

## Sensorveiledning

### JUS4211 – Prosess og strafferett Høst 2022

Dato: 21.12.2022

Tid: 09:00 – 15:00. 6 timer

---

#### 1. Liten praktikum.

##### Læringskrav og pensum:

Det følger av læringskravene at kandidatene skal ha god forståelse av «[m]etodiske forhold og problemstillinger på strafferettens område, herunder ved tolking av straffebud». Videre skal de ha god forståelse for «[a]nsvarslæren, herunder hovedvilkårene for straff: (1) lovstridig handling, (2) fravær av straffrihetsgrunner, (3) subjektiv skyld, og (4) tilstedeværelse av personlige forutsetninger for straff».

Hovedlitteratur i alminnelig strafferett er Andenæs, Johs. Med Rieber-Mohn og Sæther Alminnelig strafferett (2016) og Eskeland, Ståle med Alf Petter Høgberg Strafferett (2017). Hovedlitteratur i spesiell strafferett er Jacobsen mfl. Forbrytelser i utvalg: Straffelovens regler om voldsforbrytelser, seksualforbrytelser, formuesforbrytelser og narkotikaforbrytelser (2020).

Straffeloven § 311 har tittelen «Fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn» og den aktuelle delen av bestemmelsen lyder:

«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som

- a. produserer fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn,
- b. utgir, tilbyr, selger, overlater til en annen, gjør tilgjengelig eller på annen måte søker å utbre fremstillinger som nevnt i bokstav a,
- c. anskaffer, innfører eller besitter fremstillinger som nevnt i bokstav a, eller forsettlig skaffer seg tilgang til slikt materiale,

[...]

Med barn menes i denne paragrafen personer som er eller fremstår som under 18 år.

Den som uaktsomt foretar handling som nevnt i første ledd, straffes med bot eller fengsel inntil 6 måneder. På samme måte straffes den innehaver eller overordnede som forsettlig eller uaktsomt unnlater å hindre at det i en virksomhet blir foretatt handling som nevnt i første ledd.»

I oppgitt hovedlitteratur for spesiell strafferett omhandler kapittel 17 straffebud rettet mot seksuelle krenkelser av barn. Der klargjøres det legislative grunnlaget for flere av bestemmelsene i straffelovens seksuallovbruddkapittel, og om § 311 heter det:

«Paragraf 311 om fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn, kan for sin del sies å ha en særlig sammensatt begrunnelse. Straffebudet utgjør en del av vernet for det enkelte barn mot seksuelle overgrep, da produksjonen av slike

materiale ofte vil innebære seksuelle overgrep mot barn. Men også spredning av materialet utgjør en (ytterligere) krenkelse av barnet som er involvert i fremstillingen. I tillegg rammer straffebudet blant annet tegninger og tekst av barnepornografisk karakter, og får slik sett også karakter av å skulle beskytte barn i allmenhet mot all form for seksualisering og mulige overgrep [... Straffebudet har også] sammenheng med de allmenne straffebudene mot pornografi i § 317 [...] Som vi skal se, innebærer de straffebudene som her er gitt til beskyttelse av barn, en klart strengere regulering».

Det redegjøres nærmere for bestemmelsen på s. 146–148, og av interesse for oppgaven heter det på s. 147:

«Den andre kategorien omfatter fremstillinger som 'seksualiserer' barn. Eksempler på tilfeller som omfattes av det andre alternativet, er avbildninger av et lite barn med fokus på kjønnsorganene eller av et barn som holder et sex-leketøy [...] Gitt at det er tale om en 'fremstilling', blir spørsmålet hvilke former for involvering i materialet som rammes av straffebudet – uavhengig av om det gjelder fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn. Første ledd lister opp forskjellige former for befatning med slikt materiale som rammes. I et klanderperspektiv er det mest alvorlig å produsere slike fremstillinger, særlig der det er tale om faktiske overgrep mot barn. Produksjon er nevnt i bokstav a, men også den som distribuerer slikt materiale, gjør noe klart klanderverdig. Distribusjon bidrar til spredning og 'forsterker' dermed markedet for slikt materiale. Der det er et identifiserbart barn som blir utsatt for overgrep, vil spredningen forsterke krenkelsen av det aktuelle barnet. Bokstav b rammer derfor den som utgir, tilbyr, selger, overlater til en annen, gjør tilgjengelig eller på annen måte søker å utbre slikt materiale. Ordlyden «søker å» gjør at allerede forsøkshandlinger rammes som fullbyrdede brudd på bestemmelsen. Mye av den samme kritikken som kan rettes mot den som tilbyr slikt materiale, kan rettes mot mottager av det. Derfor rammer bokstav c den som anskaffer, innfører eller besitter fremstillinger som nevnt i bokstav a, eller forsettlig skaffer seg tilgang til slikt materiale.».

#### Generelt:

Kandidatene er bedt om å ta stilling til «skyldspørsmålet», og slik oppgaven er lagt opp innebærer det at det tas stilling til om straffebudets gjerningsbeskrivelse passer på handlingen og om det er utvist slik skyld som kreves. I utgangspunktet faller det utenfor å ta stilling til bevisvurderingen under skyldspørsmålet, men drøftelsene av om det er utvist skyld vil i noen grad føre til at kandidatene trekker slutninger fra saksforholdet.

Det er kun de to nevnte tiltalepostene som skal drøftes. Det er således ikke spørsmål om straffansvar for Tulla. Hendelsesforløpet og valg av straffebud tilsier videre at tiltalen ikke omhandler opptakene av «maskinisten» Ås. Det er et spørsmål om Kari forsøker å overtre § 311 når hun legger mobiltelefonen tilbake i ventilasjonsanlegget og om hun trår tilbake fra forsøket når hun senere fjerner telefonen og kaster den til sjøs, jf. § 16 annet ledd. Slik tiltalepostene og anførslene er angitt, skal dette ikke drøftes.

Det skal i utgangspunktet heller ikke tas stilling til prosessuelle spørsmål, som for eksempel at det er «politiet» som har tatt ut tiltale, bruken av Peders filmopptak mv. Det melder seg imidlertid et spørsmål om omsubsumsjon, som kan sies å falle inn under «skyldspørsmålet»

#### Tiltalens post I:

Spørsmålet er om Kari har produsert en fremstilling som seksualiserer barn, jf. straffeloven § 311 første ledd bokstav a. Tiltalen er ikke nærmere konkretisert, så drøftelsen må ta utgangspunkt i beskrivelsen av saksforholdet.

«Fremstilling»:

Vilkåret «produserer fremstilling» forstås vidt og omfatter etter forarbeidene ethvert medium.

Det er klart at Karis videoopptak med mobiltelefonen er en slik fremstilling.

«Barn»:

Vilkåret om at fremstillingen må gjelde «barn» er legaldefinert i annet ledd til «personer som er eller fremstår som under 18 år». Den er altså ikke avbildedes reelle alder som er avgjørende, men hvilket inntrykk fremstillingen gir av vedkommendes alder.

Lærlingen Tastad «måtte ha samtykke fra sine foresatte før han mønstret på», og det er regelen at det skal innhentes skriftlig samtykke fra foresatte «[f]ør barn som er under 15 år eller er skolepliktig settes til arbeid», jf. § 12-4 i Forskrift om organisering, ledelse og medvirkning gitt med hjemmel i arbeidsmiljøloven. Dessuten mente Kari da hun våknet «at han mest sannsynlig fortsatt var mindreårig».

Tastad er å anse som et barn.

«Seksualiserer»:

Spørsmålet er så om fremstillingen «seksualiserer» Tastad. I forarbeidene til bestemmelsen som § 311 viderefører er det sagt at «grensen må trekkes mellom «normale» nakenbilder av barn, og bilder som er egnet til å gi seksuelle assosiasjoner», jf. Ot.prp. nr. 20 (1991–1992) s. 53. Et rent nakenbilde er altså ikke i seg selv tilstrekkelig, i det fremstillingen må assosieres med noe seksuelt. Det gjelder også selv om noen skulle bli opphisset av barns normalitet.

Opptaket viste Tastad som «vred av seg den svette bokseren like under kameraet og gikk naken inn i dusjen». Det er ikke oppgitt at det er et særlig fokus på kjønnsorganer eller lignende. Antagelig vil det bero på hvordan de leser teksten om kandidatene forstår dette som en fremstilling som «seksualiserer barn». Teksten kan leses nøkternt som at det er tatt opptak er en regulær avkledding av underbukse som ikke går ut over en helt regulær nakenhet. Det er mulig noen leser og forstår den billedlige beskrivelsen av at han «vri av seg» boxeren og at dette skjer tett på kameraet, som seksualisert adferd.

Konklusjonen på dette punkt er ikke vesentlig, men studentene må finne frem til de relevante vurderingstemaer og momentene i teksten.

Skyld – «forsett»:

Spørsmålet er så, eventuelt subsidiært, om Kari har handlet med skyld i form av forsett.

Hensikten til Kari var å få et «glimt» av Ås, og for filmingen av Tastad er det således et spørsmål om sannsynlighetsforsett, jf. § 22 første ledd bokstav b. Det krever at Kari har handlet med «bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen».

For at det er sannsynlighetsforsett om opptak av barn taler at opptaket ble gjort i garderoben i skipets treningsrom, som var et «populært samlingssted, særlig for lærlingene om bord». Dersom Kari er oppmerksom på det, taler det også for fremstått sannsynlig for henne at det ville bli tatt opptak av lærlinger. Det er imidlertid ikke noe i beskrivelsen av saksforholdet som kaster lys over Karis konkrete kunnskap og tanker. På dette punkt bør kandidatene verken trekkes for spekulasjon i form av slutninger om hva Kari vet, eller fravær av slik spekulasjon.

Det kan tenkes at noen vil argumentere for at det minste er handlet med sløret sannsynlighetsforsett, hvorefter det er tilstrekkelig at det er noe «man vet, selv om man ikke tenker aktivt på det i det avgjørende øyeblikket», se HR-2022-1323-A avsnitt 21 flg. med videre henvisninger. For at Kari hadde slik latent kunnskap da kamerat ble montert, taler at hun våknet og «kom [...] på» at «Tastad måtte ha samtykke fra sine foresatte før han mønstret på, og at han mest sannsynlig fortsatt var mindreårig». Det er imidlertid ingen informasjon i oppgaven om hvor sannsynlig det var for henne at nettopp han ville dusje i opptaksperioden. Kanskje vil noen også for dette spørsmålet forutsette at hun visste at det var et «populært samlingssted, særlig for lærlingene». Heller ikke her bør kandidatene trekkes for spekulasjon eller fravær av spekulasjon.

Videre er det et spørsmål om skylden dekker det at opptaket «seksualiserer» barn. Mot at det er utvist forsett taler at opptaket ble gjort for å få et «glimt» av maskinisten Ås «naken i dusjen», og at det ikke er noen informasjon i teksten om at Kari ville få seksuelle assosiasjoner utover nakenhet. Det er på den annen side ikke umulig med seksualisering ved en glimtvis fremstilling og tilhørende seksuelle assosiasjoner, se over om mulig lesning av teksten.

Konklusjonen på dette punkt er ikke det vesentligste, men studentene må finne frem til de relevante momentene i teksten.

*Skyld – «uaktsomhet»:*

Det skal også drøftes, eventuelt subsidiært, om Kari har handlet uaktsomt, altså i strid med kravet til forsvarlig opptreden og at hun ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, jf. § 23. Merk at § 311 fraviker lovens utgangspunkt om at uaktsomheten må være grov, jf. § 311 tredje ledd.

Uaktsomhetsdrøftelsen må knyttes dels til spørsmålet om det å at det ble gjort opptak av barn og dels til spørsmålet om seksualisering. Av betydning for det første er at opptaket ble gjort på et populært samlingssted for lærlingene om bord og av betydning for det andre var at opptaket ble gjort i garderoben ved dusjen hvor det vel – ut fra alminnelige erfaringssetninger – kan tenkes at ungdommer utviser seksualisert adferd. Dette burde Kari som kaptein vært klar over.

*Omsubsumsjon:*

Kandidatene er bedt om å ta stilling til skyldspørsmålet, og det kan tenkes at noen tar opp spørsmål om det skal anvendes et annet straffebud, jf. straffeprosessloven § 38. Det kan være at noen peker på at de som dommerfullmektig har plikt til å anvende straffeloven korrekt innenfor samme forhold, jf. § 38 annet ledd.

Det kan tenkes at noen tar opp omsubsumsjon til § 298 om seksuelt krenkende atferd uten samtykke. Det følger av rettspraksis at den «seksuelt krenkende» adferden må ha en «seksuell tilknytning», se drøftelsen overfor om seksuell fremstilling, men merk at for vurderingen etter § 298 vil også Karis hensikt være av betydning. I HR-2017-1245-A er det imidlertid lagt til grunn at når fornærmede verken direkte eller indirekte var adressat for oversendelsen av bildene, har krenkelsen ikke skjedd «overfor» vedkommende.

Handlingen rammes av straffeloven § 266 om hensynsløs adferd. Om forholdet vil være det samme beror på de faktiske omstendighetene og interessevernet er tilstrekkelig sammenfallende. Det er tilfellet for de faktiske omstendighetene, men ikke interessene i og med at § 311 er satt til vern for seksuell integritet, mens § 266 gjelder vern om den personlige frihet og fred. Den siste avgjørelsen om § 38 er inntatt i HR-2022-2297-A og har en litt underlig tilnærming til begrepet om «forhold», men viser uansett at maskenettet er finjustert hva gjelder adgangen til interesseskifte etter § 38. Hva gjelder bruken av § 266, må det være innenfor gjerningsmannens forsett at fornærmede skal oppfatte krenkelsen. Det er ikke tilfellet i vår sak.

*Tiltalens post II:*

Spørsmålet er om Kari har tilgjengeliggjort en fremstilling som seksualiserer barn, eventuelt medvirket til det, jf. § 311 første ledd bokstav b.

Ordlyden viser at bestemmelsen rammes de fleste tenkelige former for spredning. Alternativet «gjør tilgjengelig» omfatter blant annet det å laste opp fremstillinger på internett. Alternativet «overlater [fremstillingen] til en annen», krever derimot ikke at spredningen har noe videre omfang.

Tiltalen i oppgaven er sagt å gjelde «tilgjengeliggjøring på internett av en fremstilling som seksualiserer barn, eller medvirkning til dette». Det tilsier at det er alternativet «gjør tilgjengelig» som skal drøftes.

I og med at nevnte alternativ er sidestilt med de øvrige, kan det tenkes at noen kandidater også drøfter alternativet «overlater til en annen». Hvis så, må det raskt konstateres at gjerningsbeskrivelsen er overtrådt. Det er ikke tilstrekkelig å begrense drøftelsen til dette.

*«gjør tilgjengelig»:*

Spørsmålet – etter tiltalen – er om det er Kari som har gjort fremstillingen «tilgjengelig». Det fremgår at opptakene er spredt på internett, men også at det skyldes Tullas valg om å lagre bildet: «Tulla hadde imidlertid lagret den på sin mobiltelefon, hvor videoen straks ble lastet opp til en kinesiskeid skytjeneste og derfra distribuert videre på internett».

Kari har ikke selv gjort fremstillingen «tilgjengelig» i § 311 første ledd bokstav b.

*«Medvirkning»:*

Spørsmålet er om hun har medvirket til å tilgjengeliggjøringen. Ansvar for medvirkning er regulert i § 15: «Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt». Vilåret «medvirker til overtredelsen» innebærer krav om sammenheng mellom gjerningspersonens overtredelse av gjerningsbeskrivelsen og en forutgående bistandshandling, ofte omtalt som at bistandshandlingen må stå i et «medvirkende årsaksforhold» til gjerningspersonens overtredelse. Kravet er utlagt slik i HR-2019-1743-A avsnitt 51:

For fysisk medvirkning – som vår sak gjelder – kreves det et medvirkende årsaksforhold mellom medvirkningshandlingen og hovedgjerningen, jf. Magnus Matningsdal, Straffeloven 2005, ajourført lovkommentar, § 15 note 3.5, Juridika 1. januar 2019: 'Det er ikke mulig å angi presist hvor mye som kreves, og man kommer neppe retningslinjen nærmere enn at avgjørende synes å være om vedkommendes handling har en slik karakter og et slikt omfang at det finnes naturlig å knytte straffansvar til den. Eller som Andenæs s. 326 uttaler: Det er bare et 'medvirkende årsaksforhold som kreves.'»

Spørsmålet er vel om man står overfor en bistandshandling som er tilstrekkelig nær det å laste opp informasjonen. Vi kjenner ikke de nærmere omstendighetene, men det taler for medvirkning at svært lite skulle til for videre spredning og at denne bare var knyttet til en ellers nokså alminnelig handling ved mottakelse av bildeopptak. Mot at det foreligger medvirkende årsaksforhold taler at oversendingen og den videre spredningen var adskilte handlinger i rom og tid. Kari sendte opptaket og skapte risiko for videre spredning var en nødvendig betingelse for det videre hendelsesforløpet, men den videre spredningen forutsatte en separat og selvstendig handling, og en slik omfattende spredning som følge fremstår – ut fra alminnelige erfaringssetninger – som lite påregnelig.

Kari har etter dette ikke medvirket til tilgjengeliggjøring av fremstillingen. Konklusjonen er ikke avgjørende, så lenge kandidaten finner frem til de relevante rettslige kriterier og momentene i teksten.

*Skyld – «forsett»:*

Deretter skal det, eventuelt subsidiært, drøftes om Kari har handlet med tilstrekkelig skyld. Skyldkravet for medvirkningsansvaret er avledet av straffebudets skyldkrav som er forsett og uaktsomhet. Skyldkravet har to sider: Skylden må dekke at det finner sted en overtredelse av en gjerningsbeskrivelse, og den må dekke bistanden til denne. Dette omtales i juridisk litteratur som et «dobbelt forsett».

Spørsmålet er om det er handlet med sannsynlighetsforsett, herunder for den videre spredningen, jf. § 22 første ledd bokstav b. Det er ikke avgjørende, som Kari anfører, om det var «meningen» at Tulla skulle spre bildene videre.

Det heter at Kari «ikke [var] særlig trygg på Snapchat, men følte seg sikker på at videoen da uansett ville forsvinne». Forsettet dekker altså at opptaket sendes, men ikke det videre hendelsesforløpet om spredning på internett: Hun følte seg sikker på at opptaket ville forsvinne.

Konklusjonen er at Kari ikke har medvirket forsettlig.

*Skyld – «Selvforskyldt rus»:*

Subsidiært, for situasjonen at det foreslå forsett om den videre spredningen, er det spørsmål om hvilken betydning det har at Kari var full og at hun i beruselsen glemte at Tastad var mindreårig.

Utgangspunktet er krav om forsett om alderen, se over. Den særlige reguleringen om krav til aktsomhet om barnets alder i § 307 gjelder ikke for § 311.

Det kan hevdes at Kari har handlet med sløret forsett, i og med at hun «vet» alderens hans, selv om hun ikke tenkte på den, se om sløret forsett ovenfor.

Uansett skal det ved vurderingen av forsett «ses bort fra uvitenhet som følge av selvforskyldt rus, jf. § 25 tredje ledd. Det er klart ut fra oppgaveteksten at rusen er selvforskyldt, at uvitenheten er en følge av beruselsen og at Kari bedømt edru ville hatt forsett om alderen.

Merk at det under kursundervisningen i strafferett er gitt en hjemmeoppgave om rettslig og faktisk uvitenhet, og at det følger av retningslinjene at studentene ikke skal prøves i de temaene det er gitt hjemmeoppgave om på eksamen. For spørsmålet om selvforskyldt rus skal det derfor verken gis uttelling eller fratrekk.

Konklusjon: Det ses bort fra at hun glemte at han var mindreårig.

*Skyld – «Uaktsomhet»:*

Spørsmålet er om medvirkningen er «uaktsom», jf. §§ 311 tredje ledd, 15 og 23.

Det er fint om kandidatene skiller klart mellom aktsomhetsnormens innhold og de relevante momenter i oppgaveteksten. Om «kravet til forsvarlig opptreden» kan det på den ene siden argumenteres for at den som skal distribuere sensitiv informasjon digitalt bør orientert seg om meldingstjenestens funksjoner og risikoen for videre spredning, og på den andre siden argumenteres for at den ikke kan praktiseres så strengt at eldre personer som ikke er kjent med all verdens apper bør kunne ta del i den digitale utviklingen for sosial kontakt uten å bære risikoen for den

På den ene siden taler det for at Kari har handlet «i strid med kravet til forsvarlig opptreden» at hun stod ovenfor et sensitivt opptak som hun sendte «raskt» til tross for at hun ikke var «særlig trygg» på bruken av meldingstjenesten. Det kan også trekkes frem at når hun selv er lite bevandret på området, må hun også ta høyde for at det samme kan gjelde for hennes «gamle venninne». Kari er ellers «kaptein» på et stort skip og som gjennom jobben derfor er kjent med viktigheten av å kunne elektronikken som tas i bruk. Av nevnte grunner burde hun orientert seg om meldingstjenestens funksjoner og risikoen for videre spredning før hun sendte det videre, og er således å bebreide ut fra sine personlige forutsetninger. Det at Kari på dette punkt ikke «i sin villeste fantasi» kunne se for seg konsekvensen, er ikke avgjørende, idet uaktsomhetsvurderingen utover kravet om personlig egnethet, baseres på en objektiv vurdering. På den andre siden taler det mot uaktsomhet at det videre automatiserte hendelsesforløpet – ut fra alminnelige erfaringssetninger – fremstår som et svært lite sannsynlig utfall. Dessuten er Kari en voksen person som «ikke [er] særlig trygg på Snapchat», men som må få ta del i den digitale utviklingen for utvidet sosial kontakt uten å bære risikoen for den.

Heller ikke her er konklusjonen det viktigste, men studentene må finne frem til de relevante rettslige vurderingskriterier og momentene i teksten.

*Omsubsumsjon:*

Det kan tenkes at noen kandidater tar opp spørsmål om obsumsjon til § 267 a om deling av krenkende bilder.

Vurdering:

Kandidatene skal bedømmes ut fra om de rettslige spørsmålene er identifisert, de rettslige vurderingskriteriene tydeliggjort og de relevante momenter fra oppgaveteksten er trukket frem.

Oppgaven er nok litt utfordrende ved at den kan gi assosiasjoner til en del rettslige spørsmål som ikke skal drøftes, og ved at det er for enkelte drøftelser dels er knapp informasjon i oppgaveteksten, og den kan leses på ulike måter.

Det bør ikke være til hinder for beste karakter at spørsmålene om omsubsumsjon ikke er reist.

Kandidatene er bedt om å ta stilling til skyldspørsmålet som dommer. Dersom noen leser oppgaven slik at det av den grunn ikke skal tas stilling til subsidiære spørsmål, må det aksepteres. Det må i tilfelle gis eksplisitt uttrykk for en slik forståelse, alternativt må den komme forutsetningsvis og konsekvent til uttrykk.

Jeg nevner igjen at det under kursundervisningen i strafferett ble gitt en hjemmeoppgave om rettslig og faktisk uvitenhet, og at det følger av retningslinjene at studentene ikke skal prøves i temaene på eksamen. For spørsmålet om selvforskyldt rus skal det derfor verken gis uttelling eller fratrekk.

## 2. Teori:

### Læringskrav og pensum:

Av læringskravene i fellesprosessuelle emner følger at kandidatene skal ha god forståelse av generelle prosessuelle prinsippet som «equality of arms» og «fri bevisføring». Av læringskravene i sivilprosess følger at kandidatene skal ha god forståelse av «[r]eglene om forberedelse og gjennomføring av allmennprosessen og småkravprosessen, herunder reglene om bevis». Av læringskravene i straffeprosess skal det være god forståelse av «gjennomføring av hovedforhandling, herunder reglene om bevis».

I hovedlitteraturen er reglene om bevisavskjæring tematisert særskilt:

- Robberstad skriver om bevisavskjæring i kapittelet «Fri bevisføring og unntakene fra dette» på s. 284–285.
- Hov skriver om bevisavskjæring i kapittelet under punktet «bevisavskjæring» på s. 236–238.
- Backer skriver om bevisavskjæring i kapittelet «Begrensninger i bevisføringen – avskjæring» s. 326–328.
- Øyen skriver om bevisavskjæring i kapittelet «Allment om bevisføringsrett og bevisavskjæring» på s. 342–350.

Det er tre lærebøker i sivilprosess og en straffeprosess med noe ulikt opplegg og terminologi. Besvarelsene vil antagelig omtale og redegjøre for regelsettet på noe forskjellig vis. I det følgende tydeliggjøres derfor kort hovedtrekkene i fremstillingene.

- Robberstad omtaler tvl. § 21-7 og § 21-8 som unntak fra prinsippet om fri bevisførsel kategorisert som «nektelse av tilbudt bevis» (s. 284), og omtaler håndhevelsen dels som «å nekte bevis» og dels som «avskjæring» (s. 285). I innledningen til kapittelet om bevisforbud og under overskriften «Bevisforbud og bevisfritak» markeres et skille mot bevisavskjæringsreglene: «De reglene vi nå skal se på, er av en annen karakter enn avskjæringsreglene i tvl § 21-7 og § 21-8. I disse bestemmelsene er det hensynet til korrekt og hurtig saksbehandling som gjør at bevis kan avskjæres [...]» (s. 288).

- Backer tar utgangspunkt i tvl. §§ 21-7 og 21-8 og skiller mellom «irrelevante og betydningsløse bevis» og «proporsjonalitetsvurderinger» (s. 327–328).
- Hov skiller på overskriftsnivå mellom bevisforbud, bevisfritak og bevisavskjæring, og har et eget kapittel om «bevisavskjæring», som gis følgende definisjon: «Her bruker jeg begrepet 'bevisavskjæring' om en del regler som gir retten en skjønnsmessig adgang til å nekte et bevis ført, først og fremst fordi det er unødvendig (s. 236). Han har et noe som bredere perspektiv enn de andre forfatterne i det han også omtaler regler om preklusjon og avskjæring av bevis om rettssetninger (s. 236 og 238).
- Øyen skiller mellom «kravet til relevans og beviskraft» og «kravet om at bevisføringen må være nødvendig» og drøfter i tillegg særskilt «prosessuell preklusjon av bevisforbud i straffeprosessen?» (s. 342 –350)

Overordnede rettsnormer gir rammer for adgangen til å avskjære bevis, især kravet om «rettferdig rettergang» i Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6. I sivilprosessbøkene er disse reglene ikke knyttet særskilt opp mot bevisavskjæringsreglene, men redegjort for generelt, se blant annet Robberstad s. 67, Backer s. 99 og Hov s. 543. I boken i straffeprosess omhandles kravet om «fair hearing» og kravet om likebehandling, herunder EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav d, i sammenheng med reglene om bevisavskjæring. Det legges der til grunn at staten har et «relativt vidt spillerom» til å avgrense omfanget av bevisføringen» så sant partene likebehandles, se Øyen s. 344.

Se også:

- Runar Torgersen, Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?, i dog Fred er ej det Bedste...: festskrift til Carl August Fleischer (2006) s. 533–576.
- NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 258–259 og Prop.146 L (2020–2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.) s. 182–183.

#### Veiledning:

Kandidatene bør først klargjøre hvordan de forstår oppgaven. Uttrykket «avskjæring av bevis» betegner rettsvirkningen av at et bevis ikke kan føres, reglene om dette betegnes i litteraturen blant annet som regler om bevisforbud, bevis/forklaringsfritak og bevisavskjæring.

Opgaven etterspør ikke en redegjørelse for læren om utilbørlig ervervet bevis. Det kan tenkes at noen kandidater henger seg opp i at det står «korrekt» saksopplysning, men i lys av sammenhengen uttrykket inngår i og at adjektivet er brukt som forstavelse til «saksopplysning», er det klart at det ikke bes om en drøftelse av regler som bæres av hensynet til lovformelighet. Det er imidlertid et moment under læren om ulovlig ervervet bevis om bevisverdien er påvirket som følge av brudd på ervervsnormen, noe som har en side til «korrekt saksopplysning».

Det at reglene som oppgaven etterspør skal være «begrunnet i hensynet til effektiv saksavvikling og korrekt saksopplysning» innebærer at det er bevisavskjæringsreglene som skal omhandles. Det vil si regler som retten skal eller kan nekte ført av hensyn til saksavviklingen i vid forstand; regler som er prosessuelt begrunnet, og ikke materielt begrunnet.

Kandidatene må slå fast at det i domstolsprosessen gjelder et prinsipp om fri bevisførsel, som går ut på at partene som det klare utgangspunkt har adgang til å føre bevisene de ønsker. Tvisteloven § 21-3 første ledd første punktum lyder: «Partene har rett til å føre de bevis de ønsker». I straffeprosessen følger det samme utgangspunktet av rettspraksis og forutsetningsvis av lovens bestemmelser om bevisforbud, vitefritak og avskjæringsregler.

Videre må kandidatene få frem at prinsippet er begrunnet i hensynene til sannhetssøken og materielt riktig resultat, men at også hensynene til likebehandling og tillit til prosessen spiller inn. Det må fremgå av besvarelsen, direkte eller indirekte, at kandidaten har skjønt at de reglene som det skal redegjøres for står i et forhold til dette prinsippet, og potensielt kan gå på bekostning av det.

Det er ikke nødvendig, men det kan nyttig for fremstillingen å si noe om begrepet om bevis, blant annet at det forstås som forhold som belyser andre forhold (bevistema) ved at tilbudt informasjon (bevisdata) knyttes til erfaring (erfaringssetninger).

Regelen om bevisavskjæring er i hovedsak å finne i tvisteloven kapittel 21 «Alminnelige regler om bevis» § 21-7 om «Alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis» og § 21-8 om «Begrensning ut fra proporsjonalitet», og i straffeprosessloven kapittel 22 Hovedforhandling for tingrett § 292.

Bestemmelsene er gitt ulik utføring på tvers av prosessordningene, noe som kan gjøre det vanskelig å strukturere stoffet. De straffeprosessuelle bestemmelsene om avskjæring er dessuten nylig omredigert og utvidet, se Prop. 146 L (2020-2021).

Besvarelsen kan legges opp på flere måter. Én er å sammenligne de formelle reglene i sivilprosessen og straffeprosessen, en annen er å ta utgangspunkt i begrunnelsene for avskjæringsreglene slik de er angitt i oppgaven, en tredje er å ta utgangspunkt i trekk ved reglene (bevisets art, bevistemaets art, for sent fremsatt mv.). I det følgende benyttes sistnevnte systematikk.

*Bevis som er uten relevans for saken:* I sivile saker følger det av tvisteloven § 21-7 først ledd at retten skal avskjære bevis som er uten «betydning for den avgjørelse som skal treffes», jf. «kan bare». For realbevis følger det av selve begrepet, som er definert som personer og ting med «informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken», jf. § 26-1. I straffesaker er regelen etter straffeprosessloven § 292 første ledd at «forhold uten betydning for dommens innhold» «kan» avskjæres.

Reglene omhandler altså bevis som ikke belyser forhold av betydning for de materielle spørsmålene saken reiser. «Beviset» er egentlig ikke et bevis, fordi informasjonen ikke er egnet til å belyse rettslig relevante forhold. Hva som er relevant informasjon beror på stevningen/tiltalebeslutningen, reglene om rettens forhold til disse og den underliggende materielle retten. Ved relevansvurderingen skal retten bygge på partenes materielle anførsler (pretensjoner). Det er ikke et krav om at bevis skal omhandle det påståtte rettsfaktumet direkte, men beviset må ha betydning or dette på en eller annen måte.

Kandidatene bør forklare hvorfor partene etter tvisteloven har rettskrav på slik bevisavskjæring, men ikke etter straffeprosessloven. Skal-regelen i sivile saker er begrunnet i hensynene til fornuftig og rasjonell bruk av ressurser for partene og domstolene, mens kan-regelen i straffesaker er begrunnet slik i forarbeidene til § 292:

«Selv om det er ønskelig at domstolene i større grad tilskjærer og fører kontroll med bevisføringen, vil en pliktregel kunne virke urimelig når avskjæringsspørsmålet er krevende og tar lengre tid enn det å føre beviset. Behovet for avskjæring må vurderes på bakgrunn av hensynet til en effektiv og rask behandling og hva som er hensiktsmessig i den konkrete saken. Departementet forutsetter samtidig at reglene håndheves aktivt.» (Prop. 146 L (2020-2021) s. 84).

*Bevis som ikke i tilstrekkelig grad styrker eller svekker holdbarheten av fremsatte påstander:* I sivile saker avskjæres denne kategorien bevis etter tvisteloven § 21-7 annet ledd bokstav b «ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig», og de «kan» avskjæres. I straffesaker omfattes slike bevis av straffeprosessloven § 292 første ledd første alternativ «mangler beviskraft», og de «kan nektes ført».

Det siktes til bevis som isolert sett har relevans for et tema av betydning for saken, men som ikke gir grunnlag for slutninger av bevismessig interesse i den ene eller andre retning. Beviset er uten beviskraft, fordi beviset er vagt eller uten praktisk interesse. Det kan for eksempel være situasjonen om noen vil føre vitne fra en hendelse på en helt full badestrand hvor alle går i shorts, og vedkommende skal forklare at gjerningspersonen hadde shorts.

Av forarbeidene til endringen av § 292 fremgår at «mangler beviskraft» er ment som en utvidelse sammenholdt med «åpenbart ikke har noen beviskraft» i tidligere § 292 annet ledd bokstav c, se Prop. 146 L (2020-2021) s. 83–84 og 182. Det er ikke nærmere forklart hva dette konkret skal innebære, men endringen er begrunnet med at det ville legge til rette for «mer aktiv dommerstyring og bidra til en mer konsentrert og kostnadseffektiv saksbehandling», se Prop. 146 L (2020-2021) s. 83.

*Bevis som ikke er korrekt tilbudt:* Prosesslovgivningen stiller krav til hvordan bevis skal tilbys. I tvistloven § 21-6 annet ledd er det bestemt at «Parten skal angi hva beviset skal godtgjøre, og skal kort redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset, så langt parten ikke kan regne med at motparten er kjent med denne». Tvisteloven § 21-7 annet ledd bokstav a gir anledning til avskjæring der beviset ikke er tilbudt slik det er bestemt i § 21-6 annet ledd.

I straffeprosessloven fremgår blant annet av § 262 første ledd bokstav b at påtalemyndigheten skal sende retten «oppgave over de bevis som ønskes ført, med en kort redegjørelse for hva det enkelte bevis skal godtgjøre, og for andre sentrale opplysninger om beviset så langt det er grunn til det». Straffeprosessloven regulerer ikke særskilt virkningen av manglende etterlevelse av bestemmelsen, i praksis vil mangelen rettes og nødvendig utsettelse innrømmes, jf. § 293.

*Bevis som ikke står i et rimelig forhold til hensynet til effektiv saksavvikling:* Begge prosessordninger har avskjæringsregler som åpner for at mindre viktige bevis kan avskjæres av prosessøkonomiske hensyn. I sivilprosessen er denne kategorien regulert i § 21-8 «Begrensning ut fra proporsjonalitet», og det kreves at det «skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen». Retten «kan» begrense bevisføringen innenfor rammen av lovens formål.

Av forarbeidene til tvisteloven virker det forutsatt at avskjæring av hensyn til proporsjonalitet når et forhold allerede er tilstrekkelig bevist, likevel skal skje etter § 21-7 annet ledd bokstav b «ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig». Det gjelder i hvert fall når det er ført bevis om et forhold, og «ytterligere bevisføring i samme retning kan bare bidra lite», se NOU 2001: 32 B Rett på sak på s. 949.

I straffeprosessen er denne kategorien avskjæring regulert i § 292 annet ledd, som også tar opp i seg adgangen til avskjæring av bevis for forhold som allerede er tilstrekkelig bevist. Denne nyervervede begrensningen i prinsippet om fri bevisføring er ny for straffeprosesslovens del, og er utbrodert slik i forarbeidene:

«Betydningen av det tilbudte beviset må vurderes i lys av den øvrige bevissituasjonen. Uttrykket «rimelig forhold» markerer at sakens betydning og alvorlighet er sentrale momenter i den avveining som skal foretas, og det er også rom for å legge vekt på at føring av et konkret bevis er ytterst viktig for at en av de involverte skal oppleve prosessen som rettferdig, se NOU 2016:24 side 571. Avskjæring er alltid utelukket når det tilbudte beviset er nødvendig for å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag i samsvar med § 294», se Prop.146 L (2020–2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring mv.) s. 183.

Det skal altså være et rimelig forhold mellom betydningen av saken og omfanget av bevisføringen. I sivile saker ser man ikke da bare på den økonomiske verdi av tvistegjenstanden, men også partenes interesser i videre forstand, se NOU 2001: 32 B Rett på sak på s. 949. I straffesaker er avskjæringsnormen knyttet opp mot rettens ansvar for sakens opplysning etter § 294 første punktum, slik at det kun er aktuelt med

avskjæring innenfor rammene av den bestemmelsen, og som det fremgår av sitatet vil adgangen også begrenses av hensyn til tiltaltes opplevelse av å få en rettferdig prosess.

*For sen fremsettelse av bevis – preklusjon:* Det følger av tvisteloven § 9-16: «Endring i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis» at det etter avsluttet saksforberedelse ikke kan tilbys nye bevis ved protest fra motparten, unntatt på betingelsene angitt i bestemmelsen. Det er ikke oppgitt at regelen i 9-16 også gjelder ved ankebehandling, jf. tvl. § 29-14 tredje ledd. Det synes imidlertid forutsatt i lovforarbeidene. Det er også gitt en særregulering for Høyesterett i § 30-7, og her er skjæringspunktet knyttet til samtykket til å fremme saken. Merk også § 16-6 om «unnlatt prosesshandling», hvor det er bestemt i tredje ledd første punktum at «retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket». Det er vist til reguleringen også i § 27-2 annet ledd om bevisopptak.

I straffeprosessloven er ordningen med preklusjon mindre fremtredende, og det bør fremheves at det henger sammen med hensynet til sannehetssøken for å sikre materielt riktige dommer. Dette utgangspunktet kommer tydelig til uttrykk i § 293: «Føres et bevis som motparten ikke har fått tilstrekkelig varsel om, har han krav på utsettelse så langt det er nødvendig for å sikre retten til imøtegåelse». Reguleringen i § 292 annet ledd gir imidlertid en viss adgang til avskjæring ved sen fremsettelse av bevis, når bevisets «bidrag til sakens opplysning ikke står i et rimelig forhold til hensynet til effektiv saksavvikling», men slik at saksopplysningsplikten i § 294 etterleveres.

#### Vurdering:

Reglene om bevisavskjæring er nokså oversiktlige og lett tilgjengelige i loven og behandles, i det vesentligste, samlet i pensum. Det kan imidlertid være krevende å få tak på alle detaljer i reguleringene, som også til dels er overlappende. Kandidater som viser at de oversikt og presenterer regelsettet på en ryddig måte, skal få uttelling.

Oppgaven har adresse til begge prosessordningene, og det tilsier at det må pekes på likheter og forskjeller på tvers av prosessordningene. Det er nok best om det gjøres konkret, og i det minste må likheter og forskjeller kommer klart uttrykk i fremstillingen. Hvilken betydningen skillet mellom dispositive og indispositive saker i sivilprosessen og rettens saksopplysningsplikt etter straffeprosessloven § 294 har for praktiseringen av reglene bør også nevnes.

Antagelig vil ikke alle ta opp reglene om preklusjon. Dels fordi disse bestemmelsene finnes et annet sted i loven, og dels fordi pensumlitteraturen tematiserer reglene adskilt. Gitt oppgavens utforming skal de som omtaler reglene belønnes.

Det som nevnte av betydning at kandidatene klargjør reglenes forhold til prinsippet om fri bevisføring. Dessuten bør rammene som følger av overordnede rettsnormer nevnes.

**Oppgavene teller likt ved bedømmelsen. Sensorveiledningen går ut over det som kan forventes. Jeg har ikke selv lest noen besvarelser, men veiledningen har vært diskutert på sensormøtet.**

Oslo, 9. desember 2022

Anders Løvlie