

Eksamen i JUS241 Rettergang

Mønsterbesvarelse vår 2016

Skrevet av: anonym

DEL 1

Spørsmål 1

Hovedproblemstillingen er om tiltalen mot Peder Ås for mishandling i nære relasjoner etter strl. § 282 er for vagt utformet, slik at saken må avvises med mindre aktor presiserer tiltalen, jf. strpl. § 252 nr. 4, jf. § 285 andre ledd.

Det fremgår av strpl. § 252 nr. 4 at tiltalebeslutningen skal inneholde "en kort, men så vidt mulig nøyaktig" beskrivelse av det straffbare forholdet, med "opplysninger om tid og sted".

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at tiltalen må angi det faktiske forholdet tiltalte beskyldes for. Selv om ordlyden tilsier at angivelsen skal være "kort"; må den også være tilstrekkelig nøyaktig. Bestemmelsen må på dette punkt tolkes i lys av EMK art. 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav a, som krever at tiltalte informeres "in detail". Kortheten må derfor ikke gå utover nøyaktigheten. Formålet med bestemmelsen er å sørge for at tiltalte har tilstrekkelig grunnlag til å forberede sitt forsvar mot de anklagene som rettes mot ham.

Tiltalebeslutningen inneholder en viss presisering av tidsramme og sted. Den inneholder imidlertid ingen konkrete tilfeller eller eksempler på konkrete hendelser i saken. Aktor har anført at det ikke var mulig å utforme en beskrivelse som både var relativt kort og mer presis ut fra det foreliggende bevisbildet.

Høyesterett har fastsatt i sin praksis at der det dreier seg om en fortsatt forbrytelse, kan det ikke stilles like strenge krav til presiseringen av de enkelte tilfellene av forbrytelsen i tiltalen. Karakteren av en tiltale om brudd på strl. § 282, tilsier i seg selv at det dreier seg om et sammenhengende forhold. Dermed må de kravene som stilles til tiltalen her lempes.

Spørsmålet er derfor om det faktiske grunnlaget for anklagen mot Ås er så nøyaktig angitt at Ås vet hva han har å forsvare seg mot.

På den ene siden har aktor vist til at tiltalen må ses i lys av de øvrige bevisene i saken. Det er sikker rett at det er adgang til å vektlegge andre bevis i saken når klarheten i tiltalen skal vurderes. Da de bevisene som foreligger her viser til konkrete hendelser, taler dette momentet for at tiltalen er tilstrekkelig klar.

På den andre siden har aktor samtidig vist at det nettopp er bevisbildet som gjør det umulig å vise til konkrete hendelser i tiltalen, uten at det går på bekostning av kortheten. Når det foreligger bevis for konkrete hendelser, bør det også være mulig å angi disse mer nøyaktig enn det som allerede er gjort. Kravet om korthet kan da ikke tilsi at tiltalen ikke skal presiseres ytterligere. Dette taler for at tiltalen ikke er tilstrekkelig klar.

Det dreier seg imidlertid om et tvilstilfelle her da mishandlingen har pågått over lang tid, slik at om det stilles krav om presisering av en rekke tilfeller, vil dette kunne føre til at tiltalen blir svært omfattende. I en dom fra 2008, var spørsmålet om en tiltale mot en ektemann for mishandling mot sin kone som jobbet i påtalemyndigheten, var tilstrekkelig klar. Høyesterett uttalte at det måtte være tilstrekkelig at tiltalen anga et eksempel på sted, som var deres felles hjem, samt tidsrammen og måten mishandlingen blant annet hadde skjedd på. Det ble ikke stilt krav om presisering av konkrete tilfeller av mishandling. Begrunnelsen var at tiltalte, i lys av det øvrige bevisbildet, visste hva han hadde å forsvare seg mot.

Ås vil, i likhet med tiltalte i dommen, vite hva han har å forsvare seg mot når tiltalen ses i sammenheng med øvrige bevis. Det er også her, i likhet med dommen angitt eksempel på sted og måte for mishandling, samt en tidsramme. Når det heller ikke skal stilles like strenge krav til tiltalen ved en sammenhengende forbrytelse, må det legges avgjørende vekt på at formålet med bestemmelsen vil være oppfylt.

Det faktiske grunnlaget for anklagen mot Ås er så nøyaktig angitt at Ås vet hva han har å forsvare seg mot.

De krav som stilles til tiltalen i § 252 nr. 4 er da oppfylt. Aktors anførsel fører frem.

Forutsatt at tiltalen var for uklar, må aktor uansett gis adgang til å rette den, jf. § 285 andre ledd, før saken eventuelt avvises.

Konklusjonen er da at tiltalen mot Peder Ås for mishandling i nære relasjoner etter strl. § 282 ikke er for vagt utformet, slik at saken må avvises med mindre aktor presiserer tiltalen, jf. strpl. § 252 nr. 4, jf. § 285 andre ledd.

Spørsmål 2

Hovedproblemstillingen er om retten skal avskjære to av Ås sine kollegaer ført som vitner i saken.

Utgangspunktet i norsk rett er at partene har adgang til fri bevisføring slik de ønsker. Under hoverforhandlingen kan partene føre alle bevis som er "for hånden", jf. § 292. Avskjæring av bevis krever dermed særlig hjemmel.

Beviset er ikke relevant, jf. § 292 andre ledd bokstav a

Forsvareren har anført at forklaringene må avskjæres fordi de ikke er relevante for saken.

Det følger av § 292 andre ledd bokstav a) at bevis kan avskjæres når de gjelder forhold som er "uten betydning for dommens innhold".

Ordlyden av bestemmelsen oppstiller et relevanskrav. Terskelen for bevisavskjæring må imidlertid være høy, da det kreves at beviset ikke vil ha noen som helst betydning for dommens innhold, jf. ordet "uten".

Spørsmålet er derfor om forklaringen fra de to vitnene er helt uten betydning for dommens innhold.

Det fremgår av faktum at vitnene skulle forklare seg om negative erfaringer med Ås som kollega. Et kollega-forhold er noe helt annet, enn et forhold til sin ektefelle, og kan dermed fremstå som irrelevant for dommen.

På den andre siden vil momentet klart være egnet til å vise hvordan Ås oppfører seg mot kvinner, og benytter seg av hersketeknikker. Når tiltalen gjelder at Ås ved bruk av ord har brutt ned selvtilliten til sin ektefelle over lengre tid, vil beviset kunne belyse måten Ås utnytter ord overfor andre mennesker. Dette tilsier klart at beviset har en relevans, og må legges avgjørende vekt på.

Forklaringene fra de to vitnene er ikke helt uten betydning for dommens innhold.

Etter dette er ikke vilkåret i § 292 andre ledd bokstav a) oppfylt. Forsvarerens anførsel fører ikke frem.

Beviset er "sladder", jf. § 301 andre ledd første setning

Forsvareren har videre anført at det ikke er adgang til å føre bevis om "sladder" av denne karakter.

Det fremgår av § 301 andre ledd første setning at bevis "for tiltaltes dårlige vandel" bare føres så langt "retten tillater" det.

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at all form for bevis om generell vandel hos tiltalte, hans karakter og hvorvidt han generelt er en god person, kun kan føres med rettens tillatelse. Terskelen for slik bevisførsel er imidlertid høy, da slik bevisføring ikke er ønskelig i norsk rett.

Etter sikker rett er imidlertid ikke bestemmelsen ment å omfatte bevisførsel om konkrete forhold, som er relevante for den konkrete saken. All den tid et bevis kan peke på et modus i den konkrete saken, kan det da ikke anses for vandelsbevis.

I saken her skal vitnene forklare seg om Ås' bruk av hersketeknikker overfor to kvinner. Dette beviset går direkte på hans mishandling ved bruk av ord, og kan derfor ikke anses for generelt vandelsbevis.

Bestemmelsen i § 301 andre ledd første setning kommer da ikke til anvendelse.

Forsvarerens anførsel fører ikke frem.

Konklusjon

Etter dette foreligger det ikke hjemmel for avskjæring av beviset. Utgangspunktet om fri bevisføring må forbli gjeldende.

Konklusjonen er da at retten ikke skal avskjære to av Ås sine kollegaer ført som vitner i saken.

Spørsmål 3

Hovedproblemstillingen er om politiforklaringen til Kirkerud kan leses opp.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring for partene i saken. Bevisavskjæring krever dermed særlig hjemmel.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet som skranke

Forsvareren til Ås har anført at det ikke er adgang til å lese opp politiforklaringer da bevisumiddelbarhetsprinsippet gjelder under hovedforhandling.

Selv om utgangspunktet er fri bevisføring, setter bevisumiddelbarhetsprinsippet skranke for måter bevisene kan føres på.

Det følger av § 296 første ledd at vitner "bør avhøres muntlig". Det er imidlertid i andre ledd gitt adgang til å lese opp politiforklaringer om "punkter som vitnet nekter å uttale seg om". Dette tilsier at det er adgang til å lese opp politiforklaringer, der vitnet kan nekte å uttale seg.

Utgangspunktet er at vitner har en plikt til å forklare seg, jf. § 108. Første spørsmålet er da om Kirkerud kan nekte å forklare seg, jf. § 122.

Det følger av § 122 at "siktetes ektefelle (...) er fritatt for vitneplikt". Kirkerud og Ås er separert. Selv om Ås og Kirkerud nå potensielt er skilt, gjelder det samme for "fraskilte" etter § 122 andre ledd.

Kirkerud kan da nekte å forklare seg, jf. § 122.

Etter dette er da vilkårene for opplesning av politirapporten i § 296 andre ledd oppfylt. Forsvarerens anførsel kan ikke føre frem.

Tiltaltes rett til avhør av vitner, jf. EMK art. 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d

Forsvareren har videre anført at politiforklaringen uansett ikke kan leses opp, all den tid tiltalte ikke vil få anledning til å utspørre vitnet Kirkerud.

Det er en grunnleggende rettighet etter norsk rett, og fremgår også av EMK art. 6

nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d, at tiltalte har rett til å krysseksaminere vitner. I EMDs praksis har det blitt presisert at denne retten tilsier at tiltalte må gis adgang til å stille spørsmål. Det kreves imidlertid ikke at vitnet faktisk svarer på spørsmålene, jf. Kaste og Mathisen mot Norge.

Spørsmålet er da om det er adgang til å stille spørsmål til Kirkerud etter at politirapporten er lest opp.

Bistandsadvokat har anført at vernet i § 122 som Kirkerud påberoper seg, også tilsier at hun ikke skal kunne stilles spørsmål.

Ordlyden i § 122 tilsier at vitnet er "fritatt for vitneplikt". Ordlyden i seg selv kan forstås både dithen at personen kan nekte å svare på spørsmål, men også slik at vitnet ikke trenger å stille seg til disposisjon i vitneboksen.

Formålet med bestemmelsen er imidlertid å frita vitnet for den påkjenningen det vil være å måtte velge mellom å inkriminere en slektning, eller eventuelt lyve, om personen pålegges vitneplikt. Dette formålet vil være oppnådd også hvis vitnet inntar vitneboksen og kan stilles spørsmål, all den tid vitnet kan nekte å besvare spørsmålene.

Sett i sammenheng med at retten til krysseksaminasjon er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti for tiltalte, og disse to rettighetene for henholdsvis vitnet og tiltalte er forenlige etter sine formål, må bestemmelsen i § 122 tolkes slik at den ikke fritar tiltalte hans rett til å stille spørsmål til vitnet.

Bestemmelsen i § 122 må da tolkes dithen at vitnet er fritatt fra å forklare seg og svare på spørsmålene, men ikke fra å bli stilt spørsmål til. Anførselen fra bistandsadvokaten kan ikke føre frem.

Det er da adgang til å stille spørsmål til Kirkerud etter at politirapporten er lest opp.

Etter dette er den rett tiltalte har til å krysseksaminere vitner etter norsk rett og EMK art. 6 nr. 1, jf. nr. 3 bokstav d, oppfylt.

Forsvarerens anførsel fører ikke frem.

Ulovlig ervervet bevis

Forsvareren har anført at politiforklaringen er avgitt uten at Kirkerud er informert om sin rett til å nekte å forklare seg etter § 122, noe som må føre til bevisforbud.

Det er på det rene at Kirkerud ikke ble informert om sin rett etter § 122. Beviset er i utgangspunktet ervervet på ulovlig måte.

Spørsmålet er om det at beviset er ervervet på ulovlig måte medfører at beviset må avskjæres.

Det er ingen automatikk i norsk rett at ulovlig ervervede bevis forbys ført. Etter sikker rett vil adgangen til å føre bevis måtte bero på en konkret interesseavveining av hensynet til sakens opplysning og materielt riktig dom på den ene siden, og de prinsipielle betenkelighetene som hefter ved føring av beviset og de konkrete forhold i saken på den andre siden. Med andre ord må prinsipielt bevisets vekt veies opp mot krenkelsens grovhet.

Det er videre sikker rett at også der bevisføringen medfører en ny eller fortsatt krenkelse av de samme reglene som ble brutt ved innhenting av beviset, må beviset avskjæres. I utgangspunktet vil en ny føring av Kirkeruds politiforklaring være en ny krenkelse av hennes rett til å forholde seg taus etter § 122. Kirkerud har imidlertid samtykket til bevisføringen, og da kan ikke krenkelsen anses for fortsatt. Det er også sikkert at tiltalte selv ikke kan påberope seg en fortsatt krenkelse av andres rettigheter, jf. bl.a. Munch og Madonna -saken.

Spørsmålet blir derfor om en avveining av de motstående hensynene som gjør seg gjeldende, særlig bevisets vekt og krenkelsens grovhet, tilsier at beviset ikke skal tillates ført.

Krenkelsen her er rettet mot Kirkerud. Hun selv har samtykket i at politiforklaringen leses opp, og har også avgitt en så god forklaring for retten som hun klarer. Ingen av tiltaltes egne rettigheter vil heller bli krenket om beviset leses opp. Dermed tilsier krenkelsens karakter at beviset ikke skal avskjæres.

Beviset er også helt sentralt, samtidig som måten beviset er innhentet på ikke har medført at bevisets vekt og verdi svekkes eller blir tvilsom. Også dette tilsier at beviset ikke skal avskjæres.

Det er ingen konkrete momenter i saken her som tilsier at beviset skal avskjæres. Det er få, om noen, betenkeligheter ved å føre det, samtidig som bevisvekten er betydelig. Dette må det legges avgjørende vekt på.

En avveining av de motstående hensynene som gjør seg gjeldende, særlig bevisets vekt og krenkelsens grovhet, tilsier at beviset skal tillates ført.

At beviset er ervervet på ulovlig måte medfører ikke at beviset må avskjæres. Forsvarerens anførsel fører ikke frem.

Konklusjon

Ingen av anførselene til forsvareren har ført frem. Det foreligger ikke særlig hjemmel for avskjæring av beviset i saken her.

Konklusjonen er da at politiforklaringen til Kirkerud kan leses opp.

DEL 2

Sakens parter er Hans Tastad mot Strandvik kommune og Trude Klepp.

Spørsmål 1

Hovedproblemstillingen er om søksmålet skal avvises.

Påstand 1 og 2 kan ikke reises i samme søksmål

Kommunen og Klepp har primært anført at saken skal avvises fordi det ikke er adgang til å legge ned påstand 1 og 2 i samme søksmål.

Det følger av tvisteloven (tvl.) § 15-2 (1) at flere parter kan saksøkes i en sak når a) "vilkårene i § 15-1 første ledd bokstav a til c er oppfylt", og b) "ingen av parter har innsigelser" eller "det er så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak".

Vilkårene i § 15-2 (1) a) er oppfylt, jf. § 15-1(1) a til c.

Det er på det rene at partene har innsigelser. Spørsmålet er derfor om det er "så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak", jf. § 15-2(1) bokstav b.

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at felles behandling skal tillates der dette fremstår hensiktsmessig ut fra kravenes karakter. Hensynet til prosessøkonomi står sentralt her, da det vil være gunstig å behandle flere krav i samme sak, der bevisføringen vil overlappe for de to kravene. Også hensynet til sakens opplysning er et viktig hensyn bak bestemmelsen, da det vil være gunstig å behandle søksmål mot flere parter i en sak, der alle partene vil kunne bidra til opplysning av saken.

Spørsmålet er derfor om det vil være gunstig å behandle kravet mot kommunen og Klepp, og kravet mot Klepp i samme sak, sett hen til prosessøkonomiske hensyn og hensynet til sakens opplysning.

På den ene siden dreier begge søksmålene seg om forhold rundt huset til Klepp. Dette kan tale for at det er en nær sammenheng mellom kravene, slik at de bør behandles samlet.

På den andre siden dreier kravet i påstand 1 seg om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, og bygger på at forvaltningen har tolket loven feil, samt en inhabilitetsinnsigelse. Bevisføringen for dette kravet vil da også konsentrere seg om inhabilitetsinnsigelsen,

og argumentasjonen om lovtolkningen av plan- og bygningsloven. Kravet i påstand 2 vil utelukkende kreve bevis for forhold rundt fargen på huset til Klepp, og argumentasjon om naboloven § 2. At kravene baserer seg på totalt forskjellige

grunnlag, som krever hver sin form for bevisføring, taler klart imot at det foreligger nær sammenheng mellom dem, og da også mot å føre dem samlet.

Videre vil påstand 1 også overprøve et forvaltningsvedtak, ut fra den begrensede adgangen domstolen har til slik overprøving. Kravet mot Klepp krever mer omfattende bevisføring, og en realitetsprøving. Når kravene vil kreve hvert sitt, er det vanskelig å se at det vil være mer prosessøkonomisk gunstig å føre dem samlet. Dette taler for at kravene skal føres adskilt.

Heller ikke sakens opplysning vil lide om kravene skilles, da kravene krever forskjellig bevisførsel, og Klepp vil være til stede under begge behandlingene. Dette taler da også for at det ikke foreligger slik nær sammenheng mellom kravene til at de bør tillates ført samlet.

Det må legges da avgjørende vekt på at kravene krever helt forskjellig bevisføring, slik at hensynene til prosessøkonomi og sakens opplysning ikke tilsier felles førsel.

Det vil ikke være gunstig å behandle kravet mot kommunen og Klepp, og kravet mot Klepp i samme sak, sett hen til prosessøkonomiske hensyn og hensynet til sakens opplysning.

Det er ikke "så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak", jf. § 15-2(1) bokstav b.

Vilkårene for å føre sak mot flere saksøkte samlet er da ikke oppfylt, jf. § 15-2(1).

Spørsmålet er om saken da skal avvises.

Det følger av § 15-2(4), jf. § 15-1(4) at når saken nektes behandlet i saken "og kravet fører under norsk domsmyndighet", skal kravet behandles "som egen sak hvis parten begjærer dette innen en frist som retten fastsetter".

Bestemmelsen må forstås slik at det generelt er grunnlag for å oppdele kravene, slik at de behandles adskilt. Det er på det rene at kravene hører "under norsk domsmyndighet". Kravene må da behandles i to separate saker.

Søksmålet skal ikke avvises.

Anførselen til kommunen og Klepp fører ikke frem.

Påstand nr. 2

Klepp har subsidiært anført at påstand nr. 2 må avvises fordi en ikke kan gå til søksmål med en slik påstand. Anførselen retter seg mot tvl. § 1-3(1) og vilkåret "rettskrav".

Det fremgår av § 1-3(1) at det kan reises sak for domstolene "om rettskrav".

Vilkåret "rettskrav" tilsier at kravet må bygge på rettsregler, og ha en rettsvirkning mellom partene. Utgangspunktet er derfor at det ikke kan reises søksmål for å få fastsatt en tilstand, da det ikke vil medføre noen rettsvirkning mellom partene. Det er likevel gitt noen unntak fra regelen, der det kan reises krav om fastsetting av eiendomsrett, eller søksmål om at erstatningsplikt foreligger uten at det kreves erstatning.

Påstanden Tastad har lagt ned krever bare at retten fastsetter at fargen på nabohuset er ulovlig, uten at han krever en rettsvirkning. Spørsmålet er derfor om det er adgang til å fremme et fastsettelsessøksmål om at noe er i strid med naboloven § 2. uten at det kreves en virkning.

Om retten avgjør kravet til Tastad i samsvar med hans påstand, vil det ikke gi Tastad rett til å kreve noe av Klepp. Rettskraftvirkningen vil derfor være uklar, og han vil ikke ha tvangsgrunnlag til et krav overfor Klepp. Denne sammenhengen tilsier at det ikke skal gis adgang til å legge ned påstanden slik Tastad har gjort.

På den andre siden har Høyesterett akseptert at det legges ned påstand om at noe er i strid med en negativ servitutt. I Nordbetong-dommen var spørsmålet om det kunne gis dom på at et selskap hadde bygget leiligheter i strid med en negativ servitutt. Høyesterett viste til at det ikke var aktuelt å rive leilighetene som allerede sto ferdig. Saksøker måtte da ha rett til å få dom på at utbyggingen var ugyldig, og bruke dette i senere forhandlinger og en sak som pågikk parallelt med denne.

Dommen har overføringsverdi til vår sak, da også Tastad vil kunne bruke en dom om at fargen på huset er ulovlig i en forhandling med Klepp. Dette kan tale for at Tastad må kunne legge ned den aktuelle påstanden.

På den andre siden skiller dommen seg fra vår sak. I saken her er det fremdeles aktuelt å kreve dom på at Klepp må male huset på nytt, til forskjell fra dommen der det ikke var aktuelt med riving. Søksmålet her er også et selvstendig søksmål, uten sammenheng med et annet parallelt søksmål om samme krav. Hvorvidt dommen har generell overføringsverdi er uklart. Dette taler for at argumentet over ikke kan ilegges stor vekt.

Av rettspraksis fremgår det også at det ikke er adgang til å kreve dom på at det foreligger en mangel ved en vare, da det ikke vil ha noen konkret virkning mellom partene. Begrunnelsen er blant annet prosessøkonomiske hensyn, da en fastsettelse av en mangel, vil kunne medføre en ny sak der spørsmålet er hvilken mangelsbeføyelse som kan kreves. En slik tankegang har klar overføringsverdi til saken her, da en dom på at fargen er i strid med naboloven § 2, igjen reiser spørsmål om det medfører erstatningsplikt eller om Klepp skal male over huset eller lignende. Dette taler klart for at det ikke skal kunne legges ned slik påstand, og må legges avgjørende vekt på.

Det er ikke adgang til å fremme et fastsettelsessøksmål om at noe er i strid med naboloven § 2. uten at det kreves en konkret virkning.

Det dreier seg dermed ikke om et "rettskrav", jf. § 1-3(1).

Spørsmålet er så om rettsvirkningen av feil ved den nedlagte påstanden er avvisning.

Det følger av § 16-5 at om en "prosesshandling [har] mangler som kan avhjelpes" setter retten "frist for retting og gir nødvendig veiledning med opplysning om følgene av at retting ikke foretas".

Det er på det rene at nedleggelse av en påstand er en prosesshandling. Mangelen er også mulig å avhjelpe ved at påstanden rettes. Dermed skal retten gi veiledning slik at Tastad kan rette påstanden sin, jf. også § 11-5(11) andre setning.

Rettsvirkningen av feil ved den nedlagte påstanden er ikke avvisning.

Rettes ikke påstanden, skal saken avvises, jf. § 29-21 (2) nr. 1, jf. § 1-3(1).

Klepps anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjonen

Ingen av anførselene har ført frem, under den forutsetning at feilen rettes når det gjelder påstand nr. 2.

Konklusjonen er da at søksmålet ikke skal avvises.

Spørsmål 2

Hovedproblemstillingen er om retten kan avskjære Tastads bevilgning om befaring av området rundt hans og Klepps hus.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring, jf. tvl. § 21-3(1). Dette gjelder også fast eiendom, som er realbevis, jf. § 26-1. Avskjæring av beviset krever derfor særskilt hjemmel.

Beviset har åpenbart relevans, jf. § 21-7(1).

Det fremgår imidlertid av § 21-8 at det skal være "rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen". Retten kan "begrense bevisføringen for å oppnå lovens formål etter § 1-1" om det er "varslet en bevisføring av et omfang som går ut over" det som må anses som rimelig etter første setning.

Bestemmelsen gjelder også på saksforberedelsesstadiet, jf. ordet "varslet". Ordlyden av bestemmelsen tilsier at bevis kan avskjæres ut fra en konkret

proporsjonalitetsvurdering. I den konkrete proporsjonalitetsvurderingen står hensynet til sakens opplysning og materielt riktig dom på den ene siden, og hensynet til prosessøkonomi på den andre siden. Vurderingen må derfor ses i lys av de besparelser som vil bli gjort om beviset avskjæres, samt bevisets og tvistens betydning. Det må her ses hen til § 1-1, og om formålet med tvisteloven vil bli ivaretatt om beviset avskjæres.

Spørsmålet er da om en befaring er proporsjonal bevisføring, sett hen til prosessøkonomiske hensyn og hensynet til sakens opplysning, samt den konkrete tvistens betydning og formålet med tvisteloven i § 1-1.

Retten har vist til at de over lengre tid har vært underbemannet grunnet små bevilgninger, noe som tilsa å avskjære befaring som bevis. Det følger av § 1-1 at en "tillitskapende behandling av rettsstvier" er et sentralt formål med tvisteloven. Hvis det gis adgang til å avskjære bevis utelukkende fordi domstolen har fått små bevilgninger, vil dette svekke tilliten til at domstolen tar forsvarlige avgjørelser ut fra tvistens betydning. Dette tilsier klart at momentet ikke kan vektlegges som et argument for bevisavskjæring etter § 21-8.

Det fremgår av faktum at retten besluttet å føre saken etter reglene for allmennprosess, grunnet summen på verdireduksjonen på boligen til Tastad. At tvistesummen er så stor, samtidig som retten anser det å være behov for behandling etter reglene om allmennprosess, kan i seg selv tilsa at saken er av betydning, slik at bevisstilbudet ikke skal avskjæres.

Likevel vil behandlingen av saken kunne kortes ned til en dag, i stede for de planlagte to, om beviset avskjæres. Det vil derfor utvilsomt være det mest prosessøkonomiske å avskjære beviset. Når retten etter § 1-1 skal tilrettelegge for en "rask" og "effektiv" behandling av tvister, sikter dette nettopp til prosessøkonomiske hensyn. Dette taler for at beviset skal avskjæres.

Det er videre tvilsomt hvor stort bidrag til sakens opplysning og materielt riktig dom beviset vil være. På den ene siden vil en befaring klart bidra til at retten får et bedre inntrykk av området og fargen på huset til Klepp. Etter lovens formål skal partene også få lov til å føre bevis umiddelbart for retten. Dette taler for at beviset ikke skal avskjæres. Imidlertid vil fargen og området kunne ses på bilder også, slik at det å se stedet på ekte ikke nødvendigvis vil bidra i stor grad. Behandlingen av saken vil da kunne være "forsvarlig", jf. § 1-1 selv om beviset avskjæres, noe som trekker i retning av avskjæring.

Ses den usikre vekten av en befaring i sammenheng med at det mest prosessøkonomiske vil være å avskjære beviset, taler disse momentene klart for at bevisføringen vil være uproporsjonal. Selv om saken er av betydning, vil ikke en befaring være nødvendig for å opplyse den tilstrekkelig. Dette må det samlet sett legges avgjørende vekt på.

En befaring er ikke proporsjonal bevisføring, sett hen til prosessøkonomiske hensyn og hensynet til sakens opplysning, samt den konkrete tvistens betydning og formålet med tvisteloven i § 1-1.

Etter dette er vilkårene for å avskjære bevis etter § 21-8 oppfylt. Det foreligger da hjemmel for unntak fra utgangspunktet om fri bevisføring.

En annen potensiell hjemmel for avskjæring vil kunne være § 21-7 (2) b), om det er slik at bildene vil kunne vise akkurat det samme som en berfaring. Denne drøftes imidlertid ikke nærmere, i mangel på informasjon om innholdet i bildene, samt tidshensyn.

Konklusjonen er at retten kan avskjære Tastads bevistilbud om befaring av området rundt hans og Klepps hus.

Spørsmål 3

Hovedproblemstillingen er om retten kan nekte Tastad å fremlegge avisartikkelen med uttalelser fra professor Edgar Sørtveit i sin prosedyre.

Bevis om rettsspørsmål, jf. § 11-3 tredje setning

Klepp har anført at det ikke er adgang til å fremlegge denne type uttalelser som bevis.

Det fremgår av § 21-1 at reglene om bevis "gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken". Faktum er noe uklart, men forstås dithen at Tastad ønsker å fremlegge Sørtveits uttalelser om de rettslige spørsmålene i saken. Dette er da ikke en del av "det faktiske avgjørelsesgrunnlaget", og reglene om bevis kommer ikke til anvendelse.

Det fremgår av § 11-3 første setning at retten skal "av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler". Det er derfor i utgangspunktet retten som skal sørge for rettsanvendelsen.

Det fremgår videre av § 11-3 tredje setning at dersom rettsanvendelsen "ikke fullt forsvarlig kan belyses på annen måte", kan retten bestemme at det skal "føres bevis om rettsspørsmål", eller "tillate partene å føre slike bevis".

Det første spørsmålet er om det dreier seg om "bevis om rettsspørsmål" i saken her.

Ordlyden av vilkåret tilsier at det må dreie seg om konkrete bevis, utover de rettskildene partene fører. Partene står fritt til å argumentere for sitt syn rundt rettsspørsmålet, ut fra foreliggende rettskilder. Bevis om rettsspørsmål vil derfor være den type bevis som vanligvis føres om det faktiske grunnlaget, slik som dokumenter, utredninger, og lignende.

Tastad har anført at han fritt måtte tillates å fremlegge materiale som støtter hans syn på naboloven. En avisartikkel vil imidlertid vanligvis være et realbevis. Når beviset omhandler rettsspørsmålet i saken, må det anses for å være "bevis om

rettsspørsmål", jf. § 11-3 tredje setning. Anførselen kan derfor ikke føre frem.

Spørsmålet blir om saken "ikke fullt forsvarlig kan belyses på annen måte" enn hvis Tastad tillates ført avisartikkelen om naboloven som bevis.

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at retten kun i særlige tilfeller, der det er behov for ytterligere opplysning av rettsspørsmålet, skal tillate partene å føre bevis om rettsspørsmål. Dette er et unntak fra utgangspunktet i første setning, og må anses for å ha høy terskel. Etter praksis og forarbeider er bestemmelsen forbeholdt snevre rettsområder, der partene har bedre kjennskap til rettsområdet, enn retten selv.

Naboloven § 2 er en bestemmelse som retten må kunne forutsettes å ha tilstrekkelig kunnskap om selv. Det er dermed vanskelig å se at det skal eller bør gis adgang til å føre bevis om rettsspørsmålet i saken her. Terskelen kan ikke anses for overskredet.

Saken kan "fullt forsvarlig (...) belyses på annen måte" enn hvis Tastad tillates ført avisartikkelen om naboloven som bevis.

Etter dette er ikke vilkårene for å føre bevis om rettsspørsmål i saken oppfylt. Anførselen til Klepp fører frem.

Konklusjonen er da at retten kan nekte Tastad å fremlegge avisartikkelen med uttalelser fra professor Edgar Sørtveit i sin prosedyre.

Subsidiært forutsettes det at Tastad gis tillatelse fra retten i medhold av § 11-3 tredje setning til å føre bevis om rettsspørsmål.

Preklusjon, jf. § 9-16

Klepp har videre anført at det var alt for sent å fremlegge avisartikkelen under prosedyren.

Det følger av § 9-16 at "etter avsluttet saksforberedelse" kan en part ikke "mot motpartens protest" tilby nye bevis, med mindre "retten tillater det" med hjemmel i unntakene i bokstav a til c.

Det er på det rene at saksforberedelsen er avsluttet, jf. § 9-10, og at Klepp har protestert.

Bestemmelsen gjelder imidlertid "bevis". Etter lovens system er reglene om bevis de som omfatter det "faktiske avgjørelsesgrunnlaget", jf. § 21-1. Lovens sammenheng tilsier i utgangspunktet at det er bevis om det faktiske som også skal kunne prekluderes med hjemmel i § 9-16.

Spørsmålet er da om § 9-16 gir hjemmel for å prekludere bevis om rettsspørsmål.

I saken her dreier det seg om bevisføring rundt rettsspørsmålet, i medhold av § 11-3 tredje setning. I § 11-3 brukes også ordet "bevis" noe som tilsier at bestemmelsen i

§ 9-16 også må gjelde for denne typen bevisføring.

Formålet med bestemmelsen i § 9-16 er å sørge for at motparten ikke blir overrumplet, blant annet med bevis. Partene skal opptre redelig overfor hverandre, og fremsette bevis så tidlig som mulig. Også prosessøkonomiske hensyn tilsier at det skal kreves at partene fremsetter sine bevis tidligst mulig, slik at saken ikke skal måtte utsettes.

Alle disse hensynene gjør seg også gjeldende for bevis om rettsspørsmål, da motparten også må gis tilstrekkelig anledning til å føre denne typen bevis om ønskelig, jf. at retten samtykker i at "partene", altså begge, skal kunne føre bevis om rettsspørsmål etter § 11-3 tredje setning. Gis tillatelsen til å føre slike spørsmål så seint som prosedyren, på begjæring av en part, vil den andre ha vanskeligheter med å innhente slik materiale selv. Dette tilsier dermed at også slike bevis må kunne prekluderes.

På den andre siden følger det av § 11-3 tredje setning at retten "kan" gi adgang til å føre slike bevis. At beviset fremsettes sent i hovedforhandlingen, og derfor vil overrumpe motparten, vil i utgangspunktet være et tungtveiende argument for at retten ikke skal gi slik tillatelse etter § 11-3 tredje setning. Videre forutsetter § 11-3 tredje setning at retten ikke har et forsvarlig grunnlag for å vurdere saken uten bevis om rettsspørsmål fra partene. Dermed vil det gi dårlig sammenheng i loven å kunne prekludere slike bevis etter § 9-16, uten at retten får noe mer kunnskap om rettsspørsmålet. Da må retten heller utsette saken for å skaffe seg tilstrekkelig kunnskap, eller tillate ytterligere bevisførsel om rettsspørsmålet. Dette er tungtveiende argumenter for at bestemmelsen i § 9-16 ikke skal anvendes ved bevisføring om rettsspørsmål, og må legges avgjørende vekt på.

Bestemmelsen i § 9-16 gir da ikke hjemmel for å prekludere bevis om rettsspørsmål.

Anførselen fra Klepp kan ikke føre frem.

Subsidiært er konklusjonen at retten ikke kan nekte Tastad å fremlegge avisartikkelen med uttalelser fra professor Edgar Sørtveit i sin prosedyre.

Atter subsidiært forutsettes det at bestemmelsen i § 9-16 kommer til anvendelse.

Det fremgår av § 9-16 a at tillatelse til å likevel føre beviset skal gis, når "parten ikke kan bebreides at endringen ikke er foretatt tidligere, og det vil være urimelig å nekte endringen".

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at parten må ha vært aktsom i sin handling, når beviset ble fremsatt for sent.

I saken her fremgår det at avisartikkelen sto på trykk en uke før hovedforhandlingen. Dette tilsier at Tastad ikke kunne ha varslet beviset før saksforberedelsen var ferdig, to uker før hovedforhandlingen. Imidlertid er det klart at Tastad kunne ha fremsatt artikkelen tidligere enn prosedyren, som er i slutten av

selve hovedforhandlingen. Han må derfor anses å ha vært uaktsom, og er å bebreide, etter § 9-16(1) a).

Bestemmelsen i § 9-16 (1) a kan da ikke gi grunnlag for å tillate beviset ført. Heller ikke bokstav b eller c kommer til anvendelse, eller § 9-16 (2).

Beviset må da prekluderes.

Atter subsidiært er konklusjonen at retten kan nekte Tastad å fremleg