



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Den materielle sannhets prinsipp

- *prinsippets vekt i dispositive saker i sivilprosessen*

—
Stina Lindstrøm Eriksson

Stor masteroppgave i rettsvitenskap vår 2015

Antall ord: 30 484



1 INNLEDNING	3
1.1 AVHANDLINGENS TEMA.....	3
1.2 DOMSTOLENES FUNKSJON I SAMFUNNET	4
1.3 BAKGRUNN FOR TEMAVALGET	5
1.4 AVGRENINGER.....	6
1.5 METODISKE UTFORDRINGER OG BEGREPSAVKLARINGER	6
1.6 VEIEN VIDERE	8
2 DEN MATERIELLE SANNHETS PRINSIPP.....	8
2.1 NÆRMERE OM PRINSIPPET	8
2.2 DEN MATERIELLE SANNHETS PRINSIPP I HISTORIEN	11
2.3 DEN MATERIELLE SANNHETS PRINSIPP I STRAFFEPROSESSEN.....	14
2.4 AKTØRENE ANSVAR FOR Å FREMME PRINSIPPET OM MATERIELL SANNHET	17
2.4.1 Dommerens ansvar	17
2.4.2 Partenes ansvar.....	19
2.4.3 Advokatenes ansvar	20
2.5 VIRKEMIDLER MOT MATERIELT URIKTIGE AVGJØRELSER.....	21
3 ANDRE SIVILPROSESSUELLE GRUNNPRINSIPPER.....	24
3.1 PRINSIPPET OM FORSVARLIG SAKSBEHANDLING.....	25
3.2 PRINSIPPENE OM KONTRADIKSJON OG LIKEBEHANDLING	26
3.3 PRINSIPPENE OM MUNTILIGHET, BEVISUMIDDELBARHET OG DET BESTE BEVIS	28
3.4 PRINSIPPENE OM KONSENTRASJON OG PROPORSJONALITET	29
3.5 DISPOSISJONSPRINSIPPET	31
3.6 FORHANDLINGSPRINSIPPET OG RETTENS ADGANG TIL Å DRIVE MATERIELL PROSESSELEDELSE	32
4 BEGRENINGER I HVILKET FAKTUM RETTEN KAN BYGGE AVGJØRELSEN PÅ 34	
4.1 REGLENE SOM BEGRENSER HVILKE FAKTISKE OMSTENDIGHETER RETTEN KAN LEGGE TIL GRUNN FOR SIN AVGJØRELSE.....	34
4.1.1 Rettens avgjørelse må ligge innenfor rammen av partenes påstander	35
4.1.2 Retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt.....	37
4.1.3 Retten kan bare bygge på faktiske omstendigheter som har vært behandlet under hovedforhandlingen, og partene har hatt foranledning til å uttale seg om.....	43
4.2 PRAKSIS RUNDT REGLENE SOM BEGRENSER RETTENS FAKTISKE AVGJØRELSESGRUNNLAG.....	52
4.2.1 Avgjørelser hvor retten vektla faktiske omstendigheter annerledes enn partene forutsatte	52
4.2.2 Avgjørelser hvor partene ikke påberopte relevante faktiske omstendigheter	60
4.2.3 Hvordan ivaretar reglene prinsippet om materiell sannhet?	63
5 ADGANGEN TIL Å PREKLUDERE SENT FREMSATTE PROSESSHANDLINGER	67
5.1 TVISTELOVENS REGLER OM PREKLUSJON AV SENT FREMSATTE PROSESSHANDLINGER	67
5.1.1 Tingrettens preklusjonsadgang	68
5.1.2 Lagmannsrettens preklusjonsadgang.....	71
5.1.3 Høyesteretts preklusjonsadgang	73
5.1.4 Hvordan påvirker preklusjonsreglene prinsippet om materiell sannhet?	75
5.2 DOMSTOLENES PRAKSIS RUNDT TVISTELOVENS REGLER OM PREKLUSJON.....	77
5.2.1 Tingrettens praksis om preklusjonsreglene.....	78
5.2.2 Lagmannsrettens praksis om preklusjonsreglene	82
5.2.3 Høyesteretts praksis om preklusjonsreglene.....	84
6 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	88
7 KILDER	90

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Tema for avhandlingen er den materielle sannhets prinsipp i dispositive saker. Den materielle sannhets prinsipp gir uttrykk for målet om at rettssaker skal få et materielt riktig resultat. At en sak får et materielt riktig resultat, innebærer at den får en riktig løsning ut fra de underliggende faktiske forhold og gjeldende rettsregler.

En domstolsbehandling av tvister er kostbar, og borgerne har ingen plikt til å gå til domstolene for å løse sivile tvister. Det er likevel i samfunnets interesse at borgerne anvender domstolsapparatet til tvisteløsning, fordi domstolsbehandling presumptivt er den beste måten å sikre at den materielle retten gjennomføres i tråd med lovgivers intensjoner. For at borgerne skal velge å løse sivile tvister i domstolene, må de ha tillit til at systemet fungerer. Borgernes tillit til domstolsapparatet vil blant annet avhenge av at saksbehandlingsreglene sikrer at domstolene jevnlig treffer materielt riktige avgjørelser.¹

Selv om målet om å oppnå materielt riktige avgjørelser er sentralt, kan det ikke gjennomføres fullt ut. Ved utformingen av reglene for saksbehandlingen må lovgiver finne en balanse mellom målsettingen om å nå et materielt riktig resultat og andre prinsipper. Balansen burde medføre at domstolene regelmessig treffer riktige avgjørelser, samtidig som prosessen ikke blir for omfattende og kostbar. Da sikres både borgernes tillit og adgang til domstolsapparatet.

Avveiningen mellom prinsippet om materiell sannhet og øvrige prinsipper er særlig krevende i dispositive saker fordi prosessen er partsstyrt. Det innebærer at partene har ansvaret for å legge frem sakens faktum, og rettens mulighet til å supplere saksfremstillingen er begrenset. Reglene kan medføre at retten må basere sin avgjørelse på et uriktig faktum, men er begrunnet i partenes disposisjonsfrihet over søksmålgjenstanden utenfor rettssaken.

Avhandlingen vil tematisere spenningen som oppstår i balanseringen mellom prinsippet om materiell sannhet og andre prinsipper i de dispositive saker i sivilprosessen. Problemstillingen er om domstolens mulighet til å nå frem til et materielt riktig resultat i slike saker er underlagt for store begrensninger.

¹ NOU 2001:32 A s. 129

1.2 Domstolenes funksjon i samfunnet

Reglene i tvisteloven² skal legge til rette for at domstolene kan gjennomføre sine oppgaver på en tilfredsstillende måte. Ved vurderingen av tvistelovens regler er det derfor nødvendig å ta utgangspunkt i domstolenes rolle i samfunnet. Domstolenes hovedoppgaver i den sivile rettspleie er konkret tvisteløsning, gjennomføring av den materielle rett og rettsavklaring og rettsutvikling.³

Tradisjonelt har konkret tvisteløsning blitt ansett som domstolenes viktigste oppgave.⁴ Formålet er at den enkelte skal få håndhevet og beskyttet sine rettigheter eller rettet opp urett som er begått. Gjennomføring av den materielle rett skjer ved at domstolene løser rettstvister i samsvar med gjeldende rett. At borgerne vet at tvister som behandles i domstolene løses etter gjeldende rett, sikrer indirekte at den materielle retten gjennomføres også i tvister som ikke bringes inn for domstolene.⁵

Domstolenes oppgave om å sørge for rettsavklaring og rettsutvikling er underordnet lovgivers lovgivningsaktivitet. Likevel må det understrekes at domstolene, og særlig Høyesterett, i betydelig grad supplerer lovgivningsaktiviteten. Det regelskapende arbeidet forsterkes ved at Høyesteretts rettsoppfatning er bindende for lavere domstoler og i stor utstrekning også for Høyesterett selv.⁶

Det er stor grad av sammenfall mellom domstolenes ulike oppgaver ved at den materielle retten blir gjennomført og utviklet gjennom konkret tvisteløsning. Slikt sammenfall er imidlertid ikke en selvfølge. For eksempel kan behovet for konkret tvisteløsning ivaretas godt gjennom private tvisteløsningsorganer, men da kan til gjengjeld behovet for gjennomføring av den materielle rett bli skadelidende.⁷

² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister, heretter tvl.

³ NOU 2001:32 A s. 127

⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 3

⁵ Skoghøy s. 4

⁶ NOU 2001:32 A s. 128

⁷ NOU 2001:32 A s. 127

1.3 Bakgrunn for temavalget

Prinsippet om materiell sannhet bør være helt grunnleggende i alle prosessordninger. Likevel er rettens adgang til å nå et materielt riktig resultat i dispositive saker underlagt betydelige begrensninger.

Hovedargumentet for å begrense rettens mulighet til å nå materielt riktige resultater i dispositive saker er at partene kan disponere fritt over forholdet utenfor rettssaken. Tanken er at partene må ha samme disposisjonsfrihet under domstolsbehandlingen. Staten bruker imidlertid betydelige ressurser for å stille domstolene til rådighet for partene. Når staten stiller domstolene til disposisjon for borgerne, kan den kreve at retten får fullt innsyn sakens faktiske omstendigheter. På den måten vil domstolenes virksomhet bidra til å gjennomføre den materielle retten i tråd med lovgivers intensjoner, og gagne hele samfunnet.

I tillegg til samfunnsnyttens taler hensyn til partene for at rettens avgjørelser bør få materielt riktige utfall. Kun da vil partene faktisk få gjennomført de rettsposisjoner som følger av den materielle lovgivningen, jf. formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1. Borgernes tillit til domstolene er også avhengig av at de jevnlig treffer materielt riktige avgjørelser. Domstolsapparatet må ha borgernes tillit for å være et foretrukket tvisteløsningsorgan i sivile saker.

Et materielt riktig resultat garanterer likevel ikke et rettferdig resultat. Hvorvidt domsresultatet oppleves som rettferdig eller ikke, avhenger av de gjeldende rettsreglene. Samtidig er det lettere for borgerne å forutse sin rettsstilling når domstolene treffer materielt riktige avgjørelser. Dersom borgerne mener at rettsstillingen ikke er i samsvar med det som oppleves rettferdig, kan de påvirke politikerne til å endre rettsreglene.

Ovenfor er det vist at det kan stilles spørsmål ved begrunnelsene for begrensningene i domstolenes mulighet til å nå materielt riktige resultater i dispositive saker. På tross av dette er prinsippet om materiell sannhet i dispositive saker lite behandlet i norsk sivilprosessteori. Teoretikerne behandler saksbehandlingsreglene i tvisteloven, og problematiserer i liten grad prinsippene reglene bygger på. Flere av saksbehandlingsreglene i tvisteloven har riktignok som formål å sikre at domstolene treffer materielt riktige avgjørelser. Likevel mener jeg det er nødvendig å ha et bevisst forhold til det overordnede prinsippet om at rettsavgjørelser bør få materielt riktige resultater. Derfor har jeg valgt prinsippet om materiell sannhet som tema for avhandlingen.

1.4 Avgrensninger

I avhandlingen vil jeg kun ta for meg dispositive saker som behandles etter tvistelovens regler om allmennprosess. Dette innebærer at indispositive saker og saker som behandles etter reglene om småkravprosess i tvisteloven kapittel 10, faller utenfor fremstillingen.

Det som kjennetegner dispositive saker, er at partene utenfor rettergang fritt kan disponere rettslig over forholdet som er gjenstand for søksmålet.⁸ Motsetningen er de indispositive saker, hvor partenes adgang til å disponere over forholdet utenfor rettergang er begrenset. Eksempelvis er saker om slektskap indispositive, da to personer ikke fritt kan bestemme at de er i slekt med hverandre.

Avhandlingen er avgrenset til å behandle dispositive saker fordi retten i indispositive saker har en selvstendig plikt til å sørge for at saken er tilstrekkelig opplyst før avgjørelse treffes, se tvl. § 21-3 andre ledd. I slike saker er retten heller ikke bundet av partenes prosesshandlinger, jf. tvl. § 11-4. I indispositive saker vil det dermed ikke oppstå et like klart motsetningsforhold mellom partenes ansvar for å fremskaffe faktum og målsettingen om at retten skal nå frem til et materielt riktig resultat. Begrunnelsen for at saker som behandles etter småkravprosessen ikke tas opp, er at tvistebeløpet i disse sakene er lite. Da kan det lettere forsvares at muligheten til å nå et riktig resultat begrenses av hensyn til sakskostnader og proporsjonalitet.

Avhandlingen behandler regler som kan medføre at det faktum retten baserer sin avgjørelse på, blir uriktig. Herunder behandles reglene som begrenser hvilke faktiske omstendigheter retten kan legge til grunn for sin avgjørelse, og reglene om avskjæring av sent fremsatte prosesshandlinger. Reglene om bevisføring vil ikke bli behandlet, selv om de er sentrale for å nå et materielt riktig resultat. Årsaken er både plasshensyn, og at disse reglene er utførlig behandlet blant annet av Magne Strandberg i hans doktoravhandling.⁹

1.5 Metodiske utfordringer og begrepsavklaringer

En analyse av prinsippet om materiell sannhet medfører metodiske utfordringer av ulik art. «Sannhet» et uklart begrep, som er mye diskutert i filosofien. Jeg vil ikke gå nærmere inn i

⁸ Skoghøy s. 571

⁹ Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Bergen 2012

selve diskusjonen, men den nødvendiggjør noen ord om hvordan begrepet skal forstås i det følgende.

Avhandlingen bygger på et realistisk sannhetsbegrep. Det vil si at en påstand er sann bare hvis den stemmer overens med en ekstern virkelighet.¹⁰ Et slikt realistisk sannhetsbegrep forutsetter både at det eksisterer en ekstern virkelighet uavhengig av våre påstander om den, og at vi kan få kunnskap om denne virkeligheten gjennom våre sanser.¹¹

Motsetningen til et realistisk sannhetsbegrep er et ikke-realistisk sannhetsbegrep. Et ikke-realistisk sannhetsbegrep kjennetegnes ved at sannhetsgehalten i en påstand avgjøres av noe annet enn en ekstern virkelighet.¹² For eksempel mener enkelte at en påstand er sann bare hvis den er logisk overensstemmende med en rekke andre påstander.

Formålet bak rettsreglene er å regulere samfunnet. For å oppnå formålet er det en forutsetning at det eksisterer en ekstern virkelighet i form av et samfunn som kan reguleres. Innenfor jusen vil det derfor være mest fruktbart å bygge på et realistisk sannhetsbegrep.

Det faktum retten legger til grunn for sin avgjørelse, kan altså karakteriseres som sant dersom det stemmer overens med den eksterne virkeligheten. Menneskets oppfatning av virkeligheten blir imidlertid farget av sansene. Den eksterne virkeligheten er dermed et faktum som ikke umiddelbart er tilgjengelig for oss. Følgelig er det ikke mulig å avgjøre med sikkerhet hvorvidt en domspremiss er basert på et sant faktum.¹³

Analysen av prinsippet om materiell sannhet må derfor bygges på en forutsetning om at enkelte avgjørelser sannsynligvis er materielt riktige, mens andre sannsynligvis er materielt uriktige. Det er rettens saksbehandling som avgjør hvorvidt en avgjørelse sannsynligvis er materielt riktig. Eksempelvis vil det legges til grunn at kontradiksjon rundt sakens faktiske omstendigheter øker sannsynligheten for at avgjørelsen baseres på et sant faktum.

¹⁰ Strandberg, *Beviskrav i sivile saker* s. 226-227

¹¹ Anders Løvlie, *Rettslige faktabegrep*, Oslo 2014 s. 30

¹² Strandberg, *Beviskrav i sivile saker* s. 227

¹³ Magne Strandberg, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165-181 (s. 175)

Begrepet «prinsipp» skal også forklares nærmere. I Store Norske Leksikon er «prinsipp» definert som «[ø]verste grunnsetning eller forutsetning for tenkning eller handling overhodet».¹⁴ Målsettinger og regler omtalt som prinsipper i avhandlingen, er altså av grunnleggende karakter i sivilprosessen. Begrepene «prinsipp» og «hensyn» vil bli brukt om hverandre. Med mindre noe annet er presisert, er de ment å gi uttrykk for samme meningsinnhold.

1.6 Veien videre

I det følgende vil jeg først redegjøre for den materielle sannhets prinsipp i punkt 2. Deretter vil jeg se nærmere på andre sivilrettslige prinsipper i punkt 3. I punkt 4 gjennomgås reglene i tvisteloven som begrenser hvilke faktiske omstendigheter retten kan legge til grunn for sin avgjørelse. Deretter gjennomgås reglene om preklusjon av sent fremsatte prosesshandlinger i punkt 5. Avslutningsvis i punkt 6 skal det knyttes noen korte kommentarer til hvordan prinsippet om materiell sannhet vektlegges i dispositive saker i sivilprosessen.

2 Den materielle sannhets prinsipp

2.1 Nærmere om prinsippet

Den materielle sannhets prinsipp betegner målet om at rettsavgjørelser skal få et materielt riktig resultat. To betingelser må være oppfylt for at en rettsavgjørelse er materielt riktig. For det første må dommen være basert på et faktum som stemmer overens med virkeligheten, altså et faktum som kan karakteriseres som sant. For det andre må resultatet være basert på en riktig anvendelse av gjeldende rett.

I teorien skilles det mellom formelt og materielt riktige resultater. At en avgjørelse er formelt riktig, innebærer at rettsanvendelsen er riktig ut fra det faktum retten har lagt til grunn for avgjørelsen. Avgjørelsen er imidlertid bare formelt riktig, fordi faktum ikke stemmer overens med virkeligheten. Skillet mellom formelt og materielt riktige resultater har sammenheng med arbeidsdelingen mellom partene og retten. I dispositive saker er det partene som har ansvar for bevisføringen, og de kan presentere et faktum som ikke stemmer overens med

¹⁴ <https://snl.no/prinsipp/grunnsetning>

virkeligheten. Samtidig er rettens mulighet til å supplere partenes bevisføring begrenset. Følgelig kan retten bli nødt til å basere avgjørelsen på et uriktig eller ufullstendig faktum.

Skillet mellom formelt og materielt riktige resultater gjelder bare for feil i sakens faktum. En dom med feil i rettsanvendelsen er både formelt og materielt uriktig, selv om den er basert på et riktig faktum. Årsaken er at domstolene etter tvl. § 11-3 har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, og den er enten riktig eller uriktig.¹⁵

Tvisteloven inneholder ingen generell bestemmelse om prinsippet om materiell sannhet. Prinsippet kommer klarest til uttrykk i tvl. § 11-5 andre ledd hvor det fremgår at målet med rettens veiledning er at tvisten får «en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler». Målsettingen om å oppnå materielt riktige resultater følger også i forlengelsen av tvl. § 1-1, som foreskriver at tvistelovens regler skal «ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter».

I tillegg er det regler i tvisteloven som har til formål å sikre materielt riktige avgjørelser. Det kan særlig vises til tvl. § 21-4 som ilegger partene en sannhets- og opplysningsplikt under bevisføringen. Regelen om kontradiksjon i tvl. § 11-1 tredje ledd skal også øke sannsynligheten for at retten bygger avgjørelsen på et riktig faktum. Videre er beviskravet om at dommeren skal legge til grunn det faktum han anser som mest sannsynlig, et utslag av at dette antas å føre til flest riktige avgjørelser.¹⁶ Riktignok har Magne Strandberg i sin doktorgradsavhandling argumentert for at det ikke er godt nok underbygget at overvektsprinsippet gir flest riktige avgjørelser over tid.¹⁷ Det går imidlertid ikke inn på denne diskusjonen her.

I tvistelovens forarbeider er det flere uttalelser som fremhever viktigheten av at retten fatter materielt riktige avgjørelser. Blant annet er det uttalt at rettergangen må være «forsvarlig med henblikk på materielt riktige avgjørelser».¹⁸ Viktigheten av å nå materielt riktige resultater kommer også til uttrykk i flere avgjørelser fra Høyesterett.

¹⁵ Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2. utgave, Bergen 2013 s. 12

¹⁶ Skoghøy s. 877

¹⁷ Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, s. 461 flg.

¹⁸ NOU 2001:32 A s. 129, lignende uttalelser blant annet på s. 114, 131 og 132

Saken inntatt i Rt. 2006 s. 633 omhandlet omfanget av advokatens taushetsplikt etter klientens død. Førstvoterende uttalte at taushetsplikten skal beskytte fortroligheten mellom advokat og klient. Likevel kan hensyn til å oppnå et riktig resultat tilsi at det gjøres unntak for opplysninger av betydning for tvister tilknyttet avdødes disposisjoner eller rettsforhold.¹⁹ At førstvoterende åpnet for å gjøre unntak fra advokatens taushetsplikt for å oppnå et materielt riktig resultat, viser at prinsippet har betydelig vekt.

Rt. 2010 s. 1638 gjaldt også advokaters taushetsplikt. Høyesterett uttalte at taushetsplikten skal bidra til at folk kan søke profesjonell hjelp. Advokathjelp vil bidra til at borgerne lettere kan finne og utnytte sine rettigheter etter loven. Slik kan taushetsplikten bidra til materielt riktige avgjørelser, og er en viktig rettssikkerhetsgaranti.²⁰ Saken gjaldt forståelsen av bevisforbudet i straffeprosesslovens²¹ § 119, som på dette punkt er likelydende med bevisforbudet i tvl. § 22-5. Avgjørelsen har dermed overføringsverdi til sivile saker.

Rt. 2014 s. 585 var en gjenopptatt farskapssak. Tvistetema i saken var om barneloven²² § 28a gav hjemmel for å beslutte gravåpning for å innhente biologisk materiale fra en avdød. Høyesterett kom til at bestemmelsen gav hjemmel for å foreta inngrepet. Resultatet ble blant annet begrunnet med at lovgiver og domstoler har tillagt ønsket om å få materielt riktige avgjørelser betydelig vekt i avstammingsaker.²³

Kjennelsen HR-2009-2060-U omhandlet hvorvidt fremleggelse av en ny anførsel for Høyesterett skulle tillates etter tvl. § 30-7. Ankeutvalget tillot anførselen fremlagt fordi den var kjent for motparten, og fordi fremleggelse ville øke muligheten til å nå et materielt riktig resultat.

Rt. 2012 s. 667 gjaldt spørsmålet om hvorvidt domstolene skal legge vekt på etterfølgende omstendigheter ved prøving av forvaltningens vedtak. Høyesterett kom til at etterfølgende fakta kan vektlegges ved prøvingen. Resultatet ble blant annet begrunnet med at prosessreglene skal legge til rette for at domstolene kan treffe materielt riktige avgjørelser.²⁴

¹⁹ Rt. 2006 s. 633 avsnitt 36

²⁰ Rt. 2010 s. 1638 avsnitt 33

²¹ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, heretter strpl.

²² Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

²³ Rt. 2014 s. 585 avsnitt 33

²⁴ Rt. 2012 s. 667 avsnitt 29 og 57

Standpunktet i Rt. 2012 s. 667 ble imidlertid fraveket i plenumsavgjørelsen inntatt i Rt. 2012 s. 1985. Her la flertallet til grunn at det i rettspraksis var en festnet rettsoppfatning om at faktum på vedtakstidspunktet skal ligge til grunn for domstolsprøvingen. Regelen medfører fare for at domstolene ved prøving av forvaltningsvedtak må legge til grunn et ufullstendig faktum, fordi de faktiske forholdene har endret seg etter vedtakstidspunktet. Dette ble ikke problematisert av flertallet. Likevel kan dommen ikke tas til inntekt for at hensyn til materielt riktige resultater ikke skal vektlegges. Årsaken til at flertallet valgte å fravike målsettingen om å fatte materielt riktige avgjørelser, var trolig hensyn til arbeidsdeling mellom domstolene og forvaltningen.

Gjennomgangen av praksis viser at hensynet til at avgjørelser skal få et materielt riktig resultat, er sentralt, selv om det ikke blir tillagt avgjørende vekt i alle saker. Et rettssystem som ikke legger opp til at avgjørelser får et riktig resultat ut fra sakens faktum og aktuelle rettsregler, ville også fremstå som lite fornuftig. Derfor må det være riktig å karakterisere prinsippet om materiell sannhet som «et selvsagt utgangspunkt for enhver prosessordning».²⁵

2.2 Den materielle sannhets prinsipp i historien

I den eldste tiden var Norge organisert som et ættesamfunn hvor konflikter ble løst med blodhevn. Etter hvert vokste behovet for fredelige ordninger for tvisteløsning, og tingene ble etablert. Tingene er første spor av organisert rettsvesen i Norge.²⁶ Reglene for konfliktløsningen på tingene er dokumentert i varierende grad, men prinsippet om materiell sannhet ser ut til å ha vært styrende.

Et eksempel på at den materielle sannhet var viktig under behandlingen på tinget, er læren om vitterlighet. Et faktum som var vitterlig, var riktig og kunne legges til grunn for å løse konflikten. Vitterlighet kunne enten oppnås ved at rettshandelen ble avsluttet i tallrike forsamlinger, eller ved at to «gode menn» ble oppnevnt som vitner for rettshandelen. Hvis en rettshandel ikke var inngått på en vitterlig måte, oppnevnte partene en domstol bestående av bekjente som skulle fastslå sakens faktum.²⁷

²⁵ Robberstad s. 11.

²⁶ NOU 2001:32 A s. 118

²⁷ Ebbe Hertzberg, *Grundtrækkene i den ældste norske proces*, Kristiania 1874 s. 272

Reglene om vitterlighet viser at det også i de eldste rettsordninger var viktig å klarlegge det sanne saksforhold. Rettsanvendelsen på tinget var imidlertid ikke gjenstand for samme form for regulering. Slik regulering ble ikke ansett nødvendig fordi enhver god borger i det gammelnorske samfunn intuitivt visste hva som var rett.²⁸ Når faktum var tilstrekkelig bevist gjennom læren om vitterlighet, ville rettsanvendelsen automatisk bli riktig når en god borger pådømte saken.

Også i senere lovgivning er det eksempler på regler om hva som kreves for at et faktum anses sant. Det fremgikk av Norske Lov²⁹ 1-13-1 at «Vidne er ej mindre enn to Personer, over eens stemmende, og udi een Ting». Regelen innebar at en vitneforklaring bare kunne tillegges vekt hvis to personer forklarte det samme.³⁰ Læren om vitterlighet og Norske Lov 1-13-1 inneholdt vilkår som måtte være oppfylt for at et saksforhold kunne anses som sant. Selv om virkemidlene var ulike, og i dag fremstår som lite hensiktsmessige, viser reglene viktigheten av å basere avgjørelsen på et sant saksforhold.

Før tvistemålsloven³¹ ble satt i kraft i 1927 var saksbehandlingen i sivilprosessen preget av skriftlighet og sendrektighet. Augdahl beskrev ordningen som «helt ut tilpasset efter dommernes makelighet og sakførernes bekvemmelighet, men som kun dårlig tilgodeså partenes tarv». ³² I forarbeidene til tvistemålsloven fremholdt Justisdepartementet at hovedproblemene var lang saksbehandlingstid, ufullstendig og utilstrekkelig lovgivning, og at prosessordningen ikke i tilstrekkelig grad bidro til å «bringe det sande saksforhold for dagen». ³³ Uttalelsene om at prosessreglene bør bidra til å få frem det sanne saksforhold, viser at den materielle sannhets prinsipp var sentralt ved utformingen av tvistemålsloven.

Tvistemålsloven skulle bøte på de ovennevnte problemene ved innføring av prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet i prosessen. Dette skulle gi dommeren bedre mulighet til å drive aktiv prosessledelse, slik at saksbehandlingen kunne konsentreres rundt de sentrale

²⁸ Hertzberg s. 271-272

²⁹ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687, heretter Norske Lov

³⁰ Skoghøy s. 556

³¹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål, heretter tvml.

³² Per Augdahl, *Norsk civilprosess*, 2. utgave, Trondheim 1951 s. 1-2

³³ Ot.prp.nr.1 (1910) s. 12, referert i NOU 2001:32 A s. 123

tvistepunkter.³⁴ Departementet mente at endringene både ville bidra til å styrke sakens opplysning, og til å redusere kostnadene ved domstolsbehandlingen.³⁵

Selv om prinsippet om materiell sannhet var viktig i arbeidet med ny sivilprosesslov, var det regler i tvistemålsloven som begrenset rettens mulighet til å fatte materielt riktige avgjørelser. Blant annet medførte reglene om disposisjons- og forhandlingsprinsippet at retten måtte holde seg innenfor partenes påstander og påstandsgrunnlag, og at partene hadde hovedansvaret for bevisføringen. Reglene kunne føre til at retten måtte bygge sin avgjørelse på en partsskapt virkelighet som ikke stemte overens med de reelle forholdene. Forhandlings- og disposisjonsprinsippet ble innført med tvistemålsloven, og er videreført uten nevneverdige endringer i tvisteloven.³⁶

Dommerens adgang til å drive materiell prosessledelse var noe omtvistet under tvistemålsloven. Etter hvert ble det akseptert at dommeren kunne drive en viss grad av materiell prosessledelse, og dette ble forankret i tvml. § 86 om dommerens plikt til å klargjøre partenes anførsler.³⁷ I dag er rettens adgang til materiell veiledning hjemlet i tvl. § 11-5. Rettens ansvar for rettsanvendelsen var det samme under tvistemålsloven som i tvisteloven, se henholdsvis tvml. § 191 og tvl. § 11-3.

I tvistemålsloven var grunnvilkåret for avskjæring av sene prosesshandlinger at en endring ikke ble foretatt så snart parten hadde anledning til det. Da kunne endringen avskjæres hvis hensikten med forsinkelsen var å overrumple motparten, eller motparten forlangte preklusjon og saken ellers ville blitt betraktelig forsinket, jf. tvml. §§ 62 andre ledd, 189 andre ledd og 335. Disse reglene ble endret i tvisteloven. Etter tvl. § 9-16 prekluderes prosesshandlinger som blir fremsatt mindre enn to uker før hovedforhandlingen, med mindre motparten samtykker til, eller retten tillater, endringen. Tvistelovens preklusjonsregler er dermed mindre skjønsmessige enn reglene som fulgte av tvistemålsloven. Skjerpningen av preklusjonsreglene medfører en mer effektiv prosess, men kan slå uheldig ut for målsettingen om å nå riktige resultater, siden retten ikke kan vurdere alle sakens faktiske omstendigheter.

³⁴ Ot.prp.nr.1 (1910) s. 12, referert i NOU 2001:32 A s. 123

³⁵ Ot.prp.nr.1 (1910) s. 12, referert i NOU 2001:32 A s. 123

³⁶ NOU 2001:32 B s. 702

³⁷ Hans M. Michelsen, *Sivilprosess*, Oslo 1999 s. 197

Hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat var styrende for saksbehandlingen etter tvistemålsloven. Samtidig var det enkelte områder hvor hensynet ikke ble tillagt tilstrekkelig vekt. Dette er forsøkt rettet opp i tvisteloven ved å styrke dommerens lederrolle i prosessen. Det kan blant annet vises til tvl. § 9-4 om aktiv saksstyring og lovfesting av adgangen til materiell prosessledelse i tvl. § 11-5. Tvistelovens regler om partenes sannhets- og opplysningsplikt i § 21-4, som ikke hadde noe motstykke i tvistemålsloven, signaliserer også økt fokus på målsettingen om å nå materielt riktige resultater. Dermed kan det synes som om prinsippet om materiell sannhet fikk noe sterkere vekt ved innføringen av tvisteloven.

2.3 Den materielle sannhets prinsipp i straffeprosessen

Det er store likheter mellom sivil- og straffeprosessen, blant annet er reglene for bevisføring nærmest likelydende. Samtidig er det også store ulikheter mellom regelsettene som følge av grunnleggende forskjeller mellom sivile saker og straffesaker. Selv om avhandlingen bare behandler reglene i sivilprosessen, er det derfor relevant å se hen til hvordan den materielle sannhets prinsipp vektlegges i straffeprosessen.

Prinsippet om materiell sannhet vektlegges annerledes i straffeprosessen enn i sivilprosessen. Straff anses som en massiv sosial fordømmelse, og det er svært viktig at ingen uskyldige dømmes til straff.³⁸ Følgelig må fellende straffedommer bygge på riktig rettsanvendelse og riktig faktum. Samtidig er det ikke like alvorlig at en skyldig person frifinnes, som at en uskyldig person dømmes til straff. Derfor er det ikke like viktig at frifinnende straffeavgjørelser er materielt riktige. I straffeprosessen har dermed prinsippet om materiell sannhet størst vekt når det virker i tiltaltes favør. Dette kommer til uttrykk i flere av straffeprosesslovens regler.

Regelen i strpl. § 294 om rettens ansvar for sakens opplysning skal sikre at rettens avgjørelser får et riktig resultat. Det fremgår av bestemmelsen at retten på embets vegne skal våke over at saken blir fullstendig opplyst. For å bedre sakens opplysning kan retten beslutte å innhente nye bevis og å utsette hovedforhandlingen. I motsetning til regelen i sivile saker, har retten i straffesaker adgang til å innhente nye bevis uavhengig av påtalemyndigheten og tiltaltes ønske. Adgangen er begrunnet i at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning.

³⁸ Jo Hov, *Rettergang I*, Oslo 2010 s. 139

Rettenns reelle mulighet til å supplere bevisførselen er likevel begrenset, da den som regel ikke har satt seg inn i sakens dokumenter forut for hovedforhandlingen. Det følger av strpl. § 262 første ledd siste punktum at retten leder ved behov kan be om innsyn i sakens dokumenter. Hovedregelen er likevel at retten før hovedforhandling bare får tilsendt kopi av tiltalebeslutningen og bevisoppgave etter strpl. § 262 første ledd første punktum.³⁹

Selv om retten skal sørge for at saken blir fullstendig opplyst, er den ikke uavhengig av tiltalen. Etter strpl. § 38 kan retten ikke domfelle tiltalte for annet «forhold» enn det tiltalen gjelder. Regelen innebærer både at retten må bygge på det faktum som følger av tiltalen, og at den ikke kan bruke en bestemmelse som har en «vesentlig annen rettslig karakter» enn bestemmelsen som er angitt i tiltalen.⁴⁰ Strpl. § 38 er den strafferettslige motvekten til tvl. § 11-2 om at retten bare kan avgjøre «de krav som er reist i saken».

Bortsett fra at retten ikke kan endre forholdets identitet, er den ubundet av tiltalens beskrivelse av tid, sted og andre omstendigheter ved det straffbare forholdet, se strpl. § 38. Dette innebærer at retten skal bygge på de opplysninger som er fremkommet under hovedforhandlingen, selv om de avviker fra tiltalebeslutningen. Retten er dermed mindre bundet av tiltalen i straffesaker, enn av partenes påstander og påstandsgrunnlag i sivile saker. Begrunnelsen er at partene ikke kan disponere over straffesaken.

På samme måte som i sivile saker er retten i straffesaker ubundet av partenes anførsler om rettsanvendelsen, se strpl. § 38 andre ledd. Den kan dermed bygge sin avgjørelse på andre bestemmelser enn partene har anført. Retten skal likevel bare prøve om det foreligger omstendigheter som medfører at forholdet kommer inn under et strengere straffebud dersom det er «særlig grunn» til det, se § 38 første ledd siste punktum. Bestemmelsen kan medføre at avgjørelsen blir materielt uriktig, men dette aksepteres fordi regelen virker i tiltaltes favør.

I straffeprosessloven er det ingen regler som tilsvarende tvistelovens regler om preklusjon av for sent fremsatte prosesshandlinger. Påtalemyndigheten har anledning til å utvide tiltalen helt inn til hovedforhandlingen etter strpl. § 253. Utvidelse av tiltalen under hovedforhandlingen krever imidlertid rettens samtykke og tiltaltes samtykke eller tilståelse, se strpl. § 254. Det følger av strpl. § 264 at tiltalte skal få bevisoppgaven før hovedforhandlingen, men det er ikke

³⁹ Hov s. 233

⁴⁰ Rt. 2011 s. 172 avsnitt 19

krav om at denne må være fullstendig. Påtalemyndigheten kan dermed i utgangspunktet komme med nye bevis helt frem til, og under, hovedforhandlingen. Forutsetningen er imidlertid at tiltalte og hans forsvarer får tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar.⁴¹

Beviskravet i straffesaker formuleres gjerne slik at «all rimelig tvil» skal komme tiltalte til gode.⁴² Dette er langt strengere enn kravet om sannsynlighetsovervekt som gjelder i sivile saker. For at tiltalte skal bli dømt må det være opp mot 100 % sikkert at han både har begått den straffbare handlingen, og at han har utvist tilstrekkelig grad av skyld. Dommeren skal føle seg sikker. Det strenge beviskravet medfører at mange frifinnende avgjørelser ikke bygger på det faktum som fremstår som mest sannsynlig.⁴³ Hvis det faktum som er mest sannsynlig også er riktig, er resultatet i disse avgjørelsene materielt uriktig. Det godtas at det strenge beviskravet medfører noen materielt uriktige avgjørelser fordi kravet sikrer at ingen uskyldige dømmes til straff. Som påpekt ovenfor, er det mer alvorlig at en uskyldig dømmes til straff enn at en skyldig frifinnes.

Reglene gjennomgått ovenfor medfører at retten har adgang til å behandle alle relevante fakta i straffesaker. Årsaken er at den er tilnærmet ubundet av partenes anførsler, og at prosesshandlinger ikke avskjæres selv om de er sent fremsatt. Slik øker muligheten for at avgjørelsen baseres på et riktig faktum, og at resultatet blir materielt riktig. Samtidig vil det strenge beviskravet medføre at noen frifinnende avgjørelser er materielt uriktige.

Det er viktig at ingen uskyldige dømmes til straff. Derfor er det nødvendig at hensyn til materiell sannhet tillegges stor vekt i straffesaker når det virker til fordel for tiltalte. Samtidig er det ikke åpenbart at prinsippet bør ha mindre vekt i sivile saker. Et tap i en sivil sak kan gå hardt utover parten, og et betydelig økonomisk tap kan oppleves tyngre å bære enn en lav fengselsstraff. Derfor bør prinsippet om materiell sannhet ha stor vekt også i sivile saker.

Sterk vektlegging av prinsippet om materiell sannhet er imidlertid kostbart. I straffesaker skal tiltalte som hovedregel erstatte statens «nødvendige omkostninger» ved saken dersom han blir dømt, jf. strpl. § 436 første ledd. Ansvarer begrenses ved at saksomkostninger bare ilegges hvis det antas mulig å oppnå betaling, og det avpasses etter siktedes økonomiske situasjon, se

⁴¹ Rt. 1994 s. 657

⁴² Johs. Andenæs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave, Oslo 2009 s. 160-161

⁴³ Robberstad s. 11

strpl. § 437 tredje ledd. I sivile saker må partene selv finansiere rettssaken, og etter tvl. § 20-2 er hovedregelen at tapende part må bære motpartens omkostninger. Ulikheter i finansieringen av straffesaker og sivile saker kan derfor begrunne en sterkere vektlegging av prinsippet om materiell sannhet i straffesaker.

2.4 Aktørenes ansvar for å fremme prinsippet om materiell sannhet

Det er retten som har ansvaret for at en rettssak gjennomføres i samsvar med tvistelovens regler. Samtidig er det partene som har ansvaret for å fremlegge sakens faktum i dispositive saker, og rettens adgang til supplerings er begrenset. Hvorvidt retten legger et riktig faktum til grunn for avgjørelsen, er dermed i stor grad avhengig av partene. For at en avgjørelse skal bli materielt riktig, må den baseres på et riktig og fullstendig faktum. Arbeidsdelingen medfører at gjennomføring av målsettingen om å nå materielt riktige avgjørelser er avhengig av samvirke mellom alle sakens aktører. I det følgende gjennomgås dommerens, partenes og advokatenes ansvar for at rettens avgjørelse skal få et materielt riktig resultat.

2.4.1 Dommerens ansvar

Dommeren har flere oppgaver som gir ham en sentral rolle for å sikre at retten treffer riktige avgjørelser. For det første har han et selvstendig ansvar for at dommen baseres på en riktig rettsanvendelse, se tvl. § 11-3. Det er dermed viktig at dommeren har tilstrekkelig juridisk kompetanse til å avgjøre både hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, og hva som er reglens innhold.⁴⁴

For det andre er dommeren ansvarlig for bevisvurderingen, og har dermed et betydelig ansvar for å sikre at dommen bygger på et riktig faktum. Det følger av tvl. § 21-2 at retten ved en fri bevisvurdering fastsetter hvilket faktum avgjørelsen skal bygge på. I tillegg følger det av tvl. § 11-2 andre ledd siste punktum at retten ikke er bundet av partenes argumentasjon om bevisspørsmål. Dommerens ansvar for bevisvurderingen innebærer at han avgjør både hva som kan utledes av bevisene, og hvordan bevisene skal vektes mot hverandre.⁴⁵ På bakgrunn av vurderingen skal dommeren som hovedregel legge til grunn det faktum som fremstår som mest sannsynlig.⁴⁶

⁴⁴ Ot.prp.nr. 51 (2005-2006) s. 168

⁴⁵ Skoghøy s. 859.

⁴⁶ NOU 2001:32 A s. 459

For det tredje kan dommeren øke sannsynligheten for at avgjørelsen får et materielt riktig resultat ved å yte veiledning til partene. Det følger av tvl. § 11-5 første ledd at retten har plikt til å yte den prosessuelle veiledning som er «nødvendig» for at partene «kan ivareta sine interesser i saken». Plikten må begrenses til prosessuelle forhold av betydning for avgjørelsen som parten eller hans prosessfullmektig ikke er oppmerksom på, og er underlagt en rimelighetsbegrensning.⁴⁷ Etter bestemmelsens tredje ledd skal dommeren også bidra til å klargjøre sakens tvistes spørsmål og partenes påstander.

Det følger av tvl. § 11-5 andre ledd at retten også skal «gi veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler». Etter fjerde ledd kan veiledningen bestå i å oppfordre partene til å ta stilling til faktiske og rettslige spørsmål som kan være av betydning for avgjørelsen. Dette er spørsmål som retten mener kan være av betydning, selv om partene ikke har berørt dem. Herunder har retten anledning til å spørre om en part ønsker å påberope et påstandsgrunnlag som synes relevant.⁴⁸ Veiledningen kan også bestå i å oppfordre en part til å tilby bevis, se tvl. § 11-5 femte ledd. Det fremgår av forarbeidene at denne adgangen bør forbeholdes de tilfeller hvor det er nærliggende at beviset vil få avgjørende betydning for saken.⁴⁹

De ovennevnte reglene gir retten en relativt vid adgang til å drive materiell og prosessuell veiledning. Forutsetningen er at veiledningen ikke utøves på en måte som svekker tilliten til rettens upartiskhet, se tvl. § 11-5 sjuende ledd. I forarbeidene ble det uttalt at dommeren ikke skal påta seg en undersøkende eller granskende rolle. Retten vil da gå utenfor rollen den er tiltenkt i sivile saker, og det kan medføre at evnen til å konsentrere saken rundt de sentrale spørsmål svekkes.⁵⁰

Ved å utøve aktiv prosessledelse kan dommeren gjøre partene oppmerksomme på deres prosessuelle og materielle rettigheter. Slik kan han bidra til at partene fremhever de riktige deler av sakens faktiske omstendigheter, og øke muligheten for at avgjørelsen får et materielt

⁴⁷ Skoghøy s. 559.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406-407

⁴⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407

⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406

riktig resultat. Dommeren har imidlertid som hovedregel ikke plikt til å drive materiell prosessledning i dispositive saker.⁵¹

Dommerens virke er også underlagt etiske normer. Hovedprinsippene for god dommerskikk følger av «Etiske prinsipper for dommeratferd» utarbeidet og vedtatt av Den norske Dommerforening, Teknas etatsforening for jordskifterettene og Domstoladministrasjonen.⁵² Av prinsippenes punkt 1 fremgår det blant annet at dommeren skal opptre i samsvar med loven, og at hans atferd skal bidra til å styrke tilliten til rettssystemet. For å sikre borgernes tillit til rettssystemet, er det blant annet sentralt at domstolene regelmessig treffer materielt riktige avgjørelser. Dommeren har dermed en etisk plikt til å arbeide for at hans avgjørelser får materielt riktige resultater. Plikten vil omfatte ansvar både for å ha tilstrekkelig kunnskap om rettsreglene og for å bedømme bevisene riktig.

2.4.2 Partenes ansvar

Det følger av tvl. § 21-4 at partene har en plikt til å sørge for at saken blir «riktig og fullstendig opplyst». For å oppfylle plikten skal partene tilby nødvendige bevis og de har plikt til å gi forklaringer og bevis tilgang etter § 21-5, jf. § 21-4 første ledd andre punktum. Partenes sannhets- og opplysningsplikt er en stadfestelse av det alminnelige kravet til redelighet i prosessen.⁵³ Plikten til å opplyse saken er generell, og omfatter også bevis som er til støtte for motpartens sak. Partenes plikt til å foreta undersøkelser til støtte for motpartens sak, er imidlertid underlagt en forholdsmessighetsbegrensning.⁵⁴

Partenes sannhets- og opplysningsplikt er omfattende. I Rt. 2011 s. 753 ble en part pålagt å fremlegge personlige notater som dannet grunnlaget for en bok. Saken gjaldt påståtte ærekrenkelser som var fremsatt i boken, og Høyesterett mente notatene kunne utgjøre bevis i saken. Det ble understreket at plikten til fremleggelse bare begrenses av reglene om bevisforbud og bevisfritak, jf. tvl. § 21-5. Retten kan likevel ikke beslutte at en part må gi tilgang til sitt hjem eller oppbevaringssted for at motparten skal få søke etter bevis.⁵⁵

⁵¹ Rt. 1993 s. 647 og Skoghøy s. 560-561

⁵² <https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Tilsynsutvalget-for-dommere/Etiske-retningslinjer/>

⁵³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454

⁵⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454

⁵⁵ Rt. 2012 s. 1819 avsnitt 32 flg., standpunktet ble videreført i Rt. 2014 s. 1084

Hvor effektivt sannhets- og opplysningsplikten virker, vil i stor grad avhenge av sanksjonsmulighetene ved brudd på plikten. Det følger motsetningsvis av tvl. § 26-8 første jf. andre ledd at kjennelser om bevistilgang mot en part i en dispositiv sak ikke kan tvangsfullbyrdes. Dersom en part nekter å etterkomme en forespørsel om bevistilgang som er av «vesentlig betydning» for motparten eller er nødvendig for en forsvarlig behandling av saken, kan retten gi fristforelegg som får fraværsvirkninger ved oversittelse, se § 16-7 andre ledd. For øvrig kan retten ved bevisbedømmelsen vektlegge at en part nektet å gi bevistilgang.⁵⁶ I noen saker kan retten også ilegge parten som nekter bevistilgang saksomkostninger etter tvl. § 20-3. Her fremgår at en part som har fått medhold av betydning uten å vinne saken, kan tilkjennes saksomkostnader hvis «tungtveiende grunner» tilsier det.

Retten har dermed enkelte sanksjonsmuligheter overfor parter som nekter å overholde sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4. Det kan imidlertid ut til at sanksjonsmulighetene, bortsett fra muligheten til å ilegge saksomkostnader, blir lite anvendt.⁵⁷ Hvis dette er tilfelle, vil brudd på reglene sjelden få konsekvenser. Da er det fare for at partene ikke etterlever plikten til å opplyse saken.

Hvis motparten eller retten krever det, er parten pliktig til å forklare seg, se tvl. § 23-2. En part som nekter å forklare seg, kan ilegges rettergangsbot etter dl.⁵⁸ § 210. I tillegg kan en part som avgir falsk forklaring for retten, straffes etter bestemmelsene i strl.⁵⁹ § 163 jf. § 166. Domstolene har dermed gode sanksjonsmuligheter dersom en part nekter å forklare seg eller forklarer seg uriktig. Sannsynligvis bidrar reglene til at partene forklarer seg sant. Slik øker muligheten for at rettens avgjørelse bygger på et riktig faktisk grunnlag.

2.4.3 Advokatenes ansvar

Partene i en rettssak er ofte representert av en prosessfullmektig som er advokat. Det følger av identifikasjonsregelen i tvl. § 3-1 tredje ledd at advokaten er bundet av sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4. Advokatens virke er også underlagt etiske regler inntatt i

⁵⁶ Skoghøy s. 807

⁵⁷ Merknad til tvl. § 21-4 Lovdata skrevet 28. oktober 2009 09:25 av Maria Astrup Hjort, <https://lovdata.no/pro/NL/lov/2005-06-17-90/§21-4>

⁵⁸ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene, heretter dl.

⁵⁹ Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10, heretter strl.

advokatforskriftens⁶⁰ kapittel 12. Det følger av kapittelets punkt 1.2 andre ledd at advokaten skal «ivareta sine klienters interesser».

Videre fremgår det av advokatforskriftens kapittel 12 punkt 1.2 at ivaretagelsen av klientens interesser skal skje innenfor lovens rammer, og at advokaten skal fremme rett og hindre urett. I punkt 4.1 fremkommer det at advokaten skal opptre korrekt i forhold til prosesslovgivningen, mens det fremgår av punkt 4.2 at saken skal opplyses ved en åpen og saklig bevisførsel. Reglene taler for at advokaten har et ansvar for at partene fører de nødvendige bevis for at dommen kan bygge på et riktig faktum.

I litteraturen er det lagt til grunn at advokaten har en plikt til å gripe inn dersom han oppdager at klienten forsøker å føre falske bevis eller på andre måter villeder retten.⁶¹ Hvis klienten ikke vil høre på advokatens råd om føring av beviset, har han anledning til å si fra seg oppdraget etter advokatforskriftens kapittel 12 punkt 3.1.6. Her har advokaten et virkemiddel som kan påvirke parten til å fremlegge et riktig bevisbilde for retten. Samtidig har han som følge av sin taushetsplikt ikke anledning til selv å fremlegge bevis eller opplysninger hans klient har unndratt, se strl. § 144.

Som følge av at advokaten først og fremst skal ivareta sin klients interesser, må hans ansvar for å ivareta prinsippet om materiell sannhet være begrenset. Samtidig vil hans plikt til å overholde prosessreglene medføre et visst ansvar for å sikre at rettens avgjørelser baseres på et riktig faktum. Reglene er delvis motstridende, og kan sette advokaten i en vanskelig situasjon. De etiske reglene i advokatforskriftens kapittel 12 er skjønnsmessig utformet, slik at terskelen for hva som aksepteres kan variere. Hvorvidt en advokat bidrar til å ivareta prinsippet om materiell sannhet vil derfor i noen grad bero på personlige valg.

2.5 Virkemidler mot materielt uriktige avgjørelser

Prinsippet om materiell sannhet er et grunnleggende hensyn i sivilprosessen, og skal tillegges stor vekt ved saksbehandlingen for domstolene. Likevel skjer det av og til feil som medfører at rettsavgjørelser blir materielt uriktige. De tre hovedårsakene til materielt uriktige

⁶⁰ Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstoloven kapittel 11, heretter advokatforskriften

⁶¹ Haakon I. Haraldsen, *Regler for god advokatskikk: med kommentarer*, Oslo 2005 s. 11

avgjørelser er feil i rettsanvendelsen, feil i bevisbedømmelsen og feil i bevisføringen. I det følgende gjennomgås det hvilke virkemidler partene har mot avgjørelser de mener er materielt uriktige.

En part som mener at en avgjørelse har fått et materielt uriktig resultat, kan anke. Hovedregelen er at ankeinstansen har full overprøvingskompetanse. Følgelig kan feil i bedømmelsen av faktiske forhold, feil i rettsanvendelsen eller feil i saksbehandlingen utgjøre grunnlag for en anke, se tvl. § 29-3 første ledd jf. § 30-3 første ledd. Ankeinstansens behandling av anken vil bli noe ulik avhengig av grunnlaget for anken.

Hvis rettsavgjørelsens innhold påankes, det vil si at ankegrunnene er feil i bedømmelsen av faktiske forhold eller feil i rettsanvendelsen, foretar ankeinstansen en ny realitetsprøving av saken. Ankeinstansen kan bare pådømme de påankede krav, og retten er på samme måte som underinstansen bundet av partenes bevisføring, se tvl. § 29-20 tredje ledd jf. § 11-2. I ankebehandlingen vurderes saken på nytt, og retten legger til grunn det faktum som er mest sannsynlig på bakgrunn av partenes bevisføring. Ankeinstansen skal som hovedregel treffe ny realitetsavgjørelse hvis anken fører frem, se tvl. § 29-23 fjerde ledd og § 30-3 første ledd. Siden alle sakens opplysninger behandles på nytt, bør saken bli bedre opplyst ved ankebehandlingen enn den var ved underinstansens behandling. Slik økes sannsynligheten for at ankeinstansen når et materielt riktig resultat.

Hvis parten anker over underinstansens saksbehandling kan overinstansen ikke prøve sakens realiteter, og den kan bare prøve de påberopte saksbehandlingsfeilene, se tvl. § 29-20 andre ledd. I ankegrunnene må parten derfor angi hvilke saksbehandlingsfeil underinstansen begikk. En feil medfører opphevelse av underinstansens avgjørelse dersom det er «nærliggende» at den har hatt betydning for avgjørelsen som er anket, jf. tvl. § 29-21 første ledd. Dersom parten kan peke på en saksbehandlingsfeil som medførte at avgjørelsen fikk et materielt uriktig resultat, har feilen virket inn slik at avgjørelsen oppheves. Enkelte saksbehandlingsfeil skal ubetinget tillegges virkning, se tvl. § 29-21 andre ledd. Disse kan prøves av ankeinstansen uavhengig av grunnlaget for anken og hvilke saksbehandlingsfeil som er påberopt, jf. tvl. § 29-20 andre og tredje ledd.

Hvis saken er behandlet på en måte som sår tvil om resultatets riktighet, er det i praksis lagt til grunn at avgjørelsen kan oppheves selv om ingen enkelt saksbehandlingsregel er tilsidesatt.

Eksempelvis ble lagmannsrettens avgjørelse opphevet i Rt. 1977 s. 799, fordi saksbehandlingen foregikk i et uforsvarlig høyt tempo. Førstvoterende uttalte at avgjørelsen måtte oppheves på grunnlag av «en totalvurdering av lovsystemet som klart nok tar sikte på å komme frem til avgjørelser en kan stole på riktigheten av».⁶² Avgjørelsen gjaldt en straffesak, men det fremgår av tvl. § 1-1 at prinsippet om forsvarlighet gjelder også i sivilprosessen. Prinsippet om forsvarlig saksbehandling kan dermed medføre at avgjørelser oppheves selv om parten ikke kan peke på en konkret rettergangsregel som er overtrådt. Den vide ankeadgangen understreker viktigheten av, og øker muligheten for å nå, materielt riktige resultater. Krav om forsvarlighet i prosessen er særlig aktuelt som ankegrunnlag i saker hvor ankeinstansen ikke kan prøve den påankede avgjørelsens innhold.

Dersom en rettsavgjørelse ble materielt uriktig fordi partene fremla et mangelfullt bevisbilde, vil en anke over saksbehandlingen ikke føre frem. Grunnen er at retten i dispositive saker ikke har ansvar for bevisføringen, og oppheving på grunn av saksbehandlingsfeil skjer kun hvis feilen er begått av retten.⁶³ En anke over avgjørelsens innhold kan derimot føre frem selv om feilen er begrunnet i partenes mangelfulle bevisføring, siden ankeinstansen foretar en ny realitetsprøving. Når ankeinstansen har full overprøvingskompetanse, er det derfor mest hensiktsmessig å anke over avgjørelsens innhold.

Selv om partene mener at en avgjørelse er materielt uriktig, har de ikke en ubegrenset ankeadgang. Anker til lagmannsretten vil stort sett tillates fremmet, mens adgangen til å anke til Høyesterett er underlagt store begrensninger. Det fremgår av tvl. § 30-4 første ledd at en anke til Høyesterett som hovedregel kun fremmes til behandling når den gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak. For øvrig kan anken fremmes til behandling hvis det av andre grunner er «særlig viktig» at saken behandles i Høyesterett. Dette alternativet kan brukes dersom lagmannsrettens avgjørelse fremstår som materielt uriktig. Adgangen bør imidlertid brukes med forsiktighet fordi Høyesterett først og fremst skal være en prejudikatsdomstol.⁶⁴

Partenes ankeadgang er også tidsbegrenset, ved at bare avgjørelser som ikke er blitt rettskraftige kan påankes, se tvl. § 19-14 jf. § 19-15. En rettsavgjørelse blir rettskraftig ved

⁶² Rt. 1977 s. 799 s. 802

⁶³ Skoghøy s. 1128

⁶⁴ Skoghøy s. 1116

utløpet av ankefristen. Med mindre annet er bestemt ved lov, er ankefristen en måned etter forkynnelsen av dommen, se tvl. § 29-5 jf. dl. § 147. Dersom en part først oppdager at en avgjørelse er materielt uriktig etter at ankefristen har gått ut, kan det i enkelte tilfeller være adgang til å gjenåpne saken.

Ved materielt uriktige avgjørelser er det særlig to bestemmelser om gjenåpning som kan være aktuelle. Den ene er tvl. § 31-3 første ledd bokstav c), som gir adgang til gjenåpning dersom et vitne «med skjellig grunn» mistenkes for falsk forklaring. Den andre er tvl. § 31-4, som bestemmer at avgjørelser kan gjenåpnes hvis det er fremkommet «opplysninger om faktiske forhold som var ukjent da saken ble avgjort» som tilsier at «avgjørelsen høyst sannsynlig ville blitt en annen». Adgangen til gjenåpning er begrenset ved at det stilles strenge krav til sannsynligheten for at den rettskraftige avgjørelsen er materielt uriktig. Videre følger det av tvl. § 31-6 at saker som er eldre enn ti år ikke kan gjenåpnes. Det er også bare feil i faktum som kan begrunne gjenåpning, ikke feil i rettsanvendelsen.⁶⁵

Partene har altså flere virkemidler mot materielt uriktige avgjørelser. Ankeadgangen er mest aktuell, og i enkelte tilfeller er det adgang til å gjenåpne avgjørelsen. For øvrig kan parten gå til ny sak dersom nye rettsfakta medfører at den opprinnelige rettsavgjørelsen er materielt uriktig.⁶⁶ At partene har gode muligheter til å angripe materielt uriktige avgjørelser, er godt i samsvar med den materielle sannhets prinsipp sentrale stilling i vår prosessordning.

3 Andre sivilprosessuelle grunnprinsipper

Selv om den materielle sannhets prinsipp er grunnleggende i vår prosessordning, er det flere prinsipper som må vektlegges ved utformingen av reglene i sivilprosessen. Noen av disse prinsippene fremmer den materielle sannhets prinsipp, mens andre av ulike årsaker begrenser rettens mulighet til å nå et materielt riktig resultat. I det følgende gjennomgås enkelte av grunnprinsippene i sivilprosessen. Av plasshensyn har jeg kun valgt å gjennomgå prinsipper som påvirker rettens mulighet til å nå et materielt riktig resultat. Derfor vil blant annet prinsippet om legdommerdeltakelse og offentlighetsprinsippet ikke bli behandlet.

⁶⁵ Skoghøy s. 1243

⁶⁶ Skoghøy s. 1058

3.1 Prinsippet om forsvarlig saksbehandling

Prinsippet om forsvarlig saksbehandling innebærer et krav at domstolenes saksbehandling skal være betryggende. En avgjørelse kan bli opphevet hvis rettergangen ikke fremstår som forsvarlig, selv om ingen saksbehandlingsregler er tilsidesatt.⁶⁷ Prinsippet om forsvarlighet ble utviklet i rettspraksis, og er i dag lovfestet i tvl. § 1-1.

Krav om forsvarlighet i saksbehandlingen følger også av EMK⁶⁸ art. 6, som gir borgerne rett til en «fair trial». Prinsippet om rettfærdig rettergang fikk en ny rettskildemessig stilling etter vedtakelsen av den nye Grunnlovens⁶⁹ § 95 våren 2014. Antageligvis var hensikten bak bestemmelsen å grunnlovfeste det som tidligere har vært gjeldende rett etter EMK art. 6.⁷⁰ Det er ikke grunn til å anta at grunnlovfestingene medførte noen endringer i prinsippets innhold.

Hvorvidt domstolens saksbehandling er forsvarlig, beror på en konkret vurdering, og kan ikke angis generelt. Skoghøy fremhever imidlertid fem momenter som er sentrale i vurderingen.⁷¹ For det første må begge parter få en reell mulighet til å fremlegge sin sak for retten, se tvl. § 1-1 andre ledd første strekpunkt. For det andre må retten sette seg godt nok inn i saken til at den har et forsvarlig grunnlag for sin avgjørelse. Rt. 1977 s. 799, som referert i punkt 2.5, er et eksempel fra strafferetten på at dette kravet ble tilsidesatt.

Videre må saksbehandlingen tilpasses spørsmålene som skal behandles. Dette innebærer blant annet at behandlingen bør være muntlig og bevisføringen umiddelbar dersom vitnebevis er sentrale i saken. For det fjerde må dommeren lede prosessen på en god og nøytral måte. Et femte moment er at retten må begrunne avgjørelsen av materielle og viktigere prosessuelle spørsmål. Begrunnelsen skal blant annet sikre en grundig vurdering, tilrettelegge for overprøving og danne prejudikat for senere avgjørelser.

Prinsippet om forsvarlig saksbehandling setter krav som skal sikre at rettens saksbehandling gjennomføres på en grundig og betryggende måte. Når saksbehandlingen er grundig, blir

⁶⁷ Skoghøy s. 520

⁶⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1951, heretter EMK

⁶⁹ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814, heretter Grl.

⁷⁰ Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall*, Oslo 2015 s. 20

⁷¹ Skoghøy s. 521-523

saken bedre opplyst. Da øker sannsynligheten for at retten baserer sin avgjørelse på et riktig og fullstendig faktum. I tillegg er formålet bak kravet om forsvarlighet i saksbehandlingen at retten skal nå materielt riktige resultater.⁷² Prinsippet om forsvarlig saksbehandling bidrar dermed til å fremme den materielle sannhets prinsipp.

3.2 Prinsippene om kontradiksjon og likebehandling

Kontradiksjon betyr motsigelse, og prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling er helt grunnleggende i sivilprosessen. I rettspraksis har det blitt karakterisert som «en grunnsetning i vår rettergangsordning»,⁷³ og «en bærebjelke i vår prosessordning».⁷⁴ Prinsippet er inntatt i tvistelovens formålsbestemmelse i § 1-1 andre ledd andre strekpunkt, hvor det fremgår at partene skal «få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis». Kontradiksjonsprinsippet har også en menneskerettslig forankring, idet EMD har slått fast at adgang til kontradiksjon er en del av kravet om «fair trial» i EMK art. 6.⁷⁵

Tvl. § 11-1 tredje ledd er et utslag av kontradiksjonsprinsippet. Bestemmelsen gir partene rett til å uttale seg om alle sider ved det faktum retten legger til grunn for sin avgjørelse. Sakens faktum omfatter blant annet bevis, anførsler og eventuelle sakkyndiguttalelser. Hvis retten ønsker å bygge avgjørelsen på faktiske omstendigheter som partene ikke har fremhevet, må partene oppfordres til å redegjøre for sitt syn på disse omstendighetene.⁷⁶

Retten til kontradiksjon omfatter ikke en rett til å uttale seg om det rettslige grunnlaget for avgjørelsen. Dette følger av tvl. § 11-3, som bestemmer at retten av «eget tiltak» skal anvende gjeldende rettsregler. Tvistemålsutvalget foreslo i sitt utkast en regel om at retten ikke kunne bygge avgjørelsen på et rettsgrunnlag som partene ikke hadde uttalt seg om, men forslaget ble ikke fulgt opp i odelstingsproposisjonen.⁷⁷ Departementets begrunnelse var at dommeren har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, og at regelen kunne medføre sakskostnader som ikke står i et proporsjonalt forhold til tvisten.⁷⁸ Samtidig ble det fremhevet at partene har adgang til å uttale seg om rettsanvendelsen. Departementet uttalte også at hensyn til en

⁷² Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind I, 2.* utgave, Oslo 2013, s. 5

⁷³ Rt. 1990 s. 8 på side 12

⁷⁴ Rt. 2005 s. 1590 avsnitt 26

⁷⁵ Blant annet i saken *Walston v. Norway* (No. 1), 37372/97, 03.06.2003 avsnitt 56

⁷⁶ Skoghøy s. 525

⁷⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 167-168

⁷⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 168-169

forsvarlig saksbehandling i enkelte saker kan tilsi at retten gjør partene oppmerksom på rettskilder, og gir dem anledning til å uttale seg om dem.

Brudd på kontradiksjonsprinsippet er en saksbehandlingsfeil som ved anke kan medføre opphevelse av en avgjørelse dersom det er «nærliggende» at feilen har virket inn på resultatet, jf. tvl. § 29-21. I praksis er manglende kontradiksjon en saksbehandlingsfeil som ofte anses å ha innvirket på avgjørelsen på en slik måte at den må oppheves.⁷⁹

Hensyn til materiell sannhet er den bærende begrunnelsen bak prinsippet om kontradiksjon.⁸⁰ Årsaken er at et argument eller et bevis ikke kan vurderes ordentlig før det har blitt motsagt. I tillegg bidrar kontradiksjon til å styrke tilliten til rettens saksbehandling, ved at partene får en mulighet til å påvirke prosessen. Prinsippet kan også virke prosessdempende, fordi det antageligvis er lettere for tapende part å slå seg til ro med en avgjørelse når han hadde en reell mulighet til å påvirke resultatet.

Likebehandlingsprinsippet er en videreføring av kontradiksjonsprinsippet, og går ut på at partene skal ha lik mulighet til å legge frem sin sak for retten. Prinsippet har allmenn rekkevidde, og omfatter både fremleggelse av bevis, syn på faktiske spørsmål og rettslig argumentasjon.⁸¹ Krav om likebehandling av partene fremgår indirekte av vilkår om at rettergangen må være rettferdig og forsvarlig i tvl. § 1-1.⁸² Prinsippet har også en menneskerettslig forankring i EMK art. 6 og Grl. § 95. For straffesaker kommer krav om likebehandling til uttrykk i EMK art. 6 nr. 3 bokstav d), som gir tiltalte rett til å eksaminere vitner. I praksis fra EMD er det imidlertid slått fast at likebehandlingsprinsippet gjelder også i sivile saker.⁸³

Prinsippene om kontradiksjon og likebehandling skal sikre både at partene får anledning til å si imot motpartens argumenter, og at de har samme muligheter i prosessen. Dermed legger prinsippene til rette for at alle relevante argumenter og motargumenter fremkommer under prosessen. På den måten skal retten få et best mulig avgjørelsesgrunnlag. Slik bidrar prinsippene til å øke sannsynligheten for at rettens avgjørelser får et materielt riktig resultat.

⁷⁹ Skoghøy s. 527 med henvisninger til praksis

⁸⁰ Robberstad s. 9

⁸¹ Skoghøy s. 530

⁸² NOU 2001:32 B s. 650

⁸³ Blant annet i *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, 14448/88, 27.10.1993 avsnitt 33

3.3 Prinsippene om muntlighet, bevisumiddelbarhet og det beste bevis

Muntlighetsprinsippet går ut på at partene har krav på at avgjørelsen av sakens realitet samt viktige prosessuelle spørsmål treffes på grunnlag av en muntlig prosedyre.⁸⁴ Prinsippet følger EMK art. 6, og i tvl. § 1-1 andre ledd tredje strekpunkt. I tvisteloven er muntlighetsprinsippet gjennomført ved regler om at realitetsavgjørelser skal treffes ved muntlig forhandling med mindre det er særlig hjemmel for annet, se tvl. §§ 9-9, 10-3 og 29-16. Avgjørelser om saksbehandlingen treffes imidlertid som hovedregel etter en skriftlig behandling, jf. tvl. § 9-6 fjerde ledd.

Den rettspolitiske begrunnelsen for muntlighetsprinsippet er først og fremst at det sikrer en grundig og samvittighetsfull behandling av saken.⁸⁵ I tillegg er muntlig behandling som regel mer effektiv enn skriftlig behandling, siden uklarheter og misforståelser kan avklares gjennom spørsmål fra retten. Fordi muntlighetsprinsippet gir gode muligheter til å avklare uklarheter rundt sakens faktiske omstendigheter, bidrar det til å øke muligheten for at avgjørelsen baseres på et riktig faktum.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet innebærer at bevisføringen skal skje direkte for den dømmende rett. Følgelig må vitner, sakkyndige og parter forklare seg direkte for retten, dokumentbevis må leses opp under hovedforhandlingen og eventuell åstedsbefaring må foretas av retten. Bevisumiddelbarhetsprinsippet fremgår av tvl. § 21-9 og EMK art. 6 nr. 1.⁸⁶

Den sentrale begrunnelsen for prinsippet om bevisumiddelbarhet er at det letter bevisbedømmelsen fordi retten selv kan danne seg et bilde av vitnenes pålitelighet. I tillegg blir faktum mer helhetlig belyst ved at motparten får stille spørsmål til vitnene, og uklarheter i forklaringene kan avklares ved spørsmål fra retten.⁸⁷ Muligheten til å oppklare eventuelle uklarheter under forhandlingene, kan også bidra til å effektivisere prosessen.

⁸⁴ Skoghøy s. 533

⁸⁵ Skoghøy s. 540

⁸⁶ Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, 26766/05; 22228/06, 15.12.2011. Saken gjaldt straff, men prinsippet om bevisumiddelbarhet må gjelde også sivile saker, se Skoghøy s. 542

⁸⁷ Skoghøy s. 543

Et annet viktig prinsipp for bevisføringen i sivile saker er prinsippet om det beste bevismateriale. Prinsippet går ut på at bevis som kan føres på flere måter skal brukes på den måten som gir det beste bevisgrunnlaget.⁸⁸ Eksempelvis bør det ikke føres vitner om hva en tredjeperson har sagt, da det som regel er best å høre primærkildens utsagn. TvL. § 21-7 andre ledd bokstav c), som gir retten mulighet til å nekte ført et bevis som den «finner det nødvendig å føre på annen måte», er et utslag av prinsippet om det beste bevismateriale. Ofte vil bevisumiddelbarhet gi det beste bevis, men i enkelte saker kan middelbare bevis være best. Et eksempel er dersom beviset inneholder tekniske spesifikasjoner som det er vanskelig å forklare seg om muntlig.

Prinsippene om muntlighet, bevisumiddelbarhet og det beste bevis legger på ulike måter til rette for at retten skal basere sin avgjørelse på et riktig faktum. Det er en viss adgang til å gjøre unntak fra prinsippene blant annet i tvL. §§ 21-10 til 21-12, men tersklene for unntak er høye. Dermed øker prinsippene sannsynligheten for at retten legger et riktig faktum til grunn for avgjørelsen, samtidig som de har en sterk stilling i tvisteloven. Slik økes muligheten for at retten treffer materielt riktige avgjørelser.

3.4 Prinsippene om konsentrasjon og proporsjonalitet

Det fremgår av tvL. § 1-1 at loven skal legge til rette for en effektiv saksbehandling, og EMK art. 6 og GrL. § 95 krever at rettergang skal gjennomføres «innen rimelig tid». For å sikre effektivitet i saksbehandlingen inneholder tvisteloven regler om konsentrasjon av prosessen og om proporsjonalitet i saksbehandlingen.

Konsentrasjonsprinsippet innebærer at domstolsprosessen skal konsentreres i tid og omfang. For å konsentrere behandlingen av sivile saker, har retten en plikt til å drive aktiv saksstyring. Det følger av tvL. § 11-6 at retten skal styre saken slik at den «effektivt og forsvarlig kan bringes til avslutning». Herunder har retten etter tvL. § 9-4 plikt til å styre saksforberedelsen. Etter avsluttet saksforberedelse skal retten planlegge gjennomføring av hovedforhandlingen, se tvL. § 9-11. TvL. § 9-13 pålegger retten en plikt til å styre hovedforhandlingen, slik at den gjennomføres effektivt og forsvarlig.

⁸⁸ Skoghøy s. 543

Reglene om preklusjon innebærer at retten ser bort fra prosesshandlinger som er fremsatt for sent, og bidrar dermed til konsentrasjon av prosessen. For ting- og lagmannsrettens saksbehandling følger det av tvl. § 9-16 at prosesshandlinger som fremsettes etter endt saksforberedelse som hovedregel skal avskjæres. For Høyesteretts saksbehandling følger det av tvl. § 30-7 at det kreves «særlige grunner» for at nye prosesshandlinger kan gjøres gjeldende etter at ankeutvalget har henvist saken til behandling. Reglene om preklusjon skal sikre at domstolsprosessen ikke blir for omfangsrik og kostbar, og vil således bidra til å sikre reell domstolsadgang. Samtidig medfører preklusjon at retten ser bort fra faktiske omstendigheter, og retten kan dermed få et uriktig bilde av sakens faktum.

Proporsjonalitetsprinsippet går ut på at «saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning», se tvl. § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt. Det innebærer at saker som er spesielt viktige eller prinsipielle skal underlegges en særlig betryggende behandling. Samtidig skal det ikke skal brukes mer ressurser enn nødvendig på mindre viktige eller prinsipielle saker.

Innføringen av tvisteloven innebar et forsterket fokus på proporsjonalitet. Dette vitner blant annet reglene om småkravprosessen i kapittel 10 om. Prinsippet fremkommer også i tvl. § 21-8, som åpner for bevisavskjæring hvis det ikke er et rimelig forhold mellom omfanget av bevisføringen og tvistens omfang. I tillegg skal retten ved utmålingen av saksomkostninger vektlegge om det ut fra sakens betydning var rimelig å pådra kostnadene, jf. tvl. § 20-5.

Prinsippene om konsentrasjon og proporsjonalitet kan medføre fare for at hensyn til sakens opplysning nedprioriteres til fordel for effektivitet i saksbehandlingen. Faren er særlig stor i mindre prinsipielle saker, hvor tvisteloven åpner for at saksbehandlingen kan være mindre betryggende. Prinsippene medfører imidlertid at domstolsbehandlingen blir billigere. En rimeligere prosess øker borgernes muligheter til å benytte domstolene til tvisteløsning. Det er presumptivt større sannsynlighet for at en tvist får en materielt riktig løsning dersom den behandles av en domstol. Ved å sikre at borgerne har en reell domstolsadgang kan prinsippene om konsentrasjon og proporsjonalitet i en viss grad bidra til å fremme prinsippet om materiell sannhet.

3.5 Disposisjonsprinsippet

Dispositive saker karakteriseres ofte som en partsprosess fordi partene har stor grad av kontroll over saksbehandlingen. Partenes herredømme over prosessen følger av disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Disposisjonsprinsippet består av tre elementer.⁸⁹

For det første er det opp til partene om de vil benytte seg av rettsapparatet. Det er altså ingen hjemmel for å tvinge en part til å bringe en dispositiv sak inn for domstolene; han kan for eksempel velge å løse den i minnelighet eller ved voldgift. Samme valgfrihet gjelder ikke i straffesaker. De må, med noen unntak for milde reaksjoner, behandles ved domstolene siden Grl. § 96 bestemmer at straff må ilegges ved dom.

Den andre delen av disposisjonsprinsippet er at retten bare kan avgjøre de krav partene har gjort gjeldende, se tvl. § 11-2 første ledd første punktum. Hva som regnes som ett krav, beror på en totalbedømmelse av kravenes rettslige og faktiske identitet.⁹⁰ I rettspraksis er det blant annet vektlagt om kravene har kvalitativt ulikt innhold, om kravenes rettslige betingelser og faktiske grunnlag er forskjellige, om de aktuelle rettsreglene skal beskytte ulike verdier samt hva som fremstår som rimelig.⁹¹

Identitetsregelen innebærer for eksempel at retten ikke kan tilkjenne en part erstatning for ulovhjemlet myndighetsutøvelse hvis han gikk til søksmål med påstand om at et forvaltningsvedtak var ugyldig. Krav om erstatning og ugyldighet har ulike rettslige betingelser og ulikt innhold, og må derfor anses som to forskjellige krav. Denne delen av disposisjonsprinsippet er en naturlig følge av at partene selv velger om de ønsker å benytte domstolsapparatet til å løse sine tvister.

Det tredje elementet i disposisjonsprinsippet er at avgjørelsen retten treffer, i dispositive saker må ligge innenfor rammen av partenes påstander, jf. tvl. § 11-2 første ledd andre punktum. Påstanden er det domsresultatet parten krever, se tvl. § 9-2 andre ledd bokstav c) jf. § 9-3 tredje ledd bokstav a). Retten er imidlertid ikke bundet innenfor påstandenes rammer, og kan for eksempel tilkjenne saksøker et lavere beløp enn han krever.

⁸⁹ Skoghøy s. 547-548

⁹⁰ Skoghøy s. 1037

⁹¹ Skoghøy s. 1037

Ved å bruke adgangen til å løse tvisten utenfor domstolene eller å binde retten til påstander som ikke reflekterer et riktig resultat, kan partene sørge for at saken får et materielt uriktig resultat. Årsaken til at partene er gitt så stor grad av kontroll over prosessen, er at de kan disponere fritt over tvistegjenstanden utenfor prosessen. Lovgiver mener at partene må ha samme disposisjonsfrihet over tvistegjenstanden under domstolsbehandlingen.⁹²

Lovgivers begrunnelse er god for den delen av disposisjonsprinsippet som gir partene rett til å velge selv om de ønsker å ta en tvist til domstolene. Dersom staten bestemte at alle tvister måtte løses ved domstolene, ville borgerne opplevd det som et betydelig inngrep i deres private autonomi. I tillegg ville en slik regel stilt domstolene overfor store kapasitetsutfordringer. Det er imidlertid ikke selvsagt at partene skal råde over tvistegjenstanden under den formaliserte domstolsbehandlingen. Når borgeren har brakt en tvist inn for domstoler som staten stiller til disposisjon, er det ikke urimelig om han mister rådighet over tvistegjenstanden.⁹³ Dersom partene hadde mindre kontroll over saken under domstolsbehandlingen, kunne saksbehandlingsreglene lagt bedre til rette for at rettens avgjørelser fikk et materielt riktig resultat. Slik kunne samfunnets interesse i gjennomføring av den materielle lovgivning blitt bedre ivaretatt.

3.6 Forhandlingsprinsippet og rettens adgang til å drive materiell prosessledelse

Forhandlingsprinsippet er en videreføring av disposisjonsprinsippet, og omhandler partenes rådighet over sakens faktiske omstendigheter. Grensen mellom prinsippene varierer noe mellom ulike forfattere, men her anvendes grensegangen som ble benyttet i tvistelovens forarbeider.⁹⁴ Prinsippet består av to elementer.

Første del av forhandlingsprinsippet er at partene har hovedansvaret for å sørge for bevisføring, jf. tvl. § 11-2 andre ledd første punktum. Regelen er begrunnet i at partene har best forutsetninger for å skaffe til veie de relevante faktiske opplysninger. Retten har kun anledning til å innhente bevis hvis partene ikke motsetter seg dette, se § 11-2 andre ledd andre punktum. At partene «motsetter seg» bevisføringen, betyr at de uttrykkelig må ta det

⁹² Robberstad s. 15

⁹³ Robberstad s. 16

⁹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404

standpunkt at de ikke ønsker bevisføringen retten tar initiativ til.⁹⁵ Partene har dermed anledning til å binde retten til sin bevisføring. Begrunnelsen for regelen er partenes frihet til å disponere over sakens gjenstand utenfor prosessen.

Den andre delen av forhandlingsprinsippet er at retten i dispositive saker bare kan bygge på de påstandsgrunnlag som partene har påberopt, jf. tvl. § 11-2 første ledd andre punktum. «Påstandsgrunnlag» er i samme bestemmelse definert som «de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på». Det fremheves i forarbeidene at det sentrale er om det påberopte faktiske forholdet bærer partens påstand.⁹⁶ I de fleste saker vil flere faktiske omstendigheter til sammen utgjøre partens påstandsgrunnlag. Da er retten ikke bundet i alle detaljer, men avgjørelsen må «i hovedsak» ligge innenfor det faktum partene har fremhevet.⁹⁷ Regelen er en forlengelse av det kontradiktoriske prinsipp, da det er påstandsgrunnlaget motparten har særlig oppfordring til å undersøke og imøtegå.⁹⁸

Forhandlingsprinsippet medfører at partene bestemmer hvilke bevis som skal føres, og hvilke faktiske omstendigheter retten kan bygge på. Slik får partene kontroll over hvilket faktum retten kan bygge avgjørelsen på. Som påpekt, er reglene blant annet begrunnet i partenes rett til å disponere over tvistegjenstanden utenfor prosessen og hensyn til kontradiksjon. Dersom partene ikke har tilstrekkelig kunnskap til å ivareta sine rettigheter, kan imidlertid forhandlingsprinsippet få urimelige utslag. Derfor har retten en viss adgang til å veilede partene gjennom såkalt materiell prosessledelse.

Det følger av tvl. § 11-5 andre ledd at målsettingen med rettens veiledning skal være at «tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler». Veiledningen kan bestå i at retten gjør partene oppmerksomme på relevante faktiske omstendigheter og spør om de ønsker å påberope disse, jf. tvl. § 11-5 fjerde ledd. Retten kan også oppfordre en part til å tilby bevis etter bestemmelsens femte ledd. I forarbeidene er det uttalt at retten i dispositive saker sjelden har plikt til å drive materiell prosessledelse.⁹⁹ Hvorvidt partene skal gis materiell veiledning, vil dermed bero på rettens skjønn. Ved skjønnsutøvelsen må retten vurdere om det

⁹⁵ NOU 2001:32 B s. 946

⁹⁶ NOU 2001:32 B s. 704

⁹⁷ NOU 2001:32 B s. 704

⁹⁸ Skoghøy s. 550

⁹⁹ NOU 2001:32 A s. 139

er rimelig å yte veiledning.¹⁰⁰ Veiledningen må ikke utøves på en måte som svekker tilliten til rettens rolle som en nøytral konfliktløser, jf. tvl. § 11-5 sjuende ledd.

Partenes kontroll over hvilket faktum retten kan bygge sin avgjørelse på, kan medføre at retten må legge til grunn et ufullstendig eller uriktig faktum. Slik kan avgjørelsen bli materielt uriktig. Som påpekt under drøftelsen av disposisjonsprinsippet, er det ikke selvsagt at partene skal ha full frihet til å disponere over tvistegjenstanden under rettergangen. Det er ikke urimelig at saksbehandlingen i domstolene vektlegger målsettingen om å nå materielt riktige resultater sterkere enn partenes disposisjonsfrihet over tvistegjenstanden. Ved materiell prosessledelse har retten riktignok en viss adgang til å gripe inn i partenes disposisjoner. Adgangen er imidlertid begrenset blant annet av hensyn til nøytralitet, og kan derfor ikke forhindre at retten i noen saker må treffe materielt uriktige avgjørelser.¹⁰¹

4 Begrensninger i hvilket faktum retten kan bygge avgjørelsen på

4.1 Reglene som begrenser hvilke faktiske omstendigheter retten kan legge til grunn for sin avgjørelse

Det følger av tvl. § 11-3 at retten har et selvstendig ansvar for at en rettsavgjørelse baseres på en korrekt rettsanvendelse. Den har imidlertid ikke et tilsvarende ansvar for å sørge for at faktum som legges til grunn for avgjørelsen, stemmer overens med virkeligheten. Det er partene som har ansvar for fremleggelse av faktum, og rettens mulighet til å korrigere og supplere saksfremstillingen er begrenset. Hvis partene fremlegger et faktum som ikke stemmer overens med virkeligheten, vil rettsavgjørelsen bli materielt uriktig selv om den er basert på riktig anvendelse av gjeldende rett. Slik kan begrensningene i rettens adgang til å gripe inn i partenes saksfremstilling medføre materielt uriktige avgjørelser.

I det følgende vil det bli redegjort for reglene som begrenser rettens mulighet til å komme til et riktig resultat. Først gjennomgås reglene i tvl. § 11-2 første ledd om at retten er bundet av partenes påstander. Deretter behandles tvl. § 11-2 første ledd om at retten ikke kan gå utenfor partenes påstandsgrunnlag. Avslutningsvis gjennomgås tvl. § 11-1 første jf. tredje ledd om hovedforhandlings- og kontradiksjonsprinsippet.

¹⁰⁰ NOU 2001:32 A s. 139

¹⁰¹ Strandberg, «Fordeler og ulemper ved partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part» s. 175

4.1.1 Rettens avgjørelse må ligge innenfor rammen av partenes påstander

I dispositive saker må rettens avgjørelse «ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt», se tvl. § 11-2 første ledd andre punktum. Regelen er et utslag av disposisjonsprinsippet, som er begrunnet i at partene under prosessen skal ha samme disposisjonsfrihet over tvistegjenstanden som de har utenfor prosessen.

Påstanden er det domsresultat parten krever, se tvl. § 9-2 andre ledd bokstav c) og § 9-3 tredje ledd bokstav a). Partenes påstander må holdes atskilt fra det «krav», eller rettsforhold, som er gjort til søksmålgjenstand i saken. Det følger av tvl. § 11-2 første ledd at retten bare kan avgjøre de «krav» som er reist i saken. Dette innebærer at rettens avgjørelse ikke kan gå ut på noe kvalitativt annet enn partene har påstått.¹⁰² Sammenholdt med de anførte påstandsgrunnlag, er partenes påstander sentrale for å avgjøre hvilket krav partene har brakt inn for domstolene.¹⁰³ Påstandene er dermed knyttet til kravet som er søksmålgjenstand i saken, men de utgjør ikke søksmålgjenstanden.¹⁰⁴

Skillet mellom «påstand» og «krav» kan illustreres med et eksempel fra en erstatningssak. Saksøkte bestrider at det er årsakssammenheng mellom skaden og saksøkers tap, men erkjenner at han skal betale 200 000 kroner dersom han blir kjent erstatningsansvarlig. Da kan retten ikke komme til at saksøkte skal betale 150 000 kroner i erstatning, selv om den mener dette er det riktige beløpet. Årsaken er at denne domsslutningen ligger utenfor partenes påstander. Fordi retten avgjør erstatningsspørsmålet som partene har reist, går den likevel ikke utenfor det krav som er gjort til søksmålgjenstand i saken.

At avgjørelsen må ligge «innenfor rammen av» partenes påstander, innebærer at retten er bundet av påstandenes øvre og nedre grense. Følgelig kan retten for eksempel ikke frifinne saksøkte i en erstatningssak fullstendig hvis han påstår seg frifunnet mot å betale 100 000 kroner.¹⁰⁵ Samtidig er retten ikke bundet av den språklige utformingen av påstandene.¹⁰⁶

¹⁰² NOU 2001:32 B s. 703

¹⁰³ Skoghøy s. 910

¹⁰⁴ Skoghøy s. 914

¹⁰⁵ Eksempel hentet fra Hov s. 508

¹⁰⁶ Hov s. 509

Dersom domskonklusjonen er utformet annerledes enn partenes påstander, kan det imidlertid oppstå spørsmål om retten har gått utenfor sin kompetanse etter § 11-2 første ledd.

I Rt. 2009 s. 238 anførte ankende part at lagmannsrettens avgjørelse lå utenfor partenes påstander. Høyesterett uttalte at spørsmålet avgjøres ved at partenes påstander sammenlignes med domskonklusjonen. Videre fremholdt førstvoterende at det ved tolkningstvil er grunn til å velge den tolkningsmuligheten som harmonerer best med begrensningene i tvl. § 11-2 første ledd andre punktum. Det ble også understreket at det kan være marginale forskjeller mellom å tolke domsslutningen slik at den ligger innenfor rettens kompetanse, og å oppheve dommen så langt den går utenfor partenes påstander.¹⁰⁷

Dersom det er uklart hva partenes påstander går ut på, har retten etter tvl. § 11-5 tredje ledd plikt til å virke for at de blir klarlagt. I forarbeidene er det fremholdt at plikten til å bringe klarhet i uklare forhold går ganske langt, samtidig som veiledningsplikten ikke går lenger enn til å klarlegge nærliggende misforståelser.¹⁰⁸ Av effektivitetshensyn bør klargjøring av partenes påstander skje så tidlig som mulig i prosessen, helst før hovedforhandlingen finner sted. Hvis retten ikke sørger for å klarlegge partenes påstander, er det en saksbehandlingsfeil som kan medføre opphevelse dersom den har virket inn på avgjørelsen.¹⁰⁹

Retten har ikke anledning til å gi en part direkte råd om hva hans påstand bør gå ut på.¹¹⁰ Slik veiledning kan svekke tilliten til dens upartiskhet i strid med tvl. § 11-5 sjuende ledd. Dersom retten mener en parts påstand er uriktig, kan den oppfordre parten til å ta standpunkt til rettslige eller faktiske spørsmål eller til å tilby bevis som synes å være av betydning for saken.¹¹¹ Slik kan parten forstå at han bør endre sin påstand.

Det følger av tvl. § 29-20 tredje ledd første punktum at også ankeinstansen er bundet av partenes påstander. Dette innebærer at ankemotparten må erklære motanke for å kunne oppnå et materielt bedre resultat for ankeinstansen.¹¹² Uavhengig av partenes påstander kan ankeinstansen oppheve underinstansens avgjørelse hvis den lider av noen av de grove

¹⁰⁷ Rt. 2009 s. 238 avsnitt 15

¹⁰⁸ NOU 2001:32 B s. 709

¹⁰⁹ Rt. 1983 s. 1418 er et eksempel på opphevelse

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406

¹¹¹ NOU 2001:32 B s. 709

¹¹² Skoghøy s. 915

saksbehandlingsfeilene som er opplistet i tvl. § 29-21 andre ledd, se tvl. § 29-20 tredje ledd. Ankeinstansens frihet på dette punkt begrunnes i at partene ikke har fri rådighet over hvorvidt underinstansen har begått en saksbehandlingsfeil, selv om de har fri rådighet over sakens materielle krav.¹¹³

Det er vist ovenfor at regelen om at avgjørelsen må ligge «innenfor rammen av» partenes påstander, begrenser rettens kompetanse i dispositive saker. Hvis ingen av partenes påstander gir uttrykk for det materielt riktige resultatet i saken, må retten utforme domsslutningen i samsvar med den påstanden som ligger nærmest dette resultatet.¹¹⁴ Slik kan begrensningen av rettens kompetanse i tvl. § 11-2 første ledd andre punktum medføre at avgjørelsen får et materielt uriktig resultat.

4.1.2 Retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt

Det følger av tvl. § 11-2 første ledd andre punktum at avgjørelsen må bygge på «de påstandsgrunnlag som er påberopt» av partene. Regelen medfører at partene bestemmer hvilket faktisk grunnlag retten kan bygge avgjørelsen på. Dersom partene ikke har påberopt alle relevante faktiske omstendigheter, må den legge et uriktig eller utilstrekkelig faktum til grunn for avgjørelsen. Slik medfører tvl. § 11-2 første ledd andre punktum en vesentlig begrensning av rettens mulighet til å nå et materielt riktig resultat.

Begrunnelsen for at retten bare kan bygge på de påberopte påstandsgrunnlag er at det er disse opplysningene motparten har hatt oppfordring til å undersøke og motsi.¹¹⁵ Regelen er dermed en forlengelse av det kontradiktoriske prinsipp. Den sikrer også en effektiv og konsentrert prosess, ved at partene bare behøver å tilbakevise de mest sentrale faktiske forhold. Slik unngås unødig bevisføring.¹¹⁶

At omstendighetene som utgjør påstandsgrunnlaget, må være «påberopt» innebærer at de under forhandlingene må bli særlig fremhevet, slik at motparten forstår at de ønskes lagt til grunn for avgjørelsen.¹¹⁷ I praksis er det uttalt at påberopelsen må være «detaljert og klar».¹¹⁸

¹¹³ Skoghøy s. 916

¹¹⁴ Eksempel i Rt. 1940 s. 598

¹¹⁵ Skoghøy s. 919

¹¹⁶ Skoghøy s. 919

¹¹⁷ Hov s. 512

Det er altså ikke tilstrekkelig at forholdet er fremkommet ved et vitneprov eller nevnt av en part, men det er vanskelig å si konkret hvor grensen går. Aasland fremhever at det ikke kreves at parten bruker ord som «påberope», samtidig som en generell henvisning til bevismaterialet ikke er nok.¹¹⁹ I utgangspunktet er terskelen for hvilke omstendigheter som kan anses påberopt, relativt høy. Det finnes imidlertid rettspraksis som tilsier at terskelen kan variere mellom ulike sakstyper.

Rt. 1990 s. 8 var en sak om avtaletolkning. Ankende part anførte at lagmannsrettens resultat lå utenfor partenes påstander og anførsler. Høyesterett uttalte at det er vanskelig å avgrense hvilke omstendigheter som kan anses «påberopt» i slike saker. Uttalelsen kan tas til inntekt for at kravet til påberopelse ikke er veldig strengt for omstendigheter av betydning for avtaletolkningen. I saker om avtaletolkning er det ofte mange faktiske omstendigheter som inngår i en helhetsvurdering. Tolkningsresultatet beror på rettsanvendelse, hvor retten er ubundet av partenes anførsler. Følgelig blir skillet mellom rettsanvendelsen og vurderingen av faktum uklart. Derfor synes det fornuftig at kravet til påberopelse ikke skal tolkes strengt i slike saker.

Rt. 1988 s. 1304 var en anke over lagmannsrettens saksbehandling i en tvangsfullbyrdelses-sak. Høyesterett gav uttrykk for at det avhengig av sakens nærmere omstendigheter kan variere hvor strengt kravet til påberopelse skal tolkes. Retten la vekt på at prosessen under tvangsfullbyrdelse skal være hurtigere og enklere enn ordinær prosess. Til gjengjeld er de materielle vilkårene for medhold strengere. På denne bakgrunn kom Høyesterett til at retten under tvangsfullbyrdelse har noe større adgang enn ellers til å supplere de påberopte faktiske omstendigheter med detaljer som er fremkommet under forhandlingene.

Avgjørelsene gjennomgått ovenfor taler for at terskelen for hvorvidt en faktisk omstendighet er påberopt, er lavere i saker om tvangsfullbyrdelse og i saker hvor resultatet beror på en helhetsvurdering av flere faktiske omstendigheter. Det er imidlertid ikke slik at alle faktiske omstendigheter som retten bygger avgjørelsen på, må være «påberopt». Etter praksis er kravet til påberopelse oppfylt hvis avgjørelsen «i hovedsak» ligger innenfor det faktum partene har

¹¹⁸ Rt. 1988 s. 1304 på s. 1306

¹¹⁹ Gunnar Aasland «Rettsens stilling til partenes anførsler i tvistemål», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1967 s. 157-200 (s. 190)

påberopt. Retten kan derfor i en viss utstrekning bygge på forhold som ikke er påberopt, så lenge omstendighetene er undergitt tilstrekkelig grad av kontradiksjon.¹²⁰

Det er bare de faktiske omstendigheter som inngår i påstandsgrunnlaget, som må påberopes for at retten kan legge dem til grunn for avgjørelsen. Begrepet påstandsgrunnlag er nytt i tvisteloven. Tidligere ble disse omstendighetene blant annet betegnet som rettsfakta, anførsler, omstendigheter, søksmålsgrunnlag og innsigelser. For å skape en ny, enhetlig terminologi fant Tvistemålsutvalget at det var best å innføre betegnelsen påstandsgrunnlag. Den nye terminologien skulle imidlertid ikke medføre noen realitetsendringer.¹²¹ I det følgende brukes derfor praksis under tvistemålsloven på lik linje med praksis under tvisteloven.

I tvl. § 11-2 første ledd er påstandsgrunnlag definert som «de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på». Påstandsgrunnlaget omfatter bare faktiske omstendigheter. Det innebærer at juridiske anførsler, for eksempel synspunkter på hvordan en rettsregel skal tolkes, faller utenfor. Dette har sammenheng med rettens ansvar for at avgjørelsen baseres på en riktig rettsanvendelse, se tvl. § 11-3.

Påstandsgrunnlaget omfatter bare de faktiske forhold som partene «bygger sin påstand på». I forarbeidene er det uttalt at bare faktiske omstendigheter som umiddelbart har rettslige følger er en del av påstandsgrunnlaget.¹²² Med andre ord er det de faktiske omstendigheter som aktiverer rettsregelen som må påberopes.¹²³ Hvorvidt en faktisk omstendighet aktiverer en rettsregel, beror på hva parten krever. For eksempel kan et tidsforløp på tre år medføre at et pengekrav er foreldet, men det har sjelden tilsvarende betydning i en sak om hevdserverv.¹²⁴

De øvrige faktiske omstendigheter i saken er bevis, jf. tvl. § 21-1. I likhet med påstandsgrunnlag dreier bevis seg om sakens faktum. Forskjellen mellom bevis og påstandsgrunnlag er at partene «bygger sin påstand» på påstandsgrunnlaget, mens et bevis sannsynliggjør påstandsgrunnlaget.¹²⁵ For at retten skal kunne ta hensyn til et bevis, er det tilstrekkelig at det

¹²⁰ NOU 2001:32 B s. 704

¹²¹ NOU 2001:32 B s. 704

¹²² NOU 2001:32 B s. 703

¹²³ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind I* s. 388

¹²⁴ Eksempel hentet fra Hov s. 513

¹²⁵ NOU 2001:32 B s. 703

«føres» under hovedforhandlingen, se tvl. § 21-2 andre ledd. Skillet mellom bevis og påstandsgrunnlag er dermed sentralt for å avgjøre hvor sterkt et faktisk forhold må fremheves for at retten kan legge det til grunn for avgjørelsen.

Det kan fremstå som uproblematisk å avgjøre hvilke faktiske omstendigheter som utgjør påstandsgrunnlaget, og hvilke omstendigheter som er bevis i saken. For eksempel kan påstandsgrunnlaget være at et testament er ugyldig fordi arvelater var sinnssyk, jf. arveloven¹²⁶ § 62. For å sannsynliggjøre påstandsgrunnlaget føres naboene som vitner, og de forklarer at de i senere år observerte at testator stadig oftere sto i hagen og ulte mot månen.¹²⁷ Naboenes vitneprov har ikke umiddelbare rettsfølger fordi vilkåret etter al. § 62 er at testator var «i høg grad sjeleleg svekt», ikke at han ulte mot månen. Å ulte mot månen er imidlertid en unormal oppførsel, og opplysningene bidrar dermed til å bevise at testator var sjelelig svekket. Skillet mellom bevis og påstandsgrunnlag er tydelig i denne saken.

I saker med skjønnsmessige avveininger og helhetsvurderinger kan det være problematisk å avgjøre hvilke omstendigheter som er en del av påstandsgrunnlaget og hvilke omstendigheter som utgjør bevis i saken. Hvis en part for eksempel påstår at en avtale er ugyldig fordi den er urimelig etter avtaleloven¹²⁸ § 36, må påstandsgrunnlaget utgjøre mer enn en ren påstand om urimelighet. Samtidig er det vanskelig å vite nøyaktig hvilke omstendigheter som aktiverer anvendelse av avtl. § 36, og hvilke omstendigheter som sannsynliggjør urimeligheten.

Rt. 2014 s. 1259 var en entreprisesak hvor ankende part gjorde gjeldende at lagmannsrettens avgjørelse gikk utenfor partenes påstandsgrunnlag og tilsidesatte kravene til kontradiksjon, jf. henholdsvis tvl. § 11-2 første ledd og tvl. § 11-1 tredje ledd. Vedrørende anførselen om at retten gikk utenfor partenes påstandsgrunnlag, uttalte førstvoterende at hva som utgjør samme påstandsgrunnlag fastlegges med utgangspunkt i de aktuelle rettsreglene. For at faktiske omstendigheter skal inngå i samme påstandsgrunnlag, må de være relevante etter samme eller lignende rettsregel, være av samme karakter, knytte seg til samme begivenhet og utløse de samme rettsvirkningene. Høyesterett kom til at lagmannsretten verken gikk utenfor partenes påstandsgrunnlag, eller tilsidesatte kravene til kontradiksjon.

¹²⁶ Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m., heretter al.

¹²⁷ Eksempel hentet fra Skoghøy s. 917-918

¹²⁸ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, heretter avtl.

Denne avgjørelsen er en av svært få hvor Høyesterett uttaler seg om hva som inngår i samme påstandsgrunnlag, og sier eksplisitt at lagmannsrettens avgjørelse lå innenfor partenes påstandsgrunnlag. I de fleste avgjørelser har Høyesterett heller vurdert om lagmannsrettens saksbehandling ivaretok kontradiksjonen i saken. Årsaken til at Høyesterett har valgt denne fremgangsmåten, er sannsynligvis at det var mest tvilsomt om avgjørelsene ivaretok kravene til kontradiksjon. Av effektivitetshensyn var det derfor mest hensiktsmessig å vurdere kontradiksjonen i saken.

Fremgangsmåten kan illustreres ved avgjørelsen inntatt i Rt. 2013 s. 1079. I denne saken krevde byggherren erstatning fra entreprenøren på grunn av vannlekkasje i en leilighet. Entreprenøren hevdet at kravet var endelig gjort opp ved en tidligere betaling på 60 000 kroner, og mente mangelfull oppfølging av reklamasjonen beviste dette. Lagmannsretten frifant entreprenøren fordi mangelsinnsigelsen var gått tapt ved passivitet. I anken til Høyesterett anførte byggherren at lagmannsretten gikk utenfor partenes påstandsgrunnlag fordi passivitet ikke var påberopt som grunnlag for frifinnelse, bare som bevis for at kravet ble ansett oppgjort.

Høyesteretts ankeutvalg tok ikke stilling til om lagmannsrettens avgjørelse lå innenfor partenes påstandsgrunnlag, men opphevet avgjørelsen av hensyn til kontradiksjonen i saken. Utvalget uttalte at det ikke er tilstrekkelig at retten i strengt formell forstand er innenfor partenes påstandsgrunnlag. Hvis retten vil anvende påstandsgrunnlaget på en måte som medfører at saken får et annet fokus, følger det av kravet til kontradiksjon at partene må gjøres oppmerksom dette.¹²⁹

Fremgangsmåten som ble anvendt i Rt. 2013 s. 1079 innebærer at Høyesterett først vurderer om de faktiske omstendigheter lagmannsretten bygget sin avgjørelse på, i vesentlig grad skilte seg fra det faktum partene fremhevet under forhandlingene. Dersom lagmannsretten gikk utenfor det faktum partene påberopte, medfører ikke det automatisk at dommen blir opphevet. Da vurderes det om kravene til kontradiksjon ble tilsidesatt når omstendighetene ble lagt til grunn for avgjørelsen. I tvilstilfeller er det altså ivaretagelsen av partenes rett til kontradiksjon

¹²⁹ Rt. 2013 s. 1079 avsnitt 19

som blir avgjørende, ikke hvorvidt et «påstandsgrunnlag» kan anses «påberopt». Følgelig er tvistelovens skille mellom påstandsgrunnlag og bevis lite drøftet i rettspraksis.

Ved denne tilnæringsmåten fokuserer Høyesterett i realiteten på om rettergangen fremsto som rettferdig. Metoden er pragmatisk, fordi formelle begrep ikke tillegges avgjørende vekt. I stedet vurderes det hvorvidt partenes rettigheter ble hensyntatt i tilstrekkelig grad. Fordelen ved å anvende en pragmatisk metode er at avgjørelsene som regel vil fremstå som rimelige og rettferdige. Rettsanvendelse som fokuserer kun på formelle begrep, kan fremstå som unødvendig formalistisk og lite tilpasningsdyktig til den konkrete sak. En pragmatisk metode er kanskje særlig godt egnet i sivilprosessen, siden prosessreglene først og fremst skal sikre den enkeltes rettssikkerhet og gjennomføring av de materielle rettsregler. Formålet om å sikre borgernes rettssikkerhet ivaretas godt når rettergangen fremstår som rettferdig.

Det kan spørres om det er hensiktsmessig at tvisteloven skiller mellom bevis og påstandsgrunnlag, og krever at sistnevnte skal være påberopt, når praksis ikke legger avgjørende vekt på disse begrepene. Skillet fremstår som kunstig, da det i praksis er ivaretagelse av retten til kontradiksjon som blir avgjørende. Samtidig kan inndelingen virke prosessdempende, ved at parter unnlater å anke selv om enkelte faktiske omstendigheter som retten la til grunn for avgjørelsen, ikke var særskilt fremhevet. Det må også legges til grunn at skillet bidrar til å øke kontradiksjonen rundt de faktiske omstendighetene som utgjør påstandsgrunnlaget. Å skille mellom påstandsgrunnlag og bevis, fremstår dermed som godt begrunnet.

Som nevnt, er regelen om at retten bare kan bygge på de påberopte påstandsgrunnlag begrunnet i arbeidsdelingen i dispositive saker. I slike saker har partene ansvar for fremleggelse av sakens faktum, mens retten har ansvar for rettsanvendelsen. Arbeidsdelingen er begrunnet i at retten kjenner rettsanvendelsen best, mens partene kjenner sakens faktum best. Praksis viser også at det er fare for at retten får et uriktig helhetsbilde av sakens faktum når den går utenfor partenes anførsler.¹³⁰

Hvorvidt en rettsregel kommer til anvendelse, er imidlertid helt avhengig av sakens faktiske omstendigheter. Regelen om at retten bare kan bygge på de påberopte påstandsgrunnlag

¹³⁰ Se blant annet Rt. 2013 s. 1079, som gjennomgått ovenfor

begrenser dermed hvilke rettsregler den kan bygge avgjørelsen på. Eksempelvis er det i teori og praksis antatt at retten ikke kan frifinne debitor på grunn av foreldelse med mindre det er særlig påberopt.¹³¹ Følgelig kan det tenkes at retten ikke får mulighet til å anvende de relevante rettsregler, slik at saken får et materielt uriktig utfall. Slik bidrar regelen i tvl. § 11-2 første ledd andre punktum til å svekke prinsippet om materiell sannhet.

Samtidig er regelen om at retten må bygge på partenes påstand grunnlag begrunnet i hensyn til kontradiksjon. Som påpekt ovenfor under punkt 3.2 er kontradiksjonsprinsippet begrunnet i målet om at rettslige avgjørelser skal få et riktig resultat. Det må derfor antas at en kontradiktorisk behandling av sakens faktiske omstendigheter øker sannsynligheten for at retten får et riktig bilde av sakens faktum. Hvis de riktige faktiske omstendighetene fremheves, kan tvl. § 11-2 første ledd andre punktum dermed bidra til å fremme målsettingen om at rettsavgjørelser skal få et materielt riktig resultat.

4.1.3 Retten kan bare bygge på faktiske omstendigheter som har vært behandlet under hovedforhandlingen, og partene har hatt foranledning til å uttale seg om

Det følger av tvl. § 11-1 første jf. tredje ledd at retten bare kan bygge sin avgjørelse på faktiske omstendigheter som har vært behandlet under hovedforhandlingen og partene har hatt foranledning til å uttale seg om. Hvilke faktiske omstendigheter avgjørelsen kan baseres på, avgjør hvilke rettsregler som kan anvendes. Slik begrenser bestemmelsen rettens ansvar for at rettsavgjørelsen får et materielt riktig resultat.

I det følgende behandles først hovedforhandlingsprinsippet som kommer til uttrykk i tvl. § 11-1 første ledd, og deretter behandles kontradiksjonsprinsippet i tvl. § 11-1 tredje ledd.

Hovedforhandlingsprinsippet er begrunnet i prinsippet om muntlig saksbehandling og mer forutsetningsvis prinsippet om bevisumiddelbarhet.¹³² Muntlighetsprinsippet skal sikre at saken behandles grundig, samvittighetsfullt og effektivt. Prinsippet om bevisumiddelbarhet skal blant annet lette rettens bevisbedømmelse og sørge for at faktum blir helhetlig belyst gjennom adgangen til krysseksaminering. Begge prinsippene bidrar til å sikre kontradiksjon i

¹³¹ Rt. 1961 s. 234

¹³² NOU 2001:32 B s. 701

saken, da det er opplysninger som fremkommer under hovedforhandlingen, partene har størst oppfordring til å imøtegå.¹³³

Hovedforhandlingsprinsippet medfører at alle bevis som skal bli en del av det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, må fremlegges direkte for den dømmende rett, se tvl. § 21-9. Retten er avskåret fra å bygge på privat viten og bevis som bare er fremkommet under saksbehandlingen forut for hovedforhandlingen.

Dette innebærer at parter og vitner må møte og forklare seg for den dømmende rett, se tvl. § 23-2 og § 24-1. Hvis et vitne eller en part uteblir, kan retten i medhold av tvl. § 24-5 jf. § 23-1 fjerde ledd bestemme at vedkommende skal avhentes til rettsmøtet. Gjenstander som er bevis i saken, må fremlegges til undersøkelse for retten etter reglene i tvl. § 26-3. Skriftlige bevis føres ved at dokumentet gjennomgås, og det som er viktig påpekes, jf. tvl. § 26-2. For å sikre at reglene kan gjennomføres i praksis er enhver pliktig å gi tilgang til gjenstander som kan utgjøre bevis i saken, se § 26-5 jf. § 21-5.

Dokumentbevis skiller seg fra andre bevismidler fordi retten ofte kan fremskaffe dokumentet etter bevisføringen under hovedforhandlingen. Slik oppstår det en mulighet for omgåelse av bevisumiddelbarhetsprinsippet. I Rt. 2012 s. 65, som var en straffesak, la tiltalte frem et notat som siterte et avsnitt fra en amerikansk forskningsrapport. Etter hovedforhandlingen fremskaffet lagmannsretten rapporten. I avgjørelsen gjengav retten et annet avsnitt i rapporten, som hadde sammenheng med avsnittet som ble sitert under hovedforhandlingen. Tiltalte hevdet i anken til Høyesterett at gjengivelsen utgjorde en saksbehandlingsfeil. Høyesterett fant at lagmannsretten ikke hadde begått noen saksbehandlingsfeil. Det ble vektlagt at avsnittene var hentet fra samme sted i rapporten og hadde samme tema.¹³⁴ Retten har imidlertid ikke adgang til å bygge på opplysninger som ikke har tematisk sammenheng med de delene av dokumentet som er fremlagt.¹³⁵

¹³³ Magnus Matningsdal «Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker», *Jussens Venner*, 2013 s. 1-115 (s. 28)

¹³⁴ Rt. 2012 s. 65 avsnitt 115-116

¹³⁵ Skoghøy s. 861. Her fremgår det av sammenhengen at regelen i sivile saker må være lik regelen i straffesaker.

I utgangspunktet medfører hovedforhandlingsprinsippet i tvl. § 11-1 første ledd at rettens avgjørelse skal treffes på bakgrunn av bevisene som er fremlagt etter de ovennevnte regler. Tvisteloven gjør imidlertid flere unntak fra dette utgangspunktet.

Ett unntak er at retten er gitt adgang til å la enkelte skriftlige redegjørelser inngå i avgjørelsesgrunnlaget. Tingretten kan kreve skriftlige redegjørelser i saker med «særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål» hvis det er nødvendig, se tvl. § 9-9 tredje ledd. Den kan også kreve en kronologisk redegjørelse av sakens faktum i uoversiktlige saker etter tvl. § 9-9 fjerde ledd. Lagmannsretten har samme adgang som tingretten til å kreve redegjørelse av sakens faktum, jf. tvl. § 29-16 tredje ledd. Dersom det kan medføre en mer effektiv prosess eller et sikrere avgjørelsesgrunnlag, kan lagmannsretten også kreve skriftlige fremstillinger om rettslige eller faktiske spørsmål etter tvl. § 29-16 tredje ledd. Høyesterett kan kreve skriftlige fremstillinger om «nærmere angitte faktiske og rettslige spørsmål» etter tvl. § 30-10 andre ledd. Høyesterett og lagmannsretten kan også bygge på underinstansens fremstilling av sakens faktiske forhold så langt den ikke er omstridt, jf. tvl. § 29-16 andre ledd og § 30-10 tredje ledd.

De øvre instansene har en videre adgang enn tingretten til å la skriftlige redegjørelser inngå som en del av avgjørelsesgrunnlaget. Reglene kan begrunnes i ønsket om å konsentrere saksbehandlingen i ankeinstansen rundt de mest sentrale spørsmål. Slik økonomiseres ankeinstansens tid, noe som er særlig sentralt for Høyesterett.¹³⁶ Rettens adgang til å bygge på skriftlige fremstillinger er i hovedsak begrunnet i ønsket om å få et sikrere avgjørelsesgrunnlag. Dette fremgår blant annet av vilkåret om at redegjørelsen må bidra til et sikrere avgjørelsesgrunnlag i tvl. § 9-9 tredje ledd. Såfremt adgangen til å bygge på skriftlige redegjørelser benyttes slik lovgiver har forutsatt, skal den dermed øke rettens mulighet til å nå et materielt riktig resultat.

Hovedforhandlingsprinsippet begrenses også av adgangen til å benytte hjelpedokumenter som støtte for muntlige forklaringer. For tingrettens behandling følger det av tvl. § 9-14 at part, vitne, sakkyndig eller prosessfullmektig kan anvende hjelpedokumenter til støtte for sin muntlige redegjørelse. Hvis hjelpedokumentet er omfattende eller komplekst, må det fremlegges så tidlig at motparten har anledning til å sette seg inn i det. Hjelpedokument utgjør

¹³⁶ Tore Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind II*, 2. Utgave, Oslo 2013 s. 1095

ikke bevis, og skal ikke inngå i avgjørelsesgrunnlaget i saken. Tilsvarende regler gjelder for ankebehandling i lagmannsretten og Høyesterett, jf. tvl. § 29-18 første ledd og § 30-11 andre ledd. Siden hjelpedokumentet ikke skal inngå i avgjørelsesgrunnlaget, skal adgangen til å anvende slike dokument ikke medføre fare for at rettens avgjørelser blir materielt uriktige.

Tvisteloven gjør også unntak fra hovedforhandlingsprinsippet for enkelte faktiske omstendigheter. Det fremgår av lovens § 21-2 tredje ledd at retten kan bygge på partenes erkjennelser, vitterlige kjensgjerninger og egen fagkunnskap, selv om opplysningene ikke er fremlagt under hovedforhandlingen. Forutsetningen er at kunnskapene eller opplysningene ikke er omtvistede eller usikre. I slike tilfeller må partene gis foranledning til å uttale seg etter tvl. § 11-1 tredje ledd.

Retten kan for det første bygge på «faktiske forhold som er erkjent av en part», jf. tvl. § 21-2 tredje ledd. Det er bare erkjennelser om faktiske forhold som omfattes. Følgelig faller innrømmelser om innholdet av rettsregler utenfor. Dette er en naturlig følge av rettens selvstendige ansvar for rettsanvendelsen etter tvl. § 11-3. Godkjennelse av motpartens krav faller også utenfor tvl. § 21-2, det reguleres av § 9-7. For øvrig kan erkjennelsen gjelde alle faktiske omstendigheter, også rettsstiftende omstendigheter som utgjør påstandsgrunnlag i saken. Erkjennelsen kan være gitt av parten selv eller noen han identifiseres med, det vil si partens prosessfullmektig eller rettslige medhjelper, se tvl. § 3-5 og § 3-7.

Bare erkjennelser som fremkommer under saken, det vil si erkjennelser avgitt under saksforberedelsen eller i forhandlinger for tidligere instanser, omfattes av § 21-2. Innrømmelser gitt før saksanlegget eller utenfor saken kan eventuelt tas i betraktning som bevismomenter.¹³⁷ Erkjennelser som bare er gitt for forlikrådet, vil ikke tas i betraktning av andre instanser på grunn av taushetsplikten i tvl. § 8-6. For øvrig får en erkjennelse virkning for alle instanser.

Retten vurderer fritt hvor stor vekt en erkjennelse skal tillegges. Dette er en endring fra rettstilstanden under tvml. § 184. Da ble erkjennelser ansett som et særlig sterkt bevismoment, og praksis gav anvisning på en mer bundet bevisbedømmelse.¹³⁸ Normalt vil imidlertid retten legge erkjennelsen uprøvd til grunn. En slik praksis er i tråd med

¹³⁷ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind II* s. 781

¹³⁸ NOU 2001:32 A s. 458

begrunnelsen bak bestemmelsen, som er å unngå bevisføring om uomtvistede forhold.¹³⁹ Tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b) gir også retten adgang til å nekte videre bevisføring om omstendigheter som er erkjent. En erkjennelse kan tilbakekalles, og da må retten ved bevisvurderingen vurdere hvilken vekt den skal tillegges.

Av tvl. § 21-2 tredje ledd fremgår for det andre at retten kan trekke inn «vitterlige kjensgjerninger» i avgjørelsen uten at de er behandlet under forhandlingene. Vitterlige kjensgjerninger er opplysninger som er alminnelig kjent på den tid og det sted retten holdes, eller som er allment tilgjengelig gjennom kilder med høy troverdighet.¹⁴⁰ Internett har i betydelig grad utvidet omfanget av allment tilgjengelige kilder.¹⁴¹

Retten kan for det tredje bygge på «den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde» uten at den er trukket frem under forhandlingene, se tvl. § 21-2 tredje ledd. Herunder kan retten bygge både på alminnelig livserfaring og på spesifikk fagkunnskap. Det er naturlig at fagkyndige meddommere kan bygge på sin fagkunnskap, siden fagkunnskap er avgjørende for hvem som oppnevnes som fagkyndig meddommer etter tvl. § 9-12 tredje ledd.

Det er urealistisk å tro at dommere kan avsi en dom helt uavhengig av sin livserfaring og kunnskap, og som påpekt er det ønskelig at fagkyndige meddommere har fagkunnskap om saksområdet. I tillegg kan det virke prosesskapende hvis absolutt alle faktiske omstendigheter retten bygger på skal være fremkommet under hovedforhandlingen. Regelen om at retten kan bygge på erkjennelser, vitterlige kjensgjerninger og fagkunnskap som ikke er behandlet under forhandlingene synes derfor hensiktsmessig.

Samtidig er det ikke ubetenkelig at retten kan bygge på kunnskap som ikke har vært gjenstand for kontradiksjon. Adgangen kan medføre at sakens faktum blir mangelfullt opplyst, slik at resultatet blir materielt uriktig. Derfor er det inntatt en begrensning i tvl. § 21-2 tredje ledd siste punktum. Det fremgår av bestemmelsen at retten ikke kan bygge på vitterlige kjensgjerninger eller generell viten og fagkunnskap hvis kunnskapen «kan være usikker eller

¹³⁹ NOU 2001:32 B s. 945

¹⁴⁰ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind II*, s. 783

¹⁴¹ Skoghøy s. 865

omtvistet». Da må kunnskapen undergis en kontradiktorisk behandling i tråd med tvl. § 11-1 tredje ledd.

Avgrensningen av hvilken kunnskap som kan være «usikker eller omtvistet», er ikke enkel. Ordlyden gir imidlertid anvisning på at terskelen ikke er høy, da det er tilstrekkelig at kunnskapen «kan» være usikker eller omtvistet. I teorien er det trukket frem at retten ikke kan tvile på opplysningens riktighet, og at det heller ikke må være stilt spørsmål ved opplysningens riktighet i den offentlige debatt. Det er også påpekt at retten må være særlig påpasselig når det gjelder kunnskap som er i grenselandet mellom alminnelig kunnskap og kunnskap om det konkrete saksforholdet.¹⁴² Den sentrale problemstilling er om det ut fra målet om å foreta en riktig bevisvurdering eller hensyn til kontradiksjon er betenkelig å bygge på kunnskapen.¹⁴³

Rt. 1937 s. 472 er fremholdt som et eksempel på at Høyesterett gikk for langt i å godta at en dommer bygget på privat viten.¹⁴⁴ Saksforholdet var at staten saksøkte en næringsdrivende som solgte sålelær fremstilt av oksehud under betegnelsen bjørnelær. Staten påsto at den næringsdrivende drev villedende markedsføring, og fikk medhold i tingretten. Retten vektla blant annet at en av de fagkyndige meddommerne, som var garvermester, bekreftet at «det store publikum» trodde skinnen faktisk stammet fra bjørn. Høyesterett mente tingretten ikke gjorde feil når den bygget på meddommerens fagkunnskaper. At saksbehandlingsanken ble forkastet fikk imidlertid ingen betydning, da anken over realiteten ble tatt til følge.

I utgangspunktet er det fare for at hensyn til kontradiksjon i saken tilsidesettes når retten gis adgang til å bygge på faktiske opplysninger som ikke har vært behandlet under hovedforhandlingen. Vilkåret om at opplysninger som er «usikker eller omtvistet» må underlegges kontradiktorisk behandling, bør imidlertid bøte på denne faren. Følgelig bør unntakene fra hovedforhandlingsprinsippene som fremgår av tvl. § 21-2 tredje ledd ikke medføre fare for materielt uriktige avgjørelser.

I tvl. §§ 21-10 til 21-12 er det også gjort noen unntak fra hovedforhandlingsprinsippet. Det fremgår av § 21-10 at vitner, parter og sakkyndige kan avhøres ved ved fjernavhør hvis

¹⁴² Skoghøy s. 865-866

¹⁴³ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind II*, s. 783

¹⁴⁴ Skoghøy s. 866

direkte avhør ikke lar seg gjøre. Tvl. § 21-11 gir adgang til å foreta bevisopptak hvis det vil gi et sikrere bevis, og det ellers er fare for at beviset ikke kan føres, eller hvis bevisføring for den dømmende rett blir urimelig kostbart. Reglene i tvl. §§ 21-10 og 21-11 medfører at bevis som ikke kan føres etter lovens hovedregler om bevisføring likevel kan inngå i avgjørelsesgrunnlaget. Slik bidrar reglene til å sikre et bredere avgjørelsesgrunnlag, noe som er positivt for målsettingen om at rettens avgjørelser skal få materielt riktige resultater.

Tvl. § 21-12 gir regler om føring av skriftlige forklaringer avgitt «i saken», det vil si med tanke på bruk som bevis i søksmålet.¹⁴⁵ Disse kan bare fremlegges hvis partene er enige om det, eller dersom det gis adgang til å avhøre den som avga forklaringen. Hvis avhør er «umulig», kan forklaringen fremlegges dersom fremleggelse ikke strider mot tvl. § 1-1. Dette innebærer blant annet at forklaringen ikke kan brukes hvis måten den ble til på innebar en urimelig tilsidesettelse av motpartens muligheter til å ivareta sine interesser.¹⁴⁶

I utgangspunktet bør en skriftlig forklaring avgitt i forbindelse med saken ikke fremlegges fordi det er fare for at den er farget av den ene partens standpunkt. Følgelig kan forklaringen gi retten et uriktig bilde av sakens faktiske omstendigheter. Adgangen til fremleggelse etter tvl. § 21-12 er imidlertid betinget enten av enighet eller av at motparten på annen måte har hatt mulighet til å ivareta sine interesser. Derfor bør adgangen til fremleggelse ikke gi retten et uriktig bilde av sakens faktum. Når betingelsene er oppfylt kan skriftlige forklaringer gi retten et bredere avgjørelsesgrunnlag, og øke dermed muligheten for at avgjørelsen får et riktig resultat.

Som påpekt ovenfor, er hovedforhandlingsprinsippet begrunnet i prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet. Begge disse prinsippene skal bidra til å fremme prinsippet om materiell sannhet. Følgelig kunne det tenkes at unntak fra hovedforhandlingsprinsippet innvirket negativt på domstolens mulighet til å treffe materielt riktige avgjørelser. Reglene ivaretar imidlertid kontradiksjonen i saken godt, noe som er essensielt for å nå materielt riktige avgjørelser. Ivaretagelsen av kontradiksjonsprinsippet medfører at unntakene fra hovedforhandlingsprinsippet ikke påvirker rettens mulighet til å nå materielt riktige resultater i nevneverdig grad.

¹⁴⁵ Skoghøy s. 829

¹⁴⁶ NOU 2001:32 B s. 954

Det følger av tvl. § 11-1 tredje ledd første punktum at retten ikke kan «bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om». Bestemmelsen lovfester det grunnleggende kravet om at saksbehandlingen skal være kontradiktorisk.

At partene må ha hatt «foranledning» til å uttale seg om sakens faktiske omstendigheter, innebærer krav om at de hadde både anledning og oppfordring til å uttale seg.¹⁴⁷ Følgelig er det ikke tilstrekkelig at omstendighetene har vært behandlet under hovedforhandlingen. Matningsdal argumenterer for at «foranledning» ikke bør praktiseres for strengt, slik at en sak bør reassumeres selv om en prosessfullmektig strengt tatt burde ha sett og kommentert omstendighetene under hovedforhandlingen.¹⁴⁸

Kravet om kontradiksjon gjelder alle faktiske forhold «retten bygge[r] avgjørelsen» på. Det innebærer at omstendigheten må ha hatt betydning for avgjørelsen, men den behøver ikke å ha vært avgjørende for resultatet.¹⁴⁹ Skillet mellom påstandsgrunnlag og bevis er altså ikke avgjørende for om en faktisk opplysning må undergis en kontradiktorisk behandling. Hvorvidt en faktisk omstendighet har betydning for avgjørelsen, beror på en helhetsvurdering. I praksis er det lagt vekt på om manglende kontradiksjon medførte et resultat som «avvek [...] sterkt fra partenes prosedyre»¹⁵⁰, eller en avgjørelse som kom «som en overraskelse» på partene.¹⁵¹

I forarbeidene er det lagt til grunn at § 11-1 tredje ledd er særlig aktuell når motparten bringer nytt faktum inn i saken, og når retten velger å legge avgjørende vekt på deler av faktum som ikke er fremhevet av partene.¹⁵² Tvistemålsutvalget uttalte at det kan tenkes unntak fra retten til kontradiksjon når en faktisk opplysning «utvetydig går i en parts favør, og det er åpenbart at denne parten ikke vil ha noe behov for å gi noen uttalelse».¹⁵³ Videre antok utvalget at det på grunn av tvistelovens økte fokus på konsentrasjon og proporsjonalitet vil bli flere bevis som skal sette saken i en større sammenheng, og derfor er mer omtrentlige eller ufullstendige

¹⁴⁷ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind I* s. 378

¹⁴⁸ Matningsdal s. 34

¹⁴⁹ Schei mfl. *Tvisteloven kommentarutgave bind I*, s. 378

¹⁵⁰ Rt. 1990 s. 8 på s. 12

¹⁵¹ Rt. 2005 s. 1590 avsnitt 27

¹⁵² Ot.prp. nr. 51 s. 403-404

¹⁵³ NOU 2001:32 B s. 702

enn andre bevis.¹⁵⁴ Slik kan reglene om konsentrasjon og proporsjonalitet øke behovet for kontradiksjon rundt fremlagte beviser som retten ønsker å bruke på en annen måte enn partene har ment.

Tvl. § 11-1 tredje ledd første punktum må tolkes i lys av EMDs praksis, se mnskrl.¹⁵⁵ § 3 jf. § 2. Det følger av domstolens praksis at kontradiksjonsprinsippet både skal sikre at avgjørelser treffes på best mulig grunnlag, og legge grunnlaget for en tillitsskapende prosessordning. Derfor kan partenes rett til å kommentere motpartens prosesskriv ikke være avhengig av at de inneholder nye opplysninger. EMD presiserte dette i saken *Walston v. Norway*.¹⁵⁶ I lys av dette må det være ytterst sjelden at retten kan la være å fremlegge en faktisk omstendighet til motpartens uttalelse. Det kan derfor spørres om det er noen realitet i uttalelsen i forarbeidene om at opplysninger som går utvetydig i favør av en part ikke behøver å undergis kontradiksjon.

Brudd på kontradiksjonsprinsippet er ikke en saksbehandlingsfeil som ubetinget medfører opphevelse av underinstansens avgjørelse etter tvl. § 29-21 andre ledd. Bruddet tillegges bare virkning hvis det er «nærliggende» at det har hatt betydning for avgjørelsen, se bestemmelsens første ledd. Både i norsk rettspraksis og i praksis fra EMD er det imidlertid lagt til grunn at prinsippet om kontradiksjon har en egenverdi. Brudd på prinsippet i tvl. § 11-1 tredje ledd første punktum anses derfor som en alvorlig saksbehandlingsfeil som regelmessig leder til opphevelse av påankede avgjørelser. I praksis er det påpekt at det ved brudd på kontradiksjonsprinsippet er vanskelig å vite hvordan resultatet ville blitt uten feilen. Derfor bør det nærmest være en presumsjon for at feilen har hatt betydning for saken.¹⁵⁷

Hovedbegrunnelsen bak kontradiksjonsprinsippet er hensyn til at rettens avgjørelser skal få et materielt riktig resultat.¹⁵⁸ Ved at begge parter får anledning til både å fremlegge sitt syn på saken, og å motsi motpartens saksfremstilling, skal dommeren få oversikt over alle sakens argumenter. Deretter kan dommeren vurdere hvilken saksfremstilling som fremstår som mest sannsynlig. Kontradiksjon er sannsynligvis rettens beste mulighet til å finne frem til det sanne

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 s. 404

¹⁵⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

¹⁵⁶ *Walston (No. 1) v. Norway*, 37372/97, 03.12.2003 avsnitt 58

¹⁵⁷ Rt. 2005 s. 1590 avsnitt 34

¹⁵⁸ Robberstad s. 9 og Matningsdal s. 5

saksforholdet. Følgelig er god gjennomføring av kontradiksjonsprinsippet essensielt for å fremme prinsippet om materiell sannhet.

Det er positivt at alle faktiske omstendigheter som retten bygger sin avgjørelse på må være gjenstand for kontradiktorisk behandling etter tvl. § 11-1 tredje ledd. EMDs praksis bidrar ytterligere til at sakens faktiske omstendigheter undergis en kontradiktorisk behandling. Det er også bra at partene må gis både anledning og oppfordring til å uttale seg, samt at brudd på kontradiksjonsprinsippet er en saksbehandlingsfeil som nærmest automatisk leder til opphevelse. Alt i alt gir reglene i tvl. § 11-1 tredje ledd et godt grunnlag for en kontradiktorisk saksbehandling, og legger dermed til rette for at rettens avgjørelser skal få materielt riktige resultater.

4.2 Praksis rundt reglene som begrenser rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag

I det følgende gjennomgås rettspraksis rundt reglene behandlet i punkt 4.1. Målsettingen er å se hvordan reglene som begrenser rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag i praksis påvirker prinsippet om materiell sannhet. Gjennomgangen er ikke ment å være uttømmende, men avgjørelsene er valgt fordi de illustrerer viktige poeng.

Analysen av rettspraksis er delt opp i to punkter. Først, i punkt 4.2.1, gjennomgås avgjørelser hvor retten tillate opplysninger som fremkom under hovedforhandlingen en annen vekt enn partene forutsatte. Deretter gjennomgås avgjørelser hvor partene unnlot å påberope opplysninger som retten mente kunne ha vært relevante i punkt 4.2.2. Avslutningsvis i punkt 4.2.3 skal det oppsummeres hvordan reglene begrenser rettens mulighet til å treffe materielt riktige avgjørelser, og hvorvidt begrensningene fremstår som velbegrunnede.

4.2.1 Avgjørelser hvor retten vektla faktiske omstendigheter annerledes enn partene forutsatte

I dette punktet behandles tre avgjørelser hvor Høyesterett opphevet lagmannsrettens avgjørelse på grunn av brudd på reglene i tvl. § 11-2 første ledd eller § 11-1 første jf. tredje ledd. Lagmannsrettens nye behandling av sakene vil også bli gjennomgått. Ved den nye behandlingen var partene mest sannsynlig påpasselige med å kommentere anførselene som førte til opphevelse i Høyesterett. Dermed burde lagmannsrettens siste avgjørelse bli basert på

et riktig og tilstrekkelig fullstendig faktum. Forutsatt at lagmannsretten anvendte rettsreglene riktig, burde resultatet etter andre behandling være materielt riktig.

Denne fremgangsmåten er valgt fordi den kan vise om lagmannsrettens saksbehandlingsfeil medførte at avgjørelsen ble materielt uriktig ved første behandling av saken. Slik kan det sies noe om hvordan reglene i tvl. § 11-1 første jf. tredje ledd og § 11-2 første ledd andre punktum påvirker domstolenes mulighet til å nå et materielt riktig resultat.

4.2.1.1 Rt. 1990 s. 8

Saken dreide seg om overføring av en borettslagsleilighet. Elsy Marie Bratten eide leiligheten, og 1981 inngikk hun det som ble karakterisert som en fremleiekontrakt med ekteparet Kvinge. Kontrakten gjaldt for ett år, og medførte at Kvinge skulle «forskuttere» 100 000 kroner. På overdragelsestidspunktet hadde Kvinge ikke tilstrekkelig høy ansiennitet til å overta borettslagsleiligheten på vanlig måte. I 1982 kom det nye forskrifter, som medførte at maksimalprisen på borettslagsleilighetene ble høyere enn kjøpere var villige til å betale. Etter praksis i borettslaget kunne andelseierne overdra sine leiligheter fritt hvis ingen gjorde gjeldende forkjøpsrett til maksimalpris. Siden maksimalprisen var så høy, hadde forkjøpsretten ikke lengre noen praktisk betydning.

Ekteparet Kvinge mente fremleieavtalen som ble inngått i 1981, i realiteten var en avtale om overføring av leiligheten. Følgelig mente de at Bratten hadde plikt til å overføre borettslagsleiligheten til dem så fort forkjøpsretten ikke hindret overføringen. Bratten motsatte seg kravet, og mente avtalen bare innebar en mulighet for overdragelse.

Bergen byrett dømte Bratten til å overføre leiligheten til Kvinge, men avgjørelsen ble anket. Gulating lagmannsrett kom også til at kontrakten innebar at Bratten måtte overføre leiligheten. Lagmannsretten mente imidlertid at Kvinge måtte betale et beløp tilsvarende maksimalprisen per 1. januar 1984 som vederlag for overføringen.

Kvinge anket over lagmannsrettens saksbehandling. Det ble anført at partene under behandlingen i lagmannsretten hadde prosedert på at avtalen enten medførte plikt til å overføre leiligheten vederlagsfritt, eller at den ikke forpliktet Bratten til overdragelse. Lagmannsrettens resultat som innebar at leiligheten skulle overføres til høyere pris, lå utenfor

partenes prosedyre og var bygget på omstendigheter som partene ikke hadde påberopt. Det ble også anført at kontradiksjonsprinsippet ikke var overholdt. Bratten på sin side mente at hennes påstand om frifinnelse måtte forstås slik at hun subsidiært krevde så høy kjøpesum som mulig. Dermed hadde lagmannsretten ikke begått noen saksbehandlingsfeil.

Høyesterett tok anken til følge, og opphevet Gulating lagmannsretts avgjørelse. Retten uttalte at mye talte for at lagmannsretten holdt seg innenfor partenes påstander og de påberopte påstandsgrunnlag. Det ble påpekt at det kan være vanskelig å avgrense hvilke omstendigheter som kan anses påberopt i saker om avtaletolkning, siden selve tolkningsresultatet beror på rettsanvendelse.

Det avgjørende for Høyesterett var imidlertid at lagmannsrettens begrunnelse og resultat avvek sterkt fra partenes prosedyrer. Retten skulle da ha varslet partene om sine overveielser, slik at de fikk anledning til å uttale seg og eventuelt tilby ytterligere bevisførsel. En slik varslingsplikt kunne forankres både i rettens klargjøringsplikt og i hensyn til kontradiksjon. Høyesterett mente at lagmannsrettens fremgangsmåte medførte en betydelig fare for at avgjørelsen ble tatt på bakgrunn av et mangelfullt faktisk grunnlag. Det ble også nevnt at lagmannsretten i sin avgjørelse pekte på forhold som var mangelfullt opplyst. Høyesterett mente dette skyldtes at partene på grunn av sakens vinkling, ikke så behovet for å fremlegge slike bevis. Momentet ble brukt til å underbygge at manglende kontradiksjonen hadde virket inn på avgjørelsens innhold, slik at den måtte oppheves.

Etter opphevelsen avsa Gulating lagmannsrett ny avgjørelse i saken i dom av 9. juni 1992. Partene fremførte i hovedsak de samme argumenter som for tidligere instanser. Lagmannsretten kom til samme resultat som Bergen byrett, det vil si at leiligheten skulle overføres til Kvinge uten noe ytterligere vederlag.

4.2.1.2 Rt. 2010 s. 1025

Saken gjaldt mangler ved en boligeiendom solgt «som den er». Kort tid etter overtakelse oppdaget kjøperne fuktskader på ytterveggen mot sør, og i kjelleren. De gikk til søksmål mot selger med påstand om prisavslag og erstatning. Bergen tingrett tilkjente kjøperne et prisavslag på 370 000 kroner. Selger anket avgjørelsen.

I ankebehandlingen kom Gulating lagmannsrett til at prisavslaget skulle settes ned til 75 000 kroner. Retten mente erstatningen måtte reduseres fordi fuktproblemene i kjelleren skyldtes kjøpernes bruk av kjellerbadet, som var mangelfullt ventilert. Kjøperne anket lagmannsrettens avgjørelse fordi de ikke hadde fått anledning til å imøtegå lagmannsrettens forklaring på årsaken til fuktproblemene. Under saksbehandlingen hadde det bare vært anført at fuktproblemene skyldtes feilkonstruksjon ved kjellerens yttervegger og dårlig drenering.

Høyesteretts flertall på tre dommere mente at partene ikke hadde fått tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om det faktum som lagmannsretten la til grunn for avgjørelsen, og at dommen derfor måtte oppheves. Flertallet tok utgangspunkt i sakkyndigrapportene, som alle konkluderte med at fukten skyldtes en konstruksjonsfeil i kjellerens yttervegg. Rapportenes konklusjoner skilte seg markant fra lagmannsrettens forklaring på fuktproblemene. Avgjørelsen ble derfor gjennomgått for å se om forklaringen hadde vært tema under ankeforhandlingen.

I sakens dokumenter var det ikke mulig å etterspore at partene hadde argumentert for eller mot lagmannsrettens forklaring på fuktproblemene. Det var heller ingenting som tydet på at de sakkyndige fravek rapportenes konklusjoner sine i vitneforklaringer. Høyesteretts flertall viste videre til at ett av sakkyndigvitnene kritiserte lagmannsrettens forklaring på fuktproblemene etter dommen ble avsagt. Flertallet mente han ville ha fremført kritikken under forhandlingen dersom forklaringen var gjort til tema der. At det var flere feil i lagmannsrettens faktiske forutsetninger ble også trukket frem som et moment som talte for at kontradiksjonsprinsippet ikke var tilstrekkelig ivaretatt. I tillegg ble det påpekt at kjøperne sannsynligvis ville ha krevd befarings hvis de hadde blitt gjort oppmerksom på forklaringen lagmannsretten ønsket å legge til grunn.

Høyesteretts mindretall på to dommere fant at årsakssammenhengen ikke hadde betydning for lagmannsrettens konklusjon. De mente lagmannsretten fant at vilkårene for prisavslag eller erstatning ikke var oppfylt fordi det ikke forelå opplysningssvikt, og fordi salgssummen ikke sto i misforhold til eiendommen, jf. vilkårene i avhl.¹⁵⁹ § 3-7 og § 3-9. Forklaringene på fuktproblemene var dermed å anse som overskuddsinformasjon, og da måtte kravet til kontradiksjon være lavere.

¹⁵⁹ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom, heretter avhl.

Etter at Gulating lagmannsretts avgjørelse ble opphevet i Høyesterett, ble saken behandlet på nytt av Frostating lagmannsrett i LF-2010-192129. Under hovedforhandlingen foretok lagmannsretten en befaring. Partene fremla i hovedsak samme argumenter som for tidligere instanser, og kjøpernes bruk av kjellerbadet ble nærmere belyst.

Frostating lagmannsrett kom til at det forelå et betydelig fuktproblem i kjelleren, og at årsaken til problemene var dårlig grunnmur kombinert med metoden som ble brukt under renovering. Dårlig utlufting fra kjellerbadet bidro til å forsterke problemene. Likevel fant retten at fuktskadene påvirket eiendommens verdi, slik at vilkårene for prisavslag etter avhl. § 3-9 var oppfylt. Kjøperne ble derfor tilkjent prisavslag på 500 000 kroner, i tråd med sin påstand.

4.2.1.3 Rt. 2013 s. 1079

Byggherre Skien Papirindustri AS krevde erstatning av entreprenør Asle Eidsvold AS da det oppsto vannlekkasjer i leiligheter hvor Eidsvold hadde utført arbeid. Saksøkte ble frifunnet i Nedre Telemark tingrett, fordi saksøker ikke hadde dokumentert erstatningskravet tilstrekkelig godt. Dommen ble anket, men Agder lagmannsrett forkastet anken. Retten mente at spesielle omstendigheter i saken tilsa at Skien Papirindustri måtte følge opp reklamasjonen innen rimelig tid hvis mangelsinnsigelsen skulle være i behold. Dette var ikke gjort, og da kunne anken ikke føre frem.

Skien Papirindustri anket dommen. Det ble blant annet påstått at lagmannsretten gikk utenfor partenes påstandsgrunnlag når Asle Eidsvold AS ble frifunnet på grunnlag av passivitet. Ankende part hevdet at Eidsvolds anførsel om passivitet etter reklamasjonen kun var ment som et bevis for at kravet ble ansett oppgjort ved en innbetaling på 60 000 kroner, ikke som et selvstendig grunnlag for frifinnelse.

Ankeutvalget kom til at Agder lagmannsretts avgjørelse måtte oppheves. Utvalget la til grunn at Eidsvold anførte at manglende oppfølging av reklamasjonen beviste at kravet var oppgjort, men ikke at momentet i seg selv medførte at ansvaret var bortfalt. Riktignok var passivitetsanførselen lagmannsretten bygget på, dypest sett begrunnet i samme lojalitetshensyn som reklamasjonsreglene Eidsvold viste til. Reklamasjonsanførelsene hadde

imidlertid en annen vinkling enn lagmannsrettens begrunnelse. Når retten ville bruke faktum på en måte som gav saken et annet fokus enn forutsatt, måtte partene gjøres oppmerksom på det. Det ble presisert at dette gjaldt selv om retten i formell forstand var innenfor partenes påstandsgrunnlag.

Ankeutvalget viste også til at lagmannsretten hadde lagt avgjørende vekt på at Eidsvold først fikk vite at han ble holdt ansvarlig i mai 2010, en opplysning som viste seg å være uriktig. For Høyesterett fremla Skien Papirindustri et brev fra februar 2009 hvor det ble presisert at Eidsvold ville bli holdt erstatningsansvarlig. Brevene ble ikke fremlagt for lagmannsretten, fordi det ikke virket nødvendig med den vinklingen av saken som partene la opp til.

Etter opphevelsen i Høyesterett ble saken mellom Skien Papirindustri AS og Asle Eidsvold AS behandlet på nytt av Agder lagmannsrett i LA-2013-135806. Under denne behandlingen frafalt Eidsvold anførselene om at erstatningsansvaret var bortfalt på grunn av sen reklamasjon eller manglende oppfølging av reklamasjonen. Reklamasjonsanførselene var grunnlaget for frifinnelsen ved første gangs behandling i lagmannsretten, og saken sto dermed i en annen stilling ved den nye behandlingen. Det går derfor ikke nærmere inn på det faktum som ble lagt til grunn i den nye behandlingen, men utfallet ble at Skien Papirindustri fikk medhold i sitt erstatningskrav.

4.2.1.4 Hovedtrekkene i Høyesteretts argumentasjonsmønster

I alle avgjørelsene gjennomgått ovenfor, tok Høyesterett utgangspunkt i hvorvidt lagmannsrettens saksbehandling ivaretok kontradiksjonsprinsippet. Høyesterett uttalte seg i liten grad om hva som ligger i tvl. § 11-2 første ledd om at retten må bygge på de «påstandsgrunnlag som er påberopt». I Rt. 2010 s. 1025 anførte ankende part både at lagmannsretten hadde gått utenfor partenes påstandsgrunnlag, og at kontradiksjonsprinsippet var tilsidesatt. Flertallet uttalte at det ikke var noen grunn til å gå inn på hvilken bestemmelse i tvisteloven som kom til anvendelse, fordi ivaretagelse av kontradiksjonsprinsippet uansett ville bli avgjørende. I Rt. 1990 s. 8 uttalte Høyesterett at det i saker om avtaletolkning kan være vanskelig å avgjøre hvilke omstendigheter som kan anses påberopt, siden tolkningsresultatet beror på rettsanvendelse hvor retten ikke er bundet av partenes anførsler. Her pekte retten på et problem som kan oppstå, men unnlot å si noe om hvordan det kan løses.

Så vidt jeg kan se, er avgjørelsen inntatt i Rt. 2014 s. 1259 den eneste dommen hvor Høyesterett har uttalt seg om hvordan yttergrensene for påstandsgrunnlaget skal fastlegges.¹⁶⁰ Det er også en av få saker hvor retten konkluderte med at det faktiske grunnlaget lagmannsretten bygget sin avgjørelse på, lå innenfor partenes påstandsgrunnlag.

Det er likevel ikke slik at skillet mellom påstandsgrunnlag som må påberopes og bevis som bare behøver å føres, er uten betydning i praksis. Det kan vises til Rt. 2010 s. 1025, hvor mindretallet ikke ville tillegge årsakssammenhengen mellom mangelen og skaden vekt fordi den måtte karakteriseres som «overskuddsinformasjon». Flertallet mente at manglende kontradiksjon om årsakssammenhengen måtte medføre opphevelse. Meningsforskjellen kan neppe tolkes dithen at flertallet mente at kravet til kontradiksjon er like strengt for alle faktiske opplysninger i saken. Det er mer nærliggende at den var begrunnet i at flertallet anså årsakssammenhengen som et sentralt moment i avgjørelsen, som måtte underlegges stor grad av kontradiksjon.

Hovedårsaken til at Høyesterett sjelden har uttalt seg om yttergrensene av begrepet «påstandsgrunnlag» og hva som ligger i kravet til påberopelse, er sannsynligvis hensyn til effektivitet. Alle faktiske omstendigheter må undergis kontradiksjon, mens kravet til påberopelse er oppfylt hvis avgjørelsen «i hovedsak» ligger innenfor de påberopte påstandsgrunnlagene.¹⁶¹ Dersom lagmannsretten overholdt kravene i tvl. § 11-1 tredje ledd, lå avgjørelsen i de fleste tilfeller også innenfor de påberopte påstandsgrunnlagene etter tvl. § 11-2 første ledd andre punktum. Da er det mest effektivt hvis Høyesterett kun vurderer hvorvidt kravene etter tvl. § 11-1 tredje ledd er oppfylt. At Høyesterett lenge unngikk å uttale seg om hva som ligger i kravet til påberopelse, medførte imidlertid en uklar rettsstilstand. Derfor er det positivt at Høyesterett i Rt. 2014 s. 1259 uttalte seg om fastleggingen av yttergrensene for påstandsgrunnlaget.

Ved vurderingen av om lagmannsrettens saksbehandling tilfredsstilte kravene til kontradiksjon etter tvl. § 11-1 tredje ledd, går Høyesterett svært grundig til verks. I Rt. 2010 s. 1025 tok retten utgangspunkt i sakens dokumenter for å se hvilke faktiske omstendigheter som hadde vært gjenstand for kontradiksjon under forhandlingen for lagmannsretten. Høyesterett gikk imidlertid betydelig lenger enn å bare vurdere sakens dokumenter. Det ble

¹⁶⁰ Rt. 2014 s. 1259 avsnitt 39

¹⁶¹ NOU 2001:32 B s. 704

uttalt at sakkyndigvitnet som i ettertid kritiserte lagmannsrettens begrunnelse, ville ha fremført kritikken under ankeforhandlingen hvis den var tema der. Det ble også vektlagt også at saksøkerne sannsynligvis ville ha krevd befaring hvis de hadde blitt oppmerksomme på hva lagmannsretten mente. Her uttalte Høyesterett seg om hvordan en part og et vitne ville ha handlet hvis kontradiksjonsprinsippet hadde vært ivaretatt. Riktignok ble momentene neppe tillagt avgjørende vekt, men de ble vektlagt i helhetsvurderingen. Slik illustrerer dommen hvor langt Høyesterett er villig til å gå for å sikre at saksforholdet undergis tilstrekkelig grad av kontradiksjon.

Som nevnt innledningsvis, er det grunn til å tro at sakens faktum blir bedre belyst når lagmannsretten på nytt behandler en sak som har blitt opphevet av Høyesterett. For eksempel foretok lagmannsretten befaring før den andre behandlingen av saken som ble opphevet i Rt. 2010 s. 1025, og fikk dermed et bredere avgjørelsesgrunnlag. Derfor er det interessant at alle sakene gjennomgått ovenfor fikk et annet resultat etter andre gangs behandling i lagmannsretten. Det tyder på at lagmannsretten ved første behandling la til grunn et uriktig faktum, slik at avgjørelsen ble materielt uriktig.

Før saken i Rt. 2013 s. 1079 ble behandlet for andre gang i lagmannsretten, trakk Asle Eidsvold AS anførselene som var grunnlaget for frifinnelsen ved lagmannsrettens første behandling. At han valgte å trekke anførselene, tyder på at han ikke mente de kunne eller burde føre frem. Dette hadde sannsynligvis en sammenheng med at Eidsvold ikke hadde forklart seg riktig angående når han fikk vite at han ville bli holdt erstatningsansvarlig. Uavhengig av årsaken tyder prosessbehandlingen på at lagmannsretten ved første behandling av saken frifant Eidsvold på et uriktig grunnlag.

Rt. 2010 s. 1025 illustrerer at selv om ingen av partene trekker sine anførsler, kan de bli tillagt en helt annen betydning hvis de blir gjenstand for ytterligere kontradiksjon. Ved andre behandling av saken foretok lagmannsretten befaring, og saksøkerne fikk anledning til å motbevise at deres bruk av kjellerbadet var årsaken til fuktskadene. Resultatet ble at saksøkerne fikk fullt ut medhold i sitt erstatningskrav.

Avgjørelsene underbygger antagelsen om at kontradiksjon i saksbehandlingen medfører større sannsynlighet for at rettens avgjørelser får materielt riktige resultater. Derfor er det positivt

for ivaretagelsen av prinsippet om materiell sannhet at Høyesterett vurderer grundig om lagmannsrettens saksbehandling var tilstrekkelig kontradiktorisk.

4.2.2 Avgjørelser hvor partene ikke påberopte relevante faktiske omstendigheter

Partenes disposisjonsfrihet over prosessen er problematisk når partene ikke påberoper alle relevante faktiske omstendigheter. Årsaken til manglende påberopelse er gjerne at parten har basert saken på et rettsgrunnlag som aktualiserer visse faktiske omstendigheter. Det oppstår problem hvis retten finner at det anførte rettsgrunnlaget ikke fører frem, men at faktum åpner for anvendelse av et annet rettsgrunnlag. Reglene i tvl. § 11-2 første ledd andre punktum avskjærer retten fra å anvende det andre rettsgrunnlaget, med mindre parten tilfeldigvis har påberopt de faktiske omstendighetene som er relevante etter dette grunnlaget. Slik kan partenes disposisjonsfrihet forhindre at rettens avgjørelse bygger på de rettsreglene som passer best til sakens faktum. I det følgende vil avgjørelser som ikke bygger på de rettsregler som passer best til sakens faktum, karakteriseres som materielt uriktige.

Det er svært vanskelig for en utenforstående å avgjøre om det var faktiske momenter i en sak som en part burde ha påberopt for å sikre at avgjørelsen fikk et materielt riktig resultat. I det følgende gjennomgås imidlertid avgjørelsen inntatt i Rt. 2003 s. 293, hvor en av partene ikke påberopte omstendigheter som kunne ha endret resultatet.

Rt. 2003 s. 293 gjaldt spørsmål om et eiendomsselskap hadde mistet retten til fradrag for tidligere underskudd i næringen, fordi den skattepliktige hadde «oppført med næringen». Fritaksbestemmelsen fulgte av skatteloven av 1911¹⁶² § 53 første ledds fjerde punktum og senere skatteloven av 1999¹⁶³ § 14-6 andre ledd, men ble opphevet med virkning fra 2006.

Saken gjaldt Skålevik Eiendomsselskap, som opprinnelig drev møbelforretninger. Fra 1981 endret selskapet driften, og drev i hovedsak med utleie av næringseiendommer. Eiendommene ble solgt da møbelforretningene gikk konkurs i 1989. På tidspunktet for konkursen satt selskapet med to fremleiekontrakter, som ble avvirket i 1995 og 1996. I perioden fra 1995 til 1998 tok Bergen Invest AS gradvis over nær 100 % av Skålevik Eiendomsselskap.

¹⁶² Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt

¹⁶³ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

Aktiviteten i selskapet tok seg opp fra 1997, da det etter en tids leting ble kjøpt nye eiendommer.

Skålevik Eiendomsselskap hadde gått med underskudd i flere år, og ønsket at disse skulle komme til fradrag på senere års ligninger. Bergen ligningskontor mente imidlertid at næringen opphørte da den siste fremleiekontrakten ble avviklet i 1996, slik at fradragsretten var falt bort. Skålevik Eiendomsselskap brakte saken inn for domstolene med påstand om at underskuddene var fremførbare. Ligningskontoret fikk medhold i Bergen byrett, mens selskapet fikk medhold i Gulating lagmannsrett.

Høyesteretts flertall på fire dommere kom til at Skålevik Eiendomsselskap aldri hadde opphørt, slik at tidligere års underskudd var fremførbare. Resultatet ble basert på en helhetsvurdering, hvor det ble vektlagt at driften var preget av kontinuerlig leting etter nye prosjekter etter leiekontraktene ble avviklet i 1996. Mindretallet på en dommer ville ikke tillegge letingen etter nye lokaler avgjørende vekt, og kom til at selskapet opphørte i 1996.

I vår sammenheng er det mest interessante ved Høyesteretts dom at flertallet i avsnitt 44 påpekte at saken var spesiell, ved at Bergen Invest AS hadde overtatt nesten alle aksjer i Skålevik Eiendomsselskap. Det kan argumenteres for at Bergen Invest AS sitt motiv bak overtakelsen var å utnytte fradragsordningen for fremførbare underskudd for å unngå skatt. Det var et sentralt hensyn bak reglene om fremførbare underskudd at de kun skulle tilgodese den skattyter som hadde gått med underskudd. Partene hadde imidlertid ikke påberopt et gjennomskjæringssynspunkt. Siden en slik drøftelse måtte basere seg på andre sider ved faktum enn de som var påberopt, kunne den ikke behandles av Høyesterett.

Høyesteretts uttalelser tyder på at ligningskontoret kunne ha prosedert på et gjennomskjæringssynspunkt. Retten sa riktignok ikke at grunnlaget ville ha ført frem, men det har formodningen mot seg at den ville ha kommet med en slik uttalelse hvis anførselen ikke var prosedabel. I en artikkel har Frederik Zimmer uttalt at Høyesterett ikke kunne sagt «stort klarere» at ligningskontoret burde ha anført et gjennomskjæringssynspunkt istedenfor eller i tillegg til anførselen om at selskapet var opphørt i næring.¹⁶⁴ Zimmer er imidlertid noe usikker

¹⁶⁴ Fredrik Zimmer, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2003», *Skatterett*, 2004 s. 271-291 (s. 279)

på om anførselen ville ha ført frem, selv om han mener det neppe er fritt frem å kjøpe underskuddsselskaper for å utnytte skattefordeler.¹⁶⁵

Det er altså ikke noe klart svar på om den manglende påberopelsen medførte at avgjørelsen inntatt i Rt. 2003 s. 293 fikk et materielt uriktig resultat. Dersom gjennomskjærings-synspunktet hadde blitt nærmere belyst i en kontradiktorisk behandling, er det mulig at anførselen ikke ville ha ført frem. Likevel illustrerer avgjørelsen problematikken som kan oppstå ved at de faktiske omstendighetene retten bygger på, må være «påberopt».

Saksomkostningsavgjørelsen i Rt. 2011 s. 1291 illustrerer også problematikken rundt partenes disposisjonsfrihet over prosessen. Ankende part vant saken, og hadde i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader etter tvl. § 20-2. Parten hadde imidlertid ikke lagt ned påstand om sakskostnader, og etter reglene i tvl. § 11-2 kunne sakskostnader da ikke tilkjennes.

Det har formodningen mot seg at ankende part ikke ønsket å få erstattet sine sakskostnader, og den manglende påstanden skyldtes antageligvis en forglemmelse. Høyesterett hadde imidlertid ingen mulighet til verken å tilkjenne sakskostnader, eller å veilede parten om at han burde nedlegge påstand om sakskostnader, jf. henholdsvis tvl. § 11-2 første ledd og § 11-5 sjuende ledd. Hvis parten har glemt å legge ned påstand, har retten få virkemidler for å forebygge rettstap.

Det forekommer også at parter bevisst velger å la være å påberope faktiske omstendigheter. Eksempelvis la staten i Rt. 1961 s. 234 til grunn at et inndragningskrav hadde en foreldelsesfrist på ti år. Lagmannsretten mente imidlertid at straffelovens ikrafttredelseslov § 28 tredje ledd måtte komme til anvendelse, slik at inndragningskravet ikke ble gjenstand for foreldelse. Høyesterett opphevet lagmannsrettens avgjørelse, og uttalte at retten i en sivil sak ikke kan frifinne på grunnlag av foreldelse når det er grunn til å regne med at innsigelsen ikke ønskes påberopt. Omvendt må retten også legge til grunn partens anførsler når det ikke ønskes påberopt at kravet er undergitt en lengre foreldelsesfrist, slik tilfellet var i denne saken.

¹⁶⁵ Zimmer s. 280

Regelen om at retten må legge til grunn partenes standpunkt innebærer en fare for at den må avsi materielt uriktige avgjørelser, men er ansett som en nødvendig konsekvens av partenes disposisjonsfrihet over saksforholdet.

4.2.3 Hvordan ivaretar reglene prinsippet om materiell sannhet?

Avgjørelsene gjennomgått i pkt. 4.2.1 viser at det er fare for materielt uriktige resultater når retten bygger sin avgjørelse på et faktisk grunnlag som ikke er undergitt tilstrekkelig grad av kontradiksjon. TvL § 11-1 tredje ledd er den bestemmelsen som best ivaretar kontradiksjonsprinsippet, og fremmer dermed prinsippet om materiell sannhet. I punkt 4.2.2 er det vist hvordan reglene om partenes disposisjonsfrihet over prosessen i tvL § 11-2 første ledd kan medføre at retten ikke kan ta alle relevante faktiske omstendigheter i betraktning. Følgelig kan rettens avgjørelse få et materielt uriktig resultat.

Det er uheldig at rettens mulighet til å nå materielt riktige avgjørelser begrenses av reglene om partenes disposisjonsfrihet over prosessen i tvL § 11-2 første ledd. Samtidig kan prinsippet om materiell sannhet ikke gjennomføres fullt ut, men må vektes mot andre prinsipper i sivilprosessen. I det følgende drøftes derfor om det er fordeler ved reglene i tvL § 11-2 første ledd som veier opp for ulempen ved at reglene svekker prinsippet om materiell sannhet.

TvL § 11-2 første ledd andre punktum om at rettens avgjørelse må ligge innenfor rammene av partenes påstander, er begrunnet i at partene utenfor prosessen kan disponere fritt over søksmålsgjenstanden. Lovgiver har da ikke sett noen grunn til å begrense partenes disposisjonsfrihet over søksmålsgjenstanden under prosessen.¹⁶⁶ Dermed overser lovgiver at domstolene er en statsfunksjon. Det er i samfunnets interesse at domstolene gjennomfører den materielle rett og fremmer rettferdighet ved å treffe materielt riktige avgjørelser.¹⁶⁷ Domstolene er et tilbud fra staten til borgerne, og det er naturlig at prosessreglene i størst mulig grad sørger for at avgjørelser får et materielt riktig resultat. Slik kan sivilprosessen bidra til å sørge for at borgerne etterlever de materielle rettsreglene.

¹⁶⁶ Skoghøy s. 914

¹⁶⁷ Udkast 1908 s. 79-80

Det hadde heller ikke vært unaturlig dersom partene mistet sin disposisjonsfrihet over søksmålgjenstanden under saksgangen. Rettsapparatet er et formalisert system som ikke nødvendigvis bør ha samme regler om disposisjonsfrihet som ellers i samfunnet.¹⁶⁸ Riktignok har det vært en lang tradisjon for at partene har stor grad av kontroll over prosessen i dispositive saker. Det er imidlertid ingen grunn til å holde fast ved tradisjoner som ikke er godt begrunnet. I forarbeidene til tvistemålsloven ble det uttalt at forhandlingsprinsippet ikke er et nødvendig postulat i sivilprosessen. Prinsippet er kun et middel som har gyldighet så langt det fremmer sivilprosessens målsettinger.¹⁶⁹

I dispositive saker kan partene selv bestemme om de ønsker å etterleve domstolens avgjørelse, siden de disponerer over søksmålgjenstanden. Det er grunn til å anta at sannsynligheten for at partene etterlever avgjørelsen, øker når domstolene er bundet av deres disposisjoner. Borgerne kan også velge å løse rettsvister utenfor rettsapparatet hvis de mister kontroll over saken ved en domstolsbehandling. Momentene kan tale for at retten bør være bundet av partenes prosesshandlinger. Samtidig bør ikke domstolene la seg styre utelukkende av partenes ønsker. Det vil harmonere dårlig med oppgaven om å sikre gjennomføring av gjeldende rett.

Hovedbegrunnelsen bak regelen i tvl. § 11-2 første ledd om at retten bare kan bygge på de påberopte påstandsgrunnlag, er at det er disse motparten har hatt anledning til å imøtegå.¹⁷⁰ Slik fungerer reglene som en forlengelse av det kontradiktoriske prinsipp. Det er vist ovenfor at kontradiksjon bidrar til å fremme prinsippet om materiell sannhet. Samtidig er det i praksis tvl. § 11-1 tredje ledd som best ivaretar kontradiksjonsprinsippet. Etter § 11-1 tredje ledd må alle faktiske opplysninger undergis kontradiksjon, mens det er tilstrekkelig at retten «i hovedsak» bygger på de påberopte påstandsgrunnlag. Terskelen for brudd på tvl. § 11-2 første ledd er følgelig høyere enn terskelen for brudd på tvl. § 11-1 tredje ledd. Av effektivitets-hensyn er det derfor tvl. § 11-1 tredje ledd som anvendes mest i praksis. Likevel bidrar tvl. § 11-2 første ledd til at partene vet hvilke faktiske omstendigheter de må imøtegå. Selv om det er få spor av bestemmelsen i praksis, er det grunn til å tro at den faktisk fremmer prinsippet om kontradiksjon, og dermed øker rettens mulighet til å nå materielt riktige resultater.

¹⁶⁸ Robberstad s. 16

¹⁶⁹ Udkast 1908 s. 80

¹⁷⁰ Skoghøy s. 919

En annen begrunnelse bak forhandlings- og disposisjonsprinsippet, er at de sikrer rettens uavhengighet.¹⁷¹ Når dommeren ikke er involvert i bevisføringen, får han muligheten til å utøve en objektiv og tilbaketrukket rolle. Denne begrunnelsen er det imidlertid grunn til å sette spørsmålsteget ved. Såfremt dommeren ikke er inhabil, har han ingen personlige interesser i saken. Hvis dommeren blander seg inn i partenes disposisjoner, må det antas at årsaken er et ønske om at saken skal få et materielt riktig utfall. Som vist ovenfor i punkt 2.4.1, er dommeren den av sakens aktører som har en egeninteresse av at saken får et materielt riktig resultat.

Per Augdahl er en av få norske teoretikere som har satt spørsmålsteget ved berettigelsen av forhandlingsprinsippet. Han mente faren for at dommeren tar feil eller ikke fremstår som objektiv og upartisk, ikke er en fyllestgjørende begrunnelse for prinsippet.¹⁷² Han påpekte at dommeren kan gå utenfor partenes påstandsgrunnlag i indispositive saker, hvor det er særlig viktig at saksgangen er betryggende. Hvis begrunnelsene bak forhandlingsprinsippet var riktige, er prosessordningen særlig lite betryggende i disse sakene.¹⁷³ Augdahl mente at faren for feiltagelse er mindre hvis dommeren kan gå utenfor påstandsgrunnlaget, og karakteriserte frykten for at hans upartiskhet ville lide som et «fantasiprodukt».¹⁷⁴

Augdahl hadde et godt poeng i at dommeren ikke er bundet av partenes prosesshandlinger i indispositive saker, uten at det går utover tilliten til saksgangen. Reglene er videreført fra gamle tvistemålsloven til tvistelovens § 11-4, og det må derfor legges til grunn at de fungerer godt i praksis. Argumentene om at retten fremstår som mer uavhengig når den er bundet av partenes prosesshandlinger, er derfor ikke helt overbevisende.

I dispositive saker er det partene som finner frem til det faktiske grunnlaget retten skal legge til grunn for avgjørelsen. Dermed er det partene som arbeider mest med saken før hovedforhandlingen. Dommeren har plikt til å styre saksgangen etter tvl. § 9-4, men har for øvrig få arbeidsoppgaver før hovedforhandlingen. Arbeidsdelingen medfører at domstolene har kapasitet til å behandle flere saker enn hva som ville vært tilfelle dersom de skulle hatt større ansvar for saksforberedelsen.

¹⁷¹ Robberstad s. 16

¹⁷² Augdahl, *Norsk civilprosess* s. 115

¹⁷³ Augdahl, *Norsk civilprosess* s. 115

¹⁷⁴ Per Augdahl, «Litteratur», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1942 s. 211-224 (s. 222)

I tillegg til effektivitetshensyn taler hensyn til sakens kostnader for at forhandlings- og disposisjonsprinsippet bør videreføres. Dersom domstolene skulle hatt større ansvar for bevisføringen, kunne det medført høyere sakskostnader. Partene har som regel best oversikt over sakens faktiske forhold, og det er antageligvis minst arbeidskrevende at de har ansvar for å fremlegge sakens faktum.

Samtidig medfører ikke en partsprosess nødvendigvis lavere sakskostnader. I en artikkel har Magne Strandberg påpekt at det er fare for at en part fremmer for mange anførsler og bevis.¹⁷⁵ Partens hensikt kan for eksempel være å trette ut motparten, slik at han går med på et forlik. En aktiv domstol med ansvar for bevisføring kunne ha motvirket slike tendenser. En slik ordning kunne imidlertid medført merarbeid, ved at dommeren må bruke mye tid på å sette seg inn i sakens faktiske omstendigheter. Antageligvis har de fleste parter ikke et ønske om å trette ut motparten. Faren for uttretting fra en part er også forsøkt forebygget ved bestemmelsen i tvl. § 11-6 om rettens plikt til aktiv saksstyring. Følgelig kan det antas at partsprosessen i de fleste saker medfører lavere sakskostnader.

Drøftelsen har vist at reglene om at retten må bygge på påstand grunnlag som er påberopt av partene, bidrar til å fremme kontradiksjonsprinsippet, som igjen fremmer prinsippet om materiell sannhet. Samtidig er det ikke tvilsomt at reglene i tvl. § 11-2 første ledd også svekker prinsippet om materiell sannhet. Tradisjon eller hensyn til domstolens uavhengighet kan ikke rettferdiggjøre denne svekkelsen. Hensyn til effektivitet og målsettingen om å holde sakskostnadene nede, taler imidlertid med styrke for å beholde reglene i tvl. § 11-2 første ledd.

Ved å effektivisere saksbehandlingen og senke sakskostnadene, blir det mulig for folk flest å bringe sine tvister inn til domstolsbehandling. Å behandle tvisten ved domstolene sikrer en kontradiktorisk saksbehandling. Som vist, øker en kontradiktorisk saksbehandling sannsynligheten for at avgjørelsen baseres på et riktig faktum. Det kan også legges til grunn at dommerne stort sett baserer avgjørelsen på en riktig rettsanvendelse. Følgelig kan det hende at en domstolsbehandling av tvisten medfører et større antall realiserte materielle rettigheter, selv om prinsippet om materiell sannhet ikke ivaretas fullt ut. Slik kan effektiv tilgang til

¹⁷⁵ Strandberg, «Fordeler og ulemper ved partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part» s. 178

domstolene bidra til å fremme prinsippet om materiell sannhet, selv om ikke alle av domstolenes avgjørelser er materielt riktige.

Det må også påpekes at dommeren kan virke for at avgjørelser får et materielt riktig resultat gjennom adgangen til materiell veiledning i tvl. § 11-5. Samtidig er denne adgangen så begrenset av krav om nøytralitet, at den ikke kan eliminere de problemer partsprosessen medfører for målsettingen om å nå materielt riktige resultater.¹⁷⁶

5 Adgangen til å prekludere sent fremsatte prosesshandlinger

5.1 Tvistelovens regler om preklusjon av sent fremsatte prosesshandlinger

Som et ledd i å sikre at domstolenes saksbehandling er tilstrekkelig effektiv og konsentrert, opererer tvisteloven med frister for å utføre prosesshandlinger. De fleste fristene er preklusive, det vil si at den som har oversittet fristen mister retten til å foreta prosesshandlingen.¹⁷⁷ Tvistelovens regler om preklusjon er mer spesifikke enn de tilsvarende regler i tvistemålsloven.¹⁷⁸ Endringene var ett av flere tiltak som skulle medføre en sterkere styrt prosess, og målet var at partene skal kunne innrette seg etter at rammene for saken er lagt når sluttinnlegget er inngitt.¹⁷⁹ Preklusjon av prosesshandlinger innebærer at retten ikke tar i betraktning alle sakens faktiske omstendigheter, og kan på den måten medføre at rettens avgjørelse blir materielt uriktig.

Ved utformingen av preklusjonsreglene må hensyn til kontradiksjon og hensyn til sakens opplysning vektet mot hverandre. Dersom ingen prosesshandlinger prekluderes, kan det gå ut over kontradiksjonen i saken fordi motparten ikke får tilstrekkelig tid til å forberede sine motargumenter. Samtidig er det uheldig hvis for mange prosesshandlinger prekluderes, fordi det forhindrer retten fra å ta i betraktning alle relevante faktiske omstendigheter. Det er viktig at lovgiver avveier hensynene på en god måte, slik at preklusjonsadgangen verken blir for vid eller for snever.

¹⁷⁶ Strandberg, «Fordeler og ulemper ved partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part» s. 175

¹⁷⁷ Skoghøy s. 689

¹⁷⁸ Skoghøy s. 937

¹⁷⁹ NOU 2001:32 B s. 760

Adgangen til å prekludere prosesshandlinger varierer mellom de ulike instansene, og avhenger av hvor langt saksforberedelsen er kommet. I det følgende gjennomgås først preklusjonsreglene som gjelder for de ulike instansene. Avslutningsvis foretas en oppsummering av preklusjonsreglene, med henblikk på hvordan de påvirker målsettingen om å nå materielt riktige resultater.

5.1.1 Tingrettens preklusjonsadgang

Tingrettens adgang til å prekludere prosesshandlinger under saksforberedelsen fremgår av tvl. § 16-6 tredje ledd. Bestemmelsen gir retten adgang til å avskjære en prosesshandling hvis den ikke er foretatt innen en fastsatt, men ikke preklusiv, frist. Forutsetningen er at den sene prosesshandlingen medfører at saksavviklingen blir forsinket. I forarbeidene uttalte Tvistemålsutvalget at oversittelse av en ikke preklusiv frist i utgangspunktet ikke skal forhindre parten i å foreta prosesshandlingen. Utvalget påpekte at det ikke er noen reell grunn til avskjæring med mindre oversittelsen får betydning for saksavviklingen.¹⁸⁰ Likevel kan preklusjonsadgangen være hensiktsmessig som et pressmiddel for å effektivisere saksgangen.

Det følger av tvl. § 16-6 tredje ledd at retten kan avskjære den sene prosesshandlingen hvis forsinkelsen medfører at et rettsmøte må utsettes eller at saken blir «vesentlig forsinket». Ordlyden innebærer at ikke enhver forsinkelse gir retten adgang til å avskjære prosesshandlingen. Forsinkelsen må være av en viss alvorlighetsgrad, men for øvrig vil det bero på rettens skjønn hvorvidt den kan karakteriseres som «vesentlig».

Forsinkelse i saksavviklingen er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for at retten kan avskjære prosesshandlingen. Hvorvidt avskjæringsadgangen skal benyttes, beror på et «kan»-skjønn hvor flere momenter er relevante.¹⁸¹ Skjønnsutøvelsen skjer i lys av de momenter som er relevante i vurderingen av om en prosesshandling skal avskjæres etter tvl. § 9-16, som regulerer preklusjon av prosesshandlinger fremsatt etter avsluttet saksforberedelse.¹⁸² Dette innebærer at retten kan ta hensyn til om parten som ønsker endringen er å bebreide for forsinkelsen, om avskjæring vil virke urimelig og hvordan endringen vil innvirke på motpartens mulighet til å ivareta egne interesser. I tillegg er det av stor betydning når

¹⁸⁰ NOU 2001:32 B s. 913

¹⁸¹ Skoghøy s. 938

¹⁸² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 424

prosesshandlingen fremsettes. Det er større grunn å avskjære prosesshandlinger som fremsettes tett opp mot avsluttet saksforberedelse.

Terskelen for preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd er høy. I forarbeidene er det presisert at det skal foreligge «atskillig sterkere grunner» for å avskjære prosesshandlinger før endt saksforberedelse enn det kreves for å nekte samtykke etter avsluttet saksforberedelse.¹⁸³ Likevel kan avskjæring være aktuelt i omfattende og komplekse saker hvor partene trenger god tid til å forberede seg, uten at saksbehandlingen avsluttes tidligere enn to uker før hovedforhandlingen.

Tvl. § 9-16 regulerer tingrettens adgang til å prekludere prosesshandlinger fremsatt etter endt saksforberedelse. Det fremgår av bestemmelsen at nye krav, utvidelse av påstanden til fremsatt krav, nytt påstandsgrunnlag eller nye bevis ikke kan fremlegges «mot motpartens protest» etter avsluttet saksforberedelse. Prosesshandlingen avskjæres ikke hvis den fremmes før hovedforhandlingen og er foranlediget av motpartens sluttinnlegg, eller retten tillater den fremmet.

Det følger av tvl. § 9-10 at saksforberedelsen avsluttes to uker før hovedforhandlingen, med mindre retten bestemmer et annet tidspunkt. Følgelig kan partene som hovedregel ikke foreta prosesshandlinger senere enn to uker før hovedforhandlingen. Dette gjelder selv om retten ikke har krevd sluttinnlegg etter tvl. § 9-10 andre ledd.¹⁸⁴ Hvis endringen skjer i et prosesskrift, er det avgjørende om dette er postlagt innen fristen, mens ved elektronisk kommunikasjon er det tilstrekkelig at dokumentet er sendt til riktig adresse, jf. dl. § 146 andre ledd.

Tvl. § 9-16 gjør imidlertid flere unntak fra hovedregelen om at partene ikke kan foreta prosesshandlinger senere enn to uker før hovedforhandlingen.

For det første kan en part før hovedforhandlingen foreta endringer som er «foranlediget av motpartens sluttinnlegg», se tvl. § 9-16 første ledd første punktum. I disse tilfellene er parten ikke avhengig av tillatelse fra retten for å foreta endringen. Selv om det ikke fremgår av lovens ordlyd eller forarbeider, må det være opp til parten å avgjøre om motpartens

¹⁸³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 424

¹⁸⁴ Skoghøy s. 937

sluttinnlegg foranlediger endringer. Dette vil være best i tråd med praksis rundt kontradiksjonsprinsippet, se ovenfor under punkt 4.1.3 om § 11-1 tredje ledd. Hvis endringen ikke foretas før hovedforhandlingen, må retten vurdere om den skal tillates etter § 9-16 første ledd andre punktum.

For det andre kan parten, selv om motparten protesterer, foreta endringer senere enn to uker før hovedforhandling hvis retten tillater det. Hvis vilkårene for tillatelse er oppfylt, «skal» retten la parten foreta endringene under hovedforhandlingen. Hvorvidt situasjonene beskrevet i bokstav a) til c) foreligger, vil i noen grad bero på rettens skjønn.

Etter første ledd bokstav a) skal endringen tillates hvis parten ikke kan bebreides for at den ikke har blitt gjort tidligere, og det vil være «urimelig» å nekte den. Alternativet dekker både tilfeller hvor hendelsen som førte til endringen nettopp har skjedd, og hvor parten ikke ble oppmerksom på at noe måtte endres før saksbehandlingen var avsluttet. I rimelighetsvurderingen må hensyn til den part som vil foreta endringen stå sentralt, men også hensyn til motparten kan trekkes inn. Generelt vil det ofte være urimelig å nekte endringen når parten ikke er å bebreide at den ikke ble foretatt tidligere, men det kan tenkes unntak.¹⁸⁵

Det følger av bokstav b) at endringen skal tillates hvis motparten uten utsettelse har tilstrekkelig grunnlag for å ivareta sine interesser. Dette gjelder selv om parten er å bebreide for at endringen ikke ble foretatt tidligere. Alternativet vil typisk omfatte mindre vesentlige endringer, for eksempel et dokumentbevis som ikke tilfører saken mye nytt. Når verken hensyn til sakens fremdrift eller hensyn til motparten tilsier at endringen skal nektes, er det ingen grunn til å avskjære prosesshandlingen.

Retten skal også tillate endringen hvis nektelse vil påføre parten et «urimelig tap», se bokstav c). Også etter dette alternativet kan endringen tillates selv om parten er å bebreide for at den ikke ble foretatt tidligere. Hvorvidt tapet er «urimelig», avhenger både av partens interesse i søksmålet, og av den absolutte størrelsen av tapet. For at endringen skal tillates, må tapet være av vesentlig betydning.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind I* s. 348

¹⁸⁶ NOU 2001:32 B s. 760

Selv om en prosesshandling ikke kan tillates etter noen av alternativene i tvl. § 9-16 første ledd andre punktum, kan retten tillate endringen hvis parten påtar seg å dekke motpartens merutgifter ved at den skjer for sent. Forutsetningen er at andre «vesentlige hensyn for motparten» ikke taler mot å gi slik tillatelse, se tvl. § 9-16 andre ledd. Alternativet er betegnet som en sikkerhetsventil for de tilfeller som ikke faller inn under oppstillingen i § 9-16 første ledd andre punktum.¹⁸⁷ I forarbeidene er det påpekt at det kan være et vesentlig hensyn å få en rask avgjørelse, og at endringen i slike tilfeller må nektes.¹⁸⁸

Dersom motparten ikke protesterer, kan parten i utgangspunktet foreta endringen, jf. motsetningsvis § 9-16 første ledd første punktum. Tredje ledd gir imidlertid retten adgang til å prekludere en prosesshandling selv om motparten ikke protesterer. Vilåret er at hensyn til sakens fremdrift eller andre tungtveiende forhold tilsier at endringen ikke bør tillates. Det er også vilkår om at nektelsen ikke skal være urimelig. Nektelse etter dette leddet kan for eksempel være aktuelt hvis endringen nødvendiggjør en omberømmelse som skaper store problemer for retten. Likevel er det uttalt i forarbeidene at retten ikke utelukkende kan ta hensyn til egne interesser, og at det i urimelighetsvurderingen må tas hensyn til konsekvensene for parten som vil foreta endringen. Det er også presisert at endringen ikke kan nektes hvis den kunne ha vært foretatt mot motpartens protest etter første ledd andre punktum bokstav a) til c).¹⁸⁹

5.1.2 Lagmannsrettens preklusjonsadgang

Preklusjonsreglene som gjelder for lagmannsrettens saksbehandling skiller seg noe fra reglene som regulerer tingrettens preklusjonsadgang. Det fremgår av tvl. § 29-4 at lagmannsretten bare kan behandle de krav som er avgjort i avgjørelsen som ankes. Dette innebærer at krav som ikke er avgjort i tingretten, som hovedregel avskjæres for lagmannsretten. Tv. § 29-4 andre ledd gjør imidlertid noen unntak for krav som kan behandles etter vesentlig de samme saksbehandlingsregler som det kravet tingretten har avgjort.

Unntakene i tvl. § 29-4 andre ledd bokstav a) til d) gjelder krav som er knyttet til eller har sammenheng med kravet som er avgjort ved avgjørelsen som ankes. Hvorvidt kravet har

¹⁸⁷ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind I* s. 349

¹⁸⁸ NOU 2001:32 B s. 761

¹⁸⁹ NOU 2001:32 B s. 760

tilstrekkelig sammenheng med det avgjorte kravet bedømmes ut fra en prosessøkonomisk vurdering, kombinert med en vurdering av om det er rimelig at parten må fremme kravet i en egen sak for tingretten.¹⁹⁰ Det følger av bokstav a) at lagmannsretten kan behandle krav som ikke kan fremmes i egen sak. Alternativet vil være aktuelt for krav på sakskostnader ved rettergangen. Bokstav b) bestemmer at et nytt krav kan trekkes inn når endringen er knyttet til forhold som inntraff eller ble kjent så sent at kravet ikke kunne vært trukket inn i saken tidligere. Etter bokstav c) kan et nytt krav trekkes inn når motparten ikke motsetter seg endringen og retten ikke finner at vesentlige hensyn taler mot utvidelsen. I tillegg kan lagmannsretten avgjøre et nytt krav som kan behandles forsvarlig når «tungtveiende hensyn» tilsier at det bør tillates behandlet, se bokstav d).

Etter bokstav e) kan også en motregningsinnsigelse behandles når den ikke kunne vært fremmet tidligere eller motparten samtykker. Siden en innsigelse ikke utgjør et krav, er bestemmelsen i realiteten en begrensning i adgangen til å fremme innsigelser.¹⁹¹ Uansett har en motregningsinnsigelse nær sammenheng med tidligere avgjorte krav. Følgelig kan lagmannsretten i de opplistede tilfeller nevnt ovenfor behandle krav og innsigelser som har nær sammenheng med kravet som er avgjort i tingretten.

For øvrig er det etter tvl. § 29-4 tredje ledd adgang til å utvide påstanden til et fremsatt krav når motparten samtykker, eller endringen er begrunnet i forhold som ble kjent for parten etter hovedforhandlingen i tingretten. Hvis tingretten nektet endringen foretatt, kan den begrunnes i forhold som parten ikke kan bebreides for å ikke ha blitt kjent med før etter avsluttet saksforberedelse for tingretten.

I utgangspunktet må nye krav etter andre ledd eller påstandsutvidelse etter tredje ledd fremsettes i anken eller anketilsvaret til lagmannsretten. Etter tvl. § 29-4 fjerde ledd kan endringer som fremmes etter denne fristen, tillates hvis det er rimelig. I forarbeidene ble det påpekt at det sjelden er grunnlag for å nekte påstandsendring hvis motparten samtykker, men at det kan være grunn til å avskjære et nytt krav.¹⁹² Det følger av § 29-4 fjerde ledd siste punktum at krav og påstandsutvidelse som har sammenheng med det avgjorte kravet og ikke

¹⁹⁰ NOU 2001:32 B s. 770

¹⁹¹ NOU 2001:32 B s. 771

¹⁹² NOU 2001:32 B s. 771

kan fremmes i egen sak, jf. bestemmelsens bokstav a), alltid kan kreves behandlet hvis det ikke var mulig å gjøre endringen tidligere.

Tvl. § 9-16 regulerer lagmannsrettens preklusjonsadgang etter endt saksforberedelse, se tvl. § 29-18 første ledd. Departementet har imidlertid presisert at det kan være grunn til å håndheve preklusjonsreglene strengere for lagmannsretten enn for tingretten.¹⁹³ Preklusjonsadgangen i tvl. § 16-6 tredje ledd kommer også til anvendelse ved ankebehandlingen for lagmannsretten. Det er redegjort for disse bestemmelsene ovenfor i punkt 5.1.1.

5.1.3 Høyesteretts preklusjonsadgang

Høyesteretts adgang til å prekludere sent fremsatte prosesshandlinger varierer avhengig av om en anke er henvist til behandling eller ikke. Det følger av tvl. § 30-4 at anke over dommer ikke fremmes for Høyesterett uten samtykke fra ankeutvalget. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor foreliggende sak, eller når det av andre grunner er «særlig viktig» å få avgjort saken i Høyesterett. Det er også adgang til å fremme en anke som ellers hører under lagmannsretten, direkte for Høyesterett etter tvl. § 30-2. Da kreves det at saken reiser «særlig viktige prinsipielle spørsmål» som det er av betydning å få raskt avklart i Høyesterett, og at hensyn til forsvarlig saksbehandling ikke taler mot at tillatelse gis. Terskelen for å anke direkte til Høyesterett er dermed høyere enn terskelen for fremme en anke etter tvl. § 30-4.

Før ankeutvalget har henvist anken til behandling, er det preklusjonsreglene i tvl. § 29-4 som kommer til anvendelse, jf. tvl. § 30-3. Disse reglene er gjennomgått ovenfor i punkt 5.1.2.

Preklusjonsadgangen etter at en sak er henvist til behandling i Høyesterett følger av tvl. § 30-7. Her fremgår det at nye krav, utvidelse av påstanden til fremsatt krav, nytt faktisk grunnlag eller nye bevis ikke kan gjøres gjeldende når anken er tillatt fremmet for Høyesterett, med mindre ankeutvalget samtykker i endringen. Samtykke gis når «særlige grunner taler for det».

Tvl. § 30-7 gir Høyesterett en vid preklusjonsadgang. For det første er tidsperioden hvor prosesshandlinger kan prekluderes lang. Statistikk for 2014 viser at det i sivile saker tar gjennomsnittlig 4,8 måneder fra en anke er henvist til behandling i Høyesterett til anke-

¹⁹³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 476

forhandlingen starter.¹⁹⁴ Til sammenligning kan ting- og lagmannsrettene som hovedregel bare prekludere prosesshandlinger foretatt senere enn to uker før hovedforhandling. For det andre er terskelen for at Høyesteretts ankeutvalg skal samtykke til å fremme prosesshandlingen høy. Dette følger av at det kreves «særlige grunner» for at samtykke skal gis. Terskelen praktiseres imidlertid ulikt for ulike typer prosesshandlinger.

Når det gjelder fremleggelse av nye bevis, praktiseres tvl. § 30-7 liberalt. Et bevis som fremlegges i god tid før ankeforhandlingen, vil som hovedregel tillates ført hvis det ikke medfører en endring av sakens karakter eller vidløftiggjør saken.¹⁹⁵ Dersom beviset fremlegges sent i saksforberedelsen, vil det bero på en helhetsvurdering om det skal tillates ført.¹⁹⁶ Herunder kan det trekkes inn om beviset bidrar til sakens opplysning, om motparten klarer å forholde seg til beviset på kort tid, om det gir behov for ytterligere bevisførsel og om det medfører at saken må utsettes. I tillegg kan det vektlegges om parten er å bebreide for at beviset ikke er blitt påberopt tidligere.¹⁹⁷

Når tvl. § 30-7 anvender begrepet «nytt faktisk grunnlag», er hensikten å begrense adgangen til å påberope nye påstandsgrunnlag, det vil si rettsstiftende faktiske omstendigheter.¹⁹⁸ Terskelen for å tillate påberopelse av nye påstandsgrunnlag, er høyere enn terskelen for å tillate føring av nye bevis. Hvorvidt påstandsgrunnlaget skal tillates fremmet, beror på en helhetsvurdering. Herunder må det særlig vurderes om det er forsvarlig at Høyesterett som første og eneste instans, og med middelbar bevisførsel, vurderer det faktiske grunnlaget.¹⁹⁹ Påstandsgrunnlaget kan også nektes fremlagt hvis det er fremsatt sent og vil endre sakens karakter.²⁰⁰

Det er bare bevis og påstandsgrunnlag som eksisterte da anken ble henvist til behandling i Høyesterett, som omfattes av preklusjonsadgangen etter tvl. § 30-7. Dermed er det ikke nødvendig med samtykke for å påberope bevis eller påstandsgrunnlag som er oppstått etter

¹⁹⁴ <http://www.domstol.no/statistikk> - Årsstatistikk for Høyesterett 2014 publisert 19. februar 2015

¹⁹⁵ HR-2010-2206-U avsnitt 5

¹⁹⁶ Momenter hentet fra Skoghøy s. 941 med videre henvisninger til praksis

¹⁹⁷ Se eksempel på vurderingen i HR-2013-2163-U

¹⁹⁸ Skoghøy s. 940

¹⁹⁹ Skoghøy s. 941

²⁰⁰ Eksempel i Rt. 2012 s. 714

henvisningsdagen.²⁰¹ Det er heller ikke nødvendig med tillatelse for å videreutvikle påstandsgrunnlag som er gjort gjeldende tidligere, såfremt det ikke kreves ny bevisføring.²⁰² Påstandsgrunnlag og bevis som ble påberopt for lagmannsretten, men ikke er nevnt i anketilsvaret, kan ikke anses som nye prosesshandlinger for Høyesterett med mindre de er blitt frafalt under saksbehandlingen for Høyesterett.²⁰³

For at ankeutvalget skal tillate fremmet et nytt krav eller en utvidelse av påstanden for et krav etter saken er henvist til behandling i Høyesterett, må vilkårene etter tvl. § 29-4 være oppfylt, i tillegg til at det må foreligge «særlige grunner» for å tillate endringen.²⁰⁴ Terskelen for å gi tillatelse til å fremme et nytt krav eller en påstandsutvidelse, er dermed høyere enn terskelen for å tillate påberopelse av nytt påstandsgrunnlag.

Preklusjonsreglene i tvl. § 16-6 tredje ledd gjelder også for Høyesteretts behandling av saken. Fordi tvl. § 30-7 gir en så vid adgang til preklusjon, har imidlertid bestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd liten praktisk betydning.²⁰⁵

5.1.4 Hvordan påvirker preklusjonsreglene prinsippet om materiell sannhet?

Preklusjonsadgangen før endt saksforberedelse etter tvl. § 16-6 tredje ledd er generell, og gjelder alle instansenes saksbehandling. Terskelen for å prekludere prosesshandlinger etter denne bestemmelsen er høy. Følgelig er det få prosesshandlinger som avskjæres, og retten kan ta hensyn til flere faktiske opplysninger. Et bredt avgjørelsesgrunnlag må antas å være positivt for målet om at rettens avgjørelser skal få et materielt riktige resultater.

Tingretten er den instansen som har snevrest adgang til å prekludere sent fremsatte prosesshandlinger. Tvl. § 9-16 bestemmer riktignok at prosesshandlinger som fremsettes etter endt saksforberedelse som hovedregel skal prekluderes, men det er mange unntak fra denne hovedregelen. Hvorvidt unntakene kommer til anvendelse, avhenger i noen grad av rettens skjønn. Hvor mange prosesshandlinger som prekluderes etter tvl. § 9-16, vil derfor i en viss grad bero på praksis. Tingrettens relativt snevre adgang til preklusjon legger til rette for at

²⁰¹ Rt. 2011 s. 830 avsnitt 3 med videre henvisninger

²⁰² Skoghøy s. 940

²⁰³ Skoghøy s. 940 og Rt. 2011 s. 830 avsnitt 4

²⁰⁴ Schei mfl., *Tvisteloven kommentarutgave bind II* s. 1089-1090 og HR-2012-2065-U

²⁰⁵ Skoghøy s. 939

retten kan få et bredt avgjørelsesgrunnlag. Da ivaretas målsettingen om at rettens avgjørelser skal bli materielt riktige godt.

Lagmannsrettens preklusjonsadgang har flere likhetstrekk tingrettens preklusjonsadgang fordi tvl. § 9-16 gjelder for begge instansene. Lagmannsretten har imidlertid en videre adgang til å prekludere nye krav etter tvl. § 29-4, siden den først og fremst skal overprøve tingrettens avgjørelser. I tillegg har lovgiver i forarbeidene signalisert at lagmannsretten bør praktisere tvl. § 9-16 strengere enn tingretten.²⁰⁶ Lagmannsretten har dermed en videre preklusjonsadgang enn tingretten. Adgangen til å prekludere sent fremsatte krav vil imidlertid ikke påvirke rettens mulighet til å komme til et materielt riktig resultat. At ett krav nektes fremmet, påvirker ikke det faktiske eller rettslige grunnlaget for et annet krav. Lovgivers signal om at lagmannsretten bør praktisere tvl. § 9-16 strengere enn tingretten kan imidlertid føre til at flere påstandsgrunnlag og bevis prekluderes. En streng preklusjonspraksis medfører et mindre bredt avgjørelsesgrunnlag, og kan påvirke rettens mulighet til å fatte materielt riktige avgjørelser.

Høyesterett har den videste preklusjonsadgangen av alle instansene. Årsakene er at retten kan prekludere prosesshandlinger som fremsettes flere måneder før forhandlingene, og at terskelen for samtykke er høy. Med tanke på målsettingen om at rettens avgjørelser skal få materielt riktige resultater, er det uheldig at preklusjonsadgangen er så vid. Samtidig er det positivt at Høyesterett praktiserer en ulik terskel for ulike prosesshandlinger, slik at terskelen for å fremlegge nye bevis er relativt lav. Det er også bra at bevis og påstandsgrunnlag som oppsto etter henvisningsdagen, ikke prekluderes. Reglene bidrar til at retten får et bredere avgjørelsesgrunnlag.

Høyesteretts vide preklusjonsadgang må ses i sammenheng med at domstolen skal fungere som en prejudikatsdomstol som behandler saker av prinsipiell interesse. Partene har fått sin sak behandlet i to instanser, og det kan argumenteres for at dette burde være tilstrekkelig for å sikre materielt riktige avgjørelser. Hvis partene sto fritt til å gjøre endringer i saken etter den er henvist til behandling i Høyesterett, kunne det medført at fokus ble dreiet bort fra de prinsipielle spørsmål som var bakgrunnen for henvisningen.²⁰⁷ Samtidig kan det være negativt

²⁰⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 476

²⁰⁷ NOU 2001:32 B s. 793

for borgernes tillit til rettssystemet hvis Høyesteretts saksbehandling ikke ivaretar prinsippet om materiell sannhet i tilstrekkelig grad.

Gjennomgangen av tvistelovens regler om preklusjon har vist at de øvre instansene har en videre adgang til å prekludere sent fremsatte prosesshandlinger enn tingretten. Dermed er det større sannsynlighet for at de øvre instansene ikke tar i betraktning alle sakens faktiske omstendigheter, slik at resultatet blir materielt uriktig. Samtidig har de øvre instansene, særlig Høyesterett, en rettsavklarende funksjon. Riktig lovanvendelse er en forutsetning for at rettsavgjørelser skal bli materielt riktige, og rettsavklaring kan medføre at underinstansene anvender loven riktig i senere avgjørelser. Slik kan Høyesterett bidra til å fremme prinsippet om materiell sannhet, selv om den konkrete saken ikke får et materielt riktig resultat.

Videre har alle bestemmelsene om preklusjon av sene prosesshandlinger et visst innslag av skjønsmessige vurderinger. Dette åpner for at retten i stor grad kan ta hensyn til sakens konkrete forhold ved vurderingen av om en prosesshandling skal prekluderes. Forutsatt at dommeren søker å sikre at avgjørelsen får et materielt riktig resultat, vil muligheten for skjønn være gunstig for ivaretagelsen av prinsippet om materiell sannhet.

Preklusjon har bare virkning for den rettsinstansen saken står for.²⁰⁸ Følgelig kan parten fremme prosesshandlingen i en anke, og oppnå et materielt riktig resultat i ankeomgangen. Hensyn til materiell sannhet fremmes også ved at det for alle instanser er vid adgang til å påberope faktum som ikke kunne vært påberopt tidligere, jf. blant annet tvl. § 29-4 fjerde ledd siste punktum. For øvrig er det positivt for gjennomføringen av prinsippet om materiell sannhet at ingen instanser kan prekludere påberopelse av nytt rettsstoff.²⁰⁹ Det gir partene mulighet til å gjøre dommeren oppmerksom på rettsregler som han ellers kunne ha oversett. Regelen er en naturlig følge av rettens selvstendige ansvar for riktig rettsanvendelse etter tvl. § 11-3.

5.2 Domstolenes praksis rundt tvistelovens regler om preklusjon

I denne delen vil jeg analysere hvordan preklusjonsreglene praktiseres i domstolene, og hvordan praksis innvirker på målsettingen om å nå materielt riktige avgjørelser. Det er i

²⁰⁸ Skoghøy s. 939

²⁰⁹ Skoghøy s. 938 og 942

hovedsak preklusjon av bevis, påstandsgrunnlag og påstander som behandles. Preklusjon av et nytt krav påvirker ikke hvilket faktum som kan legges til grunn ved løsningen av kravet som er gjort til søksmålgjenstand i saken. Parten vil heller ikke lide rettstap, fordi kravet ikke blir rettskraftig avgjort. Det prekluderte kravet kan derfor reises i et nytt søksmål. Av disse årsakene har jeg valgt å ikke gjennomgå praksis rundt tvl. § 29-4 om avskjæring av nye krav som fremmes for lagmannsretten eller Høyesterett.

Som nevnt ovenfor i punkt 1.5, vanskeliggjøres analysen av at det er vanskelig å vite hvorvidt en domspremiss gir uttrykk for et materielt riktig resultat eller ikke. Analysen må derfor baseres på en hypotese om hva som sannsynligvis fremmer prinsippet om materiell sannhet best. Jeg tar utgangspunkt i at flere bevis og anførsler medfører økt kunnskap og bredere avgjørelsesgrunnlag. Preklusjon av prosesshandlinger vil dermed medføre mindre kunnskap, slik at det blir mindre sannsynlig at faktum som legges til grunn for avgjørelsen er riktig. Da vil avgjørelsen bli materielt uriktig. Det må imidlertid tas forbehold for at preklusjon kan være best hvis opplysningene ellers ikke kan bli gjenstand for tilstrekkelig grad av kontradiksjon.

I analysen av hvordan de ulike instansene anvender preklusjonsreglene i praksis, har jeg gjennomgått all praksis til tvl. § 9-16, § 16-6 tredje ledd og § 30-7 som lå på Lovdata sine nettsider per 25. februar 2015. For å finne ut hvordan praksis virker inn på muligheten til å oppnå materielt riktige avgjørelser, har jeg blant annet sett på hvor ofte preklusjonsadgangen anvendes, ulikheter mellom instansene og hvor stor vekt tidspunktet for fremleggelse av prosesshandlingen tillegges. Gjennomgangen er ikke ment å være uttømmende, og er blant annet påvirket av at ikke alle underinstansenes avgjørelser publiseres på Lovdata. Likevel bør den gi grunnlag for å se tendenser i praksis.

5.2.1 Tingrettenes praksis om preklusjonsreglene

På Lovdata ligger det bare én tingrettsavgjørelse som anvender tvl. § 16-6 tredje ledd for å avgjøre en anførsel om preklusjon. Det er TSTAV-2010-7972, hvor saksøker anførte et nytt påstandsgrunnlag under hovedforhandlingen. Saksøkte protesterte ikke mot at retten behandlet anførselen, og retten valgte å ikke avskjære den etter tvl. § 16-6 tredje ledd. Siden påstandsgrunnlaget ble anført etter avsluttet saksforberedelse, skulle tingretten ha anvendt tvl. § 9-16. Bestemmelsens tredje ledd gir hjemmel for avskjæring selv om motparten ikke

protesterer, hvis hensyn til sakens fremdrift eller andre tungtveiende hensyn tilsier at endringen bør nektes.

Jeg har dermed ikke funnet noen tingrettsavgjørelser på Lovdata hvor retten anvendte, og skulle ha anvendt, tvl. § 16-6 tredje ledd. Siden ikke alle tingrettsavgjørelser publiseres på Lovdata, betyr det ikke at bestemmelsen ikke brukes. Likevel gir det grunnlag for å anta at bestemmelsen er lite brukt i praksis. Dette er i samsvar med forarbeidene, hvor det gis uttrykk for at preklusjon § 16-6 tredje ledd kun skal skje i unntakstilfeller.²¹⁰

Totalt har jeg gjennomgått 87 tingrettsavgjørelser om preklusjon etter tvl. § 9-16. I 55 av disse tok tingretten standpunkt til om prosesshandlingen som ble fremsatt etter endt saksforberedelse skulle prekluderes eller ikke. Retten prekluderte prosesshandlingen i 20 av sakene, mens prosesshandlingen ble fremmet i 35 av sakene. Følgelig ble prosesshandlingen tillatt fremmet i over halvparten av sakene, noe som tyder på at tingretten sjelden bruker preklusjonsadgangen. For å få et mer fullstendig bilde av praksis, må det imidlertid tas i betraktning når prosesshandlingen ble fremsatt.

I 17 av de totalt 20 sakene hvor prosesshandlingen ble prekludert, ble den fremsatt under hovedforhandlingen. Bare i tre saker var den prekluderte prosesshandlingen fremsatt etter sluttinnlegget, men før påbegynt hovedforhandling. Tallene tyder på at tingretten er restriktiv med å bruke preklusjonsadgangen, og reserverer den til de tilfeller hvor prosesshandlingen er særlig sent fremsatt.

Tingretten avskjærer imidlertid ikke alle prosesshandlinger som fremsettes under hovedforhandlingen. Gjennomgangen av praksis viste at i 17 av sakene hvor prosesshandlingen ikke ble prekludert, ble endringen foretatt under hovedforhandlingen. Selv om det er større sannsynlighet for at prosesshandlinger fremsatt under hovedforhandlingen avskjæres, gjelder det ingen hovedregel om preklusjon. Hver prosesshandling undergis en konkret vurdering. I denne vurderingen legges det som regel avgjørende vekt på motpartens mulighet til å ivareta sine interesser etter endringen, jf. vilkåret i tvl. § 9-16 bokstav b).

²¹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 424

Ett eksempel er TOSLO-2013-129010 om gyldigheten av avslag på asylsøknad, hvor saksøker under prosedyren fremsatte et nytt påstandsgrunnlag. Motparten protesterte, men retten fant under tvil at det nye påstandsgrunnlaget skulle behandles fordi motparten kunne ivareta sine interesser, jf. tvl. § 9-16 første ledd bokstav b). Den nye anførselen førte ikke frem, og saksøker tapte saken. Det nye påstandsgrunnlaget ble fremmet veldig sent, og tingretten var i tvil om hvorvidt saksøkte kunne ivareta sine interesser. Når retten likevel valgte å behandle anførselen, viste den et stort ønske om å behandle alle anførsler. Det kan tenkes at retten i vurderingen la vekt på at staten var saksøkt, samt at saken var viktig for saksøkers velferd.

En annen tendens som går igjen i tingrettenes avgjørelser om preklusjon, er at retten ofte underbygger at preklusjonsavgjørelsen er riktig. Eksempelvis ble det i TOSLO-2011-93891 fremsatt et nytt påstandsgrunnlag under hovedforhandlingen. Motparten protesterte ikke, og da er hovedregelen etter tvl. § 9-16 at påstandsgrunnlaget skal behandles. Retten uttalte likevel at motparten uansett kunne ivareta sine interesser etter endringen. Uttalelsen underbygget at avgjørelsen om å ikke prekludere prosesshandlingen var riktig og rimelig. Den begrunnet også at retten ikke benyttet adgangen til å prekludere prosesshandlingen uten protest etter tredje ledd. Det er positivt at tingrettene velger å gå lenger enn nødvendig i begrunnelsen av preklusjonsavgjørelser, da det kan virke prosessdempende.

For øvrig viste gjennomgangen at tingrettene i noen få saker behandler den sent fremsatte prosesshandlingen uten å drøfte om den burde prekluderes. Eksempelvis ble det under hovedforhandlingen i THAUG-2010-99377-2 fremsatt et nytt påstandsgrunnlag om at saksøker hadde reklamert for sent. Saksøker anførte at påstandsgrunnlaget måtte avskjæres etter § 9-16. Retten kom til at anførselen om at reklamasjonen var fremsatt for sent ikke førte frem, mens preklusjonsanførselen ikke ble behandlet. Sannsynligvis fant retten at det var mest hensiktsmessig å realitetsbehandle anførselen når den ikke kunne føre frem.

En fordel ved fremgangsmåten Haugaland tingrett brukte, er at saksøkte ikke fikk inntrykk av at han tapte saken fordi en anførsel ble prekludert. Å realitetsbehandle sent fremsatte anførsler kan hindre en unødvendig anke, og dermed virke prosessdempende. Samtidig bør praksisen ikke bli for vidtgående, da den kan undergrave preklusjonsreglenes virkning. Jeg fant imidlertid bare fire saker hvor tingretten behandlet prosesshandlingen i stedet for å ta stilling

til om de skulle avskjæres. Praksisen ser dermed ikke ut til å være så omfattende at det er problematisk.

THAFE-2010-51678 var den eneste avgjørelsen jeg fant som anvendte tvl. § 9-16 andre ledd, som tillater endringer mot erstatning av motpartens merutgifter. At det finnes få spor av tvl. § 9-16 andre ledd i praksis, tyder på at bestemmelsen er lite brukt. En årsak kan være at bestemmelsen bare kan anvendes når vilkårene i første ledd ikke er oppfylt, slik at saken må utsettes. Da motparten ofte vil ha en interesse i at saken avgjøres raskt, må det antas at det sjelden er aktuelt å anvende andre ledd. I tillegg kan det være uheldig hvis partene får stor mulighet til å kompensere økonomisk for sent fremsatte prosesshandlinger, da en slik praksis vil medføre ulikheter mellom parter avhengig av deres økonomiske situasjon. For øvrig er bestemmelsen karakterisert som en sikkerhetsventil i forarbeidene, og praksis er i overensstemmelse med forutsetningene der.²¹¹

Oppsummert har gjennomgangen av praksis vist at tingrettene sjelden prekluderer sent fremsatte prosesshandlinger. Til og med prosesshandlinger som fremsettes sent under hovedforhandlingen, kan tillates fremmet. Inntrykket deles av advokatene Nordby, Andenæs og Berg i deres artikkel om tvisteloven.²¹² Samtidig har gjennomgangen også vist at retten foretar en konkret vurdering i hver sak, hvor det legges størst vekt på motpartens muligheter til å ivareta sine interesser. Motpartens anførsler om hvorvidt han kan ivareta egne interesser, undergis en reell prøving. Praksis gir dermed ikke grunnlag for å si at tingrettene anvender preklusjonsadgangen for sjelden.

Tingrettenes praksis rundt preklusjonsreglene øker sannsynligheten for at retten tar i betraktning alle opplysninger som er relevante for saken. Slik øker muligheten for at retten oppnår et materielt riktig resultat. Samtidig er det enkelte saker hvor en prosesshandling fremsettes så sent at kontradiksjonen i saken blir skadelidende. Da er det fare for at resultatet blir materielt uriktig hvis prosesshandlingen fremmes. Således påpekte retten i TOSLO-2012-163394 at et fullstendig faktumgrunnlag er en forutsetning for at avgjørelsen skal bli materielt riktig.

²¹¹ NOU 2001:32 B s. 760

²¹² Andreas Nordby, Ole Andenæs og Borgar Høgetveit Berg, «Tvisteloven – ti på topp og ti på bunn», *Lov og rett vol. 51*, 1/2012 s. 3-22 (s. 8)

Det sentrale for å fremme hensyn til at resultatet blir materielt riktig, er dermed at tingretten finner en rimelig balanse mellom hvilke prosesshandlinger som tillates og ikke. Herunder må det legges stor vekt på om hensyn til kontradiksjon vil bli skadelidende. Basert på gjennomgangen av praksis, ser det ut til at tingrettene er bevisst denne grensegangen. Det virker dermed som om praksis ivaretar prinsippet om materiell sannhet godt.

5.2.2 Lagmannsrettenes praksis om preklusjonsreglene

Gjennomgangen av lagmannsrettspraksis under tvl. § 16-6 på Lovdata viste at det ikke er publisert noen saker hvor lagmannsretten tok stilling til om et bevis skulle prekluderes etter tvl. § 16-6 tredje ledd. Dette betyr ikke at bestemmelsen ikke er anvendt i praksis, siden ikke alle lagmannsrettsavgjørelser publiseres på Lovdata. I tillegg skal avgjørelse om bevisavskjæring treffes ved kjennelse, jf. tvl. § 19-1, og lagmannsrettenes kjennelser blir svært sjelden publisert. Likevel gir manglende praksis grunnlag for å anta at lagmannsretten, i likhet med tingretten, sjelden prekluderer bevis i medhold av tvl. § 16-6 tredje ledd. Som påpekt ovenfor i punkt 5.2.1 er det naturlig, siden bestemmelsen er ment å være en unntaksregel.

Jeg har totalt gjennomgått 139 lagmannsrettsdommer inntatt under tvl. § 9-16 på Lovdata. Preklusjonsanførselene ble behandlet i 56 av sakene. Lagmannsretten prekluderte den sene prosesshandlingen i 27 saker, og tillot prosesshandlingen fremmet i 29 saker. Lagmannsretten valgte dermed å prekludere den sene prosesshandlingen i nær halvparten av sakene, og det fremstår som om lagmannsrettenes praksis er strengere enn tingrettenes. Det må imidlertid også her ses hen til når de prekluderte anførselene ble fremsatt.

I 17 av de 27 sakene hvor lagmannsretten prekluderte den sene prosesshandlingen, ble den fremsatt under hovedforhandlingen. Sannsynligheten for preklusjon er dermed størst når prosesshandlingen fremsettes under hovedforhandlingen. Dette er i overensstemmelse med tingrettenes praksis, og fremstår naturlig siden sen fremsettelse medfører fare for mangelfull kontradiksjon rundt prosesshandlingen.

Samtidig ble ikke alle prosesshandlinger fremsatt under ankeforhandlingen prekludert. I 16 av sakene hvor prosesshandlingen ble tillatt fremmet, ble den først fremsatt under hovedforhandlingen. Det er særlig interessant at lagmannsretten behandlet krav som først ble fremsatt under ankeforhandlingen. Dette ble for eksempel gjort i LE-2013-19584. Saken

omhandlet veirett, og under ankeforhandlingen ble det fremsatt et nytt krav om fjerning av gjerde og steiner i veien. Lagmannsretten mente motparten kunne ivareta sine interesser, og tillot kravet fremmet. Det nye kravet sto i nær sammenheng med det opprinnelige kravet, og resultatet fremstår som fornuftig. Saken viser at lagmannsretten undergir hver prosesshandling en konkret vurdering, og ikke lar det være avgjørende hvilken type prosesshandling som fremsettes sent.

Gjennomgangen av lagmannsrettens preklusjonspraksis viste at det legges stor vekt på at resultatet av preklusjonsvurderingen skal fremstå som riktig og rimelig. Dette er et likhetstrekk med tingrettens praksis. Som nevnt ovenfor, kan praksisen virke prosessdempende, ved at tapende part ikke anker over preklusjonskjennelsen.

I LB-2013-73646 anførte ankende part under ankeforhandlingene et påstandsgrunnlag som ikke ble nevnt i sluttinnlegget, selv om ankemotparten oppfordret parten til å gjøre det klart om anførselen ble opprettholdt. Lagmannsretten kom imidlertid til at påstandsgrunnlaget ikke var «nytt» etter tvl. § 9-16, da det var gjort gjeldende i tingretten og nevnt i anken. Retten la til at motparten kunne ivareta sine interesser, slik at anførselen uansett kunne tillates etter tvl. § 9-16 bokstav b). Avgjørelsen er et eksempel på at lagmannsretten gikk lenger enn nødvendig i begrunnelsen av preklusjonsavgjørelsen for å underbygge at den var riktig.

I RG-2013-833 fremsatte ankende part nye påstandsgrunnlag under innledningsforedraget og prosedyren. Lagmannsretten bemerket at det ikke var anledning til å fremsette nye anførsler så sent i saksbehandlingen, men de ble likevel behandlet. Anførselene førte ikke frem, og på bakgrunn av lagmannsrettens korte drøftelse fremstår det som om avgjørelsen ikke var særlig tvilsom. Retten kunne ha prekludert anførselene som for sent fremsatt, men valgte å behandle dem. Slik fikk ankende part behandlet alle sine innsigelser mot tingrettens avgjørelse. Forutsatt at anførselen er tilstrekkelig opplyst, er dette en god og prosessdempende fremgangsmåte.

Jeg fant ingen avgjørelser hvor lagmannsretten unnlot å prekludere en prosesshandling på vilkår om at parten betalte motpartens merutgifter, jf. tvl. § 9-16 andre ledd. Dette forsterker inntrykket fra tingrettens praksis om at bestemmelsen er lite brukt.

Generelt sett fremstår det som om lagmannsrettene ønsker å behandle alle relevante anførsler og bevis. Følgelig blir prosesshandlinger sjelden prekludert. Praksisen er god fordi den gir et bredere avgjørelsesgrunnlag. Slik øker muligheten for at resultatet blir materielt riktig. Når lagmannsretten velger å prekludere prosesshandlingen, legges det ofte avgjørende vekt på hensyn til motparten. Ved å prekludere prosesshandlinger som motparten ikke har mulighet til å motsi, ivaretas kontradiksjonen i saken. Slik kan preklusjon bidra til å fremme målsettingen om å nå materielt riktige resultater.

I forarbeidene til tvisteloven uttalte departementet at det kan være grunn til å håndheve preklusjonsreglene strengere for lagmannsretten enn for tingretten.²¹³ Gjennomgangen av praksis etter tvl. § 9-16 gir imidlertid ikke grunnlag for en antagelse om at lagmannsrettene praksis er strengere enn tingrettene praksis. Lagmannsrettene viser gjennomgående en uvilje mot å prekludere prosesshandlinger, og velger i enkelte tilfeller å behandle anførsler som kunne vært prekludert.²¹⁴ Praksis gir uttrykk for et ønske om at partene skal få behandlet alle sine anførsler. Slik kan behovet for en anke til Høyesterett bli mindre. For øvrig virker det som om lagmannsretten i enda større grad enn tingretten begrunner preklusjonsavgjørelsene utførlig. Fokuseringen på at avgjørelsene skal fremstå riktige og dermed virke prosessdempende, er det som i størst grad skiller lagmannsrettene praksis fra tingrettene praksis etter tvl. § 9-16.

Lagmannsrettene praksis med å prekludere få prosesshandlinger legger godt til rette for at rettens avgjørelser skal få et materielt riktig resultat. Det er positivt at lagmannsrettene så langt det er mulig etterstreber å nå materielt riktige resultater, siden partenes mulighet til å få en eventuell anke behandlet i Høyesterett er svært begrenset. Følgelig blir lagmannsrettens resultat i de fleste saker avgjørende.

5.2.3 Høyesteretts praksis om preklusjonsreglene

Som redegjort for ovenfor i punkt 5.1.3, har Høyesterett en videre adgang til å prekludere sent fremsatte prosesshandlinger enn lagmannsretten og tingretten. Årsaken er at Høyesterett må ha større adgang til å konsentrere sakene om prinsipielle spørsmål for å bevare sin karakter som prejudikatsdomstol.

²¹³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 476

²¹⁴ Eksempelvis i RG-2013-833, som referert ovenfor

Tvl. § 30-7 regulerer Høyesteretts adgang til å prekludere prosesshandlinger fremsatt etter anken er henvist til behandling. Preklusjonsreglene i tvl. § 16-6 tredje ledd gjelder imidlertid også for Høyesteretts saksbehandling.

Det er ingen kjennelser på Lovdata hvor Høyesterett har brukt tvl. § 16-6 tredje ledd som selvstendig grunnlag for preklusjon. I tre kjennelser har ankeutvalget anvendt bestemmelsen som et moment under vurderingen av om prosesshandlinger skal prekluderes etter tvl. § 30-7. Høyesterettspraksis om preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd er dermed så sparsommelig, at det vanskelig kan sies noe om hvordan bestemmelsen praktiseres. Årsaken til dette er sannsynligvis at den vide preklusjonsadgangen etter tvl. § 30-7 medfører at tvl. § 16-6 tredje ledd har liten praktisk betydning.²¹⁵

Jeg har gjennomgått 113 avgjørelser hvor Høyesterett refererte til tvl. § 30-7, og vil i det følgende vise tendensene i praksis. Det blir sett bort fra saker hvor retten ikke brukte bestemmelsen som grunnlag for å tillate eller nekte prosesshandlingen foretatt. Det omfatter for eksempel tilfeller hvor samtykke ikke er nødvendig fordi beviset oppsto etter henvisningsdagen.

Gjennomgangen viste at Høyesterett prekluderte 24 prosesshandlinger, og fremmet 71 prosesshandlinger. Følgelig ble prosesshandlingen i de fleste tilfeller tillatt fremmet, og praksis kan karakteriseres som liberal. Vurderingstemaet er om saksbehandlingen blir vidløftiggjort, eller sakens karakter endres dersom prosesshandlingen fremmes. Dersom samtykke medfører behov for omberammelse eller ny bevisføring, blir endringen som regel nektet.

En årsak til at praksis er liberal, er at de fleste kjennelsene dreide seg om fremleggelse av bevis. Gjennomgangen viste at det er sjelden at bevis som ikke er fremlagt tidligere vidløftiggjør saken eller endrer dens karakter. Jeg fant bare to saker hvor ankeutvalget tillot fremmet nye krav, og en sak hvor et nytt påstandsgrunnlag ble tillatt fremmet. Resten av sakene hvor prosesshandlingen ble tillatt fremmet, gjaldt bevis eller partshjelp. Fordi de fleste

²¹⁵ Skoghøy s. 939

krav og påstandsgrunnlag blir nektet fremmet, er det interessant å se nærmere på begrunnelsen av de tre kjennelsene hvor prosesshandlingene ble tillatt fremmet.

I kjennelsen HR-2009-2060-U tillot Høyesteretts ankeutvalg at ankende part fremmet en ny anførsel, det vil si et nytt påstandsgrunnlag. Utvalget vektla at anførselen var basert på faktiske forhold som var ukjente for ankende part da saken ble henvist til behandling, og at hensyn til materielt riktig dom tilsa at anførselen skulle fremmes. I tillegg hadde motparten både vært kjent med anførselen i lang tid, og kommet med innsigelser mot denne. I HR-2011-2214-U tillot Høyesteretts ankeutvalg fremmet et nytt, subsidiært krav om hevd av bruksrett. Årsaken var at det hadde svært nær sammenheng med kravet om hevd av eiendomsrett, som var henvist til behandling. I HR-2012-2065-U ble nye krav tillatt fremmet fordi de hadde nær sammenheng med grunnlaget for ankesaken, og «særlige grunner» talte for at kravene ble fremmet. Praksisen viser at det er kun i særskilte tilfeller, hvor prosesshandlingen har nær sammenheng med saken for øvrig, at nye påstandsgrunnlag eller krav blir tillatt fremmet.

De fleste bevis blir derimot tillatt fremlagt. Ovenfor er det vist at underinstansene legger mindre vekt på hvilken type prosesshandling som er fremsatt. Blant annet behandlet tingretten et påstandsgrunnlag som ble fremsatt under prosedyren.²¹⁶ Høyesterett er dermed den instansen som legger størst vekt på den sent fremsatte prosesshandlingens karakter ved vurderingen av om den skal prekluderes. Dette er naturlig, tatt i betraktning at Høyesterett skal være en prejudikatsdomstol som kun behandler de mest prinsipielle sakene. Behovet for tilskjæring av sakene er dermed større for Høyesterett enn for underinstansene. Årsaken til at bevis sjelden avskjæres, er at de færreste bevis endrer sakens karakter.

Alle prosesshandlingene som ble vurdert prekludert etter tvl. § 30-7, ble fremsatt etter henvisningsdagen. Derfor er det vanskelig å spore forskjeller i praksis basert på når prosesshandlingen ble fremsatt. Likevel legger Høyesterett vekt på hvor lang tid før ankeforhandlingen prosesshandlingen ble fremsatt. For eksempel ble en anmodning om å ta opp et nytt vitne avskjært i HR-2014-2085-U blant annet fordi partene befant seg i sluttdelen av saksforberedelsen.

²¹⁶ TOSLO-2013-129010, som referert ovenfor

Ikke alle endringer i partenes prosessopplegg krever ankeutvalgets samtykke. Dette omfatter blant annet prosesshandlinger som er fremlagt i lagmannsretten,²¹⁷ bevis som er oppstått etter henvisningsdagen²¹⁸ og bevis som er provosert fremlagt i ankeerklæringen.²¹⁹ Unntakene medfører at Høyesterett kan få et bredere avgjørelsesgrunnlag, og kan dermed bidra til å fremme prinsippet om materiell sannhet.

Saken inntatt i Rt. 2009 s. 578 skiller seg fra øvrig praksis. Ankende part fremsatte et nytt påstandsgrunnlag, som ankemotparten hevdet måtte avskjæres etter tvl. § 30-7. Førstvoterende valgte imidlertid å ikke nevne eller ta stilling til ankemotpartens preklusjonsanførsel. I stedet ble påstandsgrunnlaget behandlet, og det førte ikke frem. Dommen gir uttrykk for at det er best å behandle et påstandsgrunnlag som åpenbart ikke kan føre frem, da det vil virke prosessdempende. Her hadde førstvoterende en pragmatisk tilnærming til preklusjonsspørsmålet. Tilnærmingen har likhetstrekk med underinstansenes praksis.

Høyesteretts liberale praksis etter tvl. § 30-7 medfører at de fleste prosesshandlinger som fremsettes etter henvisningsdagen, blir tillatt fremmet. Isolert sett taler det for at praksis i stor grad tar hensyn til all relevant kunnskap, slik at målsettingen om at retten skal fatte riktige avgjørelser ivaretas godt. Samtidig er det bare prosesshandlinger som ikke endrer sakens karakter eller vidløftiggjør saken som tillates fremmet. Derfor er det fare for at hensyn til å nå et materielt riktig resultat må vike hvis det er fare for at saken blir vidløftiggjort eller endret om den nye prosesshandlingen tillates fremmet.

Høyesterett forsøker likevel å ta hensyn til hvordan prinsippet om materiell sannhet kan fremmes på best mulig måte. I HR-2009-2060-U ble det uttalt at hensyn til å nå en materielt riktig avgjørelse var et moment som støttet konklusjonen om å tillate et bevis fremlagt. Det er positivt at Høyesterett forsøker å nå materielt riktige resultater, selv om det er det prinsipielle rettsspørsmålet som er deres hovedfokus.

Høyesteretts strenge preklusjonspraksis kan også ha positive virkninger for målet om at avgjørelser skal få materielt riktige resultater. Årsaken er rettstilstanden blir avklart når

²¹⁷ HR-2010-225-F

²¹⁸ HR-2009-1693-U

²¹⁹ Rt. 2009 s. 1204 avsnitt 9

Høyesterett tar standpunkt til prinsipielle og vanskelige rettsspørsmål. Slik legges det til rette for at rettsreglene anvendes riktig i fremtiden. Riktig rettsanvendelse er en nødvendig forutsetning for å nå materielt riktige avgjørelser.

6 Avsluttende betraktninger

Innledningsvis i avhandlingen ble det påpekt at det er lite fokus på prinsippet om materiell sannhet i norsk prosessteori, slik at viktigheten av prinsippet er noe underkommunisert. Avslutningsvis skal det sies noe kort om hvorvidt manglende fokus i teorien har påvirket vektleggingen av prinsippet i rettspraksis.

Gjennomgangen av praksis rundt reglene om disposisjons-, forhandlings- og kontradiksjonsprinsippet viste at domstolene er svært opptatt av at sakens faktum undergis tilstrekkelig grad av kontradiksjon. Praksis om preklusjonsreglene viste at domstolene ikke benytter preklusjonsadgangen med mindre det er strengt nødvendig. Domstolenes fremgangsmåte ved løsningen av disse spørsmålene er gjennomgående pragmatisk. Retten benytter fleksibiliteten i lovreglene, og undergir de rettslige spørsmålene en grundig og konkret vurdering.

Domstolenes vektlegging av kontradiksjonsprinsippet, kombinert med deres restriktive preklusjonspraksis og pragmatiske fremgangsmåte må antas å fremme prinsippet om materiell sannhet. Selv om prinsippet er underkommunisert i teorien, og sjelden nevnes eksplisitt i praksis, virker det altså som om domstolene søker å treffe materielt riktige avgjørelser. Synspunktet underbygges av eksempler fra praksis som viser at domstolene i enkelte tilfeller strekker seg langt for å treffe materielt riktige avgjørelser. Herunder kan det vises til Høyesteretts avgjørelser i Rt. 1916 s. 648 og Rt. 1921 s. 406, de såkalte sterilitetsdommene.

Det fulgte av dagjeldende lov om underholdningsbidrag²²⁰ § 25 at en mann som hadde hatt samleie med barnemoren «til saadan Tid» som hun ble gravid, var bidragspliktig. Det var uttalt i forarbeidene at bevis for at mannen ikke kunne være faren ikke skulle hensyntas.²²¹ I Rt. 1916 s. 648 krevde barnemoren barnebidrag av en mann som viste seg å være steril. På

²²⁰ Lov 6. juli 1892 nr. 4 om underholdningsbidrag til Børn, hvis forældre ikke har indgaaet Ægteskap med hinanden

²²¹ Ot.prp. nr. 10 (1892) s. 80, referert i Torstein Eckhoff ved Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 s. 88

tross av loven og forarbeidenes klare ordlyd, kom Høyesterett til at en steril mann ikke kunne idømmes farskap eller bidragsplikt. Det ble uttalt at loven ikke kunne inneholde en så «i sig selv litet rimelige bestemmelse» at en mann som utvilsomt ikke kunne være far til barnet ble idømt farskap.

Dommen inntatt i Rt. 1921 s. 406 gjaldt også en steril mann som var saksøkt med krav om betaling av barnebidrag. I denne saken var det en ny lov om underholdningsbidrag som kom til anvendelse.²²² Den nye loven skilte mellom farskap og bidragsplikt, slik at sistnevnte ikke medførte familierettslige bånd.²²³ For å bli idømt bidragsplikt var det tilstrekkelig at mannen hadde hatt samleie med barnemoren på tidspunktet for befruktningen, og det fremgikk av lov og forarbeider at det ikke skulle tas hensyn til manglende forplantningsevne.²²⁴ Under henvisning til avgjørelsen i Rt. 1916 s. 648, kom Høyesterett likevel til at mannen ikke var bidragspliktig. Lovens ordlyd og uttalelsene i forarbeidene ble ikke nevnt av flertallet.

I Rt. 1916 s. 648 og Rt. 1921 s. 406 trosset Høyesterett en klar lovgivervilje. I teorien er avgjørelsene brukt som eksempler på at retten tok hensyn til konkret rimelighet.²²⁵ De kan imidlertid også ses som et utslag av at Høyesterett vegret seg mot å treffe materielt uriktige avgjørelser. En avgjørelse i tråd med lovgivers vilje ville formelt sett vært materielt riktig. Samtidig var det faktisk umulig at mennene var far til barna. Følgelig ville en dom som idømte mennene farskap eller bidragsplikt, og dermed indikerte at de var far til barna, ha vært usann.

«Det er en grunnleggende målsetning for all sivilisert rettergang å legge til rette for at saken blir opplyst på en slik måte at flest mulig av de avgjørelser som blir truffet, er materielt riktige».²²⁶ Selv om dommer Skoghøy var i mindretall i den konkrete saken, er jeg av den oppfatning at hans uttalelse godt oppsummerer norske dommers holdning til målsettingen om å oppnå et materielt riktig resultat.

²²² Lov 10. april 1915 nr. 3 om born utanom ekteskap

²²³ Eckhoff ved Helgesen s. 88

²²⁴ Eckhoff ved Helgesen s. 89

²²⁵ Eckhoff ved Helgesen s. 88 flg.

²²⁶ Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 228 og Rt. 2012 s. 667 avsnitt 57

7 Kilder

7.1 Lover og konvensjoner

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 6. juli 1892 nr. 4 om underholdningsbidrag til Børn, hvis forældre ikke har indgaaet Ægteskap med hinanden (*opphevet*)

Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10

Lov 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (*opphevet*)

Lov 10. april 1915 nr. 3 om born utanom ekteskap (*opphevet*)

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (*opphevet*)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, heretter avtl.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1951

Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m.

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

7.2 Forskrifter

Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstoloven kapittel 11 (advokatforskriften)

7.3 Lovforarbeider

Ot.prp. nr. 10 (1892)

Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal med motiver 1908

Ot.prp. nr. 1 1910 Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal

NOU 2001:32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2001:32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

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

7.4 Rettspraksis

Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 1916 s. 648

Rt. 1921 s. 406

Rt. 1937 s. 472

Rt. 1940 s. 598

Rt. 1961 s. 234

Rt. 1977 s. 799

Rt. 1983 s. 1418
Rt. 1988 s. 1304
Rt. 1990 s. 8
Rt. 1993 s. 647
Rt. 1994 s. 657
Rt. 2003 s. 293
Rt. 2005 s. 1590
Rt. 2006 s. 633
Rt. 2009 s. 238
Rt. 2009 s. 578
Rt. 2009 s. 1204
Rt. 2010 s. 1025
Rt. 2010 s. 1638
Rt. 2011 s. 172
Rt. 2011 s. 753
Rt. 2011 s. 830
Rt. 2011 s. 1291
Rt. 2012 s. 65
Rt. 2012 s. 667
Rt. 2012 s. 714
Rt. 2012 s. 1819
Rt. 2012 s. 1985
Rt. 2013 s. 1079
Rt. 2014 s. 585
Rt. 2014 s. 1084
Rt. 2014 s. 1259

Avgjørelser fra Høyesterett som ikke er inntatt i Norsk Retstidende

HR-2009-1693-U
HR-2009-2060-U
HR-2010-2206-U
HR-2010-225-F
HR-2011-2214-U

HR-2012-2065-U

HR-2013-2163-U

HR-2014-2085-U

Avgjørelser fra lagmannsrettene

Gulating lagmannsretts dom av 9. juni 1992, ankesak nr. 90-0049

LF-2010-192129

LE-2013-19584

LB-2013-73646

LA-2013-135806

RG-2013-833

Avgjørelser fra tingrettene

TSTAV-2010-7972

THAFE-2010-51678

THAUG-2010-99377-2

TOSLO-2011-93891

TOSLO-2012-163394

TOSLO-2013-129010

Avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands, 14448/88, 27.10.1993

Walston v. Norway (No. 1), 37372/97, 03.06.2003

Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom, 26766/05; 22228/06, 15.12.2011

7.5 Juridisk litteratur

Bøker

Andenæs, Johs. og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utgave (Oslo 2009)

Augdahl, Per, *Norsk civilprosess*, 2. utgave (Trondheim 1951)

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Haraldsen, Haakon I., *Regler for god advokatskikk: med kommentarer* (Oslo 2005)

Hertzberg, Ebbe, *Grundtrækkene i den ældste norske proces* (Kristiania 1874)

Hov, Jo, *Rettergang I* (Oslo 2010)

Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper* (Oslo 2014)

Michelsen, Hans M., *Sivilprosess* (Oslo 1999)

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 2. utgave (Bergen 2013)

Schei, Tore mfl., *Tvisteloven kommentarutgave Bind I*, 2. utgave (Oslo 2013)

Schei, Tore mfl., *Tvisteloven kommentarutgave Bind II*, 2. utgave (Oslo 2013)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave (Oslo 2014)

Vangsnes, Jørgen, *Sivilprosess i et nøtteskall* (Oslo 2015)

Artikler

Aasland, Gunnar «Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1967 s. 157-200

Augdahl, Per «Litteratur», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1942 s. 211-224

Strandberg, Magne, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165-181

Nordby, Andreas, Ole Andenæs og Borgar Høgetveit Berg «Tvisteloven – ti på topp og ti på bunn» *Lov og rett vol. 51*, 1/2012 s. 3-22.

Zimmer, Fredrik, «Høyesterettsdommer i skattesaker 2003», *Skatterett*, 2004 s. 271-291

7.6 Elektroniske kilder

Årsstatistikk for Høyesterett 2014 publisert 19. februar 2015:

<http://www.domstol.no/statistikk> (sist lest 25. april 2015)

Definisjon av begrepet «prinsipp»:

<https://snl.no/prinsipp/grunnsetning> (sist lest 25. april 2015)

Vedtatte etiske prinsipper for dommeratferd:

<https://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/Tilsynsutvalget-for-dommere/Etiske-retningslinjer/> (sist lest 25. april 2015)

Maria Astrup Hjorts merknad til tvl. § 21-4, skrevet 28. oktober 2009 09:25:

<https://lovdata.no/pro/NL/lov/2005-06-17-90/§21-4> (sist lest 25. april 2015)