedprioritere dette av hensyn til oppgavens omfang og dybdeundersøkelsen av vernet av belastende opplysninger.

2 Kort om forklaringsplikten

2.1 Kapittelets formål

For å kunne si noe om unntakene fra et utgangspunkt, er det nødvendig å klarlegge selve utgangspunktet. Jeg vil derfor kort redegjøre for de relevante aspektene ved konteksten vernet må forstås i lys av. Dette inkluderer i første rekke prinsippet om fri bevisføring, innholdet i vitners forklaringsplikt for retten og forholdet til bevisfremleggelsesplikten, men også sanksjonsmulighetene ved brudd på vitneplikten og straffansvaret for uriktig forklaring.

2.2 Prinsippet om fri bevisføring som grunnlag for vitneførsel

I norsk straffeprosess gjelder prinsippet om fri bevisførsel, slik at sakens parter (påtalemyndigheten og siktede i straffesaker) har rett til å føre ethvert bevis som er relevant for å belyse deres versjon av det som har skjedd.³⁵ At også siktede har rett til å føre vitner, følger både av det foreløpig³⁶ ulovfestede norske prinsippet om fri bevisførsel og EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Hvem som blir innkalt som vitner avhenger altså av påtalemyndighetens og siktedes valg.

Om vedkommende ønsker å vitne eller ikke, er ikke i seg selv avgjørende for vitneplikten. Et vitne kan heller ikke nektes ført av retten fordi det hefter usikkerhet ved bevismiddelets beviskraft, da det «høre[r] under den dømmende rett å ta stilling til [dette] ved den frie bevisbedømmelse».³⁷ Det er kun hvis forklaringen er «uten betydning for dommens innhold» at et vitne kan nektes ført på grunnlag av en vurdering av bevisverdien.³⁸ Det skal mye til for at et bevis kan forhåndsavskjæres på dette grunnlaget, og norske dommere er ofte tilbakeholdne med å foreta seg noe som kan foregripe bevisbedømmelsen. En praktisk konsekvens av dette er det gjør det mulig å innkalle og utspørre vitner som en hevnaaksjon.

Det følger uttrykkelig av EMK art. 6 nr. 3 bokstav d jf. nr. 1 at også siktede har rett til å eksaminere vitner, både de som er innkalt til forsvar for siktede og de aktoratet har innkalt for å belyse siktedes skyld. For sivile saker følger partenes rett til å føre og eksaminere vitner av tvl. § 1-1 jf. § 24-9. Disse rettighetene kan utnyttes til å påføre vitnet ubehag. Eksempelet fra tingretten tjener her til illustrasjon: Tiltalte vil kunne ønske å stille spørsmål om fornærmedes psykiske helse, tilsynelatende for å underbygge siktedes versjon av hendelsesforløpet, men i reali-

³⁵ Se f.eks. Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 75 og Øyen (2019) s. 397 mvh. For sivile saker er prinsippet lovfestet i tvl. § 21-3.

³⁶ Se NOU 2016:24 s. 38 (foreslått § 7-2 første ledd).

³⁷ Se Rt-1996-1114 s. 1119.

³⁸ Jf. strpl. § 291 annet ledd bokstav a.

teten for å få frem opplysninger som senere kan brukes mot fornærmede. Ettersom det er straffbart å forklare seg uriktig for retten,³⁹ vil vitnet komme i en svært vanskelig posisjon. I slike situasjoner vil det derfor kunne være ønskelig med regler som kan gi fritak fra forklaringsplikten.

2.3 Forklaringspliktens innhold

Etter strpl. § 108 plikter enhver som har blitt innkalt for å møte som vitne å forklare seg overfor retten med mindre «annet er bestemt ved lov».⁴⁰ Dette gjelder også om vedkommende selv er mistenkt,⁴¹ og dersom vitnet er fornærmet i saken.⁴² Motsetningsvis vil en person som vet noe av interesse for sakens opplysning verken ha møte- eller forklaringsplikt før vedkommende eventuelt innkalles i henhold til strpl. § 110.⁴³

Straffeprosessloven § 108 sier imidlertid ingenting om *hva* vitnet skal forklare seg om. I forarbeidene fremkommer det at «nærmere regulering av vitnepliktens innhold» overlates til teori og praksis.⁴⁴ Annet enn noen vage retningslinjer i strpl. §§ 133 og 136, er også loven for øvrig taus på dette punktet.⁴⁵ Straffeprosessloven § 133 første ledd indikerer at vitnet skal forklare «hva det vet om gjenstanden for bevisførselen», altså det vedkommende vet om det som er tema for utspørringen. Sakens aktører kan presisere hva det ønskes forklaring om.⁴⁶ Vitnet skal videre anmodes om å oppgi «kilden til sin kunnskap». Benytter vitnet seg av opptegnelser til støtte for hukommelsen, må vitnet opplyse om «hvem som har gjort opptegnelsene, når det er skjedd og formålet med dem».⁴⁷ Etter strpl. § 136 tredje ledd skal spørsmål som «ikke kommer saken ved» avvises.⁴⁸ Dette betyr ikke at vitnet kan nekte å forklare seg fordi vedkommende selv mener forklaringen ikke vil være av betydning for saken, men at retten kan beslutte at spørsmål som ikke har noe legitimt formål eller ligger klart utenfor saken ikke må besvares.⁴⁹

³⁹ Se strl. § 221 første ledd bokstav a og den nærmere drøftelsen i kapittel 2.6.

⁴⁰ Sml. tvl. § 21-5.

⁴¹ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 427.

⁴² Se strpl. §§ 404 siste punktum, 411 og 415 tredje ledd, og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 429.

⁴³ Sml. tvl. § 13-3.

⁴⁴ NUT 1969:3 s. 198.

⁴⁵ Det nærmeste tvisteloven kommer liknende bestemmelser er tvl. §§ 24-1 første ledd, 24-4 annet ledd, 24-9 tredje ledd og 21-7 første ledd.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 149.

⁴⁷ Se strpl. § 133 andre ledd.

⁴⁸ Sml. tvl. § 21-7 første ledd.

⁴⁹ Se Rt-1929-1145, samt Andenæs (2009) s. 194. Se til eksempel Rt-1994-1032.

At vitneplikens innhold ikke er nærmere avgrenset i selve loven, kan vanskelig sies å utgjøre et problem. Hva et vitne bør og skal forklare seg om, vil naturligvis variere fra sak til sak, avhengig av hva vedkommende vet og spørsmålene som ønskes belyst. En positiv avgrensning av vitneplikten vil derfor være vanskelig å utforme på en god måte. Straffeprosessloven § 136 tredje ledd utgjør en viktig negativ avgrensning, ved at helt irrelevant informasjon ikke omfattes av vitneplikten. Dette vil blant annet bidra til å hindre at bevisbildet blir forstyrret av opplysninger som ikke vedkommer saken. Uten denne avskjæringsregelen hadde det vært mulig å forsøke å drukne essensiell informasjon i verdiløse opplysninger.

Innholdet i forklaringsplikten har, i tråd med forarbeidenes forutsetning, blitt nærmere utpenslet i teorien. Kjernen av forklaringsplikten kan sies å være det vitnet har «sett eller hørt eller på annen måte iaktatt, og [vitnets] egne reaksjoner på disse iakttagelser»,⁵⁰ eventuelt «egne observasjoner, tanker og følelser».⁵¹ Selv om strpl. § 133 viser til det vitnet «vet», må vitnet også forklare seg om det vedkommende tror eller er usikker på. Rene gjetninger er likevel ikke omfattet, og vitnet må gi uttrykk for eventuell tvil.⁵² Vitnet må også forklare seg om egne vurderinger i den utstrekning de er egnet til å gi retten innsikt i vitnets iakttagelser, altså der det er snakk om «skjønnsmessig[e] anslag over faktiske forhold».⁵³ Et klassisk eksempel er der bevisstemaet er hvor fort en bil kjørte, og vitnet ikke sitter på konkrete måledata. Hun vil da være nødt til å foreta en skjønnsmessig vurdering basert på de parameterne hun har tilgjengelig, som for eksempel hvor fort hun selv kjørte. Vurderinger av rettslig eller moralsk karakter, samt slutninger om årsakssammenheng eller andre forhold foretatt i ettertid, faller derimot ikke inn under den alminnelige forklaringsplikten.⁵⁴

Forklaringsplikten favner med andre ord svært vidt. Dette kan begrunnes i behovet for å få opplyst alle relevante sider av saken så godt som mulig, slik at retten skal kunne komme frem til riktig resultat. Likevel vil det være situasjoner hvor hensynet til vitnet (eller andre interesser) tilsier at forklaringsplikten må vike.⁵⁵ For eksempel kan noen av sakens aktører forsøke å misbruke vitneplikten til å få svar på ubehagelige eller skadelige spørsmål om informasjon vitnet ikke ønsker å dele, og som har begrenset betydning eller relevans for saken. Dersom tematikken

⁵⁰ Andenæs (2009) s. 194.

⁵¹ Øyen (2019) s. 359.

⁵² Andenæs (2009) s. 194–195.

⁵³ Andenæs (2009) s. 195.

⁵⁴ Andenæs (2009) s. 195. Se også Skeie (1931) s. 391, som gir en tilsvarende redegjørelse for innholdet av vitneplikten på sivilprosessens område.

⁵⁵ Se strpl. §§ 117–125 og 134 og tvl. §§ 22-1–22-11.

er saken helt uvedkommende, kan spørsmålet avvises i medhold av strpl. § 136. I de tilfellene det går an å påstå at svaret kan ha en viss betydning, vil det likevel være vernet av belastende opplysninger som må vurderes.

2.4 Koblingen til bevis tilgangsplikten

Både i straffeprosessen og sivilprosessen er vitneplikten nært knyttet til bevis tilgangsplikten. I begge prosesspor vil den som har plikt til å vitne, også ha plikt til å utlevere ting som kan ha betydning som bevis.⁵⁶ Denne plikten gjelder ikke når fritak eller forbud er innvilget eller pålagt med hjemmel i bevisfritaks- eller bevisforbudsregler.⁵⁷ Det betyr at den som innvilges forklaringsfritak på bakgrunn av vernet av belastende opplysninger i praksis også innvilges fritak fra å fremlegge bevis knyttet til tematikken fritaket gjelder.

En situasjon der dette kan tenkes å være av betydning, er eksempelet fra tingretten som ble nevnt innledningsvis – altså dersom tiltalte i en straffesak begjærer fornærmedes psykologiske eller psykiatriske journaler fremlagt som bevis for å underbygge påstander om at vedkommende var i en nødvergesituasjon. Tiltalte kan for eksempel påstå at fornærmede er ustabil på grunn av en eller annen diagnose som tiltalte mener vil bidra til å sannsynliggjøre at det var fornærmede som gikk til angrep først. Skulle tiltalte få tilgang til slike dokumenter, vil informasjonen i dem senere kunne brukes mot fornærmede, selv om de blir taushetsbelagt.

De færreste vil nok mene at dette er noe som skal kunne kreves fremlagt som bevis, men nøyaktig hvordan det skal nektes ført er ikke helt åpenbart. Straffeprosessloven § 119 retter seg blant annet mot helsepersonell, men kommer i hvert fall ikke direkte til anvendelse dersom spørsmål eller begjæringer rettes mot pasienten selv. Så lenge det er en mulighet for at påstanden og argumentasjonen tiltalte fremmer stemmer, kan spørsmål eller begjæringer om informasjon om fornærmedes psykiske helse vanskelig avvises etter strpl. § 136 tredje ledd fordi de ikke «kommer saken ved». Forholdsmessighetskranken i strpl. § 170a, som krever at tvangsmidler som pålegg om utlevering bare kan benyttes dersom det er «tilstrekkelig grunn til det» og det ikke er «et uforholdsmessig inngrep», utgjør et mulig grunnlag for å avvise en slik begjæring. En annen mulighet er at vitnet fritas fra å svare på spørsmål om sin mentale helse i medhold av strpl. § 123 første ledd tredje punktum, og følgelig også fra bevis tilgangsplikten i § 210 (dersom pasienten har journalen i sin besittelse). Dette forutsetter at det øvrige bevisbildet

⁵⁶ Se strpl. § 210 og tvl. § 21-5.

⁵⁷ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 725.

belyser saken i tilstrekkelig grad eller at bevisverdien av dokumentet som ønskes fremlagt er liten, og at belastningen vitnet vil utsettes for er å anse som vesentlig.⁵⁸

Samtidig er det verdt å nevne at vernet mot belastende opplysninger kun beskytter vitnet fra å måtte avsløre visse typer belastende informasjon under visse omstendigheter – det er ikke et vern mot at opplysningene kommer for en dag. I forbindelse med bevis tilgangsplikten er dette særlig relevant med tanke på muligheten for beslag. At noen får innvilget forklaringsfritak om et gitt tema, og dermed slipper å utlevere bevis som omhandler det samme, betyr ikke at vedkommende er beskyttet fra at politiet får tak i informasjonen på annet vis, enten det handler om å føre andre vitner eller å ta beslag i de bevisene de ønsker fremlagt. Forbudet mot beslag i tilfeller der vitnet kan nekte å forklare seg, gjelder ikke for strpl. § 123.⁵⁹ Schei m.fl. skriver videre at vernet mot selvinkriminering «ikke gjelder med samme styrke i forhold til realbevis som eksisterer uavhengig av vedkommendes vilje».⁶⁰ En slutning fra det mer til det mindre tilsier at det samme må være tilfellet også i forbindelse med vernet mot belastende opplysninger.

2.5 Sanksjonene et vitne risikerer ved å nekte å forklare seg

Selv om begrunnelsen for fritaksregelen i tvisteloven oppgis å være å verne om fortroligheten i familielivet, gjør hensynet til tvangssituasjonen vitnet settes i seg gjeldende i begge prosessspor. Dersom et vitne pålegges vitneplikt ved kjennelse, men likevel nekter å forklare seg, kan vitnet holdes i fengslig forvaring i opptil tre måneder.⁶¹ Dette er et tvangsmiddel som kan brukes til å forsøke å fremtvinge forklaring, og forutsetter dermed at det ikke er et uforholdsmessig inngrep etter reglene i strpl. § 170a.⁶² Alternativt (eller i tillegg) kan vitnet ilegges både bøter og erstatningsansvar for omkostningene nektelsen medfører.⁶³ Disse reaksjonene kan også ilegges dersom vitnet lar være å møte uten å ha gyldig fravær.⁶⁴

Uten vernet av belastende opplysninger ville dermed vitner som blir bedt om å forklare seg om noe som er svært belastende enten for dem selv eller noen av deres nærmeste havne i en tvangssituasjon: Skal de forklare seg, og utsette seg selv eller sine nærmeste for de konsekvensene det

⁵⁸ Se henholdsvis kapittel 6.4 og 6.2.

⁵⁹ Se strpl. § 204 første ledd.

⁶⁰ Se Schei m.fl. (2013) s. 881. Se i denne retning Rt-2011-487 (35), Rt-2011-800 (60), og LB-2011-57663.

⁶¹ Se strpl. § 137.

⁶² Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 527–528.

⁶³ Se dl. § 206.

⁶⁴ Se dl. § 205.

måtte ha, eller skal de risikere bot, erstatningsansvar og fengslig forvaring ved å nekte å svare? Alvorsgraden av denne tvangssituasjonen er et moment i vurderingen av om forklaringsfritak skal innvilges.⁶⁵

2.6 Straffansvaret for uriktig forklaring

Dersom et vitne velger å forklare seg heller enn å risikere sanksjoner for brudd på vitneplikten, kan det hende vedkommende likevel velger å forklare seg uriktig istedenfor å avsløre noe som oppleves veldig belastende. Dette kan både skyldes at forklaringsfritak ikke ble innvilget, og at det ikke ble vurdert. I noen tilfeller vil tvangssituasjonen vitnet var i tilsi at vedkommende likevel ikke bør straffes. Straffansvaret for uriktig forklaring er dermed både et viktig bakteppe for forklaringsfritaket for belastende opplysninger, og utgangspunktet for unntaket fra straffansvaret selv.

Etter strl. § 221 første ledd kan den som «gir uriktig opplysning» straffes med bot eller fengsel i inntil 2 år.⁶⁶ Vilkåret er at den uriktige opplysningen er gitt til de aktuelle myndighetene eller i de situasjonene som er opplistet i bokstav a–f. Etter bestemmelsens bokstav a og d omfatter dette henholdsvis «retten» og «offentlig myndighet når forklaringen er bestemt til å avgi bevis».

Det er klart at «retten» omfatter de alminnelige domstolene, som er det primære fokuset for denne oppgaven. Dette er også det primære nedslagsfeltet for reglene om falsk forklaring.⁶⁷ For fullstendighets skyld kan det nevnes at også særdomstolene i dl. § 2 er omfattet,⁶⁸ mens voldgiftsretter faller utenfor.⁶⁹ Etter Matningsdals syn bør alternativet i bokstav a bare brukes «når forklaringen er gitt for retten i anledning av dens dømmende virksomhet».⁷⁰ Det er likevel gode grunner til å forstå bestemmelsen slik at også falsk forklaring gitt i forbindelse med bevisopptak for retten, jf. strpl. § 270 og tvl. kapittel 27 og 28, skal subsumeres under bokstav a. Dette alternativet rammer alle som forklarer seg for retten, ikke bare vitner.⁷¹

⁶⁵ Se kapittel 6.4.

⁶⁶ Med «opplysning» siktes det bl.a. til uttalelser om faktiske observasjoner, vurderinger og slutninger, men også fremlegging av lydopptak eller skriftlige dokumenter, se Matningsdal (2017) s. 317.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 84.

⁶⁸ Se Matningsdal (2017) s. 318.

⁶⁹ Se Mæland (1988) s. 151–152 og Matningsdal (2017) s. 318–319. Voldgiftsretten faller heller ikke innunder noen av de andre alternativene, da det ikke kan anses som «offentlig myndighet», se Matningsdal (2017) s. 320.

⁷⁰ Se Matningsdal (2017) s. 320.

⁷¹ Se Matningsdal (2017) s. 318.

Angående bestemmelsens bokstav d er det sentrale poenget for denne oppgaven at politiet er omfattet av begrepet «offentlig myndighet».⁷² Konsekvensen av dette er at selv om det ikke gjelder noen alminnelig forklaringsplikt for politiet, er det straffbart å oppgi uriktige opplysninger dersom man velger å forklare seg for politiet eller svare på spørsmål som blir stilt. Enhver uriktig opplysning gitt til politiet vil likevel ikke rammes – opplysningen må være «bestemt til å avgi bevis».

Kjerschow forklarte dette vilkåret som at «øiemedet med forklaringen må være å skaffe materiale for en avgjørelse», slik at det ikke er nok «at den *kan* tjene som bevis».⁷³ Matningsdal skriver at det må vurderes konkret, men at det er «klart» at forklaringer som er gitt under ordi- nær etterforskning «til bruk ved avgjørelsen av påtalespørsmålet og/eller med sikte på straffutmålingen» har dette formålet.⁷⁴ At politiet «har behov for forklaringen i sin virksomhet» anses ikke som tilstrekkelig.⁷⁵ I forarbeidene til den nye straffeloven presiseres det at det «ikke er nok at forklaringen *kan* tjene som bevis» (min kursivering), men at hensikten med å innhente forklaringen «må være å skaffe materiale for en avgjørelse».⁷⁶ Høyesterett har tolket vilkåret inn- gående over flere avsnitt i en dom fra 2019,⁷⁷ og kommet frem til at det som kreves er at «opp- lysningene er ment å inngå som en naturlig del av beslutningsgrunnlaget for den offentlige myndighetens utøvelse av sine oppgaver». I forbindelse med politiets etterforskning av en straf- fesak er det «tilstrekkelig at [opplysningene] inngår i bevismaterialet» – hvilken bevisverdi de har, er ikke avgjørende.⁷⁸ Uriktige opplysninger som går inn som «et naturlig ledd i en [...] etterforskning» vil også kunne rammes av bestemmelsen.⁷⁹

For at en forklaring skal anses som «uriktig» må den gå på tvers av vitnets egne observasjoner, vurderinger eller slutninger. Høyesterett har formulert dette som at en vitneforklaring er falsk når «den gaar ut paa at vidnet har iaktatt en begivenhet som det ikke har iaktatt, eller at det erindrer en begivenhet som det ikke erindrer».⁸⁰ Justis- og politidepartementet forklarer det som

⁷² Dette ble etablert av Høyesterett i dommen inntatt i Rt-1907-532. Avgjørelsen har dannet grunnlag for fast praksis, se Andenæs og Andorsen (2008) s. 201 og Matningsdal (2017) s. 322. Se f.eks. Rt-1964-1341, Rt-1982-1478, Rt-1983-564 og HR-2019-1788-A (30). Se også Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 84.

⁷³ Kjerschow (1902) s. 447.

⁷⁴ Matningsdal (2017) s. 322.

⁷⁵ Matningsdal (2017) s. 322.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 84.

⁷⁷ Se HR-2019-1788-A (24)–(34).

⁷⁸ Se HR-2019-1788-A (31). Se også Rt-1981-979.

⁷⁹ Se Rt-1970-1118.

⁸⁰ Se Rt-1934-55. Denne uttalelsen ble gjengitt i forarbeidene til strl. § 221, se NOU 2002:4 s. 327.

at «gjerningspersonen har forklart seg i strid med sin subjektive oppfatning av sannheten».⁸¹ Dette fordrer at vitnet er klar over at forklaringen som avgis er uriktig.⁸² Den som tror at forklaringen som avgis er riktig, kan dermed ikke straffes etter bestemmelsen. Den som forklarer seg uriktig ut fra egne forutsetninger har derimot avgitt uriktig forklaring selv opp opplysningene som er gitt, objektivt sett stemmer.⁸³ Det er likevel ikke lenger straffbart å bevisst påta seg skylden for noe man ikke har gjort, slik det tidligere var etter strl. 1902 § 171 nr. 2, da dette henger dårlig sammen med selvinkrimineringsvernet. Som departementet påpeker: «Når det er straffritt for den reelt skyldige å benekte straffansvar som ledd i sitt forsvar, blir det unaturlig å straffe reelt sett uskyldige personer som av en eller annen grunn uriktig tilstår å ha begått en straffbar handling».⁸⁴

Det rammes ikke av strl. § 221 om man nekter å svare på enkelte spørsmål eller nekter å forklare seg i det hele tatt.⁸⁵ Om man derimot holder tilbake opplysninger, eller positivt oppgir at man ikke vet noe (mer eller i det hele tatt) om saken når det ikke er sant, vil det rammes av bestemmelsen dersom «det følger av sammenhengen at mottaker oppfatter det slik at man har gitt all nødvendig informasjon» eller det «skjer på en måte som etterlater et inntrykk av at man har forklart alt man kjenner til av interesse».⁸⁶

Hensikten med straffansvaret for uriktig forklaring er å «sikre at offentlige myndigheter treffer beslutninger på korrekt faktisk grunnlag».⁸⁷ Sagt på en annen måte er straffetrusselen ment som et incentiv for å si sannheten når man forklarer seg for myndighetene. I tråd med inkrimineringsvernet og hensynet til sammenheng i regelverket, er det likevel inntatt et unntak fra straffansvaret i strl. § 221 annet ledd. For andre enn mistenkte kommer ikke straffansvaret til anvendelse mot «den som ikke kunne fortelle sannheten uten å utsette seg selv eller noen av sine nærmeste for straff eller fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap

⁸¹ Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 83.

⁸² Jf. strl. § 22. Se f.eks. HR-2019-1788-A (21) og HR-2019-599-A (45) med videre henvisninger. Se også Matningsdal (2017) s. 316, Andenæs og Andorsen (2008) s. 199 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 83, hvor det fremkommer at straffansvaret ikke knytter seg til «om opplysningene objektivt sett er riktige eller ikke», da det er «den onde tro» som skal straffes.

⁸³ Rt-1934-55 s. 56. Se også Andenæs og Andorsen (2008) s. 199. Rent lovteknisk vil dette i dag anses som *forsøk* på falsk forklaring, se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 83.

⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 87.

⁸⁵ Om et vitne nekter å avgi forklaring for retten vil det isteden kunne føre til bøter og/eller erstatningsansvar for omkostningene det måtte forårsake, se dl. § 206 første ledd.

⁸⁶ Se henholdsvis HR-2019-599-A (45) og Matningsdal (2017) s. 317. Se også Andenæs og Andorsen (2008) s. 199.

⁸⁷ Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 407 og NOU 2002:4 s. 326–327.

av annen art, med mindre vedkommende hadde plikt til å forklare seg». I denne sammenhengen er altså vernet av belastende opplysninger absolutt – det skal ikke foretas noen urimelighetsvurdering. Formålet med unntaket er å unngå at den som forklarer seg skal havne i en tvangssituasjon hvor hun må velge mellom å forklare sannheten med de følgene det måtte ha, og å lyve og dermed risikere straff for falsk forklaring.⁸⁸

⁸⁸ Se Rt-2007-1749 (13).

3 Introduksjon av vernet av belastende opplysninger

3.1 Vernets utvikling

Vernet av belastende opplysninger har i all hovedsak blitt videreført i år etter år og lov etter lov siden det først så dagens lys i 1887.⁸⁹ En konsekvens av dette er blant annet at man må helt tilbake til de opprinnelige forarbeidene for å finne begrunnelsen for og formålet med bestemmelsen. Det betyr også at man må forstå bestemmelsens historie og utvikling for å kunne tolke bestemmelsens nedslagsfelt og virkeområde i dag.

Fritaket fra å svare på spørsmål som kunne føre til «Tab af den borgerlige Agtelse» ble foreslått i 1886 som en del av den store straffeprosessreformen.⁹⁰ Begrunnelsen var at det kunne tenkes handlinger som «skjønt de ikke udsætte for Straf, dog i den Grad kunne nedbryde Vedkommendes borgerlige Stilling og Anseelse, at man ikke uden største Inkonsekvens her kan behandle dem anderledes end de strafbare».⁹¹ Fritaksregelen for opplysninger som kan utløse straffansvar ble forankret i prinsippet om at ingen er pliktig til å anklage seg selv, og man må da kunne slutte at komiteen mente det ville medføre dårlig sammenheng i regelverket om man skulle være pliktig til å vanære seg selv grovt. Dette gjaldt spesielt «Usædelighed» (enkelt sagt umoralsk livsførsel), som utvalget mente «ofte staar på det strafbares Grænse». «Simpel Utugt» (usedelige handlinger) var tross alt ikke straffbart i seg selv, men kunne inngå som et ledd i en forbrytelse «hvis Gjærningsindhold intet andet er end en Række saadanne straffri enkelte Utugtshandlinger».⁹² Komiteens forslag ble tatt så godt som ordrett inn i odelstingsproposisjonen uten at bestemmelsens innhold ble nærmere kommentert, og deretter gjort ordrett til lov (om enn med et annet paragrafnummer).⁹³

Med unntak av en ren språkmodernisering besto fritaksregelen for belastende opplysninger uendret inntil ikrafttreddelsen av straffeprosessloven av 1981. Frem til da var fritaket for belas-

⁸⁹ Se strpl. 1887 § 177 første ledd.

⁹⁰ Første bok av Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 1687 ble med dette i det vesentlige erstattet med Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager av 1887.

⁹¹ Se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 31.

⁹² Se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

⁹³ Se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (1886) s. 42 (foreslått § 176), sml. Oth.prp. nr. 1 (1887) s. 41 (foreslått § 174) og motivene på s. 8 (hvor departementet går direkte fra å kommentere § 172 til § 175), samt strpl. 1887 § 177 i Almindelig Norsk Lovsamling (1877–1887) s. 914.

tende opplysninger absolutt – det skulle ikke foretas noen skjønnsmessig vurdering av rimeligheten av fritaket.⁹⁴ Dersom det kunne «godtgjøres» at svaret kunne føre til «tap av den borgerlige aktelse», eller vitnet avga forsikring om at det var tilfellet, medførte det at vitnet ikke trengte å svare på det aktuelle spørsmålet.⁹⁵

I straffeprosessloven av 1981 ble det lagt til et nytt punktum som utvidet fritakets nedslagsfelt. Tilføyelsen var den første realitetsendringen av vernet på nesten 100 år. Retten fikk med dette adgang til å fritta et vitne fra å forklare seg også «ved fare for vesentlig velferdstap av annen art» dersom det ville være «urimelig å pålegge vitnet å forklare seg» ut fra en vurdering av «sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers».⁹⁶ Fritaket for opplysninger som kunne føre til «tap av borgerlig aktelse» forble absolutt, men fritak for opplysninger som kunne føre til «vesentlig velferdstap av annen art» var underlagt en skjønnsmessig vurdering.

Alternativet «vesentlig velferdstap av annen art» ble tatt inn i loven av hensyn til de tilfellene der «det ville virke urimelig hårdt å fremtvinge vitneforklaring, selv om vitnet ikke utsetter seg eller sine nærmeste for straff eller tap av borgerlig aktelse».⁹⁷ Alternativet er med andre ord en ekstra sikkerhetsventil for de tilfellene der konsekvensene av en forklaring medfører en så vesentlig velferdsmessig belastning at det oppstår en form for tvangssituasjon, selv om vitnet verken risikerer straff eller omdømmetap. Straffeprosesslovkomiteen viser til et eksempel fra 1930-tallet, da avdelingsdirektøren for et opplysningsbyrå nektet å oppgi kilden for en ærekrenkende opplysning byrået hadde brakt videre. Direktøren ble pålagt vitneplikten av retten,⁹⁸ men nektet fortsatt å forklare seg, blant annet fordi han ville miste jobben om han avslørte kilden. Han ble i siste instans ikke straffet for å nekte å følge pålegget.⁹⁹ Høyesteretts kjæremålsutvalg begrunnet dette med det ikke ville være «overensstemmende med en fullt forsvarlig og human anvendelse av straffebestemmelsen vedkommende vitneplikten, om man uten hensyn til de interesser, vitnet måtte ha av sin vegring ved å forklare seg, søkte forklaringen fremtvunget».¹⁰⁰

⁹⁴ Se strpl. 1887 § 177 første ledd.

⁹⁵ Se strpl. 1887 § 177 første ledd jf. § 179.

⁹⁶ Se strpl. § 123 første ledd slik bestemmelsen lød før 2008.

⁹⁷ Se NUT 1969:3 s. 205.

⁹⁸ Se Rt-1930-672.

⁹⁹ Se Rt-1931-126.

¹⁰⁰ Se Rt-1931-126 s. 128.

Straffeprosesslovkomiteen anså det «lite tilfredsstillende» at et vitne først kunne bli ilagt vitneplikt, for deretter å «i realiteten [bli] fritatt for å oppfylle den».¹⁰¹ De uttalte derfor at i de tilfellene der det anses for å være «for hårdt å bruke straff eller andre tvangsmidler [om forklaringsplikten ikke overholdes], bør konsekvensen være at vitnet direkte fritas for forklaringsplikt».¹⁰² Departementet sluttet seg til komiteens forslag om og motiver for å ta inn et fritak ved «vesentlig velferdstap», men tilføyde urimelighetsvurderingen «slik at retten gis anvisning på en avveining av de motstående interesser».¹⁰³

Da tvistemålsloven trådte i kraft i 1915, inneholdt den en likelydende fritaksbestemmelse som den i straffeprosessloven av 1887.¹⁰⁴ Et vitne i en sivil sak kunne følgelig fritas fra å svare på spørsmål som forutsetningsvis ville kunne utsette vitnet eller vitnets nærmeste for «tap av borgerlig aktelse». I 1985 ble bestemmelsen endret til å inkludere et skjønnsmessig unntak ved fare for «vesentlig velferdstap av annen art», i samsvar med endringen i straffeprosessloven av 1981.¹⁰⁵

Ved ikrafttreddelsen av tvisteloven i 2005 ble formuleringen «tap av borgerlig aktelse» erstattet med «vesentlig tap av sosialt omdømme».¹⁰⁶ Dette var ikke ment å innebære noen realitetsendring, men ble gjort «i forsøk på å gjøre bestemmelsen lettere tilgjengelig».¹⁰⁷ Uttrykket «borgerlig aktelse» ble ansett for å være gammeldags, og utvalget var av den oppfatning at «sosialt omdømme» var «mer treffende i forhold til dagens språkbruk».¹⁰⁸ Vernets andre og foreløpig siste realitetsendring besto i at også fritak på bakgrunn av omdømmetap ble underlagt en skjønnsmessig vurdering.¹⁰⁹ Departementet var av den oppfatning at samfunnsutviklingen tilsa at «en absolutt fritaksregel som den tvistemålsloven gir for "tap av borgerlig aktelse", ikke [burde] videreføres».¹¹⁰ Fritaksbestemmelsen i straffeprosessloven av 1981 ble endret i samsvar

¹⁰¹ NUT 1969:3 s. 206.

¹⁰² NUT 1969:3 s. 206.

¹⁰³ Se Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 147.

¹⁰⁴ Se Udredninger og udkast til civilprocesreformen (1902) s. 144, Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemålsloven med motiver s. 203, Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 182, Indst. O.XV. (1912) s. 104 og Indst. O.I. (1914) s. 70.

¹⁰⁵ Se straffeprosesslovens ikrafttreddelseslov s. 594 om endringer i tvml. § 208 og Ot.prp. nr. 53 (1983–1984) s. 182.

¹⁰⁶ Se tvl. § 22-9 tredje ledd.

¹⁰⁷ Se NOU 2001:32B s. 963.

¹⁰⁸ Se NOU 2001:32B s. 963.

¹⁰⁹ Se Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93.

¹¹⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

med tvistelovens bestemmelse i 2008.¹¹¹ I forarbeidene til endringsloven kommenteres det at endringen «innebærer en viss innsnevring av fritaksretten» ved at omdømmetap ikke lenger er en absolutt fritaksgrunn.¹¹² Siden da har fritaket hatt følgende ordlyd i straffeprosessloven:

«Retten kan fritas for forklaring ved vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art for vitnet eller noen av dets nærmeste etter § 122 første eller annet ledd når det ut fra en vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge vitnet å forklare seg.»¹¹³

I strafferetten så vernet av den borgerlige aktelse dagens lys med straffeloven av 1902.¹¹⁴ Først i 2009, da blant annet kapittel 22 om uriktig forklaring og anklage ble tatt inn i straffeloven av 2005, ble «velferdstap av annen art» aktuelt som et unntak fra straffansvaret for uriktig forklaring.¹¹⁵ Det kommer uttrykkelig frem av forarbeidene at straffelovens bestemmelse skal forstås på samme måte som tvl. § 22-9 tredje ledd, som tilsvarer strpl. § 123 første ledd tredje punktum.¹¹⁶ Til forskjell fra prosesslovenes bestemmelser er ikke straffelovens bestemmelse underlagt en urimelighetsvurdering – straffriheten er absolutt dersom inngangsvilkårene om vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art er oppfylt.¹¹⁷ Bestemmelsen lyder:

«Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse mot en [...] som ikke kunne fortelle sannheten uten å utsette seg selv eller noen av sine nærmeste for ... fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art, med mindre vedkommende hadde plikt til å forklare seg.»

3.2 Hva forklaringsfritaket innebærer

For strafferettens vedkommende er vernets funksjon relativt selvforklarende: Den som har forklart seg uriktig, enten det gjelder ett eller flere spørsmål eller en fri forklaring, kan ikke straffes for det dersom vilkårene i strl. § 221 annet ledd er oppfylt. Når det kommer til hva prosesslovenes fritaksregler faktisk innebærer – hva retten kan gi fritak fra, og i hvor stort monn – er det ikke like åpenbart.

Isolert sett kan særlig straffeprosesslovens bestemmelse gi inntrykk av at vitnet kan fritas fullstendig fra å avgi forklaring, men det er i utgangspunktet ikke tilfellet. Lest i sammenheng med

¹¹¹ Se endringslov til tvisteloven mv del 78, endring av strpl. § 123.

¹¹² Se Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93.

¹¹³ Se strpl. § 123 første ledd tredje punktum. Tvistelovens fritaksregel er identisk, med unntak av at innledningen lyder «Retten kan fritas for å gi tilgang til bevis ved fare for...», se tvl. § 22-9 tredje ledd.

¹¹⁴ Se strl. 1902 § 167 annet ledd.

¹¹⁵ Se endringslov til straffeloven 2005 del 1 § 221.

¹¹⁶ Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408. Se også Rt-2015-1012 (21), Andenæs og Andorsen (2008) s. 211 og Matningsdal (2016) s. 548–549.

¹¹⁷ Se strl. § 221 annet ledd.

inkrimineringsvernet i første punktum, hvor det fremgår at vitnet «kan nekte å svare på spørsmål», er det mer naturlig å forstå tredje punktum dithen at det også der vil være konkrete spørsmål vitnet kan fritas fra å forklare seg om. Denne forståelsen forutsettes også i kommentarutgaven til straffeprosessloven,¹¹⁸ basert på kjennelsen inntatt i Rt-1995-289. Her uttaler Høyesterett at et vitne etter strpl. § 123 første ledd «under nærmere angitte betingelser [kan] "nekte å svare på spørsmål"», og presiserer at bestemmelsen ikke hjemler «en alminnelig fritakelse for vitneplikt». Det samme følger av kjennelsen inntatt i Rt-1908-623, hvor det var spørsmål om en manns barn kunne fritas fra å svare på om han var blitt «aandelig sløvet». Kjæremålsutvalget presiserer her at bestemmelsen ikke hjemler «en almindelig Negtelse af at vidne i det omhandlede Slegtskabsforhold», men at fritaket kommer an på om det «forelægges Spørgsmaal af en saadan Art, at deres Besvarelse i den ene eller anden Retning kan forudsættes at udsætte [vitnet eller dennes nærmeste] for Tab den borgerlige Agtelse [*sic*]».

Dette utgangspunktet nyanseres noe i kjennelsen inntatt i Rt-1997-1303, i relasjon til dagjeldende første punktum i strpl. § 123 første ledd. I den aktuelle saken var det spørsmål om rettslig avhør av en mann med tilknytning til Bandidos i forbindelse med etterforskningen av drapsforsøket på et medlem av Hells Angels. Mannen ble pålagt å forklare seg som vitne av forhørsretten og lagmannsretten, men gjorde gjeldende at det måtte treffes en generell avgjørelse om fritak fra vitneplikten da forklaringen ville kunne utsette ham for straff. Forhørsretten fant at utstrekningen av vitneplikten måtte avgjøres i tilknytning til det enkelte spørsmål, og både lagmannsretten og Høyesterett forkastet mannens kjæremål over denne avgjørelsen. Han nektet likevel å svare på noen av politiets 34 spørsmål, og etter begjæring fra politiet avsa forhørsretten kjennelse som påla vitnet å svare på litt under halvparten av spørsmålene. Lagmannsretten avsa kjennelse om at vitnet *ikke* pliktet å svare på noen av spørsmålene, og politiet påkjærte kjennelsen til Høyesterett.

Lagmannsretten hadde lagt til grunn at vitnet selv var mistenkt for forbrytelsene spørsmålene tok sikte på å oppklare, og at muligheten for at besvarelse ville føre til straff for vitnet dermed var sannsynliggjort for alle spørsmålene. Med dette utgangspunktet – at nektelsesgrunnen gjorde seg gjeldende for selve tematikken – vurderte lagmannsretten om noen av de konkrete spørsmålene var av en slik art at de likevel kunne besvares. Høyesterett ga uttrykk for at lagmannsretten hadde gått grundigere til verks enn det som var nødvendig. Det rettslige utgangspunktet er at spørsmålet om fritak «må vurderes i forhold til de enkelte spørsmål som stilles»,

¹¹⁸ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 476. Se også Andenæs (2009) s. 202.

men det vil kunne foretas en generell vurdering dersom det er snakk om «et saksforhold som krever at det stilles omfattende spørsmål til vitnet». Vurderingstemaet vil da være om «en avklaring av forholdet vil kunne utsette vitnet for straff mv.», slik at det i så fall kan treffes «en generell avgjørelse uten konkret vurdering av enkeltspørsmål».¹¹⁹ Disse uttalelsene bygget Høyesterett på kjennelsen inntatt i Rt-1986-1170 (414-86), som gjaldt vernet av belastende opplysninger i tvml. § 208.

Kjennelsen inntatt i Rt-1986-1170 omhandlet spørsmålet om en avdød manns datter kunne nekte å svare på spørsmål om et spesifikt tema under bevisopptak i anledning skifterettens behandling av dødsboet. Hun påberopte seg tvml. § 208 under henvisning til at klarleggelse av forholdet det var snakk om (hvorvidt faren hadde eierinteresser på Lanzarote) ville kunne utsette hennes fars minne og/eller hennes søsken for tap av borgerlig aktelse. Høyesterett uttalte at dersom hun fikk medhold i dette, fulgte det av tvml. § 208 at «hun kan nekte å svare på alle spørsmål som har som siktemål å avklare [farens] eierinteresser som nevnt». Som en mer generell regel anla Høyesterett terskelen for dette slik at «[n]år det hevdes å foreligge en slik felles nektelsesgrunn for alle eller de fleste av de spørsmål som vil bli stilt ved bevisopptaket vedrørende et avgrenset tema, må det kunne treffes en generell avgjørelse uten konkret vurdering av enkeltspørsmål».¹²⁰

Før endringen foretatt i 2008 var det mer intuitivt at det som hovedregel er konkrete spørsmål retten kan fritta vitnet for å svare på med hjemmel strpl. § 123 første ledd, enten det var begrunnet i inkrimineringsvernet eller vernet av belastende opplysninger. I dagens lovtekst brytes flyten i fritaksreglene opp av at unntaket fra inkrimineringsvernet er kommet inn som annet punktum, slik at formuleringen om at et vitne «kan nekte å svare på spørsmål» i første punktum ikke lenger har naturlig sammenheng med vernet av belastende opplysninger i tredje punktum. Tredje punktum begynner isteden med formuleringen «[r]etten kan fritta for forklaring...». Det er likevel klart at innlemmelsen av unntaksregelen ikke var ment å medføre realitetsendringer for vernet av belastende opplysninger.¹²¹ Utgangspunktet er altså fortsatt at fritak skal vurderes konkret for hvert enkelt spørsmål. Dersom fritaksgrunnen knytter seg til en spesifikk tematikk som igjen kan generere flere spørsmål, kan fritak likevel innvilges generelt for alle spørsmål knyttet til denne tematikken.

¹¹⁹ Se Rt-1997-1303 s. 1306.

¹²⁰ Se Rt-1986-1170 s. 1173.

¹²¹ Noen slik intensjon kommer ikke frem av forarbeidene, se Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93, og noen slik konsekvens har ikke manifestert seg verken i teori eller praksis.

Det er klart at det samme er tilfellet i sivile saker etter tvl. § 22-9 tredje ledd der det er snakk om vitneforklaringer.¹²² Tvistelovens bestemmelse er imidlertid utformet som en generell bevisfritaksregel, slik at den ikke bare hjemler fritak i forbindelse med vitneforklaringer. Også der det er snakk om utlevering av realbevis som kan avsløre tematikken det er ønskelig at holdes skjult vil tvl. § 22-9 tredje ledd gi retten direkte hjemmel for å innvilge fritak om det anses hensiktsmessig. At ordlyden i urimelighetsvurderingen ser ut til å være kopiert direkte fra strpl. § 123 første ledd tredje punktum er da noe uheldig, ettersom det der står «*forklaringens betydning for sakens opplysning*», men dette er antakeligvis en ren inkurie.

¹²² Se f.eks. Rt-1986-1170.

4 Hvem kan vernet påberopes av og til fordel for?

4.1 Den legaldefinerte kretsen

Før jeg går nærmere inn på vernets innhold, er det hensiktsmessig å avklare hvem vernet gjelder for. Enten det er snakk om å skulle forklare seg i en pågående rettsak eller forsvare seg mot en tiltale om uriktig forklaring, vil vernet av belastende opplysninger i første rekke være aktuelt for den som skal eller har forklart seg. På samme måte som for inkrimineringsvernet har imidlertid lovgiver anerkjent at det å skulle forklare seg om noe som negativt berører ens nærmeste, også vil kunne oppleves som en tvangssituasjon.

Straffeprosessloven, tvisteloven og straffeloven har alle hver sin lovtekniske løsning for å angi den vernede kretsen av vitnets nærmeste.¹²³ Den vernede kretsen i prosesslovene er likevel tilnærmet lik, med det unntak at utgangspunktet for angivelsen av kretsen i tvisteloven er «parten eller vitnet eller noen av hans eller hennes nærmeste». «Parten eller vitnet» må her tolkes utvidende til å gjelde alle bevispersoner – forstått som alle som er pålagt å gi tilgang til bevis, enten det er en vitneforklaring eller et realbevis etter tvl. § 26-5 – da fritaksregelen er et unntak fra forklarings- og bevisplikten som påligger «enhver» etter tvl. § 21-5.¹²⁴ Kretsen av nærmeste er litt videre etter straffelovens definisjon, da fosterbesteforeldre er inkludert.¹²⁵ Den lovtekniske løsningen i straffeloven er også klart mest oversiktlig, da det kun er én paragraf som lister opp kretsen av nærmeste for hele loven.¹²⁶ Både av hensyn til oppgavens grunnleggende struktur og fordi kretsen av «nærmeste» etter straffeprosessloven er litt vanskelig tilgjengelig, vil denne redegjørelsen ta utgangspunkt i strpl. § 123.

Fritaksregelen i straffeprosessloven angir ikke selv den vernede kretsen av vitnets nærmeste, men henviser isteden til strpl. § 122 første og annet ledd. Vern gis dermed til vitnets ektefelle, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje, søsken og like nær besvogrede. Som besvogret anses også den besvogredes ektefelle – for eksempel mannen til søsteren til vitnets egen ektefelle. Etter andre ledd gjelder det som er bestemt for ektefeller også for fraskilte og nåværende og tidligere samboere, definert som «personer som lever eller har levd sammen i et ekteskaps-lignende forhold».¹²⁷

¹²³ Se strpl. § 123 første og andre ledd jf. § 122, tvl. § 22-9 tredje og fjerde ledd jf. § 22-8 og strl. § 9.

¹²⁴ Se Schei m.fl. (2013) s. 878.

¹²⁵ Se strl. § 9 første ledd bokstav e.

¹²⁶ Se strl. § 9

¹²⁷ Sml. tvl. § 22-9 (1) jf. § 22-8 (1).

Når det kommer til vitnets livsledsager, er det etter dagens lovverk klart at legning er uten betydning for samboeres og ektefellers vern.¹²⁸ Samboeres vern kommer an på «en individuell vurdering», hvor det i alminnelighet må kreves «at forholdet har vært forholdsvis stabilt i en viss periode» for at vitnet skal kunne påberope seg bestemmelsen.¹²⁹ Samboerskap gir altså ikke vern fra den dagen paret flytter sammen. Hvor lang tid som kreves er ikke helt klart, men det må antakelig overstige to måneder.¹³⁰ Vernet for tidligere ektefeller og samboere består etter brudd, også for informasjon som stammer fra hendelser som finner sted etter bruddet.¹³¹ Dette er spesielt viktig der det er barn inne i bildet.

Av vitnets egen slekt er foreldre, besteforeldre, oldeforeldre, søsken, barn, barnebarn og oldebarn klart inkludert.¹³² Etter adopsjonsloven § 24 skal et adoptivbarn og dets etterkommere ha «samme rettslige stilling som om adoptivbarnet var adoptivforeldrenes egenfødte barn». De vil dermed ha samme vern som resten av familien, enten det er som etterkommere, søsken eller besvogrede.¹³³

Ettersom det ikke er satt noen grense for hvor lange de rette slektslinjene kan være, vil også direkte forfedre langt tilbake i tid være omfattet. Her vil imidlertid urimelighetsvurderingen fort slå inn, slik at hensynet til sakens opplysning triumferer over tipp-tipp-tipp-tipp-oldefars gode navn og rykte. Vern for døde forfedre vil videre bare kunne gjelde ved fare for tap av sosialt omdømme, da velferdstap ikke kan ramme en som er død.¹³⁴ Dette vil uansett sjelden være relevant i praksis.

Når det kommer til besvogrede, er spørsmålet hvor grensen for dette trekkes ettersom begrepet ikke er gitt noen legaldefinisjon. Det norske akademis ordbok definerer «besvogret» som det å

¹²⁸ Se ekteskapsloven § 1 (se også el. § 95 for registrerte partnerskap) og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 473. Sml. strl. § 9 fjerde ledd, Ot.prp. nr. 8 (1998–1999) s. 64, NOU 2001:32B s. 962, Schei m.fl. (2013) s. 874 og Skoghøy (2017) s. 802.

¹²⁹ Se Ot.prp. 35 (1978–1979) s. 147. Sml. Ot.prp. 35 (1978–1979) s. 147, Schei m.fl. (2013) s. 874–875 og Skoghøy (2017) s. 802–803, samt NOU 2002:4 s. 208.

¹³⁰ Se Rt-1985-375. Se også Rt-1987-624, hvor Høyesterett avviste at et forhold av omtrent tre ukers varighet var å anse som enten en forlovelse eller et samboerforhold i relasjon til strl. 1902 § 5.

¹³¹ Se NUT 1969:3 s. 204 og Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) s. 128 jf. 144, sml. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408. Sml. også strl. § 9 annet ledd.

¹³² Juridisk farskap eller medmorskap må være etablert i henhold til barnelova, se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 473.

¹³³ Dette var også tilfellet før adopsjonsloven trådte i kraft, ved at straffeprosessloven likestilte adopsjonsforhold fullt ut med slektskap, se NUT 1969:3 s. 204.

¹³⁴ Se f.eks. Rt-1986-1170 som gjaldt spørsmål om forklaringsfritak basert på vitnets avdøde fars gode navn og rykte, samt Øyen (2019) s. 421.

stå i svogerskap med hverandre.¹³⁵ «Svogerskap» defineres i sin tur som «familieforhold mellom den ene ektefellen og den andres slekt».¹³⁶ Etersom ordlyden presiserer «like nær besvogrede», må det omfatte ektefellens søsken og slektninger i rett opp- eller nedstigende linje.¹³⁷ Svigertanter, svigeronkler og liknende faller da utenfor. Likevel vil begrepet romme mer enn de klassiske svogere, svigerinner, svigersønner, svigerdøtre, svigerfedre og svigermødre – også svigerbesteforeldre og svigerbarnebarn med ektefeller og samboere må anses inkludert, i tillegg til ektefellens eventuelle barn fra tidligere forhold og disse barnas ektefeller og samboere. Etersom svogerskap går begge veier, vil svigerfamilien omfatte inngiftede i vitnets egen slekt så vel som vitnets ektefelle eller samboers biologiske familie.¹³⁸ I tillegg kommer de såkalt «ekte» besvogredes ektefeller, etter som Straffeprosesslovkomiteen mente det kunne «virke kunstig å behandle dem forskjellig».¹³⁹ Dette betyr at i tillegg til din kones søster omfattes også hennes mann, som tidvis omtales som «uekte» svogerskap.¹⁴⁰

Svigerfamiliens vern er begrunnet i forholdet ektefellene imellom. Et vitne som blir bedt om å forklare noe byrdefullt om svigerfamilien vil ikke bare stå overfor egne samvittighetskvaler, men potensielt sett også påtrykk fra ektefellen.¹⁴¹ Det kan derfor sies å være naturlig at vernet faller bort dersom ekteskapet oppløses ved skilsmisse, ettersom disse hensynene ikke lenger gjør seg gjeldende – i hvert fall ikke med samme kraft.¹⁴² I forarbeidene til prosesslovene er ikke spørsmålet om vern for besvogrede i forbindelse med hendelser som fant sted før bruddet behandlet uttrykkelig. I forbindelse med straffeloven regnes tidligere besvogrede fortsatt som «nærmeste» for hendelser som fant sted før bruddet.¹⁴³ Hensynet til sammenheng i systemet vil da kunne tilsi at det samme er tilfellet for prosesslovenes regler.

Dersom ekteskapet derimot opphører med døden, vil vernet for svigerfamilien og deres ektefeller bestå i sin helhet.¹⁴⁴ Bestemmelsen om at «det som er bestemt om ektefeller også gjelder

¹³⁵ NAOB, «besvogret».

¹³⁶ NAOB, «svogerskap».

¹³⁷ Se for øvrig Salomonsen (1925) s. 181.

¹³⁸ Se f.eks. Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 473 som legger det samme til grunn.

¹³⁹ Se NUT 1969:3 s. 205.

¹⁴⁰ Dette var opprinnelig ikke tilfellet, se Rt-1900-521, Rt-1908-217 og Salomonsen (1925) s. 181.

¹⁴¹ Se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 31 og NUT 1969:3 s. 204.

¹⁴² Se NUT 1969:3 s. 205 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 881, sml. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408.

¹⁴³ Se strl. § 9 annet ledd og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408.

¹⁴⁴ Se NUT 1969:3 s. 205 med videre henvisninger, sml. Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408. Sml. strl. § 9 tredje ledd.

fraskilte» skal ifølge Straffeprosesslovkomiteen forstås «slik at det bare gjelder i forholdet mellom ektefellene selv». Dette fremstår som en rimelig løsning, ettersom forholdet som var begrunnelsen for både relasjonen og vernet holdt livet ut. I løpet av denne tiden er det naturlig å anta at mange knytter nære bånd til sin svigerfamilie, og føler lojalitet overfor disse også etter at partneren er død. Dette vil nok særlig være tilfellet der paret har felles barn. Fraskilte og deres besvogredes vern gjelder tilsvarende mellom tidligere samboere og deres svigerfamilier.¹⁴⁵

I både straffeprosessloven og tvisteloven er fosterfamilier og forlovede skilt ut i egne ledd, som et vedheng til bestemmelsene som gir vern for inkriminerende og belastende opplysninger.¹⁴⁶ Etter strpl. § 123 annet ledd og tvl. § 22-9 fjerde ledd kan vitnes «forlovede, fosterforeldre, fosterbarn eller fostersøsken» fritas fra å svare på spørsmål etter henholdsvis første og tredje ledd.¹⁴⁷ I straffeloven er disse gruppene listet opp sammen med den øvrige kretsen av nærmeste.¹⁴⁸

Heller ikke «forlovede» er gitt noen legaldefinisjon, men kan enkelt defineres som to personer som har inngått avtale om å gifte seg.¹⁴⁹ Skulle forlovelsen opphøre, opphører også vernet for fremtiden. Tidligere forlovede anses i motsetning til tidligere ektefeller og samboere ikke som hverandres nærmeste etter et brudd annet enn for hendelser som fant sted før bruddet.¹⁵⁰

Kommentarutgaven til straffeprosessloven åpner for at enighet om å inngå «fast samboerskap», tilsvarende ekteskapsliknende forhold, «etter omstendighetene» kan anses som en forlovelse.¹⁵¹ Dette underbygges med en henvisning til den tidligere kommentarutgaven til tvisteloven,¹⁵² men i 2013-utgaven av samme verk diskuteres ikke problemstillingen i det hele tatt.¹⁵³ Skoghøy, Andenæs og Myhrer, samt Bjerke, Keiserud og Sæther, fremholder imidlertid fremdeles

¹⁴⁵ Se bl.a. Rt-1996-222 og strl. § 9 fjerde ledd jf. NOU 1992:23 s. 61–62 og Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408.

¹⁴⁶ Se tvl. § 22-9 fjerde ledd.

¹⁴⁷ Akkurat den samme kretsen er angitt i § 122 tredje ledd, så hvorfor § 123 første ledd ikke viser til hele § 122 istedenfor å bare nevne første og annet ledd både i forbindelse med inkrimineringsvernet og i forbindelse med vernet for belastende opplysninger er uklart.

¹⁴⁸ Se strl. § 9 første ledd bokstav e og f.

¹⁴⁹ Se f.eks. Schei m.fl. (2013) s. 875.

¹⁵⁰ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408.

¹⁵¹ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 475. Under henvisning til Lødrup og Sverdrup (2009) s. 50–51, hvor det står at samboere ikke er å anse som forlovet med mindre de har blitt enige om å gifte seg, argumenterer de også for at begrepet må tolkes i forhold til den enkelte bestemmelse hvor begrepet har betydning.

¹⁵² Se Schei m.fl. (2007) s. 1113, som i sin tur viser til Skoghøy (2001) s. 590 og Andenæs (2000) s. 203. Andenæs skriver i realiteten om tematikken på s. 225.

¹⁵³ Se Schei m.fl. (2017) s. 875.

denne muligheten.¹⁵⁴ Etter straffelovens bestemmelse er avtale om å inngå samboerskap likestilt med forlovelse, forutsatt at vilkårene om varighet og fasthet er oppfylt.¹⁵⁵ Jeg er usikker på hvor praktisk dette er, særlig sett i lys av at samboere ikke anses som hverandres nærmeste fra den dagen de flytter sammen. Hvis ikke det å faktisk flytte sammen er å anse som en avtale om å inngå samboerskap som oppfyller vilkårene om varighet og fasthet, kan jeg ikke forstå hvordan en slik avtale kan inngås. Hvis det derimot oppfyller vilkårene, blir kravet om at samboerskapet må ha vært «forholdsvis stabilt i en viss periode» meningsløst.¹⁵⁶

I Straffeprosesslovkomiteens spesielle motiver til § 122 kommer det frem at tidspunktet for forlovelsen ikke lenger er et skjæringspunkt for muligheten for forklaringsfritak.¹⁵⁷ Med andre ord er det uten betydning om hendelsen opplysningene omhandler fant sted før eller etter at forlovelsen ble inngått. De samme bemerkningene gjentas ikke i forbindelse med det tilsvarende leddet i § 123, men ettersom det motsatte heller ikke sies, er det naturlig å anta at dette var ment å være tilfellet også i forbindelse med § 123 annet ledd. Noe annet har formodningen mot seg, også av hensyn til sammenhengen i regelverket.

Når det kommer til hva som skal regnes som fosterrelasjoner, kan grensen være litt mindre klar. Bjerke, Keiserud og Sæther definerer «fosterbarn» som «barn som frivillig eller etter vedtak av barneverntjenesten er plassert i fosterhjem».¹⁵⁸ Schei m.fl. peker på at det også finnes tilfeller «hvor barn vokser opp hos andre enn sine foreldre, eventuelt bor et slikt sted i flere år uten at det er noe formalisert fosterforhold», og at det «ikke [kan] være avgjørende for fritaksretten [...] om det er truffet de nødvendige vedtak etter barnevernloven».¹⁵⁹ Hvorvidt et slikt vedtak er truffet eller ikke, kan etter deres mening isteden være et moment i helhetsvurderingen av om fritak skal innvilges. Til sammenlikning uttales det i forarbeidene til straffeloven at hva som skal regnes som fosterforhold må «baseres på en forholdsvis konkret vurdering», hvor «den store hovedregelen» er at plassering i samsvar med barnevernloven §§ 4-4, 4-7 og 4-12 (nå også § 4-4a, som tilføyd ved lov i 2015) er å regne som fosterforhold.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Se Skoghøy (2017) s. 803, Andenæs & Myhrer (2009) s. 202 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 475.

¹⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408.

¹⁵⁶ Se redegjørelsen for ektefeller og samboere over.

¹⁵⁷ Se NUT 1969:3 s. 204.

¹⁵⁸ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 875.

¹⁵⁹ Schei m.fl. (2013) s. 875.

¹⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 408.

4.2 Terskelen for fosterrelasjoner og forlovede

Et spørsmål som dukker opp i forbindelse med fastleggelsen av den vernede kretsen av vitnets nærmeste, er om det gjelder en egen og høyere terskel for fosterrelasjoner og forlovede. Skoghøy skriver for eksempel at «[s]ærlig i tilfeller hvor den person som blir utsatt for omdømme- eller velferdstap, ikke omfattes av oppregningen i § 22-9 første ledd, men er forlovet med eller er fosterforelder, fosterbarn eller fostersøsken til en slik person (§ 22-9 fjerde ledd), må terskelen for å bli fritatt fra forklaringsplikt antas å ligge relativt høyt».¹⁶¹ Det samme synet fremsettes i kommentarutgaven til straffeprosessloven, med henvisning til en tidligere utgave av Skoghøys *Tvisteløsning*.¹⁶²

I 2010-utgaven av *Tvisteløsning* underbygger Skoghøy den samme uttalelsen med en henvisning til den første kommentarutgaven til tvisteloven.¹⁶³ Denne kommentarutgaven sier imidlertid *ikke* at terskelen generelt sett ligger høyere etter fjerde ledd enn etter tredje ledd. I begge utgaver av tvistelovens kommentarutgave fremgår det at «terskelen for å bli innvilget bevisfritak etter *tredje og fjerde ledd* vil ligge relativt høyt» (min kursivering).¹⁶⁴ I 2007-utgaven underbygges uttalelsen med en henvisning til «blant annet Rt. 1991 side 790», en dom som ikke berørte verken fosterrelasjoner eller forlovede. I 2013-utgaven er det lagt til henvisninger til Skoghøy (2010) s. 691 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481 – en henvisningskjede som ender i den opprinnelige uttalelsen i Schei m.fl. (2007) s. 1122.

Selv om forlovede og fosterrelasjoner er skilt ut i et eget ledd både i straffeprosessloven og tvisteloven, gir ikke bestemmelsenes ordlyd noen holdepunkter for at det skal gjelde en annen terskel for disse. Etter strpl. § 123 andre ledd kan retten frita et vitne fra å svare på spørsmål som kan berøre forlovede og fosterrelasjoner «på slik måte som nevnt i første ledd». Ordlyden i tvl. § 22-9 fjerde ledd er tilnærmet lik: Retten kan frita vitnet fra å gi tilgang til bevis som berører disse relasjonene «som nevnt i første til tredje ledd». Begge disse formuleringene indikerer at vurderingen skal foretas på samme vis som for andre relasjoner.

Både den lovtekniske løsningen med å skille ut disse gruppene i egne ledd og tanken om at terskelen generelt sett ligger høyere for disse gruppene, kan lettere forsvares i forbindelse med absolutte fritaksregler. Forklaringsfritaket for belastende opplysninger har derimot ikke vært

¹⁶¹ Se Skoghøy (2017) s. 807.

¹⁶² Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481 jf. Skoghøy (2010) s. 691.

¹⁶³ Se Schei m.fl. (2007) s. 1122.

¹⁶⁴ Se Schei m.fl. (2013) s. 881 og Schei m.fl. (2007) s. 1122.

absolutt siden 2008.¹⁶⁵ For de tilfellene der fosterrelasjonene eller forlovelsen bærer preg av midlertidighet eller begrenset tilknytning sammenliknet med den øvrige persongruppen som er vernet, kan dette påvirke utfallet av urimelighetsvurderingen.¹⁶⁶ At det generelt sett skal gjelde en høyere terskel for disse relasjonene enn for eksempel for den nye kona til bestemoren til vitnets egen samboer, mener jeg det ikke er holdepunkter for i dagens lovtekst.

Heller ikke forarbeidene gir noen indikasjon på at dette var lovgivers intensjon – særlig ikke etter at vernet ble fullt ut skjønnsmessig. Allerede på 1960-tallet var lovgiver oppmerksom på de sterke båndene for eksempel fosterrelasjoner kan gi: I forbindelse med innlemmelsen av fostersøsken i definisjonen av «nærmeste» etter § 122 kommenteres det uttrykkelig at «[o]ppvekst som fostersøsken i samme hjem kan etter omstendighetene knytte bånd som ligger nær opp til et virkelig søskenforhold».¹⁶⁷ Etter diskusjonen om «uekte» svogeres vern konkluderte komiteen med at «den svekkelse av familiebandene som er et trekk ved nåtidens samfunn» ikke «burde føre til en begrensning av kretsen av dem som kan nekte å gi forklaring».¹⁶⁸

I Straffeprosessutvalgets utkast til ny lov angis definisjonen av noen nærmeste gjennom en henvisning til strl. § 9.¹⁶⁹ Forslaget er ment «å ta høyde for vår tids høye forekomst av omskiftelige familieforhold».¹⁷⁰ Det gis ingen indikasjon på at verken fosterrelasjoner eller forlovelser er ment å innebære en høyere terskel for vern, eller at slike relasjoner anses for å innebære en «fjernere tilknytning» enn andre som går innunder straffelovens definisjon av «nærmeste». Tvert imot påpeker utvalget at «enkelte ... vokser opp under så vanskelige familieforhold at andre utenforstående personer, for eksempel i nabolaget eller i idretten, griper inn og i realiteten sørger for vedkommendes oppdragelse og oppvekst».

Jeg mener videre at uttalelsene i kommentarutgavene til tvisteloven, som også er grunnlaget for Skoghøys påstand, støtter opp om dette synet. I kommentarutgaven til tvisteloven står det i forbindelse med tvl. § 22-9 fjerde ledd at selv om de samme momentene som i andre og tredje ledd «i prinsippet» vil være relevante, må «den fjernere tilknytningen» i disse relasjonene «tillegges vekt ved avveiningen».¹⁷¹ Avveiningen det siktes til må være urimelighetsvurderingen

¹⁶⁵ Se kapittel 3.1. Vitners og nærståendes inkrimineringsvern er fortsatt absolutt, og kan derfor rettferdiggjøre at den lovtekniske løsningen er beholdt.

¹⁶⁶ Se kapittel 6.4.

¹⁶⁷ Se NUT 1969:3 s. 205.

¹⁶⁸ Se NUT 1969:3 s. 204–205.

¹⁶⁹ Se NOU 2016:24 s. 40, § 9-3.

¹⁷⁰ Se NOU 2016:24 s. 578.

¹⁷¹ Schei m.fl. (2013) s. 881 og Schei m.fl. (2007) s. 1122.

som skal foretas etter at det er fastslått at inngangsvilkårene er oppfylt og den som vil rammes faller innenfor den vernede kretsen.¹⁷² Hvis det for eksempel er snakk om relasjoner der fosterforeldrene har oppdratt et barn som sitt eget i flere år, uten å kunne adoptere barnet,¹⁷³ vil det neppe være noen «fjernere tilknytning» å snakke om.

Også hensynet til sammenhengen i regelverket gir gode argumenter for en slik tolkning. Selv om straffelovens regel er absolutt, er ikke fosterrelasjoner eller forlovede skilt ut og gitt en annen terskel enn øvrige nærstående.¹⁷⁴ Forelå det fare for vesentlig velferdstap av relevant art for noen i disse persongruppene da den uriktige forklaringen ble gitt, vil den som avga forklaringen ikke kunne straffes.¹⁷⁵ At det da først skal gjelde en generelt sett høyere terskel ved vurderingen etter prosesslovene, uavhengig av urimelighetsvurderingen, er det ikke belegg for.

Videre kan man vanskelig argumentere med at alle relasjonene innenfor disse gruppene skal underlegges en høyere terskel fordi det i noen tilfeller vil være en svakere tilknytning mellom vitnet og den aktuelle nærmeste. Den samme argumentasjonen kan reises i forbindelse med mange blodsband og svigerrelasjoner. Som gjennomgangen av svigerfamiliens vern i kapittel 4.1 har vist, gir begge prosesslovene vern til en relativt stor krets besvogrede. Satt på spissen kan man få forklaringsfritak for å beskytte den noenlunde nye samboeren til bestefaren til sin egen ektefelle. Tilknytningen mellom to forlovede eller en fosterfamilie kan på generell basis vanskelig sies å være «fjernere» enn dette. At man er forbundet av biologisk slektskap eller svogerskap er heller ingen garanti for nære bånd.

Slik regelen er utformet i dag, hvor forklaringsfritak basert på belastende opplysninger i alle tilfeller krever at urimelighetsvurderingen slår ut i vitnets favør, mener jeg det vil være unødvendig å ha to forskjellige terskler for vern avhengig av hvilken gruppe nærstående det er snakk om. Dersom det er en fjern eller svak tilknytning mellom vitnet og personen forklaringsfritak ønskes til fordel for, bør dette kunne tillegges vekt i urimelighetsvurderingen. Da bør det også være irrelevant hvilken personkrets vedkommende tilhører, så lenge kretsen er nevnt i legaldefinisjonen av «nærmeste».

¹⁷² Se kapittel 6.4.

¹⁷³ Et eksempel er syv år gamle «Nora», som har vært i fosterhjem siden hun var ett år gammel, se Skogstrøm og Bjørke (2019). Fosterforeldrene får ikke adoptere henne fordi det ikke foreligger sterke nok grunner.

¹⁷⁴ Se strl. § 9 første ledd bokstav e og f.

¹⁷⁵ Se strl. § 221 andre ledd.

4.3 Andres velferdstap

I juridisk teori behandles tidvis spørsmålet om hvorvidt også andre enn vitnets nærmeste kan omfattes av vernet.¹⁷⁶ Dette skyldes at Høyesterett innvilget politivitner fritak fra å oppgi identiteten til sine informanter i to avgjørelser fra 1990-tallet, på grunnlag av fare for vesentlig velferdstap for en tredjeperson.¹⁷⁷ På det tidspunktet disse avgjørelsene ble avsagt var dette alternativet skilt ut i et eget punktum, hvor ordlyden var: «Retten kan frita vitnet ved fare for vesentlig velferdstap av annen art når det ved en vurdering også av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge vitnet å forklare seg».¹⁷⁸ I motsetning til første punktum, som viste til personkretsen angitt i strl. § 122, var det altså mulig å lese dette alternativet slik at det åpnet for en mer generell anvendelse.

Beslutningen inntatt i Rt-1992-1691 omhandlet spørsmålet om fire politivitner skulle pålegges å oppgi navnet på den som hadde kommet med et tips i forbindelse med et ran. Tre personer som hadde vært siktet og varetektsfengslet i en større ranssak, hadde reist krav om erstatning for uberettiget straffeforfølgning uten å få medhold. Det var i forbindelse med kjæremålet for Høyesterett at de ønsket at politivitnene skulle pålegges forklaringsplikt, ettersom politivitnene hadde vegret seg for å svare på visse spørsmål av frykt for å avsløre kildens identitet. De argumenterte blant annet med at innvilgelse av forklaringsfritak ville innebære «en utvidende fortolkning direkte i strid med loven og motivene».

Kjæremålsutvalget innvilget politivitnene forklaringsfritak, samtidig som de uttalte at «det må vises stor varsomhet med å frita et vitne fra å gi opplysninger i videre utstrekning enn det følger av loven ordlyd». De mente imidlertid at begrunnelsen Straffeprosesslovkomiteen ga for tilføyelsen av unntaket for vesentlig velferdstap rakk «lenger enn til vitnet og dets nærmeste». Bjerke og Keiserud uttalte i kommentarutgaven fra 1980-tallet at det kunne være grunn til å tolke bestemmelsen utvidende på dette punktet, og nevnte spesifikt de tilfellene der vitnet ønsket å holde navnet på en kilde for opplysninger skjult for å unngå at kilden ble utsatt for «represalier eller andre ubehageligheter».¹⁷⁹ Med støtte i denne uttalelsen kom kjæremålsutvalget frem til at bestemmelsen «bør tolkes utvidende» når det under «helt spesielle omstendigheter» oppstår

¹⁷⁶ Se f.eks. Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480, Andenæs & Myhrer (2009) s. 205 og Schei m.fl. (2013) s. 880.

¹⁷⁷ Rt-1992-1691 og Rt-1998-2001.

¹⁷⁸ Se strpl. § 123 første ledd andre punktum slik bestemmelsen lød før 2008. Se også tvml. § 208, som hadde tilsvarende lovteknisk løsning og ordlyd, med unntak av «skal» heller enn «kan» i forbindelse med rettens adgang til å gi fritak.

¹⁷⁹ Se Bjerke og Keiserud (1986) s. 359.

behov for å beskytte tredjemenn fra velferdstap «i den strenge betydning som følger av bestemmelsen» som følge av en vitneforklaring. I det konkrete tilfellet var det sannsynliggjort at kildens sikkerhet ville komme i fare dersom vedkommendes identitet ble avslørt – utvalget bemerket at det «i en sak av denne art ikke fremstiller seg som uventet at det kan få alvorlige følger for kilden at hans identitet blir kjent».

I kjennelsen inntatt i Rt-1998-2001 var et av spørsmålene for Høyesterett om to politivitner kunne fritas fra å opplyse identiteten til en kilde i en større narkotikasak. Etter et tips fant politiet ytterligere 9 kilo heroinbasert stoff i en bil hvor de tidligere hadde funnet 6 kilo. En av de tiltalte anførte at kildens identitet var en viktig opplysning for eget forsvar, og at de «helt spesielle» omstendighetene fritak krevde ikke var til stede. Høyesterett uttalte at «ikke bare velferdstap for vitnet selv og nære pårørende – men også velferdstap for kilder – kan være relevant i forhold til adgangen etter straffeprosessloven § 123 første ledd 2. punktum til å fritta vitner fra å svare på spørsmål», og innvilget forklaringsfritak for vitnene. Mengden heroin ble trukket frem som et argument for «en organisert tilknytning med øket fare for represalier», mens opplysningene ikke ble ansett for å kunne ha «annet enn perifer betydning for rettens vurdering av Bs forhold».

Siden den gang har fritaksregelen endret form, først med tvistelovens ikrafttredelse og deretter med oppfølgende endring i straffeprosessloven, slik at angivelsen av den vernede kretsen ble den samme for begge grunnlagene for forklaringsfritak.¹⁸⁰ I teorien er det derfor antatt at fortolkningen lagt til grunn i Rt-1992-1691 og Rt-1998-2001 «neppe [kan] opprettholdes».¹⁸¹ For straffeprosessens del har dette støtte i at lovgiver uttrykkelig har regulert adgangen til å holde identiteten til politiets kilder skjult i strpl. § 234a.¹⁸² Bestemmelsen er en relativt snever unntaksregel, ettersom det kun er i saker om overtredelse eller forsøk på overtredelse av spesifikke straffebud angitt i strpl. § 130a som kan gi grunnlag for også denne typen anonym vitneførsel. En tilsvarende regel finnes naturlig nok ikke i tvisteloven. Behovet for kildebeskyttelse kan sies å være størst i straffeprosessen, selv om det kan tenkes tilfeller også i sivile saker hvor det kan

¹⁸⁰ Se strpl. § 123 første ledd tredje punktum og tvl. § 22-9 tredje ledd. Utviklingen er redegjort for i kapittel 3.1.

¹⁸¹ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480, Andenæs & Myhrer (2009) s. 205, Schei m.fl. (2013) s. 880.

¹⁸² Tilføyd ved endringslov til strl. og strpl. i 2000, som inneholdt tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier. Bestemmelsen fikk sin nåværende ordlyd i 2003, se endringslov til straffeprosessloven mv. del II.

være behov for å beskytte identiteten til den som har gitt informasjon, for eksempel til myndighetene. Kommentartutgaven til tvisteloven nevner barnevernssaker som et mulig eksempel.¹⁸³

I utkast til ny straffeprosesslov er det foreslått en bevisavskjæringsregel som åpner for å verne de som kan bli skadelidende av at et gitt bevis blir ført – herunder tredjemenn.¹⁸⁴ Regelen svarer i det vesentlige til den generelle avveiningsregelen foreslått av Runar Torgersen i artikkelen «Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?».¹⁸⁵ Etter foreslått strpl. § 7-3 annet ledd bokstav c skal retten nekte bevisføring «når bidraget til sakens opplysning ikke står i et rimelig forhold til [...] den skade bevisføringen kan påføre mistenkte, fornærmede, et vitne eller en tredjeperson». En betraktning fra det mer til det mindre tilsier at det etter denne bestemmelsen vil være mulig å avskjære også deler av en forklaring, særlig ettersom det er en regel om avskjæring av *bevisføring*, ikke *bevismidler*. Dersom bestemmelsen blir vedtatt, vil den dermed kunne brukes til å beskytte også tredjemenn fra skade som følge av bevisføringen i en straffesak.

4.4 Unntaket for barn og psykisk utviklingshemmede

Det er ikke alle vitner som kan fritas for vitneplikt i straffesaker i egenskap av å være noens «nærmeste».¹⁸⁶ Etter strpl. § 122 første ledd siste punktum kan ikke barn under 12 år fritas fra å vitne mot sine nærmeste der vedkommende er siktet i saken.¹⁸⁷ Ut fra sammenhengen i regelverket er det naturlig å anta at dette unntaket også gjelder i forbindelse med spørsmål om forklaringsfritak etter strpl. § 123 første ledd tredje punktum, slik at barn ikke kan få forklaringsfritak for å spare en nærstående for tap av vesentlig omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art.

At barn ikke skal kunne få fritak fra å forklare seg om belastende ting om sine nærmeste, kan intuitivt fremstå både underlig og urimelig. Barn vil kunne oppleve vel så store samvittighetskvaler som voksne dersom de er nødt til å si noe som kan virke skadelig for deres foreldre eller andre de er glad i. Selv om de er spart straffetrusselen ved uriktig forklaring,¹⁸⁸ og det aldri vil

¹⁸³ Se Schei m.fl. (2013) s. 880.

¹⁸⁴ Se NOU 2016:24 s. 38, foreslått § 7-3 annet ledd bokstav c.

¹⁸⁵ Se Torgersen (2006) s. 573–574 for hans forslag til ny regel og særlig side 565–572 for argumentasjonen bak en regel om avskjæring på grunn av uforholdsmessig skade.

¹⁸⁶ Tilsvarende regler som de som behandles under finnes ikke i sivilprosessen. Sml. tvl. §§ 24-10 og 24-11.

¹⁸⁷ Jf. endringslov til straffeprosessloven IV.

¹⁸⁸ Jf. strl. § 20 første ledd bokstav a.

være aktuelt å benytte tvangsmidler for å fremtvinge en forklaring,¹⁸⁹ er ikke disse følelsesmessige kvalene irrelevante, ettersom den «dypere begrunnelse for fritaksretten må være at den er en personlig rett, som berører følelser mellom mennesker i nære familierelasjoner».¹⁹⁰

Da departementet tok stilling til om bestemmelsen skulle innføres eller ikke, var dette også et av momentene i vurderingen av hva som var til barnets beste i henhold til barnekonvensjonen art. 3.¹⁹¹ Begrunnelsen for at barn ikke skulle ha de samme rettighetene til forklaringsfritak bunnet til syvende og sist i barns utviklingsnivå og særlige behov for beskyttelse, hvilket gir seg utslag i mange underliggende hensyn. Departementet vektla påkjenningen det vil kunne være å havne i en lojalitetskonflikt vedrørende valget om å avgi forklaring eller ikke, barnets begrensede forutsetninger for å forstå regelen og ta stilling til valget, og muligheten for at barnets valg ble påvirket av opplevde eller faktiske forventninger, press eller trusler. Der barnet selv er fornærmet i saken, argumenterer departementet for at muligheten for at overgrepet stoppes og overgriperen straffes, tilsier at det objektivt sett er til barnets beste at forklaring gis.

Som en sikkerhetsventil for ivaretagelsen av barnet uttaler departementet at det bør «vurderes i det enkelte tilfellet om barnet i det hele tatt bør avhøres som vitne» dersom det «vil virke urimelig om barn skal være pålagt å forklare seg i saker om andre typer straffbare handlinger [enn der de selv er fornærmet] begått av nærstående». I saker der barnet er den som er blitt utsatt for en straffbar handling av en av sine nærmeste – for eksempel i incestsaker – vil barnet fort kunne være det eneste vitnet, og både hensynet til barnets beste og samfunnets interesse i oppklaring av alvorlige straffesaker vil da tilsi at forklaring gis.¹⁹²

Barns manglende rett til forklaringsfritak rammer enda bredere i forbindelse med tilrettelagte avhør.¹⁹³ I slike avhør vil vitnet ha samme forklaringsplikt for politiet som de har for retten, og verken vitner under 15 år eller vitner med høy grad av psykisk utviklingshemming kan gis forklaringsfritak i medhold av strpl. §§ 122 eller 123.¹⁹⁴ Det skal foretas rettslig avhør av barn under 16 år dersom saken omhandler seksuallovbrudd, kroppsskade, drap, mishandling i nære relasjoner eller kjønnslemlestelse.¹⁹⁵ Dette avhøret trer istedenfor personlig forklaring under

¹⁸⁹ Se f.eks. NOU 2016:24 s. 278.

¹⁹⁰ Se Rt-2005-1293 (39).

¹⁹¹ Se Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) s. 57–58.

¹⁹² Se f.eks. mindretallets votum i Rt-2005-1293.

¹⁹³ Se strpl. § 239a annet ledd.

¹⁹⁴ Se strpl. § 239a annet ledd.

¹⁹⁵ Se strpl. § 239 første ledd.

hovedforhandlingen så fremt vitnet ikke har fylt 16 år innen den tid.¹⁹⁶ I forbindelse med saker om andre straffbare forhold kan tilrettelagt avhør av barn under 16 år benyttes dersom hensynet til vitnet tilsier det.¹⁹⁷ I slike saker skal videoopptak som hovedregel tre i stedet for personlig forklaring, med mindre retten «etter en samlet vurdering av hensynet til siktedes rett til kontradiksjon, hensynet til vitnet og hensynet til sakens opplysning finner at vitnet bør avgi personlig forklaring under hovedforhandlingen».¹⁹⁸ Skal forklaring gis, kan det gjøres som et supplement til avspillingen av opptaket av avhøret.¹⁹⁹

Dette betyr at barn som rettsvesenet har funnet grunn til å gi særlig vern, nektes muligheten for forklaringsfritak både til fordel for sine nærmeste og til fordel for seg selv. Spørsmål en 15-åring kan slippe å forklare seg om av hensyn til seg selv eller sine nærmeste, må besvares av de mellom 12 og 14 år – selv om disse også ofte vil være i stand til å forstå valget de blir stilt overfor og foreta egne vurderinger av om de vil forklare seg eller ikke. Samtidig stilles og besvares spørsmålene i omgivelser som vil virke tryggere og mer fortrolige enn en rettssal, og dermed innby til mer åpenhet. At opptaket av avhørene deretter kan spilles av for retten, vil nok for noen kunne oppleves som vanskelig.

Lovgiver har i forbindelse med strpl. § 122 selv uttalt at barn over 12 år bør få «ta stilling til om de ønsker å forklare seg eller ikke», da erfaring fra tidligere dommeravhør «synes å vise at barn på 12 år normalt forstår hva som ligger i regelen [i § 122]». Det uttales videre at dersom barnet først er «i stand til å forstå spørsmålet og foreta et valg, bør det også selv få ta avgjørelsen i et tilfelle som dette».²⁰⁰ I forbindelse med arbeidet med ny straffeprosesslov har Straffeprosessutvalget uttalt at de mener «enhver – også barn – bør omfattes av nærståendeunntaket og øvrige forklaringsfritak», og det foreslås derfor at unntakene fra forklaringsfritakene for barn og alvorlig utviklingshemmede ikke videreføres.²⁰¹

Utvalget begrunner endringsforslaget med at den samme interessekonflikten og belastningen valget kan medføre langt på vei gjør seg gjeldende også for barn, selv om de ikke har samme forutsetninger som voksne for å vurdere om de skal forklare seg eller ikke. Utvalget trekker særlig frem belastningen «over tid, når vedkommende får en dypere forståelse av konsekvensene av å ha forklart seg». Til slutt argumenteres det med at det er «uheldig at loven gir uttrykk

¹⁹⁶ Se strpl. § 298 første ledd.

¹⁹⁷ Jf. strpl. § 239 annet ledd.

¹⁹⁸ Se strpl. § 298 annet ledd.

¹⁹⁹ Se strpl. § 298 tredje ledd.

²⁰⁰ Se Ot.prp. nr. 11 (2007–2008) s. 58.

²⁰¹ Se NOU 2016:24 s. 278–279.

for en plikt som ikke er en egentlig plikt [ettersom brudd ikke sanksjoneres], og på den måten gjør det uklart hvilken adferd som forventes». Jeg mener de forholdene utvalget påpeker, utgjør gode argumenter for at forslaget følges opp i det videre arbeidet med ny straffeprosesslov.²⁰²

²⁰² Dette vil for øvrig også være i samsvar med slik fritaksregelen opprinnelig var å forstå, se Salomonsen (1925) s. 181. På den tiden var man av den oppfatning at det var riktigere ikke å motta forklaring av barn som var for unge til å oppfatte spørsmålet eller gjøre seg opp en mening, heller enn å pålegge barnet å svare.

5 Inngangsvilkårene: Rettslig relevant belastning

5.1 Tap av sosialt omdømme

For at vernet av belastende opplysninger skal kunne føre til en begrensning av forklaringsplikten eller et fritak fra straffansvar for uriktig forklaring, må belastningen være rettslig relevant. Den første kategorien av belastende informasjon som kan føre til forklaringsfritak eller strafffrihet, er informasjon som vil kunne føre til «tap av sosialt omdømme [...] for vitnet eller noen av dets nærmeste».²⁰³

Begrepet «sosialt omdømme» er ikke nærmere definert i loven selv, og heller ikke i forarbeidene. Isteden presiserer lovgiver at uttrykket er ment å ha samme meningsinnhold som «borgerlig aktelse», samtidig som det må forstås i lys av samfunnsutviklingen.²⁰⁴ Det følger av langvarig praksis at det kun er det *moralske* omdømmet som er rettslig relevant.²⁰⁵ I dette omdømmet ligger en vurdering av verdiene og holdningene vedkommende har eller utviser, og hvorvidt vedkommende anses for å følge sosialt aksepterte normer. Forarbeidene fra 1886 relaterte som nevnt fritaket særlig til «Usædelighed» og avgrenset mot «velfærdstruende Formuetab», som både dansk og østerriksk rett åpnet for å frita vitner fra å avgi forklaring om.²⁰⁶ Usædelighet kan forklares som tvilsom seksualmoral og andre brudd på normer for god og riktig handle- og tenkemåte.²⁰⁷

Skeie omtalte det vernede som vedkommendes «gode navn og rygte»,²⁰⁸ men det kan sies å være en litt for vid angivelse av vurderingstemaet. For eksempel er ikke bransjerykte eller bransjetillit omfattet av vernet,²⁰⁹ selv ikke når forklaringen vil føre til brudd på private taushetsløfter.²¹⁰ I kjennelsen inntatt i Rt-1908-623 fikk ikke døtrene til en sakfører fritak fra å forklare seg om hvorvidt faren var blitt «sløv». De fikk ikke medhold i at spørsmål om «hans aandelige Svækkelse» var av en slik art at et eventuelt omdømmetap forårsaket av svaret ville falle innunder bestemmelsens virkeområde. Om denne dommen skriver Andenæs og Myhrer at selv om

²⁰³ Jf, strpl. § 123 første ledd tredje punktum, sml. tvl. § 22-9 tredje ledd og strl. § 221 andre ledd.

²⁰⁴ Se NOU 2001:32B s. 963, Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408.

²⁰⁵ Se f.eks. Rt-1908-623, Rt-2015-1012 (24), Skeie (1931) s. 396, Andenæs (1984) s. 198, Andenæs (1994) s. 205, Andenæs (2000) s. 226, Andenæs & Myhrer (2009) s. 204, Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480, Fredriksen (2018) s. 292 og Skoghøy (2017) s. 807.

²⁰⁶ Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

²⁰⁷ Se NAOB, «usedelig» og «sedelig».

²⁰⁸ Skeie (1931) s. 396.

²⁰⁹ Se Rt-1916-128.

²¹⁰ Se Rt-1930-672, Rt-1934-716, HR-1988-1225-S, NOU 1984:27 s. 77, Andenæs og Myhrer (2009) s. 204, Skoghøy (2017) s. 807, Schei m.fl. (2013) s. 880 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480.

et bekreftende svar nok kunne berøve faren for den tilliten som var nødvendig for hans næring eller stilling, og ville vært omfattet av ærekrenkelsesbegrepet etter strl. 1902 § 247, kreves det «noe mer» etter strpl. § 123.²¹¹

Utover noen konkrete drøftelser i tidligere rettspraksis som ikke nødvendigvis vil kunne gi særlig veiledning i dag,²¹² er det begrenset hvilket bidrag rettslige kilder kan gi til undersøkelsen av hva dette «noe mer» er. Innholdet av uttrykket «sosialt omdømme» kan nemlig ikke fastlegges isolert i en juridisk kontekst. Begrepet må forstås i relasjon til de til enhver tid gjeldende moralske normene det finnes en viss enighet om i samfunnet, og i lys av samfunnsutviklingen.²¹³ I så måte er «tap av sosialt omdømme» en rettslig standard – en henvisning til en skjønnsmessig målestokk utenfor loven.²¹⁴

Da Knoph lanserte teorien om rettslige standarder i 1939, redegjorde han for det han kalte rasjonaliseringen av rettslige standarder.²¹⁵ Med dette mente han en prosess som måler «[d]et som virkelig er målelig», eller søker å «få de forstandsmessige sidene ved avgjørelsen så skarpt frem og så klart belyst» som mulig.²¹⁶ Denne prosessen utgjør et forberedende orienteringsarbeid før «de irrasjonelle kreftene», som intuisjon, rettsinstinkt og rettsfølelse, tar over i den skjønnspregede delen av selve avgjørelsen.

Rasjonaliseringsprosessen må ifølge Knoph foretas basert på positivtrettslig materiale: lovregelen selv, forarbeidene til denne, enkeltregler i samme lov som kan anses som eksempler på hvordan standarden er ment å virke, liknende regler i andre lover som står i forbindelse med det rettsområdet standarden virker på, andre lovregler eller prinsipper som mer eller mindre tydelig røper «den hovedinnstilling standarden må antas å ha» og den interesseavveining den går ut fra, samt praksis.²¹⁷ Med praksis sikter ikke Knoph kun til rettspraksis, men også til «avgjørelser av de kompetente sosiale instanser».

²¹¹ Se Andenæs & Myhrer (2009) s. 204.

²¹² Se kapittel 1.2.

²¹³ Se bl.a. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460, Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408 (i forbindelse med strl. § 221 om uriktig forklaring) og Rt-2015-1012 (25).

²¹⁴ Se f.eks. Knoph (1939) s. 2, Boe (2010) s. 278 og Løvlie (2019) s. 140. Om «målestokk» er egnet som et generelt «begrepskjennetegn» for rettslige standarder er omdiskutert, se Høgberg (2016) s. 293–294, men det er ikke en diskusjon jeg går inn på her.

²¹⁵ Se Knoph (1939) s. 29 flg.

²¹⁶ Se Knoph (1939) s. 30.

²¹⁷ Se Knoph (1939) s. 32.

Det finnes en rekke bestemmelser som enten har samme ordlyd eller som inneholder mer eller mindre liknende henvisninger til moral og omdømme som strpl. § 123.²¹⁸ Bestemmelsene som er en del av eller relaterer seg direkte til vernet av belastende opplysninger kan i seg selv vanskelig belyse hvilken informasjon som kan påvirke noens «sosiale omdømme», da de ikke tilfører noe mer verken i innhold eller kontekst. Bestemmelsenes forarbeider kan supplere hverandre til en viss grad, men de inneholder mange av de samme formuleringene og henviser ofte til forståelsen av bestemmelsene i de andre lovene.²¹⁹ Når det kommer til andre bestemmelser i norsk rett som gir anvisning på moralske vurderinger, mener jeg disse som hovedregel kan deles inn i to grupper: de generelle og de gruppespesifikke.²²⁰

Gruppespesifikke normer gjelder bare innenfor sin angitte gruppe. Et eksempel er «god forretningsskikk» etter mfl. § 25 – en standard som retter seg mot «næringsdrivende» og gjelder relasjoner dem imellom. Disse standardene vil som hovedregel utfylles med den aktuelle gruppens praksis, men også gruppestandardene har som regel et islett av noe mer generelt eller allmenngyldig, som for eksempel benevnelsen «god».²²¹ Fokuset på gruppen vil likevel begrense veiledningen disse reglene kan gi i forbindelse med forståelsen av «sosialt omdømme», særlig sett i lys av at bransjerykte og -tillit ikke er omfattet.²²²

²¹⁸ Straffeloven §§ 221 og 226, tvl. § 22-9 tredje ledd og bl. §21 tredje ledd inneholder samme ordlyd som strpl. § 123 første ledd tredje punktum. Som eksempler på liknende formuleringer i andre lover og på andre rettsområder kan følgende trekkes frem: det skal legges vekt på om «allmenne etikk- og moraloppfatninger» er krenket ved vurderingen av brudd på god markedsføringsskikk etter mfl. § 2 første ledd; den som kommer med ytringer som er egnet til å krenke «en annens ærefølelse eller omdømme» kan ilegges erstatning etter skl. § 3-6 a første ledd; statsansatte kan ilegges ordensstraff etter statsansatteloven § 25 første ledd dersom de utviser «utilbørlig adferd» som skader den nødvendige «aktelse eller tillit»; visse personer kan avskjediges eller løses fra sine verv av samme grunn iht. sentralbankloven § 2-12 bokstav e dersom adferden viser at de er «uverdige» til sitt embete eller bryter ned den nødvendige «aktelsen eller tilliten»; skade på «rettighets-haverens kommersielle omdømme» kan være en skjerpende omstendighet ved straffutmåling for inngrep i rettigheter etter vml. § 61 andre ledd, patl. § 57 annet ledd, ftnavnl. § 6-1 annet ledd, dsl. § 44 annet ledd, pfl. § 22 annet ledd og kretsm. § 9 annet ledd. Vern av omdømme er videre et akseptert grunnlag for begrensninger i ytringsfriheten etter EMK art. 10 annet avsnitt, SP art. 19 tredje avsnitt og BK art. 13 annet avsnitt, mens SP art. 17 gir rett til beskyttelse mot «unlawful attacks on [a person's] honour and reputation».

²¹⁹ Se f.eks. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460, NUT 1969:3 s. 205, Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93 og Ot.prp. nr. 53 (1983–1984) s. 182.

²²⁰ Denne inndelingen beskrives også av Høgberg som et grunnleggende skille mellom teoretikere: På den ene siden har man de som mener rettslige standarder bør forbeholdes «tilfeller der det i lovt tekst henvises til en oppfatning eller et handlemønster hos en bestemt gruppe», og på den andre siden har man teoretikere som mener begrepet omfatter «henvisning[er] til skjønsmessige og ofte ekstralegale normative vurderinger» mer generelt, se Høgberg (2016) s. 286.

²²¹ Se Høgberg (2016) s. 292, som også påpeker at den skjønsmessige vurderingen blant annet er en kontroll av om det ekstralegale mønster som har oppstått i gruppen er et utslag av ukultur eller liknende.

²²² Se overfor, jf. bl.a. Rt-1916-128 og Andenæs & Myhrer (2009) s. 204.

De generelle moralorienterte standardene kan gi veiledning med tanke på hvordan standardens innhold kan fastlegges, i den grad den samme fremgangsmåten fungerer for fastleggelsen av «tap av sosialt omdømme». Et eksempel på en slik rettslig standard er begrepet «støtende» i strl. § 317 andre ledd. I Rt-2005-1628 var spørsmålet for Høyesterett om innholdet i et porno-blad laget for å teste grensene for pornografibestemmelsen var å anse som «støtende». I forarbeidene uttales det at bestemmelsen er «en rettslig standard, som viser til de til enhver tid rådende moral- og rettsoppfatninger i samfunnet».²²³ Høyesterett uttalte at det «må være oppfatningen hos folk flest, basert på en gjennomsnittsbetraktning» som skal legges til grunn for vurderingen.²²⁴ Det blir videre presisert at det «klart ikke [er] tilstrekkelig for straffbarhet at innholdet vekker sterke reaksjoner og oppleves som klart anstøtelig hos spesielle grupper eller enkeltindivider». Avgjørende for sakens utfall var at «det har skjedd en utvikling i liberal retning i det alminnelige syn på fremstillinger av seksualitet siden 1987», slik at grensene for det straffbare ikke var overskredet.

Noen teoretikere er av den oppfatning at «tap av sosialt omdømme» må forstås på samme måte – at det kommer an på oppfatningen hos «folk flest». I 1925 skrev Salomonsen om «borgerlig aktelse» at det er aktelsen «blant bra og forstandige folk» som er avgjørende for vurderingen av om vilkåret er oppfylt.²²⁵ Han mente det var «likegyldig» om oppfattelsen «inden enkelte kretser» kunne være en annen, selv om vedkommende selv tilhørte en slik krets. I dag skriver Øyen at det «først og fremst [er] normer med en allmenn utbredelse som har interesse», og at det avgjørende «normalt [er] om de aktuelle opplysningene *jevnt over* er egnet til å medføre et vesentlig tap av sosialt omdømme om de blir kjent» (min kursivering).²²⁶

Salomonsens utsagn kan tolkes på to måter: Enten kan det forstås som henvisning til én bestemt gruppes normsett og vurderinger, eller så kan det tolkes som en henvisning til de normsettene alle som kan klassifiseres som «bra og forstandige» måtte inneha, slik at det som er utelukket for eksempel er normene i kriminelle miljøer. Med all sannsynlighet, særlig i lys av tiden han skrev i, forfektet Salomonsen det første synspunktet. At det var «borgerskapets» oppfatning som var avgjørende, har også en viss støtte i selve begrepet «borgerlig aktelse». I den grad det noen gang har vært noe egentlig «borgerskap» i Norge, i den franske betydningen «den rikeste del av byborgerne [og] den herskende klassen i det kapitalistiske samfunnet»,²²⁷ vil det med all

²²³ Se NOU 1997:23 s. 71.

²²⁴ Rt-2005-1628 (24).

²²⁵ Se Salomonsen (1925) s. 184.

²²⁶ Øyen (2019) s. 421.

²²⁷ Se Tjora (2018).

sannsynlighet oppfattes som umusikalsk å skulle gi dette samfunnslaget definisjonsmakt over samfunnsmoralen i moderne tid. I dagens multikulturelle, multireligiøse og på andre måter mangefasetterte samfunn kompliserer i så fall utsagnet mer enn det klargjør.

Enkeltmenneskets moral vil blant annet påvirkes av hvilken religion man har, hvilke kulturelle innflytelser man har vokst opp med og hva slags verdigrunnlag man har bygget opp.²²⁸ Jeg vil tro det er relativt ukontroversielt å påstå at dette medfører et særlig tydelig skille mellom religiøse og sekulære grupper, hvor det i de førstnevnte ofte er flere og strengere normer som regulerer det sosiale livet enn i de sistnevnte.²²⁹ Samtidig vil reglene for akseptabel adferd variere betraktelig også basert på andre parametere, som for eksempel om man er på den ene eller andre ytterkanten av den politiske aksen eller hvor man er oppvokst. Hvor strenge disse moralnormene oppleves å være, vil blant annet kunne påvirkes av i hvilken grad «alle kjenner alle».²³⁰

I den grad vi noen gang var det, er vi ikke lenger et samfunn med enkelt identifiserbare, homogene verdioppfatninger som kan legges til grunn som mal for akseptabel oppførsel. Abortlovet og klimaendringene er to av mange mulige eksempler på kontroversielle temaer hvor meningsmotstanderne kan ha svært sterke meninger om hverandres moral. Å klassifisere den ene eller den andre gruppen som «bra og forstandige folk» hvis normsett skal være avgjørende for synet på den andre gruppens omdømme vil by på mange utfordringer – ikke minst potensielle beskyldninger om diskriminering. Knoph selv skrev at det «må drøftes om det er ønskelig eller mulig å skape en ensrettet mentalitet til å praktisere [rettslige standarder]».²³¹

Når det kommer til Øyens forståelse av bestemmelsen, vil jeg argumentere for at den kan fungere som et utgangspunkt, i den forstand at opplysninger som «jevnt over er egnet til å medføre et vesentlig tap av sosialt omdømme» vil være svært belastende for de fleste. Likevel mener jeg at det ikke er en dekkende beskrivelse av bestemmelsens nedslagsfelt. Det virker svært kunstig å løsrive vurderingen av om en opplysning kan føre til «vesentlig tap av sosialt omdømme [...] for vitnet eller noen av dets nærmeste» fra en konkret bedømmelse av vedkommendes person og situasjon, og dermed også det miljøet og den omgangskretsen vedkommende er en del av. Dersom vernet skal være reelt, og tvangssituasjonen skal unngås, kan ikke regelen være løsrevet

²²⁸ Se om dette bl.a. i Ugelvik (2019) s. 35. Se i denne retning også Andenæs (1996) s. 147.

²²⁹ For eksempel vil konservative religiøse miljøer ofte ha langt strengere regler for akseptabel seksuell adferd enn sekulære miljøer.

²³⁰ Se Ugelvik (2019) s. 24.

²³¹ Knoph (1939) s. 29.

fra den belastningen vitnet faktisk vil oppleve dersom informasjonen avsløres. Den største belastningen vil i denne sammenheng sjelden komme fra storsamfunnet – den vil forårsakes av reaksjonen fra vedkommendes eget miljø.

Oppfatningen om at vernet av det sosiale omdømmet knytter seg til en konkret vurdering av vedkommendes situasjon, har støtte i bestemmelsens opprinnelige forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. I motivene til utkastet fra 1886 påpeker komiteen at hva som kan føre til tap av borgerlig aktelse «ofte [er] tvilsomt og vil [dessuten] variere etter de forskjellige Steders og Samfundsklassers Opfatning».²³² Dette kan tas til inntekt for at standarden er ment å variere ut fra hvilket miljø man er i. Andenæs var av samme oppfatning: «Hva som skal til, varierer både med vedkommendes stilling og med oppfatningen *i hans miljø*» (min kursivering).²³³ Schei m.fl. fremholder at det gjelder et krav om en «konkret vurdering av virkningene, ikke en mer generell bedømmelse av hva slike opplysninger typisk vil være egnet til».²³⁴

Fra rettspraksis kan Rt-1958-276, Rt-1970-1547 og Rt-1986-1170 fremheves særskilt. I Rt-1958-276 slår Høyesterett fast at «[h]va der skal forstås med uttrykket "tap av den borgerlige aktelse" lar seg vanskelig besvare med noen alminnelig regel». De var av den oppfatning at vurderingen «i høy grad [vil] kunne variere etter oppfatningen på de forskjellige steder i de forskjellige miljøer etc». Dette ble fulgt opp i Rt-1970-1547, hvor spørsmålet for Høyesterett var om en ung, ugift kvinne skulle fritas fra å forklare seg om et påstått forhold til en gift mann:

«I det hele synes spørsmålet om fritak for vitneplikt [...] å måtte bero på en konkret vurdering av hvorledes spørsmålets besvarelse stiller seg i forhold til vitnets person, miljø og hvilken virkning det i tilfelle kan få for vitnet om hun skulle bli pålagt å besvare spørsmålene».

Høyesterett påpekte at det måtte legges vekt på at forklaringen «kunne påføre henne tap av borgerlig aktelse i hennes omgangskrets», i tillegg til «den skade spørsmålets besvarelse i tilfelle kan påføre hennes gode navn og rykte». At det er slik bestemmelsen er å forstå ble ytterligere sementert i Rt-1986-1170, hvor Høyesterett uttalte at det må foretas «en helt konkret vurdering» hvor spørsmålet vurderes «i forhold til de personer det [gjelder], og deres miljø».²³⁵ Denne forståelsen er blitt fulgt opp i kommentarutgavene til både straffeprosessloven og tvisteloven.²³⁶

²³² Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32. Departementet knyttet ingen ytterligere kommentarer til strpl. 1887 § 177, se Oth.prp. nr. 1 (1887) s. 8.

²³³ Andenæs & Myhrer (2009) s. 204.

²³⁴ Schei m.fl. (2013) s. 879.

²³⁵ Se Rt-1986-1170 s. 1173.

²³⁶ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480 og Schei m.fl. (2013) s. 879.

Vernet av belastende opplysninger er ikke bare en beskyttelse mot en opplevd tvangssituasjon. Vernet er også en beskyttelse mot alvorlige konsekvenser vitnet kan pådra seg selv eller sine nærmeste ved å avsløre brudd på sosiale normer, dersom hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat ikke rettferdiggjør en fremtvingelse av forklaringen. Når man trekker opp grensene for vernets nedslagsfelt må det gjøres på bakgrunn av også dette formålet. Det at man ikke selv anser seg bundet av en norm, eller ikke anser en norm som god eller velbegrunnet, burde ikke kunne utelukke at en annen skal kunne vernes på grunnlag av den samme normen.

Det vil tvert imot kunne argumenteres for at det er de som risikerer alvorlige sanksjoner på grunn av brudd på svært konservative normer som har størst behov for vern. I disse situasjonene gjør hensynet til vitnet og vitnets nærmeste seg ofte særlig gjeldene, da sanksjonene i svært konservative miljøer kan være mer inngripende og belastende enn sanksjonene i mer liberale miljøer. For at denne gruppen reelt sett skal ha samme vern som «gjennomsnittsnordmannen», er det nødvendig å la vitnets eller den nærstående miljø være bestemmende for hvilket normsett som legges til grunn for vurderingen av om en gitt opplysning kan føre til vesentlig tap av sosialt omdømme.

Et illustrerende eksempel er spørsmål hvor svaret vil avdekke at vitnet er seksuelt aktivt. For veldig mange i Norge i dag vil det være uproblematisk å skulle svare bekreftende på slike spørsmål.²³⁷ Det kan ikke sies å være en generell oppfatning at det å ha debutert seksuelt vil ha noen sterkt negativ innvirkning på det sosiale omdømmet. Likevel vil dette være tilfellet innen flere religiøse miljøer, og da særlig for jenter. I flere konservative muslimske miljøer er det for eksempel en forventning om at kvinnen skal være jomfru på bryllupsnatten. For noen vil det da kunne ha store konsekvenser for deres moralske omdømme i familien, vennegjengen, moskeen og så videre om det kommer ut at vedkommende ikke er jomfru. Skal denne jenta være nektet vern fordi en ikke-religiøs jente fra et liberalt miljø ikke ville havnet i samme situasjon dersom hun forklarte seg om det samme? Schei m.fl. skriver om dette at «[k]ravet til konkret vurdering av virkningene, ikke en mer generell bedømmelse av hva slike opplysninger typisk vil være egnet til, gjør det vanskelig å se bort fra at opplysningene vil være særlig belastende for den det gjelder».²³⁸

Det finnes selvfølgelig innvendinger mot å tolke standarden slik at det er rom for en så konkret omdømmevurdering. Det sterkeste argumentet vil etter min mening være at en for bred tolkning

²³⁷ Se nærmere om dette i kapittel 7.2.

²³⁸ Se Schei m.fl. (2013) s. 879.

i for stor grad åpner for forklaringsfritak på bekostning av hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat. Lovgiver har flere ganger, både direkte og indirekte, gitt uttrykk for at vernet av belastende opplysninger ikke skal være et bredt unntak fra forklaringsplikten, av hensyn til rettspleien.²³⁹

Jeg mener imidlertid at hensynet til rettspleien kan ivaretas bedre gjennom en streng urimelighetsvurdering, heller enn ved å ha et snevert syn på hva som kan anses som relevant moral. Også det strenge vesentlighetskravet er med på å ivareta hensynet til rettspleien. Definisjonen av «tap av sosialt omdømme» angir kun inngangsporten til bestemmelsen, og burde derfor gis det innholdet som gir best mening – selv om det betyr at porten blir bred. Den samme argumentasjonen ligger i juridisk litteratur til grunn for en bred forståelse av begrepet «velferdstap».²⁴⁰ Bjerke, Keiserud og Sæther kan synes å være av samme oppfatning, da de uttaler at «spørsmålet om forståelsen av uttrykket "sosialt omdømme" (tidligere "borgerlig aktelse") har fått mindre betydning på grunn av at fritak uansett vil måtte avgjøres ut fra en vurdering av de forhold som fremgår av bestemmelsen».²⁴¹

I forbindelse med utarbeidelsen av tvisteloven fremholdt Justis- og politidepartementet at «[h]ensynet til opplysning av saken tilsier også at det som utgangspunkt er uten betydning om parten eller vitnet har en stilling eller posisjon som gjør vedkommende mer utsatt enn andre for tap av sosialt omdømme».²⁴² Slik jeg tolker denne uttalelsen, bunner den i en tanke om at en formell eller uformell maktposisjon, som for eksempel toppsjef, politiker, arving eller kjendis, ikke skal kunne medføre forskjellsbehandling av samfunnseliten. Fra et rettferdighetssynspunkt er denne tanken god, i det at «eliten» ikke skal slippe å forklare seg om noe «hvermannsen» hadde måttet forklare seg om, bare på grunn av høy status. Likevel mener jeg den stemmer dårlig overens med bestemmelsens formål.

Et sentralt formål med bestemmelsen er at vitnet ikke skal havne i en alvorlig tvangssituasjon hvor valget står mellom alvorlige sosiale konsekvenser eller potensielle straffereaksjoner for uriktig eller nektet forklaring.²⁴³ Sannsynligheten blir da mindre for at vedkommende forklarer seg uriktig, hvilket også kan sies å være gunstig for sakens opplysning. I en slik vurdering kan man ikke se bort fra elementer som kan gjøre de sosiale konsekvensene større. En som har høy

²³⁹ Se bl.a. Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32, NUT 1969:3 s. 205 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

²⁴⁰ Se kapittel 5.2 med videre henvisninger.

²⁴¹ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480.

²⁴² Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460.

²⁴³ Se f.eks. Skoghøy (2001) s. 561. Se kapittel 2.5 og 2.6 for en redegjørelse for sanksjonene vitnet risikerer.

status og er offentlig kjent, risikerer å dømmes hardere av allmennheten enn en ukjent person som har gjort det samme – i det minste vil de kunne merke konsekvensene i større grad enn folk som ikke like lett blir gjenkjent på gata. De kan også ha mer å miste. Da Jeremy Corbyn fikk rykte på seg for å være antisemittisk var det unektelig en del av det totale bildet som kostet ham rollen som leder for det britiske Labour-partiet.²⁴⁴ Det samme ryktet ville neppe kostet Jørgen Hattemaker jobben, og en like stor del av offentligheten ville ikke satt seg til doms over ham på samme måte. Hvis det skulle vurderes hvorvidt de to skulle måtte svare på om de har kommet med anti-semittiske uttalelser i en eller annen sammenheng, burde dette kunne tas i betraktning. Uttalelsen fra Justis- og politidepartementet²⁴⁵ er for øvrig sterkt kritisert i juridisk litteratur. Skoghøy skriver at uttalelsen fremstår som «lite reflektert».²⁴⁶ Schei m.fl. påpeker at vilkårets utforming gjør det «vanskelig å se bort fra at opplysningene vil være særlig belastende for den det gjelder», og at det i rettspraksis har vært lagt vekt på «individuelle forhold, som det miljø vedkommende lever i og de særlige moralske eller sosialetiske krav som stilles til personer i bestemte stillinger».²⁴⁷

På bakgrunn av den foregående drøftelsen vil jeg hevde at «tap av sosialt omdømme» faller inn i en tredje og kanskje egen kategori av rettslig standard. Den er ikke rent gruppespesifikk, da den ikke gjelder innenfor én spesifikk gruppe, men den er heller ikke helt generell, ettersom den fordrer en konkret vurdering av konsekvensene vitnet risikerer. Målestokken for hva som kan føre til tap av sosialt omdømme er derimot todelt.

På den ene siden vil det «som til enhver tid regnes som stigmatiserende eller belastende» mer generelt, slik Øyen formulerer det,²⁴⁸ fungere som et utgangspunkt for vurderingen. Regnes den aktuelle tematikken generelt sett for å være stigmatiserende eller belastende, vil det å forholde seg til dette utgangspunktet være å hoppe over gjerdet der det er lavest. Dette forutsetter likevel at det ikke er forhold ved situasjonen vitnet eller vitnets nærmeste er i som tilsier at det likevel *ikke* vil være stigmatiserende eller belastende for vedkommende. Dette vil kunne være tilfellet dersom noe som storsamfunnet anser som negativt, ikke blir ansett på samme måte i vedkommendes miljø. I en slik situasjon vil spørsmål om fritak neppe komme på spissen, ettersom fritaksregelen antakelig ikke vil bli påberopt.

²⁴⁴ Se f.eks. Bloom (2020) og Stephens (2019).

²⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460.

²⁴⁶ Skoghøy (2017) s. 808.

²⁴⁷ Schei m.fl. (2013) s. 879 med videre henvisninger. Se også Skoghøy (2017) s. 808.

²⁴⁸ Øyen (2019) s. 421.

På den andre siden er det irrelevant om tematikken generelt sett ikke kan sies å være stigmatiserende eller belastende dersom den vil være det i det miljøet vitnet eller vitnets nærmeste tilhører, enten det er basert på religion, stilling, kultur, bosted eller liknende. Dette betyr at noe som ikke nødvendigvis ville blitt ansett som problematisk for eksempel for en liberal Oslo-boer (som et utsvevende sexliv), likevel kan gi grunnlag for fritak for en med en mer konservativ omgangskrets.

5.2 Velferdstap av annen art

Den andre kategorien av belastende informasjon som er rettslig relevant for vernet av belastende opplysninger, er den som vil kunne føre til «velferdstap av annen art for vitnet eller noen av dets nærmeste».²⁴⁹ Også denne formuleringen er en dynamisk rettslig standard,²⁵⁰ men til forskjell fra «tap av sosialt omdømme» vil innholdet av den relativt enkelt kunne fastslås på generell basis. Selv om hvilke opplysninger som kan utløse hvilke faktiske konsekvenser vil variere fra person til person, er disse konsekvensene en mer objektivt målbar størrelse. I motsetning til «sosialt omdømme» er ikke begrepet «velferdstap» nært knyttet til vedkommendes person og subjektive forhold. I så måte kan «velferdstap» som rettslig standard sammenliknes med standarden «urimelig» – selv om begrepene kan være noe ulne, er de ikke knyttet til noe så individuelt som moral, eller så gruppebetinget som omdømme.

«Velferd» er et svært vidt begrep rent språklig sett, og «velferdstap» er ikke nærmere definert i loven. «Velferd» kan defineres som «(materielle kår som skaper) velferd og lykke», eller «velvære og trivsel som søkes muliggjort ved underholdning, fritidstilbud o.l.».²⁵¹ Antitetisk må da «velferdstap» kunne forstås som det å miste eller oppleve en reduksjon i materielle kår som skaper velferd og lykke, eller at muligheter til underholdning, fritidstilbud og liknende som fører til velvære og trivsel reduseres eller faller bort. Den norske velferdsstaten kjennetegnes blant annet av universelle velferdsordninger som helsetjenester, utdanningstilbud, trygd og pensjon, i tillegg til behovsprøvde ordninger som for eksempel sosialhjelp og studiestøtte.²⁵² I den grad man kan miste eller oppleve en reduksjon i noen av disse godene, må det språklig sett kunne anses som et velferdstap. Så lenge verken forarbeidene eller rettspraksis gir grunn til en mer innskrenkende tolkning, må det samme være tilfellet fra et rettslig perspektiv.

²⁴⁹ Jf. strpl. § 123 første ledd tredje punktum, sml. tvl. § 22-9 tredje ledd og strl. § 221 andre ledd.

²⁵⁰ Se bl.a. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460.

²⁵¹ NAOB, «velferd».

²⁵² Studiestøtte kan regnes som behovsprøvd ettersom studenter som tjener over en viss sum i året ikke får omgjort deler av lånet til stipend.

Ved at velferdstap presenteres som et alternativ til tap av sosialt omdømme, ligger det implisitt at det er ment å dekke noe annet enn påkjenningen det vil medføre å få et vesentlig skår i sin moralske aktelse. Tillegget innebærer dermed en utvidelse av den opprinnelige fritaksregelen.²⁵³ Formuleringen «annen art» impliserer samtidig at tap av sosialt omdømme er en form for velferdstap, slik at det som vil falle innunder «velferdstap» kan være nært beslektet med det som kan kategoriseres som «tap av sosialt omdømme».

Forarbeidene gir i svært liten grad anvisning på hva slags informasjon eller hvilke konsekvenser fritaket er ment å omfatte. Uttalelser som at det vil «svække rettspleien hvis et vitne i noen større utstrekning kunne nekte å avgi forklaring fordi det utsetter seg for ubehageligheter eller represalier [*sic*]» indikerer at fokuset i stor grad har vært på å begrense rekkevidden av fritaket heller enn å klargjøre hva som er ment dekket.²⁵⁴ Sånn sett bærer alternativet preg av å være et bredt sikkerhetsnett som kan fange opp de tilfellene der sterke individuelle hensyn veier tyngre enn behovet for å fremtvinge en forklaring – noe det også var meningen at det skulle være.²⁵⁵

Tematikken er sparsommelig belyst i teorien. Øyen går relativt bredt ut i sin bok, hvor han i tillegg til «økonomiske ulemper» fremholder at velferdstap omfatter «tapte inntekter, sosial utstøting, ødelagte kollegiale forhold, redusert fysisk eller psykisk helse, fare for fysiske eller psykiske represalier mv.»²⁵⁶ Bjerke, Keiserud og Sæther har et lignende utgangspunkt, da de mener det er «grunn til å gi begrepet et forholdsvis rommelig innhold» ettersom det bare er ett av flere momenter ved vurderingen av om fritak skal gis.²⁵⁷ De fremholder derfor at vitnets «forhold til omgivelsene og dets økonomiske livskår», samt «fysisk overlast» må omfattes av begrepet.²⁵⁸ Opplistingen i Schei m.fl. i relasjon til tvl. § 22-9 tredje ledd inneholder elementer av begge de foregående verkene, og nevner fysisk overlast, sosial utfrysning, ødeleggelse av kollegiale forhold og økonomiske virkninger.²⁵⁹ Schei har tidligere uttalt at «[s]åvel vitnets forhold til sine omgivelser som økonomiske virkninger for vitnet, kan utgjøre "velferdstap"».²⁶⁰

²⁵³ Se NUT 1969:3 s. 205, sml. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408.

²⁵⁴ Se NUT 1969:3 s. 205.

²⁵⁵ Se NUT 1969:3 s. 204–206.

²⁵⁶ Øyen (2019) s. 421.

²⁵⁷ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480. Se også Schei (1990) s. 67, som gir uttrykk for det samme under henvisning til Bjerke og Keiserud.

²⁵⁸ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480.

²⁵⁹ Se Schei m.fl. (2013) s. 880. Skoghøy har lagt seg på samme linje, men angitt som «fysisk overlast eller sosial eller økonomisk boikott, eller at kollegiale forhold kan bli ødelagt», se Skoghøy (2017) s. 807.

²⁶⁰ Se Schei (1990) s. 67.

Andenæs og Myhrer opererer ikke med samme tydelige skille, men lister opp eksempler på tilfeller der vitnet kan ha en «sterk interesse i å slippe å forklare seg».²⁶¹ Opplistingen omfatter at det å avgi forklaring kan være «ubehagelig eller pinlig», «ødeleggende for kollegiale forhold» eller medføre frykt for «hevner eller sosial og økonomisk boikott».²⁶² Hvilke typetilfeller som eventuelt kan identifiseres, vil jeg komme nærmere inn på i kapittel 7.

²⁶¹ Andenæs & Myhrer (2009) s. 205.

²⁶² Andenæs & Myhrer (2009) s. 205.

6 Sikkerhetsventilene: Ivaretagelsen av hensynet til rettspleien

6.1 Lovgivers valgte verktøy for å begrense vernets rekkevidde

Det har ikke på noe tidspunkt vært ønskelig fra lovgivers side at fritaksregelen skulle utgjøre et vidt unntak fra forklaringsplikten.²⁶³ Den store hovedregelen er, og skal være, at den som vet noe av interesse for sakens opplysning skal forklare seg om dette for retten.²⁶⁴ For å forsøke å sikre at forklaringsfritak er en sikkerhetsventil som kun benyttes i de tilfellene der hensynet til individet veier tyngre enn interessen i å fremtvinge forklaringen, har lovgiver derfor lagt inn flere mekanismer som alle hever terskelen for innvilgelse på sin måte.

Den første er vesentlighetskravet, som også kan ses som en naturlig del av vernets inngangsvilkår.²⁶⁵ Både i prosesslovene og i straffeloven angir dette terskelen for at belastningen i det hele tatt skal tas i betraktning. Deretter må det sannsynliggjøres for retten at en slik belastning er en forholdsvis nærliggende mulighet.²⁶⁶ Til slutt tilsier prosesslovene at belastningen skal holdes opp mot hensynene og faktorene som taler mot at forklaringsfritak innvilges i en urimelighetsvurdering.²⁶⁷ Straffrihetsregelen inneholder ingen slik sikkerhetsventil.²⁶⁸ Antakelig skyldes det legalitetsprinsippets krav om at borgeren med rimelighet skal kunne innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen.²⁶⁹

6.2 Vesentlighetskravet

Selv om opplysningene det spørres om vil kunne føre til et rettslig relevant velferdstap, er ikke det tilstrekkelig. For at retten skal kunne innvilge forklaringsfritak eller straffrihetsregelen skal komme til anvendelse, må dette velferdstapet være «vesentlig».²⁷⁰

Lovgivers intensjon var opprinnelig at kun informasjon som «fuldstændig rykker Vedkommende ud af den Stilling, han [tidligere] har intaget» kunne føre til fritak – en forminskelse skulle ikke være nok.²⁷¹ Høyesterett har imidlertid fra tidlig på 1900-tallet tolket vesentlighets-

²⁶³ Se særlig NUT 1969: 3 s. 205 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

²⁶⁴ Se kapittel 2.3.

²⁶⁵ Se kapittel 6.2.

²⁶⁶ Se kapittel 6.3.

²⁶⁷ Se kapittel 6.4.

²⁶⁸ Se strl. § 221 annet ledd.

²⁶⁹ Tematikken er så vidt jeg kan se ikke nærmere behandlet i forarbeidene, se NOU 2002:4 s. 326–328 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 407–408. Jeg vil komme tilbake til forholdet mellom legalitetsprinsippet og straffrihetsregelen i kapittel 8.2.

²⁷⁰ Se strpl. § 123 første ledd tredje punktum, tvl. § 22-9 tredje ledd og strl. § 221 andre ledd.

²⁷¹ Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

kravet dithen at det ikke kreves et fullstendig tap, men at en «forminskelse» av «væsentlig betydning» er tilstrekkelig.²⁷² Skeie la til grunn at det samme innholdet, formulert som et krav om «en mindre æreskade», måtte legges til grunn for forståelsen av tvml. § 208.²⁷³

Terskelen er den samme etter de nye prosesslovene: I kommentarutgaven til straffeprosessloven uttales det at uttrykket vesentlig *tap* av sosialt omdømme ikke må «tas på ordet» – også «fare for et vesentlig skår i omdømmet» vil være nok.²⁷⁴ Denne formuleringen av vesentlighetskravet har støtte i rettspraksis: I Rt-1958-276 var det avgjørende at tiltalte «ved å si sannheten ville tape eller i hvert fall lide et vesentlig skår i sin borgerlige aktelse».²⁷⁵ Samtidig er det viktig å presisere at terskelen likevel er høy, og jo viktigere forklaringen er for sakens opplysning, desto mer må til for at fritak kan innvilges.²⁷⁶

Da alternativet «vesentlig velferdstap av annen art» ble tatt inn loven, var det «ikke uten betenkeligheter».²⁷⁷ Det var ikke ønskelig at vitner «i noen større utstrekning» skulle kunne nekte å avgi forklaring på dette grunnlaget, da det ville «svekke rettspleien». Høyesterett uttalte i Rt-1998-2001 at «[d]et klare utgangspunkt må være at bestemmelsen ... er en unntaksregel som må brukes med varsomhet».²⁷⁸ Andenæs og Myhrer uttaler at «[b]estemmelsen må anvendes med forsiktighet hvis den ikke skal føre til en svekkelse av rettshåndhevelsen», med henvisning til 1969-innstillingen og Rt-1991-790.²⁷⁹

Kjennelsen inntatt i Rt-1991-790 omhandlet spørsmålet om hvorvidt en ung jente måtte forklare seg i rettslig avhør i forbindelse med en etterforskning om hvem som var faren til barnet hennes. Jentas mor hadde anmeldt den ukjente barnefaren for seksuell omgang med barn under 14 år etter strpl. 1887 § 195, og det fremkom i et tidligere avhør av jenta at unnfangelsen var resultatet av en voldtekt. Jenta påberopte seg vesentlig velferdstap som grunnlag for forklaringsfritak, fordi hun mente det ville gå utover hennes psykiske helse om barnefarens identitet ble kjent og barnets far skulle undergis straffeforfølgning. Verken lagmannsretten eller Høyesteretts kjæremålsutvalg aksepterte argumentasjonen. Lagmannsretten uttalte at det ville foreligge «fare for

²⁷² Se Rt-1927-390.

²⁷³ Skeie (1931) s. 396.

²⁷⁴ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 479. For tvl. § 22-9 tredje ledd, se Schei m.fl. (2013) s. 879.

²⁷⁵ Se også Rt-2015-1012 (23).

²⁷⁶ Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.4.

²⁷⁷ Se NUT 1969:3 s. 205.

²⁷⁸ Se også Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481.

²⁷⁹ Andenæs & Myhrer (2009) s. 205. Se også Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481, som under henvisning til forarbeidene, Andenæs og Myhrer og rettspraksis gir uttrykk for samme forståelse.

en svekkelse av rettshåndhevelsen om man fritas for vitneplikten i et tilfelle som dette». Kjæremålsutvalget stilte seg bak lagmannsrettens lovtolkning, og uttalte videre at spørsmålet om fritak «vil bero på en avveining hvor styrken av interessen i at forklaringen blir gitt må tas i betraktning» og at bestemmelsen ikke var «forutsatt å gi noen vid adgang til fritak». I det konkrete var altså ikke de påberopte velferdstapene tungtveiende nok til å tilsi fritak.

Bjerke, Keiserud og Sæther, som går bredt ut i sin definisjon av velferdstap av annen art, snevrer bestemmelsens anvendelsesområde kraftig inn i diskusjonen av vesentlighetskravet. De formulerer vesentlighetskravet slik at det må kreves at forklaring vil kunne få «en sterkt negativ effekt for [vitnets] eller andre berørtes livssituasjon», slik at det å fremtvinge vitneforklaring vil virke «urimelig hardt».²⁸⁰ Videre skriver de blant annet at det kreves «helt spesielle omstendigheter», som for eksempel at forklaringen vil kunne føre til «alvorlig og nærliggende fare» for fysisk overlast eller at vitnet blir arbeidsløs. Det er «ikke nok at vitnet synes det er ubehagelig eller pinlig å avgi forklaring, eller at forklaringen vil kunne få økonomisk uheldige følger». Selv om det umiddelbart kan fremstå som at første del av dette siste sitatet strider med Andenæs og Myhrers forståelse av bestemmelsen, er det neppe slik at sistnevnte var/er av den oppfatning at det ville være tilstrekkelig for fritak at vitnet finner det «ubehagelig eller pinlig» å skulle svare på et gitt spørsmål.²⁸¹ Det er mer nærliggende å anta at Andenæs og Myhrers fremstilling simpelthen er litt uklar på dette punktet.

6.3 Kravene til sannsynlighet og sannsynliggjøring

Dersom det er klart for vitnet at det å avgi forklaring kan føre til en rettslig relevant og vesentlig belastning, er neste spørsmål hvor sannsynlig det må være at belastningen vil inntre. I dagens lovtekst kan det se ut som om strl. § 123 tredje punktum krever at det må være *sikkert*, ettersom det står at fritak kan innvilges «ved vesentlig tap» (min kursivering). Dette er ikke i tråd med den tradisjonelle tolkningen av bestemmelsen – det er tilstrekkelig at det er en mulighet.²⁸² Før lovendringen i 2008, da vesentlig tap av sosialt omdømme var inkludert i første punktum og vesentlig velferdstap av annen art fulgte i annet punktum, kom dette tydeligere frem. Da var

²⁸⁰ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481. Dette er i samsvar med bestemmelsens forarbeider, se f.eks. NUT 1969:3 s. 205.

²⁸¹ Se kapittel 5.2 og Andenæs & Myhrer (2009) s. 205.

²⁸² Se Rt-1997-1303 s. 1306.

ordlyden at vitnet kunne nekte å svare på spørsmål som «vil[le] kunne utsette» noen for vesentlig tap av sosialt omdømme, og at retten kunne fritta vedkommende «ved fare for» annet vesentlig velferdstap.

Forarbeidene gir ingen indikasjon på at det at disse formuleringene har falt ut var ment å innebære en endring i rettstilstanden. Tvert imot gir flere uttalelser grunn til å anta at det kun var meningen å videreføre den tidligere regelen, men slik at vesentlig tap av sosialt omdømme ikke lenger skulle være en absolutt fritaksgrunn.²⁸³ Tvisteloven § 22-9 tredje ledd har fortsatt ordlyden «ved fare for». Det er videre antatt i litteraturen at det er slik bestemmelsen er å forstå,²⁸⁴ og i utkastet til ny straffeprosesslov følger begge fritaksalternativene etter formuleringen «når svaret kan»,²⁸⁵ uten at gjeninnføringen av en slik formulering blir kommentert.²⁸⁶

Med andre ord er det heller ikke etter dagens lovtekst nødvendig at det er helt sikkert at et vesentlig velferdstap vil forekomme. Det må likevel være snakk om en reell mulighet,²⁸⁷ og den må være «forholdsvis nærliggende».²⁸⁸ En «rent teoretisk mulighet vil under ingen omstendighet være nok».²⁸⁹ Et eksempel på at muligheten for omdømme- eller velferdstap må være reell, er at informasjonen ikke kan være kjent fra før.²⁹⁰ Dette gjelder særlig i forbindelse med omdømmetap. Dersom vitnet har snakket om forholdet på et tidligere tidspunkt, vil det å gjenta for retten det som tidligere er sagt, vanskelig kunne medføre et vesentlig omdømmetap.²⁹¹

Et annet spørsmål er hva som ligger i vitnets plikt til å sannsynliggjøre for retten at det foreligger en reell mulighet for at forklaring vil forårsake en vesentlig belastning. Etter strpl. § 127 annet ledd første punktum må et vitne som påstår å ikke ha plikt til å forklare seg «gjøre grunnen sannsynlig».²⁹² I dette ligger ikke et krav om å besvare spørsmålet slik at dommeren kan ta

²⁸³ Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93.

²⁸⁴ Se f.eks. Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 479, hvor det står «[o]gså *fare for* et vesentlig skår» (min kursivering) om hvordan uttrykket «vesentlig tap av sosialt omdømme» er å forstå.

²⁸⁵ NOU 2016:24 s. 40 (foreslått § 9-3).

²⁸⁶ NOU 2016:24 s. 579.

²⁸⁷ Se Schei m.fl. (2013) s. 879.

²⁸⁸ Andenæs & Myhrer (2009) s. 206.

²⁸⁹ Se Rt-1995-289. Høyesterett viser her til Rt-1984-1113, hvor det uttales at straffrihetsregelen etter strl. 1902 § 167 annet ledd innebærer at det må foreligge «i allfall mer enn en teoretisk mulighet». Se også Rt-1997-1303.

²⁹⁰ Se Rt-1911-42.

²⁹¹ Se Salomonsen (1925) s. 187.

²⁹² Sml. tvl. § 24-8 tredje ledd.

stilling til om det faktisk er egnet til å forårsake en rettslig relevant belastning – det er spørsmålets art og innhold som er avgjørende.²⁹³ Dersom det er mulig å forstå at det å svare på spørsmålet kan føre til velferdstap, er plikten til å sannsynliggjøre fritaksgrunnen oppfylt.

Denne vurderingen vil være enklere for noen spørsmål enn for andre. For eksempel vil spørsmål som «hadde du sex med sjefens kone på julebordet» fort kunne føre til velferdstap i form av et ødelagt forhold til sjefen og potensiell arbeidsløshet om det besvares bekreftende.²⁹⁴ Dersom urimelighetsvurderingen slår ut i vitnets favør, kan vedkommende dermed fritas fra å svare.²⁹⁵ I et slikt tilfelle vil katta i praksis være ute av sekken og skaden dermed skjedd med en gang spørsmålet er stilt og fritaksgrunnen er påberopt, men akkurat den problematikken er vanskelig å unngå uansett hvordan bestemmelsen utformes. På den annen side vil dette være et godt eksempel på en situasjon hvor straffrihetsregelen i strl. § 221 annet ledd vil kunne komme til anvendelse, i den forstand at vedkommende neppe kan straffes for å ha svart nei heller enn å påberope seg fritaksgrunnen.

Det interessante er tilfellene der spørsmålet tilsynelatende er helt uskyldig, som «hvor var du den kvelden det skjedde?». Et vitne vil fort få problemer med å skulle utdype hvorfor det å svare på dette spørsmålet kan føre til tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art uten å røpe informasjonen det er ønskelig å holde tilbake. Dette plikter ikke vitnet å gjøre.²⁹⁶ I slike tilfeller vil vitnet isteden kunne avgi forsikring om at det foreligger en slik fritaksgrunn.²⁹⁷

Vitnets mulighet til å avgi forsikring om fritaksgrunnens eksistens er en subsidiaer unntaksregel som bare kommer til anvendelse «i mangel av annet bevis».²⁹⁸ Den får «iallfall i det vesentlige bare anvendelse for spørsmål som etter temaet er nøytralt og hvor vurderingen av fritakelsesretten ikke kan foretas uten skade», for eksempel at det aktuelle forhold blir røpet.²⁹⁹ Selv i disse tilfellene gjøres den reservasjon at det «ikke må være sannsynlig at påberopelsen av reglene ... er et rent påskudd for å slippe å forklare seg om noe som vitnet finner ubehagelig».³⁰⁰

²⁹³ Se Andenæs & Myhrer (2009) s. 206 og Salomonsen (1925) s. 182–183 om tilsvarende problematikk tilknyttet strpl. 1887 § 177.

²⁹⁴ Se kapittel 5.2, 7.6 og 7.8.

²⁹⁵ Se kapittel 6.4.

²⁹⁶ Se Rt-1997-1303, Andenæs & Myhrer (2009) s. 206 og Salomonsen (1925) s. 182–183.

²⁹⁷ Se strpl. § 127 annet ledd annet punktum og tvl. § 24-8 tredje ledd tredje punktum.

²⁹⁸ Se strpl. § 127 annet ledd annet punktum og tvl. § 24-8 tredje ledd tredje punktum, samt Rt-1986-1170.

²⁹⁹ Schei m.fl. (2013) s. 917.

³⁰⁰ Schei m.fl. (2013) s. 917–918.

Der nektelsesgrunnen er på det rene, som for eksempel ved julebordsspørsmålet over, og det eneste som gjenstår er en vurdering av om velferdstap anses som mulig på dette grunnlaget og om det vil være urimelig å pålegge vitnet å svare, kommer regelen ikke til anvendelse. Dette ble slått fast av Høyesterett i den tidligere nevnte kjennelsen som omhandlet en avdød manns eventuelle eierinteresser på Lanzarote.³⁰¹ Datteren hadde blant annet anført at hun i medhold av tvml. § 211 kunne bekrefte med forsikring at vilkårene for fritakelse for vitneplikt etter tvml. § 208 var oppfylt. I denne saken var det imidlertid klart hva datteren ikke ønsket å forklare seg nærmere om, nemlig de mulige eierinteressene. Slik Høyesterett så det var dermed «nektelsesgrunnen [...] på det rene», slik at regelen om bekreftelse ved forsikring ikke var anvendelig. Det som gjensto var ifølge Høyesterett «vurderingen av om noen av de aktuelle svar på spørsmålet kan føre til tap av borgerlig aktelse» – en vurdering som tilfaller retten, og hvor vitnets subjektive vurdering ikke er avgjørende.

6.4 Urimelighetsvurderingen

Dersom det er sannsynliggjort at forklaringen kan føre til et vesentlig omdømme- eller velferdstap, skal retten vurdere om det medfører at det er «urimelig å pålegge vitnet å forklare seg» ut fra en vurdering av «sakens art», «forklaringens betydning for sakens opplysning» og «forholdene ellers».³⁰²

Momentet «sakens art» må forstås som generelle trekk ved saken som har betydning for hvor sterkt hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat gjør seg gjeldende.³⁰³ For eksempel vil de personlige og samfunnsmessige konsekvensene ved henholdsvis et lommetyveri og et drap medføre at alvorsgraden, og dermed også behovet for oppklaring, oppleves forskjellig. «Forklaringens betydning for sakens opplysning» sikter til opplysningenes bevisverdi sett i lys av det øvrige bevisbildet. «Forholdene ellers» må kunne forstås som en sikkerhetsventil som gir dommeren stort skjønnsmessig spillerom med tanke på hva som måtte være relevant for den konkrete helhetsvurderingen i den enkelte sak. Øyen fremholder at formuleringen «dekker momenter som arten av omdømmetapet eller velferdstapet, hvor stort tapet vil være (utover å være vesentlig) og hvor sikkert det er at et omdømmetap eller velferdstap vil inntre».³⁰⁴ Et moment som kan trekkes inn her, vil for eksempel også kunne være hvor nære

³⁰¹ Se Rt-1986-1170.

³⁰² Se strpl. § 123 første ledd tredje punktum og tvl. § 22-9 tredje ledd.

³⁰³ Se for eksempel Rt-1991-790, hvor målet med det rettslige avhøret var å klarlegge identiteten til mannen som hadde gjort jenta gravid som et resultat av en voldtekt da hun var under 14 år.

³⁰⁴ Se Øyen (2019) s. 421.

vitnet og den nærstående faktisk er.³⁰⁵ Det er ikke nødvendigvis sikkert at det er urimelig å pålegge noen å forklare seg om noe som vil være belastende for den nye kona til bestefaren til ens egen samboer.

Ved at det kreves at det er «urimelig» å pålegge vitnet å forklare seg, settes terskelen for innvilgelse av fritak høyt.³⁰⁶ Dette er i tråd med lovgiverviljen slik den kommer til uttrykk i forarbeidene.³⁰⁷ Urimelighetsvurderingen kom inn i lovteksten samtidig med utvidelsen av fritakelsesretten som en sikring mot at fritakelsesretten skulle bli for vid.³⁰⁸ Vitner skal ikke kunne nekte å avgi forklaring «i noen større utstrekning» på grunn av ubehageligheter som følge av vitneprovet.³⁰⁹ I senere tid har dette blitt ytterligere poengtert ved at også fritaksmuligheten på bakgrunn av tap av sosialt omdømme etterhvert ble underlagt en skjønsmessig vurdering.³¹⁰ Det er i de tilfellene hvor det er et tydelig misforhold mellom belastningen forklaringen vil kunne påføre vitnet og styrken av interessen i at forklaringen blir gitt, at forklaringsfritak er ment å skulle bli innvilget.³¹¹

Etter mitt skjønn består interessen i at forklaringen blir gitt i hovedsak av tre elementer: forklaringens betydning for sakens opplysning, sakens art og hvorvidt det finnes alternative løsninger. Disse elementene kan finnes igjen i prosesslovsbestemmelsenes ordlyd, og i sentral rettspraksis på feltet.³¹² Av disse elementene mener jeg opplysningsverdien vil være av størst interesse, holdt opp mot belastningen vitnet risikerer. Utkrystalliseringen av disse elementene og vektningen av dem samsvarer for øvrig godt med løsningen som er valgt i Danmark. Etter retsplejeloven § 171 stk. 3 kan retten pålegge et vitne å avgi forklaring på tross av fare for «tab af velfærd» eller «væsentlig skade» dersom «forklaringen anses for at være af afgørende betydning for sagens udfald, og sagens beskaffenhed og dens betydning for vedkommende part eller samfundet findes at berettige dertil» (mine uthevinger).

Når det kommer til forklaringens opplysningsverdi sier det seg selv at jo viktigere informasjonen er for at retten skal kunne komme frem til et materielt riktig resultat, desto sterkere er interessen i å få forklaringen frem. Dette gjør seg gjeldende med styrke både i straffeprosessen

³⁰⁵ Se kapittel 4.2.

³⁰⁶ Se f.eks. Schei m.fl. (2013) s. 881.

³⁰⁷ Se også kapittel 6.2 med videre henvisninger.

³⁰⁸ Se kapittel 3.1 og 6.2.

³⁰⁹ Se NUT 1969:3 s. 205.

³¹⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

³¹¹ Se bl.a. NUT 1969:3 s. 205–206 og Rt-1991-790.

³¹² Se særlig Rt-1931-126. Se også Salomonsen (1925) s. 186, hvor betydningen av den straffbare handlingen og forklaringens viktighet trekkes frem som viktige momenter i vurderingen.

og sivilprosessen. Særlig for straffeprosessens vedkommende kan det medføre fare for en svekkelse av rettshåndhevelsen om forklaringsfritak innvilges på bekostning av sakens opplysning.³¹³ Dersom forklaringen er av stor betydning for å få klarhet i hva som skjedde, vil alternativene til å fremtvinge en forklaring av vitnet som regel være at en forbrytelse ikke blir oppklart eller at saken får feil utfall. Spesielt det at utfallet blir feil på grunn av manglende informasjon er særdeles lite ønskelig, uansett som det er snakk om en sivil eller strafferettslig sak.

Det andre elementet, sakens art, gir litt forskjellige utslag i de to prosessorene. I straffeprosessen vil sakens alvorsgrad spille inn på rettsfølelsen og det opplevde behovet for allmennprevensjon ved at gjerningspersonen blir straffet. På samme måten som oppklaringen av et drap har høyere prioritet enn oppklaringen av et sykkeltyveri når det kommer til allokering av politiets ressurser, vil det å få frem forklaringer fra uvillige vitner være hakket viktigere i mer alvorlige saker.

I sivilprosessen vil hvilke hensyn som spiller inn avhenge av hvilke interesser som blir berørt. Gjelder saken kun private interesser, vil hva og hvor mye som står på spill for den parten som ønsker å få frem forklaringen, måtte holdes opp mot det som står på spill dersom den gis for den som motsetter seg forklaringen. Er også offentlige interesser involvert, vil det kunne argumenteres med at interessen i å fremtvinge informasjonen står sterkere, med bakgrunn i samfunnsmessige hensyn og fellesskapets interesser. Schei uttalte i kommentarutgaven til tvistemålsloven at det skal mer til for fritak i «saker hvor offentlige interesser i en korrekt avgjørelse er vesentlige» enn i «saker som bare gjelder rene økonomiske interesser hos partene».³¹⁴

Som eksempler på sivile saker hvor det foreligger vesentlige offentlige interesser i en korrekt avgjørelse kan særlig saker som involverer barn, som barnefordelingssaker og barnevernssaker, trekkes frem. I farskapssaker kan ingen nekte å svare på spørsmål med bakgrunn i tvl. § 22-9 tredje ledd, se bl. § 21 tredje ledd. Denne regelen er et direkte resultat av Høyesteretts praksis med å innvilge forklaringsfritak i forbindelse med utroskap i ekteskap.³¹⁵ Barnelovutvalget anså det klart at «barnets – og eventuelle tredjemenns – interesse i at farskapet blir riktig fastsatt, må

³¹³ Se bl.a. NUT 1969:3 s. 205, Rt-1991-790, Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481 og Andenæs og Myhrer (2009) s. 205.

³¹⁴ Se Schei (1990) s. 67. Denne uttalelsen er ikke tatt med inn i kommentarutgaven til tvisteloven, se Schei m.fl. (2013) s. 881, uten at det er noen åpenbar grunn til det.

³¹⁵ Se Rt-1958-276, Rt-1970-1547 og Andenæs og Myhrer (2009) s. 204.

veie tyngre enn en gift persons interesse i at det ikke kommer frem at han har hatt samleie med andre enn sin ektefelle», når disse sakene føres for lukkede dører.³¹⁶

Det tredje og siste elementet – hvorvidt det finnes alternative løsninger – kan også formuleres som et spørsmål om hvorvidt den som søker forklaringen fremtvunget blir stående rettsløs dersom forklaringen ikke gis. Dette elementet kommer ikke direkte frem av bestemmelsenes ordlyd, men kan isteden sies å ligge innbakt i urimelighetsbegrepet. Dersom den parten som ønsker opplysningene fremtvunget kan oppnå formålet med forklaringen på annet vis, vil det lettere være urimelig at en annen skal tvinges til å utløse et vesentlig velferdstap for seg selv eller sine nærmeste. Rettsløshetselementet ligger nært opptil spørsmålet om forklaringens betydning for sakens opplysning, men det har også en annen side: Spørsmålet om formålet kan oppnås utenfor retten, eller om en tilfredsstillende løsning kan oppnås i et annet prosesspor eller gjennom en annen rettslig innfallsvinkel. For eksempel vil man i noen saker kunne komme lenger med et sivilt erstatningssøksmål enn offentlig straffeforfølgning dersom det er snakk om økonomiske interesser og bevisbildet er noe uklart.

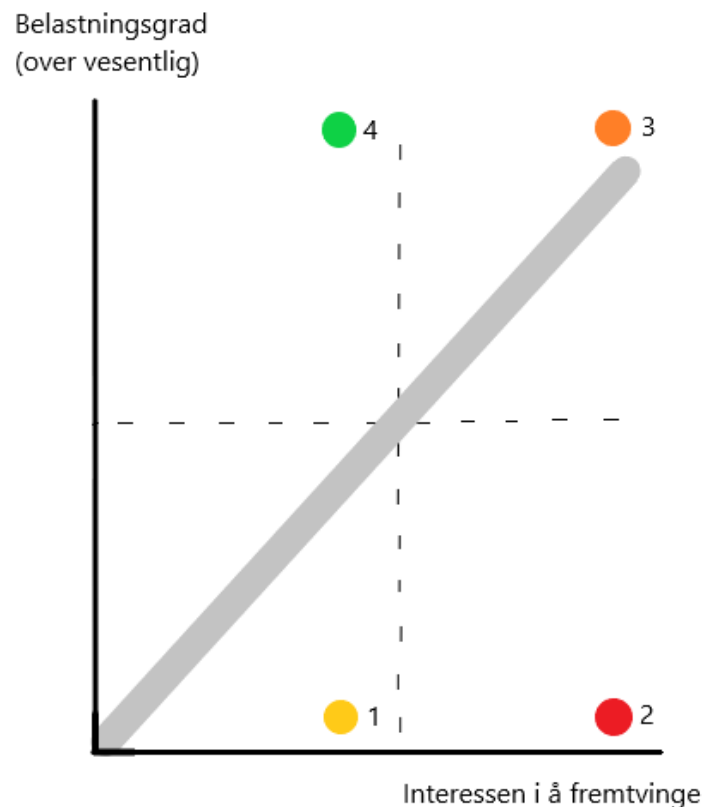
Det var blant annet dette momentet som var avgjørende for utfallet av kjennelsen inntatt i Rt-1931-126. Spørsmålet i saken var om avdelingsdirektøren for et opplysningsbyrå skulle ilegges sanksjoner for å fremtvinge en forklaring i henhold til strpl. 1887 § 189 og/eller dl. § 206. Kjæremålsutvalget avviste dette. Forklaringen var ønsket i forbindelse med en straffesak om angivelig ærekrenkende opplysninger som var blitt videreformidlet av opplysningsbyrået, og opplysningen som søktes fremtvunget var navnet på kilden for den viderebragte informasjonen. Dersom avdelingsdirektøren avslørte kilden, ville det påføre ham og hans kone en vesentlig belastning. Mannen som opplevde seg ærekrenket hadde mulighet til å fremme erstatningssøksmål direkte mot opplysningsbyrået dersom ærekrenkelsene hadde påført ham tap, samt anlegge mortifikasjonssøksmål for å få beskyldningene «kjent døde og maktesløse». Ingenting av dette krevde at kilden for opplysningene ble avslørt.

Kjæremålsutvalget fant at skaden «som [avdelingsdirektørens] oppfyllelse av vidneplikten vil påføre ham, synes saaledes at maatte efter omstendighetene betegnes som meget betraktelig, og dette ikke minst i forhold til den skade eller ulempe undlatelsen av at erholde heromhandlede opplysning kan tenkes at ville påføre klageren». Utvalget fremholdt at selv om oppfyllelse av vitneplikten «selvfølgelig [må] søkes imøtekommet og oprettholdt i størst mulig utstrekning», er dette underordnet regelen om at der rettsgoder kolliderer, eller det er fare for dette, må «det

³¹⁶ Se NOU 1977:35 s. 31.

mindre ofres for at redde det større, idet dette er overensstemmende med samfundets interesser». På grunnlag av slike «billighetshensyn» valgte kjæremålsutvalget ikke å bringe verken strpl. 1887 § 189 eller dl. § 206 til anvendelse.

Selv om avgjørelsen ikke er et direkte utslag av urimelighetsvurderingen i dagens bestemmelser, vil den kunne gi veiledning for hvilke momenter som er relevante og hvordan avveiningen skal foretas, da Høyesteretts argumentasjon og konklusjon var en stor del av grunnlaget for urimelighetsvurderingens innlemmelse.³¹⁷ Dagens urimelighetsvurdering må kunne sies å være et utslag av det samme «billighetshensyn» som Høyesterett la vekt på, som tilsier at den minste skaden velges. Jeg har forsøkt å illustrere interesseavveiningen urimelighetsvurderingen legger opp til med følgende figur:³¹⁸



Når man skal foreta urimelighetsvurderingen i en gitt sak, kan det å lage et punkt i denne figuren være nyttig for å visualisere avveiningen. Punktets koordinater (hvor langt ut på hver av aksene det ligger) bestemmer rettsanvenderen ut fra en vurdering av hver parameter. I denne figuren er alle elementene i interessen i å fremtvinge en forklaring samlet på den horisontale aksene. Det

³¹⁷ Se kapittel 3.1.

³¹⁸ Ideelt sett skulle denne figuren vært tredimensjonal med tre akser (x , y , z), slik at sakens art og forklaringens betydning for sakens opplysning fikk hver sin akse (x og z). Dette ble imidlertid vanskelig å få godt til.

vil si at alt som har en innvirkning på hvor viktig det er å få frem informasjonen vitnet sitter på, vil påvirke hvor langt ut på den horisontale akse man skal sette punktet (enten i boksene 4 og 1, eller i 2 og 3). Hvor stor belastning informasjonen vil kunne medføre, avgjør hvor høyt opp på den vertikale akse punktet vil ligge (enten i boksene 1 og 2, eller i 4 og 3).

I de fleste tilfeller vil interessen i å fremtvinge en forklaring hovedsakelig bero på betydningen forklaringen har for sakens opplysning og sakens alvorgrad. Hvor stor betydning opplysningene vil ha for sakens opplysning kommer hovedsakelig an på opplysningenes art, det øvrige bevisbildet og om den samme informasjonen kan bevises på annet vis. Når det kommer til en kvantifisering av sakens alvorgrad kan den aktuelle reaksjonstypen og strafferammen gi veiledning, da disse parameterne ofte vil være en refleksjon (blant annet) av nettopp en slik vurdering. Som nevnt over mener jeg opplysningsverdien vil være av størst interesse. Satt på spissen vil det virke urimelig å pålegge et vitne å potensielt sett ødelegge livet sitt for å få frem opplysninger med svært lav bevisverdi, uavhengig av om saken som skal oppklares er et lommetyveri eller et drap.

For å vurdere hvor stor belastningen vil være for vitnet vil man for eksempel måtte ta i betraktning arten av opplysningene det er snakk om å fremtvinge, typen velferdstap de vil føre til (om det er omdømmetap, økonomisk tap, fysisk eller psykisk skade eller annet), hvor stort velferdstapet er osv. Ettersom inngangsvilkåret for vern er at velferdstapet utgjør en «vesentlig» belastning, vil selv den minste graden av belastning vist i figuren (boks 1 og 2) være vesentlig.

Kombinasjonen av koordinatene disse vurderingene resulterer i, vil gi et punkt som havner innenfor en av de fire boksene som er trukket opp. Er for eksempel belastningsgraden begrenset, mens interessen i å fremtvinge er høy, vil punktet lande i boks 2 (motsatt i boks 4). Er både belastningen og interessen i å fremtvinge begrenset, havner punktet i boks 1 (motsatt i boks 3). I den grad det kan settes opp noen hovedregler på denne måten, bør det etter mitt skjønn være slik at dersom punktet havner i boks 4, bør forklaringsfritak innvilges, mens dersom det havner i boks 2, bør det nektes. Derfor er disse boksene merket med henholdsvis en grønn og en rød prikk. Likevel vil konkrete omstendigheter kunne medføre at utfallet blir et annet, og retningslinjen gjelder ikke med samme klarhet dersom punktet ligger tett opptil noen av de stiplede linjene (og dermed er på grensen til å falle i en annen rute).

De vanskeligste boksene, også i denne forenklete illustrasjonen, er 1 og 3. Særlig i gråsonen som går diagonalt gjennom dem, hvor styrken av interessen i å fremtvinge informasjonen og belastningen det vil kunne medføre er omtrent likevektige, vil illustrasjonen være til liten hjelp for avveiningen. Basert på fritaksregelens strenge karakter er det grunn til å anta at retten vil

falle ned på at forklaringsfritak nektes både i gråsonen og i mesteparten av boks 3. Øyen fremholder at i «saker av et visst alvor skal det mye til for å gi fritak hvis et svar fra vitnet må antas å ha en ikke ubetydelig bevismessig interesse».³¹⁹ Under den grå linjen i både boks 1 og boks 3 vil fort hensynet til sakens opplysning klart overskygge hensynet til vitnet eller tredjemann. Derimot vil det fortsatt være grunn til å innvilge fritak dersom punktet havner på oversiden av den grå linjen – i hvert fall i boks 1 – da belastningen i disse tilfellene er ansett for å være større enn en interessen i å fremtvinge informasjonen. Høyesteretts retningslinje om at «det mindre [må] ofres for at redde det større» støtter dette synet.³²⁰

Det beste eksempelet på at interessen i å fremtvinge disse opplysningene fortsatt kan være svært høy selv om saken er lite alvorlig, er dersom informasjonen er avgjørende for at en uskyldig person går fri. Da vil hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat veie svært tungt. Selv om det vedkommende er tiltalt for er lite alvorlig, som et lommetyveri, vil det å bli dømt kunne ha svært store konsekvenser for vedkommendes videre liv og karriere. Det er også et sentralt element i enhver rettsstat at justismord må søkes unngått etter beste evne. Her vil arten av belastningen vitnet utsettes for dersom hun tvinges til å forklare seg kanskje kunne være tungen på vektskålen.

La oss si at vitnet, Lise, var sammen med tiltalte, Anne, hele den natten lommetyveriet Anne er tiltalt for fant sted. Den eneste måten Anne kan bevise sin uskyld på, er ved at Lise vitner om at de var sammen. Problemet er at Lise risikerer å bli drept hvis hun forklarer hvor hun var – enten av sin svært ustabile og voldelige kjæreste hun var utro mot den natten, eller av familien sin, som verken vil kunne leve med at Lise har et sexliv helt generelt, eller sex med kvinner spesielt. Anne er ikke klar over Lises problem, og Lise ønsker ikke å fortelle henne det og dermed avsløre at hun har en annen kjæreste. Anne forklarer at hun var sammen med Lise, men Lise nekter å forklare seg, og det hele havner i retten.³²¹ Skal hensynet til Annes uskyld eller Lises sikkerhet veie tyngst? Dette gir verken rettspraksis eller juridisk litteratur noe klart svar på.³²²

³¹⁹ Se Øyen (2019) s. 421.

³²⁰ Se Rt-1931-126.

³²¹ Enten for hovedforhandling eller rettslig avhør, se kapittel 2.3.

³²² Antakelig ville dette eksempelet løst seg greit i praksis, for eksempel ved at retten beslutter at vitneførselen skjer for lukkede dører etter dl. § 125 første ledd bokstav b. Men dersom det skulle oppstå en situasjon hvor dette av en eller annen grunn ikke ville være tilstrekkelig, for eksempel fordi Lise frykter informasjonen likevel skulle komme ut, kan avveiningen tenkes å være aktuell. For ordens skyld kan det nevnes at anonym vitneførsel etter strpl. § 130a ikke er aktuelt, ettersom verken strl. §§ 321 (tyveri) eller 323 (mindre tyveri) er

6.5 Er forsikringsadgangen og urimelighetsvurderingen forenelige?

Eksempelet overfor med Anne og Lise kan også illustrere et annet poeng – nemlig problematikken tilknyttet den faktiske avveiningen som skal foretas når ett eller flere av momentene er ukjente for retten – for eksempel når selve fritaksgrunnen er ukjent. Som redegjort for i kapittel 6.3, vil vitnet i medhold av strpl. § 127 annet ledd annet punktum kunne avgi forsikring om at et vesentlig velferdstap vil inntre dersom spørsmålets art og innhold ikke gjør det mulig å forstå at det er tilfellet, og vurderingen av fritakelsesretten ikke kan foretas uten at det aktuelle forhold blir røpet. Et spørsmål som da oppstår, er hvorvidt forsikringsadgangen er forenelig med et skjønsmessig forklaringsfritak som fordrer en urimelighetsvurdering.

La oss justere eksempelet med Lise og Anne, slik at det å unngå uriktige domfellelser ikke spiller inn som et tungtveiende moment. Isteden var Lise eneste vitne (annet enn Anne) til at noen brøt seg inn hos Anne den natten Lise var der, og stjal et verdifullt maleri. Lise kjente igjen innbruddstyven fra gjemmestedet sitt på badet, og kunne dermed identifisere gjerningspersonen. Igjen er problemet at Lise risikerer å bli drept om det kommer ut at hun tilbragte natten hos Anne, og innbruddstyven er en god venn både av kjæresten og broren til Lise. Anne vil naturlig nok ha maleriet sitt tilbake og få gjerningsmannen dømt. Da hun avga sin forklaring til politiet oppga hun derfor at Lise var i leiligheten, og at hun tror Lise så innbruddstyven. Forutsatt at Lise ikke tør å lyve til verken politiet eller retten ved å si at hun ikke så noe, men heller nekter å forklare seg og påberoper seg strpl. § 123 første ledd tredje punktum, vil det fort blir spørsmål om strpl. § 127 annet ledd annet punktum kommer til anvendelse.³²³

Dersom Lise kan avgi forsikring om at det foreligger en fritakelsesgrunn, vil to momenter som er relevante for urimelighetsvurderingen være ukjente for retten: i) faren Lise vil utsette seg for, og ii) hvor avgjørende forklaringen faktisk vil være for sakens opplysning. Det eneste momentet som vil være kjent for retten, er sakens art. Under de forholdene vil det ikke være mulig å foreta en reell urimelighetsvurdering. Selv om spørsmålet om det er hensynet til sakens opplysning eller Lises sikkerhet som skal få avgjøre utfallet av urimelighetsvurderingen kanskje kan egne seg som en praktikumsoppgave, kan det vanskelig besvares av retten, ettersom retten ikke vil

inkludert i listen over straffebud som kan gi grunnlag for det. En annen sak er at dersom Lise forklarer seg for aktor, kan den enkleste løsningen være at siktelsen frafalles. Forklaringsfritak vil muligens kunne være aktuelt likevel dersom en annen blir tiltalt isteden, og dennes forsvarer vil ha frem hvorfor siktelsen mot Anne ble frafalt for å forsøke å så rimelig tvil om at klienten er skyldig.

³²³ Heller ikke her vil anonym vitneførsel etter strpl. § 130a være aktuelt, ettersom strl. § 322 (grovt tyveri) ikke er inkludert i listen over straffebud som kan gi grunnlag for det, og lukkede dører vil ikke hjelpe ettersom tiltalte fortsatt vil ha rett til å være til stede.

ha all informasjonen eksempelet gir. Forsikringen må dermed også dekke det forhold at urimelighetsvurderingen vil slå ut i vitnets favør – en vurdering som hører retten til.

Adgangen til å avgi forsikring om at det foreligger en nektelsesgrunn er en subsidiær unntaksregel som bare kommer til anvendelse «i mangel av annet bevis», som hovedsakelig kommer til anvendelse ved «spørsmål som etter temaet er nøytralt».³²⁴ Det vil med andre ord i all hovedsak være aktuelt i tilfeller der det ikke vil være åpenbart for noen andre enn vitnet selv hvorfor og hvordan det å besvare spørsmålet vil kunne føre til velferdstap – som i Lises tilfelle. Dette skaper et smutthull som på ingen måte er forenlig med lovgivers intensjon med forklaringsfritaket – den som vet den ikke har god nok grunn til å få innvilget fritak, kan potensielt sett avgi forsikring på falskt grunnlag om at en slik grunn foreligger. Vedkommende vil kunne slippe unna med det så fremt det ikke fremstår sannsynlig at påberopelsen av reglene er et påskudd for å slippe å forklare seg om noe ubehagelig.³²⁵

Det er derfor uklart for meg hvorvidt det faktisk er, eller eventuelt bør være, adgang til å avgi forsikring om at det foreligger en fritaksgrunn som nevnt i strpl. §123 første ledd tredje punktum. Er det det, vil det slå beina under urimelighetsvurderingen og i praksis føre til en utvidelse av fritaksretten i de mest uklare tilfellene. Som eksempelet med Lise og Anne viser, vil det samtidig kunne være nettopp i disse tilfellene at forklaringsfritak er mest nødvendig.

³²⁴ Se kapittel 6.3.

³²⁵ Se kapittel 6.3.

7 Mulige typetilfeller og ytterpunkter

7.1 Behovet for eksemplifisering og typetilfeller

Begge inngangsvilkårene for vernet av belastende opplysninger – «tap av sosialt omdømme» og «velferdstap av annen art» – er som nevnt rettslige standarder hvis betydning vil endre seg i takt med tiden og samfunnet.³²⁶ Knoph skrev at for å gjøre en rettslig standard «mere konkret – og følgelig lettere å bruke – bør man søke å dra frem typiske situasjoner som den er anvendelig på».³²⁷ Som denne gjennomgangen vil vise, er det ikke mulig å gi noen uttømmende eller nøyaktig oversikt over hvilke typer informasjon som kan trenge beskyttelse, da fritaksregelen fordrer en konkret vurdering av de faktiske forholdene i den enkelte sak. Dette gjenspeiles både i forarbeidene og litteraturen. Likevel er jeg enig med Knoph i at det å ha noen retningslinjer eller typetilfeller å gå etter vil gjøre bestemmelsene vesentlig lettere å forholde seg til, både for lekfolkene reglene er ment å beskytte og juristene som skal anvende dem i praksis.

I juridisk teori er det kun Andenæs som har forsøkt å oppstille noen hovedregler, som jeg skal komme nærmere tilbake til i dette delkapittelet. Andre forfattere har vært mye vagere i sine fremstillinger av regelen. På den ene siden vil det være arbeidsbesparende å si minst mulig om potensielle retningslinjer for hvilke områder regelen kan tenkes å slå til på. Hvis man først begir seg ut på det prosjektet, er man nødt til å følge opp utviklingen – ikke bare i rettspraksis og eventuelle lovendringer, men også i samfunnets normer og verdier – og oppdatere retningslinjene i tråd med dette. Denne oppgaven er ikke nødvendigvis enkel.

Likevel mener jeg at det er nødvendig at noen utfører den. Hvis verken forarbeidene eller juridisk litteratur gir noen retningslinjer for eller eksempler på sentrale områder for bestemmelsens anvendelse, og det finnes forholdsvis få høyesterettsavgjørelser om temaet i forhold til bestemmelsens alder, krever det svært mye av den enkelte rettsanvender som prøver å finne ut om regelen kan anvendes på et gitt faktum. Dette kan igjen få konsekvenser for hvorvidt forholdsvis like tilfeller faktisk behandles likt, og dermed en enhetlig rettsutvikling.

I dette delkapittelet vil jeg derfor undersøke muligheten for å oppstille noen typetilfeller – ikke som autoritative regler, men som forenklende retningslinjer for rettsanvenderens skjønnsutøvelse. Dersom det er mulig å utkrystallisere noen hovedregler for tilfeller hvor bestemmelsen typisk vil (eller ikke vil) komme til anvendelse, vil dette være prosessøkonomisk, bidra til en enhetlig rettsanvendelse og kanskje kunne skjerme vitner som ønsker å påberope seg regelen

³²⁶ Se kapittel 5.

³²⁷ Knoph (1939) s. 31.

fra inngående granskning av og debatt rundt hvorvidt informasjonen det er snakk om er belastende nok.

7.2 Kropp, seksualitet og kjærlighet

Forklaringsfritaket for «tap av borgerlig aktelse» var opprinnelig begrunnet i at noen handlinger kunne være så skadelige for ens «borgerlige stilling og anseelse» at det ville være svært inkonsekvent å kreve forklaring om dem, når straffbare handlinger ga grunnlag for fritak.³²⁸ Det var særlig usedelige handlinger man siktet til her, som på den tiden ble ansett for å stå på det straffbares grense.³²⁹ «Usedelighet» kan forklares som brudd på gjeldene normer for god handle- og tenkemåte, som for eksempel seksuelle normer.³³⁰ Mye av høyesterettspraksis fra 1900-tallet omhandlet også spørsmål om forklaringsfritak for denne typen informasjon.³³¹

I dag er det vesentlig færre temaer innen seksuallivet som mer eller mindre allment innebærer sterk fordømmelse og moralsk stigma. Et unntak som likevel stikker seg klart ut er prostitusjon. Basert på reaksjonene sexarbeidere har opplyst å ha opplevd fra både naboer og egen familie, samt uttalelser fra Pro Senteret, vil jeg anta at det i svært mange miljøer ville medføre et vesentlig tap av rettslig relevant sosialt omdømme dersom det kom fram at en person selger eller har solgt sex.³³² Denne informasjonen faller ikke innunder inkrimineringsvernet ettersom det kun er sexkjøp som er straffbart.³³³ Under forutsetning om at tematikken ikke er et relevant bevisstema i seg selv, vil jeg derfor anta at forklaringsfritak fort vil kunne være aktuelt for spørsmål egnet til å avdekke om vitnet eller dennes nærmeste selger sex.

Utover dette har sex og seksualitet gått fra å være noe man ikke snakket om i dannede kretser, og noe særlig kvinner skulle ha begrenset befatning med, til noe flere snakker åpent om og utforsker fritt.³³⁴ Der det før kunne oppfattes som skammelig om en mann kledte seg i kvinneklær, finnes det i dag et TV-program i 12 sesonger som handler om å finne USAs neste drag-

³²⁸ Se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 31 og kapittel 3.1.

³²⁹ Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

³³⁰ Se kapittel 5.1 med videre henvisninger.

³³¹ Se f.eks. Rt-1958-276, Rt-1970-1547 og Rt-1986-512.

³³² Se f.eks. Melgård (2012), Arneberg (2013) og Pro Senteret (2019) s. 21.

³³³ Se strl. §§ 309 og 316.

³³⁴ Se f.eks. P3 (2020), hvor en gruppe ungdommer, flesteparten med minoritetsbakgrunn, snakker om sitt syn på sex før ekteskapet.

stjerne.³³⁵ En voksende gruppe mennesker velger til og med å ha sex på TV.³³⁶ For de fleste skal det dermed svært mye til før det vil være aktuelt både å påberope seg og å få innvilget forklaringsfritak for informasjon som berører kroppslige eller seksuelle temaer på grunnlag av fare for tap av sosialt omdømme.

Samtidig er ikke denne liberaliseringen allment utbredt. For eksempel finnes det flere konservative religiøse miljøer som fremdeles har strenge normer for seksuell oppførsel og som bedriver sterk sosial kontroll. Indremisjonsforbundet skriver i sitt verdidokument for skolene de driver at «det livslange, monogame ekteskap mellom mann og kvinne er rammen for det seksuelle samliv», og at «det forventes at alle [ansatte] lever i samsvar med dette».³³⁷ Å være skilt, ha barn utenfor ekteskapet eller å leve i et homofilt parforhold vil som hovedregel føre til at man ikke er kvalifisert til en stilling som lærer ved skolene, og blir man skilt mens man er ansatt risikerer man å miste jobben.³³⁸ Jehovas vitner anser på sin side Bibelen «som Guds ufeilbarlige og pålitelige ord og den eneste nødvendige veilederen i alle livets spørsmål».³³⁹ De har derfor en lang rekke regler for hva medlemmene forventes å ta avstand fra, inkludert «seksuell umoral», fyll, upassende språk og misbruk av blod og rusmidler.³⁴⁰ Brudd på disse reglene kan fort føre til tap av moralsk omdømme i menigheten, da de «må ta sterkt avstand fra handlinger som er i strid med Guds normer og bud» og «kan behage Gud ved å hate det han hater».³⁴¹ I verste fall kan normbrudd føre til utstøtelse fra menigheten.³⁴² Flere kulturer og religiøse miljøer, inkludert de to ovennevnte, anser sex før ekteskapet (og dermed ofte kjæresteforhold) som syndig og noe som kan føre til omdømmetap.³⁴³

³³⁵ «RuPaul's Drag Race», som har blitt et internasjonalt fenomen.

³³⁶ Første gang i 2001, under Big Brother sesong 1, se VG (2001). I nyere tid har det blir mer og mer vanlig i programmer som *Paradise Hotel* og *Ex on the Beach*, men også i mer folkeopplysningsorienterte programmer som *Line fikser kroppen*, hvor et kjærestepar har sex på TV i fjerde episode som en motvekt til pornokulturen.

³³⁷ Se ImF (2013) s. 4.

³³⁸ Se Bjørneset, Ellingseter og Stenberg (2020).

³³⁹ Langhelle (2019).

³⁴⁰ Se JW, «Ta avstand fra det Jehova hater».

³⁴¹ Se JW, «Hva Bibelen lærer».

³⁴² Se JW, «Prøver Jehovas vitner å unngå tidligere medlemmer?» og JW, 1. Korinter 5:11 med tilhørende fototer.

³⁴³ Se f.eks. Fuglehaug og Bjørge (2020), Aftenpostens intervju med Abid Raja og Nadia Ansar, hvor de blant annet forteller hvordan de så seg nødt til å skjule forholdet sitt fra det norsk-pakistanske miljøet på 1990-tallet.

Her kunne det vært gitt langt flere eksempler, både på miljøer med konservative verdier og syn på moral, og på handlinger som vil anses som uproblematiske av for eksempel en liberal storbybeboer, men umoralske i andre miljøer. Jeg vil likevel ikke gå så mye nærmere inn på dette av flere grunner. Kildegrunnlaget for en slik diskusjon er utfordrende, og arbeidet ville båret større preg av religionsstudier og sosialantropologi enn det jeg anser som hensiktsmessig innenfor rammene av denne oppgaven. Dessuten ville nok resultatet av undersøkelsene raskt blitt svært likt: I miljøer preget av sterk sosial kontroll og strenge moralske normer vil flere ting kunne ha negativ innvirkning på medlemmenes moralske omdømme enn i mer liberale miljøer uten tilsvarende fokus på sosial kontroll. Det vil nok også være lettere å få rykte på seg for å være umoralsk i mindre samfunn hvor «alle kjenner alle».³⁴⁴ Jeg vil derfor begrense meg til å dykke dypere ned i ett tema: utroskap. Dette er fordi det har vært et gjentakende tema i rettspraksis, og en tematikk som Andenæs angir klare retningslinjer for. Andre temaer som også kunne vært aktuelle, blant annet basert på samfunnsdebatten, er for eksempel abort, seksuell legning, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

I boken *Straffeprosessen i første instans* fra 1962 oppstilte Andenæs to hovedregler for når det å ha «stått i forhold til andre» kunne føre til et rettslig relevant omdømmetap.³⁴⁵ Han fremholdt at gifte personer «som regel [måtte] kunne nekte å svare» på spørsmål om dette, mens det for ugifte stilte seg annerledes med mindre vedkommende bekledte en stilling som medførte «en særlig streng bedømmelse av hans sedelige vandel (f.eks. prest eller biskop)». Hovedregelen for gifte personer bygget han på kjennelsen inntatt i Rt-1958-276 og en oppfattelse om at ekteskapsbrudd «i de fleste kretser» ville oppfattes sterkt infamerende selv om det var blitt avkriminalisert.

I den nevnte kjennelsen avviste Høyesterett påtalemyndighetens anke over en dom fra byretten, hvor en kvinne ble frifunnet fra straffansvar i medhold av strl. 1902 § 167 annet ledd for å ha avgitt falsk forklaring i sin egen skilsmisssak. Hun hadde forklart for retten at hun aldri hadde vært utro mot sin mann, til tross for at hun hadde hatt en lengre affære med en annen gift mann – noe hun senere innrømmet. Både byretten og Høyesterett var av den oppfatning at dette var et forhold som ville føre til «et vesentlig skår i [hennes] borgerlige aktelse», om ikke et fullstendig tap.³⁴⁶

³⁴⁴ Se i denne retning f.eks. Andenæs (1996) s. 147, hvor han skriver om at det «moderne, anonyme samfunn har ført til en svekkelse av den uformelle kontroll i familie og nabolag».

³⁴⁵ Se Andenæs (1962) s. 196–197.

³⁴⁶ Se Rt-1958-276 på henholdsvis s. 276 og 278.

Med utgivelsen av *Norsk straffeprosess* supplerte Andenæs disse to hovedreglene med en retningslinje for tilfellene som faller midt imellom: Dersom en ugift person har en affære med en gift person, «er det i praksis antatt at det må bero på en konkret vurdering om vitnet kan fritas for vitneplikt».³⁴⁷ Denne revisjonen hadde sin bakgrunn i avgjørelsen inntatt i Rt-1970-1547. En ung, ugift kvinne ble i medhold av tvml. § 208 fritatt fra å forklare seg om et forhold hun angivelig skulle hatt til en gift mann i sistnevntes skilsmisssesak. Mannens kone påkjærte lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett, som forkastet kjæremålet. Lagmannsretten hadde sitert Andenæs' synspunkt om at ugifte som hovedregel ikke kunne gis forklaringsfritak, og kommet til at uttalelsen var «for generelt formet». Retten var av den oppfatning at «[o]gså for et ugift vitne som ikke innehar stillinger som nevnt hvor det stilles spesielt strenge krav til vedkommendes kjønnsmoral, kan det i mange tilfelle føles infamerende å bli påført å ha stått i forhold til en gift person». Spørsmålet måtte etter Høyesteretts syn bero på en konkret vurdering.

I det aktuelle tilfellet ble det lagt vekt på at kvinnen fant det «infamerende ... å bli stillet spørsmål om hun har hatt samleie eller annen kjønnslig forbindelse med en gift person». Lagmannsretten la til grunn at spørsmålets besvarelse kunne påføre hennes gode navn og rykte skade og føre til tap av borgerlig aktelse i hennes omgangskrets. Videre ble det uttalt at det «[u]nder enhver omstendighet» ville være avgjørende at besvarelse «likefrem kan medføre slikt tap i borgerlig aktelse» at det ville kunne koste henne skoleplassen hennes. Kjæremålsutvalget stilte seg bak lagmannsrettens forståelse av fritaksregelen.

Siden 1984 har Andenæs' retningslinjer for hvem som kan nekte å forklare seg om utroskap stått urørt, med unntak av noen mindre språklige endringer.³⁴⁸ Fra og med 1994-utgaven av samme verk har imidlertid følgende forbehold vært inntatt: «Dette er et område hvor det i vår tid er skjedd store endringer i moraloppfatningen, og dette kan føre til usikkerhet også ved den rettslige bedømmelse».³⁴⁹ Endringene i moraloppfatningen Andenæs her nevner, har slik jeg ser det ført til at retningslinjene han oppstilte ikke lenger gjelder.

Et sterkt argument for dette er lovendringen i 1981 som førte til at fritaksregelen ble underlagt en skjønsmessig vurdering.³⁵⁰ Belastningen avsløringen vil påføre vitnet må i dag holdes opp mot interessen i å få frem informasjonen. Hovedargumentet er etter min mening likevel utviklingen i synet på utroskap. Selv om det for mange vil føre til at omgangskretsen ser på en med

³⁴⁷ Andenæs (1984) s. 198.

³⁴⁸ Se Andenæs (1994) s. 205, Andenæs (2000) s. 226 og Andenæs & Myhrer (2009) s. 204.

³⁴⁹ Andenæs (1994) s. 205.

³⁵⁰ Se kapittel 3.1 med videre henvisninger.

litt andre øyne, vil det antakelig ikke være i nærheten av så ødeleggende som det ville vært for over et halvt århundre siden. Dette vil nok særlig være tilfellet for flere kvinner, som i dag neppe vil oppleve at samfunnet snur seg mot dem, eller at mange av fremtidsutsiktene deres blir ødelagt.³⁵¹

Allerede fra 1986 kan man begynne å spore en utvikling i synet på utroskap i rettssystemet, da en 26 år gammel mann ble nektet fritak fra å forklare seg om utroskap mot sin kone.³⁵² Han hadde tidligere avlagt en skriftlig erklæring om affæren i den tro at han da slapp å møte i retten. Selv om han benektet utroskapen da det viste seg at det ikke var tilfelle, la Høyesterett vekt på at han selv ikke virket å ha vært av den formening at opplysningene ville føre til tap av borgerlig aktelse om de ble kjent, ettersom han skrev erklæringen i første omgang. I nyere tid kan det finnes flere eksempler på denne utviklingen, særlig utenfor retten. For eksempel har forfatter Karl Ove Knausgård skrevet detaljert om egen utroskap mot sin daværende kone i femte bind av bokprosjektet *Min kamp*, uten at dette kan sies å ha ført til noe vesentlig tap av sosialt omdømme for ham.³⁵³ Tvert imot har prosjektet løftet hans kjendisstatus og popularitet til nye høyder, uavhengig av relativt stor pressdekning av utroskapen. Også i private samtaler og den offentlige debatten er det en helt annen åpenhet om egen og andres utroskap i dag enn det som var tilfellet tidligere.³⁵⁴ Dette kan kanskje henge sammen med at vi tilsynelatende er oftere utro nå enn før.³⁵⁵

At avdekking av utroskap for de færreste kan føre til forklaringsfritak på grunnlag av vesentlig tap av sosialt omdømme i dag, mener jeg derfor må være ganske klart. Riktignok vil det å måtte forklare seg om egen utroskap, og dermed potensielt sett avsløre affæren, fortsatt kunne virke belastende for de fleste. Mange vil nok kunne føle skam, og oppleve at det påvirker deres eget selvbilde. Men eget ubehag forårsaket av at det en har gjort blir offentlig kjent, er irrelevant for vurderingen av om avsløringen vil føre til tap av sosialt omdømme. Spørsmålet er i denne sammenheng hvordan *andre* vil forholde seg til informasjonen. En ung kvinne som har hatt sex med

³⁵¹ Det vil fortsatt finnes miljøer hvor dette er en reell risiko. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til nedenfor.

³⁵² Se Rt-1986-512.

³⁵³ Forfatteren hevder også selv at «alt» han skriver er sant – et utsagn han senere har modifisert noe, men ikke i relasjon til denne avsløringen. Se f.eks. Holmlund (2010). Ekskona har også snakket ut om utroskapen, se f.eks. Ighanian (2010).

³⁵⁴ På radioprogrammet «Plassen» på NRK P1 forteller flere på gata åpent om egen utroskap og om grunnene for det, og noen diskuterer utviklingen i synet på monogami, hør Plassen (2020) 01:34:00 flg. I en undersøkelse utført av Ipsos for Aftenposten kommer det frem at 25 % av de spurte har vært utro mot partneren sin, se Aarnes m.fl. (2019).

³⁵⁵ Se Eriksen (2012).

en gift mann vil som hovedregel ikke risikere å miste verken skoleplass eller fremtidsutsikter i dagens samfunn.³⁵⁶ Også lovgiver virker å være av den oppfatning at den tidligere hovedregelen har mistet sin status: «Avgjørelsene i Rt-1958-276 og Rt-1970-1547, som fritok for å gi forklaring i en skilsmisssak om seksuelt forhold til en gift person, kan ikke lenger opprettholdes».³⁵⁷

I noen miljøer vil likevel det at noen har vært utro klart være egnet til å føre til vesentlig tap av sosialt omdømme. Som nevnt over oppfatter for eksempel Jehovas vitner «seksual umoral» som noe «Gud hater», og dermed noe de må ta sterk avstand fra.³⁵⁸ Nettsidene deres henviser i denne sammenheng til 3. Mosebok, hvor følgende passasje er uthevet: «Den som er utro med sin nesses kone, skal dø. Både den utro mannen og den utro kvinnen skal dø».³⁵⁹ Selv om det ikke er noen grunn til å tro at de mener at utroskap faktisk skal medføre død, illustrerer det alvoret i deres syn på det. Utroskap er også det eneste aksepterte grunnlaget for skilsmisse.³⁶⁰ Om det ikke fører til utstøtelse,³⁶¹ er det liten tvil om at utroskap vil føre til vesentlig tap av moralsk omdømme innad i miljøet. For vitner som enten selv er en del av et miljø med strenge rammer for akseptabel seksuell adferd og strenge sanksjoner for brudd, eller som forklarer seg om en av sine nærmeste som er i et slikt miljø, mener jeg at hovedregelen må være at det kan utgjøre grunnlag for fritak. Dette forutsetter at urimelighetsvurderingen ikke tilsier noe annet.

Et annet spørsmål er om utroskap kan gi grunnlag for fritak på grunn av fare vesentlig velferdstap av annen art, også for folk i mer liberale miljøer. Dette spørsmålet kan vanskelig besvares verken positivt eller negativt på generell basis, da vurderingen er av utpreget konkret art. Spørsmålet har så vidt jeg kan se ikke vært oppe i rettspraksis. Jeg vil likevel anta at mulige generelle momenter i vurderingen vil være lengden på og stødigheten av forholdet, og om det er barn inne i bildet. Dersom den det gjelder er med i et miljø hvor informasjonen vil kunne føre til

³⁵⁶ Se til sammenlikning Rt-1970-1547, hvor forklaringsfritak ble innvilget på dette grunnlaget.

³⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460.

³⁵⁸ Se JW, «Ta avstand fra det Jehova hater» og JW, «Hva Bibelen lærer».

³⁵⁹ Se bibelsitatet og tilhørende fotnoter: JW, «3. Mosebok 20:10».

³⁶⁰ Se JW, «Hva tror Jehovas vitner?» nr. 10. For øvrig er skilsmisse på annet grunnlag, eller «uberettiget skilsmisse», særlig der det involverer en ny partner, også noe Gud hater, se JW, «Tillater Bibelen skilsmisse?». Listen over disse tingene er lang.

³⁶¹ Bibelpassasjen med tilhørende fotnoter i JW, «1. Korinter 5:11» indikerer at det nok vil kunne gjøre det: «Men nå skriver jeg til dere at dere skal slutte med å omgås enhver som kalles en bror, og som likevel praktiserer seksuell umoral [...]. Dere skal ikke engang spise sammen med et slikt menneske.»

alvorlige sosiale konsekvenser, som utfrysning eller i ytterste konsekvens æresdrap, må dette være tungtveiende momenter.³⁶²

Et klart utgangspunkt vil i alle tilfeller være at dersom utroskapen allerede er innrømmet på et tidligere tidspunkt, vil ikke forklaringsfritak kunne gis.³⁶³ I disse tilfellene vil ikke formålet med vernet av belastende opplysninger gjøre seg gjeldende, og det er uansett begrenset hvilken beskyttelse forklaringsfritak kan gi. Da vil heller ikke vesentlighetskravet være oppfylt.

7.3 Kriminalitet

En stor del av handlingene som kan føre til tap av sosialt omdømme mer generelt er i dag kriminalisert, og dermed underlagt inkrimineringsvernet. Likevel er det særlig to situasjoner hvor selvinkrimineringsvernet kan suppleres av vernet av belastende opplysninger: der straffansvar ikke lenger er aktuelt (på grunn av frifinnelse, påtaleunntatelse eller foreldelse) og der handlingen ikke overskrider det straffbares grense.³⁶⁴

Et eksempel på det siste (enn så lenge) er uoppdaget kikkning og snikfotografering. I HR-2019-563-A slo Høyesterett fast at verken det å kikke eller fotografere/filme gjennom sprekker i gardiner eller persiener rammes av strl. §§ 266 eller 266a, så lenge fornærmede ikke oppdager det og det heller ikke ligger innenfor gjerningsmannens forsett at det skal oppdages. Det er heller ikke rammet av strl. § 298 så lenge fornærmede er fullt påkledd og ikke i en seksuell kontekst, eller dersom det er åpent for innsyn. Det vil dermed heller ikke kunne gi forklaringsfritak med grunnlag i selvinkrimineringsvernet dersom et spørsmål kan avsløre at vitnet eller noen av vitnets nærmeste har drevet med slik kikkning og/eller snikfotografering. Jeg vil likevel tro de fleste miljøer vil anse slik adferd som moralsk forkastelig, og det derfor vil kunne gi fritak på grunnlag av fare for vesentlig tap av sosialt omdømme.³⁶⁵

Dersom straffansvaret for en handling er foreldet etter reglene i strl. §§ 85–91, er det ikke lenger fare for straff, og selvinkrimineringsvernet kommer dermed ikke til anvendelse. I en slik situa-

³⁶² Under forutsetning av at vitnet påberoper seg dette alternativet heller enn alternativet om tap av sosialt omdømme, for eksempel dersom det ikke er snakk om utroskap, men noe vedkommende selv mener ikke er umoralsk. Det samme vil jeg argumentere for at må gjelde dersom bestemmelsen skulle endres slik at alternativet omdømmetap utgår.

³⁶³ Se f.eks. Rt-1986-512.

³⁶⁴ Handlinger som ligger på det straffbares grense er kjernen av den opprinnelige begrunnelsen for bestemmelsen, se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

³⁶⁵ Det skapte sterke reaksjoner i media da dommen ble kjent, se f.eks. Kolsrud (2019), (Husøy 2019) og Mogen (2019).

sjon må gjerningsmannen kunne påberope seg vernet av belastende opplysninger dersom vedkommende må vitne i en rettssak og det stilles spørsmål som kan avdekke denne handlingen. Dette forutsetter selvfølgelig at handlingen er av en sånn art at vedkommendes moralske omdømme vil bli skadelidende, og at urimelighetsvurderingen slår ut i hans eller hennes favør.

Det samme er tilfellet dersom den det gjelder allerede er dømt eller frifunnet for handlingen det er snakk om, eller saken er avgjort ved en påtaleunntatelse etter strl. §§ 69–70 som ikke kan omgjøres.³⁶⁶ Den som har blitt dømt eller frifunnet for et forhold, risikerer ikke lenger straff for forholdet det er snakk om, da det ville vært i strid med forbudet mot gjentatt straffeforfølgning.³⁶⁷ Da kan det bli spørsmål om forklaringsfritak i medhold av vernet av belastende opplysninger isteden. Når det kommer til bortfall av muligheten for straff ved påtaleunntatelse vil ikke en erklæring om at dette vil gis være nok, da en slik erklæring ikke gir noen faktisk beskyttelse mot mulig straffeansvar.³⁶⁸

Den som er frifunnet for et forhold, men er den reelle gjerningspersonen, vil på den annen side fort kunne oppleve et vesentlig tap av sosialt omdømme om det kommer ut at vedkommende faktisk hadde gjort det vedkommende var tiltalt for.³⁶⁹ Forklaringsfritak ved påtaleunntatelse eller tidligere domfellelse forutsetter på sin side at det ikke allerede er kjent at vedkommende ble dømt eller at påtaleunntatelse ble gitt. Er det kjent at noen er dømt, for eksempel for kinking, vil det ikke kunne medføre ytterligere omdømme- eller velferdstap om vedkommende må forklare seg om dette i en annen sammenheng.

³⁶⁶ Se Andenæs & Myhrer (2009) s. 203 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 478.

³⁶⁷ Se EMK TP 7 art. 4 og SP art. 14 nr. 7, jf. mrl. § 2.

³⁶⁸ Se Rt-1929-1022. Se for øvrig Rt-1909-623, hvor kjæremålsutvalget uttaler at det at fristen for omgjøring ikke har utløpt ikke kunne være avgjørende, da det måtte anses usannsynlig at det skulle bli spørsmål om omgjørelse. Denne avgjørelsen kan neppe opprettholdes, da det offentlige ikke skal kunne gi straffrihet i bytte mot at vedkommende vitner mot sine medskyldige, se f.eks. Rt-1930-344.

³⁶⁹ Se til sammenlikning Rt-1912-203, hvor kjæremålsutvalget uttalte at «[e]t forhold som det her omhandlede – en angivelig gjennom et lengere tidsrum for vindings skyld foretaget ulovlig brændevinshandel og skjænkning – er eller vil af store dele af befolkningen opfattes som saa vidt graverende for den, der selv erklærer, hvis noget galt er forøvet, at være den virkelige og rette vedkommende, at den borgerlige agtelse derigjennem berøves». Vedkommende var her ikke tidligere frikjent, men straff kunne anses for å være utelukket på grunn av politiets opptreden. Et eksempel på det motsatte finnes i Rt-1896-221, hvor deltakelse i ulovlig jakt ikke ble antatt å kunne føre til noe tap av borgerlig aktelse.

7.4 Fysisk velferd

En naturlig språklig forståelse av «velferdstap» må kunne sies å inkludere fysiske skader,³⁷⁰ ettersom det å skade seg fysisk språklig sett faller innenfor det å miste eller oppleve en reduksjon i materielle kår som skaper velferd og lykke.³⁷¹ Dette betyr at den som for eksempel er redd for å bli utsatt for vold som en konsekvens av å ha avgitt forklaring, må kunne påberope seg fritaksregelen. Om fritak nødvendigvis vil gis, er mindre sikkert. Dersom fritak ved fare for represalier skulle vært en generell hovedregel ville det med stor sannsynlighet ført til en økning i slike trusler, og dermed nettopp en slik svekkelse av rettspleien lovgiver ønsker å unngå.³⁷² En slik situasjon ville heller ikke vært gunstig for vitnene regelen er ment å beskytte. Likevel vil det under visse omstendigheter kunne være anledning til å gi forklaringsfritak på dette grunnlaget.

Det foreligger i skrivende stund ingen høyesterettsdommer som tar for seg spørsmålet om forklaringsfritak skal innvilges på grunn av fare for represalier. I et obiter dictum fra 1987 impliserte imidlertid Høyesterett at det er en mulighet.³⁷³ Et vitne som hadde unnlatt å møte i retten påkjærte straffen han ble ilagt for dette. Kjæremålsutvalget stadfestet lagmannsrettens kjennelse, da frykt for hevnaksjoner ikke gir grunnlag for gyldig forfall. Imidlertid «kunne retten ha fritatt ham» fra å forklare seg i medhold av strpl. § 123 dersom vilkårene for dette var oppfylt.³⁷⁴ Dette har videre støtte i en kjennelse fra 2010, hvor Høyesterett uttaler at det «ikke [er] tvilsomt at fare for represalier vil være dekket» av tvl. § 22-9 tredje ledd i et annet obiter dictum.³⁷⁵

Borgarting lagmannsrett har derimot avsagt en kjennelse om fritak fra vitneplikt på grunn av fare for represalier.³⁷⁶ En fengselsinnsatt nektet å forklare seg i en sak mot to medinnsatte som hadde ranet en tredje rett ved siden av ham i fengselets luftegård. Han oppga selv at han ikke var truet til stillhet, men at han ikke ønsket å bli involvert i konflikten mellom de andre innsatte. Flere av de andre vitnene, inkludert fornærmede selv, «huske[t] dårlig» hva som hadde skjedd

³⁷⁰ Dette er også overensstemmende med tolkningen av begrepet i juridisk teori, se Øyen (2019) s. 421. Begge kommentarutgavene til prosesslovene omtaler «fysisk overlast», se Schei m.fl. (2013) s. 880 og Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481.

³⁷¹ Se kapittel 5.2.

³⁷² Se NUT 1969:3 s. 205.

³⁷³ Se Rt-1987-1420.

³⁷⁴ Avgjørelsen og skillet som foretas mellom grunnlag for gyldig forfall og grunnlag for forklaringsfritak har blitt fulgt opp i lagmannsrettspraksis, se LA-2001-1822 og LF-2008-14053.

³⁷⁵ Se Rt-2010-1404 (29).

³⁷⁶ Se LB-2004-24821.

og hadde forklart seg uklart og unnvikende. Selv om hendelsen ble observert av fengselsbetjenter, var omstendighetene rundt det som hadde skjedd noe uklare for tingretten.

Lagmannsretten opphevet tingrettens beslutning om å pålegge den innsatte forklaringsplikt. Et sentralt moment i vurderingen var vitnets begrensede mulighet til å komme unna represaliene: Den som er medvirkende til at medinnsatte blir idømt ytterligere straff vil fort måtte flyttes til en annen anstalt, og selv der vil det kunne bli nødvendig for vedkommende å søke seg til isolasjon fordi ryktet følger med. Dette gjorde at det etter lagmannsrettens syn var urimelig å pålegge vitnet forklaringsplikt. Lagmannsretten uttalte videre at «[s]traffbare forhold begått i fengselsmiljø bør derfor som hovedregel bevismessig ligge slik an at det er mulig å oppnå felende dom ved hjelp av vitneprov fra fengselsansatte». Ut fra dette kan det muligens utledes en hovedregel om at forklaringen må være sentral for sakens opplysning for at fengselsinnsatte skal pålegges vitneplikt om forhold som kan føre til straff for medinnsatte.

Utover dette kan det tenkes et skille forankret i den alminnelige rettsfølelsen. Dersom den som påberoper seg forklaringsfritak på grunn av fare for represalier selv har vært involvert i den kriminelle aktiviteten saken gjelder, vil det for eksempel kunne tenkes at terskelen for fritak vil være høyere enn ellers. I disse situasjonene har vitnet indirekte plassert seg selv i tvangssituasjonen vedkommende har havnet i, gjennom å velge å ha befatning med kriminalitet. At aktiviteten oppdages og de involverte kan bli nødt til å vitne, kan da ikke være helt uventet. Andenæs var av den oppfatning at det «vanskelig kan tenkes» at for eksempel en narkotikasælger vil bli fritatt for vitneplikt i en sak mot sine leverandører eller oppdragsgivere, «selv om det foreligger en «vel begrunnet frykt for represalier».³⁷⁷

Jeg mener likevel at det ikke kan sies å være utenkelig. Som redegjort for i kapittel 6.4, vil muligheten for fritak både komme an på bevisbildet for øvrig og arten av represaliene som forventes. Dersom forklaringen er det sentrale beviset tiltalen bygger på, vil det nok være vanskelig å tenke seg at forklaringsfritak gis. Like vanskelig trenger det ikke å være dersom forklaringen er en mindre betydelig del av det større bevisbildet. Samtidig vil det være stor forskjell på om represaliene vitnet risikerer er forholdsvis milde, for eksempel at én person av omtrent samme størrelse og styrke kan komme til å starte en slåsskamp med vitnet, eller om det er snakk om et væpnet angrep av en større gjeng, kanskje også mot vitnets familie. Selv om forklaringsfritak i en situasjon som denne vil være unntaket heller enn regelen, og absolutt siste utvei for

³⁷⁷ Se Andenæs og Myhrer (2009) s. 205.

å ivareta vitnets sikkerhet, vil jeg anta at det kan innvilges under de riktige forholdene.³⁷⁸ Lovgiver har som nevnt uttalt at forklaringsfritak skal gis der det er «for hårdt å bruke straff eller andre tvangsmidler» for å fremtvinge forklaring.³⁷⁹ Etter mitt skjønn vil det være tilfellet dersom vitnet frykter for eget eller andres liv.³⁸⁰

Dersom noen derimot blir bedt om å vitne i forbindelse med noe de tilfeldigvis har observert, vil det muligens lettere kunne fremstå urimelig å kreve at vedkommende skal utsette seg for fare av hensyn til opplysningen av en sak de ikke er direkte involvert i. En slik situasjon kan sammenliknes med saken som var oppe for lagmannsretten. I en slik sak vil antakelig sannsynligheten for at vitnet er kjent for gjerningspersonen og dermed risikerer represalier være noe mindre enn der vitnet og gjerningspersonen sitter i samme fengsel. Samtidig vil det være andre tiltak rettsvesenet kan ta i bruk for å ivareta vitnets sikkerhet.³⁸¹ I siste instans vil det likevel kunne forekomme tilfeller der tiltakene som er tilgjengelig for vitnebeskyttelse i norsk rett ikke er tilstrekkelige, og hvor forklaringsfritak fremstår som eneste løsning såfremt ikke aktoratet lar være å føre vitnet.

Et tredje typetilfelle kan kanskje være de som risikerer å bli utsatt for vold dersom de oppgir informasjon som bostedsadresse eller liknende, uten at dette egentlig har noen bevisverdi i saken. I en sak for Borgarting lagmannsrett som gjaldt midlertidig avgjørelse om samværsrett, argumenterte far kraftig for at mor – som bodde på ukjent adresse med barna – skulle pålegges å oppgi sin adresse til ham, eller i det minste til retten.³⁸² Mor ønsket ikke dette, da hun og barna levde i frykt for å bli oppsøkt av far, som angivelig hadde utsatt dem for fysisk og psykisk vold. Lagmannsretten anså det ikke forsvarlig å avsi midlertidig avgjørelse, og påla heller ikke mor å oppgi bostedsadresse. Hvorvidt det var «grunnlag for mor til å nekte å svare på et slikt spørsmål, eventuelt etter en analogisk anvendelse av tvistemålsloven § 208 første ledd annet punktum, jf Skoghøy, Tvistemål (2. utg.) side 561», ble overlatt til tingretten å avgjøre.³⁸³

³⁷⁸ Dette ser også straffeprosesslovens kommentarutgave å legge til grunn, se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481.

³⁷⁹ Se NUT 1969:3 s. 206.

³⁸⁰ I en slik situasjon er det også en mulighet at vitnet frafalles av aktoratet.

³⁸¹ Avhengig av lovbruddets art kan for eksempel anonym vitneførsel være aktuelt, jf. strpl. § 130a. Lukkede dører, jf. dl. § 125 første ledd bokstav b, c eller d, vil ha begrenset virkning dersom det er tiltalte og dennes nettverk vitnet er redd for.

³⁸² Se LB-2003-916.

³⁸³ På den nevnte siden skriver Skoghøy at tvml. § 208 at «bestemmelsene om vitners rett til å nekte å forklare seg må anvendes analogisk i forhold til parter», se Skoghøy (2001) s. 561. En slik analogisk anvendelse ville ikke vært nødvendig i dag, se tvl. § 22-9 og kapittel 4.1.

Hvorvidt slike forklaringsfritak i realiteten vil kunne gis er vanskelig å si. I utgangspunktet skal vitner blant annet oppgi bostedsadresse i innledningen til vitneavhør.³⁸⁴ I Rt-1997-869 uttaler Høyesterett at «[f]ritakelse for å svare på spørsmål etter § 123 blir først aktuelt etter at vitnet har oppgitt personalia». Denne saken var medvirkende til utviklingen av reglene for adgangen til anonym vitneførsel.³⁸⁵ Spørsmålet om mor får holde adressen sin skjult for far er imidlertid ikke et spørsmål om anonym vitneførsel, men angivelig et spørsmål om sikkerheten til mor og barn. Mors identitet er kjent for alle involverte.

Antakelig vil et slikt spørsmål ikke løses etter reglene om forklaringsfritak for belastende opplysninger, men etter henholdsvis tvl. § 24-8 annet ledd eller strpl. § 130 annet ledd. Disse bestemmelsene åpner for at vitnet kan oppgi arbeidssted istedenfor bopel. I saken mellom far og mor ville det antakelig ikke vært en tilfredsstillende løsning, ettersom selv den informasjonen ville gjort det enklere for far å spore opp familien – noe han og prosessfullmektigen hans allerede hadde forsøkt. Etter de samme bestemmelsene kan imidlertid vitnet tillates å oppgi adressen sin skriftlig, og kun til retten, dersom det er fare for at vitnet selv eller noen av vitnets nærmeste kan bli utsatt for en forbrytelse som krenker liv, helse eller frihet, eller medfører vesentlig velferdstap av annen art.

Til slutt kan nevnes tilfellene der det er fornærmede selv som risikerer represalier for å forklare seg. I disse sakene mener jeg det er all grunn til å anta at fritak ikke vil gis, først og fremst på grunn av hensynet til rettshåndhevelsen, men også av hensyn til fornærmede selv.³⁸⁶ Uten fornærmedes forklaring vil det ofte være usannsynlig at gjerningspersonen blir dømt, og eventuelle pågående overgrep vil kunne fortsette. Ved å forklare seg vil fornærmede dermed kunne hjelpe seg selv ut av en vanskelig situasjon – i hvert fall midlertidig i de situasjonene der gjerningspersonen blir idømt fengselsstraff. Andre hjelpetiltak, både før, under og etter et eventuelt fengselsopphold for gjerningspersonen, vil også kunne settes i gang. Skulle man i utstrakt grad innvilget fornærmede forklaringsfritak på grunn av fare for represalier, ville det gitt grobunn for økt bruk av både represalier og trusler om det, samt en fryktkultur som vil kunne hindre flere fra å ta kontakt med myndighetene ved behov.³⁸⁷ Likevel vil en fornærmet som ikke tør forklare seg av frykt for liv og helse neppe pålegges vitneplikt under trussel om sanksjoner ved brudd.

³⁸⁴ Se strpl. § 130 første ledd og tvl. § 24-8.

³⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 64 (1998–1999) s. 126, Ot.prp. nr. 40 (1999–2000) s. 32 og strpl. § 130a.

³⁸⁶ Se til sammenlikning Rt-1991-790, hvor fornærmede ikke fikk innvilget forklaringsfritak på bakgrunn av disse hensynene, om enn ikke i en situasjon hvor det var fare for at hun ville bli utsatt for vold.

³⁸⁷ Se f.eks. Andreassen (2020) om fryktkulturen tilknyttet «sladring» som allerede har utviklet seg i Oslos ungdomsmiljø.

7.5 Psykisk helse

Selv om samfunnet har kommet et stykke på vei i å avstigmatisere psykisk sykdom, er det fortsatt noen som vil oppfatte det svært belastende om det ble allmenn kjent at de hadde en psykiatrisk diagnose. Spørsmålet er om dette er en rettslig relevant belastning, enten fordi det kan klassifiseres som «vesentlig tap av sosialt omdømme» eller som «vesentlig velferdstap av annen art».

Hvis vi ser nærmere på eksempelet fra tingretten gjengitt i innledningen, hvor en som er tiltalt i en voldssak ønsker å bruke fornærmedes påståtte diagnose til å underbygge en nødvergeargumentasjon, vil informasjonen som ønskes fremtvunget ha liten eller ingen bevismessig verdi. Dersom det kan føres vitner eller annet bevis for at fornærmede for eksempel kan bli voldelig tilsynelatende uten grunn, vil det kunne ha stor betydning for en nødvergevurdering. Hvorvidt fornærmede er bipolar eller ikke, er irrelevant i en slik vurdering.³⁸⁸ Hva som faktisk har utspilt seg vil ofte kunne belyses uten denne typen informasjon og de bevisste eller ubevisste fordommene dette kan utløse – også hos de som skal bedømme bevisene.

I de aller fleste miljøer vil imidlertid (forhåpentligvis) ikke en psykiatrisk diagnose medføre tap av *moralsk* omdømme, som tross alt er det som er rettslig relevant. Selv om det nok vil kunne påvirke hvordan folk ser på en, kobler de færreste – om noen – psykisk sykdom til dårlig moral. Dette var antakelig også bakgrunnen for utfallet av kjennelsen inntatt i Rt-1908-623: At en sakfører var blitt sløv med alderen, falt ikke innunder vernet av belastende opplysninger.

Det er likevel fremdeles en del stigma rundt psykiske lidelser, og noen miljøer vil være verre enn andre. Det å få diagnosen sin mer eller mindre uoffisielt offentliggjort kan dermed oppleves svært belastende, særlig dersom informasjonen er ment å inngå i en svertekampanje eller på annen måte brukes mot vedkommende. Etter en konkret vurdering kan det dermed tenkes at situasjonen kan subsumeres under «vesentlig velferdstap av annen art», for eksempel fordi effektene av avsløringen går utover vitnets trivsel og livskvalitet. I så fall vil urimelighetsvurderingen kunne slå ut i vitnets favør.

7.6 Økonomisk tap

Det å bli påført større økonomisk tap, som for eksempel vil påvirke evnen til å betale regninger eller til å forsørge seg selv og sin familie, er i rettspraksis anerkjent som et velferdstap.³⁸⁹ Om

³⁸⁸ Bipolarforeningen fremholder at sannsynligheten for å bli slått ned av et lynnedslag er større enn å bli utsatt for vold av en person med bipolar lidelse, se Bipolarforeningen (u.å.) s. 5.

³⁸⁹ Dette er tilfellet også i forbindelse med andre situasjoner, se f.eks. Rt-2014-691.

en forklaring vil kunne medføre fare for vesentlige økonomiske tap vil det dermed kunne gi grunnlag for forklaringsfritak etter strpl. § 123 første ledd og tvl. § 22-9 tredje ledd, eller straff-frihet etter strl. § 221 andre ledd.³⁹⁰ For at denne typen tap skal gå foran hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat skal det imidlertid svært mye til.³⁹¹ Jeg mener at det avgjørende vil ikke være summen det er snakk om, men tyngden av belastningen tapet vil medføre. I dette ligger at hvorvidt det er snakk om et «vesentlig økonomisk tap» ikke burde bestemmes av om tapet overstiger en viss sum, men om tapet det er snakk om er betydelig sett i forhold til vitnets økonomiske situasjon og forpliktelser.

Det som nok vil kunne sies å være et typetilfelle innen denne kategorien, er der vitnet eller noen av vitnets nærmeste risikerer å miste hele inntektsgrunnlaget sitt. Saken Straffeprosesslovkomiteen baserte utvidelsen av fritaksretten på vil være illustrerende for vurderingen.³⁹² Avdelingsdirektøren i et opplysningsbyrå var blitt pålagt å forklare seg i en ærekrenkelsessak, men nektet å etterfølge pålegget da dette ville utgjøre et brudd på diskresjonsløftet byrået hans alltid avga overfor sine hjemmelsmenn, og dermed føre til at han mistet jobben.³⁹³ Etter at saken hadde versert i rettssystemet i over et halvt år, kom Høyesterett frem til at det ikke ville være riktig å straffe ham for brudd på vitneplikten, omstendighetene tatt i betraktning.³⁹⁴ Kjæremålsutvalget vektla i denne sammenheng at direktøren hadde innehatt stillingen i 14 år, at han var gift og formuesløs. At han da skulle bli ervervsløs ble ansett som en så stor belastning (en «meget betraktelig» skade) at det ikke sto i forhold til motpartens interesse i å fremtvinge forklaringen. En «objektiv avveien av de kryssende hensyn og interesser» tilsa da at avdelingsdirektøren ikke burde straffes. Diskresjonsløftet var ikke et moment i denne vurderingen.

7.7 Bortfall av andre goder eller rettigheter

I kapittel 5.2 ble «velferdstap» definert som det å miste eller oppleve en reduksjon i materielle kår som skaper velferd og lykke. Språklig sett bør dette dermed kunne inkludere det å miste goder eller rettigheter, som for eksempel skoleplass,³⁹⁵ statsborgerskap eller oppholdstillatelse.³⁹⁶

³⁹⁰ Se kapittel 3.1, sml. Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 32.

³⁹¹ Se Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481, Schei (1990) s. 67 og Schei m.fl. (2013) s. 880.

³⁹² Se NUT 1969:3 s. 205 og kapittel 3.1.

³⁹³ Se Rt-1930-672.

³⁹⁴ Se Rt-1931-126.

³⁹⁵ Se Rt-1970-1547.

³⁹⁶ Se Rt-2015-1012 (30).

Et annet gode dette antakelig vil omfatte, er den berørtes bolig – et gode sexarbeidere står i fare for å miste dersom det blir kjent at de selger sex fra en leilighet de leier. Etter strl. § 315 første ledd bokstav b er det straffbart å leie ut lokaler dersom man forstår at lokalene skal brukes til prostitusjon. Dette gjelder også dersom sexarbeideren opererer på egenhånd. En huseier som finner ut at det selges sex fra en leilighet vedkommende leier ut, vil dermed med høy sannsynlighet velge å terminere leieforholdet. Gjennom «Operasjon Husløs» har politiet bevisst benyttet denne paragrafen til å forstyrre prostitusjonsmarkedet, ved å informere utleier om sexsalget og muligheten for straffeforfølgelse hvis leieforholdet ikke termineres.³⁹⁷ Resultatet har vært at sexarbeidere blir kastet ut av sine hjem – ofte på dagen.³⁹⁸

Sett i lys av dette burde et vitne antakelig kunne slippe å svare på spørsmål som kan avdekke hvorvidt det selges sex fra en leilighet vedkommende selv eller noen av vitnets nærmeste leier, så lenge dette ikke er et relevant bevistema i seg selv.

7.8 Ødelagte kollegiale forhold

I forbindelse med redegjørelsen for innholdet av begrepet «velferdstap» i juridisk teori nevnes i flere tilfeller ødeleggelse av kollegiale forhold.³⁹⁹ Dette har så vidt jeg har kunnet fastslå aldri vært akseptert som grunnlag for forklaringsfritak i rettspraksis, eller i det hele tatt vært oppe for Høyesterett eller lagmannsrettene. Etter mitt skjønn vil dette heller neppe bli godtatt. Det rettslige utgangspunktet er som nevnt at enhver som blir innkalt som vitne har plikt til å forklare seg, også dersom det kan føre til ubehagelige konsekvenser. Blir man bedt om å vitne mot sin beste venn, vil neppe det potensielt sett ødelagte vennskapet i seg selv kunne gi grunnlag for vitnefritak. Jeg har derfor vanskelig for å se hvorfor ødelagte kollegiale forhold skal kunne gi et annet resultat.

Dersom fare for ødelagte kollegiale forhold skulle kunne føre til forklaringsfritak, må bevisverdien av forklaringen antakelig være minimal. Etter politiinstruksens § 6-3 er for eksempel politimenn og –kvinner pliktig til å forklare seg om sine kollegers forhold på forlangende av sin foresatte, «med mindre bestemmelsene om fritak for vitneplikt i straffeprosessloven kan påberopes». Bjerke, Keiserud og Sæther har tolket dette dithen at politifolk «vil f.eks. ikke kunne

³⁹⁷ Se f.eks. Amnesty International (2016) s. 31–33.

³⁹⁸ Se f.eks. Melgård (2013).

³⁹⁹ Se Øyen (2019) s. 421, Schei m.fl. (2013) s. 880, Skoghøy (2017) s. 807 og Andenæs & Myhrer (2009) s. 205.

fritas for vitneplikt i en sak mot en kollega, selv om vitneprov vil kunne gå ut over «velferden» til vedkommende på arbeidssstedet». ⁴⁰⁰

7.9 Egoistisk oppførsel i krisetider

En ting som ble spesielt tydelig i løpet av våren 2020, med koronautbruddet og påfølgende strenge restriksjoner, er at vi i krisetider er veldig mye mer opptatt av å følge normer for korrekt oppførsel – og av å følge med på hvorvidt andre gjør det samme. ⁴⁰¹ Brudd på de nye reglene som oppstår kan få voldsomme reaksjoner både på nett og i hverdagslivet – og da særlig i mindre lokalsamfunn hvor det er lettere å sette pekefingeren på hvem synderen er. Oppfordringer om forbud mot og tilkalling av politiet for ting man tidligere ikke ville leet et øyelokk over, ble en periode tilnærmet vanlig. ⁴⁰²

I en del tilfeller vil også regelbrudd kunne medføre straffeansvar, og eventuelle spørsmål om vitneplikt i forbindelse med disse, vil falle utenfor vernet av belastende opplysninger. ⁴⁰³ Samtidig vil det være tilfeller hvor det er snakk om handlinger som ikke er straffebelagt, men som likevel kan føre til voldsomme reaksjoner fra sivilbefolkningen. For eksempel vil folk som har handlet innenfor rammen av normale sosiale normer kunne oppleve å bli fordømt i ettertid fordi det viste seg at disse handlingene fikk uante og uforutsigbare konsekvenser. På grunn av stigmaet og presset som rettes mot enkeltpersoner, for eksempel fordi de «har bragt smitten til bygda», opplever nå journalister at det er vanskelig å få folk til å stå frem med i historiene sine. ⁴⁰⁴

Hvorvidt opplysninger om brudd på mer eller mindre midlertidige moralnormer kan gi grunnlag for forklaringsfritak vil etter mitt skjønn være avhengig av hvor alvorlig og langvarig den aktuelle krisen er, hvilken norm det er som er blitt brutt og konsekvensene av normbruddet. I forbindelse med koronapandemien vil for eksempel det at noen ble smittet som resultat av handlingen, eller at den utsatte andre for smittefare, kunne være avgjørende for samfunnets reaksjon. Foreløpig er det vanskelig å si om brudd på det som er ansett som korrekt «korona-oppførsel» i storbyene kan føre til slikt omdømmetap som vernet av belastende opplysninger dekker. I Oslo florerer det av mindre slike brudd hver dag, enten det er snakk om ikke å holde korrekt avstand

⁴⁰⁰ Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 481.

⁴⁰¹ Se f.eks. Martinčič (2020). Terskelen for å irettesette andre kan for noen bli så lav at de kjefter på blinde for at de ikke holder god nok avstand, se Vollan (2020).

⁴⁰² Se f.eks. Kjørven (2020).

⁴⁰³ Se smvl. § 8-1 og kapittel 7.3.

⁴⁰⁴ Se f.eks. Nilsen (2020).

i offentlig rom, å hamstre litt ekstra eller å omgå for mange mennesker i sosial sammenheng. Folketallet i hovedstaden gjør det også vanskelig å peke på noe enkeltmenneske som kilden til smittespredningen i Oslo.⁴⁰⁵ Det samme er ikke tilfellet i en mindre bygd hvor én person eller en mindre gruppe kan identifiseres som den eller de «skyldige». Stigmaet og belastningen disse kan oppleve ser ut til å kunne bli betydelig.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Det kan være at den mye omtalte øyelegen på Ullevål sykehus opplever det annerledes.

⁴⁰⁶ Se f.eks. Nilsen (2020).

8 Problematiske aspekter ved vernets utforming

8.1 Manglende forutberegnelighet og utfordrende grensedragninger

Som gjennomgangen så langt har vist, vil det sjelden være direkte intuitivt for et vitne om det vedkommende ikke ønsker å forklare seg om faller innunder vernet av belastende opplysninger eller ikke. Til dels skyldes dette forklaringsfritakets skjønnsmessige karakter, og det at regelsettet gir et svært snevert unntak fra et ellers klart utgangspunkt. Et annet og vel så viktig aspekt av dette er likevel vernets utforming, og da særlig den rettslige standarden «vesentlig tap av sosialt omdømme».

Knoph beskriver rettslige standarder som direktiver gitt av lovgivningen for dommerens skjønnsutøvelse, som det forutsettes at dommeren «kjenner og har hjelp av».⁴⁰⁷ Er ikke dette tilfelle, vil tross alt ikke bruken av standarden oppfylle sin hensikt. Derfor bør lovgiver gjøre standarden «så klar og uttrykksfull, så presis og entydig som dens natur tillater», med eksempler og understandarder.⁴⁰⁸ Lovgiver ser ut til å ha vært av samme oppfatning, ettersom Tvistemålsutvalget har uttalt at «[o]mrådet for en bevisfritaksregel bør være så klart avgrenset som mulig».⁴⁰⁹ Etter mitt skjønn oppfyller ikke standarden «tap av sosialt omdømme» disse idealene, da en intuitiv forståelse av meningsinnholdet i begrepet «tap av sosialt omdømme» ikke fullt ut samsvarer med innholdet i rettsregelen.

Et aspekt av dette er ordlydsvalget som ble gjort da bestemmelsen skulle moderniseres. Heller enn å gjøre standarden «så klar og uttrykksfull, så presis og entydig som dens natur tillater», valgte lovgiver en formulering som *nesten* stemmer overens med meningsinnholdet vilkåret er gitt gjennom relativt entydig rettspraksis og teori i over hundre år. Nesten, men ikke helt. Som også Skoghøy påpeker, må vilkåret «sosialt omdømme» tolkes innskrenkende, ettersom det bare er omdømmetap av *moralsk* art som er vernet.⁴¹⁰ Eksempler på rettslige irrelevante omdømmetap inkluderer bransjerykte, oppfatninger om at man ikke er like oppegående som før og det som eventuelt forårsakes av at noen finner ut at man lider av en psykisk sykdom.⁴¹¹

Det andre problemet er vanskelighetene forbundet med å bedømme hvilken informasjon som kan medføre rettslig relevant omdømmetap. Jeg mener det er sterke holdepunkter for at det beror på en konkret vurdering av den berørtes livssituasjon, men ikke alle virker å være enige i

⁴⁰⁷ Knoph (1939) s. 1–2.

⁴⁰⁸ Se Knoph (1939) s. 31. Se også Høgberg (2016) s. 291.

⁴⁰⁹ Se NOU 2001:32B s. 963.

⁴¹⁰ Se Skoghøy (2017) s. 807, samt kapittel 5.1.

⁴¹¹ Se kapittel 5.1 og 7.5.

dette.⁴¹² Det betyr at særlig vitner, men også rettsanvendere, kan oppleve å stå på utrygg grunn når de skal vurdere om forklaringsfritak eller straffrihet er aktuelt i et gitt tilfelle. Dette vil være uheldig både med tanke på likebehandlingsprinsippet og legalitetsprinsippets krav om forutberegnelighet.⁴¹³ Det er ikke usannsynlig at dette også er en del av bakgrunnen for at Knoph mente det «må slås fast hvilket formål [standarden] forfølger, hvilke interesser den vil beskytte og hvilke den forkaster».⁴¹⁴

Dette problemet skyldes blant annet at informasjonen om bestemmelsenes formål er relativt vanskelig tilgjengelig, blant annet fordi moderne lovforarbeider inneholder svært få anvisninger av den art Knoph nevnte når det kommer til «tap av sosialt omdømme». Forarbeidene til dagens straffeprosesslov og de foreløpige forarbeidene til ny straffeprosesslov nevner regelens eksistens, men kommenterer ikke dens innhold.⁴¹⁵ Forarbeidene til tvisteloven, som la grunnlaget for begrepsskiftet, sier ingenting om det intenderte meningsinnholdet i det valgte begrepet utover å presisere at endringen ikke var ment å innebære noen realitetsendring og at det «må forstås i lys av samfunnsutviklingen».⁴¹⁶ Deretter henvises det til et knippe juridisk litteratur for en nærmere redegjørelse av regelens innhold.⁴¹⁷

Straffelovens forarbeider henviser på sin side helt generelt til forståelsen av tvl. § 22-9 og samfunnsutviklingen.⁴¹⁸ For å få innblikk i lovgivers formål med bestemmelsen må man med andre ord tilbake til forarbeidene til den opprinnelige bestemmelsen i straffeprosessloven fra slutten av 1800-tallet.⁴¹⁹ For øvrig er nærmere redegjørelser av regelens innhold overlatt til teori og praksis. Som redegjort for i kapittel 5 er det begrenset hvor stor praktisk veiledning både rettsanvendere og vitner kan få av teorien. Det er også et svært begrenset antall praktiske eksempler i moderne rettspraksis.

En annen side er det praktisk og etisk vanskelige med å skulle fastlegge hvilke normbrudd og hvilke moralske normsett som kan føre til rettslig relevante tap av sosialt omdømme – uansett

⁴¹² Se kapittel 5.1 med videre henvisninger.

⁴¹³ Se kapittel 5.1 og 8.2.

⁴¹⁴ Se Knoph (1939) s. 31.

⁴¹⁵ Se henholdsvis NUT 1969:3 s. 205 samt Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 147 og NOU 2016:24 s. 579.

⁴¹⁶ Se NOU 2001:32B s. 936 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460.

⁴¹⁷ Se NOU 2001:32B s. 936, som henviser til kommentarutgavene til både straffeprosessloven og tvistemålsloven (Bjerke og Keiserud (1996) s. 388–389, Schei (1998) s. 703–707), samt Skoghøys *Tvistemål* (Skoghøy (1998) s. 574–578).

⁴¹⁸ Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408. At det kun henvises til tvl. § 22-9 første og annet ledd må ut fra sammenhengen antas å være en inkurie. Se for fullstendighetens skyld også NOU 2002:4 s. 327–328, hvor den eneste kommentaren i forbindelse med denne regelen er at den videreføres.

⁴¹⁹ Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 31–32.

om den konkrete eller den generelle forståelsen av «sosialt omdømme» legges til grunn. Dersom det kun er normbrudd som «jevnt over er egnet til å medføre et vesentlig tap av sosialt omdømme om de blir kjent»,⁴²⁰ eller bare er omdømmet blant «blant bra og forstandige folk» som er av betydning,⁴²¹ vil det fortsatt oppstå vanskelige grensedragninger for hva dette mer konkret innebærer.⁴²² Hvordan kan man fastslå hvilke normbrudd som «jevnt over» vil medføre kraftig fordømmelse uten å ty til synsing basert på egne erfaringer og antakelser? Hvordan skal man kunne avgjøre hvem som er «bra og forstandige folk» som fortjener å få sin forståelse av ære vernet, og hvem som ikke er det? Hvis det derimot er normsettet den berørte selv er bundet av som er relevant for vurderingen, slik jeg mener det må være, reiser det særlig ett spørsmål: Er ethvert normsett rettslig relevant så lenge konsekvensene av brudd er alvorlige nok, eller kan det stilles krav til for eksempel størrelsen på miljøet som anser seg bundet av det?

Et tenkt eksempel: Per og Kari laget som barn en klubb med svært strenge regler til akseptabel oppførsel, og sverget dyrt og hellig på at de skulle følge disse reglene til livets ende. En av disse reglene var at de aldri, under noen omstendigheter, skulle spise brokkoli. I voksen alder har de fortsatt denne lille klubben, og lever etter reglene de fant på som barn. Faktisk er denne klubben og respekten for barndommens regler det eneste som holder vennskapet sammen. Riktignok er Per mer investert i opprettholdelsen av reglene enn Kari, men til gjengjeld tar han dem så alvorlig at Kari vet at han kommer til å miste all respekt for henne og kutte all kontakt dersom hun bryter dem, fordi hun i hans øyne ville vært en umoralsk person som ikke er til å stole på.

Med tid og stunder ble Kari veganer, og for å få i seg nok jern uten for mye bryderi valgte hun å begynne å spise brokkoli likevel, i den tro at Per aldri ville finne ut av det uansett. Så er hun på en veganer-konferanse dedikert brokkolien helsefremmende egenskaper, og en ekstremistisk antiveganer-gruppe har forgiftet brokkolien, slik at de fleste av deltakerne dør. Kari og to andre overlever, men den ene ligger i koma. Det er altså mulig å få en vitneforklaring fra en annen enn Kari, men politiet ønsker likevel å føre Kari som vitne i rettssaken. Kari ønsker ikke å vitne, i frykt for at Per skal finne ut at hun har brutt pakten deres. Anonym vitneførsel etter strpl. § 130a er ikke aktuelt.⁴²³ En av de tiltalte er broren til Per, så selv om retten skulle beslutte at Karis forklaring kan gis bak lukkede dører i henhold til dl. § 125 første ledd bokstav b, c eller

⁴²⁰ Øyen (2019) s. 421.

⁴²¹ Se Salomonsen (1925) s. 184.

⁴²² Se drøftelsen i kapittel 5.1.

⁴²³ Selv om det gjelder en forbrytelse som åpner for anvendelse av strpl. § 130a, er det verken er fare for et alvorlig lovbrudd eller aktuelt at Kari skal delta i noen skjult etterforskning i fremtiden, slik strpl. § 130a første ledd bokstav a og b krever.

d⁴²⁴ ville det fortsatt vært nærliggende å anta at Per ville få vite at Kari hadde vitnet – og dermed at hun hadde vært på den brokkoli-dedikerte konferansen. Kan Kari slippe å vitne i medhold av strpl. § 123 første ledd tredje punktum?

Det er på det rene at hun vil lide et vesentlig tap av sosialt omdømme i Pers øyne. Som redegjort for i kapittel 3.2 vil det kunne treffes en generell avgjørelse om vitnefritak dersom det er snakk om «et saksforhold som krever at det stilles omfattende spørsmål til vitnet»,⁴²⁵ og/eller dersom «klarleggelse av selve dette forhold» (altså at hun var på konferansen) ville kunne utsette henne for tap av sosialt omdømme.⁴²⁶ Forklaringen er ikke essensiell for sakens opplysning, men forbrytelsen som har funnet sted er svært alvorlig, så utfallet av urimelighetsvurderingen er ikke nødvendigvis gitt. Det kan derfor tenkes at fritak kan innvilges – forutsatt at det er nok at det moralske omdømmet hennes får et vesentlig skår *kun* i Pers øyne.

Dette er absolutt et søkt eksempel, men jeg mener det er egnet til å illustrere en vanskelig vurdering som oppstår når man knytter en slik rettsregel til moral og moralsk omdømme – nemlig spørsmålet om hvilken oppfatning av moral som skal få være styrende. Et langt mindre søkt eksempel er familier der en eller begge foreldrene har et svært konservativt syn, for eksempel på sex og seksualitet, stikk i strid med det lokale miljøet og ungdommens omgangskrets og øvrige familie. Kan en tenåringssønn eller -datter innvilges forklaringsfritak med grunnlag i fare for «vesentlig tap av sosialt omdømme» kun i sin mors eller fars øyne?

På den ene siden er det lett å mene at det ikke kan være nok at vitnet mister anseelse hos én person. På den annen side: Dersom man måtte mene at det *ikke* er nok, oppstår en vanskelig grensedragningsproblematikk. Hvis lovregelen er slik å forstå at selv så små gruppers normer kan gi grunnlag for forklaringsfritak på bakgrunn av vesentlig tap av sosialt omdømme, vil det kunne få noen absurde utfall – som et forklaringsfritak basert på at det ikke kan komme ut at vitnet spiser brokkoli. Hvis det derimot kreves en større krets for at fritaksregelen skal kunne komme til anvendelse, blir spørsmålet hvor stor denne kretsen må være. Trekkes grensen ved 10 personer, 100 eller 1000? Eller kreves det langt flere?

Til illustrasjon på et slikt potensielt vanskelig grensetilfelle: Frem til begynnelsen av 2000-tallet kunne det å motta en blodoverføring føre til at et medlem av Jehovas vitner ble lyst i

⁴²⁴ Jeg går ikke inn på en vurdering av hvorvidt en slik kjennelse faktisk vil kunne gis på det beskrevne grunnlaget.

⁴²⁵ Se Rt-1997-1303 s. 1306.

⁴²⁶ Se Rt-1986-1170 s. 1173.

bann.⁴²⁷ Det å ikke motta blod er fortsatt ansett som et religiøst bud, og det vil dermed antakelig føre til vesentlig tap av sosialt omdømme innad i miljøet dersom noen frivillig skulle bryte med dette.⁴²⁸ Så vidt jeg har kunnet finne ut, er dette moralske budet unikt for Jehovas vitner – det er ikke en norm du kan finne igjen på tvers av forskjellige miljøer. Ifølge deres egne nettsider er det litt under 12.000 Jehovas vitner i Norge i dag.⁴²⁹ Skal informasjon om at et medlem av Jehovas vitner har mottatt blodoverføring kunne føre til forklaringsfritak dersom det kommer opp i en rettssak?

Noen vil muligens også argumentere med at det er den «gode» moralen som er vernet, litt som Salomonsen fremholdt i sin tid. Etter denne logikken kan for eksempel ikke omdømmetap på grunn av tysting anses som vernet, da en norm om ikke å tyste ikke er verneverdig. Vern av normer, og den indirekte aksepten dette kan sies å innebære, er imidlertid verken regelens funksjon eller formål – regelsettet er et vern mot opplevelsen av en tvangssituasjon i forbindelse med avgivelsen av vitnemål og de konkrete konsekvensene det kan medføre for individet.

I motsetning til reglene om «god forretningsskikk», oppstiller ikke vernet av belastende opplysninger et krav om «god moral». Forarbeidene avgrenset ikke mot det snuskete eller det halv-kriminelle – tvert imot var det nettopp disse gråsonene regelen opprinnelig siktet seg inn på.⁴³⁰ En annen sak er hvordan man skulle skille mellom akseptable oppfatninger av god moral, og hvem som skulle få denne definisjonsmakten. Er for eksempel motstand mot blodoverføring mer eller mindre «god moral» enn motstand mot tysting? Er kyskhetsidealer og abortmotstand «gode» eller «dårlige» moralske normer? Etter mitt syn tilsier regelens bakgrunn og formål at det avgjørende er hvor alvorlige konsekvenser forklaringen kan medføre, ikke hvem som vil se ned på den personen informasjonen gjelder dersom forklaring gis. Dette er ikke gitt basert på ordlyden «tap av sosialt omdømme».

8.2 Straffrihetsregelen og legalitetsprinsippet

At lovens ordlyd gjør det vanskelig for rettssubjektene å forutberegne sin rettsstilling vil være uheldig innenfor de fleste rettsområder. Innenfor strafferetten er det spesielt problematisk. Etter både Grl. § 96 og EMK art. 7 stilles det et visst minstekrav til presisjon ved utformingen av

⁴²⁷ Se NTB (2003).

⁴²⁸ Se JW «Hva sier Bibelen om blodoverføring?».

⁴²⁹ Se JW «Norge».

⁴³⁰ Se Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886) s. 31–32.

straffebud.⁴³¹ Dette klarhetskravet gjelder også for negative straffbarhetsvilkår, altså straffrihetsbestemmelser som angir når et straffebud likevel ikke kommer til anvendelse.⁴³² I henhold til EMK artikkel 7 nr. 1 og EMDs praksis gjelder et krav om at straffebud skal være «klare, presise og tilgjengelige».⁴³³ Dette innebærer at «lovene må være tilgjengelige og utformet på en slik måte at den enkelte med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen».⁴³⁴ Kravet til klarhet etter Grl. § 96 er i nyere praksis tolket like strengt som etter EMK.⁴³⁵

Straffritaksregelen i strl. § 221 andre ledd er laget over samme lest som forklaringsfritakene i prosesslovene, med unntak av urimelighetsvurderingen. En person som har oppgitt uriktige opplysninger overfor noen av instansene nevnt i strl. § 221 første ledd bokstav a–f skal likevel ikke straffes dersom vedkommende ikke kunne fortelle sannheten uten å «utsette seg selv eller noen av sine nærmeste for [...] fare for vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap av annen art, med mindre vedkommende hadde plikt til å forklare seg». Unntaket «med mindre vedkommende hadde plikt til å forklare seg» sikter til barnelova § 21 tredje ledd, som fastslår at ingen kan nekte å svare på spørsmål i farskapssaker «fordi svaret kan føre til vesentleg tap av sosialt omdømme eller anna vesentleg velferdstap for vedkomande».⁴³⁶

Som kapittel 8.1 viser, kan særlig vilkåret «tap av sosialt omdømme» by på problemer holdt opp mot klarhetskravet. Dette gjelder både den valgte ordlyden «sosialt omdømme» versus det intenderte meningsinnholdet «moralsk omdømme», og usikkerheten rundt bestemmelsens nedslagsfelt. Begge disse usikkerhetsmomentene gjør at ordlyden er mindre klar, presis og tilgjengelig enn det den kunne vært, og kan gjøre det vanskelig for den enkelte å innrette sin adferd etter loven.

Etter vanlig ordlydsfortolkning kan «sosialt omdømme» ramme svært mye mer enn bare det «moralske» omdømmet, som bestemmelsen ifølge teori og praksis har vært ment å gjelde fra begynnelsen av 1900-tallet.⁴³⁷ «Sosialt omdømme» vil etter en naturlig språklig fortolkning for

⁴³¹ Se f.eks. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 66.

⁴³² Se f.eks. Rt-2014-238.

⁴³³ Se HR-2016-2228-A (30).

⁴³⁴ Se HR-2016-2228-A (30).

⁴³⁵ Se Rt-2012-313, Rt-2014-238 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 66.

⁴³⁶ Unntaket skyldes at straffrihetsregelen ellers ville redusert betydningen av forklaringsplikten i farskapssaker og gjort det vanskeligere å få klarlagt farskapsspørsmålet, se NOU 1977:35 s. 147.

⁴³⁷ Se f.eks. Skeie (1931) s. 396, Andenæs (1984) s. 198, Andenæs (1994) s. 205, Andenæs (2000) s. 226, Andenæs & Myhrer (2009) s. 204, Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480, Fredriksen (2018) s. 292 og Rt-2015-1012 (24).

eksempel kunne inkludere det å ha rykte på seg for å være Norges beste prosedyreadvokat, være den morsomste i gjengen og så videre. Ingenting av dette har betydning for andres bedømmelse av vedkommendes moral.

Ytterligere problematisk er det at ingen av forarbeidene til dagens bestemmelser inkluderer presiseringen om at det er det moralske omdømmet det siktes til – selv ikke da det ble foretatt en begrepsendring fra tap av «borgerlig aktelse» til «sosialt omdømme».⁴³⁸ Den mest gjentatte angivelsen av hvordan begrepene «vesentlig tap av sosialt omdømme» og «vesentlig velferdstap» er å forstå, er at de «må forstås i lys av samfunnsutviklingen».⁴³⁹ Selv om dette er korrekt, hjelper det ikke rettsanvenderen med å finne utgangspunktet for denne utviklingen.

Ettersom Tvistemålsutvalget i sin tid presiserte at det ikke var meningen å foreta noen realitetsendring da «borgerlig aktelse» ble byttet ut med «sosialt omdømme»,⁴⁴⁰ må man kunne legge til grunn at det fortsatt er det moralske omdømmet som er tenkt relevant for vurderingen – selv om det ikke kan leses ut av lovteksten. Dette kan være problematisk sett i lys av at det kommer klart frem i nyere høyesterettspraksis at det ikke er avgjørende hva lovgiver må ha ment å dekke gjennom et straffebud eller en straffrihetsregel «når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven».⁴⁴¹ Dersom det skulle komme på spissen, vil retten kunne bli nødt til å akseptere vesentlig tap av sosialt omdømme som straffrihetsgrunn, selv om det ikke skulle falle innunder kategorien moralsk omdømme. Med den ordlyden bestemmelsen har i dag, kan vernet med andre ord måtte tolkes videre enn det som er meningen.

Deretter kommer utydeligheten og usikkerheten knyttet til hvem som skal få definere moralen, og hvordan det skal gjøres.⁴⁴² Dersom bestemmelsens nedslagsfelt skal begrenses til det som jevnt over er egnet til å medføre et vesentlig tap av sosialt omdømme, slik blant annet Øyen fremholder,⁴⁴³ risikerer blant annet folk fra miljøer med strenge regler for akseptabel seksuell adferd å straffes for uriktig forklaring dersom de velger å beskytte seg selv mot konsekvensene av å avsløre brudd på disse normene.⁴⁴⁴ Dette resultatet er ikke åpenbart ut fra bestemmelsens ordlyd, og regelen kan dermed vanskelig sies å være «utformet på en slik måte at den enkelte

⁴³⁸ Se NOU 2001:32B s. 963, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459–460, NUT 1969:3 s. 205–206, Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 147, Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 93, NOU 2002:4 s. 327–328 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 407–408.

⁴³⁹ Se bl.a. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 460 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 408.

⁴⁴⁰ Se NOU 2001:32B s. 963.

⁴⁴¹ Se Rt-2012-313 (29).

⁴⁴² Se kapittel 5.1.

⁴⁴³ Øyen (2019) s. 421.

⁴⁴⁴ Se kapittel 7.2.

med rimelighet kan innrette sin atferd på bakgrunn av lovgivningen» dersom det er slik den er ment å forstås.⁴⁴⁵

Dersom regelens anvendelsesområde derimot knytter seg til den enkeltes omdømme i sin egen krets, slik jeg mener det gjør, vil det være noe enklere for enkeltindivider å forutberegne sin rettsstilling og innrette sin adferd deretter.⁴⁴⁶ Så lenge dette ikke er avklart, og ordlyden ikke er fullstendig overensstemmende med det tiltenkte meningsinnholdet, vil det likevel kunne stilles spørsmål ved om straffrihetsregelen oppfyller legalitetsprinsippets klarhetskrav.

8.3 Forslag til alternative bestemmelser

Basert på mine undersøkelser av forarbeider, praksis og teori fra et rettshistorisk så vel som et rettsdogmatisk perspektiv, er jeg av den oppfatning at alternativet «vesentlig tap av sosialt omdømme» har utspilt sin nytte. Dagens ordlyd gir ikke et helt klart bilde av regelens innhold, samtidig som samfunnets fokus på den individuelle æren ikke er hva det en gang var.⁴⁴⁷ Det å skulle fastslå hva som vil kunne medføre rettslig relevant omdømmetap for forskjellige individer er heller ingen enkel oppgave, verken på det generelle eller det konkrete plan.

Knoph skriver at etter å ha skaffet seg et «helhetsbillede av situasjonen ved å leve sig intuitivt inn i den», må dommeren vurdere situasjonen «ut fra en målestokk han mere eller mindre tydelig har fått "på kjenn"». ⁴⁴⁸ Intuisjonen vår lar seg imidlertid relativt lett påvirke av potensielle feilkilder og psykologiske prosesser – særlig i situasjoner med begrenset empiri.⁴⁴⁹ Bedømmelsen av hvordan folk ville reagert på en opplysning vil ofte være en slik situasjon, og dommere er ikke immune for slik påvirkning. Dette betyr at dersom dommeren er konservativ eller liberal, religiøs eller ikke, eller dersom dommeren er personlig engasjert i tematikken, vil dette kunne påvirke utfallet av vurderingen.⁴⁵⁰ I ytterste konsekvens vil dette kunne medføre brudd på likhetsprinsippet: Ellers like tilfeller får ulikt utfall på grunn av forskjellige dommeres eget normsett og verdisyn.

Disse feilkildene vil gjøre seg særlig gjeldende der rettsanvenderen blir bedt om å ta stilling til abstrakte og vanskelig målbare fenomener, som utbredelsen av en moralsk norm og hva som

⁴⁴⁵ Jf. HR-2016-2228-A (30).

⁴⁴⁶ På den annen side vil den da kunne virke mindre forutsigbar for rettsanvendere, da det kan være vanskelig å forutsi eller sette seg inn i hvilke normer som gjelder i andres miljø.

⁴⁴⁷ Se særlig kapittel 5.1, 8.1 og 8.2.

⁴⁴⁸ Se Knoph (1939) s. 30.

⁴⁴⁹ Se f.eks. Kahneman (2012).

⁴⁵⁰ Se særlig Kahneman (2012) s. 98 og 103, Casad (u.å.), Gianelli (2007) og Berge og Mähönen (2019) s. 54.

«jevnt over» vil føre til tap av sosialt omdømme. Som redegjort for særlig i kapittel 5.1, mener jeg at vurderingen av om det foreligger grunnlag for fritaksrett er utpreget konkret. Jeg mener derfor at det ville vært hensiktsmessig om dette kom klart frem av bestemmelsens ordlyd, slik at det ikke var rom for usikkerhet rundt hvordan standarden skal forstås. Etter mitt skjønn vil dette også begrense påvirkningen feilkildene vil ha, da det er lettere å fri seg fra egne oppfatninger og verdier når man skal vurdere belastningen en annen risikerer heller enn hvor utbredt vår egen eller en annens moraloppfatning er.

Så lenge bestemmelsen er formulert slik den er i dag, åpner den også for andre diskusjoner som fort kan være nødvendige sett i lys av bestemmelsens formål – for eksempel hvilke normsett som skal kunne være relevante parametere for vurderingen av omdømmetap. Kan man utelukke noen normsett fra regelens nedslagsfelt selv om spørsmålet ikke er hva som jevnt over vil føre til tap av sosialt omdømme? I strafferetten har det for eksempel vært spørsmål om tiltaltes kulturbakgrunn skal være et formildende element ved straffutmålingen, og Høyesterett har gitt varierende svar.⁴⁵¹ Hovedregelen ser imidlertid ut til å være at «de avvikende normer som i tilfelle måtte følge av [tiltaltes kulturbakgrunn] ikke kan tillegges særlig vekt».⁴⁵² Etter mitt syn fordrer ikke vernet av belastende opplysninger den samme diskusjonen.

For det første vil mange av de samme argumentene som tilsier at kultur og religion *ikke* skal være relevante faktorer ved straffutmålingen, underbygge at kultur og religion *bør* vektlegges ved spørsmål om forklaringsfritak og straffrihet for uriktig forklaring. I Rt-2004-750 uttalte Høyesterett at «[i]nnvandrere som velger å innrette sin livsførsel på en måte som er akseptert i Norge, må ha krav på full beskyttelse selv om livsførselen bryter med oppfatninger og forestillinger i det land som de kommer fra».⁴⁵³ Saken gjaldt en kvinne som hadde blitt drept av sin fraseparerte ektemann fordi hun forlot ham. Ettersom hun og andre som henne «må ha krav på full beskyttelse», bør moraloppfatningene og de tilhørende sanksjonene i deres kultur få være gjeldende for hvorvidt de trenger den beskyttelsen forklaringsfritak gir, eller om de skal straffes fordi de løy for å beskytte seg selv fra disse.

⁴⁵¹ Eskeland snakker om «et skifte i Høyesteretts syn i slike saker, se Eskeland (2017) s. 458–459. Jeg har imidlertid vanskelig for å se noe tydelig tidsmessig skille som indikerer et slikt skifte i dommene han trekker frem, da avgjørelsene der kulturbakgrunn er lagt vekt på tidsmessig fletter seg innimellom de der dette ikke er lagt vekt på. Se Rt-1987-1318, Rt-1991-952 og Rt-2004-750 (ikke lagt vekt på) og Rt-1984-1146, Rt-1993-384 og Rt-2004-803 (lagt vekt på).

⁴⁵² Se Rt-1987-1318, jf. Rt-1991-952, Rt-2004-750 og Rt-1989-445.

⁴⁵³ Se også Rt-1989-445.

For det andre vil en diskusjon av hvilke normsett som er «akseptable» fort føre til en diskusjon av hvilke normsett som er «gode» og «dårlige».⁴⁵⁴ Hvis formålet med regelen skal være å unngå at vitner havner i tvangssituasjoner som i verste fall kan føre til at de lyver for å beskytte seg selv eller sine nærmeste, og dermed motvirker sakens opplysning, burde det være irrelevant om normen vedkommende har brutt er å anse som god eller dårlig. Det som er av betydning, er hvilke konsekvenser avsløringen vil ha for den det gjelder – utfrysning, tap av fremtidsutsikter, trakassering eller liknende. I tillegg vil en diskusjon av hvilke normsett som er gode og dårlige neppe føre noe godt med seg mer generelt.

For det tredje vil et sentralt argument som gjør seg gjeldende i diskusjonen om relevansen av kulturbakgrunn i forbindelse med straffutmåling, ikke gjøre seg gjeldende i forbindelse med vernet av belastende opplysninger – nemlig at det å ta ulike normsett i betraktning vil være å gi dem anerkjennelse og legitimitet. Tillater rettsvesenet for eksempel at æresmotiver regnes som en formidlende omstendighet, kan det sende uheldige signaler til miljøer hvor dette er utbredt ved at det som er ment som forståelse også kan oppfattes som aksept. I forbindelse med vernet av belastende opplysninger er det derimot ikke normsettet og kulturen som vernes, men individet. Den det gjelder skjermes tvert imot fra det som anses som så alvorlige konsekvenser i sitt eget miljø at det veide tyngre enn sakens opplysning. Det kan vanskelig tolkes som anerkjennelse og legitimering av de samme konsekvensene.

Det vil være mulig å formulere vernet av belastende opplysninger på en slik måte at både denne typen konsekvenser og det som i dag faller innunder «velferdstap av annen art» dekkes av et og samme alternativ – for eksempel «vesentlig velferdsmessig belastning». For eksempel vil konsekvensene av et vesentlig tap av sosialt omdømme, slik som sosial eksklusjon og reduserte fremtidsutsikter,⁴⁵⁵ kunne subsumeres under et slikt vilkår. Da vil forholdene ligge til rette for å fokusere på den praktiske virkningen av regelen heller enn verdivalgene forbundet med hvilke normsett som skal anses som vernet. Etter mitt skjønn vil en slik regel fort kunne være mer forutsigbar, og dermed både lettere anvendelig og mindre problematisk sett i lys av klarhetskravet som følger av Grl. § 96 og EMK art. 7 nr. 1.⁴⁵⁶ Det trenger heller ikke innebære noen realitetsendring i praksis, da det i hovedsak innebærer en lovteknisk endring som jeg vil påstå at har støtte i regelens utvikling.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Se kapittel 8.1.

⁴⁵⁵ Se kapittel 7.2.

⁴⁵⁶ Se henholdsvis kapittel 8.1 og 8.2.

⁴⁵⁷ Se f.eks. Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) s. 480.

Til illustrasjon kan overskriftene til fritaksbestemmelsen i tvisteloven og den foreslåtte fritaksbestemmelsen i utkastet til ny straffeprosesslov trekkes frem. I tvl. § 22-9 har overskriften «[b]evisfritak for belastende personopplysninger». I utkast til ny straffeprosesslov har § 9-3 overskriften «[f]orklaringsfritak for mistenktes nærstående og om inkriminerende eller belastende opplysninger».⁴⁵⁸ Selv om paragrafoverskrifter ikke er rettskilder i seg selv, gir de en indikasjon på hva som er tenkt beskyttet. Individet skal (under visse forutsetninger) vernes mot å måtte avgi forklaring der det vil medføre en større belastning, enten dette er i form av skade på vedkommendes omdømme eller noe annet. Dette skyldes både rene rimelighetshensyn og at man da unngår å plassere vitnet i en opplevd tvangssituasjon som kan få vedkommende til å lyve eller på andre måter motvirke sakens opplysning.

Jeg har derfor utformet forslag til alternative bestemmelser for henholdsvis straffeprosessloven, tvisteloven og straffeloven. Etter mitt skjønn vil denne ordlyden være bedre egnet til å til å ivareta hensynene bak bestemmelsene slik de er i dag, samtidig som bestemmelsene blir mer anvendbare. I disse forslagene ligger det også mindre endringer ment å rydde opp i det jeg oppfatter som inkurier eller uvirksomme rester av tidligere bestemmelser.

Forslag til ny straffeprosesslov § 123 annet ledd:

Retten kan frita et vitne *fra å besvare spørsmål når svaret kan medføre vesentlig velferdsmessig belastning* for vitnet eller noen av dets nærmeste *etter § 122* når det ut fra en vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge vitnet å forklare seg.

Eventuelt, basert på lovforslaget i NOU 2016:24

Endringsforslag til ny straffeprosesslov § 9-3 andre ledd bokstav b:

Enhver er fritatt fra å *besvare spørsmål* når svaret kan [...] medføre *vesentlig velferdsmessig belastning* for vedkommende selv eller en av dennes nærmeste, såfremt sakens art og svarets betydning for sakens opplysning og forholdene ellers gjør det urimelig å kreve at vedkommende forklarer seg.

Endringsforslag til tvisteloven § 22-9 tredje ledd:

Retten kan frita for å gi tilgang til bevis *når det kan medføre vesentlig velferdsmessig belastning* for parten eller vitnet eller noen av hans eller hennes nærmeste etter første ledd, når det ut fra en vurdering av sakens art, *bevisets* betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge parten eller vitnet å gi tilgang til beviset.

Endringsforslag til straffeloven § 221 annet ledd:

⁴⁵⁸ Se NOU 2016:24 s. 40, foreslått § 9-3 andre ledd bokstav b.

Straff etter første ledd kommer ikke til anvendelse mot en [...] som ikke kunne fortelle sannheten uten å utsette seg selv eller noen av sine nærmeste for straff eller *vesentlig velferdsmessig belastning* [...].

9 Avslutning

Arbeidet med å forsøke å fastlegge noen retningslinjer for når vernet typisk vil komme til anvendelse har vist seg mer utfordrende enn jeg hadde sett for meg. Særlig når det kommer til alternativet «tap av sosialt omdømme» er det vanskelig å si noe generelt om hvilken informasjon som kan medføre rettslig relevant belastning. Dagens samfunn er mer aksepterende, inkluderende og mangfoldig enn det som var tilfellet da vernet først så dagens lys, og det som er allmenn akseptert som helt uholdbar oppførsel er i stor grad gjort straffbart. Ettersom vernet av belastende opplysninger på noen måter kan ses som et supplement til inkrimineringsvernet,⁴⁵⁹ konsumerer som regel det absolutte inkrimineringsvernet det skjønsmessige belastningsvernet i situasjoner der begge regelsettene kunne vært aktuelle.⁴⁶⁰ Spørsmålet blir da i hvilken grad brudd på moralske normer i forskjellige samfunnsgrupper kan aktualisere vernet av belastende opplysninger,⁴⁶¹ og om det i så fall kan trekkes ut noen typetilfeller på tvers av disse.

Som redegjort for i kapittel 5.1 mener jeg at vernet ikke kan begrenses til en mer eller mindre diffus generell samfunnsmoral, men må avhenge av normsettet og de tilhørende sanksjonene som gjelder i den berørtes omgangskrets. På grunn av dette er det også vanskelig å trekke opp et større knippe hovedregler eller retningslinjer for når vernet typisk kommer til anvendelse og ikke. Som redegjort for i kapittel 5 og 7.2–7.9, mener jeg likevel å ha identifisert noen.

Slik jeg tolker regelsettet, bør vitnet ikke pålegges å besvare spørsmål som kan avdekke hvorvidt vitnet eller dennes nærmeste har solgt eller selger sex, eller hvor dette gjøres fra.⁴⁶² Dersom vitnet eller vitnets nærmeste er en del av et miljø med svært streng sosial kontroll som vil ramme vedkommende hardt, bør vitnet ikke pålegges å besvare spørsmål som kan avdekke seksuell aktivitet.⁴⁶³ I alle disse tilfellene er det likevel en forutsetning at tematikken ikke er et direkte relevant bevisstema i seg selv.

Videre kan det argumenteres for at forklaringsfritak som hovedregel bør innvilges fengselsinnsatte for forhold som kan føre til økt straff for medinnsatte dersom forklaringen ikke er helt

⁴⁵⁹ Se kapittel 3.1.

⁴⁶⁰ Se kapittel 7.3.

⁴⁶¹ Se kapittel 5.1.

⁴⁶² Se kapittel 7.2 og 7.7.

⁴⁶³ Se kapittel 7.2.

sentral for sakens opplysning, eller i andre situasjoner der det er en svært alvorlig overhengende fare for liv og helse.⁴⁶⁴ Unntaket fra disse foreslåtte hovedreglene er dersom forklaringen er av så stor betydning at urimelighetsvurderingen slår ut i vitnets eller den berørtes disfavør. I de samme tilfellene vil et vitne som lyver heller enn å påberope seg fritaksregelen neppe kunne straffes etter strl. § 221.

Når det gjelder typetilfellene der vernet som hovedregel *ikke* kommer til anvendelse, er private taushetsløfter det klareste.⁴⁶⁵ Antakeligvis faller også fare for ødelagte kollegiale forhold i denne kategorien.⁴⁶⁶ Videre må utroskap i det minste kunne sies å ha mistet sin tidligere status som hovedregel *for* vern, og antakelig også å ha falt inn i motsatt kategori.⁴⁶⁷ Også her ville det kunne være unntak, for eksempel dersom forklaringen er av så liten betydning at urimelighetsvurderingen slår ut i vitnets eller den berørtes favør. Ikke i noe tilfelle vil forklaringsfritak kunne innvilges dersom informasjonen det er snakk om er kjent fra før på en slik måte at en bekreftelse eller gjentakelse fra vitnet ikke kan medføre noen ytterligere skade.⁴⁶⁸

Etter mitt skjønn vil de samme hovedreglene gjelde dersom ordlyden i bestemmelsene endres slik jeg foreslår i kapittel 8.3. Slik jeg ser det vil en slik endring ivareta hensynene bak vernet av belastende opplysninger på en god måte, samtidig som endringen vil bøte på noen av de problematiske aspektene av vernet slik det er utformet i dag.

⁴⁶⁴ Se kapittel 7.4.

⁴⁶⁵ Se kapittel 5.1 med videre henvisninger.

⁴⁶⁶ Se kapittel 7.8.

⁴⁶⁷ Se kapittel 7.2 med videre henvisninger.

⁴⁶⁸ Se Rt-1987-1134.

Kildeliste

Norske rettskilder

Lover

Adopsjonsloven		Lov av 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon
Barneloven	bl.	Lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre
Barnevernloven	bvl.	Lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
Designloven	dsl.	Lov av 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design
Domstolloven	dl.	Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene
Ekteskapsloven	el.	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap
Endringslov til straffeloven 2005		Lov av 19. juni 2009 nr. 74 om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Endringslov til straffeprosessloven		Lov av 7. mars 2008 nr. 5 om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)
Endringslov til straffeprosessloven mv.		Lov av 9. mai 2003 nr. 30 om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)
Endringslov til straffeprosessloven m.v. del IV		Lov av 3. desember 1999 nr. 82 om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)
Endringslov til strl. og strpl.		Lov av 28. juli 2000 nr. 73 om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.v. (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier m.v.)

Endringslov til tvisteloven mv.		Lov av 26. januar 2007 nr. 3 om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)
Foretaksnavneloven	ftnavnl.	Lov av 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv.
Forvaltningsloven	fvl.	Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker
Grunnloven	Grl.	Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814
Kretsmønsterloven	kretsmml.	Lov av 15. juni 1990 nr. 27 om vern av kretsmønstre for integrerte kretser
Markedsføringsloven	mfl.	Lov av 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
Norske Lov	NL	Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687
Patentloven	patl.	Lov av 15. desember 1967 nr. 9 om patenter
Planteforedlerloven	plfl.	Lov av 12. mars 1993 nr. 12 om planteforedlerrett
Sentralbankloven		Lov av 21. juni 2019 nr. 31 om Norges Bank og pengevesenet mv.
Skadeserstatningsloven	skl.	Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning
Smittevernloven	smvl.	Lov av 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer
Statsansatteloven		Lov av 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.
Straffeloven	strl.	Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Straffeprosessloven	strpl.	Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Straffeprosessloven (opphevet)	strpl. 1887	Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevd)
Straffeprosesslovens ikrafttredelseslov		Lov av 14. juni 1985 nr. 71 om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosesslov mm.
Tvisteloven	tv1.	Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Tvistemålsloven	tvml.	Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmaaten for tvistemål
Varemerkeloven	vml.	Lov av 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker

Forskrifter

Politiinstruksen		Forskrift av 22. juni 1990 nr. 3963 alminnelig tjenesteinstruks for politiet
------------------	--	--

Forarbeider

Indst. O.I. (1901–1902)		Indstilling fra justiskomiteen angaaende den kongelige proposition til en almindelig borgerlig straffelov, en lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden samt en lov, indeholdende forandringer i lov om rettergangsmaaden i straffesager af 1ste juli 1887 https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Storingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1901-02&paid=6&wid=b&psid=DIVL660&pgid=b_0213
Indst. O.XV. (1912)		Indstilling fra den forsterkede justiskomite om civilproce-reformen https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Storingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1912&paid=6&wid=b&psid=DIVL1035

Indst. O.I. (1914)	Indstilling fra justiskomite nr. 2 om civilprocesreformen https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1914&paid=6&wid=b&psid=DIVL766&s=False
NOU 1977:35	Lov om barn og foreldre (barneloven)
NOU 1984:27	Ny påtaleinstruks
NOU 1989:11	Straffansvar for foretak: Straffelovkommisjonens delutredning III
NOU 1992:23	Ny straffelov – alminnelige bestemmelser Straffelovkommisjonens delutredning V
NOU 1997:23	Seksuallovbrudd: Straffelovkommisjonens delutredning VI
NOU 2001:32B	Rett på sak
NOU 2002:4	Ny straffelov: Straffelovkommisjonens delutredning VII
NOU 2016:24	Ny straffeprosesslov
NUT 1969:3	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
Ot.med. nr. 2 (1912)	Om utkast til forandringer i straffeprosessloven, militærstraffeprosessloven og sportelloven https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1912&paid=3&wid=a&psid=DIVL1007&pgid=a_1776
Oth.prp. nr. 1 (1887)	Angaaende Udfærdigelse af en Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1887&paid=3&wid=a&psid=DIVL75

Ot.prp. nr. 1 (1910)	Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1910&paid=3&wid=a&psid=DIVL145
Ot.prp. nr. 35 (1978–1979)	Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)
Ot.prp. nr. 53 (1983–1984)	Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m m
Ot.prp. nr. 27 (1990–1991)	Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak)
Ot.prp. nr. 64 (1998–1999)	Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven mv (etterforskningsmetoder mv)
Ot.prp. nr. 40 (1999–2000)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å beskytte aktørene i straffesaker mot trusler og represalier mv.)
Ot.prp. nr. 66 (2001–2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)
Ot.prp. nr. 90 (2003–2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp. nr. 74 (2005–2006)	Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)
Ot.prp. nr. 11 (2007–2008)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte)
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpassning av annen lovgivning)

Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager (1886)	Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager med Motiver. Af en af den Kgl. Norske Regjerings Justits- og Politidepartement i Henhold til Kgl. Resol. af 31te Oktober 1885 nedsat Komite. [flere pag.] https://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2017092548146
Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager: Specielle Motiver (1886)	Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager med Motiver. Af en af den Kgl. Norske Regjerings Justits- og Politidepartement i Henhold til Kgl. Resol. af 31te Oktober 1885 nedsat Komite. [flere pag.] https://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2017092548146?page=345
Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov: Motiver (1896)	Straffelovkommissionens Udkast til almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge: Bind 2: Motiver http://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2011102805002
Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal med motiver (1908)	Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal med motiver (1908). Afgivet af den ved kgl. Resolution af 3dje januar 1891 nedsatte kommission. https://stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandling/Lesevisning/?p=1910&paid=3&wid=a&psid=DIVL145&pgid=a_0767
Udredninger og udkast til civilprocesreformen (1902)	Udredninger og udkast til civilprocesreformen af Bernhard Getz udgivne af F. Hagerup (1902). http://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2012072508099

Rettspraksis
Høyesterettspraksis

Rt-1896-221	HR-1988-1225-S
Rt-1900-521	Rt-1989-445
Rt-1907-532	Rt-1991-952
Rt-1908-217	Rt-1992-1691
Rt-1908-623	Rt-1993-384
Rt-1909-623	Rt-1994-1032
Rt-1912-203	Rt-1994-1036
Rt-1916-128 (saksgang L.nr. 445)	Rt-1995-289
Rt-1926-359	Rt-1996-222
Rt-1927-390	Rt-1996-1101
Rt-1929-1022	Rt-1997-1303
Rt-1930-344	Rt-1998-2001
Rt-1930-672 (saksgang L.-nr. 720)	Rt-1999-1269
Rt-1931-126	Rt-2002-557
Rt-1934-55	Rt-2004-750
Rt-1934-716	Rt-2004-803
Rt-1958-276	Rt-2005-1293
Rt-1964-1341	Rt-2005-1628
Rt-1970-1118	Rt-2007-1749
Rt-1970-1547	Rt-2010-1404
Rt-1978-1124	Rt-2011-487
Rt-1981-979	Rt-2011-800
Rt-1982-1478 (364-82)	Rt-2012-313
Rt-1983-564	Rt-2014-238
Rt-1984-1113	Rt-2014-691
Rt-1984-1146	Rt-2015-1012
Rt-1985-375 (87-85)	HR-2016-2228-A
Rt-1986-512 (169-86)	HR-2019-563-A
Rt-1986-1170 (414-86)	HR-2019-599-A
Rt-1987-624	HR-2019-1788-A
Rt-1987-1134	
Rt-1987-1318	
Rt-1987-1420	

Lagmannsrettspraksis

LA-2001-1822

LB-2003-916

LB-2004-24821

LF-2008-14053

LB-2011-57663

Internasjonale rettskilder

Traktater

- BK *FNs konvensjon om barnets rettigheter*, New York 30. november 1989.
- EMK *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter*, Roma 4. november 1950.
- EMK TP 7 *Protokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter*, Strasbourg 22. november 1984.
- SP *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter*, New York 16. desember 1966.

Rettspraksis

- Bykov v. Russia* *Case of Bykov v. Russia*, no. 4378/02, 10.03.2009.
- Funke v. France* *Case of Funke v. France*, no. 10828/84, 25.02.1993.
- Ibrahim and Others v. the United Kingdom* *Case of Ibrahim and Others v. the United Kingdom*, nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.09.2016.
- Saunders v. the United Kingdom* *Case of Saunders v. the United Kingdom*, no. 19187/91, 17.12.1996.

Utenlandske rettskilder

- Retsplejeloven Lovbekendtgørelse 2019-09-10 nr. 938, som ændret senest ved L 2020-04-02 nr. 349 (Retsplejeloven) [Danmark]

Litteratur

- Almindelig Norsk Lovsam-
ling (1877–1887) Paulsen, P.I., C.S. Thomle, J.E. Thomle (red.). *Almindelig Norsk Lovsamling*. Kristiania: Aschehoug, 1906.
- Amnesty International
(2016) Amnesty International. *The Human Cost of 'crushing' the Market: Criminalization of Sex Work in Norway*. London, 2016. Tilgjengelig på https://amnesty.no/sites/default/files/187/norway_report_final_unlocked.pdf, hentet 13.05.2020.
- Andenæs (1962) Andenæs, Johs. *Straffeprosessen i første instans*. Oslo: Universitetsforlaget, 1962.
- Andenæs (1984) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess: Bind 1*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 1984.
- Andenæs (1994) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess: Bind 1*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 1994.
- Andenæs (1996) Andenæs, Johs. *Straffen som problem*. 2. reviderte opplag. Halden: Exil, 1996.
- Andenæs (2000) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess: Bind 1*. 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2000.
- Andenæs og Andorsen
(2008) Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Andenæs og Myhrer (2009) Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utgave ved Tor-Geir Myhrer. Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Berge og Mähönen (2019) Berge, Beate Kathrine og Jukka Mähönen. *Rettsøkonomi i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2019.
- Bjerke og Keiserud (1986) Bjerke, Hans Kristian og Eirik Keiserud. *Straffeprosessloven: lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer: Bind 1*. Oslo: TANO, 1986.

- Bjerke og Keiserud (1996) Bjerke, Hans Kristian og Eirik Keiserud. *Straffeprosessloven: lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer: Bind I*. Oslo: Tano Aschehoug, 1996.
- Bjerke, Keiserud og Sæther (2011a) Bjerke, Hans Kristian, Eirik Keiserud og Knut Erik Sæther. *Straffeprosessloven: lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer med kommentarer: Bind I*. 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Bjerke, Keiserud og Sæther (2011b) Bjerke, Hans Kristian, Eirik Keiserud og Knut Erik Sæther. *Straffeprosessloven: lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer med kommentarer: Bind II*. 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Casad (u.å.) Casad, Bettina J. «Confirmation bias». *Britannica Academic*. u.å. <https://academic-eb-com.ezproxy.uio.no/levels/collegiate/article/confirmation-bias/627535> hentet 22.03.2020.
- ECHR (2019) ECHR. *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*. 31. desember 2019. Tilgjengelig på https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf hentet 20.02.2020.
- Elgesem og Wahlen (2010) Elgesem, Frode og Henning Rosenlund Wahlen. «Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen». *Tidsskrift for forretningsjus* vol. 16 02-03 (2010), s. 59–75 [hentet fra Idunn.no].
- Eskeland (2008) Eskeland, Ståle. «Bevisvurdering og justismord» i *Justismord og rettssikkerhet*. Anders Bratholm og Ståle Eskeland (red). Oslo: Universitetsforlaget, 2008.
- Eskeland (2017) Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 5. utgave ved Alf Petter Høberg. Oslo: Cappelen Damm akademisk, 2017.

- Fredriksen (2018) Fredriksen, Steinar. *Innføring i straffeprosess*. 4. utgave. Oslo: Gyldendal, 2018.
- Gianelli (2007) Giannelli, Paul C. «Confirmation bias» i *Criminal Justice, Fall, 2007, Vol.22 (3)*. American Bar Association, Section of Criminal Justice, s. 60–61.
- Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen. *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*. Bergen: Fagbokforlaget, 2019.
- Høgberg (2016) Høgberg, Alf Petter. «Rettslige standarder redefinert» i *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: festskrift til Aslak Syse 70 år*. Reidun Førde, Morten Kjelland, Ulf Stridbeck (red.). Oslo: Gyldendal juridisk, 2016, s. 285–299.
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- Ibsen (1962) Ibsen, Henrik. *Et dukkehjem*. Oslo: Gyldendal norsk forlag, 1962.
- Jensen (2003) Jensen, Espen Dale. «Vernet mot selvinkriminering». *Tidskrift for strafferett* vol. 3 nr. 1 (2003), s. 25–38 [hentet fra Idunn.no].
- Kahneman (2012) Kahneman, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. London: Penguin Books, 2012.
- Kjerschow (1930) Kjerschow, P. *Almindelig borgerlig straffelov og lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden*. Oslo: H. Aschehoug & Co., 1930.
- Knoph (1939) Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97*. Oslo: Grøndahl & Søns Boktrykkeri, 1939.
- Langhelle (2019) Langhelle, Svein Ivar. «Jehovas vitner». *Store norske leksikon*. 15. oktober 2019. https://snl.no/Jehovas_vitner hentet 25.02.2020.

- Lødrup og Sverdrup (2009) Lødrup, Peter og Tone Sverdrup. *Familieretten*. 6. utgave. Oslo: Peter Lødrup og Tone Sverdrup, 2009.
- Løvlie (2019) Løvlie, Anders. «Kapittel 5: Fakta og juss» i *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.). Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 141.
- Matningsdal (2016) Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. 2. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
- Matningsdal (2017) Matningsdal, Magnus. *Straffeloven: lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff: de straffbare handlingene, kapittel 17–31: kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Mæland (1988) Mæland, Henry John. *Voldgift*. Oslo: Universitetsforlaget, 1988.
- NAOB, «besvogret» Det Norske Akademis ordbok. «Besvogret». u.å. <https://www.naob.no/ordbok/besvogret> hentet 23.01.2020.
- NAOB, «sedelig» Det Norske Akademis ordbok. «Sedelig». u.å. <https://www.naob.no/ordbok/sedelig> hentet 10.12.2019.
- NAOB, «svogerskap» Det Norske Akademis ordbok. «Svogerskap». u.å. <https://www.naob.no/ordbok/besvogret> hentet 23.01.2020.
- NAOB, «usedelig» Det Norske Akademis ordbok. «Usedelig». u.å. <https://www.naob.no/ordbok/usedelig> hentet 10.12.2019.
- NAOB, «velferd» Det Norske Akademis ordbok. «Velferd». u.å. <https://www.naob.no/ordbok/velferd> hentet 04.11.2019.
- P3 (2020) NRK P3. «Chattes – sex». 9. februar 2020. <https://p3.no/chattes/sex/> hentet 24.02.2020.
- Plassen (2020) Plassen, Pål. «Plassen». *NRK P1*. 15. mars 2020. <https://radio.nrk.no/serie/plassen/DMTA02001120/15-03-2020> hentet 16.03.2020.

- Pro Senteret (2019) Pro Senteret. *Året 2019: En oppsummering av aktivitetene ved Pro Senteret*. Oslo: 2019. Tilgjengelig på <https://prosentret.no/wp-content/uploads/2020/04/%C3%85rsmelding-2019.pdf> hentet 14.05.2020.
- Rui (2009) Rui, Jon Petter. «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* vol. 122 nr. 1 (2009), s. 47–68 [hentet fra Idunn.no].
- Salomonsen (1925) Salomonsen, Olaf. *Den norske straffeproseslov med kommentar: Bind I*. 2. utgave, Oslo: Aschehoug, 1925.
- Schei (1990) Schei, Tore. *Twistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: kommentarer til tvistemålsloven med utgangspunkt i Altens kommentarutgave (1954). Bind II*. Oslo: TANO, 1990.
- Schei (1998) Schei, Tore. *Twistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915 med kommentarer. Bind II: §§ 183–486*. Oslo: Tano Aschehoug, 1998.
- Schei m.fl. (2007) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øye. *Twisteloven: (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister): kommentarutgave: Bind II: §§ 21-1 til 37-3*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Schei m.fl. (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øye. *Twisteloven: (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister): kommentarutgave: Bind II: §§ 21-1 til 37-3*. Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Skeie (1931) Skeie, Jon. *Den norske civilproces: Bind II*. Oslo: Olaf Norlis forlag, 1931.
- Skoghøy (1998) Skoghøy, Jens Edvin A. *Twistemål*. Oslo: Universitetsforlaget, 1998.

- Skoghøy (2001) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Skoghøy (2010) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Tjora (2018) Tjora, Aksel. «borgerskap». *Store Norske Leksikon*. 8. juni 2018. <https://snl.no/borgerskap> hentet 14.04.2020.
- Torgersen (2006) Torgersen, Runar. «Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?» i *Dog fred er ej det bedste: festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006*. Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.). Oslo: Universitetsforlaget, 2006, s. 533–574.
- Ugelvik (2019) Ugelvik, Thomas. *Sosial kontroll*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Øyen (2010) Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*. Bergen: Fagbokforlaget, 2010.
- Øyen (2019) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*. 2. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2019.

Avisartikler

- Aarnes m.fl. (2019) Aarnes, Helle, Christian Breidlid, Martin Slottemo Lyngstad, Terje Tønnesen, Per Byhring og Torstein Ringnes. «Slik er nordmenns sexliv». *Aftenposten, A-magasinet*. 27. juni 2019. <https://www.aftenposten.no/a-magasinet/i/rAV9LK/slik-er-nordmenns-sexliv?r=2> hentet 17.03.2020.

- Andreassen (2020) Andreassen, Jonas. «"Jævla snitch!!! Hvorfor gikk du til politiet??"». *Aftenposten*. 4. mai 2020. https://www.aftenposten.no/meninger/kronikk/i/VbvPar/jaevla-snitch-hvorfor-gikk-du-til-politiet-jonas-andreas-sen?fbclid=IwAR31WH5CwMPcsjC6HP_-FslUsU21yqSM0hNNf1Haf1laugN-TNU6Qf6GV6A hentet 04.05.2020.
- Arneberg (2013) Arneberg, Henrik. «"Victoria" jobber som luksusprostituert på Oslos beste vestkant». *Nettavisen Nyheter*. 2. juli 2013. <https://www.nettavisen.no/nyheter/--jeg-kan-tjene-opptil-200000-i-maneden/3600574.html> hentet 14.05.2020.
- Bjørneset, Ellingseter og Stenberg (2020) Bjørneset, Olaug, Tore Ellingseter og Marius André Jenssen Stenberg. «Her kan du miste jobben om du blir skilt». *NRK*. 29. januar 2020. https://www.nrk.no/mr/folkehogskulen-godtek-ikkje-homofilt-ekteskap_-skilsmisse-og-barn-utan-for-ekteskapet-1.14881085 hentet 24.02.2020.
- Bloom (2020) Bloom, Dan. «Len McCluskey says 'enemies' used anti-Semitism row to undermine Jeremy Corbyn». *Mirror*. 26. januar 2020. <https://www.mirror.co.uk/news/politics/len-mccluskey-says-enemies-used-21363015> hentet 27.01.2020.
- Eriksen (2012) Eriksen, Stine. «Vi er mer utro enn tidligere». *TV2*. 26. september 2012. <https://www.tv2.no/a/3886575/> hentet 11.04.2020.
- Fuglehaug og Bjørge (2020) Fuglehaug, Wenche og Stein J. Bjørge. «— De skulle tvinge oss til å velge bort kjærligheten». *Aftenposten*. 13. februar 2020. <https://www.aftenposten.no/a-magasinet/i/50lkbX/de-skulle-tvinge-oss-til-aa-velge-bort-kjaerligheten> hentet 25.02.2020.

- Holmlund (2010) Holmlund, Jan Thomas. «- Han sliter med noen drifter han ikke klarer å kontrollere». *Dagbladet*. 4. juni 2010. <https://www.dagbladet.no/kultur/han-sliter-med-noen-drifter-han-ikke-klarere-a-kontrollere/64501361> hentet 06.12.2019.
- Husøy (2019) Husøy, Eirik. «Voldtektsmann filmet unge kvinner gjennom vinduet. Frifunnet av Høyesterett.» *Aftenposten*. 27. mars 2019. <https://www.aftenposten.no/norge/i/QoMgPW/voldtektsmann-filmet-unge-kvinner-gjennom-vinduet-frifunnet-av-hoeyesterett> hentet 27.02.2020.
- Ighanian (2010) Ighanian, Catherine Gonsholt. «Knausgårds ekskone snakker ut for første gang». *VG*. 2. oktober 2010. <https://www.vg.no/rampelys/bok/i/MOdB/knausgaards-ekskone-snakker-ut-for-foerste-gang> hentet 06.12.2019.
- Kjørven (2020) Kjørven, Marte. «Redd for Korona? Anmeld naboens barn.» *Agenda Magasin*. 24. mars 2020. <https://agendamagasinet.no/kommentarer/redd-korona-anmeld-naboens-barn/> hentet 12.05.2020.
- Kolsrud (2019) Kolsrud, Kjetil. «Stalking er tillatt – så lenge man klarer å skjule den». *Rettt24*. 26. mars 2019. <https://rett24.no/articles/stalking-er-tillatt-sa-lenge-man-klarere-a-skjule-den> hentet 27.02.2020.
- Martinčič (2020) Martinčič, Julia. «Joggere, hyttefolk og turgåere provoserer: – Vi er blitt et dugnadspoliti». *Aftenposten*. 27. mars 2020. <https://www.aftenposten.no/kultur/i/g7e6yA/joggere-hyttefolk-og-turgaaere-provoserer-vi-er-blitt-et-dugnadspoliti?fbclid=IwAR09T8AJn1vHdh6CBNZmTWipC7H8GLX-TOpXE64DDqbK6AincYPBsp3F0ztY> hentet 06.04.2020.

- Melgård (2012) Melgård, Marie. «- Politiet avslører prostituerte overfor naboer». *Aftenposten*. 31. oktober 2012. <https://www.aftenposten.no/norge/i/GGn6/politiet-avslorer-prostituerte-over-for-naboer> hentet 14.05.2020.
- Melgård (2013) Melgård, Marie. «- Politikerne aksepterer at prostituerte settes på gaten på timen». *Aftenposten*. 11. juli 2013. <https://www.aftenposten.no/norge/politikk/i/5Vqzz/politikerne-aksepterer-at-prostituerte-settes-paa-gaten-paa-timen?> hentet 13.05.2020.
- Mogen (2019) Mogen, Trym. «Sjokkert etter stalking-frifinnelse. Nå vil de endre loven i ekspressfart». *Dagbladet*. 13. april 2019. <https://www.dagbladet.no/nyheter/sjokkert-etter-stalking-frifinnelse-na-vil-de-endre-loven-i-ekspressfart/70969417> hentet 27.02.2020.
- Nilsen (2020) Nilsen, Ruth Einervoll. «Hvis alle bare var som jeg». *NRK*. 29. mars 2020. https://www.nrk.no/rogaland/_hvis-alle-bare-var-som-jeg_-1.14954781?fbclid=IwAR08t6Ro8vUQenFqnDd76R-RQ55_iVmPmLAWuAEhZoy-hxppxlFa7W1L-4 hentet 06.04.2020.
- NTB (2003) NTB. «Jehovas vitner tillater blodoverføring». *VG*. 25. februar 2003. <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/WLby9Q/jehovas-vitner-tillater-blodoverfoering> hentet 30.04.2020.
- Skogstrøm og Bjørke (2019) Skogstrøm, Lene og Magnus Knutsen Bjørke. «De har vært fosterforeldrene til Nora (7) siden hun var ett år. Deres største ønske er å få adoptere henne. Men retten sier nei.» *Aftenposten*. 18. mai 2019. <https://www.aftenposten.no/norge/i/Vb6nvJ/de-har-vaert-fosterforeldrene-til-nora-7-siden-hun-var-ett-aar-deres-stoerste-oenske-er-aa-faa-adoptere-henne-men-retten-sier-nej> hentet 27.01.2020.

- Stephens (2019) Stephens, Bret. «A Vote for Jeremy Corbyn’s Labour Party Is a Vote for Anti-Semitism». *The New York Times*. 12. desember 2019. <https://www.nytimes.com/2019/12/12/opinion/uk-elections.html> hentet 20.02.2020.
- VG (2001) VG. «Sex-barrieren brutt i Big Brother». 10. mars 2001. <https://www.vg.no/rampelys/i/OnnMdE/sex-barrieren-brutt-i-big-brother> hentet 01.11.2019.
- Vollan (2020) Vollan, Mette. «Blinde Ellen (46) får kjeft for å ikke holde avstand: – Jeg blir lei meg». *NRK*. 29. april 2020. <https://www.nrk.no/innlandet/blinde-med-forerhund-far-kritikk-for-a-ikke-holde-nok-avstand-i-koronatiden-1.14996708> hentet 29.04.2020.

Nettressurser

- Bipolarforeningen (u.å.) Bipolarforeningen. «Når verden blir snudd på hodet!». u.å. <https://www.bipolarforeningen.no/content/download/3349/17082/version/1/file/N%25C3%25A5r%2Bverden%2Bblir%2Bsnudd%2Bp%25C3%25A5%2Bhodet.pdf> hentet 17.04.2020.
- ImF (2013) Indremisjonsforbundet. «Verdidokument for skoler i indremisjonsforbundet (ImF)». Juli 2013. <https://www.imf.no/wp-content/blogs.dir/44/files/2018/02/ImF-REVIDERT-VERDIDOKUMENT-FOR-SKOLENE.pdf> hentet 24.02.2020.
- JW, «1. Korinter 5:11» JW.org. «1. Korinter 5:11». u.å. <https://www.jw.org/no/bibliotek/bibelen/studiebibel/boker/1-korinter/5/#v46005011> hentet 25.02.2020.
- JW, «3. Mosebok 20:10» JW.org. «3. Mosebok 20:10». u.å. <https://www.jw.org/no/bibliotek/bibelen/studiebibel/boker/3-mosebok/20/#v3020010> hentet 25.02.2020.

- JW, «Hva Bibelen lærer» JW.org. «Hva Bibelen lærer» – tekstboks nederst på siden. u.å. <https://www.jw.org/no/bibliotek/boker/bibelen-laerer/en-livsforsel-som-behager-gud/#p61-p78> hentet 25.02.2020.
- JW, «Hva sier Bibelen om blodoverføring?» JW.org. «Hva sier Bibelen om blodoverføring?». u.å. <https://www.jw.org/no/hva-bibelen-laerer/sporsmal/bibelen-om-blodoverforing/> hentet 30.04.2020.
- JW, «Hva tror Jehovas vitner?» JW.org. «Hva tror Jehovas vitner?». u.å. <https://www.jw.org/no/jehovas-vitner/faq/jehovas-vitner-trosoppfatninger/> hentet 25.02.2020.
- JW, «Norge» JW.org. «Norge». u.å. <https://www.jw.org/no/jehovas-vitner/verden-over/NO/> hentet 30.04.2020.
- JW, «Prøver Jehovas vitner å unngå tidligere medlemmer?» JW.org. «Prøver Jehovas vitner å unngå tidligere medlemmer?». u.å. https://www.jw.org/no/jehovas-vitner/faq/unnga/#?insight%5Bsearch_id%5D=668a6f39-1de3-4c6d-b442-2a069d94dd62&insight%5Bsearch_result_index%5D=1 hentet 25.02.2020.
- JW, «Ta avstand fra det Jehova hater» JW.org. «Ta avstand fra det Jehova hater» – tekstboks nest nederst på siden. u.å. <https://www.jw.org/no/bibliotek/boker/bibelen-laerer/en-livsforsel-som-behager-gud/#p61-p78> hentet 25.02.2020.
- JW, «Tillater Bibelen skilsmisse?» JW.org. «Tillater Bibelen skilsmisse?». u.å. <https://www.jw.org/no/hva-bibelen-laerer/sporsmal/skilsmisse-bibelens-syn/> hentet 25.02.2020.