

**Domstolens rett og plikt til å drive
materiell prosessledning i dispositive saker**

INNHold:

1	INNLEDNING.....	4
1.1	Avhandlingens tema.....	4
1.2	Historisk bakgrunn, utvikling og reform.....	5
1.3	Hjemmelen for å drive materiell prosessledelse.....	7
1.4	Enkelte avgrensninger og presiseringer.....	10
1.4.1	Kan partenes påstandsgrunnlag være gjenstand for materiell prosessledelse?	11
1.4.2	Kan partenes bevilstilbud være gjenstand for materiell prosessledelse?	12
1.4.3	Kan partenes påstand være gjenstand for materiell prosessledelse?	13
2	RETTENS ADGANG TIL Å DRIVE MATERIELL PROSESSLEDELSE.....	14
2.1	Innledning.....	14
2.2	Hvorvidt retten bør avgjøre det virkelige mellomværende mellom partene (den materielle sannhet) beror på en konkret helhetsvurdering.....	14
2.3	Nærmere om de momenter som inngår i helhetsvurderingen.....	15
2.3.1	Hensynet til en forsvarlig saksbehandling.....	15
2.3.2	Hensynet til en materielt riktig avgjørelse.....	16
2.3.3	Rettenes nøytralitet.....	17
2.3.4	Hensynet til kontradiksjon.....	19
2.3.5	Partenes motivasjon til å opplyse saken.....	24
2.3.6	Behovet for materiell prosessledelse.....	28
2.3.7	Adgangen til å angripe avgjørelsen med rettsmidler.....	30
2.4	Oppsummering og konklusjon.....	32
2.5	Virkingen av at retten går for langt i å drive materiell prosessledelse.....	32
2.5.1	Innledning.....	32
2.5.2	Rettsmidler.....	33

2.5.3 Disiplinærtiltak.	34
3 RETTENS PLIKT TIL Å DRIVE MATERIELL PROSESSLEDELSE.	35
3.1 Innledning.	35
3.2 Hvorvidt retten i det konkrete tilfellet har en ulovfestet plikt til å drive materiell prosessledning beror på en konkret helhetsvurdering.	35
3.3 Momenter i helhetsvurderingen.	36
3.3.1 Rt. 1950 s. 981.	36
3.3.2 Rt. 1963 s. 996.	37
3.3.3 Rt. 1979 s. 216.	39
3.3.4 Rt. 1995 s. 203.	40
3.3.5 Rt. 1990 s. 8.	41
3.4 Oppsummering og konklusjon.	42
3.5 Internasjonal og utenlandsk rett.	43
3.5.1 Internasjonal rett.	43
3.5.2 Utenlandsk rett.	45
3.6 Virkningen av at retten unnlater å drive materiell prosessledning i tilfeller hvor den har plikt til det.	47
3.6.1 Innledning.	47
3.6.2 Rettsmidler.	47
3.6.3 Retten kommer til at det foreligger saksbehandlingsfeil.	49
3.7 Materiell prosessledning i den nye tvisteloven.	50
3.7.1 Innledning.	50
3.7.2 Nærmere om tvistelovens § 11-5.	50
3.7.3 Begrensninger i rettens rett og plikt til å drive materiell prosessledning etter tvistelovens § 11-5 sjuende ledd.	53
3.7.4 Oppsummering og konklusjon.	54

1 INNLEDNING.

1.1 Avhandlingens tema.

Avhandlingen tar sikte på å undersøke hvorvidt en offentlig domstol, ved behandlingen av sivile rettsforhold, har anledning til å bistå partene ved tilveiebringelsen av det faktiske grunnlag for avgjørelsen. Rettens aktive bidrag til å fremskaffe eller supplere partenes faktiske argumentasjon kalles materiell prosessledelse. Her må det gjøres en viktig presisering: Det er bare der spørsmålet er om en part vil påberope et grunnlag som er belyst ved rettens hjelp, og som ikke allerede er påberopt, at man kan tale om materiell prosessledelse.¹ Derimot står man ikke overfor materiell prosessledelse når dommerens veiledning knytter seg til grunnlag som allerede er påberopt. Begrepet nevnes i forarbeidene til tvistemålsloven, men forekommer først og fremst i juridisk teori. Det finnes også eksempler på rettsavgjørelser der begrepet er benyttet.²

Avhandlingen skal også undersøke om det kan oppstilles en plikt for domstolen til å gjøre oppmerksom på relevante, faktiske grunnlag som parten har utelatt i sitt saksframlegg.

Avhandlingen vil bare behandle spørsmålet om materiell prosessledelse i forhold til de dispositive rettsforhold. Rettsforhold uten fri rådighet eller med begrenset rådighet behandles ikke. De betenkeligheter som er forbundet med at retten driver materiell prosessledelse kommer ikke på spissen i indispositive rettsforhold. Dette er fordi retten her har et selvstendig medansvar for å påse at saken er godt nok opplyst til at det kan treffes en forsvarlig avgjørelse.

Fremstillingen er todelt. I pkt. 2 drøftes rettens adgang til å drive materiell prosessledelse. Under pkt. 3 undersøkes det om det kan påvises hjemmel for en veiledningsplikt med et videre omfang enn det som følger av tvistemålslovens alminnelige saksbehandlingsregler. Før de overnevnte spørsmål drøftes, gis det en generell oversikt over den materielle

¹ Slik også Skoghøy, Tvistemål s. 713.

² Rt. 1994 s. 1656 og Gulating lagmannsretts dom av 21. desember 1998 (LG-1998-342 A).

prosessledelse for å plassere emnet i vårt prosesssystem.

1.2 Historisk bakgrunn, utvikling og reform.

Christian Vs Norske Lov av 1687 forutsatte at saksbehandlingen skulle være muntlig, men åpnet for skriftlighet i stor utstrekning. Dommeren hadde etter Norske Lov 1-5-8 et lovfestet ansvar for en effektiv saksbehandling og en aktiv ledelse av prosessen.

I løpet av 1700- tallet gikk utviklingen mot en skriftlig saksbehandlingsform. Dette vanskeliggjorde dommerens arbeid med å drive saksbehandlingen effektivt frem.³

Skriftligheten hemmet også dommerens mulighet til å drive materiell prosessledelse. Et ytterligere problem med den skriftlige prosessform var at prosessordningen ikke i tilstrekkelig grad bidro til ”å bringe det sande saksforhold for dagen”.⁴ Dette ble ansett som en følge av at den skriftlige behandlingen satte dommeren i en passiv og tilbaketrukket rolle.⁵ Det ble etter hvert nødvendig å reformere prosessordningen.

Twistemålsloven av 1915 gjeninnførte prinsippet om muntlig behandling ved hovedforhandling og ankeforhandling. Saksforberedelsen og behandlingen av prosessuelle og prosesstyrende spørsmål skulle likevel i all hovedsak være undergitt skriftlig saksbehandling. Ved tvistemålsloven innførte man samtidig prinsippet om at bevisførselen for de lavere instanser skulle foregå umiddelbart for den dømmende rett. Det ble da lettere for retten å stille oppklarende og supplerende spørsmål til partene eller deres representanter. At retten kom så nær bevisene at de kunne avverge misforståelser og oppklare uklarheter gjennom spørsmål til partene, gav retten en bedre mulighet til å treffe en riktig avgjørelse raskere.

Retten adgang til å supplere partenes prosessopplegg var ikke ubegrenset.

Disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet lå som grunnleggende prinsipper for den nye prosessordningen. Disposisjonsprinsippet forhindrer retten i å avgjøre rettsforhold som ikke er brakt inn til avgjørelse av partene, jf. tvml. § 85. Forhandlingsprinsippet pålegger partene ansvaret for sakens faktiske og bevismessige opplysning. Dette følger av tvml. § 86 første ledd.

³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 29 første spalte.

⁴ Ot. prp. nr. 1 (1910), her gjengitt etter Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 29 annen spalte.

⁵ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 29 annen spalte.

Disposisjonsprinsippet tilsier bare at retten i dispositive rettsforhold må holde seg innenfor de påstander som partene har nedlagt, herunder at retten ikke kan pådømme andre rettsforhold enn det partene har brakt inn for retten til avgjørelse. Materieell prosessledelse blir det snakk om når en part har *utelatt* å påberope et grunnlag for det domsresultat parten ønsker i saken, enten fordi han ikke er oppmerksom på grunnlaget eller fordi han ikke vet at det er relevant. Rettens materielle prosessledelse gir partene en mulighet til å påberope det de har oversett. Når grunnlaget er påberopt av parten selv før saken tas opp til doms, vil man ikke komme i konflikt med disposisjonsprinsippet. Det vil således være forhandlingsprinsippet som har størst betydning som begrensning for den materielle prosessledelse.

En naturlig videreføring av forhandlingsprinsippet er at retten ikke kan bygge sin avgjørelse på faktiske grunnlag som ikke har vært påberopt av en part. Etter den opprinnelige prosessordning av 1915 gav disposisjons- og forhandlingsprinsippet en del formalistiske resultater. I verste fall måtte dommeren passivt se en part tape sin rett fordi han ikke påberopte alle relevante grunnlag for den. Denne virkningen medførte et behov for å supplere hovedregelen, om at retten ikke kan bygge på andre faktiske grunnlag enn de som er påberopt av partene, med en adgang for dommeren til å gjøre parten oppmerksom på andre relevante grunnlag. Man fant det ikke akseptabelt at en part skulle lide rettstap fordi han hadde oversett et relevant grunnlag.

Twistemålsloven av 1915 er i nyere tid påvirket og formet av internasjonale strømninger. Som eksempel kan nevnes inkorporeringen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen ved lov nr. 30/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). På sivilprosessens område er det særlig prinsippet om adgang til domstolene og retten til en rettferdig rettergang som har vært viktig, se EMK art. 6 nr. 1. Retten til en rettferdig rettergang reiser blant annet spørsmål om krenkelse av rettsprinsippet "equality of arms" der retten setter den ene part på sporet av nye påstandsgrunnlag. Der retten driver materieell prosessledelse til fordel for den ene part, setter den seg derved i posisjon som den annen parts "motpart". Også Luganokonvensjonen har vært viktig for internasjonaliseringen av norsk sivilprosess.⁶ Konvensjonen er inngått mellom EFTA-landene (unntatt Liechtenstein) og EU-landene for å løse de spørsmål som oppstår der et rettslig mellomværende har tilknytning til mer enn én stat. De spørsmål som kan oppstå i forhold til materieell prosessledelse der et rettslig mellomværende har tilknytning til mer enn én stat, belyses nærmere i pkt. 3.5 nedenfor.

⁶ Luganokonvensjonen er gjort til norsk lov ved lov nr. 21/1993.

Tallrike endringer i tvistemålsloven skapte et behov for en samlet gjennomgang av hele den sivile prosesslovgivningen. Dette var bakgrunnen for at Tvistemålsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 9. april 1999. Utvalgets mandat var å ”vurdere reformer innen sivilprosessen, i første rekke med sikte på å utarbeide en ny tvistemålslov”.⁷

NOU 2001: 32 ” Rett på sak” ble avgitt i desember 2001, mens Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) ble avgitt i mars 2005. Arbeidet resulterte i at lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) ble vedtatt 17. juni 2005.⁸

Hovedmålsettingen med den nye tvisteloven er å sikre en raskere og billigere prosess, slik at flere får muligheten til å prøve sine rettigheter for domstolen, se tvistelovens § 1-1 første ledd. På denne måten kan man i større grad sikre at den materielle rett slår igjennom og avklares (og i noen grad utvikles). Den nye loven skal svare til de behovene den enkelte og samfunnet har for en hensiktsmessig tvisteløsning, samt behovet for en tilpassning til Norges internasjonale forpliktelser. Selv om rettsstilstanden har utviklet seg, og til dels løpt fra vår någjeldende prosesslovgivning, er det viktig å anerkjenne gjeldende regler, slik at prosessordningen fungerer på en betryggende måte frem til den nye tvisteloven trer i kraft.⁹

1.3 Hjemmelen for å drive materiell prosessledelse.

Hvorvidt retten faktisk har adgang til å drive materiell prosessledelse, har tidligere vært omdiskutert. I dag er det imidlertid alminnelig akseptert at det eksisterer en viss adgang for retten til å drive materiell prosessledelse.¹⁰ Det har vært en tradisjon å utlede rettens adgang til å drive materiell prosessledelse av tvml. § 86 annet ledd, som en videreføring eller supplerings av rettens plikt til å sørge for ”at parternes anførsler blir saa klare og fuldstændige som mulig”.¹¹

Dersom hjemmel for adgangen søkes i tvml. § 86 annet ledd, vil dette medføre en adgang til å veilede om de materielle spørsmål i saken i samme omfang som de prosessuelle spørsmål. Prosessuell prosessledelse foreligger når dommeren veileder om spørsmål rundt allerede

⁷ NOU 2001:32, bind A, s. 81 første spalte.

⁸ Lov nr. 90/2005.

⁹ I forarbeidene til tvistelovens § 37-1 fremgår det at departementet tar sikte på at den nye loven skal tre i kraft 1. januar 2007, se Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 503 annen spalte.

¹⁰ Skoghøy, Tvistemål s. 713; Schei, Tvistemålsloven s. 376 og Hov, Rettergang s. 385.

¹¹ Se for eksempel Eckhoff, Sivilprosess s. 93- 94; Hov, Rettergang s. 385 og Bratholm/Hov, Sivil rettergang s. 346-347.

påberopte påstandsgrunnlag. Slik veiledning er en lovfestet plikt for retten, se tvml. § 86.

Andre spesialbestemmelser om rettens veiledningsplikt er tvml. §§ 87 og 97 som gjelder rettens plikt til å tillate retting av uforsettlige feil fra partenes side. Videre kan nevnes tvml. § 301 om plikten til å gjøre en part oppmerksom på de grunnlag som medfører at en sak må nektes fremmet, og tvml. § 369 om plikten til å gjøre oppmerksom på mangler ved ankeerklæring. Disse bestemmelsene gjelder utelukkende veiledning om prosessuelle forhold.¹² Reglene har en nær sammenheng med at partenes anførsler skal søkes å gjøres så "klare og fullstendige som mulig", jf. tvml. § 86 annet ledd.

Ettersom materiell og prosessuell prosessledelse er noe forskjellig begrunnet, kan det ikke uten videre legges til grunn at de to veiledningsformene reguleres av samme bestemmelse og har det samme omfang. Den materielle prosessledelse skal hovedsaklig forhindre at partene lider rettstap, mens den prosessuelle prosessledelse også har en side til rettskraftsreglene. Partenes påstander og grunnlagene for disse må være klare og entydige slik at det ikke etterlates noen tvil om hva som er rettskraftig avgjort mellom partene. Det er derfor i større grad nødvendig å veilede om prosessuelle forhold. Rettens plikt til å veilede om prosessuelle forhold og til å tillate uforsettlige feil rettet, er videre et grunnprinsipp i sivilprosessen. Rettergangen i seg selv er ikke ment å være noen felle, og retten må følgelig ha en forholdsvis omfattende adgang og plikt til å veilede om de prosessuelle regler.

Til tider tales det også om den formelle prosessledelse. Den formelle prosessledelse er av ordensmessig karakter og angår den praktiske avviklingen av prosessen. Den formelle prosessledelse har til formål å påse at saksbehandlingen foretas etter de foreskrevne saksbehandlingsregler.¹³ Forarbeidene til tvistemålsloven beskriver denne form for prosessledelse som "forhandlingernes ydre gang og processtoffets hensigtsmessige ordning".¹⁴ Om den formelle prosessledelse finnes det en bestemmelse i dl. § 133 første punktum. Det fremgår her at rettens formann "vaaker over, at forhandlingen foregaar med orden og værdighet". Denne form for prosessledelse behandles ikke nærmere.

I en teoretisk behandling er det bevisstgjørende og nødvendig å trekke et skille mellom de to formene for prosessledelse. Den prosessuelle prosessledelse innebærer en plikt for retten, mens man i noen fremstillinger av den materielle prosessledelse nærmest kan få inntrykk av at den er forbudt.¹⁵ Videre er innholdet i den materielle prosessledelse noe mer og annet enn å

¹² Skoghøy, Tvistemål s. 439-440.

¹³ Begrepet formell prosessledelse benyttes tilsvarende av Mikkelsen, Sivilprosess s. 196 og Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 345.

¹⁴ Civilproceskommissionens "Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemål" s. 82.

¹⁵ Se for eksempel Alten, Tvistemålsloven s. 114 og Skeie, Civilproces s. 10.

gjøre ”parternes anførsler saa klare og fuldstændige som mulig”, jf. tvml. § 86 annet ledd.

Forarbeidene til tvml. § 86 er ikke til hinder for at retten driver materiell prosessledelse.¹⁶ Der uttales at ”kjendsgjæringer, som det efter almindelige processuelle grundsætninger paahviler indstævnte at paaberaabe sig og bevise, kan dommeren ikke paa embeds vegne trække ind i processen”.¹⁷ Retten kan etter denne uttalelsen ikke bygge avgjørelsen på grunnlag som parten ikke har påberopt. Noe annet er det imidlertid å gjøre parten oppmerksom på et grunnlag for å gi han muligheten til å påberope det.

Det ulike synet i prosesslitteraturen på adgangens rettslige forankring kan ha sitt utspring i at begrepet ”materiell prosessledelse” gis et noe ulikt innhold i de forskjellige teoretiske fremstillingene.¹⁸ Alten og Skeie vil ikke anerkjenne en slik rett for domstolen overhode, fordi den mulige hjemmelen i tvml. § 86 annet ledd kun har til formål å bringe klarhet i bevisspørsmål.¹⁹ Heller ikke i rettspraksis er det gitt noen entydig forståelse av hva som ligger i begrepet. Begrepets uklare innhold kan være en årsak til at underrettsdomstolene i de fleste tilfeller velger å avgjøre saken på grunnlag av tvml. § 86 annet ledd, der partene har påberopt overskridelser eller mangler ved dommerens materielle prosessledelse som saksbehandlingsfeil.²⁰ Rettspraksis og juridisk litteratur ser ut til å ha påvirket hverandre. Dette har resultert i en uomtvistet tradisjon med å henvise til tvml. § 86 annet ledd når det tales om materiell prosessledelse.

Den siste tiden har man beveget seg bort fra den oppfatning om at det rettslige grunnlag for dommerens adgang til å medvirke ved tilretteleggelsen av det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, må søkes i tvml. § 86 annet ledd.²¹ Tvistemålsutvalget uttaler i sin utredning at det må ”skilles klart mellom veiledning om saksbehandlingen og veiledning som direkte gjelder sakens materielle spørsmål”.²² Den processuelle prosessledelse reguleres av tvistemålsloven. Den materielle prosessledelse reguleres derimot ikke av prosesslovgivningen. Det finnes ingen hjemmel for å drive materiell prosessledelse i

¹⁶ Slik også Aasland, Anførsler s. 177.

¹⁷ Civilprocekskommissionens ”Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal” fra 1908 s. 81-82.

¹⁸ Sammenlign for eksempel Skoghøy, Tvistemål s. 713 og Hov, Rettergang s. 64.

¹⁹ Alten, Tvistemålsloven s. 114 og Skeie, Civilproces s. 10.

²⁰ Se for eksempel RG. 2003 s. 838 (Borgarting) og Agder lagmannsretts avgjørelse av 4. oktober 2001 (LA-2000-1786 A).

²¹ Se for eksempel Skoghøy, Tvistemål s. 713.

²² NOU 2001: 32, bind A, s. 138 første spalte.

gjeldende formell lov.²³ Reelle hensyn, herunder system- og konsekvenshensyn, taler etter dette for at adgangen ikke kan anses å være regulert av tvml. § 86, men må søkes på ulovfestet grunnlag.²⁴

Riktignok vil det fremdeles kunne være en uklar grense mellom anvendelsesområdet for tvml. § 86 annet ledd og den ulovfestede materielle prosessledelse for det tilfellet at tvml. § 86 annet ledd tolkes sterkt utvidende eller analogisk. Dette gjelder for eksempel der dommeren stiller spørsmål eller ber partene om å presisere eller utdype en påstand eller et grunnlag for denne, og som derved setter dem på sporet av nye faktiske grunnlag.²⁵ Jo videre man trekker grensen for den lovfestede, prosessuelle veiledningsplikten, jo mindre blir det igjen av den ulovfestede materielle prosessledelse. På grunn av dette, kan det også bli tale om en kombinasjon av den materielle og den prosessuelle prosessledelse.

Adgangen tilkommer den samlede rett. For selve hovedforhandlingen fremkommer dette av tvml. § 331 fjerde ledd. For å forenkle fremstillingen benyttes noen steder bare uttrykket ”dommeren” der det egentlig tales om den samlede rett.

1.4 Enkelte avgrensninger og presiseringer.

Sakens behandling for domstolen strekker seg fra det tidspunkt hvor retten kommer i befatning med saken, det vil si fra stevning kommer inn til retten, og til saken tas opp til doms. Det er normalt en forutsetning for å drive materiell prosessledelse at hovedforhandlingen ennå ikke er avsluttet. Der retten ønsker å behandle eller undersøke et grunnlag som ikke er påberopt etter dette tidspunkt, må den reassumere saken, jf. tvml. § 339. Det vises også til Rt. 1990 s. 8: ”Jeg tilføyer at dersom saken allerede var tatt opp til doms da lagmannsretten gjorde sine overveielser om å fravike partenes prosedyre, skulle den ha reassumert saken overensstemmende med tvistemålslovens § 339 første ledd.”

Adgangen til å drive prosessledelse vil være ulik på de ulike stadier i saksbehandlingen, jf. pkt. 2.3.4 nedenfor.

Prosessledelse utføres i forhold til alle bidrag som kommer fra partene til retten under behandlingen for domstolen. De mest alminnelige partsbidrag er rettslige eller faktiske

²³ Se pkt. 3.7 for hjemmelsspørsmålet i den nye tvisteloven.

²⁴ Slik også Skoghøy, Tvistemål s. 713.

²⁵ Mikkelsen, Sivilprosess s. 196 flg. benytter begrepet ”dommerens spørrerett”.

påstandsgrunnlag, bevis og ønsket domsresultat (påstand).

1.4.1 Kan partenes påstandsgrunnlag være gjenstand for materiell prosessledelse?

I tvistelovens § 11-2 første ledds tredje punktum er begrepet ”påstandsgrunnlag” legaldefinert som ”de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på”. Av gjeldende lovgivning fremgår det at ”det påhviler parterne at gjøre rede for de faktiske forhold”, jf. tvml. § 86 første ledd. Det fremgår ikke direkte av denne bestemmelsen at retten også er bundet av de påstandsgrunnlag som partene har redegjort for, men det har festet seg en oppfatning om at bestemmelsen må tolkes slik, jf. Rt. 1988 s. 1304 (Flamenco Pizza): ”Utgangspunktet i sivilprosessen er at retten ikke kan bygge sin avgjørelse på faktiske omstendigheter som ikke er påberopt, jf. tvml. § 86 første ledd.”²⁶

Retten er som hovedregel ikke bundet av partenes valg mellom prinsipale og subsidiære påstandsgrunnlag. Det kan tenkes unntak der partene har et sterkt ønske om en bestemt rekkefølge eller der det ene grunnlaget avhenger av at det andre er avgjort.²⁷ Der EMK er påberopt, må retten ta stilling til om det foreligger krenkelse av konvensjonen, selv om dette ikke er nødvendig for å begrunne avgjørelsens resultat. Dette følger av kravet til en effektiv prøvingsrett i EMK art. 13.

Ansvar for ”at gjøre rede for de faktiske forhold” påhviler partene, jf. tvml. § 86.

Utgangspunktet vil derfor være at det ikke er rom for at retten driver materiell prosessledelse. Jo strengere dette utgangspunktet følges, jo større er faren for at en part lider rettstap og jo mer nødvendig er det at retten driver materiell prosessledelse. På bakgrunn av denne regelen er det i forhold til de faktiske påstandsgrunnlag at det er mest interessant å drøfte adgangen til å drive materiell prosessledelse og eventuelle grenser for denne.

Rettssetningene skal retten anvende av eget tiltak, jf. tvml. § 191. Retten er ikke bundet av partenes argumentasjon rundt de rettslige grunnlagene, og det er derfor ikke nødvendig å drive materiell prosessledelse i forhold til disse. Så lenge det faktiske saksforhold inviterer til det, skal retten anvende rettssetningen av eget tiltak. Avhandlingen vil derfor hovedsaklig ta for seg de faktiske påstandsgrunnlag som grunnlag for drøftelsen.

²⁶ Aasland, Anførsler s. 166 med videre henvisninger og Skoghøy, Tvistemål s. 707.

²⁷ Schei, Tvistemålsloven s. 375.

1.4.2 Kan partenes bevilstilbud være gjenstand for materiell prosessledning?

Tvml. § 183 har det utgangspunkt at retten ”etter en samvittighetsfull prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen [avgjør], hvilket saksforhold den skal legge til grunn for dommen”.

Dersom partenes bevilstilbud ikke er tilstrekkelig, kan retten etter tvml. § 190 første ledd, jf. § 86 annet ledd, beslutte at det skal foretas ytterligere bevisførsel. Dette innebærer at retten kan etterlyse bevis som partene ikke har gjort gjeldende. Denne regelen har i litteraturen vært kategorisert både som et unntak fra forhandlingsprinsippet og som en del av den materielle prosessledning.²⁸ Tvml. § 190 første ledd, jf. § 86 annet ledd gir imidlertid retten et *lovfestet* grunnlag til å gripe inn i partenes prosessopplegg. Grunnlaget kan av denne åpenbare grunn ikke inngå i et ulovfestet regelsett. Videre knytter etterlysning av bevis seg til allerede påberopte grunnlag, mens materiell prosessledning knytter seg til ikke påberopte forhold. Reelle hensyn, nærmere bestemt system- og konsekvenshensyn, tilsier dermed at tvml. § 190 første ledd, jf. § 86 annet ledd anses som et unntak fra forhandlingsprinsippet, og ikke som en del av problemkomplekset materiell prosessledning.²⁹

I dispositive rettsforhold kan imidlertid partene binde retten til å avstå fra å beslutte bevisførsel der begge parter er enige om det, se tvml. § 190 annet ledd.³⁰

Spørsmålet er om retten i slike tilfeller har en plikt til å angi for partene hvilke relevante bevis som mangler, og å undersøke om partene ønsker å påberope disse.

I utgangspunktet må enighet mellom partene om å avstå fra ytterligere bevisførsel tolkes som et uttrykkelig ønske om å ikke påberope det aktuelle bevis. Dersom enigheten medfører at bevisførselen blir så mangelfull at det ikke er mulig å legge et faktum til grunn som bevist, er det ikke mulig å avsi dom over rettsforholdet og retten må dermed avvise søksmålet. Det stiller seg altså rettslig sett noe annerledes der det mangler et bevis enn der det mangler et av flere prosedable påstandsgrunnlag.

Dersom det er grunn til å tro at partenes enighet om å avstå fra ytterligere bevisførsel beror på uriktige forutsetninger om bevisets betydning, bør retten angi hvilke bevis som mangler og betydningen av at disse påberopes.³¹ På denne måten når misforståelser en umiddelbar oppklaring, slik at partene slipper å gå til ny sak når betydningen av å føre ytterligere bevis

²⁸ Slik Schei, Tvistemålsloven s. 372, jf. s. 375 flg. og Mikkelsen, Sivilprosess s. 202.

²⁹ Slik også Skoghøy, Tvistemål s. 717 og Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 170 første spalte.

³⁰ Regelen i tvml. § 190 annet ledd videreføres i tvistelovens § 11-2 annet ledds annet punktum.

³¹ Jf. Rt. 1979 s. 216.

trer frem. Det er færre betenkeligheter med aktivitet fra rettens side der det er snakk om å få bevist et påberopt faktisk grunnlag, enn der det er tale om å bringe inn et nytt påstandsgrunnlag. Der grunnlaget allerede er påberopt av parten selv, skal ikke rettens uavhengighet være til hinder for at parten settes i stand til å oppfylle de kvalitetskrav som stilles til de grunnlag som skal tas i betraktning ved avgjørelsen.

Retten er også gitt kompetanse til å foreta gransking (tvml. § 227 flg.) og til å oppnevne sakkyndige (tvml. § 238 flg.) for å få ført de bevis som er nødvendige. Praktiske og økonomiske hensyn tilsier at retten først bør forsøke å gi partene et innblikk i bevisets betydning og de konsekvenser det vil få at beviset ikke påberopes. Gransking og oppnevning av sakkyndige vil påføre partene kostnader, og vil av denne grunn være et uforholdsmessig virkemiddel for å få opplyst saken dersom partene selv kan bidra til dette.

1.4.3 Kan partenes påstand være gjenstand for materiell prosessledelse?

Tvml. § 85 bestemmer at retten er bundet av partenes påstander ved behandling av rettsforhold som partene har fri rådighet over. Dette innebærer at dommeren må komme til et resultat som ligger et sted mellom det rettsforhold den er blitt forelagt av partene og det virkelige mellomværende mellom partene. Saksøkers og saksøktes påstand angir en ytre ramme for rettens kompetanse. Det virkelige mellomværende eller det underliggende forhold mellom partene vil altså utgjøre den øvre grense for rettens kompetanse.³²

Denne lovfestede del av disposisjonsprinsippet er en naturlig forlengelse av prinsippets øvrige innhold; at det er opp til partene om de ønsker å bringe tvisten inn til løsning for domstolen, og at retten ikke kan pådømme andre krav eller rettsforhold enn det parten har forelagt den til pådømmelse.

Dersom påstanden skulle vise seg å være feil eller tvetydig utformet, vil retten etter tvml. §§ 87 og 97, jf. § 86 annet ledd ha plikt til å drive prosessuell prosessledelse i slik utstrekning at det blir mulig å oppnå en korrekt utforming av domskonklusjonen. Der retten har drevet materiell prosessledelse, kan det nye grunnlagets inntreden i avgjørelsesgrunnlaget påvirke påstandens utforming. Etter at det nye grunnlaget er påberopt av parten selv, kan det bli nødvendig at retten driver prosessuell prosessledelse for å oppnå en korrekt utforming av påstanden.

³² Taksøe-Jensen, Materiel procesledelse s. 491-492.

2 RETTENS ADGANG TIL Å DRIVE MATERIELL PROSESSLEDELSE.

2.1 Innledning.

En offentlig domstol har ved behandlingen av dispositive rettsforhold i utgangspunktet ikke anledning til å tilveiebringe det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse.

Forhandlingsprinsippet og tvml. § 86 første ledd pålegger partene ansvaret for sakens faktiske og bevismessige opplysning. Et slikt utgangspunkt kan synes å stå i motsetning til en adgang for retten til å drive materiell prosessledning. Det er imidlertid slått fast som sikker rett at domstolen har en viss slik adgang.

Faste regler for omfanget av rettens adgang til å drive materiell prosessledning kan vanskelig oppstilles. Dersom retten i det konkrete tilfellet har adgang til å drive materiell prosessledning, må veiledningen utføres i slik utstrekning at rettstap forhindres.

2.2 *Hvorvidt retten bør avgjøre det virkelige mellomværende mellom partene (den materielle sannhet) beror på en konkret helhetsvurdering.*

Når det skal avgjøres hvorvidt retten i det enkelte tilfellet kan drive materielle prosessledning, må utgangspunktet tas i de hensyn som begrunner adgangen eksistens. Nedenfor gjennomgås de viktigste hensyn for og mot materiell prosessledning. Gjennomgangen tar hovedsakelig sikte på å belyse det enkelte hensyns egenvekt. Jeg kommer også noe inn på den relative vekt, men denne vil avhenge av det repertoar av hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak. I praksis vil det ikke være mulig å skille så klart mellom hensynene som det gis inntrykk av i denne teoretiske gjennomgangen, og det er grunn til å bemerke at hver enkelt sak vil stille seg noe forskjellig alt etter saksforhold. Av denne grunn blir gjennomgangen ikke uttømmende. Aasland siterer i denne forbindelse Hammerich fra Forhandlingsmaksimen (1910) på s. 211: ”I Forhold til Tilfældenes Mangfoldighed og Uensartedhed bliver al theoretisk Vejledning kun til Aforismer”.³³ Hammerich kan etter min mening gi inntrykk av at vurderingen foretas fullt og helt etter dommerens situasjonsfornemmelse og sakens særegenheter. Slik kan det

³³ Aasland, Anførsler s. 180 note 40.

ikke være.

Fra sivilprosessens grunnprinsipper og rettergangsreglenes system er det hensyn som stikker seg ut som rettskildemessig mer tungtveiende og allmenngyldig enn andre relevante hensyn. Dette må få til følge at dommeren blir rettskildemessig bundet til å ta disse hensyn i betraktning som noe mer enn veiledende for tanken når han søker å klarlegge om han kan tillate seg å drive materielle prosessledelse.

2.3 Nærmere om de momenter som inngår i helhetsvurderingen.

2.3.1 Hensynet til en forsvarlig saksbehandling.

Prinsippet om forsvarlig saksbehandling er en prosessuell garanti mot at borgerne skal lide rettighetstap ved tvisteløsning for domstolen, og for at visse prosessuelle minstestandarder etterlevs under rettergangen. Prinsippet er dypt forankret i den alminnelige rettsoppfatning og kan utledes av EMK art. 6 nr. 1. For å oppfylle prinsippet om forsvarlighet for den enkelte, kan det i særlige tilfeller være nødvendig at dommeren driver materiell prosessledelse der han ser at en part står i fare for å tape sin rett etter det virkelige mellomværende. Hva som er forsvarlig, må avgjøres konkret i den enkelte sak.

Illustrerende er Rt. 2000 s. 234 (Aftenpostensaken): Aftenposten ble i lagmannsretten ilagt en bot på kr. 500.000 som rettergangsstraff og foretaksstraff for å ha nektet å etterkomme et rettskraftig pålegg om å utlevere upublisert fotomateriale som hadde betydning som bevis i etterforskningen av en drapsak. Spørsmålet var om lagmannsrettens unnlattelse av å beslutte muntlig forhandling kom i strid med straffeprosessens generelle krav til forsvarlig saksbehandling. Selv om lagmannsrettens beslutning om ikke å holde muntlig forhandling ikke kunne påkjæres, ble lagmannsrettens avgjørelse enstemmig opphevet av Høyesterett. Skriftlig behandling kom i denne saken i strid med straffeprosessens generelle krav til forsvarlig saksbehandling, jfr. straffeprosessloven § 387 og EMK art. 6.

En viktig fellesnevner for alle saker er målet om å treffe materielt riktige avgjørelser.

Illustrerende er her Rt. 1977 s. 799 (Nattmøtet i Eidsivating):

”Jeg kan ikke godta den behandling som foregikk i slutfasen (...) som tilstrekkelig betryggende.”

Videre heter det: ”Den oppfatning jeg har, kan ikke forankres i noen enkelt rettergangsregel som er blitt tilsidesatt. Den bygger på en totalvurdering av lovsystemet som klart nok tar sikte på å komme frem til avgjørelser en kan stole på riktigheten av”.

Disse kjennelsene er hentet fra strafferettens område, men angir etter min mening konturene

av et generelt prosessrettslig forsvarlighetsprinsipp. Det kan anføres at forsvarlighetsprinsippet står noe sterkere i straffeprosessen og i sivile indispositive rettsforhold enn i sivile dispositive rettsforhold. I de førstnevnte saker har samfunnet et særlig ansvar for en betryggende behandling og et riktig utfall. I de rene dispositive rettsforhold har samfunnet som regel ingen interesse i utfallet utover å bidra til at tvisten får en løsning som partene kan forsones seg med. Det er opp til partene selv om de vil angripe avgjørelsen med forsvarlighetsinnsigelser. Uforsvarlige avgjørelser forhindres til en viss grad også av at partene protesterer før saken tas opp til doms. Så lenge partene får anledning til å imøtegå rettens spørsmål eller forslag i tilstrekkelig grad, vil prinsippet om forsvarlig saksbehandling ikke utgjøre noen begrensning i rettens adgang til å drive materiell prosessledelse. Heller tvert imot. Uforsvarlige avgjørelser i sivile dispositive rettsforhold forhindres altså stort sett av andre mekanismer enn samfunnets overvåkning. Dette er en forklaring på hvorfor prinsipielle forsvarlighetsavgjørelser er vanskelig å finne på sivilrettens område. At avgjørelsene er vanskelig å finne, kan imidlertid ikke være ensbetydende med at terskelen for hva partene bør tåle er vesentlig lavere i straffesaker enn i sivile saker. Forsvarlighetsprinsippet gjør seg fullt ut gjeldende ved behandlingen av sivile rettsforhold, og kommer inn som det overordnede hensyn når dommeren skal vurdere om det er grunnlag for å drive materiell prosessledelse.

2.3.2 Hensynet til en materielt riktig avgjørelse.

Hensynet til å treffe en materielt riktig avgjørelse er den konkrete begrunnelse for at retten skal ha en adgang til å drive materiell prosessledelse. Med en materielt riktig avgjørelse menes at partenes virkelige mellomværende er avgjort av retten på en objektivt riktig måte. Ved å holde på det rettslige utgangspunkt om at partene alene har ansvaret for å fremsette det krav og den argumentasjon som kan tjene til støtte for kravet, vil man normalt oppnå en prosessuelt riktig avgjørelse. Behovet for å modifisere utgangspunktet oppstår der partene ikke evner å fremheve de faktiske forhold som er av relevans for det virkelige mellomværende. Uten at dommeren driver materiell prosessledelse vil parten i slike tilfeller tape den rett han skal ha ut fra det virkelige mellomværende. Denne virkningen henger igjen fra de tanker som på slutten av 1800 – tallet begrunnet forhandlingsprinsippet, jf. pkt. 2.3.5 nedenfor. Dette er imidlertid tanker som er forlatt i vår rettsideologi. Dagens lovgivning tar i stor grad sikte på å beskytte den svakeste part i et rettsforhold. De uheldige, men den gang tilsiktete utfall av forhandlingsprinsippet avdempes i dag ved å supplere de alminnelige

saksbehandlingsregler med en viss adgang for retten til å drive materiell prosessledelse.³⁴ Dommerens adgang til å gripe inn gir en viss trygghet for at saken blir opplyst i tilstrekkelig grad til at det i enhver sak blir mulig å oppnå et materielt riktig resultat. Bratholm og Hov påpeker at dommeren neppe skriver dom før han har fått saken tilstrekkelig opplyst.³⁵ Jakten på den materielt riktige avgjørelse, herunder hensynet til forsvarlighet, er hovedbegrunnelsen for å anerkjenne en ulovfestet regel om materiell prosessledelse. Dette medfører for at dommeren i alle tilfelle må ta hensynet til en materielt riktig avgjørelse i betraktning når han vurderer om han skal gripe inn i sakens materielle anliggender.

2.3.3 Rettens nøytralitet.

Behovet for en upartisk domsmyndighet er kommet til uttrykk i dl. § 55 tredje ledd: ” En dommer er uavhengig i sin dømmende virksomhet. En dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir alminnelig tillit og respekt.” Andenæs har formulert dette slik: ”En uavhengig domsmakt er etter maktfordelingsprinsippet det tredje ledd i oppbyggingen av statsorganisasjonen.”³⁶

Enhver veiledningsaktivitet fra retten kan krenke parts- og likhetsprinsippet, og derved svekke den viktige styrken det er å ha en distanse til partene.³⁷ En forespørsel fra dommeren om et utelatt grunnlag ønskes påberopt vil utad kunne oppfattes som en anbefaling fra dommerens side med hensyn til hvordan saken bør legges opp. Hensynet til rettens nøytralitet tilsier at dommeren må avstå fra å legge føringer for partenes prosedyrer eller fra å antyde hvilken betydning et grunnlag vil få for løsningen av den konkrete tvisten.³⁸ Partene må forventes å selv ha gjort seg opp en mening om hvordan saken ønskes ført før hovedforhandlingen påbegynnes, og dette må dommeren være seg fullt ut bevisst.³⁹

Det er ikke bare den faktiske upartiskhet, men også tilliten utad som skal varetas.⁴⁰ Det er en nødvendighet at domstolen høster slik tillit at man sikrer respekt, og derved gjennomslag for de lovvedtak som Stortinget har truffet. En passiv domstol vil kanskje best vareta tilliten til rettens upartiskhet utad, men det er en forutsetning for denne tilliten at domstolen også treffer

³⁴ Skoghøy, Tvistemål s. 713.

³⁵ Bratholm/Hov, Sivil rettergang s. 384.

³⁶ Andenæs, Statsforfatningen i Norge s. 162.

³⁷ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 345.

³⁸ Mikkelsen, Sivilprosess s. 197.

³⁹ Mikkelsen, Sivilprosess s. 197; Rygg, Anførsler s. 4 første spalte.

⁴⁰ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 345.

riktige avgjørelser. Det kan derfor reises spørsmål om ikke rettens nøytralitet best varetas ved at dommeren løser konflikten mellom partene på en materielt riktig måte. Å passivt la en part tape sin rett er dårlig i samsvar med det rettferdighetsideal som domstolen skal representere.⁴¹ Dommeren kan vareta hensynet til en materielt riktig avgjørelse og samtidig forhindre et skinn av upartiskhet ved å være diskret i sin framferd. Gjerne ved å utøve den materielle prosessledelse gjennom spørsmål til partene.⁴² Eller slik Bratholm og Hov uttrykker det; ”benytte seg av antydningens kunst”.

Uavhengig av dommerens opptreden er det en menneskelig tilbøyelighet å legge større vekt på egne oppdagelser enn situasjonen objektivt sett skulle tilsi. Faren består, i følge Høyland, i at dommeren legger for stor vekt på det grunnlag han selv har oppdaget. Dommerens egne oppdagelser kan ikke de lege lata danne grunnlag for avgjørelsen, med mindre grunnlaget påberopes av parten. Dette følger av forhandlingsprinsippet. For å unngå at dette psykiske aspekt får for stor innvirkning på avgjørelsen, må dommeren forelegge egen oppdagelse for parten og undersøke om grunnlaget ønskes påberopt før han kan inkludere oppdagelsen i grunnlaget for avgjørelsen. Dommeren kan ha misforstått grunnlagets betydning eller det faktiske saksforhold. I tillegg må han være oppmerksom på de kontekstuelle faktorer som lett kan komme til å påvirke rettsanvendelsen, for eksempel egne etiske, verdimeslige eller politiske preferanser.⁴³

I de sjeldne tilfeller at dommeren inntar et grunnlag i avgjørelsen uten å gjøre partene oppmerksom på det, vil det oppstå en usynlig partiskhet. Den usynlige partiskhet vil representere en særlig trussel ettersom den nettopp er usynlig. Fra denne synsvinkelen vil det kanskje medføre større betenkeligheter at dommeren ikke driver materiell prosessledelse enn at han gjør det. Problemet med usynlig forskjellsbehandling vil bare kunne unngås ved at dommeren fremlegger alle sine oppdagelser for partene til uttalelse. På denne måten blir et relevant grunnlag som partene har oversett gjort til gjenstand for kontradiksjon og bevisførsel.⁴⁴ En aktiv dommer kan inngi tillit dersom partene oppfatter dommeren som engasjert og opptatt av å løse saken for partene. Domstolen skal virke i samsvar med vår tids oppfatning av offentlige myndigheter som serviceorganer, som sikrer den enkelte veiledning og nødvendig bistand. Hensynet til kontradiksjon og åpenhet taler dermed for at dommeren

⁴¹ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 346.

⁴² Mikkelsen, Sivilprosess s. 197 og Eckhoff, Sivilprosess s. 94.

⁴³ Mer om dette i Høyland, Hva styrer dommerens valg?

⁴⁴ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 346; Mikkelsen, Sivilprosess s. 197 og Hov, Rettergang s. 385.

gis en vid adgang til å forelegge sine oppdagelser til partene for uttalelse.

Overnevnte kan gi domstolen tillit i det enkelte tilfellet, men av hensyn til tilliten utad bør retten være tilbakeholden med å være for aktiv. Dersom dommeren begynner å spørre den ene parten om forhold som ikke umiddelbart vedkommer saken, er det nærliggende å tolke dette som et søk etter prosessgrunnlag. I lys av dette kan det hevdes at det er bedre at saken ikke oppnår en fullstendig opplysning, enn at retten går for langt i sin materielle prosessledelse. I det første tilfellet går det ut over den tapende part, som i prinsippet selv bærer skylden. I det andre tilfellet går det ut over domstolens skinn av upartiskhet og dermed hele rettsvesenet.⁴⁵

Hensynet til domstolens posisjon som samfunnets uavhengige tvisteløser stikker seg ut som det viktigste hensynet mot at retten skal drive materiell prosessledelse.⁴⁶

Hensynet tilsier dermed at adgangen til å drive materiell prosessledelse gis en relativt restriktiv ramme, og at unntak fra hovedregelen i tvml. § 85 ikke gjøres uten god grunn.⁴⁷

2.3.4 Hensynet til kontradiksjon.

I prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling ligger at partene må få anledning til å uttale seg om saken og det den annen part har påberopt før saken tas opp til doms. Også under saksbehandlingens gang må man av hensyn til det kontradiktoriske prinsipp vurdere om man er kommet for langt i prosessen til at det er forsvarlig å gripe inn. Av hensyn til den annen parts behov for å uttale seg om saken, er det av største betydning å få klarlagt så tidlig som mulig hva uenigheten består i – både faktisk og rettslig. De faktiske forhold som ønskes lagt til grunn for avgjørelsen bør fremgå allerede av stevning og tilsvær. Dersom partene ikke evner dette, kan det være nødvendig at dommeren griper inn. Dommeren kan for eksempel gi parten en kort utsettelse for å skaffe en prosessfullmektig, jf. tvml. § 88 første ledd, eller han kan drive materiell prosessledelse.

Hensynet til kontradiksjon tilsier videre at det vil være en fordel dersom retten utøver en eventuell materiell prosessledelse på et tidlig stadium av saksbehandlingen.⁴⁸ Av tvml. § 91 fremgår det at alle ”Indsigelser (...) mot enkelte rettergangsskridt maa parterne fremsætte,

⁴⁵ Taksøe-Jensen, Materiel procesledelse s. 523-524 med videre henvisninger.

⁴⁶ Schei, Tvistemålsloven s. 376; Eckhoff, Sivilprosess s. 94; Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 345; Hov, Rettergang s. 385 og Mikkelsen, Sivilprosess s. 197.

⁴⁷ Slik Schei, Tvistemålsloven s. 376.

⁴⁸ Slik Taksøe-Jensen, Materiel procesledelse s. 538.

saasart der under saksbehandlingen blir anledning til det". Dette følger også av konsentrasjonsprinsippet, som uttrykkes ved de bestemmelser som har til formål å drive forhandlingene frem.

Før hovedforhandlingen er påbegynt kan det imidlertid være like store betenkeligheter med å drive materiell prosessledelse som sent i hovedforhandlingen. For det første kan dommeren på dette tidlige tidspunkt ikke være sikker på at han har fullstendig oversikt over alle relevante påstandsgrunnlag.⁴⁹ For det andre kan det vekke mistanker om en partisk domstol dersom dommeren griper inn på saksforberedelsesstadiet uten at begge parter er tilstede.

Saksforberedelsens formål er imidlertid å spisse konflikten slik at partene er forberedt på hverandres angreps- og forsvarsmidler og de bevis som vil bli ført. Dommeren må derfor ha en viss adgang til å veilede partene også på saksforberedelsesstadiet. På denne måten kan hovedforhandlingen bli mest mulig effektiv, se tvml. § 302 tredje ledd.

Konklusjonen blir derfor at dommeren på saksforberedelsesstadiet i størst mulig grad bør holde seg til den partsforelagte tvist. I den grad materiell prosessledelse utføres, taler overnevnte for at dommeren må velge et tidspunkt hvor han er sikker på at det poenget han har oppdaget er relevant, og hvor begge parter er tilstede.

Sent i saksbehandlingen vil partenes svinnende muligheter til å uttale seg om nye grunnlag tale for at dommeren holder seg til den partsforelagte tvist. Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans) er derimot et eksempel på at Høyesterett grep inn mot slutten av rettsforhandlingen i siste instans. Spørsmålet var her hvorvidt debitor cessus hadde motregningsrett overfor cesjonaren etter et pengekrav mot cedenten. Under replikkrunder for Høyesterett kom en av dommerne, etter å ha studert saksdokumentene grundig, til å stille spørsmål om pengekravet virkelig kunne anses overdratt. Debitor cessus` prosessfullmektig anførte da straks at pengekravet ikke kunne anses overdratt, men at avtalen måtte betraktes som en ren inkassoavtale. Dette grunnlaget førte frem, slik at motregningsretten fortsatt var i behold hos debitor cessus. Dette er et eksempel på at Høyesterett har satt en lav terskel for adgangen til å drive materiell prosessledelse. Høyesterett vurderte om saken burde utsettes, men partene i denne saken var næringsdrivende og hadde behov for en snarlig avklaring. Dette hensynet ble tillagt så stor vekt at det veide opp for de hensyn som tilsa at Høyesterett burde avstå fra å bringe inn et nytt grunnlag så sent i forhandlingene. Kontradiksjonen bestod i at saksøkte benyttet seg av muligheten til duplikk. Avgjørelsen har ikke fått tilslutning i teorien, og Høyesterett har ikke

⁴⁹ Slik Mikkelsen, Sivilprosess s. 102 og 202.

gått like langt i andre saker. Jeg antar derfor at dommen ikke etablerer en generell rettsregel om at materiell prosessledning kan foretas alene med en slik begrunnelse på et så sent stadium i rettsforhandlingene.

Dersom grunnlaget er sentralt og viktig, og dommeren er sikker på at det er relevant, vil dommerens adgang til å bringe det på bane strekke seg relativt langt ut i rettsforhandlingene. Også ved nært slektskap mellom utelatte og påberopte grunnlag, vil betenkelighetene ved å bringe utelatte grunnlag inn i forhandlingene på et sent tidspunkt være mindre enn om grunnlagene hadde ligget fjernt fra hverandre. En part prosederer for eksempel spørsmålet om eiendomsrett utelukkende på grunnlag av avtaleslutning. Her må dommeren kunne undersøke om han også ønsker å påberope det forhold at han har benyttet eiendommen som sin egen i hevdstid, dersom det ut fra bevisførselen viser seg å være grunnlag for det. Disse to grunnlagene er tradisjonelt ansett for å ligge så nær opp til hverandre at det vil være naturlig å påberope begge dersom faktum skulle legge opp til det. Den ytterligere forberedelse som vil kreves fra motparten vil i slike tilfeller ha en viss nærhet til det han allerede har forberedt seg på. I den grad de relevante motargumentene ligger nært opp til det som allerede er forberedt og påberopt, vil kontradiksjonsprinsippet ikke være noen avgjørende grunn mot at retten driver materiell prosessledning. Noe annet er det dersom parten for eksempel legger ned påstand om ugyldighet på grunnlag av umyndighet. Her bør dommeren på et sent stadium av behandlingen ikke ta opp spørsmålet om ugyldighet på grunnlag av tilblivelsesmangler. Disse grunnlag blir ansett for å utgjøre forskjellige rettsforhold, og det ene grunnlag utelukker ikke ny sak om det annet.⁵⁰

Hvis retten finner at det av hensynet til kontradiksjon og forsvarlig saksbehandling er i seneste laget å trekke inn et nytt grunnlag, kan saken utsettes etter tvml. § 96.

Etter utsettelsen fortsetter behandlingen for samme domstol. Det er da ikke behov for å gjennomgå hele saken på nytt, men bare ”i saa stor utstrækning, som nogen av dommerne finder nødvendig for at faa saken rigtig oplyst”, jf. tvml. § 337. Så lenge utsettelse er mulig og ikke påfører partene for store ulemper, bør retten også sent i hovedforhandlingen ha en adgang til å drive materiell prosessledning. Retten bør imidlertid nøye vurdere om en forsinket avgjørelse vil påføre partene tidsmessige eller økonomiske ulemper. Partens behov for en rettidig avgjørelse må veies opp mot hensynet til en forsvarlig saksbehandling, se tvml. § 112. Det vises også her til de vurderinger som Høyesterett foretok i Rt. 1992 s. 504 (Factoring

⁵⁰ Skoghøy, Tvistemål s. 823 og Hov, Rettergang s. 500.

Finans): ” Jeg har vært inne på om saken burde ha vært utsatt eller om lagmannsrettens dom burde ha vært opphevet og saken hjemvist til lagmannsretten i medhold av tvistemålsloven § 392 annet ledd for ytterligere bevisførsel og prosedyre i anledning av det nye spørsmålet. Imidlertid har saken av ... [den ankende part] vært ført som en prinsippsak til avklaring av det rettsspørsmål som dannet avgjørelsesgrunnlaget i byretten og lagmannsretten, og som hevdes å ha stor betydning for factoringselskapene. Dette spørsmålet tar Høyesterett standpunkt til. Etter min mening tilsier hensynet til ankemotparten, som nå har bidradd til avklaring av dette prinsippsspørsmålet ved å prosedere det i tre instanser, at saken nå bør få sin endelige avgjørelse.”

Hvis en utsettelse fremstår som uforholdsmessig, kan partene bli tvunget til å kommentere det nye grunnlaget uten særlig forberedelsestid. Dette må partene i utgangspunktet belage seg på, men det finnes eksempler i rettspraksis på at avgjørelsen ble opphevet som følge av at utsettelse ikke ble besluttet.⁵¹ Dersom utsettelse vil påføre en eller begge parter store ulemper, vil dette altså tale for at dommeren holder seg til den partsforelagte tvist.

Kontradiksjon forutsetter til en viss grad tid til å overveie saken. Dersom utsettelse ikke kan eller bør besluttes, og hensynet til en rettidig avgjørelse veier tungt, kan det utelatte grunnlaget prekluderes, jf. tvml. § 335 første ledd: ”Anførsler som ikke fremkommer i rette tid, kan retten ved kjendelse beslutte at sette ut av betragtning, naar fremsættelsen er forsinket i den hensigt at forhale saken eller overrumple motparten, eller naar den anden part forlanger det, og saken ellers vilde bli betragtelig forsinket.”

Dersom vilkårene for preklusjon er oppfylt, kan dommeren beslutte at grunnlaget ikke skal tas med i rettens behandling av tvisten. Preklusjon har bare virkning for vedkommende instans, og parten kan gjøre grunnlaget gjeldende i en ankebehandling eller en eventuell ny sak. Under saksforberedelsen for ankeinstansen, setter tvml. § 375 tidsmessige begrensninger for muligheten til å få behandlet nye grunnlag. Etter utløpet av den frist som er satt etter tvml. § 375 første ledd, ”kan nye ankegrunner ikke fremsettes for lagmannsretten med mindre motparten samtykker eller retten finner at han ikke har rimelig grunn til å motsette seg endringer. Det samme gjelder nye bevisstilbud”, se tvml. § 375 annet ledd.

Et spørsmål som reiser seg er om påstandsgrunnlag som retten selv oppdager etter denne frist må prekluderes på lik linje med partsbidrag. Det fremgår av § 375 annet ledd annet punktum

⁵¹ Se for eksempel Gulating lagmannsretts avgjørelse i saken LG-1994-218 A.

at både ankende parts og ankemotpartens nye påstandsgrunnlag kan prekluderes. Det stilles som nevnt i pkt. 2.3.5 et krav om at alle grunnlag må være påberopt av en part før de kan legges til grunn for avgjørelsen. Også der dommeren har oppdaget et grunnlag, må grunnlaget påberopes av en av partene før det kan inntas i avgjørelsesgrunnlaget. Hvis parten påberoper grunnlaget etter at fristen som er satt etter § 375 første ledd er gått ut, må grunnlaget prekluderes etter § 375 annet ledd på vanlig måte. Dersom dommeren vurderer at saksbehandlingen er kommet for langt til at grunnlaget vil oppnå en tilstrekkelig opplysning, bør han unnlate å bringe grunnlaget på bane. Preklusjon unngås dersom motparten samtykker i at det nye grunnlaget blir gjort gjeldende. Retten kan også sette den annen parts innsigelser til side dersom den finner at det ikke er rimelig grunn til å motsette seg at det nye grunnlaget behandles.

Et interessant spørsmål kommer opp dersom retten ”finner at ... [motparten] ikke har rimelig grunn til å motsette seg endringer” der retten selv har oppdaget grunnlaget. Det kan for eksempel være at retten overvurderer betydningen av sin egen oppdagelse. Hvis dommeren i denne situasjonen er av den oppfatning at grunnlaget bør tillates fremmet, bør han av hensyn til sin rolle som nøytral tvisteløser overlate avgjørelsen til partene og undersøke om det er ønskelig å utsette ankeforhandlingene til grunnlaget er nærmere utredet. Adgangen til å utsette ankeforhandlingen er begrenset etter tvml. § 335 første ledd i.f, jf. § 377.

For Høyesterett krever behandling av nye grunnlag i alle tilfeller samtykke fra Høyesteretts kjæremålsutvalg, jf. tvml. § 375 fjerde ledd.⁵² Tillatelse kan gis dersom de nye omstendigheter eller bevis ikke endrer ankesakens karakter eller de prinsipielle spørsmål som var grunnen til at anken ble vist til behandling i Høyesterett, eller at de knytter seg nært til omstendigheter eller bevis som fra før er gjort gjeldende.

Twisteloven har en målsetting om en raskere saksbehandling for domstolen. Under den forutsetning at det er ønskelig å stille de samme krav som i dag stilles til at det treffes riktige avgjørelser, må dommerens adgang til å gripe inn bli vid også sent i prosessen.

Et alternativ er at adgangen til å prekludere nye grunnlag utvides noe. Dette sporet er også valgt. På denne måten går ikke grunnlaget tapt, og parten kan gjøre det gjeldende i ny sak. Det vil da oppstå en situasjon hvor man får to korte prosesser i stedet for en lang. Dersom dette påfører parten store utgifter, bør man søke å få belyst hele saken i samme prosess. At prosessen er kommet langt, kan derfor ikke alltid være ensbetydende med at retten er avskåret

⁵² Skoghøy, Tvistemål s. 722.

fra å drive materiell prosessledning.

2.3.5 Partenes motivasjon til å opplyse saken.

Regelen om at det i dispositive rettsforhold påligger partene å fremskaffe det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse, fremgår som tidligere nevnt av tvml. § 86 første ledd og av forhandlingsprinsippet. Forhandlingsprinsippet var tradisjonelt bygget på tanker om ansvar for egen lykke og anerkjennelse av den sterkestes rett.⁵³ Prinsippet har i dag en noe annerledes begrunnelse, nemlig at partene må antas å kjenne egen sak best.⁵⁴ På bakgrunn av de gamle begrunnelsene har det vært hevdet at partene må ha den samme risikoen for egen sak i og utenfor rettssalen. I det øyeblikk rettssaken er et faktum, har imidlertid situasjonen komplisert seg slik at partene ikke evner å komme til en løsning på egen hånd. Partene må, med rettens hjelp, finne en løsning med partenes uenighet som utgangspunkt. Det er noe ganske annet enn å inngå en alminnelig avtale, hvor formålet i de fleste tilfellene er å bli enige. Denne forskjell taler for å tillate at dommeren bidrar ved tilretteleggelsen av det faktiske grunnlag for avgjørelsen der partene har behov for slik bistand.

Hver for seg har ikke partene alltid fullstendig oversikt over alle de forhold som vil være av betydning for saken. Dersom saksøkte i et slikt tilfelle i stor grad baserer sitt tilsvarende på saksøkers saksfremlegg, vil dette fort kunne føre prosessen av sporet i forhold til det virkelige mellomværende mellom partene. Det vil kunne være en rekke forhold som kan dra det saksforhold som saksøkeren forsøker å gi uttrykk for i gal retning. Det vil føre for langt å gå inn på en analyse av disse forhold her. Her skal bare gjøres den generelle bemerkning at slike feilkilder eksisterer.⁵⁵

En fullstendig opplysning av saken kan nås dersom man setter partenes oppfatning av saksforholdet sammen. Dette forutsetter imidlertid at partene til en viss grad vet hvilke faktiske forhold som er av betydning for saken. For å kunne vite dette, er det nødvendig med et visst kjennskap til de rettsregler som regulerer forholdet. Denne kunnskapen har dommeren, og hans ekspertise på området tilsier at han bør kunne hjelpe partene å finne fram til de deler av faktum som må påberopes for å opplyse saken tilstrekkelig. Særlig for selvprosederende parter kan det være vanskelig å finne frem i det omfattende

⁵³ Taksøe-Jensen, Materiel procesledning s. 509.

⁵⁴ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 345 og Hov, Rettergang s. 385.

⁵⁵ Feilkildene belyses i Taksøe-Jensen, Materiel procesledning s. 494-504.

rettskildematerialet som foreligger. Dersom vanskelig tilgjengelige rettskilder skal være et viktig argument for å tillate materiell prosessledelse, kan man reise spørsmål om hva som i realiteten blir igjen av skillet mellom de dispositive og de indispositive rettsforhold.

Forskjellen vil bli det valget parten har i forhold til om han ønsker grunnlaget lagt til grunn for avgjørelsen. Dette begrunner kravet om at alle grunnlag som ønskes inntatt i avgjørelsesgrunnlaget må være påberopt. Hvis dommeren skulle kunne ta i betraktning også ikke påberopte grunnlag, ville partene i enhver sak være nødt til å forberede alle tenkelige grunnlag, noe som hadde blitt meget kostbart. En vekslevirkning mellom jus og faktum vil, ved riktig tankegang, gjøre parten i stand til å fremsette den riktige påstand. Dommerens evner til å oppdage en prosess på avveie, taler for at han bør kunne gripe inn dersom han ser at saken er mangelfullt opplyst i forhold til det som er stridens kjerne og det virkelige mellomværende mellom partene.

Det har i juridisk teori vært uttrykt bekymring for at partene skal sette sin lit til at dommeren opplyser saken gjennom sin materielle prosessledelse. Begrunnelsen for å legge opplysningsbyrden på partene var at dette ville være det beste middel for å oppnå en fullstendig opplysning av saken. De fleste parter er aktører i en rettssak bare et begrenset antall ganger i løpet av livet. En rettssak fremstår ofte som meget viktig både for private og næringsdrivende parter. De legger gjerne inn store ressurser på advokater og saksutredning. Det er derfor neppe noen stor fare for at partene vil legge sin saksforberedelse i hendene på dommeren, som bare har begrenset kjennskap til saken på forhånd.

Bak et utelatt grunnlag kan det dessuten ligge et bevisst ønske fra partene om ikke å gjøre den utelatte omstendigheten gjeldende. Det er vanskelig for dommeren å vite bakgrunnen for at et grunnlag er utelatt. En forespørsel kan klare opp i dette, men kan samtidig forsinke og vidløftiggjøre saken, eller arte seg som en utidig innblanding fra dommerens side. Det kontradiktoriske prinsipp skal sikre at parten får fremlagt sin sak slik han mener er riktig uten å bli avbrutt. Dommeren må i utgangspunktet forutsette at parten har bestemt seg for hvordan han vil legge opp saken før han møter til hovedforhandlingen. Der parten ønsker å holde et grunnlag utenfor saksbehandlingen, vil dommerens forespørsel ikke bidra til sakens opplysning. Parten har hele tiden vært oppmerksom på grunnlaget, og har tatt et bevisst valg om å ikke påberope dette. Dommerens aktivitet gir ikke noe bidrag til grunnlaget for avgjørelsen. Man unngår på denne måten å legge til grunn noe partene ikke ønsker å påberope seg, samtidig som dommeren slipper å dømme mot bedre viten, i den forstand at dommeren

må avgjøre saken på et materielt uriktig grunnlag.⁵⁶ Når staten stiller domstolsapparatet til disposisjon for private konflikter, kan det reises spørsmål om ikke staten bør kunne stille krav til at partene underkaster seg en så fullstendig saksbehandling som mulig, slik at dommeren alltid bør forelegge det grunnlag han har oppdaget til partene for uttalelse. Det er imidlertid alminnelig antatt at retten i en sivil sak ”ikke uten videre kan frifinne på grunnlag av foreldelse, hvor den har grunn til å regne med at denne innsigelse ikke ønskes påberopt av vedkommende part”, jf. Rt. 1961 s. 234. Retten har ikke prosessuell adgang til å legge til grunn noe partene ikke ønsker lagt til grunn. Det er således ikke rettskildemessig støtte for å vektlegge en slik tankegang.

Reglene om rettskraft har blant annet til formål å stimulere partene til en fullstendig prosedyre. Disse reglene gir sin virkning først og fremst etter ankefristens utløp, men må antas å ha en oppfordrende virkning allerede fra saksforberedelsesstadiet. De regler som har til formål å stimulere til en fullstendig prosedyre, hjelper dommeren til å få saken godt nok opplyst til at han kan treffe en forsvarlig og riktig avgjørelse uten at han trenger å gripe inn.

Etter at fristen for å påberope nye påstandsgrunnlag er gått ut, må parten stå fast på valget om å utelate et påstandsgrunnlag fra saksbehandlingen. Han kan for eksempel ikke under hovedforhandlingen ombestemme seg der det er tale om et grunnlag som han var oppmerksom på ved fristens utgang. Dette forhindres av preklusjonsbestemmelsene i tvml. § 335 første ledd og § 375 annet og fjerde ledd for ankebehandlingen.⁵⁷ Nærmere om preklusjon i pkt. 2.3.7 nedenfor.

Argumenter eller grunnlag som nevnes under hovedforhandlingen uten å bli direkte påberopt havner i en usikker mellomstilling. Kan dommeren uten videre bygge på slike argumenter eller må han belyse grunnlaget for parten for å få klarlagt om parten ønsker å påberope dette? Det kreves i utgangspunktet et uttrykkelig ønske fra parten om å påberope grunnlaget. Dersom argumentet fremføres fordi parten er usikker på dets relevans, må dette kunne tolkes slik at parten ønsker det lagt til grunn for det tilfelle at det skulle være relevant. Dette taler for at dommeren kan ta grunnlaget i betraktning dersom det fremgår klart av partens prosedyre at han ønsker dette lagt til grunn.⁵⁸ En slik regel vil imidlertid medføre usikkerhet for den annen part med hensyn til hva han må forsvare seg mot. Det må derfor i utgangspunktet kreves at

⁵⁶ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 346 og Hov, Rettergang s. 385.

⁵⁷ Mikkelsen, Sivilprosess s. 202, bruker begrepet materiell prosessledning der dommeren foretar preklusjon av eget tiltak.

⁵⁸ Eckhoff, Sivilprosess s. 92 og Aasland, Anførsler s. 189-190.

grunnlaget påberopes uttrykkelig. Når grunnlaget presenteres i retten eller tidligere, får motparten anledning til å kommentere eller imøtegå det. Dersom grunnlaget er tilstrekkelig behandlet av begge parter uten at det er direkte påberopt, kan det ut fra en konkret vurdering være greit å gjøre unntak fra regelen om uttrykkelig påberopelse.

Også ansvarsforsikringen som advokater er pålagt å ha, gir et uttrykk for arbeidsfordelingen mellom prosessfullmektigen som partsrepresentant og retten. Dommeren har ingen tilsvarende ansvarsforsikring, fordi han ikke løper den samme risiko for å pådra seg et erstatningsansvar overfor parten som en prosessfullmektig gjør. I Rt. 1979 s. 1481 er det uttalt at ”adgangen til å reise erstatningssøksmål i anledning av rettslige avgjørelser er sterkt begrenset ved reglene i tvistemålslovens § 436, jfr. § 435. Formålet med disse regler er - som uttalt av førstvoterende i Høyesteretts dom i Rt. 1974 s. 935 flg., særlig side 938 - å hindre at rettskraftige rettslige avgjørelser gjennom omveien om en erstatningssak blir gjort til gjenstand for ny prøvelse”. At retten bare i begrenset grad kan stilles til ansvar for det tap den har forårsaket, taler for at det bør føres en passiv profil for unngå å opptre erstatningsbetingende. Hensynet til arbeidsfordelingen mellom partene og retten taler for at dommeren bygger sin avgjørelse på den partsforelagte tvist og ikke bidrar til sakens opplysning gjennom sin materielle prosessledelse.

Visstnok har arbeidsfordelingen gode grunner for seg, men en streng håndheving vil til tider komme i konflikt med hensynet til sakens opplysning. Så lenge hovedregelen om partenes ansvar for sakens opplysning er klar for partene, kan de ikke føle seg trygg på at dommeren vil bidra. I slike tilfeller bør det ikke være noen prinsipiell grunn til at retten forholder seg passiv. En fullstendig opplysning oppnås best hvor samspillet mellom jus og faktum får virke, altså ved et samspill mellom fagdommeren og partene. Partene og eventuelle sakkyndige er eksperter på sakens fakta. Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1996 s. 282 (Ølmonopolsaken). Saksøkerne evnet å fremme de rette krav og å påberope de relevante påstandsgrunnlag, men Høyesteretts kjæremålsutvalg gav partene en beskrivelse av hvordan de skulle gå fram for å få prøvd den rett de mente å ha til å selge øl i klasse 3.

Av hensyn til rettens nøytralitet må imidlertid hensynet til samarbeid mellom partene og retten gis noe begrenset gjennomslagskraft i vurderingen av om retten har adgang til å drive materiell prosessledelse.

2.3.6 Behovet for materiell prosessledning.

Partenes behov for at retten driver materiell prosessledning kan for det første begrunnes i sakens art. Overvekten av dispositive rettsforhold som behandles for domstolen, er rettsforhold der tvistegjenstanden kan verdsettes økonomisk. Som oftest vil utfallets betydning falle sammen med tvistegjenstandens økonomiske verdi, men det kan også forekomme at utfallet har betydning ut over det økonomiske. Dette gjelder for eksempel der det fremsettes krav om tvangsdekning som truer skyldnerens rett til bolig. Utfallet av slike rettsforhold har lovgiver vurdert som så viktige at retten er pålagt en plikt etter tvangsl. § 11-7 til å gjøre saksøkte ”oppmerksom på reglene i dekningsloven § 2-10 og på at begjæring om erstatningsbolig må settes fram innen fristen etter første ledd”.⁵⁹

Også der offentlige eller allmenne interesser tilsier at saken blir behandlet bredere enn det som følger av partenes prosesshandlinger, kan det være behov for å anvende prosessformen som gjelder for behandling av indispositive rettsforhold.⁶⁰ Det vil kunne være aktuelt at dommeren griper inn dersom særlig tungtveiende hensyn trekkes i samme retning som i de lovregulerte tilfellene. Det kan søkes en viss støtte for dette synspunktet i tvml. § 331 tredje ledd. Dette synspunktet kan likevel ikke gjelde fullt ut dersom parten har en alternativ måte å nå sin rett på. A krever for eksempel en rett til å kjøre bil over B`s eiendom helt frem til hytta. Dersom det er klart at A har en gangrett over B`s eiendom, er det mindre grunn til at dommeren skal ta opp spørsmålet om A har hevdet rett til bilveg enn om A ikke hadde hatt noen adkomst til hytta i det hele tatt.

Behovet for materiell prosessledning kan for det andre være begrunnet i partenes eget forhold. Der partene er selvprosederende, har det vært argumentert for en noe lavere terskel for adgangen til å drive materiell prosessledning.⁶¹ Som eksempel på at det finnes støtte for dette synet i praksis, kan nevnes en kjennelse fra Hålogaland lagmannsrett. Det ble her uttalt at ”plikt til veiledning, jf tvistemålsloven § 87, og til materiell prosessledning, jf tvistemålsloven § 86 annet ledd vil være mer omfattende hvor partene er selvprosederende enn hvor partene er representert ved advokat”.⁶²

Lagmannsretten viser til bestemmelsene i tvml. §§ 87 og 86 annet ledd som, etter det begrepsapparat jeg opererer med, omhandler prosessuell prosessledning. Lagmannsretten benytter imidlertid begrepet ”materiell

⁵⁹ Se også tvangsl. § 11-8 og pkt. 3.3 om Rt. 1950 s. 981.

⁶⁰ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 177 første og andre spalte.

⁶¹ For eksempel Eckhoff, Sivilprosess s. 94.

⁶² Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 29. november 1993 (LH-1993-11 A).

prosessledelse”, så henvisningen til disse bestemmelsene er nok en videreføring av den innarbeidede tradisjon.

Den nye tvisteloven har i § 11-5 nr. 6 lovfestet rettens plikt til å ”ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning”. Veiledningsplikten omfatter også materielle forhold, men medfører neppe vesentlige endringer i det som følger av gjeldende, ulovfestet rett. Hensynet til selvprosederende part er imidlertid blitt et uttrykk for lovgiverviljen.

I Sverige er det ansett for å være gjeldende rett at terskelen for å drive materiell prosessledelse er noe lavere der en av partene møter uten fagkyndig bistand.⁶³ I Danmark har underretten en lovfestet plikt til å veilede en selvprosederende part om ”hva han bør foretage til opplysning af sagen og i øvrig til varetagelse af sine interesser under denne”, se retsplejelovens § 339 stk. 4. Regelen tolkes etter tradisjon slik at underretten har plikt til å bistå parten i den grad det er nødvendig for at han skal få mulighet til å oppnå den rett han har krav på etter det underliggende forhold.⁶⁴

En lavere terskel for å drive materiell prosessledelse har det også vært argumentert for der ubalanse i partsforholdet skyldes at den ene parts prosessfullmektig ikke mestrer den oppgaven han er satt til eller ikke møter forberedt.⁶⁵ Hov oppfatter den ”klassiske materielle prosessledelse” som lite praktisk, og at denne vil være aktuell bare i situasjoner hvor ”partenes prosessfullmektig ikke er på høyden”.⁶⁶ Det kan imidlertid ikke være avgjørende at den ene parten har en mindre dyktig prosessfullmektig. Selv den beste advokat kan komme til å overse et relevant grunnlag. Det kan være like gode grunner til å bistå den part som har brukt store ressurser på en dårlig eller uforberedt advokat, som en part som ikke har hatt denne kostnaden. Det må være den aktuelle situasjon som avgjør om dommeren skal gripe inn, ikke den potensielle. Dommeren må veie partens risiko for å lide rettstap opp mot hensynet til en hurtig og økonomisk rettergang.

En part som lider rettstap på grunn av prosessfullmektigens forhold vil imidlertid kunne søke sitt tap dekket gjennom prosessfullmektigens ansvarsforsikring, jf. dl. § 222 første ledd. En ordning som plasserer ansvaret for prosessfullmektigens feil hos forsikringsselskapet, kan

⁶³ Ekelöf, Rättergang s. 43.

⁶⁴ Taksøe-Jensen, Materiel procesledelse s. 128.

⁶⁵ Bratholm/ Hov, Sivil rettergang s. 346 og Mikkelsen, Sivilprosess s. 200.

⁶⁶ Hov, Rettergang s. 384.

umiddelbart tas til inntekt for at det ikke kan pålegge dommeren noe ansvar for å unngå feil. Det stilles imidlertid vilkår til prosessfullmektigens opptreden for at forsikringsutbetaling kan skje.⁶⁷ Strenge vilkår for forsikringsutbetalingen kan medføre at parten ”faller mellom to stoler”. Det oppstår dermed en fare for at slik argumentasjon kan få formalistiske utslag i de tilfeller hvor vilkårene for å få dekket tapet gjennom forsikringen ikke er oppfylt. Å søke forsikringsdekning er dessuten en tung og lang prosess. Dommeren bør ikke med tanke på partens mulighet til å søke forsikringsdekning unnlate å gripe inn der en advokat har utelatt et relevant grunnlag fra saksframlegget.

Dommeren bør vurdere å forelegge sine oppdagelser for den part som står i fare for å hoppe over et relevant grunnlag uavhengig av om denne er representert ved fagkyndig fullmektig eller ikke. Materiell prosessledelse er et fleksibelt institutt som skal komme den svakeste part til gode, og det er meget situasjonsbestemt hvem som må anses som den svakeste part. Der dommeren er saklig og målrettet i sine undersøkelser skal det nok en del til før man kan påvise urimelighet i forhold til den annen part, i den forstand at dommeren har opptrådt partisk.

2.3.7 Adgangen til å angripe avgjørelsen med rettsmidler.

”En beslutning om at tillate nye anførsler kan ikke angripes ved kjæremaal eller anke”, se tvml. § 335 annet ledd, jf. § 377. Det kan etter disse bestemmelsene ikke ankes over den materielle prosessledelse i seg selv. Dette kan imidlertid ikke være noen avgjørende grunn *mot* at retten skal innrømmes en adgang til å drive materiell prosessledelse, ettersom det er *virkingen* av at retten har drevet materiell prosessledelse som må angripes. Et eksempel på en slik virkning er at det blir truffet en uriktig avgjørelse fordi en part ikke fikk anledning til å fremføre uriktighetsinnsigelser mot det påstandsgrunnlag som dommeren brakte på bane under hovedforhandlingen.

Dersom et relevant grunnlag prekluderes ved førsteinstansbehandlingen, vil parten ikke tape rett så langt han kan gjøre grunnlaget gjeldende i en ny sak eller for ankeinstansen.

”Tvistemålsloven har gjennom sine regler om anke, kjæremål og gjenopptakelse bygd inn i rettergangsordningen tilstrekkelige sikkerhetstiltak mot materielt uriktige avgjørelser, og i reglene om oppreisning er det gitt sikkerhet for at rettsuvitenskap hos en part skal ikke [sic] komme ham til skade”, jf. Rt. 1979 s. 1481. Så langt grunnlaget kan gjøres gjeldende i en ny

⁶⁷ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1322 og Rt. 1989 s. 1318.

sak eller for ankeinstansen, vil preklusjon gi parten en særlig grunn til å tro at han kan oppnå et annet resultat ved å angripe avgjørelsen. Preklusjon får dermed virkning som en oppfordring til å anke.

Unødige anker kan unngås ved å tillate grunnlaget belyst før hovedforhandlingen i første instans avsluttes. Fra denne synsvinkel taler prosessøkonomiske hensyn for at dommeren i første instans bør undersøke om partene er oppmerksomme på grunnlaget, og om det eventuelt er noe de ønsker å gjøre gjeldende. Det kan på den annen side hevdes at utslag til fordel for en av partene, gir den annen part en særlig oppfordring til å angripe virkningen av å tillate at et nytt grunnlag tas inn i saksbehandlingens slutfase. Det skal imidlertid noe til for at dommerens aktivitet gir en slik virkning at saksbehandlingsfeil må anses å foreligge, men i teorien kan slik aktivitet fra dommerens side føre til at tingretten blir en saksforberedende instans for lagmannsretten.

Etter dagens prosessordning er det forholdsvis vid adgang til å angripe både prosesstyrende avgjørelser og realitetsavgjørelser med rettsmidler. Det er imidlertid en begrensning at en anke bare kan føre frem der det foreligger feil som kan ha hatt betydning for resultatet, jf. tvml. § 384 første ledd. Ankebehandlingen kan bare omfatte konkrete ankegrunner, og anken gir således ikke rett til en ny, fullstendig overprøving av saken. For anke til Høyesterett gjelder det særlige regler, se tvml. kap 25 og særlig tvml. § 368 og § 375 fjerde ledd. Ønsket om å unngå unødig bruk av rettsmidler taler for at retten gis adgang til å drive materiell prosessledelse, slik at saken i størst mulig grad behandles i sin fulle bredde for første instans.

Etter tvistelovens ikrafttredelse blir det en videre adgang til å prekludere nye grunnlag og en snevrere adgang til å angripe avgjørelsene med rettsmidler.⁶⁸ En innskrenkning i overprøvingsadgangen tilsier at domstolene for fremtiden bør ha en noe utvidet adgang til å bidra til sakens opplysning, fordi det gjør det særlig viktig å treffe materielt riktige avgjørelser i første instans. Målet må være å treffe flest mulig materielt riktige avgjørelser, også i småkravsprosessen.

⁶⁸ Se tvistelovens § 9-16, jf. § 9-10 og § 29-13 første og annet ledd, jf. § 29-3.

2.4 Oppsummering og konklusjon.

Hvorvidt retten kan avgjøre det virkelige mellomværende mellom partene (den materielle sannhet), eller om den må forholde seg til den partsforelagte tvist, må bestemmes konkret ut fra hvilken grad de ulike hensyn gjør seg gjeldende.

Nøytralitetsprinsippet og forbudet mot forskjellsbehandling av partene tilsier at terskelen for å drive materiell prosessledelse settes høyt. Videre stilles det strenge krav til kontradiksjon; Materiell prosessledelse bør på den ene side utføres i god tid før hovedforhandling avsluttes. På den annen side bør det ikke skje før dommeren er helt sikker på at omstendigheten er relevant.⁶⁹

Så lenge saksbehandlingen har vektlagt disse mothensyn i forsvarlig grad, vil rettens adgang til å drive materiell prosessledelse strekke seg så langt at det virkelige mellomværende mellom partene blir avgjort (den materielle sannhet). Ved tvil om hvor langt adgangen til å drive materiell prosessledelse rekker, bør man velge den løsning som i størst mulig grad tilgodeser grunnprinsippene, og først og fremst hensynet til en forsvarlig saksbehandling.

2.5 Virkningen av at retten går for langt i å drive materiell prosessledelse.

2.5.1 Innledning.

At retten går for langt i å drive materiell prosessledelse kan for det første innebære at retten har feilvurdert vekten av de hensyn som inngår i vurderingen. For det andre kan det innebære at retten har veiledet i større utstrekning enn det som er nødvendig for å hindre at en part lider rettstap.

Alten er av den oppfatning at det ikke kan bli tale om virkninger i kjølvannet av at retten går for langt i å drive materiell prosessledelse.⁷⁰ Bratholm/Hov mener det vanskelig kan tenkes hvilke konsekvenser en utført materiell prosessledelse vil ha.⁷¹ Det kan virke ubetyggende at det ikke skal ha noen virkning at retten går utenfor sin kompetanse. Pkt. 2.5 tar sikte på å

⁶⁹ Mikkelsen, Sivilprosess s. 102 og 202, åpner for muligheten til å drive materiell prosessledelse på saksforberedelsesstadiet, men understreker at materiell prosessledelse først og fremst bør finne sted under hovedforhandlingen.

⁷⁰ Alten, Tvistemålsloven s. 115.

⁷¹ Bratholm/Hov, Sivil rettergang s. 347 og Hov, Rettergang s. 386.

belyse hvilke følger en for vidtgående materiell prosessledning kan få dersom parten ønsker å etterprøve rettens saksbehandling.

2.5.2 Rettsmidler.

Rettsmidler kan som nevnt ikke benyttes overfor rettens materielle prosessledning i seg selv. Når retten har gått ut over de grenser som er satt for adgangen til å drive materiell prosessledning, kan imidlertid virkningene av dette begrunne at det foreligger saksbehandlingsfeil, for eksempel i form av mangel på kontradiksjon. Også der veiledningen materielt sett ikke har vært korrekt, må retten anses å ha gått for langt i sin materielle prosessledning. Et eksempel på dette er Rt. 1978 s. 379 (Tippekjennelsen).

Forholdet i denne saken var at A hadde påtatt seg å levere travkuponger for travinteresserte, der i blant B. B reiste erstatningssøksmål mot A fordi A ikke hadde levert inn en kupong som ville gitt en betydelig gevinst dersom den hadde blitt levert inn. Under ankebehandlingen for lagmannsretten ble det lagt frem en uttalelse fra Kirkedepartementet og Justisdepartementet som konkluderte med at A's virksomhet var i strid med tippelovens § 1. På bakgrunn av dette gav lagmannsretten uttrykk for at B's erstatningskrav utsprang av et reprobert rettsforhold, slik at A måtte bli å frifinne. Saken ble tatt opp til doms uten ytterligere bevisførsel. B's prosessfullmektig ble gitt anledning til å uttale seg, men han hadde ingen innvendinger. A ble frifunnet av lagmannsretten på det grunnlag som lagmannsretten selv hadde trukket inn i saksbehandlingen. Høyesterett opphevet dommen som følge av saksbehandlingsfeil etter tvml. § 384 første ledd, under henvisning til at lagmannsretten ikke hadde grunnlag for å presentere problemet så kategorisk og unyansert som den hadde gjort. Retten uttalte "at tross den passivitet som ... [B's] prosessfullmektig i lagmannsretten har vist, har retten sitt ansvar for at saksbehandlingen er kommet skjevt ut ved det som skjedde under innledningen til hovedforhandlingen. Jeg finner å måtte karakterisere forholdet som en saksbehandlingsfeil fra lagmannsrettens side".

Bruk av rettsmidler kan bare føre frem dersom "retten finner det sandsynlig, at [kompetanseoverskridelsen] kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold". Vilkåret vil være oppfylt dersom en part sannsynligvis har oppnådd en fordel eller ulempe som han ikke ville oppnådd dersom dommeren hadde holdt seg innenfor sin kompetanse. Der retten har overskredet grensene for å drive materiell prosessledning, er den gjerne blitt oppfattet som partisk. Dersom ankeinstansen "finder det sandsynlig, at [kompetanseoverskridelsen] kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold", er virkningen at overskridelsen tas i

betraktning som saksbehandlingsfeil. Nærmere om virkningen av at det foreligger saksbehandlingsfeil i pkt. 3.6.3 nedenfor.

2.5.3 Disiplinærtiltak.

Å gå for langt i å drive materiell prosessledelse kan også innebære at dommeren har brutt med de retningslinjer som følger av kravet til god dommerskikk etter dl. § 55 tredje ledd.

Dommeren kan etter omstendighetene klages inn for Tilsynsutvalget for dommere etter dl.

§ 236, jf. § 235. Å opptre partisk vil typisk oppfattes som brudd på god dommerskikk, og vil kunne føre til iverksettelse av disiplinærtiltak. Klageberettigede er opplistet i dl. § 237 første og tredje ledd. Tilsynsutvalget kan treffe vedtak om disiplinærtiltak i form av kritikk eller advarsel når en dommer ”overtrer de plikter stillingen medfører, eller for øvrig opptrer i strid med god dommerskikk”, se § 236 første og annet ledd. Tilsynsutvalget kan ikke vurdere forhold som kan overprøves etter reglene i rettspleielovgivningen, se § 236 siste ledd. En disiplinærreaksjon vil således ikke komme den klagende part materielt til unnsetning, men den overhengende trusselen om slike tiltak antas å ha en preventiv virkning på dommerens adferd og vurderingsrutiner. I de tilfellene hvor en dommer har opptrådt slik at det kan være av betydning for tilliten til rettens upartiskhet, kan han bli ansett inhabil etter dl. § 108. Dette ble resultatet i en kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2005 s. 172. De riktig grove brudd på god dommerskikk kan medføre straffeansvar for forsømmelse i tjenesten etter strl. § 324.

3 RETTENS PLIKT TIL Å DRIVE MATERIELL PROSESSLEDELSE.

3.1 Innledning.

Som det fremgår av behandlingen i pkt. 2 ovenfor, er retningslinjene for den materielle prosessledelse først og fremst ”kan – regler” for dommeren. Noen av disse retningslinjene er dommeren gjennom rettskildeprinsippene forpliktet til å ta i betraktning når han skal forvalte sin dommerrolle. Plikt til å ta et hensyn i betraktning som ledd i forvaltningen av dommerrollen er imidlertid noe annet enn plikt til å hjelpe partene på sporet av relevante angreps- og forsvarsmidler. Det følger av legalitetsprinsippet at den som ønsker å pålegge andre plikter, må ha et hjemmelsgrunnlag. Med dette som utgangspunkt, er det mest hensiktsmessig å drøfte hvorvidt det foreligger en plikt til å drive materiell prosessledelse på ulovfestet grunnlag under den hypotese at slik plikt i utgangspunktet ikke påhviler dommeren.

Det finnes flere eksempler på enkeltstående, lovfestede spesialhjemler som pålegger dommeren en plikt til å drive materiell prosessledelse. Som eksempel kan nevnes tvangsl. §§ 11-7 og 11-8 sammenholdt med deknl. § 2-10.⁷² Også i tvistemålsloven finnes det slike spesialregler, for eksempel tvml. § 282 annet ledd, § 301 annet ledd og § 331.

3.2 *Hvorvidt retten i det konkrete tilfellet har en ulovfestet plikt til å drive materiell prosessledelse beror på en konkret helhetsvurdering.*

Når man skal ta stilling til om det i særlige tilfeller bør gjøres unntak fra hovedregelen om at retten ikke har plikt til å bidra ved tilretteleggelsen av det faktiske grunnlaget for avgjørelsen utover de partsforelagte, påberopte grunnlag, gir den ulovfestede rett anvisning på at det må foretas en konkret helhetsvurdering på bakgrunn av de hensyn som gjør seg gjeldende for og mot materiell prosessledelse.

⁷² Skoghøy, Tvistemål s. 715.

3.3 Momenter i helhetsvurderingen.

Det lar seg vanskelig gjøre å fremskaffe en fullstendig oversikt over rettspraksis om pliktspørsmålet. Under gjennomgås noen sentrale eksempler fra rettspraksis som kan belyse de momenter som oftest gjør seg gjeldende i pliktvurderingen. Momentene som inngår i vurderingen er i stor grad de samme som er gjennomgått i pkt. 2.3 ovenfor. Gjennomgangen er ikke ment å være uttømmende.

Problemstillingene rundt den materielle prosessledelse kommer bare sjelden til uttrykk i domspremissene. Dessuten oppstår disse spørsmål oftest for de lavere instanser, ettersom sakene er så grundig forberedt for Høyesterett at det sjelden blir aktuelt å drive materiell prosessledelse. Betenkeligheten ved å dra inn nye påstandsgrunnlag blir derfor større etter hvert som saken skrider oppover i rettsapparatet. Alt dette medfører at problemstillingen blir vanskelig tilgjengelig for empirisk forskning. Vi må i hovedsak nøye oss med å studere de spredte tilfeller der Høyesterett har vurdert underinstansens håndtering av denne problematikken. Fordi Høyesteretts vurdering skjer i etterkant av avgjørelsesinstansens beslutning, vil avgjørelsesinstansens eventuelle plikt til å drive materiell prosessledelse fremstå som en betingelse for dens kompetanse til å anvende bestemte grunnlag, rettslige eller faktiske.

3.3.1 Rt. 1950 s. 981.

I Rt. 1950 s. 981 påberopte B, som var begjært utkastet fra den gården han bodde på, at han før innflyttingen hadde inngått avtale med A om kjøp av gården. A fikk medhold i utkastelsesbegjæringen i namsretten og i lagmannsretten på det grunnlag at B ikke hadde hjemmel til å besitte eiendommen. Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet lagmannsrettens utkastelseskjennelse fordi lagmannsretten hadde avsagt kjennelsen uten å innhente ytterligere opplysninger om det saksforhold som var påberopt av B. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at de faktiske omstendigheter ”burde vært søkt nærmere opplyst”, og anså mangelen for å kunne ha virket bestemmende på lagmannsrettens avgjørelse. Den mangelfulle saksopplysning ble dermed ansett som en saksbehandlingsfeil.

Sakens betydning for B medførte i dette tilfelle et noe skjerpet krav til rettens saksbehandling. Lagmannsretten ble pålagt en plikt til å påse at saken ble forsvarlig opplyst. Kjennelsen omhandlet imidlertid bare rettens ansvar for å bidra til at et bevis for et allerede påberopt

grunnlag ble belyst. Vi har i pkt. 1.4.2 ovenfor sett at det rettslig stiller seg noe annerledes der det mangler bevis for et allerede påberopt påstandsgrunnlag, enn der det er selve påstandsgrunnlaget som er utelatt. Kjennelsen kan derfor ikke anses å gi uttrykkelige holdepunkter for at retten kan pålegges et tilsvarende ansvar der en ufullstendig saksopplysning skyldes manglende påstandsgrunnlag.

At saken har stor betydning for en part, kan etter dette ikke uten videre tillegges stor vekt. Det kan anføres at de alminnelige saksbehandlingsregler tar høyde for at enhver sak er viktig. Dette taler for at det må foreligge særlige forhold ved et dispositivt rettsforhold for å begrunne strengere krav til saksbehandlingen enn det som følger av de alminnelige regler. Hvilke saksforhold som bør underkastes skjerpede saksbehandlingsregler er vanskelig å angi generelt, men må bero på en konkret vurdering av det enkelte tilfelle. En parts pretensjoner om at sakens utfall har stor betydning kan alene ikke være nok til at det stilles skjerpede krav til saksbehandlingen. For at ankeinstansen skal kunne prøve om det foreligger saksbehandlingsfeil, må de forhold som tilsier at retten bør pålegges et medansvar for sakens opplysning la seg etterprøve. Det er ikke mulig for ankeinstansen å etterprøve subjektive verdier, dersom disse ikke har gitt seg noen ytre utslag eller er basert på alminnelige verdipreferanser.

Rt. 1950 s. 981 kan benyttes som støtteargument for at andre saksforhold, der verdier av primær betydning står på spill, skal undergis slike krav til sakens opplysning at dommeren blir pliktig til å tilby supplerende av partenes opplysninger dersom han ser muligheter utenfor det allerede påberopte. Tvist om retten til bolig utløser i dag strengere krav til rettens saksbehandling gjennom en del særskilte vernebestemmelser.

3.3.2 Rt. 1963 s. 996.

Rt. 1963 s. 996 (Monteringsfeilkjennelsen) gjaldt krav om erstatning etter kjøp av en havfiskebåt. Kjøperen gjorde gjeldende at det gikk varmgang i motoren fordi verkstedet ved monteringen av motoren hadde kappet propellakslingen for kort. Lagmannsretten fant ikke å kunne legge dette til grunn som bevist, men fant det derimot bevist at propellakslingen var for kort som følge av at motoren hadde forskjøvet seg, da det manglet støtteløser foran motoren. Verkstedet påsto dommen opphevet ved ankebehandlingen fordi manglende støtteløser ikke var påberopt av kjøperen, og følgelig ikke tilstrekkelig belyst under hovedforhandlingen. Høyesterett fant at lagmannsretten ikke hadde satt seg ut over tvml. § 86

første ledd, men at den ikke hadde oppfylt sin plikt til å gjøre partenes anførsler ”saa klare og fullstændige som mulig” etter annet ledd. ”Lagmannsretten skulle (...) under rettsforhandlingene ha tatt opp spørsmålet for å få klarlagt om ...[kjøper] ville påberope seg manglende støtteklosser i motorens forkant”. ”Når lagmannsretten ikke tok opp spørsmålet til nærmere drøftelse under forhandlingene og i sin dom la avgjørende vekt på at støtteklossene manglet, foreligger det etter min mening en feil i saksbehandlingen”. Avgjørelsen ble dermed opphevet med grunnlag i tvml. § 86 annet ledd.

Høyesterett forankrer lagmannsrettens plikt til å undersøke om kjøper ønsket å påberope seg manglende støtteklosser i tvml. § 86 annet ledd som en plikt til å gjøre anførslene ”saa klare og fullstændige som mulig”. En naturlig forståelse av hva det vil si å klargjøre noe, henspeiler på at det før klargjøringen må foreligge et tvetydig utgangspunkt. Tvml. § 86 får dessuten bare anvendelse på påberopte grunnlag, jf. ordlyden ”parternes anførsler”. Dette taler for at det aktuelle grunnlaget må være forsøkt påberopt før retten kan pålegges en klargjøringsplikt i forhold til vedkommende grunnlag etter tvml. § 86 annet ledd.

Den samme tankegang gjør seg gjeldende der dommeren plikter å gjøre anførslene så ”fullstændige som mulig”. Også her tilsier en begrepsfortolkning at det må foreligge et ufullstendig utgangspunkt som gir dommeren signal om at noe synes å mangle i anførselsbildet før det kan pålegges en plikt etter tvml. § 86 annet ledd. Det kan også tenkes en situasjon der det mangler et grunnlag uten at *et* bestemt grunnlag er uklart eller ufullstendig. I slike tilfeller lar det seg diskutere når ulovfestede regler om supplerings av partenes prosessopplegg tar over for tvml. § 86 annet ledd.

Der det er vanskelig å skille mellom de forskjellige anførslene og hva som er påberopt og ikke, er det tilsvarende vanskelig å trekke grensen for hva som er klargjøring og hva som er supplerings. Ønsker dommeren å se nærmere på et forhold som ikke kan anses påberopt, må han av hensyn til kontradiksjon gjøre partene oppmerksom på de muligheter han ser, slik at grunnlaget kan påberopes og dermed inngå som en del av avgjørelsen. Dette gjelder også der dommeren er usikker på om grunnlaget er påberopt.

Skillet mellom påberopte og ikke påberopte grunnlag er også av betydning for partene når de overveier om de skal anke, og for ankeinstansen når den vurderer om en anke skal fremmes til ankebehandling. Det oppfattes nok som enklere å foreta en vurdering av ankegrunnlaget med utgangspunkt i en konkret rettergangsbestemmelse, som for eksempel tvml. § 86 annet ledd, enn med utgangspunkt i ulovfestede og uklare rettssetninger om materiell prosessledelse. Dette kan være en årsak til at det har oppstått en tradisjon med å forankre slike saksbehandlingsfeil i tvml. § 86 annet ledd, i stedet for de ulovfestede regler om materiell

prosessledelse.

I monteringsfeilkjennelsen hadde lagmannsretten avgjort saken på et grunnlag som verken var påberopt eller belyst for retten. Det utgangspunkt som skal til for å pålegge retten en klargjøringsplikt manglet, og lagmannsrettens bidrag må dermed betraktes som supplerende av kjøpers påstandsgrunnlag. Dersom kjennelsen ses i lys av det begrepsapparatet som benyttes i denne fremstillingen, ville det vært riktig å benytte de ulovfestede regler om materiell prosessledelse i stedet for tvml. § 86 annet ledd som grunnlag for resultatet i denne kjennelsen.

Virkingen av at lagmannsretten unnlot å forelegge det avgjørende grunnlag for partene til uttalelse, var at det kontradiktoriske prinsipp ikke ble varetatt. Kjennelsen viser dermed at manglende kontradiksjon kan begrunne at avgjørelsen må anses beheftet med saksbehandlingsfeil. Når feilen består i brudd på det kontradiktoriske prinsipp, er det i praksis ikke stilt særlig store krav til den sannsynlighet som kreves for at feilen kan ha hatt innvirkning på avgjørelsen. Selv om den enkelte sak kan tåle en slik uregelmessighet, er det av stor viktighet at kontradiksjonshensynet blir håndhevet på prinsipielt grunnlag. Dette er viktig både for å vareta tilliten til domstolen utad, men også som et oppdragende signal til dommerstanden. Dette tilsier at retten bør pålegges en plikt til å drive materiell prosessledelse i de tilfeller hvor kontradiksjonsprinsippet ellers ikke blir tilstrekkelig varetatt ved avgjørelsen.

3.3.3 Rt. 1979 s. 216.

I Rt. 1979 s. 216 ble avgjørelsen opphevet som følge av at lagmannsretten ikke hadde undersøkt hvorfor partene hadde unnlatt å legge frem to sentrale bevis i saken. Høyesteretts kjæremålsutvalg var av den oppfatning at lagmannsretten i det minste burde opplyst partene om at innholdet i disse dokumentbevisene kunne bli tillagt avgjørende vekt.

Kjæremålsutvalget understreket imidlertid at retten i dispositive saker ikke har noen alminnelig plikt til å bidra til sakens opplysning. Når kjæremålsutvalget likevel kom til at det var begått en saksbehandlingsfeil, ble dette begrunnet med at det ikke ville medført særlige ulemper, verken for retten eller for partene, om retten hadde rettet en enkel etterlysning av bevisene til partene.

Denne konkrete saken gjaldt etterlysning av bevis som skulle belyse et allerede påberopt

påstandsgrunnlag. Hjemmel for etterlysning av bevis er tvml. § 190 første ledd, jf. § 86 annet ledd. Denne hjemmelen gir retten en adgang til å beslutte ytterligere bevisførsel, men pålegger ingen plikt. Avgjørelsen er et eksempel på at kjæremålsutvalget pålegger retten å gjøre unntak fra forhandlingsprinsippet, jf. pkt. 1.4.2 ovenfor. På dette punkt går kjennelsen noe lenger enn tvml. § 190. Det er imidlertid gitt en reservasjon for de tilfeller hvor slik plikt vil medføre ”særlige ulemper”. Dette åpner for at enhver ulempe av betydning komme i betraktning.

Kjennelsens relevans for pliktvurderingen, avhenger av om den rettsregel som følger av kjennelsen bør kunne anvendes analogisk for materiell prosessledelse, ettersom etterlysning av bevis og materiell prosessledelse kan være til dels vanskelig å skille fra hverandre, se pkt. 1.4.2 ovenfor. I tilfeller hvor materiell prosessledelse kan utføres utelukkende ved en enkel forespørsel, og uten at det blir nødvendig med ytterligere undersøkelser eller forberedelser, vil det sjelden foreligge noen ”særlige ulemper”, verken for partene eller retten. Det vil her ikke være noen avgjørende grunn mot at retten driver materiell prosessledelse. Når det gjelder reservasjonen mot ”særlige ulemper”, bør ikke bare de prinsipielle, men også de praktiske mothensyn som økt tidsforbruk og økte kostnader tas i betraktning. Den rettsregel som følger av kjennelsen bør etter dette ha en viss analogisk anvendelse i disse tilfellene.

3.3.4 Rt. 1995 s. 203.

I Rt. 1995 s. 203 (Husleiekjennelsen) hadde lagmannsretten basert sin utkastelsesavgjørelse på at det ikke forelå noe leieforhold mellom partene. Dette grunnlaget var ikke påberopt av partene. Kjæremålsutvalget uttalte i sin opphevelseskjennelse at når lagmannsretten fant å ville bygge på et slikt grunnlag, skulle den ”under enhver omstendighet ha gjort partene oppmerksom på at den overveiet å gjøre dette, jf. RT. 1990 8. Dersom lagmannsretten hadde gjort det, ville den kjærende part eventuelt kunne ha påberopt § 13-2 tredje ledd litra e som grunnlag for kravet om fravikelse”.

Rettens ønske om å bygge på et grunnlag som ikke er påberopt utløser en plikt for retten til å gjøre partene oppmerksomme på grunnlaget, samt gi dem rett til å uttale seg, jf. Rt. 1963 s. 996. I Rt. 1995 s. 203 var det klart at den kjærende part kunne påberopt et alternativt grunnlag for sitt krav dersom han var blitt gjort oppmerksom på hvilke grunnlag lagmannsretten anså som relevante. Rettens unnlattelse av å drive materiell prosessledelse ble dermed ansett som en saksbehandlingsfeil.

Av tvml. § 191 følger det at retten er ubundet av partenes rettslige påstandsgrunnlag, herunder den rettslige subsumsjonen av de faktiske påstandsgrunnlag. Retten er imidlertid uansett bundet av partenes faktiske påstandsgrunnlag. Dette beskjerer rettens frie rettsanvendelse til en viss grad. Retten kan etter dette ikke bringe en rettsregel til anvendelse i medhold av tvml. § 191, uten at det faktum som er nødvendig for anvendelsen av regelen har vært påberopt av partene. Retten kunne altså ikke anvende tvangslovens § 13-2 tredje ledd litra e som grunnlag for å gi medhold i kravet om tvangsfravikelse uten at den kjærende part hadde påberopt at det ikke forelå noe leieforhold mellom partene. Noen av de avgjørelsene som er referert ovenfor leder oppmerksomheten til spørsmålet om det etableres en plikt til å drive materiell prosessledelse for det tilfelle at retten ønsker å bringe en bestemt rettssetning til anvendelse. Materiell prosessledelse fremstår i noen av disse avgjørelsene som en betingelse for rettens kompetanse til å avgjøre saken på et bestemt rettsgrunnlag.

Dersom det er rettens ønske om å benytte et bestemt rettsgrunnlag som utløser denne plikten, må det bety at det ikke forelå slik plikt før retten ønsket å se nærmere på det nye grunnlaget. Det følger av en antitetisk tolkning av adgangsreglene i pkt. 2 ovenfor, at slik plikt ikke etableres med mindre det må antas at parten ønsker å påberope grunnlaget. Dersom grunnlaget ikke ønskes påberopt, har retten ikke kompetanse til å legge det til grunn. Dette gjelder også der grunnlaget er kommet til som følge av at retten har drevet materiell prosessledelse. Dersom en ser bort fra den sjeldne situasjon, at retten ønsker å benytte et rettsgrunnlag som partene har grunn til å oppfatte som overraskende, er vi tilbake til utgangspunktet, nemlig at det ikke kan oppstilles en plikt for retten til å drive materiell prosessledelse.

3.3.5 Rt. 1990 s. 8.

Rt. 1990 s. 8 (Borettslagsaken) gjaldt uenighet omkring overdragelse av en borettslagsleilighet. Lagmannsretten avgjorde også i dette tilfellet saken på et grunnlag som lå utenfor det partene hadde påberopt. Høyesterett uttalte at når lagmannsretten overveide å avgjøre saken ”med en begrunnelse og et resultat som avvek såvidt sterkt fra partenes prosedyre, skulle den (...) ha gitt partene et varsel om sine overveielser, slik at de hadde fått anledning til å uttale seg og til eventuelt å tilby ytterligere bevisførsel. En slik plikt for retten kan forankres i tvistemålslovens § 86 annet ledd om at den bør sørge for at partenes anførsler blir så klare og fullstendige som mulig, jf. avgjørelsen i Rt. 1963 s. 996. Men plikten kan også bygges direkte på det kontradiktoriske prinsipp, som er en grunnsetning i vår rettergangsordning. Retten må ikke ved sin avgjørelse bygge på en begrunnelse eller komme til et resultat som partene ikke har hatt rimelig anledning til å uttale seg om, med mindre det må anses klart at slik uttalelse ville være uten betydning.”

Plikten til å gjøre partene oppmerksom på det avvikende grunnlaget som retten ville bygge på kunne ifølge Høyesterett forankres direkte i tvml. § 86 annet ledd. Høyesterett presiserte imidlertid i denne kjennelsen, til forskjell fra de øvrige avgjørelsene, det kontradiktoriske grunnprinsippets selvstendige betydning i vår rettergangsordning.

Denne uttalelsen fra Høyesterett bringer ulovfestet rett på bane som grunnlag for plikten til å drive materiell prosessledelse. Det har, i de avgjørelsene som er gjennomgått over, vært en tendens til å presse de retningslinjer som følger direkte av grunnprinsippene inn under en av rettergangsbestemmelsene i tvistemålsloven. Det bør etter denne kjennelsen være grunnlag for å trekke den slutning at kontradiksjonsprinsippet i seg selv kan ha den samme tyngde som de aktuelle rettergangsbestemmelsene. Følgelig må også de øvrige grunnprinsipper ha tilsvarende tyngde, ettersom Høyesterett alene begrunnet kontradiksjonsprinsippet gjennomslagskraft med dets status som grunnsetning. Rettspraksis har dermed åpnet for at retten kan ha en ulovfestet plikt til å bidra ved tilretteleggelsen for avgjørelsesgrunnlaget.

3.4 Oppsummering og konklusjon.

Hovedregelen etter denne gjennomgang er at retten ikke har plikt til å bidra til sakens opplysning på ulovfestet grunnlag. Det er imidlertid åpnet for unntak fra dette i rettspraksis, jf. Rt. 1990 s. 8.

Den overordnede betingelsen for at retten skal pådra seg plikt til å drive materiell prosessledelse er at en av partene står i fare for å lide rettstap. Det stilles i utgangspunktet ikke krav om kvalifisering av rettstapet. Ethvert rettstap er uakseptabelt. Videre ser det, på bakgrunn av de refererte avgjørelsene, ut til at det vil være avgjørende for pliktvurderingen at de krav som stilles til kontradiksjon er varetatt. At det ikke finnes noen avgjørende argumenter mot slik virksomhet, kan også være et argument for å anse retten som pliktig til å drive materiell prosessledelse.⁷³

For enkelte tvister ser vi at lovgiver har vurdert sakstypen som så betydningsfull at retten er pålagt å følge noen av de særlige saksbehandlingsregler som normalt bare gjelder for indispositive rettsforhold. Et eksempel på dette er saker hvor dekl. § 2-10 kommer i betraktning. Her består rettens plikt i å gjøre parten oppmerksom på adgangen til å kreve erstatningsbolig ved gjeldsforfølgning.

Gode grunner taler for å pålegge retten å følge disse saksbehandlingsregler også i andre rettsforhold der tilsvarende interesser står på spill. Dersom retten gjennom skjerpede krav til

⁷³ Denne rettsstilstand er kommet til uttrykk ved tvistelovens § 11-5.

saksbehandlingen pålegges et selvstendig, ulovfestet medansvar for sakens opplysning, vil dette gjennom kravet til kontradiksjon medføre en indirekte plikt for retten til å drive materiell prosessledelse. Eksempler på slike saksforhold er imidlertid vanskelig å finne. Prosessreglene er etter hvert svært gjennomarbeidet i lovgivningen, rettspraksis og juridisk litteratur. Sannsynligheten for at det vil dukke opp så vidt spesielle situasjoner i tvistemålslovens resterende virketid er ikke stor. Skulle en slik situasjon oppstå, vil det på bakgrunn av de hensyn som er gjennomgått og de alminnelige regler kunne gjøres unntak fra hovedregelen. Det kan altså tenkes hensyn eller tilfeller som er så vidt spesielle, enten alene eller i kombinasjon, at retten har plikt til å gripe inn i partenes prosessopplegg.

Ut fra de hensyn som er gjennomgått og den rettspraksis som er belyst, kan man slutte at det neppe vil oppstå en plikt for retten til å drive materiell prosessledelse der det er rent økonomiske interesser som står på spill for partene. Rettspraksis peker imidlertid i retning av at retten bør strekke seg langt i sin aktivitet der saken er av særlig stor velferdsmessig betydning for en part.

3.5 Internasjonal og utenlandsk rett.

3.5.1 Internasjonal rett.

Med internasjonal rett menes i det følgende de rettsregler som styrer det internasjonale samfunn, og som Norge har vedtatt som norsk rett.

Anne Robberstad har drøftet spørsmålet om nasjonale domstoler kan ha en plikt til å drive materiell prosessledelse på EØS-rettens område.⁷⁴ Det må presiseres at Robberstad har en noe videre forståelse av begrepet materiell prosessledelse enn det opereres med i denne fremstillingen.⁷⁵ Hun nevner følgende eksempel:

”Det inngås en lisensavtale mellom to norske private parter. Avtalen er klart i strid med EØS-avtalen art. 53 nr. 1 (...) om avtaler som innskrenker konkurransen. EØS art. 53 nr. 2 bestemmer at ”Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning”. Artikkel 53 nr. 3 om dispensasjon er ikke aktuell.

Part A saksøker part B med krav om erstatning på grunn av mislighold av avtalen. B har en rekke innsigelser mot

⁷⁴ Robberstad, EØS-retten s. 197.

⁷⁵ Robberstad, EØS-retten s. 203.

dette, og påstår frifinnelse. Men B påberoper ikke EØS art. 53 som grunnlag, fordi han ikke er klar over at avtalen er ugyldig ut fra denne bestemmelsen.”⁷⁶

Spørsmålet Robberstad reiser er om den norske domstolen etter norsk prosessrett kan eller skal frifinne B med grunnlag i EØS art. 53. Robberstad forutsetter for sin vurdering at alle fakta av betydning er presentert for domstolen, og hun konkluderer med at norske domstoler har en plikt til å veilede om de mest grunnleggende EØS-rettslige regler.⁷⁷

Der forutsetningen er at alle de faktiske grunnlag av betydning er påberopt, vil dette ut fra det begrepsapparat som benyttes i denne fremstillingen, ikke være et spørsmål om materiell prosessledelse, men om kontradiksjonsprinsippet bør gjelde i forhold til rettsreglene i EØS. Jeg er således enig med Robberstad i at en norsk domstol etter norsk rett må ha både rett og plikt til å frifinne B på grunnlag av EØS art. 53 i overnevnte tilfelle.

Når det gjelder de faktiske grunnlag som må påberopes for å bringe en EØS-rettslig eller en annen internasjonal bestemmelse til anvendelse, må utgangspunktet være at dommeren har den samme adgang til å drive materiell prosessledelse som etter intern norsk rett. Dette må være den naturlige følge av at den internasjonale rett er vedtatt som intern norsk rett. På sentrale områder av Norges internasjonale forpliktelser må dommerstanden etter hvert forutsettes å være godt kjent med de materielle bestemmelsene, slik at plikten til å drive materiell prosessledelse må være like omfattende som for den interne rett. Det må foretas en konkret vurdering av om det bør forventes slik kunnskap om de materielle bestemmelsene fra dommeren at han kan drive materiell veiledning om den eller de aktuelle bestemmelsene på en forsvarlig måte.

Robberstad konkluderer med at en adgang til å drive materiell prosessledelse etter norsk intern rett, forvandles til en pliktregel i EØS-rettslige forhold. Dette utgjør ingen betenkelighet så lenge plikten består i å gi partene muligheten til å påberope EØS-reglene. Noe mer betenkelig er den alternative fortolkning, som går ut på at rettsforhold med EØS-rettslige elementer anses som indispositive for den EØS-rettslige del. Det vil føre til manglende forutsigbarhet for private parter dersom staten via EØS-regleverket skal kunne disponere over behandlingen av ellers dispositive rettsforhold på partenes vegne.

⁷⁶ Robberstad, EØS- retten s. 197.

⁷⁷ Robberstad, EØS- retten s. 220.

3.5.2 Utenlandsk rett.

Med utenlandsk rett menes i det følgende internasjonal rett som Norge ikke har sluttet seg til og andre lands interne, materielle rettsregler. Et spørsmål er hvilket ansvar norske domstoler har for at utenlandsk rett anvendes når lovvalsreglene angir det. Sjøfjell-Hansen er av den oppfatning at dommeren har plikt til å forelegge spørsmålet om sakens tilknytning til utlandet for partene der partene har oversett dette.⁷⁸ Det er alminnelig enighet om at dommeren skal anvende utenlandske rettssetninger ex officio med grunnlag i tvml. § 191.⁷⁹

Problemstillingen er imidlertid hvilket ansvar norske domstoler har for sakens opplysning dersom saken behandles for norsk domstol etter utenlandsk rett. I saker med tilknytning til utenlandsk rett er det vanskeligere for partene å vite hvilke faktiske grunnlag som er relevante for avgjørelsen. Det peker seg derfor ut spesielle hensyn som gjør at rettens unnlattelse av å drive materiell prosessledelse lett vil kunne bli ansett som en saksbehandlingsfeil.⁸⁰ Sjøfjell-Hansen presiserer her ikke nærmere hvilke hensyn det er tale om, men at partene og deres prosessfullmektiger befinner seg i ukjent terreng ser ut til å stå sentralt. Hun hevder dermed at hovedreglen utvilsomt må være at retten har plikt til å drive materiell prosessledelse i saker med tilknytning til utenlandsk rett. Ofte vil dommerens plikt til å forelegge sakens tilknytning til utlandet for partene, naturlig kunne ut i en etterlysning av de relevante faktiske påstandsgrunnlag.

Etter min mening bør saken begjæres utsatt der man først under hovedforhandlingen blir oppmerksom på sakens tilknytning til utlandet. Dommeren kan riktignok et stykke på vei være behjelpelig med å bringe klarhet i hvilke faktiske opplysninger som er relevante for anvendelsen av de utenlandske rettsreglene, men ofte befinner også dommeren seg på ukjent område. Dersom dommeren legger føringer for partenes prosessopplegg der han selv er på ukjent område, vil det være en stor risiko for at han fører prosessen på avveie. Sjansen er stor for at uklarheter dukker opp i ettertid dersom det avsies dom på tross av denne forholdsvis dramatiske saksutviklingen.⁸¹ Jeg er derfor ikke enig i at hovedregelen må være at dommeren har plikt til å drive materiell prosessledelse i saker med tilknytning til utlandet. En slik

⁷⁸ Sjøfjell-Hansen, På fremmed grunn s. 20.

⁷⁹ Lundgaard, Internasjonal privatrett s. 164; Skoghøy, Tvistemål s. 719; Sjøfjell-Hansen, På fremmed grunn s. 95 flg.

⁸⁰ Sjøfjell-Hansen, På fremmed grunn s. 50 med videre henvisninger.

⁸¹ Etter at hovedforhandlingen er avsluttet, men før dom avsies, må saken reassumeres etter tvml. § 339 første ledd dersom retten ønsker å supplere partenes påstandsgrunnlag, jf. Rt. 1990 s. 8 (Borettslagssaken).

hovedregel vil bare ha noe for seg der dommeren har særlig kjennskap til den rett som skal anvendes.

I Sverige har man en bestemmelse i Rättergångsbalkens (1942:740) kap. 42, § 8 om at retten ”skall, allt efter målets beskaffenhet, vid förberedelsen verka för (...) att parterna anger allt som de vill åberopa i målet”. Hvorvidt retten har en plikt til å gjøre partene oppmerksomme på grunnlag som de ville påberopt dersom de hadde vært oppmerksomme på relevansen, ser ut til å bero på ”målets beskaffenhet”. Videre skal retten bare ”verka för” at partene påberoper alt de ønsker å påberope. Ordlydens runde formulering gjør det ikke naturlig å utlede noen selvstendig plikt for retten til å drive materiell prosessledelse under saksforberedelsen. For hovedforhandlingen finnes det en bestemmelse i Rättergångsbalkens kap. 43, § 4 som pålegger retten å ”se til att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet”. Også under hovedforhandlingen avhenger rettens plikt av ”målets beskaffenhet”. Til forskjell fra saksforberedelsesstadiet er rettens aktivitetsplikt under hovedforhandlingen rettet mot sakens utredning, ikke bare mot de enkelte påstandsgrunnlag. Når de to bestemmelsene sammenlignes, kan det se ut som om § 4 retter seg mer mot den kvalitative saksopplysning, som i og for seg også kan omfatte nye påstandsgrunnlag, mens § 8 retter seg mer mot den kvantitative saksopplysning i form av antall grunnlag. Denne inndeling kan ha gode grunner for seg, ettersom begge bestemmelsene i tur og orden får anvendelse på det samme saksforhold. Saksforberedelsesstadiet går ut på å få oversikt over alle tenkelige grunnlag for kravet, samt å forme saken, mens man under hovedforhandlingen gjerne har tatt et standpunkt til hvilke grunnlag som endelig gjøres gjeldende som grunnlag for kravet. Rettens plikt under hovedforhandling bør derfor bestå i å belyse de endelige grunnlag i den dybde og bredde som kreves av hensyn til ”målets beskaffenhet”. Som en naturlig følge av dette, lyder fortsettelsen av § 4 noe tilsvarende tvml. § 86 annet ledd. Retten skal forsøke å rydde vekk uklarheter i ”de uttalanden som görs”. Dette skjer ”[g]enom frågor och påpekanden”. Det kan ikke ut fra de skrevne rettskilder sluttes at det under hovedforhandlingen foreligger en plikt for retten til å drive materiell prosessledelse. I den svenske litteraturen er det imidlertid ført sterke argumenter for at retten bør ha en videre adgang til å drive materiell prosessledelse til fordel for en ikke prosesskyndig selvmøter.⁸² Det kan etter dette synes som om den svenske rettsstilstanden i realiteten er den samme som etter ulovfestet norsk rett.

⁸² Se også pkt. 2.3.6 og note 63.

Også i Danmark er forhandlingsprinsippet lagt til grunn for lovens utforming, og retten har dermed ingen alminnelig plikt til å drive materiell prosessledelse. Den danske rettsstilstanden synes dermed i hovedsak å være lik den norske. Retsplejelovens (LBK nr. 910/2005) § 339, stk. 1 har en bestemmelse som tilsvarer tvml. § 86 annet ledd; ”Er en parts påstand eller hans anbringender eller hans uttalelser om saken i øvrigt uklare eller ufuldstændige, kan retten søge dette afhjulpet ved spørgsmål til parten”. Bestemmelsen gir retten anledning til å stille spørsmål til parten. Regelen kan som nevnt ikke tolkes slik at den pålegger retten en plikt til å stille spørsmål, herunder drive materiell prosessledelse. Denne fortolkningen støttes av at det i § 339, stk. 4 er pålagt byretten en lovfestet plikt til å veilede om ”hva han bør foretage til opplysning af sagen og i øvrig til varetagelse af sine interesser under denne”, der partene er selvprosederende. Dersom det hadde foreligget plikt til å drive materiell prosessledelse i sin alminnelighet, hadde denne spesialregelen for selvmøtere vært overflødig.

3.6 Virkningen av at retten unnlater å drive materiell prosessledelse i tilfeller hvor den har plikt til det.

3.6.1 Innledning.

Alten er av den oppfatning at det aldri kan bli tale om virkninger i kjølvannet av at retten unnlater å drive materiell prosessledelse.⁸³ Schei uttrykker at det sjelden kan være en saksbehandlingsfeil, men at det kan tenkes unntak der saken betyr mye for parten.⁸⁴

En unnlattelse av å utføre en plikt må imidlertid ha en virkning for at det skal gi noen mening å tale om en plikt. Virkningen av manglende materiell prosessledelse må i så fall være at feilen blir å anse som en saksbehandlingsfeil. I det følgende drøftes hvorvidt det kan medføre saksbehandlingsfeil at retten unnlater å drive materiell prosessledelse.

3.6.2 Rettsmidler.

Etter tvml. § 384 første ledd kan manglende prosessledelse få betydning som saksbehandlingsfeil dersom det er sannsynlig at unnlattelsen ”kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold”. Det må som utgangspunkt legges til grunn at materiell prosessledelse vil virke bestemmende på resultatet, ettersom retten bare kan anses å ha slik plikt der en part står i fare for å tape den rett han har etter det underliggende forhold.

⁸³ Alten, Tvistemålsloven s. 115.

⁸⁴ Schei, Tvistemålsloven s. 376.

Dersom den manglende prosessledelsen ikke ”kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold”, har retten heller ingen plikt til å drive materiell prosessledelse, og unnlåtelsen kan ikke anses som en saksbehandlingsfeil. Dette gjelder for eksempel der retten er oppmerksom på et grunnlag for kravet som parten ikke later til å være oppmerksom på, men som utvilsomt ikke kan føre frem. At retten her unnlater å forelegge grunnlaget til parten for uttalelse, skaper ingen fare for rettstap på partens hånd. Dersom det er usikkert om parten står i fare for å lide rettstap, vil en unnlåtelse fra retten kunne representere en uforsvarlig saksbehandling. I slike tilfeller bør retten gjøre partene oppmerksomme på grunnlaget for å være på den sikre siden.

Det kan og reises spørsmål om unnlåtelsen kan anses som en absolutt saksbehandlingsfeil etter tvml. § 384 annet ledd. Dersom retten har unnlatt å drive materiell prosessledelse der dette fremstår som en betingelse for rettens kompetanse, vil man kunne vurdere det slik at avgjørelsen er avsagt av en ikke domsmyndig rett, jf. tvml. § 384 annet ledd nr. 2. Unnlåtelsen av å drive materiell prosessledelse vil i disse tilfellene kunne anses som en absolutt saksbehandlingsfeil. Retten har bare kompetanse til å behandle de grunnlag den er blitt forelagt av partene.

I de tilfeller saken tas opp til doms uten at et utelatt, relevant grunnlag forelegges partene, vil det kunne by på bevismessige problemer å påvise at det foreligger en saksbehandlingsfeil fra rettens side. Det er svært vanskelig å vurdere om dommeren har vært oppmerksom på det utelatte grunnlaget. Dersom parten selv og hans prosessfullmektig har oversett grunnlaget, kan det ikke uten videre legges til grunn at dommeren burde ha sett det. Det blir da nærliggende å falle ned på hovedregelen om at sakens opplysning og risikoen for denne påhviler partene.

Dersom retten har vært oppmerksom på grunnlaget, vil en unnlåtelse av å bringe det på bane utvilsomt representere et brudd på prinsippet om forsvarlig saksbehandling. Dette gjelder bare ubetinget der ingen avgjørende hensyn taler mot slik aktivitet fra rettens side.⁸⁵ Ankeinstansen har imidlertid fordelen av å foreta en etterfølgende vurdering. Dommeren skal vurdere dette fortløpende, og har ikke fullstendig oversikt over hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i hvilken grad før hele saken er gjennombehandlet. På denne bakgrunn vil unnlåtelse av å drive

⁸⁵ Skoghøy, Tvistemål s. 881.

materiell prosessledning ikke automatisk anses som en saksbehandlingsfeil.⁸⁶

Dersom retten derimot i det konkrete tilfelle må anses å ha en selvstendig plikt til å bidra til avgjørelsens grunnlag i form av materiell prosessledning, må manglende materiell prosessledning anses som en absolutt saksbehandlingsfeil.⁸⁷

3.6.3 Retten kommer til at det foreligger saksbehandlingsfeil.

Dersom en saksbehandlingsanke fører frem, skal avgjørelsen gå ut på at underinstansens avgjørelse oppheves, hjemsendes til eller avvises fra underinstansen, jf. tvml. § 385, jf. § 386. Om saken oppheves og sendes tilbake til en lavere instans, kan parten ikke hindres i å påberope det utelatte påstandsgrunnlaget i den nye behandlingen. Bratholm og Hov er av den oppfatning at det da vil da være meningsløst å oppheve den første dommen.⁸⁸

Det er imidlertid ikke et selvstendig poeng å forhindre at et påstandsgrunnlag danner grunnlag for avgjørelsen. Poenget med en ny behandling er å bidra til at det nye grunnlaget blir gjenstand for bevisførsel og en kontradiktorisk behandling. Det er jo mangelen på dette som utgjør selve saksbehandlingsfeilen. Grunnlaget kan også påberopes for ankeinstansen (med de begrensninger som er nevnt), men hjemsending til underinstansen varetar på beste måte hensynet til kontradiksjon, fordi man ved hjemsending blir gitt mulighet til å få overprøvd også den nye behandlingen for en høyere instans.

Grove feil og mangler ved saksbehandlingen vil uansett kunne medføre at dommen blir opphevet etter tvml. § 392 og hjemvist til den instansen hvor feilen ble begått. Denne hjemmelen kan benyttes der hensynene som taler for at det drives materiell prosessledning ikke i seg selv er sterke nok til å begrunne at en unnlattelse må anses som saksbehandlingsfeil. Dersom det foreligger mange mindre feil ved rettens saksbehandling, kan disse samlet bli ansett som en grov feil. Det er imidlertid også her en forutsetning at det finnes sannsynlig at feilen ”kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold”. Dersom feilen er så grov at dommeren må anses for å ha brutt med de krav som stilles til god dommerskikk, kan dommeren klages inn for Tilsynsutvalget for dommere. Det er ikke et vilkår for å klage til Tilsynsutvalget at feilen ”kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold”, jf. pkt. 2.5.3 ovenfor.

⁸⁶ Schei, Tvistemålsloven s. 376.

⁸⁷ Skoghøy, Tvistemål s. 881.

⁸⁸ Bratholm/Hov, Sivil rettergang s. 347.

3.7 *Materiell prosessledning i den nye tvisteloven.*

3.7.1 Innledning.

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) ble vedtatt 17. juni 2005.⁸⁹

Den nye loven skal svare til de behovene den enkelte og samfunnet har for en hensiktsmessig tvisteløsning, samt behovet for en tilpassning til Norges internasjonale forpliktelser.

Den engelske sivilprosess har vært et viktig forbilde ved utarbeidelsen av den nye loven.⁹⁰

Dette er fordi de norske og de engelske prosessproblemene har vært forholdsvis like. I England og en del andre land har man hatt positive erfaringer med utenrettslig mekling, proporsjonalitet mellom tvistegjenstanden og saksbehandlingen, og ikke minst; større ansvar for retten til å drive aktiv saksstyring. Den nye, norske tvisteloven bygger på disse erfaringene. Tvistelovens kap. 7 og 8 har regler om henholdsvis utenrettslig og rettslig mekling, og det er et generelt trekk ved loven at dommeren skal styre forhandlingene i stor grad, se for eksempel §§ 9-4 og 9-13, jf. §§ 11-6 og 11-7. Når det gjelder småkravprosessen, forutsettes retten i enda større grad å ha en styrende og strukturerende rolle enn i allmennprosessen, se § 10-2 annet ledd og § 10-3 femte ledd. Det vil være ”grunn til å understreke at en slik aktiv saksstyring er noe annet enn dommerens rett og eventuelt [sic] plikt til å veilede om saksbehandlingen og om forhold av direkte betydning for løsningen [sic] tvisten”.⁹¹ Likevel vil det være en sammenheng. Jo mer aktivitet dommeren utviser, jo større er sjansen for at han setter partene på sporet av forhold som har direkte betydning for løsningen av tvisten. Vedtakelsen av den nye tvisteloven gjør det interessant å undersøke om rettstilstanden omkring den materielle prosessledning er endret.

3.7.2 Nærmere om tvistelovens § 11-5.

Tvistelovens § 11-5 omhandler rettens veiledningsplikt, og lyder som følger:

”(1) Retten skal gi partene slik veiledning om regler og rutiner for saksbehandlingen og andre formelle forhold som er nødvendig for at de kan ivareta sine interesser i saken. Retten skal søke å forebygge feil og skal gi den veiledning som er nødvendig for at feil kan rettes opp. For adgangen til å rette feil gjelder § 16-5.

(2) Retten skal i samsvar med tredje til sjuende ledd gi veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler.

⁸⁹ Lov nr. 90/2005.

⁹⁰ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 30 annen spalte.

⁹¹ NOU 2001: 32, bind A, s. 136 første spalte.

- (3) Retten skal virke for at tvistesporsmål blir klarlagt, og at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort.
- (4) Retten kan oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken.
- (5) Retten kan oppfordre en part til å tilby bevis.
- (6) Retten skal under sakens gang ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning.
- (7) Retten må utøve sin veiledning på en måte som ikke svekker tilliten til at den er upartisk. Retten kan ikke gi partene råd om hvilket standpunkt de bør innta til tvistesporsmål i saken, eller hvilke prosesshandlinger de bør foreta.”

Første ledd gjelder bare den prosessuelle prosessledelse og omtales derfor ikke nærmere.⁹² Annet ledd er hovedregelen om materiell prosessledelse. Bestemmelsen understreker formålet med å gi materiell veiledning til partene, nemlig å treffe riktige avgjørelser. Annet ledd innebærer en veiledningsplikt for retten, jf. ordlyden om at retten ”skal (...) gi veiledning”. Plikten er også kommet til uttrykk i forarbeidene.⁹³ Annet ledd kan isolert sett gi inntrykk av at retten er pålagt meget omfattende forpliktelser. En nærmere analyse av begrepet ”veiledning”, tilsier imidlertid at det må gå en grense mot det man kan kalle rådgivning. Retten kan altså ikke gi konkrete råd til partene. Det påligger heller ikke retten noe selvstendig ansvar for at veiledningen faktisk gir det riktige resultat. Veiledningen skal bare ”bidra” til at tvisten får et riktig utfall. Hovedansvaret for sakens opplysning ligger fremdeles hos partene.

Annet ledd angir ikke nærmere hva plikten består i, men det uttales i forarbeidene at plikten må forstås i lys av tredje til sjuende ledd.⁹⁴ Hovedregelen i annet ledd modifiseres og innsnevres dermed noe av de påfølgende bestemmelsene. Tredje, fjerde og femte ledd angir retningslinjer for hvordan den materielle prosessledelse kan eller skal gjennomføres. De begrensninger i veiledningsadgangen som følger av en isolert tolkning av de enkelte bestemmelsene, vil aldri kunne bli så omfattende at en part lider rettstap. Hovedregelen i annet ledd om hensynet til en materielt riktig avgjørelse er overordnet. Ethvert hensyn for å drive materiell prosessledelse vil føye seg inn under det overordnede hensyn om materielt riktige avgjørelser, slik at tredje, fjerde og femte ledd ikke kvantitativt begrenser de hensyn som kan føre til at retten blir pliktig til å drive materiell prosessledelse. Den klargjøringsplikt som retten har etter tredje ledd skal ha til formål å klargjøre om partene har lagt vekt på de

⁹² Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 første spalte.

⁹³ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 første spalte.

⁹⁴ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 første spalte.

samme faktiske og rettslige grunnlag som retten vil legge til grunn for sin avgjørelse.

Dette er langt på vei den samme fase som er beskrevet som første trinn i den ulovfestede materielle prosessledelse. Anvendelsen av reglene om materiell prosessledelse forutsetter nettopp at retten blir oppmerksom på grunnlag som partene ikke tidligere har berørt i sine prosessopplegg. I denne sammenheng kan klargjøringsplikten etter tvml. § 86 annet ledd inngå som ledd i den materielle prosessledelse etter de ulovfestede regler.

Dersom det etter klargjøringen fremkommer at partene og retten vurderer spørsmålet på ulikt grunnlag, kan det bli nødvendig at retten utfører slik veiledning som nevnt i fjerde ledd. Virkningen av at retten blir oppmerksom på denne type avvik er, til forskjell fra tidligere, regulert i den nye loven. Etter fjerde ledd kan retten be partene om ”å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken”. Dette kan for eksempel være at retten spør om parten ønsker å påberope et bestemt påstandsgrunnlag.⁹⁵ Forarbeidene nevner også at retten kan be om en parts syn på et rettslig påstandsgrunnlag eller bevis dersom det er usikkert om det faktiske forhold vil utløse virkningen av en bestemt rettsregel, eller der retten ser at det av bevisene kan utledes noe annet enn det partene hevder.⁹⁶

Femte ledd representerer et unntak fra hovedregelen om at ansvaret for bevisføringen påhviler partene. Denne bestemmelsen må dermed anses som et unntak fra forhandlingsprinsippet, jf. pkt. 1.4.2. Ettersom slik etterlysning av bevis kan oppfattes som bistand til en av partene, tilsier hensynet til rettens nøytralitet at unntaket bare bør benyttes der de bevis som ser ut til å mangle må antas å ha avgjørende betydning for resultatet. Hensynet til en materielt riktig avgjørelse må da veie tyngre enn hensynet til rettens nøytralitet.

Sjette ledd omhandler rettens plikt til å ”ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning”. Ordlyden gir ingen holdepunkter for å klarlegge hva veiledningsplikten består i. Plikten kan neppe trekkes så langt at det gjøres til rettens ansvar å påse at en selvprosederende part får de nødvendige kunnskaper om de relevante rettsgrunnlag. Ei heller at han forstår betydningen av rettsregelen eller hvilke av sakens fakta som kan utløse den rettsvirkning som er beskrevet i den aktuelle rettssetningen. En plikt av dette omfang vil

⁹⁵ Dette har tidligere i fremstillingen fremstått som siste trinn i den ulovfestede materielle prosessledelse.

⁹⁶ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 første spalte.

komme i for sterk kontrast til rettens rolle som samfunnets nøytrale tvisteløser.⁹⁷ Retten kan av denne grunn ikke opptre som partens sakfører. På den annen side har det en viss betydning at parten møter uten advokat. Det følger direkte av sjette ledd.

Rettens plikt kan etter dette ikke trekkes lenger enn at retten må gjøre det mulig for parten å vareta sine interesser på en forsvarlig måte, uten at han trenger å la seg bistå av prosesskyndig fullmektig.⁹⁸ Bare i særegne tilfeller kan retten pålegges en plikt til å veilede parten om sakens materielle spørsmål. At parten er selvprosederende, medfører imidlertid at terskelen for rettens plikt til materiell veiledning er noe lavere enn det som fremkommer under pkt. 3. Det kan i denne forbindelse også nevnes at Advokatforeningens representantskap har fattet vedtak om å oppheve det såkalte prosessmonopolet.⁹⁹ Dersom dette blir en realitet, blir problemstillingene rundt rettens veiledningsplikt også aktuelle der en part lar seg bistå av ikke prosesskyndig fullmektig.

3.7.3 Begrensninger i rettens rett og plikt til å drive materiell prosessledelse etter tvistelovens § 11-5 sjuende ledd.

Tvistelovens § 11-5 sjuende ledd inneholder den viktige begrensning at retten ikke må opptre partisk. Dette er en videreføring av gjeldende rett. I den grad hensynet til rettens upartiskhet gjør seg gjeldende, kan retten ikke ha en plikt til å drive materiell prosessledelse. Heller ikke etter sjette ledd. Det kan imidlertid tenkes situasjoner der retten bør strekke seg langt for å oppfylle plikten etter annet ledd. Det fremgår for eksempel uttrykkelig av sjuende ledd at retten ikke kan gi direkte råd til partene. Dersom retten av hensyn til en riktig avgjørelse likevel skulle finne seg berettiget til å gi partene konkrete råd, vil fremgangsmåten i rådgivningen kunne avdempe vekten av hensynet til rettens nøytralitet: Jo klarere og mer direkte rådene gjøres overfor en selvprosederende part, jo sterkere oppfordring vil den annen part ha til å imøtegå det som skulle bli anført.¹⁰⁰ Retten bør på den annen side ikke gi seg inn på rådgivning til en av partene om kompliserte teoretiske betraktninger som den annen part ikke vil kunne imøtegå innen kort tid. Sjuende ledd fritar for plikten til å drive materiell prosessledelse i de tilfeller hvor hensynet til rettens upartiskhet tilsier det, men fratrar også retten adgangen til å drive materiell prosessledelse i den grad slik virksomhet vil gi inntrykk av en partisk domstol.

⁹⁷ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 annen spalte.

⁹⁸ NOU 2001: 32, bind A, s. 139 første og andre spalte.

⁹⁹ Advokatforeningens årsrapport 2004 s. 8.

¹⁰⁰ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 annen spalte.

Det fremgår av forarbeidene at retten ved vurderingen av veiledningens omfang også må se hen til andre forhold enn det som fremgår av sjuende ledd. Hensynet til rettens nøytralitet er altså ikke det eneste hensyn mot at dommeren driver materiell prosessledelse. Forarbeidene sier ikke mer om hva som ligger i dette, men i prinsippet må dommeren ta ethvert mothensyn i betraktning før han setter seg i aktivitet for å bidra til grunnlaget for avgjørelsen. Slike betydelige unntak gjør det naturlig å reise spørsmål om hvorvidt det var hensiktsmessig å lovfeste en så kompleks helhetsvurdering. De omfattende begrensninger som følger av sjuende ledd medfører at lovfesting er ufullstendig. Kodifiseringen kan imidlertid bidra til at retten føler seg mer forpliktet til å etterleve reglene om materiell prosessledelse, nå som reglene er kommet til uttrykk gjennom lovgiverviljen.

3.7.4 Oppsummering og konklusjon.

Når det ikke er noen avgjørende grunn som taler mot at retten driver materiell prosessledelse, er den lovfestede hovedregelen i den nye tvisteloven at retten skal gi den ”veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler”. Det kan dermed synes som om den nye loven åpner for materiell prosessledelse i noe større grad enn gjeldende rett. Etter en nærmere tolkning fremstår imidlertid innholdet i de gjeldende og de nye reglene som likt, men med de nye reglene ser man ut til å ha inntatt en annen tilnærming, nemlig at retten har en veiledningsplikt med mindre hensynet til rettens nøytralitet eller andre vektige hensyn taler mot, jf. sjuende ledd. Etter gjeldende rett er tilnærmingen annerledes, nemlig at retten som hovedregel ikke har veiledningsplikt med mindre det foreligger vektige grunner som taler for. Det fremgår heller ikke av forarbeidene at man har tilstrebet en realitetsendring. Det er dermed en presumsjon for at den nye tvisteloven ikke medfører noen vesentlige endringer i rettstilstanden i forhold til den behandlede problemstilling.

KILDEREGISTER:

1. Litteratur:

Alten, Tvistemålsloven:

E. Alten: Tvistemålsloven med kommentarer, 3. utgave (Oslo 1954).

Andenæs, Statsforfatningen i Norge:

J. Andenæs: Statsforfatningen i Norge, 8. utgave, 2. opplag (Oslo 1998/2000).

Bratholm / Hov, Sivil rettergang:

A. Bratholm / J. Hov: Sivil rettergang, 5. opplag (Oslo 1973/1987).

Eckhoff, Sivilprosess:

T. Eckhoff: Sivilprosess, 2. utgave ved Bjørn Haug (Oslo 1962).

Ekelöf, Rättergång:

P. O. Ekelöf : Rättergång, Fämte häftet, 6. opplag (Stockholm 1987).

Hov, Rettergang:

J. Hov: Rettergang i sivile saker, 2. utgave (Oslo 1994).

Høyland, Hva styrer dommerens valg?

J. Høyland: Hva styrer dommerens valg?, LoR 2003 s. 21-40 (Oslo 1962-).

Lundgaard, Internasjonal privatrett:

H. P. Lundgaard: Gaarders innføring i internasjonal privatrett, 3. utgave (Oslo 2000).

Mikkelsen, Sivilprosess:

H. Mikkelsen: Sivilprosess (Oslo 1999).

Robberstad, EØS-retten:

A. Robberstad: Norske dommeres plikt til å veilede om EØS- retten, LoR 2002 s. 195-221 (Oslo 1962-).

Rygg, Anførsler:

O. Rygg: Anførsler, Juristkontakt nr. 4/ 1996 s. 2-7 (Oslo 1966-).

Schei, Tvistemålsloven:

T. Schei: Tvistemålsloven med kommentarer, Bind 1, 2. utgave (Oslo 1998).

Sjåfjell-Hansen, På fremmed grunn:

B. Sjåfjell-Hansen: På fremmed grunn (Oslo 2000).

Skeie, Civilproces:

J. Skeie: Den norske civilproces, Bind 2 (Oslo 1931).

Skoghøy, Tvistemål:

J. E. Andreassen Skoghøy: Tvistemål, 2. utgave (Oslo 2001).

Taksøe-Jensen, Materiel procesledning:

F. Taksøe-Jensen: Materiel procesledning i borgerlige sager (København 1976).

Aasland, Anførsler:

G. Aasland: Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål, TfR 1967 s. 157-200 (Oslo 1888-).

2. Forarbeider:

Ot. prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaden i tvistemaal.

Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal avgitt i 1908 av den ved kgl. res. av 3.1.1891 nedsatte kommisjon, bilag til Ot. prp. nr. 1 (1910).

NOU 2001: 32 Rett på sak. Bind A og bind B.

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

3. Lover og konvensjoner:

A. Nasjonale og internasjonale lover og konvensjoner:

DL.:	Lov nr. 5 for 1915 om domstolene.
Deknl.:	Lov nr. 59 for 1984 om fordringshavernes dekningsrett.
EMK:	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen fra 4. November 1950.
EØS-avtalen:	Lov nr. 109 for 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Grunnloven:	Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Luganoloven:	Lov nr. 21 for 1993 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.
Menneskerettsloven:	Lov nr. 30 for 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Norske Lov:	Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687.
Strl.:	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902.
Strpl.:	Lov nr. 25 for 1981 om rettergangsmåten i straffesaker.
Tippeloven:	Lov av 21. juni 1946 om tipping i samband med idrettstevlinger (opphevet).
Tvangsl.:	Lov nr. 86 for 1992 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring.
Tvisteloven:	Lov nr. 90 for 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Tvml.:	Lov nr. 6 for 1915 om rettergangsmåten for tvistemål.

B. Andre lands lover:

Finsk medlingslag: Lag om medling i tvistemål i allmänna domstolar nr. 663/2005.

Finsk rättergångsbalk: Rättergångs Balk 1.1.1734/4.

Retsplejeloven: Lov om rettens pleje (LBK nr. 910 af 27. september 2005).

Svensk rättergångsbalk: Rättergångsbalken (1942:740).

4. Tidsskrifter:

LoR: Lov og Rett (Oslo 1962-).
TfR: Tidsskrift for Rettsvitenskap (Oslo 1888-).
Juristkontakt: (Oslo 1966-).

5. Rettsavgjørelser:

A. Norsk retts Tidende (Rt.):

1950 s. 981 (kjm. utv.)
1961 s. 234 (kjm. utv.)
1963 s. 996 (HR kjennelse)
1977 s. 799 (HR kjennelse)
1978 s. 379 (HR kjennelse)
1979 s. 216 (kjm. utv.)
1979 s. 1481 (HR dom)
1988 s.1304 (kjm. utv.)
1989 s. 1318 (HR dom)
1990 s. 8 (HR kjennelse)
1992 s. 504 (HR dom)
1994 s. 1656 (kjm. utv.)
1995 s. 203 (kjm. utv.)
1996 s. 282 (kjm. utv.)
1997 s. 1322 (HR dom)
2000 s. 234 (HR kjennelse)
2005 s. 172 (kjm. utv.)

B. Rettens Gang (RG):

2003 s. 838 Borgarting.

C. Upubliserte rettsavgjørelser:

Hålogaland lagmannsrett 29.november 1993 (LH-1993-11-A).
Gulating lagmannsrett 1994 (sak 1994-218 A).
Gulating lagmannsrett 21. desember 1998 (LG-1998-342-A).
Agder lagmannsrett 4. oktober 2001 (LA-2000-1786-A).