



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Adgangen til å anke over kjennelser og beslutninger i sivile saker

Vegard Kleven

Masteravhandling i rettsvitenskap, JUR-3901, vår 2022.

Innholdsfortegnelse

1	Introduksjon til avhandlingens tema og struktur.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Metode.....	4
1.5	Begrepsavklaring.....	5
1.6	Avhandlingens oppbygning og struktur	6
2	Grunnleggende utgangspunkter ved regulering av ankeadgang for kjennelser og beslutninger	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Formålet med tvisteloven	7
2.3	Riktig resultat	10
2.4	Tillit til rettssystemet.....	11
2.5	Proporsjonalitetsprinsippet.....	12
2.6	Vekselvirkningen mellom hensynene og prinsippene.....	14
2.7	Kort om rommet for regulering av rettsmiddelsystemet	15
2.8	Anke som en del av retten til rettferdig rettergang.....	16
3	Generelt om anke og innledende vilkår og begrensninger for anke over kjennelser og beslutninger	21
3.1	Innledning.....	21
3.2	Rett til anke og ankereglens rettslige plassering	22
3.3	Generelt om anke som rettsmiddel.....	22
3.4	Ankegjensstandene – de ulike avgjørelsestypene	23
3.4.1	Kjennelser.....	24
3.4.2	Beslutninger	28
3.5	Ulike former for anke	29

3.6	Alminnelige vilkår for anke over kjennelser og beslutninger	32
3.6.1	Innledende grunnvilkår: Krav til ankegjensstand, rettssubjekt og endret resultat.	32
3.6.2	Prosessforutsetninger for anke over kjennelser og beslutninger	33
3.6.3	Rettslig ankeinteresse	34
3.6.4	Ankefristen må være overholdt	39
3.6.5	Ankeerklæringen	40
3.7	Når kan prosessuelle avgjørelser ankes særskilt?	40
4	Anke over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten	43
4.1	Innledning	43
4.2	I hvilken utstrekning kan kjennelser ankes til lagmannsretten?	43
4.3	I hvilken utstrekning kan beslutninger ankes til lagmannsretten?	47
4.4	Særlig om saksbehandlingsavgjørelser som ankegrunn ved anke over dom	54
4.5	Særlig om avgjørelser som er unntatt overprøvingsadgang	57
5	Anke over kjennelser og beslutninger til Høyesterett	62
5.1	Innledning	62
5.2	Begrensninger i adgangen til videre anke over kjennelser, jf. tvisteloven § 30-6 ...	62
5.3	Nektelsesbegrensningen i § 30-5	67
5.4	Særlig om overprøving av lagmannsrettens nektelsesbeslutninger	72
6	Bør reglene om adgangen til å anke kjennelser og beslutninger endres?	73
6.1	Innledning	73
6.2	Rettshistoriske utviklingstrekk	74
6.3	Dagens behov for reform	76
7	Domstolkommisjonens forslag til endringer i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger	81
7.1	Modellene i NOU 2020: 11	81
7.1.1	Hovedregel om begrenset ankeadgang avgrenset etter avgjørelsesform – forslagets alternativ A	84

7.1.2	Hovedregel om begrenset ankeadgang avgrenset etter avgjørelsens innhold – forslaget alternativ B.....	86
7.1.3	Samlede unntak etter alternativ A og B	89
7.1.4	Behov for endringer i reguleringen av ankeadgangen til Høyesterett.....	92
7.1.5	Vurdering av Domstolkommisjonens forslag	96
8	Øvrige måter å regulere ankeadgangen for kjennelser og beslutninger	98
8.1	Innledning.....	98
8.2	Regulering av ankeadgang til Høyesterett som modell for ankeadgang til lagmannsretten?.....	99
8.2.1	Silingsordning for anker over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten?	99
8.2.2	Er § 30-6 overførbar?	101
8.2.3	Vurdering	102
8.3	Adgang til å nekte anke over kjennelser og beslutninger helt eller delvis?	102
8.4	En komparativ tilnærming?	103
8.5	«Final judgement rule»?	104
8.6	Endringer i ankegrunnene som begrensning for ankeadgang over kjennelser?	107
8.6.1	Regulering etter ankegrunnen for beslutninger?	107
8.6.2	Bare adgang til å anke kjennelser og beslutninger særskilt på bakgrunn av uriktig generell lovforståelse?	108
8.6.3	Andre endringer i ankegrunnene?	108
9	Avslutning	109
	Referanseliste	111
	Lover	111
	Konvensjoner	112
	Forarbeider	113
	Rettsavgjørelser	115
	<i>Avgjørelser fra Høyesterett</i>	115
	<i>Avgjørelser fra lagmannsrettene</i>	116

<i>Internasjonale rettsavgjørelser</i>	117
Litteratur.....	118
Offentlige publikasjoner.....	122

1 Introduksjon til avhandlingens tema og struktur

1.1 Tema og problemstilling

Jeg fikk mitt første ordentlige møte med ankeregler under et praksisopphold ved Sunnmøre tingrett. Etter at ansvarlig dommer hadde sendt en kjennelse jeg hadde utarbeidet til forkynning, fortalte han meg at siden nettopp denne kjennelsen gikk ut på åpning av gjeldsforhandlinger, kunne den ikke ankes. Men, at dersom åpningsbegjæringen ikke hadde blitt tatt til følge, kunne den angripes med anke. Denne interaksjonen fikk meg til å begynne å gruble på nyansene i reglene om anke over ulike rettsavgjørelser.

Kjennelser og beslutninger er former for rettsavgjørelser. Disse avgjørelsesformene brukes når loven krever det, typisk ved avgjørelse av saksbehandlingsspørsmål. Dette kan for eksempel være ved rettens avgjørelse av en tvist om bevis, eller om en anke skal fremmes til, eller nektes behandling i ankeinstansen. Jeg kommer tilbake til avgjørelsesformene senere i avhandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger innebærer at rettens avgjørelser av ulike spørsmål i forbindelse med et søksmål blir overprøvd av en overordnet instans. Slik overprøving kan føre til at rettsinstansen som behandler søksmålet må innrette seg etter ankeinstansens avgjørelse av spørsmålet, eller at underinstansens avgjørelse blir opphevet slik at saken må behandles på nytt. Overprøving av kjennelser og beslutninger er viktig for å sikre en rettergangsprosess som er forenlig med en rettsstat.

Adgangen til å anke rettsavgjørelser er godt festet i folks oppfatning av hvordan rettssystemet fungerer. Mange ser nok for seg at alle rettslige avgjørelser kan ankes i en lineær prosess gjennom domstolhierarkiet. Slik er det imidlertid ikke. Selv om det er viktig med overprøving av kjennelser og beslutninger, er det av stor betydning at ankeadgangen begrenses i visse tilfeller. Dette fordi begrensninger kan tenkes å spare det offentlige og den enkelte part for unødige kostnader og belastninger forbundet med dagens domstolsbehandling.

Lovgiver utviste vilje til å begrense ankeadgangen for kjennelser og beslutninger ved tvistemålsreformen i 2005. Men som vi skal se, er det mye som tyder at endringene ikke har levd opp til sitt potensial. Viljen til stramme mer til for å oppnå de tilsiktede virkningene har likevel vært laber.

Temaet for denne avhandlingen er adgangen til å anke kjennelser og beslutninger i sivile saker, hvor det særlig vil fokuseres på begrensninger i adgangen til å anke slike avgjørelser. Den overordnede problemstillingen er hvordan ankeadgangen bør reguleres på en mest mulig hensiktsmessig måte.

1.2 Aktualitet

Undersøkelser viser at kostnadsutviklingen ved sivil rettergang stiger.¹ Samtidig synker saktilfanget i domstolene, og målet for gjennomsnittlig saksbehandlingstid blir ikke nådd.² Flere ser nå en sammenheng mellom disse utviklingstrekkene og individers mulighet til å forfølge et krav gjennom domstolene.³ Dette var dessuten deler av de utfordringer og siktemål som lå til grunn for tvistemålsreformen i 2005.⁴ Et svært viktig poeng med reformen var å få sakskostnadene ned og bremse kostnadsutviklingen – men nå ser det ut til at utviklingen har akselerert etter ikrafttreddelsen av tvisteloven.

I skrivende stund er det Justis- og beredskapsdepartementet som har disse utfordringene på agendaen. Dette etter at Domstolkommisjonen avleverte sin andre delutredning, NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, til departementet den 30. september 2020. Kommisjonen peker på at de overnevnte utviklingstrekkene antyder at konfliktløsningen i samfunnet beveger seg bort fra de alminnelige domstolene.⁵ Videre fremholdes det at domstolene bør være samfunnets sentrale konfliktløser og at befolkningens tilgang til domstolene må sikres, av hensyn til rettsstaten.

Et av tiltakene kommisjonen har foreslått, er et nytt system for anker over kjennelser og beslutninger. I utredningen har kommisjonen lagt frem «grovkisse til mulige endringer i tvisteloven § 29-2».⁶ Bestemmelsen angir hovedregelen for adgangen til å anke rettsavgjørelser. Kommisjonen peker på at en endring i denne bestemmelsen uansett vil nødvendiggjøre en gjennomgang av andre bestemmelser i tvisteloven og andre lover. Samtidig fremholder kommisjonen at et forslag til en slik helhetlig regulering, ville falle

¹ Se NOU 2020: 11 side 308-316 og NOU 2020: 11 side 12, digitalt vedlegg nr. 6.

²Jf. NOU 2020: 11 side 50-53, Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for tingrettene 2021 side 1 og Dok. 3:3 side 8-9.

³ Se Strandberg og Nylund (2020) side 86 og NOU 2020: 11 side 15.

⁴ Se NOU 2001: 32 A side 89-90.

⁵ NOU 2020: 11 side 15.

⁶ Se NOU 2020: 11 side 334. Skissen finnes på side 365.

utenfor mandatet.⁷ Derfor er det høyst aktuelt i denne avhandlingen å foreslå og vurdere alternative regler om anke over kjennelser og beslutninger i sivile saker.

Viljen til å endre reguleringen av anke over kjennelser og beslutninger synes likevel å være begrenset. Dette har trolig sammenheng med at selv om endringer i reglene for anke over kjennelser og beslutninger kan bidra til å bøte på utviklingen, kan andre tiltak ha mer effekt. Kanskje er også virkningene mindre synbare, ettersom kostnader ved overprøving av prosessuelle avgjørelser skilles ut i egne sakskostnadsoppgaver, og generelt tilkjenner lavere summer enn ved sakskostnadsoppgaver som tilhører dom. Men, disse reglene er en del av et hele. Virkningen av reguleringen av anker over kjennelser bør derfor ikke undervurderes.

Videre kan jeg ikke se at det er skrevet avhandlinger konsentrert til denne tematikken tidligere, hvilket aktualiserer temaet ytterligere.

1.3 Avgrensninger

Svært mange avgjørelser treffes som kjennelse eller beslutning. Som eksempler kan det nevnes avgjørelser om bevilgning, -forbud og -fritak; samtykke eller nektelse av anke; heving; avvisning; partshjelp; behandlingsform; prosesspor, m.v. Dette er spørsmål det kan være nødvendig for retten å ta stilling til ved enhver alminnelig tvistesak. Reglene om anke over kjennelser og beslutninger er med andre ord vidtfavnende, da de er gjennomgripende for de fleste områder innen sivil rettspleie. Dette gjør det nødvendig å foreta flere avgrensninger.

Jeg avgrenser mot straffeprosessloven i denne avhandlingen. Dette fordi reglene i noen grad er ulike og bygger på ulike prinsipper og hensyn som bør vektas forskjellig. Det ville derfor være vanskelig å fremstille og vurdere begge regelsettene på en fullgod måte i en avhandling som denne. Problemstillinger vedrørende sivile rettskrav i straffesaker vil heller ikke behandles.

Videre avgrenses det mot prosessregler i særlovgivningen. Her kan nevnes at det finnes regler om ankeadgang i skjønnsprosessloven,⁸ tvangsfullbyrdelsesloven,⁹ konkursloven,¹⁰

⁷ Jf. NOU 2020: 11 side 334.

⁸ Lov av 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven).

⁹ Lov av 26. juni 1992 Nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

¹⁰ Lov av 8. juni 1984 Nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

domstolloven¹¹ og barnelova.¹² I noen sammenhenger er det likevel nødvendig å nevne enkelte bestemmelser i disse lovene. De særlige reguleringer av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger i disse lovene vil ikke bli fremstilt av hensyn til plass.

Av samme hensyn må det avgrenses mot forliksrådets avgjørelser. Reglene for anke over disse vil ikke bli behandlet eller hensyntatt i det følgende. Det samme gjelder de særlige reglene for anke i saker som behandles under småkravprosess, gruppesøksmål og administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, jf. hhv. tvisteloven kapittel 10, 35 og 36. Anke over materielle bikrav vil heller ikke behandles.

Grunnet avhandlingens vidtrekkende tema, har jeg heller ikke funnet plass til å gjennomføre komparative analyser med andre rettskulturer. Enkelte steder vil det likevel bli pekt på andre lands løsninger på området.

Etter dette står vi igjen med en avhandling som er konsentrert til å gjelde anke over kjennelser og beslutninger i alminnelige tvistesaker, etter tvistelovens generelle regler.

1.4 Metode

Avhandlingen bygger på rettsanalytisk metode. Med denne metoden tar jeg utgangspunkt i de samme rettskilder og rettskildeprinsipper som i tradisjonell rettsdogmatikk.¹³ Kort forklart vil det si at jeg anvender juridisk metode til å fastlegge innholdet i gjeldende rett. Med «juridisk metode» mener jeg læren om hva som er relevante rettskilder og hvordan de skal brukes for å finne, stille og løse rettslige spørsmål.¹⁴

Rettsanalytisk metode innebærer en kritisk analyse av gjeldende rett.¹⁵ Avhandlingen går derfor noe lenger enn en rettsdogmatisk fremstilling, med en ambisjon om en viss rettsvitenskapelig analyse.¹⁶ Dette fordi jeg vil gjøre en dyperegående analyse, og forsøke å systematisere, generalisere og kritisere gjeldende rett på området for anke over kjennelser og beslutninger.

¹¹ Lov av 13. august 1915 Nr. 5 om domstolene (domstolloven).

¹² Lov av 8. april 1981 Nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

¹³ Se Sandgren (2007) side 403 og Graver (2008) side 156–158 om rettsdogmatikk og rettsanalytiske arbeider.

¹⁴ Jf. Nygaard (2004) side 24 om juridisk metode, også kjent som «rettskildelære».

¹⁵ Sandgren (2007) side 403-404.

¹⁶ Det bør nevnes at det heller er tale om gradsforskjeller enn vesensforskjeller mellom disse fremstillingsmetodene, jf. Eldjarn (2016) i punkt 1.5.1, fotnote 69 med videre henvisninger.

Generalisering og kritikk av gjeldende rett kan medføre risiko for sammenblanding av holdepunkter for de lege lata og de lege ferenda. Skillet ved behandlingen av gjeldende rett og forslag til fremtidig lovgivning vil derfor fremgå klart. Når jeg retter kritiske bemerkninger og lignende mot gjeldende rett vil det fremgå av teksten.

Jeg vil også fremstille og vurdere forskjellige forslag til regulering av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Dette er ikke gjeldende rett, men forslag til regulering de lege ferenda. Disse forslagene vil vurderes i lys av et noe videre kildetilfang enn for delen om gjeldende rett. I tillegg til de tradisjonelt anerkjente rettskilder og rettskildeprinsipper, vil jeg også vurdere forslagene i lys av blant annet statistikk, lovgivningsteknikk og rettspolitik. Selv om den rettsanalytiske metoden åpner opp rettskildetilfanget, vil jeg stadig holde argumentasjonen klart innenfor det akseptable i en rettslig kontekst.¹⁷

Ambisjonen gjør rettskildetilfanget meget stort, noe som har nødvendiggjort noen av avgrensingene ovenfor. Reguleringen av rettsmidler i tvisteloven er temmelig omfattende. Det finnes mange regler, med både generelle og spesielle anvendelsesområder. Arten og kompleksiteten av regelsettet som skal behandles i denne avhandlingen, fordrer en detaljert redegjørelse av gjeldende rett for adgangen til å anke kjennelser og beslutninger.

Regelsettet preges av ulike lovgivningsteknikker og at det må passe for alle sivile saker. Det er også i stor grad inspirert av den tidligere tvistemålsloven. Tidvis er reglene klare, detaljert og uttømmende, mens det annensteds oppstilles mer generelle regler som legger opp til bruk av skjønn og utvikling av reglene igjennom rettspraksis. Samtidig legger Grunnloven og internasjonale rettskilder føringer på hvordan reglene utformes, praktiseres og fortolkes.¹⁸ Dette skaper noen ganger et fragmentert rettskildebilde.

1.5 Begrepsavklaring

Jeg finner grunn til å kort avklare bruken av begrepet «anke». Tvisteloven innførte et felles rettsmiddel for overprøving av dom, kjennelse og beslutning, kalt «anke». Tidligere, under tvistemålsloven, ble overprøving av kjennelser og beslutninger kalt «kjæremål». ¹⁹

¹⁷ Grensene for hva som kan aksepteres som rettslig argumentasjon og rettsanvendelsesskjønn er en stor diskurs det ikke er nødvendig å gå inn på i denne avhandlingen. Se imidlertid funnene i Mæhle (2005) side 311 flg.

¹⁸ Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

¹⁹ Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten ved tvistemål (tvistemålsloven).

Rettsmiddelet anke var reservert for overprøving av dom og for øvrige kjennelser hvor det var bestemt at rettsmiddelet skulle være anke.²⁰ Begrepsendringen fått en varierende tilslutning.²¹

Diskusjonen om begrepsbruken er noenlunde omfattende. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på denne i avhandlingen, og nøyer meg med at jeg benytter begrepet «anke», da dette er lovens løsning.

1.6 Avhandlingens oppbygning og struktur

I kapittel 2 redegjør jeg for de grunnleggende hensyn og prinsipper som legges til grunn og som veies opp mot hverandre når man skal regulere adgangen til å anke kjennelser og beslutninger i sivile saker.

Videre, i kapittel 3, fremstilles de generelle forutsetningene for anke over kjennelser og beslutninger som er relevante for adgangen til å anke slike avgjørelser.

Kapittel 4 omhandler særlige reguleringer av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til lagmannsretten etter gjeldende rett.

Tilsvarende tematikk ved anke til Høyesterett behandles i kapittel 5.

I kapittel 6 drøftes behovet for endringer i reguleringen av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger.

Videre, i kapittel 7, blir Domstolkommisjonens forslag til endringer i denne ankeadgangen fremstilt og analysert.

Kapittel 8 inneholder drøftelser av andre mulige forslag til endringer i reguleringen.

Til sist trekkes det frem noen avsluttende merknader i kapittel 9.

²⁰ NOU 2001: 32 A side 359.

²¹ Se Skoghøy (2017) i forordet og side 1128–1130, Robberstad (2021) side 348–349, Hov (2019) side 444–446 og Backer (2020) side 460, se særlig fotnote 514.

2 Grunnleggende utgangspunkter ved regulering av ankeadgang for kjennelser og beslutninger

2.1 Innledning

Adgangen til å få rettslige avgjørelser overprøvd er viktig i en rettsstat. Men hvilke verdier og hensyn er det som ligger til grunn for instituttet anke? Ulike forfattere systematiserer sivilprosessuelle prinsipper og grunntrekk nokså forskjellig.²² Noen tar utgangspunkt i mer overordnede prinsipper med tilhørende utslag, mens andre lister opp flere grunntrekk. Med «prinsipp» mener jeg i denne sammenhengen en «betegnelse på en rettslig verdi eller målsetning som i større eller mindre grad er kommet til uttrykk i ulike bestemmelser».²³

Overprøvningsadgangen kan i seg selv betegnes som et prinsipp, eller i alle fall et grunntrekk i rettergangslovgivningen.²⁴ Også i tvistelovens formålsparagraf, § 1-1, løftes sentrale hensyn og verdier frem.

I dette kapittelet skal det redegjøres for de dypereliggende verdiene som ankeinstituttet bygger på. Forankringen av retten til anke vil også bli drøftet. Spørsmålet som ligger til grunn for denne tematikken er hvorfor det er nødvendig å kunne anke rettslige avgjørelser rent overordnet, og hvorfor det er nødvendig å kunne anke over kjennelser og beslutninger både særskilt og ved anke over dom.

2.2 Formålet med tvisteloven

Ved den nye tvisteloven av 2005 ble det innført en formålsparagraf. Særlig to siktemål ble fremholdt som viktige. For det første skulle formålsparagrafen tydeliggjøre og kommunisere særlig viktige hensyn i sivil rettergang. For det andre skulle bestemmelsen fungere som et tolkningsmoment ved anvendelse av tvistelovens øvrige bestemmelser.²⁵

Utvalget vurderte om en formålsparagraf ville være overflødig da EMK art. 6 allerede fremhever en rekke sentrale hensyn ved behandlingen av sivile tvister og at disse hensynene er gitt en slags trinnhøyde, jf. menneskerettsloven § 3.²⁶ Tvistemålsutvalget og departementet

²² Se for eksempel Backer (2020) side 96–100, Skoghøy (2017) side 537 flg. og Robberstad (2021) side 6–27.

²³ Se Løvlie (2014) side 269.

²⁴ Jf. Backer (2020) side 100.

²⁵ Se NOU 2001: 32 side 150 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 44.

²⁶ NOU 2001: 32 side 150; Lov av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK), menneskerettsloven vedlegg 1.

gikk inn for en formålsparagraf for å markere ytterligere hensyn enn det EMK art. 6 gjør, og for å fremheve den samfunnsmessige funksjonen med rettergangslovgivningen.

Formålsparagrafen kan sies å være tredelt. Den illustrerer formål, funksjon og virkemidler som skal være styrende for loven og tolkningen av den. Først og fremst angir den at tvistelovens formål er å tilrettelegge for en «rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettstvister», jf. tvisteloven § 1-1 første ledd første punktum. Bestemmelsen fremhever altså grunnleggende hensyn, verdier og målsetninger med sivil rettergangslovgivning.

Videre synliggjøres tvistelovens funksjoner i første ledd annet punktum. Ikke bare skal den ha en individuell funksjon ved å legge til rette for at den enkelte kan både få «håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister», men den skal også ha en samfunnsmessig funksjon. I den samfunnsmessige funksjonen ligger behovet for etterlevelse og avklaring av rettsordenens materielle regler. Videre, i annet ledd, påpekes ulike virkemidler som er ment til å realisere første ledd i størst mulig grad. Også offentlig rettergang, uavhengige og upartiske domstoler kan nevnes som virkemidler for å realisere formålet med loven.

Et av virkemidlene som skal bidra til å oppfylle formålene i § 1-1 første ledd, er at «avgjørelser av vesentlig betydning [skal] kunne overprøves», jf. bestemmelsens annet ledd siste strekpunkt. Hva som menes med «avgjørelser av vesentlig betydning» lar seg vanskelig avgjøre av ordlyden alene. Formuleringen angir likevel en nedre grense. Dersom betydningen av avgjørelsen ikke er vesentlig, kreves det ikke en overprøvingsadgang. Dette kan for eksempel være en saksstyrende beslutning, men som ikke skal tillegges virkning, jf. § 29-21.

Hvorvidt en avgjørelse er av «vesentlig betydning» vil kunne bero på en vurdering av den konkrete sak. Det bør tas utgangspunkt i en objektiv vurdering, men subjektive elementer kan også virke inn. Rent objektivt vil enhver rettslig avgjørelse kunne være av vesentlig betydning.²⁷ Slik jeg ser det, bør det avgjørende være om saksbehandlingen ved overprøvingen står i et rimelig forhold til sakens betydning og behovet for overprøving. Det vil si, at dersom belastningen, kostnadene og tiden som går med til overprøving veier tyngre enn avgjørelsens viktighet ut fra objektive og subjektive holdepunkter, kan dette tilsi at det ikke kreves overprøvingsadgang for avgjørelsen. Som hovedregel bør nok de objektive

²⁷ Sml. Vangsnes, *lovkommentar til tvisteloven* § 1-1, note 10. (Lest 16. mars 2022).

forhold være avgjørende, ikke en parts rent subjektive oppfatningen av om avgjørelsen er av vesentlig betydning.

For eksempel kan det tenkes at en part mener å ha et stort behov for å anke rettens avgjørelse om forenklet domsbehandling til å avgjøre kravet i saken, jf. tvisteloven § 9-8 første ledd. Lovgiver har likevel kommet til at slike avgjørelser ikke har en betydning som forsvarer ankeadgang. Rettens beslutning om å gjennomføre forenklet domsbehandling kan derfor ikke ankes, jf. § 9-8 første ledd tredje punktum.

Tvistemålsutvalget uttalte at det for beslutninger om forenklet domsbehandling ikke er «[n]oe begrunnet behov for overprøving».²⁸ Dette kan forstås som et utslag av lovens formål. Dette fordi det er avgjørelsene som er av «vesentlig betydning» som skal kunne ankes, jf. § 1-1 annet ledd siste strekpunkt. Altså kan vi se at lovens formål får betydning for reguleringen av adgangen til å anke beslutninger. Det samme gjelder kjennelser.

Det ville dessuten stride mot lovens formål å åpne for anke over slike avgjørelser. Dette fordi avgjørelser om forenklet domsbehandling som regel besluttes i samme avgjørelse som avgjørelsen av kravet.²⁹

En naturlig språklig forståelse av «avgjørelse» sikter hen til alle rettens avgjørelser, ikke bare dem som formaliseres i tekst og som partene får som gjenpartsbreve. Eksempelvis vil en avgjørelse om når et saksforberedende rettsmøte skal avholdes være å regne som en «avgjørelse[r]» etter tvisteloven § 1-1 annet ledd siste strekpunkt. Men det må stadig være tale om en rettslig avgjørelse. For eksempel vil en beskjed fra retten om at telefoniske henvendelser til instansen ikke vil bli besvart, ikke være å kategorisere som en rettslig avgjørelse som kan ankes.³⁰

Tvistelovens § 1-1 kan nesten se ut som en rettighetsbestemmelse. Et slikt innhold kan den imidlertid neppe tillegges. Det er klart forutsatt at den rettsvirkning som bestemmelsen er tiltenkt, ikke strekker seg lengre enn dens rolle som tolkningsfaktor og angivelse av viktige hensyn som bør tas med i skjønsmessige vurderinger etter loven.³¹

²⁸ Jf. NOU 2001: 32 B side 752.

²⁹ Jf. Hjetland, *lovkommentar til tvisteloven § 9-8*, note 5. (Lest 16. mars 2022).

³⁰ Se HR-2020-2012-U.

³¹ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 363.

I den forbindelse virker det betenkelig at dissenterende dommer i Rt-2009-1118 S tilsynelatende hevder at en begrunnelsesplikt for nektelsesbeslutninger etter tvl. § 29-13 annet ledd kan «forankre[s]» i tvl. § 1-1.³² Noen slik selvstendig betydning kan vanskelig utledes, hverken av bestemmelsens ordlyd eller forarbeidene som ligger til grunn for den. Etter min mening, bør en være forsiktig med å tillegge en formålsparagraf som her en selvstendig betydning. Dette særlig i lys av de forutsetninger tvistemålsutvalget og departementet la til grunn for betydningen av bestemmelsen.

Et av de sentrale formålene med tvistelovsreformen og utformingen av den nye tvisteloven, var å sørge for en rettergangslovgivning som vil gjøre domstolsbehandling av sivile saker billigere.³³ Departementet omtalte kostnadsnivået for sakførsel av sivile saker som, prinsipielt sett, «et spørsmål om borgernes krav på “access to justice” og “access to court”» etter EMK art. 6 sitt krav om reell adgang til domstolene. Tvistemålsutvalget og departementet har sett på en rekke virkemidler for å redusere kostnadsnivået i sivile saker, herunder ankereglene for kjennelser og beslutninger. Mye tyder imidlertid på at endringene i ankereglene ikke har bidratt særlig til å redusere kostnadene i sivile saker.³⁴

Formålet med tvisteloven angir altså en rekke av de hensyn og verdier som ligger til grunn for ankeinstitutet. I det følgende skal de som særlig gjør seg gjeldende ved utformingen og anvendelsen av ankereglene gjøres rede for.

2.3 Riktig resultat

At retten skal komme frem til riktig resultat er et åpenbart og selvsagt utgangspunkt for sivil rettergang.³⁵ Det er nettopp dette hensynet adgangen til overprøving er ment til å sikre – at uriktige rettsavgjørelser kan behandles av en overordnet instans for å utbedre eventuelle feil og dermed sørge for et riktig resultat.

Et riktig resultat krever at grunnlaget for avgjørelsen er basert på sannhet. I teorien skilles det ofte mellom formell sannhet og materiell sannhet. Det vil si henholdsvis hva som er sannheten basert på det partene legger frem og eventuelt holder tilbake, og hva som faktisk stemmer med virkeligheten.³⁶ Hvorvidt en avgjørelse er «uriktig» avhenger derfor ofte av hva

³² Se Rt-2009-1118 S, avsnitt 105–106.

³³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 51.

³⁴ Se for eksempel Endresen og Aasbrenn (2019), side 357–361.

³⁵ Sml. Robberstad (2021) side 12.

³⁶ Se Robberstad (2021) side 13.

partene legger frem av bevis i sivile saker. Dette fordi disposisjonsprinsippet er styrende for tvisteløsning i norsk rett. Dersom retten tar derimot feil i sin rettsanvendelse vil avgjørelsen uansett være uriktig.³⁷ Dette har sammenheng med rettens ansvar for rettsanvendelsen etter tvisteloven § 11-3.

Den grunnleggende målsetningen som dette prinsippet fastslår er at flest mulig rettsavgjørelser skal være materielt riktige.³⁸ Som vi skal se, er det for kjennelser og beslutninger likevel grunn til å vektlegge denne målsetningen i mindre grad enn på andre områder, på grunn av andre hensyn og verdier.

2.4 Tillit til rettssystemet

Tillit til rettssystemet er en sentral verdi som ligger til grunn for utformingen av ankereglene. Overprøvingsadgangen virker både inn på målsetningen om at flest mulige rettsavgjørelser blir materielt riktig, og fungerer som en kvalitetssikring- og forbedring av underinstansenes avgjørelser, som i sin tur bidrar til å opprettholde tilliten til rettssystemet.

Tilliten til rettssystemet er imidlertid en skjør og svært kompleks affære. Tilliten til domstolene i Norge er høy. Dette har sammenheng både med en tradisjon og kultur preget av høy grad av tillit til det offentlige, strukturelle verktøy og regler i norsk rett, kompetansen hos dommerstanden og mer til. Domstolenes uavhengighet og upartiske avgjørelse av rettslige tvister innen rimelig tid er også sentralt for denne tilliten. Uten tillit vil rettssystemet hverken kunne fungere optimalt eller effektivt.

Adgangen til å få rettslige avgjørelser overprøvd er viktig for tilliten til rettssystemet. For dem avgjørelsene angår oppleves de gjerne som særdeles viktige. Muligheten for overprøving er derfor av stor betydning, men likevel mindre fremtredende for prosessuelle avgjørelser.

Ved utformingen av reglene for adgang til anke over kjennelser og beslutninger må flere grunnleggende hensyn og prinsipper avveies mot hverandre. Hensynet til tillit er i denne forbindelse tveegget. På den ene siden taler hensynet for overprøvingsadgang. Målsetningen om at flest mulig rettsavgjørelser skal være materielt riktige må kunne sies å være et

³⁷ Robberstad (2021) side 14.

³⁸ Jf. Rt-2012-1985 P avsnitt 228 og tvisteloven § 1-1. Jf. også Skoghøy (2017) side 537.

selvforklarende ideal. Dersom en ikke kan stole på at avgjørelsene er korrekte, vil tilliten svekkes betraktelig.

På den annen side vil en effektiv behandling skape tillit. Det samme vil en proporsjonal behandling av saken. Dette punktet vil en grundigere behandling stå i motsetning til hensynet til tillit.

Jussen er ikke alltid like klar, og rettsanvendelsesprosessen kan medføre at de samme faktiske forhold kan få ulike resultater. For eksempel kan dette være på grunn av at det rettslige spørsmålet som reises ikke har vært avklart før. Men årsaken kan også simpelthen være en ren juridisk feil. Når slike feil oppstår, er det viktig at vi har en overprøvingsadgang da den vil fungere som et ledd i å sikre et materielt riktig resultat.

Overprøvingsadgangen bidrar også til en kvalitetssikring og -forbedring av rettsavgjørelser. For det første vil de sakene hvor lagmannsretten kommer til et annet resultat enn tingretten, virke som et påskudd til tingretten om å evaluere rutiner og saksbehandling. Tilsvarende gjelder, med økt tyngde, når Høyesterett i sin overprøvingen påviser feil i lagmannsretten og for øvrig tingrettens avgjørelser.

For det andre er det av stor betydning at avgjørelsene er av en tilfredsstillende kvalitet for at folket skal ha tillit til rettssystemet. Et slikt mål om kvalitet fordrer at lagmannsrettene kan overprøve tingrettens avgjørelser, tilsvarende for Høyesterett. Hertil må det imidlertid nevnes at domstolenes mulighet til å kvalitetssikre og forbedre avgjørelsene begrenses av partenes rådighet over tvisten, i henhold til disposisjons- og forhandlingsprinsippet. I dette ligger det at det er partene som råder over tvisten, slik at det er opp til dem både hva retten skal avgjøre, jf. tvl. § 11-1. Det samme gjelder for om de ønsker saken overprøvd av en høyere rettsinstans, jf. tvl. §§ 29-1 flg. og §§ 30-1 flg. Også i ankebehandlingen vil partenes disposisjonsrett over tvisten være styrende for hva ankeinstansen kan avgjøre.

For å etterleve målsetningen om tillit til rettssystemet er det på denne bakgrunn nødvendig ikke bare med regler som sikrer et godt avgjørelsesgrunnlag, transparens, offentlighet og overprøving, men også begrensninger i overprøvingsadgangen.

2.5 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet er et helt grunnleggende hensyn ved utformingen og anvendelsen av ankeregler. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i tvl. § 1-1 annet ledd fjerde

strekpunkt, hvor det fremgår at «saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning» for at tvistelovens funksjon og formål skal kunne etterleves. Det kan nok sies at proporsjonalitetsprinsippet fungerer som en motvekt til inngående og grundig saksbehandling som skal legge til rette for den materielle sannhets prinsipp.

Prinsippet om proporsjonalitet innebærer altså at der hvor betydningen av saken er liten, skal saksbehandlingens omfang og kostnadene med domstolsbehandlingen samsvare med betydningen. Hva slags «betydning» saken har kan imidlertid forstås ulikt, og variere ut fra de konkrete forholdene. For eksempel kan det være en sak hvor tvistegjenstanden er ideelle interesser som er viktig for partene. I dette eksempelet ser vi på den ene siden at tvistegjenstandens verdi tilsier at saksbehandlingen bør ha et mindre omfang, og således innebære lavere kostnader for partene og mindre ressursbruk fra det offentlige i rettsapparatet. På den annen side vil partene ideelle interesser i tvistegjenstanden tale for en mer inngående behandling. Dessuten kan sakens betydning utad ha innvirkning på hvor inngående den bør behandles. Dersom saken er av prinsipiell betydning med virkning utenfor den konkrete saken, vil dette tale for en mer møysommelig behandling. Motsatt, dersom saken har liten eller ingen betydning utover den aktuelle sak, bør ikke saken behandles like inngående.

Proporsjonalitetsprinsippet har dessuten stor betydning for tilgangen til domstolene. Domstolsbehandling er et knapphetsgode. Dersom behandlingen av den enkelte sak ikke begrenses, vil det medføre at dommerne ikke har forutsetninger for å løse enkeltsaker innen rimelig tid. Proporsjonalitetsprinsippet er grunnleggende i sivil rettergang, ettersom enhver har rett til avgjørelse av sin sak innen rimelig tid, jf. Grunnloven § 95.

Proporsjonalitetsprinsippet er relevant også for *retten* til anke. En overordnet målsetning for tvistemålsreformen i 2005 var å gjøre domstolsbehandlingen mindre kostbar. Departementet viste til at «et langt mer gjennomgripende proporsjonalitetsprinsipp» er det viktigste tiltaket for å redusere kostnadene med domstolsbehandling.³⁹ Når vi i norsk rett opererer med en relativt vid adgang til å anke saksstyrende avgjørelser, bør et slikt proporsjonalitetsprinsipp gjennomsyre også dette området og tilsi at overprøvingsadgangen bør begrenses.

Hva gjelder ankereglene fremholder departementet at de «må tilrettelegges slik at behandlingen av sakene ikke blir for omfattende i forhold til hva som er forsvarlig og

³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 15

hensiktsmessig, sakens omfang og betydning tatt i betraktning.⁴⁰ I tvisteloven har dette fått utslag i at behandlingsreglene for anke over kjennelser og beslutninger fordrer en raskere og mindre grundig prosess. Dette bygger på en formodning om at kjennelser og beslutninger generelt sett byr på mindre viktige og kompliserte spørsmål. Dette er imidlertid ikke alltid tilfelle.⁴¹ Likevel ser vi at proporsjonalitetsprinsippet er styrende for utformingen av ankeregulene for kjennelser og beslutninger.

Et konkret utslag av proporsjonalitetsprinsippet i rettsmiddelordningen i norsk rett er at anke over kjennelser og beslutninger som hovedregel skal skje ved skriftlig behandling, jf. tvl. § 29-15 første ledd, i motsetning til utgangspunktet om muntlig behandling etter § 9-14 første ledd. Paragraf 29-15 er dessuten en utmerket illustrasjon på avveiningen av de kryssende hensyn på området for anke. På den ene siden tilsier effektivitet- og kostnadshensyn at behandlingen skal skje skriftlig, men som vi ser av bestemmelsens annet ledd kan det være at hensynet til en rettferdig og forsvarlig rettergang fordrer at den likevel skal skje muntlig.

2.6 Vekselvirkningen mellom hensynene og prinsippene

Rettergangslovgivningen er et resultat av avveininger mellom kryssende hensyn, prinsipper og verdier. Hva gjelder utformingen og anvendelsen av reglene som gjelder overprøving av kjennelser og beslutninger, består avveiningen særlig av hensynene tillit til rettssystemet, målsetningen om materielt riktige avgjørelser, og hensynet til proporsjonalitet, rask saksbehandling og ressurs- og kostnadseffektivitet.⁴² Som et resultat av disse hensyn og verdier, er overprøvingsadgangen hverken absolutt eller en selvfølge.

Adgangen til overprøving av rettsavgjørelser er av grunnleggende betydning for tilliten til domstolene. «Tillit» til domstolene kan forstås som den enkeltes oppfatning om at tvisteløsning for domstolene er en betryggende, pålitelig og hensiktsmessig måte å løse en uenighet på, når andre forsøk på minnelige løsninger ikke har fungert.

For at den enkelte skal ha tillit til domstolene, må det være en balanse mellom tidsbruk, kostnad og riktige avgjørelser. For eksempel vil det neppe svekke tilliten til domstolene dersom retten på en effektiv og lite kostnadskrevende måte kommer frem til et riktig og godt begrunnet resultat, selv om den isolert sett har fattet en uriktig avgjørelse underveis i

⁴⁰ Ot.prp. nr. 51(2004–2005), side 20.

⁴¹ Hov (2019) side 445–446.

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 289.

saksbehandlingen. Med andre ord vil en rask og effektiv behandling med riktig avgjørelse av kravet i den enkelte sak bygge opp tilliten til domstolene. Samtidig kan det tenkes at det vil kunne svekke tilliten dersom det ikke er mulighet for å påanke avgjørelser som er beheftet med åpenbare og vesentlige feil eller mangler.

Men, selv om overprøvingsadgangen er viktig for tillitten til domstolene, må dette hensynet veies opp mot de andre hensynene. Tillit må kunne antas å være avgjørende for at folket benytter seg av domstolene. Men slik tillit bygges opp ved riktige avgjørelser, samt rask og kostnadseffektiv behandling.

Fordi, dersom overprøvingsadgangen er for vid, vil kostnadssiden av rettsprosessen bli så stor at mange ikke ha de økonomiske forutsetningene som er nødvendig for å føre sin sak for retten og hevde sine rettigheter. I et slikt tilfelle vil en mangle reell tilgang til domstolene, og uten tilgang vil nok tilliten til domstolene og rettsstaten stå igjen som et ideal, men ingen realitet. Forholdet mellom overprøvingsadgang og effektiv saksavvikling må derfor være proporsjonalt. Med dette menes at overprøvingsadgangen ikke bør «koste mer enn den smaker». Vi ser altså en vekselvirkning og et uunnværlig samspill mellom hensynene.

Hensynene til riktig resultat, tillit, kvalitet, proporsjonalitet og effektivitet kan sies å være grunnpilarene som ankereglene bygger på, og disse kommer til uttrykk flere steder i tvisteloven. I den forbindelse må det også sees hen til Grunnloven og internasjonale konvensjoner, hvilket er tema i det følgende.

2.7 Kort om rommet for regulering av rettsmiddelsystemet

I Grunnloven § 88 heter det at «Høyesterett dømmer i siste instans», jf. bestemmelsens første ledd. Formuleringen forutsetter at underordnede instanser har behandlet tvisten som står for Høyesterett. Noen rett til overprøving følger likevel ikke av Grunnloven § 88.

Bestemmelsens første ledd skisserer Høyesteretts posisjon i domstolhierarkiet og gir lovgiver kompetanse til å nærmere regulere rettssubjektenes adgang til å få sin sak prøvd av Høyesterett.⁴³ Det er altså forholdene som vedrører Høyesteretts organisering, posisjon og funksjon som reguleres, ikke den enkeltes adgang til å angripe en avgjørelse med rettsmidler.

⁴³ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 304. Jf. også Rt-2009-1118-S avsnitt 67.

Høyesteretts viktigste arbeidsoppgaver er rettsavklaring, rettsutvikling og rettsenhet.⁴⁴ Da behøves det et regelverk som legger til rette for slik virksomhet, herunder regulering av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Høyesterett har selv uttalt at Grl. § 88 «stiller lovgiver nokså fritt med tanke på å organisere rettsmiddelsystemet slik man for tiden finner mest tjenlig».⁴⁵ Uttalelsen tyder ikke bare på forholdsvis vide rammer ved reguleringen av rettsmidlene, men kan også tenkes å leses som at lovgiver bør forholde seg noe aktiv med lovgivning på området for å holde tritt med retts- og samfunnsutvikling.

Likevel må rommet for regulering etter § 88 første ledd annet punktum avgrenses mot en «kjerne som lovgivningen ikke må støte an mot».⁴⁶ Slik som Høyesterett påpekte vil det vanskelig la seg gjøre å konkret angi en slik kjerne.⁴⁷ Men en tolkning av sammenhengen mellom hovedprinsippet i første ledd første punktum og lovgivers begrensingsadgang etter annet punktum kan være retningsgivende.⁴⁸

Når Høyesterett dømmer i siste instans, ville for eksempel en lovgivning som «avskjære[r] enhver anke til Høyesterett i en større gruppe av saker» støte an mot kjernen i bestemmelsen.⁴⁹ Særlig betenkelig ville en slik ordning være som følge av Høyesteretts rett og plikt til å prøve lovers grunnlovsmessighet, jf. Grl. § 89.⁵⁰ I tillegg vil menneskerettighetslovgivningen⁵¹ og Grunnlovens rettighetsbestemmelser ha innvirkning på begrensningene. Særlig retten til rettferdig rettergang som er Grunnlovsfestet i § 95 vil gjøre seg gjeldende her.

2.8 Anke som en del av retten til rettferdig rettergang

Norsk rett anerkjenner utvilsomt en rett til overprøving av rettsavgjørelser. Men det rettslige grunnlaget for en slik rett er gjenstand for diskusjon. I juridisk litteratur fremholdes det at rett til overprøving inngår som en del av retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven. § 95.⁵² Et slikt standpunkt kan imidlertid utfordres.⁵³

⁴⁴ Jf. Skoghøy (2017) side 5 og 131.

⁴⁵ Rt-2009-1118 S, avsnitt 68.

⁴⁶ Rt-2009-1118 S avsnitt 71.

⁴⁷ Rt-2009-1118 S, avsnitt 73.

⁴⁸ Rt-2008-1118 S, avsnitt 71.

⁴⁹ Jf. Rt-2008-1118-S, avsnitt 71.

⁵⁰ Pedersen og Skoghøy (2020), side 309.

⁵¹ Jf. for så vidt Rt-2009-1118 S, avsnitt 72.

⁵² Pedersen og Skoghøy (2020) side 309.

⁵³ Robberstad (2016a) side 61–64.

Grunnloven § 95 knesetter retten til rettferdig rettergang. Denne retten er en bærebjelke i rettergangslovgivningen både på straffeprosessen- og sivilprosessen, og ikke minst en helt elementær rettssikkerhetsgaranti. Av bestemmelsen fremgår det at «Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig (...)». Noen rett til anke kan vanskelig utledes av en naturlig språklig forståelse av ordlyden, da denne ikke sier noe om anke. En slik grunnlovfestet rettighet må eventuelt bero på en mer inngående tolkning.

I EMK art. 6 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 finner man til dels lignende regulering som i Grunnloven § 95.⁵⁴ Konvensjonene er en del av norsk menneskerettslovgivning, og bestemmelsene stiller krav til rettergangen i norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2 jf. § 3.

Bestemmelsen i Grl. § 95 bygger på EMK art. 6., som er gjort til norsk lov ved menneskerettsloven.⁵⁵ Etter menneskerettsloven § 3 jf. § 2 er EMK gitt forrang ved eventuell motstrid mot annen lovgivning. I denne forbindelse har Høyesterett uttalt at inkorporerte menneskerettskonvensjoner «skal danne utgangspunkt (...) for grunnlovstolkningen» når Grunnlovsbestemmelsen har sitt utspring i konvensjonen.⁵⁶

På denne bakgrunn må forholdet mellom Grunnlovens § 95 og EMK art. 6 samt SP art. 14 avklares hva gjelder retten til å anke rettsavgjørelser. Grunnloven § 95 innebærer tilsynelatende en utvidelse av kravet til «rettferdig rettergang», eller «fair and public hearing (...)» slik formuleringen lyder i EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1.

SP art. 14 er i sin ordlyd nesten identisk med EMK art. 6. Som nevnt tolkes Grunnlovens bestemmelser i lys av de internasjonale reglene de har sitt utspring i. Etter sin ordlyd gjelder imidlertid SP art. 14 kun i straffesaker. Likevel er det sikker rett at den i utgangspunktet også gjelder i sivile saker.⁵⁷ SP art. 14 vil likevel ikke tilføye noe mer enn EMK art. 6 i tolkningen av Grunnloven § 95 hva gjelder spørsmålet om rett til anke.⁵⁸ SP art. 14 vil derfor ikke bli behandlet inngående i det følgende.

⁵⁴ Menneskerettsloven, vedlegg 5, International Covenant on Civil and Political rights (Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, SP).

⁵⁵ Jf. Dok. nr. 16 (2011–2012) side 121–122.

⁵⁶ Se Rt-2015-155 A avsnitt 40. Jf. også HR-2016-2554-P avsnitt 81 og Rt-2015-93 A avsnitt 57.

⁵⁷ Se for eksempel Dok. nr. 16 (2011–2012) side 119.

⁵⁸ Se i denne retning Skoghøy (2017) side 541.

Retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 gjelder «[i]n the determination» av sivile og borgerlige rettigheter og plikter. Ordlyden indikerer at det er for den konkrete behandlingen av tvisten at rettigheten gjør seg gjeldende. Altså når retten skal avgjøre spørsmålene som er reist i saken. Bestemmelsens anvendelsesområde synes derfor å sette en skranke for å innfortolke en rett til anke i bestemmelsens ordlyd.

På denne bakgrunn kan det vanskelig utledes en rett til å anke ut fra ordlyden i bestemmelsen. Det motsatte resultat ville medføre at rettigheten på sett og vis blir plassert også i mellom avgjørelsen og behandlingen, «the determination», av de sivile eller borgerlige rettigheter eller plikter som er hevdet.

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen uttalte i *Delcourt v. Belgium* at EMK art 6 ikke krever at medlemsstatene etablerer ankeinstanser.⁵⁹ Dette er fulgt opp i flere senere avgjørelser, både i EMD og i Høyesterett.⁶⁰ Når konvensjonen ikke krever at statene har ankeinstoler, kan det naturligvis ikke utledes en rett til å anke. Men når rettsordenen har etablert ankeinstanser, må prosessen følges kravet om «right to fair trial» i EMK art. 6, også i ankebehandlingen.⁶¹

EMK art. 6 sikrer en rett til å bringe fremme en tvistesak om sivile og borgerlige rettigheter for domstolene. I dette ligger også en rett til domstolsadgang.⁶² Når en medlemsstat har etablert ankeinstanser, krever altså art. 6 at den enkelte har adgang til ankeinstolen. I *Golder*-saken ble EMD satt i plenum og flertallet kom til at en «right to access», retten til å anlegge et sivil søksmål for domstolene, er et aspekt av retten til rettferdig rettergang som EMK art. 6 foreskriver.⁶³ Dette må gjelde både ved saksanlegg til første instans for behandling, men også i situasjoner for overprøving.⁶⁴

Men selv om adgang til ankeinstolen er en del av retten til rettferdig rettergang etter EMK art. 6, faller stadig en rett til overprøving utenfor bestemmelsen i tvistesaker. Dette innebærer at medlemsstatene for eksempel kan benytte seg av ordninger med anketillatelse og -

⁵⁹ *Delcourt v. Belgium*, [J], avsnitt 25.

⁶⁰ Se blant andre *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, [J], avsnitt 37, *Menesheva v. Russia* [J], avsnitt 104, *Hansen v. Norway* [J], avsnitt 71, *Zubac v. Croatia* [GC], avsnitt 80 og HR-2019-702-U avsnitt 16.

⁶¹ *Delcourt v. Belgium* [J], avsnitt 25–26.

⁶² *Kjølbros* (2020), side 654 jf. side 603–605.

⁶³ *Golder v. The United Kingdom* [P], avsnitt 36.

⁶⁴ *Kjølbros* (2017), side 591.

nektelser, uten at det vil være i strid med konvensjonen. Borgerne har altså ingen rett til overprøving etter EMK art. 6.

En rett til anke kan etter dette ikke innfortolkes i Grunnloven § 95 etter internasjonale forpliktelser i EMK og SP. Spørsmålet er da om andre relevante rettskilder tilsier at det kan utledes en rett til anke fra Grunnloven § 95.

Ved første øyekast, kan det se ut til at en kan utlede en rett til overprøving av forarbeidene som ligger til grunn for vedtakelsen av Grl. § 95. I Innst. S 186 (2013–2014) fremholdes det at «rettferdig rettergang vil arte seg ulikt i sivile saker og i straffesaker», men komiteen peker likevel på at «retten til anke» vil være et fellestrekk i rettferdig rettergang på begge områder.⁶⁵ Komiteen bygger her på Menneskerettighetsutvalgets rapport, med tilsvarende formulering.⁶⁶ Dette taler for at en rett til anke inngår i retten til rettferdig rettergang etter Grl. § 95.

På den annen side var det ikke tilsiktet noen endring i rettsstilstanden ved innføringen av nye Grl. § 95. I forarbeidene til Grunnlovsendringen heter det blant annet at «En grunnlovsfesting av det generelle rettsstatsprinsipp om at rettergangen skal være rettferdig, vil således ikke endre dagens rettsstilstand på annen måte enn at prinsippet løftes inn i Grunnloven».⁶⁷ Riktignok vil bestemmelsen da fungere som en begrensning for lovgiver, men at den enkelte nå får en grunnlovsfestet rett til anke kan neppe føre frem.⁶⁸

Dette støttes for det første av Innst. 186 S hvor det legges til grunn at «Den rettslige betydningen vil først og fremst være å vise at prinsippet skal benyttes som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning» for grunnlovsfestingen av prinsippet om rettferdig rettergang.⁶⁹ For det andre fremholdes det at «ingen av forslagene er ment til å endre dagens rettsstilstand» under debatten på Stortinget.⁷⁰

Når hverken ordlyden i § 95, eller tolkningen av bestemmelsen i lys av EMK art. 6, herunder EMD sin praksis tilknyttet bestemmelsen, tilskriver en rett til anke i sivile saker, taler de beste

⁶⁵ Innst. 186 S (2013–2014) side 23.

⁶⁶ Se Dok. nr. 16 (2011–2012) side 118.

⁶⁷ Dok. nr. 16 (2011–2012) side 121.

⁶⁸ Pedersen og Skoghøy (2020) side 309.

⁶⁹ Innst. 186 S (2013–2014) side 4.

⁷⁰ Christensen (2014), Jette F. Christensen under Stortingsdebatten 13. mai 2014, tidsstempel 10:11:41.

grunner imot at en «rett» til anke fremgår av Grunnloven. Dette gjelder særlig ved at vedtakelsen av nye § 95 ikke var ment å være noen realitetsendring.

Som komiteen selv påpekte i innstillingen, vil en rettferdig rettergang kunne utarte seg ulike i sivile saker og i straffesaker.⁷¹ Selv om det også vil være klare likheter, synes nyansene i forskjellene ut til å være forglemt både i innstillingen og Menneskerettighetsutvalgets rapport i Dok. nr. 16 (2011–2012). En «rett til anke» i sivile saker synes å være lagt til grunn uten nærmere vurderinger. Dette bør tilsi at uttalelsene i forarbeidene om at «rett til anke» er en del av en rettferdig rettergang tillegges mindre vekt.

Spørsmålet om Grunnloven § 95 konstituerer en rett til anke synes ikke å ha blitt satt på spissen av Høyesterett etter Grunnlovsreformen i 2014. Men i Høyesteretts kjennelse Rt-2015-506 U finnes det likevel uttalelser som antyder en slik rett også i sivile saker.

Under henvisning til Innst. 186 S (2013-2014), punkt 2.1.4 og Rt-2015-334 A uttalte flertallet i Rt-2015-506 U at ved vedtakelsen av retten til rettferdig rettergang i Grl. § 95, ble det «lagt til grunn at retten også omfatter rett til anke» i kjennelsens avsnitt 17. Uttalelsene i innstillingen er allerede kommentert over, men i forbindelse med dette sitatet må det påpekes at Rt-2015-334 A var en strafferettslig sak, hvor både EMK art. 6 og SP art. 14 klart innebærer en rett til anke.

Robberstad har vært kritisk til flertallets juridiske metode i Rt-2015-506 U.⁷² Det interessante her er at mindretallet kom frem til samme resultat som flertallet, uten å forutsette at det kan utledes en rett til anke fra Grunnloven § 95. Flertallet drøfter dessuten ikke om rett til anke inngår i retten til rettferdig rettergang i sivile saker på egenhånd.⁷³

Et annet problem som oppstår i forbindelse med å hevde at en rett til anke kan utledes direkte av Grl. § 95 er at det synes å være enighet om at en rett til anke, uavhengig av det rettslige grunnlaget, kun gjelder overprøving i én instans. Noen slik begrensning vil være enda vanskeligere å utlede av Grunnloven, og vil medføre flere rettslige problemstillinger.

⁷¹ Innst. 186 S (2013–2014) side 23.

⁷² Robberstad (2016a) side 61–64.

⁷³ Se Rt-2015-506 U, avsnitt 16 og 17.

«Rettferdig rettergang» etter GrL. § 95 er riktignok et vidt begrep. Bestemmelsen nevner konkrete forhold, men det ligger også en helhetlig vurdering av om rettergangen har vært rettferdig og forsvarlig til grunn for rettighetsbestemmelsen.

Likevel bør man ikke gi begrepet rettferdig rettergang et annet meningsinnhold enn Stortingets. Noen «rett til anke» i sivile saker kunne ikke utledes fra hverken Grunnloven eller EMK før endringen i 2014. Følgelig vil en slik rettighet ikke samsvare med forutsetningen om endringene ikke skulle innebære noen realitetsendring dersom den enkelt fikk en grunnlovsfestet rett til å anke i sivile saker.

På denne bakgrunn foreligger det ikke sterke nok holdepunkter for å konstatere at retten til anke i sivile saker har en konstitusjonell forankring. Videre er det gjort uttrykkelig klart at en slik rett heller ikke fremgår av EMK. *Retten* til å anke rettsavgjørelser i tvistesaker må dermed utledes fra alminnelig lovgivning. Etter dette må det konkluderes, under noe tvil, med at en rett til anke i sivile saker ikke er vernet av Grunnloven § 95.

3 Generelt om anke og innledende vilkår og begrensninger for anke over kjennelser og beslutninger

3.1 Innledning.

Avgjørelsen av rettslige spørsmål som reises i forbindelse med et søksmål treffes som «rettslige avgjørelser», enten som dom, kjennelse eller beslutning. Hva slags type avgjørelse retten har sluttet er avgjørende blant annet for behandlingsreglene av en ankesak, hvilken kompetanse ankeinstansen har til å behandle saken, hvilke ankegrunner som kan gjøres gjeldende og hva slags form avgjørelsen av ankesaken skal avsies i. Det kan her være tale om en avgjørelse av en naborettslig tvist som blir avgjort ved dom, en kjennelse om åpning av gjeldsforhandlinger eller en beslutning om å nekte å fremme en anke til realitetsbehandling.

Hvorvidt en kan få sin anke behandlet i overordnet instans beror på en rekke faktorer, herunder hva slags avgjørelsestype det er tale om, på hva slags grunnlag anken anføres, hva slags type anke det er tale om og andre øvrige vilkår. Dette kapitlet innledes derfor med en kort omtale av retten til anke, den rettslige plasseringen av ankereglene og rettsmiddelordningen anke. Deretter fremstilles ankegjensstandene og ulikeavgjørelsestyper, før alminnelige vilkår for anke over kjennelser og beslutninger behandles. Til slutt behandles en begrensning for anke over prosessuelle avgjørelser, fordi denne gjelder på et generelt plan.

3.2 Rett til anke og ankereglens rettslige plassering

Tvisteloven gir en rett til anke i sivile saker. Dette fremgår blant annet av tvisteloven § 29-2 første ledd, hvor det heter at «Dommer, kjennelser og beslutninger kan ankes». For øvrig må en slik rett kunne leses ut av tvistelovens system og de grunnleggende verdier og hensyn den bygger på. Dessuten kan det nevnes at «retten til anke» stipuleres i enkeltbestemmelser i loven, for eksempel §§ 29-6 og 29-7.

Reguleringen av anke i tvisteloven er stort sett samlet i lovens sjette del om rettsmidler. Enkelte særlige reguleringer finnes likevel annensteds i loven.⁷⁴ Rent praktisk befinner man seg på et sted i prosessen hvor retten har fattet en avgjørelse og det i utgangspunktet beror på partene om resultatet av denne avgjørelsen skal legges til grunn for videre behandling eller at den setter et punktum for tvisten. Dette er det tidsmessige skjæringspunktet hvor det er aktuelt å anke.

3.3 Generelt om anke som rettsmiddel

Begrepet «rettsmiddel» brukes som en samlebetegnelse for begjæringer om overprøving av rettsavgjørelser.⁷⁵ En anke er en slik begjæring om overprøving. Det må her trekkes et skille mellom adgangen til å anke og selve ankebehandlingen, ettersom det er tale om en «begjæring» om overprøving. I dette ligger det at en skal ha muligheten til å angripe en rettsavgjørelse dersom en mener den er beheftet med feil, men ikke et krav om at anken skal underlegges fullstendig behandling. Dette kan leses ut av tvistelovens system ved at en anke kan nektes fremmet etter § 29-13 annet ledd, sml. også §§ 30-4 til 30-6.

Når det er aktuelt å anke, har allerede en tvist eller en del av denne vært til behandling av en rettsinstans. Tvisten er altså allerede avgjort i minst én instans før en kan anke. Hovedregelen er at alle rettsavgjørelser kan ankes, men det gjelder ingen ubetinget rett til *ankebehandling*.

Rettsmiddelet anke er en rettslig angrepen på en rettsavgjørelse, med et mål om å få endret resultatet. Med dette premisset til grunn er det naturlig at adgangen til å anke må heftes med begrensinger. En part vil sjelden være forøyd med å tape en sak, og dersom man alltid kunne

⁷⁴ Se for eksempel § 9-8 første ledd tredje punktum og tredje ledd; § 7-2 første ledd femte og sjette punktum; § 15-7 annet ledd femte punktum og § 16-11 annet ledd.

⁷⁵ Skoghøy (2017) side 1127.

anke en avgjørelse for å oppnå et nytt resultat, ville det medført store belastninger på rettssystemet og samfunnet, samt alle involverte i saken.

I ankeinstituttet skilles det gjerne mellom «omprøving» og «overprøving».⁷⁶ Omprøving innebærer en ny behandling av saken, mens ved overprøving konsentreres prosessen til å handle om hvorvidt underinstansen har begått en feil ved rettergangen i saken.⁷⁷ Eksempler på slike feil kan være feil ved bevisbedømmelsen eller saksbehandlingsfeil. Tvisteloven og øvrige prosessregler i norsk rett legger opp til at det skal skje en overprøving av underinstansens avgjørelse dersom ankeinstansen tar saken til behandling. I hvilken grad det skjer en omprøving eller overprøving i praksis er det ulike oppfatninger om, men det er et annet spørsmål.⁷⁸

Etter dagens ordning opereres det med to ulike rettsmidler: Anke og gjenåpning. Det grunnleggende trekket som skiller disse rettsmiddelene fra hverandre er hvordan de forholder seg til reglene om rettskraft. Når en avgjørelse er rettskraftig etter reglene i tvisteloven kapittel 19, vil den ikke lenger kunne angripes ved anke. Likevel vil det være en snever adgang til gjenåpning.⁷⁹

Adgangen til å anke kjennelser og beslutninger er begrenset i flere utstrekninger. Hvorvidt slike avgjørelser kan angripes ved anke avhenger blant annet av et tidsperspektiv, hvem avgjørelsen får rettsvirkninger for, grunnlaget for å kreve overprøving, hva slags resultat som ønskes ved overprøvingen og hva slags type avgjørelse som ankes.

3.4 Ankegjensstandene – de ulike avgjørelsestypene

Ved rettergang etter tvistelovens regler, opereres det i hovedsak med tre avgjørelsestyper som kan gjøres til gjenstand for anke. Disse er kjent som dom, kjennelse og beslutning, jf. tvl. § 19-1 første til tredje ledd.⁸⁰ De forskjellige avgjørelsestypene har ulike funksjoner og rettsvirkninger. Dette gjelder særlig for hvilke saksbehandlingsregler som gjelder, hvilke krav som stilles til begrunnelse av avgjørelsen, samt adgangen til å anke avgjørelsen.

⁷⁶ Se for eksempel Strandberg og Nylund (2020) side 87, NOU 2020: 11 side 318 og NOU 2001: 32 A side 357. Utvalget benytter ikke begrepet «omprøving», men skriver «fullstendig ny behandling».

⁷⁷ Robberstad (2021) side 347.

⁷⁸ Se Strandberg og Nylund (2020) side 86 med videre henvisning.

⁷⁹ Se Pedersen og Skoghøy (2020) side 331.

⁸⁰ Det kan også ankes over materielle bikrav, slik som sakskostnadsavgjørelser.

En dom vil som regel være en realitetsavgjørelse. Det vil si at dommen avgjør ett eller flere krav som det er anlagt søksmål for, jf. tvl. § 19-1 første ledd bokstav a. For øvrig vil også en anke over dom og visse spørsmål om oppdeling og pådømmelse av en sak avgjøres i doms form, jf. tvl. § 19-1 første ledd bokstav b-c. En tvist om saksbehandlingsspørsmål vil ikke avgjøres ved dom. Det ville innebære at avgjørelsen er truffet i uriktig form.

Rettsvirkningene av avgjørelsen vil være som om avgjørelsen ble truffet i riktig form, jf. tvl. § 19-1 fjerde ledd. Det er altså hva avgjørelsen reelt sett avgjør som er av betydning for virkningene. For eksempel vil en avgjørelse som uriktig er blitt fattet som en beslutning, hvortil ankeadgangen er strengt begrenset, likevel kunne angripes etter reglene som gjelder for anke over den avgjørelsesformen som egentlig skulle ha vært benyttet.

Felles for alle rettsavgjørelser er dessuten at det må være tale om nettopp en «avgjørelse». Det er med andre ord bare når retten bestemmer utfallet av et spørsmål i forbindelse med en sak at det oppstår en avgjørelse som kan være gjenstand for særskilt anke. Rene faktiske handlinger, for eksempel at ordet gis til en prosessfullmektig, kan ikke ankes særskilt.⁸¹

Hva slags avgjørelse man har å gjøre med er definerende for adgangen til å få avgjørelsen overprøvd. Kjennelser og beslutninger kan angripes rettslig enten ved «særskilt anke» eller ved «anke over dom». For de særskilte ankene er det klart hvilken avgjørelse som angripes. Ved anke over dom kan imidlertid saksstyrende kjennelser og beslutninger brukes som ankegrunn. I et slikt tilfelle vil det se ut som et angrep på dommen selv om det i realiteten, helt eller delvis, kan være et angrep på en eller flere prosessuelle kjennelser eller beslutninger.

3.4.1 Kjennelser

En kjennelse kan være en realitetsavgjørelse eller en saksbehandlingsavgjørelse. Hvorvidt det er tale om en kjennelse for realitet eller avgjørelse av et spørsmål om saksbehandlingen har betydning for blant annet behandlingsmåten av saken, ankeadgang og kravet til begrunnelse. Tvisteloven § 19-1 annet ledd lister opp fem ulike typer avgjørelser som skal treffes ved kjennelse.

Avgjørelse av spørsmål om avvisning eller særskilt behandling av påstand om avvisning skal treffes ved kjennelse, jf. tvl. § 19.1 annet ledd bokstav a. Slike spørsmål oppstår som følge av

⁸¹ Se Hov (2019) side 390.

at vi i norsk sivilprosess har regler om både absolutte og relative prosessforutsetninger. Prosessforutsetningene må være oppfylt for at et søksmål kan tas opp til behandling i retten, og saksøker plikter å godtgjøre at prosessforutsetningene er oppfylt. Videre har også retten et selvstendig ansvar for å vurdere om disse grunnleggende vilkårene er til stede, før saken tas til behandling. Dersom visse prosessforutsetninger ikke er oppfylt skal saken avvises eller heves, hvilket gjøres i form av kjennelse jf. tvl. § 19-1 annet ledd bokstav a.

Spørsmål om avvisning oppstår stadig i norsk rett og det er nødvendig å få avklart om en sak skal avvises fra domstolene på et tidlig stadium, jf. tvl. § 9-6 tredje ledd. Det ville være en uforholdsmessig belastning og kostnad både for partene og for det offentlige dersom en skulle føre en hel rettssak, for at den så skulle bli avvist etter at saken er tatt opp til doms. Dette resulterer i at domstolene, når det er grunnlag for det, foretar en særskilt behandling av avvisningsspørsmålet. Spørsmålet oppstår ofte ved at saksøkte påstår saken avvist etter at stevningen er blitt forkynt for ham. Vi befinner oss for dette eksempelet på saksforberedelsesstadiet. Ettersom medhold i en påstand om avvisning gjør søksmålet uinteressant for domstolsbehandling, er det tidvis nødvendig for retten å ta stilling til avvisningsspørsmålet før en eventuell hovedforhandling.⁸²

Slik kjennelse som avgjør avvisningsspørsmål innebærer at saksbehandlingen som hovedregel skal være skriftlig jf. tvl. § 9-6 fjerde ledd. Dette er et klart kjennetegn for kjennelser, hvor behandlingen av spørsmålet som hovedregel skal være skriftlig, jf. tvl. § 29-15 første ledd og § 30-9 første ledd. På dette punktet skiller kjennelsene seg fra dommer, hvor hovedregelen er muntlige forhandlinger for retten.

Det er imidlertid ikke alle avvisningsspørsmål som skal treffes ved kjennelse. Retten plikter av eget tiltak å vurdere om prosessforutsetningene er oppfylt, og dersom retten fremmer en sak uten at avvisning har vært påstått av partene, skal den treffe en beslutning om det.⁸³ Dette følger av at tvl. § 19-1 tredje ledd bokstav a angir at «saksbehandling som ikke etter loven krever kjennelse» skal treffes som beslutning, samtidig som at bestemmelsens annet ledd bokstav a kun krever kjennelse dersom avgjørelsen «avviser» saken, eller at det er gjennomført «særskilt behandling av en påstand om avvisning».

⁸² Se dessuten tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum.

⁸³ Skoghøy (2017) side 986.

Dersom en part har nedlagt påstand om avvisning uten at dette blir avgjort særskilt og retten under realitetsbehandlingen av saken jf. tvl. § 9-6 tredje ledd annet punktum finner at saken skal fremmes, skal avgjørelsen om å fremme saken inngå som del av realitetsavgjørelsen. Det skal med andre ord ikke treffes en egen kjennelse for at saken fremmes, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 433. Slik som Skoghøy påpeker, innebærer det at saken fremmes implisitt av at saken er tatt til realitetsbehandling.⁸⁴

Paragraf 19-1 annet ledd bokstav b foreskriver at også hevingsavgjørelser skal treffes ved kjennelse. Ordlyden i annet ledd bokstav b avgrenser avgjørelser som «hever en sak» mot saker «som av andre grunner enn nevnt i bokstav a bortfaller uten realitetsavgjørelse». Dette virker innlysende, ettersom annet ledd bokstav a gjelder avvisning og ikke heving. Avvisning skjer som vist over når søksmålet ikke tilfredsstillende de krav som stilles av prosessforutsetningene.

Til forskjell fra avvisning vil en avgjørelse heves når domstolene ikke lenger har kompetanse til å treffe en avgjørelse, at tvisten er løst partene i mellom, eller at det er intet å avgjøre. Et typisk eksempel er de tilfellene hvor partene inngår et forlik. Når en sak er anlagt for retten, plikter retten etter tvl. § 8-1 å gjennom hele prosessen å vurdere mulighetene for en minnelig løsning. Dette kan skje i form av forlik, og dersom det inngås forlik skal retten heve saken. Dette har sammenheng med disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Når partene i forliket har gjort en avtale om resultatet i saken, og de fullt disponerer over tvistegjenstanden, skal ikke retten ta stilling til sakens realitet. Dette kan for så vidt også forankres i et rettslig interessestandpunkt fordi det ikke lengre er noen rettslig uenighet mellom partene. Dersom partene blir enige om et forlik vil de ikke lenger ha rettslig interesse, som er en forutsetning for rettsbehandling på alle stadier av saken. Kravet til rettslig interesse kommer jeg tilbake til.

Videre fremkommer det av tvl. § 19-1 annet ledd bokstav c at avgjørelse av «anke over kjennelse eller beslutning» skal treffes ved kjennelse. Sivile saker kan være komplekse og omfattende, og tidvis oppstår det tvister om enkelte avgjørelser som treffes som ledd i saksbehandlingen eller andre avgjørelser som er nødvendige for hovedsaken. Når slike avgjørelser påankes og spørsmålene behandles, skal rettens avgjørelse fattes som kjennelse. Hvorvidt avgjørelsen som da er blitt ankegjensstand beror på hva slags avgjørelsestype det er,

⁸⁴ Skoghøy (2017) side 987.

men rettens konklusjon i spørsmålet vil uansett kunne være gjenstand for anke etter føresegnene i tvl. § 29-3.

Der hvor det oppstår «tvist om bevis» skal rettens avgjørelse være i form av kjennelse, jf. tvl. § 19-1 annet ledd bokstav d. Under saksforberedelsen, før hovedforhandlingen starter, skal partene gi bevistilbud til retten. Dette fremkommer av tvl. § 21-6, hvor det heter at parten i bevistilbudet «skal angi hva beviset skal godtgjøre». Bevistilbudet danner et grunnlag for at motpartene kan bestride fremleggelse av beviset, for eksempel på bakgrunn av bevisforbuds eller -fritaksregler. Når det oppstår en slik tvist om fremleggelsen av et bevis må retten ta stilling til om beviset kan fremlegges eller om det må avskjæres, og rettens avgjørelse av spørsmålet treffes altså som kjennelse. Det samme gjelder ved tvist om bevisprovokasjon.

Til slutt fremkommer det av § 19-1 annet ledd bokstav e at avgjørelser «som etter loven skal treffes i denne form», treffes som kjennelse. Dette er selvforklarende. Der hvor tvisteloven eller annen lovgivning foreskriver at en avgjørelse av et spørsmål skal treffes ved kjennelse, er det dette som er riktig form. Som eksempler kan nevnes avgjørelse om åpning av gjeldsforhandling, jf. konkursloven § 150 jf. § 145 første ledd første punktum, avgjørelse om rettergangs bøter, jf. domstolloven § 214 og stadfestelse av bud etter tvangsfullbyrdelsesloven § 11-30.⁸⁵

Kjennelser som avgjørelsesform har en lang tradisjon og er godt etablert i norsk rett. Men med så dype avtrykk, kan det være nyttig å hente perspektiv, og se på *kjennelsen* som avgjørelsesform på nytt, og stille spørsmål ved hvorfor dette er en avgjørelsesform vi benytter oss av.

Kjennelser kjennetegnes ved sin avgrensninger mot dommer. En kan si at dommene er den viktigste formen for rettslige avgjørelser vi opererer med. Det er ved dommen en hovedsak når sitt ytterste spenningspunkt: tvisten blir avgjort. En eller annen form for uenighet er selve basen for rettslige tvister, og denne forsvinner ikke nødvendigvis ved en dom. Ettersom det er dommen som avgjør uenigheten, er det viktig at avgjørelsen og rammeverket rundt den er så betryggende som mulig.

⁸⁵ Skoghøy (2017) side 989.

Det dommen avgjør anses som mer viktig enn de spørsmål som avgjøres ved kjennelse eller beslutning, og det er derfor rettssystemet benytter seg av ulike avgjørelsestyper. Når spørsmålene som blir avgjort er mindre viktige, fordrer det at behandlingen av dem ikke er like inngående som for de viktigste spørsmålene i dommene. Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved en slik rubrisering, da også spørsmål som loven angir at skal avgjøres ved kjennelse eller beslutning ofte kan være vanskelige og kompliserte spørsmål.⁸⁶

3.4.2 Beslutninger

Den siste typen rettsavgjørelse kalles for «beslutning». Denne avgjørelsesformen kan avgrenses negativt ved at alle rettslige avgjørelser som ikke skal treffes som dom eller kjennelse, er beslutninger.⁸⁷ I motsetning til dommer, og i visse tilfeller kjennelser som nevnt over, vil ikke en beslutning innebære en avgjørelse av realiteten i en sak. Beslutninger kan deles opp i to hovedkategorier: For det første har en saksstyrende beslutninger. Dette er beslutning som avgjør spørsmål om saksbehandlingen som ikke krever kjennelse, hvilket er den vanligste formen for beslutninger. Videre har en saksavsluttende beslutninger. Disse kjennetegnes av at de avslutter sakens behandling.

Beslutninger om saksbehandlingen er dels negativt definert, dels positivt. Det fremkommer av tvl. § 19-1 tredje ledd bokstav a at ved avgjørelse om saksbehandlingen, skal formen være beslutning så langt spørsmålet om saksbehandlingen etter loven ikke krever kjennelses form. Vi ser altså at for alle spørsmål om saksbehandlingen hvor loven ikke positivt angir at avgjørelsen skal treffes som kjennelse, så skal formen være beslutning.

Et eksempel på avgjørelse om saksbehandling som treffes ved beslutning kan være rettens avgjørelse om tillatelse av representasjon av prosessfullmektig etter tvl. § 3-3 fjerde ledd. Loven krever ikke at avgjørelsen skal treffes som kjennelse, og følgelig skal den treffes som beslutning da det er et sentralt spørsmål om saksbehandling – nettopp hvem som kan representere parten rettslig. For rettens avgjørelse av spørsmål om bevisavskjæring etter reglene i tvisteloven kapittel 21 blir det annerledes. En «tvist om bevis» skal nemlig avgjøres ved kjennelse, jf. § 19-1 annet ledd bokstav d.

⁸⁶ Hov (2019) side 445–446.

⁸⁷ Hov (2019) side 389.

Videre skal avgjørelse av spørsmål om å samtykke til eller å nekte behandling av en anke treffes som beslutning. Dette følger av tvl. § 19-1 tredje ledd bokstav b, og innebærer en positiv angivelse av beslutning som avgjørelsesform. Både for anke til lagmannsrettene og til Høyesterett gjelder det et krav om samtykke for at en anke over dom skal fremmes til behandling, jf. henholdsvis tvl. §§ 29-13 første ledd og 30-4 første ledd. Det samme gjelder når retten avgjør at en anke skal nektes fremmet, jf. tvl. § 29-13 annet ledd, § 30-4 tredje ledd og § 30-5. Dette er avgjørelser som avslutter hovedsaken. Likevel vil disse avgjørelsene kunne være gjenstand for særskilt anke, på nærmere vilkår.

Hvorfor operer man så med «beslutning» som avgjørelsesform? En kan si at beslutningen er en «enkler» avgjørelsesform. «Viktiger» avgjørelser treffes vanligvis som kjennelse eller dom. Men, alt ettersom hvordan en ser på det, kan nok alle rettens avgjørelser sees på som viktige. Likevel er neppe alle avgjørelsene like viktige. Av hensynet til rask og effektiv behandling, har domstolene behov for beslutning som avgjørelsesform fordi den forutsetter en mindre komplisert saksbehandling og en begrenset overprøvingsadgang.

3.5 Ulike former for anke

Kjennelser og beslutninger kan angripes ved flere ulike former for anke. Hvilken form for anke som benyttes avhenger av omstendighetene, og får betydning for den videre behandlingen av ankesaken. Det er stadig tale om samme rettsmiddel, men de «ulike ankene» blir tillagt egne benevninger. Årsaken til dette er at forholdene som foreligger når anken fremmes, kan ha betydning for om den kan tas til behandling eller om parten i det hele tatt har rett til å anke den aktuelle avgjørelsen.

Kjennelser og beslutninger kan for det første ankes særskilt. Benevningen «særskilt anke» brukes for å skille et slikt konkret angrep på en rettslig avgjørelse i forbindelse med en sak, fra tilfeller hvor en kjennelse eller beslutning brukes som ankegrunn ved anke over dom, som er den andre typen overprøving av prosessuelle avgjørelser. Det følger av tvisteloven § 29-3 første ledd at dommer kan ankes på grunn av feil i saksbehandlingen. Når retten må ta stilling til et saksbehandlingsspørsmål, fattes det en rettslig avgjørelse i form av kjennelse eller beslutning. Slike avgjørelser er en del av saksbehandlingen, og kan benyttes som ankegrunn ved anke over dom.

Det kan for eksempel fremmes en særskilt anke når retten har avgjort en tvist om fremleggelse av bevis i hovedsaken. Dersom partene er uenige om beviset kan fremlegges

eller ikke, må retten ta stilling til spørsmålet og avsi sin avgjørelse i form av kjennelse, jf. tvisteloven § 19-2 annet ledd bokstav d. Tapende part kan anke kjennelsen til lagmannsretten, jf. § 29-2. Ved anke til Høyesterett gjelder særlige regler, se tvl. §§ 30-3, 30-5 og 30-6.

Til avhandlingens tema om anke over kjennelser og beslutninger er også reguleringen av anke over dom av betydning. Dette fordi anke over avgjørelser som treffes ved kjennelse eller beslutning, for eksempel tvist om bevis tilgang, også kan treffes underveis i hovedforhandlingen. Dommen kan da påankes med anførsel om at rettens avgjørelse av spørsmålet om bevis utgjør en saksbehandlingsfeil. Slik sett virker anke over dom på bakgrunn av saksbehandlingsfeil i en kjennelse eller beslutning som en slags indirekte anke slike avgjørelser. Rettsmiddelet rettes imidlertid mot avgjørelsen av hovedsaken, som følge av tvisteloven § 29-2 annet ledd.⁸⁸ Ved utformingen av regler for anke over kjennelse og beslutning er det derfor nødvendig å se hen til disse reglene for å oppnå en enhetlig regulering.

Teknisk sett vil det jo i eksempelet over være tale om en anke over dom, men i realiteten dreier anførselene seg om spørsmålene som kjennelsen eller beslutningen avgjorde, slik at det tilsynelatende kan virke som en anke over kjennelse eller beslutning. Likevel innebærer det at ved anke over dom skiller behandlingsreglene i ankesaken seg fra behandlingsreglene som gjelder for særskilt anke over kjennelser og beslutninger.

Den part eller tredjeperson en rettsavgjørelse retter seg mot har som hovedregel rett til å anke avgjørelsen, jf. tvisteloven § 29-8. Dersom en part har sendt inn ankeerklæring, og den annen part også benytter seg av sin ankerett, vil ankene kalles henholdsvis hovedanke og motanke. I et slikt tilfelle vil begge ankene utledes fra partenes respektive ankerett, slik at det er tale om «selvstendige anker». Med selvstendig anke menes altså at anken utledes fra den ankeretten til den enkelte part, og henger ikke sammen med motpartens eventuelle anke.

Det kan imidlertid være adgang til å anke uten slikt selvstendig grunnlag. Det følger av tvl. § 29-7 første ledd at en part som «mangler selvstendig ankerett» likevel har rett til å anke dersom motparten anker, når anken «ikke er begrenset til anke over saksbehandlingen». Etter denne regelen følger det altså at dersom en part for eksempel har anket over rettsanvendelsen

⁸⁸ Denne bestemmelsen behandles i punkt 3.7 nedenfor.

jf. tvisteloven § 29-3 første ledd, vil motparten kunne anke selv om ankefristen er oversittet. Motpartens anke vil da være en «avledet anke», jf. § 29-7.

At begge parter i en tvistesak anker en avgjørelse er ikke uvanlig. Da er begrepene «hovedanke» og «motanke» nyttige verktøy. Dessuten kan hvorvidt det fremmes motanke ha betydning for hva og i hvilken utstrekning retten kan prøve de ankede krav. Dette var tilfelle i Rt-2014-152 U, hvor Høyesterett var bundet av de rammene som forelå for erstatningsutmålingen i lagmannsretten som følge av at det ikke var fremsatt en motanke.⁸⁹

Ordlyden i tvisteloven § 29-7 tilsier at rett til avledet anke foreligger så fremt den annen part ikke har konsentrert sin anke til kun å gjelde saksbehandlingen. Dersom hovedanken for eksempel gjelder både saksbehandlingen og rettsanvendelsen, vil motparten kunne fremme en avledet anke. Hvis hovedanken derimot kun gjelder saksbehandling vil ikke motparten kunne fremlegge en avledet anke, jf. § 29-7 første ledd.

Den ene parts rett til avledet anke vil imidlertid ikke begrenses av motpartens anke. Dette innebærer at vedkommende også kan gjøre gjeldende ankegrunner som ikke er fremmet av parten som inngav hovedanken. Det er klart at det ikke kan være slik at én parts anke avskjærer den annen parts ankerett når begge ankene kommer inn rettidig. En slik regel ville skape ubalanse mellom partene, flere anker og en lite betryggende rettergang. Når en part anker, må også den annen part få anledning til å fremme sine holdepunkter imot avgjørelsesresultatet.

En innvending mot dette vil kunne være at parten stadig har mulighet til å anke og fremme sine synspunkter så langt ankefristen løper. Slik sett kunne en tenke seg at ankeadgangen burde ha forblitt tapt. Dette gir imidlertid den ankende part enerett til å fastslå rammene for ankebehandlingen ved å styre hvilke krav som kan behandles når den annen parts ankerett har falt bort. Den annen part vil da begrenses til kun å bestride eller akseptere motpartens ankegrunner.

I kategorien særskilte anker finner vi også «videre anke». Utgangspunktet er at ankeforhandlinger i lagmannsretten som avgjøres ved kjennelse, ikke kan ankes videre til Høyesterett jf. tvisteloven § 30-6. Til dette utgangspunktet lister samme bestemmelse opp

⁸⁹ Se avgjørelsens avsnitt 179.

flere unntak hvor Høyesterett likevel kan ta anken til behandling. En videre anke oppstår for det tilfellet at tingretten har fattet en avgjørelse som partene mener er uriktig, og som blir anket til lagmannsretten. Dersom lagmannsrettens avgjørelse treffes som kjennelse, kan den ankes videre til Høyesterett dersom avgjørelsen omfattes av unntakene i § 30-6 bokstav a-d.

3.6 Almennelige vilkår for anke over kjennelser og beslutninger

Enkelte almennelige vilkår må foreligge for at en anke over en kjennelse eller beslutning kan tas til behandling av ankeinstansen. Vilkårene for anke til henholdsvis lagmannsretten og Høyesterett er noe forskjellig, men flere almennelige vilkår gjør seg gjeldende ved anke til begge instanser.

I dette delkapitlet vil det redegjøres for noen innledende grunnvilkår og deretter prosessforutsetninger som kommer til anvendelse ved anke over kjennelser og beslutninger. Enkelte formelle vilkår blir også omtalt. Dette er av betydning for avhandlingens tema, ettersom disse forutsetningene i seg selv kan begrense ankeadgangen for kjennelser og beslutninger.

3.6.1 Innledende grunnvilkår: Krav til ankegjensstand, rettssubjekt og endret resultat

For det første må det som nevnt foreligge en rettslig avgjørelse. Dersom det ikke er tale om en slik avgjørelse, vil ikke kravet til ankegjensstand i tvisteloven § 29-2 første ledd være oppfylt, hvilket medfører at det ikke kan ankes.⁹⁰ Dette er klart ettersom det ikke er noe å anke over.

For det andre må den som anker avgjørelsen være berørt av den, jf. tvl. § 29-8 første ledd. Bestemmelsen gjelder tilsvarende ved anke til Høyesterett, jf. § 30-3 første ledd. Partene i et søksmål vil som regel ha en slik stilling at de kan anke rettens kjennelser og beslutninger i forbindelse med saken. Likevel kan også andre enn partene bli satt i en slik rettsstilling at de har rett til å anke. Et typisk eksempel på dette er rettens pålegg om bevisfremleggelse overfor en tredjeperson. Vedkommende er ikke part i hovedsaken, men pålegget angår dem direkte. Da er det naturlig at tredjepersonen har en rett til å anke avgjørelsen om bevisfremleggelse.⁹¹

⁹⁰ HR-2020-2012-U er illustrerende som eksempel. En meddelelse fra retten til en part om at ytterligere innringer fra en vedkommende ikke ville bli besvart av instansen, var ikke å anse som en rettslig avgjørelse. Følgelig kunne ikke denne ankes.

⁹¹ Dette vilkåret er nært forbundet med rettslig ankeinteresse og behandles nærmere under punkt 3.6.3 nedenfor.

For det tredje kreves det at den part som anker ønsker å oppnå et annet resultat enn det som fremgår av avgjørelsen. Det er for eksempel ikke adgang til å anke rettsavgjørelser for å få en endret begrunnelse for det samme resultatet. Dette ble slått fast av Høyesterett i Rt-1998-1062 K under den da gjeldende tvistemålsloven 1915, § 373 første ledd nr. 1, jf. annet ledd. Kravet om et ønske om endret resultat følger nå av tvl. § 29-8 første ledd og er en helt grunnleggende forutsetning.

3.6.2 Prosessforutsetninger for anke over kjennelser og beslutninger

Reglene om prosessforutsetninger er helt grunnleggende for domstolenes behandling av rettslige tvister. Prosessforutsetningene må foreligge ved saksanlegg, og som hovedregel gjennom hele rettergangprosessen. Dette omfatter også de tilfeller hvor det fremmes en anke. Det skilles tradisjonelt mellom generelle og spesielle prosessforutsetninger, samt absolutte og relative prosessforutsetninger.⁹²

Generelle prosessforutsetninger kommer til anvendelse for alle søksmål, med mindre annet er bestemt.⁹³ Et eksempel på en slik prosessforutsetning kan være om domstolens saklige eller stedlige kompetanse til å avgjøre tvisten. Spesielle prosessforutsetninger derimot, kommer bare til anvendelse for visse søksmål, eller i forholdet til noen parter.⁹⁴ Som spesielle prosessforutsetning kan for eksempel nevnes kravene til ankeerklæring, jf. tvisteloven § 29-9 jf. § 30-3 første ledd. Reglene som regulerer ankeerklæringen kommer naturligvis kun til anvendelse når en skal anke fremmes, ikke ved det opprinnelige søksmålet, og er derfor en spesiell prosessforutsetning.

Hva gjelder absolutte prosessforutsetninger, plikter retten av eget tiltak å håndheve at prosessforutsetningen er oppfylt. Et eksempel på en spesiell absolutt prosessforutsetning for anke over kjennelse eller beslutning er kravet til rettslig ankeinteresse. For relative prosessforutsetninger er det annerledes. Retten behøver ikke å håndheve disse med mindre de påberopes av en part.⁹⁵ Dette kan for eksempel være saksøktens krav om sikkerhetsstillelse ovenfor utenlandske saksøkere etter tvisteloven § 20-11.⁹⁶

⁹² Skoghøy (2017) side 228–230.

⁹³ Jf. Skoghøy (2017) side 228.

⁹⁴ Jf. Skoghøy (2017) side 228.

⁹⁵ Skoghøy (2017) side 244–245.

⁹⁶ Jf. Skoghøy (2017) side 246.

De absolutte prosessforutsetningene må som hovedregel foreligge til en hver tid i saken, også ved anke over kjennelse eller beslutning. Disse prosessforutsetningene er rettslig interesse; partsevne; prosessdyktighet; domstolens saklige, stedlige og funksjonelle kompetanse; rettskraft; litispendens; fremmøte til rettsmøter og dessuten at det ikke foreligger en avtale om voldgiftsløsning ved tvist mellom partene.⁹⁷

Kravet til rettslig ankeinteresse er altså en absolutt og spesiell prosessforutsetning. Vilkåret vurderes noe annerledes i ankesaker, fordi spørsmålet om det foreligger rettslig interesse allerede ble vurdert da søksmålet ble anlagt for domstolene. Denne prosessforutsetningen behandles mer inngående nedenfor. Ved anke gjelder også ulike spesielle prosessforutsetninger, slik som krav til utforming og innhold av ankeerklæring, ankefrister, samt foreliggende og vedvarende ankerett. Jeg kommer tilbake til disse nedenfor.

Retten har for øvrig en generell veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5. Denne omfatter også prosessforutsetningene. Det ville være uheldig og lite tjenlig, både for partene, domstolene og samfunnet for øvrig dersom formelle feil som enkelt kan avhjelpes skulle føre til avvisning eller heving. For å hindre at slike situasjoner oppstår, er retten pålagt en veiledningsplikt slik at partene om nødvendig kan orienteres om feil og virkningene av dem. Videre vil parten kunne rette visse feil ved en prosesshandling etter tvisteloven § 16-5, for eksempel dersom ankeerklæringen er mangelfull. Veiledningsplikten og adgangen til å rette prosessuelle feil er et utslag av proporsjonalitetsprinsippet. Sterke kostnads- og effektivitetshensyn taler for at partene skal ha muligheten til å avhjelpe feil, med nødvendig veiledning fra retten.

3.6.3 Rettslig ankeinteresse

Det kreves «rettslig interesse» for å anke over kjennelser og beslutninger. Som vi skal se, reguleres kravet til rettslig ankeinteresse av tvisteloven § 29-8. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for anke til Høyesterett, jf. § 30-3.

Begrepet «rettslig interesse» ble ikke videreført i tvisteloven, men er et godt etablert begrep i sivilprosessen.⁹⁸ Enkelte omtaler interessekravet § 29-8 som «rettslig ankeinteresse» eller «ankeinteresse».⁹⁹ Dette skyldes nok at det alminnelige utgangspunktet for kravet til rettslig

⁹⁷ Skoghøy (2017) side 230.

⁹⁸ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 363.

⁹⁹ Aasbrenn, *lovkommentar til tvisteloven § 29-8*, note 2 (sist lest 1. mai 2022) og Hov (2019) side 459 og 487.

interesse i tvisteloven § 1-3, etter sin ordlyd gjelder hva «[d]et kan reises sak for domstolene om» og for «[d]en som reiser saken», jf. henholdsvis første og annet ledd.

Det virker uklart om det rettslige utgangspunktet for kravet til rettslig interesse ved anke skal tas i tvistelovens § 1-3 eller § 29-8. Ordlyden i §§ 1-3 og 29-8 respektivt taler for at utgangspunktet må tas i § 29-8. Paragraf 1-3 gjelder etter bestemmelsens ordlyd ved anleggelse av søksmål. Når det i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) på side 474 fremgår at § 29-8 innebærer en presisering av kravet til rettslig interesse, taler dette for at kravet til rettslig interesse ved anke følger av tvisteloven § 29-8, ikke § 1-3.

Høyesteretts praksis taler også for at det rettslige utgangspunktet bør tas i § 29-8. Høyesterett benytter seg av § 29-8 når ankeutvalget i HR-2021-1801-U finner det klart at den ankende part ikke har rettslig interesse i å få anken prøvd. Avgjørelsen bygger på tidligere rettspraksis, se HR-2017-180-U og Rt-2015-573 U. I denne forbindelse virker det merkelig at lagmannsretten under punkt 2 i rettens vurdering i LH-2020-44737 hevder at tvisteloven § 1-3 er en «naturlig forankring» for at det ikke er adgang til å anke over rettens begrunnelse i premissene når det ikke samtidig ankes over resultatet, jf. kravet til rettslig ankeinteresse.

Kravet til rettslig interesse i sin alminnelige forstand er imidlertid vanskelig å utlede direkte fra ordlyden i § 29-8. Dette er naturlig all den tid kravet til rettslig interesse allerede har vært vurdert og funnet oppfylt for partene og kravet som er fremmet for domstolene i første omgang. Likevel kan man se antydninger av interessekravet tilpasset til ankesituasjonen i bestemmelsen.

Vurderingen av om det foreligger ankeinteresse må bero på de samme momenter som for det alminnelige utgangspunktet for rettslig interesse i § 1-3, på bakgrunn av departementet sin presisering av § 29-8.¹⁰⁰ Det rettslige utgangspunktet må imidlertid tas i § 29-8.¹⁰¹ Høyesterett synes også å forutsette at vurderingen av om det foreligger rettslig ankeinteresse bygger kriteriene som § 1-3 oppstiller.¹⁰²

Tvisteloven § 1-3 oppstiller to kumulative vilkår for at rettslig interesse foreligger. Det må være tale om et «rettskrav», og et «reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte»,

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 474.

¹⁰¹ Se for eksempel HR-2021-1801-U avsnitt 2.

¹⁰² Se HR-2009-472 U avsnitt 2.

jf. henholdsvis første og annet ledd. Om det er tale om et rettskrav vil sjelden by på utfordringer i ankesaker.¹⁰³ Det reelle behovet «beror på en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det», jf. § 1-3 annet ledd. Denne vurderingen kan skape vanskeligheter i forbindelse med anker over kjennelser og beslutninger.

Den som er berørt kan «anke rettslige avgjørelser for å oppnå endring i sin favør», jf. § 28-9 første ledd. Fra denne formuleringen kan det utledes et krav om et «reelt behov», tilsvarende kravet i § 1-3 annet ledd.¹⁰⁴ Dette fordi formuleringen må leses som at dersom man ikke forsøker å oppnå en endring til sin fordel, vil en heller ikke ha et reelt behov for overprøving. Det ville legge beslag på offentlige ressurser og falle på sin egen urimelighet dersom den begunstige part kunne anke avgjørelsen for å oppnå et resultat til fordel for motparten.

Kravets såkalte «aktualitet» er av sentral betydning for vurderingen av om det foreligger et reelt behov for overprøving. Aktualitetskravet i ankesaker består av ulike elementer, herunder reservasjonen i tvisteloven § 29-2 annet ledd som jeg kommer tilbake til under punkt 3.7. Tvistelovens § 29-8 innebærer en presisering også i relasjon til aktualitetskravet, og det er særlig her det oppstår vanskelige spørsmål ved anke over kjennelser og beslutninger.

Rt-1998-1062 K er illustrerende. Kjæremålsutvalget avviste en anke over dom, jf. tvistemålsloven § 373. Hovedanken i saken var fremmet på grunnlag av at parten mente at lagmannsrettens domspremisser var preget av feil og misforståelser, hvilket angivelig kunne føre til en uriktig tolkning av domsslutningen.

For kjæremålsutvalget la parten imidlertid ned likelydende påstand som for lagmannsretten. Kjæremålsutvalget uttalte på side 1063 at «Påstanden gir dermed ikke uttrykk for en endring i forhold til domsresultatet, noe som er påkrevd når det ankes over innholdet (...). Det er ikke adgang til å anke for å få en avgjørelse stadfestet med en annen begrunnelse». Anken var begrenset til å gjelde innholdet i avgjørelsen, og omfattet ikke saksbehandlingsspørsmål. I et slikt tilfelle synes ikke anken å ha et siktemål om å «oppnå endring i [partens] favør», slik det nå er lovfestet i § 29-8 første ledd. Dette gjelder også ved anke over kjennelser og beslutninger.

¹⁰³ Anker er angrep på rettslige avgjørelser som er bestemmende for rettigheter og plikter, og som reguleres av rettsregler – nettopp ankereglene. Følgelig er det tale om rettskrav.

¹⁰⁴ Vilkåret om «reelt behov» i § 1-3 annet ledd omtales ofte som kravet til søksmålssituasjonen. Se for eksempel Skoghøy (2017) side 424 flg.

Da det er slutningen som gir grunnlag for fullbyrdelse av en rettsavgjørelse, vil en ikke ha rettslig interesse i å få overprøvd eller endret premissene i en avgjørelse. Dette innebærer at kravet som påstanden skal gi uttrykk for, mangler aktualitet når en ved anke ikke krever et annet resultat jf. tvisteloven § 29-8, jf. § 1-3 annet ledd

Andre momenter er også relevant i aktualitetsvurderingen. Et eksempel kan være at en part ønsker å føre et vitne i hovedforhandlingen. Motparten motsetter seg dette. Spørsmålet avgjøres av retten ved kjennelse som fastslår at vitnet ikke kan føres. Den ankende part ønsker derfor å anke, men vitnet dør før ankeerklæringen kommer frem til retten. Vitnet kan derfor ikke forklare seg, hvilket medfører at ankens aktualitet er bortfalt. Tidspunktet for bortfallet av ankeinteressen er da bestemmende for om anken skal avvises eller heves, og kan medføre bortfall av rettskraftsvirkning av en underliggende dom.¹⁰⁵ Også her ser vi at en slutningen i en kjennelse eller beslutning kan være avgjørende for ankeinteressens aktualitet. Dette fordi det er slutningen som er bindende mellom partene, og slutningen som er grunnlag for fullbyrdelse. Dersom avgjørelsen ikke kan fullbyrdes, kan den heller ikke ankes.

Et annet eksempel kan være at rettsforholdet mellom partene endrer seg, slik som i HR-2019-615-U. Saken gjaldt tvangsfravikelse av andel i borettslag. Den ankende part hadde solgt andelen før hun påanket tingrettens dom. Borettslaget bestred at A hadde rettslig interesse. Lagmannsretten fremmet saken ved kjennelse. Borettslaget påanket denne kjennelsen, og Høyesterett la til grunn at den rettslige ankeinteressen var bortfalt slik at saken skulle ha vært avvist, se avsnitt 13 og 19.

Det er på denne måten at kravet til reelt behov for anke kan legge begrensinger på adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Uten et reelt behov, kan ikke en kjennelse eller beslutning i utgangspunktet ikke påankes.

Selv om aktualiteten av en ankeinteresse faller bort, kan det likevel tenkes noen unntak hvor overprøving likevel kan skje. I rettspraksis har det vært lagt til grunn at et sterkt behov for prinsipiell avklaring eller annet særlig behov for overprøving kan tilsi at en anke bør behandles på tross av manglende aktualitet.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Se Rt-2013-211 U avsnitt 25-32 og HR-2019-615-U avsnitt 18-21. Se nærmere i Backer (2020) side 495–497.

¹⁰⁶ Se for eksempel Rt-2006-460 A og Rt-1990-874 A (Fusa).

Hvorvidt dette gjelder for rettslig ankeinteresse for kjennelser og beslutninger etter § 29-8 isolert, synes ikke å ha blitt satt på spissen i Høyesteretts praksis. Slik jeg ser det, taler de beste grunner for at unntaket gjelder også her. Dette fordi en klar prejudikatsinteresse også kan oppstå for spørsmål som avgjøres ved kjennelse eller beslutning. Vurderingen bør da stadig bero på om det foreligger tungtveiende grunner som begrunner et rimelig krav om realitetsbehandlingen av anken over den aktuelle kjennelse eller beslutning.¹⁰⁷ Terskelen må anses for å være høy for slike unntak.

Det avgjørende må være om den ankende part har et reelt og tilstrekkelig behov for overprøving. I sum beror det altså ankeinteressens aktualitet på behovet og mulighetene for endring av et rettsforhold mellom de rettssubjektene som berøres av avgjørelsen.

Det gjelder også et krav om tilknytning i ankesaker, tilsvarende § 1-3 annet ledd.

Tilknytningskravet i ankesaker er positivt regulert i § 29-8. Det heter at i første ledd at «[p]artene i søksmålet» som utgangspunkt kan anke rettsavgjørelser i forbindelse med saken. Et eksempel kan være at en part har to verserende søksmål mot to ulike parter. Selv om de respektive motpartene kan ha reelle interesser i et visst utfall av en kjennelse eller beslutning i den andre saken, vil de som utgangspunkt kun ha ankerett i saken de selv er part i. Dette skiller ankeinteressen fra alminnelige interesser og ønsker.

Dette utgangspunktet ble presisert av Høyesterett i HR-2014-527 U. Ankeutvalget uttalte i avsnitt 18, som for så vidt også følger av ordlyden, at «[e]tter tvisteloven § 29-8 første ledd (...) jf. § 30-3, er det som hovedregel bare partene i et søksmål som kan anke». Ankeutvalget viser i denne utstrekning til at dem som «ikke har vært parter i saken, kan ikke anke» ettersom den aktuelle rettsavgjørelsen ikke er «bindende for andre enn de som var parter». Her trekker altså Høyesterett linjene for hvem som kan anke en rettslig avgjørelse etter reglene om den materielle rettskrafts subjektive grenser.¹⁰⁸

Fra hovedregelen gjelder det noen unntak for tredjepersoner etter § 29-8 første ledd annet punktum og annet ledd. For det første følger det av første ledd annet punktum at «den som vil bli berørt av endringen» skal gjøres til motpart ved avgjørelsen av spørsmålet eller om anken i det hele tatt skal behandles, eventuelt om den skal avvises eller heves. Ved anke over

¹⁰⁷ Sml. vurderingsmomentene i Rt-2006-460 A, avsnitt 33-35.

¹⁰⁸ Se Skoghøy (2017) side 1111 flg. om den materielle rettskrafts subjektive grenser.

kjennelser og beslutninger blir den som blir berørt av ankeerklæringens pretenderte endring gjort til motpart. Dette gjelder uavhengig av om vedkommende er part i hovedsaken. For eksempel kan dette være en partshjelper. Dersom en partshjelper fremmer en anke rettidig, må anken samtidig sees på som en begjæring om partshjelp dersom det ikke er erklært tidligere.

Tredjepersoner kan også få ankerett dersom avgjørelsen gjelder deres prosessuelle rettigheter eller plikter, jf. § 29-8 annet ledd første punktum. Tredjepersoner kan altså ha en selvstendig ankerett uavhengig av partenes vilje, men bare så langt avgjørelsen gjelder deres egne prosessuelle plikter eller rettigheter. Dersom avgjørelsen ankes av andre med ankerett, vil tredjepersonen selv gjøres til motpart i avgjørelsen av anken, jf. § 29-8 annet ledd annet punktum.

Eksempelvis kan det være tilfellet at en part har inngitt bevilbud i stevningen, jf. tvisteloven § 9-2 annet ledd bokstav e. Motparten mener at beviset ikke kan fremmes i saken på grunn av bevisforbud etter § 22-3. Som vist til tidligere skal tvist om bevis avgjøres ved kjennelse, jf. § 19-1 annet ledd bokstav d. Dersom retten finner at bevisforbudet ikke kommer til anvendelse, og avgjørelsen derav pålegger vitnet å forklare seg jf. § 21-5, er det klart at vitnet selv har en tilknytning til avgjørelsen som begrunner adgang til å anke beviskjennelsen.

Tilknytningskravet i regelen om rettslig ankeinteresse er altså snevrere enn det som følger av den alminnelige regelen i tvisteloven § 1-3. Enhver kan ha rettslig interesse i å fremme et søksmål, men ved anke er det kun dem som blir direkte berørt av avgjørelsen som kan anke den. Slik blir de ankeberettigede avgrenset fra andre som ikke har en slik nærhet og interesse i avgjørelsen at de bør tilskrives en rett til anke.

3.6.4 Ankefristen må være overholdt

Tidligere var fristen for anke over dom én måned, mens for anke over kjennelser og beslutninger var fristen som utgangspunkt på to uker. Ved en endring i tvistemålsloven ble fristene samordnet til å være på fire uker.¹⁰⁹ Endringen var et utslag av at usikkerhet rundt hvilket av de tidligere rettsmidlene «anke» og «kjæremål» som skulle benyttes, innebar en risiko for rettstap.¹¹⁰ Endringen ble videreført i tvisteloven.¹¹¹

¹⁰⁹ Se Lov av 28. april 2000 Nr. 34, endringer i tvistemålsloven §§ 360 og 398.

¹¹⁰ Jf. Innst. O. nr. 45 (1999–2000), punkt 3.2.

¹¹¹ Se NOU 2001: 32 side 771, jf. tvisteloven § 29-5.

Hovedregelen er at en ankeerklæring må fremsettes innen den alminnelige ankefristen på fire uker, jf. tvisteloven § 29-5 første ledd jf. § 30-3 første ledd. Fristen løper fra det tidspunktet «fristbestemmelsen eller retsavgjørelsen er lovlig forkynndt eller meddelt», jf. domstolloven § 147. Dommer, kjennelser og beslutninger som avslutter saken skal forkynnes, men for andre beslutninger er det tilstrekkelig med meddelelse, jf. tvisteloven § 19-5 første ledd.

Det gjelder flere unntak fra den alminnelige ankefristen. For det første kan unntak følge av lov, jf. § 29-5 første ledd. Videre fremgår det av bestemmelsens annet ledd at retten kan fastsette en ankefrist på én uke for avgjørelser om bevisprovokasjon, bevisfritak og -forbud, spørsmål om bevis, samt pålegg om avgivelse av forsikring og avgjørelser om hvorvidt det skal oppnevnes sakkyndig eller ikke. Anke kan dessuten kreves inngitt umiddelbart for avgjørelser etter § 29-5 annet ledd bokstav a og b som ikke kan fullbyrdes før de er rettskraftige, jf. bestemmelsens tredje ledd.

Poenget her er at kjennelser og beslutninger ikke kan ankes særskilt etter at ankefristen er gått ut. De må i tilfelle gjøres gjeldende som ankegrunn ved anke over dom, jf. §§ 29-2 og 29-3.

3.6.5 Ankeerklæringen

Ved anke kreves det at en «ankeerklæring» fremsettes for den instans som fattet den påankede avgjørelsen, jf. tvl. § 29-9 jf. § 30-3. Ankeerklæringen danner det primære grunnlaget for rettens vurdering av om anken skal fremmes, og hvilke krav som skal behandles dersom det gis samtykke til ankebehandling.

Regelen om ankeerklæring gjelder også ved anke over kjennelser og beslutninger, og er en spesiell og absolutt prosessforutsetning. En mangelfull ankeerklæring fører til avvisning etter § 16-5 fjerde rett dersom mangelen ikke kan avhjelpes ved retting, jf. § 16-5 første ledd.¹¹²

3.7 Når kan prosessuelle avgjørelser ankes særskilt?

Etter tvisteloven § 29-2 annet ledd kan saksbehandlingsavgjørelser ikke påankes særskilt etter at «saken er avgjort». Bestemmelsen gjelder tilsvarende for Høyesterett, jf. § 30-3.

Avgjørelser om saksbehandlingen treffes ved kjennelse eller beslutning, jf. § 19-1 annet og tredje ledd, og er gjenstand for anke jf. § 29-2 første ledd.

¹¹² Ankeerklæringen kan dessuten danne grunnlag for om instansen som avsa avgjørelsen vil omgjøre avgjørelsen, jf. § 19-10.

Paragraf 29-2 annet og tredje ledd begrenser adgangen til særskilt anke over saksbehandlingsavgjørelser tidsmessig. Ankeadgangen avskjæres «etter at saken er avgjort». Formuleringen tyder på at begrensningen inntreer når retten har fattet en realitetsavgjørelse. I saker som behandles skriftlig, slik som anker over kjennelser og beslutninger, inntreer begrensningen altså når det foreligger en avgjørelse som avgjør spørsmålet det tvistes over.

For saker som behandles muntlig inntreer begrensningen allerede når «rettsmøte for sluttbehandling innledes», jf. § 29-2 tredje ledd jf. annet ledd. Også anke over kjennelser og beslutninger kan behandles muntlig dersom hensynet til forsvarlig rettergang krever det, jf. tvisteloven § 29-15 annet ledd. Formuleringen «rettsmøte for sluttbehandling» tilsier at det ikke kreves at hoved- eller ankeforhandling er igangsatt. Det er tilstrekkelig at det er tale om et rettsmøte som skal danne grunnlag for avgjørelsen av det omtvistede spørsmålet, hvorpå det skal avsies en realitetsavgjørelse.

For avgjørelser som avslutter saken og avgjørelser som er rettet mot andre enn partene gjelder det unntak fra begrensningen i annet og tredje ledd, jf. § 29-2 fjerde ledd. For slike avgjørelser strekker ikke begrunnelsen for begrensningene til. Avgjørelser som avslutter saken kan ikke brukes som ankegrunn fordi disse er det «siste ordet» i behandlingen. Når det gjelder avgjørelser rettet mot tredjepersoner, kan ikke disse anke en dom i en sak de ikke er part i.¹¹³

Kjennelser og beslutninger som avslutter saken fordrer dessuten en særskilt overprøvingsadgang etter hensynet til reell domstolstilgang. Dette kommer av at dersom retten hadde adgang til å for eksempel avvise saker uten at avvisningsavgjørelsen kunne ankes, kunne domstolene i prinsippet avvise alle saker som kommer inn uten konsekvenser, og partene ville ikke hatt anledning til å få saken sin prøvd for domstolene. En slik praksis ville vært i strid med blant annet Grunnlovens §§ 88 og 95.

Når det gjelder avgjørelser om stansing eller utsettelse, kommer ikke begrensningene i § 29-2 annet og tredje ledd til anvendelse. Dette er avgjørelser om saksbehandlingen, men virkningen av dem fører jo til at saken ikke avgjøres – den blir stanset eller utsatt. Følgelig kan slike avgjørelser ankes jf. § 29-2 første ledd.¹¹⁴

¹¹³ Dette gjelder så langt vedkommende tredjeperson ikke kan utøve partsrettigheter som for eksempel en partshjelper. Jf. også kravet til rettslig ankeinteresse i § 29-8.

¹¹⁴ Jf. Skoghøy (2017) side 1242 og Aasbrenn, *lovkommentar til tvisteloven § 29-2*, note 5 (lest 26. april 2022).

Paragraf 29-2 synes å være begrunnet ut fra flere forhold. For det første er kravet til rettslig interesse av betydning.¹¹⁵ Når realiteten er avgjort, vil man ikke ha rettslig interesse i å anke saksbehandlingsavgjørelsen særskilt. Et reelt behov for overprøving vil være spesielt vanskelig å vise til. Dette fordi resultatet av en slik ankebehandling ikke vil virke inn på realitetsavgjørelsen.¹¹⁶ I et slikt tilfelle må prosessuelle avgjørelser eventuelt angripes ved å benytte dem som ankegrunn ved anke over dom jf. § 29-3 første ledd. Slik sett virker begrensingen i annet ledd i prinsippet overflødig, men den innebærer likevel en presisering.

Videre er hensynet til rask saksavvikling og proporsjonalitet viktig for begrunnelsen av regelen slik den er i tvisteloven.¹¹⁷ En adgang til særskilt anke over kjennelser og beslutninger om saksbehandlingen på et så sent tidspunkt som underveis i sluttbehandlingen, vil kunne medføre store og unødvendige forsinkelser i saksavviklingen.

Når saksbehandlingsavgjørelser etter tvisteloven uansett kan påberopes ved anke over dom, ville det gå for langt «å ha en generell adgang til å kreve selvstendig overprøving av saksbehandlingsavgjørelser når realitetskravet prøves i ankeinstansen».¹¹⁸ Tvistemålsutvalget legger i denne forbindelse til grunn at en part normalt vil være fullt ut hjulpet med overprøving av saksbehandlingsavgjørelser som ankegrunn, også uavhengig av om retten finner det nødvendig å ta stilling til saksbehandlingsspørsmålet.¹¹⁹ Dette fordi overprøvingen ikke må «gjøres mer omfattende eller komplisert enn nødvendig» av hensynet til proporsjonalitet.¹²⁰

Ettersom begrensningene i annet og tredje ledd til dels er begrunnet ut fra hensynet til proporsjonalitet, kan man merke seg et problem. Dette fordi lovens system legger opp til en dobbeltbehandling. Den samme avgjørelsen kan nemlig overprøves særskilt, og senere benyttes som ankegrunn. Da kan man stå ovenfor et tilfelle hvor en kjennelse eller beslutning nyter en mer inngående overprøving enn tilsiktet, ettersom anker over dom behandles mer møysommelig enn særskilte anker over kjennelser og beslutninger.¹²¹ Problematikken avhjelpest imidlertid av lagmannsrettens adgang til å nekte anker eller ankegrunner etter

¹¹⁵ Se Skoghøy (2017) side 1242, jf. for så vidt også NOU 2001: 32 B side 767–768.

¹¹⁶ Jf. Skoghøy (2017) side 1242.

¹¹⁷ Se NOU 2001: 32 B side 767–768.

¹¹⁸ Jf. NOU 2001: 32 B 768

¹¹⁹ Jf. NOU 2001: 32 B side 767.

¹²⁰ Jf. NOU 2001: 32 B side 768.

¹²¹ Sml. for eksempel tvisteloven § 29-15 og § 29-16.

§ 29-13 annet ledd. At en avgjørelse allerede er overprøvd, vil etter mitt skjønn være et tungtveiende argument for at anken nektes helt eller delvis med hjemmel i § 29-13 annet ledd.

4 Anke over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten

4.1 Innledning

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens kjennelser og beslutninger. Anke over tingrettens avgjørelse oversendes saken til lagmannsretten dersom tingretten ikke omgjør avgjørelsen etter § 19-10. Som nevnt gir tvisteloven en rett til å anke, men ikke noen ubetinget rett til ankebehandling.

Som fremholdt tidligere er adgangen til prøving av anke over kjennelser eller beslutninger begrenset. I det følgende skal de særlige begrensningene i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til lagmannsretten behandles.

4.2 I hvilken utstrekning kan kjennelser ankes til lagmannsretten?

Adgangen til å anke kjennelser varierer noe alt ettersom det er tale om en kjennelse for realitet, eller om kjennelsen kun avgjør et saksbehandlingsspørsmål. De aller fleste kjennelser avgjør saksbehandlingsspørsmål.¹²² Når en anke over slike avgjørelser gjelder resultatet, ankes det over realiteten av den saksstyrende kjennelsen. Gjelder anken saksbehandlingen, ankes det over saksbehandlingen som ligger til grunn for det prosessuelle spørsmålet som kjennelsen avgjør.¹²³

Etter tvisteloven § 29-3 første ledd kan kjennelser ankes på grunn av «feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen eller den saksbehandling som ligger til grunn for avgjørelsen». Det skilles ikke mellom ankeadgangen for kjennelser og dommer på dette punktet. Adgangen til å anke kjennelser er med andre ord vid, ettersom ankegrunnene er de samme som for dommer. I tillegg kan kjennelser både ankes særskilt, og brukes som ankegrunn ved anke over dom.

Paragraf 29-3 annet ledd gjør unntak fra utgangspunktet i første ledd ved anke over visse kjennelser. Dette følger av særlige begrensninger i ankeadgangen for kjennelser om

¹²² Hov (2019) fremholder på side 482-483 at «kjennelser og beslutninger så å si alltid gjelder saksbehandlingsspørsmål».

¹²³ Hov (2019) side 483.

saksbehandlingen som avgjør hva som vil være en «hensiktsmessig og forsvarlig behandling» av saken, når avgjørelsen etter loven skal treffes etter et slikt skjønn, jf. § 29-3 annet ledd.

Det heter videre i § 29-3 annet ledd andre delsetning at «for den skjønnsmessige avveiningen», kan avgjørelsen «bare angripes på det grunnlag at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig». For deler av enkelte saksbehandlingskjennelser, begrenses med andre ord ankeadgangen til at overprøving bare kan skje på grunnlag av at den aktuelle avgjørelsen er «uforsvarlig eller klart urimelig».

For det første bør det presiseres at bestemmelsen kun begrenser anke over skjønnsutøvelsen, jf. formuleringen «for den skjønnsmessige avveiningen». Det er ved angrep på denne konkrete delen av avgjørelsen at begrensningen inntre. Dette innebærer at ankeadgangen for kjennelsen for øvrig er som etter § 29-3 første ledd.

Begrensningen forutsetter også at retten har gjort en skjønnsutøvelse «etter loven». Dersom retten for eksempel har utøvd et skjønn etter en bestemmelse som ikke foreskriver skjønnsutøvelse, for eksempel ved spørsmål om dommerhabilitet jf. § 108, vil ikke begrensningen inntre. Dette gjelder selv om skjønnsutøvelsen kan være å anse urimelig eller uforsvarlig. Men i et slikt tilfelle kan det ankes over rettsanvendelsen, jf. § 29-3 første ledd. Departementet viste til at det er en forutsetning for at begrensningen inntre at «det er utøvd et skjønn som er bygd på en riktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser som kan treffes».¹²⁴

For det andre benyttes uttrykket «angripes» i forbindelse med begrensningen i § 29-3 annet ledd. Dette begrepet favner videre enn bare særskilt anke over den aktuelle avgjørelsen. En naturlig forståelse av begrepet i denne konteksten, må kunne sies å omfatte forskjellige begjæringer om overprøving. Her forutsetter tvisteloven at begrensningen inntre ved alle former for angrep på avgjørelsen, herunder ved særskilt anke og ved avgjørelsen som ankegrunn ved anke over dom.¹²⁵ Dette er også forutsatt i forarbeidene.¹²⁶

Det er som nevnt kun dersom angrepet på avgjørelsen gjelder den skjønnsmessige avveiningen at begrensningen inntre. Slike skjønnsmessige saksbehandlingsavgjørelser kan

¹²⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472.

¹²⁵ Begrensningen vil også se seg gjeldende ved angrep i form av begjæring om gjenåpning.

¹²⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472

bare ankes med den anførsel at avgjørelsen er «uforsvarlig eller klart urimelig», uavhengig av om bevisbedømmelse, rettsanvendelse eller saksbehandling gjøres gjeldende som ankegrunn.

Etter dette virker det likevel noe ubestemt når begrensningen inntreffer, og utstrekningen av den virker ikke fullstendig klarlagt. Backer peker på denne problematikken.¹²⁷ Det er klart at begrensningen inntreffer for de tilfeller hvor loven eksplisitt angir skjønnsstemaet «hensiktsmessig og forsvarlig behandling» og avgjørelsen skal treffes ved kjennelse. I tvisteloven er dette skjønnsstemaet angitt kun ett sted, i § 10-1 annet ledd bokstav c. Bestemmelsen gjelder spørsmålet om hvorvidt småkravprosess vil være en «hensiktsmessig og forsvarlig behandling» av en sak som ikke gjelder formuesverdier.

Spørsmålet er så når begrensningen inntreffer, utover i tvisteloven § 10-1 annet ledd bokstav c. Ordlyden i § 29-3 annet ledd taler for at det kun er der hvor det lovforankrede skjønnsstemaet er spesifikt angitt som «hensiktsmessig og forsvarlig behandling». Dette kommer av at begrensningen gjelder når det «*etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling*» (mine kursiveringer).

Forarbeidene forutsetter imidlertid på at begrensningen gjelder flere tilfeller. I proposisjonen er det listet opp flere avgjørelser etter tvisteloven hvor begrensningen etter i § 29-3 annet ledd kan komme til anvendelse.¹²⁸

Opplistingen i proposisjonen kan neppe anses som uttømmende. Hvorvidt begrensningen inntreffer må bero på en tolkning i det konkrete tilfelle. Det ville være å gå for langt i denne avhandlingen å tolke hver av disse bestemmelsene i departementets eksempler hver for seg. Men det kan likevel pekes på noen fellestrekk om angivelsen av skjønnsstemaet. De fleste av bestemmelsene som listes opp har en markør i form av at retten «kan» eller «bør» treffe en saksstyrende avgjørelse. Formuleringene gir anvisning på et mer eller mindre «fritt dommerskjønn».¹²⁹ I dette ligger at retten tillegges kompetanse til å ta en avgjørelse om saksbehandlingsspørsmål som oppstår, uten at nærmere vurderingskriterier klarlegges av de aktuelle bestemmelsene.

¹²⁷ Backer (2020) side 463-464.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472.

¹²⁹ Backer (2020) side 463.

Et annet fellestrekk er at avgjørelser etter bestemmelsene som listes opp i proposisjonen, kan sies å være tett forbundet med rettens plikt til aktiv saksstyring etter tvisteloven § 11-6. Dette har sammenheng med at begrunnelsen for bestemmelsen er utelukkende at førsteinstansen gjennom den «aktive saksforberedelsen» får en «nærhet og innsikt» som gjør den bedre rustet til å avgjøre saksbehandlingsspørsmål enn ankeinstansen.¹³⁰

Bestemmelsen bør dessuten tolkes i lys av kravene om forsvarlig, rask og effektiv behandling, jf. § 1-1 For at retten skal kunne behandle saken på en rask og effektiv måte må den gis et visst rom til å avgjøre saksbehandlingsspørsmål skjønnsmessig. Dersom adgangen til å begjære overprøving av et slikt skjønn er for stor, vil det kunne redusere muligheten for en effektiv saksavvikling. Slik vil en for vid overprøvingsadgang kunne bidra til økt saksbehandlingstid og totale kostnader.

Rettspraksis taler også for at begrensningen i § 29-3 annet ledd gjelder i større utstrekning enn det ordlyden skulle tilsi. I HR-2021-1461-U avsnitt 2 viste Høyesterett til at avgjørelser etter tvl. § 21-7 som utgangspunkt kan prøves fullt ut. Men likevel at begrensningen i § 29-3 annet ledd gjelder den skjønnsmessige avveiningen retten må foreta etter § 21-7 annet ledd. I § 21-7, som gjelder bevisavskjæring, ser vi at skjønnsstemaet er om beviset «ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig» eller at «retten finner det nødvendig å føre det på annen måte», jf. henholdsvis annet ledd bokstav b og c. Dette eksempelet viser at begrensningen i § 29-3 annet ledd kan komme til anvendelse på andre skjønnsmessige vurderinger enn de som er markert av «kan» eller «bør»-formuleringer eller formulert tilsvarende som § 29-3 annet ledd og § 10-1 annet ledd bokstav c.

Det er grunn til å presisere vurderingstemaet for selve behandlingen av en anke etter tvisteloven § 29-3 annet ledd, ettersom dette har skapt forvirring i rettspraksis. I Rt-2011-29 opphevet Høyesteretts ankeutvalg lagmannsrettens kjennelse. Bakgrunnen var at tingretten hadde avsagt kjennelse for at en tvist skulle behandles etter reglene for småkravprosess, jf. tvisteloven § 10-1 annet ledd bokstav c. Kjennelsen ble anket til lagmannsretten, som fastslo ved kjennelse at en «tilfredsstillende og forsvarlig behandling av saken tilsier at tvisten

¹³⁰ Jf. NOU 2001: 32 B side 769. Jf. også NOU 2001: 32 A side 354.

behandles etter reglene for allmennprosess, jf tvisteloven § 10-1 annet ledd bokstav c, jf § 10-1 tredje ledd bokstav d».¹³¹

I dette tilfellet har lagmannsretten opptrådt feil som overprøvingsinstans, idet den har forholdt seg til uriktig vurderingstema. Tvisteloven § 10-1 annet ledd bokstav c gir som vist ovenfor en slik skjønnsmessig saksbehandlingsavgjørelse, hvor overprøvingsadgangen er begrenset til om den skjønnsmessige avveiningen er «uforsvarlig eller klart urimelig» etter føresegnene i § 29-3 annet ledd, jf. Rt-2011-29 U avsnitt 14. Det tilligger ikke lagmannsretten i behandlingen av anken over kjennelsen å vurdere hvilken prosessform som vil være forsvarlig og mest hensiktsmessig.

Etter dette kan vi se at ankeadgangen for kjennelser om saksbehandlingen er nokså vid. Begrensingen i ankeadgangen for kjennelser er tilsynelatende snever etter gjeldende rett, særlig ettersom utstrekningen av begrensningens anvendelsesområde ikke virker helt avklart. Når det er sagt, er utstrekningen likevel noe lenger enn det ordlyden i bestemmelsen tyder på.

4.3 I hvilken utstrekning kan beslutninger ankes til lagmannsretten?

Adgangen til å særskilt anke beslutninger er underlagt omfattende begrensinger etter gjeldende rett. Begrensingene fremkommer av tvisteloven § 29-3 tredje ledd, hvor det foreskrives tre alternative ankegrunner ved særskilt anke over beslutninger.¹³²

Overprøvingsadgangen for beslutninger «er – og skal være – meget snever».¹³³ Dette markeres tydelig i bestemmelsens ordlyd, hvor det fremgår at beslutninger som hovedregel «bare» kan ankes på de grunnlag som tredje ledd angir. Paragraf 29-3 tredje ledd gjelder tilsvarende for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-3 første ledd, jf. også § 30-5 om Høyesteretts nektelsesadgang.

Begrunnelsen for begrensningene er den samme som for begrensningene for anke over kjennelser.¹³⁴ At adgangen er enda mer begrenset for beslutninger, må antas å være en følge av et «mer til det mindre»-perspektiv da beslutninger anses som mindre viktige. En del av begrunnelsen for begrensningene er dessuten at dommeren i førsteinstans vil ha bedre

¹³¹ Se LB-2010-174742 under «Lagmannsretten bemerker».

¹³² Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472.

¹³³ NOU 2001: 32 B side 769.

¹³⁴ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472–473, jf. NOU 2001: 32 B side 769.

forutsetninger for å treffe skjønns- og vurderingspregede avgjørelser som treffes ved beslutning.¹³⁵

«Uriktig generell lovforståelse»

Den første alternative ankegrunnen fremkommer av tvisteloven § 29-3 tredje ledd, hvor det heter at en beslutning bare kan ankes basert på at «retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse». Ordlyden tilsier at det er rettens tolkning av rettsregler som kan gjøres gjeldende ved særskilt anke over en beslutning etter dette alternativet.

Forarbeidene angir også at første alternativ i § 29-3 tredje ledd, «uriktig generell lovforståelse», gjelder rettens tolkning av den aktuelle bestemmelsen. Departementet presiserte dette ved å påpeke at den konkrete rettsanvendelsen faller utenfor hva ankeinstansen kan prøve.¹³⁶ Videre ble det fremholdt at regelen i § 29-3 tredje ledd begrenser overprøvingsadgangen til en vilkårlighetskontroll, og sammenlignet dette med at annet ledd hjemler en noe mer utvidet rimelighetskontroll.¹³⁷

På bakgrunn av ordlyden og forarbeidene må § 29-3 tredje ledd forstås som at overprøvingsadgangen skal være strengt begrenset. Begrensningen er svært omfattende, men bør også ses i sammenheng med tvisteloven § 19-10.¹³⁸ Denne bestemmelsen gir retten hjemmel til å omgjøre saksstyrende avgjørelser, enten på begjæring eller av eget tiltak. Slik vil den strenge begrensningen i § 29-3 tredje ledd avhjelpe noe. Slik avgjørelse treffes som beslutning, jf. § 19-1 fjerde ledd annet punktum. Det kan også nevnes at en avgjørelse om å ikke omgjøre vil være gjenstand for anke, jf. § 29-3 tredje ledd.

Høyesteretts praksis i tolkningen av § 29-3 tredje ledd kan imidlertid forstås som noe avvikende fra ordlyden og tilhørende forarbeider. Høyesterett har i sin tolkning av § 29-3 tredje ledd konkretisert innholdet i den første alternative ankegrunnen.

I Rt-2009-312 U avsnitt 24–25 viste Høyesterett til at det er sikker rett at formuleringen «hvilke avgjørelser som kan treffes», ikke bare gjelder avgjørelsens art, men også innholdet i

¹³⁵ Jf. NOU 2001: 32 A side 354.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 473.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 473.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 293.

avgjørelsen. Dette premisset er fulgt opp i en rekke Høyesterettsavgjørelser.¹³⁹ I utstrekningen av dette er det lagt til grunn at Høyesterett kan prøve underinstansens generelle lovtolkning fullt ut.¹⁴⁰ I dette ligger at Høyesterett også kan prøve lovtolkningen opp mot Grunnloven og EMK, se HR-2016-322-U avsnitt 25–26. Dette er begrunnet ut fra at Høyesterett ikke kan ha snevrere kompetanse enn EMD dersom en klage skulle bli rettet dit.¹⁴¹

Rekkevidden av bestemmelsen følger nok her av at overprøvingsadgangen neppe ville vært effektiv om den utelukkende omfattet hva slags avgjørelse som kunne treffes. Dersom retten bygger på en uriktig forståelse av hva den kan avgjøre etter bestemmelsen, må også innholdet i avgjørelsen omfattes av overprøvingsadgangen. Høyesterett tolket bestemmelsen i lys av NOU 2001: 32 B side 769, hvor det fremgår at bestemmelsen er ment til å omfatte situasjoner «hvor retten måtte misopfatte det rettslige spillerom den aktuelle bestemmelse gir». Denne uttalelsen må forstås som om overprøvingsadgangen var tiltenkt å være noe videre enn kun «hvilke avgjørelser retten kan treffe» etter en bestemmelse, jf. § 29-3 tredje ledd.

Vi ser altså at en anke over beslutning etter første alternativ i § 29-3 tredje ledd, bare kan gjelde rettens tolkning av en rettsregel. Men, likevel slik at det kan ankes både over rettens forståelse av hvilken type avgjørelse den kan treffe etter en bestemmelse og innholdet av avgjørelsen sett opp mot den aktuelle bestemmelsen. Bevisbedømmelsen og den konkrete rettsanvendelsen for øvrig kan ikke overprøves.

Begrensningen i ankeadgangen er og skal være, svært snever.¹⁴² Tvistemålsutvalget omtalte regelen i § 29-3 tredje ledd som en sikkerhetsventil i NOU 2001: 32 B side 769. Videre fremholdt utvalget at de færreste anker etter dette alternativet vil ha utsikter til å føre frem. Dette utsagnet må holdes opp mot at beslutninger etter utvalgets forslag som hovedregel ikke krever begrunnelse, se tvisteloven § 19-6.¹⁴³

¹³⁹ Se for eksempel Rt-2009-345 U avsnitt 23; Rt-2010-976 U avsnitt 14; Rt-2011-1469 U avsnitt 7; Rt-2012-1433 U avsnitt 7 og HR-2019-937-U avsnitt 8.

¹⁴⁰ Jf. eksempelvis Rt-2012-1433 U avsnitt 7 og HR-2016-322-U avsnitt 23

¹⁴¹ Schei m. fl., *lovkommentar til tvisteloven* § 29-3, note 4 avsnitt 7, (sist lest 26. april 2022).

¹⁴² Se NOU 2001: 32 side 769.

¹⁴³ Særlige regler for begrunnelse gjelder for visse avgjørelser, slik som nektelsesbeslutninger etter tvisteloven §29-13 annet ledd.

Enkelte hevder i litteraturen at overprøvingsadgangen er enda videre enn slik som beskrevet ovenfor.¹⁴⁴ Dette kan tenkes å være tilfelle, men slik jeg ser det, kan ikke et slikt standpunkt utledes fra § 29-3 tredje ledd.

Hov mener at det finnes et «generelt gjeldende ulovfestet prinsipp» i sivilprosessen som innebærer at det alltid vil være adgang til å anke avgjørelser med påstand om feil i saksbehandlingen og at en beslutning er lovstridig.¹⁴⁵ Standpunktet tar utgangspunkt i at beslutninger ikke kan ankes særskilt eller brukes som ankegrunn ved anke over dom utover unntaket i § 29-3, begrunnet ut fra regelen i tvistemålsloven § 355 og straffeprosessloven § 377. Etter mitt skjønn er ikke denne oppfatningen riktig.

Dette fordi forarbeidene til § 29-3 ikke nevner at rettsstilstanden fra tvistemålsloven blir videreført, og straffeprosessloven gjelder nettopp straffesaker. Ordlyden i § 29-3 og tvisteloven formål i § 1-1 bør være de avgjørende tolkningsfaktorene. Disse rettskildene tilsier at overprøvingsadgangen er begrenset som etter ordlyden, og kan vanskelig forstås som at beslutninger ikke kan brukes som ankegrunn. Departementet forutsetter dessuten i klartekst at begrensningen i § 29-3 tredje ledd bare gjelder ved særskilt overprøving, ikke ved anke over dom.¹⁴⁶ Rent metodisk er det derfor vanskelig å slutte seg til Hov sitt resonnement. Jeg nevner her at andre forfattere synes å akseptere tvistelovens løsning.¹⁴⁷

Min oppfatning er at Hov her har mistet syne av avveiningen mellom de ulike hensyn som ankereglene for beslutninger er et resultat av. Selv om hensynet til best mulig avgjørelsesgrunnlag kan tale for videre ankeadgang, må kostnads- og effektivitetshensyn veie tungt. Det må også tas i betraktning at en stadig har adgang til å begjære omgjøring etter § 19-10. Slik kan en part bestride avgjørelsen og ha adgang til å gjøre den gjeldende som ankegrunn ved anke over dom eller annen realitetsavgjørelse.

Dersom adgangen til å særskilt anke slike avgjørelser underveis i saken er for vid, kan det medføre betraktelige forsinkelser og merarbeid for domstolene i den enkelte sak. Dette kan i sin tur gå ut over domstolenes kapasitet og forøke saksbehandlingstiden på et overordnet plan.

¹⁴⁴ Se Hov (2019) side 486–487.

¹⁴⁵ Hov (2019) side 486–487.

¹⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 473.

¹⁴⁷ Robberstad (2021) side 373 og Backer (2020) side 464–465.

Når regelen om begrenset ankeadgang er godt fundert og det er tatt et bevisst valg om at den særskilte ankeadgangen skal være omtrent like snever som lovteksten gir uttrykk for, kan jeg ikke se at holdepunktene for en utvidet overprøvingsadgang er sterke nok til å fravike lovens ordlyd. Spesielt ikke når avgjørelsene stadig kan brukes som ankegrunn ved anke over dom.

Jeg mener dette er et godt eksempel på hvordan tidligere oppfatninger, med til dels sviktende eller fraværende rettskildemessig grunnlag, blir fremholdt også etter at tvisteloven trådte i kraft. Slike tilfeller kan antas å hemme effekten av tvisteloven og utviklingen av sivilprosessen.

«Åpenbart urimelig eller uforsvarlig»

Paragraf 29-3 tredje ledd angir ytterligere to alternativer til ankegrunn ved særskilt anke over beslutninger. Slik bestemmelsen lyder, kan det virke som om formuleringen «*eller* på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig» (min kursivering), antyder at «uforsvarlig» og «urimelig» representerer en samlet ankegrunn. Sagt med andre ord at § 29-3 tredje ledd kun hjemler to ankegrunner.

Ordlyden, med skillet markert av «*eller*» mellom forsvarlighets- og rimelighetsalternativene åpner imidlertid for at det fremgår tre ulike ankegrunner av § 29-3 tredje ledd. Det er videre forutsatt i forarbeidene at bestemmelsen i tredje ledd angir tre ankegrunner som kan påberopes selvstendig.¹⁴⁸

Begrepene «urimelig» og «uforsvarlig» innskrenker i seg selv ankeadgangen ved at det legges en høy terskel for overprøvingsadgang. Forutsetningen om at det videre skal være «åpenbart» at en avgjørelse er urimelig eller uforsvarlig innsnevrer ankeadgangen ytterligere. En alminnelig forståelse av ordlyden må tyde på at det kun er for visse klare tilfeller at en anke over beslutning kan føre frem etter disse alternativene. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at en part er uenig i avgjørelsen eller mener at den er urimelig eller uforsvarlig.¹⁴⁹

Begrepet «åpenbart» tyder på at det må foreligge et sterkere påviselig grunnlag for ankegrunnen for at anken skal kunne føre frem etter andre og tredje alternativ etter tvisteloven

¹⁴⁸ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472. Annerledes: NOU 2001: 32 B side 769. I Rt-2012-1166 U fant ikke ankeutvalget grunn til å angi om den påankede beslutningen ble subsumert under det ene eller andre alternativet, men opphevet lagmannsrettens beslutning på bakgrunn av at den var «åpenbart uforsvarlig eller urimelig», se avsnitt 12.

¹⁴⁹ Se Rt-2013-1104 U avsnitt 16.

§ 29-3 tredje ledd. Et typisk eksempel på avgjørelser som kan omfattes av overprøvingsadgangen er der hvor grunnleggende rettssikkerhetsgarantier ikke er overholdt, slik som hensynet til kontradiksjon.¹⁵⁰

Hva som ligger i kravet «åpenbart» er likevel ikke klart helt uten videre. Formuleringen må forstås som at det kreves et utvilsomt utslag av den påberopte ankegrunnen, være seg om det er urimelighet, forsvarlighet eller begge deler som gjøres gjeldende.

For øvrig kan en ut fra strukturen og sammenhengen i § 29-3 forstå «åpenbart» som en markør for en mer begrenset ankeadgang for beslutninger enn for kjennelser. Til sammenligning benyttes begrepet «klart» for å kvalifisere ankeadgangen for kjennelser etter § 29-3 annet ledd etter rimelighetsalternativet der. En vanlig språklig forståelse må tilsi at «åpenbart» innebærer at det kreves sterkere holdepunkter for at det er adgang til å anke enn det formuleringen «klart» gjør. I forarbeidene er det dessuten forutsatt at «åpenbart»-kriteriet skal gjelde for både forsvarlighets-alternativet og for rimelighets-alternativet.¹⁵¹

Spørsmålet blir deretter hva som gjør at en beslutning kvalifiserer til å være «uforsvarlig eller urimelig». Rt-2012-1166 U er illustrerende. I denne saken fikk ikke den ankende part anledning til å uttale seg før lagmannsretten traff beslutning om utsettelse. Ankeutvalget opphevet lagmannsrettens beslutning da det fant at den var «åpenbart uforsvarlig eller urimelig», se kjennelsens avsnitt 12. I vurderingen ble det lagt vekt på at hensynet til kontradiksjon var tilsidesatt, at beslutningen om utsettelse virket negativt inn på den ene ankende parts personlige forhold, samt ankemotpartens handlingsalternativer. Dette har videreutviklet seg noe i rettspraksis. I HR-2021-86-U fremholdes det i avsnitt 15 at forsvarlighets- og rimelighetsalternativene vil omfatte «grove saksbehandlingsfeil».

Etter dette vil for eksempel en beslutning som preges av manglende kontradiksjon som regel være «åpenbart uforsvarlig» eller «åpenbart (...) urimelig». Da kan beslutningen ankes. Hvorvidt en beslutning er uforsvarlig eller urimelig må likevel bero på en konkret og noe skjønnsmessig vurdering. Dette fordi det ved påstand om saksbehandlingsfeil bare er de feil som det er nærliggende at kan ha hatt betydning for resultatet som skal tillegges virkning, jf. § 29-21. Det vil si, at ikke alle påstander om saksbehandlingsfeil fører til ankeadgang etter

¹⁵⁰ Se NOU 2001: 32 B side 769 i denne retning.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472–473.

§ 29-3 tredje ledd. Men det er klart at grove og betydningsfulle feil ved beslutningen er tungtveiende momenter, og vil som regel føre til ankeadgang etter dette alternativet.

I rettspraksis ble alternativene «åpenbart uforsvarlig eller urimelig» i tvisteloven § 29-3 tredje ledd i lang tid tolket som at den kun gav hjemmel for en «vilkårlighetskontroll», jf.

Rt-2013-1104 avsnitt 16. Forståelsen som ble lagt til grunn i Rt-2013-1104 ble fulgt opp i rettspraksis til og med avgjørelsen i HR-2016-111-U, se avsnitt 9.¹⁵² I ettertid, ved HR-2020-1043-U, ser det imidlertid ut til at det har skjedd en endring i oppfatningen av hva slags overprøvningsadgang bestemmelsen hjemler – eller i alle fall hvordan denne skal benevnes. I sistnevnte avgjørelse tolkes bestemmelsen slik at den begrenser ankeinstansens kompetanse til «å foreta en ren forsvarlighetskontroll», se avsnitt 13.

Det virker uvisst om disse tilsynelatende avvikende tolkningene av § 29-3 tredje ledd skyldes en tilsiktet praksisendring, eller om årsaken er å finne i en uenighet eller inkonsekvent praksis om hvorvidt § 29-3 tredje ledd stadfester to eller tre alternative ankegrunner for anke over beslutninger. Tolkningen av bestemmelsen i praksis kan også forstås slik at benevningene «vilkårlighetskontroll» og «forsvarlighetskontroll» knytter seg til henholdsvis rimelighetsalternativet og til forsvarlighetsalternativet.

Slik jeg ser det er bestemmelsens tredje ledd ment til å gi tre alternative ankegrunner.¹⁵³ Med dette som forutsetning synes det etter Høyesteretts tolkning av bestemmelsen at den hjemler både en «ren forsvarlighetskontroll» og en «vilkårlighetskontroll», og at disse kontrollene tilligger de respektive ankegrunnene etter formuleringen «åpenbart uforsvarlig eller urimelig» i tvisteloven § 29-3 tredje ledd. Samtidig kan det bemerkes at formuleringen «forsvarlighetskontroll» kan tenkes å kunne omfatte begge alternativene.

Det later ikke til at det er noen konsekvent praksis på hvorvidt «forsvarlighetskontroll» eller «vilkårlighetskontroll» er vurderingstemaet ved anke over beslutning etter dette alternativet. Formuleringen i «ren forsvarlighetskontroll» som ble lagt til grunn i HR-2020-1043-U ble fulgt opp i HR-2021-159-U. Likevel var det «vilkårlighetskontroll» som ble lagt til grunn i en fersk avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett.¹⁵⁴ Slik jeg ser det, innebærer ikke dette noen

¹⁵² Se for øvrig NOU 2001: 32 B side 769 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 473.

¹⁵³ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472.

¹⁵⁴ Se LE-2021-154745.

realitetsendring. Terskelen er stadig høy, og begrensningene gjør overprøvingsadgangen for beslutninger svært snever.

4.4 Særlig om saksbehandlingsavgjørelser som ankegrunn ved anke over dom

Som nevnt ovenfor er det, i tillegg til særskilt anke, adgang til å overprøve en saksbehandlingsavgjørelse ved å benytte den som ankegrunn ved anke over dom. Adgangen til slik anke fremgår av tvisteloven § 29-3 første ledd, hvor det heter at en dom kan ankes på grunn av «feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen eller den saksbehandling som ligger til grunn for avgjørelsen». Dersom en saksstyrende avgjørelse er beheftet med feil, kan feilen i sin tur utgjøre en ankegrunn ved anke over dom eller annen realitetsavgjørelse som den saksstyrende avgjørelsen er forbundet med. Bestemmelsen gjelder tilsvarende ved anke til Høyesterett, jf. § 30-3.

Adgangen til å overprøve slike saksbehandlingsavgjørelser gjelder imidlertid ikke uten begrensninger. Denne formen for overprøvingsadgang må i utgangspunktet sees i sammenheng med de begrensningene som gjelder ved særskilt anke. Slik overprøvingsadgangen her er regulert i tvisteloven, må det imidlertid skilles mellom henholdsvis kjennelser og beslutninger som ankegrunn ved anke over dom.

I forarbeidene til tvisteloven heter det at § 29-3 annet ledd «begrenser adgangen til å angripe visse typer av kjennelser».¹⁵⁵ I den påfølgende setningen presiserer departementet at begrepet «angripes» i ordlyden i § 29-3 annet ledd, er ment til å omfatte både særskilt anke og de tilfeller hvor kjennelser benyttes som ankegrunn ved anke over dom eller annen kjennelse. Dette innebærer at dersom en part ønsker å benytte en kjennelse som ankegrunn ved anke over dom, må hun forholde seg til de samme begrensninger som gjelder ved særskilt anke over samme avgjørelse.

Er det for eksempel tale om en kjennelse om å benytte småkravprosess etter tvisteloven § 10-1 annet ledd bokstav c, kan det for den skjønnsmessige avveiningen bare gjøres gjeldende at kjennelsen er uforsvarlig eller klart urimelig, jf. § 29-3 annet ledd. Begrensningen gjelder også når kjennelsen angripes ved anke over dom. For øvrig er

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 472.

adgangen til å anke slike og andre kjennelser ved anke over dom, like vid som ved særskilt anke, selv om begrensningene kommer til anvendelse også ved anke over dom.

Regelen er tuftet på de samme hensyn som gjelder for begrensningene i adgangen til å særskilt anke over slike kjennelser, men den legger også opp til en mulighet for dobbeltbehandling og lite hensiktsmessig ressursbruk. Ikke bare kan avgjørelsen ankes særskilt når den blir fattet, men det kan også ankes over dommen under henvisning til at det for eksempel er gjort en feil i saksbehandlingen ved en kjennelse om bevisprovokasjon, selv om kjennelsen har vært gjenstand for særskilt overprøving.

Dersom en beslutning anføres som ankegrunn ved anke over dom, er ankeadgangen annerledes. Av § 29-3 tredje ledd fremgår det at en beslutning bare kan «ankes» på visse grunnlag. Formuleringen «ankes» er en mer snever angivelse av rettsmidler hvor begrensningene kommer til anvendelse. Annet ledd bruker som nevnt «angripes», som omfatter både særskilt anke og anke over dom eller annen kjennelse, mens tredje ledd kun angir «ankes». I lys av forarbeidene må dette forstås som at begrensningene etter § 29-3 tredje ledd som ellers gjelder ved særskilt anke, ikke kommer til anvendelse dersom en beslutning angripes som ankegrunn ved anke over dom.¹⁵⁶

Departementet viste for det første til at beslutninger sjelden vil være så viktige avgjørelser at de vil ha virket inn på resultatet i den endelig avgjørelsen av saken.¹⁵⁷ Dette må sees i sammenheng med tvisteloven § 29-21. For det andre viste departementet til at lagmannsretten uansett kan sile bort en slik ankegrunn etter § 29-13 annet ledd.

Denne begrunnelsen klargjør imidlertid ikke hvorfor adgangen til å benytte beslutninger som ankegrunn er videre enn det som gjelder ved særskilt anke over dem. Kanskje er det tvert i mot behov for en snevrere overprøvingsadgang for beslutninger som ankegrunn etter de overnevnte holdepunktene som fremmes i proposisjonen til § 29-3 tredje ledd. På den annen side kan det tenkes at behovet for innskrenkning av ankeadgangen ikke er like fremtredende når dom eller realitetsavgjørelse allerede foreligger. Da vil ikke en anke over en saksstyrende avgjørelse kunne medføre forsinkelser for eksempelvis hovedforhandlingen.

¹⁵⁶ Se Ot.prp. nr. 51. (2004–2005) side 473

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 473.

Departementet går noe på veg med å neglisjere beslutningers betydning ved overprøving, men åpner likevel for at det skal være adgang til å benytte slike avgjørelser som ankegrunn ved anke over dom i større utstrekning sammenlignet med kjennelser. Denne regelen medfører at ankeinstansen må ta stilling til om den kan sile bort ankegrunnen, istedenfor at begrensningene i overprøvingsadgangen allerede kunne ha inntrådt slik som reglene gjelder for kjennelser. Dessuten krever nektelse etter § 29-13 annet ledd både enstemmighet og begrunnelse, jf. bestemmelsens femte ledd tredje punktum. Dette skaper merarbeid i lagmannsrettene. For Høyesterett kan ankeutvalget nekte en anke over kjennelse eller beslutning helt eller delvis, jf. § 30-5 jf. § 30-4 annet ledd. Slik nektelse krever enstemmighet, men ikke begrunnelse fra ankeutvalget, sml. § 19-6 fjerde ledd.

Hvorfor overprøvingsadgangen for slike avgjørelser skal være større på dette stadiet i saken, og hvorfor departementet finner at det er nødvendig at retten tar stilling til om de bør nekte en slik ankegrunn, er ikke kommentert i forarbeidene. Det ser ikke ut til at disse virkningene er overveid i lovforarbeidene i det hele tatt.

Problemstillingen ble tema i Høyesterett i Rt-2015-965 A, avsnitt 54 flg. hvor det blant annet oppstod tvist om oppdeling av forhandlingene. Etter Høyesteretts syn i denne saken er det «ikke forutsatt at man ved anke over dom skal få en utvidet adgang til å prøve hensiktsmessigheten av beslutningen om oppdeling» etter tvisteloven § 29-3 tredje ledd. I lys av lovens formål, avgrenser Høyesterett overprøvingsadgangen etter denne bestemmelsen til å gjelde prøving av om det «grunnleggende kravet til rettferdig og forsvarlig rettergang er oppfylt», og bare så langt det er «nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelsen som er anket», med henvisning til tvisteloven § 29-21 første ledd.¹⁵⁸ Høyesterett knyttet her en kommentar til at en løsning med utvidet overprøvingsadgang, slik som ordlyden i § 29-3 tredje ledd legger opp til, representerer en risiko for betraktelige økninger av de totale sakskostnader.

Men selv med Høyesteretts justering legger systemet opp til at en underveis i saken, for eksempel under saksforberedelsen, kan man anke over en saksstyrende avgjørelse og igjen benytte den samme saksstyrende avgjørelsen som ankegrunn når det foreligger en dom. Når det foreligger en dom som avgjør saken, kan det være lettere for retten å ta stilling til noen

¹⁵⁸ Se Rt-2015-965 avsnitt 57.

saksbehandlingsspørsmål som en anke aktualiserer, fordi man da har oversikt over helheten i saken.¹⁵⁹ Men, slik dobbeltbehandling fører nok til merarbeid i domstolene, og representerer ressurser som kunne blitt anvendt mer effektivt og konsentrert til viktigere spørsmål.¹⁶⁰

Dessuten kan de totale sakskostnadene øke betydelig. På den annen side kan det også være fordelaktig å avklare og rette opp feil på et tidlig tidspunkt.

Hvorvidt rettsregelen Høyesterett oppstilte i Rt-2015-965 A avsnitt 57 kan anvendes mer generelt eller kun for hensiktsmessigheten av beslutninger om oppdeling synes ikke å være avklart, men formodningen taler for dette.

4.5 Særlig om avgjørelser som er unntatt overprøvingsadgang

I tvisteloven og i særlovgivningens prosessregler finner vi eksempler på lovbestemmelser som etter sin ordlyd fjerner adgangen til særskilt anke over visse kjennelser og beslutninger.

Spørsmålet om adgangen til å særskilt anke over disse avgjørelsene er fullstendig avskåret, er imidlertid ikke like klart som ordlyden i de aktuelle bestemmelsene skulle tilsi. Hov fremholder for eksempel at visse avgjørelser må være gjenstand for særskilt anke, selv om ordlyden foreskriver at ankeadgangen er avskåret.¹⁶¹ Til dette hevder han at avgjørelsene kan ankes særskilt, og at både saksbehandling, rettsanvendelse og det at avgjørelsene er usaklige eller grovt urimelige, kan benyttes som ankegrunner.¹⁶² Spørsmålet er således om avgjørelser som i utgangspunktet er unntatt særskilt overprøvingsadgang likevel kan ankes, og i bekræftende tilfelle i hvor stor utstrekning slik ankeadgang gjelder.

Vi kan ta for oss tvisteloven § 15-7 om partshjelp som eksempel. I bestemmelsens annet ledd femte punktum heter det at «[e]n kjennelse som tillater partshjelp, kan ikke ankes».¹⁶³

Ordlyden er helt klar, og etterlater ikke rom for tolkning: Når retten har fattet en kjennelse som tillater partshjelp, kan ikke denne kjennelsen angripes ved særskilt anke. Konsekvensen av dette måtte være at dersom en skulle angripe avgjørelsen, kan dette først gjøres når det

¹⁵⁹ Backer (2020) side 461.

¹⁶⁰ Rett nok vil det for mange slike tilfeller være adgang til å avfeie en anførsel som viser til en kjennelse som ankegrunn når denne allerede er overprøvd tidligere, jf. § 29-13. Med en slik praksis vil overprøving begrenses til de tilfeller det er særlige grunner til det.

¹⁶¹ Hov (2019) side 483.

¹⁶² Hov (2019) side 483–484.

¹⁶³ Av bestemmelser med tilsvarende regler kan nevnes domstoloven § 120 annet og tredje ledd, tvangfullbyrdelsesloven § 6-5 første ledd tredje punktum, tvisteloven § 29-13 femte ledd fjerde punktum og tvisteloven § 9-8 første ledd tredje punktum.

foreligger dom i saken. Da vil en kunne benytte kjennelsen som tillater partshjelp som ankegrunn, jf. tvisteloven § 29-3 første ledd.

Ordlyden taler altså klart for at det faktisk ikke skal være adgang til å særskilt anke kjennelser som tillater partshjelp. Tilsvarende formulering fantes også i den tidligere tvistemålsloven.¹⁶⁴ Dette må antas å ha sammenheng med at en kjennelse som tillater partshjelp, kun har virkning for den instansen som skal behandle saken på det aktuelle tidspunktet, jf. § 15-7 annet ledd sjette punktum.

Departementet knyttet ikke noen merknader til ankeadgangen for kjennelser som tillater partshjelp i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), bortsett fra at det nevnes at det er «bare kjennelser som nekter partshjelp som kan ankes»¹⁶⁵. Det samme gjaldt for utredningen i NOU 2001: 32, utover at tvistemålsutvalget viste til at forslaget til lovens § 15-7 annet ledd, svarte i det vesentlige til tvistemålslovens regler.¹⁶⁶ Tvistemålsutvalgets uttalelse i NOU 2001: 32 på side 768 er imidlertid overførbar. Utvalget la der til grunn for sitt lovforslag at «[v]isse avgjørelser kan være helt unntatt for overprøving ved anke, uansett hva ankegrunnen måtte være». Utvalget viste her til at beslutninger om å ikke nekte en anke fremmet etter § 29-13 femte ledd fjerde punktum som eksempel. Slike avgjørelser kan ikke ankes. Denne bestemmelsen gjelder for det tilfellet at en beslutning etter § 29-13 annet ledd ikke nekter en anke fremmet. Uttalelsen må forstås som at det i lovforslaget var klart tilsiktet at visse avgjørelser faktisk skulle være unntatt overprøvingsadgang. Dette harmonerer godt med lovens formål, og de uttalte målene om å innskrenke overprøvingsadgangen for prosessuelle avgjørelser.¹⁶⁷

Under tvistemålsloven utviklet det seg en praksis som åpnet for ankeadgang for kjennelser som tillater partshjelp, jf. Rt-1996-1744 K og Rt-1999-467 K. I disse avgjørelsene ble det lagt til grunn, på tross av ordlyden i tvistemålsloven § 77 annet ledd, at det kunne ankes særskilt dersom saksbehandlingsfeil ble gjort gjeldende som ankegrunn. Spørsmålet kan neppe sies å være avklart. Nyere praksis fra Borgarting lagmannsrett synes å holde spørsmålet åpent.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Se tvistemålsloven § 77 annet ledd.

¹⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 420.

¹⁶⁶ Se NOU 2001:32 side 822.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 289.

¹⁶⁸ Se LB-2019-87732.

Schei konkluderer med at «[d]et er mulig» at unntaket etablert i avgjørelsene fra 1996 og 1999 gjelder også i dag.¹⁶⁹

Ordlyden bør veie tungt. Paragraf 15-7 annet ledd femte punktum er klar og utvetydig. Den etterlater ikke rom for tolkning. Dette peker klart mot på at det faktisk ikke er adgang til å anke kjennelser som tillater partshjelp. Noe annet virker svært lite forutberegnelig.

Eventuell fravikelse fra en slik klar ordlyd bør kreve sterke holdepunkter og gode grunner. Problemet med å gå bort fra ordlyden kan for eksempel aktualisere seg dersom en har å gjøre med en tvist mellom en svak, selvprosederende part og en ressurssterk part. Sett at den ressurssterke parten inngir en begjæring om partshjelp, og den svake parten bestrider begjæringen. Retten finner at vilkårene for partshjelp er oppfylt, og fatter en kjennelse om tillatelse.

Ettersom at partshjelp i tillegg til stor ressursulikhet er en stor ulempe for den svake parten, ønsker han å anke rettens kjennelse om tillatelse. Men han oppdager da at både etter loven og forarbeidene som ligger til grunn for bestemmelsen, at slike kjennelser ikke kan angripes med anke. Den svake parten blir da stilt i en enda vanskeligere posisjon, og kan komme til å lide rettstap dersom det egentlig er en adgang til å anke avgjørelsen når ankeadgangen ikke er synbar og beror på rettspraksis tilhørende en opphevet lov.

Videre kan det nevnes at avgjørelsene fra 1996 og 1999 kan sies å være noe spesielle tilfeller. Begge gjaldt saker om barn, hvor hensyn til betryggende behandling gjør seg gjeldende med enda større styrke enn det som må kunne sies for alminnelige tvistesaker om formuesgoder.

I tillegg vil jo partshjelperen, ved en eventuell anke, være subjekt for avgjørelsens virkninger og således måtte gjøres til part. Derav vil partshjelperen allerede være innblandet i en del av hovedsaken.

Bestemmelsen bør også ses i sammenheng med tvisteloven § 19-10. Det vil stadig være adgang til å begjære omgjøring av en kjennelse som tillater partshjelp. Dersom omgjøringsbegjæringen ikke tas til følge vil denne avgjørelsen være gjenstand for anke, jf. § 19-10 fjerde ledd tredje punktum, med de begrensinger som følger av § 29-3 tredje ledd.

¹⁶⁹ Schei m.fl. (2022) *lovkommentar til tvisteloven* § 15-7, note 4 (sist lest 26. april 2022).

Etter mitt syn, reduserer omgjøringsadgangen behovet for ankeadgang i noen grad, i og med at grove feil og mangler ved en avgjørelse vil kunne plukkes opp.

Tvistelovens formål vil også ha betydning for tolkningen av bestemmelser som utelukker ankeadgang. Paragraf 15-7 annet ledd bør tolkes i lys av tvistelovens målsetning og intensjon med å begrense adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. I tvisteloven § 1-1 annet ledd, henholdsvis fjerde og syvende strekpunkt, heter det at «kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning» og at «avgjørelser av vesentlig [skal] kunne overprøves». En for vidtfavnende ankeadgang kan forøke kostnadene slik at de ikke lenger er rimelige i forhold til tvisten. Videre, når det fremgår at viktige avgjørelser må kunne overprøves, kan det tyde på at de avgjørelsene som er mer eller mindre uvesentlige, ikke nyter det vernet ankeadgangen gir. Dersom lovbestemmelser ikke tolkes i lys av lovens formål, ender man fort opp i en situasjon hvor loven ikke får de tilsiktede virkninger, noe en kan se klare tendenser på for tvistelovens vedkommende.¹⁷⁰

Også hensynene til effektiv saksavvikling og risiko for forøkte totale sakskostnader, taler for at bestemmelsen forstås som etter sin ordlyd. Her kan det også vises til i Rt-2009-1118 S avsnitt 57 og HR-2020-35-A avsnitt 66 som illustrerer at tvistelovens formålsbestemmelse er viktig for tolkningen av lovens øvrige regler.

Kjennelser som tillater partshjelp vil dessuten være vanskelige å angripe grunnet virkningstidspunktet. Som vist ovenfor er rettslig ankeinteresse en grunnleggende forutsetning for anke. Ettersom partshjelperen kan utøve prosessuelle rettigheter «[i]nntil det er avsagt kjennelse som nekter partshjelp» jf. § 15-7, vil det reelle behovet for overprøving reduseres. Dette fordi partshjelperen på et slikt tidspunkt allerede kan ha utspilt sin rolle i saken. Dessuten virker det lite sannsynlig, på tross av eventuelle feil, at en kjennelse som tillater partshjelp vil representere en saksbehandlingsfeil det er nærliggende å tro at vil ha hatt betydning for hovedavgjørelsen, jf. § 29-21.

De generelle drøftelsene i tvistemålsutvalgets utredning taler også for at det ikke skal være adgang til å anke slike avgjørelser særskilt. Utvalget knytter noen generelle merknader til avgjørelser som ikke kan ankes særskilt på side 361 i NOU 2001: 32 A. Der påpekes det at

¹⁷⁰ Se for eksempel tendensene som påpekes av Aasbrenn, «Undersøkelse av tilkjente sakskostnader i lagmannsrettene og Høyesterett», vedlegg 6 til NOU 2020: 11, side 2 flg. Se også NOU 2020: 11, vedlegg 10, «Domstolkommisjonens vedlegg», side 32 under punkt 6.3.4.

slik unntatt overprøvingsadgang, ikke er det samme som at avgjørelsen ikke kan brukes som ankegrunn ved anke over dom. Dette taler også for at avgjørelser hvor det er positivt angitt i loven at særskilt overprøving ikke kan skje, faktisk ikke kan ankes særskilt.

På den annen side kan forarbeidene forstås som at de til en viss grad åpner for en videreføring av Høyesteretts praksis i Rt-1996-1744 K og Rt-1999-467 K, ettersom det heter at «[15-7] (2) svarer i det vesentlige til § 76 og § 77 i gjeldende lov», i NOU 2001: 32 B på side 822. Forarbeidene nevner heller ikke om en med tvisteloven mente å gå bort fra ankeadgangen utviklet i rettspraksis.

Grunnloven og menneskerettighetenes føringer om krav til rettferdig og forsvarlig rettergang vil også virke inn.¹⁷¹ Det ville virke lite rimelig dersom en for eksempel ikke kunne anke en kjennelse som tillater partshjelp, dersom dommeren som gir tillatelse er inhabil i forholdet til partshjelperen. Dette taler for at det bør være en viss ankeadgang.

Skoghøy fremholder at begrensningen som følger av tvisteloven § 15-7 annet ledd femte punktum kun knytter seg til vilkårene i bestemmelsens første ledd.¹⁷² På denne bakgrunn forutsetter han at det er adgang til anke på bakgrunn manglende prosessforutsetninger, samt det er begått saksbehandlingsfeil eller at avgjørelsen bygger på en uriktig generell lovforståelse.¹⁷³ Hov mener at dette også følger av et «helt generelt prosessuelt prinsipp».¹⁷⁴

Hvorvidt det bør være adgang til å anke kjennelser som tillater partshjelp og andre avgjørelser som etter loven er unntatt overprøvingsadgang, må nok bero på en konkret tolkning av den aktuelle bestemmelsen. Slik jeg ser det, er rettstilstanden uavklart for spørsmålet om avgjørelser som etter loven er unntatt særskilt overprøvingsadgang, likevel kan påankes særskilt.

Det må nok konkluderes med at det faktisk er adgang til å anke kjennelser som tillater partshjelp, slik som Hov antar.¹⁷⁵ Likevel bør det påpekes at den formuleringen som er inntatt i tvisteloven § 15-7 annet ledd femte punktum, ikke er forenlig med innholdet som tilsvarende regel ble tillagt av rettspraksis under tvistemålsloven. Dessuten bør det nevnes at løsningen

¹⁷¹ Se for eksempel HR-2016-322-U. Se også Rt-2015-965 A. avsnitt 57.

¹⁷² Skoghøy (2017) side 509–510.

¹⁷³ Skoghøy begrunner sitt standpunkt ut fra tvistelovens forarbeider og avgjørelsene i Rt-1996-1744 K og Rt-1999-467 K, se Skoghøy (2017) side 510.

¹⁷⁴ Hov (2019) side 483–484. Noe grunnlag for dette «prinsippet» blir ikke påvist av forfatteren.

¹⁷⁵ Hov (2019) side 483–484.

for dette spørsmålet samsvarer dårlig med målsetningene om å begrense ankeadgang for mindre viktige avgjørelser og med det redusere kompleksitet, saksbehandlingstid og kostnader, og at utstrekningen av en slik regel blir vanskelig å klarlegge.

5 Anke over kjennelser og beslutninger til Høyesterett

5.1 Innledning

Begrensningene i adgangen til å anke over kjennelser og beslutninger til Høyesterett reguleres i stor grad etter de samme reglene som gjelder ved anke til lagmannsretten. Dette følger av tvisteloven § 30-3 som angir at bestemmelsene i §§ 29-2 til 29-11 og §§ 29-19 til 29-24 gjelder tilsvarende ved anke til Høyesterett. Endringer som følger av kapittel 30 vil likevel være styrende, jf. § 30-3 første ledd. Dessuten gjelder det særlige regler for adgangen til videre anke over kjennelser til Høyesterett, jf. § 30-6. Videre gjelder nektelsesbegrensningen i § 30-5 generelt for anker over kjennelser og beslutninger til Høyesterett.

Adgangen til å særskilt anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett er nokså forskjellig fra adgangen til å anke over dom. Mens det ved anke over dom til Høyesterett kreves samtykke fra ankeutvalget jf. § 30-4, er begrensningene som gjelder ved anke over kjennelser og beslutninger annerledes. Disse begrensningene er tema i det følgende

5.2 Begrensninger i adgangen til videre anke over kjennelser, jf. tvisteloven § 30-6

For videre anke over kjennelser gjelder det særlige begrensninger i ankeadgangen. Det er tale om en «videre anke» når lagmannsretten har avgjort en anke over tingrettens beslutning eller kjennelse ved kjennelse, og denne deretter ankes til Høyesterett.¹⁷⁶ Bestemmelsen regulerer også Høyesteretts kompetanse i avgjørelsen av videre anke over kjennelser og beslutninger, men i det følgende er det kun adgangen til slik videre anke og de tilhørende begrensningene som fremstilles.

Begrensningene fremgår av tvisteloven § 30-6. Hovedregelen er at «[n]år en anke til lagmannsretten er avgjort ved kjennelse, kan avgjørelsen ikke ankes videre». Kjennelser fattet av lagmannsretten i første instans omfattes altså ikke av bestemmelsen. Disse særlige begrensningene omfatter med andre ord avgjørelser som avgjør anker over tingrettens

¹⁷⁶ Om begrepet videre anke, se punkt 3.5 ovenfor.

kjennelser og beslutninger, som skal treffes som kjennelse jf. tvisteloven § 19-1 annet ledd bokstav c.

Dette utgangspunktet tilsier at ankeretten for prosessuelle avgjørelser, kun gjelder i ett ledd.¹⁷⁷ Begrunnelsen for en slik begrenset overprøvingsadgang fremkommer ikke klart av forarbeidene til tvisteloven. Istedenfor at den begrensede overprøvingsadgangen blir begrunnet, er det heller ankeutvalgets utvidede kompetanse som følge av unntakene fra hovedregelen som kommenteres.¹⁷⁸

Bestemmelsen viderefører imidlertid tvistemålsloven § 404.¹⁷⁹ Regelen i dag kommer til uttrykk i tvisteloven § 30-6 bygger derfor på hensynene til Høyesteretts ankeutvalgs arbeidsbyrde, effektiv saksavvikling og prosessøkonomiske hensyn, jf. Ot.prp. nr. 1 (1910) side 243 annen spalte.¹⁸⁰ I NOU 2001: 32 B hevder tvistemålsutvalget på side 790 at bakgrunnen for den at det ble «åpnet for videre overprøving» etter denne tvistemålsloven § 404 var hensynet til rettsenhet, under henvisning til «ankeordningskomiteén sin innstilling av 1934 side 19».¹⁸¹

Fra hovedregelen gjøres det fire unntak. Disse fremgår av bestemmelsens bokstav a-d.

a) Unntak for avvising av saker som ikke hører under domstolen eller som er rettskraftig avgjort

For det første gjøres det unntak fra den begrensede ankeadgangen når kjennelsen avviser en sak under henvisning til at saken ikke hører under domstolene eller at saken er rettskraftig avgjort, jf. § 30-6 bokstav a. Overprøvingsadgangen etter dette unntaket er begrunnet ut fra rettssikkerhetsbetraktninger.¹⁸² Årsaken er at lagmannsrettens avgjørelse om å avvise en sak etter et av alternativene i § 30-6 bokstav a vil representere en endelig avgjørelse av saken som avskjærer rettslig prøving. Slike avgjørelser er det viktig at også Høyesterett kan overprøve.

¹⁷⁷ Jf. Backer (2020) side 465.

¹⁷⁸ Se NOU 2001: 32 side 790.

¹⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 480.

¹⁸⁰ Jf. også NOU 2001: 32 B side 790 med videre henvisning til Reusch (1999) side 2.

¹⁸¹ Dette stemmer nok, men her menes antagelig Innst. O. nr. 48 (1934). Noen omtale av hensynet til rettsenhet som grunnlag for tvistemålsloven § 404 nevnes imidlertid ikke i denne innstillingen. Heller ikke i den senere innstillingen fra ankeordningskomiteén, Innst. O. XVIII (1935), finnes det uttalelser som skisserer rettsenhet som bakgrunn for § 404. Det legges til grunn at utvalgets henvisning er uriktig.

¹⁸² Jf. Rt-1998-1120 K side 1122 med videre henvisning. Jf. også Reusch (1999) side 5 med videre henvisning til Indst. O. XV (1912) side 150.

Departementet viste til at slike avvisningsavgjørelser er noen av de vanskeligste rent juridisk, noe som også taler for en noe utvidet overprøvingsadgang sammenlignet med hovedregelen.¹⁸³

b) Unntak for anke over lagmannsrettens saksbehandling som selvstendig ankegrunn

For det andre gjøres det unntak for anke over lagmannsrettens saksbehandling i ankesaken jf. bokstav b. Rent teknisk vil det være tingrettens avgjørelse som gjøres til gjenstand for anke, mens ankegrunnen er lagmannsrettens saksbehandling i selve ankebehandlingen.

Hovedregelen om en begrenset ankeadgang forutsetter nødvendigvis at ankeinstansens saksbehandling er fullgod og i samsvar med de krav som stilles til en rettferdig og forsvarlig rettergang. Dersom lagmannsrettens kjennelse er beheftet med saksbehandlingsfeil, bør det være adgang til å anke en slik avgjørelse videre til Høyesterett.¹⁸⁴ Spørsmålet om det foreligger en saksbehandlingsfeil må vurderes objektivt.¹⁸⁵

c) Unntak for anke over lagmannsretten generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel

Det tredje unntaket gjelder videre anker som gjelder lovtolkningsspørsmål. Dette fremkommer i § 30-6 bokstav c, som avgrenser ankeadgangen etter dette unntaket til å gjelde den «generelle rettslige forståelsen av en skreven rettsregel». Som Reusch viser til, taler hensynet til rettsenhet for at «rettsspørsmål av en viss generell karakter kan bringes inn for avgjørelse av Høyesteretts [anke]utvalg».¹⁸⁶

Bestemmelsen må på dette punkt forstås som etter ordlyden slik at unntaket kun gjelder for rettsregler forankret i lovtekst.¹⁸⁷ Forståelsen av ulovfestet rett er imidlertid bevisst unntatt overprøvingsadgang etter unntaket. Dette på grunn av retstekniske hensyn og mindre behov for overprøvingsadgang, jf. NOU 2001: 32 B side 790-791. Likevel er det sikker rett at

¹⁸³ Jf. Ot.prp. nr. 1 (1910) side 244.

¹⁸⁴ Jf. Ot.prp. nr. 1 (1910) side 243–244.

¹⁸⁵ Jf. Skoghøy (2017) side 1262–1264.

¹⁸⁶ Reusch (1999) side 4.

¹⁸⁷ Herunder også bestemmelser i forskrifter, provisoriske anordninger, Stortingets plenarvedtak og i for Norge bindende internasjonale konvensjoner, jf. Skoghøy (2017) side 1263.

ulovfestede regler og prinsipper i prosessretten, samt elementære forutsetninger og prinsipper som materiell rett er tuftet på, blir betraktet som skreven rett.¹⁸⁸

Det er kun dersom anken reiser spørsmål om rettens generelle lovtolkning at unntaket kommer til anvendelse. Her omfattes både tolkningen av en bestemmelse og «tolkningen av flere bestemmelser i sammenheng», jf. HR-2018-936-U avsnitt 15. Det klare og alminnelige utgangspunkt er at det ikke kan ankes over den konkrete rettsanvendelsen, ut fra hensynet til rettsenhet.¹⁸⁹ Slik som Skoghøy viser til er det hensynet til rettsenhet, ikke at en konkret avgjørelse skal bli riktig, som begrunner regelen i tvisteloven § 30-6 bokstav c.¹⁹⁰ Bestemmelsen må da tolkes deretter. Derfor er det heller ikke adgang til å anke over bevisbedømmelsen.¹⁹¹

I rettspraksis har det imidlertid utviklet seg en praksis som gir ankeadgang også over den konkrete rettsanvendelsen, men bare når det gjelder anvendelsen av Grunnloven og inkorporerte menneskerettskonvensjoner.¹⁹²

d) Unntak for kjennelser om bevistilgang etter tvisteloven § 22-11

Det fjerde og siste unntaket kommer til anvendelse for spørsmål om bevistilgang etter tvisteloven § 22-11 om medias kildevern, jf. § 30-6 bokstav d. Det vil altså alltid være adgang til å anke lagmannsrettens avgjørelse av en anke over slik bevistilgang, men kun etter denne bestemmelsen som § 30-6 bokstav d angir. Denne reguleringen må sees i sammenheng med den Grunnloven § 100.¹⁹³

Unntakene som er behandlet over viser at lovgiver, både ved tvistemålsloven og videreføringen i tvisteloven, mente at det er tilstrekkelig med full domstolsbehandling i to instanser når det gjelder kjennelser og beslutninger.¹⁹⁴ Øie og Matningsdal følger et lignende

¹⁸⁸ Rt-2013-1424 U avsnitt 26 med videre henvisninger. Jf. også Skoghøy (2017) side 1263.

¹⁸⁹ Se NOU 2001: 32 B side 790. Jf. også Reusch (1999) side 4 og 20.

¹⁹⁰ Skoghøy (2017) side 1262–1263.

¹⁹¹ Jf. Skoghøy (2017) side 1262.

¹⁹² Se for eksempel Rt-2007-404 A avsnitt 40 og 88, Rt-2007-459 U avsnitt 18 og Rt-2011-487 U avsnitt 26.

¹⁹³ Jf. Backer (2020).

¹⁹⁴ Se Ot. prp. nr. 1 (1910) side 245–246 og NOU 2001: 32 A side 96

raisonnement. De peker på at standarden på avgjørelser fra norske lagmannsretter er så høy at det ikke er behov for at Høyesterett som en ytterligere ankeinstans.¹⁹⁵

Begrunnelsen for at disse fire unntakene ble innført og videreført var som nevnt hensynet til rettsenhet, jf. Ot.prp. nr. 1 (1910) side 243 annen spalte og NOU 2001: 32 B side 790-791. Men hva menes egentlig med rettsenhet i denne sammenheng? I tillegg til rettsavklaring og rettsutvikling, fremholdes rettsenhet som én av Høyesteretts tre sentrale oppgaver.¹⁹⁶ Begrepet må forstås i sammenheng med Høyesteretts funksjon som prejudikatsdomstol. Høyesterett dømmer i siste instans jf. Grunnloven § 88, og underordnede instanser skal følge den rettsoppfatning Høyesterett festner i sin praksis. Da vil forståelsen av rettsregler gå etter samme spor, slik at en oppnår likhet i forståelsen, og dermed «rettsenhet».

Slik kan vi se at unntakene som fremgår av tvisteloven § 30-6 bokstav a-d bidrar til forutberegnelighet og likhet i norsk rettspleie. Samtidig må hensynet til rettsenhet avveies mot hensynene til effektiv saksavvikling og fornuftig ressursbruk. I tillegg må hensynet til domstolens legitimitet tas i betraktning. Dersom uriktige avgjørelser ikke kan overprøves vil det kunne svekke denne legitimiteten.¹⁹⁷ Ved at det opereres med en hovedregel om at det ikke er adgang til videre anke, men kun tillates i visse tilfeller, blir hensynet til riktig resultat litt underordnet til fordel for hensynet til rettsenhet, men likevel slik at det er en viss overprøvingsadgang.

Rt-2000-710 K er illustrerende. Her viste Høyesteretts ankeutvalg til at anken gjaldt tolkningen av utenlandske regler, se avgjørelsen side 712. Når formålet til tvistemålsloven § 404 var nasjonal rettsenhet, hadde ikke bestemmelsen en slik rekkevidde at Høyesterett kunne overprøve lagmannsrettens tolkning av disse reglene. Det var med andre ord uten betydning for Høyesterett om lagmannsretten var kommet til en riktig tolkning av de utenlandske reglene, fordi Høyesteretts syn ikke ville bidra til nasjonal rettsenhet.

Det bør i denne sammenheng pekes på at det ikke er uten betenkeligheter at tvisteloven og de regler som gjelder for videre anke over kjennelser og beslutninger, bygger på de forutsetninger som ble lagt til grunn for tvistemålsloven i 1915. Retten og samfunnet vil

¹⁹⁵ Se Øie og Matningsdal (2018) side 880; Til dette kan det innvendes at «kvalitet» som en del av denne standarden er vanskelig å måle i domstolene, se Langbach (2014) side 433.

¹⁹⁶ Se for eksempel Skoghøy (2017) side 5 og 131.

¹⁹⁷ Se diskusjonen i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 309.

kunne endre seg betydelig i løpet av en hundreårsperiode. For eksempel står Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol sterkere i dag, enn det den gjorde i 1915.¹⁹⁸

Selv om sivilprosessen som rettsvitenskapelig disiplin er godt festnet og i stor grad bygger på fornuftige betraktninger som kan være like aktuelle i dag som for over hundre år siden, må en etter min mening ikke miste syne av rettsutviklingen også må følge samfunnsutviklingen.¹⁹⁹ Når prinsipper og føringer i norsk rettergangslovgivning i stor grad bygger på de samme som gjaldt på denne tid, oppstår det fort problemer med å begrunne reglene ut fra tilstanden i samfunnet i dag. Dette aktualiseres særlig av at det sjelden foretas nye vurderinger av disse, og det blir akseptert at det henvises løst til hvordan ordningen var før. Dersom lovgiver i for stor grad fører en kontinuitet i lovgivningen på sivilprosessens område, uten å foreta noen særlig inngående à jour-førte vurderinger, vil innholdet i reglene bli mindre tilgjengelig og det vil kunne oppstå gnisninger mellom retten de lege lata og den alminnelige samfunns- og rettsoppfatning.

5.3 Nektelsesbegrensningen i § 30-5

Tvisteloven § 30-5 jf. § 30-1 annet ledd gir Høyesteretts ankeutvalg kompetanse til å nekte realitetsbehandling av anker over kjennelser og beslutninger. Paragraf 30-5 er formulert slik at hvorvidt nektelsesbegrensningen skal anvendes, beror på ankeutvalgets vurdering. Dette markeres ved at anker over kjennelser og beslutninger til Høyesterett «*kan* nektes fremmet», jf. bestemmelsens første punktum (min kursivering).

Hovedregelen er at anker over kjennelser og beslutninger skal fremmes til realitetsbehandling for Høyesterett, med de begrensninger som følger av §§ 29-2 til 29-11 og §§ 29-19 til 29-24 jf. § 30-3, samt § 30-6. På dette punktet skiller ankeadgangen for kjennelser og beslutninger seg fra det som gjelder for anke over dom til Høyesterett. For dommer er utgangspunktet det motsatte. Ved anke over dom til Høyesterett kreves det nemlig samtykkebeslutning fra ankeutvalget, jf. tvisteloven § 30-4.

Begrunnelsen for § 30-5 var et ønske om å unngå at saker kan forårsake en «uforholdsmessig bruk av Høyesteretts ressurser».²⁰⁰ Uttalelsen bør sees i sammenheng med de generelle

¹⁹⁸ Se i denne retning Øie og Matningsdal (2018) side 864-867.

¹⁹⁹ Dette pekes på som et generelt problem for prosessretten i flere land, se Lindblom (2000) side 21.

²⁰⁰ Ot. prp. nr. 51 (2004–2005) side 480.

motivene i proposisjonen og utredningen, samt tvistemålslovens regler.²⁰¹ Tvisteloven § 30-5 innebærer nemlig i det vesentlige en videreføring av tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4 slik den lød fra 1981.²⁰²

Nektelse etter § 30-5 kan kun skje etter to alternativer og beror ikke på et fritt skjønn. Det første alternativet fremgår av § 30-5 første punktum. For at en anke over kjennelse eller beslutning til Høyesterett skal kunne nektes realitetsbehandling etter dette alternativet må to vilkår være oppfylt. For det første kan anken bare nektes dersom den «ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak». For det andre må det ikke foreligge «andre hensyn som taler for at anken bør prøves». Disse vilkårene er kumulative og følger av ordlyden i § 30-5 første punktum.

Formuleringen legger opp til at Høyesterett nokså fritt kan vurdere nettopp hvilke spørsmål som er av mer vidtfavnende betydning og hvilke hensyn som taler for at overprøving bør finne sted. I forarbeidene utdypes likevel vurderingsmomentene noe.²⁰³ Til det første kriteriet kommenteres det at en anke kan nektes når den ikke reiser «prinsipielle spørsmål» og det for øvrig ikke er hensyn som likevel tilsier at den bør realitetsbehandles.²⁰⁴ Videre fremholdes det at hvorvidt avgjørelsen er fattet av lagmannsretten som førsteinstans vil være av betydning, men ikke nødvendigvis avgjørende for om nektelse bør skje.²⁰⁵ Med andre ord skal det nok noe mer til for å nekte realitetsbehandling når Høyesterett er første ankeinstans, enn når kjennelsen eller beslutningen allerede er blitt overprøvd tidligere. I slike tilfeller må det kunne antas at overprøvingsbehovet er mindre, så langt det ikke reises nettopp prinsipielle eller andre spørsmål som har et markert behov for ytterligere avklaring også utenfor den aktuelle saken.

Terskelen for nektelse er også med på å begrense ankeadgangen. Etter dette alternativet er terskelen for nektelse forholdsvis høy. Den kan utledes av vilkårene i § 30-5 første punktum: Dersom anken reiser spørsmål «av betydning» utenfor foreliggende sak, eventuelt at «andre hensyn taler for overprøving», legger ordlyden opp til at nektelse ikke bør skje. Terskelen kunne vært høyere ved tilføyelser av terskler som «stor betydning» utenfor foreliggende sak,

²⁰¹ Se særlig Ot. prp. nr. 51 (2004–2005) side 30 og NOU 2001: 32 side 96.

²⁰² Tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4 ble endret ved lov av 23. mai 1981 nr. 24.

²⁰³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 480.

²⁰⁴ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 480.

²⁰⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 480.

eller andre «særlige eller tungtveiende hensyn». Da ville også adgangen til å fremme en anke blitt snevret inn.

Det andre nektelsesalternativet følger av § 30-5 annet punktum. For det tilfellet en anke over kjennelse eller beslutning «i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål», «kan» ankeutvalget også nekte anken fremmet. Regelen bør sees i sammenheng med hovedregelen om middelbar bevisføring for Høyesterett, til forskjell fra umiddelbar bevisføring i underrettene. Ved anke som reiser slike omfattende bevisspørsmål vil underinstansen normalt ha bedre forutsetninger enn Høyesterett til å foreta en forsvarlig bevisvurdering.

Formuleringen i § 30-5 tyder på at det er en viss terskel for at dette alternativet kan begrunne en ankenektelse. Det er nødvendig at anken «i det vesentlige» reiser «omfattende» bevisspørsmål. Dette må innebære at påstanden som fremmes i anken gjør det nødvendig at Høyesterett tar stilling til bevisene for å avgjøre spørsmålet i saken.

Videre er det ikke tilstrekkelig at det oppstår et mer eller mindre bagatellmessig bevisspørsmål. Bevisspørsmålet må ha en viss utstrekning, slik at ikke alle bevisspørsmål kan begrunne ankenektelse etter dette alternativet. Begrepet «omfattende» må videre kunne forstås slik at det omfatter både bevisspørsmål i kvantitet og i kompleksitet, eventuelt en kombinasjon av disse. Hva slags type bevis det er tale om kan også være av betydning. For eksempel kan en konsentrert sakkyndigerklæring være enklere å tyde enn et opptak av lagmannsrettens vitneavhør.

Ved tvistemålsreformen i 2005 stod blant annet Høyesteretts utvikling som prejudikatsdomstol i fokus. For at Høyesterett skal kunne konsentrere sin virksomhet til å primært gjelde rettsavklaring, rettsutvikling og rettsenhet, må instansen være utstyrt verktøy til å styre sakstilfanget i noen grad. Høyesteretts prejudikatsfunksjon som hensyn i lovgivningsprosessen bør nok betraktes som like viktig når det er tale om å avgjøre anker over dom, som for anker over kjennelser og beslutninger. Dette fordi Høyesteretts syn på prosessuelle spørsmål kan være svært viktig, selv om avgjørelsen det ankes over isolert sett ikke anses som like viktig.

Adgangen til å anke kjennelser og beslutninger er regulert slik at saker som reiser spørsmål som Høyesterett bør behandle av hensyn til blant annet rettsenhet slipper inn, mens øvrige anker kan nektes behandling av hensyn til Høyesteretts ressursbruk. Slik sett virker det merkelig at en for dommer opererer med samtykke, mens for kjennelser og beslutninger har

en hovedregel om realitetsbehandling.²⁰⁶ Konsekvensen blir nødvendigvis at Høyesterett, først og fremst ankeutvalget, må legge ned en god del ressurser på å avgjøre anker over kjennelser og beslutninger selv når spørsmålene som reises der ikke er av særlig interesse i forbindelse med rettsavklaring, rettsutvikling og rettsenhet. Kanskje er lagmannsrettens avgjørelser kvalitativt gode nok til å forsvare realitetsbehandling i kun to instanser. Øie og Matningsdal synes å mene dette.²⁰⁷ En samtykkeordning kunne derfor vært mer hensiktsmessig. Samtidig tilsier dagens rettskildetilfang og rettskildebilde at det muligens er vanskeligere for lagmannsretten å treffe riktig nå enn før. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.2 nedenfor.

På den annen side kan nok en samtykkeregulering føre til dårligere funderte ankeerklæringer. Med andre ord at det fremmes anke med et snevert håp om at Høyesterett vil oppdage et prinsipielt spørsmål. Samtidig fører nok dagens ordning til noe merarbeid for utrederne og ankeutvalget i Høyesterett. Dersom ankeadgangen hadde vært mer begrenset, kunne det ha medført at færre anker må tas stilling til, uavhengig av om de realitetsbehandles eller nektes fremmet etter § 30-5, og slik redusere samlet ressursbruk og totale kostnader for tvistesaker.

Tersklene for nektelse etter § 30-5, og derav adgangen til å erklære anke over kjennelser og beslutninger til Høyesterett er også med på å skape disse mindre heldige virkningene. For det første benyttes markøren «kan». Dersom ord som «bør» eller «skal» ble benyttet istedenfor, kunne terskelen representert en større begrensning i ankeadgangen. Det samme kan gjøres ved å stille ytterligere krav til kvalifisering av unntakene. For eksempel kunne det kreves «stor betydning» utenfor saken eller «omfattende bevisspørsmål» med bortfall av «i det vesentlige». Da ville også terskelen for nektelse vært lavere, og terskelen for å erklære anke høyere. En slik vekselvirkning vil innebære en betydelig begrensning i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett.

Kjennelser og beslutninger fremholdes ofte som enklere og mindre viktige avgjørelser sammenlignet med dommer.²⁰⁸ Når disse avgjørelsene anses som mindre viktige, kan det stilles spørsmål ved om hovedregelen som slår fast et utgangspunkt om realitetsbehandling er

²⁰⁶ Departementet vurderte tilsynelatende samtykkeordning, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 309

²⁰⁷ Øie og Matningsdal (2018) side 880.

²⁰⁸ Det bør imidlertid påpekes at også spørsmål som skal avgjøres ved kjennelse eller beslutning vil kunne være av stor betydning for partene og for saken, for eksempel avgjørelser om heving eller avvisning, jf. Hov (2019) side 445.

heldig. Motvekten som begrenser nektelsesadgangen etter gjeldende rett er domstolenes legitimitet.²⁰⁹ Den vil kunne svekkes dersom uriktige avgjørelser ikke blir overprøvd. Dette hensynet taler for at adgangen til å nekte bør være begrenset.²¹⁰

Utviklingen i bruken av nektelsesbegrensningen i § 30-5 det siste tiåret viser at Høyesterett nå bruker bestemmelsen nærmest til det fulle. I 2011 ble under 10 prosent av innkomne anker over kjennelser og beslutninger nektet fremmet etter denne bestemmelsen.²¹¹ I 2021 var tallet 44,4 prosent.²¹² Siktemålet er at Høyesterett skal nekte realitetsbehandling for ca. 50 prosent av innkomne anker over kjennelser og beslutninger.²¹³

Slik jeg ser det, vil det ikke være høyde for at Høyesterett kan nekte realitetsbehandling i særlig grad ut over 50 prosent etter gjeldende rett. Dersom nektelsesprosenten blir for høy, vil en ikke hovedregelen om realitetsbehandling være reell.²¹⁴ Men Høyesterett vil fortsatt ha behov for å allokere ressurser til prejudikatsfunksjonen.²¹⁵ Det bør også nevnes at et for lavt inntak av slike anker kan få implikasjoner på den reelle domstolstilgangen, samt tilliten til rettssystemet. Likevel kan en stille seg spørsmålet om det kan være mer hensiktsmessig å begrense antallet innkomne anker ved å regulere adgangen til å anke slike avgjørelser annerledes, istedenfor å konsentrere seg om nektelsesprosenten.

Ordningen som gjelder for anker over kjennelser og beslutninger til Høyesterett kan utformes annerledes, for eksempel etter modell for reglene som gjelder ved anke over dom. For slike anker kreves det samtykke til behandling, jf. tvisteloven § 30-4. Med en slik ordning vil Høyesterett kunne ha bedre forutsetninger til å velge ut de anker over kjennelser og beslutninger som reiser spørsmål som krever en presisering eller endring fra den øverste instansen. Dagens løsning gir opphav til unødvendig merarbeid for Høyesteretts dommere og utredere.

²⁰⁹ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 309.

²¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 309.

²¹¹ Se Høyesteretts årsmelding 2020 side 27.

²¹² Se Høyesteretts årsmelding 2021 side 33.

²¹³ Øie og Matningsdal (2018) side 876.

²¹⁴ Se i denne retning Reinholdtsen og Øie (2014) side 285.

²¹⁵ Se Øie og Matningsdal (2018) side 880.

Hertil kan det nevnes, slik som Aasbrenn påpeker, at tvisteloven § 30-5 i dag praktiseres som en silingsbestemmelse.²¹⁶ Da er det betimelig å sette spørsmålstegn ved hvorfor bestemmelsen ikke reguleres i tråd med praksisen.

Departementet viste til at utvalgets forslag baserte seg på at nektelse bare skulle skje unntaksvis.²¹⁷ Departementet ønsket å stramme til mer enn utvalget, men foreslo likevel en regel som også baserer seg på unntaksvis nektelse. Dette kan man se, fordi regelen legger opp til at realitetsbehandling av anker over kjennelser og beslutninger er hovedregelen. Følgelig er nektelse stadig unntaket.

5.4 Særlig om overprøving av lagmannsrettens nektelsesbeslutninger

Lagmannsrettens beslutninger om ankesiling etter tvisteloven § 29-13 første og annet ledd er underlagt enda strengere begrensinger enn dem som følger av § 29-3 tredje ledd.

Etter § 29-13 femte ledd fjerde punktum kan lagmannsrettens nektelsesbeslutninger kun ankes på grunn av «feil i saksbehandlingen». Et eksempel på en slik saksbehandlingsfeil kan være at begrunnelsen av en nektelsesbeslutning ikke er tilstrekkelig til å vurdere om det er blitt gjennomført en reell overprøving, se HR-2020-2439-U avsnitt 10.

Den særdeles begrensede ankeadgangen avhjelpes med flere rettssikkerhetsgarantier. For å sikre retten til kontradiksjon, kan ikke nektelse skje uten at retten varsler om den vurderer nektelse, jf. § 29-13 fjerde ledd. Videre skal nektelsesbeslutninger begrunnes dersom «særlige grunner» tilsier det. Beslutningen må også være enstemmig avsagt av tre lagdommere. Slike beslutninger skal også begrunnes dersom «særlig grunn tilsier det, jf. femte ledd annet punktum. Når det samtidig er adgang til å anke over saksbehandlingen, må det kunne sies at det foreligger tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier for å forsvare en slik begrenset ankeadgang.

Beslutninger om ankesiling kan altså ankes til Høyesterett på selvstendig grunnlag etter tvisteloven § 29-13 femte ledd fjerde punktum. Ankeadgangen for disse avgjørelsene er noe videre enn for alminnelige beslutninger, sml. § 29-3 tredje ledd. Dette skyldes at andre hensyn gjør seg gjeldende når beslutningen avslutter saken. Da vil det ikke lenger være mulig å benytte saksbehandlingsavgjørelser som ankegrunn ved anke over dom, og avgjørelsen vil

²¹⁶ Aasbrenn, *lovkommentar til tvisteloven* § 30-5, note 2, jf. note 1 (sist lest 1. mai 2022).

²¹⁷ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 309.

sperre for videre domstolsbehandling. Dette taler for og begrunner en særskilt overprøvingsadgang for slike beslutninger. Begrensningene synes dessuten å være begrunnet ut fra harmoniseringsbetraktninger i forholdet til tilsvarende avgjørelser i straffeprosessen.²¹⁸

6 Bør reglene om adgangen til å anke kjennelser og beslutninger endres?

6.1 Innledning

Tvistemålsutvalget ble satt ned for å fremme et forslag til en fullstendig reform av norsk sivil rettergangslovgivning.²¹⁹ Mandatet må kunne sies å være svært krevende og omfattende.

Reformbehovet innenfor sivilprosessen ble beskrevet i del II, kapittel 1.²²⁰ I den forbindelse illustrerer utvalget hvor rigid sivilprosessen er som norsk rettsdisiplin. Utvalget uttalte at «[d]e mer grunnleggende elementer har, med få unntak, ligget fast, uten at det er disse har vært undergitt noen form for vurdering».²²¹ Videre heter det at:

«At de grunnleggende hensyn som ved forrige århundreskifte med tyngde talte for de behandlingsregler som preger tvistemålsloven, i dag skal gjøre seg gjeldende akkurat på samme måte og tilsi de samme grunnleggende regler, kan ikke tas for gitt. Som utvalget kommer tilbake til, har de ikke alltid den samme tyngde, og de må suppleres med andre vesentlige hensyn, som proporsjonalitet og kostnads- og tidseffektivitet».²²²

Etter analysene av gjeldende rett på området for anker over kjennelser og beslutninger, virker disse uttalelsene å være like aktuelle i dag som ved arbeidet med tvisteloven og de virkninger loven har fått. Det er ingen selvfølge at de begrunnelsene som lå til grunn for reglene i tvistemålsreformen i 2005 gjør seg gjeldende på samme måte i dag.

På området for anke over kjennelser og beslutninger er det ikke gitt at reglene bør være utformet på samme måte. Dette gjør seg særlig gjeldende ved at regelsettet dels, og i noen tilfeller i stor grad, viderefører reglene som gjaldt ved tvistemålsloven. Særlig betenkelig er det at dette ikke alltid problematiseres i forarbeidene. Det medfører at begrunnelsen for dagens regler tidvis er fraværende, sviktende eller utdatert. Da står man igjen med at reglene

²¹⁸ Se NOU 2001: 32 B side 777.

²¹⁹ Se NOU 2001: 32 A side 81–83.

²²⁰ Se NOU 2001: 32 A side 110 flg.

²²¹ NOU 2001: 32 A side 111.

²²² NOU 2001: 32 A side 111.

er slik de er, fordi slik har det alltid vært. Det er på ingen måte en god begrunnelse for regler som omfatter alle sivile tvister – regler som er svært omfattende og kompliserte.²²³

Selv om tvisteloven førte til store endringer for ankeinstitutet, kan en se at reglene som regulerer adgangen til å anke kjennelser og beslutninger i varierende grad viderefører de regler som allerede gjaldt ved tvistemålsloven.

I dette kapittelet er det behovet for reform av reglene for adgangen til å anke kjennelser og beslutninger som behandles. Da kan det være nyttig å ha med seg et bakteppe, samt noen utviklingstrekk og tendenser.

6.2 Retthistoriske utviklingstrekk

Retten er uløselig tilknyttet samfunnet, og vice versa. Dette ved at retten både påvirkes av og bidrar til å påvirke samfunnet. Samfunnsendringer får altså betydning for rettsregler. Dette gjelder også prosessordningen.²²⁴ Et eksempel på slike virkninger kan være den generelle rettsliggjøringen av samfunnet.²²⁵

Moderniseringen av samfunnet skapte et behov for rettsliggjøring og rettsutvikling. Gjennom de siste århundrene har samfunnet og retten utviklet seg fra at etiske og moralske oppfatninger var styrende for samfunnsvirksomheten, til at juridiske rettigheter og forpliktelser gradvis ble mer og mer normerende.²²⁶ På 1800-tallet gikk norsk rett igjennom store endringer.²²⁷ I dag er de fleste samfunnsområder lovregulert.²²⁸

Et annet eksempel er internasjonaliseringen av retten. Denne utviklingen er av grunnleggende betydning for hvordan det norske rettssystemet ser ut i dag, og har vært en lang prosess.²²⁹

²²³ Se for eksempel om begrunnelsen for videreføring av tvistemålsloven § 404 under punkt 5.2 og begrunnelsen for innskrenket ankeadgang i § 29-13 under punkt 5.472. Slik jeg ser det fører det det samme problemet til uriktige tolkninger av tvisteloven som under punkt 4.5. Også § 29-2 en delvis videreføring av tvistemålslovens regler, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 471.

²²⁴ Eldjarn (2016) punkt 3.1 trettende avsnitt med videre henvisning.

²²⁵ Se NOU 2003: 19 side 30–33.

²²⁶ Om utviklingen av norsk rett i et historisk perspektiv, se for eksempel Michalsen (2011) og Sunde (2005).

²²⁷ Michalsen (2001) side 464.

²²⁸ Se Skoghøy (2011) side 7–8.

²²⁹ Jf. Michalsen (2001) side 464 og 473.

Etter at EØS-avtalen ble gjeldende for Norge 1. januar 1994, har rettskildebildet blitt mer komplekst.²³⁰

For det første har forholdet til EU gjennom EØS-avtalen ført til begrensninger i nasjonalstatens adgang til å vedta lover og til innholdet i dem.²³¹ Dette gjelder også innenfor sivilprosessen. Myndighetene er nemlig blitt folkerettslig bundet av felleslover og direktiver i EU.²³²

For det andre har internasjonaliseringen store virkninger for domstolene og tvisteløsningen. Rettskildebildet har blitt mer komplekst, hvilket skaper utfordringer for dommerstanden. Dette for eksempel ved at internasjonale organer slik som Den europeiske menneskerettsdomstolen produserer betydelige mengder avgjørelser som representerer rettskilder. Grunnet menneskerettighetenes semikonstitusjonelle karakter som følge av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3, får slik praksis enda større betydning. Det samme gjelder for avgjørelser fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Internasjonaliseringen av retten har ført til et nytt syn på forholdet mellom stat og individ. Dette krever at innføring, forståelse og praktisering av regler må skje i samband med strukturer som følger av internasjonale forpliktelser. Domstolene skal dessuten kontrollere at myndighetene for øvrig handler i overensstemmelse med Grunnlov og lov. I tillegg må den dømmende makt føre internkontroll av rettsinstansenes avgjørelser på samme måte.²³³

Tilfanget av rettsregler og rettskilder øker, samtidig som lovendringer har en historisk høy frekvens.²³⁴ Denne utviklingen gjør det vanskeligere for dommere å holde seg faglig oppdatert og det blir utfordrende å drive god saksstyring.²³⁵ Dette er av betydning for avhandlingens tema av flere grunner. For det første medfører det økte rettskildetilfanget at begrunnelsen for gjeldende rett kan være lite tilgjengelig, utilstrekkelig eller utdatert. For det andre kan det i enkelte henseender være et visst spenningsforhold mellom gjeldende rett slik den praktiseres og de krav som følger av EMK og EØS. Et eksempel i denne sammenheng er tvisteloven § 20-11 som ble endret fordi den var i strid med EØS-avtalen.²³⁶ For det tredje vil

²³⁰ Jf. Lov av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven), § 7; Se også Skoghøy (2011) side 10–11.

²³¹ Jf. NOU 2003: 19 side 30.

²³² Jf. NOU 2003: 19 punkt 6.3.

²³³ Eldjarn (2016) punkt 3.1, ellefte avsnitt.

²³⁴ Jf. Skoghøy (2011) side 7–9; Jf. også Langbach (2014) side 425.

²³⁵ Jf. Langbach (2014) side 425.

²³⁶ Endret ved lov av 28. april 2017 nr. 19, se nærmere i Aasbrenn (2021) punkt 2.3.2.

det økte rettskildetilfanget medføre utfordringer med hensyn til å overskue retten. Disse tre forholdene er eksempler på argumenter som taler for en økt overprøvingsadgang for kjennelser og beslutninger, blant annet ut fra hensynet til riktig resultat og tillit til rettssystemet.

6.3 Dagens behov for reform

Domstolkommisjonen ble gitt i oppgave å fremme forslag til regelendringer blant annet for å utbedre domstolenes oppgaveløsning og saksbehandlingen i ankeinstans.²³⁷ At det er behov for endringer i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger vises kanskje allerede av at kommisjonen har utarbeidet en skisse til slike endringer.²³⁸ Men tallenes tale er desto klarere: Kun 15 prosent av innkomne anker over kjennelser og beslutninger til lagmannsrettene, i perioden 2008-2018, førte helt eller delvis frem.²³⁹ Videre førte kun 8 prosent av totalen til opphevelse av tingrettens avgjørelse.²⁴⁰

I hele 67 prosent av ankene er ikke ankende part tjent med anken.²⁴¹ Dette er etter min oppfatning i alle fall til dels en konsekvens av tvistelovens liberale regler om adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Virkningene av dette er mange, og kan være uheldige.

For det første medfører det uheldig bruk av ankeinstansenes ressurser. Ankeinstansen må naturligvis ta stilling til anken på en eller annen måte. Noen ganger kan det være lett å avgjøre anken, for eksempel dersom ankefristen ikke er overholdt. Da kan anken enkelt avvises under henvisning til tvisteloven § 16-5 fjerde ledd. For andre anker over kjennelser eller beslutninger, for eksempel ved tvist om komplekse bevissspørsmål, vil det ikke alltid være lett å avgjøre anken.

Fellesnevneren for disse spørsmålene som stadig oppstår ved anke over kjennelser og beslutninger er at de legger beslag på ankeinstansens ressurser. Selv om sakskostnadene for partene som oftest står i sentrum når det er tale om bruk av penger og andre ressurser i sivile

²³⁷ Se Domstolkommisjonens mandat, NOU 2020: 11 side 21–24.

²³⁸ Se NOU 2002: 11 side 365–367.

²³⁹ Jf. NOU 2020: 11 *Figur 25.4* på side 332. Fordeling på henholdsvis 13 prosent og 2 prosent.

²⁴⁰ NOU 2020: 11 side 333.

²⁴¹ Tallet referer til avgjørelser som enten ikke har ført frem, blitt forkastet eller avvist, se NOU 2020: 11 side 333 og *Figur 25.4*, på side 332.

saker, må en ikke glemme at det offentlige også påføres kostnader ved at ankeinstansene må vurdere slike anker.

Cirka to tredeler av ankene over kjennelser og beslutninger som kommer inn, fører ikke til noe bedre resultat for den ankende part. Dette kan bety at ressursene som ankeinstansene bruker på å avgjøre disse ankene, kunne vært brukt annerledes. Deler av ressursene som medgår til behandling av slike anker kunne for eksempel vært brukt til annen tvistesaksbehandling, for eksempel anker over dom, hvor det finnes utfordringer med saksbehandlingstiden.²⁴²

Det må videre kunne antas at denne ressursbruken også virker inn på saksbehandlingstiden. Dette gjelder både ved behandlingen av anker over dom, kjennelse og beslutninger. Særlig illustrerende er det at saksbehandlingstiden for anker over kjennelser og beslutninger i er 2 måneder etter et veid gjennomsnitt.²⁴³ Dersom ankeadgangen for slike avgjørelser var snevrere enn etter gjeldende rett, kunne det bidratt til å frigjøre ressurser som kunne redusert saksbehandlingstiden og den tiden partene er i tvist, som også er en belastning.

Det kan også vises til lagmannsrettens saksavvikling for anker over dom i sivile saker. Per 17. januar 2022 stod det 833 sivile ankesaker i restanse på tvers av lagmannsrettene.²⁴⁴ Saksbehandlingstiden, det vil si tiden var anken kommer inn frem til saken er ferdigbehandlet, ligger etter et veid gjennomsnitt på 6,8 måneder for 2021.²⁴⁵ Målet var maksimum 6 måneder saksbehandlingstid for sivile anker over dom i 2021.²⁴⁶ Det samme målet gjelder for 2022.²⁴⁷

Det er på denne bakgrunn rimelig å anta at frigjøring av ressurser fra behandling av anker over kjennelser og beslutninger kan medvirke til en reduksjon av saksbehandlingstiden i tvistesaker. Når en stor andel av de ankene som kommer inn over kjennelser og beslutninger i sivile saker ikke fører til noe bedre resultat, taler dette for at adgangen til å anke slike avgjørelser bør begrenses, slik at både det offentlige og partene i saken spares for unødvendig ressursbruk.

²⁴² Se Dok. 3:3 (2019-2020) side 70–71.

²⁴³ Domstoladministrasjonens årsstatistikk for lagmannsrettene 2021, side 1.

²⁴⁴ Domstoladministrasjonens årsstatistikk for lagmannsrettene 2021, side 2. Det bør nevnes at saksrestansen er historisk lav, jf. Domstoladministrasjonens årsmelding 2021 side 12.

²⁴⁵ Domstoladministrasjonens årsstatistikk for lagmannsrettene 2021, side 2.

²⁴⁶ Se Prop. 1. S (2020-2021), tabell 2.2, side 71.

²⁴⁷ Prop. 1. S (2021-2022), tabell 2.2, side 84.

For det andre fører unyttige anker over kjennelser og beslutninger til at de totale sakskostnadene øker. En undersøkelse av tilkjente sakskostnader i lagmannsrettene viser at medianen for tilkjente sakskostnader i 2017 var kr 177 000.²⁴⁸ Sammenlignet med tilkjente sakskostnader i 2007, ser man en økning på 60 prosent.²⁴⁹ Domstolkommisjonen anser utviklingen som alvorlig.²⁵⁰

Avgjørelsen i LB-2019-87732 illustrerer denne virkningen av for vid ankeadgang for kjennelser og beslutninger. I denne saken anket den ene parten en kjennelse om å tillate partshjelp, jf. § 15-7 annet ledd femte punktum. Som vist kan ikke slike avgjørelser ankes, og lagmannsretten kunne ikke prøve ankegrunnene som ble anført. Anken ble etter dette avvist, som medførte at ankende part ble pålagt å betale totalt kr 67 469 for behandlingen av spørsmålet i to instanser.

Etter dette ser vi at anker over kjennelser kan øke totale sakskostnader betraktelig. Avgjørelsen i LB-2019-87732 er bare ett av mange eksempler på anker over kjennelse eller beslutning som bidrar til å øke de totale sakskostnadene. Ikke bare er det et problem på det individuelle plan i konkrete saker at sakskostnadene blir høye, men det kan også bidra til at terskelen for å ta en tvistesak til retten blir høyere.

De totale kostnadene ved alminnelig tvisteløsning er sentral for folkets tilgang til domstolene. Dersom kostnadene er for høye, vil de representere en terskel og i visse tilfeller en avgjørende skranke for om rettssubjekter kan hevde sin rett. For høye prosesskostnader og risikoer kan derfor føre til rettstap.

For det tredje kan det vises til at sakstilfanget til domstolene stadig reduseres. Det er grunn til å tro at saksbehandlingstiden og kostnadene ved alminnelig tvisteløsning i domstolene er en del av bildet.²⁵¹ Fra 2016 til 2021 har sakstilfanget blitt redusert med ca. 25 prosent.²⁵² Også

²⁴⁸ Se NOU 2020: 11 side 12, digitalt vedlegg nummer 6, Aasbrenn, Gjermund, «Undersøkelse av tilkjente sakskostnader i lagmannsrettene og Høyesterett» side 3.

²⁴⁹ NOU 2020: 11, digitalt vedlegg nummer 6, side 3.

²⁵⁰ NOU 2020: 11, side 316.

²⁵¹ Påstanden baseres på en sammenligning av utviklingen i sakstilfang og saksbehandlingstid i Domstoladministrasjonens årsstatistikk for tingrettene 2021 og for lagmannsrettene 2021, med sakskostnadsutviklingen fra 2007-2017 i NOU 2020: 11 digitalt vedlegg nummer 6.

²⁵² Tallgrunnlag fra Domstoladministrasjonens årsstatistikk for tingrettene 2020 side 2 og for 2021 side 1.

innkomne anker til lagmannsretten går ned. Denne utviklingen korresponderer med nedgangen i sakstilfanget til tingrettene.

I NOU 2020: 11 på side 51 pekte Domstolkommisjonen på en klar nedgang i innkomne saker for det norske rettssystemet. Denne trenden fortsetter.²⁵³ Utviklingen kan neppe tyde på at det er færre konflikter i samfunnet. Det er mer nærliggende å tro at det avgjørende er domstolens relevans som konfliktløser i samfunnet, slik som kommisjonen er inne på.²⁵⁴

Det er viktig for rettsstaten at domstolene er den foretrukne konfliktløseren i samfunnet.²⁵⁵ Dersom sakstilfanget fortsetter å falle, vil en kunne se negative effekter på rettsavgjørelsers representativitet for rettsoppfatningen i samfunnet. Dette vil føre til mindre forutberegnelighet og vanskeliggjøre lovgivers arbeid ettersom alternative tvisteløsningsmetoder ikke er preget av åpenhet slik som ved tvisteløsning for domstolene.

Hvis domstolene mister relevans som konfliktløser kan det bli vanskeligere for den enkelte å hevde sin rett. Dette kan føre til en betydelig økning av risiko for rettstap, spesielt for ressurssvake parter i en konflikt. Potensialet for ulike former for selvtekt kan også bli større.

Ikke bare skal domstolene være tilgjengelige for allmennheten for å danne et vern mot urett, men de er også sentrale for avklaring av spørsmål som kan ha bred interesse i samfunnet.²⁵⁶ Hertil er det spesielt viktig at sakstilfanget er noenlunde bredt, slik at Høyesterett kan utføre sine oppgaver med å sikre rettsenhet, samt bedrive rettsavklaring og rettsutvikling. Derfor er det viktig for samfunnet at domstolene er aktuelle og foretrukket som tvisteløsningsorgan.

Fallet i innkomne tvistesaker skyldes nok flere og sammensatte faktorer, slik som Domstolkommisjonen viste til.²⁵⁷ Det er rimelig å anta at de totale kostnadene ved alminnelig tvisteløsning, herunder kostnader som oppstår i forbindelse med anke over kjennelser og beslutninger, virker inn på trenden.

Slik som Domstolkommisjonen uttalte, er det nødvendig at domstolene er tilgjengelig for alle, slik at domstolens kjerneoppgaver sikres.²⁵⁸ Når domstolens tilgjengelighet reduseres, er

²⁵³ Se Domstoladministrasjonens årsstatistikk for tingrettene 2021 side 1.

²⁵⁴ Se NOU 2020: 11 side 15.

²⁵⁵ NOU 2020: 11 side 61.

²⁵⁶ NOU 2020: 11 side 61

²⁵⁷ Se NOU 2020: 11 side 62.

²⁵⁸ NOU 2020: 11 side 62.

min oppfatning at det er nødvendig å vurdere hvordan adgangen til å anke kjennelser og beslutninger kan reguleres for å hjelpe med å bøte på utviklingen. Dette fordi en vid adgang til å anke over slike avgjørelser, er med på å øke de totale kostnadene ved tvisteløsning for domstolene og derved tvisteløsning for domstolene mindre tilgjengelig.

De overnevnte momentene kan, alene eller sammen, virke inn på den reelle adgangen til domstolene. En stor risiko for å måtte bære både egne og den annens part sine sakskostnader kan føre til at mindre ressurssterke parter må se seg nødt til å godta dårlige forlik eller avtaler, simpelthen fordi de ikke har råd til å risikere å tape en ankesak. Dette kan føre til rettstap. I ytterste konsekvens kan nok dette sees på som et alvorlig rettssikkerhetsproblem – at rettergangslovgivningen bidrar til at den enkelte ikke kan hevde sin rett grunnet økonomiske forhold. Her må både ankende parter vernes fra å påføre seg selv unødvendige kostnader, og ankemotparter vernes mot den børen slike anker kan medføre.

Som vi ser, kan det antydes at reglene som gjelder for adgangen til å anke over kjennelser fører til, eller i alle fall bidrar til, en slags kjedereaksjon av utilsiktede virkninger av rettergangslovgivningen. Virkningene får ikke bare utslag i konkrete saker, men i hele den norske rettsorden. Dette skaper et markert behov for endringer i regelsettet, selv om viktigheten av det etter mitt skjønn er blitt undervurdert i NOU 2020: 11.

Dessuten så kan det bemerkes at adgangen til å omgjøre kjennelser og beslutninger etter § 19-10 reduserer behovet for særskilt overprøving av slike avgjørelser. Omgjøring kan skje enten etter en parts begjæring, eller på rettens eget tiltak, jf. bestemmelsens fjerde ledd. En slik reduksjon av behovet for anke gjelder særlig dersom en begjæring om omgjøring kombineres med en anke. Det kan tenkes at «trusselen» om at avgjørelsen vil bli sendt til overordnet instans kan motivere den rett som traff avgjørelsen til å gjøre en ny vurdering av spørsmålet.

Når konklusjonen er at det er behov for å endre dagens regler om adgangen til å anke kjennelser og beslutninger i sivile saker, kan en se for seg to ytterpunkter med hensyn til hvordan reglene kan se ut.

På den ene siden kan man tenke seg en ubetinget adgang til å anke slike avgjørelser og full prøvingskompetanse. En slik ordning legger imidlertid til rette for misbruk av rettssystemet, og ressursbehovet i domstolene ville ha økt betraktelig. Dette ville klart være uheldig og vil kunne forverre de problemene ligger til grunn for behovet for endringer.

På den andre siden, kan en se for seg en at det ikke er adgang til å særskilt anke over kjennelser og beslutninger i det hele tatt. En slik ordning ville imidlertid unntatt en rekke avgjørelser fra Høyesteretts prøvelsesadgang, og risiko for at mange uriktige avgjørelser ble stående. Dette ville ikke bare være uheldig med tanke på rettsutvikling, rettsavklaring og rettsenhet, men vil også kunne være i strid med Grunnloven § 88. Etter bestemmelsens første ledd annet punktum kan en lese at begrensinger i Høyesteretts prøvingsadgang kan skje med hjemmel i lov, men neppe for en så omfattende gruppe avgjørelser.²⁵⁹

Hverken av disse ytterpunktene kan aksepteres. Løsningen finnes et sted i mellom de to. Etter gjeldende rett er adgangen til å anke kjennelser og beslutninger nærmere det første ytterpunktet enn det andre. Etter min mening, på bakgrunn av analysene ovenfor, bør reguleringen justeres slik at de dreies vekk fra en svært liberal ankeordning til en mer innskrenket variant. I det følgende skal ulike måter å nå en slik målsetning på vurderes.

7 Domstolkommisjonens forslag til endringer i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger

7.1 Modellene i NOU 2020: 11

I NOU 2020: 11 vurderte Domstolkommisjonen blant annet et nytt system for saksbehandlingsanket.²⁶⁰ Kommisjonen fremmet ikke noe forslag til en helhetlig regulering av dette, grunnet dens mandat.²⁶¹ Men det ble likevel utformet en «grovskisse til mulige endringer i tvisteloven § 29-2».²⁶² Som vi har sett er § 29-2 en av reguleringene som begrenser adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Grovskissen er basert på ELI/UNIDROIT, The European Rules of Civil Procedure, Rule 178. Rule 178 tilsvarende utkastets Rule 29.²⁶³

Domstolkommisjonen utformet to ulike alternativer til tvisteloven § 29-2 annet ledd. I dette kapitlet skal disse to alternativene analyseres. Begge alternativene innebærer både en klargjøring av gjeldende begrensninger i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger, og ytterligere begrensninger i slik ankeadgang. Videre er det en fellesnevner for forslagene at

²⁵⁹ Se i denne retning Rt-2009-1118 S avsnitt 71 og Pedersen og Skoghøy (2020) side 309. Se nærmere under punkt 2.2 ovenfor.

²⁶⁰ Se NOU 2020: 11 side 333 flg.

²⁶¹ Se NOU 2020: 11 side 334.

²⁶² NOU 2020: 11 side 334. Skissen er inntatt på side 365.

²⁶³ Sml. NOU 2020: 11 side 365; ELI/UNIDROIT.

hovedregelen skal være at saksbehandlingsavgjørelser ikke skal kunne ankes særskilt, men med en rekke unntak.

Domstolkommisjonen viste blant annet til at Tvistemålsutvalget vurderte spørsmålet om overprøving av saksbehandlingsavgjørelser skulle skje ved særskilt overprøving eller som ledd ved overprøving av realitetsavgjørelsen.²⁶⁴ Som nevnt er de aller fleste kjennelser og beslutninger å betegne som saksbehandlingsavgjørelser. Utvalget gikk til slutt inn for en kombinasjon, hvor det kan ankes særskilt over slike avgjørelser og hvor de i tillegg kan benyttes som ankegrunn ved anke over dom.

Kommisjonen listet opp en rekke argumenter for og imot en særskilt overprøvingsadgang for kjennelser og beslutninger. Av argumenter til fordel for en særskilt ankeadgang, nevnes hensynet til riktig resultat, prosessøkonomi, prosesstradisjon, fremdrift i behandlende instans og Høyesteretts rolle i forbindelse med dens sentrale oppgaver. Det ble også vist til at hovedregelen i Sverige og USA var at prosessuelle avgjørelser som ikke avgjorde et materielt krav i saken var unntatt særskilt overprøvingsadgang.²⁶⁵

Kommisjonen pekte på at det viktigste argumentet for særskilt ankeadgang, beror på at feil som kan virke inn på realitetsavgjørelsen bør rettes tidligst mulig. Dette for å unngå at man blir nødt til å foreta en full behandling av saken på nytt, med den ressursbruk og de kostnader som det krever.²⁶⁶ Særskilt ankeadgang ville på denne måten føre til kvalitativt bedre avgjørelser, ettersom man får en «prosessuelt riktigere» og «bedre prosess».²⁶⁷

På den andre siden, viste kommisjonen til at prosessøkonomiske hensyn, hensiktsmessig bruk av ressurser, effektivitet og systembetraktninger tilsier at ankeadgangen for rene saksbehandlingsavgjørelser bør begrenses.²⁶⁸ I begrunnelsen for forslaget som ble fremmet, grovskissen til mulige endringer i tvisteloven § 29-2, viste kommisjonen imidlertid til at prosessøkonomiske argumenter har vært brukt for å begrunne både vide og snevre ankeordninger.²⁶⁹

²⁶⁴ Se NOU 2020: 11 side 333.

²⁶⁵ Disse argumentene lå til grunn for tvistelovens løsning, se NOU 2020: 11 side 333 jf. NOU 2001: 32 A side 355-357.

²⁶⁶ Se NOU 2020: 11 side 333–334 med videre henvisning til NOU 2001: 32 A side 355–357.

²⁶⁷ Jf. NOU 2020: 11 side 333.

²⁶⁸ Jf. NOU 2002: 11 side 334.

²⁶⁹ NOU 2020: 11 side 334.

Forslaget som ble fremsatt om en hovedregel om at saksbehandlingsavgjørelser ikke kan ankes særskilt, tyder på at kommisjonen i det vesentlige bygger på de samme hensyn som tvistemålsutvalget, men at disse er blitt vektet noe annerledes. Dette kan skyldes flere forhold.

I NOU 2001: 32 A ble det for eksempel vist til at mulighetene til særskilt overprøving av saksbehandlingsavgjørelser medfører at feil kan rettes opp på et tidlig stadium, slik at en slipper en fordyrende og fullstendig ny behandling av samme sak.²⁷⁰ I perioden 2008-2018, førte svært få anker over kjennelser og beslutninger til et bedre resultat for den ankende part.²⁷¹ Dette kan tas til inntekt for at prosessøkonomiske hensyn som argument for en særskilt overprøvingsadgang bør tillegges mindre vekt. Dersom anken ikke fører frem, vil den jo ikke rette opp i noen feil og representerer da bare en risiko for utsettelse, økte totale kostnader og belastning for partene og rettssystemet.

Det er nemlig kun 15 prosent av slike anker som føre helt eller delvis frem. Videre fører 8 prosent til opphevelse av underinstansens avgjørelse – altså en ny og følgelig ytterligere kostbar behandling av saken, den samme virkningen som var særlig uønsket av Tvistemålsutvalget. Dette viser også at tingretten som oftest fatter riktige og gode avgjørelser, slik at argumentet om at vid overprøvingsadgang fører til kvalitativt bedre avgjørelser svekkes i noen grad.

Etter dette må behovet for særskilt ankeadgang for kjennelser og beslutninger være redusert, selv om det er rimelig å anta at en full ny behandling er mer kostbar enn retting av en prosessuell feil på et tidligere stadium. Det kan i denne forbindelse også nevnes at samtidig som sakstilfanget for domstolene har falt, både for søksmål og ankesaker, har også antallet kjennelser og beslutninger per sak økt betraktelig.²⁷²

Jeg kan ikke se at kommisjonen har tatt frem de negative virkninger som arbeidet med anker over kjennelser og beslutninger utgjør for den totale ressursbruken i domstolene. Når man kan se at målet om 6 måneders saksbehandlingstid for sivile saker ikke nås, bør det vurderes hvordan ulike tiltak kan virke inn for å endre dette.

²⁷⁰ Se NOU 2001: 32 A side 357.

²⁷¹ Statistikken for perioden er nærmere omtalt under punkt 6.3 ovenfor.

²⁷² Jf. NOU 2020: 11 side 333, jf. *Figur 20.3* på side 244.

Men sivilprosessen er komplisert, og endring av en bestemmelse kan få ringvirkninger. Et eksempel på slike utfordringer kan være ved en utvidelse av silingsadgangen for anke over dom, hvor det samtidig kreves at saksbehandlingsfeil har virket inn på avgjørelsens innhold. En slik ordning ville antagelig føre til flere anker over silingsavgjørelser, men domstolene vil ha mer ressurser til å behandle slike anker på grunn av utvidet silingsadgang og krav om innvirkende saksbehandlingsfeil.

Det sammensatte regelverket i sivilprosessen byr på flere utfordringer her. Et særlig aktuelt eksempel på hvordan endringer av ett sett med regler kan få store innvirkninger på et annet er Domstolkommisjonens forslag om preklusjon mellom instansene.²⁷³ Preklusjon mellom instansene vil medføre prosesshandlinger som ikke ble gjennomført ved tingretten, ikke kan gjøres gjeldende i lagmannsretten. For eksempel vil et bevis som ble avskåret etter § 21-7 i tingretten ikke kunne legges frem for lagmannsretten – beviset blir altså prekludert. De prosessuelle avgjørelsene får dermed økt betydning. Følgelig ser vi at forslaget om preklusjon mellom instansene medfører en økning av behovet for overprøving av kjennelser som avgjør en tvist om bevis og andre prosessuelle avgjørelser.

7.1.1 Hovedregel om begrenset ankeadgang avgrenset etter avgjørelsesform – forslagets alternativ A

Det første forslaget, alternativ A, opererer med en hovedregel om at kjennelser og beslutninger ikke kan påankes med mindre det er tale om en avgjørelse som avviser eller hever saken. Man kan altså se en tilsynelatende markant endring fra gjeldende rett, hvor man går fra en hovedregel om særskilt overprøvingsadgang, til en hovedregel om at kjennelser og beslutninger ikke kan ankes. Som vi skal se, er imidlertid ikke begrensningen like omfattende som den virker som helt umiddelbart.

Ordlyden i forslaget angir at det er tale om begrensninger i adgangen til særskilt overprøving av kjennelser og beslutninger. Formuleringen i forslaget til nytt annet ledd lyder i første punktum: «Kjennelser og beslutninger kan bare ankes dersom de avviser eller hever saken».²⁷⁴ Begrepet «anke» benyttes fremfor «angripe». Begrensningen i forslaget vil med andre ord ikke komme til anvendelse dersom kjennelser eller beslutninger brukes som ankegrunn ved anke over dom, jf. skillet mellom begrepene omtalt ovenfor.

²⁷³ Se NOU 2020: 11 side 326–328.

²⁷⁴ Jf. NOU 2020: 11 side 365.

Utgangspunktet etter forslaget er at kjennelser og beslutninger ikke kan påankes særskilt. Avgjørelser som avviser eller hever en sak er unntatt fra dette utgangspunktet. Dermed er det saksbehandlingsavgjørelser som er objektet for hovedregelen om unntatt ankeadgang. Unntak fra denne hovedregelen kommer jeg tilbake til umiddelbart nedenfor og under punkt 7.1.3.

Som nevnt finnes det flere eksempler på særskilte bestemmelser som unntar visse kjennelser og beslutninger fra adgangen til å anke. Forslaget i alternativ A, vil innebære et skifte hvor begrensningene i ankeadgangen for slike avgjørelser endres fra spesialreguleringer, til en generell regel om at adgangen til å anke som utgangspunkt er avskåret. Forslaget kan derfor føre til behov for endring også i disse bestemmelsene, uten at kommisjonen har foreslått slike endringer.

Det fremtredende unntaket fra denne hovedregelen etter alternativ A, er at kjennelser og beslutninger som avviser eller hever saken likevel skal kunne ankes, jf. ordlyden i forslaget sitert i avsnittet over. Det er på dette punkt alternativ A skiller seg fra alternativ B.

Kjennelser og beslutninger som avviser eller hever en sak bør klart nok kunne være gjenstand for anke. Slike avgjørelser skiller seg vesentlig fra andre kjennelser og beslutninger, nettopp for de medfører at behandlingen av en sak opphører. At kjennelser og beslutninger som avslutter saken kan ankes er allerede gjeldende rett, jf. § 29-2 fjerde ledd, som for øvrig ikke er foreslått opphevet.

Dessuten vil også alternativ A nødvendiggjøre en rekke andre endringer i § 29-2. Dette synes ikke å være hensyntatt i kommisjonens vurdering av alternativ A som ifølge kommisjonen er det alternativet som er «enklest å slutføre».²⁷⁵ Videre, bør ikke hva som er den enkleste gjennomføringsmåten være den bærende begrunnelsen for ny reguleringen av reglene som gjelder for adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Det avgjørende bør være hva som gir det beste regelsettet, hvor utilsiktede og negative virkninger begrenses mest mulig. Det er tale om endringer i en komplekst regelsett med generelle og spesielle regler som gjelder for flere rettsinstanser. Det praktiske omfanget av de foreslåtte endringene vil derfor være stort, slik at disse lovgivningstekniske hensyn ikke bør tillegges avgjørende vekt.

²⁷⁵ NOU 2020: 11 side 365.

7.1.2 Hovedregel om begrenset ankeadgang avgrenset etter avgjørelsens innhold – forslaget alternativ B

Formuleringen i alternativ B lyder slik: «Kjennelser og beslutninger kan ankes dersom de avgjør et krav eller en del av et krav i instansen. Andre kjennelser og beslutninger kan ankes dersom de avgjør [...]».²⁷⁶ Forslaget forutsetter altså en hovedregel om at kjennelser og beslutninger ikke skal kunne ankes særskilt, med visse unntak. Etter dette alternativet trekkes skillet mellom hvilke avgjørelser som i utgangspunktet skal kunne ankes eller ikke etter avgjørelsens innhold.

Etter forslaget kan ikke kjennelser og beslutninger ankes med mindre de avgjør krav som er reist i saken. Hovedregelen om at kjennelser og beslutninger er unntatt ankeadgang etter forslaget i alternativ B vil altså ikke omfatte realitetsavgjørelser. Med en slik avgrensning, vil det ikke være nødvendig med en positiv angivelse av alle forskjellige realitetskjennelser i opplistingen av unntak.

Kjennelser og beslutninger som avgjør et krav helt eller delvis blir altså positivt angitt som ankegenstand. Når siktemålet er en hovedregel om at kjennelser og beslutninger ikke kan ankes, bør bestemmelsen etter min mening inneholde en negativ avgrensning som angir hovedregelen, for eksempel som i formuleringen i alternativ A. Dette fordi det etablerer utgangspunktet på en tydeligere måte, og markerer at det er en hensikt i at prosessuelle avgjørelser som utgangspunkt ikke skal kunne ankes særskilt.

En merkbar forskjell mellom ordlyden i alternativ A og B er at i alternativ A heter det at «Kjennelser og beslutninger kan *bare* ankes [...]», (min kursivering). I alternativ B er imidlertid ordet «bare» utelatt. Dette gjør at hovedregelen om en begrenset ankeadgang ikke fremkommer på en fullgod måte.

Formuleringen er derfor noe upresis, etter min oppfatning. Uten markørordet «bare» oppstilles i større grad en regel som angir hva slags kjennelser og beslutninger som kan påankes, enn en regel som begrenser ankeadgangen for kjennelser og beslutninger. Forskjellen virker ubegrunnet. Etter mitt skjønn foreligger det ikke noen forhold som tilsier at ordet «bare», ikke skal forekomme i alternativ B. Det virker derfor uklart om dette var en tilsiktet forskjell fra kommisjonens side. Markøren «bare» kan dessuten heve terskelen for å

²⁷⁶ Jf. NOU 2020: 11 side 365. Klammene markerer opplistingen av unntakene. Disse er de samme som etter alternativ A. Om unntakene, se punkt 7.1.3 nedenfor.

fremsette en ankeerklæring, og dermed bidra til reduksjon av antall anker over kjennelser og beslutninger. Slik sett bør ordet «bare» også inngå i alternativ B.

Ettersom skillet i alternativ B trekkes etter avgjørelsens innhold, reiste kommisjonen spørsmål ved om det er nødvendig å opprettholde dagens ordning med tre ulike avgjørelsestyper, eller om det vil være tilstrekkelig med en deling mellom dom og kjennelse/beslutning. Det fremgår av kommisjonens utredning at den finner det nærliggende å vurdere opprettholdelsen av et slikt skille dersom endringene i alternativ B skal innføres.²⁷⁷

Slik jeg ser det, er en deling mellom dom, kjennelse og beslutning hensiktsmessig uavhengig av om alternativ B implementeres som lovendring eller ikke. Jeg antar at en deling mellom dom og kjennelse/beslutning, i praksis vil bety at beslutning fjernes som type rettsavgjørelse.

Etter gjeldende rett kunne det kanskje virke uheldig med et slikt skille, da avgjørelsesformen også markerer viktigheten av en avgjørelse. Et skille mellom kun dom og kjennelse/beslutning ville da gjøre regler om ankeadgang mindre tilgjengelige og mindre forutsigbare. Men ettersom forslagene til endringer i § 29-2 innebærer en markant forenkling av reguleringen av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger, vil ikke disse potensielt uheldige virkningene være lite betydningsfulle. Alle unntak, i tillegg til en skjønnsmessig kategori, vil jo være positivt angitt i lovteksten – kjennelser og beslutninger som ikke omfattes av unntakene kan ikke ankes særskilt etter forslaget.

Dersom en bare skulle operere med dom og kjennelse/beslutning, kan man se for seg ulike virkninger. En mulig virkning kan være at avgjørelser som ville vært beslutninger tilskrives et generelt begrunnelseskrav som ikke er tilstede ved dagens deling mellom avgjørelsestyper. Proporsjonalitetshensynet, bakgrunnen for dette lempede begrunnelseskravet, tilsier at det ikke bør være løsningen.

Det er nemlig slik at kun dommer og kjennelser krever begrunnelse, jf. tvisteloven § 19-6 fjerde ledd. Bestemmelsen må forstås slik at beslutninger ikke krever begrunnelse med mindre annet er bestemt.²⁷⁸ En endring av skillet mellom avgjørelsestyper vil dermed føre til en begrunnelsesplikt også for beslutninger. Slik kan et nytt skille mellom kun dom og

²⁷⁷ NOU 2020: 11 side 365.

²⁷⁸ Beslutninger om ankenektelse etter § 29-13 første og annet ledd krever begrunnelse. Her stilles også strengere krav til begrunnelse av nektelse etter annet ledd sammenlignet med første ledd.

kjennelse/beslutning redusere de positive virkningene som reduksjonen av merarbeid som endringer i ankeadgangen kan føre til. I tillegg vil det stadig være behov enkle avgjørelser uten krav til en utførlig begrunnelse ut fra hensynet til proporsjonalitet. Dersom begrunnelsesplikten i § 19-6 ikke endres samtidig, vil det fremstå som vilkårlig om en kjennelse/beslutning krever begrunnelse eller ikke. Eventuelt vil det måtte gis bestemmelser som regulerer når kjennelser krever begrunnelse, noe som ikke vil være særlig forenklende.

Det kan også stilles spørsmål om kjennelser i det hele tatt bør være underlagt en generell begrunnelsesplikt dersom forslagene til endring i § 29-2 gjennomføres. Etter § 1-1 annet ledd, skal «viktige avgjørelser begrunnes» og «avgjørelser av vesentlig betydning kunne overprøves» for å oppnå tvistelovens formål. Når vurderingene i NOU 2020: 11 bygger på at kjennelser og beslutninger som utgangspunkt ikke kan ankes særskilt, tilsier dette i lys av lovens formål at avgjørelsene ikke er av «vesentlig betydning». Dermed bør de heller ikke anses som så «viktige» at de krever begrunnelse. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en slik løsning vil være forenlig med kravet til rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6.²⁷⁹ Et lempet begrunnelseskrav kan uansett ikke gjelde avgjørelsene som omfattes av unntakene.

Det er likevel en rekke andre hensyn som kan kreve begrunnelse, for eksempel tillit til domstolene, notoritet og etterprøvnbarhet. Denne diskusjonen blir dessverre for omfattende til å drøfte i denne avhandlingen, men vi kan se at endringer i skillet mellom avgjørelsestyper kan aktualisere flere rettslige problemstillinger. For eksempel kan det neppe aksepteres at kjennelser ikke begrunnes dersom det også gjelder preklusjon mellom instansene etter forslaget i NOU 2020: 11.

Det kan likevel tenkes et slags kompromiss. Det vil muligens være behov for en angivelse i loven om hva som anses som «realitetsavgjørelser» og «sakstyrende-» eller «prosessledende avgjørelser» dersom en går inn for alternativ B. Som kjent er det de avgjørelsene som avgjør et krav eller deler av det som anses som realitetskjenner. Prosessuelle avgjørelser gjelder saksbehandlingen og har ikke direkte virkning for realiteten i saken.

En presisering av innholdet av avgjørelser vil dessuten kunne muliggjøre en differensiert begrunnelsesplikt. Dersom det ikke er noe som kan skille kjennelser fra beslutninger er det kan det heller ikke opereres med en begrunnelsesplikt for bare én av disse avgjørelsestypene.

²⁷⁹ Se Pedersen (2016) side 213-218 om EMK art. 6 sitt krav om begrunnelse av prosessuelle avgjørelser.

En begrunnelsesplikt kan dessuten tenkes å utledes fra unntakene i forslagene – det vil si at de avgjørelser som omfattes av unntakene til alternativ A eller B, skal begrunnes fordi de kan påankes særskilt. Hvorvidt kjennelser/beslutninger behøver begrunnelse eller ikke, er imidlertid en stor diskusjon, og faller utenfor avhandlingens tema.

Dersom den generelle begrensingen i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger skal gjennomføres ved et skille etter avgjørelsens innhold – om det er tale om en realitetsavgjørelse eller ikke, som etter alternativ B – bør lovteksten etter mitt syn gi uttrykk for hva som er å anse som en realitetsavgjørelse. En slik presisering vil gjøre prosessreglene mer tilgjengelige.

Når dette er sagt vil imidlertid regulering etter alternativ B, med enkelte endringer i forslaget, gjøre reglene for ankeadgangen over kjennelser og beslutninger enklere. Som vi har sett, er adgangen til å anke beslutninger etter gjeldende rett vesentlig mer begrenset enn adgangen til å anke kjennelser og for så vidt også dommer. Hva gjelder ankeadgangen vil altså alternativ B forenkle regelsettet, da det ikke er av betydning om avgjørelsen er fattet som en kjennelse eller beslutning. I det videre blir reglene også enklere med tanke på at en avgjørelse som er fattet i feil form, likevel skal følge av de reglene som gjelder for den avgjørelsesformen som skulle vært brukt med hensyn til overprøving, jf. tvisteloven § 19-1 fjerde ledd.

Etter mitt syn, vil Domstolkommisjonens grovskisse til mulige endringer i tvisteloven § 29-2 alternativ B, danne et godt utgangspunkt for en ny hovedregel om begrenset ankeadgang for kjennelser og beslutninger. Behovet for endringer er fremtredende, som vist ovenfor. Samtidig mener jeg at skillet mellom dagens ulike avgjørelsestyper bør opprettholdes. I neste punkt analyseres unntakene som er foreslått i grovskissen til endringer.

7.1.3 Samlede unntak etter alternativ A og B

Som vi har sett, er reglene som gjelder for anke over kjennelser og beslutninger komplekse og sammensatte. Ytterpunktene med enten en fullstendig åpen eller utelukket adgang til særskilt overprøving kan ikke aksepteres. Når endringene i § 29-2 som foreslås i NOU 2020: 11 opererer med en hovedregel om at særskilt overprøving ikke skal kunne skje, er det likevel med flere unntak.

Det kan skilles mellom innledende unntak forbundet med forslaget til ny hovedregel, og øvrige opplistede unntak etter kommisjonens forslag i NOU 2020: 11. I tillegg kommer et generelt unntak som forslag til endring i § 29-2 tredje ledd. De innledende unntakene

fremkommer allerede i forslag til nytt annet ledd første punktum i tvisteloven § 29-2 i både alternativ A og B. De øvrige opplistede unntakene fremkommer i forslaget til nytt annet ledd annet punktum, bokstav a flg.

Etter alternativ A skal det gjelde unntak for kjennelser og beslutninger som avviser eller hever saken. Dette må sies å være et godt begrunnet unntak. Som nevnt er behovet for ankeadgang for slike avgjørelser større enn for mange andre kjennelser og beslutninger. I alternativ B er det innledende unntaket fra hovedregelen om begrenset ankeadgang for kjennelser og beslutninger, at avgjørelser som avgjør et krav eller en del av et krav, likevel skal kunne ankes. Også slike avgjørelser bør kunne nyte særskilt ankeadgang. Det vises for øvrig til redegjørelsene og drøftelsene av forslagens alternativ A og B ovenfor.

Videre er det forutsatt at det skal gjelde et generelt unntak fra den begrensede ankeadgangen, for avgjørelser som retter seg mot tredjepersoner. Unntaket er foreslått å gjelde for både alternativ A og B, som et nytt tredje ledd i § 29-2. Dette unntaket krever ingen utførlig drøftelse. Det er naturlig at tredjeperson må ha adgang til å anke en avgjørelse som retter seg mot ham, og som pålegger ham plikter eller rettigheter i en rettssak som ikke gjelder ham selv. Når et rettssubjekt på en slik måte blir dratt inn i en rettssak som var ham uvedkommen, og en kjennelse for eksempel pålegger ham å utlevere et bevis, må han ha en selvstendig rett til å anke over avgjørelsen. Se for øvrig § 29-8 annet ledd som allerede slår fast dette. Denne bestemmelsen er ikke foreslått endret.

Det skal etter forslagene også gjelde unntak for visse positivt angitte avgjørelser. Disse fremkommer i forslaget til endring i § 29-2 annet ledd annet punktum, bokstav a flg. Listen er ikke uttømmende angitt i utredningen, selv om kommisjonen mener en slik opplisting bør være uttømmende.²⁸⁰ De generelle trekkene som går igjen for avgjørelsene som er listet opp, er at de er av sentral betydning for den videre behandlingen av saken.

Jeg finner ikke grunn til å gjenta alle unntakene som kommisjonen har nevnt, og nøyer meg med å vise til at det er tale om avgjørelser har et særlig behov for ankeadgang. Kommisjonen sorterer unntakene inn i tre kategorier: 1) avgjørelser om domstolens kompetanse og andre

²⁸⁰ Jf. NOU 2020: 11 side 366.

avgjørelser som fører til avvisning eller heving, 2) avgjørelser som i praksis ikke kan benyttes som ankegrunn ved anke over dom, og 3) avgjørelser om valg av prosesspor.²⁸¹

Et fellestrekk for de opplistede unntakene er at det er tale om å opprettholde ankeadgang for kjennelser og beslutninger som praktisk sett får en slags irreversibel virkning. Det er klart at behovet for overprøving av slike avgjørelser er betraktelig større for slike avgjørelser enn for avgjørelser som kan påberopes som ankegrunn når det foreligger en realitetsavgjørelse i saken. Etter mitt skjønn virker dette som en god begrunnelse for å forsvare unntak fra en hovedregel om begrenset ankeadgang.

Slik som kommisjonen peker på, beror det på en sammensatt vurdering om en avgjørelse kvalifiserer til unntak fra hovedregelen om begrenset ankeadgang for kjennelser og beslutninger.²⁸² Vurderingen av om en avgjørelse kvalifiserer til unntak bør skje med «utgangspunkt i at hovedregelen skal være at saksbehandlingsfeil bare skal kunne brukes som ankegrunn mot dommen».²⁸³ Denne uttalelsen kan tenkes å misforstås. Formuleringen kan forstås som at kommisjonen ønsker å innføre en såkalt «final judgement rule».²⁸⁴ Det er imidlertid ikke tilfellet.

Også andre momenter er relevante for vurderingen. For eksempel kan det være nødvendig å se på det bør være adgang til å anke kjennelser som avgjør en tvist om bevis dersom overprøving medfører stor bruk av ressurser på et spørsmål som ankeinstansen har dårligere forutsetninger til å vurdere, sammenlignet med foregående instans. Slik kan hensynet til proporsjonalitet ha betydning for vurderingen av hvilke avgjørelser som kvalifiserer til unntak.

Under enhver omstendighet bør det være en skjønnsmessig kategori for ubestemte avgjørelser, slik som kommisjonen peker på.²⁸⁵ Dette vil for det første kunne være en sikkerhetsventil for å opprettholde kravet til forsvarlig rettergang. For det andre vil en slik ankeadgang også kunne slippe igjennom prinsipielle- og andre spørsmål som det er viktig at Høyesterett får anledning til å kunne avklare. Terskelen for unntak etter en slik skjønnsmessig kategori i en konkret sak bør imidlertid være høy etter mitt syn. Noe annet ville være

²⁸¹ Se NOU 2020: 11 side 366.

²⁸² Se NOU 2020: 11 side 366.

²⁸³ Jf. NOU 2020: 11 side 366.

²⁸⁴ Om «final judgement rule», se NOU 2001: 32 A side 355–357.

²⁸⁵ NOU 2020: 11 side 366.

motstridende med de utfordringer med saksbehandlingstid og totale sakskostnader som endringsforslagene er ment til å avhjelpe.

7.1.4 Behov for endringer i reguleringen av ankeadgangen til Høyesterett

Forslagene til endringer i tvisteloven § 29-2 i NOU 2020: 11 gjaldt kun anke til lagmannsretten. Slik som kommisjonen bemerket, vil det være nødvendig å vurdere adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett også, dersom et av endringsforslagene tas til følge.²⁸⁶ I dette punktet skal jeg derfor vurdere hvordan slike endringer kan se ut.

De sentrale reguleringene av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett finnes i tvisteloven §§ 30-5 og 30-6. Forslagene til endringer i § 29-2, medfører betydelige innskrenkninger i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til lagmannsretten. Som vist ovenfor, er ankeadgangen for slike avgjørelser mer begrenset ved anke til Høyesterett enn til lagmannsretten etter gjeldende rett.

Dersom endringsforslagene implementeres uten at tilsvarende regler for anke til Høyesterett endres, vil det være en videre adgang til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett enn til lagmannsretten. Dette kan være uheldig.²⁸⁷ Endringsforslagene i NOU 2020: 11 krever derfor også endringer i reguleringen av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett.

Hva gjelder § 30-6 om adgangen til videre anke over kjennelser, kan jeg ikke se at det er behov for endringer. Adgangen til videre anke over kjennelser er allerede begrenset på en måte som tilsvarer forslagene til endringer i § 29-2. Hovedregelen etter § 30-6 er at en videre anke over kjennelse ikke kan påankes, se punkt 5.2 ovenfor. Begrensningene i ankeadgangen er like stramme for videre anke over kjennelser til Høyesterett etter gjeldende rett, som de kjennelser og beslutninger som vil omfattes av hovedregelen som foreslås for § 29-2 i NOU 2020: 11.

Det gjøres også unntak fra hovedregelen etter § 30-6. Men unntakene er mindre omfattende enn unntakene etter endringsforslaget til § 29-2 og har en annen begrunnelse. Det sentrale hensynet bak unntakene i § 30-6 bokstav a-d, er Høyesteretts virksomhet som

²⁸⁶ NOU 2020: 11 side 366.

²⁸⁷ Se likevel Berglund (2016) side 150 i en annen retning om endringer i § 29-13.

prejudikatsdomstol. Slik som kommisjonen påpeker er det viktig at «Høyesteretts rolle i å avklare og utvikle prosessretten ikke svekkes».²⁸⁸

Kommisjonen antyder at tvisteloven § 30-6 kan «revideres slik at den samsvarer med tilsvarende regler om anke til lagmannsretten».²⁸⁹ Jeg mener at det er noe uklart hva kommisjonen sikter til her. Menes det at bestemmelsen kan endres slik at unntakene i forslaget til § 29-2 annet ledd, bokstav a flg. kan erstatte unntakene som fremgår av dagens § 30-6 bokstav a-d?

Dersom dette er forutsatt, ser jeg det slik at det vil svekke Høyesteretts rolle i avklare og utvikle prosessretten. Dette fordi begrensningene i adgangen til anke til Høyesterett da ikke lenger utelukkende vil gjelde ankeadgang begrunnet ut fra Høyesteretts prejudikatsfunksjon og virksomhet, rettssikkerhetshensynet, hensynet til forsvarlig rettergang og medias kildevern.

Det bør også understrekes at § 29-2 stadig vil gjelde tilsvarende ved anke til Høyesterett, jf. § 30-3 første ledd. De begrensninger som gjelder for anke over kjennelser og beslutninger etter forslaget i NOU 2020: 11, vil også gjelde ved anke til Høyesterett. Følgelig er behovet for å revidere tvisteloven § 30-6 på en slik måte som kommisjonen antyder, temmelig beskjedent.

Det kan tenkes at adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett rent formelt sett bør være videre enn anke til lagmannsretten. Dette bygger på et resonnement om at når ankeadgangen til lagmannsretten er sterkt begrenset, vil det medføre at færre avgjørelser kommer frem til Høyesteretts ankeutvalg. Slik sett vil begrensningene i ankeadgangen til lagmannsretten, indirekte virke som en begrensning i overprøvingsadgangen for Høyesterett. Men likevel slik at Høyesteretts muligheter til å prøve anker over kjennelser og beslutning ut fra hensynene til rettsenhet, rettavklaring og rettsutvikling innenfor prosessretten opprettholdes. Dette resonnementet henger imidlertid sammen med mulige endringer i § 30-5, som jeg skal behandle umiddelbart nedenfor.

Dette idet man kan begrense adgangen til realitetsbehandling av anker over kjennelser og beslutninger i Høyesterett dersom man justerer terskel for nektelse etter § 30-5. Ved å senke

²⁸⁸ Jf. NOU 2020: 11 side 366.

²⁸⁹ Jf. NOU 2020: 11 side 366.

ankeutvalgets terskel for heving vil denne adgangen begrenses, og samtidig ta hensyn til at Høyesterett må kunne bedrive sin virksomhet med rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling.

En slik terskel kan tenkes gjennomført ved å endre hovedregelen om realitetsbehandling av anker over kjennelser og beslutninger i ankeutvalget i tvisteloven § 30-5. Etter gjeldende rett er hovedregelen at anker over kjennelser og beslutninger skal realitetsbehandles av ankeutvalget. Men, som en motvekt har ankeutvalget anledning til å nekte realitetsbehandling etter gitte vilkår. Som nevnt, skiller hovedregelen om anke over kjennelser og beslutninger seg fra hovedregelen om anke over dom. Anke over dom krever tillatelse for realitetsbehandling.

På denne bakgrunn kan man se for seg en endring av tvisteloven § 30-5, for eksempel ved å endre den fra en negativt formulert regel, til en positiv formulert regel. Dette kan gjøres ved å stille krav til samtykke for at en anke over kjennelse eller beslutning skal realitetsbehandles, slik som regelen er for anke over dom etter § 30-4.

Dette vil føre til at en går fra en relativt sett høy terskel for at anken ikke skal behandles, altså nektelse, til en høy terskel for at anken skal kunne behandles. En slik regel bør nok utformes slik at de grunner som etter gjeldende rett i § 30-5 kan begrunne nektelse, bør tilsi at samtykke bør gis. Med andre ord at dersom anken reiser spørsmål av betydning utenfor foreliggende sak eller at andre hensyn taler for at anken realitetsbehandles, bør det gis samtykke til realitetsbehandling.

Slik vil Høyesterett kunne bli utstyrt med et mer presist verktøy for å styre sitt sakstilfang, slik at instansen har muligheten til å kun behandle spørsmål som er av interesse med hensyn til rettsenhet, -utvikling og -avklaring også når det gjelder anker over kjennelser og beslutninger. En slik regel vil samsvare godt med Høyesteretts gjøremål, hvilket er et bærende hensyn i regulering av et potensielt nytt system for saksbehandlingsanker.²⁹⁰ Som påpekt av Øie og Matningsdal, er det ikke lenger behov for at Høyesterett skal fungere som en alminnelig ankedomstol.²⁹¹ En slik regel vil nettopp, utover å begrense ankeadgangen, også bidra til å rendyrke Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol.

²⁹⁰ Se NOU 2020: 11 side 334.

²⁹¹ Øie og Matningsdal (2018) side 880.

En motforestilling til en slik ordning kan kanskje være at det virker lite forutberegnelig. Til en slik innvending bør det imidlertid nevnes at vi aksepterer en slik ordning for anker over dommer. Fra et «mer til det mindre»-perspektiv, bør en slik ordning også kunne aksepteres for anker over kjennelser og beslutninger. Dette fordi kjennelser og beslutninger som oftest vil være mindre viktige avgjørelser.²⁹²

Dessuten vil en stadig ha forutberegnelighet ved at kriteriene som gjelder for nektelse etter § 30-5 de lege lata, vil være retningsgivende for om en anke over en kjennelse eller beslutning i en konkret sak vil tas til realitetsbehandling.

Det bør også understrekes at § 29-2 stadig vil gjelde tilsvarende ved anke til Høyesterett, jf. § 30-3 første ledd. Begrensningene i ankeadgangen som forutsatt i endringsforslaget i NOU 2020: 11 vil med andre ord også gjelde som begrensninger ved anke over kjennelser og beslutning til Høyesterett.

Reglene som gjelder for videre anke over kjennelser samsvarer derfor med de endringsforslagene som er fremmet i NOU 2020: 11 til tvisteloven § 29-2, nytt annet og tredje ledd. Reelt sett, vil dessuten ankeadgangen være snevrere, ettersom unntakene etter § 30-6 er mer spisset. Det vises til redegjørelsen av disse unntakene under punkt 5.2, bokstavene a) til d) ovenfor.

Endringer i § 30-5 som foreskrevet over kan også tenkes gjennomført på andre måter. En kan for eksempel se for seg at § 30-5 kan utformes slik:

«§ 30-5 Samtykke til å fremme anke over kjennelser og beslutninger.

Anke over kjennelse eller beslutning kan ikke fremmes uten samtykke. Samtykke skal bare gis dersom anken reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, eller dersom andre hensyn taler for at anken prøves. § 30-4 annet og tredje ledd gjelder tilsvarende.»

Ved å endre § 30-5 til en samtykkeregulering fremfor en nektelsesadgang, er det ikke behov for nektelsesadgangen som nevnes for omfattende bevisspørsmål, jf. § 30-5 annet punktum. Slike spørsmål kan likevel prøves, men vil forutsette samtykke.

²⁹² Se likevel Hov (2019) side 444–445.

Ordlyden i dette forslaget er svært lik dagen § 30-4. Det kan derfor tenkes at en slik regel kan innlemmes i den bestemmelsen, slik at § 30-5 kan oppheves. En slik endring kan likevel måtte bety at det er nødvendig med en endring i § 30-6.

Dersom det implementeres en samtykkeløsning, vil ikke unntakene som fremgår av § 30-6 være effektive. Det vil være et uheldig utslag. Unntakene er som nevnt ovenfor begrunnet ut fra Høyesteretts prejudikatsfunksjon og virksomhet, rettsikkerhet, hensynet til forsvarlig rettergang og medias kildevern i forbindelse med Grunnloven § 100. Det ville være en forbigåelse av disse viktige unntakene dersom man ikke samtidig med en samtykkeløsning, forutsetter at § 30-6 gjelder uavhengig av begrensningene som følger av en samtykkeordning. Dermed vil regelen kunne fungere som en sikkerhetsventil for uriktige avgjørelser.

7.1.5 Vurdering av Domstolkommisjonens forslag

Slik som kommisjonen pekte på er det ikke tilstrekkelig kun å vurdere tvisteloven § 29-2 for å få bukt med problemene som forsøkes avhjulpet ved forslaget. Dette har vi allerede sett eksempler på ved ankeadgangen til Høyesterett. Men også andre regler i tvisteloven og særlovgivningen må gjennomgås for å sikre en helhetlig regulering.

Domstolkommisjonen erkjenner rett nok at regelsettet for anker over kjennelser og beslutninger krever en mer helhetlig gjennomgang enn det kommisjonens mandat kan forsvare. Men selv med dette som bakteppe, virker forslagene til endringer i tvisteloven § 29-2 nytt annet og tredje ledd noe dårlig forberedt.

For det første kan det vises til at alternativ A, som tilsynelatende er mest attraktivt for kommisjonen grunnet antagelsen om enklere gjennomføring, legger opp til en dobbeltsitering av unntak for avvsnings- og hevingsavgjørelser. Dersom en forutsetter at kommisjonen mener at forslaget bare skal erstatte § 29-2 annet og tredje ledd, ender man opp med at både annet og fjerde ledd angir at begrensninger i ankeadgangen ikke gjelder for avgjørelser som avviser eller hever en sak. Det er unødvendig og en uheldig lovgivningsteknikk. Dette illustreres av at kommisjonen forutsetter unntaket i første ledd annet punktum bokstav a, som blant annet gjelder domstolens kompetanse til realitetsbehandling, omfatter nettopp

avgjørelser som avviser eller hever saken.²⁹³ Det samme unntaket bør ikke fremgå tre ganger i samme paragraf.

For det andre oppstår samme problematikk som i avsnittet over med hensyn til unntaket som er foreslått til endringer i § 29-2 tredje ledd. Formuleringen er lik i både alternativ A og B, og fastslår at avgjørelser som retter seg mot tredjepersoner stadig skal være gjenstand for anke. Dersom en velger å implementere et av endringsforslagene, vil man ende opp med en dobbeltsitering også her. Gjeldende § 29-2 fjerde ledd angir at begrensningene i ankeadgangen etter § 29-2 ikke gjelder for avgjørelser som retter seg mot tredjepersoner. Da vil det være unødvendig at det samme skal fremgå av tredje ledd, slik som endringsforslaget legger opp til.

Det er ikke hvilke kjennelser og beslutninger som bør kunne angripes rettslig som krever begrunnelse og utredning. Det som krever en klargjøring er hvilke avgjørelser som fordrer en *særskilt* overprøvingsadgang, altså avgjørelser som er av en slik betydning at det er nødvendig med en selvstendig prøving underveis i saksbehandlingen.

Andre lovendringsforslag kan også få betydning for endringer i ankereglene. Som eksempel kan forslaget om preklusjon mellom instansene nevnes. Dette lovforslaget øker behovet for overprøvingsadgang for kjennelser og beslutninger, ettersom de får større betydning for den videre behandlingen av sakene.

Slik jeg ser det, virker alternativ B til å ha de beste forutsetninger for å medføre positive virkninger. Formuleringen i alternativ B er mer presis, og har et potensial til å angi hovedregelen tydeligere, dersom det gjøres noen modifikasjoner på Domstolkommisjonens utkast. Kjennelser og beslutninger skal ikke kunne ankes, i alle fall ikke i utgangspunktet. I kombinasjon med unntakene er det også dette alternativet som treffer best. Alternativ B krever dessuten færre endringer i § 29-2 for øvrig. Gjeldende fjerde ledd i bestemmelsen angir allerede at begrensninger i bestemmelsens annet ledd ikke gjelder for avgjørelser som avviser eller hever saken. Det innledende unntaket i alternativ A er derfor overflødig.

Det kan tenkes at et enda mer hensiktsmessig alternativ ville ha vært en kombinasjon av formuleringene i alternativene A og B for eksempel slik: «Kjennelser og beslutninger kan

²⁹³ Jf. NOU 2020: 11 side 366.

bare ankes dersom de avgjør et krav eller en del av et krav i instansen». Dette vil tydeligere markere hovedregelen, samtidig som at skillet i ankeadgangen trekkes etter avgjørelsens virkning og terskelen heves med markøren «bare».

Det er likevel vanskelig å trekke en klar konklusjon av hva som gir det beste utfallet. Som nevnt flere ganger er reguleringen av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger kompleks, omfattende og nyansert. Da det vil gå for langt i en avhandling som denne å behandle samtlige regler i tvisteloven og særlovgivningen, vil ikke bildet kunne være stort nok til å se det totale avtrykket av det ene eller det andre alternativet.

Det må også nevnes at eventuelle endringer i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger, også fordrer endringer i ankeadgangen til Høyesterett for slike avgjørelser. Mulige endringer er behandlet ovenfor. Domstolkommisjonen påpeker problemstillingen, men fremmer ikke noen forslag til endringer av disse reglene.

8 Øvrige måter å regulere ankeadgangen for kjennelser og beslutninger

8.1 Innledning

Ovenfor har vi sett på ulike måter å regulere adgangen til å anke kjennelser og beslutninger på med utgangspunkt i forslagene som er lagt frem i NOU 2020: 11. Som vist, er det ikke tilstrekkelig å kun vurdere endringer i tvisteloven § 29-2 når det er tale om å innskrenke adgangen til å anke kjennelser og beslutninger.

Målsetningen er å regulere adgangen til å anke kjennelser og beslutninger på en slik måte at ressurser innad i domstolene brukes på en bedre måte, og for å motvirke utviklingen i saksbehandlingstid og totale kostnader i sivil saker.

I det følgende skal det løftes frem andre mulige måter å regulere adgangen til å anke kjennelser og beslutninger på, med denne målsetningen i mente. Da det ville fare for langt i denne avhandlingen å utrede en helhetlig regulering av slik ankeadgang, vil jeg konsentrere meg til å vise til ulike «modeller» regulering kan skje etter, og å peke på enkelte fordeler og ulemper ved disse alternativene. I tillegg til modellene vil jeg komme inn på andre mulige forslag.

8.2 Regulering av ankeadgang til Høyesterett som modell for ankeadgang til lagmannsretten?

Et alternativ til regulering av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger, kan være å bruke reglene som gjelder for anke over slike avgjørelser til Høyesterett som modell for reglene om anke til lagmannsretten.

Som vi har sett er det særlig to bestemmelser som innebærer en særlig regulering av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett. For det første gjelder det begrensninger ved videre anke over kjennelser, jf. tvisteloven § 30-6. For det andre har ankeutvalget anledning til å nekte realitetsbehandling av anker over kjennelser og beslutninger etter tvisteloven § 30-5. Etter gjeldende rett, fungerer disse bestemmelsene slik at de innebærer en mer innskrenket adgang til å anke kjennelser og beslutninger til Høyesterett, enn de tilsvarende reguleringer for ankeadgangen til lagmannsretten.

Med en forutsetning om et ønske om mer begrenset ankeadgang for kjennelser og beslutninger til lagmannsretten, kan man se for seg at de begrensninger som gjelder for anke til Høyesterett, også gjelder ved anke til lagmannsretten. Dette vil kunne få ulike virkninger.

8.2.1 Silingsordning for anker over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten?

Regulering av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger til lagmannsretten etter modell fra reglene som gjelder ved slik anke til Høyesterett, vil for det første innebære at lagmannsretten får adgang til å nekte å realitetsbehandle anker over kjennelser og beslutninger tilsvarende tvisteloven § 30-5.

I dag praktiseres bestemmelsen nærmest som en silingsbestemmelse.²⁹⁴ Problemstillingen er da om en slik silingsbestemmelse kan gjennomføres ved anke over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten.

Utformingen av tvisteloven § 30-5 må stort sett kunne sies å være kompatibel for innføring av en nektelsesbegrensning for anker over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten.

Lagmannsretten vil også kunne være i stand til å vurdere om en slik anke «reiser spørsmål av

²⁹⁴ Aasbrenn, *lovkommentar til tvisteloven § 30-5*, note 1 avsnitt 2 (sist lest 1. mai 2022). Se også redegjørelsene under punkt 5.3 ovenfor.

betydning utenfor foreliggende sak» og om «andre hensyn taler for at anken bør prøves», jf. § 30-5.

Hva gjelder det siste nektelsesalternativer om «omfattende bevisspørsmål», bør det tilkomme noen justeringer. Lagmannsretten bør neppe kunne nekte overprøving av alle slik anker som reiser omfattende bevisspørsmål. Likevel kan det tenkes at lagmannsretten bør utstyres med en adgang til å nekte behandling av slik anker med omfattende bevisspørsmål dersom tingretten har de beste forutsetninger for å vurdere spørsmålene.

Dersom lagmannsretten for eksempel står i en dårligere posisjon enn tingretten til vurdere spørsmålet, grunnet nærheten til bevisene, kan både hensynet til hensynet til effektivitet, et materielt riktig resultat og prosessøkonomi tale for at lagmannsretten kan nekte realitetsbehandling av en slik anke.

Likevel vil ikke de hensyn som begrunner nektelsesadgangen etter gjeldene rett være like aktuelle ved anke til lagmannsretten. Et sentralt poeng i begrunnelsen for denne nektelsesadgangen var at Høyesteretts ankeutvalg sin arbeidsform var dårlig egnet til å behandle slike bevisspørsmål.²⁹⁵ Men, det samme må for så vidt kunne sies om lagmannsretten, ettersom anker over kjennelser og beslutninger som utgangspunkt skal behandles skriftlig, jf. tvisteloven § 29-15 første ledd. Slike anker vil som regel bli behandlet av lagmannsrettens ankeutvalg. Rent strukturelt vil derfor det samme hensynet være gjeldende også for lagmannsrettens arbeidsform.

Hensynet til Høyesteretts prejudikatsfunksjon og ressursforvaltning gjør seg imidlertid ikke gjeldende på samme måte.²⁹⁶ Når det er sagt må likevel lagmannsrettens ressursbruk tas i betraktning. Et annet hensyn som taler i mot en slik nektelsesadgang for lagmannsretten er domstolenes legitimitet. Denne legitimiteten kan bli utsatt dersom uriktige avgjørelser ikke kan rettes igjennom ankebehandling.²⁹⁷

Anker over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten skal avgjøres ved kjennelse, jf. tvisteloven § 19-1 annet ledd bokstav c. Begrensingen i ankeadgangen til Høyesterett i § 30-6 vil medføre at en rekke avgjørelser vil være unntatt fra prøving av Høyesterett.

²⁹⁵ Jf. Ot. prp. Nr. 51 (2004–2005) side 309.

²⁹⁶ Sml. Ot.prp. Nr. 51 (2004–2005) side 309.

²⁹⁷ Sml. Ot.prp. Nr. 51 (2004–2005) side 309.

Konsekvensene kan bli at lagmannsretten reelt sett tar over Høyesteretts oppgaver med rettsutvikling og rettsavklaring. Dette virker klart uheldig, og må sees på som et viktig argument i mot en slik løsning.

En slik silingsordning for anker over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten vil etter mitt syn nødvendigvis gjøre at lagmannsrettens avgjørelser om å nekte å fremme anken til behandling, kan være gjenstand for anke til Høyesterett. Dersom Høyesterett finner at lagmannsretten skulle ha fremmet anken til behandling, for eksempel fordi den reiser spørsmål utenfor foreliggende sak som det er behov for avklaring av, må avgjørelsen kunne oppheves av ankeutvalget. Da vil det gjennomføres en ny behandling i lagmannsretten. Dersom partene ikke er tilfreds med avgjørelsen, vil denne kunne ankes til Høyesterett, og derfra kan det vurderes om ankeutvalget velger å behandle saken. Slik sikres også Høyesteretts oppdrag i å avklare og utvikle rett, samt sørge for rettsenhet.

8.2.2 Er § 30-6 overførbar?

Ettersom tvisteloven § 30-6 gjelder «videre anke over kjennelser», vil ikke bestemmelsen kunne være direkte overførbar. Problemstillingen er derfor om innholdet i bestemmelsen kan være overførbart til å gjelde ved anke over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten.

Et sentralt element i begrunnelsen for tvisteloven § 30-6 er forutsetningen om at en avgjørelse allerede har vært overprøvd i to rettsinstanser. For alminnelige tvistesaker er det ikke til å komme unna at denne delen av begrunnelsen faller bort, dersom reglene som fremgår av § 30-6 implementeres for anke over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten.

Unntakene etter bestemmelsen er av en slik karakter at de betegner Høyesteretts prejudikatsfunksjon. Hensynet til rettsenhet var bærende for denne videreføringen av tvistemålsloven § 404 første ledd.²⁹⁸ Å sørge for rettsenhet er Høyesteretts oppgave, ikke lagmannsrettene. Det kan hertil tenkes å være uheldig med hensyn til Høyesteretts legitimitet som prejudikatsdomstol dersom lagmannsretten tilsynelatende ble tillagt oppgaven med prøving av slike anker. Det vil stadig være adgang til å påanke en slik avgjørelse til Høyesterett etter gjeldende § 30-6, men signaleffekten kan virke uheldig.

²⁹⁸ Se NOU 2001: 32 B side 790.

Videre kan jeg ikke se at hensynet til effektiv saksavvikling og totale kostnader med sivil rettergang veier tilstrekkelig tungt til å begrunne slik begrenset ankeadgang alene. Når de hensyn som begrunner bestemmelsen etter gjeldende rett ikke virker inn på samme måte, bør dette tale i mot en slik svært begrenset ankeadgang. Det ville innebære en for stor begrensning av adgangen til å anke kjennelser og beslutninger, uten gode nok grunner.

Etter mitt skjønn vil det på denne bakgrunn være å gå for langt ved å innføre en slik begrensning som etter § 30-6, for ankeadgangen for kjennelser og beslutninger til lagmannsretten.

8.2.3 Vurdering

Min vurdering er at reguleringen av en begrenset ankeadgang for kjennelser og beslutninger til Høyesterett, i utgangspunktet ikke er egnet som modell for begrensninger i ankeadgangen til lagmannsretten for slike avgjørelser. Dette fordi de negative virkningene og retts tekniske utfordringene tilsier at en slik ordning ikke er å foretrekke.

En silingsordning inspirert av § 30-5 kan likevel tenkes. En slik ordning forutsetter imidlertid flere justeringer. Samtidig må et bærende hensyn ved en eventuell silingsordning for lagmannsretten være at Høyesterett rolle med rettsutvikling og rettsavklaring ikke svekkes.

8.3 Adgang til å nekte anke over kjennelser og beslutninger helt eller delvis?

Som vi har sett ovenfor kan anker over kjennelser og beslutninger til Høyesterett helt eller delvis nektes fremmet under visse forutsetninger, jf. tvisteloven § 30-5 jf. § 30-4 annet ledd. En lignende regulering finnes i tvisteloven § 29-13 annet ledd om nektelsesadgang ved anke over dom til lagmannsretten. En tilsvarende løsning kan tenkes for anker over kjennelser og beslutninger.

En slik løsning kan tenkes implementert ved å enkelt fjerne ankeobjekten «dom» fra ordlyden i § 29-13 annet ledd. Da vil bestemmelsen omfatte det samlede rettsmildelet anke. Lagmannsretten kan da ved skriftlig behandling jf. femte ledd nekte hele eller en del av en anke over kjennelse eller beslutning dersom det er «klart at anken ikke vil føre frem», sml. § 29-13 annet ledd.

Som vi har sett er det svært mange anker over kjennelser og beslutninger som ikke fører frem. Dette kan tas til inntekt for at det er et stort rom for nektelsesadgang for anker over slike

avgjørelser til lagmannsretten. Løsningen må derfor kunne antas å få positive virkninger på saksbehandlingstid, totale kostnader samt ressursbruk, og dermed også domstolenes rolle som foretrukket konfliktløser.

En annen eller tilhørende løsning kan dessuten være en som tilsvarer § 29-13 første ledd. Dette forutsetter at kravet til ankegjensstandens verdi ikke gjelder for samtykke til anke over kjennelser og beslutninger.

Disse løsningene ville imidlertid ikke være spesielt godt egnet til å oppnå formålene med å begrense ankeadgangen for kjennelser og beslutninger ytterligere, sammenlignet med andre alternativer. Dette fordi resultatet, en hovedregel om at kjennelser og beslutninger ikke kan ankes særskilt, også kan oppnås for eksempel ved å endre § 29-2 som Domstolkommisjonen har foreslått. En løsning med samtykke- og nektelsesordning slik som i § 29-13 første ledd vil kreve en mer inngående vurdering etter kriteriene for samtykke etter bestemmelsen enn løsningen kommisjonen har lagt til grunn, og vil ikke ta høyde for de sentrale unntakene som kommisjonen har lagt frem. En samtykkeordning for anke over kjennelser og beslutninger etter § 29-13 ville derfor være dårligere egnet som begrensning i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger.

Likevel kan et krav om samtykke og adgang for lagmannsretten til å nekte anker over kjennelser og beslutninger tilsvarende § 29-13 første og annet ledd fungere godt som et supplement til de foreslåtte endringene av § 29-2 i NOU 2020: 11. Dette kan for eksempel illustreres ved at det ikke kan være behov for overprøving av anker som åpenbart ikke kan føre frem, uavhengig om avgjørelsen omfatter av de foreslåtte unntakene i kommisjonens forslag til endringer i § 29-2.

8.4 En komparativ tilnærming?

En komparativ tilnærming kan også være en mulig løsning for å begrense adgangen til å anke kjennelser og beslutninger. Strandberg og Nylund har gjort en lignende analyse, men har avgrenset mot anke over kjennelser og beslutninger i artikkelen.²⁹⁹ Som nevnt under punkt 1.3 har jeg ikke funnet plass til å gjennomføre en fullstendig komparativ analyse. Jeg vil likevel

²⁹⁹ Se Strandberg og Nylund (2020) side 88.

nevne at hvordan sammenlignbare rettskulturer regulerer adgangen til å anke kjennelser og beslutninger kan være en løsning, eller en del av den.

8.5 «Final judgement rule»?

Når ulike måter å regulere adgangen til særskilt anke over kjennelser og beslutninger vurderes, er det nærliggende å se på den såkalte «final judgement rule». Denne regelen fastslår at prosessledende avgjørelser ikke kan påankes særskilt som et utgangspunkt. For rettslige angrepen på slike avgjørelser må en vente til det foreligger en realitetsavgjørelse i saken.

Twistemålsutvalget vurderte om en slik generell regel om at prosessledende avgjørelser bare skulle kunne overprøves sammen med den dom eller kjennelse de gjelder.³⁰⁰ Utvalget konkluderte den gang med at en «final judgement rule» ikke burde innføres.³⁰¹

Som vist ovenfor, nødvendiggjør utviklingen i saksbehandlingstid og totale kostnader i sivil rettergang at blant annet reglene om adgangen til overprøving av kjennelser og beslutninger revurderes.³⁰² På denne bakgrunn bør også en «final judgement rule» vurderes på nytt, da en slik ordning medfører klare begrensinger for anke over slike avgjørelser. Twistemålsutvalget skrev det best selv, da det uttalte at «[s]elv om det åpnes for overprøving av avgjørelser om behandlingen av saken, er det ingen selvfølge at disse skal kunne angripes før det er truffet realitetsavgjørelse i saken». En slik selvfølge foreligger heller ikke nå når reglene for anke over kjennelser og beslutninger på nytt blir vurdert.

En final judgement rule vil innebære, med enkelte unntak, at dersom en part ønsker å angripe behandlingen av en sak med rettsmidler, må hun vente til det foreligger en avgjørelse som avslutter saken. Det er altså tale om angrep med *rettsmidler*. Retten vil med andre ord ha adgang til å omgjøre kjennelser og beslutninger jf. tvisteloven § 19-10 siden omgjøring krever nemlig ikke bruk av rettsmidler. For slike omgjøringsavgjørelser vil det i tillegg gjelde en snever ankeadgang etter reglene for anke over beslutninger, se § 19-10 fjerde ledd tredje punktum, jf. § 29-3 tredje ledd. Dette vil gjelde tilsvarende for Høyesterett, jf. § 30-3 første ledd.

³⁰⁰ Se NOU 2001: 32 A side 355-357.

³⁰¹ Jf. NOU 2001: 32 A side 357.

³⁰² Se punkt 6.3 ovenfor.

En final judgment rule vil for det første kunne innebære at rettsprosessene ikke forsinkes unødvendig. Dersom det ikke er adgang til å anke prosessledende kjennelser og beslutninger, vil ikke avgjørelsen av slike anker kunne medføre at hovedsaken forsinkes. Motsetningsvis kan en vid adgang til særskilt overprøving medføre ikke bare større kostnader ved forlenget behandling, men også en forlenget personlig byrde som pålegges partene i en sivil tvistesak. En final judgement rule har potensial til å unngå disse negative virkningene.

Videre vil det kunne være fordelaktig for avgjørelsesgrunnet for den avgjørelse som påankes at overprøving skjer først etter at realitetsavgjørelse foreligger. For mange typer avgjørelser vil avgjørelsesgrunnet ved særskilt overprøving være dårligere enn ved overprøving når realitetsavgjørelsen foreligger. Slik vil en kunne oppnå en positiv virkning av effekten til tvisteloven § 29-21 – man unngår å tillegge virkning for feil som ikke kan ha virket inn på realitetsavgjørelsen.

Vi kan ta for oss et eksempel ved at retten pålegger partene å inngi skriftlig redegjørelse etter tvisteloven § 9-9 tredje ledd. En part hevder at det ikke er nødvendig og bestrider pålegget. Spørsmålet skal da avgjøres ved kjennelse, jf. bestemmelsens tredje ledd siste punktum. Problemet er da at retten vil være bedre rustet for å vurdere om det var mest forsvarlig å fortsette saken uten skriftlig redegjørelse, når det foreligger realitetsavgjørelser av kravet i saken. Men etter gjeldende rett kan slike avgjørelser ankes, og det på et temmelig bredt grunnlag jf. § 29-3 første ledd.

Det kan også nevnes at den prosessrisikoen en final judgement rule innebærer, kan virke avskrekkende for parter som mener det er begått et prosessuell feil. Når det er adgang til å anke saksstyrende avgjørelser særskilt, vil den som mener at en slik avgjørelse beheftet med feil, ha et klart insentiv på anvende rettsmidler mot avgjørelsen. Men, dersom det først er adgang til å bruke rettsmidler når det foreligger realitetsavgjørelse, vil den risikoen en anke medfører med hensyn til tid, belastning og ressurser være sterkere. Slik vil en final judgement rule kunne virke avskrekkende mot prosessdrivende anker, og bidra til at partene ikke påberoper seg bagatellmessige feil bare fordi de kan. Når dette er sagt kan dette tenkes å ramme ressurssvake parter på en negativ måte. Dette fordi prosessrisikoen ved anke over realitetsavgjørelser er større ved anke over realitetsavgjørelser med tanke på sakskostnader.

På den annen side må det innvendes med tyngde at en final judgement rule kan gjøre det nødvendig med en ny fullstendig overprøving av saken, selv om feilen kunne ha vært rettet

underveis ved særskilt anke. Dette er klart nok svært fordyrende for partene og for domstolene. Det bør også nevnes at regelen medfører retstekniske utfordringer med hensyn til når det kan sies at det foreligger endelig realitetsavgjørelse. Problemstillingen blir særlig aktuell ved objektiv og subjektiv kumulasjon.³⁰³

Det ble også brukt som argument av tvistemålsutvalget i mot en slik regel at den vil innebære et brudd med norsk prosesstradisjon. Jeg kan ikke se hvordan argumentet med at en final judgment rule vil «bryte med vår prosesstradisjon» vil se seg gjeldende i sterk grad i dag.³⁰⁴ Ankeadgangen ble jo endret til å begrense adgangen til å anke kjennelser og beslutninger ved innføring av tvistemålsloven. Dessuten vil enhver endring som kan sammenlignes med denne nødvendigvis være et brudd på prosesstradisjonen – det er jo nettopp det som er tema – om prosessreglene skal endres eller ikke. En slik markant endring vil jo nødvendigvis være et brudd med prosesstradisjonen.

Ettersom en final judgment rule baseres på mange av de samme hensynene som gjeldende begrensninger, virker det underlig at dette argumentet tilsynelatende ble tillagt stor vekt. Begrunnelsen for at final judgment rule ikke ble foreslått som et alternativ står derfor som et symbol på hvor rigid sivil rettergangslovgivning er. Slik jeg ser det, har dette vært med på å hindre fornyelse av reglene, og bidratt til den negative utviklingen i saksbehandlingstid og totale kostnader i sivile saker.

Det virker ikke som om tvistemålsutvalget fant at en final judgment rule egentlig ville ha gått på bekostning av viktige hensyn. Tilsynelatende er det manglende vilje til å endre regelsettet for mye som var bærende. Tvistemålsutvalget fremhevet nemlig for det meste argumenter som taler for begrenset ankeadgang for prosessledende avgjørelser, før konklusjonen trekkes i en annen retning.³⁰⁵ Utvalgets konklusjon må likevel sies å være forsvarlig, da begrunnelsen var at begrensningene ved en final judgment rule simpelthen var for omfattende.

Etter dette vil det være vanskelig å konkludere med om en final judgment rule bør innføres i norsk rett. Dette fordi de konkrete virkningene dels er lite synbare. En bred analyse av

³⁰³ Jf. NOU 2001: 32 A side 356.

³⁰⁴ Se NOU 2001: 32 A side 356–357.

³⁰⁵ Se NOU 2001: 32 A side 357.

komparative rettskulturer som opererer med regelen kunne imidlertid gitt svar på spørsmålene. En slik analyse virker det ikke være stor interesse for.³⁰⁶

8.6 Endringer i ankegrunnene som begrensning for ankeadgang over kjennelser?

Som vi har sett, nyter kjennelser en vid ankeadgang etter gjeldende rett. Adgangen til å anke beslutninger er temmelig begrenset. I dette delkapitlet drøfter jeg om endringer i ankegrunnene kan være et alternativ for å begrense ankeadgangen for kjennelser.

8.6.1 Regulering etter ankegrunnen for beslutninger?

Paragraf 29-3 tredje ledd angir at beslutninger bare kan ankes med anførsel om «uriktig generell lovforståelse» eller at avgjørelsen er «åpenbart uforsvarlig eller urimelig». Disse begrensningene kan også tenkes gjennomført for kjennelser.

Sammenlignet med gjeldende rett, vil dette innebære en betydelig begrensning i adgangen til å anke kjennelser som i dag kan ankes på bakgrunn av bevisvurdering, rettsanvendelse og saksbehandlingsfeil, jf. § 29-3 første ledd. Men selv om ankegrunnene vil bli vesentlig innskrenket, vil det likevel være adgang til å anke ved grove feil.

En slik regulering vil med andre ord innebære at kjennelser for det vesentlige ikke kan påankes særskilt, men at det likevel vil kunne føres en forsvarlighetskontroll med avgjørelsene.³⁰⁷ Dermed ender man opp med en meget snever ankeadgang, men med en sikkerhetsventil slik at man for eksempel ikke må vente til det foreligger en realitetsavgjørelse for å overprøve en kjennelse om bevisavskjæring hvor hensynet til kontradiksjon ikke ble ivaretatt.

Når det er sagt vil ikke begrunnelsen for regelen i § 29-3 tredje ledd være fullt ut treffende for kjennelser. Som bakgrunn for regelen viste departementet blant annet til at beslutninger sjelden vil være av en slik betydning at de «vil ha virket inn på resultatet av den avsluttende avgjørelsen». Det samme kan neppe sies om kjennelser.

³⁰⁶ Se for eksempel fraværet av omtale av regelen i NOU 2020: 11 og avgrensningen på side 88 i Strandberg og Nylund (2020).

³⁰⁷ Sml. HR-2020-1043-U avsnitt 13.

På den annen må en på dette punktet se til nye begrunnelser for endringer av reglene – nettopp det at sakskostnadene øker, saksbehandlingstiden holder ikke mål og at den reelle domstolstilgangen er truet.

Ved å flytte hovedvekten av rettslig angrep til tidspunktet etter at avsluttende avgjørelse er falt, vil man kunne bøte på denne problematikken, samtidig som man får en presumptivt rettssikker behandling, hvor faren for at den enkelte lider rettstap som følge av problemene som blir påpekt i punkt 6.3 redusert. Dette kan tenkes å oppnås ved å begrense adgangen til å anke kjennelser på samme måte som ankeadgangen for beslutninger er regulert i dag.

8.6.2 Bare adgang til å anke kjennelser og beslutninger særskilt på bakgrunn av uriktig generell lovforståelse?

Et strengere alternativ kan være begrense ankegrunnene til å kun være «uriktig generell lovforståelse», både for kjennelser og beslutninger. Umiddelbart kan det tenkes at dette innskrenker ankeadgangen for mye. Jeg vil derfor presisere at det her er tale om begrensninger i særskilt ankeadgang. Det vil stadig være mulig å gjøre kjennelser og beslutninger gjeldende som ankegrunn ved anke over dom. Dermed vil en nærme seg en «final judgement rule», men med unntak for grove rettsanvendelsesfeil som er av betydning for videre behandling.

8.6.3 Andre endringer i ankegrunnene?

En annen mulig begrensning i ankeadgangen for kjennelser kan være å skjære til de eksisterende ankegrunnene. Etter gjeldende rett kan både bevisbedømmelse, rettsanvendelse og saksbehandling gjøres gjeldende ved anke over kjennelser, jf. § 29-3 første ledd.

Anker over kjennelser behandles som hovedregel skriftlig. Dette medfører gjerne at ankeinstansen mottar den påankede avgjørelsen sammen med ankeerklæringen og et eventuelt anketilsvar. Avgjørelsesgrunnlaget er derfor ofte dårligere sammenlignet med for eksempel tingrettens forutsetninger, som gjerne har vært innom flere dokumenter i saken, og som antagelig har hatt ett eller flere møter med partene. Disse forholdene kan tilsi at tingretten er bedre rustet til å foreta vurderingene som kreves for spørsmål som avgjøres ved kjennelse i instansen. Slik kan ankebehandlingen i visse tilfeller virke mot sin hensikt – det vil si å oppnå et materielt riktig resultat.

Problematikken kan imidlertid tenkes å bli avhjulpet ved å skjære til ankegrunnene for anke over kjennelse. Her kan man for eksempel tenke seg at bevisbedømmelse ikke kan brukes

som ankegrunn. Da er det bare rettsanvendelse og saksbehandlingsfeil som kan gjøres gjeldende.

En annen mulighet kan være fjerne enkelte ankegrunner, og samtidig modifisere andre. Som eksempel kan man da se for seg at det åpnes for særskilt ankeadgang ved saksbehandlingsfeil, med at feil i rettsanvendelsen bare kan gjøres gjeldende dersom feilen er åpenbar eller lignende.

9 Avslutning

Avhandlingen ble innledet med en skissering av tema og en overordnet problemstilling. Problemstillingen gikk ut på hvordan ankeadgangen for kjennelser og beslutninger kan reguleres på en mest mulig hensiktsmessig måte.

For å forsøke å løse denne problemstillingen, har jeg blant annet analysert gjeldende rett. Som vi har sett, byr dagens ordning på flere utfordringer. Den største av disse er kanskje at tvistelovens regler om ankeadgang for kjennelser og beslutninger er relativt dårlig egnet til oppnå flere av målsetningene med loven, for eksempel reduksjon av totale kostnader, saksbehandlingstid og reell domstolstilgang.

I tillegg har vi sett at sivilprosessen i visse henseender hindrer sin egen utvikling. Dette ved at loven enkelte steder er en hel eller delvis videreføring av tidligere prosessordninger – og vi står igjen med et regelverk som ikke nødvendigvis henger sammen med samfunnsutviklingen, samt et utdatert og lite tilgjengelig lovforarbeid som gjør det vanskelig å tolke reglene. Disse utfordringene kan medføre at prosessretten blir en «tids- og kostnadskrävande blindtarm», slik som Lindblom mener den tidvis kan oppfattes som.³⁰⁸

Dette gjelder også ved at tolkningen av loven tidvis er mer lojal til dens forgjenger tvistemålsloven, enn tvisteloven som faktisk gjelder i dag. Det er sentralt at tvisteloven tolkes i lys av dens formål. Som vi har sett, medfører fravær av formålsbasert tolkning til at rettsutviklingen på sivilprosessens område stagnerer. Samtidig som at positive virkninger av tvisteloven får redusert effekt, og at potensielt negative virkninger fra gammel lovgivning blir videreført.

³⁰⁸ Se Lindblom (2000) side 21.

På bakgrunn av disse utfordringene med gjeldende rett, har jeg videre analysert ulike forslag til hvordan adgangen til å anke kjennelser og beslutninger kan reguleres – både de som er foreslått av Domstolkommisjonen, og egne forslag. Men selv etter disse analysene lar det seg ikke avgjøre konkret hvilken løsning som er mest hensiktsmessig.

Dette skyldes for det første at reglene er bare én del av et stort hele. Selv om endringer i regelsettet isolert sett virker hensiktsmessig etter analysene som er foretatt, må eventuelle endringer også vurderes i lys av reglene som gjelder i spesiallovgivningen og andre foreslåtte endringer i tvisteloven. For det andre vil både direkte og indirekte virkninger av reglene kunne være mange, betydelige og lite synbare. For eksempel kan mulige endringer nødvendigjøre inngående vurderinger av om de er i tråd med menneskerettslige forpliktelser.

Smertelig nok er det ikke plass til å foreta slike altomfattende og utførlige vurderinger i en konsentrert avhandling som denne. Uten å kunne vurdere virkningene av endringer i adgangen til å anke kjennelser og beslutninger sammen med andre endringer blir det totale avtrykket av eventuelle endringer borte. Derfor er det vanskelig å trekke en klar og entydig konklusjon.

Når dette er sagt, mener jeg likevel at de analysene som er foretatt i denne avhandling tilsier at det er nødvendig å innskrenke adgangen til å anke kjennelser og beslutninger i sivile saker. Ytterligere begrensninger i ankeadgangen for slike avgjørelser vil ha positive virkninger for enkeltindivider, domstolene og dermed også rettssystemet. Slik kan reglene om adgang til å anke over kjennelser og beslutninger bidra til å gjøre tvisteloven til det den kunne ha vært ved reformen i 2005 – en prosessreform med lav risiko for rettstap, rask saksavvikling og lavere totale kostnader i sivil saker.

Referanseliste

Lover

Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov av 13. august 1915 Nr. 5 om domstolene (domstolloven).

Lov av 13. august 1915 Nr. 6 om rettergangsmåten ved tvistemål (tvistemålsloven).

Lov av 1. juni 1917 Nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven).

Lov av 8. april 1981 Nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Lov av 22. mai 1981 Nr. 24 om endringer i rettergangslovgivningen m.m.

Lov av 22. mai 1981 Nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov av 8. juni 1984 Nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

Lov av 26. juni 1992 Nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven).

Lov av 27. november 1992 Nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven).

Lov av 28. april 2000 Nr. 34 om endringer i rettergangslovgjevinga m.m. (harmonisering av rettsmiddelfristar, effektivisering av bøtestraffa og endring av prosessreglane for Høgsterett m.m.).

Lov av 17. juni 2005 Nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

Lov av 28. april 2017 nr. 19 om endringer i tvisteloven (sikkerhet for sakskostnader).

Konvensjoner

EMK – Den europeiske
menneskerettighetskonvensjonen.

Convention for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November
1950 (entered into force 3 september 1953),
inntatt i lov av 21. mai 1999 Nr. 30 om styrking
av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven), vedlegg 1.

SP – Den internasjonale konvensjonen
om sivile og politiske rettigheter.

International Covenant on Civil and Political
Rights, 16. December 1966 (entered into force 23
march 1976), inntatt i lov av 21. mai 1999 Nr. 30
om styrking av menneskerettighetenes stilling i
norsk rett (menneskerettsloven), vedlegg 5.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 1 (1910).	Ot.prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal.
Indst. O. XV (1912).	Indst. O. XV (1912) Innstilling fra den forsterkede justiskomite om civilprocessreformen.
Innst. O. XVIII (1935).	Innst. O. XVIII (1935) Innstilling fra Justiskomiteen om forandringer i rettergangslovene (Ankeordningen i civile saker). (Ot.prp. nr. 23 – 1935).
Innst. O. nr. 48 (1934).	Innst. O. nr. 48 Innstilling fra Justiskomiteen om enkelte forandringer i rettergangslovene (Ot.prp. nr. 9 – 1934).
Innst. O. nr. 45 (1999-2000).	Innst.O.nr.45 (1999–2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i rettergangslovgivningen m.m. (harmonisering av rettsmiddelfrister, effektivisering av bøtestraffen og endring av prosessreglene for Høyesterett m.m).
NOU 2001: 32.	NOU 2001: 32 Rett på sak. Bind A og B
NOU 2003: 19.	NOU 2003: 19 Makt og demokrati: Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005).	Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Dok. nr. 16 (2011–2012).	Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Innst. 186 S (2013–2014).

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss m.fl. om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.

Christensen (2014).

Christensen, Jette F., Stortinget – Møte 13. mai 2014. Referat, sak nr. 6 (Innst. 185 S (2013–2014) (Dokument 12:15 (2011–2012))). Tidsstempel: 10:11:41. (URL: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2013-2014/140513/6/>).

NOU 2019: 17.

NOU 2019: 17 Domstolstruktur.

NOU 2020: 11

NOU 2020: 11

Rettsavgjørelser

Avgjørelser fra Høyesterett

Rettsdende-register

Rt-1990-874 A (Fusa).	Rt-2011-1469 U.
Rt-1996-1744 K.	Rt-2012-1166 U.
Rt-1998-1062 K.	Rt-2012-1433 U.
Rt-1998-1120 K.	Rt-2012-1642 U.
Rt-1999-467 K.	Rt-2012-1985 P (Lengeværende barn I).
Rt-2000-710 K.	Rt-2013-211 U.
Rt-2006-460 A. (NRK Brennpunkt).	Rt-2013-1104 U.
Rt-2007-404 A.	Rt-2013-1282 U.
Rt-2007-459 U.	Rt-2013-1424 U.
Rt-2009-312 U.	Rt-2014-152 U.
Rt-2009-345 U.	Rt-2014-1324 U.
Rt-2009-1118 S (Finsbråten).	Rt-2015-93 A (Maria-saken).
Rt-2010-476 U.	Rt-2015-155 A.
Rt-2010-976 U.	Rt-2015-334 A.
Rt-2011-29-U.	Rt-2015-506 U.
Rt-2011-487 U.	Rt-2015-573 U.
Rt-2011-717 U.	Rt-2015-965 A.

HR-register

HR-2009-472-U.	HR-2019-702-U.
HR-2014-527-U.	HR-2019-937-U.
HR-2016-111-U.	HR-2019-1947-U.
HR-2016-322-U.	HR-2020-53-A.
HR-2016-524-U.	HR-2020-1043-U.
HR-2016-2554-P (Holship).	HR-2020-2439-U.
HR-2016-2558-U.	HR-2021-44-U.
HR-2017-180-U.	HR-2021-86-U.
HR-2017-1723-U.	HR-2021-159-U.
HR-2018-936-U.	HR-2021-1461-U.
HR-2019-254-U.	HR-2021-1801-U.
HR-2019-615-U.	

Avgjørelser fra lagmannsrettene

LB-2010-174742.	LH-2020-44737.
LB-2019-87732.	LE-2021-154745.

Internasjonale rettsavgjørelser

Delcourt v. Belgium [J].	Delcourt v. Belgium [J], EMD nr. 2689/65. ECHR:1970:0117JUD000268965
Golder v. The United Kingdom [P].	Golder v. The United Kingdom [P], EMD nr. 4451/70. ECHR:1975:0221JUD000445170
Brualla Gómez de la Torre v. Spain [J].	Brualla Gómez de la Torre v. Spain, [J], EMD nr. 26737/95. ECHR:1997:1219JUD002673795
Menesheva v. Russia [J].	Menesheva. Russia [J], EMD nr. 52261/00. ECHR:2006:0309JUD005926100
Hansen v. Norway [J].	Hansen v. Norway [J], EMD nr. 15319/09. ECHR:2014:1002JUD001531909
Zubac v. Croatia [GC].	Zubac v. Croatia [GC], EMD nr. 40160/12. ECHR:2018:0405JUD004016012

Litteratur

- Aall (2018). Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utg., Fagbokforlaget 2018.
- Aasbrenn. Aasbrenn, Gjermund, *Karnov lovkommentar til tvisteloven kapittel 29–30*. LovdataPro.
- Aasbrenn (2021). Aasbrenn, Gjermund, «Sikkerhetsstillelse for sakskostnadsansvar» *Tidsskrift for forretningsjus*, 2021/2, årgang 27, side 263–282. Juridika.
- Backer (2020). Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Berglund (2016). Berglund, Cecilie Østensen, «Effektiv saksforberedelse i sivile saker: Utvalgte emner» i Matningsdal, Magnus, Skoghøy, Jens Edvin A., Øie, Toril Marie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*. Universitetsforlaget 2016, side 137–164.
- Eldjarn (2016). Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning*, 1. utgave, 1. opplag, Cappellen Damm 2016. Rettsdata.no.
- ELI/UNIDROIT. ELI/UNIDROIT, Model European Rules of Civil Procedure: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, Wien/Roma januar 2021. Unidroit.org (URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/English-integral.pdf>).
- Endresen og Aasbrenn (2019). Endresen, Clement og Aasbrenn Gjermund, «Sakskostnader på dagsordenen i Høyesterett» *LoR* vol 58, nr. 6, 2019, side 353–378.

- Graver (2008). Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *TfR*, vol. 121, Nr. 2, 2008, side 149–178.
- Hjetland. Hjetland, Anders, *Karnov lovkommentar til tvisteloven kapittel 9*. LovdataPro.
- Hov (2019). Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 4. utg., Papinian 2019.
- Kjølbros (2017). Kjølbros, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere (4. udg., Jurist- og Økonomiforbundets forlag: København 2017).
- Kjølbros (2020). Kjølbros, Jon Fridrik: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere (5. udg., Jurist- og økonomifordundets forlag: København 2020).
- Langbach (2014). Langbach, Tor, «Domstolene i fremtiden» *LoR*, vol 53, Nr. 7 2014, side 423–437.
- Lindblom (2000). Lindblom, Per Henrik, *Progressiv process*, Iustus Förlag, Uppsala 2000.
- Løvlie (2014). Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal 2014.
- Michalsen (2001). Michalsen, Dag, «Internasjonaliseringens historie i norsk rett» *LoR*, Nr. 8 2001, side 451–473.
- Michalsen (2011). Michalsen, Dag, *Rett – en internasjonal historie*, Pax Forlag 2011.
- Mæhle (2005). Mæhle, Synne Sæther, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: Om legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Gyldendal akademisk 2005.

- Nygaard (2004). Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004 (4. opplag 2015).
- Pedersen (2016). Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Universitetsforlaget 2016.
- Pedersen og Skoghøy (2020). Pedersen, Jussi Erik og Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020.
- Reinholdtsen og Øie (2014). Reinholdtsen, Jørgen og Toril Marie Øie, «Tvisteloven § 30-5: Høyesteretts ankeutvalgs adgang til å nekte fremmet en anke over kjennelse/beslutning», *LoR*, vol. 53, Nr. 5, 2014, side 284–289.
- Reusch (1999). Reusch, Christian H.P., «Høyesteretts kjæremålsutvalgs kompetanse ved videre kjæremål» *LoR* Nr. 4, 1999, side 195–215.
- Robberstad (2016a). Robberstad, Anne, «Viljen til å skape lov og Grunnlov» *LoR*, vol. 55, Nr. 1, 2016, side 49–64. (Robberstad 2016a).
- Robberstad (2016b). Robberstad, Anne, «Høyesteretts mandat» *LoR*, vol. 55, Nr. 4, 2016, side 245–256.
- Robberstad (2021). Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 5. utgave. Fagbokforlaget 2021.
- Sandgren (2007). Sandgren, Claes, «Framtidens doktorgradsavhandlinger i rettsvitenskap» *TfR*, vol. 120, Nr. 3, 2007, side 388–407.
- Schei m.fl. (2022). Schei, Tore; Bårdsen, Arnfinn; Nordén, Dag Bugge; Reusch, Christian H.P. og Øie, Toril Marie: *Tvisteloven: kommentarutgave*. Juridika. Bekreftet à jour per 1. mars 2022.

- Skoghøy (2011). Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, «Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk» *LoR*, vol. 50, Nr. 1, 2011, side 4–24.
- Skoghøy (2017). Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Tvisteløsning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2017.
- Strandberg og Nylund (2020). Strandberg, Magne og Nylund, Anna, «Utsikt til innsikt: En komparativ tilnærming til reform av reglene om anke til lagmannsretten over dommer i sivile saker», *LoR*, vol. 59, Nr. 2, 2020, side 84–102.
- Sunde (2005). Sunde, Jørn Øyregarden, *Speculum legale: rettspegelen*, Fagbokforlaget 2005 (3. opplag 2010).
- Vangsnes. Vangsnes, Jørgen, *Karnov lovkommentar tvisteloven kapittel 1*. LovdataPro.
- Øie og Matningsdal (2018). Øie, Toril Marie og Matningsdal, Magnus, «Norges Høyesterett som prejudikatsdomstol», i Edlund, Lars; Herre, Johnny; Johansson Svante O.; Kleineman, Jan og Lennander, Gertrud (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*. Jure Förlag 2018, side 863–880.

Offentlige publikasjoner

Dok. 3:3 (2019–2020).	Dokument 3:3 Riksrevisjonens undersøkelse av saksbehandlingstid og effektivitet i tingrettene og lagmannsrettene (2019–2020).
Prop. 1 S (2020–2021).	Prop. 1 S (2020–2021), (prop. 202021-001-gul) Statsbudsjettet: For budsjettåret 2021 (Gul bok).
Høyesteretts årsmelding 2020.	Norges Høyesterett, Høyesteretts årsmelding 2020. Domstol.no. (URL: https://www.domstol.no/no/hoyesterett/arsmelding/2020/).
Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for lagmannsrettene 2020.	Domstolsadministrasjonen, årsstatistikk for lagmannsrettene 2020. Domstol.no. (URL: https://www.domstol.no/contentassets/6b8edadae5974981a185ea29491affb0/lagmannsrettene-2020.pdf).
Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for tingrettene 2020.	Domstolsadministrasjonen, årsstatistikk for tingrettene 2020. Domstol.no. (URL: https://www.domstol.no/contentassets/6b8edadae5974981a185ea29491affb0/tingrettene-2020.pdf).
Prop. 1 S (2021–2022).	Prop. 1 S (2021–2022), (prop. 202122-001-gul) Statsbudsjettet: For budsjettåret 2022 (Gul bok).
Høyesteretts årsmelding 2021.	Norges Høyesterett, Høyesteretts årsmelding 2021. Domstol.no. (URL: https://www.domstol.no/no/hoyesterett/arsmelding/2021/).
Domstolsadministrasjonens årsmelding 2021.	Domstolsadministrasjonen, årsmelding 2021. Domstol.no. (URL: https://www.domstol.no/contentassets/ec3597b125844ac4bfc66713d3c58895/arsmelding_2021_domstoladministrasjonen.pdf).

Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for lagmannsrettene 2021. Domstolsadministrasjonen, årsstatistikk for lagmannsrettene 2021. Domstol.no. (URL: <https://www.domstol.no/contentassets/62cc4d6f06cf4cd7839bf90da79f17aa/lagmannsrettene-2021.pdf>).

Domstolsadministrasjonens årsstatistikk for tingrettene 2021. Domstolsadministrasjonen, årsstatistikk for tingrettene 2021. Domstol.no. (URL: <https://www.domstol.no/contentassets/62cc4d6f06cf4cd7839bf90da79f17aa/tingrettene-2021.pdf>).

