



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Rett til å uttale seg?

- om kontradiksjonsprinsippet og om rettens adgang til å fravike kontradiksjonsprinsippet ved behandling av begjæring om midlertidig sikring

Severin Slottemo Lyngstad

Stor masteroppgave i rettsvitenskap 2018/2019



Innholdsfortegnelse

Del 1: Innledning	1
1 Avhandlingens tema og problemstilling	1
1.1 Bakgrunn, overordnet tema og problemstillinger	1
1.1.1 Kontradiksjon som et bærende element i prosessen.....	1
1.1.2 Kontradiksjon ved midlertidig sikring	2
1.2 Avhandlingens formål og tematiske oppbygging	4
1.3 Temaets plassering i rettsordenen.....	6
2 Innledende om midlertidig sikring	7
2.1 Hva er midlertidig sikring?.....	7
2.2 Arrest	8
2.3 Midlertidig forføyning	11
2.4 De materielle vilkårene for midlertidig sikring	12
2.4.1 Hovedkrav	12
2.4.2 Sikringsgrunn	13
Del 2: Kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensyn	19
3 Kontradiksjonsprinsippets grunnleggende hensyn.....	19
3.1 Innledning	19
3.2 Hensyn og begrunnelse for kontradiksjon	21
3.2.1 Hensynet til det materielt riktige resultatet/sakens opplysning – den materielle sannhets prinsipp	22
3.2.2 Likebehandlingsprinsippet og partenes tillit til prosessen	25
3.2.3 Hensynet til partenes ansvar for sakens opplysning – forhandlingsprinsippet ..	28
3.2.4 Hensynet til domstolens legitimitet.....	29
3.2.5 Hensynet til ressursbesparende prosesser	29
3.2.6 Verdien av at saker løses	30
4 Kontradiksjonsprinsippets argumentasjonstyngde – kontradiksjon som utgangspunkt...	31
4.1 Innledning	31
4.2 De hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet danner grunnlag for et utgangspunkt som det skal mye til for å fravike	31
4.3 Kontradiksjonsprinsippets menneskerettslige element.....	33
4.3.1 EMK art. 6 nr. 1	33

4.3.2	Grunnloven § 95 første ledd.....	36
4.3.3	Oppsummering	38
4.4	Adgangen til å gjøre unntak fra kontradiksjon	39
4.4.1	Innledning.....	39
4.4.2	I hvilke tilfeller tillater norsk rettergang fullstendig unntak fra kontradiksjon?	40
4.4.3	Hensyn som begrunner delvis unntak fra adgangen til kontradiksjon	48
4.4.4	Oppsummering	50
4.5	Sammenfatning – kontradiksjon er det naturlige utgangspunktet. En del av rettens dypstruktur	51
5	Kontradiksjon og midlertidig sikring	53
5.1	Innledning.....	53
5.2	Gjør hensynene som begrunner kontradiksjon seg gjeldende i saker om midlertidig sikring?	53
5.3	Kontradiksjon, midlertidig sikring, Grunnloven og menneskerettighetene	56
5.3.1	Gjelder EMK art. 6 nr. 1 i saker om midlertidig sikring?	57
5.3.2	Gjelder Grunnloven § 95 første ledd ved behandling av begjæring om midlertidig sikring?	60
5.4	Sammenfatning.....	63
Del 3: Adgangen til å gjøre unntak fra kontradiksjon ved midlertidig sikring – <i>de lege lata</i>.....		64
6	Hovedregelen om kontradiksjon og muntlig forhandling.	64
6.1	Tvisteloven § 32-2	64
6.2	Tvisteloven § 32-7 første ledd	67
7	Unntaksregelen i tvisteloven § 32-7 annet ledd	68
7.1	Innledning.....	68
7.2	Totalt og delvis unntak fra kontradiksjon i saker om midlertidig sikring	69
7.2.1	Innledende bemerkninger og nærmere om de ulike inngrepsvirkningene	69
7.2.2	Kan retten gjøre unntak fra saksøktets rett til å bli varslet?	71
7.2.3	Hva er terskelen for å gjøre unntak fra varsel?	74
7.2.4	Oppsummering og veien videre	75
7.3	Rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag er bare saksøkers begjæring – om bevisvurderingen	76
7.4	"Fare ved opphold" – om risikovurderingen	78

7.4.1	Overordnet om risikovurderinger.....	78
7.4.2	Hvilken uønsket hendelse søker bestemmelsen å unngå? - konsekvens.....	79
7.4.3	Sannsynlighet for fremtidige hendelser.....	82
7.5	Rettens vurdering av "fare ved opphold" kan ikke ankes.....	84
7.6	Det fakultative element – «kan».....	86
Del 4: Praksis og empiri.....		87
8	Innledning.....	87
9	Empiriske data.....	87
9.1	Metode og utvalg.....	87
9.2	Resultat – kjennelser om midlertidig sikring for 2017.....	89
9.2.1	Antall kjennelser med og uten kontradiksjon.....	89
9.2.2	Domstolens begrunnelse.....	91
Del 5: Adgangen til å gjøre unntak fra kontradiksjon ved midlertidig sikring – de lege ferenda.....		94
10	Innledning til avhandlingens rettspolitiske del.....	94
10.1	Om behovet for rettspolitiske betraktninger.....	94
10.2	Hva er rettspolitikk?.....	95
10.3	De overordnede prinsipp og hensyn som argumenter <i>de lege ferenda</i> . Om avhandlingens rettspolitiske metode.....	96
11	Kritikk av lovens utforming.....	97
11.1	Innledning.....	97
11.2	Nærmere om interesser og uønskede konsekvenser.....	98
11.2.1	Hvilke interesser bør tvl. § 32-7 annet ledd ivareta?.....	98
11.2.2	Hvilke konsekvenser bør tvl. § 32-7 annet ledd søke å avverge? Om risiko og konsekvens.....	100
11.3	Rettens faktiske beslutningsgrunnlag – risiko og sannsynlighet.....	102
11.4	Rettens konkrete begrunnelse.....	103
11.4.1	Hvorfor bør rettsavgjørelser begrunnes?.....	103
11.4.2	Retten bør begrunne unntak fra kontradiksjon konkret.....	104
11.5	Alternativ struktur for en lovtekst.....	105
12	Tvistelovens avhjelpende bestemmelser.....	107

12.1	Etterfølgende muntlige forhandlinger	107
12.2	Erstatning og sikkerhetsstillelse.....	109
12.2.1	Saksøkers erstatningsansvar	109
12.2.2	Retten kan stille krav om sikkerhet for eventuelt erstatningsansvar	112
Register	114
Norsk nasjonal rett		114
Lovregister		114
Norske forskrifter		115
Norske rettsavgjørelser.....		116
Internasjonal rett.....		118
Konvensjoner og traktater		118
Rettsavgjørelser fra EMD.....		119
Utenlandske lover.....		120
Litteratur.....		121
Vedlegg	125

DEL 1: INNLEDNING

1 Avhandlingens tema og problemstilling

1.1 Bakgrunn, overordnet tema og problemstillinger

1.1.1 Kontradiksjon som et bærende element i prosessen

Norsk sivilprosess bygger på et grunnleggende prinsipp om kontradiktorisk saksbehandling. Dette følger uttrykkelig av både Grunnloven § 95 og tvisteloven § 1-1 annet ledd om de overordnede krav til norsk sivilprosess. Prinsippet kommer også konkret til uttrykk i tvl. § 9-6 første ledd om saksbehandlingen og § 11-1 tredje ledd om det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelser.

Vår sivilrettslige prosesstradisjon bygger på at rettergangen er en *partsprosess*.¹ Retten skal bare avgjøre de krav partene har fremmet, og avgjørelsen er bundet av rammene som er trukket opp ved partenes påstander. Partene har "rådigheten" over saken mens den verserer for domstolen og kan, med enkelte unntak, fritt forhandle frem en minnelig løsning i tvisten uavhengig av domstolens avgjørelse. Dette er det såkalte *disposisjonsprinsippet*. Nært knyttet til disposisjonsprinsippet er *forhandlingsprinsippet*. Partene har hovedansvaret for å skaffe til veie det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, og rettens avgjørelse må bygge på de påstandsgrunnlag partene har påberopt. I dette ligger det en erkjennelse av at begge sider av en sak må belyses når saken først bringes inn for domstolen for avgjørelse. Partene må gis adgang til å presentere sitt syn på saken og føre de bevis de ønsker for dette synet. Samtidig må partene gis mulighet til å imøtegå den annen parts argumenter og bevis.² Retten til kontradiksjon er grunnleggende i enhver prosess, enten det er forvaltningsprosess, straffeprosess eller sivilprosess. Jeg vil imidlertid, med enkelte unntak, primært forholde meg til den sivilrettslige delen av kontradiksjonsprinsippet i denne avhandlingen.

I forlengelsen av kontradiksjonsprinsippet, forhandlingsprinsippet og partsprosessen virker også *likebehandlingsprinsippet* – prosessen for domstolen skal opprettholde en rimelig balanse mellom partene, uavhengig av ressurser og forutsetninger.³

¹ Jf. NOU 2001:32 A s. 136-137. For øvrig i motsetning til norsk straffeprosess som av Robberstad (1999, s. 106) omtales som "inkvisitorisk, men har fått partsprosessens form."

² Skoghøy (2017, kap. 10.2 s. 545 flg.)

³ EMD har i en rekke saker slått fast at det gjelder et slikt prinsipp om "*equality of arms*". Se f.eks. *Dombo Beheer B.V. mot Nederland* (1998) og *Regner mot Den tsjekkiske republikk* (2017).

Det er mange, til dels uensartede, argumenter for en partsdrevet prosess hvor kontradiksjon er et av de bærende elementer. Enkelte knytter seg til domstolens beslutningsgrunnlag, andre til partenes tillit til domstolen og domstolens legitimitet i befolkningen som den dømmende del av statsmakten for øvrig. EMD har derfor slått fast at retten til kontradiksjon og likebehandling inngår som et av de viktigste elementer i rettergangsgarantien i EMK art. 6 nr. 1.⁴

1.1.2 Kontradiksjon ved midlertidig sikring

Midlertidig sikring er en særegen prosessform innen sivilprosessen som har som formål å etablere en midlertidig ordning for et krav i påvente av endelig rettslig avgjørelse, eller i påvente av tvangsfullbyrdelse av kravet.⁵ Også ved rettens behandling av en begjæring om midlertidig sikring gjelder kravet til kontradiksjon. Lovens regel er at partene "så vidt mulig gis anledning til å uttale seg", jf. tvl. § 32-2 siste punktum. Utgangspunktet er altså at saksøktes rett til kontradiksjon gjelder, selv om kontradiksjonsprinsippet ikke gjelder uten reservasjoner i saker om midlertidig sikring.

Twisteloven § 32-7 annet ledd gir likevel domstolen hjemmel for å behandle begjæringer om midlertidig sikring uten muntlig forhandling. Bestemmelsen lyder:

"Dersom det er fare ved opphold, kan kjennelse som beslutter midlertidig sikring treffes uten muntlig forhandling." [min utheving]

Én ting er at loven her gir adgang til å treffe avgjørelse uten muntlig forhandling. Bestemmelsen brukes imidlertid også som hjemmel for å unnlate å varsle saksøkte. Dette medfører at avgjørelsen i slike tilfeller *utelukkende* baseres på saksøkers fremstilling av faktum, uten at saksøkte har fått noen mulighet til kontradiksjon. Det er derfor tankevekkende at majoriteten av saker om midlertidig sikring behandles på denne måten – uten noen form for kontradiksjon fra saksøkte. Kjennelsene om midlertidig sikring blir dessuten gjerne holdt hemmelig for saksøkte i to til fire uker etter avsigelse. Dette til tross for at en kjennelse om arrest eller midlertidig forføyning kan ha meget inngripende virkning overfor saksøkte. Dette er en praksis som jeg vil undersøke nærmere i avhandlingens del 3.

Når praksis synes å akseptere et systematisk inngrep i kontradiksjonsprinsippet, så krever dette en god begrunnelse.

⁴ Se f.eks. *Regner mot Den tsjekkiske republikk (2017)*. Nærmere om EMK art. 6 under punkt 4.3.

⁵ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 271 (arrest) og 289 (midlertidig forføyning)

Et kjennetegn ved en velutviklet rettsstat er at statens myndigheter stiller et effektivt konfliktløsningsorgan til borgernes disposisjon. Avgjørelser fra en dømmende myndighet må kunne håndheves og eventuelt tvangsfullbyrdes ved hjelp av statens maktapparat. Et problem oppstår imidlertid i de situasjoner hvor saksøkers krav i praksis er tapt før tvisten er ferdigbehandlet i rettssystemet. I slike situasjoner vil det være håpløst å søke hjelp fra statens myndigheter for å inndrive kravet. Saksøker mister sin reelle mulighet til å effektivt forfølge kravet ved domstolen.

En annen grunnleggende forutsetning i norsk sivilprosess er at man må ha et tvangskraftig tvangsgrunnlag for å søke myndighetenes hjelp til tvangsfullbyrdelse. For det tilfelle at tvangsgrunnlag ikke er etablert, og motparten bestrider sin forpliktelse, må tvangsgrunnlaget etableres gjennom domstolene ved rettskraftig avgjørelse om «hovedkravet».

Det kan ta betydelig tid før en rettslig avgjørelse kan tvangsfullbyrdes. Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for 2017 viser at saksbehandlingstiden i sivile saker ved førsteinstansbehandlingen i gjennomsnitt var ca. 5,2 måneder.⁶ I tillegg kommer en ankefrist på én måned, jf. tvl. § 29-5 første ledd. Etter dette tidspunktet er en avgjørelse rettskraftig og gir grunnlag for tvangsfullbyrdelse etter tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 annet ledd bokstav a.⁷

Reglene om midlertidig sikring gir saksøker mulighet til å bringe rettsforholdet i ordnede former eller å sikre et påstått krav, før endelig avgjørelse er truffet.⁸ Saksøker løper dermed lavere risiko for rettstap i perioden før endelig rettslig avgjørelse. Reglene om midlertidig sikring har derfor et klart "access to court"-aspekt⁹ ved seg, ved at saksøkerens mulighet til å forfølge kravet for domstolen på en effektiv måte sikres.

En effektiv adgang til midlertidig sikring fordrer i enkelte saker at saksøkte ikke gjøres kjent med arrestbegjæringen/forføyningsbegjæringen og den senere kjennelsen. Behovet for hurtighet og/eller hemmelighet gjør at saken om midlertidig sikring skiller seg fra pådømmelsen av selve kravet ved allmennprosess. I motsatt fall, risikerer saksøkeren at kravet mot saksøkte blir virkningsløst, fordi saksøkte foretar handlinger som gjør at kravet ikke er

⁶ Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for 2017.

⁷ I tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12 annet ledd første punktum er det imidlertid gitt en særregel for å etablere utlegg for "dom på betaling av penger" selv om dommen ikke er rettskraftig, dersom oppfyllelsesfristen er oversittet.

⁸ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 289.

⁹ Formuleringen "access to court" stammer fra EMDs praksis tilknyttet EMK art. 6 nr. 1. Se den grunnleggende plenumsavgjørelsen *Golder mot Storbritannia* (1975) avsnitt 35. Etter EMK art. 6 nr. 1 gjelder det en rett til å ha et kompetent tvisteløsningsorgan effektivt tilgjengelig ("access to court"). Se også Settem (2016, s. 60).

praktisk gjennomførbart. Et eksempel kan være at saksøkte er i ferd med å selge et verdifullt kunstverk før eiendomsretten til verket er oppklart. Resultatet kan i slike tilfeller bli at sikringen mister sitt formål og blir virkningsløs. Tvisteloven § 32-7 annet ledd har derfor karakter av å være en rettergangsgaranti.

Momentene som er nevnt i avsnittene over kan begrunne inngrep i grunnleggende prosessuelle rettigheter og prinsipper, for å sikre et viktigere mål – å gi en effektiv adgang til å håndheve sin rett for domstolene, og unngå rettstap. Tvisteloven opererer dermed med et «spenningsfelt» mellom to regelsett. På den ene siden, tvistelovens hovedregel: En prinsipiell tilnærming til tvisteløsning, hvor grunnleggende prosessuelle hensyn som kontradiksjon, effektiv saksopplysning og likebehandling er avgjørende. På den andre siden, unntaksregelen i tvl. § 32-7 annet ledd: En tilnærming til spørsmålet om midlertidig sikring hvor frykten for et potensielt rettstap veier tyngre enn hensynet til en grundig opplysning av saken og kontradiksjon.

Det er dette spenningsfeltet jeg skal undersøke nærmere i denne masteravhandlingen, hvor temaet er: "Kontradiksjonsprinsippet og domstolens adgang til å fravike kontradiksjonsprinsippet ved behandling begjæring om midlertidig sikring". Som temaet indikerer, baserer avhandlingen seg på to perspektiver – det generelle kontradiksjonsprinsippet og kontradiksjonsprinsippets betydning ved midlertidig sikring.

1.2 Avhandlingens formål og tematiske oppbygging

Formålet med avhandlingen er firedelt: *For det første* skal jeg se nærmere på kontradiksjonsprinsippet generelt. *For det andre* skal jeg å undersøke vilkårene for å fravike kontradiksjonsprinsippet i saker om midlertidig sikring. Dette er en vurdering av rettstilstanden *de lege lata* der jeg vurderer rekkevidden og anvendelsesområdet for unntaksregelen om unntak fra muntlig forhandling i tvl. § 32-7 annet ledd. *For det tredje* skal jeg foreta en nærmere undersøkelse av dagens praksis, med utgangspunkt i norske domstolers behandling av saker om midlertidig sikring. *For det fjerde* skal jeg foreta en inngående analyse og vurdering *de lege ferenda*. Avhandlingen er inndelt i fem overordnede tematiske skiller.

I avhandlingens del 1 – innledningsdelen – skal jeg kort sette temaet for avhandlingen inn i en større rettslig kontekst. Jeg skal kort å se på temaets plassering i rettsordenen for øvrig, samt presentere de generelle reglene om midlertidig sikring.

Avhandlingens del 2 knytter seg til kontradiksjonsprinsippet og *de grunnleggende hensyn* som gjør seg gjeldende. Dette gjelder både generelt for kontradiksjon, og mer konkret

ved spørsmålet om kontradiksjon ved midlertidig sikring. Formålet med denne delen er å analysere de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet, samt vurdere kontradiksjonsprinsippets argumentasjonstygde. Å kartlegge de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende ved kontradiksjon er for det første nødvendig for å drøfte adgangen til å gjøre unntak fra kontradiksjon *de lege lata*. For det andre er det nødvendig for å kunne foreta en vurdering av gjeldende rett *de lege ferenda*. Jeg vil derfor vie drøftelsen av kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende, stor oppmerksomhet i denne avhandlingen.

I avhandlingens del 3 skal jeg drøfte domstolens adgang til å gjøre unntak fra kontradiksjonsprinsippet ved spørsmål om midlertidig sikring etter *gjeldende rett*. Formålet er å fastlegge innholdet i tvl. § 32-7 nærmere, for å kunne kartlegge de vurderingstema bestemmelsen legger opp til. Avklaring av retten *de lege lata* har også betydning som premiss for drøftelsene i avhandlingens del 4 om vurdering av praksis og del 5 om vurdering av retten *de lege ferenda*.

I avhandlingens del 4 endrer jeg perspektivet fra den konkrete lovtolkningen, til en nærmere undersøkelse av *praksis* fra norske førsteinstansdomstoler. Jeg skal undersøke rettens praksis knyttet til spørsmålet om begjæringen skal tas til følge uten forutgående kontradiksjon. Perspektivet blir med andre ord hvordan praksis forholder seg til vilkåret «fare ved opphold» og de prinsipielle betenkeligheter ved inngrep i kontradiksjonsprinsippet. Å kartlegge hvordan gjeldende rett praktiseres i domstolene er nødvendig for å foreta en grundig evaluering av rettstilstanden både slik den kommer til uttrykk gjennom rettskildene, men også hvordan den praktiseres.

En viktig del av avhandlingens formål er å bidra med rettspolitiske betraktninger på gjeldende rett og praksis, med utgangspunkt i de rettsregler og funn jeg har kommet frem til i de foregående delene av avhandlingen. *Avhandlingens del 5* har derfor som formål å evaluere dagens gjeldende rett og domstolenes praksis ut fra et rettspolitisk perspektiv. Utgangspunktet er da kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensyn som er redegjort for i del 2. Jeg vil også stille spørsmål ved om det er mulig å oppstille et alternativ til dagens utforming av tvl. § 32-7 annet ledd. Kan bestemmelsen utformes på en mer hensiktsmessig måte? Spørsmålet innebærer en vurdering av om det er mulig å oppstille en rasjonell regel som treffer lovgivers intensjon med bestemmelsen, og som samtidig ivaretar både saksøker og saksøktes interesser.

1.3 Temaets plassering i rettsordenen

Reglene om midlertidig sikring følger av tvistelovens syvende del, nærmere bestemt kapitlene 32-34. Prosessformen ved behandling av saker om midlertidig sikring skiller seg imidlertid fra tvistelovens allmennprosess på flere punkter. For det første oppstiller tvisteloven egne prosessregler ved behandling av begjæring om midlertidig sikring. Ikke alle lovens øvrige regler får anvendelse, sammen med reglene som gjelder for midlertidig sikring. De gjelder bare "så langt de passer", jf. tvl. § 32-2.

For det andre bygger prosessreglene om midlertidig sikring på en forutsetning om at avgjørelsene er av midlertidig karakter, og at de ikke avgjør rettighetsforholdet mellom partene i det underliggende hovedkravet. Tanken er at prosessen ikke er avsluttet idet kjennelse om midlertidig sikring avsies, men at saken først blir endelig avgjort ved rettskraftig dom om hovedkravet eller tvangsforretning.¹⁰

Det har eksistert et midlertidig sikringsinstitutt i norsk rett i meget lang tid. Regler om midlertidig sikring kan spores helt tilbake til Magnus Lagabøters landslov og eksisterte trolig også før den tid.¹¹ Reglene om midlertidig sikring, slik vi kjenner de i dag, inngikk opprinnelig i tvangsfullbyrdelseslovens tredje del. Dette skyldtes at krav om midlertidig sikring har nær sammenheng med reglene om tvangsfullbyrdelse generelt. Formålet med å skaffe midlertidig sikring er ofte å få tilgang til myndighetens maktapparat, for om nødvendig å få tvangsfullbyrdet den sikring som eventuelt blir bestemt. Ved utarbeidelsen av ny tvistelov fant man likevel at reglene om midlertidig sikring burde inngå som del av de alminnelige prosessreglene.¹² Ved vedtagelsen av ny tvistelov ble derfor bestemmelsene om midlertidig sikring flyttet fra tvangsfullbyrdelsesloven til tvisteloven. Selv om reglene ble systematisert på en annen måte, er reglene likevel de samme som i tvangsfullbyrdelsesloven, og det er tydelig at lovgiver ikke har ment å endre rettsstilstanden ved vedtakelsen av tvisteloven i 2005.¹³ Dette uttrykkes også av Schei m.fl. og Flock.¹⁴

¹⁰ Flock (2011, s. 17).

¹¹ Hagerup (1919, s. 210-211).

¹² I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) uttalte Justisdepartementet følgende på side 253 første spalte: "*Sammenhengen mellom krav om midlertidig sikring og sivilt søksmål blir forsterket ved forslaget om samtidig pådømmelse av hovedkravet. Det er denne sammenheng som etter departementets syn tilsier at reglene om midlertidig sikring bør plasseres i tvisteloven.*"

¹³ Justisdepartementets merknader til de enkelte bestemmelser i tvistelovens kapittel 32-34 viser all hovedsak tilbake til gjeldende rett etter tvangsfullbyrdelsesloven, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 487 – 489, med unntak av tvl. § 32-9 om samtidig pådømmelse. Lovforarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven, spesielt Ot.prp. nr. 65 (1990-1991), er derfor rettslig relevante også ved tolkningen av tvistelovens bestemmelser om midlertidig sikring.

¹⁴ Flock (2011, s. 26-27) og Schei m.fl. (2013, s. 1143).

Det finnes enkelte bestemmelser om midlertidig sikring i særlovgivningen. Voldgiftsloven § 19 gir voldgiftsretten kompetanse til å "pålegge enhver part å foreta slike midlertidige tiltak som [den] ut fra tvistens innhold finner nødvendig". Sjøloven kapittel 4 inneholder regler om arrest i og tilbakehold av skip. Også ekteskapsloven § 91 og skifteloven § 88 annet ledd gir særregler om bruk av midlertidig sikring ved skifte av ekteskap og dødsbo. Denne avhandlingen vil imidlertid utelukkende fokusere på tvistelovens regler om midlertidig sikring, og da spesielt saksbehandlingsregelen i tvl. § 32-7.

2 Innledende om midlertidig sikring

Oppgavens tema handler om en *prosessuell problemstilling* – om domstolens adgang til å fravike kontradiksjonsprinsippet i saker om midlertidig sikring. For å forstå de prosessuelle reglene, er det likevel viktig å ha en viss forståelse av de materielle reglene om midlertidig sikring. Dette er jo de materielle reglene som prosessreglene skal regulere behandlingsmåten for. I dette kapitlet skal jeg derfor kort redegjøre for hva midlertidig sikring er, presentere de materielle vilkårene for midlertidig sikring, og se nærmere på begrunnelsen for sikringsinstituttet generelt. Dette er likevel ikke ment å inngå i avhandlingens hoveddel – bare som en nødvendig introduksjon til konteksten for det som er avhandlingens egentlige tema, nemlig de prosessuelle reglene om unntak fra kontradiksjon.

2.1 Hva er midlertidig sikring?

Instituttet «midlertidig sikring» i tvistelovens syvende del er som nevnt et rettslig virkemiddel for å sikre et krav (arrest), *eller* å etablere en rettslig ordening i et omtvistet rettsforhold (midlertidig forføyning), jf. tvl. § 32-1 – *i påvente av endelig avklaring*, jf. tvl. §§ 33-10 og 34-6. Dette fremgår også av Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 253:

«Midlertidig sikring er et rettslig virkemiddel for å sikre et krav i et omtvistet rettsforhold. Midlertidig forføyning kan også besluttes for å få en midlertidig ordening i et omtvistet rettsforhold for å avverge skade eller ulempe eller for å hindre voldsomheter.»

Begrepet «midlertidig sikring» har to sider; for det første peker begrepet på et rettslig virkemiddel, en sikringsordening for et omtvistet krav. For det andre har begrepet en tidsavgrenset karakter, ved at sikringen er gjort «midlertidig». I dette ligger at en kjennelse om arrest eller midlertidig forføyning begrenses til avgjørelser i *påvente av* tvangskraftig

tvangsgrunnlag eller endelig avklaring av rettsforholdet. Etter lovens system kan kjennelser om midlertidig sikring avsies for en tidsbestemt periode. En midlertidig sikring kan også falle bort av andre grunner som nevnt i tvl. §§ 33-10 første ledd og 34-6 første ledd. På tross av dette er det likevel adgang til å avsi kjennelse om en tidsbestemt midlertidig forføyning. I slike tilfeller kan forføyningen innebære den endelige avgjørelsen av rettighetsforholdet mellom partene. Et annet poeng er at en forføyning eller arrest kan påvirke partenes stilling i slik grad at den midlertidige avgjørelsen i realiteten blir en avgjørelse i saken. Dersom eksempelvis et transportselskap, ved midlertidig forføyning, pålegges forbud mot å benytte lastebilparken, kan dette medføre senere kontraktsmislighold. Dette kan videre lede til svekket likviditet og senere insolvens, slik at den midlertidige avgjørelsen i realiteten avgjør tvisten om eiendomsrettigheten til lastebilparken.

Som det fremgår av tvl. § 32-1 første ledd består midlertidig sikring av både «arrest og midlertidig forføyning». Man kan trekke en grense mellom krav på penger og krav på annet enn penger. Etter tvl. § 32-1 skal pengekrav sikres ved arrest etter kapittel 33, mens krav på annet enn penger sikres ved midlertidig forføyning etter kapittel 34. I punkt 2.2 – 2.3 skal jeg kort presentere sikringsformene arrest og midlertidig forføyning noe nærmere.

2.2 Arrest

Det følger av tvl. § 32-1 annet ledd at «[d]en som har et pengekrav mot en annen, kan begjære sikring av dette kravet ved arrest etter kapittel 33 dersom det foreligger en sikringsgrunn». Arrest anvendes altså bare ved sikring av regulære pengekrav.

I praksis besluttes arrest i skyldneres formuesmasse, selv om det etter tvl. § 33-1 første ledd også er adgang til å pålegge skyldneren utreiseforbud.

Ved arrest i skyldneres formuesmasse mister skyldneren «retten til å råde over de arresterte formuesgoder til skade for arresthaveren», jf. tvl. § 33-1 første ledd første alternativ. Videre heter det: «Om skyldnerens råderett gjelder for øvrig de samme regler som for utleggspant». Dette innebærer at skyldnerens faktiske og juridiske råderett over arresterte formuesgoder begrenses i medhold av panteloven §§ 1-7 og 1-11. Saksøkte får som utgangspunkt råde faktisk over formuesgodet i medhold av panteloven § 1-7 første ledd. For saksøktes juridiske rådighet bestemmer panteloven § 1-11 første ledd at saksøkte fritt kan avhende, leie eller pantsette formuesgodet. Etter tredje ledd krever juridiske disposisjoner

over ikke-realregistrerbart løsøre arresthaverens samtykke.¹⁵ Det arresterte formuesgodet forblir i utgangspunktet i saksøktes eiendoms- og rådighetssfære, men med innskrenkninger.

Fra dette utgangspunktet gjør tvfbl. § 7-20 et vesentlig inngrep i saksøktes faktiske rådighet. Etter bestemmelsen kan saksøkte fratas rådigheten over formuesgodet ved etablering av rettsvern for arresten. Dette gjelder f.eks. for penger, jf. § 7-20 tredje ledd. Etter § 7-20 annet ledd kan namsmannen ta ikke-realregistrerbart løsøre i forvaring dersom det er "grunn til å frykte at saksøkte vil forføye over det i strid med saksøkerens panterett" (for arrestsaker; saksøkerens rettighet som arresthaver¹⁶). Skal saksøkeren skaffe dekning i de arresterte midlene, må vedkommende skaffe et tvangskraftig tvangsgrunnlag, enten ved dom eller andre tvangsgrunnlag, jf. tvfbl. §§ 4-18 og 7-2. Når arresten gjennomføres skal det samtidig etableres rettsvern for arrestforretningen for å hindre ekstinktive godtroerverv fra omsetningsserververe¹⁷. Arresthaveren har likevel ikke rettsvern overfor skyldnerens kreditorer, jf. tvl. § 33-7 annet ledd.

Arrest innebærer med andre ord et betydelig inngrep i den private rådighetssfæren, og kan resultere i registrerte panteheftelser i saksøktes formuesgoder. Arresten utgjør en vesentlig forrykkelse av den ordinære disposisjonsfriheten rettighetshaveren har – saksøkte mister ofte muligheten til å disponere rettslig over formuesgodet. At de arresterte midlene kan settes ut av skyldnerens rådighetssfære påvirker også skyldnerens likviditet. Det kan være verdier for store beløp som er arrestert. Aller klarest påvirkes likviditeten når det tas arrest i bankkonti, som ofte vil være foretrukket fra saksøkers side. Skyldneren får da ikke mulighet til å råde over kontoinnskuddene, noe som fort kan bli problematisk fordi skyldneren ofte vil ha tilpasset sin likviditet til den løpende situasjonen. Hvis skyldneren for eksempel mister muligheten til å anvende midlene til å innfri sine forpliktelser eller dekke utestående gjeld, kan dette sette skyldneren i en prekær situasjon. Dersom arrest tas i andre aktiva, mister skyldneren muligheten til å forføye over disse midlene, og til å realisere verdien av formuesgodet for å innfri sin gjeld. Konsekvensen er at skyldnerens betalingsevne svekkes. Det kan bringe skyldneren i betalingsmislighold i en situasjon der han egentlig kunne oppfylt sine forpliktelser rettidig, med de følger dette igjen kan få. Dersom arrestbeløpet er tilstrekkelig stort, kan det i verste fall innebære illikviditet og potensielt insuffisiens.

Et annet vesentlig poeng er at arresten reelt sett skyver søksmålsbyrden i hovedkravet over på saksøkte, som må få opphevet arresten. Arrest er i utgangspunktet tidsbegrenset. Er

¹⁵ Se nærmere om dette i Flock (2011).

¹⁶ Jf. Flock (2011).

¹⁷ Jf. godtroervervloven § 1.

derimot saksøkte avhengig av de arresterte midlene for å dekke sine utestående forpliktelser, vil saksøkte selv måtte angripe arrestkjennelsen. Saksøkte må begjære etterfølgende muntlig forhandling (dersom begjæringen er avgjort uten muntlig forhandling) jf. tvl. § 32-8, eller anke kjennelsen (dersom saksøkte er blitt hørt i muntlig forhandling). Saksøker kan dermed, med mindre vedkommende i arrestkjennelsen er pålagt plikt til å reise søksmål angående hovedkravet¹⁸, forholde seg passivt.

I forlengelsen av de påvirkningsfaktorene arresten har overfor saksøkte, er det også andre momenter som bør nevnes – av en noe mer avledet karakter. For det første kan arresten gi en ujevn, og mulig urettferdig, forhandlingsposisjon for saksøkte. Dersom saksøker har fått medhold i arrestbegjæringen, vil vedkommende ha en bedre posisjon i en senere forhandling om hovedkravet enn saksøkte. For det andre har arresten tilknytning til vurderinger om saksøktes adferd. Slike vurderinger kan også medføre omdømmetap for saksøkte. På denne måten synes det lettere å forlike saken enn å bestride først arresten og deretter hovedkravet i rettssystemet, med de advokatkostnader og personlige ressurser dette krever. Dersom arresten i tillegg er kommet i stand uten at saksøkte har fått muligheten til å uttale seg, vil man være i en situasjon hvor saken lett kan forlikes på et uriktig og ujevnt grunnlag. Dette er prinsipielt betenkelig, ved at saksøker således kan skaffe seg en fordelaktig forhandlingsposisjon, uten at det egentlig er grunnlag for det. For det tredje er det praktisk betenkelig med tanke på både vern av svakere parter, og spesielt forbrukere, og av hensyn til omsetningslivet.

Saksøkte har adgang til å unngå at arrestforretningen blir gjennomført, ved å stille tilfredsstillende sikkerhet for saksøkerens krav, jf. tvl. § 33-5 tredje ledd. Et problem oppstår imidlertid uansett: Dersom saksøkte stiller tilfredsstillende sikkerhet, opplever han like fullt at det sikkerhetsstilte beløpet utgår fra hans rådighetssfære. Skyldnerens likviditet påvirkes derfor uansett. Adgangen til å stille sikkerhet er i realiteten ikke annet enn en tvungen "minnelig løsning" hvor saksøkte tilbyr saksøker arrest tilsvarende arrestkravet.

Tvisteloven § 33-10 bestemmer at arresten bortfaller dersom det tas utlegg i de arresterte formuesgoder, jf. bestemmelsens første ledd bokstav a. Arresten bortfaller også dersom saksøkerens krav innfris, saksøkeren frafaller kravet eller saksøkte senere blir frifunnet for betalingskravet, jf. § 33-10 første ledd bokstav d.¹⁹ I medhold av tvl. § 33-4 annet ledd kan retten, etter saksøktes begjæring, sette frist for senere søksmål om hovedkravet i avgjørelsen om arrest. Siden dette må begjæres av saksøkte, må saksøkte følgelig ha hatt

¹⁸ Jf. tvl. § 33-4 annet ledd.

¹⁹ Det er også andre bortfallsgrunner listet opp i tvl. § 33-10. Disse behandles ikke nærmere her.

anledning til å uttale seg. Dersom det ikke er satt frist for søksmål om eller begjæring om tvangfullbyrdelse av det underliggende hovedkravet, bortfaller arresten ett år etter avsigelsen av arrestkjennelsen, dersom ikke slikt søksmål er tatt ut eller slik begjæring inngitt, jf. bokstav c. Dersom saksøkte ikke har hatt anledning til å uttale seg, og begjært frist for søksmål, gjelder det en sikringstidsbegrensning på ett år fra arrestkjennelsen.

2.3 Midlertidig forføyning

Reglene om midlertidig forføyning innebærer et unntak fra hovedregelen om at det må foreligge et tvangskraftig tvangsgrunnlag før tvangfullbyrdelse kan begjæres.²⁰ Av tvl. § 32-1 tredje ledd fremgår det at midlertidig forføyning er et tiltak til sikring av krav som går ut på annet enn penger. Bestemmelsen er dermed negativt avgrenset mot krav som skal sikres ved arrest.²¹

Hva en midlertidig forføyning kan gå ut på er regulert i tvl. § 34-3 første ledd. I bestemmelsen heter det at en midlertidig forføyning kan gå ut på at "saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling, eller på at et formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse [...]". Ordlyden er vid og omfatter de fleste ordninger hvor formålet er å sikre et krav i påvente av endelig dom, eller bringe et rettsforhold i "ordnede former". En midlertidig forføyning må imidlertid etter sitt formål kunne tvangfullbyrdes, dersom saksøkte ikke frivillig etterlever den.²²

Dersom den midlertidige forføyningen for eksempel går ut på at saksøkte må tåle utlevering av et formuesgode, mister saksøkte både den faktiske og juridiske disposisjonsretten over formuesgodet. Dersom forføyningen går ut på at saksøkte må tåle ferdsel over egen eiendom, innebærer det innskrenkninger av saksøktes eiendomsrett. Konsekvensen av en midlertidig forføyning er dermed potensielt vesentlige innskrenkninger i saksøktes alminnelige disposisjonsfrihet.

En midlertidig forføyning er som utgangspunkt ikke tidsbegrenset, jf. tvl. § 33-10 første ledd bokstav c. En midlertidig forføyning kan teoretisk være den endelige løsningen på tvisten. Situasjonen er eksempelvis slik at saksøkte ikke har noen senere mulighet for å angripe det faktiske forholdet mellom partene, enten den konkrete midlertidige forføyningen eller det underliggende hovedkravet. For eksempel kan det tenkes en situasjon der saksøkte

²⁰ Jf. tvfbl. § 4-1 første ledd.

²¹ For den nærmere grensedragningen mellom krav på penger og krav på annet enn penger i tvl. § 32-1, se Flock (2011, s. 39-43).

²² Flock (2011, s. 153).

ikke lenger kan påvise rettslig interesse i å få dom for hovedkravet – kanskje mest praktisk ved at søksmålssituasjonen ikke oppfyller kravet til "aktualitet" i tvl. § 1-3. Dette kan illustreres på følgende måte: Et utenlandskregistrert skip ligger i norsk havn. De norske havnearbeiderne bestemmer seg for å blokkere skipet for å protestere mot arbeidsforholdene på skipet. Rederiet begjærer midlertidig forføyning for å få blokaden opphevet. Dersom rederiet får medhold i begjæringen og blokaden må opphøre, kan skipet således forlate havnen. Det er høyst tvilsomt om de saksøkte senere har mulighet til å rette søksmål om gyldigheten av blokaden i ettertid.

Dersom det blir satt frist for søksmål om det underliggende kravet, vil forføyningen falle bort dersom fristen oversittes, jf. tvl. § 34-6 første ledd bokstav b. For øvrig bortfaller den midlertidige forføyningen dersom kravet blir rettskraftig avgjort ved dom, jf. bokstav c, eller kravet gjøres opp eller forlikes, jf. bokstav d.

2.4 De materielle vilkårene for midlertidig sikring

I det følgende vil jeg gå nærmere inn på de materielle vilkårene for midlertidig sikring. Tvisteloven skiller mellom vilkårene for arrest i kapittel 33 og midlertidig forføyning i kapittel 34. Selv om de to formene for sikring er regulert i ulike bestemmelser, kan det materielle innholdet oppsummeres med to overordnede vilkår: (1) Saksøkeren må kunne *sannsynliggjøre et hovedkrav* og (2) det må foreligge en *sikringsgrunn*. I tillegg må en midlertidig forføyning ikke være *uproporsjonal* («åpenbart misforhold»).

2.4.1 Hovedkrav

Saksøkeren må ha et hovedkrav mot saksøkte. Dette følger uttrykkelig av tvl. § 32-1. Det er bare den som "har et pengekrav" som kan begjære arrest, og bare den som har "et krav på annet enn betaling av penger" som kan begjære midlertidig forføyning.

Når det gjelder karakteren av de krav om kan sikres ved arrest, volder dette sjelden tvil – det er bare "pengekrav" som kan sikres ved denne formen.²³

Når det gjelder karakteren av de krav som kan sikres ved midlertidig forføyning, gir ikke loven like klare holdepunkter. Bestemmelsens ordlyd avgrenser kravets innhold negativt mot krav som gir grunnlag for arrest, jf. tvl. § 32-1 tredje ledd. Ethvert krav som ikke kan sikres ved arrest, kan derfor sikres ved midlertidig forføyning.²⁴ Det kreves imidlertid at kravet oppfyller vilkåret om rettslig interesse etter tvl. § 1-3 slik at saksøker må påvise rettslig

²³ Jf. også Flock (2011, s. 38).

²⁴ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 291. Se også Flock (2011, s. 48).

interesse i å få dom for hovedkravet. Formuleringen "krav" i tvl. § 32-1 tredje ledd må forstås på samme måte som "rettskrav" i § 1-3 første ledd, slik at hovedkravet også må være regulert av rettsregler og være mulig å få dom for.²⁵

Ved arrest og midlertidig forføyning er det et sentralt vilkår at hovedkravet er sannsynliggjort, jf. tvl. §§ 33-3 første ledd og 34-2 første ledd. I dette ligger at saksøker må bevise at det foreligger *sannsynlighetsovervekt* for at det pretenderte hovedkravet eksisterer.

I en ordinær sak tar retten stilling til spørsmålet om kravet er bevist med sannsynlighetsovervekt *etter at begge parter har kommet til orde*, og etter at begge parter har fått anledning til å føre sine bevis. Men, hvordan skal retten kunne ta stilling til spørsmålet om det foreligger sannsynlighetsovervekt for kravets eksistens dersom det bare er saksøkeren som kommer til orde, og bare saksøkeren som har fått velge ut og føre bevis? Rettens beslutningsgrunnlag blir da helt ensidig. Dette peker på en sentral utfordring for de beslutninger som denne avhandlingen omhandler. Utfordringene knyttet til rettens beslutningsgrunnlag skal jeg komme tilbake til under punkt 7.3.

Etter tvl. §§ 33-3 annet ledd og 34-2 annet ledd trenger imidlertid ikke saksøker å sannsynliggjøre hovedkravet, dersom det er "fare ved opphold". Vilkåret har lik ordlyd som vilkåret for å gjøre unntak fra muntlig forhandling etter tvl. § 32-7 annet ledd. I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 275 heter det at "[v]ilkåret 'fare ved opphold' vil være oppfylt dersom det ikke er tid til å innhente tilfredsstillende opplysninger om kravet, og det finnes sannsynlig at en utsettelse vil bringe saksøkerens mulighet for fullbyrding av kravet i fare." Vilkåret har dermed et nokså likt innhold som tvl. § 32-7 annet ledd. På dette grunnlag må det legges til grunn at dersom retten finner at det er "fare ved opphold", og dermed ikke innkaller til muntlig forhandling eller varsler saksøkte, er det heller ikke et vilkår at hovedkravet er sannsynliggjort. I avhandlingens kapittel 7 skal jeg se nærmere på når tvl. § 32-7 annet ledd kommer til anvendelse.

2.4.2 Sikringsgrunn

For å få innvilget midlertidig sikring er det ikke tilstrekkelig å ha et sannsynliggjort rettskrav mot saksøkte. Det er også nødvendig at det foreligger omstendigheter som begrunner at domstolen skal fravike det allmennprosessuelle sporet – og behandle spørsmål om en

²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364. Se også Schei m.fl. (2013, s. 1144). Rt. 1996 s. 1051 U er et eksempel på at domstolen har avvist en begjæring om midlertidig forføyning på grunn av manglende rettslig interesse i hovedkravet. Begjæringen om midlertidig forføyning rettet seg mot at Staten v/Justisdepartementet skulle trekke tilbake en tillatelse til å drive bingovirksomhet til en konkurrent. Kjæremålsutvalget mente at saksøkeren ikke hadde rettslig interesse i å få dom for sitt krav.

midlertidig sikring særskilt. Disse omstendighetene omtales i tvisteloven som "sikringsgrunnen" – behovet som begrunner en midlertidig sikring av rettskravet. Som gjennomgangen under skal vise, er adgangen til sikring forbeholdt de tilfeller hvor saksøkeren har tilstrekkelig grunn til å be om domstolens hjelp til å sikre kravet.

Flock skriver generelt om kravet til sikringsgrunn på følgende møte:

"Når myndighetene i slike tilfeller stiller sitt apparat for sivil rettshåndhevelse til disposisjon, sier det seg selv at en saksøker bare kan gis muligheter for å nå frem med et krav om midlertidig sikring i de mer ekstraordinære tilfellene. Gjennom vilkårene om sikringsgrunn setter loven de nærmere rammer for de situasjoner hvor en saksøker på denne måten kan påkalle hjelp fra det offentlige."²⁶

Som man kan se av det siterte skal sikringsgrunnen sørge for at det *bare er i de mer ekstraordinære tilfeller* midlertidig sikring tillates. Arrest og midlertidig forføyning har ulike konsekvenser og delvis ulike formål. Som følge av dette, er også de alternative sikringsgrunnene tvisteloven oppstiller noe ulikt utformet. Jeg skal nedenfor behandle sikringsgrunnen særskilt for arrest og forføyning. Et fellestrekk er imidlertid at sikringsgrunnen ofte er begrunnet i saksøktes adferd. Saksøkte må opptre på en slik måte at det foreligger tilstrekkelig grunn for å gjøre et ekstraordinært inngrep overfor ham.

2.4.2.1 Arrest

Formålet med arresten er å unngå at saksøkeren taper sitt krav mot saksøkte i påvente av pådømmelse eller tvangsfullbyrdelse. Men, som nevnt over kreves det visse kvalitative krav til situasjonen mellom partene som begrunner at saksøker skal kunne gjøre et inngrep overfor saksøkte. Skal saksøker tillates å foreta en ekstraordinær sikring av kravet, istedenfor å gå den alminnelige veien om utlegg og utleggsforretning, krever det særskilte omstendigheter.

Tvisteloven § 33-2 første ledd regulerer sikringsgrunnen ved arrest. Bestemmelsen lyder:

"Arrest i formuesgoder kan besluttes når skyldnerens adferd gir grunn til å frykte for at tvangsfullbyrdelse av kravet enten vil bli forspilt eller vesentlig vanskeliggjort, eller må skje utenfor riket."

²⁶ Flock (2011, s. 66).

Av ordlyden følger det eksplisitt at for arrest må saksøktes adferd danne grunnlaget for sikringsgrunnen. Bestemmelsen oppstiller tre alternative omstendigheter som gir grunnlag for sikring; at tvangsfullbyrdelse vil bli (1) forspilt, (2) vesentlig vanskeliggjort eller (3) må skje utenfor riket.

Ordlyden "forspilt eller vesentlig vanskeliggjort" oppstiller en høy terskel for å konstatere en sikringsgrunn. I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) uttaler departementet på side 272-273 at "[u]nder alternativet 'forspilt eller vesentlig vanskeliggjort' går klanderverdig adferd som f.eks. skyldnerens vanskjøtsel av sine forretninger som følge av alkoholmisbruk eller manglende vedlikehold av eiendom". Saksøkte må altså kunne klandres for adferden. Adferden må også være av en slik karakter at den kan forringe kreditors mulighet til dekning for sitt krav.

Saksøkte forsøker for eksempel å selge eller ødelegge det aktuelle formuesgodet, overfører sine penger fra norske til utenlandske konti eller foretar nye låneopptak med sikkerhet i formuesgoder med ledig panteverdi.

Videre må saksøktes adferd "gi grunn til å frykte for" de nevnte omstendighetene. I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) uttrykker departementet at "[d]et må på grunnlag av skyldnerens adferd foreligge en konkret grunn til å tro at denne ved sine disposisjoner vil bringe fordringshaverens mulighet for tvangsfullbyrding av kravet i fare".²⁷ Dette må ses i sammenheng med tvl. § 33-3 som oppstiller som krav at sikringsgrunnen må sannsynliggjøres overfor domstolen. Saksøker må dermed konkret sannsynliggjøre en adferd fra saksøkte som gir grunn til å frykte fare for tvangsfullbyrdelsen av saksøkers krav. Formuleringen "grunn til å frykte" tilsier at retten ikke må finne det sannsynliggjort at den konkrete vanskeligheten er inntruffet, så lenge den kan inntreffe i fremtiden. Flock skriver følgende om vilkåret:

*"Dette er et svakere uttrykk, som på dette punkt dermed senker terskelen for å kunne oppnå arrest."*²⁸

Det er dermed et redusert krav til beviskrav for sikringsgrunnen ved arrest. Dette er spesielt interessant sett opp mot det beslutningsgrunnlaget retten får seg forelagt på det tidspunktet avgjørelsen skal tas, i de situasjoner saksøkte ikke gis mulighet til å uttale seg. Retten må, på bakgrunn av saksøkers bevis og beskrivelse av faktum, avgjøre anførsler knyttet til saksøktes adferd, uten at saksøkte får uttale seg. Terskelen for å oppnå arrest er heller ikke særlig høy,

²⁷ Proposisjonen s. 272.

²⁸ Flock (2011, s. 68).

noe som innebærer at kravet til det beslutningsgrunnlag domstolen treffer avgjørelsen på bakgrunn av ikke er særlig strengt. Dette kan i realiteten innebære at retten finner det tilstrekkelig bevist at saksøkte bedriver en adferd begrunner sikring, uten at dette nødvendigvis stemmer overens med virkeligheten eller saksøktes adferd. Nærmere om utfordringene ved rettens beslutningsgrunnlag under punkt 7.3.

2.4.2.2 Midlertidig forføyning

En fullstendig redegjørelse for sikringsgrunnen for midlertidig forføyning er en relativt omfattende drøftelse, som faller utenfor avhandlingens tema. Jeg vil derfor gi en kort oversikt over sikringsgrunnene for å belyse hvilke krav som stilles til saksøktes adferd. Av tvl. § 34-1 første ledd følger det at midlertidig sikring kan besluttes:

- «a) når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller*
- b) når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.»*

Av bokstav a kan man se at saksøktes adferd er det viktigste elementet som danner sikringsgrunnen ved midlertidig forføyning. Bokstav b er todelt på dette punkt, og som man kan se av ordlyden knytter bare det siste alternativet i bokstav b seg til saksøktes adferd. Risikoen for "vesentlig skade eller ulempe" i bokstav b første alternativ kan derfor begrunnes i omstendigheter som skyldes tredjepersoner og andre forhold partene ikke råder over.²⁹

Den første alternative sikringsgrunnen i tvl. § 34-1 første ledd fremgår av bokstav a. Bestemmelsen peker på situasjoner hvor saksøktes adferd vesentlig vanskeliggjør den rettslige forfølgningen, tvangsfullbyrdelsen eller selve gjennomføringen av kravet. Dette alternativet omtales av Flock som "sikringsalternativet".³⁰ Et eksempel kan være at saksøkte som utleier av en bolig skifter lås på inngangsdøra for at leietakeren ikke skal få komme inn. I slike tilfeller vil saksøktes adferd innebære at gjennomføringen av kravet, det vil si leie- og bruksretten, blir vesentlig vanskeliggjort. Et annet eksempel som illustrerer bokstav a er en tvist om et maleri, hvor saksøker kan få fullbyrdelsesdom på å få maleriet utlevert. Dersom

²⁹ Jf. også Flock (2011, s. 96).

³⁰ Flock (2011, s. 97 flg.).

saksøkte transporterer maleriet ut av landet, vil dette kunne innebære at gjennomføringen av fullbyrdsdommen blir vesentlig vanskeliggjort.

Bokstav b omtales som "ordningsalternativet"³¹ og oppstiller to alternativer. Det viktigste alternativet er at midlertidig forføyning kan besluttes dersom det er nødvendig med en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold "for å avverge en vesentlig skade eller ulempe". Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) nevner som et aktuelt eksempel midlertidig forføyning mot et offentlig påbud.³² Kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 2000 s. 1293 U kan illustrere sikringsgrunnen etter bokstav b. Saksøkerne begjærte midlertidig forføyning mot et aksjeselskap for å bli gjeninnført i aksjonærboken. Kravet handlet i utgangspunktet om salg av aksjer var gyldige. Kjæremålsutvalget uttalte på s. 1297:

"Den gjenværende aksjeeier kan påføre de kjærende parter skade ved eksempelvis i generalforsamling å beslutte å forhøye aksjekapitalen ved nytegnning av aksjer. Dette tilsier at erververen av aksjene ikke bør ha adgang til gjennom selskapets organer å utelukke tidligere oppførte aksjeeiere i de tilfeller det etter tvangsfullbyrdsloven § 15-6 kan sannsynliggjøres at overdragelsen ikke er bindende, eller det er fare ved opphold. Den midlertidige forføyning er i slike tilfeller egnet til å avverge skade eller ulempe, og selger kan ikke henvises til å kreve økonomisk kompensasjon [...]."

Som man kan se mente kjæremålsutvalget at en midlertidig forføyning var egnet til å avverge "skade eller ulempe", men kom til at andre omstendigheter enn saksøktes (aksjeselskapet) adferd utgjorde sikringsgrunnen.

Den siste alternative sikringsgrunnen i bokstav b blir omtalt som "voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for". Om "voldsomheter" tar opp i seg andre omstendigheter enn "vesentlig skade og ulempe" etter det første alternativet er imidlertid ikke helt klart. Flock uttaler at "[s]like voldsomheter vil lett medføre vesentlig skade eller ulempe. Formentlig vil det ikke være ofte at dette alternativet får selvstendig betydning."³³ Som man likevel kan se, er det saksøktes adferd som må gi grunn for å frykte slik "voldsomhet". Det kan tenkes situasjoner hvor saksøkte for eksempel truer med voldsutøvelse for å få frafalt et krav. I slike tilfeller kan man tale om "voldsomheter" saksøktes adferd gir grunn til å frykte.

På samme måte som ved arrest, må sikringsgrunnen sannsynliggjøres, jf. tvl. § 34-2 første ledd første punktum. Retten må altså finne at det er sannsynlighetsovervekt for at

³¹ Flock (2011, s. 100 flg.).

³² Proposisjonen s. 292.

³³ Flock (2011, s. 107).

sikringsgrunnen foreligger. Også her vil det være så vel prinsipielle som praktiske utfordringer dersom retten behandler begjæringen uten at saksøkte hverken er varslet eller gitt kontradiksjonsmulighet, slik jeg også var inne på i foregående punkt tilknyttet sikringsgrunnen ved arrest. Ved midlertidig forføyning er kravet til sannsynlighet noe strengere enn ved arrest, men betenkelighetene ved at retten utelukkende kan forholde seg til saksøkers beskrivelse av faktum gjør seg like fullt gjeldende. Nærmere om utfordringene ved beslutningsgrunnlaget under punkt 7.3.

Et siste vilkår for å innvilge midlertidig forføyning følger av tvl. § 34-1 annet ledd. Bestemmelsen innebærer at midlertidig forføyning ikke kan besluttes "dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet". Ved formuleringen "åpenbart misforhold" synes bestemmelsen å legge til grunn en proporsjonalitetsvurdering mellom på den ene side den sikringens skade/ulempe overfor saksøkte, og på den andre side saksøkerens behov for sikringen.

I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292 følger det at "[b]estemmelsen tydeliggjør at det for midlertidige forføyninger gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet". Hvordan proporsjonalitetsvurderingen foretas, beror dermed på de konkrete omstendighetene i hver enkelt sak. Bestemmelsen innebærer imidlertid at domstolen kan komme til at det ikke er grunnlag for en midlertidig forføyning, på tross av at det foreligger en tilstrekkelig sikringsgrunn.

Også i denne sammenheng må det vises til at retten, dersom saksøkte ikke blir varslet eller hørt, må treffe avgjørelse ut fra en potensielt ensidig beskrivelse av faktum. Retten må ta stilling til om sikringen innebærer skade eller ulempe for saksøkte, men har ikke mulighet til å innhente saksøktes uttalelse om dette punktet. Dette kan innebære at relevante og viktige momenter på saksøktes side ikke tas med i proporsjonalitetsvurderingen, og dermed gjør den ufullstendig og potensielt uriktig.

DEL 2: KONTRADIKSJONSPRINSIPPET OG DE GRUNNLEGGENDE HENSYN

"Korfører: Kan angstens svøpe piske søn til modernord?"

Athene: To sider har en sak. Den ene har jeg hørt.

Korfører: Han vil nok ei, at jeg og han blir tatt i ed.

Athene: Ønsk heller ry for rettferd end at naa dit maal!"

- Orestien av Aiskhylos, ca. 458 f.Kr.

3 Kontradiksjonsprinsippets grunnleggende hensyn

3.1 Innledning

Det kontradiktoriske prinsipp er på langt nær en nyskaping. Sitatet ovenfor er hentet fra skuespillet Evmeniderne, en del av Aiskhylos' trilogi "Orestien" fra ca. 458 f.Kr. Her blir hovedkarakteren Orestien stilt til ansvar for drapet på sin mor, Klytaimnestra. Istedenfor å godta tradisjonelt hevndrap på Orestien, beslutter Athene, gudinne for strategi, visdom og krig, å avholde historiens første rettslige prosess på Areopagos. Her skal, ifølge Athena, Orestiens eget syn på saken høres. Rettsprosessen, den første straffesaken av sitt slag i antikkens Hellas, hviler på rettferd som siktemål, og angir kontradiksjon som en grunnleggende forutsetning for å nå dette målet. Aiskhylos argumenterer i stykket for et velordnet rettssystem med sosial orden i Athen basert på rettsikkerhet og rasjonalitet. Her blir retten til kontradiksjon trukket frem som den grunnleggende forutsetning for å nå dette målet.

Det kontradiktoriske prinsipp er altså et urgammelt grunnprinsipp ved rettslige prosessordninger, for å ivareta et høyere siktemål om rettferdighet. Prinsippet kan anses som en del av rettens dypstruktur, en konstituerende og nødvendig forutsetning for selve rettssystemet.³⁴ Det kontradiktoriske prinsippet består av vesentlige rettsstatlige og rettssikkerhetsmessige elementer, og er helt nødvendig for å kunne ha en reell partsprosess, både i sivil- og straffeprosessen.

³⁴ Se f.eks. Graver (2006, s. 198) og nedenfor i punkt 3.4. Tuori (2016, s. 147-196) behandler også rettens lagdeling, herunder rettens dypstruktur ("deep structure"). I følge Tuori er imidlertid generelle konstitutive rettsprinsipper i et "mellomlag" (omtalt som "legal culture"), hvor rettsutviklingen skjer forholdsvis sendrektig.

Kontradiksjonsprinsippet gjennomsyrrer vår prosessordning. For sivile tvister kommer prinsippet til uttrykk gjennom tvl. § 1-1 første og annet strekpunkt. Her heter det at partene skal "få argumentere for sin sak og føre bevis", og "få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis". Prinsippet inngår i retten til en rettferdig rettergang etter både Grl. § 95 og EMK art. 6. Nærmere om bestemmelsene under punkt 4.3.

Ordet "kontradiksjon" innebærer i sin enkleste form en rett til å imøtegå de anførsler som rettes mot en. I dette ligger en rett til å uttale seg og føre bevis til forsvar mot de anførsler som er gjort gjeldende. Som også tvl. § 1-1 viser, har kontradiksjonsprinsippet også et videre innhold, og kan deles inn i to sider: Prinsippet gir for det første en rett til å presentere sitt eget syn på sakens faktiske side. For det andre, gir prinsippet en rett til innsyn i motpartens anførsler om sakens faktiske side, og anledning til å imøtegå disse. Skoghøy påpeker at det i tillegg er et tredje element: En rett til å imøtegå faktiske opplysninger innhentet fra andre enn partene.³⁵ Avgjørende er altså en rett for parten til å presentere sine anførsler, og samtidig imøtegå andre anførsler og opplysninger som rettes mot parten.³⁶

I en avgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 1590 A omtalte Høyesterett enstemmig det kontradiktoriske prinsipp som en «bærebjelke i vår rettsordning»:

"Selv om det kontradiktoriske prinsipp er en bærebjelke i vår prosessordning, har tvistemålsloven ingen generell bestemmelse om kontradiksjon. Men prinsippet kommer til syne i en rekke enkeltbestemmelser. [...]

I dette må det ligge et krav om at partene gis en foranledning til å uttale seg dersom avgjørelsen ellers vil komme som en overraskelse på dem fordi voldgiftsretten vil bygge på noe annet enn det som partene har trukket frem i sine prosedyrer, jf. også det jeg nettopp har sitert fra avgjørelsen i Rt-1990-8."

Som en kan lese av det ovenfor siterte, anvender Høyesterett et generelt prinsipp om kontradiksjon for de tilfeller der tvistemålsloven av 1915 ikke regulerte spørsmålet om

³⁵ Skoghøy (2017, s. 546).

³⁶ For det rettslige avgjørelsesgrunnlaget i saken, stilles det ikke krav om kontradiksjon, jf. tvl. § 11-3. Se også Skoghøy (2017, s. 549). Tvistemålsutvalget foreslo å lovfeste at retten ikke skulle kunne bygge på rettslig grunnlag partene ikke hadde hatt foranledning til å uttale seg om, se Tvistemålsutvalgets lovforslag § 5-1 i NOU 2001:32 bind A. Departementet ønsket ikke en slik regel, og uttalte at "prosesssystemet i Norge er basert på at retten har ansvaret for at det blir lagt til grunn en riktig forståelse av rettsreglene", se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 168 annen spalte. Unntaksvis kan imidlertid forhandlingsprinsippet nødvendiggjøre rettslig kontradiksjon, jf. tvl. § 11-2 første ledd. Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 403-404, og nedenfor under punkt 3.2.1.

kontradiksjon eksplisitt. I den någjeldende tvisteloven av 2005 kommer kontradiksjonsprinsippet riktignok generelt til uttrykk i lovens formålsbestemmelse i § 1-1.

Formålet med denne delen av avhandlingen er å behandle kontradiksjonsprinsippet nærmere. Drøftelsen er delt opp i to overordnede spørsmål: *For det første*: Hvilke *hensyn* begrunner kontradiksjonsprinsippet? Dette skal jeg behandle her i kapittel 3. *For det annet*: Hvor *tungtveiende* er kontradiksjonsprinsippet i juridisk argumentasjon? Dette skal jeg behandle i kapittel 4. Det sentrale poenget er da er å vise at retten til kontradiksjon danner et sterkt og prinsipielt viktig utgangspunkt som det skal mye til for å fravike.

Når jeg i det følgende ser nærmere på de *ulike hensynene* her i kapittel 3, vil jeg samtidig komme inn på momenter som har betydning for kontradiksjonsprinsippets argumentasjonstyngde. Dette er fordi hensynene som begrunner kontradiksjonsprinsippet også sier noe om kontradiksjonsprinsippets tyngde. For å unngå gjentakelse når jeg senere i kapittel 4 skal drøfte kontradiksjonsprinsippets argumentasjonstyngde nærmere, vil jeg derfor bygge på mange av mine foregående drøftelser her i kapittel 3. Kapittel 3 har dermed et dobbelt formål – jeg skal dels kartlegge hensynene og dels si noe om viktigheten av hensynene.

3.2 Hensyn og begrunnelse for kontradiksjon

Kontradiksjonsprinsippet har en sammensatt begrunnelse. For det første vil det være i både domstolens og partenes interesse å sikre det materielle riktige resultatet i den konkrete sak. Kontradiksjon er en viktig forutsetning for å oppnå dette. For det andre bidrar prinsippet til reell likebehandling av partene – prinsippet er med på å sikre at begge parter opplever domstolsbehandlingen som rettferdig, rimelig og tillitsfull. Kontradiksjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet er tett knyttet sammen, nærmest innbyrdes avhengig av hverandre for en effektiv håndhevelse.³⁷ En vurdering av kontradiksjonsprinsippets begrunnelse krever imidlertid en mer inngående analyse av hvilke hensyn som begrunner et prinsipp om kontradiktorisk saksbehandling. I det følgende vil jeg derfor kartlegge de hensynene som begrunner kontradiksjonsprinsippet, herunder den materielle sannhets prinsipp, likebehandlingsprinsippet, hensynet til partenes tillit til prosessen m.fl.

³⁷ En slik betraktning støttes også av Skoghøy (2017, s. 550) og Backer (2015, s. 103).

3.2.1 Hensynet til det materielt riktige resultatet/sakens opplysning – den materielle sannhets prinsipp

Hensynet til det materielt riktige resultatet og sakens opplysning er et utslag av den materielle sannhets prinsipp. I Rt. 2012 s. 1985 P uttalte tredjevoterende dommer Skoghøy, på generelt grunnlag, i avsnitt 228:

"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, jf. tvisteloven § 1-1. For å oppnå denne målsetningen pålegger tvisteloven § 21-4 første ledd partene å «sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst». I § 21-4 annet ledd pålegges partene også plikt til å opplyse om forhold som går i motpartens favør. Disse bestemmelsene bygger på 'den materielle sannhets prinsipp'".³⁸

En nødvendig forutsetning for et materielt riktig resultat er at domstolen avgjør de rettslige spørsmålene på bakgrunn av et tilstrekkelig opplyst faktum. Sakens opplysning er dermed essensielt for å oppnå et materielt riktig resultat. Den materielle sannhets prinsipp kan utledes fra tvistelovens formålsbestemmelse i § 1-1 hvor det blant annet heter at "[l]oven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig [...] og tillitsskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang [...]". Avgjørelser som er i strid med sannheten vil hverken oppleves som rettferdig, forsvarlig eller tillitsskapende.

Den materielle sannhets prinsipp krever at rettens avgjørelse bygger på et faktum som stemmer overens med virkeligheten. Nært tilknyttet prinsippet om den materielle sannhet er derfor domstolens mulighet for å skaffe seg et mest mulig helhetlig avgjørelsesgrunnlag. Det hjelper ikke at domstolen finner frem til det som fremstår som mest sannsynlig ut fra de bevis domstolen kjenner til, hvis domstolen ikke kjenner de vesentlige bevis i saken.

I dispositive saker har partene selv et ansvar for sakens faktiske opplysning, jf. tvl. § 11-2 annet ledd. Men da må partene gis en reell adgang til å føre de bevis de selv anser relevante for å avgjøre de rettslige spørsmålene i saken. Her ser man at kontradiksjon har en betydelig verdi for sakens opplysning, for å bedre sikre at domstolens avgjørelse er et uttrykk for det materielt riktige resultatet. Presumsjonen er følgelig at dersom partene gis anledning til

³⁸ Uttalelsen er gitt av et mindretall av Høyesterett i plenum i den konkrete saken, men er trolig representativt for Høyesterett i plenum. Se også Rt. 2012 s. 667 A (avsnitt 57) hvor tredjevoterende dommer Skoghøy uttalte det samme i et særavstemning med tilslutning til førstvoterendes resultat.

å imøtegå de bevis motparten fører, samt legge frem sine egne, vil rettens beslutningsgrunnlag være så helhetlig og fullstendig som mulig.

I forbindelse med rettens materielle beslutningsgrunnlag, kommer kontradiksjonsprinsippet til uttrykk gjennom tvl. § 11-1 tredje ledd første punktum, som lyder:

"Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om."

Bestemmelsen gir uttrykk for kontradiksjonsprinsippet og oppstiller en rett for partene til å uttale seg om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.³⁹ På samme måte oppstiller bestemmelsen en plikt for domstolen å legge til rette for slik kontradiksjon. Bestemmelsen avgrensner mot det rettslige avgjørelsesgrunnlaget i saken, og må leses i sammenheng med tvl. § 11-3 om rettens selvstendige ansvar for rettsanvendelsen innenfor rammene av partenes påstander og påstandsgrunnlag. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) uttaler departementet på side 403-404:

"Første punktum vil også få anvendelse der retten vil legge avgjørende vekt på et faktum som ikke er blitt fremhevet av partene, og som de derfor ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Det kan for det første forekomme når retten vil legge til grunn en rettsanvendelse som partene ikke har påberopt, og det av den grunn framstår som aktuelt å bygge på påstandsgrunnlag som ikke er påberopt, jf. drøftelsen under 13.2.2. Da vil forhandlingsprinsippet, jf. § 11-2 første ledd, kreve at partene forholdes det aktuelle påstandsgrunnlaget."

Departementets uttalelse taler for at retten har en omfattende plikt til å legge til rette for kontradiksjon om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Unntaksvis kan også forhandlingsprinsippet i tvl. § 11-2 første ledd gjøre det nødvendig med en viss rettslig kontradiksjon.

Et illustrerende eksempel på rettens plikt til å legge til rette for effektiv kontradiksjon fremgår av Rt. 2005 s. 1698 A. Ankeforhandlingen hadde her blitt innledet med at partenes prosessfullmektiger holdt sine innledningsforedrag. Da den ankende parten hadde gitt sin partsforklaring og retten hadde mottatt forklaringen fra et vitne som var påberopt av

³⁹ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 403.

ankemotparten, besluttet lagmannsretten – etter at partene hadde fått anledning til å uttale seg – å avskjære videre forhandlinger. Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom og begrunnet det i at hensynet til effektiv kontradiksjon og full opplysning av saken ikke ble tilstrekkelig ivare tatt.⁴⁰

Dersom retten bryter kontradiksjonsprinsippet innebærer dette en saksbehandlingsfeil som vil lede til opphevelse av rettens avgjørelse i medhold av tvl. § 29-21 første ledd, dersom "det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket".⁴¹ I en lang rekke kjennelser har Høyesterett uttrykt en meget lav terskel for å betrakte brudd på kontradiksjonsprinsippet for å ha innvirket på avgjørelsen. I Rt. 2012 s. 1688 U uttalte ankeutvalget følgende i avsnitt 15:

*"Kontradiksjonsprinsippet er så grunnleggende at det ikke kan stilles høye krav til sannsynligheten for at feilen kan ha virket inn på resultatet. Som det fremgår av Rt-2005-1590 avsnitt 34, bør det snarere være en presumpsjon for at feilen har virket inn."*⁴²

Dersom det kan påvises brudd på kontradiksjonsprinsippet skal det altså svært lite til før det antas å ha innvirket på avgjørelsen. Presumsjonen er at manglende kontradiksjon har innvirket på avgjørelsens materielle innhold, slik at manglende innvirkning må bevises. Dette illustrerer hvor vesentlig partskontradiksjon er for å sikre sakens opplysning og et materielt forsvarlig beslutningsgrunnlag. Dersom kontradiksjonsprinsippet tilsidesettes er det vanskelig å vurdere hvordan resultatet ville vært uten feilen.

Et illustrerende eksempel er Rt. 2010 s. 1025 A. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsrettens dom skulle oppheves av den grunn at de ankende parter ikke hadde fått anledning til å uttale seg om de faktiske omstendigheter som lagmannsretten hadde lagt avgjørende vekt på. Høyesterett kom, under dissens 3-2, til at den ankende part ikke hadde fått foranledning til å argumentere mot den sakkyndige forklaring som lagmannsretten hadde lagt avgjørende vekt på. Dette var en klar saksbehandlingsfeil, da kravet til kontradiksjon ikke var oppfylt. Førstvoterende fant det "klart at feilen her kan ha virket inn på avgjørelsens innhold" og opphevet avgjørelsen.⁴³

⁴⁰ Se dommens avsnitt 28.

⁴¹ Bestemmelsen gjelder både anke til lagmannsrett og Høyesterett, jf. tvl. § 30-3 første ledd.

⁴² Se også Rt. 2009 s. 1 U, Rt. 2013 s. 65 U og Rt. 2013 s. 438 U vedrørende manglende meddelelse av prosesskriv til partene og Rt. 2011 s. 943 U og Rt. 2014 s. 90 U vedrørende ankenektelser basert på annet faktisk grunnlag enn tingrettens avgjørelse.

⁴³ Dommens avsnitt 59.

Som man ser er hensynet til det materielle riktige resultatet og sakens opplysning en helt nødvendig forutsetning for at domstolen skal kunne komme frem til materielle riktige avgjørelser bygget på riktig faktum. Det er kanskje domstolens viktigste formål. Dette utgjør også den viktigste begrunnelsen for kontradiksjonsprinsippet.

Domstolens evne til å treffe materielle riktige avgjørelser inngår også som en vesentlig del av domstolens tillit i samfunnet for øvrig. Dersom domstolen avsier rettsavgjørelser som bygger på feil eller mangelfullt faktum, vil også utfallet bli uriktig overfor partene. Dersom domstolene hyppig avsier rettsavgjørelser som bygger på feil faktum, vil det kunne svekke befolkningens tillit til domstolen generelt. Dette kan for eksempel komme til uttrykk ved at ankeinstansen ofte tar anken til følge på grunn av at underinstansen har bygget på feil faktum. Underinstansens behandling fremstår som vilkårlig. Det har nok stor innvirkning på domstolens legitimitet. Se nærmere om domstolens legitimitet i punkt 3.2.4.

3.2.2 Likebehandlingsprinsippet og partenes tillit til prosessen

Et annet sentralt hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet er partenes egen tillit til prosessen, som kan ses som et utslag av likebehandlingsprinsippet. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) uttaler departementet på side 167:

"Sentrale deler av kontradiksjonsprinsippet følger langt på vei av likhetsprinsippet, som innebærer at partene skal være tillagt de samme prosessuelle rettigheter i prosessen. Begge prinsipper henger nær sammen med det generelle kravet om en rettferdig rettergang."

Under punkt 3.2 uttalte jeg at kontradiksjonsprinsippet bidrar til reell likebehandling mellom partene. Det vil jeg begrunne nærmere i det følgende.

I tvl. § 1-1 første ledd første punktum heter det at "[l]oven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler." [min utheving]

Av bestemmelsen følger at et av de grunnleggende formål med norsk sivilprosess er å sikre rettens uavhengige og upartiske rolle i tvisteløsningsprosessen. Et viktig moment i domstolens upartiskhet er dens evne til å behandle partene likt. Likebehandling og upartiskhet henger tett sammen. For å nå dette målet må tvisteløsningen for domstolen skje på en "tillitsskapende måte". I dette likebehandlingsperspektivet oppstår det to elementer vedrørende kontradiksjon. For det første må partene gis *samme* mulighet til å gjøre seg kjent med de krav, påstander og anførsler som gjøres gjeldende mot dem – med andre ord en

varsel- og innsynsrett. For det andre må partene gis *like* muligheter til å imøtegå disse. Dersom en part ikke blir varslet om og gjort kjent med de krav som gjøres gjeldende mot ham, vil det heller ikke være noen foranledning for parten til å uttale seg om disse. Dette vil kunne oppleves som forskjellsbehandling, som svekker domstolens *upartiskhet*. Dette kan potensielt ha to videre konsekvenser. For det første er det sannsynlig at parten vil angripe avgjørelsen ved å anke over saksbehandlingen eller bevisvurderingen fordi parten mener prosessen er urettferdig eller avgjørelsen er materielt uriktig som følge av feil faktum. For det andre vil forskjellsbehandling redusere partens tillit til retten som dømmende instans.

Man kan illustrere dette med et enkelt eksempel: Part A og B har bragt en tvist inn for tingretten. I løpet av saksforberedelsen har part B bare blitt meddelt enkelte av part As prosesskriv til domstolen. Begrunnelsen for denne beslutningen er at de ikke-meddelte prosesskrivene ikke inneholder relevant informasjon knyttet til sakens materielle spørsmål. Problemet vi står overfor er om hvorvidt part B skal gis adgang til kontradiksjon rundt informasjon som ikke er ment å påvirke dommerens avgjørelse i de materielle og prosessuelle spørsmålene. Konsekvensen ved å ikke forelegge prosesskrivene for part B kan blant annet være at part Bs tillit til dommerens uavhengighet og nøytralitet svekkes som et resultat av den «privilegerte» kommunikasjonen mellom part A og retten. Man kan i slike tilfeller tenke at part B har lett for å anke over dommen, og begrunne anken i saksbehandlingen. Det er lett å tenke seg at en slik saksbehandling svekker part Bs tillit til retten og prosessens upartiskhet, selv om det i realiteten viste seg at innholdene i prosesskrivene virkelig var irrelevante.

Dersom part B også for eksempel opplever å få en langt større del av sine vitnetilbud avskåret i medhold av tvl. §§ 21-7 og 21-8, vil dette også kunne lede til en anke over rettens bevisvurdering, som en følge av domstolens potensielt mangelfulle faktum. Dette viser at reell og tilstrekkelig kontradiksjon bidrar til partenes tillit til den konkrete prosessen, som igjen bidrar til at partene lettere kan akseptere rettens avgjørelse.

Av tvl. § 9-6 (1) følger det at «[p]artene skal gis adgang til å uttale seg om forhold av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen». Ordlyden i bestemmelsen oppstiller et krav om kontradiksjon i spørsmål «av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen». Dette innebærer at kontradiksjonsprinsippet også gjelder ved avgjørelser om saksbehandlingen, ikke bare ved materielle avgjørelser. Ordlyden oppstiller en nedre grense for kontradiksjonskravet ved at spørsmålet må være av «betydning». Bestemmelsen må tolkes i samsvar med EMK art. 6 nr. 1 og EMDs praksis om likebehandling og kontradiksjon.

Saken *Walston (nr. 1) mot Norge (2003)* for EMD omhandlet dels et materielt spørsmål, dels et prosessuelt spørsmål om en dommers habilitet. Klagerne hadde, foruten å

bestride de krav motparten hadde gjort gjeldende, rettet en habilitetsinnsigelse mot rettens leder. Både habilitetsinnsigelsen og de materielle spørsmålene ble behandlet av namsretten, som hverken ga klagerne medhold i de materielle spørsmål eller habilitetsinnsigelsen. Ved behandlingen for lagmannsretten, hadde klagerne skiftet prosessfullmektig og ba om innsyn i sakens dokumenter fra retten. Dette ble hverken tatt til følge av lagmannsretten eller senere av Høyesterett. EMD konstaterte at dette innebar en krenkelse av både likebehandlings- og kontradiksjonsprinsippet. EMD uttalte i avsnitt 56:

"The principle of equality of arms ' - one of the elements of the broader concept of fair trial – requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent' [...]".

Videre uttalte domstolen i avsnitt 58:

"The Court does not need to determine whether the omission to communicate the document caused the applicants prejudice; the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice [...]. It is for the applicants to judge whether or not a document calls for their comments [...]. In the present case, the mere fact that the applicants were unable to respond meant that they were placed at a disadvantage vis-à-vis the Bank in the High Court proceedings, in a manner at variance with the fair hearing guarantee in Article 6 § 1 of the Convention".

EMD-praksis uttrykker at partene selv skal få anledning til å vurdere om hvorvidt det er behov for imøtegåelse av prosesskriv og deltakelse i saksforberedende avgjørelser. Denne regelen blir begrunnet i et grunnleggende prinsipp om likebehandling – "equality of arms". Likebehandlingsprinsippet har en sammensatt begrunnelse, men to vesentlige momenter er (1) å sikre tiltroen til rettens uavhengighet og upartiskhet og (2) en lik rett for begge parter til å føre sin sak. Dette må også ha overføringsverdi for fastleggelsen av vilkåret «betydning» i tvl. § 9-6 (1); det må være partene selv som fastlegger hvilke forhold som er av «betydning».

I tillegg må det nevnes at mangler ved domstolens saksbehandling lett kan lede til opphevelse av en påanket dom, som dermed innebærer omfattende kostnader for partene ved at saken dermed sendes tilbake til underinstansen for ny behandling. Nærmere om hensynet til ressursbesparende prosesser i punkt 3.2.5.

3.2.3 Hensynet til partenes ansvar for sakens opplysning – forhandlingsprinsippet

Forhandlingsprinsippet er todelt: For det første oppstiller prinsippet en regel om at partene i fellesskap har ansvar for sakens opplysning. Dette fremgår av tvl. § 11-2 annet ledd som sier at "[p]artene har hovedansvaret for å sørge for bevisføringen". For det andre innebærer forhandlingsprinsippet en regel om at retten i dispositive saker bare kan bygge på de påstandsgrunnlag partene har påberopt, jf. tvl. § 11-2 første ledd annet punktum.⁴⁴

Kontradiksjonsprinsippet angår begge disse aspektene av forhandlingsprinsippet.

Siden det er partene som har hovedansvaret for å redegjøre for de faktiske forhold og føre de bevis som er av betydning for avgjørelsen, må også partene gis adgang til det. Dette gjelder både for sine egne krav og anførsler, samt imøtegå de krav og anførsler som rettes mot en. Det er utvilsomt at partskontradiksjon er en helt nødvendig forutsetning for å sikre et helhetlig og forsvarlig beslutningsgrunnlag i både dispositive og indispositive saker, jf. ovenfor under punkt 3.2.1. Dette har sammenheng med at det er partene som har best forutsetninger for å skaffe til veie de relevante faktiske opplysninger i saken.

Regelen i tvl. § 11-2 første ledd annet punktum må betraktes som en påbygning av kontradiksjonsprinsippet, som gjør kontradiksjonsretten effektiv. I bestemmelsen heter det at "*retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt*". Bestemmelsen gir dels uttrykk for disposisjonsprinsippet, dels forhandlingsprinsippet. Disposisjonsprinsippet kommer til uttrykk ved at det er partene selv som skal trekke opp de påstandsgrunnlag retten kan bygge avgjørelsen på, som således binder retten. Dette er imidlertid ikke det sentrale i denne sammenheng. Det sentrale er forhandlingsprinsippets funksjon i bestemmelsen. Det følger av § 11-2 første ledd siste punktum at påstandsgrunnlag er "*de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på*" [min kursivering]. Påstandsgrunnlagene knytter seg derfor til rettens faktiske beslutningsgrunnlag, som partene har ansvaret for å skaffe til veie. Skoghøy begrunner regelen i § 11-2 første ledd med at det "først og fremst er det sett av faktiske omstendigheter som partene særlig har fremhevet som begrunnelse for sine standpunkt, som motparten har hatt tilstrekkelig oppfordring til å gjennomgå".⁴⁵ Dersom retten treffer avgjørelse som faller utenfor de påstandsgrunnlag partene har påberopt seg, vil

⁴⁴ Denne definisjonen av forhandlingsprinsippet, og samtidig grensen mot disposisjonsprinsippet er forutsatt i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404-405.

⁴⁵ Skoghøy (2017, s. 573).

retten treffe en avgjørelse på rettsstiftende faktiske forhold partene ikke nødvendigvis har hatt tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om.

3.2.4 Hensynet til domstolens legitimitet

Domstolens rolle som dømmende, rettsutviklende og rettskapende instans hviler til enhver tid på dens legitimitet i befolkningen og samfunnet. Domstolene er en av tre statsmakter, og domstolenes gyldighet og legitimitet er avhengig av tillit i samfunnet.⁴⁶

Domstolenes legitimitet er blant annet avhengig av at retten opptrer uavhengig og nøytralt. Dette har for det første betydning for partenes tillit til prosessen. For det andre er det vesentlig for den øvrige befolkningens tillit til domstolens rolle som uavhengig og dømmende statsmakt. Domstolenes legitimitet beror også på evnen til å avsi rettferdige og materielt riktige avgjørelser. I begge disse sammenhengene vil kontradiksjonsprinsippet være av vesentlig betydning.

Muligheten for partene til å presentere sitt syn på sakens faktum, føre de bevis som taler for sitt syn og samtidig få innsyn i og imøtegå motpartens bevis, er en vital del av det tillitsskapende elementet ved rettslige prosesser. Dette reflekteres i partenes tiltro til dommerens nøytralitet og objektivitet, og samtidig dens evne til å treffe den materielt riktige avgjørelsen. Man kan altså si at domstolens evne til å ivareta kontradiksjon ved rettslige prosesser er avgjørende for befolkningens tillit til domstolen generelt.

3.2.5 Hensynet til ressursbesparende prosesser

Hensynet til ressursbesparende prosesser innebærer at den rettslige tvisten mellom partene blir så billig og effektiv som mulig ut fra sakens omfang og formål. Tvisteloven har som hovedformål å effektivisere løsningen av sivile saker, og, dersom tvisten bringes inn for domstolen, gjøre behandlingen av den så kostnadsbesparende som mulig. Intuitivt kan man hevde at kontradiksjon kan bidra til å forlenge en rettslig prosess unødvendig, slik at også partenes utgifter blir urimelig høye. Dette kan nok tenkes, og i slike tilfeller vil hensynet til en ressursbesparende prosess tale mot en utstrakt kontradiksjonsadgang.

Likevel er det vesentlige elementer i hensynet til en ressursbesparende prosess som tilsier at kontradiksjonsprinsippet må etterleves. Disse elementene er nevnt tidligere, men i en annen kontekst. Risikoen for en materielt uriktig avgjørelse ved mangelfull kontradiksjon er ikke ubetydelig. Presumsjonen er jo nettopp at manglende kontradiksjon har virket inn på

⁴⁶ Her skal det presiseres at Tiltroundersøkelsen 2017 viser at norske domstoler nyter stor tillit i befolkningen hvor til sammen 86 % av de forespurte sier at de har svært, eller ganske, stor tiltro til domstolene.

avgjørelsen, jf. ovenfor under punkt 3.2.1. Dette kan lett lede til en anke over bedømmelsen av det faktiske forhold i saken eller saksbehandlingen. Dersom det ankes over bedømmelsen av faktum i en dom, tas saken opp til ny realitetsbehandling hvor ytterligere prosesskostnader påløper, jf. tvl. § 29-16. Dersom det ankes over saksbehandlingen på grunn av manglende kontradiksjon, og ankeinstansen finner at den manglende kontradiksjonen har virket inn på underinstansens avgjørelse, skal denne oppheves og vanligvis sendes tilbake til førsteinstansen for ny behandling, jf. tvl. § 29-23 tredje ledd jf. § 29-24 første ledd. Også i slike tilfeller løper prosesskostnader, både for ankeinstansen, ny behandling i førsteinstansen, samt risikoen for en ny senere anke over dommen.

Drøftelsen over viser at kontradiksjonsprinsippet har vesentlige ressursbesparende elementer ved seg. Ved kontradiksjon i førsteinstansen, vil bevisgrunnlaget for rettens avgjørelse være bedre, slik at dommen har bedre forutsetninger for å være «riktig». Dermed sparer partene unødvendige prosesskostnader.

Man kan også hevde at kontradiksjon bidrar til en effektivitet i domstolsapparatet, ved at saken blir avgjort «riktigere» og mer tillitsvekkende, som potensielt hindrer rettsmiddelskritt. Dette kan også tenkes å redusere restansen av saker i domstolene, og bidra til en mer effektiv saksavvikling generelt.

3.2.6 Verdien av at saker løses

Som vist ovenfor i punkt 3.2.2 er kontradiksjonsprinsippet helt nødvendig for partenes tillit til prosessen. Tilliten til domstolene er i sin tur en avgjørende forutsetning for at domstolene skal kunne fylle sin rolle som tvisteløsningsorgan. Dersom domstolsprosessen oppleves vilkårlig og partisk, vil domstolenes tillit svekkes, og partenes tiltro til at den konkrete behandlingen blir balansert svekkes. Kontradiksjonsprinsippet er derfor viktig som forutsetning for at partene skal søke inn til domstolen. Dersom partene ikke gis kontradiksjon når saken fremmes for domstolen, er det ikke utenkelig at parter ikke søker domstolens hjelp til å løse senere tvister. Kontradiksjon må derfor betraktes som en nødvendig forutsetning for tvisteløsning generelt. Dette kan bety at tvister ikke like effektivt vil bli håndhevet ved hjelp av domstolen og statens myndigheter – som dermed også innebærer at tvister potensielt forblir uløste – og at tvisteloven og domstolene ikke makter å fylle sin viktigste oppgave.

4 Kontradiksjonsprinsippets argumentasjonstyngde – kontradiksjon som utgangspunkt

4.1 Innledning

Formålet med denne delen av avhandlingen er å undersøke hvor tungtveiende kontradiksjonsprinsippet er. Med "argumentasjonsverdi" mener jeg den tyngde kontradiksjonsprinsippet kan og bør tillegges i juridiske vurderinger. Dette er viktig i flere relasjoner i avhandlingen, både for drøftelsene *de lege lata* og for drøftelsene *de lege ferenda*.

Et sentralt spørsmål er om kontradiksjonsprinsippet står så sterkt at retten til kontradiksjon danner et utgangspunkt som det skal svært mye til å fravike. I så fall vil dette naturlig nok påvirke tolkningen av regelen i tvisteloven § 32-7 om unntak fra muntlig forhandling ved avgjørelser som midlertidig sikring, som er tema i avhandlingens del 3. I tillegg vil dette danne utgangspunktet for vurderingene av rettens praksis i del 4.

Endelig er kontradiksjonsprinsippets argumentasjonstyngde et grunnleggende utgangspunkt for drøftelsene av retten *de lege ferenda* i avhandlingens del 5.

Når man skal vurdere kontradiksjonsprinsippets tyngde i juridisk argumentasjon, er det naturlige utgangspunkt de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet, og som jeg allerede har behandlet i kapittel 3. Dette skal jeg kort kommentere i punkt 4.2.

Deretter skal jeg komme nærmere inn på hvordan kontradiksjonsprinsippet kommer til uttrykk i noen av våre tyngste formelle rettskilder, nemlig i Grl. § 95 og EMK art. 6. Det skal jeg gjøre i punkt 4.3. Prinsippets gjennomslagskraft illustreres også de hensyn som i vår rettsorden begrunner helt eller delvis unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Dette skal jeg se nærmere på under punkt 4.4.

4.2 De hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet danner grunnlag for et utgangspunkt som det skal mye til for å fravike

Ovenfor i kapittel 3 har jeg allerede kartlagt de hensyn som begrunner retten til kontradiksjon. Som det fremgår der er dette meget viktige hensyn, noe som i seg selv tilsier at retten til kontradiksjon må stå meget sterkt i prosessen generelt.

Som drøftelsen viser, er de hensyn som begrunner kontradiksjon sterkt befestet. Hensynene kommer til uttrykk i tvisteloven, kanskje viktigst er tvl. § 1-1 som oppstiller sivilprosessens grunnleggende formål.

De er også ofte påpekt av Høyesterett som viktige forutsetninger i sivilprosessen. Spesielt viktig i denne sammenheng er den materielle sannhets prinsipp og likebehandlingsprinsippet, som Høyesterett har slått fast som særlig tungtveiende en rekke ganger, se ovenfor under 3.2.1 og 3.2.2.

I forbindelse med utarbeidelsen av ny tvistelov uttalte Tvistelovsutvalget følgende:

"Særlig viktige hensyn ved utformingen [av tvisteloven] vil være: (1) Domstolene må være tilgjengelige som tvisteløsningsorgan. (2) Tvisteløsningen må være forsvarlig med henblikk på materielt riktige avgjørelser. (3) Tvister for domstolene må kunne løses innen rimelig tid og (4) med prosessomkostninger som for partene og samfunnet er akseptable. Disse hensynene er delvis samvirkende, men vil også i noen grad kunne være motstridende ved regelutformingen, og det må da skje en avveining mellom dem. [...]

I tillegg til de hensyn som er nevnt, er det meget viktig at prosessreglene bygger opp under domstolenes tillit som tvisteløsningsorgan. Ivaretas de hensynene som er skissert foran under (1) til (4), vil det i seg selv være egnet til å gi tillit til domstolene. Men det er likevel grunn til å ha dette med tillit for øye som eget formål med prosessreglene, og ikke bare som en avledet virkning av regler som kan være utformet ut fra andre hensyn."⁴⁷

Sitatet viser Tvistelovsutvalgets viktigste forutsetninger ved utarbeidelsen av den nye tvisteloven, herunder de hensyn loven skulle ivareta. Som man kan se er det klare likhetstrekk mellom de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet, som redegjort for ovenfor under punkt 3.2.1, og de hensyn som er grunnleggende utgangspunkt i sivilprosessen generelt. Her fremheves hensynet til det materielt riktige resultatet, hensynet til ressursbesparende domstolsbehandling, og hensynet til domstolens tillit som tvisteløsningsorgan hos partene konkret og generelt i befolkningen, av utvalget. Hensynene har dermed en slags dobbel funksjon – de begrunner kontradiksjonsprinsippet, og utgjør den grunnleggende begrunnelsen for norsk sivilprosess generelt. Slik sett er det klart at det er hensyn som til sammen utgjør et naturlig utgangspunkt og en tungtveiende hovedregel. Dette taler for at kontradiksjon er den naturlige og tungtveiende hovedregelen, som det skal mye til for å fravike.

⁴⁷ NOU 2001:32 A s. 129 første spalte.

4.3 Kontradiksjonsprinsippetts menneskerettslige element

For å analysere de menneskerettslige aspektene ved prinsippet må man foreta en nærmere analyse av de relevante menneskerettsbestemmelser hvor prinsippet er kodifisert. I det følgende skal jeg se nærmere på EMK art. 6 nr. 1 (punkt 4.3.1) og Grl. § 95 (punkt 4.3.2).

4.3.1 EMK art. 6 nr. 1

Etter menneskerettsloven § 3 jf. § 2 nr. 1 gjelder EMK som norsk rett med forrang foran alminnelig lovgivning. Konsekvensen av dette er at norsk rett må være i overenstemmelse med de krav og rettigheter EMK oppstiller. Ved eventuell motstrid mellom en norsk internrettslig regel og EMK, skal den internrettslige regelen settes til side. EMK art. 6 nr. 1 lyder:

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.[...]" [min utheving]

Som ordlyden i bestemmelsen indikerer, oppstiller den et krav om rettferdig rettergang ("fair hearing") i både sivile saker og straffesaker. Hva som nærmere ligger i kravet til "fair hearing" er imidlertid ikke helt åpenbart etter ordlyden. Det er nødvendig å utfylle bestemmelsen med EMDs praksis.

I storkammersaken *Regner mot Den tsjekkiske republikk (2017)* uttalte domstolen følgende:

"The Court reiterates that the adversarial principle and the principle of equality of arms, which are closely linked, are fundamental components of the concept of a "fair hearing" within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention."⁴⁸ [min utheving]

I saken hadde nasjonale domstoler nektet klageren innsyn i avgjørende bevis. Dette ble begrunnet i at dokumentene var konfidensielle. Klageren anførte at denne nektelsen innebar en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 og retten til "fair [...] hearing", noe EMD ga ham medhold i.

Som det fremgår av uttalelsen presenterer domstolen to fundamentale rettigheter – kontradiksjonsprinsippet ("the adversarial principle") og likebehandlingsprinsippet ("the principle of equality of arms") – som utledes fra formuleringen "fair hearing". Videre uttaler domstolen:

⁴⁸ *Regner mot Den tsjekkiske republikk (2017)* avs. 146.

*"They require a "fair balance" between the parties: each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent or opponents".*⁴⁹

Kontradiksjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet er etter EMK art. 6 nr. 1 derfor nært tilknyttet, og bør drøftes i sammenheng. I det følgende vil derfor kontradiksjonsprinsippet ("the adversarial principle") etter EMK art. 6 nr. 1 presenteres nærmere, og deretter likebehandlingsprinsippet ("the principle of equality of arms").

4.3.1.1 Kontradiksjonsprinsippet etter EMK art. 6 nr. 1

EMD har avsagt en rekke avgjørelser som nærmere presiserer retten til kontradiksjon i sivile saker etter EMK art. 6 nr. 1. I avgjørelsen *Krčmář med flere mot Den tsjekkiske republikk* (2000) uttaler EMD i avsnitt 40:

*"However, the concept of a fair hearing also implies the right to adversarial proceedings, according to which the parties must have the opportunity not only to make known any evidence needed for their claims to succeed, but also to have knowledge of, and comment on, all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision".*⁵⁰

Klageren påstod krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 som følge av at den nasjonale domstolen hadde basert sin avgjørelse på dokumenter som ikke ble fremlagt i den muntlige forhandlingen eller diskutert partene imellom. EMD konstaterte at dette utgjorde en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1.

Etter dette er det klart at EMK art. 6 nr. 1 består av et todelt kontradiksjonsprinsipp; (1) en rett til å presentere egne bevis, samt (2) en rett til innsyn i og mulighet for å imøtegå ethvert annet bevis i saken.

4.3.1.2 Likebehandlingsprinsippet etter EMK art. 6 nr. 1

Som påpekt i *Regner*-avgjørelsen er kontradiksjonsprinsippet tett knyttet til likebehandlingsprinsippet. EMD har presisert dette prinsippet under formuleringen "equality of arms", hvor hovedformålet er å ivareta en rettferdig balanse ("fair balance") mellom

⁴⁹ *Regner mot Den tsjekkiske republikk* (2017) avs. 146.

⁵⁰ Se i denne sammenheng også avgjørelsene *Ruiz-Mateos mot Spania* (1993) avsnitt 63, *McMichael mot Storbritannia* (1995) avsnitt 80, storkammeravgjørelsen *Vermeulen mot Belgia* (1996) avsnitt 33, storkammeravgjørelsen *Lobo Machado mot Portugal* (1996) avsnitt 31 og storkammeravgjørelsen *Kress mot Frankrike* (2001) avsnitt 74.

partene. I dette prinsippet ligger at partene må gis effektiv mulighet til å presentere sitt syn på saken og gjøre rede for sine anførsler under forutsetninger som ikke setter parten i en ufordelaktig posisjon sammenlignet med motparten. Dette følger blant annet av den omtalte *Regner*-avgjørelsen (avs. 146) og avgjørelsen *Dombo Beheer B.V. mot Nederland (1993)*.

Sistnevnte avgjørelse knyttet seg til behandlingen av en tvist mellom klageren, et nederlandsk selskap, og selskapets bankforbindelse. Ved behandlingen for nasjonale domstoler ble bankens representant gitt tillatelse til å avgi partsforklaring for domstolen, mens innklagerens representant ble nektet å avgi forklaring. Det nederlandske selskapet klaget derfor staten Nederland inn for EMD med påstand om brudd på EMK art. 6. Etter å ha presisert at det gjelder et klart prinsipp om likebehandling etter EMK art. 6 nr. 1 ved behandling av sivile saker uttaler domstolen i avsnitt 33:

"The Court agrees with the Commission that as regards litigation involving opposing private interests, "equality of arms" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent". [min utheving]

EMD anvender formuleringen "substantial disadvantage vis-à-vis his opponent" ved fastleggelsen av likebehandlingsprinsippet. Det er dermed ikke tilstrekkelig at parten settes i en ufordelaktig posisjon overfor motparten – den må således være betydelig ("substantial").

I avgjørelsen *APEH Üldözötteinek Szövetsége med flere mot Ungarn (2001)* uttaler domstolen i avsnitt 42:

*"It is a matter for the parties to assess whether a submission deserves a reaction and it is inadmissible for one party to make submissions to a court without the knowledge of the other and on which the latter has no opportunity to comment."*⁵¹

EMD presiserer at det vil innebære en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 dersom parten ikke får innsyn i prosesskrivene til domstolen i saken, på samme måte som i *Walston (nr. 1) mot Norge (2003)*. Likebehandlingsprinsippet, slik det er redegjort for under punkt 3.2.2, har dermed en menneskerettslig forankring i EMK art. 6 nr. 1.

⁵¹ Se også saken *Walston mot Norge (nr. 1) (2003)* avs. 58.

4.3.2 Grunnloven § 95 første ledd

Grunnloven § 95 første ledd lyder:

"Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig. Retten kan likevel lukke rettsmøtet dersom hensynet til partenes privatliv eller tungtveiende allmenne interesser gjør det nødvendig." [min utheving]

Av ordlyden kan man, i likhet med EMK art. 6 nr. 1, utlede et krav om rettferdig rettergang. Det videre spørsmålet er om man kan utlede et kontradiksjonsprinsipp og et likebehandlingsprinsipp med utgangspunkt i Grl. § 95 første ledd, og hva disse eventuelt inneholder.

I forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014 uttrykte Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité følgende om dette i Innst. 169 S (2012-2013) s. 11 annen spalte:

"Retten til en rettferdig rettergang vil arte seg forskjellig alt etter som det er tale om sivile saker eller straffesaker, men de sentrale elementene i en rettferdig rettergang kan i hovedtrekk likevel sies å være følgende: retten til å la seg representere av advokat, retten til å bli kjent med anklagene mot seg, retten til å forsvare seg mot anklagene (kontradiksjon), retten til tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar, retten til å føre og eksaminere vitner, retten til tolk, retten til offentlig rettergang, retten til begrunnelse for avgjørelsen, retten til anke, og retten til å få saken prøvet for en uavhengig og upartisk domstol med habile dommere innen rimelig tid." [min utheving]

Som et generelt utgangspunkt kan man slå fast at grunnleggende krav til kontradiksjon og likebehandling er dypt festet i norsk prosessrett, og inngår som sentrale forutsetninger i en rettferdig rettergang. Hva som nærmere ligger i Grunnlovens krav til en rettferdig rettergang er imidlertid ikke helt lett å utlede fra ordlyden alene.

Grunnloven § 95 første ledd annet punktum uttrykker et krav om rettferdig rettergang, på lik linje med EMK art. 6 nr. 1. Aktuelt i denne sammenhengen er derfor spørsmålet om det må innfortolkes samme materielle rettigheter i Grl. § 95 første ledd som i EMK art. 6 nr. 1.

Utgangspunktet i norsk rett er lex superior-prinsippet om at lover med høyere rang ved motstrid skal gå foran lover av lavere rang.⁵² Det er imidlertid også klart at EMK er en

⁵² Skoghøy (2018, s. 256-257).

folkerettslig konvensjon, og dermed omfattet av presumsjonsprinsippet. I denne sammenheng kan det vises til GrL. § 92 som uttrykk for at internasjonale menneskerettigheter skal respekteres, og således også har et sterkere vern enn andre folkerettslige forpliktelser. Lønningutvalget uttrykte at "Grunnlovens menneskerettsbestemmelser [...] må tolkes i lys av internasjonale menneskerettskonvensjoner og praksis knyttet til disse".⁵³ Utvalget uttrykte også mer spesifikt følgende:

*"For den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til tidligere rettspraksis på området, og den omfattende internasjonale praksis, særlig fra EMD."*⁵⁴

I HR-2016-2554-P (Holship) fastla Høyesterett innholdet i retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd med utgangspunkt i parallellbestemmelsen i EMK art. 11. Høyesterett uttalte i avsnitt 81:

"Ved fastleggelsen av retten til organisasjonsfrihet etter Grunnloven § 101 første ledd er det naturlig å ta utgangspunkt i retten til organisasjonsfrihet etter EMK artikkel 11. På samme måte som Grunnloven § 102 om rett til privatliv er § 101 første ledd utformet med blant annet den tilsvarende rett etter EMK som forbilde [...]".

Bårdsen oppsummerer Høyesteretts fremgangsmåte ved fortolkningen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser på følgende måte:

*"Høyesterett har iallfall i sin praksis så langt i stor grad – i tråd med det som nå også har fått tilslutning i plenumsdommen [Holship-saken, min anm.] – fulgt den linjen at man angriper grunnlovstolkningen og konvensjonstolkningen i en nokså integrert prosess. Praksis, for eksempel fra Den europeiske menneskerettsdomstolen, trekkes – med harmonisering for øyet – direkte inn ved formuleringen av grunnlovsnormen og ved den konkrete anvendelsen av den, på en måte som minner om menneskerettsdomstolens bruk av egen case law ved tolkningen av konvensjonen."*⁵⁵

I Rt. 2014 s. 1292 A uttalte Høyesterett enstemmig i avsnitt 21:

⁵³ Dokument 16 (2011-2012) s. 90 første spalte.

⁵⁴ Dokument 16 (2011-2012) s. 122 andre spalte.

⁵⁵ Bårdsen (2017, s. 10-11).

*"Jeg legger til grunn at retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 første ledd er en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges «i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området», jf. Dok.nr. 16 (2011–2012) side 122."*⁵⁶

Det er slik at Høyesterett i praksis ofte anvender Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1 parallelt som grunnlag for retten til en rettferdig rettergang. Dette gjelder blant annet i saker om dommerhabilitet, se her spesielt HR-2017-327-A (avsnitt 12) og HR-2018-451-A (avsnitt 11). Dette kan tas til inntekt for at Grunnloven § 95 må tolkes i samsvar med EMK artikkel 6.

HR-2016-941-U gjaldt spørsmålet om retten hadde begått saksbehandlingsfeil ved ikke å avholde muntlige forhandlinger i en sak om konkurskarantene. Konkursdebitor hadde frafalt krav om muntlig forhandling for byfogdembetet. Ankeutvalget uttalte at det var en saksbehandlingsfeil av lagmannsretten at det ikke var vurdert om det under henvisning til EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 95 skulle vært avholdt muntlige forhandlinger. Om man skulle bygge på at debitor hadde krav på muntlige forhandlinger for lagmannsretten – var det likevel ikke begått noen feil som hadde hatt betydning for sakens utfall.

Selv om Høyesterett ikke har tatt eksplisitt stilling til spørsmålet, må man etter dette kunne legge til grunn at Grl. § 95 første ledd må tolkes slik at bestemmelsen minst gir det samme vern som EMK art. 6 nr. 1. Det er likevel ikke noe i veien for at grunnlovsbestemmelsen kan gi et bedre vern. Virkningen av dette er at det må kunne innfortolkes et kontradiksjonsprinsipp og et likebehandlingsprinsipp etter Grl. § 95 første ledd med samme materielt innhold som EMK art. 6 nr. 1.

4.3.3 Oppsummering

Som man kan se av drøftelsene ovenfor inngår kontradiksjonsprinsippet som en nødvendig forutsetning for en rettferdig rettergang. Prinsippet er forankret i både EMK art. 6 nr. 1 og i Grunnloven og har således den høyeste rettskildemessige forankring. EMK art. 6 nr. 1 oppstiller et krav til en rettferdig rettergang. I kravet til en rettferdig rettergang ligger det to vesentlige momenter i kravet til kontradiksjon ("adversarial proceedings") og likebehandling ("equality of arms"). Kontradiksjonsprinsippet og likebehandlingsprinsippet er av EMD så tett

⁵⁶ Se også Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2015 s. 93 A (Maria-saken), hvor domstolen blant annet behandlet forholdet mellom Grl. § 102 og EMK art. 8. Høyesterett uttrykker i avgjørelsen et prinsipp om at Grl. § 102 om retten til respekt for familie- og privatliv, skal tolkes med utgangspunkt i sin parallellbestemmelse i EMK art. 8. Likevel vil EMD-praksis ikke ha samme prejudikatsvirkning. Høyesterett forbeholder seg retten til å tolke og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser. Se også Skoghøy (2015, s. 196) og Askeland (2018, punkt 4.3.3 på side 530-531)

knyttet sammen at de er en nødvendig forutsetning for hverandres effektivitet.

Kontradiksjonsprinsippet etter EMK art. 6 nr. 1 har to elementer: (1) en rett til å presentere egne bevis og (2) en rett til innsyn i og å imøtegå de øvrige bevis. Likebehandlingsprinsippet har som hovedformål å ivareta en rettferdig balanse mellom partene, hvor det vil innebære en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 om den ene parten settes i en betydelig ubalanse i forhold til motparten. Likelydende prosessuelle rettigheter kan også innfortolkes i Grl. § 95.

Både Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1 er uttrykk for idealer – et ønske om hvordan domstolsprosessen bør være. De kan imidlertid også håndheves, og vil være av vesentlig betydning i ethvert spørsmål om å fravike kontradiksjonsprinsippet. Dersom kontradiksjonsprinsippet fravikes, kan dette innebære brudd på bestemmelsene. Denne konstitusjonelle og menneskerettslige forankringen gir kontradiksjonsprinsippet ytterligere argumentasjonstyngde.

4.4 Adgangen til å gjøre unntak fra kontradiksjon

4.4.1 Innledning

Et viktig moment ved å vurdere argumentasjonsverdien av kontradiksjonsprinsippet, er å se nærmere på de hensyn som begrunner unntak fra det. I dette henseende må man skille mellom to typer hensyn: For det første de hensyn som taler for et totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet, og for det andre de hensyn som taler for et delvis unntak fra kontradiksjonsprinsippet.

Skillet mellom totalt og et delvis unntak fra kontradiksjonsprinsippet er høyst relevant sett i sammenheng med avhandlingens tema og problemstilling. Som jeg vil komme tilbake til under kapittel 7, gir ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd hjemmel for å gjøre unntak fra retten til "muntlig forhandling", dersom det er fare ved opphold. Den praktiske hovedregelen i domstolene, er imidlertid at saksøkte *heller ikke blir varslet* om begjæringen om midlertidig sikring. Saksøkte opplever dermed et totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Tvisteloven § 32-7 annet ledd praktiseres dermed med *to* mulige konsekvenser for saksøkte – ikke bare unntak fra muntlig forhandling, men også fullstendig unntak fra muligheten til å komme til orde og påvirke avgjørelsen på grunn av manglende varsel.

Den nærmere forskjellen mellom disse to konsekvensene skal belyses under kapittel 7. Der skal jeg også vurdere hvorvidt tvl. § 32-7 annet ledd *de lege lata* åpner for en slik praksis. I denne delen av avhandlingen er perspektivet følgende: Dersom det skal gjøres unntak fra kontradiksjonsprinsippet – hvilke hensyn kan begrunne et slikt unntak?

I det følgende skal jeg altså først, i punkt 4.4.2, se på de hensyn som begrunner totalt unntak fra kontradiksjon. I punkt 4.4.3 skal jeg deretter se nærmere på hensyn som taler for et delvis unntak fra det.

4.4.2 I hvilke tilfeller tillater norsk rettergang fullstendig unntak fra kontradiksjon?

Dersom man ser på norsk prosessordning samlet, herunder både sivilprosess, straffeprosess og forvaltningsprosess, er det sjelden en lovbestemmelse åpner for å unnta totalt fra kontradiksjon. Det finnes imidlertid noen få bestemmelser, som jeg skal komme tilbake til, som åpner for å unnta kontradiksjon fra den ene part.

Innledningsvis skal jeg peke på et viktig utgangspunkt. Terskelen for å gjøre totalt unntak fra kontradiksjon er meget høy. I Rt. 2000 s. 1261 U (Storbyguide-saken) hadde to selskap begjært bevisopptak utenfor rettssak. Saksøkerne ba om at begjæringen ikke ble forkynt for motparten, Storbyguiden AS. Motparten skulle således ikke bli varslet eller få uttale seg. Begrunnelsen for dette var en mistanke om ulovlig installasjon av programvare, og frykten for at Storbyguiden AS ville ødelegge bevis dersom begjæringen ble forkynt. Oslo byrett fant at det måtte hentes inn uttalelse fra motparten, en avgjørelse som selskapene påkjærte. Lagmannsretten besluttet å nekte behandling av kjæremålet fordi det ikke var forkynt for motparten. Lagmannsrettens beslutning ble også påkjært. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at den daværende tvistemålsloven § 399 annet ledd⁵⁷, som bestemte at et kjæremål skal forkynnes for motparten, ikke kunne tolkes innskrenkende. Utvalget uttalte på side 1263:

"Reglene om forkynnelse i § 399 ivaretar det fundamentale hensyn til kontradiksjon i tvistemål. Bestemmelsen gir etter sin ordlyd ikke rom for noen innskrenkende tolkning. Ut over de tilfellene der hensynet til kontradiksjon ikke gjør seg gjeldende, er bestemmelsen tatt på ordet også hvor det foreligger et begrunnet behov for å unnlate varsel til motparten, jf. Rt. 1977 s. 696 og side 972."

Utvalgets bemerket at de kjærende parter oppfatning ville ha som konsekvens "at det må gjennomføres en form for hemmelig rettergang".⁵⁸

⁵⁷ Se den någjeldende tvl. § 29-10 annet ledd.

⁵⁸ Dommen side 1263. For øvrig kan det bemerkes at kjæremålsutvalgets avgjørelse ble truffet uten at motparten fikk uttale seg. Dette er ikke i strid med kontradiksjonsprinsippet, da avgjørelsen var til gunst for motparten. Robberstad (2009, s. 9) kommenterer avgjørelsen på følgende måte: "Avgjørelsen fra 2000 viser at den part som

Spørsmålet i det følgende er; i hvilke tilfeller tillater vår prosessordning totalt unntak fra kontradiksjon, og hvorfor? Kan det på denne bakgrunn utledes noen generelle hensyn eller interesser som kan begrunne totalt unntak fra kontradiksjon? I det følgende skal jeg se nærmere noen utvalgte tilfeller hvor det tillates totalt unntak fra kontradiksjon hentet fra først sivilprosessen, dernest forvaltningsprosessen og til sist straffeprosessen.

4.4.2.1 Innen sivilprosessen

Innenfor sivilprosessen kan man trekke frem tre tilfeller hvor domstolen kan fatte avgjørelse uten at kontradiksjon fra saksøkte er sikret. For det første kan dette skje ved avsigselse av fraværdommer i medhold av tvl. § 16-10 første ledd, for det andre ved bevisopptak utenfor rettsak i medhold av tvl. § 28-3 fjerde ledd og for det tredje ved midlertidig sikring etter tvl. § 32-7 annet ledd. I det følgende skal jeg se nærmere på tvl. §§ 16-10 første ledd og 28-3 fjerde ledd. Tvisteloven § 32-7 annet ledd vil jeg kort vise til under dette punktet, og behandle mer inngående i avhandlingens del 3.

Vilkårene for å avsi fraværdom er (1) at saksøkte har fravær i saken, jf. tvl § 16-10 første ledd, (2) at fraværdom er begjært av saksøker, jf. annet ledd, (3) at saksøker gis medhold i saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. annet ledd, og (4) at saksøkerens krav og påstandsgrunnlag har blitt meddelt saksøkte, jf. annet ledd. Vesentlig av relevans i denne sammenhengen er at saksøkte er forsøkt gjort kjent med saksøkers krav og påstandsgrunnlag. Saksøkte er varslet og gitt mulighet til å imøtegå kravene, men har ved sitt fravær ikke gjort dette. Selv om domstolen, ved å avsi fraværdom, ikke har kunnet ta i betraktning saksøktes bevis og faktumbeskrivelse, later det til at en slik løsning aksepteres fordi saksøkte *har hatt mulighet* til kontradiksjon. Hensynet til sakens opplysning og partens tillit til prosessen står dermed ikke like sterkt ved tilfeller hvor saksøkte er varslet og bedt om å imøtegå kravet.

Ved bevisopptak utenfor rettsak etter tvl. § 28-3 fjerde ledd er det åpnet opp for at retten kan avsi kjennelse uten at saksøkte er varslet og gitt muligheten til å uttale seg, "[d]ersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre bevissikring". Ordlyden oppstiller her en praktisk begrunnelse for regelen – for å hindre fare for at bevissikringen ikke vil la seg gjennomføre, med andre ord å sikre at kjennelsen om bevissikring når sitt formål. Denne begrunnelsen har likhetstrekk med begrunnelsen for å tillate midlertidig sikring uten varsel og muntlig forhandling etter tvl. § 32-7 annet ledd – å avverge fare for rettstap. I Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) vurderte departementet rekkevidden av

hevder at en kontradiksjonsregel må fortolkes innskrenkende, ligger tynt an. Unntak fra lovbestemt kontradiksjon må forutsette at lovgiver uttrykkelig har bestemt at det skal gjelde unntak."

regelen i någjeldende tvl. § 28-3 fjerde ledd. Etter å ha slått fast kontradiksjonsprinsippet som det grunnleggende utgangspunkt, uttaler departementet på s. 5:

"De tilfellene regelen tar sikte på å fange opp, er imidlertid tilfeller der kontradiksjon på et innledende stadium kan føre til at saken blir dårligere opplyst slik at risikoen for materielt uriktige realitetsavgjørelser øker. Betenkelighetene knytter seg derfor ikke til at manglende kontradiksjon kan føre til uriktige realitetsavgjørelser, men til at ordningen kan påføre motparten et uforholdsmessig tap eller bryderi sammenlignet med saksøkerens interesser. Faren for materielt uriktige realitetsavgjørelser på grunn av bevisforspillelse fra motpartens side må anses som et større rettssikkerhetsproblem."

Den opprinnelige bestemmelsen i tvml. [1915] § 270 annet ledd oppstilte at saksøkte skulle høres angående bevissikringen dersom "der ikke er fare ved opphold". Vilkåret minner sterkt om det tilsvarende vilkåret i tvl. § 32-7 annet ledd. Ordlyden i tvml. [1915] § 270 annet ledd knyttet seg utelukkende til situasjoner hvor bevisopptak måtte skje umiddelbart, og saksøkte av tidsmessige hensyn ikke kunne høres. Bestemmelsen åpnet ikke for å unnta varsel til saksøkte på grunn av frykt for at beviset kom til å bli ødelagt dersom begjæringen ble gjort kjent, jf. Rt. 2000 s. 1261 U (s. 1264). Loven ble deretter endret for å oppfylle kravene i TRIPS-avtalen, hvor bestemmelsen ble gitt en generell utforming i tråd med Tvistelovutvalgets forslag for å gi mulighet for å unntaksvis unnlate å varsle saksøkte.⁵⁹

Etter den nye bestemmelsen, som tilsvarende dagens tvl. § 28-3 fjerde ledd, kunne varsel til saksøkte unntas, dersom det er "grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres". Ordlyden "grunn til å frykte" taler for en relativt lav terskel. Tvistelovutvalget uttalte at bestemmelsen "gjelder den situasjonen at et varsel til motparten om begjæringen vil kunne umuliggjøre gjennomføringen av bevissikringen eller bevistilgangen".⁶⁰ Bestemmelsen er med andre ord utformet som en unntaksregel, for de tilfeller varsel til saksøkte gjør formålet med bevissikringen virkningsløst, jf. også NOU 2001:32 B s. 989 annen spalte.

Som man kan se er det nær sammenheng mellom reglene om bevissikring utenfor rettssak og midlertidig sikring, både hva gjelder bestemmelsens ordlyd og dens formål. Bestemmelsene har også som formål å "sikre" et objekt *før* sak er reist for domstolene.

⁵⁹ NOU 2001:32 B s. 989.

⁶⁰ NOU 2001: 32 B s. 989.

Bestemmelsene slår imidlertid forskjellig ut i praksis. Ved bevissikring utenfor rettssak, gis parten adgang til å foreta bevisopptak for å vurdere sin rettslige stilling og eventuelt bruke i en senere rettssak, dersom det er frykt for at beviset går tapt eller ikke kan bli ført, jf. NOU 2001:32 B s. 987. Bevissikringens utslag for saksøkte er ikke nødvendigvis like inngripende som ved arrest eller midlertidig forføyning. Ved bevissikringen pålegges den ene parten for eksempel å utlevere kopi av dokumenter eller gjennomføre rettslig avhør. Ved arrest eller midlertidig forføyning legges det begrensninger på saksøktes rådighet over et formuesgode, som en sikring for saksøktes påståtte krav. Saksøkte selv lider i liten grad materielle tap, ved å utlevere bevis.

Selv om det kan fremstå som om bevissikring utenfor rettssak er mindre inngripende enn ved midlertidig sikring, er kontradiksjonsprinsippet et viktig utgangspunkt også ved bevissikring. De hensyn som begrunner kontradiksjon slår imidlertid litt annerledes ut ved bevissikring, kanskje spesielt den materielle sannhets prinsipp. Ved bevissikring uten at saksøkte er varslet risikerer retten en materielt uriktig avgjørelse i selve sikringskjennelsen, men sikrer samtidig hensynet til det materielt riktige resultatet i det senere søksmålet. Det er dermed grunn til å anta at det materielle sannhets prinsipp ikke gjør seg gjeldende i stor grad.

Bevissikringsadgangen er en midlertidig ordning. Saksøkte kan alltid angripe sikringen ved å begjære etterfølgende muntlig forhandling ved at tvl. § 32-8 er gitt virkning også for saker om bevissikring, jf. tvl. § 28-3 fjerde ledd fjerde punktum. Sikringen er således ikke "endelig", men kan angripes av saksøkte, og betraktes som en del av saksforberedelsen for det senere søksmålet. Dette innebærer at saksøkte senere gis mulighet til kontradiksjon, som kan veie opp for at vedkommende ikke ble varslet forut for bevissikringen. Dette er også et moment som til en viss grad legitimerer unntaket fra kontradiksjon.

Terskelen for å gjøre unntak fra varsel fremstår derfor ikke som høy. I slike tilfeller er også både tiltaket og kontradiksjonsunntaket foreløpig. For det første er bevissikringen ment å skulle lede frem til bevisføring for den dømmende retten, hvor saken endelig avgjøres. For det andre blir kontradiksjonsunntaket forsøkt veiet opp ved at saksøkte gis mulighet til å uttale seg i senere muntlig forhandling, som således kan omgjøre kjennelsen om bevissikring dersom den skulle vise seg å være uholdbar. Dette kan også til en viss grad legitimere kontradiksjonsunntaket.

Man kan på bakgrunn av drøftelsen over utlede flere hensyn som kan legitimere unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Det kanskje viktigste er hensynet til å forhindre at saksøker lider et tap og at rettens kjennelse ikke mister sin virkning/når sitt formål. Et annet hensyn, om enn ikke like tungtveiende, er at kjennelsen er foreløpig. Unntak fra kontradiksjon

kan også begrunnes i de tilfeller saksøkte forgjeves er forsøkt hørt, og domstolen må treffe avgjørelse. Visse vilkår som nevnt ovenfor må i slike tilfeller være oppfylt. Ut fra dette må det kunne legges til grunn at det er en høy terskel for å fravike kontradiksjonsprinsippet innenfor sivilprosessen, men midlertidige tiltak for å forhindre at den rettslige avgjørelsen mister sin virkning kan begrunne det.

4.4.2.2 Innen forvaltningsprosessen

Foruten de spesielle krav til kontradiksjon som følger av forvaltningsloven følger det et generelt krav til kontradiktorisk saksbehandling etter prinsippet om god forvaltningsskikk.⁶¹ Prinsippet om god forvaltningsskikk pålegger forvaltningen å utvise forsvarlig saksbehandling hensett til sakens kompleksitet og hvor mye den haster.⁶²

Forvaltningsprosessen skiller seg imidlertid fra sivilprosessen på flere punkter. Domstolen har som formål å avgjøre rett og løse konkrete tvister. Bernt & Rasmussen skriver følgende om forvaltningens oppgaver:

*"Forvaltningens primæroppgave er ikke å løse tvister eller avgjøre rettslige tvilsspørsmål, men å gjennomføre ulike typer politisk fastsatte målsettinger [...]. Overfor den enkelte borger er hovedoppgaven ikke å fastlegge hvilke rettigheter og plikter han eller hun har i en tvilssituasjon, men å sørge for at noe skjer – eller ikke skjer, i første rekke ved avgjørelser om å gi påbud, nedlegge forbud eller å gi eller nekte nødvendige tillatelser, eller om tildeling av penger eller tjenester."*⁶³
[forfatterens utheving]

I tillegg skiller partssammensetningen i forvaltningsretten seg fra sivilprosessen. I forvaltningsretten er partene som oftest det offentlige myndighetsapparatet og det private rettssubjekt, i tillegg til andre private rettssubjekter med interesse i saken. Et annet moment er at forvaltningsvedtak senere kan bringes inn til retten for prøving. Ved en slik prøving vil partene ha full kontradiksjon. Det er med andre ord mulig for parten for eksempel å bestride

⁶¹ Bernt & Rasmussen (2010, s. 48). Prinsippet om god forvaltningsskikk og kontradiktorisk saksbehandling kommer også til uttrykk i *Charter of Fundamental Rights of The European Union*. Charteret inneholder bestemmelser om rett til god forvaltning (art. 41), rett til å bli hørt (art. 41 punkt 2) og rett til dokumentinnsyn (art. 42). Graver uttrykker at disse må være styrende for norsk forvaltningsrett, se Graver (2002, s. 16-17).

⁶² Eckhoff & Smith (2014, s. 196). Forvaltningslovutvalget drøftet om det var behov for en generell lovfesting av kontradiksjonsprinsippet ved arbeidet med ny forvaltningslov i NOU 2019:5, men konkluderte med at dette ikke var hensiktsmessig. På side 155 uttaler utvalget: "*Pedagogiske hensyn taler for at man i stedet lovfester konkrete krav til kontradiksjon der det er grunn til det.*"

⁶³ Bernt & Rasmussen (2010, s. 153).

vedtakets gyldighet eller påstå at vedtaket bygger på utenforliggende hensyn for retten, med den saksopplysning som kreves i det sivilprosessuelle sporet.

Forvaltningslovkomiteen uttalte, blant annet av disse grunner, følgende:

"Det som derfor får praktisk betydning er i virkeligheten bare disse to hovedgrunnsetninger:

1. *Partenes og de interessertes adgang til å uttale seg før avgjørelse treffes.*
2. *Retten til å gjøre seg kjent med de anførsler og bevis som foreligger i saken.*"⁶⁴

Kravet om kontradiktorisk saksbehandling kommer blant annet til uttrykk gjennom fvl. § 16. Denne bestemmelsen uttrykker at den som et vedtak retter seg mot, har krav på varsel om saken og rett til å uttale seg før vedtak treffes. Som alminnelig regel har også vedkommende vedtaket retter seg mot rett til innsyn i de dokumentene som danner grunnlaget for forvaltningsorganets avgjørelse, jf. fvl. §§ 18, 18 a, 18 b, 18 c, 18 d og 19.

Forvaltningsloven § 16 tredje ledd gjør imidlertid en del unntak fra varslingsplikten. Etter punkt a første alternativ kan varsel til part unnlates om det "ikke er praktisk mulig". Bernt & Rasmussen uttrykker at "[u]nntaket sikter dels til situasjoner der avgjørelse haster. [...] Unntaket sikter også til situasjoner der det kan være så byrdefullt for forvaltningen å varsle at unnlatt varsel ikke skal kunne hindre behandling og vedtak i saken".⁶⁵ Etter punkt b annet alternativ kan varsel unnlates om varsling vil kunne føre til "fare for at vedtaket ikke kan gjennomføres".

Som man kan se gjelder kontradiksjonsprinsippet også på forvaltningsrettens område, om enn i en noe forenklet grad, jf. Forvaltningslovkomiteens uttalelse sitert ovenfor. Totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet kan imidlertid begrunnes i hensynet til saksbehandlingen, herunder både saksbehandlingstiden og formålet om å kunne iverksette forvaltningsrettslige tiltak overfor borgerne. Det er imidlertid en terskel for å kunne fravike kontradiksjonsprinsippet totalt. Et eksempel i denne sammenheng er Rt. 1950 s. 1124 A, hvor Høyesterett opphevet et vedtak om relegasjon fordi forvaltningsorganet ikke hadde sikret kontradiksjon før vedtak ble fattet.

⁶⁴ NUT 1958:3 s. 179.

⁶⁵ Bernt & Rasmussen (2010, s. 263-264).

4.4.2.3 Innen straffeprosessen

Innen straffeprosessen står kontradiksjonsprinsippet meget sterkt. En av de grunnleggende rettigheter for tiltalte er muligheten til å føre et godt forsvar mot de anklager som rettes mot ham, se for eksempel EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. For å gjøre denne rettigheten effektiv oppstiller straffeprosessloven, i samsvar med EMK, rettigheter for tiltalte som skal sikre tilstrekkelig kontradiksjon. Dette gjelder blant annet innsyn i sakens dokumenter og bevismateriale, rett til å bli varslet om og gjort kjent med de anklager som er rettet mot ham og rett til krysseksaminasjon av vitner. Årsaken til at kontradiksjonsprinsippet står meget sterkt innenfor straffeprosessens område, har sammenheng med straffeprosessens art og karakter. Statens myndighetsapparat, representert ved påtalemyndigheten setter enkeltborgere under tiltale med det formål å ilegge en inngripende straffereaksjon, i ytterste tilfelle langvarig frihetsberøvelse. Det sier seg selv at behovet for strenge rettsikkerhetsgarantier for å hindre vilkårlighet og maktmisbruk, og sikre tillit og trygghet til prosessen, er essensielt.

Det er imidlertid eksempler som taler for at straffeprosessen i større grad enn andre prosessformer åpner for unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Et eksempel er politiets adgang til å iverksette kommunikasjonskontroll i medhold av straffeprosesslovens kapittel 16 a.⁶⁶ Det er bare ved "skjellig grunn til mistanke" om alvorlig kriminalitet⁶⁷ at tvangsmidler kan iverksettes. Tiltaket må også være nødvendig⁶⁸ og ikke representere et "uforholdsmessig inngrep"⁶⁹. Terskelen er dermed høy, men representerer likevel et systematisk inngrep i det grunnleggende kontradiksjonskravet. Kommunikasjonskontrollens formål er å være et effektivt etterforskningsmiddel – for å sikre at straffesaken blir tilstrekkelig opplyst.⁷⁰ Den materielle sannhetsprinsipp taler dermed for et inngrep uten at tiltalte er kjent med kontrollen. Av dette kan man utlede at hensyn til etterforskningen av alvorlige straffesaker kan være et legitimt unntak fra kontradiksjonsprinsippet.

Kommunikasjonskontroll er et tiltak av midlertidig karakter som etter hvert skal opphøre, eksempelvis fordi tiltaket ikke lenger er nødvendig eller proporsjonalt. At tiltaket er foreløpig, innebærer at det ikke har direkte konsekvenser for tiltalte før bevisene eventuelt

⁶⁶ Her følger det blant annet av strpl. § 216 e annet ledd at "[a]vgjørelsen treffes uten at den mistenkte eller den som avgjørelsen rammer gis adgang til å uttale seg, og kjennelsen blir ikke meddelt dem". Likelydende prosessuelle bestemmelser finnes for bruk av skjult kameraovervåkning (strpl. § 202 a niende ledd) og annen avlytting (strpl. § 202 c femte ledd).

⁶⁷ Ved bruk av kommunikasjonskontroll kreves mistanke om brudd på straffebud med strafferammer over 10 år, eller nærmere angitte straffebestemmelser, jf. strpl. § 216 a første ledd bokstav a og b.

⁶⁸ Jf. strpl. §§ 202 a tredje ledd, 202 c annet ledd og 216 c første ledd.

⁶⁹ Jf. strpl. § 170 a.

⁷⁰ Øyen (2016, s. 173).

senere leder til pågrepelse og varetektsfengsling eller føres under den senere straffesaken. Foreløpigheten av tiltaket har likhetstrekk med for eksempel bevissikring utenfor rettssak etter tvl. § 28-3 fjerde ledd.

Ved avgjørelse av om slike tvangsmidler skal iverksettes, følger det av strpl. § 100 a at det skal oppnevnes en offentlig advokat for den mistenkte, også kalt skyggeadvokat. Skyggeadvokaten skal "ivareta den mistenktes og eventuelle tredjepersoners interesser i forbindelse med rettens behandling av begjæringen", jf. strpl. § 100 a annet ledd. Inngrepet i kontradiksjonsprinsippet forsøkes dermed avhjulpet ved at mistenkte får oppnevnt en advokat for å ivareta sine rettigheter. Visse vesentlige aspekter ved kontradiksjonsprinsippet kan imidlertid aldri ivaretas med en skyggeadvokat, spesielt den mistenktes mulighet til å imøtegå de faktiske anklager som rettes mot ham.

Straffeprosessloven § 130 a første og annet ledd oppstiller en regel om anonym vitneførsel. Anonym vitneførsel representerer et betydelig inngrep i tiltaltes rett til krysseksaminasjon, slik den fremkommer av blant annet EMK art. 6 nr. 3 bokstav d.⁷¹ Anonym vitneførsel kan bare tillates når det er "strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar", jf. strpl. § 130 a annet ledd. Som man kan se av alternativene i bokstav a og b, er det primært to hensyn som begrunner anonym vitneførsel; (a) hensynet til vitnets sikkerhet og (b) hensynet til etterforskningen.

Også ved dokumentinnsyn kan påtalemyndigheten gjøre et foreløpig inngrep i kontradiksjonsprinsippet, ved å nekte mistenkte/tiltalte innsyn i sakens dokumenter og beviser som danner grunnlaget for anklagene mot vedkommende. Hjemmelen for innsynsnekt følger av strpl. § 242. Første ledd fastsetter at blant annet mistenkte og forsvarer har krav på innsyn. Unntak kan imidlertid gjøre ut fra (1) hensynet til etterforskningen i bokstav a og (2) hensynet til tredjepersoners, herunder vitners, sikkerhet i bokstav b.

For å oppsummere: De nevnte eksemplene er bare et utvalg, som på ingen måte er en uttømmende liste over de hensyn som begrunner unntak fra kontradiksjon i straffeprosessen. De gir likevel et viktig bidrag. Selv innenfor straffeprosessen, hvor kontradiksjon er en meget sterkt vernet rettsikkerhetsgaranti, vil det være legitime grunnlag for å fravike prinsippet. Hensynet til etterforskningens fremskritt eller vitner og tredjepersoners sikkerhet er legitime hensyn som kan begrunne totalt unntak fra kontradiksjon. De representerer også straffeprosessens dypeste formål – å oppklare og straffeforfølge kriminalitet. Av dette kan man slutte at hensyn som inngår i straffeprosessens formål, er så vernede at de begrunner

⁷¹ Se her EMDs storkammeravgjørelse *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia* (2011) avs. 118.

totalt unntak fra kontradiksjon. Enkelte tiltak er av en foreløpig karakter, for eksempel kommunikasjonskontroll og andre skjulte tvangsmidler. I slike tilfeller kan foreløpigheten også til en viss grad være med på å legitimere unntaket fra kontradiksjon, ved at tiltalte senere kan angripe resultatene av det foreløpige tiltaket.

4.4.2.4 Oppsummering

Oppsummeringsvis kan man si at kontradiksjonsprinsippet gjennomsyrrer hele vår prosessordning, om enn med noe ulik styrke avhengig av prosessformen. Likevel kan man trygt legge til grunn at det skal meget til før man kan fravike prinsippet helt. Dette er en avveining mellom hensynene som begrunner kontradiksjon, kanskje spesielt hensynet til sakens opplysning, og de enkelte hensyn som begrunner unntak. Skal man oppsummere ganske overfladisk, kan disse sammenfattes som hensyn som begrunner prosessetypenes formål. Et annet vesentlig moment er at hensynene ofte knytter seg til avgjørelser med en foreløpig karakter. Slike hensyn kan begrunne totalt unntak fra kontradiksjon.

4.4.3 Hensyn som begrunner delvis unntak fra adgangen til kontradiksjon

4.4.3.1 Kontradiksjon skaper risiko for at avgjørelsen ikke når sitt formål

I enkelte tilfeller vil ordinær kontradiksjon fra saksøkte, vanligvis muntlig for retten i rettsmøte, medføre at rettens avgjørelse mister sin virkning eller ikke når sitt formål. Dette er fordi muligheten til å håndheve avgjørelsen går tapt i perioden mellom saken kommer inn til retten, rettsmøte avholdes og avgjørelse avsies, som følge av *tiden*. Et eksempel kan være at tvistegjenstanden blir verdiløs i perioden frem til avgjørelse avsies. Det råder et tidspress for å avsi avgjørelsen, for å hindre at verdien av tvistegjenstanden ikke går tapt i perioden frem til avgjørelse avsies og eventuelt håndheves. Det er i slike tilfelle tidsmessige hensyn som begrunner et delvis unntak fra kontradiksjonsadgangen. Saksøkte får kanskje ikke forkynt begjæringen/stevningen på alminnelig måte, og heller ikke like lang tid til å forberede sitt tilsvarende som tvisteloven normalt krever.⁷² Saksøkte opplever likevel ikke å få sin kontradiksjonsrett totalt avskåret. Et eksempel kan være at saksøkte inngir skriftlig tilsvarende til retten innenfor en nærmere fastsatt frist, eller at retten tar kontakt med saksøkte for å undersøke om det er innvendinger mot det faktiske grunnlaget i saken.

Et eksempel kan være foreløpige avgjørelser etter barneloven § 60, hvor det i siste ledd siste punktum fremgår at det ikke er "nødvendig å halde munnleg forhandling på

⁷² Partene skal vanligvis innkalles 14 dager før rettsmøtet, jf. tvl. § 13-3 annet ledd.

førehand". Barneloven § 60 retter seg mot foreløpige avgjørelser om foreldreansvar og barnets bosted. Etter hovedregelen i barneloven må foreldre med barn under 16 år møtes til mekling før sak om foreldreansvar eller fast bosted kan reises for domstolen, jf. barneloven § 51. Dette er en prosessforutsetning, jf. barneloven § 56 annet ledd. Dersom det imidlertid, av tidsmessige årsaker, er behov for en foreløpig avgjørelse, kan denne treffes etter barneloven § 60 første ledd dersom "særlege grunnar talar for det". I lovforarbeidene er det antatt at disse tilfellene omfatter tilfeller hvor den ene forelder ulovlig holder barnet hos seg og borte fra den andre, altså kidnappingstilfellene.⁷³ I slike tilfeller kan retten treffe avgjørelse uten at det er avholdt muntlig forhandling, og om mulig også uten at den ene forelder er varslet om avgjørelsen, jf. bestemmelsens fjerde ledd. I sistnevnte tilfelle utgjør avgjørelsen et totalt unntak fra kontradiksjon. Dersom forelderens varsles og gis mulighet til å uttale seg skriftlig eller på annen måte utenom rettsmøte, innebærer det et delvis unntak fra kontradiksjonsprinsippet.

Et delvis unntak i kontradiksjonsprinsippet innebærer derfor ikke at parten mister all rett til å uttale seg, og imøtegå de anførsler som er gjort gjeldende. Det delvise unntaket innebærer at saksøkte ikke kan gis mulighet til å uttale seg og imøtegå de anførsler som er gjort gjeldende på den mest gunstige måten, oftest umiddelbart for retten i rettsmøte.

4.4.3.2 Hensynet til hurtig saksavvikling

Med hurtig saksavvikling menes at tiden fra saken fremmes for domstolen ved begjæring eller stevning til domstolen tar standpunkt ved kjennelse eller dom er så raskt som mulig. Det er flere fordeler med en rask saksavvikling. For det første vil hurtig saksavvikling potensielt lede til lavere saksomkostninger for partene. Presumsjonen er at desto lengre saksbehandlingstiden for domstolen er, enten ved saksforberedelsen eller senere på avgjørelsestidspunktet, desto mer ressurser vil partene bruke på advokatutgifter og domstolen bruke på den enkelte saken. Det må nok kunne karakteriseres som et problem at sivile saker er meget dyre å få behandlet i domstolen.⁷⁴ Det er imidlertid noen saker som er klarere enn andre. At partene potensielt pådrar seg høye prosessutgifter ved å bringe selv det sikreste krav til domstolen for pådømmelse for å skaffe tvangsgrunnlag, kan innebære at flere private parter ikke våger. I slik sammenheng kan "access to court"-standarden bli illusorisk.

En annen fordel med en effektiv saksavvikling er at restansen ved domstolen krymper dersom saker behandles raskere. Som vist ovenfor var den gjennomsnittlige

⁷³ NOU 1977:35 s. 128.

⁷⁴ Dette gjelder spesielt krav som må forfølges ved allmennprosess og ikke småkravprosess.

saksbehandlingstiden for sivile saker ved norske tingretter 5,2 måneder i 2017. Med en så lang saksbehandlingstid er det åpenbart at domstolene har forholdsvis lange restanser på sivile saker. En rask saksbehandling har en egenverdi i seg selv ved at den gjør det lettere for partene å benytte seg av rettssystemet, uten å måtte vente i nærmere et halvt år før avgjørelse i saken, og et eventuelt tvangsgrunnlag kan skaffes. I tillegg kommer at avgjørelser fra tingretten kan ankes, med den saksbehandlingstiden ankeinstansen har. Dette resulterer i at tiden fra de første rettslige skritt tas til endelig rettskraftig avgjørelse foreligger oppleves urimelig lang for partene.

Som omtalt under punkt 3.2.5 er hensynet til ressursbesparende prosesser et moment i begrunnelsen av kontradiksjonsprinsippet, men kan altså også være et argument for å ikke gi rett til kontradiksjon helt uten begrensninger. I hensynet til ressursbesparende prosesser inngår også hensynet til en hurtig saksavvikling. Når hensynet til hurtig saksavvikling likevel er oppført som et argument for å begrense kontradiksjon, har dette sammenheng med at kontradiksjon er tidkrevende. En full saksforberedelse og hovedforhandling med bevisførsel fra partene kan i ytterste tilfelle ta lang tid å gjennomføre. I slike tilfeller har retten hjemmel til å begrense partenes bevisførsel. Tvisteloven § 21-7 annet ledd bokstav b kan retten avskjære bevis som "ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig". Tvisteloven § 21-8 gir domstolen hjemmel til å begrense bevisføringen ut fra en proporsjonalitetsvurdering mellom tvistens betydning og omfanget av bevisføringen.

Bestemmelsene er uttrykk for en avveining mellom kontradiksjonsprinsippet på den ene siden, og hensynet til en hurtig saksavvikling på den andre. Det kommer til et punkt hvor saken er tilstrekkelig opplyst slik at retten kan treffe en forsvarlig avgjørelse. I slike tilfeller vil hensynet til en hurtig saksavvikling tale for å begrense den videre kontradiksjonsretten.

4.4.4 Oppsummering

Som drøftelsen viser er det tungtveiende hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet. Vesentlig i den sammenheng er viktigheten av at domstolen treffer materielt riktige avgjørelser så ofte som mulig, basert på en så opplyst sak som mulig. Det er imidlertid hensyn som begrunner unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Mest inngripende er de tilfellene hvor kontradiksjon unntas totalt. Det skal svært mye til for å gjøre et totalt unntak, og at dette er forbeholdt de snevreste unntakene hvor behovet for å unnta kontradiksjon er så tungtveiende at det veier opp for de hensynene som begrunner kontradiksjon.

Drøftelsen har også vist at kontradiksjonsprinsippet gjennomsyrrer vår prosessordning, både sivilprosessen, straffeprosessen og forvaltningsprosessen. Kontradiksjon er en

nødvendig forutsetning i enhver prosessform, som både sikrer gode og fullstendige beslutningsgrunnlag, samt tillit til domstolene, myndighetene og prosessen for øvrig.

4.5 Sammenfatning – kontradiksjon er det naturlige utgangspunktet.

En del av rettens dypstruktur

Kontradiksjonsprinsippet er en grunnleggende forutsetning for vår prosessrett – både sivil-, forvaltnings- og straffeprosess. Det har en lang historisk tradisjon og er begrunnet i rettsstatens viktigste hensyn, spesielt den materielle sannhets prinsipp, likebehandlingsprinsippet og hensynet til partenes tillit til prosessen og domstolens rolle i befolkningen for øvrig. Kontradiksjonsprinsippet gjelder fra en sak bringes inn for domstolene, under saksforberedelsen og frem til saken får sin endelige avklaring ved dom eller kjennelse. Prinsippet er også grunnlovsfestet i Grunnloven § 95 og fremkommer også av EMK art. 6 nr. 1.

Tyngden av et argument avhenger til enhver tid alltid av den diskusjonen argumentet fremsettes i og dens kontekst. Når man imidlertid ser på kontradiksjonsprinsippet som en rettskilde i juridiske vurderinger oppstår det et viktig metodisk spørsmål; i hvilken grad tillater vår metodelære å anvende utstrakt bruk av prinsippbasert argumentasjon – rettslig prinsippargumentasjon.⁷⁵ En hovedinnvending mot rettslig prinsippargumentasjon, er at slik begrepsbruk lett kan lede til en fordekt rettsanvendelse hvor den juridiske metoden hviler på vidtrekkende begreper uten de beste forutsetninger for forutberegnelighet og konsekvens i rettssystemet.⁷⁶ En annen innvending er at prinsipper har en noe uklar posisjon i den juridiske metodelæren. Dette kan dels ha sammenheng med prinsippets opphav og forankring. Det avhenger imidlertid av hvordan man betrakter rettslige prinsipper. Dette er en omfattende drøftelse jeg ikke skal ta for meg inngående, annet enn å løfte to utgangspunkt i grove trekk.

På den ene siden kan man hevde at rettslige prinsipper blir til som en sum av alle de rettskildefaktorer som uttrykker de – med andre ord som en sammenfatning av enkeltregler. I en slik sammenheng er kontradiksjonsprinsippet et uttrykk for de enkeltbestemmelser som uttrykker kontradiksjonsrettigheter i relevant sammenheng. Prinsippet har da et positivrettslig

⁷⁵ Begrepet "rettslig prinsippargumentasjon" er hentet fra Frøberg (2014). Mæhle (2005, s. 86) uttaler følgende om rettslige prinsipper i metodisk sammenheng: "*Som et utgangspunkt kan det sies at norsk juridisk diskurs benytter "rettsprinsipp" som en betegnelse for et verdimelessig premiss av generell karakter som er tillatt i rettslige overveielser.*" Se også Eng (1998, s. 471-472).

⁷⁶ Eng (1998, s. 479) tar til orde for en slik betraktning.

grunnlag, men uten et videre normativt innhold enn det som følger av de enkeltreglene prinsippet er sammenfatningen av. Eng synes å støtte en slik betraktning.⁷⁷

På en annen side kan man betrakte prinsipper som forestillinger om hva som utgjør nødvendige forutsetninger for en bestemt type retts- og samfunnsorden som prinsippene er en del av. Prinsippet inngår som en del av rettens konstitutive elementer – en del av rettens "dypstruktur".⁷⁸ I en slik betraktning inngår kontradiksjonsprinsippet som et fundamentalt normativt prinsipp som er en nødvendig forutsetning for en velfungerende rettsstat.

Rettsutviklingen de siste 20-25 årene synes i større grad å tillate bruk av rettslige prinsipper som kilder. Man kan riktignok finne slik prinsippargumentasjon i Høyesteretts praksis lengre tilbake i tid også.⁷⁹ Det er utvilsomt at begrep som "prinsipper" og "allmenne rettsgrunnsetninger" anvendes av Høyesterett, og vil derfor etter hvert fylles med et nærmere bestemt normativt innhold.

Ser man hen til de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet, dets formål og dets menneskerettslige forankring er det vanskelig ikke å hevde at prinsippet er fylt av et viktig innhold som er av tungtveiende betydning for å sikre en rettferdig og forsvarlig rettergang. For å bruke Tuoris terminologi kan man hevde at kontradiksjonsprinsippet inngår som en del av vår retts dypstruktur – som en forutsetning for rettsstaten og vår rettslige tradisjon.⁸⁰ Det er i denne sammenhengen verdt å merke seg at Høyesterett i Rt. 1990 s. 8 A direkte uttalte at det kontradiktoriske prinsipp er "*en grunnsetning i vår rettergangsordning*".⁸¹

I enhver vurdering hvor spørsmålet er om kontradiksjonsprinsippet skal fravikes, må derfor utgangspunktet være følgende: Kontradiksjon er en hovedregel, og det skal svært mye til å fravike den. At det likevel finnes tilfeller hvor det må gjøres unntak fra kontradiksjon er likevel ikke til å komme utenom. Begrunnelsen for et slikt unntak må i så fall være at de hensyn som begrunner kontradiksjon, i det konkrete tilfelle, ikke veier like tungt som de hensyn som begrunner unntak. Ser man hen til drøftelsen over skal det svært mye til.

⁷⁷ Eng (1998, s. 478-479) uttrykker at "prinsippterminologien bare *sammenfatter* normer som jurister *faktisk anvender*" (forfatterens kursivering).

⁷⁸ Se for eksempel Tuori (2016, s. 183 flg.).

⁷⁹ Se for eksempel Rt. 1961 s. 1350 A, Rt. 1973 s. 1153 A, Rt. 1977 s. 1035 A (Sykejournaldommen), Rt. 1983 s. 1004 A (Børre Knudsen).

⁸⁰ Både Høyesterett og EMD har ved flere anledninger presisert kontradiksjonsprinsippet som et "grunnleggende prinsipp", se f.eks. Rt. 1997 s. 1019 U, Rt. 2003 s. 409 A, Rt. 2003 s. 1004 U, Rt. 2003 s. 1279 U, Rt. 2009 s. 604 U, Rt. 2009 s. 1003 U, Rt. 2010 s. 1221 U, Rt. 2010 s. 1530 U, Rt. 2011 s. 253 U, Rt. 2011 s. 271 U og Rt. 2012 s. 1166 U.

⁸¹ Kjennelsen på side 12. Se for øvrig også Matningsdal (2013, s. 17).

5 Kontradiksjon og midlertidig sikring

5.1 Innledning

Midlertidig sikring er en særlig prosessform hvor interessene og hensynene som gjør seg gjeldende potensielt skiller seg fra allmennprosessen. I det følgende skal jeg derfor se på hvordan kontradiksjonsprinsippet gjør seg gjeldende i saker om midlertidig sikring. Hittil i denne delen av avhandlingen har jeg fokusert på kontradiksjonsprinsippet på et generelt nivå. I dette kapitlet skal jeg se nærmere på kontradiksjonsprinsippet gjennomslagskraft og vekt på et mer spesifisert nivå – ved midlertidig sikring. I punkt 5.2 skal jeg behandle spørsmålet om de hensyn som begrunner kontradiksjon generelt også gjør seg gjeldende i saker om midlertidig sikring. I punkt 5.3 skal jeg se nærmere på retten til en rettferdig rettergangs gjennomslagskraft i saker om midlertidig sikring.

5.2 Gjør hensynene som begrunner kontradiksjon seg gjeldende i saker om midlertidig sikring?

Ovenfor i kapittel 3 forsøkte jeg å kartlegge de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet. Med det for øyet, er spørsmålet under dette punktet om de samme hensynene gjør seg gjeldende også ved midlertidig sikring.

Rent intuitivt er det vanskelig å svare noe annet enn ja på spørsmålet. De grunnleggende hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet er den materielle sannhets prinsipp, likebehandlingsprinsippet, hensynet til partenes tillit til prosessen, forhandlingsprinsippet og hensynet til domstolens legitimitet. Det er vanskelig å skulle hevde at disse ikke gjør seg gjeldende i saker om midlertidig sikring.

Behovet for et materielt riktig resultat i sikringssaker er viktig. Man kan imidlertid hevde at en midlertidig sikring som hovedregel ikke er endelig – det er en avgjørelse i påvente av en endelig avgjørelse. Slik sett kan man kanskje si at enhver materiell feil i sikringssaken alltid vil kunne rettes på ved den senere forhandlingen om hovedkravet. En slik argumentasjon har en parallell til følgende synspunkt: Det er ikke så viktig med kontradiksjon i tingretten, fordi partene kan anke. En slik situasjon vil åpenbart kunne være uheldig, og tar ikke opp i seg viktigheten av et materielt riktig resultat tidlig i prosessen. Dersom man i større grad aksepterer materielt uriktige resultater med argument om at det kan rettes opp senere, vil det underminere sivilprosessens formål om materielt riktige avgjørelser og tillit til domstolsprosessen, jf. tvl. § 1-1, samt oppfordre til ressurskrevende rettsmiddelskritt.

Ut fra samme perspektiv kan man også hevde at *selvtektslignende*⁸² handlinger ikke er problematisk, fordi parten alltid kan bringe saken inn for domstolene for senere avgjørelse. Satt på spissen kan man hevde at det å overlate til saksøker å definere sakens faktum med hensyn til 1) hovedkravet, 2) sikringsgrunnen og 3) den konkrete faren ved opphold ensidig og uten kontradiksjon, langt på vei innebærer en legalisert form for en selvtektslignende handling med domstolenes hjelp. Saksøker gir, for eksempel i sin begjæring om midlertidig sikring, uttrykk for et presserende og alvorlig faktisk forhold mellom partene som gir grunnlag for sikring, uten at dette stemmer overens med den faktiske virkelighet. Saksøkte gis på samme tid ikke mulighet til kontradiksjon. Domstolen vil i slike tilfeller sjelden ha forutsetninger for å komme til et annet resultat enn å gi saksøker medhold. I dette ligger det et selvtektslignende element. Saksøker gis, med domstolens hjelp, en mulighet til å skaffe sikkerhet for et krav han ellers måtte etablert ved hjelp reglene om utlegg i tvangsfullbyrdelsesloven. Det er ingen heldig situasjon.

En midlertidig sikring rokker ved skyldnerens rådighetsfære og likviditet. Det kan innebære et betraktelig inngrep overfor saksøkte å bli pålagt en uriktig midlertidig sikring, for eksempel ved at saksøkte ikke får benytte det omtvistede formuesgodet i sin næringsvirksomhet eller privat, eksempelvis en bil. Sikringen er ofte knyttet til påstander om saksøktes atferd, som dersom det gjøres kjent blant annet kan ha negativ omdømmevirkning for saksøkte.⁸³ Sikringen kan også gi følgetap, ved at saksøkte misligholder senere kontraktsforpliktelser som følge av sikringen – for eksempel misligholder saksøkte en senere leveringsforpliktelse fordi saksøker har tatt arrest i varene saksøker skal levere.

Dersom saksøkte får en materielt uriktig kjennelse om midlertidig sikring imot seg, har vedkommende anledning til å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger, jf. tvl. § 32-8 første ledd. Dersom man likevel ser hen til saksbehandlingstiden i norske domstoler, både førsteinstanser og ankeinstanser, er den lang. Saksøkte risikerer derfor at en materielt uriktig sikring gjelder i lang tid etter at kjennelsen ble avsagt. Derfor er det grunn til å hevde at den materielle sannhets prinsipp gjør seg like gjeldende ved sikringsaker som for andre saker.

⁸² Med "selvtektslignende" avgrensers jeg mot det strafferettslige selvtektsbegrepet i strl. § 19, og henviser til første del av Falkangers definisjon av begrepet som peker på en privat retts håndhevelse hvor en som har en materiell rett håndhever denne selv, istedenfor å be myndighetene om assistanse. Se nærmere om dette i Falkanger (2000).

⁸³ Se for eksempel Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 987 U, hvor kjæremålsutvalget fant at den ankende part, som begjæringen om midlertidig forføyning rettet seg mot, hadde rettslig interesse i å få overprøvd avgjørelsen om midlertidig forføyning etter at forføyningstiden var utløpt. I vurderingen la utvalget vekt på omdømmevirkningen forføyningen medførte overfor den ankende part. Se særlig premiss 25.

Likebehandlingsprinsippet er avgjørende for partenes tillit til prosessen. Partene har et like sterkt behov for likebehandling og tillit i sikringsaker som i saker ved allmennprosess. Forhandlingsprinsippet er avgjørende for sakens opplysning og rettens forhold til partenes prosesshandlinger. Dette vil også være like gjeldende i saker om midlertidig sikring. På én side er det dermed lett å hevde at hensynene gjør seg like gjeldende ved saker om midlertidig sikring, som i saker ved allmennprosess.

Det er imidlertid slik at saker om midlertidig sikring er av en annen karakter enn saker som avgjøres ved allmennprosess. Hovedformålet bak reglene om midlertidig sikring er nettopp at hovedkravet skal kunne forfølges rettslig for domstolene ved senere allmennprosess eller kunne tvangsfullbyrdes. Reglene om midlertidig sikring er derfor et forenklet prosessuelt spor som er ment å behandle innkomne saker hurtigere enn en full saksforberedelse tilsier. Ser man dette i sammenheng med kravene til sikringsgrunn i tvl. §§ 33-2 og 34-1, kan man si at sikringene generelt har som formål å trygge en videre effektiv rettslig forfølging av hovedkravet. Dette skjer ved at saksøkte gis sikring for sitt krav, og således ikke lider *rettstap*, eller at tvangsfullbyrdelsen av kravet ikke forfeiles.

Ved at prosessformen er gjort enklere, hurtigere og ikke minst midlertidig, fremstår det derfor slik at de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet ikke nødvendigvis er forenelig med det prosessuelle sporet for midlertidig sikring. Dersom det er omfattende prosessuelle regler, vil det i realiteten ikke være noen forskjell på en midlertidig sikring og en dom for hovedkravet. Altså må det være en viss forskjell mellom de prosessuelle formene, for å gjøre sikringsadgangen tilstrekkelig effektiv slik at den kan benyttes. På samme måte kan man si at en midlertidig sikring, stort sett, er ment å være foreløpig. Ved at den er foreløpig kan den eventuelle skjevheten som oppstår mellom partene i sikringsaken, rettes opp i det senere søksmålet om hovedkravet.

Praktisk viktige er de tilfeller hvor saksøker har behov for å få saken behandlet uten at saksøkte er varslet om begjæringen. I slike tilfeller vil de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet stå i kontrast til formålet om å unngå at saksøker mister muligheten til å forfølge sitt krav effektivt for domstolene, ved at det potensielt går tapt allerede før sikringsaken er avgjort. I slike tilfeller vil retten måtte foreta en avveining mellom risikoen for at kjennelsen ikke når sitt formål og de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet.

Det er med andre ord ikke helt enkelt å fastslå i hvilken grad hensynene som begrunner kontradiksjonsprinsippet gjør seg gjeldende også i saker om midlertidig sikring. Hensynene er grunnleggende forankret i sivilprosessen som et naturlig rettslig utgangspunkt. Spørsmålet er imidlertid i hvilken grad det kan gjøres unntak fra utgangspunktet om

kontradiksjon, enten delvis eller totalt. I slike tilfeller er utgangspunktet at kontradiksjon er den tungtveiende hovedregelen. Spørsmålet om det foreligger tilstrekkelige tungtveiende grunner som kan legitimere et unntak fra kontradiksjon må avgjøres på bakgrunn av det konkrete faktum.

I saker om midlertidig sikring uten kontradiksjon oppstår det i denne forbindelse en viktig prinsipiell problemstilling. Den praktisk viktige hovedregelen ved norske domstoler er at saksøkte ikke blir varslet om begjæringen om midlertidig sikring i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd. Det er med andre ord ikke tale om et delvis unntak fra retten til kontradiksjon, det er et totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Som vist ovenfor under kapittel 4 er kontradiksjon hovedregelen, og det skal svært mye til for å gjøre totalt unntak fra denne hovedregelen. Konsekvensen av dette er at man må foreta en avveining mellom de hensyn som gjør seg gjeldende ved kontradiksjon, med den tyngden de har ved midlertidig sikring, og de hensyn som begrunner totalt unntak fra kontradiksjon. I punkt 4.3.2.1 presiserte jeg at tvl. § 32-7 praktiseres slik, uten å gå nærmere inn på selve bestemmelsen. Hvordan avveiningen skal foretas avhenger langt på vei av hvordan vilkåret "fare ved opphold" skal forstås. Dette er et sentralt punkt som jeg skal behandle nærmere under kapittel 7.

En annen prinsipiell problemstilling oppstår ved midlertidig sikring uten at saksøkte er varslet eller gitt rett til å uttale seg: Et totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet innebærer vesentlige begrensninger i rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag. Retten har i slike tilfeller bare den ene partens beskrivelse av faktum når den skal avgjøre om den skal gjøre unntak fra kontradiksjon. Saken kan meget vel være slik at det ikke er noe som helst faktisk grunnlag for å unnta fra kontradiksjon, men at retten likevel kommer til motsatte resultat som følge av saksøkers anførsler i begjæringen.

Spørsmålet er altså ikke bare om man i visse situasjoner tilknyttet midlertidig sikring kan akseptere unntak fra kontradiksjon, *men på hvilket grunnlag* retten skal ta stilling til om det faktisk er grunnlag for å gjøre unntak fra kontradiksjon. I denne sammenhengen skal jeg bare peke på dette som en annen sentral problemstilling. Den vil bli behandlet nærmere nedenfor under punkt 7.3.

5.3 Kontradiksjon, midlertidig sikring, Grunnloven og menneskerettighetene

Siden midlertidig sikring er en særegen prosessform som er ment å innebære en foreløpig avgjørelse i påvente av en endelig rettslig avklaring, kan man stille spørsmålet om EMK art. 6

nr. 1 og GrI. § 95 kommer til anvendelse eller ikke. Dette skal jeg se nærmere på i det følgende.

5.3.1 Gjelder EMK art. 6 nr. 1 i saker om midlertidig sikring?

EMK art. 6 nr. 1 kommer ikke til anvendelse på enhver myndighetsavgjørelse, ei heller enhver domstolsavgjørelse. Etter ordlyden kommer bestemmelsen til anvendelse "[i]n the determination of his civil rights and obligations". Den offisielle norske oversettelsen av formuleringen er slik: "For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter [...]". Av ordlyden kan man dermed utlede tre elementer; (1) saken må omhandle rettigheter og plikter ("rights and obligation"), (2) saken må ha sivil/borgerlig karakter ("civil") og (3) og det må knytte seg til en avgjørelse av disse rettigheter/plikter ("determination").

Det første elementet knytter seg *hva* som er gjenstand for tvisten. Ordlyden i EMK art. 6 nr. 1 benytter formuleringen "rights and obligations". EMD har i sin praksis avgrenset anvendelsesområdet slik at tvistens utfall må ha direkte innvirkning på den omtvistede rettighet eller forpliktelse.⁸⁴ I saker om midlertidig sikring er det klart at tvisten har direkte innvirkning på det omtvistede kravet. Vilkåret er derfor ikke problematisk.

Det andre elementet i virkeområdet til EMK art. 6 nr. 1 knytter seg til karakteren av tvistegenstanden. EMD stiller som krav at tvisten er av sivilrettslig karakter, jf. f.eks. *Allan Jacobsson mot Sverige (nr. 2 – 1998)* avsnitt 38 ("*the right must be civil in character*"). Det er ikke tvilsomt at saker om midlertidig sikring oppfyller dette vilkåret.

Det sentrale vilkåret i vår sammenheng er at artikkel 6 gjelder ved *avgjørelsen* av et krav, jf. ordlyden "in determination". I dette ligger det to elementer; det må for det første dreie seg om en tvist mellom partene, og videre må denne tvisten være bragt inn for avgjørelse. Dette er presisert av både Kjølbro og Settem.⁸⁵ I saken *Zanders mot Sverige (1993)* uttrykker EMD dette på følgende måte i avsnitt 22:

"The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question." [min utheving]

⁸⁴ Se spesielt *Szücs mot Østerrike (1997)* avsnitt 32, hvor domstolen uttalte: "*The dispute must be genuine and serious; [...] The outcome of the proceedings must be directly decisive for the right in question[...]*". Se også *Balmer Schafroth med flere mot Sveits (1997)* avs. 32, *Rolf Gustafson mot Sverige (1997)* avs. 38, *Neigel mot Frankrike (1997)* avs. 38 og *Werner mot Østerrike (1997)* avs. 34.

⁸⁵ Kjølbro (2010, s. 347) og Settem (2016, s. 55).

Det første elementet av "determination"-kravet er ikke problematisk ved midlertidig sikring. Det er derimot ikke åpenbart at "determination"-kravets andre element ("directly decisive") er oppfylt ved midlertidig sikring.

Som utgangspunkt synes avgjørelser om midlertidig sikring å falle utenfor virkeområdet etter EMK art. 6 nr. 1. Dette skyldes at kjennelser om midlertidig sikring ofte ikke avgjør rettighetsforholdet mellom partene, men bringer det inn i rettslige former i påvente av endelig avgjørelse, eller sikrer et pengekrav i påvente av tvangsgrunnlag. På tross av at saker om midlertidig sikring er selvstendige saker, kan de betraktes som en del av den forberedende delen i tvisten om hovedkravet. Siden rettighetsforholdet mellom partene ofte ikke endelig avgjøres, kan en kjennelse om midlertidig sikring betraktes som en slags prosessledende avgjørelse for i det hele tatt å kunne forfølge hovedkravet rettslig uten at det oppstår fare.

I storkammeravgjørelsen *Micallef mot Malta (2009)* nyanserte EMD imidlertid dette utgangspunkt. Saken omhandlet maltesiske domstolars behandling av en begjæring om midlertid forføyning ("injunction") for å hindre klagerens søster å henge opp klestørk over den begjærende parts eiendom. Etter en innledende rettsforhandling mellom partene ble det planlagt ny høring. Etter at klagerens søster og hennes advokat hadde forlatt rettslokalet, endret imidlertid førsteinstansens dommer og motpartens advokat datoen for den kommende høringen. Dette resulterte i at klagerens søster ikke fikk anledning til å møte for retten i den senere høringen, som derfor ga motparten permanent forføyning.

Klagerens søster reiste nytt søksmål over saksbehandlingen av forføyningssaken. Hun påstod at behandlingen av forføyningsspørsmålet hadde vært ulovlig da hun ikke hadde hatt adgang til å uttale seg for domstolen. Førsteinstansen ga henne medhold. Motparten anket så videre til appelldomstolen. Appelldomstolens leder, som ledet forhandlingene, var motpartens advokats onkel. Dom ble avsagt uten nærmere argumentasjon, i motpartens favør, og videre anke til høyere domstoler ble senere nektet. Saken ble klaget inn for EMD med påstand om brudd på EMK art. 6 nr. 1 fordi appelldomstolen ikke var uavhengig, og at innklagerens søster, som nå var død, hadde blitt nektet mulighet til å inngi anførsler til domstolen.

Det første spørsmålet domstolen behandlet var om EMK art. 6 nr. 1 også gjaldt ved behandling av midlertidige saker av innledende karakter ("preliminary proceedings"). I avsnitt 75 presiserer domstolen at "preliminary proceedings" i utgangspunktet ikke omfattes av EMK art. 6 nr. 1. Domstolen reiser så spørsmålet om det er behov for å endre rettstilstanden, og konkluderer på følgende måte i avsnitt 79:

"The exclusion of interim measures from the ambit of Article 6 has so far been justified by the fact that they do not in principle determine civil rights and obligations. However, in circumstances where many Contracting States face considerable backlogs in their overburdened justice systems leading to excessively long proceedings, a judge's decision on an injunction will often be tantamount to a decision on the merits of the claim for a substantial period of time, even permanently in exceptional cases. It follows that, frequently, interim and main proceedings decide the same "civil rights or obligations" and have the same resulting long-lasting or permanent effects."

Domstolen konkluderer derfor i avsnitt 81 med at det er behov for å endre rettstilstanden, og åpne for at også midlertidige avgjørelser dekkes av EMK art. 6 nr. 1. Domstolen begrunner dette i den avgjørende ("decisive") karakteren midlertidige avgjørelser har når saksbehandlingstiden ved nasjonale domstoler er lange. Domstolen går så over i å oppstille en test for å avgjøre hvilke midlertidige beslutninger som skal omfattes av EMK art. 6 nr. 1.

I avsnitt 85 uttaler domstolen:

"...the nature of the interim measure, its object and purpose as well as its effects on the right in question should be scrutinised. Whenever an interim measure can be considered effectively to determine the civil right or obligation at stake, notwithstanding the length of time it is in force, Article 6 will be applicable."

Dersom det midlertidige tiltaket må anses for effektivt å realitetsavgjøre den omtvistede sivile rettigheten eller forpliktelsen, uavhengig av tiltakets varighet, vil EMK art. 6 nr. 1 komme til anvendelse for saker av sivil karakter.

Det at artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse, innebærer ikke annet enn et krav om "fair hearing" for avgjørelser om midlertidige tiltak. Domstolen uttaler i avsnitt 86, at det i spesielle tilfeller ikke vil være mulig å oppfylle alle prosessuelle krav som art. 6 oppstiller:

"However, the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue."

Som det fremgår av det siterte, er visse krav til prosessen ufravikelige, mens andre rettssikkerhetsgarantier må vurderes opp mot arten og formålet med den midlertidige foranstaltningen. Domstolen gir som eksempel på slike tilfeller hvor en hurtig avgjørelse er nødvendig for å sikre effektiviteten av foranstaltningen. Det vil dermed ikke nødvendigvis innebære en krenkelse av EMK art. 6 dersom saksøkte i en sak om midlertidig sikring, ikke gis mulighet for kontradiksjon dersom arten og formålet med den midlertidige foranstaltningen ikke effektivt kan gjennomføres dersom kontradiksjon tillates.

Etter avgjørelsen i *Micallef*-saken er det dermed klart at saker om midlertidig sikring vil omfattes av EMK art. 6 nr. 1 i de tilfeller (1) hovedkravet for sikringen er av sivil karakter, og (2) den midlertidige sikringen i realiteten avgjør tvisten om hovedkravet. Som hovedregel er kjennelser om midlertidige sikringer ikke endelige. De er enten tidsbegrensede, eller er ment å følges opp ved senere rettslig avklaring i tvisten om hovedkravet. I enkelte unntakstilfeller vil det imidlertid ikke være mulig å avgjøre tvisten om hovedkravet senere. I hvilken grad EMK art. 6 nr. 1 stiller konkrete krav til kontradiksjon beror da på om kontradiksjon er "compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue". Anvendt på norske tilfeller må dette innebære at EMK art. 6 nr. 1 kan stille konkrete krav til kontradiksjon dersom det er forenlig med formålet med den midlertidige sikringen.

Et slikt unntak kan illustreres med et eksempel. Dersom man ser på det samme eksemplet som nevnt ovenfor under punkt 2.3. Et utenlandskregistrert skip ligger i norsk havn. De norske havnearbeiderne bestemmer seg for å blokkere skipet for å protestere mot arbeidsforholdene på skipet. Rederiet begjærer midlertidig forføyning for å få et pålegg om opphør av blokaden, uten varsel eller forutgående muntlig forhandling. Realiteten i saken blir at dersom retten gir rederiet medhold, vil blokaden måtte opphøre og skipet kan forlate havnen. De streikende havnearbeiderne vil dermed aldri kunne få prøvd for retten om blokaden var lovlig. Kontradiksjon vil i slike ikke tilfeller være uforenlig med forføyningens formål og effektivitet. Streiken er jo kjent mellom partene, og kan vanskelig utarte seg mer enn den allerede har. I slike tilfeller vil EMK art. 6 nr. 1 stille krav til kontradiksjon og likebehandling av partene.

5.3.2 Gjelder Grunnloven § 95 første ledd ved behandling av begjæring om midlertidig sikring?

Som drøftelsen over viser gjelder det et "determination"-krav ved anvendelsen av EMK art. 6 nr. 1. Som en følge av at Grunnloven § 95 er utformet med sterk inspirasjon fra EMK art. 6 og Høyesterett har betraktet EMK art. 6 som en viktig tolkningsfaktor ved fastleggelsen av

Grl. § 95, oppstår det et nytt spørsmål: Gjelder det et lignende "determination"-krav etter Grl. § 95?

Grunnloven § 95 første ledd første og andre punktum er utformet slik:

"Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig."

Ordlyden synes ikke å oppstille et "determination"-krav i forbindelse med retten til en rettferdig rettergang. Formuleringen "avgjort" peker på retten til å få saken avgjort "av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid". Med "rettergangen" må trolig forstås ethvert stadium av prosessen for domstolen – ikke bare ved realitetsbehandlingen. Ordlyden synes dermed å avgrense bestemmelsens virkeområde til de forhold som ikke omfattes av domstolsbehandlingen, og er videre enn parallellbestemmelsen i EMK. Ved utarbeidelsen av det nye menneskerettskapitlet ved Grunnlovsrevisjonen i 2014, ble det diskutert nærmere om utformingen av Grl. § 95 og kodifiseringen av kravet til en rettferdig rettergang. Utvalget synes imidlertid ikke å ta stilling til om hvorvidt anvendelsesområdet for kravet til en rettferdig rettergang skal avgrenses til realitetsbehandlingen.⁸⁶

Spørsmålet har ikke vært behandlet av Høyesterett. Man kan dermed ikke fastslå rettstilstanden helt sikker. Likevel synes utformingen av bestemmelsen – spesielt formuleringen "rettergangen skal være rettferdig" – ikke å avgrense anvendelsesområdet.

EMK hviler på et subsidiaritetsprinsipp – konvensjonen skal være subsidiær de internrettslige regler, herunder også konstitusjonen. Dersom en stat gjennom en internrettslig regel gir et bedre vern enn EMK, er dette således ikke i strid med konvensjonen. Konklusjonen er etter dette at det ikke gjelder et "determination"-krav etter Grl. § 95.

Av ordlyden kan man likevel utlede at ikke enhver kan gå til domstolen med hvilken som helst sak, det må være "sin sak". Grl. § 95 første ledd synes i midlertid ikke å oppstille noen begrensning med tanke på sakstype. Ordlyden har således et videre anvendelsesområde enn EMK art. 6 nr. 1, som begrenser seg til "civil rights and obligations". *Aall* deler denne betraktningen.⁸⁷ Dette er imidlertid ikke behandlet nærmere hverken i lovens forarbeider, eller i rettspraksis.

Et spørsmål som kan oppstå er om en sak om midlertidig sikring utgjør en "sak" i Grunnlovens forstand. Det er lite som skulle tilsi at en sikrings sak ikke er en "sak" i den

⁸⁶ Se her Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven side 121-124.

⁸⁷ *Aall* (2018, s. 423).

forstand Grl. § 95 oppstiller. Dok. 16 (2011-2012) behandler ikke nærmere innholdet i ordlyden "sak", annet enn å vise til prosessforutsetningene i tvl. § 1-3.⁸⁸ Som vist til ovenfor under punkt 2.4.1 må saksøker påvise rettslig interesse i å få dom for hovedkravet, for å anlegge sak om midlertidig sikring. Det synes etter dette utvilsomt at saker om midlertidig sikring utgjør en "sak" i Grunnlovens forstand.

Dette innebærer at Grl. § 95 kommer til anvendelse ved behandling av begjæring om midlertidig sikring. Kontradiksjons- og likebehandlingsprinsippene som inngår i retten til en rettferdig rettergang kommer derfor til anvendelse ved behandling av saker om midlertidig sikring. Men, gjelder denne regelen ubetinget?

Som man kan se av drøftelsen over har EMK art. 6 nr. 1 følgende modell: Innenfor bestemmelsens anvendelsesområde ("determination") gjelder det et ubetinget krav om rettferdig rettergang ("fair hearing"). Er man derfor innenfor anvendelsesområdet, utløses alle rettigheter etter EMK art. 6 – herunder krav til kontradiksjon og likebehandling. For Grl. § 95 eksisterer det imidlertid ingen liknende begrensninger i anvendelsesområdet. Det later derfor til at det eksisterer et ubetinget krav om rettferdig rettergang – herunder kontradiksjon og likebehandling. Spørsmålet som oppstår i forlengelsen av dette er om man likevel må innfortolke en unntaksregel i Grl. § 95 på lik linje med EMD i Micallef-avgjørelsen, i de tilfeller kontradiksjon og likebehandling ikke er forenlig med formålet bak kjennelsen om midlertidig sikring.

Ordlyden synes å tale mot en slik relativisering av vernet etter Grl. § 95. Man er dermed i en regelkollisjon – på den ene siden Grunnlovens krav til kontradiktorisk rettergang, og på den andre siden tvistelovens regler om midlertidig sikring uten kontradiksjon etter tvl. § 32-7 annet ledd. I utgangspunktet skal Grunnlovens bestemmelse gå foran i henhold til lex superior-prinsippet, med mindre man kan tolke grunnlovsbestemmelsen slik at den harmoniserer med regelen i tvl. § 32-7 annet ledd.

Det er flere tungtveiende hensyn som tilsier at Grl. § 95 åpner for unntak fra kontradiksjon i saker om midlertidig sikring. Dersom man alltid skal stille krav til kontradiksjon, vil reglene om midlertidig sikring uten kontradiksjon bli illusorisk. Det finnes således ingen adgang for domstolen til å behandle en begjæring om midlertidig sikring uten saksøktens forutgående kontradiksjon. Det eksisterer samtidig, som drøftelsen under punkt 4.4 har vist, et legitimt behov for hurtighet og hemmelighet i enkelte saker, som gjør at saksøkte ikke bør varsles eller gis mulighet til å uttale seg. Formålet med en regel som gjør unntak fra

⁸⁸ Dokument nr. 16 (2011-2012) s. 124 annen spalte.

kontradiksjon er jo nettopp å sikre at formålet med kjennelsen om midlertidig sikring ikke forfeiles, og dermed sikrer en videre rettslig forfølgelse eller tvangsfullbyrdelse. Motsatt resultat ville vært at saksøker mister muligheten til å forfølge kravet – kravet er i realiteten tapt. Det er dermed to motstående private interesser: På den ene siden hensynet til saksøktes behov for kontradiksjon og likebehandling, og på den andre siden hensynet til en effektiv adgang til domstolen. Det later til at rettergangen ikke kan være "rettferdig" for begge parter i slike saker – deres interesser er innbyrdes uforenlige.

Dette taler for å tolke formuleringen "rettferdig" som en avveining mellom partsinteressene i slike saker, og heller vurdere om hvorvidt prosessen som helhet er "rettferdig". Grunnloven § 95 kan altså åpne for å gjøre unntak fra kontradiksjon, dersom den øvrige prosessen for domstolen som helhet er rettferdig. Det er altså en bredere tilnærming til "rettferdig rettergang" enn å betrakte hvert steg av prosessen for domstolen enkeltvis. Dersom prosessen som helhet er "rettferdig", oppfyller de Grunnlovens krav. Dette er riktignok usikkert, men etter min mening en god regel.

5.4 Sammenfatning

Som drøftelsen over viser gjør kontradiksjonsprinsippet seg gjeldende i saker om midlertidig sikring, med tung vekt. En grunn til dette er at de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet også gjør seg gjeldende i saker om midlertidig sikring. Et annet vesentlig aspekt er at retten til en rettferdig rettergang har like stor gjennomslagskraft i saker om midlertidig sikring som i allmennprosessen. Dette følger av Grl. § 95, selv om EMD har slått fast at EMK art. 6 nr. 1 bare har begrenset gjennomslagskraft.

DEL 3: ADGANGEN TIL Å GJØRE UNNTAK FRA KONTRADIKSJON VED MIDLERTIDIG SIKRING – *DE LEGE LATA*

6 Hovedregelen om kontradiksjon og muntlig forhandling

I forrige del av avhandlingen fokuserte jeg på kontradiksjonsprinsippet som et av de grunnleggende elementene i vår prosessordning, med betydelig normativ argumentasjonstyngde. Som drøftelsen over viser, er det flere sentrale hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om å gjøre unntak fra kontradiksjon. Kontradiksjonsprinsippet har en konstitusjonell og menneskerettslig forankring, og inngår også som en del av rettens grunnleggende struktur – som en nødvendig forutsetning for rettsstaten. I dette kapitlet skal jeg se nærmere på hovedregelen om kontradiksjon og midlertidig sikring, slik den fremkommer av tvistelovens kapittel 32. Under punkt 6.1 skal jeg drøfte tvl. § 32-2 og forholdet mellom reglene om midlertidig sikring og de generelle saksbehandlingsbestemmelser i allmennprosessen. Dernest skal jeg, i punkt 6.2, se nærmere på hovedregelen ved behandling av begjæring om midlertidig sikring i tvl. § 32-7 første ledd.

6.1 Tvisteloven § 32-2

Tvisteloven § 32-2 lyder:

"Reglene i kapittel 1 til 3, §§ 4-1, 4-3, 4-4 og 4-7, kapittel 7 og 8, § 9-6, kapittel 11 til 15, kapittel 16 unntatt §§ 16-2, 16-4 og 16-8, kapittel 18, kapittel 19 unntatt § 19-13 første og annet ledd og kapittel 20 til 31 gjelder tilsvarende i saker om midlertidig sikring så langt de passer og når ikke annet følger av reglene i kapittel 32 til 34. Før retten avsier en kjennelse, skal den så vidt mulig gi partene anledning til å uttale seg."

Av ordlyden kan man lese at første punktum angir hvilke av tvistelovens øvrige bestemmelser som kommer til anvendelse i saker om midlertidig sikring. I relasjon til avhandlingens tema er det av relevans å se nærmere på forholdet mellom reglene om midlertidig sikring og de kontradiksjonsreglene som er gitt anvendelse gjennom § 32-2 første punktum – da spesielt tvl. § 9-6 og reglene i tvistelovens kapittel 11.

Bestemmelsene gjelder imidlertid "så langt de passer". I tillegg følger det av bestemmelsen at særbestemmelser i tvistelovens kapittel 32-34 går foran eventuell motstrid

med de angitte bestemmelsene. Tvisteloven § 32-2 legger altså opp til en relativisering av de relevante kontradiksjonsbestemmelsenes gjennomslagskraft i saker om midlertidig sikring. For å vurdere gjennomslagskraften må man dermed ta utgangspunkt i den relevante kontradiksjonsregelen, og vurdere om hvorvidt det foreligger motstrid med de regler og det system som følger av tvistelovens kapittel 32-34.

Tvistelovens § 9-6 gjelder kontradiksjon om og innsigelser på avgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen. Det følger av første ledd at "[p]artene skal gis adgang til å uttale seg om forhold av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen". Denne bestemmelsen er særlig relevant i spørsmålet om en begjæring om midlertidig sikring skal behandles ved muntlig forhandling, eller om det skal gjøres unntak fra saksøktes rett til varsel og muntlig forhandling. Det er klart at dette er spørsmål som knytter seg til "avgjørelser om saksbehandlingen", og som det skal åpnes for kontradiksjon om, dersom de er av "betydning". Det er vel neppe tvilsomt at spørsmål om hvorvidt saken skal behandles ved muntlig forhandling eller om saken skal holdes hemmelig for saksøkte er et forhold av betydning i den forstand tvl. § 9-6 uttrykker, jf. også ovenfor under punkt 3.2.2.

Bestemmelsen, tatt på ordet, illustrerer imidlertid et viktig paradoks. Dersom § 9-6 første ledd skal gis fullt gjennomslag, skal spørsmålet om behandlingsformen for begjæringen, forelegges saksøkte for uttalelse. Men, dersom det skjer, uthules også muligheten for å behandle begjæringen uten å varsle saksøkte og om mulig uten å innkalle til muntlig forhandling. Man er her i en situasjon hvor bestemmelsen ikke kan gis full gjennomslagskraft, fordi den strider mot tvl. § 32-7 annet ledd og formålet bak bestemmelsen – å sikre at kjennelsen om midlertidig sikring ikke mister sitt formål. Derfor vil gjennomslagskraften til tvl. § 9-6 første ledd være begrenset i de saker som blir begjært behandlet etter tvl. § 32-7 annet ledd, jf. § 32-2 og formuleringen "så langt de passer og når ikke annet følger av reglene i kapittel 32-34".

Tvisteloven § 11-1 tredje ledd kommer som utgangspunkt til anvendelse i saker om midlertidig sikring, jf. tvl. § 32-2. Paragraf 11-1 tredje ledd første punktum uttrykker at retten ikke kan "bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om". Som vist ovenfor under punkt 3.2.1 skal tilsidesettelse av kravet til kontradiksjon etter § 11-1 tredje ledd første punktum betraktes som en saksbehandlingsfeil som svært lett leder til opphevelse av rettsavgjørelsen, jf. tvl. § 29-21 første ledd. Schei m.fl. uttaler i denne sammenheng:

*"I saker om midlertidig sikring som behandles skriftlig etter § 32-7 annet ledd, fordi det er 'fare ved opphold', gir avgjørelsesgrunnlaget seg selv. Spørsmålet oppstår derimot for avgjørelser som etter hovedregelen i § 32-7 første ledd treffes etter muntlig forhandling."*⁸⁹

Schei m.fl. uttaler det ikke eksplisitt, men synes å uttrykke at § 11-1 ikke kommer til anvendelse dersom begjæringen om midlertidig sikring avgjøres etter § 32-7 annet ledd. Et slikt absolutt standpunkt er imidlertid ikke helt treffende. Som jeg skal komme tilbake til under punkt 7.2 må man her skille mellom de tilfeller domstolen unntar fra varsel og dermed full kontradiksjon, og de tilfeller domstolen bare unntar fra muntlig forhandling. At tvl. § 11-1 tredje ledd ikke skulle komme til anvendelse for de tilfeller domstolen bare unntar fra muntlig forhandling, men saksøkte er varslet om begjæringen, gir ikke mening. Saksøkte må da få muligheten til å uttale seg om sakens faktiske grunnlag i tråd med det grunnleggende og tungtveiende kontradiksjonsprinsippet. Dette understrekes også i tvl. § 32-2 siste punktum i som lyder:

"Før retten avsier en kjennelse, skal den så vidt mulig gi partene anledning til å uttale seg."

Ordlyden presiserer på nytt at kontradiksjonsprinsippet også gjelder i saker om midlertidig sikring. Formuleringen "så vidt mulig" begrenser prinsippets gjennomslagskraft noe. Bestemmelsen åpner for at prinsippet kan fravikes. Ser man imidlertid hen til de hensyn som begrunner kontradiksjon, og samtidig prinsippet forankring i både Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, skal det mye til for å fravike retten til kontradiksjon.

Departementet uttaler:

"Tredje punktum [⁹⁰] fastsetter at før namsretten avsier en kjennelse, skal den så vidt mulig gi partene anledning til å uttale seg. Ved at dette skal skje «så vidt mulig», fastslås det at påbudet unntaksvis må kunne fravikes. Partene skal gis «anledning til å uttale seg». Dette kan skje muntlig eller gjennom prosesskrifter. Antakelig vil det i de fleste tilfeller være mest praktisk at uttalelsene fremkommer ved utveksling av prosesskrifter, men det er overlatt til rettens skjønn om den vil innkalle til muntlig

⁸⁹ Schei m.fl. (2013, s. 1153).

⁹⁰ I den tidlige tvangfullbyrdelsesloven § 14-16, nå siste punktum i tvl. § 32-2.

forhandling. Tredje punktum får anvendelse overalt hvor det ikke er gitt en særlig bestemmelse om forhandlingene, jf §§ 14-7 og 14-13".⁹¹ [min utheving]

Departementsuttalelsen må forstås på følgende måte: Det grunnleggende utgangspunktet ved behandling av saker om midlertidig sikring er at partene skal gis full kontradiksjon om sakens faktiske grunnlag. Kontradiksjonsprinsippet begrenser derfor virkeområdet til unntaksbestemmelsen i § 32-7 annet ledd – spesielt med tanke på de tilfeller saksøkte ikke blir varslet om begjæringen i det hele tatt. Unntak fra kontradiksjonsprinsippet i § 32-2 kan gjøres. I underrettspraksis synes det imidlertid ikke å være tilfellet at unntak fra kontradiksjonsprinsippet bare skjer unntaksvis. Det skal jeg først kort komme tilbake til kapittel 7, og så nærmere i avhandlingens del 4 som omhandler empiri fra underrettspraksis.

Dette må innebære at også gjennomslagskraften av tvl. § 11-1 tredje ledd må være betydelig for de tilfeller retten ikke gjør unntak fra muntlig forhandling etter tvl. § 32-7 første ledd, og de tilfeller domstolen gjør unntak fra muntlig forhandling, men saksøkte varsles. Samtidig innebærer tvl. § 11-1 tredje ledd trolig at retten må være forsiktig med å gjøre totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet ved å unnta varsel til saksøkte, slik at denne regelen forbeholdes de mest alvorlige tilfeller. Under kapittel 7 skal jeg komme nærmere tilbake til denne unntaksregelen.

6.2 Tvisteloven § 32-7 første ledd

Som et utslag av prinsippet om kontradiksjon er hovedregelen ved behandling av begjæringer om midlertidig sikring at det alltid skal avholdes forutgående muntlig forhandling. Dette følger av tvl. § 32-7 første ledd første punktum, hvor det heter:

"Retten treffer avgjørelse om midlertidig sikring ved kjennelse etter at partene har vært innkalt til muntlig forhandling."

Bestemmelsen må tolkes på bakgrunn av Grl. § 95, EMK art. 6 nr. 1 og tvl. § 1-1 hvor kontradiksjonsprinsippet står sterkt. Etter tvl. § 32-7 første ledd sikres kontradiksjon ved muntlig forhandling. Den muntlige forhandlingen avholdes som alminnelig rettsmøte etter tvl. § 13-1, jf. tvl. § 32-2 og Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 276. Bestemmelsen gir både saksøker og saksøkte adgang til å presentere sitt syn på sakens faktiske forhold, samt foreta ønskede rettslige anførsler. Begjæringen skal forkynnes for saksøkte, som skal gis en reell mulighet til

⁹¹ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 287.

å forberede sine anførsler til den muntlige forhandlingen. Domstolen skal innkalle partene til muntlig forhandling etter tvl. § 13-2 jf. tvl. § 32-2, hvor partene etter bestemmelsens annet ledd normalt skal varsles om rettsmøtet to uker i forveien.

Hovedregelens gjennomslagskraft er imidlertid avhengig av unntakene fra den – med andre ord spørsmålet om hva som skal til for å unnta varsel og kontradiksjon ved midlertidig sikring. Dette vil jeg se nærmere på i det følgende.

7 Unntaksregelen i tvisteloven § 32-7 annet ledd

7.1 Innledning

Tvisteloven § 32-7 annet ledd lyder:

"Dersom det er fare ved opphold, kan kjennelse som beslutter midlertidig sikring treffes uten muntlig forhandling."

Etter ordlyden kan kjennelse om midlertidig sikring avsies uten forutgående muntlig forhandling dersom det er "fare ved opphold". Som ordlyden indikerer, er det en unntaksbestemmelse fra både § 32-7 første ledd og det grunnleggende kontradiksjonsprinsippet, jf. tvl. § 32-2 siste punktum.

Min undersøkelse fra fire førsteinstansdomstoler viser at totalt 73 % av alle kjennelser om midlertidig sikring avsagt i 2017 ble avgjort etter unntaksbestemmelsen i tvl. § 32-7 annet ledd. Av disse, ble 94 % også avsagt uten at saksøkte ble varslet om begjæringen.⁹² Dette er tankevekkende ettersom bestemmelsen tross alt er en *unntaks*bestemmelse fra paragrafens første ledd. Bestemmelsen synes ikke å regulere spørsmålet om saksøkte skal varsles om begjæringen ("uten muntlig forhandling"). Likevel er det å treffe avgjørelse uten noe kontradiksjon fra saksøktes side å være den praktiske hovedregelen i norske domstoler.

Det oppstår i denne sammenhengen fire aktuelle spørsmål: (1) Hvilke vilkår må være oppfylt for å kunne behandle en begjæring om midlertidig sikring uten muntlig forhandling etter unntaksregelen i tvl. § 32-7 annet ledd? (2) Kan domstolen i så fall også lovlig unnlate å, i det hele tatt, *varsle* saksøkte? Og dersom ja; (3) i hvilken utstrekning kan domstolen unnlate å varsle saksøkte? Det fjerde spørsmålet krever litt mer forklaring:

⁹² Se nærmere under avhandlingens del 4 og Vedlegg I.

Som man kan se av ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd kan kontradiksjon bare unnlates for kjennelser som gir midlertidig sikring. Det er et vilkår at saksøker må gis *medhold* i begjæringen, for at kontradiksjon skal unnlates. Det er altså tale om å gjøre unntak fra kontradiksjon i dobbel forstand: Saksøkte blir ikke bare fratatt retten til kontradiksjon om de materielle vilkårene for midlertidig sikring er oppfylt. Saksøkte blir også fratatt retten til kontradiksjon med hensyn til selve spørsmålet om vilkårene for å gjøre unntak for kontradiksjon om de materielle spørsmålene er oppfylt. Det foreligger altså hverken mulighet for kontradiksjon om de materielle spørsmålene eller det meget viktige prosessuelle spørsmålet om det kan gjøres unntak fra retten til kontradiksjon. Mangelen på kontradiksjon blir dermed total. Samtidig må retten ta stilling til spørsmålet om unntak fra kontradiksjon basert på de opplysninger saksøker ensidig presenterer. Dette leder frem til det siste aktuelle spørsmålet: (4) Hvilke krav stilles til det faktiske avgjørelsesgrunnlaget for rettens avgjørelse om å unnta fra kontradiksjon og avgjørelsen om midlertidig sikring?

I punkt 7.2 skal jeg se nærmere på forskjellen mellom totalt og delvis unntak fra kontradiksjonsprinsippet i saker om midlertidig sikring. I punkt 7.3 skal jeg se nærmere på rettens faktiske grunnlag for å klarlegge faktum i saken. Dette er en vurdering som knytter seg til rettens vurdering av om beslutningsgrunnlaget i saken er materielt riktig. I punkt 7.4 skal jeg se nærmere på vilkåret "fare ved opphold" for å analysere risikovurderingen retten må foreta etter bestemmelsen. I punkt 7.5 skal jeg se nærmere på saksøktes mulighet til å angripe rettens vurdering etter tvl. § 32-7 annet ledd. Avslutningsvis skal jeg, i punkt 7.6, se nærmere på formuleringen "kan" i bestemmelsen og vurdere om denne gjør bestemmelsen fakultativ.

7.2 Totalt og delvis unntak fra kontradiksjon i saker om midlertidig sikring

7.2.1 Innledende bemerkninger og nærmere om de ulike inngrepsvirkningene

Ovenfor i kapittel 4 så jeg nærmere på unntak fra kontradiksjon generelt i norsk rett. I den anledning kan det være hensiktsmessig å minne om skillet mellom et totalt unntak fra kontradiksjon og et delvis unntak fra kontradiksjon. Ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd omtaler utelukkende unntak fra "muntlig forhandling". Ordlyden legger altså bare opp til et delvis unntak fra kontradiksjon, ved at saksøkte varsles og gis mulighet til kontradiksjon, men på en annen måte enn "muntlig forhandling". Likevel er det klart at bestemmelsen praktiseres slik at saksøkte ofte heller ikke varsles om begjæringen og dermed helt fratras muligheten til å uttale seg. Med andre ord praktiseres bestemmelsen ofte som et totalt unntak fra kontradiksjon.

I det følgende skal jeg se nærmere på sontringen mellom disse behandlingsformene, og se hvilke utslag dette har i praksis når retten behandler sikringsbegjæringen. For enkelthets skyld anvender jeg formuleringen "midlertidig sikring uten kontradiksjon», i de tilfeller det er aktuelt å omtale dem samlet.

Tvisteloven § 32-7 annet ledd innebærer en todelt vurdering. Bestemmelsen uttrykker at kjennelse om midlertidig sikring kan treffes uten muntlig forhandling, dersom retten finner at det er "fare ved opphold". I tillegg må retten vurdere om de materielle vilkårene for midlertidig sikring være oppfylt, jf. ordlyden "kjennelse som beslutter midlertidig sikring". I kapittel 2 ble vilkårene for midlertidig sikring behandlet nærmere. Vilket "fare ved opphold" skal jeg analysere nærmere under punkt 7.3. Når jeg likevel introduserer dette temaet, er det for å belyse en vesentlig problemstilling av så vel prinsipiell som praktisk betydning. *Hvordan kan retten vurdere både kriteriet "fare ved opphold" og de materielle vilkårene for midlertidig sikring, uten å ha saksøktets fullstendige beskrivelse av sakens faktum?*⁹³

Ordlyden "dersom det er fare ved opphold, kan kjennelse [...] treffes", legger opp til at retten, på bakgrunn av saksøkers begjæring alene, må vurdere om det er grunnlag for å unnta fra kontradiksjon. Dette innebærer at saksøkte *aldri* vil kunne uttale seg i spørsmålet om det er "fare ved opphold". Det er altså et konstant og totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet, og et betraktelig inngrep i likebehandlingsprinsippet. I vurderingen av om saksøkte skal gis rett til kontradiksjon, har retten bare saksøkerens begjæring å forholde seg til. Risikoen for at rettens faktiske beslutningsgrunnlag ikke er tilfredsstillende, øker dermed.

Det fremstår som praktisk vanskelig at retten skal kunne gjøre seg opp en mening om saksøktets fremtidige viljeshandlinger uten å ha vært i kontakt med saksøkte. Situasjonen kan altså være slik at saksøker uttrykker at saksøkte vil handle på en måte som gir grunn til en sikring, selv om det i realiteten ikke er tilfellet. Saksøker skriver for eksempel i sin begjæring at det er fare for at saksøkte vil selge det omtvistede formuesgodet, og begrunner dette i saksøktets tidligere adferd. Retten må foreta en vurdering av saksøktets fremtidige adferd uten at saksøkte selv kan imøtegå anførselen. Hvordan retten skal komme til et annet resultat enn å følge saksøkers begjæring, er vanskelig å se for seg. Et totalt unntak fra

⁹³ Det er ikke et krav om at retten må finne hovedkravet sannsynliggjort, jf. tvl. §§ 33-2 annet ledd og 34-2 annet ledd når det er "fare ved opphold". Retten må likevel finne sikringsgrunnen sannsynliggjort, jf. ovenfor under punkt 2.4.2. Som jeg presiserte ovenfor under punkt 2.4.2 er sikringsgrunnen ofte knyttet til saksøktets adferd. Det gjelder både allerede utførte handlinger i tillegg til saksøktets fremtidige adferd og viljeshandlinger.

kontradiksjonsprinsippet i saker om midlertidig sikring resulterer altså i en potensielt betraktelig tilsidesettelse av den materielle sannhets prinsipp.

Et annet utfall kan være at retten finner at det foreligger "fare ved opphold", men likevel finner grunn til å la saksøkte presentere sitt syn hva gjelder de materielle sikringsvilkårene – bare ikke i muntlig forhandling. Dette er et *delvis unntak* fra kontradiksjonsprinsippet. For eksempel haster det så mye for å få saken avgjort at det ikke er tid til å avholde muntlig forhandling. Saksøkte får dermed ikke muligheten til å uttale seg umiddelbart i rettsmøte.

Tanken bak både muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet er at saken opplyses best direkte for den dømmende rett i en muntlig og konsentrert form.⁹⁴ Ved at saksøkte ikke får presentere sine anførsler i muntlig forhandling, risikerer retten at saken ikke er tilstrekkelig opplyst for å sikre en materielt riktig avgjørelse. Inngrepet i kontradiksjonsprinsippet er mindre, men risikoen for et uriktig beslutningsgrunnlag er der like fullt, siden saksforberedelsen ikke blir fullverdig. Saksøkte gis hverken tilstrekkelig tid eller forutsetninger for å imøtegå saksøkers anførsler på en effektiv måte. Således er det også problematisk i et likebehandlingsperspektiv.

7.2.2 Kan retten gjøre unntak fra saksøktes rett til å bli varslet?

Med utgangspunkt i det tungtveiende kontradiksjonsprinsippet, kan man stille følgende spørsmål: *Kan domstolen gjøre unntak i saksøktes rett til varsel og forutgående muntlig forhandling i saker om midlertidig sikring?*

I utgangspunktet synes tvl. § 32-7 å svare benektende på dette spørsmålet – hovedregelen er at begjæringen skal avgjøres med forutgående muntlig forhandling, jf. første ledd. Ordlyden i annet ledd avgrenser seg til unntak fra "muntlig forhandling". Dette innebærer i utgangspunktet at saksøktes rett til varsel ikke blir avskåret. Prosessen blir imidlertid forenklet ved at kontradiksjon skjer på annen måte – enten ved prosesskriv eller ved at saksøkte møter opp i domstolen og uttaler seg muntlig, eventuelt per telefon eller e-post til domstolen. I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) uttaler departementet på side 276 følgende:

"Det ligger i sakens natur at det haster i saker om arrest. Et ubetinget påbud om forutgående muntlig forhandling vil kunne lede til at sikringen ikke når sitt formål. Men det er ikke alltid nødvendig å gå så raskt fram at retten unnlater å innkalle til muntlig forhandling før avgjørelsen. Kriteriet "fare ved opphold" sikter til situasjoner hvor man finner det nødvendig å fatte avgjørelse uten muntlig forhandlingsmøte.

⁹⁴ Skoghøy (2017, s. 554-565).

Avgjørelsen treffes uten at motparten er hørt, og til og med før begjæringen er forkynt for motparten. Dersom man har tid til å vente til forkynnelse har skjedd, vil det som oftest ikke kunne sies at det er fare ved opphold om muntlig forhandling holdes først."

Med utgangspunkt i uttalelsen, kan spørsmålet om unntak fra varsel stille seg noe annerledes. Rett nok retter hovedfokuset i sitatet seg bare mot unntaket fra muntlig forhandling – at det «ikke alltid [er] nødvendig å gå så raskt fram at retten unnlater å innkalle til muntlig forhandling [...]». Ser man imidlertid videre i det siterte, uttaler departementet at avgjørelse treffes «uten at motparten er hørt» og «uten at begjæringen er forkynt». Her synes departementet uten videre begrunnelse å bygge på at retten skal gjøre unntak fra varsel, dersom det er fare ved opphold. Mitssem inntar et annet syn og uttaler følgende:

"Der det ikke er avgjørende grunner for at saksøkte ikke skal bli hørt før avgjørelse treffes, bør saksøkte få den anledning til å uttale seg som omstendighetene tillater. Selv om det ikke blir anledning til å beramme rettsmøte for muntlig forhandling, kan saksøkte få anledning til å uttale seg muntlig eller skriftlig."⁹⁵

Falkanger, Flock og Waaler uttrykker et annet standpunkt. De uttaler at dersom det er tid til å forkynne begjæringen for saksøkte, vil det normalt være mer hensiktsmessig å avholde en hurtig muntlig forhandling etter § 32-7 første ledd.⁹⁶ Konsekvensen er i så fall at vilkåret "fare ved opphold" forstås slik at retten både kan gjøre unntak fra muntlig forhandling og varsel til den saksøkte, og at vilkårene for dette i praksis er de samme.

Den betraktningen som Falkanger, Flock & Waaler fremsetter, og som delvis også kommer til uttrykk i proposisjonen, står i kontrast til ordlyden og harmonerer ikke med kontradiksjonsprinsippet. Den står derfor i et spenningsforhold til de prinsipper og hensyn som vernes av Grl. § 95, EMK art. 6 nr. 1, tvl. §§ 1-1 annet ledd og 32-2. Mitssem hevder at det er gode argumenter for å betrakte det kontradiktoriske prinsipp som så sterkt at retten bør ta muntlig kontakt med saksøkte for å bekrefte eller avkrefte hovedpunktene i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.⁹⁷ Mitssems betraktning har gode grunner for seg. Spesielt det faktum at kontradiksjon i slike sammenhenger har betydelig en verdi for domstolens beslutningsgrunnlag. Avgjørelsen om de materielle vilkårene for midlertidig sikring må

⁹⁵ Mitssem (1992, s. 306).

⁹⁶ Falkanger, Flock & Waaler (2008).

⁹⁷ Mitssem (1992, s. 307).

avgjøres alene på grunnlag av saksøkerens beskrivelse av faktum, med den risiko for materielle feil det medfører.

Som en konsekvens av at det så langt som mulig skal legges til rette for kontradiksjon, jf. § 32-2, må "fare ved opphold" forstås ut fra et "minste inngreps prinsipp"-tankegang. Dersom det er mulig å la saksøkte komme til orde, må saksøkte gis rett til dette. Her kan det også vises til EMDs uttalelse i *Micallef*-saken (avsnitt 86) hvor retten uttaler at de nærmere krav etter EMK art. 6, herunder kontradiksjon, må vurderes opp mot formålet med den midlertidige foranstaltningen.

Det er imidlertid relativt klart at saksøker noen ganger vil ha et legitimt behov for at saksøkte ikke skal varsles. Mitsem skriver i denne sammenhengen:

*"I enkelte tilfelle er det et poeng for saksøker at saksøkte ikke blir kjent med den begjæring som foreligger før avgjørelsen treffes. Det er dog særlig praktisk ved arrest, der det kan være tale om at formuesgjenstander som kan tjene som sikkerhet blir skjult, overdratt eller fraktet bort. Der tilsvarende hensyn unntaksvis kan gjøre seg gjeldende ved krav om midlertidig forføyning, må hensyn selvsagt tas til dette. Dette hensyn må imidlertid avveies mot de hensyn som naturlig må tas i betraktning i forhold til saksøkte."*⁹⁸ [min utheving]

Dersom både sikringsgrunnen og den konkrete "fare ved opphold" er begrunnet i saksøktes vedvarende adferd, er det mot sin hensikt at domstolen må varsle saksøkte om begjæringen. Dette skyldes at risikoen for eventuell forringelse av kravet i tiden mellom forkynnelse og forhandling er stor dersom saksøkte varsles. Med andre ord vil den reelle adgangen til å sikre kravet bli forringet som følge av saksøktes kjennskap.

Formålet bak regelen i tvl. § 32-7 annet ledd er å sikre at kjennelsen om midlertidig sikring lar seg gjennomføre og at kravet senere kan forfølges effektivt. Det ville stride mot formålet i bestemmelsen om saksøkte alltid skulle bli varslet om begjæringen, og således kunne obstruert den rettslige forfølgningen av hovedkravet. På denne måten er det rimelig å konkludere med at det må innfortolkes en mulighet til å unnta varsel til saksøkte. I det følgende skal jeg se nærmere på i hvilke tilfeller et slikt unntak er legitimt.

⁹⁸ Mitsem (1992, s. 306).

7.2.3 Hva er terskelen for å gjøre unntak fra varsel?

Som redegjort for ovenfor innebærer unntak fra varsel et vesentlig større inngrep i retten til kontradiksjon enn unntak fra bare muntlig forhandling. Det aktuelle spørsmålet er derfor: *Hva er terskelen for å gjøre unntak fra varsel?*

Spørsmålet om unntak fra varsel må ses i sammenheng med formålet med regelen i tvl. § 32-7 annet ledd – å sikre at kjennelsen om midlertidig sikring lar seg gjennomføre og at formålet med kjennelsen ikke blir forfeilet. Ser man dette i sammenheng med den tungtveiende hovedregelen om kontradiksjon, må unntak fra varsel begrunnes i at varselet i seg selv skaper risiko for at kjennelsen om midlertidig sikring ikke lar seg gjennomføre. Men, siden det er tale om å gjøre inngrep i kontradiksjonsprinsippet må det nok stilles visse minstekrav til risikoen – den må være tilstrekkelig til å legitimere unntaket.

Som jeg skal komme tilbake til under punkt 7.4 må man forstå ordlyden "fare ved opphold" som en *risikovurdering*. Ved spørsmålet om saksøkte skal varsles om begjæringen, må man skille mellom *hvordan* den anførte risikoen oppstår. Tvisteloven § 32-7 annet ledd må, som nevnt, forstås etter en "minste inngreps prinsipp"-tankegang – retten må gjøre kontradiksjonsinngrepet så minimalt som mulig. Konsekvensen er at dersom varsel i seg selv kan skape tilstrekkelig risiko for at kjennelsen mister sitt formål, må det kunne unntas. Dette skal jeg se nærmere på i det følgende.

Man må skille mellom de tilfeller hvor den uønskede hendelsen skyldes saksøktes adferd og de tilfeller hvor den uønskede hendelsen skyldes andre omstendigheter – omtalt i bestemmelsen som faremomentet. Dersom det er andre omstendigheter enn saksøktes adferd som utgjør faremomentet, vil et varsel til saksøkte heller ikke innebære noen risiko for at kjennelsen ikke når sitt formål. I slike tilfeller er det rimelig at saksøkte varsles og gis mulighet til å uttale seg, jf. tvl. § 32-7 annet ledd jf. forutsetningen i § 32-2 annet punktum.

Det er altså bare i situasjoner hvor saksøktes påståtte adferd utgjør faremomentet, at det er legitimt å gjøre unntak fra varsel til saksøkte. Et eksempel kan være at risikoen for at skyldneren flytter sine penger til utenlandske bankkonti for å hindre en arrest øker dersom vedkommende blir varslet om begjæringen.

Spørsmålet om hva som utgjør en *tilstrekkelig risiko* må ses i sammenheng med Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1. Som vist til ovenfor i punkt 4.3 inneholder bestemmelsene krav til likebehandling mellom partene og kontradiksjon. EMK art. 6 nr. 1 kommer som utgangspunkt ikke til anvendelse ved midlertidig sikring. Dette gjelder imidlertid ikke dersom kjennelsen om midlertidig sikring i realiteten avgjør tvisten mellom partene, og tvisten er av sivil karakter, jf. ovenfor under punkt 5.3.1. EMK art. 6 stiller i slike tilfeller ikke absolutte krav til

likebehandling og kontradiksjon, dersom likebehandling og kontradiksjon gjør at arten og formålet med den midlertidige sikringen ikke effektivt kan gjennomføres.⁹⁹ Det er dermed ikke i strid med EMK art. 6 nr. 1 dersom retten unnlater å varsle saksøkte, forutsatt at varsel til saksøkte skaper tilstrekkelig risiko for at kjennelsen om midlertidig sikring ikke lar seg gjennomføre. Grunnloven § 95 kommer som utgangspunkt til anvendelse ved behandling av begjæring om midlertidig sikring. Som jeg likevel drøftet ovenfor under punkt 5.3.2, er det grunn til å tolke bestemmelsen slik at den ikke stiller ubetinget krav om kontradiksjon og likebehandling, dersom kontradiksjon medfører tilstrekkelig risiko for at formålet med kjennelsen forfeiles og rettergangen som helhet likevel er "rettferdig". Det er imidlertid en meget høy terskel for å gjøre et slikt unntak i en grunnlovsfestet menneskerettsbestemmelse. Dette påvirker også forståelsen av hva som nærmere ligger i "tilstrekkelig risiko". Når det er meget høy terskel for å gjøre unntak fra kontradiksjon, må det stilles strenge krav til risikoen.

Kontradiksjonsprinsippet er dypt befestet som et svært tungtveiende utgangspunkt, også ved midlertidig sikring, jf. tvl. § 32-2. Dette må også ses i sammenheng med den praktiske konsekvensen unntak fra varsel medfører for sakens opplysning. Siden dommeren ikke har muligheten for å etterprøve opplysningene som gir grunnlag for å fravike kontradiksjonsprinsippet, tilsier det at man må være ekstra streng med tolkningen av unntakshjemmelen i tvl. § 32-7 annet ledd. Konklusjonen er derfor følgende: Kontradiksjonsprinsippet innebærer at tvl. § 32-7 annet ledd må tolkes slik at bare "fare ved opphold" knyttet til saksøktes fremtidige adferd kan gi grunnlag for unntak fra varsel til saksøkte. Ved risikovurderingen må det stilles strenge krav til konsekvensen saksøker risikerer dersom kjennelsen om midlertidig sikring ikke kan fullbyrdes. Bare de mest alvorlige er å betrakte som "tilstrekkelig risiko".

7.2.4 Oppsummering og veien videre

Oppsummeringsvis kan man si at tvl. § 32-7 annet ledd gir mulighet til å avsi kjennelse om midlertidig sikring uten at det er avholdt forutgående muntlig forhandling, dersom det er "fare ved opphold". Med "fare ved opphold" må forstås en risiko for at kjennelsen om midlertidig sikring vil bli virkningsløs eller dens formål bli forfeilet dersom saksøkte får uttale seg. Det er

⁹⁹ Se *Micallef mot Malta (2009)* avsnitt 86 hvor EMD uttaler:

"However, the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue."

imidlertid en høy terskel for et slikt inngrep i kontradiksjonsprinsippet, og kontradiksjon skal sikres så langt som mulig, jf. tvl. § 32-2.

Hovedregelen etter bestemmelsen er at retten skal varsle saksøkte om begjæringen. Dersom den konkrete faren for at kjennelsen ikke når sitt formål er begrunnet i saksøktes fremtidige/pågående adferd, åpner imidlertid bestemmelsen for å unnta varsel til saksøkte. Kontradiksjonsprinsippet oppstiller imidlertid en høy terskel for et slikt unntak.

I det følgende skal jeg, under punkt 7.3, se nærmere på rettens kartlegging av sakens faktiske forhold ved bevisvurderingen. Som vist til gjennomgående i oppgaven er det en så vel prinsipiell som praktisk utfordring at retten utelukkende har saksøkers begjæring og beskrivelse av faktum å basere sin vurdering av om det er "fare ved opphold" på. I punkt 7.4 skal jeg foreta en nærmere analyse av den risikovurdering retten må foreta på bakgrunn av ordlyden "fare ved opphold" i tvl. § 32-7 annet ledd.

7.3 Rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag er bare saksøkers begjæring – om bevisvurderingen

Vurderingen av om det er "fare ved opphold" har, på bakgrunn av drøftelsen i punkt 7.2 tre praktiske utfall; (1) saksøkte blir varslet og innkalt til muntlig forhandling, (2) saksøkte blir varslet og bedt om å inngi uttalelse så fort som mulig, eller (3) saksøkte blir ikke varslet og får ikke uttale seg før domstolen treffer kjennelse. Av de tre utfallene er det siste den praktiske hovedregelen. Dette leder følgende poeng: I de tilfeller domstolen skal vurdere om saksøkte skal gis rett til å uttale seg, har domstolen bare saksøkers beskrivelse av faktum å forholde seg til. Med andre ord; i spørsmålet om domstolen skal gjøre unntak fra kontradiksjon har domstolen bare saksøkers ensidige påstander.

Et av hovedformålene bak tvisteloven er å sikre materielt riktige avgjørelser, jf. tvl. § 1-1 og ovenfor under punkt 3.2.1. Spørsmålet som gjør seg gjeldende i denne forlengelsen er følgende: Siden saksøkte ikke har mulighet til å uttale seg i saken, hvilket beviskrav stilles til saksøkers anførsler med hensyn til både grunnlaget for å gjøre unntak fra kontradiksjon? Og, plikter retten å ta hensyn til saksøktes interesser i arbeidet med å kartlegge bevisgrunnlaget og sakens faktum?

Hva gjelder det siste spørsmålet kan man, på den ene siden, hevde at dommeren plikter å ta hensyn til saksøktes interesser ved behandling om det er "fare ved opphold". Ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd regulerer ikke dette eksplisitt. Likevel vil nok den materielle sannhets prinsipp være tungtveiende i denne sammenheng. Også likebehandlingsprinsippet taler for samme resultat. Selv om saksøkte ikke er representert eller gjort kjent med kravet,

må domstolen selv aktivt veie opp for saksøktes manglende mulighet til kontradiksjon for å sikre en så forsvarlig rettergang som mulig.

En viktig utfordring er imidlertid hvordan dette gjøres i praksis. I realiteten har dommeren ingen forutsetning for å ha kjennskap til det faktiske forholdet mellom partene, og er således tvunget til å legge saksøkers beskrivelse av faktum til grunn. Konsekvensen er at saksøker, med unntak av det potensielle erstatningsansvar som følger av tvl. 32-11, løper liten risiko for negativ sanksjonering dersom det faktiske grunnlaget i saken blir beskrevet uriktig.¹⁰⁰ Dersom saksøker i tilstrekkelig grad beskriver grunnlaget for å unnta fra kontradiksjon, i tillegg til grunnlaget for den midlertidige sikringen, vil saksøkte ikke bli varslet om begjæringen. Saken kan altså meget vel være slik at det ikke er faktisk grunnlag for å unnta fra kontradiksjon – ingen fare ved opphold – men at retten likevel legger til grunn det motsatte, simpelthen bare fordi motparten sier det. Resultatet er at retten ikke har noen måte å være sikker på at de fremsatte anførselene i saksøkers begjæring er i overenstemmelse med det faktiske forholdet mellom partene. Retten kan ikke validere innholdet i saksøkers begjæring, fordi det er ingenting å validere innholdet mot. Dommeren må i realiteten stole på saksøkerens beskrivelse av faktum.

Det paradoksale her er at på det tidspunkt retten foretar vurderingen av om saksøkte skal gis mulighet til kontradiksjon, har retten allerede gjort et totalt unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Bestemmelsen er jo nettopp utformet slik at saksøkte ikke skal gis mulighet til kontradiksjon i vurderingen av om det er fare ved opphold. Det er altså et dobbelt kontradiksjonsunntak!

Spørsmålet som oppstår i forlengelsen av dette poenget er følgende: Hvilke kvalitative krav stilles til sannsynligheten av saksøkerens beskrivelse av faktum? Er det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt? Eller må man, som følge av at saksøkte ikke får mulighet til å føre egne bevis, stille strengere krav til bevisene for saksøkers beskrivelse av faktum?

Hverken ordlyden i bestemmelsen, eller dens forarbeider synes å tale for annet enn at saksøker må bevise sine anførsler med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det generelle beviskravet i sivile saker (overvektsprinsippet) er nok her styrende.¹⁰¹

¹⁰⁰ For advokater gjelder det et særlig ansvar for å *ikke* bevisst gi uriktige eller villedende opplysninger til retten, se Regler om god advokatskikk punkt 4.2 annet ledd. Denne sanksjonsmuligheten kan imidlertid være vanskelig å utøve overfor motpartens advokat i en pågående konflikt (man vil vegre seg for å angripe motpartens advokater), og etter at konflikten er avgjort vil klagefristen normalt være utløpt.

¹⁰¹ Se Skoghøy (2017, s. 914) med videre henvisninger i note 61. Se også NOU 2001: 32 bind A s. 459 først spalte.

Siden tvl. § 32-7 annet ledd i sin funksjon er utformet slik at saksøkte aldri kan gis kontradiksjon i spørsmålet om kontradiksjon, vil saksøker imidlertid – relativt fritt – kunne "kontrollere" om begjæringen skal behandles uten varsel ved å utforme den "alvorlig nok". Saksøkte har jo i realiteten ingen mulighet til å imøtegå begjæringen, siden retten i realiteten må stole på saksøkers beskrivelse av faktum.

Dette er både praktisk og prinsipielt betenkelig. Praktisk i den forstand at saksøker til enhver tid i realiteten har "rådigheten" over prosessen og tvisten, som dermed uthuler disposisjonsprinsippet. Det er prinsipielt betenkelig fordi sikringssaken dermed sjelden gis full saksopplysning og likebehandling mellom partene før i den etterfølgende forhandlingen, som kan avholdes lenge etter at den midlertidige sikringen ble iverksatt.

Det fremstår som om retten praktisk sett ikke har annet valg enn å unnta fra kontradiksjon og gi saksøker medhold i begjæringen. Det er åpenbart at det er prinsipielt utfordrende. Retten tilsidesetter i realiteten kontradiksjonsprinsippet på bakgrunn av den ene partens anførsler. Kontradiksjonsprinsippets begrunnelse om den materielle sannhets prinsipp, likebehandling mellom partene og tillit til prosessen fravikes uten at det i realiteten kan foretas en avveining mot de hensyn som taler for totalt unntak fra kontradiksjon. Dommeren har i svært beskjeden grad mulighet til å utfylle grunnlaget for sakens faktiske side selv, og må stole på saksøkers beskrivelse.

Det er også praktiske utfordringer ved en slik domstolspraksis. Sannsynligheten for at domstolen avsier en materielt riktig avgjørelse om midlertidig sikring er lavere, siden også beslutningsgrunnlaget er mer ufullstendig. Saksøktes tillit til avgjørelsen er også potensielt lav, fordi vedkommende opplever en arrest eller midlertidig forføyning, uten forvarsel eller mulighet til å bli hørt. Dette er imidlertid drøftelser av rettspolitisk karakter, som jeg vil komme tilbake til i avhandlingens del 5.

7.4 "Fare ved opphold" – om risikovurderingen

7.4.1 Overordnet om risikovurderinger

Ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd oppstiller et vilkår om at det må være "fare ved opphold". Som nevnt over, peker formuleringen på at retten må foreta en vurdering av risikoen for en uønsket hendelse – faren ved opphold. Før jeg går nærmere inn på den konkrete risikovurderingen bestemmelsen legger opp til, er det hensiktsmessig å reflektere overordnet om risikovurderinger generelt.

Begrepet risiko er knyttet til en vurdering av usikkerhet om potensielle utfall og konsekvensen av utfallene.¹⁰² Risiko kan defineres som en funksjon av sannsynligheten for at en uønsket hendelse vil inntreffe, sammenholdt med konsekvensene av hendelsen dersom den inntreffer.¹⁰³ Risikovurderinger krever derfor en vurdering både av sannsynlighet og konsekvens, og av forholdet mellom disse størrelsene. Horn skriver derfor:

"Men: Når risiko er en funksjon av sannsynlighet og konsekvens, følger det også at risiko ikke er synonymt med sannsynlighet – sannsynlighet er bare ett aspekt av risiko. Der konsekvensene er fatale, kan risikoen være stor selv om sannsynligheten er begrenset."

Dersom konsekvensen av den uønskede hendelsen er alvorlig, trenger man således ikke oppstille strenge krav til sannsynligheten for å betrakte risikoen som stor, og motsatt.

I det følgende skal jeg se nærmere på denne risikovurderingen, slik den kommer til uttrykk i tvl. § 32-7 annet ledd. Først er det nødvendig å drøfte hvilken uønsket hendelse tvl. § 32-7 annet ledd søker å unngå, for å identifisere hvilke vurderingsmomenter som er rettslig relevante. Nedenfor under punkt 7.4.3 skal jeg se nærmere på begrepene *sannsynlighet* og *konsekvens*.

7.4.2 Hvilken uønsket hendelse søker bestemmelsen å unngå? - konsekvens

Ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd forutsetter at unntak fra kontradiksjonsprinsippet kan gjøres dersom retten finner at det er "fare ved opphold." Hva som nærmere ligger i vurderingen om det er "fare ved opphold" kan ikke entydig leses ut fra bestemmelsens ordlyd, men noen indikasjoner kan man utlede. Formuleringen "fare ved opphold" peker på en uønsket hendelse – en fare. Den uønskede hendelsen – at formålet med kjennelsen om midlertidig sikring forfeiles – medfører nødvendigvis konsekvenser. Eksempelvis blir kjennelsen om midlertidig sikring virkningsløs, og saksøker mister muligheten til å forfølge kravet sitt senere. Saksøker lider således et rettstap. Spørsmålet som oppstår er om enhver konsekvens er relevant i drøftelsen?

Utfordringen som oppstår ved vurdering av fremtidige hendelser er at finnes flere tenkelige former for konsekvenser, både direkte og avledet, og i ulike grader. Ordlyden "fare

¹⁰² Horn (2017, s. 306) skriver: "*Uten usikkerhet foreligger ingen risiko – bare visshet om at noe uønsket helt sikkert vil skje (eller helt sikkert ikke vil skje). Med usikkerhet kommer imidlertid behov for sannsynlighetsvurderinger*".

¹⁰³ Horn (2017, s. 307). Se også forordet i Aven (2012).

ved opphold" er vid, og drar i retning av at enhver konsekvens kan være relevant. Én ting er imidlertid viktig å presisere – ordlyden later bare til å ta hensyn til saksøkerens interesser. Bestemmelsen er ensidig orientert for å verne saksøkerens interesser og unngå uønskede konsekvenser – saksøkte får jo ikke uttale seg.

Ordlyden knytter seg også til et tidsmoment, jf. ordlyden "opphold". Hvordan "opphold" nærmere skal tolkes er ikke klarlagt i bestemmelsen. Det må trolig kunne stilles et krav om et behov for raskere avklaring enn lovens alminnelige regel om muntlig forhandling legger opp til. I formuleringen "fare ved opphold" ligger jo nettopp at tidsoppholdet potensielt vil medføre en fare.

Departementets uttalelse i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 276, som referert ovenfor under punkt 7.2.2, drar i retning av at saksøker må påvise et akutt behov for sikring. Spesielt må uttalelsen "[d]ersom man har tid til å vente til forkynnelse har skjedd, vil det som oftest ikke kunne sies at det er fare ved opphold om muntlig forhandling holdes først" tas til inntekt for at det må påvises et behov for rask saksbehandling for å avverge den uønskede hendelsen.

Ordlyden indikerer at den uønskede hendelsen må knytte seg til oppholdet – altså den eventuelle tiden mellom begjæringen forkynnes for saksøkte og kjennelse avsies, inkludert muntlig forhandling. Som jeg skal komme tilbake til er det også praktisk å drøfte vilkåret "fare ved opphold" i sammenheng med kravet til sikringsgrunn og saksøktes adferd. Risikoen knytter seg altså ikke bare til tidsoppholdet, men også til en vedvarende risiko for at saksøkte skal utøve en atferd som gjør det vanskelig å gjennomføre sikringen.

Formuleringen "fare" er vid. Det er nærliggende å forstå begrepet "fare" i sammenheng med formålet bak regelen i tvl. § 32-7 annet ledd. Formålet er å sikre at kjennelsen om midlertidig sikring oppnår sitt formål og ikke blir forfeilet som følge av oppholdet. I den forstand er bestemmelsen i § 32-7 annet ledd en forlengelse av de materielle reglene om midlertidig sikring – som har som formål å sikre et krav for å unngå at det går tapt før det kan forfølges rettslig. Dette ble redegjort for ovenfor under punkt 1.1.2, hvor det ble uttrykt at reglene om midlertidig sikring har et "access to court"-aspekt ved seg. På samme måte kan man forstå regelen i tvl. § 32-7 annet ledd. Dersom det er risiko for at kjennelsen om midlertidig sikring ikke oppnår sitt formål, vil "access to court"-aspektet ved reglene om midlertidig sikring bli illusorisk. Dette tilsier at enhver faktor som kan medføre risiko for at formålet med kjennelsen om midlertidig sikring forfeiles, er rettslig relevante.

I forlengelsen av dette er det hensiktsmessig å se nærmere på *hva* denne uønskede hendelsen skyldes – hvilken risikoskapende adferd er rettslig relevant ved fastleggelsen av den uønskede hendelsen?

Som nevnt, må "fare ved opphold"-vilkåret leses i sammenheng med tvistelovens regler om sikringsgrunn i §§ 33-2 og 34-1.¹⁰⁴ Dette er fordi bestemmelsene oppstiller krav til de ekstraordinære faktiske omstendighetene som danner grunnlaget for sikringen. Kravet til sikringsgrunn er nærmere omtalt ovenfor under punkt 2.4.2, og her skal hovedtrekkene gjengis kort. Sikringsgrunnen, slik den fremgår av både tvl. §§ 33-2 og 34-1, knytter seg oftest til saksøktes adferd. For arrester saker knytter dette seg til risikoen for å få tvangsfullbyrdet pengekravet. For midlertidig forføyning knytter dette seg til risikoen for å få sikret kravet eller skaffe en rettslig orden i partsforholdet.

Den nærmere vurdering av om saksøktes adferd må lede til midlertidig sikring, er ulikt utformet i §§ 33-2 og 34-1. Dette har heller ikke særlig relevans for denne drøftelsen. Poenget er å vise at den adferd saksøkte har utvist eller vil utvise også er relevant i vurderingen av om det er "fare ved opphold" og kan begrunne et unntak fra hovedregelen om forutgående muntlig forhandling.¹⁰⁵

Det kan imidlertid også tenkes tilfeller hvor saksøktes adferd ikke gir grunn til å gjøre unntak fra kontradiksjonsprinsippet, men at den faktiske situasjonen likevel fortøner seg slik at avgjørelse om midlertidig sikring må treffes så raskt som mulig. Vurderingen av om det er "fare ved opphold" kan derfor ikke gjøres på bakgrunn av saksøktes adferd. Der det er andre presserende omstendigheter som tilsier at avgjørelsen må fattes så raskt som mulig, er dette også relevant i vurderingen. Flock skriver i denne sammenhengen:

"Men spørsmålet melder seg også dersom faren ved opphold har sammenheng med forhold utenfor saksøktes kontroll. Et eksempel på at et offentlig regelverk i alle fall i noen grad er med på å skape en fare, er bestemmelsene i loven om offentlige anskaffelser, hvor § 8 første ledd setter forbud mot å beslutte midlertidig forføyning etter at oppdragsgiveren har inngått kontrakt."

Man må derfor skille mellom forhold der saksøkte påstås å ha en pågående eller fremtidig risikoskapende atferd og de tilfeller der utenforstående omstendigheter skaper risikoen. I tillegg kommer de tilfeller der saksøktes påståtte atferd har opphørt, men like fullt har brakt saksøker i en utsatt/risikabel posisjon. For eksempel begjærer en minoritetsaksjonær midlertidig forføyning over et styrevedtak i frykt for at aksjekursen skal falle raskt og

¹⁰⁴ Falkanger, Flock & Waaler (2008, s. 1049) synes å dele denne betraktningen. Flock deler også samme syn, se Flock (2011, s. 189).

¹⁰⁵ Flock (2011, s. 189) skriver at det nok "først og fremst [er] frykt forårsaket av mulig adferd fra saksøktes side som kan oppfattes som 'fare ved opphold'".

markant. Aksjeselskapet, ved styret, har i denne situasjon fullbyrdet sin handling – det er andre omstendigheter som tilsier at saken må behandles raskt. Det er i slike tilfeller ikke saksøktes adferd som er risikoskapende – men utviklingen den medfører. Det er altså andre omstendigheter enn saksøktes adferd.

Begrepet "fare" synes derfor å være knyttet til to ulike tilfeller; (1) de tilfeller hvor saksøktes påstått pågående eller fremtidige adferd utgjør faremomentet, og (2) de tilfeller hvor saksøktes påståtte adferd har opphørt, men andre omstendigheter utgjør faremomentet. Som vist ovenfor har dette skillet også viktig betydning når det gjelder vurderingen av om hvor stort inngrepet i saksøktes kontradiksjonsrett skal være. Dersom risikoen knyttes til den første typen tilfeller, er det også aktuelt å gjøre unntak fra varsel til saksøkte. Dersom risikoen stammer fra den andre typen tilfeller, skal saksøkte som utgangspunkt varsles, jf. ovenfor under punkt 7.2.2.

Når formuleringen anvender begrepet "fare" må den forstås slik at den omtalte adferd må skape risiko for at formålet med kjennelsen om midlertidig sikring forfeiles.

7.4.3 Sannsynlighet for fremtidige hendelser

Sannsynlighetsvurderingen beror på en vurdering *om* den uønskede hendelsen vil inntreffe, gitt bevisgrunnlaget på det tidspunkt retten treffer avgjørelsen. Ovenfor under punkt 7.3 drøftet jeg utfordringene med rettens beslutningsgrunnlag med hensyn til den materielle sannhets prinsipp og likebehandlingsprinsippet. I denne sammenhengen er vurderingen av om retten finner det sannsynlig at hendelsen inntreffer, basert på beslutningsgrunnlaget – som er saksøkerens begjæring. En innledende bemerkning er altså at rettens beslutningsgrunnlag som utgangspunkt er usikkert.

Kjennelser om midlertidig sikring uten kontradiksjon bygger på en vurdering av sannsynligheten for *fremtidige* hendelser ("fare ved opphold"). Retten må ta stilling til sannsynligheten for at den uønskede hendelsen faktisk vil inntreffe, dersom saksøkte varsles og gis mulighet til kontradiksjon. Men, i motsetning til vurderinger av sannsynligheten for *fortidige* hendelser, vil man hverken ha konkrete bevistema eller bevis direkte knyttet til bevistemaet. Vurderingen er langt mer kompleks og kan dermed være preget av stor usikkerhet, siden det er et stort antall tenkelige hendelsesforløp.

Ovenfor pekte jeg også på at man kan dele den uønskede hendelsens opphav i to tilfeller; (1) de tilfeller saksøktes fremtidige eller vedvarende adferd utgjør faremomentet og (2) de tilfeller andre omstendigheter utgjør faremomentet. Retten må altså ofte foreta en

vurdering av om saksøkte i fremtiden vil komme til å utføre en handling som kan lede til en uønsket hendelse. Det er altså tale om å vurdere sannsynligheten for saksøktes fremtidige viljeshandlinger – uten at saksøkte gis mulighet til å uttale seg om det. Om hvordan retten må foreta bevisvurderingen, skriver Horn:

*"I en risikovurdering kan hendelsen aldri bevises med direkte spor av hendelsesforløpet. Risikoen må derimot utledes av fortidige hendelser som snarere må anses som indikasjoner fremfor egentlige bevis."*¹⁰⁶

Retten må altså først foreta en vurdering av om saksøkers fremsatte beskrivelse av faktum er sannsynlig med hensyn til den materielle sannhet. Deretter må retten, på bakgrunn av dette bevisgrunnlaget, vurdere sannsynligheten for at det vil inntreffe en fremtidig uønsket hendelse.

Sannsynlighetsvurderingen må nødvendigvis ses i sammenheng med konsekvensvurderingen. Konsekvensvurderingen beror på en vurderingen av hvilken konsekvens den uønskede hendelsen medfører, dersom den inntreffer, jf. ovenfor under punkt 7.4.2. Man må operere med en glideskala for begge momentene for å komme frem til risikoen for den uønskede hendelsen. I de tilfeller konsekvensen av den uønskede hendelsen er alvorlig, må man stille lavere krav til sannsynlighet. I de tilfeller konsekvensen er mindre alvorlig, vil kravet til sannsynlighet være høyere.

I denne anledning er det nødvendig å stille spørsmål om det kreves høyere krav til både sannsynlighet og konsekvens, siden det er tale om å gjøre inngrep i kontradiksjonsprinsippet – og gjerne på et høyst usikkert beslutningsgrunnlag. Kontradiksjonsprinsippet skal som nevnt bidra til sakens opplysning. Når retten velger å fravike prinsippet må det være av tungtveiende grunner. Ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd kan til en viss grad tale mot en slik betraktning. Når det kreves "fare ved opphold" er det ikke nærmere spesifisert kvalitative krav til hverken sannsynligheten for at faren vil inntre, eller konsekvensen av den. Heller ikke andre kilder gir bidrag i denne sammenheng. Her er det nok usikkert om hvor terskelen egentlig ligger. Med utgangspunkt i de grunnleggende hensynene kan man argumentere med tyngde for at den bør være høy. Her ligger det imidlertid et viktig *rettspolitisk* poeng. Lovens "fare ved opphold"-vilkår synes ikke å ta i betraktning hverken betenkelighetene ved (1) å fravike konsentrasjonsprinsippet eller (2) beslutningsgrunnlaget avgjørelsen treffes på. Dette skal jeg komme tilbake til i avhandlingens del 5.

¹⁰⁶ Horn (2017, s. 311). Se også Kaldal (2010, s. 196-199).

I praksis gjøres nok risikovurderingen forholdvis enkelt, på bakgrunn av saksøkerens begjæring. Som mine undersøkelser i avhandlingens del fire viser, fremstår vurderingen av om det er fare ved opphold, nokså kort og ubegrunnet. Trolig ser retten vurderingen i sammenheng med vurderingen av om det foreligger en sikringsgrunn. Det råder altså en noenlunde pragmatisk tilnærming til spørsmålet. Man kan nok dermed ikke konkludere med at det eksisterer et strengere krav til sannsynlighet og konsekvens i risikovurderingen etter tvl. § 32-7 annet ledd, slik den er utformet i dag. Dette er også et meget aktuelt *rettspolitisk* poeng, som jeg vil komme tilbake til i avhandlingens del fem.

7.5 Rettens vurdering av "fare ved opphold" kan ikke ankes

Det følger av tvl. § 32-2 første punktum at reglene om anke i tvistelovens kapittel 29-31 kommer tilsvarende til anvendelse "så langt de passer og når ikke annet følger av reglene i kapittel 32 til 34". I utgangspunktet synes dermed reglene om anke over kjennelse å komme til anvendelse. Likevel gjelder det en spesialregel for kjennelser om midlertidig sikring avsagt uten forutgående muntlig forhandling i tvl. § 32-8 første ledd, som lyder:

"Har retten besluttet midlertidig sikring uten muntlig forhandling, kan partene og enhver annen som rammes, kreve etterfølgende muntlig forhandling om sikringen. Det kan også kreves etterfølgende muntlig forhandling om sakskostnader som er ilagt. Dersom etterfølgende muntlig forhandling kan kreves etter denne paragrafen, kan avgjørelsen ikke ankes."

Ordlyden i bestemmelsen uttrykker at en kjennelse om midlertidig sikring kan angripes med en begjæring om etterfølgende muntlig forhandling. Ordningen med etterfølgende muntlig forhandling innebærer at samme sak behandles på nytt for samme rettsinstans. Det er en behandling i to trinn – uten og med kontradiksjon. Flock uttrykker at adgangen til å begjære etterfølgende muntlig forhandling derfor ikke er et rettsmiddelskritt.¹⁰⁷

I § 32-8 første ledd siste punktum følger det at en kjennelse som kan angripes ved begjæring om etterfølgende muntlig forhandling, ikke kan ankes til høyere rettsinstans. Av dette følger det at ankeadgangen for kjennelser avsagt i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd er avskåret.¹⁰⁸ Saksøkte må nøye seg med å begjære etterfølgende muntlig forhandling. Flock uttrykker at "[i] og med at tvl. § 32-8 etablerer en ny adgang til behandling og avgjørelse ved

¹⁰⁷ Flock (2011, s. 211).

¹⁰⁸ I de tilfeller lagmannsretten behandler begjæring om midlertidig sikring, er de førsteinstans, jf. tvl. § 32-4 tredje ledd. Se også Flock (2011, s. 168).

samme instans, er det rimeligvis ikke anledning til å anke så langt denne adgangen rekker, se § 32-8 (1) tredje punktum".

Konsekvensen av å begjære etterfølgende muntlig forhandling er at saken fortsetter for samme domstol, under samme saksnummer. Én ting er imidlertid endret – ved den senere forhandlingen behandler retten bare spørsmål om de materielle vilkårene for midlertidig sikring er oppfylt. Etter den nye behandlingen av sikringssaken avsier retten ny kjennelse om midlertidig sikring, hvor retten kan "helt eller delvis stadfeste, endre eller oppheve sin første beslutning", jf. tvl. § 32-8 annet ledd. Av dette følger at rettens vurdering av om det er "fare ved opphold" aldri vil bli prøvd på nytt av retten.

Den nye kjennelsen om midlertidig sikring kan være gjenstand for anke til lagmannsretten, jf. tvl. § 29-2 nr. 1 jf. § 32-2 første punktum. Ved anke til lagmannsretten er således spørsmålet om det er "fare ved opphold" ikke lenger del av sikringssaken.

Konsekvensen av dette er at vurderingen av om det er "fare ved opphold" aldri kan behandles av to instanser – vurderingen kan aldri imøtegås. Førsteinstansdomstolen har dermed eksklusiv kompetanse i å vurdere om det er "fare ved opphold". Dette har tre konsekvenser. For det første vil ikke hensynet til etterprøvbarehet utfylle sin funksjon. Skoghøy skriver:

*"Når overprøving tillates, er det fordi retten kan ha tatt feil. Dette kan enten skyldes at saken har vært for dårlig opplyst, eller at retten har vurdert bevisene uriktig eller tatt feil ved anvendelsen av rettsreglene. Ved at dommer kan overprøves, vil man få flere materielt riktige dommer."*¹⁰⁹

Hensynet til etterprøvbarehet tilsier dermed at rettens vurderinger skal kunne ankes og vurderes av høyere rettsinstans – for å sikre den materielle sannhet. På denne måten påvirkes også underinstansens praksis. Dersom underinstansens avgjørelser i stort omfang omgjøres av den høyere instansen, kan det være et tegn på vedvarende feilvurderinger. Når det ikke finnes noen praktisk mulighet for å angripe underinstansens vurdering, vil heller ikke etterprøvbarehetshensynet fylle sin funksjon. For det andre vil en kjennelse som konkluderer med at det er "fare ved opphold" bli stående uimotsagt, med den potensielt negative omdømmevirkning dette kan ha for saksøkte. For det tredje vil ikke saksøkte oppleve å få "oppreisning" ved å få stadfestet at rettens kjennelse krenket kontradiksjonsrettighetene.

¹⁰⁹ Skoghøy (2017, s. 1127).

7.6 Det fakultative element – «kan»

Av ordlyden i tvl. § 32-7 annet ledd følger det at begjæring om midlertidig sikring "kan" behandles uten forutgående muntlig forhandling. Det er ovenfor nærmere redegjort for innholdet i vilkåret "fare ved opphold". Når lovgiver likevel har valgt å formulere bestemmelsen med uttrykket "kan", dukker et videre spørsmål opp: Gir formuleringen "kan" bestemmelsen en fakultativ karakter som således utgjør en sikkerhetsventil mot urimelige løsninger? Spørsmålet er med andre ord om formuleringen "kan" gir dommeren en adgang til å utvise et skjønn ved vurderingen av om hvorvidt begjæring om midlertidig sikring skal behandles uten forutgående muntlig forhandling.

Objektivt sett kan ordlyden tas til inntekt for at en slik skjønnsadgang foreligger. At lovgiver har valgt formuleringen "kan" i motsetning til for eksempel "skal" eller "må", taler for at det ikke nødvendigvis er en absolutt konsekvens ved fare ved opphold, at saken avgjøres uten kontradiksjon.

Det er imidlertid ikke holdepunkter i andre "fastere" rettskilder for en slik betraktning av lovteksten. Hverken forarbeider, praksis eller litteratur synes å bygge opp under en slik forståelse. Likevel kan det potensielt hevdes at kontradiksjonsprinsippet, og dets betydning både i norsk sivilprosess og konstitusjonelle- og internasjonale forpliktelser kan tale for at dommeren har et skjønn her. Det er klart at unntak fra kontradiksjon har en potensielt meget inngrepene virkning overfor saksøkte, og derfor bør praktiseres restriktivt. Dette er argumenter som kan tilsi at formuleringen "kan" gir domstolen en adgang til å utvise skjønn ved denne vurderingen, slik at "kan"-kriteriet fungerer som en sikkerhetsmargin mot urimelige resultater. Likevel er dette en vurdering som i stor grad fanges opp av "fare ved opphold"-vilkåret. Dersom det foreligger "fare ved opphold" er det også, etter gjeldende rett, legitimt å gjøre et unntak fra kontradiksjonsprinsippet.

Konklusjonen må etter dette trolig være at bestemmelsen ikke kan forstås slik at den gir et fritt skjønn til dommeren. Dersom retten er kommet til at det er "fare ved opphold", må også saken behandles etter unntaksregelen i § 32-7 annet ledd.

DEL 4: PRAKSIS OG EMPIRI

8 Innledning

I enhver analyse av gjeldende rett er det også interessant å analysere hvordan retten kommer til uttrykk i praksis. Ofte er disse størrelsene sammenfallende, ved at praksis er i overenstemmelse med gjeldende rett. Andre ganger avviker imidlertid praksis fra gjeldende rett.

Før jeg vil gå nærmere inn på de funnene jeg har gjort i mine undersøkelser vil jeg gjenta det rettslige utgangspunktet, slik det har fremkommet hittil i avhandlingen. Både i sivile tvister generelt og i saker om midlertidig sikring spesielt er hovedregelen og det tungtveiende utgangspunktet at saksøkte skal bli varslet og gitt rett til kontradiksjon. Men om dette tungtveiende utgangspunktet i praksis er hovedregelen, krever en empirisk analyse. Dette har ledet meg inn på avhandlingens del 4. Det er en analyse av praksis, slik den kommer til uttrykk hos et utvalg førsteinstansdomstoler i Norge.

Hittil i avhandlingen har jeg hatt følgende perspektiver: (1) Kontradiksjonsprinsippet generelt, herunder de hensyn som begrunner det og de hensyn som taler for å gjøre unntak fra det. Og (2), kontradiksjonsprinsippet ved midlertidig sikring, herunder domstolens adgang til å gjøre unntak fra det etter tvl. § 32-7 annet ledd. I denne delen av avhandlingen skal jeg skifte fokus fra den rettslige vurderingen av domstolens adgang til å gjøre unntak fra kontradiksjonsprinsippet, til spørsmålet om i hvilken grad domstolen faktisk gjør slike unntak.

9 Empiriske data

9.1 Metode og utvalg

For å foreta en nærmere analyse av praksis i tilknytning til tvl. § 32-7 har jeg gjennomgått alle kjennelser om midlertidig sikring avsagt i 2017 i fire norske førsteinstansdomstoler: Asker og Bærum tingrett, Bergen tingrett, Oslo byfogdembete og Sør-Trøndelag tingrett. Utvalget av domstoler er først og fremst begrunnet i at domstolene har en viss geografisk spredning, samt at de er blant de domstolene som behandlet flest sivile saker i 2017, jf.

Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for 2017. Oslo byfogdembete er i denne

sammenhengen særegen, fordi den er tildelt særlig kompetanse til å behandle saker om midlertidig sikring innenfor Oslo fylke, jf. domssognsforskriften § 20.

Siden mitt hovedfokus er rettens vurdering av vilkåret "fare ved opphold" i tvl. § 32-7 annet ledd, har jeg utelukkende måtte forholdt meg til norske førsteinstansdomstoler. Som vist ovenfor under punkt 7.5 kan ikke rettens vurdering av om det er "fare ved opphold" ankes til høyere rettsinstanser. Det finnes dermed ikke mer tungtveiende rettsavgjørelser som kan anvendes i mine undersøkelser. Førsteinstansdomstolenes praksis rundt tvl. § 32-7 er således det eneste uttrykk for praksis som kan undersøkes kvantitativt.

Alle domstolene ble tilskrevet per e-post den 4. september 2018, hvor jeg begjærte innsyn i samtlige avgjørelser om midlertidig sikring avsagt i 2017. Fra Sør-Trøndelag tingrett og Asker og Bærum tingrett fikk jeg oversendt kopier av de aktuelle kjennelsene. Ved Oslo byfogdembete og Bergen tingrett ble innsynsbegjæringen avslått med begrunnelse i ressurs- og kapasitetsmangel. Jeg ble imidlertid invitert til å foreta en selvstendig og manuell gjennomgang av samtlige avgjørelser ved oppmøte i retten, forutsatt at taushetserklæring ble signert. I Oslo byfogdembete fikk jeg tilgang til rettsboka for 2017, og kunne med utgangspunkt i denne gå gjennom de relevante kjennelsene. I Bergen tingrett fikk jeg tilgang til domstolens saksbehandlingssystem – Lovisa – hvor jeg på bakgrunn av en rapport fra domstolens arkivar kunne gjennomgå de relevante avgjørelsene.

Det er i denne anledning hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til offentligheten av disse avgjørelsene. Ved gjennomgangen i Oslo byfogdembete og Bergen tingrett signerte jeg taushetserklæring, og fikk så tilgang til de kjennelser som også var unntatt offentlighet. Siden jeg fikk oversendt kopi av kjennelsene fra Sør-Trøndelag tingrett og Asker og Bærum tingrett, er det ikke mulig å slå fast om også andre kjennelser eksisterer, uten at disse er tatt med i min statistikk. Det er imidlertid ikke særlig grunn til å tro det. I praksis blir kjennelser om midlertidig sikring unntatt offentlighet i to uker fra avgjørelsesdato i medhold av domstolloven § 130 annet ledd. Skjermingstiden var dermed for lengst utgått da jeg fikk innsyn i kjennelsene. Man kan likevel ikke utelukke at noen kjennelser har blitt unntatt offentlighet for en lengre periode, som gjør at jeg ikke har hatt innsyn i disse. Når jeg likevel mener det er et godt statistisk grunnlag for å anvende dette i avhandlingen, er det fordi det er tale om et så stort antall kjennelser som er gjennomgått og som kan gi et godt uttrykk for praksis. Det presiseres i denne sammenheng at majoriteten av alle kjennelser om midlertidig sikring treffes ved Oslo byfogdembete (min statistikk viser 267 kjennelser av totalt 414 fra de utvalgte domstolene). Statistikken fra Oslo byfogdembete er innhentet manuelt, inklusive de kjennelser som er unntatt offentlighet.

Kjennelsene er blitt gjennomgått og kategorisert ut fra følgende kriterier:

- 1) Hvorvidt saken er behandlet etter tvl. § 32-7 første ledd eller annet ledd (altså om saken er behandlet med forutgående muntlig forhandling eller ikke).
- 2) Hvorvidt det ved unntak fra muntlig forhandling etter tvl. § 32-7 annet ledd også er gjort unntak fra varsel.
- 3) I hvilken grad og på hvilken måte unntak fra kontradiksjon blir begrunnet av retten.

Siden mitt fokus har vært på behandlingsformen etter tvl. § 32-7 første og annet ledd, har jeg avgrenset mot kjennelser om avvisning etter 32-7 tredje ledd og manglende prosessforutsetninger, samt kjennelser om heving fordi begjæringen trekkes eller saken forlikes. Jeg har også avgrenset mot kjennelser om midlertidig sikring i medhold av bestemmelser i spesiallovgivningen og andre særlige regler om midlertidig sikring. Mest praktisk i denne sammenheng er midlertidig forføyning uten motpart etter tvl. § 34-7 om midlertidig forføyning i formuesgoder i tollvesenets besittelse, til vern om immaterielle rettigheter. Disse kjennelsene er således ikke medregnet i statistikken.

9.2 Resultat – kjennelser om midlertidig sikring for 2017

9.2.1 Antall kjennelser med og uten kontradiksjon

Tabell 1 i Vedlegg I viser at det ble avholdt totalt 414 forretninger om midlertidig sikring i de utvalgte domstolene i 2017. Av disse 414 forretningene, ble 303 avgjort uten forutgående muntlige forhandlinger, hvorav 284 av disse 303 også ble avgjort uten at saksøkte ble varslet på forhånd. Dette innebærer at 122 av 414 forretninger ble avgjort i medhold av hovedregelen i tvl. § 32-7 første ledd. Det gir følgende resultat:

Andelen saker om midlertidig sikring som ble behandlet etter unntaksregelen i tvl. § 32-7 annet ledd utgjorde 71 %. Dette innebærer at kun 29 % av alle saker om midlertidig sikring ble behandlet etter hovedregelen i tvl. § 32-7 første ledd. Ser man nærmere på antall saker som behandles etter unntaksregelen i tvl. § 32-7 annet ledd, blir 94 % av disse behandlet uten at saksøkte hverken er varslet eller gitt mulighet til å uttale seg. Det innebærer at 69 % av alle saker om midlertidig sikring, inkludert saker behandlet etter tvl. § 32-7 første ledd, avgjøres uten at saksøkte er varslet om begjæringen.

Ved første øyekast synes dette tallet å være veldig høyt. Som redegjort for ovenfor i kapittel 7 angir bestemmelsen i tvl. § 32-7 annet ledd en regel som gjør unntak fra et meget tungtveiende utgangspunkt. Terskelen for å behandle begjæringer om midlertidig sikring i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd er dermed svært høy. Likevel synes praksis tydelig å dra i

retning av at midlertidig sikring etter unntaksbestemmelsen i tvl. § 32-7 annet ledd er den praktiske hovedregelen. Retten finner i et overveiende flertall av avgjørelsene at denne terskelen er oppfylt. Det kan, på bakgrunn av funnene, spekuleres i om det eksisterer en mentalitet blant dommere som betrakter risikoen for å avsi en materielt uriktig avgjørelse som mindre beskyttelsesverdig sammenlignet med risikoen for at et krav går tapt. Dette gjør seg spesielt gjeldende dersom man tar i betraktning at 94 % av alle saker etter tvl. § 32-7 annet ledd, behandles *uten* at saksøkte varsles. Rettens beslutningsgrunnlag er dermed ufullstendig. Dommeren har bare saksøkers begjæring å treffe avgjørelsen på, men gir likevel saksøker medhold. Det kan tyde på at dommeren prioriterer å sikre kravet over å sikre kontradiksjon, siden saksøkte uansett har mulighet til å imøtegå anførselene ved en senere anledning. I tillegg kommer at avgjørelsen skal treffes så raskt som mulig. Dersom man tar dommerens tidspress i betraktning, kan det virke som en plausibel og praktisk forståelig begrunnelse for mine funn. Dette kan imidlertid ikke tydelig leses ut fra statistikken, men en slik mulighet kan heller ikke utelukkes.

Det er videre interessant å se nærmere på Oslo byfogdembetes praksis hva gjelder spørsmål om unntak fra kontradiksjon. I tabell 3 inntatt i avhandlingens vedlegg I fremgår det at Oslo byfogdembete avholdt totalt 267 forretninger i 2017, herunder 192 forretninger om midlertidig forføyning og 78 arrestforretninger. Dersom man ser nærmere på kjennelsene om midlertidig forføyning, ble 63 behandlet med forutgående muntlig forhandling og 126 behandlet uten forutgående muntlige forhandlinger.¹¹⁰ I *enhver* kjennelse avsagt uten muntlig forhandling, ble saksøkte heller ikke varslet om begjæringen.

Av 78 arrestforretninger, ble fem avsagt med forutgående muntlige forhandlinger og 73 avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger. Heller *ikke i noen* av de 73 arrestforretningene ble saksøkte varslet på forhånd.

Dette gir følgende resultat: For det første taler funnene for at saker om arrest hyppigere behandles i medhold av § 32-7 annet ledd. Tallene viser at 94 % av alle arrestforretningene ble avholdt uten at saksøkte hverken fikk uttale seg eller ble varslet. Ser man derimot hen til saker om midlertidig forføyning utgjør denne andelen 67 %. Dette harmonerer godt med Flock, som uttrykker at "man ved arrest vil ha noe lettere for å konstatere at det er fare ved opphold".¹¹¹

¹¹⁰ Her skal man dessuten merke seg at bare i 11 tilfeller ble det senere begjært etterfølgende muntlig forhandling (i tre saker om midlertidig forføyning og åtte arrestsaker).

¹¹¹ Flock (2011, s. 189).

For det andre kan man konstatere at det, innenfor utvalget i undersøkelsen, ikke foreligger data som tilsier at Oslo byfogdembete varsler saksøkte i forkant av saksbehandlingen, når begjæringen behandles i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd. Det kan riktignok hevdes at det finnes data fra andre tidsperioder som drar i en annen retning. Likevel må man på bakgrunn av dette funnet, kunne hevde at Oslo byfogdembete systematisk mener at hensynet til en hurtig saksavvikling og hensynet til å sikre saksøkers krav i stor grad veier tyngre enn hensynet til det minste inngreps prinsipp. Siden saksøkte aldri ble varslet av retten i noen av kjennelsene etter tvl. § 32-7 annet ledd, kan man også konstatere at Oslo byfogdembete i 75 % av kjennelsene om midlertidig sikring bare hadde saksøkers begjæring som beslutningsgrunnlag. Dette er et høyt tall, spesielt når man tar i betraktning at det bare ble begjært etterfølgende muntlige forhandlinger i 11 tilfeller (4 % av alle saker om midlertidig sikring), se tabell 3 i Vedlegg I.

Kjennelsene om midlertidig sikring blir altså i liten grad angrepet, noe som resulterer i at domstolens eneste behandling av sikringsaken foregår med et potensielt ufullstendig beslutningsgrunnlag. Man kan riktignok hevde at den lille andelen etterfølgende muntlige forhandlinger er et uttrykk for at saksøkte aksepterer sikringen, og således også indirekte aksepterer saksøkers fremstilling av faktum. På samme tid kan man også hevde at den lille andelen etterfølgende forhandlingene er et uttrykk for at partene løser saken minnelig etter at den midlertidige sikringen er trådt i kraft. Således kan det tenkes at saksøkte, som følge av en uriktig midlertidig sikring, aksepterer et dårligere forhandlingsresultat, for å avslutte saken raskt. Dette er imidlertid ikke annet enn ren spekulasjon, men kan samtidig ikke utelukkes. Poenget er uansett at man ikke kan trekke den slutning at et lavt antall etterfølgende muntlige forhandlinger er et bevis for at saksøkers fremstilling av faktum var korrekt og at det faktisk forelå «fare ved opphold».

Det virker som retten har en pragmatisk tilnærming til spørsmålet om kontradiksjon eller ei, både med hensyn til det faktiske grunnlaget for kontradiksjonsunntaket og sikringen, og med hensyn til det tidsmessige presset som råder. Det kan virke som at domstolen heller prioriterer å avsi en kjennelse så raskt som mulig, enn å være helt sikker på at det virkelig er grunnlag for å gjøre unntak fra kontradiksjon.

9.2.2 Domstolens begrunnelse

Et annet bemerkelsesverdig trekk ved domstolens praksis er i hvilken grad og hvordan retten begrunner det konkrete unntaket fra kontradiksjon. Tvisteloven § 19-6 fjerde ledd bokstav c, oppstiller krav om begrunnelse av rettens vurdering ved dommer og kjennelser. Skoghøy

uttrykker at begrunnelsesplikten har fem formål: (1) Plikten tvinger retten til å sette seg inn i saken og basere avgjørelsen på en reell og samvittighetsfull vurdering av de retts- og bevissspørsmål som saken reiser. (2) Plikten legger til rette for overprøving av overordnet domstol. (3) Plikten gir partene og allmennheten mulighet til å etterprøve den vurdering retten har foretatt. (4) Plikten avklarer hva som er avgjort, og hva avgjørelsen går ut på. Og (5) plikten avklarer prejudikatvirkningen av avgjørelsen.¹¹²

Man kan imidlertid anføre at en streng begrunnelsesplikt, er arbeids- og ressurskrevende og går utover rettens effektivitet – spesielt i saker hvor det råder et visst tidspress for å få avsagt kjennelse. I vurderingen av om hvor streng begrunnelsesplikten er, må det legges vekt på disse momentene. Skoghøy uttrykker imidlertid følgende:

*"For dommer og kjennelser er imidlertid de hensyn som taler for å kreve begrunnelse, så tungtveiende at arbeidsbelastningen ikke kan brukes som argument for å sløyfe krav om begrunnelse."*¹¹³

Funnene fra mine undersøkelser, slik de er presentert i tabell 2 i Vedlegg I, viser at i 249 av totalt 284 kjennelser om midlertidig sikring i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd, anvender retten en standardsetning som lyder slik:

"Retten har funnet at det er fare ved opphold, og har truffet avgjørelse i saken uten at partene har vært innkalt til muntlig forhandling, jf. tvisteloven § 32-7 annet ledd. Av samme grunn har saksøkte heller ikke fått anledning til å uttale seg før beslutning ble fattet."

Som man kan se, unnlater formuleringen å gjøre rede for hvilke faktiske forhold dommeren har lagt vekt på ved vurderingen av om det er "fare ved opphold". Det er dermed svært vanskelig å etterprøve om det faktisk er "fare ved opphold" i den konkrete saken. Utstrakt bruk av en standardformulering fordekker i realiteten rettens vurdering. Retten trenger ikke peke på hvilke momenter retten har vektlagt ved vurderingen. Dette må kanskje ses i sammenheng med at vurderingen "fare ved opphold" ikke kan ankes videre, jf. ovenfor under punkt 7.5. Siden saksøkte aldri kan angripe rettens vurdering av om det er "fare ved opphold" rettslig, kan det hevdes at det ikke lenger er samme behov for konkretisering av de faktiske vurderingsmomentene. Formålet med rettens begrunnelsesplikt er imidlertid mer omfattende,

¹¹² Skoghøy (2017, s. 1005).

¹¹³ Skoghøy (2017, s. 1006).

og kanskje viktigst er å sikre at retten faktisk gjennomfører en forsvarlig og samvittighetsfull prøving av de aktuelle spørsmålene saken reiser. Kravet om begrunnelse tvinger således dommeren til å ta stilling til samtlige spørsmål, og overveie spørsmålene forsvarlig i henhold til rettskildebildet og sakens faktum. At avgjørelsen om "fare ved opphold" ikke kan angripes gir derfor ikke en tilstrekkelig grunn til å senke kravene til rettens begrunnelse.

Av de totalt 284 kjennelsene, ble 30 begrunnet særskilt og 5 ble avsagt uten begrunnelse. Med formuleringen "særskilt begrunnet" mener jeg enhver annen begrunnelse enn den standardformuleringen som er presentert ovenfor, og som knytter momenter av sakens faktum til vurderingen av om det er "fare ved opphold". Dette gir følgende oversikt:

Av de totalt 284 kjennelsene om midlertidig sikring uten kontradiksjon avsagt i 2017 ble 88 % avsagt med rettens standardsetning. 10 % av kjennelsene ble avsagt med særskilt begrunnelse og 2 % av kjennelsene ble avsagt ubegrunnet.

I denne sammenhengen er det interessant å se nærmere på Oslo byfogdembetes praksis hva gjelder dommerens begrunnelse. Oslo byfogdembete, er som nevnt den domstolen som behandler flest saker om midlertidig sikring og er å regne for en spesialdomstol å være.

Som man kan se av Oslo byfogdembetes praksis, slik den fremkommer i tabell 4 i Vedlegg I, ble 91 % (181 av 199) av alle kjennelser avgjort i medhold av 32-7 annet ledd, avsagt med standardsetningen. 8 % av kjennelsene ble avsagt med særskilt begrunnelse (15 av 199), og 1 % av kjennelsene ble avsagt uten begrunnelse (3 av 199).

Oslo byfogdembete ligger dermed høyere i andelen kjennelser avsagt med bruk av rettens standardformulering. Dette er spesielt interessant når man ser det i sammenheng med det faktum at Oslo byfogdembete ikke i det hele tatt avsier kjennelser i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd, hvor saksøkte er varslet, jf. ovenfor.

DEL 5: ADGANGEN TIL Å GJØRE UNNTAK FRA KONTRADIKSJON VED MIDLERTIDIG SIKRING – *DE LEGE FERENDA*

10 Innledning til avhandlingens rettspolitiske del

10.1 Om behovet for rettspolitiske betraktninger

Ovenfor i avhandlingens del 2, 3 og 4 har jeg rettet fokus mot hvordan gjeldende rett er å forstå med utgangspunkt i det grunnleggende kontradiksjonsprinsippet og hensyn som gjør seg gjeldende ved kontradiksjon. Jeg har også sett nærmere på hvordan tvl. § 32-7 annet ledd er utformet. I tillegg har jeg belyst enkelte domstolars praksis av tvl. § 32-7 annet ledd. I denne delen av avhandlingen skal jeg foreta en rettspolitisk evaluering av tvl. § 32-7 annet ledd og rettens praksis knyttet til bestemmelsen. Behovet for rettspolitiske vurderinger i rettsvitenskapelige avhandlinger kan neppe overdrives.¹¹⁴

Hittil i avhandlingen har en rekke betenkeligheter ved tvl. § 32-7 annet ledd gjort seg gjeldende av så vel praktisk som prinsipiell karakter. Dels kan disse knyttes til lovbestemmelsens utforming og funksjon, dels til måten lovbestemmelsen praktiseres i domstolene. Oppsummert kan man hevde at tvl. § 32-7 annet ledd *for det første* er ensidig utformet, ved at den kun hensyntar saksøkers interesser, på bekostning av saksøktes. *For det andre* innebærer bestemmelsen et dobbelt unntak fra kontradiksjonsprinsippet – først ved vurderingen av om det er "fare ved opphold" og deretter ved vurderingen av de materielle vilkårene for sikring. *For det tredje* blir bestemmelsen praktisert som hovedregelen ved behandling av saker om midlertidig sikring, på tross av at den er utformet og ment som en unntaksbestemmelse. I tillegg kommer her at retten stort sett også gjør unntak fra varsel til saksøkte, på tross av ordlyden "muntlig forhandling". *For det fjerde* synes retten å ha liten, om enn noen, mulighet til å validere saksøkers anførsler, siden saksøkte ikke kan varsles om og høres i saken. Saksøker synes derfor å "kontrollere" valget av prosessform ved utformingen av begjæringen. *For det femte* er det sjelden retten begrunner den konkrete "fare ved opphold" i sin kjennelse, hvilket innebærer at det ikke er noen måte å kontrollere om

¹¹⁴ Skoghøy (1994) skriver: "Etter min oppfatning bør rettsvitenskapelige avhandlinger ikke bare inneholde en beskrivelse av gjeldende rett, men også inneholde en vurdering av om de resultater rettsreglene fører til, er politisk akseptable og etisk forsvarlige, og om de ellers fungerer rimelig og hensiktsmessig, eller om det på noe punkt er behov for endringer (såkalte de lege ferenda-betraktninger)." (s. 879).

begjæringen rettmessig kan behandles uten at saksøkte er varslet og hørt i saken. Dette er betenkeligheter det er naturlig å drøfte videre i et rettspolitisk perspektiv.

En rekke av disse betenkelighetene kan, som nevnt, knyttes til ordlyden "fare ved opphold" i tvl. § 32-7 annet ledd. Derfor skal jeg i kapittel 11 vurdere hvorvidt bestemmelsen er hensiktsmessig utformet sett ut fra bestemmelsens formål, samt i hvilken grad bestemmelsen evner å balansere de grunnleggende hensynene. I denne drøftelsen inngår også betenkelighetene rundt rettens faktiske beslutningsgrunnlag og rettens konkrete begrunnelse. Avslutningsvis skal jeg i kapittel 12 se på tvistelovens øvrige "system" ved midlertidig sikring uten forutgående kontradiksjon. Perspektivet her er om og i hvilken grad de øvrige bestemmelsene kan virke avhjelpende på de betenkelighetene som presentert over.

I resten av dette kapitlet skal jeg knytte noen bemerkninger til rettspolitikk som disiplin og avhandlingens rettspolitiske metode.

10.2 Hva er rettspolitikk?

Alf Ross uttalte at "[r]etten har sit mål i sig selv: at fuldkommengøre den retten iboende ide om retfærdighet. Retspolitikken er læren om, hvorledes dette mål realiseres".¹¹⁵ Ross konkluderte derfor med at "[r]etspolitikk er anvendt rettsociologi og retsteknik".¹¹⁶

På bakgrunn av dette identifiserte Ross tre rettspolitiske oppgaver: *For det første*, å analysere de målsettinger og innstillinger som er bestemmende for de formelle makthaverne i samfunnet. *For det andre*, å redegjøre for hvilke regler som er best egnet til å realisere disse målsettinger. *For det tredje*, å formulere anbefalinger til lovgiver¹¹⁷ eller domstolene.¹¹⁸ Ross omtalte anbefalinger til lovgiver som rettspolitikk *de lege ferenda*.¹¹⁹ Direkte oversatt fra latin betyr *de lege ferenda* "ut fra loven slik den bør være".¹²⁰ Christoffer C. Eriksen uttrykker at det "[i] skandinavisk rettsvitenskap har [...] vært vanlig å bruke rettspolitikk som et navn på de analysene som søker å avklare hvilke verdier rettstilstanden hviler på, og om retten er et rasjonelt middel for å realisere disse".¹²¹

Rettspolitikk er med andre ord evalueringer av gjeldende rett og anbefalinger med lovgiver som adressat, med formål om å finne frem til foretrukne rettslige løsninger. I relasjon

¹¹⁵ Ross (1953, s. 417)

¹¹⁶ Ross (1953, s. 418).

¹¹⁷ Med "lovgiver" mener jeg her en samlebetegnelse for hele det myndighetsapparat som inngår i lovgivningsprosessen, slik at begrepet omfatter både lovkomiteer, departementet og Stortinget.

¹¹⁸ Ross (1953, s. 424-431)

¹¹⁹ Ross (1953, s. 421 flg.) Se også Eriksen (2012, s. 145).

¹²⁰ De Lege Ferenda i Store norske leksikon (2018).

¹²¹ Eriksen (2012, s. 139).

til spørsmålet om midlertidig sikring uten kontradiksjon, er det interessant å se på lignende rettspolitiske arbeider knyttet til problematikk det kan knyttes likhetstrekk til. I denne sammenhengen er Horns arbeid i sin doktoravhandling "Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse: Rettspolitiske vurderinger" interessant. Horn skriver at "[r]ettspolitikken retter seg til lovgiver med spørsmål om loven bør endres, ikke til domstolen eller andre rettsanvendere med spørsmål om hvordan loven bør tolkes".¹²² I det følgende tar jeg utgangspunkt i denne definisjonen.

Formålet med denne rettspolitiske delen av avhandlingen er nettopp å bidra til den rettsvitenskapelige diskusjonen ved å gi en henstilling til lovgiver om to tema: 1) Hvordan reglene om midlertidig sikring uten forutgående kontradiksjon kan eller bør utformes, og 2) hvilke målsettinger som må være avgjørende ved utformingen av disse reglene.

10.3 De overordnede prinsipper og hensyn som argumenter *de lege ferenda*. Om avhandlingens rettspolitiske metode

Når man skal drøfte og evaluere gjeldende rett fra et rettspolitisk perspektiv er det nødvendig å klarlegge visse rammer for den metodiske tilnærmingen. En juridisk drøftelse *de lege lata* har sin juridiske metode for utlegningen av gjeldende rett, men en drøftelse *de lege ferenda* har et annet formål og dermed en annen metodisk tilnærming. Skoghøy skriver:

*"Ved vurderingen av rettsstilstanden på et område de lege ferenda vil juridiske forskere ikke være bundet av bestemte etiske verdigrunnlag eller politiske målsettinger. De eneste krav som stilles er at forskeren må spille med åpne kort og åpent gjøre rede for hvilke verdier som han legger til grunn for sin argumentasjon, og hvilke politiske målsettinger som han mener bør fremmes."*¹²³

En redegjørelse for hvilke rettspolitiske målsettinger og verdigrunnlag jeg tar utgangspunkt i for evalueringen, er derfor nødvendig.

Siden temaet for avhandlingen faller innenfor sivilprosessen, er det naturlig å ta utgangspunkt i de grunnleggende og konstituerende hensyn og prinsipper som sivilprosessen hviler på, også med en rettspolitisk innfallsvinkel. I avhandlingens del 2 har jeg drøftet de prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om å fravike

¹²² Horn (2017, s. 75). Se også Graver (2011, s. 89) som også uttrykker at rettspolitiske betraktninger er ment rettet til lovgiver.

¹²³ Skoghøy (1994, s. 879).

kontradiksjonsprinsippet. Disse er høyst aktuelle i denne sammenhengen som utgangspunkt for drøftelsen *de lege ferenda*. Det er imidlertid hensiktsmessig å bemerke noen metodiske poenger ved bruk av prinsipper og hensyn som argumenter *de lege ferenda*.

Med en rettspolitisk innfallsvinkel er siktemålet et annet enn å klarlegge gjeldende rett. Spørsmålet som gjør seg gjeldende i et metodisk perspektiv blir heller om og i hvilken grad de grunnleggende prinsippene og hensynene kan bidra i diskusjonen om hvilke målsettinger som bør være styrende for reglene om midlertidig sikring uten kontradiksjon, samt hvordan disse *kan* eller *bør* utformes.

Drøftelsen i avhandlingens del 2 viser at kontradiksjonsprinsippet og de hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet, utgjør en grunnleggende og konstituerende del av våre prosessregler. De utgjør således et utgangspunkt det skal mye til for å fravike, jf. ovenfor under punkt 4.2. På en annen side finnes det hensyn som begrunner å fravike det – aller viktigst i relasjon til saker om midlertidig sikring er hensynet til å sikre at kravet effektivt kan forfølges rettslig. I et rettspolitisk perspektiv kan man dermed si at de grunnleggende prinsippene og hensynene danner grunnlaget for to ulike målsettinger lovgiver i størst mulig grad bør etterstrebe en rimelig balanse mellom. I en rettspolitisk diskusjon er det derfor interessant å se nærmere på avveiningen mellom disse typene hensyn.

11 Kritikk av lovens utforming

11.1 Innledning

Gjennomgangen av kontradiksjonsprinsippet og de hensyn som gjør seg gjeldende i avhandlingens del 2 viser at det er grunn til å stille spørsmål ved utformingen av lovbestemmelsen i tvl. § 32-7 annet ledd, og spesielt vilkåret "fare ved opphold". Som vist har kontradiksjonsprinsippet både en tungtveiende prinsipiell og praktisk begrunnelse, se nærmere i kapittel 3. Gjennomgangen i avhandlingens kapittel 7 viser at det er grunn til å spørre om kontradiksjonsprinsippets betydning har fått for lite gjennomslagskraft i tvl. § 32-7 annet ledd.

I det følgende skal jeg i punkt 11.2 se nærmere på hvilke interesser tvl. § 32-7 annet ledd bør ivareta, med utgangspunkt i kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensynene. Med utgangspunkt i denne drøftelsen, skal jeg se nærmere på i hvilken grad dagens lovtekst balanserer disse hensynene. Videre skal jeg, med utgangspunkt i

kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende, drøfte hvilke kvalitative krav som bør stilles til den uønskede konsekvens saksøker må risikere for å legitimere kontradiksjonsunntaket. I punkt 11.3 skal jeg se nærmere på hvilke krav som bør stilles til rettens faktiske beslutningsgrunnlag. I punkt 11.4 skal jeg se nærmere på domstolens begrunnelse av unntak fra kontradiksjon etter tvl. § 32-7 annet ledd, samt se nærmere på hvilke krav som bør stilles. Avslutningsvis skal jeg i punkt 11.5 oppstille en alternativ struktur for en ny lovbestemmelse om unntak fra kontradiksjon ved behandling av saker om midlertidig sikring. Hensikten er her å drøfte om det er mulig å utforme en lovtekst som både balanserer kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensynene, hensynet til både saksøker og saksøkte, og tar inn over seg betenkelighetene ved et usikkert beslutningsgrunnlag.

11.2 Nærmere om interesser og uønskede konsekvenser

11.2.1 Hvilke interesser bør tvl. § 32-7 annet ledd ivareta?

Et hensiktsmessig utgangspunkt når man skal vurdere hvilke interesser tvl. § 32-7 annet ledd bør ivareta er å se nærmere på den legislative begrunnelsen bak bestemmelsen. Som vist til ovenfor under punkt 7.3 er hovedformålet bak tvl. § 32-7 annet ledd å sikre at formålet med kjennelsen om midlertidig sikring ikke forfeiles, slik at saksøker potensielt mister muligheten for å forfølge kravet rettslig. Dette kommer til uttrykk gjennom vilkåret "fare ved opphold". Det er helt åpenbart i saksøkerens interesse at kjennelsen om midlertidig sikring ikke mister sin virking – om det råder det ingen tvil.

Det er imidlertid også andre hensyn som gjør seg gjeldende når man anvender bestemmelsen. Kanskje aller viktigst er hensynet til sakens opplysning og den materielle sannhets prinsipp – for å sikre at kjennelsen om midlertidig sikring ikke blir uriktig. Likebehandlingsprinsippet og hensynet til partenes tillit er også vesentlige – ved å sikre at både saksøker og saksøkte har tillit til at retten behandler saken på en upartisk og prosessuelt forsvarlig måte. Tilliten til retten er viktig og det kan stilles spørsmål ved om det å akseptere en rettsorden som uttrykker at det ikke er så farlig om retten potensielt treffer uriktige avgjørelser der den ene parten ikke engang er hørt forenlig med et rettsstatsideal.

Ordlyden "fare ved opphold" synes ikke å ta opp i seg de sistnevnte hensynene – snarere tvert om. Uttrykket "fare" drar utelukkende i retning av saksøkers risiko – og intet annet. Bestemmelsen er ensidig, og ut fra et rettspolitisk perspektiv er dette betenkelig. Ved utforming av bestemmelser som gjør inngrep i en så grunnleggende rettsikkerhetsgaranti som

kontradiksjon, er det viktig at bestemmelsen også gjenspeiler de så vel prinsipielle som praktiske betenkelighetene inngrepet medfører. Ved midlertidig sikring uten kontradiksjon er rettens beslutningsgrunnlag et vesentlig moment – hvor unntak fra kontradiksjon bidrar til å gjøre rettens beslutningsgrunnlag mer usikkert. Saksøktes tillit til prosessen er også avgjørende. Som vist til ovenfor under punkt 4.2 danner disse hensynene et tungtveiende utgangspunkt som det skal mye til for å fravike. Dette bør også tvl. § 32-7 annet ledd gjenspeile.

I dansk rett finner man regler om arrest og midlertidig forbud og påbud ("fogedforbud") i den danske *retsplejeloven*. For midlertidige forbud og påbud følger det saksbehandlingsregler i loven § 417. Etter bestemmelsen kan en anmodning om forbud eller påbud behandles uten at saksøkte er varslet dersom "retten finder det ubetænkeligt at afholde mødet uden forudgående meddelelse til modparten, eller hvis det må antages, at formålet med forbuddet eller påbuddet vil forspildes, hvis modparten underrettes".

I svensk rett finner man lignende regler i *Rättegångsbalken andra avdelingen 15. kapitel* om kvarstad m.m.¹²⁴ Her er også regler om "*lämplig åtgärd*", som tilsvarer en midlertidig forføyning.¹²⁵ I *Rättegångsbalken 15. kap. § 5, 3. stycket* følger at "[e]tt yrkande får ej bifallas utan att motparten har beretts tillfälle att yttra sig. Är det fara i dröjsmål, får dock rätten omedelbart bevilja åtgärden att gälla till dess annat förordnas." Av bestemmelsens annet punktum kan man lese unntaksregelen som oppstiller adgangen til å unnta kontradiksjon. I svensk rett anvendes vilkåret "fara i dröjsmål", som synes å ligge nært den norske formuleringen "fare ved opphold".

Den danske formuleringen gjenspeiler etter min mening bedre de prinsipielle betenkelighetene ved å fravike kontradiksjonsprinsippet enn både den norske og svenske. Dette gjelder spesielt formuleringen "retten finder det ubetænkeligt at afholde mødet uden forudgående meddelelse". Det kan også være fordelaktig å utforme en bestemmelse som oppstiller det prinsipielle utgangspunktet om kontradiksjon i bestemmelsen, nettopp for å styre rettsanvendelsen mot også å hensynta saksøktes interesser. Dette skal jeg se nærmere på under punkt 11.5.

¹²⁴ Det svenske rettsinstituttet "kvarstad" er regler om arrest til sikring av domskrav. Se nærmere i NOU 2001:32 B s. 625.

¹²⁵ Se *Rättegångsbalken § 15:3*.

11.2.2 Hvilke konsekvenser bør tvl. § 32-7 annet ledd søke å avverge? Om risiko og konsekvens

Tvisteloven § 32-7 annet ledd oppstiller vilkåret "fare ved opphold" som igjen peker på en risikovurdering. Bestemmelsen oppstiller tiltak mot risiko for at kjennelsen om midlertidig sikring mister sin virkning, dersom saksøkte gis mulighet til kontradiksjon. Dette er enten begrunnet i saksøktes adferd, eller andre omstendigheter som tilsier at kjennelse må treffes så hurtig at saksøkte ikke kan tillates full kontradiksjon, jf. ovenfor under punkt 7.4. Det er derfor nødvendig å evaluere hvordan fenomenene risiko og beslutningsgrunnlag håndteres i dagens bestemmelse. Kan vi være trygge på at den någjeldende tvl. § 32-7 annet ledd fører til avgjørelser som bygger på en hensiktsmessig risikovurdering, der man *også* tar tilstrekkelig hensyn til de prinsipielle utgangspunktene? Eller er det fare for at en tilnærming fra sak til sak som bygger på overdreven tiltro til saksøkerens objektivitet og dommerens evne til å forutse fremtiden, noe som igjen kan føre til at de prinsipielle utgangspunktene kan komme litt i bakgrunnen?

Det første spørsmålet som oppstår i vurderingen av risiko er hvilken uønsket konsekvens saksøker *bør* risikere. Nedenfor under punkt 11.3 skal jeg se nærmere på begrepet *sannsynlighet* og hvordan dette påvirker forholdet mellom fenomenene *risiko* og rettens *beslutningsgrunnlag*.

Bevissthet om hvilken konsekvens man søker å unngå er viktig. Horn uttaler at "uten tilstrekkelig bevissthet om hvilken konsekvens man søker å unngå, vil det både for lovgiveren og dommeren være vanskelig å presist ta stilling til *hvor alvorlig* man mener den uønskede konsekvensen vil være" [forfatterens utheving].¹²⁶

Sikringsinstituttet har som formål å sikre et krav i et omtvistet rettsforhold, samt å bringe et omtvistet rettsforhold i en midlertidig ordning for å avverge skade eller ulemper.¹²⁷ Den uønskede konsekvensen som begrunner et unntak fra kontradiksjonsprinsippet må derfor være det rettstapet saksøker risikerer dersom sikringsspørsmålet behandles ved muntlig forhandling og/eller saksøkte varsles om begjæringen. Konsekvensen er med andre ord at saksøker risikerer å miste muligheten til å håndheve sitt rettskrav på en effektiv måte for domstolen. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt.

Man kan nok trolig ikke operere med et like sterkt behov for å fravike kontradiksjonsprinsippet for enhver konsekvens. Det er nok nødvendig å anvende en

¹²⁶ Horn (2017, s. 309).

¹²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 253.

glideskala som graderer etter alvorlighet. De mest alvorlige konsekvenser er hvor saksøker risikerer et uopprettelig rettstap. Herunder må man trolig differensiere mellom verdien av det potensielle rettstapet. Et rettstap som innebærer tap av store verdier for saksøker må betraktes som mer alvorlig enn dersom verdien er lav. Dette må nok også gjelde dersom det er en sterkt vernet ideell interesse saksøker risikerer å tape. Eksempelvis kan man kanskje si at et anerkjent kunstverk har en betydelig høy pengeverdi, men at verket også har en ideell verdi – et kunstverk betraktes ofte som uerstattelig. Dersom saksøkte truer med å ødelegge kunstverket med et omtvistet rettighetsforhold, vil dette innebære en alvorlig konsekvens for saksøker.

Mindre alvorlige konsekvenser er trolig der saksøker kan få gjenopprettet sitt rettstap, enten ved etterfølgende erstatning eller annen kompenserende disposisjon, som leder saksøker i samme posisjon som før konsekvensen inntrådte. Et eksempel her kan være at saksøker mener å ha krav på eierskapet til en bil, og saksøkte er i ferd med å selge bilen til en tredjeperson. I slike tilfeller vil saksøker i en senere sak kunne kompensere det eventuelle tapet ved å rette et erstatningskrav mot saksøkte, eventuelt ved en omlevering av en tilsvarende bil. En spesiell situasjon kan imidlertid oppstå dersom saksøkte ikke er søkegod – vedkommende har ingen aktiva å ta utleggspant i. I slike tilfeller vil nok konsekvensen måtte regnes som mer alvorlig.

Dette er imidlertid bare eksempler, som uansett må avgjøres konkret i den enkelte sak. Man kan imidlertid stille spørsmålet om de grunnleggende hensyn som begrunner kontradiksjonsprinsippet stiller kvalitative krav til den konsekvens saksøker risikerer. Bør eksempelvis adgangen til å behandle begjæring om midlertidig sikring uten forutgående kontradiksjon være forbeholdt de mest alvorlige av konsekvenser – hvor saksøker risikerer et uopprettelig rettstap?

En innvending i kapittel 7 var likevel at ordlyden "fare ved opphold" ikke i tilstrekkelig grad oppstiller en tydelig terskel for å fravike reglene om kontradiksjon. Det skal mye til for å fravike kontradiksjonsprinsippet, jf. ovenfor i avhandlingens del 2 og kapittel 7. Dette er uomtvistet. Kan man derfor for eksempel formulere et vilkår i bestemmelsen med utgangspunkt i en høyere terskel? Et eksempel til slik formulering kan være: "dersom det er *alvorlig fare* for at formålet med den midlertidige sikringen vil forspilles". Fordelen med en høy terskel er at den bedre veier opp for kontradiksjonsunntaket. Desto mindre alvorlig situasjonen er – desto vanskeligere burde det også være å gjøre unntak fra kontradiksjon. Fordelen med en slik formulering er også at den presiserer rettens vurderingstema, sammenlignet med dagens "fare ved opphold" – som synes potensielt å omfatte ethvert

faremoment. Dersom vurderingstemaet presiseres til å treffe bedre på lovbestemmelsens målsetning, vil også risikoen for at retten tar utenforliggende hensyn være mindre.

11.3 Rettens faktiske beslutningsgrunnlag – risiko og sannsynlighet

Praksis, som nærmere redegjort for i avhandlingens del 4, taler for at praktiseringen av vilkåret "fare ved opphold" er preget av pragmatisme i langt større grad enn prinsipielle vurderinger av terskelen for å fravike kontradiksjonsprinsippet. Dette gjelder også vurderingen av hvilket grunnlag retten treffer avgjørelsen på. Denne pragmatiske holdningen gjenspeiles i lovteksten, ved at den ikke inneholder klart uttrykte prinsipielle utgangspunkter. Unntaksregelen i tvl. § 32-7 annet ledd synes i stedet å hvile på en tillit til at dommeren i enhver sak skal treffe den riktige beslutning. Dette gjelder uavhengig av beslutningsgrunnlaget – som med trygghet kan betraktes som usikkert.

Det aktuelle spørsmålet er hvilken grad av sannsynlighet for en hendelse som innebærer et rettstap må kreves for å fravike kontradiksjonsprinsippet, og hvilke kvalitative krav som må stilles til rettens beslutningsgrunnlag. Som presisert ovenfor under punkt 7.4, bygger rettens avgjørelse av om det er "fare ved opphold" på en vurdering av sannsynligheten for en eller flere *fremtidige* hendelser. Det må altså foretas en vurdering av sannsynligheten for at en hendelse kommer til å inntreffe, gitt de alternative hendelsesforløpene. Horn skriver i denne relasjon:

*"Vi må altså prøve å se for oss ulike scenarier som kan tenkes å føre frem til den uønskede hendelsen [...]. Deretter må vi vurdere sannsynligheten for at hvert av disse scenarier skal inntreffe. [...] [M]in påstand er [...] at fremtidsrettede vurderinger ofte vil være avhengig av flere ukjente faktorer, og ofte kan tenkes utviklet i flere scenarier. Fremtidsrettede risikovurderinger vil derfor ofte være meget komplekse, og kan dermed være preget av større usikkerhet."*¹²⁸

Skal man vurdere sannsynligheten for et fremtidig hendelsesforløp, må man først erkjenne at usikkerheten vil være større og at hendelsesforløpet vil være preget av flere ukjente faktorer. En annen erkjennelse ligger i at det er vanskelig og høyst usikkert å vurdere menneskers fremtidige viljeshandlinger.

En utfordring ved vurdering av sannsynligheten for en uønsket hendelse, er at beslutningsgrunnlaget på vurderingssituasjonen bare er presentert av én av partene.

¹²⁸ Horn (2017, s. 311).

Utfordringene ved et slikt beslutningsgrunnlag har jeg drøftet overfor under punkt 7.3. Poenget i denne sammenhengen er å vise at kvaliteten på beslutningsgrunnlaget er høyst usikkert. Likevel må dommeren foreta en sannsynlighetsvurdering ut fra den foreliggende bevissituasjonen. Spørsmålet for dommeren blir om man med utgangspunkt i det foreliggende bevismaterialet finner den uønskede hendelsen og konsekvensen av den tilstrekkelig sannsynlig til å fravike kontradiksjonsprinsippet. For å ivareta hensynene som begrunner kontradiksjonsprinsippet bør man derfor stille krav til dommerens vurdering av bevismaterialet – herunder at dommeren er seg bevisst på om saksøkerens anførsler støttes av objektive bevis, eller om det er tale om mer eller mindre usikre erfaringssetninger.

Ovenfor ble de potensielle konsekvensene av den uønskede handlingen gradert mellom mer og mindre alvorlig. Fordi det er en relativitet mellom konsekvens- og sannsynlighetsvurderingen, vil denne glideskalaen gjelde for sannsynlighetskravet, og påvirker kravet til sannsynligheten og kvaliteten av beslutningsgrunnlaget. Behovet for at dommeren kritisk vurderer kvaliteten på bevisgrunnlaget er likevel helt nødvendig.

11.4 Rettens konkrete begrunnelse¹²⁹

11.4.1 Hvorfor bør rettsavgjørelser begrunnes?

Innledningsvis kan det være hensiktsmessig å definere begrepet "begrunnelse" nærmere, for å forstå hvilken funksjon begrunnelsen tjener. Pedersen skriver:

"Begrepet begrunnelse refererer ofte til årsaksforklaringen eller motivasjonen for et standpunkt. Jeg benytter begrepet begrunnelse ikke i denne betydning, og hos meg refererer begrunnelse til den skrevne tekst (uavhengig av innhold). [...] Begrepet begrunnelse refererer således til tekstdelen mellom formalia og slutning."¹³⁰

Med begrepet begrunnelse kan man altså både forstå den faktiske motivasjonen for et standpunkt, og det tekstlige uttrykk retten gjennom sine premisser gir til støtte for sitt standpunkt. Når jeg i det følgende skal diskutere behovet for begrunnelse av rettens standpunkt i "fare ved opphold"-vurderingen, mener jeg begrunnelse slik den kommer til uttrykk i rettens premisser – altså teksten. Formålet med denne delen er altså ikke å diskutere

¹²⁹ Et omfattende arbeid vedrørende begrunnelse av rettens avgjørelser er gjort av Pedersen (2016) i hans doktoravhandling "*Begrunnelse av rettsavgjørelser*" fra 2014, UiT – Norges Arktiske universitet.

¹³⁰ Pedersen (2016, s. 16).

den innholdsmessige kvaliteten på rettens begrunnelse, men snarere å diskutere behovet for en reell begrunnelse i rettens kjennelser.

Fra avhandlingens del 4 har vi med oss den innsikten at retten i majoriteten av sine kjennelser anvender en standardformulering for å presentere sitt standpunkt om "fare ved opphold".¹³¹ I den anledning uttrykte jeg at en slik bruk av standardsetninger leder til en fordekt rettsanvendelse. Skal man drøfte denne innsikten i et rettspolitisk perspektiv er det imidlertid nødvendig å fastlegge hvorfor det eksisterer et behov for at rettsavgjørelser begrunnes.

Som vist til ovenfor viser Skoghøy til fem formål begrunnelseskravet skal tjene: (1) Hensynet til å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering, (2) overprøvingshensynet, (3) etterprøvbarehetshensynet, (4) avklaringshensynet og (5) prejudikatshensynet.¹³² Dette er gode utgangspunkter. Man kan imidlertid også se begrunnelseskravet i sammenheng med rettens dømmende funksjon i samfunnet – av Pedersen omtalt som *domsfunksjonen*. Pedersen skriver at "[b]egrunnelsen er domstolenes middel for å kommunisere hvordan den dømmende kompetanse er utøvd, og derfor legger domsfunksjonen føringer på hva og hvordan domstolene skal kommunisere – dvs. hvordan rettsavgjørelser *bør* beskrives" [forfatterens kursivering].¹³³ Videre skriver Pedersen:

*"Et fundamentalt poeng er at begrunnelsen i størst mulig grad bør bidra til at den utøvde domsfunksjonen lar seg identifisere, og dette vil være et fundamentalt trekk ved 'gode avgjørelsen'."*¹³⁴

Som man kan se har dermed begrunnelseskravet for det første til hensikt å beskytte partene, for det andre å sikre samfunnets behov for rettsavklaring, og for det tredje, gi mulighet for at samfunnet også kan kontrollere domstolenes virksomhet.¹³⁵ Når de aller fleste unntak fra kontradiksjon i saker om midlertidig sikring begrunnes ved bruk av en standardsetning, tjener kjennelsen ingen av disse formålene.

11.4.2 Retten bør begrunne unntak fra kontradiksjon konkret

Med utgangspunkt i kontradiksjonsprinsippet og de grunnleggende hensynene som gjør seg gjeldende, synes det klart at retten bør begrunne unntak fra kontradiksjon konkret, slik at det

¹³¹ Se ovenfor under punkt 9.2.2.

¹³² Skoghøy (2017, s. 1005).

¹³³ Pedersen (2016, s. 20).

¹³⁴ Pedersen (2016, s. 22).

¹³⁵ Skoghøy (2017, s. 1005).

også tydelig fremgår i kjennelsen. I tvisteloven finner man denne begrunnelsesplikten i § 19-6 fjerde ledd. Retten plikter altså å gi en begrunnelse.

Det faktum at domstolene svært sjeldent gir konkrete begrunnelser for unntak fra kontradiksjon, er imidlertid ikke bare problematisk *de lege lata*, det er også utfordrende *de lege ferenda*. Utgangspunktet ved midlertidig sikring er at saksøkte skal gis mulighet til å uttale seg om saken, jf. tvl. § 32-7 første ledd og § 32-2 siste punktum. Når retten gjør unntak fra kontradiksjon, har saksøkte ingen mulighet til å påvirke rettens vurdering før kjennelse treffes. Kravene som stilles til rettens begrunnelse bør derfor skjerpes i de tilfeller saksøkte ikke tillates kontradiksjon.

Man kan imidlertid argumenter mot et slikt syn, ved å hevde at begrunnelse av kontradiksjonsunntaket ikke er viktig siden vurderingen uansett ikke kan ankes, jf. tvl. § 32-8 første ledd siste punktum. Etterprøvingshensynet og overprøvingshensynet gjør seg derfor ikke gjeldende. Dette er imidlertid ikke helt treffende. Utgangspunktet er at en rettsavgjørelse kan oppheves av ankeinstansen som følge av manglende begrunnelse, jf. tvl. § 29-3 første ledd om saksbehandlingsanke. Tanken er at manglende begrunnelse kan ha virket inn på avgjørelsens innhold, jf. tvl. § 29-21, som således kan oppheves. Dette utgangspunktet er altså begrunnet i hensynet til å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering – dersom dommeren må begrunne avgjørelsen øker sannsynligheten for at dommeren foretar en forsvarlig vurdering. I de tilfeller avgjørelsen ikke kan ankes, må dette hensynet gjøre seg gjeldende med forsterket grad – behovet for å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering er større i de tilfeller ankeinstansen ikke kan oppheve kjennelsen. Av denne grunn bør det stilles krav til rettens begrunnelse av unntak fra kontradiksjon og muntlig forhandling i saker om midlertidig sikring.

11.5 Alternativ struktur for en lovtekst

Gjennomgangen av tvl. § 32-7 annet ledd og forholdet til kontradiksjonsprinsippet leder oss inn på en annen vurdering – hvordan kan bestemmelsen utformes for å bedre håndtere usikkerhet om faktum og et magert beslutningsgrunnlag? For å illustrere synspunktene ovenfor i kapittel 11 har jeg nedenfor oppstilt én mulig modell til en alternativ lovtekst. I sin doktoravhandling, gjør Horn et større arbeid med å oppstille en alternativ struktur for regelen i strpl. § 186 a første ledd om bruk av isolasjon ved risiko for bevisforspillelse.¹³⁶ Jeg har hentet en del inspirasjon fra hans arbeid til denne delen av avhandlingen. Selv om

¹³⁶ Horn (2017, s. 332-335).

vurderingene etter strpl. § 186 a første ledd ikke er likt utformet eller sammenfallende for øvrig, har de klare likhetstrekk. Vesentlig er at retten skal treffe en midlertidig avgjørelse, basert på risikoen for fremtidige uønskede hendelser på siktedes/saksøktes side. Avgjørelsen treffes ofte på et usikkert bevisgrunnlag.

Det er nødvendig å presisere at modellen ikke søker å være annet enn et innspill til lovgiver, og tar ikke sikte på å virke som en fasit for endelig lovtekst. Ambisjonen er simpelthen bare å illustrere hvordan en lovtekst vil kunne balansere de hensyn som begrunner kontradiksjon og de hensyn som taler for unntak fra kontradiksjon. Forslaget er således ment å være et alternativ til det någjeldende vilkåret "fare ved opphold" i tvl. § 32-7 annet ledd. Forslaget lyder:

Retten kan treffe kjennelse som gir midlertidig sikring uten forutgående muntlig forhandling eller varsel til saksøkte, dersom det er **alvorlig fare** for at **formålet med den midlertidige sikringen blir forfeilet dersom muntlig forhandling avholdes**, og retten finner det **ubetenkelig** ut fra hensynet til saksøkte og lovens formål for øvrig. Ved vurderingen **skal** retten også legge vekt på hvorvidt **avgjørelsesgrunnlaget er underbygget av konkrete omstendigheter** eller om **vurderingen bygger på mer usikre antagelser**. For rettens kjennelse gjelder § 19-6 tilsvarende. Retten skal likevel konkret vise til de **faktiske omstendigheter** som har vært **avgjørende** for rettens vurdering etter denne paragrafen.

Det *første* vilkåret samsvarer med dagens lovtekst, som krever at kjennelse om midlertidig sikring uten varsel eller forutgående muntlig forhandling må gi saksøker medhold. Dersom saksøkte ikke kan gis medhold, må begjæringen avvises i medhold av tvl. § 32-7 tredje ledd.

Det *andre* vilkåret er skjerpet sammenlignet med dagens formulering. Ved formuleringen "alvorlig fare" skjerpes terskelen for å gjøre unntak fra kontradiksjonsprinsippet, ved å stille kvalitative krav til både konsekvensen av den uønskede hendelsen, samt sannsynligheten for at den inntreffer.¹³⁷

Det *tredje* vilkåret presiserer konsekvensen av den uønskede hendelsen, ved formuleringen "formålet med den midlertidige sikringen blir forfeilet". Formuleringen er for det første inspirert av EMDs uttalelse i *Micallef*-saken ("nature and purpose of the interim

¹³⁷ Til sammenligning kan det vises til Straffeprosesslovutvalgets forslag til ny bestemmelse om varetektsfengsling ved bevisforspillelsesfare i forslagets § 15-2 annet ledd som anvender formuleringen "faren for bevisforspillelse utgjør en *betydelig* risiko for straffeforfølgningen", se NOU 2016: 24 s. 48 annen spalte og nærmere på s. 601 første spalte.

proceedings at issue"). Formuleringen er for det andre inspirert av dansk rett, jf. ovenfor under punkt 11.2. Fordelen med en slik formulering er at retten tvinges til å vurdere konsekvens i langt større grad enn dagens "fare ved opphold", og samtidig stiller krav til hvilke faktiske momenter som er rettslig relevante.

Det *fjerde* vilkåret er også hentet fra den danske lovbestemmelsen, og tvinger retten til å ta stilling til om unntak fra kontradiksjon er "ubetenkelig ut fra hensynet til saksøkte og loven for øvrig". Ved å innføre et slikt vilkår er man ikke prisgitt at dommeren av eget initiativ tar utgangspunkt i det grunnleggende kontradiksjonsprinsippet. Bestemmelsen tvinger dommeren til å foreta en avveining mellom hensynene som gjør seg gjeldende for og mot kontradiksjon fra saksøkte.

I forslaget *annet punktum* presiseres det at retten må vurdere det konkrete avgjørelsesgrunnlaget slik det foreligger på tidspunktet retten treffer avgjørelse om kontradiksjon. Et vesentlig poeng å merke seg her er at retten må vurdere hvordan saksøkers anførsler er begrunnet og hvilket bevisgrunnlag som foreligger. Et alternativ her er å stille kvalitative krav til beslutningsgrunnlaget, men det kan nok virke mot sitt formål, jf. ovenfor under punkt 11.3.

Forslagets *tredje punktum* oppstiller en plikt for retten å gi en konkret begrunnelse for sitt resultat, ved at tvl. § 19-6 er gitt tilsvarende virkning. Bestemmelsen gjelder da ikke så langt den passer, slik den gjør etter gjeldende rett, jf. tvl. § 32-2. I *siste punktum* presiserer forslaget at retten også må vise til de faktiske omstendigheter som har vært avgjørende for rettens konklusjon i vurderingen av om kontradiksjon kan unntas. Dette er for å sikre en reell og samvittighetsfull vurdering av samtlige vilkår bestemmelsen legger opp til.¹³⁸

12 Tvistelovens avhjelpende bestemmelser¹³⁹

12.1 Etterfølgende muntlige forhandlinger

Ovenfor under punkt 7.5 presenterte jeg saksøktes mulighet for å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger for å angripe en kjennelse om midlertidig sikring avsagt uten

¹³⁸ Skoghøy (2017, s. 1005). Se nærmere ovenfor under punkt 11.4.2.

¹³⁹ Avhandlingen vil ikke behandle domstolens adgang til å stille krav om senere søksmål i tvl. §§ 33-4 annet ledd og 34-3 tredje ledd, som et avhjelpende tiltak. Dette er fordi det fordrer forutgående kontradiksjon fra saksøkte.

saksøktes kontradiksjon. I det følgende skal jeg se nærmere på hvorvidt muligheten for etterfølgende muntlige forhandlinger kan gjenopprette balansen mellom saksøker og saksøkte.

Formålet med adgangen til å kreve etterfølgende muntlig forhandling i tvl. § 32-8 første ledd er å sikre behovet for en rask korreksjon av rettens første kjennelse, avsagt uten forutgående kontradiksjon.¹⁴⁰ Dersom retten mottar begjæring om etterfølgende muntlig forhandling, skal partene således innkalles til nytt rettsmøte for en ny realitetsbehandling av begjæringen om midlertidig sikring. Bestemmelsen sier ikke selv hvor hurtig retten plikter å beramme rettsmøte. Utgangspunktet i tvl. § 13-2 annet ledd annet punktum er at partene skal innkalles to uker i forveien, med mindre særlige hensyn tilsier en kortere frist. I saker om midlertidig sikring må man trolig avveie hensynet til saksøktes saksforberedelse mot hensynet til saksøktes behov for å få imøtegått kjennelsen om midlertidig sikring så raskt som mulig. Dette beror nok på saksøktes konkrete behov. Flock tar til orde for at retten skal beramme nytt rettsmøte straks den mottar begjæring om etterfølgende muntlig forhandling.¹⁴¹ Av hensyn til den potensielle urett som er begått mot saksøkte, må dette være en riktig løsning.

Spørsmålet er imidlertid om saksøktes adgang til å begjære etterfølgende muntlig forhandling, oppveier unntaket fra kontradiksjonsprinsippet etter tvl. § 32-7 annet ledd. Samspillet mellom tvl. §§ 32-7 annet ledd og 32-8 synes å være utformet ut fra en tanke om at saksøkte tåler et inngrep i rett til kontradiksjon og en potensielt uriktig kjennelse, siden vedkommende alltid kan angripe kjennelsen senere. Med andre ord er det ikke så farlig med kontradiksjon og et fullstendig beslutningsgrunnlag i rettens førstegangsbehandling – saksøkte kan alltid angripe kjennelsen for å få muligheten til kontradiksjon.

Dette perspektivet har tre utfordringer: *For det første* synes bestemmelsene ikke å ta innover seg viktigheten av en materielt riktig avgjørelse på et så tidlig stadium av saken som mulig. Dersom kjennelsen er riktig, vil saksøkte med større sannsynlighet akseptere den, og heller forsøke å løse saken minnelig. Dette sparer partene for prosessutgifter, og frigir samtidig tid for retten til å behandle andre saker. Dersom kjennelsen derimot er uriktig, vil dette både stille saksøkte i en urettmessig ufordelaktig posisjon overfor saksøker i en senere forhandling/mekling, det vil svekke saksøktes tillit til prosessen og innby til videre prosessuelle skritt.

¹⁴⁰ Flock (2011, s. 210).

¹⁴¹ Flock (2011, s. 216).

For det andre innebærer den løsning som tvl. §§ 32-7 annet ledd og 32-8 legger opp til, i sin ytterste konsekvens, en form for selvtekstlignende handling med domstolens hjelp.¹⁴² Dersom det ikke er "fare ved opphold" i den konkrete saken, men saksøker likevel gir uttrykk for dette i sin begjæring tyder statistikken på at saksøker gis medhold i dette. Resultatet er at saksøker får en privilegert sikringsadgang ved hjelp av sikringsinstituttet, sammenlignet med den alminnelige veien om utlegg og tvangsfullbyrdelse.

For det tredje synes systemet å være avhengig av at etterfølgende rettsmøte kan berammes og avholdes så raskt som mulig etter at begjæringen er innkommet. Dette er for å begrense en potensielt uriktig sikrings materielle virkning overfor saksøkte. I kapittel 2 uttrykte jeg at en midlertidig sikring potensielt kan være svært inngripende overfor saksøkte. Jo lengre tid det tar fra den første kjennelsen avsies til den etterfølgende kjennelsen avsies, jo lengre må saksøkte finne seg i en potensielt uriktig og inngripende sikring. Risikoen for at saksøkte lider rettstap øker desto lengre tid sikringen vedvarer. Saksbehandlingstiden i norske førsteinstansdomstoler er imidlertid lang, og at det lett kan tenkes en lengre periode mellom kjennelse og etterfølgende muntlig forhandling. Det er i praksis altså ikke åpenbart at den etterfølgende forhandlingen har den raskt korrigerende funksjonen den er tiltenkt.

Adgangen til å kreve etterfølgende muntlig forhandling, jf. tvl. § 32-8, synes derfor ikke alene å oppveie for det inngrep et unntak fra kontradiksjon innebærer for saksøkte. Etter min mening kan det være aktuelt å stille strengere krav til hvor raskt en etterfølgende muntlig forhandling skal avholdes.

12.2 Erstatning og sikkerhetsstillelse

12.2.1 Saksøkers erstatningsansvar

I medhold av tvl. § 32-11 første ledd kan saksøker pålegges erstatningsansvar.

Bestemmelsens første og annet punktum lyder;

"Dersom midlertidig sikring er opphevet eller falt bort og det viser seg at saksøkerens krav ikke bestod da sikringen ble besluttet, plikter saksøkeren å erstatte den skade saksøkte har lidt som følge av sikringen eller ved de skritt som har vært nødvendige for å avverge sikringen eller å få den opphevet. Det samme gjelder om det viser seg at begjæringen for øvrig var ugrunnet som følge av at det under saken forsettlig eller uaktsomt ble gitt uriktige eller villedende opplysninger om sikringsgrunnen."

¹⁴² Dette er nærmere beskrevet overfor under punkt 5.2.

Bestemmelsen er sammensatt. Som man kan se av ordlyden oppstilles det i første punktum et objektivt erstatningsansvar for de tilfeller det viser seg at det hovedkravet som ble sikret, likevel ikke bestod. Etter tvl. § 32-7 annet ledd er det en forutsetning for å gjøre unntak fra kontradiksjon, at de øvrige materielle vilkårene for midlertidig sikring er oppfylt. I denne sammenheng er det aktuelt å vise til at det ikke kreves at hovedkravet er sannsynliggjort, dersom det er "fare ved opphold", jf. tvl. §§ 33-3 annet ledd og 34-2 annet ledd. Det er med andre ord en ikke-ubetydelig risiko for at retten avsier kjennelse om midlertidig sikring for et hovedkrav som slett ikke eksisterer, og slike tilfeller omfattes av det objektive erstatningsansvaret i første ledd. Flock uttrykker at "[b]estemmelsen statuerer et ansvar for saksøkeren uavhengig av skyld. Han vil dermed også være erstatningsansvarlig der han var i aktsom god tro om sitt krav mot saksøkte."¹⁴³

Departementet begrunner dette objektive ansvaret på følgende måte i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 99:

"Lovgrunnen for dette strenge ansvaret er først og fremst et risikosynspunkt. Når den som mener seg berettiget ikke har gått den ordinære veien og først skaffet seg tvangsgrunnlag, synes det mest rimelig at dette skjer på egen risiko dersom det skulle vise seg at kravet likevel ikke besto. Dernest kommer det inn et prevensjonshensyn. Det er grunn til å tro at de fleste vil avholde seg fra i utide å kreve midlertidig sikring dersom de blir holdt ansvarlig hvis kravet ikke er til."

Bestemmelsen er altså begrunnet i risiko- og prevensjonshensyn.

Videre følger det av tvl. § 32-11 første ledd annet punktum at saksøkeren kan bli pålagt erstatningsansvar for de tilfeller kjennelsen om midlertidig sikring viser seg å være "ugrunnet" som følge av "uriktige eller villedende opplysninger" om sikringsgrunnen. Erstatningsansvaret er i slike tilfeller gjort avhengig av saksøkerens skyld, idet opplysningene må være gitt "forsettlig eller uaktsomt". Om lovgrunnen bak bestemmelsen uttrykker departementet følgende:

"Lovgrunnen for at ansvaret her ikke er objektivt, er at det vil virke for hardt for saksøkeren med et objektivt ansvar for at det på sikringstidspunktet var tilstrekkelige grunner for sikringen. Saksøkeren kan være i begrunnet tvil om hva som i så måte kan begrunne midlertidig sikring, og det synes rimeligst at ansvaret gjøres avhengig av at

¹⁴³ Flock (2011, s. 369).

det ikke i begjæringen eller under et møte til behandling av sikringen forsettlig eller uaktsomt er gitt uriktige eller villedende opplysninger."¹⁴⁴

Departementet synes altså å mene at de risiko- og prevensjonshensyn som begrunner det objektive erstatningsansvaret for hovedkravet, ikke gjør seg gjeldende ved beskrivelsen av sikringsgrunnen.

I relasjon til avhandlingens tema er det aktuelt å se denne bestemmelsen i sammenheng med saksøkerens begjæring, som jo ofte er det eneste beslutningsgrunnlaget retten treffer avgjørelse på, jf. tvl. § 32-7 annet ledd. Som påpekt en rekke ganger tidligere i avhandlingen, er det utvilsomt at rettens beslutningsgrunnlag meget vel kan være usikkert på det tidspunktet retten treffer avgjørelse. Dette gjelder kanskje spesielt anførsler og beviser rundt saksøktens atferd, som ofte utgjør sikringsgrunnen. Dersom det viser seg at saksøkerens begjæring ikke ga riktige opplysninger hva gjelder sikringsgrunnen, er erstatningsansvaret altså avhengig av at saksøkeren har utvist uaktsomhet eller forsett.

Etter min mening gjør de samme risiko- og prevensjonshensyn som begrunner det objektive ansvaret etter bestemmelsens første ledd første punktum, seg like gjeldende i de tilfeller saksøkerens begjæring alene utgjør beslutningsgrunnlaget. Avgjørende i denne sammenheng er at saksøkeren i realiteten kontrollerer prosessen ved sin begjæring, noe som gjør at retten ikke har annet valg enn å gi vedkommende medhold. Utfordringen ved tvl. § 32-11 første ledd annet punktum, slik den lyder nå, er at saksøkte må bevise uaktsomhet eller forsett hos saksøkeren for å kreve erstatning. Flock skriver om bestemmelsen:

*"I praksis viser det seg at denne ansvarsregel er lite brukt. Det henger formentlig sammen med kravet til skyld hos saksøkeren, som kan være vanskelig å bevise."*¹⁴⁵

Realiteten er altså at saksøkeren løper liten risiko ved å begjære midlertidig sikring uten kontradiksjon, dersom det viser seg at begjæringen inneholdt feilaktige opplysninger om sikringsgrunnen. Saksøkeren har med andre ord en enkel måte å sikre sitt krav, uten å gå veien om alminnelig tvangsfullbyrdelse, uten at det nødvendigvis er grunnlag for det og uten at saksøkeren risikerer sanksjonering. Dette virker ikke heldig. Etter min mening synes det rimelig at saksøkeren bærer risikoen for tap knyttet til feilaktige beskrivelser av sikringsgrunnen i de tilfeller saksøkte ikke har fått uttale seg. Hensynet til prevensjon gjør seg

¹⁴⁴ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 100.

¹⁴⁵ Flock (2011, s. 370).

også gjeldende, for å unngå at saksøkeren benytter seg av muligheten for midlertidig sikring uten kontradiksjon, i de tilfellene det ikke er grunnlag for det. Saksøker er også betraktelig nærmere å bære risikoen for enhver feil i beskrivelsen av sikringsgrunnen enn saksøkte – som i liten grad får uttale seg.

Et forslag kunne dermed være å pålegge saksøkeren objektivt erstatningsansvar for opplysningene om sikringsgrunnen, for de tilfeller begjæringen avgjøres uten forutgående kontradiksjon fra saksøkte.

En annen svakhet ved tvl. § 32-11 første ledd er at den ikke oppstiller et erstatningsansvar for de tilfeller retten har truffet kjennelse uten kontradiksjon på bakgrunn av saksøkerens begjæring, uten at det var grunnlag for det. Slike tilfeller faller som utgangspunkt utenfor regelen i § 32-11 første ledd annet punktum, men saksøktes risiko for tap gjelder likefullt. Bestemmelsen bør etter min mening utformes for å ivareta hensynet til saksøkte i slike situasjoner. Et erstatningsansvar for de tilfeller kjennelse er truffet uten kontradiksjon, uten at det er grunnlag for det, vil etter min mening ha en viktig preventiv effekt, som hindrer misbruk av bestemmelsen.

12.2.2 Retten kan stille krav om sikkerhet for eventuelt erstatningsansvar

Spørsmålet om retten skal pålegge saksøkeren å stille sikkerhet for et eventuelt erstatningsansvar etter tvl. § 32-11, følger av reglene om de grunnleggende vilkårene for midlertidig sikring. Bestemmelsene i tvl. §§ 33-3 første ledd annet punktum (arrest) og 34-2 første ledd annet punktum (midlertidig forføyning) lyder:

"Retten kan bestemme at saksøkeren som vilkår for ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen skal stille slik sikkerhet som retten fastsetter for mulig erstatning til saksøkte."

Etter bestemmelsen er det alene opp til rettens skjønn å stille vilkår om sikkerhet, jf. for øvrig også Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 275 og Flock (2011, s. 251). Det relevante spørsmålet er derfor når det *bør* stilles vilkår om sikkerhet. Departementet uttrykker følgende:

"Avgjørelsen kan bl.a influeres av i hvilken grad saksøkeren har sannsynliggjort sitt krav. For øvrig kan det være urimelig å pålegge en ressurs svak saksøker å stille sikkerhet dersom det er grunn til å tro at saksøkeren vil ha vansker med å oppfylle kravet, og saksøktes opptreden har vært så foruroligende at det alt i alt fremtrer som rimelig at arrest blir tatt selv om sikkerhet ikke stilles. Likeledes kan det ikke være

grunn til å kreve sikkerhet når saksøkerens økonomi utvilsomt vil kunne gi dekning for krav, f.eks når en bank eller et offentlig organ er saksøker."¹⁴⁶

Departementets uttalelse synes ikke alene å oppstille noen generell henvisning på hvilke situasjoner sikkerhet bør kreves. Flock uttrykker imidlertid på generelt grunnlag:

"Jo mer overbevist retten er om at saksøkeren vil vinne frem med hovedkravet, jo mindre grunn er det til å kreve at han stiller sikkerhet."¹⁴⁷

Flocks utgangspunkt virker i og for seg greit nok – som en generell regel knyttet til sannsynligheten av kravet – men er kanskje ikke helt treffende utover dette. Tanken må vel være at desto mer usikkert beslutningsgrunnlaget er, desto større oppfordring bør retten ha til å stille krav om sikkerhetsstillelse. Her ligger det en klar henvisning til avhandlingens tema og det potensielt usikre beslutningsgrunnlaget retten har dersom avgjørelse treffes i medhold av tvl. § 32-7 annet ledd. Dette må imidlertid også ses i sammenheng med andre omstendigheter. Det er ikke like aktuelt å kreve sikkerhet fra en saksøker med god økonomisk evne, som således er søkegod, jf. også Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 275.

Aktuelt i relasjon til avhandlingens tema er adgangen til å stille sikkerhet i de tilfeller saksøkeren ikke har sannsynliggjort hovedkravet i medhold av tvl. §§ 33-3 annet ledd og 34-2 annet ledd. Som nevnt ovenfor under punkt 12.2.1 gjelder det et objektivt erstatningsansvar for de tilfeller det viser seg at saksøkeren ikke hadde et hovedkrav mot saksøkte. Denne erstatningsregelen må leses i sammenheng med reglene om sikkerhetsstillelse. Reglene i §§ 33-3 annet ledd og 34-2 annet ledd må også leses i sammenheng med regelen i tvl. § 32-7 annet ledd, jf. også ovenfor under punkt 2.4.1. Risikoen for å påføre saksøkte tap som kan medføre erstatningsansvar vil være større enn ellers når det treffes avgjørelse uten muntlig forhandling og uten at hovedkravet er sannsynliggjort. Kravene til at saksøkeren skal stille sikkerhet bør skjerpes i disse tilfellene.

Tvisteloven § 33-2 annet ledd bestemmer at saksøkeren ved arrest i slike tilfeller skal stille sikkerhet, mens det ikke gjelder noen lignende regel for midlertidig forføyning, jf. tvl. § 34-2 annet ledd. Dette kan likevel være hensiktsmessig, for å sikre at saksøkte ikke lider tap også ved midlertidig forføyning.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 275.

¹⁴⁷ Flock (2011, s. 250).

REGISTER

Norsk nasjonal rett

Lovregister

Alfabetisk ordnet

Barneloven eller bl.	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
Domstoloven eller dstl.	Lov 13. oktober 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven)
Ekteskapsloven eller el.	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap [ekteskapsloven]
Forvaltningsloven eller fvl.	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Godtroervervloven eller ekstl.	Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre [godtroervervloven]
Grunnloven eller Grl.	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
Menneskerettsloven eller mrl.	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Panteloven eller pl.	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven)
Sjøloven eller sjøl.	Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven)
Skifteloven eller skiftel.	Lov 21. februar 1930 om skifte [skifteloven]
Straffeprosessloven eller strpl.	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
Tvangsfullbyrdelsesloven eller tvfbl.	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

Twisteloven eller tvl.	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)
Twistemålsloven eller tvml.	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) [opphevet]
Voldgiftsloven eller vl.	Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift
Åndsverksloven eller åndsvl.	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)

Norske forskrifter

Regler om god advokatskikk, inntatt i Advokatforskriftens kap. 12.	Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel 11 (Advokatforskriften)
Domssognsforskriften	Forskrift 4. mars 2016 nr. 213 om domssogs- og lagdømmeinndeling

Norske lovforarbeider

Kronologisk ordnet innenfor hver kategori

Utredninger fra offentlige utvalg

Forvaltningslovskomiteens innstilling	NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning, Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning
NOU 1977: 35	Lov om barn og foreldre (barneloven)
NOU 2001: 32 A	Rett på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven) bind A
NOU 2001: 32 B	Rett på sak: Lov om tvisteløsning (tvisteloven) bind B

Dokument 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov - utredning fra Straffeprosesslovutvalget
NOU 2019: 5	Ny forvaltningslov - Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)

Proposisjoner til Odelstinget/Stortinget

Ot.prp. nr. 56 (1990-1991)	Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
Ot.prp. nr. 33 (2003-2004)	Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Innstillinger til Odelstinget/Stortinget

Innst. 169 S (2012-2013)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
--------------------------	---

Norske rettsavgjørelser

Høyesterett

A = Avdeling, U = Kjæremålsutvalget/ankeutvalget, P = Plenum

Kronologisk rekkefølge

Rt. 1950 s. 1124	(A)
Rt. 1961 s. 1350	(A)

Rt. 1973 s. 1153	(A)	"Botulismedommen"
Rt. 1977 s. 1035	(A)	"Sykejournaldommen"
Rt. 1983 s. 1004	(A)	"Børre Knudsen-dommen"
Rt. 1990 s. 8	(A)	
Rt. 1996 s. 1051	(U)	
Rt. 1997 s. 1019	(U)	
Rt. 2000 s. 1261	(U)	"Storbyguiden AS"
Rt. 2000 s. 1297	(U)	
Rt. 2003 s. 409	(A)	
Rt. 2003 s. 1004	(U)	
Rt. 2003 s. 1279	(U)	
Rt. 2005 s. 987	(U)	
Rt. 2005 s. 1590	(A)	
Rt. 2005 s. 1698	(A)	
Rt. 2009 s. 1	(U)	
Rt. 2009 s. 604	(U)	
Rt. 2009 s. 1003	(U)	
Rt. 2010 s. 1025	(A)	
Rt. 2010 s. 1221	(U)	
Rt. 2010 s. 1530	(U)	
Rt. 2011 s. 253	(U)	
Rt. 2011 s. 271	(U)	
Rt. 2011 s. 943	(U)	
Rt. 2012 s. 667	(A)	
Rt. 2012 s. 1166	(U)	

Rt. 2012 s. 1688	(U)	
Rt. 2012 s. 1985	(P)	"Lengeværende barn I"
Rt. 2013 s. 65	(U)	
Rt. 2013 s. 438	(U)	
Rt. 2014 s. 90	(U)	
Rt. 2014 s. 1292	(A)	
Rt. 2015 s. 93	(A)	"Maria-saken"
HR-2016-941-U	(U)	
HR-2016-2554-P	(P)	"Holship"
HR-2017-327-A	(A)	"Dommerhabilitet"
HR-2018-451-A	(A)	

Internasjonal rett

Konvensjoner og traktater

Alfabetisk rekkefølge

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950
TRIPS	Avtale om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter (TRIPS-avtalen)	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh 15. april 1994

Rettsavgjørelser fra EMD

GC = Grand Chamber / dom i storkammer, J = Judgment / dom i kammer, P = Plenary / plenum

Alfabetisk rekkefølge

Allan Jacobsson mot Sverige (nr. 2)	J	<i>Application no. 8/1997/792/993, 19. februar 1998</i>
Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia	GC	<i>Applications nos. 26766/05 and 22228/06, 15. desember 2011</i>
APEH Üldözötteinek Szövetsége m.fl. mot Ungarn	J	<i>Application no. 32367/96, 5. oktober 2000</i>
Balmer Schafroth m.fl. mot Sveits	J	<i>Application no. 67\1996\686\876, 26. august 1997</i>
Dombo Beheer B.V. mot Nederland	J	<i>Application no. 14448/88, 27. oktober 1993</i>
Golder mot Storbritannia	P	<i>Application no. 4451/70, 21. februar 1975</i>
Krčmář m.fl. mot Den tsjekkiske republikk	J	<i>Application no. 35376/97, 3. mars 2000</i>
Kress mot Frankrike	GC	<i>Application no. 15764/89, 7. juni 2001</i>
Lobo Machado mot Portugal	GC	<i>Application no. 15764/89, 20. februar 1996</i>
McMichael mot Storbritannia	J	<i>Application no. 16424/90, 24. februar 1995</i>
Micallef mot Malta	GC	<i>Application no. 17056/06, 15. oktober 2009</i>
Neigel mot Frankrike	J	<i>Application no. 18725/91, 17. mars 1997</i>

Regner mot Den tsjekkiske republikk	GC	<i>Application no. 35289/11, 17. september 2017</i>
Rolf Gustafson mot Sverige	J	<i>Application no. 23196/94, 1. juli 1997</i>
Ruiz-Mateos mot Spania	P	<i>Application no. 12952/87, 23. juni 1993</i>
Sander mot Storbritannia	J	<i>Application no. 34129/96, 9. mai 2000</i>
Szücs mot Østerrike	J	<i>Application no. 135/1996/754/953, 24. november 1997</i>
Vermeulen mot Belgia	GC	<i>Application no. 19075/91, 20. februar 1996</i>
Walston mot Norge	J	<i>Application no. 37372/97, 3. juni 2003</i>

Utenlandske lover

Danmark

Retsplejeloven

Bekendtgørelse af lov nr. 1308 af 12. desember 2014 om rettens pleje (retsplejeloven)
<https://www.retsinformation.dk/pdfPrint.aspx?id=202196>

Sverige

Rättegångsbalken

Rättegångsbalk (1942:740)
<https://lagen.nu/1942:740#K15>

Litteratur

Alfabetisk rekkefølge

- Aall (2016) Jørgen Aall (2018). *Rettsstat og menneskerettigheter 5. utgave*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Askeland (2018) Bjarte Askeland (2018). Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999–2018, i *Lov og Rett nr. 9*, s. 519-536 - 2018.
- Aven (2012) Terje Aven (2012). *Foundations of risk analysis 2. utg.* Hoboken, NJ: John Wiley and Sons, Ltd.
- Backer (2015) Inge Lorange Backer (2015). *Norsk sivilprosess*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Bernt & Rasmussen (2010) Jan Fridtjof Bernt & Ørnulf Rasmussen (2010). *Frihagens forvaltningsrett : B. 1 : Innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Bårdsen (2017) Arnfinn Bårdsen (2017). Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten; noen linjer i høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014. *Jussens Venner nr. 1 - 2017*, s. 1-44.
- De Lege Ferenda i Store norske leksikon (2018) De Lege Ferenda i Store norske leksikon. (2018). Hentet fra https://snl.no/de_lege_ferenda (sist kontrollert 3. april 2019).
- Domstolsadministrasjonens årsstatistikk 2017 *Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for 2017*. Tilgjengelig på <https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/domstoladministrasjonen/statistikk/statistikk-2018/arsstatistikk--forsteinstans-2017.pdf> (sist kontrollert 29. april 2019).
- Eckhoff & Smith (2014) Torstein Eckhoff & Eivind Smith (2014). *Forvaltningsrett* (10. utg. ved Eivind Smith). Oslo: Universitetsforlaget.
- Eng (1998) Svein Eng (1998). *U/enighetsanalyse : med særlig sikte på jus og allmen rettsteori*. Oslo: Universitetsforlaget.

- Eriksen (2012) Christoffer C. Eriksen (2012). Om rettspolitikk, i *Kritisk Juss*, 38, s. 139-157.
- Falkanger (2000) Aage Thor Falkanger (2000). Selvtækt - samfunnsskadelig neverett eller verdifullt supplement til samfunnsmakten? I *Jussens venner nr. 1- 2000*, s. 1-18.
- Falkanger, Flock & Waaler (2008) Thor Falkanger, Hans Flock & Thorleif Waaler (2008). *Tvangsfullbyrdelsesloven : (lov av 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse : med tillegg av tvisteloven kapittel 32 til 34 om midlertidig sikring) : kommentarutgave : B. 2 (4. utg.)*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Flock (2011) Hans Flock (2011). *Midlertidig sikring : arrest og midlertidig forføyning*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Frøberg (2014) Thomas Frøberg (2014). *Rettslig prinsippargumentasjon*. Oslo: Gyldendal juridisk.
- Graver (2002) Hans Petter Graver (2002). *Forvaltningsrett i markedsstaten : studier i europeisering av forvaltningsretten*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Graver (2006) Hans Petter Graver (2006). I prinsippet prinsipiell - om rettsprinsipper, i *Tidsskrift for rettsvitenskap vol. 119 nr. 2/3 - 2006*, s. 189-221.
- Graver (2011) Hans Petter Graver (2011) Retorikk i rett og politikk, i *Med loven mot makta - JussBuss første år, Festskrift for JussBuss*. Olav Halvorsen Rønning (red.), s. 79-90.
- Hagerup (1919) Francis Hagerup (1919). *Den norske civilproces : bind 3 (3. udg., omarb. paa grundlag af civilprocesreformen under medvirkning af P. I. Paulsen. utg., bd. 3)*. Kristiania: Aschehoug.
- Horn (2017) Thomas Horn (2017). *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse : rettspolitiske vurderinger*. Bergen: Fagbokforlaget.

- Kaldal (2010) Anna Kaldal (2010). *Parallella prosesser : en rettsvetenskaplig studie av riskbedømmingar i vårdnads- och LVU-mål*. Jure Förlag, Stockholm.
- Kjølbrot (2010) Jon Fridrik Kjølbrot (2010). *Den europeiske menneskerettighetskonvention - for praktikere 3. udgave*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Matningsdal (2013) Magnus Matningsdal (2013). Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker, i *Jussens Venner vol. 48, 1-115 - 2013*.
- Mitsem (1992) Pål Mitsem (1992). *Midlertidig forføyning i norsk rett : med summary in english*. Stavanger: Eget forlag.
- Mæhle (2005) Synne Sæther Mæhle (2005). *Grenser for rettsanvendelsesskjønn : om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*. Oslo: Gyldendal akademisk.
- Pedersen (2016) Jussi Erik Pedersen (2016). *Begrunnelse av rettsavgjørelser*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Robberstad (2009) Robberstad, A. (2009). *Sivilprosess*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Ross (1953) Alf Ross (1953). *Om ret og retfærdighed : en indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt Nordisk Forlag.
- Settem (2016) Ole Johan Settem (2016). *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings : With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency* (1.utg.). Cham: Springer International Publishing.
- Skoghøy (1994) Jens Edvin A. Skoghøy (1994). Rett, politikk og moral : om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning,, i *Tidsskrift for rettsvitenskap (trykt utg.) vol. 107 nr. 5 - 1994*, s. 837-881.
- Skoghøy (2015) Jens Edvin A. Skoghøy (2015). Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven, i *Lov og rett, vol. 54 nr. 4, 195-196 - 2015*.

- Skoghøy (2017) Jens Edvin A. Skoghøy (2017). *Tvisteløsning* (3. utg.). Oslo: Universitetsforlaget
- Skoghøy (2018) Jens Edvin A. Skoghøy (2018). *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget
- Tiltrundersøkelsen 2017 Tiltrundersøkelsen 2017, publisert i Rett på Sak 2018 nr. 4 (s. 4-5). Tilgjengelig på https://www.domstol.no/globalassets/upload/internett_fi_lister/da/publikasjoner/rett-pa-sak/2018/rett-pa-sak-nr-4.pdf (sist kontrollert 29. april 2019).
- Tuori (2016) Kaarlo Tuori (2016). *Critical legal positivism Applied legal philosophy*. London: Routledge.
- Øyen (2016) Ørnulf Øyen (2016). *Straffeprosess*. Bergen: Fagbokforlaget.

VEDLEGG

Vedlegg I – Statistikk kjennelser om midlertidig sikring fra 2017

Vedlegg I – Statistikk kjennelser¹ om midlertidig sikring fra 2017

Tabell 1: Total oversikt 2017

Domstol	Totalt antall saker om midlertidig sikring	Kjennelser uten forutgående muntlige forhandlinger	Prosentandel	Antall kjennelser avsagt uten forutgående varsel og muntlig forhandling	Prosentandel ²
Asker og Bærum tingrett	28	23	82 %	19	83 %
Bergen tingrett	66	49	74 %	34	69 %
Oslo byfogdembete	267	199	75 %	199	100 %
Sør-Trøndelag tingrett	53	32	60 %	32	100 %
Total	414	303	73 %	284	94 % (67 % ³)

Tabell 2: Total oversikt over begrunnelse

Begrunnede ved bruk av standardsetning ⁴ eller setning med samme innhold	Særskilt begrunnet ⁵	Ubegrunnet	Totalt
249	30	5	284
88 %	10 %	2 %	

Dette gir følgende sektordiagram:

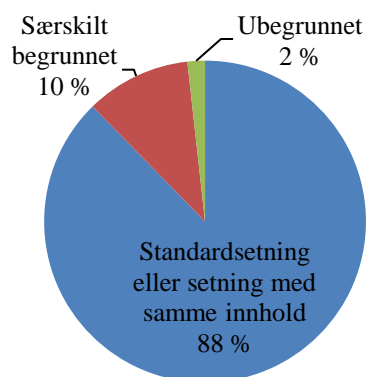
¹ Kjennelser om avvisning eller heving fordi saker trekkes eller forlikes er ikke medregnet. Kjennelser om midlertidig sikring i medhold av spesiallovgivningen, herunder midlertidig forføyning uten saksøkte etter tvl. § 34-7 om midlertidig forføyning i formuesgoder i tollvesenets besittelse, til vern om immaterielle rettigheter, er heller ikke medregnet.

² Prosentandelen viser her andelen av kjennelser avgjort etter tvl. § 32-7 annet ledd hvor saksøkte ikke er varslet, sett i forhold til andelen kjennelser hvor saksøkte er varslet, men kjennelsen er avsagt uten muntlig forhandling.

³ Prosentandelen i parentes viser andelen kjennelser avsagt uten varsel eller muntlig forhandling sett i forhold til det totale antall saker om midlertidig sikring.

⁴ Standardsetningen lyder: "Retten har funnet at det er fare ved opphold, og har truffet avgjørelse i saken uten at partene har vært innkalt til muntlig forhandling, jf. tvisteloven § 32-7 annet ledd. Av samme grunn har saksøkte heller ikke fått anledning til å uttale seg før beslutning ble fattet."

⁵ Med særskilt begrunnelse menes enhver annen begrunnelse enn standardsetning som til ovenfor, hvor retten også viser til momenter i det konkrete faktum.



Tabell 3: Total oversikt Oslo byfogdembete 2017

Forretninger	Antall 2017	Antall kjennelser avsagt med forutgående muntlig forhandling	Antall kjennelser avsagt uten forutgående varsel og muntlig forhandling	Antall kjennelser avsagt med varsel uten forutgående muntlig forhandling	Antall kjennelser med etterfølgende muntlige forhandlinger (ikke medregnet i totalen)
Midlertidige forføyninger	189 (71 %)	63 (33 %)	126 (67 %)	0	3
Arrester	86 (29 %)	5 (6 %)	73 (94 %)	0	8
Totalt antall saker om midlertidig sikring	267	68 (25 %)	199 (75 %)	0	11

Tabell 4: Begrunnelsesoversikt fra Oslo byfogdembete 2017

Begrunnet ved bruk av standardsetning eller setning med samme innhold	Særskilt begrunnet	Ubegrunnet	Totalt
181	15	3	199
91 %	8 %	2 %	

Slik fordeler rettens ulike vurderinger seg i et sektordiagram:

