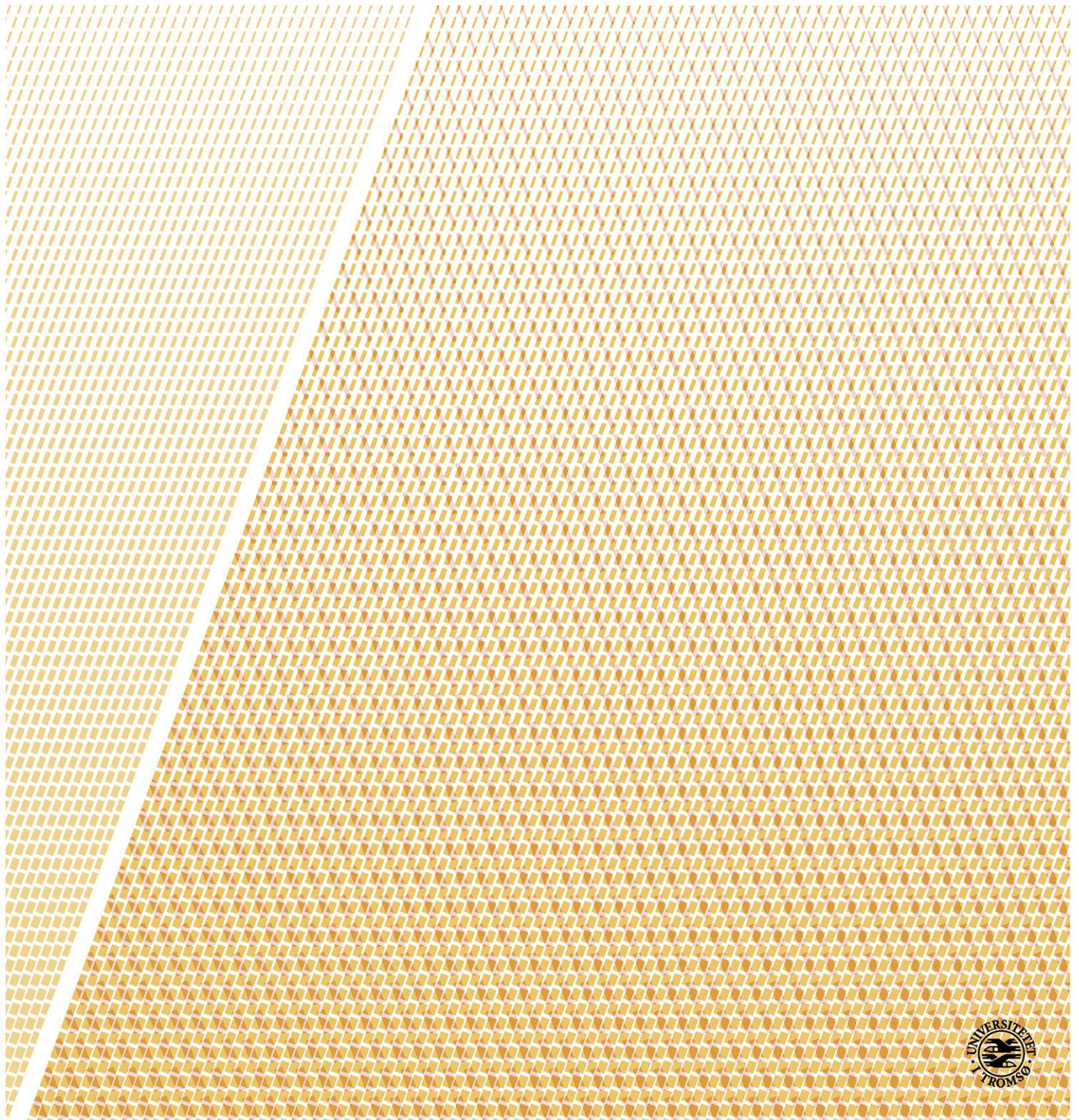


Det juridiske fakultet

Materiell prosessledning

—
Erik Eldjarn

Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor – september 2015



FORORD

INNHold

1.	Opptakt.....	1
1.1	Tema for avhandlingen, problemstilling og begrepsbruk	1
1.2	Grunnleggende om materiell prosessledning etter tvl. § 11-5	4
1.3	Hvorfor skrive om materiell prosessledning?	5
1.4	Avgrensninger og grensedragninger	7
1.4.1	Spesialprosess og prosessuell veiledning.....	7
1.4.2	Veiledning i grenselandet mellom materiell og prosessuell rett	9
1.4.3	Materiell prosessledning og rettens forliksvirksomhet	12
1.5	Metodisk fundament.....	15
1.5.1	Avhandlingen er rettsanalytisk	15
1.5.2	Bruk av utenlandsk rett og utenlandske rettskilder.....	18
1.6	Avhandlingens videre struktur	18
2.	Enkelte prosessuelle grunnbegreper og veiledning.....	21
2.1	Innledning.....	21
2.2	Kravsgrensen som ramme for rettens veiledning.....	21
2.3	Rettens handlingsrom innenfor rammene av partenes påstander	26
2.4	Påstandsgrunnlaget.....	33
2.4.1	Påstandsgrunnlaget og dets betydning	33
2.4.2	Behov for veiledning grunnet påstandsgrunnlagets uklare grenser	34
2.4.3	Hvor konkretisert må påstandsgrunnlaget være?.....	39
3.	Twistelovens funksjoner og målsetningen med veiledningen	43
3.1	Innledning.....	43
3.2	Sivilprosessens individualfunksjoner.....	49

3.2.1	Tvisteløsning og rettsbeskyttelse	50
3.2.2	Tvisteløsning i et videre perspektiv	54
3.3	Sivilprosessens samfunnsmessige funksjoner	56
3.3.1	Innledning	56
3.3.2	Den materielle rettens gjennomslag og adferdsstyring	57
3.3.3	Rettsavklaring og rettsutvikling	59
3.3.4	Kontrollfunksjonen	61
3.4	Målsetningen med rettens veiledning	65
3.4.1	En riktig avgjørelse	65
3.4.2	De ulike funksjoners fokus på et riktig resultat	69
3.5	Syntese: Relativisering og interaksjon	71
4.	Sivilprosessens prinsipper og rettens veiledning	73
4.1	Innledning	73
4.2	Autonomibaserte prinsipper	76
4.2.1	Partenes autonomi – behov for og begrensning av veiledningen	76
4.2.2	Et krav om bristende vilje?	81
4.3	Prinsippet om forsvarlig saksbehandling	82
4.3.1	Forsvarlighetsprinsippet og rettens veiledning	82
4.3.2	Nærmere om et forsvarlig grunnlag for en rettsavgjørelse	87
4.3.3	Et uklart prosessopplegg	90
4.3.3.1	Å klarlegge og å klargjøre	90
4.3.3.2	Uklare påstander	92
4.3.3.3	Uklare påstandsgrunnlag	93
4.3.3.4	Rettens supplerende bevisførsel	95
4.3.4	Alternative prosessopplegg	99
4.3.4.1	Andre påstander, påstandsgrunnlag eller bevis enn partenes	99

4.3.4.2	Det normale som sammenligningsgrunnlag	101
4.4	Proporsjonalitetsprinsippet.....	102
4.4.1	Nærmere om prinsippet.....	102
4.4.2	Sakens objektive og subjektive betydning for parten	106
4.4.3	Proporsjonalitet som katalysator og begrensning for veiledning.....	108
4.4.4	Særlig om proporsjonalitet, bevisavskjæring og veiledning.....	110
4.5	Prinsippet om aktiv saksstyring.....	113
4.6	Prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling	117
4.6.1	Nærmere om prinsippet og problemstillingene.....	117
4.6.2	Veiledning om sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag	120
4.6.2.1	Rettsens avvikende forståelse eller anvendelse av førte bevis.....	120
4.6.2.2	Dokumentbevis det ikke er sikret kontradiksjon omkring.....	125
4.6.2.3	Særlig om vitterlige kjensgjæringer, og rettsens generelle og faglige viten og erfaringsgrunnlag	126
4.6.3	Veiledning om rettsanvendelsen	131
4.7	Dommerens upartiskhet.....	137
4.7.1	Utgangspunkt og problemstillinger.....	137
4.7.2	Måten veiledningen presenteres.....	139
4.7.3	Nærmere om måten: dommerens forutinntatthet	143
4.7.4	Betydningen av <i>hva</i> det veiledes om for rettsens upartiskhet	145
4.8	Foreløpig sammenfatning.....	146
5.	Veiledning i de ulike faser av en rettsprosess	148
5.1	Innledning – tvisteprosessens faser	148
5.2	Veiledning ved prøving av prosessforutsetningene i søksmålsfasen	150
5.3	Saksforberedelsesfasen.....	153
5.3.1	Grunnlaget for en vellykket hovedforhandling.....	153

5.3.2	Saksforberedelsens form	156
5.3.3	Forenklet domsbehandling av åpenbart uholdbare krav	158
5.4	Hovedforhandlingsfasen.....	160
5.4.1	En forsvarlig hovedforhandling	160
5.4.2	Rettens klargjørende og begrensende virksomhet	163
5.4.3	Veiledning om alternative prosessopplegg	164
5.4.3.1	Veiledning og preklusjon av for sent fremsatte prosesshandlinger ...	164
5.4.3.2	Alternative krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis	169
5.4.4	Veiledning og reassumering av hovedforhandlingen	171
5.5	Ved ankebehandling	174
5.5.1	Ulike domstolsnivåer, ulike funksjoner, ulikt informasjonsgrunnlag.....	174
5.5.2	Ankebegrensninger som rammer for rettens veiledning	175
5.5.2.1	For lagmannsretten	175
5.5.2.2	For Høyesterett	179
6.	Rettsforholdets betydning for spørsmålet om veiledning	183
6.1	Kategorien rettsforholdets betydning	183
6.2	Saker som berører offentlige hensyn.....	183
6.2.1	Nærmere om dispositive og indispositive saker	183
6.2.2	Betydningen for rettens veiledning at et forhold er indispositivt	187
6.2.2.1	Generelt om rettens veiledning i indispositive saker	187
6.2.2.2	Betydningen av ulike offentlige hensyn for rettens veiledning	190
6.2.2.3	Veiledning utenfor rammene av kravet i indispositive saker	194
6.2.2.4	Særlig om kravsgrensen i tvister med indispositive momenter	197
6.2.2.5	Veiledning om påstand i indispositive saker	198
6.2.2.6	Veiledning om påstandsgrunnlag i indispositive saker	200
6.2.2.7	Veiledning om bevis	204

6.2.2.8	Rettens upartiskhet	207
6.2.3	Veiledning av hensyn til det offentlige i dispositive tvister	208
6.2.3.1	Innledning og avgrensning	208
6.2.3.2	Særlig om preseptorisk lovgivning.....	209
6.2.3.3	Hensynet til miljøet	212
6.2.3.4	Begrenser miljøhensynet partenes disposisjonsadgang?	216
6.2.3.5	Rettens plikt til å ivareta miljøhensynet	218
7.	Betydningen av rettens europeisering	221
7.1	Klargjøring av tema.....	221
7.2	EØS-rettslige forpliktelsers betydning for spørsmålet om veiledning	221
7.2.1	Innledning og utgangspunkter.....	221
7.2.2	Ex officio anvendelse av EU- og EØS-retten?	225
7.2.2.1	EØS-retten og den norske sivilprosessens disposisjonsprinsipp	225
7.2.2.2	Klare brudd på fellesskapsretten.....	229
7.2.2.3	TEUF artikkel 101 som ordre public	231
7.2.2.4	Hvilke rettsregler basert på EU-retten anses som ordre public?.....	234
7.2.2.5	Særlig om forbrukerdirektiver	236
7.2.3	Fra adgang til plikt til å veilede?.....	240
7.3	Veiledning om materielle bestemmelser i EMK	243
7.3.1	Klargjøring av tema	243
7.3.2	Statens plikt til å sikre menneskerettighetene	246
7.3.2.1	Nærmere om den positive plikten.....	246
7.3.2.2	Domstolens plikt til korrekt anvendelse av konvensjonen	248
7.3.3	Subsidiaritetsprinsippet – prosessualisering	256
7.3.3.1	Fokus på nasjonale domstolers avgjørelsesprosess	256
7.3.3.2	Kravet til forsvarlighet når tvisten gjelder menneskerettigheter	262

7.3.3.3	Resultatet av nasjonale domstolars avgjørelsesprosess	265
7.3.4	Når anses en sak å inneholde menneskerettslige aspekter?	268
7.3.5	Sammenfatning – betydning for rettens veiledning	270
7.4	Folkerettslige forpliktelsers betydning for rettens veiledning.....	272
8.	Småkravsprosessen og selvprosederende parter	277
8.1	Småkravsprosessen.....	277
8.1.1	Bakgrunn og hensyn	277
8.1.2	Reguleringen av rettens veiledning i småkravssaker	280
8.1.3	Saksforbredelsen som forutsetning for en vellykket prosess	282
8.1.4	Veiledning og preklusjon i småkravsprosessen	284
8.1.5	Uklarheter i det eksisterende prosessopplegget	286
8.1.6	Bevisavskjæringsreglene i småkravsprosessen.....	288
8.1.7	Alternativt prosessopplegg.....	291
8.2	Selvprosederende parter	293
8.2.1	Hvorfor veilede selvprosederende parter?	293
8.2.2	Et relativt behov for veiledning av selvprosederende parter	297
8.2.3	Et fokus på den selvprosederende parts vilje	300
8.2.4	Særlig om veiledning ved muntlig inngivelse av prosesskriv	302
8.2.5	Veiledning parter om påstandsgrunnlaget	303
8.2.6	Veiledning om bevis og ved parts- og vitneavhør	306
8.2.7	Rettens upartiskhet.....	309
9.	Anke over brudd på reglene om materiell prosessledelse.....	313
9.1	Ulike typer brudd og ulike konsekvenser.....	313
9.2	Brudd på klargjørings- eller veiledningsplikten som saksbehandlingsfeil.....	316
9.2.1	Brudd på veiledningsplikten	316
9.2.2	Brudd på rettens plikt til å klargjøre prosessopplegget.....	318

9.2.3	Uriktig eller unyansert veiledning	319
9.2.4	Feil ved måten veiledningen ble ytt	320
10.	Konklusjoner og observasjoner.....	322
	Abstract.....	326
	Kildeliste.....	333

1. Opptakt

1.1 Tema for avhandlingen, problemstilling og begrepsbruk

I en rettsprosess kan dommeren i betydelig utstrekning påvirke *tvistens materielle side* ved eksempelvis å sørge for ytterligere bevisførsel, bidra i utspørringen av vitner eller foreslå alternative påstandsgrunnlag. Men i hvilke situasjoner er det riktig av dommeren å gjøre det, og i hvilke er det riktig å la være? I hvilke situasjoner er det en plikt til å veilede og hvor langt når plikten? Når er dommeren for aktiv eller for tilbakeholden, når bør veiledningen foregå, på hvilken måte bør den formidles og hvilke konsekvenser får brudd på grensene for veiledningsadgangen? I denne avhandlingen analyseres dommerens *materielle prosessledelse* i sivile saker.

En rekke bestemmelser i tvisteloven¹ er av betydning for spørsmålet om materiell prosessledelse. Viktigst blant disse er § 11-5. Bestemmelsen lyder:

§ 11-5. Rettens veiledningsplikt

- (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.
- (3) Retten skal virke for at tvistespørsmål 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 tvistespørsmål i saken, eller hvilke prosesshandlinger de bør foreta.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvl.).

Bestemmelsens første ledd regulerer rettens prosessuelle veiledning – altså veiledning om regler knyttet til saksbehandlingen – og er ikke tema for denne avhandling.² Andre til syvende ledd regulerer den materielle prosessledelse.

Siktemålet med avhandlingen er å klargjøre *grensene for* dommerens materielle prosessledelse etter gjeldende rett og i tillegg peke på når dommeren *bør* veilede. Samtidig er det en ambisjon å påpeke eventuelle svakheter ved reguleringen og der skissere endringer.

Allerede nå er det grunn til å fremheve at bestemmelsen tidvis er svært skjønnspreget og i tillegg situasjonsavhengig.³ I fjerde ledd fremgår eksempelvis at retten *kan* oppfordre parten om forhold som «synes å være» av betydning for saken, og skjønnspregede vurderingstemaer går også igjen i femte, sjette og sjuende ledd. Temaets skjønnspregede og situasjonsavhengige egenart medfører at det er relativt uklart hva som er gjeldende rett på området. Dessuten er spørsmålet om dommerens materielle prosessledelse oftere et spørsmål om hva som er hensiktsmessig, enn om plikt.⁴ Kanskje var det nettopp dette Aasland tenkte på da han fremholdt om at det neppe gjør:

«Svært stor forskjell om man stiller spørsmålet [om grensen for reglene om materiell prosessledelse] de lege ferenda eller de lege lata».⁵

Samtidig er det klart at rettens veiledning av partene reguleres av rettsregler. Det er ikke opp til en dommers frie skjønn å avgjøre om eller når det skal veiledes, for som Lindblom fremhever:

«Det förtjänar påpekas att det inte är en smaksak utan en rättsfråga hur aktiv processledningen skall vara».⁶

² Se nærmere om skillet mellom materiell og prosessuell veiledning i punkt 1.4.

³ Se Gunnar Aasland, «Jurister og yrkesetikk; Dommeren», *Juristkontakt*, 1987 nr. 1 s. 43 flg. (s. 43 flg.), som fremhever at spørsmålet om veiledning beror på «tvistens karakter og de konkrete forhold».

⁴ Peter Westberg, Domstols officialprövning – En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1, Lund 1988 (Westberg 1988) s. 549 uttrykker dette ved *lämplighetsfråga* og *laglighetsfråga*.

⁵ Gunnar Aasland, «Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1967 s. 157-200 (Aasland 1967) (s. 178) (min presisering). Westberg er også inne på dette særtrekket, og det er trolig bakgrunnen for hans karakteristikk av temaet som *udogmatisk*, se Westberg 1988 s. 549. Jeg kommer nærmere tilbake til de metodiske implikasjonene av disse særegenhetene i punkt 0.

⁶ Per Henrik Lindblom, *Progressiv process*, Uppsala 2000 (Lindblom 2000) s. 288.

Den gjennomgripende problemstillingen jeg har som siktemål å besvare er når dommeren kan og skal veilede.⁷ Naturlige underproblemstillinger er da når plikten til å veilede oppstår, hvor langt adgangen til å veilede rekker og konsekvenser ved brudd på veiledningsplikten. I fremstillingen søkes det samtidig å gi uttrykk for hva dommeren – innenfor det påviste handlingsrom etter gjeldende rett – bør foreta; altså hva som er *god* eller *hensiktsmessig* materiell prosessledelse. *Måten* veiledningen gis på, er også av stor betydning, jf. tvl. § 11-5 sjuende ledd. Derfor problematiseres hvordan rettens veiledning bør foregå.

Rettens veiledning om materielle forhold kalles normalt for materiell prosessledelse, men i litteraturen benyttes i tillegg uttrykk som materiell veiledning og aktiv prosessledelse.⁸ Den materielle prosessledelse skiller gjerne mellom klargjøring og veiledning. Skillet gjenfinnes også i tvl. § 11-5 (3) og (4), hvor det etter bestemmelsens ordlyd eksisterer en plikt til klargjøring og en adgang til veiledning.

Begrepet materiell prosessledelse er etter min mening noe uheldig. For *det første* gir uttrykket prosessledelse assosiasjoner til og inntrykk av en autoritet som dommeren ikke har. Partene har fortsatt herredømme over sakens materielle rammer og disse binder retten.⁹ Den aktivitet retten her utøver, har derfor i større grad et preg av samarbeid enn ledelse.¹⁰ Parten kan velge å følge veiledningen eller la være. Veiledning gir derfor et mer treffende bilde av dommerens aktivitet enn prosessledelse. For *det andre* er det ikke grunn til å reservere uttrykket veiledning som motsats til klargjøring, altså å avklare uklarheter, for å skille plikt og adgang – det er sågar pedagogisk uheldig. I både forarbeider og rettspraksis er det forutsatt at dommeren undertiden har plikt til å veilede.¹¹ Veiledning og klargjøring markerer ikke lengre skillet mellom plikt og adgang. I forlengelsen av dette er det for *det tredje*, og dels i forlengelsen av det foregående, en glidende overgang mellom klargjøring

⁷ I doktrinen er andre definisjoner og problemstillinger formulert, se til eksempel Westberg 1988 s. 550-551.

⁸ Se NOU 2001:32 A s. 139, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173. Se også Eva Smith, *Civilproces, Grundlæggende regler og principper*, København 2000 (Smith 2000) s. 125.

⁹ Se i samme retning Jo Hov, *Rettergang II*, Oslo 2010 (Hov 2010b) s. 1061.

¹⁰ Se på samme måte Peter Westberg, *Anskaffing av bevisning i dispositiva tvistemål*, Stockholm 2010 (Westberg 2010) s. 155.

¹¹ Se NOU 2001:32 A s. 139 første spalte. Fra rettspraksis, se for eksempel Rt. 1963 s. 996 A og Rt. 2005 s. 1590 A.

og veiledning.¹² Uttrykkene gir dermed ikke alltid en korrekt beskrivelse av dommerens aktivitet. Selv om det er en begrepsmessig gråsoner mellom klargjøring og veiledning, er det samtidig grunn til å fremheve at ikke all veiledning er klargjøring, og at skillet er forutsatt å ha betydning for rettens aktivitet. Jeg har derfor valgt å holde fast ved disse to uttrykkene. Av hensyn til at materiell prosessledning er det etablerte begrep, og for å unngå sammenblanding mellom fenomenet materiell prosessledning og den veiledning som ytes, finner jeg, på tross av disse innvendingene, å holde fast ved materiell prosessledning som begrep for fenomenet.

1.2 Grunnleggende om materiell prosessledning etter tvl. § 11-5

Målsetningen med tvl. § 11-5 er ifølge bestemmelsens andre ledd å legge til rette for at tvisten får en *riktig avgjørelse*. Reglene om materiell prosessledning må i tillegg ses i sammenheng med tvistelovens øvrige prinsipper og målsetninger. Særlig er prinsippet om aktiv saksstyring, og slik i et videre perspektiv også forsvarlighetsprinsippet, av betydning.¹³

Bestemmelsen er relativt enkelt bygget opp. Tredje ledd regulerer dommerens klargjørende virksomhet, fjerde og femte ledd veiledningen. Et hovedskille mellom de to ulike delene i bestemmelsen er at plikten i hovedsak gjelder klargjøringen. Veiledning *kan* dommeren yte. Skillet er imidlertid ikke unntaksfritt. En sentral målsetning i resten av avhandlingen er å belyse grensen for rettens plikt til veiledning. Hva som inngår i rettens materielle prosessledning, er langt fra klart etter bestemmelsene. I bestemmelsen benyttes uttrykkene *tvistespørsmål* og *faktiske og rettslige spørsmål*. Hva som mer konkret inngår i disse uttrykkene er det en viktig målsetning å klargjøre.

Et annet hovedskille mellom dommerens klargjøring og veiledning er perspektivet som inntas for de to ulike aktivitetene. Ved klargjøring tas det utgangspunkt i partenes

¹² Beate Sjøfjell-Hansen, På fremmed grunn. Den sivilprosessuelle behandlingen av saker med utenlandsk rett ved norske domstoler, Oslo 2000 (Sjøfjell-Hansen 2000) s. 39.

¹³ Se nærmere i punkt 4.3 og 4.5.

eksisterende prosessopplegg, og pekes på uklarheter og ufullstendigheter i dette. Det samme utgangspunktet tas ved veiledning, men veiledningen peker i større grad på løsninger utenfor det eksisterende; altså et alternativt prosessopplegg. Grensen for partens prosessopplegg har stor betydning for spørsmål om både klargjøring og veiledning.

Måten veiledningen ytes på er også regulert i selve lovteksten, hvor særlig grensen mot rådgivning er av betydning. I dette ligger en påminnelse om dommerrollen og grensen for dommerens oppgaver i en rettsprosess. Dette i motsetning til advokatrollen. Samtidig ligger det et stort handlingsrom innenfor rammene av ordlyden i sjuende ledd. Betydningen av måten dommeren fremstiller veiledningen på gjøres til gjenstand for drøftelse.

1.3 Hvorfor skrive om materiell prosessledelse?

Materiell prosessledelse er egnet som gjenstand for undersøkelse i en avhandling av en rekke grunner. Først og fremst er bestemmelsen ny med tvisteloven. Den beslektede bestemmelsen i den nå opphevede tvistemålsloven,¹⁴ § 86, gjaldt kun sider ved det som inngår under temaet materiell prosessledelse. Selv om innholdet i den beslektede bestemmelsen i tvistemålsloven ble utviklet over tid, er tvl. § 11-5 en endring sammenlignet med tvml. § 86. Departementet fremhevet at «den nye loven trolig fører til at rettens materielle veiledning får større omfang».¹⁵ Det har altså skjedd en utvikling både over tid gjennom rettspraksis, og ved innføringen av tvisteloven. Utviklingen har flere årsaker. En årsak er endringer i sivilprosessens målsetning, funksjoner og prinsipper. En annen er at det med tvisteloven ble innført en særskilt prosessform for små krav. I saker som behandles etter småkravsprosessens regler er det en målsetning at små tvister skal fremmes og løses uten bistand av advokat. Dette endrer dommerens rolle og øke dommerens ansvar for sakens materielle side. Spørsmålet om rettens prosessledelse er i stadig endring. Advokatlovutvalgets forslag om at også jurister uten advokatbevilling skal

¹⁴ Lov, 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven eller tvml.).

¹⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 andre spalte.

kunne opptre som prosessfullmektiger, kan medføre at jurister uten prosesserfaring fører saker for domstolene, og at behovet for veiledning fra dommeren derfor øker.¹⁶

At tvl. § 11-5 i stor grad er skjønnspreget og anvendelsen situasjonsbetinget, medfører at grensene for rettens ansvar for sakens materielle side gjennom materiell prosessledelse, i stor grad er uklart. Dette gjør en nærmere undersøkelse nødvendig.

Temaet er i tillegg sparsommelig behandlet i litteraturen. I Norge har temaet aldri vært gjenstand for en større undersøkelse og, selv om forarbeider og standardverker innenfor sivilprosess pliktskyldig vier temaet noe oppmerksomhet, gjenstår en mengde ubesvarte spørsmål.

I Norden har temaet blitt behandlet i Ludvig Annerstedts bok *Om domarens processledande verksamhet vid civila rättstvister*, Uppsala 1878. Peter Westberg har i boken *Domstols officialprövning*, Lund 1988, redegjort for svensk retts vedkommende. I Finland var materiell prosessledelse tema i O. Hj. Granfelts bok *Den materiella processledningen: vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt*, Helsingfors 1908. Rettstilstanden i Danmark ble beskrevet av Finn Taksøe-Jensen i boken *Materiel procesledelse i borgerlige sager*, København 1976. Enkelte masteravhandlinger finnes og, som Anett Beatrix Osnes, *Domstolens rett og plikt til å drive materiell prosessledelse i dispositive saker*, Tromsø 2006.

Videre er grensene for rettens materielle prosessledelse sparsomt behandlet direkte i rettspraksis, hvilket har sammenheng med at rettens materielle prosessledelse i liten grad er egnet for selvstendig anke. Dette både fordi spørsmålet om dommerens veiledning i stor grad er et hensiktsmessighetsspørsmål, men også fordi veiledningen skjer relativt uformelt og sjelden dokumenteres i dom eller rettsbok.¹⁷

Endelig handler temaet om hvilken grad av autonomi partene innrømmes i en prosessordning og er dermed et tema som er sterkt preget av *prosessideologiske standpunkter* og oppfatninger om sivilprosessens funksjoner.¹⁸ Temaet både påvirkes av

¹⁶ Se NOU 2015:3 s. 86-86 og s. 513.

¹⁷ Se Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Tromsø 2014 (Pedersen 2014) s. 80. Dette i motsetning til i Tyskland hvor det forutsettes at all veiledning nedtegnes i rettsprotokollen, se Peter L. Murray og Ralf Stürner, *German Civil Justice*, Durham, North Carolina 2004 (Murray & Stürner 2004) s. 168 og 179. Se nærmere om dette i punkt 9.1.

¹⁸ Magne Strandberg, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165-181 (Strandberg 2011) (s. 166), Westberg 1988 s. 32 flg. og Per Henrik Lindblom, *Sena uppsatser*, Stockholm 2006 (Lindblom 2006) s. 154 flg.

og påvirker våre oppfatninger om prosessideologi og prosessens funksjon.¹⁹ Det er nærmest umulig og utenkelig å klargjøre spørsmålet om materiell prosessledelse uten samtidig å undersøke slike spørsmål nærmere. Slik har temaet en side til grunnleggende sider ved vår prosessordning, og denne avhandlingen er også et bidrag i den diskursen.

1.4 Avgrensninger og grensedragninger

1.4.1 Spesialprosess og prosessuell veiledning

Ovenfor er temaet angitt å gjelde sivile rettstvister. Dette krever ytterligere presisering. Av hensyn til avhandlingens omfang og for å sikre en stringent fremstilling, fokuseres det kun på allmennprosess, småkravsprosessen og administrative tvangsvedtak som behandles etter tvisteloven kapittel 36. Utenfor faller dermed prosessen i saker om konkurs, skifte, tvangsfullbyrdelse, gjeldsordning, midlertidig forføyning, arrest og saker om sanksjoner ilagt av forvaltningsorganer.

Videre er siktemålet kun å redegjøre for materiell, ikke prosessuell veiledning. Skillet mellom materiell og prosessuell rett er av stor betydning for rettens adgang eller plikt til å veilede etter tvl. § 11-5. Materiell prosessledelse er ifølge tvl. § 11-5 (2) veiledning om *de faktiske forhold* og *de aktuelle rettsregler* – altså tvistens materielle side. Dette til forskjell fra prosessuell veiledning som er veiledning om «saksbehandlingen og prosessuelle forhold».²⁰ Skillet mellom materiell og prosessuell veiledning bygger på det tradisjonelle skillet mellom materielle og prosessuelle rettsregler. Etter den tradisjonelle oppfatning er materielle rettsregler regler som regulerer hvilke «rettigheter eller plikter» som eksisterer eller kan etableres.²¹ Materielle rettsregler regulerer dermed de materielle rettsforhold.

¹⁹ Oppfatninger om partenes autonomi endres over tid, se til eksempel i mandatet til utvalget som skal utforme ny straffeprosesslov, punkt 4.2, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/mandat_utvalg_straffeprosesslov.pdf?id=2264160 (sist besøkt 31. august 2015).

²⁰ Se for eksempel NOU 2001:32 s. 138 første spalte, s. 139 andre spalte og s. 708 første spalte.

²¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014 (Skoghøy 2014) s. 5-6 og Jo Hov, *Rettergang I*, Oslo 2010 (Hov 2010a) s. 44.

Prosessuelle regler regulerer «fremgangsmåten» for å håndheve de materielle rettsreglene.²²

Skillet mellom materielle og prosessuelle regler ble først presentert av Oskar Bülow i 1868.²³ Teorien fikk etter hvert stor betydning for oppfatningen om forholdet mellom materiell og prosessuell rett også i Skandinavia.²⁴ Skillet medfører ifølge enkelte at retten kan beskrives som dualistisk.²⁵ En oppfatning om en dualistisk rett kan sies å bygge på en naturrettsstankegang, da den materielle rettighet forutsettes å eksistere uavhengig av resultatet av en rettsprosess. Fra et positivistisk ståsted er det hevdet at en rett ikke kan eksistere uavhengig av en mulighet for å få retten stadfestet ved en domstol, hvilket innebærer at skillet ikke kan opprettholdes.²⁶ Fra et pragmatisk perspektiv kan det innvendes at skillet mellom materiell og prosessuell rett uansett er hensiktsmessig.²⁷

Skillet mellom prosessuelle og materielle regler fremstår som besnærende enkelt, logisk og dessuten intuitivt, både i teori og i stor utstrekning i praksis. Å påpeke at den nærmere grensdragning er problematisk, er imidlertid å slå opp åpne dører.²⁸ Problemet kommer i første rekke på spissen i relasjon til prosessforutsetningene, hvor det oppstår et spørsmål om det skal frifinnes i et søksmål hvor saksøker ikke er materielt berettiget, eller om saken skal avvises fordi saksøker har for liten tilknytning og dermed mangler rettslig interesse. Flere eksempler er benyttet for å illustrere problemet. Hov bygger på Lindbloms eksempel om en person som saksøker en nabo på grunn av støy. Om saksøkte gjør gjeldende at saksøker bor så langt unna at støyen ikke er sjenerende, kan det være både en prosessuell og materiell innsigelse.²⁹ Spørsmålet om reglene om foreldelse av fordringer er prosessuelle eller materielle regler, er også illustrerende, hvor det klasifiseres ulikt i ulike

²² Skoghøy 2014 s. 5-6, Hov 2010a s. 44, Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. utgave, København 2013 (Gomard & Kistrup 2013) s.21 og Bengt Lindell, *Civilprocessen*, 3. opplag, Uppsala 2012 (Lindell 2012) s. 47.

²³ I Bülow's bok *Die Lehre von den Processeinreden und die Porcessvoraussetzungen*, se Per Henrik Lindblom, *Studier i processrätt*, Göteborg 1993 (Lindblom 1993) s. 18-19, Per Henrik Lindblom, *Processhinder*, Stockholm 1974 (Lindblom 1974) s. 11-12 og Karl Olivecrona, *Rätt och dom*, Stockholm 1960 (Olivecrona 1960) s. 12.

²⁴ Lindblom 1993 s. 18-19.

²⁵ Se Olivecrona 1960 s. 11 og Lindblom 1974 s. 11.

²⁶ Gomard & Kistrup 2013 s. 21, Hov 2010a s. 45 og Skoghøy 2014 s. 6.

²⁷ Slik som Hov 2010a s. 45.

²⁸ Se Hov 2010a s. 45, Lindell 2012 s. 48, Inge Lorange Backer, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage*, Oslo 1984 (Backer 1984) s. 27, Bengt Lindell, *Procesuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Uppsala 1993 (Lindell 1993) s. 21 og Per Olof Ekelöf, *Rättegång V*, 6. utgave, Lund 1987 s. 44.

²⁹ Se Hov 2010a s. 45 og Lindblom 1993 s. 21.

land.³⁰ Etter norsk rett er inndelingen mellom materiell og prosessuell rett fortsatt uklar i enkelte henseender.³¹ I hvilken lov rettsregelen er plassert, er av betydning, men ikke avgjørende.³² Selv tvisteloven, som utelukkende regulerer behandlingsmåten av rettsvister, inneholder regler med materielle vurderingstema. Årsaken til uklarheten er at det ikke synes å eksistere klare retningslinjer for grensesettingen, men at klassifikasjonen som materiell eller prosessuell rettsregel i stor grad beror på tradisjon og intuisjon.³³

Skillet mellom materielle og prosessuelle rettsregler er av betydning for denne fremstillingen i to henseender. For *det første* er siktemålet med fremstillingen som utgangspunkt kun å redegjøre for veiledningsadgangen og plikten om materielle, ikke prosessuelle forhold. Det avgrenses derfor mot veiledning om prosessuelle forhold. Men idet skillet ikke alltid er skarpt, må veiledning om enkelte forhold i gråsonen mellom materiell og prosessuell rett drøftes nærmere. For *det andre* er grensene for dommerens rett og plikt til veiledning om materielle og prosessuelle forhold noe ulik. Klassifikasjonen er altså av betydning for hvor langt retten skal og kan gå i å veilede, hvor en uklar grense skaper utfordringer. Veiledning om prosessuelle regler med materielle vurderingstema karakteriseres undertiden som veiledning i «grenselandet» mellom materiell og prosessuell veiledning.³⁴ I det følgende kommer jeg nærmere inn på noen sider ved veiledning om prosessuelle regler med materielle vurderingstema.

1.4.2 Veiledning i grenselandet mellom materiell og prosessuell rett

I tvl. § 11-5 (1) er prosessuell veiledning beskrevet som veiledning om *regler og rutiner for saksbehandlingen og andre formelle forhold*. Etter tvl. §§ 11-5 (1) og 16-5 (1) har retten i en viss utstrekning plikt til å veilede om prosessuelle forhold.³⁵ Manglende prosessuell

³⁰ Se Trygve Bergsåker, «Hva er foreldelse?», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011, s. 351-442 (Bergsåker 2011) (s. 366-373), som viser til ulike ordninger i Tyskland, Sverige, Danmark og England.

³¹ Bergsåker 2011 s. 416-418.

³² Se Hov 2010a s. 45 som illustrerer dette med barnelova som inneholder både prosessuelle og materielle bestemmelser.

³³ Se Backer 1984 s. 28 og Hov 2010a s. 45.

³⁴ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven – Kommentartutgave*, Bind I, 2. utgave, Oslo 2013 (Schei m.fl. 2013a) s. 410.

³⁵ Se for eksempel NOU 2001:32 A s. 139 andre spalte, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 første spalte, Skoghøy 2014 s. 559 og Schei m.fl. 2013a s. 409-410.

veiledning kan representere en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse.³⁶ Begrunnelsen for å oppstille en plikt til veiledning om prosessuelle forhold er særlig å søke å unngå at en part lider rettstap på grunn av manglende kjennskap til saksbehandlingsreglene.³⁷ Rekkevidden av en prosessuell veiledningsplikt avgrenses langt på vei av de samme faktorer som er relevante ved vurderingen av om retten bør veilede om materielle forhold, som hvorvidt parten er selvprosederende og hensynet til rettens upartiskhet.³⁸ Samtidig har enkelte momenter ulikt vekt ved vurderingen av om det skal ytes prosessuell eller materiell veiledning. Eksempelvis anses hensynet til rettens upartiskhet i mindre grad å være en begrensning for prosessuell veiledning enn for materiell veiledning.³⁹ Rekkevidden av plikten til prosessuell veiledning beror på en konkret vurdering, hvor det også er av betydning hvor nærliggende det fremstod å veilede ut i fra partenes prosessopplegg.⁴⁰ Spørsmålet om veiledning beror i tillegg på hvorvidt det er rimelig i det konkrete tilfellet.⁴¹ Veiledningsplikten om prosessuelle forhold må i tillegg ses i sammenheng med rettens plikt etter tvl. § 16-5 (1) til å la partene rette mangelfulle prosesshandlinger som kan avhjelpest.⁴²

Enkelte prosessuelle bestemmelser har et slikt vurderingstema at veiledning om disse samtidig representerer veiledning om materielle forhold. I de prosessuelle bestemmelsene er de materielle forhold i saken som er gjort til vurderingstema. Dette slik at de materielle forhold i saken gis en prosessuell konsekvens i form av avvisning, eller tilbakevisning av prosesshandlingen. Veiledning om slike bestemmelser befinner seg i en gråsoner mellom prosessuell og materiell veiledning. Dette vises videre ved at Høyesterett i flere avgjørelser hvor spørsmålet om veiledning om absolutte prosessforutsetninger har vært aktualisert, har

³⁶ Se til eksempel Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1948 s. 1166 U og Rt. 1996 s. 1054 U. Dette er i samsvar med reglene om prosessuell veiledning etter tvistemålsloven, se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001 (Skoghøy 2001) s. 439.

³⁷ Schei m.fl. 2013a s. 409.

³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

³⁹ Se NOU 2001:32 A s. 140 første spalte.

⁴⁰ Se for eksempel Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1991 A s. 1531 hvor det på side 1533 uttales at veiledningsplikten «i allfall ikke i et tilfelle som det foreliggende kan gå så langt som til å gjøre oppmerksom på muligheten for tilslutningsanke». Se også Rt. 2000 s. 121 U.

⁴¹ Se Skoghøy 2014 s. 559 med videre henvisning til høyesteretts kjennelse Rt. 2000 s. 121 U.

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 424 første spalte.

unnlatt å karakterisere veiledningen som prosessuell eller materiell.⁴³ Kategorisering har altså ikke vært avgjørende for Høyesterett.

Det finnes et vidt spekter av prosessuelle regler med materielle vurderingstema. Disse reglene kan forsøksvis inndeles i grupper etter regelens egenart. For *det første* omfattes enkelte generelle prosessforutsetninger, særlig kravet til rettslig interesse.⁴⁴ For *det andre* forutsetter enkelte spesielle prosessforutsetninger for å behandle en sak etter spesialprosess materielle vurderinger. For eksempel tvl. § 10-1 (3) bokstav d hvoretter komplekse saker ikke skal behandles etter småkravprosessen. Tv. §§ 33-2 og 34-1 inneholder også materielle vilkår for behandling av henholdsvis begjæring om arrest og midlertidig forføyning.⁴⁵ Til sist kan tvl. § 35-2 (1) bokstav a regnes til denne gruppen. Bestemmelsen oppstiller et krav om vesentlig likhet i *faktisk eller rettslig grunnlag* for å behandle saker etter reglene om gruppesøksmål.⁴⁶ For *det tredje* inneholder enkelte regler om siling av anke til henholdsvis lagmannsretten og Høyesterett materielle vurderinger, jf. henholdsvis tvl. §§ 29-13 og 30-4.⁴⁷ For *det fjerde* gjelder dette bestemmelser med materielle vilkår for, eller skranker mot å foreta enkelte prosesshandlinger, eksempelvis tvl. § 15-2 om subjektiv kumulasjon, tvl. § 29-4 (2) bokstav b, c og d, hvoretter krav med en *sammenheng* til det

⁴³ Se Rt. 1988 s. 1307 U på side 1309-1310, Rt. 1997 s. 1744 U, Rt. 2000 s. 121 U, HR-2002-417 U og Rt. 2006 s. 1567 U premiss 18 og 19.

⁴⁴ Rettslig interesse har vært sentralt i relasjon til skillet mellom materielle og prosessuelle regler, se til eksempel Lindblom 1974 s. 14 som presiserer at det i analysen av skillet mellom prosessuell og materiell rett skal vies særlig fokus på talerätten. Også eksemplet i Hov 2010a s. 45 henspeler på rettslig interesse som en rettsregel grenselandet mellom materiell og prosessuell rett.

⁴⁵ Under begge bestemmelsene kreves det sikringsgrunn. Vilkåret om sikringsgrunn er av materiell karakter idet det henviser til faktiske omstendigheter som skal begrunne et behov for midlertidig sikring av et formuesgode i et omtvistet rettsforhold, se Hans Flock, Midlertidig sikring: arrest og midlertidig forføyning, Oslo 2011 s. 66. Et annet særtrekk ved sak om midlertidig sikring er at kravet til rettslig interesse er delt. På samme måte som i allmennprosessen, må saksøker påvise en rettslig interesse i å få dom for kravet mot saksøkte. I tillegg må saksøker påvise en rettslig interesse i å få en midlertidig sikring av det angitte formuesgode, se Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, Tvangsfullbyrdsloven kommentarutgave, 4. utgave, Oslo 2008 s. 1163.

⁴⁶ For rettens avgjørelse etter tvl. § 35-4 om gruppesøksmålet skal kunne fremmes, er det undertiden nødvendig med veiledning om sakens materielle side, se Borgar Høgtveit Berg og Andreas Nordby, Gruppessøksmål. Tvistelova kapittel 35 med kommentarar, Oslo 2012s. 88, som særlig knytter en veiledningsplikt om disse forhold til tvl. § 16-5.

⁴⁷ I hovedsak gis slikt samtykke kun for saker av prinsipiell interesse. Det er et materielt spørsmål, se Tore Schei m.fl., Tvisteloven – Kommentirutgave, Bind II, 2. utgave, Oslo 2013 (Schei m.fl. 2013b) s. 1077.

krav som ble avgjort i tingrettens avgjørelse etter nærmere vilkår kan behandles i ankesaken for lagmannsretten, og preklusjonsregelen i tvl. § 9-16.

Selv om bestemmelsene i grenselandet mellom prosessuell og materiell rett utvilsomt er spennende, kan en fullstendig behandling innenfor denne avhandlingens rammer ikke forsvares. Jeg begrenser meg derfor til kun å særskilt drøfte spørsmålet om veiledning ved prøving av prosessforutsetningene.⁴⁸

1.4.3 Materiell prosessledelse og rettens forliksvirksomhet

Domstolsavgjørelse som løsning på en konflikt har mange negative sider. For det første er en rettsprosess både tidkrevende og kostbart.⁴⁹ Prosessen kan og bidra til å øke konflikten mellom partene og til å avmektige partene.⁵⁰ Dette medfører at en rettsprosess ikke er en konfliktløsning i egentlig forstand, men i stedet en prosess for å oppnå en avgjørelse. I tillegg mister partene kontrollen over utfallet av konflikten. Videre polariseres partenes standpunkter i en rettstvist, noe som ikke nødvendigvis er egnet til å fremme korrekte avgjørelser.⁵¹ Det er heller ikke egnet til å redusere konflikten, og dermed ikke egnet til et fortsatt samarbeid etter sakens avgjørelse. Rettsprosessen er dessuten lite fleksibel, noe som har sammenheng med at siktemålet er å avgjøre den tvisten som er forelagt dommeren.⁵² Dette innebærer at avgjørelsene retten kan komme til, er lite fleksible og ikke nødvendigvis ivaretar partenes interesser.⁵³ En rettsavgjørelse kan nærmest utelukkende

⁴⁸ Se nærmere i punkt 5.2.

⁴⁹ Skoghøy 2014 s. 35.

⁵⁰ Anna Nylund, «Access to Justice: Is ADR a Help or Hindrance?», i *The Future of Civil Litigation*, Örebro/Tromsø, 2014, s. 325-344 (Nylund 2014b) (s. 328) og Bengt Lindell, *Alternativ rättskipning eller alternativ til rättskipning?*, Uppsala 2006 (Lindell 2006) s. 50.

⁵¹ Carrie Menkel-Meadow, Lela Porter Love og Andrea Kupfer Schneider, *Mediation. Practice, Policy and Ethics*, New York 2006 (Menkel-Meadow m.fl. 2006) s. 13. Motsatt se Linda S. Mullenix, «Discovering truth and the Rule of Proportionality», *The University of Texas School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, No. 534 2014 s. 1-33 (s. 4-5).

⁵² Lindell 2006 s. 51. flg.

⁵³ Skoghøy 2014 s. 35 og Kaijus Ervasti, «Domstolarnas konflikthanteringsmetoder», *Retfærd*, nr. 2 2011 s. 1-25 (Ervasti 2011) (s. 5).

ses i et vinn-tap eller rett-galt-perspektiv.⁵⁴ Blant annet av disse grunner er det etablert flere fremgangsmåter for løsning av konflikter ved domstolen.⁵⁵

Mekling er et eksempel på en alternativ fremgangsmåte for konfliktløsning etter tvisteloven. Etter tvl. § 8-1 (1) har retten på ethvert trinn av saken plikt til å vurdere muligheten for en minnelig løsning. Mekling kan foregå som rettsmekling hvor selve formålet med et møte mellom partene er å søke å komme til minnelig løsning. Mekling kan også foregå som del av den ordinære rettsbehandlingen. Ordinær mekling kan gjennomføres på et hvilket som helst tidspunkt i prosessen, også under et forberedende møte eller under hovedforhandlingen.⁵⁶

Enkelte former for ordinær mekling har nær faktisk sammenheng med materiell prosessledelse, og det kan av den grunn være vanskelig å skille disse aktivitetene fra hverandre.⁵⁷ Bernt uttaler at det sågar ikke er «mulig å klart skille dommer- og meklerrollen fra hverandre».⁵⁸ Dette gjelder særlig for det som i meklingsteorien kalles «evaluerende mekling», som kjennetegnes ved at det tas utgangspunkt i partenes rettslige rettigheter og søkes å oppnå et riktig resultat.⁵⁹ Dommeren kan som del av en evaluerende mekling vurdere sterke og svake sider ved en sak.⁶⁰ Normalt benyttes evaluerende mekling ved rettsmekling, men sammenhengen med materiell veiledning er like fullt gyldig. En vurdering av sakens sterke og svake sider kan like gjerne gjøres som del av den materielle prosessledelse. Videre oppfattes ikke nødvendigvis intensjonen bak dommerens uttalelser likt av partene, noe som medfører at skillet mellom disse to typer av dommeraktivitet er uklart. Rettens forsøk på å fremme forlik kan av partene oppfattes som en oppfordring om å forsøke å finne ytterligere beviser som underbygger egen påstand.

⁵⁴ Menkel-Meadow m.fl. 2006 s. 13 og Nylund 2014b s. 328.

⁵⁵ Se NOU 2001:32 A s. 217 flg. og 720 flg. og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 113 flg. Se også Ot.prp. nr. 41 (1995-1996) s. 1 flg., og Innst.O. nr. 69 (1995-1996) s. 1 flg.

⁵⁶ Camilla Bernt, Meklerrollen ved mekling i domstolene, Bergen 2011 (Bernt 2011) s. 392.

⁵⁷ Se i samme retning Lindell 2006 s. 163.

⁵⁸ Bernt 2011 s. 392.

⁵⁹ Ervasti 2011 s. 13.

⁶⁰ Bernt 2011 s. 62.

Ordinær mekling avviker fra materiell prosessledelse ved at det eksisterer ulike terskler for at de ulike plikter inntre. Etter tvl. § 8-1 (1) har dommeren som hovedregel en plikt til å vurdere muligheten for minnelig løsning gjennom blant annet ordinær mekling. Plikten til å søke minnelig løsning fremheves ved at dommeren som utgangspunkt plikter å vurdere forlik, og at denne plikten kun unntaksvis ikke foreligger. Samtidig oppstår det kun unntaksvis en plikt til å veilede om sakens materielle side. I tillegg har de to prosessuelle verktøyene både ulike formål og ulike rammer for aktiviteten. Målsetningen med den materielle prosessledelse er å oppnå et materielt riktig resultat, hvilket danner rammer for rettens veiledning. Rettens forliksvirksomhet har til formål å oppnå en minnelig løsning. Hvorvidt denne aktiviteten må foretas innenfor rammene av et materielt riktig resultat, er omdiskutert.⁶¹

Betydningen av denne sammenhengen mellom forliksvirksomheten og materiell prosessledelse må likevel ikke overdrives. Det er kun på et faktisk plan det er en sammenheng. De normative grensene for den materielle prosessledelse påvirker verken når en eventuell plikt inntre, målsetningen med, grensene for eller konsekvenser ved brudd på veiledningsplikten. Videre eksisterer sammenhengen kun for evaluerende mekling som meklingsstrategi, ikke andre meklingsstrategier. Evaluerende mekling er også ansett å være en lite egnet meklingsstrategi ved ordinær mekling fordi dommeren lett kan bli ansett inhabil. I tillegg, og desto viktigere:

«Om medlaren intar en evaluerande roll i domstolsmedling finns det risk för et “kvasijuridiskt” hybridförfarande som varken uppfyller formella rättskrav eller medlingens etiska principer».⁶²

⁶¹ Se Jens Edvin A. Skoghøy *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2007 s. 72, Skoghøy 2014 s. 44 og Bernt 2011 s. 220. Se også Vibeke Vindeløv, *Konfliktmægling. En refleksiv modell*, 2. utgave, København 2008 (Vindeløv 2008) s. 203-204.

⁶² Ervasti 2011 s. 15-16.

1.5 Metodisk fundament

1.5.1 Avhandlingen er rettsanalytisk

Avhandlingen utgjør et *rettsanalytisk* arbeid. Siktemålet er derfor ikke bare å klargjøre innholdet reglene om dommerens materielle prosessledelse i *gjeldende rett* fastlagt etter rettsdogmatisk metode, men også å *systematisere, analysere* og *kritisere* disse reglene.

Undersøkellesobjektet for rettsdogmatikken er gjeldende rett.⁶³ Gjeldende rett er ikke en statisk og uforanderlig størrelse, men i større grad et resultat av en prosess på grunnlag av de kilder og den fremgangsmåte som til enhver tid anerkjennes og benyttes av «det juridisk kommunikative fellesskap».⁶⁴ Hvem som utgjør dette fellesskapet, er det noe avvikende oppfatninger om.⁶⁵ Felles for samtlige oppfatninger er i alle fall at det er jurister i ulike roller. Idet størrelsen *gjeldende rett* er et resultat av et dynamisk kildegrunnlag og en dels dynamisk metode, finnes det heller ikke ett endelig svar på spørsmålet om hva som er nettopp gjeldende rett. Alle slutninger som ligger innenfor det handlingsrom, eller «legitimitetsintervall», kildene og metoden aksepterer, er aksepterte.⁶⁶ Av denne grunn

⁶³ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998 (Bernt & Doublet 1998) s. 21, Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn», *Lov og Rett*, 2006 s. 83-97 (Eftestøl-Wilhelmsson 2006) (s. 88-89) og Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner*, 2004 s. 329-342 (Mæhle 2004) (s. 330). Dette er en relativt tradisjonell forståelse av begrepet rettsdogmatikk, se Anna Nylund, *Tillgangen till den andra instansen i tvistemål*, Helsinki 2006 (Nylund 2006) s. 27, Stig Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, disputasutgave, Tromsø, 2009 (Solheim 2009) s. 9 og Markus Hoel Lie, *Kommunalrettslig representasjon*, disputasutgave, Tromsø 2010 (Lie 2010) s. 17.

⁶⁴ Se Jan Fridthjof Bernt, «Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål» i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, 2009 s. 31-43 (s. 40) og Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen», *Jussens Venner*, 2004, s. 61-73 (Bernt 2004) (s. 68-69). Se også Mæhle 2004 s. 329 og Hans Petter Graver, «Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 s. 230-249 (s. 241). Dette fellesskapet er undertiden også beskrevet som det «juridiske fagfellesskap», se Hans Petter Graver, «Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap», *Lov og Rett*, 1998 s. 579-603 (s. 591).

⁶⁵ Mæhle tar utgangspunkt i at premissleverandøren er det «juridiske fagfellesskapet, med domstolene og Høyesterett i posisjon med en særlig rolle», se Mæhle 2004 s. 330. Graver nyanserer kommunikasjonsfellesskapet innenfor rettsdogmatikkens ulike sjangere, se Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 1-30 (Graver 2008) (s. 4). For Eckhoff er Høyesterett premissleverandøren – og i et slikt perspektiv også det kommunikative fellesskapet, se Eckhoff og Helgesen 2001 s. 22, hvor utgangspunkt ved analysen av rettskildelæren tas i Høyesteretts praksis.

⁶⁶ Mæhle 2004 s. 332-333, se også, Jan Frithjof Bernt, «Rettskildelæren og “the single right answer”» i *Nye trender i rettsvitenskapen*, 2013, s. 49-59, (s. 56. flg).

viskes i noen grad også skillet mellom en deskriptiv og en normativ beskrivelse av retten ut, og slik utviskes samtidig – i noen grad – skillet mellom *de lege lata* og *de lege ferenda*.⁶⁷ Uklarheten har i tillegg sammenheng med at denne teksten også gjør del av det totale rettskildebildet. Vurderingene av gjeldende rett kan dermed påvirkes av analysene og oppfatningene som frembringes i avhandlingen.

Idet det er en ambisjon at avhandlingen skal utgjøre et rettsanalytisk arbeid, er det samtidig et siktemål å *analysere retten*.⁶⁸ Innslaget av teoretisering, generalisering og kritisk gransking er derfor større enn i et utelukkende rettsdogmatisk arbeid.⁶⁹ Slike perspektiver er nødvendige både for å oppnå en tilstrekkelig nyansert fremstilling, men også grunnet temaets skjønnspregede egenart. I et rettsanalytisk arbeid er anledningen til å innta perspektiver fra utenlandske rettssystemer og utenlandsk litteratur større. Rommet for å være *normkritisk* fremstår i tillegg som større.⁷⁰ I avhandlingen gjøres dette ved å innta enkelte perspektiver fra utenlandsk rett, og å analysere hvordan de bærende prinsipper i sivilprosessen ivaretas og påvirker spørsmålet om materiell prosessledning. Dette for å danne grunnlag for evaluering og kritikk. Skillet mot rettsdogmatikk er imidlertid ikke skarpt; det er snakk om samme type analyser og dels de samme kilder. Overgangen er glidende. Av denne grunn må det understrekes at merkelappene ikke er det sentrale, men i stedet de analyser som foretas.

Videre representerer avhandlingen et vitenskapelig arbeid, hvilket krever at konklusjonene om gjeldende rett «inngår i en vesentlig bredere sammenheng eller bygger på et vesentlig større premisstilfang eller en vesentlig mer dyptgående analyse» enn vanlig rettsanvendelse.⁷¹ Mæhles beskrivelse av forventninger til «diskursiv innsikt», «diskursivt

⁶⁷ Se Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Oslo 2010 s. 43-44.

⁶⁸ Claes Sandgren, «Framtidens doktorsavhandlingar i rettsvitenskap», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2007 s. 388-407 (Sandgren 2007) s. 403.

⁶⁹ Graver 2008 s. 9 og Sandgren 2007 s. 403. Det er mer presist å karakterisere forskjellene mellom rettsdogmatisk og rettsanalytisk på dette punkt som gradsforskjeller enn vesensforskjeller.

⁷⁰ Nylund 2006 s. 27-28 og Helge Syrstad, «Rettsens tre realitetskretser og nivåer», *Retfærd*, 2005 s. 4-14 (s. 6 flg.).

⁷¹ Bernt & Doublet 2008 s.19. Se også Eftestøl-Wilhelmsson 2006 s. 96.

ansvar» og «diskursiv årvåkenhet», er også betegnende.⁷² I vitenskapeligheten ligger både et ansvar for å drøfte grunnlaget for de verdipremisser som ligger til grunn for en rettsstilstand inngående, og å drøfte hvorvidt de aktuelle verdipremisser ivaretas i det enkelte tilfelle. Skillet fra den rettsdogmatiske metode som andre jurister anvender, er i så måte tydelig og kan dels beskrives som grads- dels artsforskjellig.⁷³

Vitenskap skal frembringe ny kunnskap. Dette medfører at det også søkes å gi svar på de spørsmål som ikke er eksplisitt kommentert i lov, forarbeider eller andre rettskilder, og å se sammenhenger som ingen eller få har sett etter tidligere.⁷⁴ Da søkes det dit rettskildebildet er sparsomt, hvilket medfører at rettskilder som normalt har en beskjeden rolle, er relativt sett mer fremtredende.

Dette er i tillegg av betydning for distinksjonen mellom *de lege lata*, *de lege ferenda* og *de sententia ferenda*. Tradisjonelt har det vært trukket et skille mellom en deskriptiv og en normativ fremstilling av retten. På områder med et beskjedent kildetilfang, er skillet mellom *lata* og *ferenda* vanskelig å operasjonalisere. Det samme gjelder når spørsmålene er vanskelige eller sammenhengene kompliserte.⁷⁵

Endelig har avhandlingens tema enkelte særlige metodiske konsekvenser. Allerede som tvl. § 11-5 viser, er dommeren gitt et stort skjønnsmessig handlingsrom for den materielle prosessledelse. Bestemmelsen er skjønnspreget og kasuistisk, noe den trolig må være – rettens materielle prosessledelse er vanskelig å normere. Dommerens veiledning, eller fravær av veiledning, kan sjelden gjøres til gjenstand for anke. Få høyesterettsavgjørelser gjelder konkret lagmannsrettens veiledning. Dette viser at dårlig eller uhensiktsmessig veiledning er vanskelig å korrigere. Grensene for hva som er gjeldende rett, blir derfor enda mer utydelige.⁷⁶ Nettopp derfor må det foretas et rettsanalytisk arbeid hvor spørsmålet om

⁷² Mæhle 2004 s. 335 flg. Også disse skillene rettsdogmatisk metode og rettsvitenskapelig metode beskrives mest presist som gradsforskjeller. Se også Synne Sæther Mæhle, «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015 s. 125-157 (s. 127).

⁷³ Mæhle 2004 s. 340-341.

⁷⁴ På slike områder kan det dessuten diskuteres hvorvidt det finnes et korrekt svar, eller om ulike oppfatninger som er akseptable for det kommunikative fellesskapet er det nærmeste vi kommer. Sml. også Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, London 1985, s. 119 flg.

⁷⁵ Se i samme retning Per Henrik Lindblom, *Miljøprocess del II*, Uppsala 2002 s. 731.

⁷⁶ Se i samme retning Aasland 1967 s. 178. Westberg 1988 s. 549 hevder at spørsmålet om prosessledelse må stilles på en åpen og udogmatisk måte. Jeg er enig i at spørsmålet som stilles må være åpent, men etter den forståelse av dogmatikk som er lagt til grunn over, er det å gå for langt å kalle tilnærmingen for udogmatisk.

materiell prosessledelse ses i lys av de underliggende prinsipper og øvrige bestemmelser i tvisteloven.

1.5.2 Bruk av utenlandsk rett og utenlandske rettskilder

For å få et bredere grunnlag for å vurdere og perspektivere de norske reglene om materiell prosessledelse, har jeg enkelte steder valgt å vende blikket ut og hente inspirasjon fra utenlandsk rett. Målsetningen har vært å skape et bredere grunnlag for å vurdere og kritisere de norske reglene.⁷⁷ Utenlandsk rett utgjør altså *illustrasjonsmateriale* eller *sammenligningsgrunnlag* og gir ikke grunnlag for å si noe om innholdet i norske regler.⁷⁸ Fordi dette utgjør en relativt begrenset del av avhandlingen, og inspirasjon hentes fra flere land, er drøftelsene her relativt avgrenset i den forstand at de utenlandske rettssystemer ikke drøftes i særlig bredde.⁷⁹

I tillegg har jeg i noen grad benyttet nordisk litteratur for å bidra til å klargjøre innholdet i norske sivilprosessuelle begreper, funksjoner og prinsipper. Begrepsutviklingen og graden av teoretisering innenfor sivilprosessen har kommet adskillig lengre i Norden, og særlig i svensk rettsvitenskap. Det er derfor naturlig å skjele til Norden for øvrig og særlig Sverige for å sikre nødvendig dybde i analysene. I tillegg er det betydelig kulturelle likheter i Norden generelt, og også innenfor det rettskulturelle og sivilprosessuelle området, noe som medfører at overføringsverdien mellom landene er betydelig. Skandinavisk litteratur utgjør selvsagt ikke autorative kilder for fastlegging av innholdet i norsk rett, men gir anledning til en dypere forståelse av den norske sivilprosessen.⁸⁰

1.6 Avhandlingens videre struktur

Hvorvidt dommeren kan og skal veilede beror på en rekke faktorer. Tvistelovens formål og prinsipper, søksmålets karakter og faktiske sider, hvilken prosessform saken behandles

⁷⁷ Slik som Are Stenvik, *Patentretters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 s. 13-14.

⁷⁸ Se på samme måte Lie 2010 s. 24.

⁷⁹ Se på samme måte Nylund 2006 s. 32.

⁸⁰ Se Lie 2010 s. 24-25.

etter, hvorvidt parten er representert ved advokat eller ikke, samt på hvilket tidspunkt spørsmålet om veiledning oppstår, er alle faktorer av betydning i denne sammenheng. For å klargjøre grensene er det derfor nødvendig å nærme seg spørsmålet langs flere akser. I det følgende undersøkes reglene om materiell prosessledning i flere perspektiver. Først, i kapittel 2, undersøkes spørsmålet i lys av enkelte prosessuelle grunnbegreper. I kapittel 3 og 4 rettes fokus mot tvistelovens formål og prinsipper. I kapittel 5 undersøkes betydningen av når i prosessen spørsmålet om veiledning oppstår. Deretter undersøkes det om grensene for rettens veiledning er ulik avhenigg av hva tvisten gjelder. Dette et tema i kapittel 6 og 7. I kapittel 8 er temaet veiledning i småkravprosessen og av selvprosederende parter.

Overordnet kan kapitlene inndeles i tre grupper, hvor kapittel 2-4 omhandler grunnleggende spørsmål om veiledning. I kapittel 6, 7 og 8.1 drøftes saksbetingede forholds betydning for veiledning. Kapittel 5 og 8.2 kan best beskrives som forhold ved situasjonen og dets betydning for veiledning. Siktemålet er hele tiden å klargjøre de grunnleggende spørsmål om når retten skal og bør veilede.

En konsekvens av antallet faktorer er også at hvorvidt retten skal veilede, ikke kan avgjøres ut i fra en vurdering av en enkelt isolert faktor, men må avgjøres ut i fra en samlet vurdering. Samtlige faktorer er ikke til enhver tid relevant, men samtlige grupper av faktorer er av betydning. Målsetningen med rekkefølgen som er valgt er i størst mulig grad å dra veksler på de foregående perspektiver. Rekkefølgen medfører også en utvikling fra en relativt teoretisk undersøkelse i avhandlingens tidlige deler, til en mer praktisk orientert fremstilling i de senere delene.

I kapittel 9 drøftes anke over brudd på reglene om materiell prosessledning, før det gis en kort sammenfatning i kapittel 10.

2. Enkelte prosessuelle grunnbegreper og veiledning

2.1 Innledning

Enkelte prosessuelle begreper er av grunnleggende betydning i sivilprosessen. De har et innhold og en betydning som gjør en særlig behandling naturlig. Først og størst er *kravet*; gjenstanden for søksmålet. Kravet angir hvilket rettslig forhold som er omtvistet. Også *påstanden* kan regnes blant grunnbegrepene. Påstanden er den rettsvirkningen som ønskes for søksmålgjenstanden. Til slutt er grunnlaget for den rettsvirkningen som er påstått – *påstandsgrunnlaget* – av grunnleggende betydning for behandlingen av tvisten. Påstandsgrunnlaget er de rettsstiftende faktiske forhold som gir grunnlag for den rettsvirkningen partene påstår.

Disse rettslige begreper er sentrale bestanddeler i en rettstvist og er undersøkelsesobjektet i det følgende. Temaet er veiledning på grunn av forhold ved bestanddelens egenart. Det vil si hvor konsekvenser av å være innenfor eller utenfor rammene for, eller på grunn av uklarheter ved begrepets grense, aktualiserer spørsmålet om veiledning. I resten av avhandlingen knyttes også spørsmålet om veiledning til de ulike begrepene, men da i sammenheng med et prinsipp eller en situasjon, altså i en kontekst.

2.2 Kravsgrensen som ramme for rettens veiledning

Temaet i det følgende er veiledning om kravet og særlig om andre krav enn de partene har fremmet. Dette både når de tveiledes direkte om kravet og om eksempelvis partenes påstand eller påstandsgrunnlag på en slik måte at det i realiteten er utenfor de krav som er fremmet. To forhold gjøres til gjenstand for undersøkelse. Først om kravets grense representerer en absolutt grense for hva det kan veiledes om. Deretter drøftes det om retten bør veilede utenfor rammene av det krav som er fremmet av partene.

Verken tvisteloven eller dens forarbeider gir klart uttrykk for hvorvidt det er adgang til å veilede utenfor rammen av det krav partene har fremmet. Særlig tvl. § 11-5 (4) gir en vid

ramme for veiledningen. Tvistemålsutvalget forutsetter at det kan veiledes om «hvilke krav som bør fremmes», noe som indikerer at kravets grense ikke er ment å representere en absolutt grense for veiledningen.⁸¹ Heller ikke departementet tar eksplisitt stilling til veiledning utenfor rammene av kravet, men uttaler at veiledningen «kan føre til at en part ønsker å bringe inn nye krav».⁸² I litteraturen er synet på spørsmålet delt.⁸³

Etter tvistemålsloven var ikke veiledningsadgangen eksplisitt regulert, men ble etter hvert utviklet med utgangspunkt i tvml. § 86 andre ledd som en plikt til å bidra til å klargjøre partenes anførsler.⁸⁴ Anvendelsesområdet for klargjøringsplikten ble utviklet innenfor rammene av partenes anførsler. Dagjeldende litteratur beskriver veiledningsadgangen innenfor denne rammen.⁸⁵

Kravsbegrepet danner i flere henseender grensen for rettens kompetanse, både for hva retten kan avsi dom for, rettskraftreglene og litispendens.⁸⁶ Grensen er samtidig av betydning for hva som kan gjøres til gjenstand for anke og hvilken fristavbrytende virkning et søksmål gir.⁸⁷ Rettsvirkningene er ulik i de ulike sammenhenger kravsbegrepet er av betydning.⁸⁸ Betydningen av kravsgrensen er imidlertid lik i den forstand at den tillegges absolutt virkning.

Det krav partene har fremmet danner klare rammene for rettens kompetanse. Partenes autonomi er her nærmest ubegrenset, og å gå utenfor rammene er dermed å bryte med funksjonsfordelingen mellom dommer og part. Ved veiledning er situasjonen annerledes. Å veilede utenfor rammene av det krav partene har fremmet, er ikke på samme måten et

⁸¹ NOU 2001:32 A s. 138 første spalte andre avsnitt, og mer forbeholdent på s. 138, 210 og 709.

⁸² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 166 andre spalte første avsnitt. Se også s. 172.

⁸³ Se Henry John Mæland, Kort prosess, 3. utgave, Bergen 2013 (Mæland 2013) s. 161-162. Motsatt Anne Robberstad, Sivilprosess, 3. utgave, Oslo 2015 (Robberstad 2015) s. 189 og Schei m.fl. 2013a s. 413.

⁸⁴ I dette ligger også en plikt til å klargjøre kravet som er fremmet, se Skoghøy 2001 s. 701 og Tore Schei, Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: med kommentarer, §§ 1-182, 2. utgave, Oslo 1998 (Schei 1998) s. 371, begge med henvisning til Rt. 1995 s. 1120 U.

⁸⁵ Se Aasland 1967 s. 174 flg., Anders Bratholm og Jo Hov, Sivil Rettergang, 1. opplag, Oslo 1973 (Bratholm & Hov 1973) s. 346 flg., Skoghøy 2001 s. 713 flg. I Schei 1998 s. 376 går det noe lengre ved at det presiseres at veiledningsadgangen i tillegg omfatter partenes påstander, men også dette kan skje innenfor rammene av kravet.

⁸⁶ Også uttrykket rettsforhold brukes undertiden om kravsbegrepet. Forholdet er da slik at begrepet krav benyttes om rettsforholdet i prosessuell forstand, se for eksempel Schei m.fl. 2013a s. 678.

⁸⁷ Skoghøy 2014 s. 501 og Schei m.fl. 2013a s. 584.

⁸⁸ Går retten i sin avgjørelse utenfor rammene av det krav partene har reist, skal avgjørelsen oppheves jf. tvl. §§ 11-2 (1) første ledd jf. 29-21 (1). Om ny sak reises om et allerede avgjort krav eller et krav som står til behandling, skal søksmålet avvises, jf. henholdsvis tvl. §§ 19-15 (3) og 18-1.

brudd med partenes autonomi. Partene har fortsatt full anledning til velge hvorvidt prosessopplegget skal endres i samsvar med veiledningen.⁸⁹

I tillegg taler kravsbegrepet i seg selv for at det ikke bør knyttes rettsvirkninger til eventuell veiledning utenfor rammen av kravet. Fastleggningen av et kravts identitet er mange ganger ikke enkelt. I de ulike sammenhenger spørsmålet om grensene for et krav oppstår, er det ulike hensyn som ligger til grunn for reglene. Begrunnelsen er altså ulik. Virkningen er også ulik.⁹⁰ På tross av disse ulikhetene er det alminnelig antatt at grensene for kravet i de ulike sammenhenger er lik.⁹¹ Noe annet ville vært uheldig. I Høyesteretts praksis åpnes det imidlertid for at kravsgrensen kan være ulik i de ulike situasjoner spørsmålet oppstår.⁹² Situasjonen er dermed ikke oversiktlig.

Kravets identitet fastlegges tradisjonelt på grunnlag av en totalbedømmelse. I bedømmelsen inngår om kravene som gjøres gjeldende har kvalitativt ulikt innhold og hvorvidt det er vesentlige ulikheter mellom de faktiske og de rettslige vilkårene. Videre er det av betydning hvorvidt de verdier og interesser rettsreglene søker å beskytte er like eller ulike, og til sist er hva som fremstår som rimelig og naturlig også av betydning.⁹³ Det legges med andre ord opp til en omfattende og tidvis vanskelig vurdering.⁹⁴

Høyesteretts praksis om kravsgrensen er tidvis uklar. I eksempelvis Revehalldommen, Rt. 2000 s. 199 A, ble et krav om erstatning og prisavslag under dissens 3 mot 2 ansett å være ulike krav. Avgjørende for flertallet var at det eksisterte «en vesentlig forskjell mellom de

⁸⁹ Se nærmere i punkt 4.2.

⁹⁰ I motsetning til for rammen for hva retten har adgang til å avsi dom for, hvor partenes autonomi, forsvarlighet og kontradisjon er begrunnelsen, er reglene om rettskraft og litispensens begrunnet i risikoen for motstridende dommer, samfunnsomkostninger, motpartens omkostninger og ulempe for motparten, se Schei m.fl. 2013a s. 584 og Skoghøy 2014 s. 503 med henvisning til omfattende praksis.

⁹¹ Se NOU 2001:32 A s. 382 og Skoghøy 2014 s. 1037. Schei tar her et visst forbehold, se Schei m.fl. 2013a s. 585 og 678.

⁹² Se Rt. 2004 s. 1143 U avsnitt 29-30.

⁹³ Se Skoghøy 2014 s. 1038, Schei m.fl. 2013a s. 679, Rt. 2006 s. 983 A premiss 38-39, Rt. 2012 s. 791 A og Rt. 2012 s. 1138 U premiss 14.

⁹⁴ Spørsmålet om et kravts identitet, og tilnærmingen til spørsmålet, har vært gjenstand for adskillig diskusjon, og alternative tilnæringer har vært forsøkt. Eksempelvis har Robberstad forsøkt å introdusere flere ulike metoder for fastlegge et kravts identitet, se Anne Robberstad, *Rettskraft*, Oslo 2006 s. 139 flg. og Robberstad 2015 s. 349 flg. Disse har fått liten tilslutning, se Henry John Mæland, «Anne Robberstad: Sivilprosess», *Lov og Rett*, 2010 s. 94-95 (Mæland 2009) (s. 95), Christian H.P. Reusch, «Bokanmeldelse: Anne Robberstad: Sivilprosess», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010 s. 193-208 (s. 206-207) og Schei m.fl. 2013a s. 680.

vilkår som må være til stede», i tillegg til en forskjell i beregningsmåten av erstatning sammenlignet med prisavslag.⁹⁵ Samme år, i kjennelse inntatt i Rt. 2000 s. 1420 U, kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at en forbrukers krav om erstatning som følge av mangler ved reparasjonsarbeider ved et bilverksted, og verkstedets krav om betaling for det utførte arbeidet var samme krav.⁹⁶ Som begrunnelse ble det vist til at kravene sprang ut av «samme kontraktsforhold» og at realitetene var de samme. Kjennelsen er kritisert av Hov, som fremhever at krav om erstatning og betaling på grunn av Revehalldommen utgjorde forskjellige krav.⁹⁷ Høyesteretts resultat synes også å gå mot Skoghøys oppfatning om at et krav om erstatning er et aksessorisk motkrav i relasjon til vederlagskravet.⁹⁸

Etter disse avgjørelsene har spørsmålet fortsatt fremstått som usikkert. I blant annet Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2012 s. 1138 var spørsmålet til behandling. Høyesterett kom der enstemmig til at krav om erstatning og prisavslag etter avhendingslova⁹⁹ var samme krav, men bemerket at spørsmålet hadde vært *tvilsomt*.¹⁰⁰ Disse eksemplene viser at kravets grenser har vært skiftende og er uforutsigbart, noe som gjør det urimelig å knytte rettsvirkninger til det ved veiledning.

I tillegg tilsier enkelte forhold ved situasjonen når det veiledes at det bør være anledning til å veilede utenfor rammen av kravet. For *det første* er det vanskelig å avgjøre hvor grensen for kravet går. Dette forvanskes ytterligere ved spørsmålet om veiledning sammenlignet med andre situasjoner hvor det tas stilling til spørsmålet.¹⁰¹ Ved vurderingen av en doms rettskraftsvirkninger tas det utgangspunkt i dommen, som sammenholdes med det nye saksanlegget.¹⁰² Ved spørsmål om litispensens eller kumulasjon eksisterer det ikke

⁹⁵ Se. Rt. 2000 s. 199 A.

⁹⁶ Riktig nok gjaldt saken forståelsen av uttrykket tvist i Lov 28. april 1978 nr. 18 om behandling av forbrukertvister (forbrukertvistloven) § 15, men det ble i kjennelsen lagt til grunn at uttrykket hadde samme innhold som tvistegenstand i tvml. § 63. Dette under henvisning til Ot.prp. nr. 55 (1976-1977) s. 31 og NOU 1974:13 s. 23, se kjennelsens side 1423 første avsnitt.

⁹⁷ Hov 2010b s. 1248.

⁹⁸ Se Skoghøy 2001 s. 821. Se også Skoghøy 2014 s. 1042.

⁹⁹ Lov av 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova).

¹⁰⁰ Avgjørelser inntatt i Rt. 2006 s. 983 A, Rt. 2008 s. 833 A og Rt. 2009 s. 286 U gjaldt også kravsgrensen.

¹⁰¹ Se Westberg 1988 s. 587.

¹⁰² Se for eksempel Rt. 2000 A s. 244 på side 250.

noen dom, men det kan tas utgangspunkt i partenes prosesskriv.¹⁰³ I begge situasjonene finnes det skriftlig materiale, og materialet er egnet for sammenligning. Ved materiell prosessledelse har retten kun partenes prosesskriv og prosesshandlinger å holde opp mot egne tanker. I forlengelsen av dette er det for *det andre*, i veiledningens natur at den foregår relativt spontant. Det er ikke tid til inngående vurdering om veiledningen i tvilstilfelle er innenfor eller utenfor det krav partene har fremmet. For *det tredje* er det ikke enkelt å forutberegne en parts reaksjon på veiledningen. Parten kan besvare veiledning innenfor kravet med ønske om å fremme nytt krav eller endre det eksisterende.

På denne bakgrunn er det min oppfatning at det bør være anledning til å veilede utenfor rammen av det krav partene har fremmet.

Samtidig taler en mengde argumenter for at retten bør utvise tilbakeholdenhet med slik veiledning. Først og fremst taler rettskraftreglene med styrke mot å veilede utenfor det krav som er reist i saken. Et sentralt argument for å veilede er å unngå å avsi uriktige dommer som medfører at en part lider rettstap.¹⁰⁴ Dette argumentet er ikke relevant for veiledning utenfor rammen av kravet. Disse kravene kan fremmes som eget søksmål. Hensynet til rettens nøytralitet taler for at det ved veiledningen tas utgangspunkt i partenes prosessopplegg. Veiledning utenfor rammene av partenes krav gjør i liten grad det.¹⁰⁵

Heller ikke samfunnsmessige eller tredjepersoners interesser, som er et argument for å begrense partenes autonomi, taler for å veilede om forhold utenfor kravet.¹⁰⁶ Både partsfunksjonene og de samfunnsmessige funksjoner, kan normalt fullt ut ivaretas innenfor rammen av det krav som partene har fremmet.¹⁰⁷ Retten kan også komme til et riktig resultat innenfor den samme rammen. Både proporsjonalitets- og forsvarlighetsprinsippet taler for at veiledning om andre krav unngås. Ved slik veiledning er det større risiko for å komplisere, fordyre og forlenge saksbehandlingen.¹⁰⁸

¹⁰³ Se Schei m.fl. 2013a s. 678.

¹⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172 andre spalte.

¹⁰⁵ Se Westberg 1988 s. 585.

¹⁰⁶ Se nærmere punkt 6.2.2, særlig punkt 6.2.2.4.

¹⁰⁷ Se nærere kapittel 3.

¹⁰⁸ Westberg 1988 s. 585.

Et forbehold må tas for eventuelle krav eller konflikter i nær sammenheng med det krav partene har fremmet. For eksempel hvor det utspringer flere konflikter av det samme avtaleforhold. Ved veiledning om også slike forhold, kan tvisten eventuelt utvides slik at *partenes fulle mellomværende* avgjøres.¹⁰⁹ Dette i likhet med rettskraftreglene, som søker å stimulere til at alle krav blir tatt med når en tvist først fremmes for domstolen.¹¹⁰ En slik tvisteløsning ivaretar i større grad konfliktløsningsfunksjonen. I tillegg kan en slik tilnærming gi mer tvisteløsning for pengene slik at det også er ønskelig i et prosessøkonomisk perspektiv. Dette gjelder særlig når det eksisterer en klar tematisk sammenheng mellom kravene slik at bevisføringen delvis eller fullt ut er overlappende.

Det er særlig i situasjoner hvor flere krav utledes av ett kontraktsforhold, at grensen for kravet har vært uklar.¹¹¹ I slike situasjoner er det størst risiko for å lide rettstap om et krav (eller *en tapspost* som det vil være om det ligger innenfor kravet), senere må avvises som rettskraftig avgjort. Det samme kan tenkes å gjelde reglene om hevd og alders tids bruk.¹¹² Det er i seg selv et poeng at flest mulig konflikter blir avgjort når søksmålet er fremmet, men enda viktigere er det å sikre at partenes ramme for tvisten som er oppstilt, bygger på opplyste og veloverveide valg. Dette taler med styrke for at retten bør veilede i situasjoner hvor det er nærliggende å eksistere andre krav som er i gråsonen av det som allerede er fremmet.

2.3 Rettens handlingsrom innenfor rammene av partenes påstander

Partenes påstander danner rammer for rettens avgjørelse. Er det ønskelig å avsi dom utenfor disse rammene må partene i tilfelle endre påstand. Retten kan gjennom veiledning påvirke

¹⁰⁹ Se Finn Taksøe-Jensen, *Materiell procesledning i borgelige sager*, København 1976 (Taksøe-Jensen 1976) s. 527, Laura Ervo, «Party autonomy and Access to Justice» i *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groningen 2009 (Ervo 2009) (s. 24) og Westberg 1988 s. 594.

¹¹⁰ Se Rt. 2009 s. 286 U premiss 25.

¹¹¹ Se Skoghøy 2014 s. 1042-1043.

¹¹² Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave 3. opplag, Oslo 2010 s. 324, hvor det påpekes at hevd og alders tids bruk ofte påberopes samtidig. Se også Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Tromsø 2008 s. 75, hvor det drøftes om alders tids bruk er et selvstendig ervervsgrunnlag ved siden av reglene om hevd.

partene til å foreta slike endringer. To temaer av betydning for rettens veiledning skal tas opp i det følgende. Først må det undersøkes hvilket *tolkningsrom* retten har ved fastleggningen av partenes påstander. Deretter er spørsmålet hvilket *handlingsrom* retten har innenfor rammene av partenes påstander. Grensen for tolknings- og handlingsrommet danner samtidig grensen for når retten eventuelt må veilede. Til sist knytter jeg enkelte merknader til i hvilken grad retten bør utnytte dette rommet.

Påstanden gir uttrykk for det domsresultat partene krever. En påstand er enten formulert slik at en rettighet eksisterer eller ikke, eller som en plikt til å yte i henhold til en rettighet eller plikt. Rettens avgjørelse må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt. Slutningen i dommen kan altså ikke gi uttrykk for mer enn en part har krevd eller mindre enn en part har erkjent. Avgjørelsen kan heller ikke gå ut på noe annet enn partene har krevd. Rettsfølgene må være like.¹¹³

Retten kan ikke avsi dom utenfor de kvantitative og kvalitative grenser partenes påstander danner. Rettens handlingsrom varierer med hvordan disse grensene fastlegges. Dette gjelder særlig den *kvalitative* begrensning. Hvilke og hvor stort avvik mellom partenes påstander og dommens slutning som aksepteres, avhenger av begrepet *like rettsfølger* – altså *handlingsrommet*. Rettens frihet varierer også med hvor strengt partenes påstander skal tolkes – altså *tolkningsrommet*. I praksis er det en flytende grense mellom disse to grensene.

En rekke hensyn er av betydning ved vurderingen av hvor stort tolkningsrom og handlingsrom retten bør ha. Først av alt er partenes autonomi av stor betydning. Dess friere retten står, dess mindre kontroll har partene over utfallet av tvisten.

Et snevert tolkningsrom kan medføre formalistiske og lite smidige avgjørelser. Et snevert handlingsrom kan i tillegg virke prosessdrivende idet partene ønsker å overprøve avgjørelsen, eller fremme nye søksmål om forhold i nær sammenheng med det allerede avgjorte. Slik taler domstolens funksjon som konfliktløsende organ for at dommeren bør kunne utvise et visst skjønn. Prosessøkonomiske hensyn taler til en viss grad for å

¹¹³ Se Skoghøy 2014 s. 914 flg. og Schei m.fl. 2013a s. 384 flg.

innrømme et handlingsrom. For snevre grenser kan tvinge dommeren oftere til å reassumere for at partene eventuelt endrer påstanden, samtidig som for vide grenser kan medføre hyppigere anker.

Motsatt kan utfallet av tvisten være vanskelig å forutberegne for parten om retten får et for vidt handlingsrom ved utforming av slutning. Dette kan virke prosessdrivende i den enkelte sak, og skade tilliten til domstolene og tilgangen til tvisteløsning i et større perspektiv. Grunnlaget for avgjørelsen kan være sviktende ved at partene ikke har ført tilstrekkelige bevis eller prosedert over det avgjørelsen går ut på. En forsvarlig behandling av tvisten taler derfor for å utvise en viss tilbakeholdenhet. Endelig er for vide rammer problematisk av hensyn til rettens upartiskhet.

Etter norsk rett er ikke påstanden alene avgjørende. Den må tolkes i lys av partens øvrige prosesshandlinger.¹¹⁴ Motpartens påstand er også av betydning for rettens handlingsrom.¹¹⁵ Ut over at rene *inkurier* tolkes bort, er det vanskelig å finne noen klar grense for hvor langt retten kan gå i å tolke forhold inn i partenes påstander.¹¹⁶ Dette skyldes til en stor grad at grensen for hva som regnes påstått er situasjonsbetinget. I eldre høyesterettsrettspraksis har det blitt avsagt dom for renter uten påstand om det og om beskyttelse av andre varemerker enn det som har vært påstått.¹¹⁷ Hensett til de hensyn som taler for å utvise tilbakeholdenhet i slike situasjoner, er det å gå alt for langt. Ved i større eller mindre grad å tolke bort potensielle feil eller misforståelser, kan også det motsatte skje, at faktiske feil eller

¹¹⁴ Hov 2010a s. 509, Schei m.fl. 2013a s. 385 og Bratholm & Hov 1973 s. 324.

¹¹⁵ Se fra rettspraksis Rt. 1903 s. 1, Rt. 1939 s. 45 A, Rt. 1957 s. 860 A, Rt. 1979 s. 1358 U, Rt. 1989 s. 377 U og Rt. 2000 s. 54 på s. 57.

¹¹⁶ Se Rt. 1881 s. 35 hvor påstanden gikk ut på *tømmer*, men saken for øvrig om *trær*. Se også Rt. 1978 s. 869 U. Augdahl gir de videste rammene for å tolke påstandene. Han hevder at når påstand er feil som følge av forsømmelser grunnet manglende kjennskap til rettsreglene, skal retten kunne gå ut over påstanden. Han hevder at retten kan avsi dom for det som er best for parten av *pro-rata ansvar* eller *solidaransvar*, selv om kun et av grunnlagene er påberopt, se Per Augdahl, Norsk civilprosess, Oslo 1947 (Augdahl 1947) s. 89. Augdahl synes å glemme at en slik forståelse som kommer en part til gode, samtidig kommer motparten til ugunst.

¹¹⁷ Se Rt. 1903 s. 1 og Rt. 1913 s. 527. Se også Francis Hagerup, Den Norske Civilproces I, 3. utgave, Kristiania 1918 (Hagerup 1918) s. 403.

misforståelser ikke tolkes bort.¹¹⁸ Dette underbygger at en slik fremgangsmåte er høyst usikker. Derfor bør uklarheten i stedet tas opp med partene.¹¹⁹

Videre må saksøktens påstand normalt forstås slik at vedkommende – subsidiært – ønsker å anses på mest fordelaktig måte, men i rettspraksis finnes det også eksempler på det motsatte.¹²⁰ Dette beror i tillegg på motpartens prosessopplegg idet motparten eksempelvis kan bygge utelukkende på at grunnlaget for erstatning ikke er oppfylt, eller i tillegg ha innvendinger mot størrelsen på kravet. I slike situasjoner vil saksøkers påstand om erstatning forstås på ulikt vis.

Utenfor de situasjoner hvor slutningen kan innfortolkes i partenes prosessopplegg, oppstår spørsmålet om dommens slutning går ut på *noe annet* enn partene har nedlagt påstand om.¹²¹

Hvorvidt slutningen går ut på noe annet enn påstått har nær sammenheng med grensene for kravet, men er ikke det samme.¹²² Kravet er gjenstanden for søksmålet. Påstanden er den rettsvirkningen som ønskes for søksmålgjenstanden. Påstanden er dermed en del av kravet og kravets viktigste identitetsmarkør.¹²³ Går retten utenfor kravet i avgjørelsen, går slutningen samtidig ut på noe annet enn påstått, men selv om retten avsier dom for noe annet enn påstått er det ikke automatisk utenfor søksmålgjenstanden. Sammenhengen med grensene for kravet innebærer at slutninger som kan inntre ved siden av hverandre kvalitativt er noe annet enn partene har nedlagt påstand om.¹²⁴ Dette innebærer også at om

¹¹⁸ Se til eksempel Rt. 1993 s. 505 A hvor lagmannsretten antok at en post i påstanden var glemt, og tolket derfor påstandene i beste mening. Det viste seg imidlertid at ingenting var uteglemt, og retten gikk derfor utenfor deres påstander.

¹¹⁹ Se også Rt. 1995 s. 1120 U på side 1122.

¹²⁰ Se Schei m.fl. 2013a s. 385 og Hov 2010a s. 509. Rt. 1939 s. 45 A på s. 50-51 er eksempel på det motsatte.

¹²¹ På samme måte som påstand må tolkes i lys av partenes prosesshandlinger, må også slutningen tolkes i lys av avgjørelsen for øvrig. I fortsettelsen av dette kapitlet ligger denne forutsetningen til grunn når uttrykkene påstand og slutning benyttes.

¹²² Slik også Skoghøy 2014 s. 914.

¹²³ Skoghøy 2014 s. 914.

¹²⁴ Jo Hov, Rettsforlik, Oslo 1976 (Hov 1976) s. 470. Se til eksempel Rt. 1935 s. 881 A og Rt. 1966 s. 275 A.

grunnlaget for avgjørelsen avviker fra det påberopte grunnlag, går dommen ut på *noe annet* enn partene har krevd, selv om slutningen og påstanden for så vidt er identiske.¹²⁵

Grensen er kun sporadisk klargjort i rettspraksis og er uklar. Grensen kan tilnærmes gjennom både prosessuelle og materielle identitetskriterier.

Blant prosessuelle kriterier er for det første skillet mellom fastsettelse og plikt. Prosessuelt skilles det mellom søksmål om å foreta en handling og eksistensen av en rettighet. Endring av denne er ikke avgjørende for identitetsspørsmålet.¹²⁶ Videre formuleres handleplikten på ulike måter, normalt ved at en part enten må *gjøre, tåle* eller *unnlate* noe. Isolert sett er ikke valg av verb ved beskrivelse av handleplikten avgjørende for kravets identitet, men det er hevdet at retten burde ha en begrenset adgang til å endre verb. Dette både av hensyn til partenes autonomi, rettsikkerhet, kontradiksjon og rettens nøytralitet.¹²⁷ Handlingsbeskrivelsen har dessuten nær sammenheng med de rettsregler som påberopes som grunnlag. Skifte av beskrivelse kan raskt føre til at grunnlaget endres, noe som samtidig medfører at avgjørelsen går ut på noe annet enn partene har nedlagt påstand om. Samtidig er å handle og å unnlate i ganske stor grad antonymer. Bruk av det motsatte verb endrer dermed ikke nødvendigvis slutningens identitet. Det kan og tenkes at andre verb benyttes for å beskrive handlingsnormen, for eksempel ødelegge, endre, lage, slette, selge, tilby eller gi. Flere av disse er til en viss grad synonyme, men endringer kan medføre at det avsies dom om noe annet enn påstått.¹²⁸

Hva som avgjøres kan også identifiseres ut i fra materielle kriterier. Til en viss grad aksepteres presiseringer eller vilkår innenfor grensen av påstanden. Særlig gjelder dette ved tolkning av avtale. Høyesterett har ved flere anledninger akseptert slutninger med ikke

¹²⁵ Se Hov 1976 s. 471, Bratholm & Hov 1973 s. 426. Motsatt Per Olof Ekelöf, «Anmeldan av Bratholm-Hov», Sivil rettergang, *Svensk Juristtidning*, 1974 (s. 682).

¹²⁶ Se Hov 2010a s. 508, Rt. 1940 s. 598 A og NOU 2001:32 B s. 703. Motsatt Torstein Eckhoff, Sivilprosess, 2. utgave 2. opplag, Oslo 1971 (Eckhoff 1971) s. 91.

¹²⁷ Westberg 1988 s. 405 flg.

¹²⁸ I svensk rettspraksis, NJA 1977 s. 415, ble en slutning om å *slette* eller *endre* merker på varer i strid med varemerkeloven ansett å ligge innenfor en påstand om at varene skulle *destrueres*. Dette viser en relativt pragmatisk tilnærming til grensen for hva påstanden går ut på.

påståtte vilkår.¹²⁹ Noe annet ville medføre en begrensning i rettens adgang til selvstendig å tolke og fastlegge innholdet i avtalen.¹³⁰ Samtidig går det en grense for hvilke vilkår som kan innfortolkes. Avgjørelsen i Rt. 1990 s. 8 A er et godt eksempel. Saken gjaldt tvist om overdragelse av andelsleilighet. Det var inngått avtale om fremleie av leiligheten. Partene kom samtidig til en overenskomst om fremtidig overdragelse samt at et beløp tilsvarende verdien av leiligheten ble forskuttert. Saksøker påstod at overenskomsten representerte en avtale om salg, saksøkte at den ikke gjorde det. Lagmannsretten kom til at det var inngått avtale om salg, men at prisen måtte justeres. Høyesterett fant at det var «tvilsomt om lagmannsretten ved sin avgjørelse kan sies å ha gått utenfor partenes påstander», men at «mye» talte for at slutningen var innenfor.¹³¹ Her aksepterte Høyesterett en relativt formålsorientert tolkning av påstandene som nok ledet til et rimelig materielt resultat i den konkrete saken. Samtidig viser anken at løsningen ikke fremstod som naturlig og forutsigbar for partene.¹³² Tilnærmingen var dermed ikke nødvendigvis forsvarlig.

Normalt tolkes en parts påstand om at motparten skal yte i form av penger, som at retten også kan tilkjenne mindre penger. Slutningen er altså om det samme som påstått, bare ikke i samme kvantum. Etter Høyesteretts praksis gjelder det også endringer av areal,¹³³ og trolig andre enheter som avstand, tid og høyde. Dette beror imidlertid i stor grad på tvisten hvor det må skilles mellom saker det skal fastsettes den korrekte mengden av en enhet som en part skal yte, og hvor det skal avgjøres om en part har en rettighet. For eksempel ved tvist om rett til delvis permisjon etter aml. §§ 12-6 (2) er vurderingstemaet ikke hvor mye permisjon som kan tas ut og når dette kan gjøres uten å representere vesentlige ulemper for arbeidsgiver, men hvorvidt arbeidstakerens ønske om hvordan uttaket skal gjøres medfører vesentlige ulemper.

¹²⁹ Se til eksempel Rt. 2009 s. 238 A premiss 15 flg., Rt. 2004 s. 1150 U premiss 14 og Rt. 1955 s. 1138 A på side 1142.

¹³⁰ Se forutsetningsvis i Rt. 1990 s. 8 A på side 12. Se også Rt. 1955 s. 1138 A på side 1141-1142. Se også Kristian Huser, *Avtaletolkning*, Bergen 1983 s. 415-416.

¹³¹ Se avgjørelsens s. 11-12. Avgjørelsen ble for øvrig opphevet grunnet manglende veiledning.

¹³² Se Westberg 1988 s. 487 som også fremhever disse momenter ved vurderingen av hvor langt fra påstanden rettens slutning kan være.

¹³³ Se Rt. 1962 s. 1107 A.

Videre kan det problematiseres om *juridiske begreper* som innebærer en mindre rettighet eller ytelse kvalitativt er det samme, selv om de er av ulik art. Eksempelvis full eiendomsrett kontra sameieandel, eiendomsrett kontra bruksrett eller panterrett, leie kontra leasing, panterrett kontra tilbakeholdsrett, veirett kontra gangsti, erstatning kontra naturalrestitusjon og heving kontra erstatning. Slike begreper må vurderes konkret og tolkes isolert og i sammenheng for å avgjøre om de kun skilles ved kvantitet. Tvistemålsutvalget synes å mene at slutningen kan gå ut på gangsti når påstanden gjaldt veirett. Dette forutsatt at «det er krevd dom for å klarlegge adkomst til eiendom».¹³⁴ Selv om en formålsorientert tolkning av påstanden kan gi mulighet for dette, taler flere hensyn mot å innrømme et så stort handlingsrom. Partenes autonomi begrenses i unødvendig grad, og forutberegneligheten for hva det avsies dom for er liten. Det er heller ikke enkelt å vite hva som anses mer eller mindre belastende for partene.¹³⁵ Med en slik praksis er det vanskelig for motparten å forutberegne hva som skal imøtegås i saken.

Endelig kan det spørres hvorvidt det kan avsies dom for en del når påstanden går ut på det hele; eksempelvis delvis ugyldighet eller eiendomsrett til del av eiendom. Etter min mening bør retten, av de samme grunner som over, utvise tilbakeholdenhet også her.¹³⁶ Synspunktet finner også støtte i rettspraksis hvor tvist om odel til eiendom ikke kunne forstås som at retten samtidig skulle ta stilling til odel på deler av denne.¹³⁷

Gjennomgangen viser at retten har et ikke ubetydelig rom ved utforming av slutning i avgjørelsen. Etter min mening bør retten i liten grad anvende dette rommet. Schei m.fl. uttaler at hvor det:

«Kan foreligge en feil eller misforståelse med hensyn til påstanden, må dette avklares før dom avsies».¹³⁸

¹³⁴ NOU 2001:32 B s. 703. Se i samme retning Bratholm & Hov 1973 s. 324. Motsatt Eckhoff 1971 s. 91.

¹³⁵ Se Hov 1976 s. 473.

¹³⁶ Se også Kristian Huser, Avtalesensur, Bergen 1984 s. 52. Motsatt Hov 2010a s. 508 og Westberg 1988 s. 456.

¹³⁷ Se Rt. 1953 s. 537 A på side 539.

¹³⁸ Se Schei m.fl. 2013a s. 386. Slik som i Rt. 1990 s. 8 A, Rt. 1955 s. 1138 A og Rt. 1966 s. 103 A. I sistnevnte sak klarte å pådømme noe som var eksplisitt unntatt. Eksemplet er gyldig – standpunkt til påstander ble klargjort.

Synspunktet er altså at tolkningsrommet er lite, men veiledningsrommet stort. Denne oppfatningen deler jeg fullstendig. Retten bør kommunisere aktivt med partene og sørge for klare påstander. I stedet for å foreta korrigerende tolkninger ut over det åpenbare, kan uklarheten fjernes ved å be om partenes standpunkt. I stedet for å tolke rettsfølgebegrepet utvidende bør retten be om partenes standpunkt. Etter både tvl. § 11-5 (3) og tvl. § 9-15 (1) har retten en plikt til dette ved åpning av hovedforhandlingen. En slik løsning tjener både partenes autonomi, rettssikkerhet, prosessøkonomi og rettens troverdighet som upartisk organ.¹³⁹

2.4 Påstandsgrunnlaget

2.4.1 Påstandsgrunnlaget og dets betydning

Partene må påberope et faktisk grunnlag for den rettsvirkningen deres påstand angir – et påstandsgrunnlag. Etter tvl. § 11-2 (1) tredje punktum representerer påstandsgrunnlaget «de rettsstiftende faktiske forhold» som er grunnlaget for partenes påstander. I dette ligger to forutsetninger: det gjelder faktiske forhold og de må gi grunnlag for en rettsvirkning. I det siste ligger en forutsetning om at omstendighetene er av direkte betydning for anvendelsen av en rettsregel.¹⁴⁰ Noe forenklet kan påstandsgrunnlaget beskrives som hovedtrekkene i de faktiske omstendigheter som oppfyller vilkårssiden i en rettsregel.¹⁴¹

Påstandsgrunnlaget er av sentral betydning i en rettstvist. For saksøkte angir nettopp påstandsgrunnlaget det faktiske grunnlaget for søksmålet som motparten bygger på. Derfor er påstandsgrunnlaget avgjørende for å kunne ta stilling til søksmålet som sådan, og også hvilke deler som eventuelt skal imøtegås. Påstandsgrunnlaget angir samtidig den ytre rammen for bevisførselen, og danner rammen for hvilke faktiske omstendigheter retten kan

¹³⁹ Schei m.fl. 2013a s. 386. Se også Hov 2010a s. 510.

¹⁴⁰ Også uttrykket *rettsfaktum* har blitt benyttet som begrep om det umiddelbare (direkte) faktiske grunnlaget for påstanden. Dette for å tydelig markere skillet mot *bevisfaktum* som er det middelbare (indirekte) grunnlaget, altså omstendigheter som er bevist, men ikke av direkte betydning for anvendelsen av en rettsregel, se Skoghøy 2014 s. 1058 og Per Olof Ekeöf, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, Stockholm 1956 (Ekelöf 1956) s. 57.

¹⁴¹ Se Skoghøy 2014 s. 549, Schei m.fl. 2013a s. 387 og Aasland 1967 s. 186.

anvende ved sin avgjørelse. I tillegg er påstandsgrunnlaget av betydning for preklusjonsreglene. På grunn av sammenhengen mellom de faktiske omstendighetene og rettsreglene, danner det også grensen for hvilke rettsregler retten kan benytte ved avgjørelsen. Alle disse grunner gjør det viktig å få klarhet i hvilke(t) påstandsgrunnlag en part bygger sin påstand på.

En rekke forhold kan føre til uklarhet omkring påstandsgrunnlaget. De årsaker som skyldes uklarheter ved begrepet i seg selv behandles i det følgende. De årsaker som skyldes partene behandles i punkt 4.3.3.3.

2.4.2 Behov for veiledning grunnet påstandsgrunnlagets uklare grenser

Uklarheter ved grensene for begrepet påstandsgrunnlag medføre at det er uklart hvilke faktiske forhold som skal påberopes. Hvilke forhold i en rettstvist som er rettsstiftende, i motsetning til andre faktiske forhold, er ikke alltid enkelt å fastlegge, noe også Høyesterett har gitt uttrykk for ved å fremheve at «skillet mellom nye rettsfakta og nye bevisfakta kan være nokså subtilt».¹⁴² Men hvorfor er det slik?

Det er en rekke grunner til at grensen er uklar. For *det første* er uttrykket rettsfakta gitt et noe ulikt innhold i litteraturen. Rettsfakta er brukt både som beskrivelse av hele vilkårssiden i en rettsregel samlet, de faktiske omstendigheter som utgjør de enkelte deler av vilkårssiden i en rettsregel, og også hele det faktiske forhold som utgjør vilkårssiden i en rettsregel.¹⁴³ Ifølge Tvistemålsutvalget er påstandsgrunnlag «det umiddelbare grunnlaget en part påberoper seg» for sin påstand.¹⁴⁴ Denne definisjonen gir rom for samtlige tre forståelser.

I forlengelsen av de ulike forståelsene av uttrykket skaper samlebegreper som eksempelvis hevd og ekstinksjon uklarhet. Schei m.fl. påpeker at det prinsipielt ikke er tilstrekkelig å anføre hevd som påstandsgrunnlag, idet det for å hevde kreves at nærmere angitte vilkår

¹⁴² Rt. 2012 s. 1985 premiss 216.

¹⁴³ Se Bengt Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987 (Lindell 1987) s. 26-27.

¹⁴⁴ NOU 2001:32 B s. 704.

om besittelse av en viss kvalitet, hevdetid og aktsom god tro er oppfylt.¹⁴⁵ Hevd representerer dermed ikke et rettsstiftende faktisk forhold, men er et samlebegrep om situasjonen når de nødvendige faktiske omstendigheter foreligger. Det er derfor mer klargjørende å skille mellom selve påstandsgrunnlaget og momenter i påstandsgrunnlaget.¹⁴⁶ I et slikt perspektiv representerer hevd påstandsgrunnlaget, og de enkelte vilkår utgjøre momenter i eller deler av det. Dette på samme måte som uttrykket rettsfakta ikke knytter seg til påstandsgrunnlaget som helhet, men til de enkelte momenter i det.

For *det andre* varierer påstandsgrunnlagets grense etter hvilke vilkår rettsregelen oppstiller. I tillegg kan det variere fra sak til sak hvorvidt en omstendighet er rettsstiftende eller ikke.¹⁴⁷ Skillet mellom ulike former for omstendigheter kan altså ikke trekkes på generelt grunnlag, men må vurderes på grunnlag av karakteren av omstendigheten og betydningen av den i den aktuelle saken.¹⁴⁸ I et slikt perspektiv er de aktuelle materielle rettsregler av betydning for karakteristikken.

Denne relativiteten har og en annen konsekvens. Når et bevismiddel ugjendrivelig sannsynliggjør en omstendighet som er et vilkår for en rettsvirkning, kan beviset samtidig nærmest karakteriseres som et påstandsgrunnlag – i alle fall etter den andre av de ovenfor nevnte forståelser av begrepet. I slike tilfeller settes det i praksis nærmest likhetstegn mellom beviset og rettsfakta, og også mellom beviset og påstandsgrunnlaget om rettsregelen kun oppstiller et vilkår. Prinsipielt sett er det imidlertid ikke det samme. Skoghøys beskrivelse av en mellomstasjon mellom bevismidlene og rettsfaktumet er illustrerende.¹⁴⁹ Enkelte ganger er mellomstasjonen ikke nødvendig slik at den ikke benyttes, men den eksisterer fortsatt. Særlig gjelder dette forholdsvis enkle rettslige vilkår, ikke sammensatte.

For *det tredje* er også *prosessuelle forhold* av betydning for påstandsgrunnlagets grense. Høyesterett har om kravet til påberopelse flere ganger fremhevet at:

¹⁴⁵ Schei m.fl. 2013a s. 388 andre avsnitt. Det kan hevdes at samtlige vilkår for rettsvirkningen *implisitt* er påberopt, se Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale 1986 (Damaska 1986) s. 112.

¹⁴⁶ Slik som Westberg 1988 s. 582 og Lindblom 2006 s. 169.

¹⁴⁷ Lindell 1987 s. 31 uttrykker dette ved at rettsfakta eller bevisfakta ikke er noen *egenskap* ved faktumet.

¹⁴⁸ Aasland 1967 s. 186 beskriver dette med et eksempel om erkjennelse av gjeld. Erkjennelsen kan representere et rettsfaktum i en tvist om en foreldelsesfrist er brutt, og samtidig et bevisfaktum for at en fordring er stiftet.

¹⁴⁹ Skoghøy 2014 s. 1058. Se også Johs. Andenæs, «Om Høyesteretts myndighet i skyldspørsmålet ved anke over herreds- og byrettsdommer», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1943 s. 286-308 (s. 289).

«Hvordan og hvor strengt denne regelen skal anvendes i den enkelte sak, vil undertiden kunne volde tvil, og vil kunne bero på de nærmere omstendigheter».¹⁵⁰

I den konkrete vurderingen ble det lagt vekt på at:

«Avgjørelsen treffes etter den prosessmåte som følger av tvangsfullbyrdelsesloven, og som ordinært er hurtigere og enklere enn den vanlige prosessmåte. Rettsmidlet er kjæremål, som ordinært undergis skriftlig behandling».¹⁵¹

Behandlingsmåten – prosessformen – er altså av betydning for påstandsgrunnlagets grense. I avgjørelsen var det av betydning at prosessmåten var enklere og hurtigere. I tillegg er det ingen hovedregel om muntlig behandling. Flere av disse momentene har overføringsverdi til småkravsprosessen. Satt noe på spissen kan skillet dermed tilsi at det som utgjør et påstandsgrunnlag etter småkravsprosessen, ikke nødvendigvis vil gjøre det etter allmennprosessen.

Av disse grunner er det langt fra klart hvilke omstendigheter som skal påberopes i ulike sammenhenger. Etter norsk rett er det gitt opp å klargjøre grensen mellom omstendigheter som utgjør påstandsgrunnlag og omstendigheter som ikke utgjør slike. Spørsmålet om retten kan bygge på et nærmere angitt omstendighet beror derfor ikke på en «språklig-logisk grensedragning mellom rettsfakta og bevisfakta», men på en vurdering av om retten ved å bygge på omstendighetene «tilsidesetter de krav som med rimelighet kan stilles til en kontradiktorisk forhandling».¹⁵²

Skjønnspregede vilkår viser fordelene med en slik grensedragning. Etter bilansvarslova § 12 (1) bokstav a¹⁵³ kan forsikringselskapet kreve erstattet forsikringsytelser for skader som er forårsaket ved «grov aktløyse». Om en bilfører eksempelvis kjørte på en fotgjenger i et merket fotgjengerfelt en sen regntung novemberkveld, bilen hadde gamle dekk, temperaturen var på grensen til frost, bilens fart var noe over fartsgrensen på stedet, det ble

¹⁵⁰ Se Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1988 s. 1304 U på side 1306. Standpunktet er gjentatt i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1989 s. 880 U på side 883 og kjennelse inntatt i Rt. 2007 s. 479 U.

¹⁵¹ Rt. 1988 s. 1304 U på side 1306.

¹⁵² Aasland 1967 s. 188. Se også Skoghøy 2014 s. 918. Denne forståelsen er også lagt til grunn i rettspraksis etter tvistemålsloven, se til eksempel Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1990 s. 8 A på side 12 og Rt. 1995 s. 203 U på side 204, og er forutsatt videreført med tvisteloven, se NOU 2001:32 B s. 704 første spalte, og Schei m.fl. 2013a s. 389.

¹⁵³ Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogn fører (bilansvarslova).

spilt høy musikk i bilen, sjåføren var sliten etter en lang dag på jobb, fotgjengeren var kledd i mørke klær og hadde ikke refleks, og gatelysene fungerte ikke. Handlet bilføreren grovt uaktsomt? Alle disse forhold er omstendigheter av betydning for uaktsomhetsvurderingen, men hvilke av disse er av umiddelbar betydning? Alle? Ingen? Etter min mening må det skilles mellom omstendigheter av større og av mindre betydning for vurderingen: jo viktigere en omstendighet er for vurderingen av om et vilkår i en rettsregel er oppfylt, dess strengere krav stilles til retten til kontradiksjon. En slik norm underbygger at det ikke kan oppstilles en helt klar grense, men at den vil variere med den konkrete saken.

En grensedracting basert på kontradiksjon kan hevdes å være naturlig og riktig fordi rettsfakta endrer og endres i vekselvirkningen mellom faktum og juss.¹⁵⁴ Den er imidlertid ikke tilstrekkelig i alle sammenhenger. Angivelse av et påstandsgrunnlag er også nødvendig for motpartens forberedelse. For motpartens mulighet til å vite hva som skal imøtegås, er det nødvendig med klargjøring av konkret hvilket påstandsgrunnlag som påberopes i den aktuelle saken.

Grensene for hva som utgjør et påstandsgrunnlag, har inntil nylig ikke blitt viet særlig interesse i Norge. I siste utgave av *Tvisteløsning* har Skoghøy uttalt at påstandsgrunnlagets grense må fastlegges på grunnlag av *innholdet i de aktuelle rettsregler*. Og uttaler videre:

«For at ulike faktiske omstendigheter skal anses å inngå i samme påstandsgrunnlag, må de være relevante etter samme eller en liknende rettsregel. I tillegg må de være av samme karakter, knytte seg til samme begivenhet og utløse de samme rettsvirkningene».¹⁵⁵

De enkelte momenter klargjøres ikke videre av Skoghøy, og i Høyesterett avgjørelse hvor uttalelsen ble tiltrådt, Rt. 2014 s. 1259 A premiss 39, kom spørsmålet ikke på spissen. Umiddelbart kan det observeres at det ikke skilles mellom abstrakte og konkrete rettsfakta. Vurderingstemaet for hvorvidt ulike faktiske omstendigheter utgjør det samme rettsstiftende faktiske forhold, beror på den aktuelle rettsregel. Det er også naturlig da karakteristikken rettsstiftende ikke er en egenskap ved omstendigheten, men et resultat av den virkning en rettsregel tillegger omstendigheten.

¹⁵⁴ Se nærmere i punkt 4.3.3.3.

¹⁵⁵ Skoghøy 2014 s. 919.

Det kan også slås fast at det forutsettes en nær sammenheng mellom de ulike omstendighetene. Særlig vilkårene *samme begivenhet* og *samme karakter* forutsetter stor nærhet. Hvor nær sammenheng som kreves, beror imidlertid på den aktuelle rettsregel. Det kan hevdes at ulike omstendigheter som er relevante ved vurdering av om et skjønnspreget vilkår i en rettsregel er oppfylt, i større grad ligger innenfor det samme påstandsgrunnlaget, enn ved en rettsregel uten skjønnspregede vilkår. Karakteren av omstendigheten kan omfatte flere sider ved omstendigheten vurderingen av om slike påstandsgrunnlag er oppfylt. For eksempel i en tvist om usaklig oppsigelse etter aml. § 15-7, er et oppsigelsesbrev og oppsigelse under et møte ulike rettsstiftende faktiske forhold under vurderingen av om en ansatt faktisk er oppsagt. Dette er ulike begivenheter med ulike bevistemaer. Hvorvidt oppsigelsen var saklig begrunnet i arbeidstakers forhold, kan derimot bero på ulike omstendigheter ved én begivenhet. Hvis grunnlaget for oppsigelsen var en konkret hendelse på arbeidsplassen, kan ulike sider ved denne hendelsen, eksempelvis sikkerhetsbruddet, tillitsbruddet, reglementsbruddet, graden av alvorlighet, grad av selvstendighet, uaktsomhet eller overlegg, alle være innenfor det samme påstandsgrunnlaget.

Videre kan Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2013 s. 1079 U bidra til å klargjøre grensedragningen. I saken hadde saksøkte påstått seg frifunnet for mangelsansvar i forbindelse med ombygging av et bygg til leiligheter. Prinsipalt var grunnlaget at alle krav var oppgjort, subsidiært at reklamasjonen var for sent fremsatt. Lagmannsretten frifant saksøkte fordi:

«Det forelå spesielle omstendigheter som tilsa at en reklamasjon måtte følges opp innen rimelig tid om mangelsinnsigelsen skulle være i behold.»¹⁵⁶

Høyesterett fremholdt at påstandsgrunnlaget lagmannsretten benyttet, var i «randsonen» av det påstandsgrunnlag parten hadde påberopt.¹⁵⁷ Ulovfestede passivitetsprinsipper kan medføre at mangelskrav under spesielle omstendigheter bortfaller.¹⁵⁸ Hva som ligger i

¹⁵⁶ Se Rt. 2013 s. 1079 U premiss 5. Se også premiss 22.

¹⁵⁷ Rt. 2013 s. 1079 U premiss 19.

¹⁵⁸ Se Miriam Skag, «Adgangen til å supplere foreldelsesloven med ulovfestede passivitetsrelger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 s. 523-564 (Skag 2011) (s. 554), Rt. 1992 s. 295 og mer generelt Erik Monsen, «Om

spesielle omstendigheter, beror på en konkret vurdering og på den aktuelle situasjonen.¹⁵⁹ I denne saken representerte nettopp det forhold at det allerede var betalt et anselig beløp og at det var kommet nye klager på lekkasjer uten at dette ble meldt til utbygger de spesielle omstendigheter.¹⁶⁰

Overført til grensene for påstandsgrunnlaget synes det klart at betalingsmomentet både var *relevant etter, av samme karakter* som og knyttet seg til samme begivenhet som det påberopte grunnlaget; for sen reklamasjon. Rettsvirkningen var i tillegg lik. Avgjørelsen viser at særlig for rettsregler som har liknende regler av skjønnspreget og vag karakter, er grensene for påstandsgrunnlaget også vagt.¹⁶¹ Dette gjelder særlig på ulovfestet område. For spørsmålet om hva dommeren har adgang til å avsi dom for etter tvl. § 11-2, er dette ikke av stor betydning, da også kravet til kontradiksjon må være oppfylt. Av større betydning er det for dommerens mulighet til å veilede om forhold som ligger i påstandsgrunnlagets «randsone», altså i denne sammenheng. Dette medfører to ting: For det første har dommeren et større handlingsrom til å veilede om andre omstendigheter innenfor rammen av skjønnspregede, enn ikke skjønnspregede påstandsgrunnlag. For det andre må retten søke klarhet i hvilket påstandsgrunnlag som faktisk påberopes. Dette særlig av hensyn til motparten.

2.4.3 Hvor konkretisert må påstandsgrunnlaget være?

I forlengelsen av uklarheter ved påstandsgrunnlaget som begrep, er det også adskillig usikkerhet knyttet til hvor konkretisert et påstandsgrunnlag må være. Siden alle normer i en viss utstrekning er generelle, må de tolkes for å gis et innhold. I en rettsprosess foretas

reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser», *Jussens Venner*, 2010 s. 147-203 (s. 147 flg.).

¹⁵⁹ Se Skag 2011 s. 554 og Camilla Hørby Jensen, *Retsfortabende passivitet*, København 2007 s. 120.

¹⁶⁰ Se LA-2012-133483 og Rt. 2013 s. 1079 U premiss 20.

¹⁶¹ Dette finner også støtte i vanskelighetene med å si hva som utgjør påstandsgrunnlaget i skjønnspregede regler. Se Skoghøy 2014 s. 918 og Mæland 2013 s. 153.

tolkningen for å angi de enkelte rettsfakta en part søker å sannsynliggjøre, beviskravstemaet.¹⁶² Disse utledes ut i fra *de aktuelle rettsreglene*.

Enkelte rettsfakta er enkle; det er inngått en avtale, kravet er foreldet, varen ble levert i tide. Bevisførselen og bevisvurderingene under disse problemstillingene kan være vanskelig nok, men temaet for bevisførselen er klar. Subsumsjonen blir samtidig rimelig enkel i slike tilfeller.¹⁶³ Andre rettsfakta er mer sammensatte. Dette gjelder særlig rettslige standarder som uaktsomhet, grov uaktsomhet, urimelig, spesielle grunner, særlige grunner, vesentlig og liknende.¹⁶⁴ Normene kan også ha mer spesifikke undernormer for ulike situasjoner.¹⁶⁵ Forestillingsbaserte bevistemaer om forsett og vilje er eksempler på slike.¹⁶⁶ Undertiden kalles slike også komplekse rettsfakta.¹⁶⁷

Komplekse rettsfakta har en uklar side til bevisfakta idet det beror på en samlet vurdering av samtlige faktiske omstendigheter om vilkåret anses oppfylt. Det kan vanskelig påstås at en omstendighet er umiddelbart relevant for hvorvidt vilkåret anses oppfylt, og at rettsregelen dermed kommer til anvendelse.¹⁶⁸ For slike rettsfakta blir subsumsjonen mer sammensatt. Unntak fra dette kan tenkes. Hvis eksempelvis retten i en forutgående sivil sak mellom A og B har slått fast at en skadevoldende handling var å betegne som uaktsom, kan dommen representere et rettsfaktum i en etterfølgende erstatningssak mellom A og C om erstatning for samme hendelse.

Uklarheten med hensyn til konkretisering gjelder særlig slike sammensatte rettsfakta.¹⁶⁹ Grad av konkretisering er av stor betydning for saksøkers mulighet til å finne relevante bevistemaer, beviser og argumenter.¹⁷⁰ Jo mindre konkret rettsfaktumet gjøres dess vanskeligere blir det for saksøkte å ta stilling til saksøkers standpunkt, forberede motbevis

¹⁶² Beviskravstemaet er bevistema som inneholder rettsfaktum, se Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Bergen 2012 (Strandberg 2012) s. 411. Også uttrykket endelig bevistema og slutliga bevistema er benyttet om dette, se Lindblom 2006 s. 203 og Bengt Lindell, *Partsaunomins gränser*, Uppsala 1988 (Lindell 1988) s. 25. Beviskravstemaet speiler de enkelte momenter i påstandsgrunnlaget, de enkelte deler ved det rettsstiftende faktiske forhold.

¹⁶³ Se Markus Jerkø, «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *Lov og Rett*, 2014 s. 445-464 (s. 459) og Markus Jerkø, *Rettslig bevisvurdering*, Oslo 2015 (Jerkø 2015) s. 99.

¹⁶⁴ Jerkø 2015 s. 98. Slike sammensatte bevistemaer har også som konsekvens at det er vanskelig å skille rettsfakta fra bevisfakta, se Skoghøy 2014 s. 918.

¹⁶⁵ Se Henrik Zahle, *Bevisret*. Oversigt, København 1994 s. 27-28.

¹⁶⁶ Lindblom 2006 s. 168.

¹⁶⁷ Lindell 1987 s. 27 og Lindblom 2006 s. 167.

¹⁶⁸ Skoghøy 2001 s. 1058.

¹⁶⁹ Se Lindblom 2006 s. 209 flg.

¹⁷⁰ Som et ytterpunkt kan et bevistema være så generelt formulert at det ikke anses å utgjøre et rettskrav.

og argumenter.¹⁷¹ I tillegg påvirkes både rettens kontroll med hva som er relevante bevisstemaer og relevant bevisførsel. Rettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse kan også bli mer usikker jo mindre rettsfaktumet presiseres. Dette kan føre til at avgjørelsen blir vanskeligere å forutberegne for partene.¹⁷²

Samtidig kan presisering av rettsfaktum føre til at retten får mindre frihet ved rettsanvendelsen fordi de faktiske omstendigheter som er påberopt og søkt sannsynliggjort, er så konkrete at handlingsrommet innenfor rammen av påstandsgrunnlaget er snevert. Det leder for så vidt til at rettens rettsanvendelse blir lettere for parten å forutberegne og at partens autonomi ikke uthules, men kan også lede til at retten må veilede for eventuelt å få et større handlingsrom fra partene. For stor presisering av rettsfaktumet kan videre føre til at sentrale faktiske omstendigheter utelates som irrelevante,¹⁷³ eller at avgjørelsens verdi som prejudikat reduseres.¹⁷⁴

Situasjonen kan illustreres med følgende eksempel. Saksøkte kan enten søke å føre motbevis for de rettsfakta saksøker har påberopt, eller påberope andre rettsregler med andre rettsvilkår som grunnlag for sin påstand. I skadeerstatningsretten kan et slikt eget rettsfaktum være skadelidtes medvirkning. Hvor en skadelidt har medvirket til skaden ved egen skyld, kan dette medføre reduksjon eller bortfall av erstatning etter skl. §§ 5-1 (1) eller 5-2. Skadelidtes medvirkning kan også medføre at kravet til skadevolders skyld eller årsakssammenheng ikke er oppfylt.¹⁷⁵ Medvirkningen kan slik utgjøre både et rettsstiftende faktisk forhold i flere henseender, og også et sentralt faktisk forhold for vurderingen av andre rettsstiftende faktiske forhold. Graden av presisering av det påberopte rettsfaktum er her av stor betydning for både rettens handlingsrom og motpartens bevisførsel.

I hvor stor grad slike sammensatte rettsfaktum må konkretiseres, er et vanskelig spørsmål. En ren gjengivelse eller omskriving av vilkårssiden i det rettslige grunnlaget er etter min

¹⁷¹ Jerkø 2015 s. 102.

¹⁷² Lindell 1988 s. 25 og Lindblom 2006 s. 215.

¹⁷³ Lindell 1988 s. 27.

¹⁷⁴ Se Lindblom 2006 s. 215.

¹⁷⁵ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 6. utgave 2. opplag, Oslo 2011 s. 158 flg. og 409 flg., Nils Nygaard, Skade og ansvar, 6. utgåve, Bergen 2007 s. 313-316, 385 flg. og 400, og Nils Nygaard, Aktløyseverdier i norsk rettspraksis, Bergen 1974 s. 297 flg.

mening ikke tilstrekkelig. Samlebetegnelser som hevd, eller rettslige uttrykk som ulovfestet godtroerverv eller mangel som påstandsgrunnlag er heller ikke konkret nok.¹⁷⁶ Et slikt påstandsgrunnlag er nærmest intetsigende, og kan føre til usikkerhet om hvilke rettslige grunnlag som er aktuelle, og gjør dermed imøtegåelse vanskelig.

Selv om dommeren har ansvar for rettsanvendelsen og slik skal anvende den rettsregelen som finnes riktig, er det nyanser i de ulike rettslige grunnlagene. I forlengelsen av eksemplet over, er det klare ulikheter mellom hvilke faktiske omstendigheter som potensielt er relevante under de ulike grunnlagene hvor skadelidtes medvirkning er av betydning. Benyttes skadelidtes medvirkning som grunnlag under en annen rettsregel enn det partene har forutsatt, kan det medføre at omstendigheter som er relevante ikke er søkt sannsynliggjort av parten.

Samtidig er det ikke hensiktsmessig å gå for langt. Da risikerer retten å måtte se bort fra klart relevante omstendigheter i vurderingen. For å parafrasere et eksempel fra Lindblom: når rettsregelen krever uaktsomhet er det å gå for langt i konkretiseringen å ha bremsesporets lengde som rettsfakta.¹⁷⁷

Av disse grunner må enkelte deler av påstandsgrunnlaget presiseres, og da særlig komplekse rettsfakta. Dette kan kreve en inngående inngripen fra rettens side i form av veiledning.¹⁷⁸ Det forutsetter for så vidt at både de faktiske omstendigheter partene mener foreligger og sakens rettslige sider drøftes relativt inngående. Samtidig må grunnlaget for å foreta slik presisering være forsvarlig. Hvor konkret angivelsen av slike deler av påstandsgrunnlaget gjøres, må derfor bero både på de rettsregler som potensielt er relevante i det konkrete tilfellet, og de faktiske omstendigheter partene mener foreligger.

¹⁷⁶ Se Pedersen 2014 s. 272-273 og Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon», *Jussens Venner*, 2006 s. 1-29 (s. 22).

¹⁷⁷ Lindblom 2006 s. 216-217.

¹⁷⁸ Se i samme retning Lindblom 2006 s. 215 som uttaler at dommeren bør bedrive en «kraftfull materiell processledning».

3. Tvistelovens funksjoner og målsetningen med veiledningen

3.1 Innledning

«Vem skulla anlita en dyr och framstående arkitekt och ett koppel civilingenjörer för att rita och konstruera ett nytt hus eller för att renovera ett gammalt utan att vid upphandlingen ställa specificerade krav på husets funktion?»¹⁷⁹

Lindbloms poeng er overtydelig: På samme måte som at et hus har en funksjon, må all lovgivning ha en funksjon. Dette er åpenbart, men samtidig verdt å påminnes om. *Funksjoner* representerer målsetninger eller formål som lovgiver søker oppnådd gjennom lovgivningen. De angir de overgripende forhold som ønskes regulert, altså «den normative begrunnelse» for loven.¹⁸⁰ Finnes ikke målsetninger, behøves det ingen lovgivning.¹⁸¹ Målsetninger kan være av ulik karakter og bygge på ulik begrunnelse. Både politiske, moralske, etiske og praktiske målsetninger kan utgjøre del av begrunnelsen for en lov.¹⁸² Slik utgjør målsetningene verdipremisser av ulik karakter, fra rent praktiske til strengt etiske verdier.¹⁸³

Målsetninger kan ha betydning i to sammenhenger ved fastlegging av gjeldende rett. For *det første* kan formålet ha betydning som en *rettskildefaktor*, altså kilde ved fastlegging av innholdet i en rettsregel.¹⁸⁴ For *det andre* kan formålet gis betydning som *rettskildeprinsipp*, altså som prinsipp som styrer tolkningen av de ulike rettskildefaktorene. Dette ved at formålet styrer tolkningen av de enkelte rettskildefaktorer, og slik fungerer

¹⁷⁹ Lindblom 2000 s. 257.

¹⁸⁰ Slik formulert av Knut Bergo, Høyesteretts forarbeidsbruk, Oslo 2000 (Bergo 2000) s. 591.

¹⁸¹ Dette gjelder også ved lovreform. Silvestri peker på den ulykkelige situasjonen i Italia, hvor sivilprosessordningen må endres radikalt, men at endringer ikke kan foretas før det er klart hvilke funksjoner som søkes oppnådd, se Elisabetta Silvsetri, «Goals of Civil Justice When Nothing Works: The Case of Italy», i *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, 79-104 (Silvestri 2014) (s. 80 og 86).

¹⁸² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977 (Dworkin 1977) s. 22 og Bergo 2000 s. 591.

¹⁸³ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 (Nygaard 2004) s. 73.

¹⁸⁴ Se Nygaard 2004 s. 73-74. Se også i denne retning Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998 s. 70, som drar parallell mellom formål og reelle hensyn. Dette i den forstand at formål utgjør ett av flere reelle hensyn.

som en *ramme* for hvilket innhold som kan innfortolkes i loven.¹⁸⁵ Idet formålet utgjør en sentral del av lovgiverviljen, kan slike formål utgjøre en relativt tungtveiende rettskildedefaktor, eller sterk ramme for tolkningen av øvrige faktorer.

Lovers funksjon er også av betydning innen rettsosiologien, hvor begrepene tilsiktede og reelle (latente) funksjoner anvendes for å beskrive ulike sider ved en lovs virkning på samfunnet.¹⁸⁶ Å undersøke slike funksjoner nærmere faller utenfor denne avhandlingens ramme.

Bevisstheten omkring sivilprosessens funksjoner har i norsk lovgivning og prosesslitteratur vært lav.¹⁸⁷ Med unntak for Sverige har dette i stor grad vært situasjonen også i de øvrige nordiske land.¹⁸⁸ Som mulig årsak til den lave bevisstheten har det vært pekt på at domstolens funksjon har vært ansett så selvsagt at en ikke har funnet grunn til å vie det nevneverdig oppmerksomhet, og at prosessen er ansett å være en juridisk teknikalitet, uten relevans for samfunnet for øvrig.¹⁸⁹ Tvistemålsreformen representerer i så måte en endring, hvor et økt fokus på funksjoner og målsetninger også har medført økt bevissthet i juridisk litteratur.¹⁹⁰

Funksjoner er ikke bare av betydning ved utformingen av et sett normer, men og ved tolkning og anvendelsen av slike normer. Dette gjelder for tvisteloven og også for

¹⁸⁵ Nygaard 2004 s. 74. Se i samme retning Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 (Eckhoff & Helgesen 2001) s. 106 flg.

¹⁸⁶ Thomas Mathiesen, *Retten i samfunnet. En innføring i rettsosiologi*, Oslo 2005 s. 44-45. I et rettsosiologisk perspektiv kan lovens funksjoner for *det første* utgjøre et verktøy for å undersøke lovgivningens effektivitet. Om de tilsiktede funksjoner samsvarer med de reelle funksjoner; altså hvorvidt lovgivningen faktisk oppnår de tilsiktede virkninger. I forlengelsen av en slik undersøkelse, følger for *det andre* en evaluering av de gitte funksjoner. I et slikt perspektiv er lovens tilsiktede funksjoner av særlig interesse. Virkemidlene kan være uegnet for å oppnå de målsetninger som er satt, hvilket aktualiserer spørsmål om reform. Slike målsetninger utgjør for *det tredje* et utgangspunkt for å drøfte selve grunnlaget for målsetningene; hva som ønskes regulert og dets begrunnelse. De to siste aspekter er evaluative og peker klart på vurderinger de lege ferenda. Rettsosiologiens og rettsdogmatikkens vurderinger de lege ferenda er ulike idet vurderingene bygger på ulikt kildetilfang.

¹⁸⁷ Se Strandberg 2012 s. 167. I Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, Oslo 1998 (Skoghøy 1998) s. 3 og Skoghøy 2001 s. 3, er det en ansats til temaet innledningsvis på hhv side 3 og 3, men dette er betydelig utviklet i Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Oslo 2010 s. 3 flg., og enda mer utviklet i Skoghøy 2014 s. 3 flg. Hov 2010a har også en ansats på sidene 44 flg., men ikke mer. Schei m.fl. 2013a behandler temaet i relasjon til formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1. I kommentar til tvistemålsloven, Schei m.fl. 1990, er ikke formålet nevnt.

¹⁸⁸ Se Lindblom 2000 s. 257. Se også Nylund 2006 s. 67, særlig note 3.

¹⁸⁹ Se Lindblom 2000 s. 21.

¹⁹⁰ Se NOU 2001:32 A s. 127 flg., Skoghøy 2014 s. 3 flg., Robberstad 2015 s. 1 flg. og Schei m.fl. 2013a s. 4 flg.

dommerens materielle prosessledelse.¹⁹¹ Eksempelvis stilles det helt andre krav til dommerens aktivitet i et rettssystem med stort fokus på avdekke de egentlige faktiske omstendigheter, enn i et system hvor partene fullt ut har ansvar for å klargjøre sakens faktiske side.¹⁹² Poenget er ganske enkelt at ulike funksjoner gir ulik utforming av prosesslovgivningen. For å klargjøre rammene for dommerens rett og plikt til å yte materiell prosessledelse er det derfor nødvendig først å klargjøre hvilke funksjoner tvisteloven søker å ivareta.

Samtidig er det grunn til å understreke at det ikke kun er en måte å ivareta en funksjon eller et sett funksjoner på; prosesssystemer kan ha like funksjoner, men ulik utforming. På samme måte som den norske, legger den amerikanske prosessordningen til dels veldig stor vekt på å klargjøre de faktiske forhold.¹⁹³ Samtidig er dommerens rolle klart ulik i de to prosessordningene. Etter amerikansk rett er faktuminnhenting i enda sterkere grad en oppgave partene har ansvar for, ikke retten. Ulike forklaringer for denne rolledelingen er presentert. For *det første* medfører fraværet av lovgivning – civil law – at partene står friere med hensyn til hva som er faktisk relevant. Dermed er det ikke noe «riktig» spor retten kan lede partene inn på. For *det andre* fratar dommerstyrt faktuminnhenting juryens frihet til å vurdere hva som er relevant. For *det tredje* har det vært drøftet om dommeren blir partisk eller forutinntatt ved å involveres i faktuminnhentig.¹⁹⁴ Og for *det fjerde* at dommerens sosiale status er høyere i det amerikanske systemet enn i common law systemer, og at

¹⁹¹ Lindblom 2000 s. 287.

¹⁹² Se blant annet Damaska 1986 s. 112, James Dodson og Jason M. Klebba, «Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century», *Boston College International and Comparative Law Review*, 2011 [Vol. 34 nr. 1] s. 1-26. (Dodson & Klebba 2011) (s.10 flg.), J.A. Jolowicz, «Civil Litigation: What's it for?», *Cambridge Law Journal* 2008, s. 508-520 (s. 511 flg.) og Hartmuth Rensen, Die richterliche Hinweispflicht, Osnabrück 2002 (Rensen 2002) s. 56 flg.

¹⁹³ Se Dodson & Klebba 2011 s. 10. flg., Astrid Stadler, «The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 27 San Francisco 2003-2004 s. 55-76 (Stadler 2003-2004) (s. 59) og J. A. Jolowicz, «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52 No. 2 2003, s. 281-295 (Jolowicz 2003) (s. 282).

¹⁹⁴ Richard L. Marcus, «Reining the American Litigator: The New Role of American Judges», *Hastings International and Comparative Law Review*, No. 3 2003-2004 s. 3-30 (s. 23).

dommeren derfor ikke nedverdiger seg til diskusjoner om faktum. Dommeren er «above the fray».¹⁹⁵

I denne avhandlingen er det sentrale domstolens funksjon i sivile tvister. Om dette benytter jeg begreper som domstolens funksjon, domsfunksjonen, domstolsfunksjonen, tvistelovens funksjoner og sivilprosessens funksjoner om hverandre. Det er imidlertid viktig å understreke at tvistelovens funksjoner og domstolsfunksjonen ikke er identisk i alle sammenhenger. Dette for *det første* ved at domstolen også avgjør saker etter andre prosessformer; straffesaker, konkurs, skifte, skjønn og gjeldsordning, for å nevne noen. For *det andre* er langt fra all tvisteløsning etter tvisteloven et resultat av hovedforhandling og dom – både forliksrådets avgjørelser og forlik etter mekling er eksempler på tvisteløsning som faller utenfor i denne sammenheng.¹⁹⁶

Flere forhold medfører imidlertid at klargjøring av sivilprosessens funksjoner kan være en utfordrende oppgave. Ofte er det ingen generell konsensus i litteraturen om en sivilprosessordnings funksjoner.¹⁹⁷ Utfordringen skyldes flere forhold.

For *det første* søker sivilprosessen å fylle flere ofte samvirkende, men tidvis motstridende, funksjoner samtidig.¹⁹⁸ Dette gjelder både mellom de to hovedkategoriene av funksjoner som vanligvis benyttes; *individualfunksjonen* og *den samfunnsmessige funksjon*, og innenfor den enkelte kategori.¹⁹⁹ Samtidig er det ingen prosessordninger i verden, heller ikke den norske, hvor det fokuseres kun på en av disse hoveddelene ved domsfunksjonen.²⁰⁰ Det medfører at det egentlige spørsmålet er hvordan de motstridende

¹⁹⁵ Dodson & Klebba 2011 s. 12.

¹⁹⁶ Se NOU 2001:32 A s. 127 første spalte, hvor en liknende sondering foretas.

¹⁹⁷ Se Christian Koller, «Civil Justice in Austrian-German Tradition», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014 s. 35-60 (Koller 2014) (s. 36) for tysk og østerisk retts vedkommende.

¹⁹⁸ Se for eksempel Strandberg 2011 s. 172.

¹⁹⁹ Slik også NOU 2001:32 A s. 127. Se også Damaska 1986 s. 88 flg., Nylund 2006 s. 69, Alan Uzelac, «Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, s. 3-31 (Uzelac 2014) (s. 6) og Silvestri 2014 s. 92.

²⁰⁰ J. A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge 2000 (Jolowicz 2000) s. 176, uttrykker dette ved å påpeke at «there are no absolute answers about the objectives of a legal system». Se også Damaska 1986 s. 97.

sidene ved domsfunksjonen balanseres og avveies.²⁰¹ Lindblom gir uttrykk for dette med uttrykket «funksjonenes interaksjon».²⁰² I en slik avveining er også prosessideologisk ståsted en faktor av betydning.²⁰³ Resultatet av en slik balanserings- eller avveiningsprosess er i tillegg av betydning for spørsmålet om omfanget av dommerens materielle prosessledning.²⁰⁴ Den nærmere vektning og avveining mellom ulike sider ved domsfunksjonen er ingen enkel øvelse.

For *det andre* er sivilprosessens funksjoner ingen statisk størrelse.²⁰⁵ Denne dynamikken skyldes både forhold ved selve sivilprosessen, oppfatninger om dens rolle og oppgaver, men også endringer innenfor andre rettsområder og samfunnsendringer generelt. Dette er det en mengde årsaker til. Ulike oppfatninger om hvor liberal eller konservativ en prosessordning er eller bør være er i konstant endring. Slik endres også balansepunktet i forholdet mellom parters autonomi på den ene siden og domstolen som organ for å fremme ulike interesser – som beskyttelse av individers eller offentlige rettigheter, på den annen.²⁰⁶ Dynamikken både skyldes og fører til ulike oppfatninger om hvilke metoder og hvilke kilder som skal benyttes ved fastleggingen av sivilprosessens funksjoner.²⁰⁷ Derest kan endringer i domstolstrukturen også medføre *endringer i domstolenes oppgaver* på ulike domstolsnivåer.²⁰⁸ I forlengelsen av dette kommer at de ulike domstolsnivåer har ulike

²⁰¹ Uzelac 2014 s. 6, Koller 2014 s. 38 og Strandberg 2011 s. 172. Se også Nylund 2006 s. 68-69 som peker på at den faglige diskursen først og fremst handler om hvilken funksjon som er den *overgripende*. Et slikt perspektiv gjør det også mulig å skille primære funksjoner og bifunksjoner.

²⁰² Lindblom 2000 s. 52-53.

²⁰³ For eksempel har Ekelöf og Lindell klart forskjellige oppfatninger om betydningen av handlingsdirigering som samfunnsmessig funksjon, se særlig Lindell 1988 s. 90 og Per Olof Ekelöf og Robert Boman, *Rättegång I*, 7. utgave, Lund 1990 (Ekelöf & Boman 1990) s. 15. Se også Torbjörn Andersson, *Rättsskyddsprincippet*, Uppsala 1997 (Andersson 1997) s. 205, Strandberg 2011 s. 166-169 og Nylund 2006 s. 71.

²⁰⁴ Nylund 2006 s. 67 og Strandberg 2011 s. 167.

²⁰⁵ Samtidig gir noe annet en statisk og lite troverdig prosessordning, nesten på samme måte som en endimensjonal karakter i en roman eller film er lite troverdig; en Egon Olsen.

²⁰⁶ Strandberg 2011 s. 167. flg., Miklós Kengyel og Gergely Czoboly, «Battle Between Individual Rights and Public Interest in Hungarian Civil Procedure» i *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, s. 205-220 (Kengyel & Czoboly 2014) (s. 208 flg.) og Damaska 1986 s. 3 flg.

²⁰⁷ Se Pedersen 2014 s. 16 flg., som finner grunnlaget for funksjonene i «koherente rettsstatsuttrykk». Se også Andersson 1997 s. 204.

²⁰⁸ Pedersen 2014 s. 13. Endringer i funksjonen til en instans kan også påvirke de øvrige. For eksempel ble det et økt fokus på å fastslå de faktiske forhold i første instans i Tyskland i forbindelse med en reform i 2001 hvor ankeinstansens oppgaver ble endret, se Stadler 2003-2004 s. 60

funksjoner, og at disse også endres.²⁰⁹ Alle de ovenfor nevnte årsaker kan beskrives som sivilprosessuellinterne.

En *tredje* årsak til at det er vanskelig å fastlegge sivilprosessens funksjoner er at endringer og utvikling innenfor andre – sivilprosessuelleksterne – rettsområder påvirker domsfunksjonen. Dette gjelder i første rekke en økt internasjonalisering, da særlig gjennom Den Europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og EØS-avtalen.²¹⁰ I tillegg til å kontrollere at de øvrige statsorganers maktutøvelse ikke bryter med kompetansegrunnlag i Grunnlov eller lov, har domstolene i tillegg en plikt til en form for *intern kontroll* av egne domstolers avgjørelser. Dette ved at både domstolenes saksbehandling og avgjørelser kan representere krenkelser av disse konvensjonene.²¹¹

Samfunnsmessige endringer i seg selv kan også medføre endringer i domsfunksjonen. Under denne kategori kan det for *det fjerde* pekes på den generelle rettsliggjøringen av samfunnet.²¹² Endrede maktstrukturer i samfunnet, og det offentliges behov for kontroll av disse, kan også regnes som en samfunnsmessig endring som har medført endringer i domsfunksjonen.²¹³

Oscar G. Chase peker på sammenhengen mellom samfunn og kultur og dets betydning for utformingen av en prosessordning, og uttaler: «[T]he formal procedures of dispute resolution found in any culture reflect and express its metaphysics and its values».²¹⁴ Sammenhengen er klar: Retten er en del av samfunnet og samfunnet en del av retten. Derfor påvirker samfunnsendringer prosessordningen.

²⁰⁹ Se Smith 1975 s. 292 flg. og Jens Edvin A. Skoghøy, «Anketillatelse til Norges Høyesterett», i *Festskrift til Lars Heuman*, Stockholm 2008, s. 479-499 (Skoghøy 2008) s. 484. Se også Nylund 2006 s. 79 flg.

²¹⁰ Pedersen 2014 s. 14, Lindblom 2000 s. 285-286 og Anna Nylund, «European Integration and Nordic Civil Procedure» i *The Future of Civil Litigation*, Örebro/Tromsø, 2014, s. 31-51 (Nylund 2014a) (s. 31 flg.).

²¹¹ Se nærmere kapittel 7.

²¹² Pedersen 2014 s. 14 med henvisning til NOU 2003:19 s. 30-33.

²¹³ Pedersen 2014 s. 14, NOU 2001:32 A s. 128 og Stian Ørbeck Sørheim og Jussi Erik Pedersen, «Hvem kan representere kollektiver i tvistemål?», i *Juss i nord: Hav, fisk og urfolk. En hyllest til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsøs 25-årsjubileum*, 2012 s. 272-293. (Sørheim & Pedersen 2012) (s. 289).

²¹⁴ Se Oscar G. Chase, «American "Exceptionalism" and Comparative Procedure», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50 No. 2, 2002, s. 277-301 (Chase 2002) (s. 278) og Oscar G. Chase, «Some observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45 No. 4, 1997, s. 861-870 (Chase 1997).

For det *femte* må domsfunksjonen relativiseres. Både for ulike domstolsnivåer, ulike typer saker, ulike stadier i saksbehandlingen, og for ulike parter.²¹⁵ Dette innebærer at balanseringen av og avveiningen mellom de ulike funksjoner ikke er lik i alle situasjoner.

Alle disse forhold viser at det ikke er en enkel oppgave å fastlegge sivilprosessens funksjoner, og dermed ikke enkelt å fastslå hvilke funksjoner dommeren skal ivareta ved den materielle prosessledelse. Momentene viser også at det normative grunnlaget for å fastlegge sivilprosessens funksjon til dels finnes utenfor sivilprosessen, og også dels utenfor lovgivers kontroll.²¹⁶ Den normative uklarheten omkring domstolens funksjon er utfordrende, men gir samtidig anledning for en bredere diskurs, og mulighet til å drøfte de ulike oppfatninger om de ulike funksjoner ut i fra oppfatningenes koherens og logikk. Andersson kan også forstås i denne retning når han fremhever at «argumentens tyngd» må være avgjørende.²¹⁷

For materiell prosessledelse spesielt er i tillegg de store utfordringene med å normere og å korrigere aktiviteten av betydning her. Dommerens egne oppfatninger om domstolens funksjon blir dermed også en betydningsfull faktor.²¹⁸

Med dette som utgangspunkt er temaet i det følgende innholdet i *tvistelovens funksjon*, og dets betydning for den materielle prosessledelse. Jeg følger hovedinndelingen mellom individual- og samfunnsmessige funksjoner, som ligger til grunn for tvisteloven, men ønsker samtidig særlig å fremheve utviklingstrekk som etter min oppfatning ikke i tilstrekkelig grad kom til uttrykk i tvistemålsreformen.

3.2 Sivilprosessens individualfunksjoner

²¹⁵ Koller 2014 s. 48 og Inge Lorange Backer, «Goals of Civil Justice in Norway: Readiness for a Pragmatic reform», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014 s. 105-122 (Backer 2014) (s. 109).

²¹⁶ Pedersen 2014 s. 14-15.

²¹⁷ Se i samme retning Andersson 1997 s. 207.

²¹⁸ John C. Reitz, «Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure», *Iowa Law Review*, 1989-1990, s. 987-1009 (Reitz 1989-90) (s. 992.).

3.2.1 Tvisteløsning og rettsbeskyttelse

På et individnivå kan en prosessordning fylle ulike funksjoner med ulike forventninger til dommerens aktivitet. Den mest grunnleggende siden ved sivilprosessens funksjon kan hevdes å være tvisteløsningsfunksjonen (også kalt konfliktløsningsfunksjonen); en sivilisert og fredelig måte å løse tvister mellom individer.²¹⁹ Slik representerer domstolene et alternativ til selvtukt, hevn og andre private «tvisteløsningsmetoder».²²⁰ I en prosessordning som utelukkende søker å løse individers tvister nyter partene en stor grad av autonomi; det er partenes tvist som skal løses ut i fra partenes argumenter og prosessopplegg. At prosessen er rettferdig og leder til et prosessuelt riktig resultat, er av større betydning enn et materielt riktig resultat.²²¹ Av disse grunner stilles det små krav til dommerens aktivitet for å oppfylle tvisteløsningsfunksjonen; en passiv dommer er nærmest påkrevd for å sikre en rettferdig rettergang.²²² Tvisteløsning kan også ses i et videre perspektiv hvor siktemålet er å løse partenes fulle mellomværende, nærmest å foreta et generaloppgjør.²²³ En slik forståelse av tvisteløsningsfunksjonen stiller andre forventninger til og danne andre rammer for dommerens prosessledelse, idet også forhold utenfor rammene av partenes prosessopplegg kan ønskes tatt inn i tvisten.²²⁴

Uansett perspektiv er et ensidig fokus på tvisteløsning ikke ønskelig, da det ikke skaper noe incentiv til å oppnå et domsresultat i samsvar med partenes reelle rettsstilling.²²⁵ Derfor gjør beskyttelse av et individs rettigheter også en del av en prosessordnings

²¹⁹ Uzelac 2014 s. 13 beskriver tvisteløsningsfunksjonen som «the very core of the goals of civil justice». Skeie uttrykker dette ved at domstolens oppgave er å «avgjøre spørsmål om rettigheter og pligter», se Jon Skeie, *Den norske Civilprosess*, Oslo, 1929 s. 126.

²²⁰ Strandberg 2012 s. 61 og Henrik Zahle, *Om det juridiske bevis*, Købehavn 1976 (Zahle 1976) s. 70 og Jolowicz 2003 s. 281-282. Se også Aage Thor Falkanger, *Lagmann og lagting i Hålogaland gjennom 1000 år*, Tromsø 2007 s. 19-20, som beskriver maktdynamikken mellom enkeltindivider og domstolenes muligheter for å avsi avgjørelser som ble respektert på 1000-tallet.

²²¹ Richard L. Marcus, Martin H. Redish og Edward F. Sherman, *Civil Procedure, A modern approach*, 5. utgave, Minnesota, 2009 (Marcus m.fl. 2009) s. 2-3, Jolowicz 2003 s. 282 og Richard Marcus, «'American Exceptionalism' in Goals for Civil Litigation», i *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, s. 123-142 (Marcus 2014) (s. 127).

²²² Damaska 1986 s. 108-109. Med rettferdig fokuseres det her på at partene har like muligheter til å vinne frem i tvisten. Dette ved at de har like prosessuelle verktøy og en passiv og nøytral dommer.

²²³ Se Ervo 2009 s. 24 og Westberg 1988 s. 594.

²²⁴ Taksøe-Jensen 1976 s. 527.

²²⁵ Særlig rettssystemer i civil law tradisjonen har et sterkt og noe ensidig, fokus på tvisteløsningsfunksjonen. Kritiske røster har stilt spørsmål ved om det ikke bør kreves mer av et tvisteløsningsssystem, se Jolowicz 2003 s. 283.

individualfunksjon. Til forskjell fra tvisteløsningsfunksjonen, gir *rettsbeskyttelsesfunksjonen* uttrykk for et sterkere fokus på at tvisten må få en løsning i samsvar med partenes materielle rettigheter.²²⁶ Ulike forståelser av rettsbeskyttelsesfunksjonen har vært fremmet. Etter en eldre lære var det ikke naturlig å skille mellom rettigheter i og utenfor prosess.²²⁷ Som reaksjon på denne læren ble skillet i og utenfor prosess i større grad vektlagt. Dommeren ble begrenset til å avgjøre saken ut i fra det som fremkommer under saken.²²⁸ Etter en slik forståelse av rettsbeskyttelsesfunksjonen er målsetningen fortsatt å oppnå et riktig resultat, men samtidig vektlegges partenes autonomi og rolle i prosessen.²²⁹

I hvilken grad disse sidene ved individualfunksjonen vektlegges varierer med prosessideologisk ståsted. Innen den liberalistiske prosessideologi er det ikke nødvendigvis en målsetning at dommen blir materielt riktig.²³⁰ Fokus er i større grad rettet mot å gi partene rettsbeskyttelse gjennom mulighet til å *realisere sine rettslige anførslers*.²³¹ Individets *vilje* er i fokus.²³² Dette innebærer at partene får anledning til å argumentere for sitt standpunkt, og at partene bestemmer over rettens avgjørelsesgrunnlag.²³³ Slik speiler utfallet av en rettsprosess utfallet utenfor prosessen.²³⁴ Begge de ulike forståelsene av rettsbeskyttelsesfunksjonen og forståelsen av individualfunksjonen som sådan innen den liberalistiske prosessteorien tar hensyn til de prosessuelle og menneskelige forhold som begrenser muligheten for å komme til et materielt riktig resultat. Det som skiller de to, er

²²⁶ Elementer ved rettsbeskyttelsesfunksjonen hevdes gjenfinnes i Romerretten, se Stadler 2003-04 s. 59.

²²⁷ Etter den eldre lære var prosessens siktemål å beskytte materielle rettigheter, noe det offentlige var forpliktet til å besørge. Materielle rettigheter ble slik ansett som *eksisterende rettigheter*, og derfor ble det ikke fokusert på betydningen av sivilprosessens regler for rettsforholdet mellom partene. Individets rett til det offentlige beskyttelse av rettigheter ble ansett å være av *førprosessuell natur*, se Lindblom 2000 s. 58, Nylund 2006 s. 70 og Andersson 1997 s. 209.

²²⁸ Se Hagerup 1918 s. 13-14 og O. Hj. Granfelt, *Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt*, Helsingfors 1908 (Granfelt 1908) s. 6. I Torstein Eckhoff, *Tvilsrisikoen*, Oslo 1943 (Eckhoff 1943) s. 52 og s. 55 flg., inntas et liknende syn.

²²⁹ Lindell 1988 s. 59 flg. Slik erkjennes i større grad de iboende utfordringer som er knyttet til å oppnå et materielt riktig resultat Nylund 2006 s. 71. Jeg kommer nærmere tilbake til et materielt riktig resultat og de utfordringer som ligger til dette begrepet i punkt 3.4.1.

²³⁰ Se Strandberg 2011 s. 169.

²³¹ Se Bengt Lindell, *Civilprocessen*, 3. opplag, Uppsala 2012 (Lindell 2012) s. 21-22 og Nylund 2006 s. 71.

²³² Damska 1986 s. 104-106.

²³³ Lindell 2012 s. 24.

²³⁴ Taksøe-Jensen 1976 s. 507.

konsekvensen av dette, hvor det for den liberalistiske prosessteori i lys av begrensningene ikke er naturlig å fastholde en målsetning om et materielt riktig resultat.²³⁵

Rettsbeskyttelsesfunksjonen grenser på enkelte områder mot samfunnsmessige funksjoner. Det gjelder særlig i saker hvor ikke bare partenes interesser er relevant, men saker hvor tredjemenns rettsstilling påvirkes direkte av avgjørelsen. Dette gjelder særlig barn som ikke innrømmes partsrettigheter i barnevernsaker.²³⁶ I saker hvor tredjemenns rettsstilling påvirkes indirekte er perspektivet også relevant, eksempelvis i tvister om bevilgende forvaltningsvedtak. Hvorvidt dette bør rubriseres som en partsfunksjon eller samfunnsmessig funksjon er ikke enkelt å avgjøre. I sin essens handler det om å beskytte rettighetene til en videre krets av personer enn kun partene og slik kan det ses som del av den samfunnsmessige kontrollfunksjonen. Samtidig berøres barn direkte av avgjørelsen i barnevernsaker, og er kun formelt sett ikke å regne som part.

Rettsbeskyttelsesfunksjonen kan ivaretas på ulik måte. Både krav til representasjon ved advokat, ved å dekke kostnader til representasjon og ved å etablere en sannhets- og fullstendighetsplikt for parter og advokater er alle eksempler på dette. I denne avhandlingen vil det kun fokuseres på dommerens rolle. I veiledningssammenheng stiller begge de ulike perspektivene på rettsbeskyttelsesfunksjonen krav til dommerens veiledning om materielle forhold, men på en noe ulik måte. Allerede forskjellene i hva som vektlegges som sentralt indikerer dette. På den ene siden forutsettes retten å arbeide for en riktig løsning av tvisten,. På den andre siden er fokuset i større grad at retten skal bidra til å muliggjøre at partene får realisert sine rettslige anførsler.²³⁷ Veiledning etter en liberalistisk forståelse begrenses i større grad til å foregå innenfor rammen av partenes anførsler, og slik i stor grad avgrenses til å omfatte avklaring og klargjøring av de påstandsgrunnlag som er påberopt, de beviser som er presentert og de argumenter som er fremmet.²³⁸ Partenes autonomi danner fortsatt klare rammer for rettens aktivitet etter en mer moderert forståelse, men samtidig gis det

²³⁵ Se Lindell 2012 s. 22 og Nylund 2006 s. 71.

²³⁶ Dette gjelder i hovedsak barn under 15 år jf. Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven) § 6-3 andre ledd.

²³⁷ Lindell 1988 s. 16.

²³⁸ Sml. Rensen 2002 s. 59 som legger til grunn at rettens bidrag til å oppfylle rettsbeskyttelsesfunksjonen må skje innenfor de rammer som disposisjonsmaksimen etablerer.

rom for en mer aktiv dommer både innenfor og utenfor eksisterende prosessopplegg. Dette som en naturlig følge av et svakere fokus på partsviljen.

Flere forfattere fremhever betydningen av at partene får ført sin sak for domstolene og muligheten til å bli hørt, og at dette kan ses på som en egen funksjon ved tvisteløsning.²³⁹ Stor vekt på en slik funksjon ville skapt klare begrensninger for rettens adgang til å begrense prosessmaterialet.

I tvisteloven § 1-1 fremheves både tvisteløsning og rettsbeskyttelse som sentrale funksjoner ved loven.²⁴⁰ Både etableringen av meklingsinstituttet, av småkravsprosessen som eget prosessuelt spor og regler om gruppesøksmål, samt et økt fokus på aktiv saksstyring, er eksempler på at fokuset på disse to funksjoner har resultert i konkrete endringer i prosessordningen.²⁴¹ Etableringen av en edisjonsplikt om bevis som taler mot egen sak jf. tvl. § 21-4 (2) og en forsterket adgang for dommeren til å sørge for bevisføring etter tvl. § 21-3 (2), er eksempler på viser at rettsbeskyttelsesfunksjonen har medført konkrete endringer sammenlignet med Tvistemålsloven. Utformingen av bestemmelsen om rettens veiledning, tvl. § 11-5, viser i tillegg at det er et økt fokus på og en økt forventning om veiledning nå enn etter Tvistemålsloven.²⁴² I sum er det derfor grunn til å hevde at endringene i domstolens individualfunksjon og også et økt fokus på funksjonen har medført en sterkere oppfordring for retten til å veilede.

Som følge av at de to ulike sidene ved sivilprosessens individualfunksjon til dels har ulikt mål, stiller funksjonene dels ulike krav til domstolens veiledning. Tvisteløsningsfunksjonen nødvendiggjør ikke noen særlig grad av veiledning. Dette er dels bakgrunnen for at lovgiver i

²³⁹ Se Eva Brems og Laurens Lavrysen, «Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 2013 s. 176-200. (Brems & Lavrysen 2013) (s. 181) og Westberg 2010 s. 99 og Marcus m.fl. 2009 s. 3. Det er dratt linjer mellom denne «kommunikative» funksjonen og Habermas diskursetikk, se Laura Ervo, «Kommunikation i en rättvis rättegång – Särskilt om muntlighetsprincipens betydelse i Finland» i *Muntlighet vid domstol i Norden: en rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse i förfarandet vid domstol i Norden*, Uppsala 2005 s. 221-266 (s. 235) og Eric Bylander, *Muntlighetsprincipen: en rättsvetenskapelig studie av processuella handläggsformer i svensk rätt*, Uppsala 2006 (Bylander 2006) s. 394-395.

²⁴⁰ Tvisteløsning og rettsbeskyttelse var begge sentrale funksjoner også etter tvistemålsloven, se Skeie 1 1929 s. 17 og 22, Erik Solem, *Civilprocesreformen i praksis*, Tana 1918 (Solem 1918) s. 14 flg. og Hagerup 1918 s. 1 flg.

²⁴¹ Se for meklingsinstituttets vedkommende NOU 2001:32 A s. 216 og Bernt 2011 s. 215-217.

²⁴² Tvistemålsloven inneholdt heller ingen bestemmelse som klart regulerte dommerens materielle prosessledelse. Dette ble utledet gjennom rettspraksis, særlig fra tvml. § 86 (2).

sammenheng med etableringen av meklingsinstituttet fremhevet at dommeren ikke skal «stå som garantist for et riktig eller rimelig forlik».²⁴³

3.2.2 Tvisteløsning i et videre perspektiv

I tysk rett er sivilprosessens hovedfunksjon ansett å være å beskytte individets rettigheter gjennom å avklare deres tvister og å tvangsgjennomføre disse.²⁴⁴ Dette er nært forbundet med og en forutsetning for at staten kan forby individet å løse sine konflikter på den måten de selv ønsker; *Selbsthilfe*.²⁴⁵ Individet har slik et krav på at staten gir rettsbeskyttelse gjennom å tilby mekanismer for å avklare tvister og håndheve rettigheter. Av denne grunn er disposisjons- og forhandlingsprinsippet sentrale i tysk rett, og danner klare rammer for hva som er dommerens oppgave. Fokuset på domstolens samfunnsmessige rettsavklarende og rettsutviklende funksjoner er noe nedtonet sammenlignet med situasjonen i Norge.

«Die Herstellung des Rechtsfriedens ist aber Folge und nicht primärer Zweck richterlicher Tätigkeit».²⁴⁶

De samfunnsmessige funksjonene ses altså på som en følge av tvisteløsningen, ikke et formål. Selv om dette er hovedoppfatningen om sivilprosessens funksjon og oppgave i Tyskland, er det i tysk litteratur utviklet andre retninger og oppfatninger. Blant disse er en såkalt *sosial sivilprosess* – Sozialer Zivilprozess. Innen den sosiale sivilprosess er ulike verdier blitt fremhevet. Noen har i større grad vektlagt domstolens rettsavklarende og rettsutviklende funksjoner, andre at dommeren har ansvar for at partene har like forutsetninger i tvisten, og også rettens ansvar for å fastslå innholdet i materiell rett, og slik argumentert for at partenes disposisjonsfrihet må begrenses har vært fremhevet.²⁴⁷

²⁴³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 126 og Bernt 2011 s. 214 flg. Kritisk, se Skoghøy 2014 s. 37 og 44 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2006 (Skoghøy 2006) s. 72.

²⁴⁴ Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab og Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. utgave, Munchen 2010 (Rosenberg, Schwab & Gottwald 2009) s. 2, Burkhard Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. utgave, Munchen 2011 (Jauernig & Hess 2011) s. 1-2, Hans-Joachim Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. utgave, Munchen 2005 (Musiellak 2005) s. 2 og Murray & Stürner 2004 s. 153.

²⁴⁵ Undertiden kommer formålet til uttrykk gjennom begrepene *Justizanspruch*, *Justizgewährungsanspruch* eller *Rechtsschutzanspruch*, se Rosenberg, Schwab & Gottwald 2009 s. 2, Jauernig & Hess 2011 s. 1-2, Musielak 2005 s. 2, Murray & Stürner 2004 s. 153 og Wolfgang Lüke og Peter Arens, *Zivilprozessrecht*, 7. opplag, Munchen 1999 s. 2.

²⁴⁶ Musielak 2005 s. 2, Rosenberg, Schwab & Gottwald 2009 s. 2 og Murray & Stürner 2004 s. 153.

²⁴⁷ Se henholdsvis Musielak 2005 s. 2, Erwin Nowak, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, Bochum 1991, s. 51. og Jauernig & Hess 2011 s. 3.

Med bakgrunn i ulike oppfatninger om prosessens funksjon, har også ulike oppfatninger om rettens adgang og plikt til å drive materiell prosessledning kommet til uttrykk. Særlig er det forståelsen av uttrykket «*sachdienlicher Antrage*», som retten etter ZPO § 139 (1) har en plikt til å sørge for, som varierer. Oversatt til norsk er *formålstjenlig*, *relevant* eller *hensiktsmessig* anførsel ord med relativt likeartet innhold.

Etter den tradisjonelle oppfatning av domstolens funksjon er uttrykket forstått i en snever forstand og dermed er en relativt begrenset veiledningsplikt etablert. Etter denne forståelsen er partens formål med saksanlegget sentralt.²⁴⁸ Veiledningen skal i hovedsak avklare faktiske eller rettslige uklarheter, og ikke omhandle forhold som kan medføre kvantitative eller kvalitative endringer i formålet med saksanlegget.²⁴⁹ I tillegg er det fremhevet at retten skal bidra til en uttømmende forhandling.²⁵⁰

I litteraturen har andre under henvisning til den sosiale sivilprosess forstått rettens veiledningsplikt i en videre kontekst. *Bahlmann* uttrykker dette ved følgende:

«Sachdienlich ist ein Antrag dann, wenn er geeignet ist, den Streit endgültig auszuräumen und einen weiteren Prozess über denselben Streitstoff zu vermeiden».²⁵¹

Prosessopplegget skal altså omfatte *partenes fulle mellomværende*, nærmest et *generaloppgjør*, og det har retten en plikt til å bidra til.²⁵² Ifølge en slik forståelse har retten undertiden også en plikt til å veilede nye krav eller alternative påstandsgrunnlag.²⁵³

Fokuset i de to tilnærmingene er prinsipielt forskjellig. I stedet for å ta utgangspunkt i og fokusere på partenes prosessopplegg, og å undersøke om dette er tilstrekkelig klart, fullstendig og hensiktsmessig, kan fokuset i den sosiale sivilprosessen beskrives å være

²⁴⁸ Rosenberg, Schwab & Gottwald 2009 s. 411.

²⁴⁹ Murray & Stürner 2004 s. 169

²⁵⁰ Ralf Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen 1982 s. 46, Musielak 2005 s. 620 og Rosenberg, Schwab & Gottwald 2009 s. 411.

²⁵¹ Anika Bahlmann, *ZPO-Reform 2002: Stärkung der ersten Instanz?*, Köln 2005 (Bahlmann 2005) s. 72. Se også Egbert Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess*, Tübingen 1983 (Peters 1983) s. 128.

²⁵² Se Westberg 1988 s. 594. Også Taksøe-Jensen har argumentert for en videre innfallsvinkel til rammene for veiledningsadgangen etter dansk rett ved å fokusere på partenes «virkelige mellomværende», se Taksøe-Jensen 1976 s. 527.

²⁵³ Peters 1983 s. 138 flg. og Bahlmann 2005 s. 90.

partens målsetning med å fremme sak og slik også årsaken til at sak ble fremmet. I tillegg til å klargjøre prosessopplegget, rommer en slik forståelse en adgang til å veilede om alternative innfallsvinkler til tvisten som kan innebære fremme av andre krav eller påberopelse av alternative påstandsgrunnlag. Videre innebærer et bredere fokus på partenes fulle mellomværende at retten i eksempelvis en tvist mellom to avtaleparter om forståelsen av en del av avtalen, gjennom veiledning fokuserer på andre elementer ved avtalen eller andre avtaleforhold mellom partene. Slik må målsetningen om et riktig resultat også forstås i et bredere perspektiv slik at det innebærer en korrekt løsning av partenes fulle mellomværende. Senere i avhandlingen dras det veksler på en slik tankegang for norsk retts vedkommende.

3.3 Sivilprosessens samfunnsmessige funksjoner

3.3.1 Innledning

I tillegg til individualfunksjonene kan et tvisteløsningssystem ha som målsetning å fylle en rekke ulike samfunnsmessige funksjoner. Blant slike funksjoner nevnes ofte samfunnets behov for å *sikre den materielle rettens gjennomslag, adferdsstyring, rettsavklaring, rettsutvikling og kontroll av andre myndigheters utøvelse av myndighet*.²⁵⁴ Andre funksjoner nevnes også undertiden blant de samfunnsmessige funksjoner, blant annet *effektiv, rask og rettferdig rettergang og proporsjonalitet*.²⁵⁵ Funksjonene skilles også etter hvem funksjonen rettes mot. Den materielle rettens gjennomslag og adferdsstyring retter seg mot borgerne i et samfunn. Ved utøvelsen av den rettsavklarende, rettsutviklende og kontrollerende funksjon, gjør domstolen i større grad del av et statsapparat, og går i dialog med de øvrige statsmakter. De samfunnsmessige funksjonene kan ivaretas på ulike måter i

²⁵⁴ Se til eksempel Skoghøy 2014 s. 3-4, Lindblom 2000 s. 54, Per Olof Ekelöf, «Om rätt och moral» i *Proces och exekution – Vänbok til Robert Boman*, Stockholm 1990, s. 71-83 (Ekelöf 1990) (s. 78-79), Lindblom 1993 s. 121-122, Andersson 1997 s. 217, Nylund 2006 s. 75-76, Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2006 (Bernt & Mæhle 2006) s. 177, Lindblom 2006 s. 285, Erik Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012 (Boe 2012) s. 22, Uzelac 2014 s. 9.

²⁵⁵ Se Peter C.H Chan og David Chan – «Civil Justice with Multiple Objectives» i *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014 s. 143-166 (s. 145 flg.) og Adrian Zuckermann, «The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation», *City University of Hong Kong Law Review*, 2009 s. 49-71 (s. 53-54).

en sivilprosessordning, også av private, slik som den adferdsstyrende funksjon i amerikansk rett:

«People in the U.S. ... want aggressive protection from government, but they do not want the sort of big or intrusive government that would be necessary to provide that enforcement administratively. ... The American reliance on private litigation can serve as an effective substitute for having government seek to enforce the law».²⁵⁶

Både *gruppesøksmål* og amerikanske domstolars særegne adgang til å tilkjenne *punitive damages* kan ses i dette perspektivet. Fra et norsk standpunkt er det interessant å merke seg at dels like funksjoner, her adferdsstyring, kan oppnås på helt ulike måter. Selv om mange samfunnsmessige funksjoner kan ivaretas av private, gis normalt en offentlig instans mandat eller posisjon til å ivareta funksjonen ved å anlegge sak eller tre inn i sak, eller ved at den offentlige instans som allerede er involvert i saken – domstolen – gis økte aktivitetsplikter.²⁵⁷

Paraplybetegnelsen samfunnsmessig funksjon rommer en rekke funksjoner som bygger på ulike hensyn og interesser, og kan ivaretas på ulike måter. I det følgende fokuseres det på de funksjoner som ble fremhevet av tvistemålsutvalget og deres betydning for rettens veiledning.

3.3.2 Den materielle rettens gjennomslag og adferdsstyring

Enhver lovgivning har som målsetning at den blir gjennomført. Et velfungerende samfunn kan sågar være avhengig av dette. En målsetning med prosessen kan derfor sies å være at:

«Den materiella lagstiftningen får så stor genomslagskraft som möjligt i samhället».²⁵⁸

Fravær av gjennomføring av gjeldende rett kan være av betydning for samfunnets respekt for gjeldende regler og slik også for samfunnsstrukturen som sådan.²⁵⁹ At loven håndheves virker dermed adferdsstyrende. Sentralt er altså individets *innrettelse* til regelverket på

²⁵⁶ Se Marcus 2014 s. 129 flg.

²⁵⁷ Damaska 1986 s. 162 og s. 168-170.

²⁵⁸ Nylund 2006 s. 76.

²⁵⁹ Se for eksempel Koller 2014 s. 36.

grunn av visshet om at reglene håndheves. Dette er ikke kun en oppgave for domstolen, men også for andre offentlige organer.

Det har vært debattert om adferdsstyringen er *moralsk byggende*, eller om *kostnadsinternaliserende*, ved at individet beregner kostnaden forbundet med å ikke forholde seg til rettsreglene, er mer presist.²⁶⁰

Videre er det et sentralt spørsmål hvorfor en prosessordning virker adferdsstyrende, altså hvorvidt loven blir respektert også av andre enn sakens parter. Flere peker på *effektivitet* som en forutsetning for adferdsstyring.²⁶¹ Men dette bringer oss ikke i mål. Effektiviteten må suppleres med kvalitative elementer; prosessen frem til avgjørelsene må fremstå som rettferdig og forsvarlig. I dette ligger både en forventning om at prosessen verken er for lang eller dyr, at partene gis mulighet til å fremme anførsler og presentere bevis, samt imøtegå motpartens slike, og endelig at avgjørelsen tas av en uavhengig og upartisk dommer. Et korrekt resultat bidrar også til adferdsstyring.

Etter en utilitaristisk prosessideologi er det et stort fokus på domstolens samfunnsmessige funksjon. I et slik perspektiv vektlegges i større grad den nytte samfunnet har av at rettsreglene håndheves og respekteres; den adferdsstyrende effekten er fremtredende. Dette til fortregning for betydningen av og fokuset på partenes autonomi.²⁶²

Etter tvisteloven er adferdsstyring en sentral målsetning som også fremheves i lovens formålsbestemmelse. I veiledningssammenheng er disse forventningene av betydning både som katalysator og begrensning for dommerens aktivitet. Dommeren må bidra til effektiv fremdrift i den enkelte sak og sørge for en kvalitativt god prosess for å muliggjøre et riktig resultat, og samtidig gi partene tilstrekkelig rom til å fremme synspunkter. Samtidig kan en for aktiv dommer svekke tilliten til hans upartiskhet. Endelig er partens vilje et mindre tungtveiende argument her enn etter rettsbeskyttelsesfunksjonen.

²⁶⁰ Ekelöf 1990 s. 78-79, Lindblom 1993 s. 121-122, Lindblom 2000 s. 54, Andersson 1997 s. 217 og s. 220-221, Lindblom 2000 s. 54 og Nylund 2006 s. 75-76.

²⁶¹ C.H. (Remco) van Rhee, «Civil Justice in Pursuit of Efficiency», i *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, 61-78 (s. 62) og Koller 2014 s. 26.

²⁶² Strandberg 2011 s. 179-180.

3.3.3 Rettsavklaring og rettsutvikling

Domstolenes bidrag til *rettsavklaring* og *rettsutvikling* er en sentral del av en prosessordning, både ved å sikre en enhetlig forståelse og anvendelse av gjeldende rett innenfor ulike domstoler på samme nivå, men også ved å utvikle og nyansere den.²⁶³ Prejudikater er avgjørelser av betydning utenfor den enkelte sak.²⁶⁴ Idet prejudikater gir anvisning på forståelsen av eller innholdet i generelle normer, angår avgjørelsen en videre krets enn kun partene. Selv om synet på domstolens rettsskapende virksomhet som selvstendig domsfunksjon har variert og vektlegges ulikt i ulike prosesssystemer, er det en uunngåelig konsekvens av domstolens virke.²⁶⁵ Dette er særlig tydelig innen *civil law*-tradisjonen, men er også klart for systemer innen *common law*-tradisjonen. Dette særlig på grunn av det hierarki domstoler er organisert i, og det faktum at en avgjørelse som ikke er i samsvar med en overordnet instans oppfatning om gjeldende rett, kan ankes og dermed korrigeres.²⁶⁶ I tillegg medfører samfunnsutviklingen at gjeldende rett er en dynamisk størrelse, hvilket domstolene må ta inn over seg ved fastleggingen av normer. Normers høye generalitetsnivå tvinger også domstoler til å klargjøre innholdet i gjeldende rett for å kunne avgjøre en rettstvist.²⁶⁷ Til sist medfører normproduksjonen fra folkerettsbaserte avgjørelsesorganer en stat er folkerettslig forpliktet til å følge, et økt behov for rettsavklaring og rettsutvikling.²⁶⁸

Idet prejudikater har betydning utenfor den enkelte sak, innebærer prejudikatfunksjonen at domstolens oppgave i enkelte tilfeller er å avsi avgjørelser av generell betydning.

²⁶³ Stadler 2003-2004 s. 60, Koller 2014 s. 37, J. A. Jolowicz, «On the Nature and Purposes of Civil Procedural law», i *International Perspectives on Civil Justice, Essays in honour of Sir Jack I. H. Jacob Q.C.*, London, 1990 s. 27-46 (s. 39-40), Bernt & Mæhle 2006 s. 177.

²⁶⁴ Tore Schei m.fl., Norges Høyesteretts Årsmelding 2013 s. 5.

²⁶⁵ Pedersen 2014 s. 51, Carsten Smith, «Domstolene og Rettsutviklingen», *Lov og Rett*, 1975, s. 292-319 (Smith 1975) (s. 292 flg.) og Jussi Erik Pedersen og Thomas Christian Poulsen, «Høyesteretts avgjørelses konkreteprejudikats virkning – illustrert ved nylige avgjørelser fra et sakskompleks i Høyesterett (Shell)», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 s. 103-115 (s. 104).

²⁶⁶ Eksempelvis ved Grunnlovens § 88 for norsk retts vedkommende som fastsetter at Høyesterett dømmer i siste instans. Se også Boe 2012 s. 22.

²⁶⁷ Økt bruk av den syntetiske lovgivningsteknikk og generalklausuler medfører at behovet for avklaring er økende, se NOU 2002:4 punkt 5.2.1.5.3 og Lindblom 2006 s. 285.

²⁶⁸ Lindblom 2006 s. 286 og Skoghøy 2008 s. 485. For Norges vedkommende gjelder dette særlig avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) og EFTA-domstolen. Nylund rubriserer dette under domstolens kontrollfunksjon, se Nylund 2006 s. 78.

Prejudikatfunksjonen avgjøres i *begrunnelsen*.²⁶⁹ Å muliggjøre en avgjørelse med en begrunnelse av generell betydning stiller andre krav til saksforberedelse og prosedyrer. I tillegg til å klargjøre behovet for endring eller presisering av gjeldende normer, må også konsekvenser av en prinsipiell endring i samsvar med det parten krever klargjøres.²⁷⁰ Samtidig er det klart at partene som styrer prosessopplegget, og partene kan ha både begrenset interesse i og evne til å belyse de prinsipielle sider ved saken.²⁷¹

Dermed oppstår det spørsmål om hvorvidt og, i positivt fall, hvordan domstolen kan sikre en relevant og god saksforberedelse og hovedforhandling. Pedersen hevder det kan tenkes at «prejudikatfunksjonen bør innebære en skjerpet kontroll med normeringsgrunnlaget».²⁷² Et slikt synspunkt har gode grunner for seg. Domstolens funksjon som rettsavklarende og rettsutviklende organ er begrunnet i samfunnsmessige interesser, ikke nødvendigvis partenes.²⁷³ Dette til fortrengsel for hensynet til partene og deres autonomi.²⁷⁴ En skjerpet kontroll kan gjennomføres ved at det offentlige overtar ansvaret for sakens opplysning,²⁷⁵ men i et veiledningsperspektiv er det mer interessant å undersøke hvordan dette kan påvirke dommerens aktivitet.

I veiledningssammenheng oppstår et delikat avhengighetsforhold. Samtidig som domstolen kan utøve en skjerpet kontroll med normeringsgrunnlaget, er den – i fravær av et eget utredningsapparat – fortsatt avhengig av partenes prosesshandlinger og prosedyrer.²⁷⁶ Videre er det utfordrende å gi presise prinsipielle uttalelser, hvilket ytterligere forsterker

²⁶⁹ Pedersen 2014 s. 54. Se også Tore Schei m.fl., Høyesteretts Årsmelding 2013 s. 5.

²⁷⁰ Backer uttrykker dette ved krav om innsikt i de «*faktiske forhold og interesser på det aktuelle området, og innsikt i andre deler av regelverket, samt innsikt i endringsbehov i samfunnet*», se Inge Lorange Backer, «Juristenes rolle i lovforberedelsen», *Lov og Rett*, 2011 s. 63-77 (s. 77).

²⁷¹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse», i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard*, Bergen 2002 s. 323-343 (Skoghøy 2002a) s. 339.

²⁷² Pedersen 2014 s. 57.

²⁷³ Også partene kan ha en prinsipiell interesse i sakens utfall. Særlig gjelder dette større aktører hvor avgjørelsen kan skape presedens for aktørens virksomhet.

²⁷⁴ Se i samme retning Damaska 1986 s. 152-153 som beskriver at det ikke er noen parter i egentlig forstand i en rettsprosess som kun søker å oppfylle offentlige interesser.

²⁷⁵ Det offentlige kan overta ansvaret for sakens opplysning på ulike måter, se Damaska 1986 s. 162-163.

²⁷⁶ Skoghøy 2002a s.340.

domstolens avhengighet til partene. Uten god forberedelse og gode og relevante prosedyrer, er det ikke forsvarlig å avsi generelle og prinsipielle avgjørelser.²⁷⁷

Videre må saksforberedelsen og partenes prosessopplegg fokuseres mot andre elementer enn det som er sentralt i saker uten en prinsipiell dimensjon. Både behovet for endring av gjeldene normer og konsekvensene av ønsket endring må klargjøres. Dette innebærer at:

«Partene bør inviteres til å argumentere for konsekvenser av normeringen og å tilrettelegge det faktiske normeringsgrunnlaget. Slike faktumøvelser er av en prinsipielt annen karakter enn bevisføring om allerede inntrufne faktiske omstendigheter – ved generell normering gjelder det å inneha kunnskap om fremtiden og om en lovs virkninger».²⁷⁸

Carsten Smiths tale på advokatmøtet i Tromsø i 1977, representerte starten på en viktig endring i Høyesteretts funksjon og oppgave. Innlegget var del av en debatt som medførte at Høyesteretts oppgave ble endret ved lovendring i 1981.²⁷⁹ I tvl. § 1-1 (1) er også domstolens oppgave som rettsavklarende og rettsutviklende organ fremhevet og tvl. §§ 30-2 (1) og (2) og 30-5 viser at Høyesterett har et særlig ansvar.²⁸⁰ Samtidig er det klart at rettslig prinsipielle spørsmål også kommer på spissen for tingrett og lagmannsrett slik at dommerne også i slike domstoler i noen situasjoner må øve en større kontroll med og yte mer veiledning rettet mot partenes rettslige anførsler.

3.3.4 Kontrollfunksjonen

En sentral funksjon ved domstolene er å kontrollere både lovgivende og utøvende makt. Dette først ved å prøve om lover og vedtak gitt av *lovgivende organer* er i samsvar med kompetansenormer gitt i grunnlov og folkerettslige forpliktelser.²⁸¹ Dernest gjennom å

²⁷⁷ Skoghøy peker for norsk retts vedkommende at Høyesterett bør uttale seg prinsipielt om «den føler den har tilstrekkelig grunnlag for det», se Skoghøy 2002a s. 340. Aasland peker på at «risikoen for at retten ikke har tilstrekkelig oversikt til å gi en mer generell begrunnelse», er et argument mot å uttale seg prinsipielt, Gunnar Aasland, «Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis», *Lov og Rett*, 2006 s. 387-397 (s. 390).

²⁷⁸ Se Pedersen 2014 s. 57, med videre henvisninger til Justisdepartementets lovavdelings veileder om lovteknikk: *Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, 2000, og *Utredningsinstruks*, kgl. res. 18. februar 2000.

²⁷⁹ Se Skoghøy 2008 s. 484.

²⁸⁰ Se også NOU 2001:32 A s. 128-129.

²⁸¹ Lindblom 2006 s. 298.

kontrollere at den *utøvende makts* myndighetsutøvelse er i samsvar med en fremgangsmåte og et innhold som er foreskrevet i lov.²⁸² Dette er det tradisjonelle innholdet i kontrollfunksjonen, og kan beskrives som en ekstern kontroll; domstolen kontrollerer andre statsmakter.

At en tvist inneholder elementer av gyldighetskontroll av *lovgivningen* eller *forvaltningsvedtak*, bør som utgangspunkt ikke alene medføre at retten skal ha en skjerpet kontroll med sakens faktiske eller rettslige side. I en tvist mellom ellers likeverdige private parter er det ingen grunn til en mer aktiv prosessledelse enn ellers. I saker hvor det offentlige har anvendt sin kompetanse til å pålegge private borgere en byrde, er det imidlertid gode argumenter for at domstolen har et større ansvar for sakens opplysning. Legalitetsprinsippet alene er et tungtveiende argument for domstolens forsterkede ansvar for å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og et korrekt resultat i slike saker. Dette argumentet er dessuten mer tungtveiende jo mer inngripende vedtak som prøves, eller dess mer sentral rettighet det gjøres inngrep i. Reelt sett er dette også hovedregelen da kontrollen med lovgivende og utøvende makt i hovedsak foregår i saker mot det offentlige.

Kontrollfunksjonen er i endring, og kan nå hevdes å inneholde flere elementer enn kun de tradisjonelle. Årsakene til dette er flere. Først av alt har EMK og EU-retten hatt en betydelig påvirkning på innholdet i domstolenes kontrollfunksjon.²⁸³ Dette av flere årsaker. For *det første* er både lovgivningskompetanse og kompetanse til å avsi bindende avgjørelser avgitt til organene. Traktatsspesifikke prinsipper og målsetninger påvirker også domstolens kontrollfunksjon.²⁸⁴ Norske domstolers oppgave med å kontrollere de øvrige statsmakter blir derfor mer omfattende idet avgjørelser fra EMD og EFTA-domstolen både kan og vil

²⁸² Nylund 2006 s. 78 og Pedersen 2014 s. 74.

²⁸³ Nylund 2006 s. 78 og Pedersen 2014 s. 75. Se også Lindblom 2006 s. 291.

²⁸⁴ Se Lindblom 2006 s. 305 som for Sveriges vedkommende peker på at EU-rettens «*integrasjonsfunksjon*» påvirker de nasjonale domstolers funksjon. Innen EØS-retten vises dette eksempelvis gjennom EØS-avtalens lojalitetsprinsipp og homogenitetsmålsettingen, se Halvard Haukeland Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 289-357 (Fredriksen 2008) (s.296). For EMKs del kan det i første rekke vises til konvensjonsstatens plikt til å stille til veie effektive organer for prøve det påståtte bruddet, jf. EMK artikkel 13, som stiller krav til nasjonale domstoler, se Jørgen Aall, Rettergang og menneskerettigheter, Bergen 1995 s. 76-77 og Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 3. utgave, København 2010 (Kjølbro 2010) s. 873 og 875 flg.

påvirke grunnlaget for lovgivning og myndighetsutøvelse. For *det andre*; idet en stats organer vurderes under ett ved anklage om brudd på konvensjonene, får kontrollfunksjonen ytterligere en dimensjon ved at domstolene også må kontrollere domstolens saksbehandling og avgjørelser; det foretas en *intern kontroll*.

Av denne grunn kan det hevdes at domstolene har et forsterket ansvar for en forsvarlig behandling og et korrekt resultatet når tvisten angår rettigheter etter EMK eller EØS-avtalen. Dette idet domstolens avgjørelse kan representere et konvensjonsbrudd ved behandling for EMD eller EFTA-domstolen. Det er langt fra sikkert om en parts – mangelfulle – prosessopplegg for å avsi en avgjørelse ved en nasjonal domstol strider med disse folkerettslige forpliktelsene er en akseptabel unnskyldning ved en senere behandling for EMD eller EFTA-domstolen.²⁸⁵

Et forhold som også kan nevnes er straffebegrepet etter EMK artikkel 6. Ved ileggelse av ulike administrative sanksjoner som etter EMK artikkel 6 er å regne som straff, medfører dette endringer i kravet til domstolens kontroll av myndighetsutøvelsen.²⁸⁶ Rettens kontroll med saken om slike inngripende vedtak vil være intensiv.

Videre er det grunnlag for å hevde at kontrollfunksjonen også rommer andre former for utøvelse av makt.²⁸⁷ Tvistemålsutvalget fremhever at «offentlige interesser i meget vid forstand», er av betydning for domstolens forhold til partenes prosesshandlinger.²⁸⁸ Pedersen peker på at domstolene har fått et «økt ansvar som beskytter av offentlige fellesskapsverdier».²⁸⁹ Et eksempel på en slik fellesskapsverdi kan være *miljøhensynet*.²⁹⁰ Når en sak om konsesjon eller tillatelse til å foreta inngrep i naturen står for retten, kan dommeren ha et ansvar for å påse at miljøhensynet ivaretas. Eksempelvis uttaler Backer følgende om skjønnsrettens kompetanse i saker om naturinngrep:

²⁸⁵ Jeg kommer nærmere inn på dette i kapittel 7.

²⁸⁶ Se NOU 2003:15 s. 96-98 og Pedersen 2014 s. 78.

²⁸⁷ Se i samme retning Inger-Johanne Sand, «Retten i det polykontekstuelle samfunn. Hvordan skal vi analysere og forstå den?», *Retfærd*, 2005, s. 1-28 (s. 1).

²⁸⁸ NOU 2001:32 B s. 707 første spalte.

²⁸⁹ Pedersen 2014 s. 75.

²⁹⁰ Se, Hans Chr. Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015 (Bugge 2015) s. 80-81. Jeg kommer nærmere inn på dette i punkt 6.2.3.3.

«Prosessuelt er det klart at skjønnsretten må vurdere naturvern hensyn hvis en av partene påberoper seg det. Men rettens kompetanse til å vurdere naturvern hensyn er neppe avhengig av at de blir påberopt».²⁹¹

Backer understreket altså – allerede i 1984 – at retten av eget tiltak har et ansvar for å ivareta naturvern hensyn i visse sammenhenger.²⁹²

I veiledningssammenheng er det et særtrekk med fellesskapsverdier at de kan være urepresenterte i saken. Ingen av partene har nødvendigvis interesse av å påberope eller klargjøre sakens betydning for allmenningens- eller allemannsretten, miljøhensyn eller andre kollektive interesser. Dette legger en forsterket ansvar på dommeren for å ivareta disse interessene.

Domstolen kan også ha et ansvar for å kontrollere at borgeren i tilstrekkelig grad beskyttes mot andre maktstrukturer i samfunnet utenom det offentlige, eksempelvis innen næringsliv eller industri.²⁹³ Flere forhold peker i retning av en slik utvikling. For eksempel kan reglene om gruppesøksmål ses på som et forsøk på å utjevne styrkemessig ulikhet mellom partene og slik gjøre del av en moderne forståelse av domstolens kontrollfunksjon.²⁹⁴

Forbrukervernet i EU/EØS-retten er et annet eksempel på domstolens plikt til å utøve *parts kontroll* ved å utjevne styrkemessig ulikhet mellom parten.²⁹⁵ Et tilsvarende asymmetrisk styrkeforhold mellom partene som i forbrukeravtaletvister, kan også oppstå i andre tvister. Hvorvidt retten har et forsterket ansvar for sakens opplysning og avgjørelse i andre situasjoner hvor styrkeforholdet er asymmetrisk er usikkert, men det er tatt til orde for å anvende preseptoriske bestemmelser til fordel for arbeidstakere i arbeidsforhold ex

²⁹¹ Inge Lorange Backer, *Naturvern og naturinngrep*, Oslo 1986 s. 459.

²⁹² For svensk retts vedkommende har Lindblom gitt uttrykk for at domstolen har «en omfattende («full») utredningsskyldighet ved tillståndsbedømmingen» ved behandling av tvist om konsesjon til forurensende virksomhet. En slik plikt til utredning hviler nettopp på miljøhensynet. Se Per Henrik Lindblom, *Miljöprocess del I*, Uppsala 2001 s. 114.

²⁹³ Nylund 2006 s. 78 og Pedersen 2014 s. 75 og 79 flg. Se også NOU 2001:32 A s. 128 andre spalte.

²⁹⁴ Se særlig Marcus 2014 s. 130. Også lovgiver så dette poenget ved innføringen av gruppesøksmål som prosessuelt verktøy i Tvisteloven, se NOU 2001:32 A s. 490, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 330 første spalte, og særlig Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s. 73-74. Se også Per Henrik Lindblom, *Grupptalan i Sverige*, Stockholm 2008 (Lindblom 2008) s. 176.

²⁹⁵ EU-domstolen har i flere avgjørelser slått fast at retten *ex officio* har et selvstendig ansvar for å håndheve direktiv 93/13 av 5. april 1993 om *urimelige vilkår i forbrukeravtaler*. Jeg kommer nærmere inn på dette i punkt 7.2.2.5.

officio.²⁹⁶ Endelig kan nasjonale domstolers adgang til å innhente tolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen nevnes i denne sammenheng.

Fremstillingen viser en mangefasettert kontrollfunksjon. For rettens veiledning medfører dette at funksjonen ikke stiller et entydig krav til dommerens aktivitet. Videre er sakstypene hvor funksjonen aktualiseres relativt uensartet – med alt fra dispositive saker, via saker med indispositive momenter til fullstendig indispositive saker. Partskonstellasjonene kan også være ulike.²⁹⁷ Alle disse forholdene er av betydning i veiledningssammenheng. Det er derfor vanskelig å peke på helt klare konsekvenser for rettens veiledning at kontrollfunksjonen er av betydning i en rettstvist. Kontrollfunksjonens betydning for spørsmål om veiledning er et sentralt tema i kapittel 7.

3.4 Målsetningen med rettens veiledning

3.4.1 En riktig avgjørelse

I tvl. § 11-5 (2) fremheves det at målsetningen med den materielle prosessledelse er å gi veiledning som bidrar til at tvisten får *en riktig avgjørelse*. Målsetningen er med andre ord å oppnå et materielt riktig resultat.²⁹⁸ En slik målsetning kan anses å være en side ved tvistelovens målsetning om realisering av den materielle retten.²⁹⁹ I rettspraksis fremheves eksplisitt målsetningen om at flest mulig avgjørelser skal være materielt riktige.³⁰⁰ I forarbeidene knyttes begrepet også til ulike sentrale hensyn ved tvisteloven som forsvarlighet og proporsjonalitet.³⁰¹ Et riktig resultat er altså en sentral målsetning for tvisteloven generelt og særlig for den materielle veiledning.

²⁹⁶ Skoghøy 2014 s. 579.

²⁹⁷ Domstolenes kontrollfunksjon kan aktualiseres både i saker mellom private og det offentlige og intra borger. Rt. 2000 s. 1811 P, Finanger I, er et eksempel på det siste.

²⁹⁸ Slik også i Danmark, se Gomard & Kistrup 2013 s. 24. Se også Jon Petter Rui Johansen, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, *Ne bis in idem*, disputasutgave, Tromsø 2008 (Johansen 2008) s. 124.

²⁹⁹ Slik også Schei m.fl. 2013a s. 413.

³⁰⁰ Se til illustrasjon Rt. 1977 s. 799 A, Rt. 2012 s. 1985 P premiss 228, Rt. 2012 s. 667 A premiss 29, HR-2009-2060-U og Rt. 2008 s. 1409 S premiss 39.

³⁰¹ Se til illustrasjon NOU 2001:32 A s. 131 flg.

Et riktig resultat kan forstås på ulike måter og i ulike perspektiver. I et normativt perspektiv kan ulike forståelser legges til grunn ut i fra ulike moralske, etiske eller filosofiske innfallsvinkler.³⁰² Ulike prosessideologier har også ulikt syn på et riktig resultat. Enkelte forståelser kan karakteriseres som til en viss grad naive i troen på å nå et materielt riktig resultat.³⁰³ Innen liberalismen verserer ulike syn, hvor enkelte forstår begrepet innenfor rammen av disposisjonsprinsippet, noe som gir begrepet en mer begrenset rekkevidde.³⁰⁴ Andre har kritisert målsetningen for å gi uttrykk for en naturrettslig tankegang.³⁰⁵ Etter en hermeneutisk synsvinkel er spørsmålet i større grad om en *forsvarlig anbefaling* enn et korrekt svar.³⁰⁶ Hvilken ideologi som best ivaretar en målsetning om et riktig resultat er det også uenighet om. I amerikansk litteratur gis det undertiden uttrykk for at liberalismen, med en betydelig partsautonomi er den beste måten å oppnå et materielt riktig resultat.³⁰⁷

I forbindelse med tvistemålsreformen la departementet til grunn følgende beskrivelse av et riktig resultat:

«Med riktige avgjørelser tenkes det her både på at retten anvender rettsreglene riktig på de faktiske forhold som er lagt til grunn, og særlig på at retten legger til grunn et faktum som er i samsvar med det som faktisk har skjedd, og at retten har kunnet ta hensyn til alle de omstendigheter som etter rettsreglene er avgjørende for hvordan den reelle konflikten mellom partene skal løses».³⁰⁸

For å oppnå et riktig resultat kreves etter en slik forståelse at faktum klarlegges slik at det gjenspeiler det faktiske hendelsesforløp, at partene påberoper seg alle omstendigheter ved faktum som er relevant for anvendelse av rettsregelen, og til sist at domstolen anvender rettsreglene på en korrekt måte. Tre forhold må altså inntreffe: et faktum som samsvarer

³⁰² Ved evalueringen av tvisteloven, ble det forsøkt undersøkt i hvilken grad lovendringen bidro til bedre gjennomslag for den materielle retten, altså om tvisteløsningen ble «riktigere», se Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 45 og Rapport fra Justis- og beredskapsdepartementet av 04.07.13, *Evaluering av tvisteloven* (Evaluering av tvisteloven) s. 67 flg: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/rapporter/evaluering_tvisteloven.pdf?id=2149677 (sist besøkt 01.09.2015).

³⁰³ Lindblom 2000 s. 63.

³⁰⁴ Lindell fokuserer på at alle avgjørelser skal være materielt riktig, men dette må leses i lys av de betydelige begrensninge partsautonomien representerer, se Lindell 2012 s. 22 og s. 24-25.

³⁰⁵ Strandberg 2011 s. 177 og Eckhoff 1943 s. 54.

³⁰⁶ Bernt 2004 s. 69-70 og særlig Jan Fridthjof Bernt, «Den dynamiske dimensjonen i rettskildelæren» i Nybrott og Odling – Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002, s. 259-272. (s. 269-270).

³⁰⁷ Westberg 2010 s. 88 og s. 99-101.

³⁰⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

med virkeligheten, relevante omstendigheter må være påberopt, og endelig må det foretas en korrekt anvendelse av rettsreglene. Begrepet betraktes ut i fra domspremissene, hvor resultatet er sant kun hvis alle premisser for resultatet er sanne.³⁰⁹ Begrepet materielt riktig resultat kan også betraktes ut i fra domsvirkningen, hvor et resultat er materielt korrekt om domsslutningen er lik den domsslutning som ville blitt resultatet hvis domspremissene var sanne.³¹⁰ Etter synsmåten i domsvirkningen er det med andre ord ikke nødvendig at samtlige elementer er korrekte, så lenge resultatet er korrekt.

Det knytter seg store utfordringer til oppgaven med å oppnå et materielt riktig resultat. Alene det første elementet, å komme frem til et faktum som samsvarer med virkeligheten, er utfordrende av mange grunner. Det er denne delen bevisretten befatter seg med, hvor fokuset er begrenset til de *faktuelle premissene* i en dom.³¹¹ Innen bevisretten kan det videre skilles mellom feil anvendelse av bevisreglene, og et faktum som ikke samsvarer med virkeligheten.³¹² Bevisbyrderegler og regler om fordeling av tvilsrisiko har til formål å sikre at faktum samsvarer med virkeligheten.³¹³ Behovet for bevisbyrderegler er i seg selv en erkjennelse av de utfordringer som eksisterer med hensyn til å finne ut av det faktiske hendelsesforløp. Utfordringen skyldes flere forhold. En utfordring er å huske hva som faktisk hendte, en annen å formidle det slik at den som mottar informasjonen får en korrekt oppfatning.³¹⁴ Slike forhold er iboende feilkilder ved all kommunikasjon. Videre kan sentrale bevis som dokumenter være tapt, hvilket også bidrar til å vanskeliggjøre en søken etter sannhet. Subjektive forhold kan det knytte seg enda større utfordringer med å finne sannheten om – om en slik sannhet i det hele tatt eksisterer. En persons intensjoner er det ikke mulig å klarlegge fullt ut.³¹⁵ Disse årsakene til at det er en utfordring å fastlegge et korrekt faktum gjelder i enhver situasjon.

³⁰⁹ Se Strandberg 2012 s. 173.

³¹⁰ Strandberg 2012 s. 173-174.

³¹¹ Slik som Strandberg 2012 s. 174. Se også Eivind Kolflaath, «Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil», *Lov og Rett*, 2008 s. 149-165 (s. 159), som skiller bevisretten og bevisbedømmelse, fra (rettslige) vilkår og juss.

³¹² Strandberg 2012 s. 172.

³¹³ Eckhoff 1943 s. 53 og 57, Lars Heuman, *Bevisbördä og beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005 s. 44.

³¹⁴ Taksøe-Jensen 1976 s. 496-497 og Hans M. Michelsen, *Sivilprosess*, Oslo 1999 (Michelsen 1999) s. 207.

³¹⁵ Nylund 2006 s. 126 med videre henvisning til Lindell 1987 s. 234.

I en rettsprosess er også prosessuelle forhold av betydning. Særlig representerer disposisjons- og forhandlingsprinsippet begrensende faktorer for rettens mulighet til å fastlegge et korrekt faktum.³¹⁶ Idet partene bestemmer hva retten skal ta stilling til, og – med få unntak nær – bestemmer hvilke bevis som skal danne grunnlag for rettens stillingtagen, kan både disposisjons- og forhandlingsprinsippet fungere som et filter mellom retten og det faktiske hendelsesforløp.³¹⁷ Nettopp derfor er det naturlig å skille mellom *formell* og *materiell* sannhet, hvor materiell sannhet er det som faktisk hendte.³¹⁸ Formell sannhet er på sin side den sannhet som, etter en korrekt bevisbedømmelse, anses bevist.³¹⁹ Særlig på grunn av de begrensninger disposisjons- og forhandlingsprinsippet representerer, er det flere som hevder at prosessen – særlig i dispositive saker – ikke søker å klarlegge den materielle sannheten, men kun den formelle.³²⁰

Videre må dommeren fastlegge det korrekte innholdet i rettsregelen, hvilket også kan være en feilkilde.³²¹ Å fastlegge det korrekte innhold av en rettsregel, kan i seg selv by på utfordringer, hvor det også rettsfilosofisk kan problematiseres hva en korrekt forståelse av en rettsregel innebærer.³²² At partene i en viss utstrekning styrer hvilke rettsregler som kan anvendes, jf. tvl. § 11-3 (1) jf. § 11-2 første ledd, kompliserer dette ytterligere. Fastlegging av innholdet i en rettsregel skjer heller ikke i et vakuum, men må ses i lys av og i samspill med sakens faktiske omstendigheter.³²³

For å oppnå et materielt riktig resultat må dommeren til slutt kunne ta hensyn til alle *avgjørende omstendigheter* for å anvende rettsregelen på faktumet. Det må altså foretas en korrekt subsumsjon.³²⁴ I tillegg har dette en side til forhandlingsprinsippet og de

³¹⁶ Nylund 2006 s. 125.

³¹⁷ Metaforen filter er betegnende også på en annen måte, idet filteret også har til formål å ta unna irrelevante momenter. Idet partene kjenner saken best, har de også best forutsetninger for å vite hva som er relevant, og hva som ikke er det.

³¹⁸ Se Nylund 2006 s. 126, Robberstad 2015 s. 12 og Anne Robberstad, Mellom tvekamp og inkvisisjon, Oslo 1999 (Robberstad 1999) s. 130. Lindell opererer med et funksjonelt sannhetsbegrep, se Lindell 2012 s. 45.

³¹⁹ Robberstad 2015 s. 12.

³²⁰ Se Nylund 2006 126, Lindell 2012 s. 33.

³²¹ Se Strandberg 2012 s. 172.

³²² Strandberg 2012 s. 173.

³²³ Nils Nygaard, «Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2002 s. 33-61 (s. 36-37).

³²⁴ Strandberg 2012 s. 172.

påstandsgrunnlag parten har påberopt idet retten også må gis mulighet til å legge vekt på de omstendigheter som er avgjørende. På denne bakgrunn er det neppe en overdrivelse å hevde at det er store utfordringer forbundet med å oppnå et materielt riktig resultat. Derfor, på samme måte som for materiell sannhet, fokuserer enkelte i større grad på et formelt riktig resultat.³²⁵ I seg selv gir dette relativt klare anvisninger på både når, hvorfor og om hva retten bør yte materiell prosessledelse. Ifølge målsetningen skal veiledning rettens mot de enkelte elementer i et korrekt resultat. Etter min oppfatning blir dette en for snever tilnærming til spørsmålet om veiledning og bruk av veiledning som prosessuelt verktøy. Et slikt begrenset fokus kan også komme direkte i konflikt med de funksjoner domstolen søker å ivareta. La oss derfor se nærmere på et riktig resultat i lys av tvistelovens funksjoner.

3.4.2 De ulike funksjoners fokus på et riktig resultat

Å komme til et materielt riktig resultat er viktig for samfunnets tillit til domstolene og for å ivareta domstolens individuelle og samfunnsmessige funksjoner. Imidlertid er det ikke en absolutt sammenheng mellom de enkelte sider ved domstolens funksjoner og målsetningen om et materielt riktig resultat. I enkelte henseender er det tilstrekkelig med et formelt riktig resultat. På individnivå er reglene om mekling og forlik et eksempel på at konfliktløsningsfunksjonen ikke nødvendigvis krever et materielt riktig resultat for å ivaretas. Av betydning for konfliktløsningsfunksjonen er også det forhold at parten ikke nødvendigvis er spesielt interessert i hva det materielt riktige resultatet i saken er. Ofte har partene i en tvist et diametralt ulikt syn på dette spørsmålet. Avgjørende for parten er å vinne saken.³²⁶

På individnivå kan det være en motsetning mellom å oppnå et materielt riktig resultat i ethvert henseende, og individets behov for å få avklart sine konflikter og håndhevet sine rettigheter. En maksimering av målsetningen om materielt riktig resultat kan gå på bekostning av både behovet for hurtig avklaring og proporsjonalitet.³²⁷ På samme måte

³²⁵ Se Lindell 2012 s. 45.

³²⁶ Lindblom 2003 s. 89.

³²⁷ Lindell 2012 s. 25 flg. og Lindblom 2000 s. 64.

som en sentral side ved forsvarlighetsprinsippet er å finne balansepunktet mellom de ulike sider ved prinsippet, er det for konfliktløsningsfunksjonen avgjørende å balansere målsetningen om et materielt riktig resultat, med behovet for rask saksavvikling og begrensede omkostninger.

Det kan også hevdes at den rettsavklarende og rettsutviklede funksjonen ikke er avhengig av at retten legger til grunn et faktum i avgjørelsen som samsvarer med virkeligheten. At en korrekt forståelse av rettsregelen legges til grunn, og at det faktum som er lagt til grunn anvendes korrekt på rettsregelen, kan hevdes å være tilstrekkelig. Dette gjelder ikke i like stor grad for gjennomslag for den materielle retten, den adferdsstyrende funksjon, og den holdningsdannende siden ved den samfunnsmessige funksjonen. Den adferdsstyrende effekten er i stor grad et resultat av subsumsjonen av rettsregler på et gitt faktum. Effekten er dermed i større grad et resultat at et gitt faktum har blitt avgjort, ikke at faktumet i alle henseender samsvarer med det som virkelig hendte. Samtidig må det fremheves at den adferdsstyrende effekten også er avhengig av forsvarlig saksbehandling. I dette ligger ikke utelukkende et fokus på et korrekt resultat, men forsvarlighet i et videre perspektiv.

For domstolens kontrollfunksjon er det av stor betydning å komme til riktige avgjørelser. Om domstolen kun finner frem til den formelle sannhet, er ikke formålet med den forvaltningsmessige kontroll ivaretatt. Dette idet retten er avhengig av et faktisk grunnlag som samsvarer med de faktiske omstendigheter for å kontrollere de øvrige statsorganers handlemåte.

Det er nær sammenheng mellom domstolens avgjørelser og borgernes tillit til dem. Trolig synker tilliten til domstolen om prosessreglene og praktiseringen av dem ikke i tilstrekkelig grad legger til rette for å komme til et materielt riktig resultat. Synkende tillit kan igjen påvirke borgernes ønske om å søke sine tvister løst gjennom domstolen hvilket er negativt i et samfunnsøkonomisk perspektiv.³²⁸ I tillegg resulterer redusert ønske om å søke til domstolene for å løse tvister i et redusert sakstilfang, hvilket igjen er av negativ betydning

³²⁸ Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, 2. opplag, Oslo 2008 (Eide & Stavang 2008) s. 483.

for domstolens målsetning med å virkeliggjøre den materielle retten, og også den rettsavklarende funksjon.

I sum viser dette et materielt riktig resultat ikke er noen absolutt forutsetning for å ivareta domstolens funksjoner. Det er heller ikke ønskelig å for enhver pris søke et riktig resultat. Men et materielt riktig resultat har fortsatt en stor egenverdi og er en viktig målsetning. Jeg er derfor kritisk til at det skal være den eneste målsetningen med dommerens materielle prosessledelse. Lindblom fremhever at:

«En ”rätt utförd” aktiv formell och materiell processledning är väl förenlig med samtliga civilprocessens funktioner och dessutom unik på så sätt att såväl säkerhet som snabbhet och billighet gynnas». ³²⁹

Et slikt perspektiv er videre – og kanskje mer utfordrende å vurdere rettens veiledning etter, men etter min mening desto mer fruktbart. Perspektivet innebærer at dommeren ikke kan være enøyd i sin veiledning, men at dommeren må ha en dypere forståelse for hele prosessmaskineriet i sin videste forstand. Rettens materielle prosessledelse er et viktig bidrag for å få prosessmaskineriet til å fungere perfekt – så lenge den er korrekt utført.

3.5 Syntese: Relativisering og interaksjon

På denne bakgrunn er det grunnlag for å trekke enkelte slutninger. Det mest fremtredende trekket ved tvistelovens funksjoner er en *relativisering* blant de enkelte funksjoner. Ulike funksjoner er mer fremtredende enn andre i ulike sammenhenger. Dette gjelder både ved ulike domstolsnivåer, ulike typer saker, ulike situasjoner – både på grunn av eksisterende relasjon mellom partene eller maktforholdet mellom partene – og i ulike faser av prosessen.

Videre er det en *interaksjon* mellom funksjonene. Uavhengig av om funksjonene er samvirkende eller motvirkende, kan det argumenteres for at størst mulig grad av funksjonsoppnåelse er positivt. Få er tjent med et utelukkende fokus på en funksjon. Da risikerer prosessordningen å bli en karikatur av seg selv. ³³⁰

³²⁹ Lindblom 2000 s. 287. Se også Backer 2014 s. 107 og Westberg 1988 s. 35-36.

³³⁰ Nærmest som de rendyrkede prosessordningene som beskrives i Damaska 1986 s. 3 flg.

For spørsmålet om veiledning har dette flere konsekvenser. For *det første* kan retten ikke være enøyd i sin tilnærming til hvorvidt retten skal søke å påvirke partenes prosessopplegg. Ulike funksjoner kan begrunne behov for veiledning. Av denne grunn er det uheldig at tvl. § 11-5 (2) angir at veiledning skal foretas for at *tvisten skal få en riktig avgjørelse*. Målsetningen med veiledningen burde i stedet angi det mangfold av årsaker som kan gi behov for veiledning.

For *det andre* må dommeren ha et aktivt forhold til spørsmålet om veiledning. I hver enkelt sak og i ulike situasjoner kan ulike hensyn avgjøre om veiledning kunne er påkrevd eller ikke. Det finnes – dessverre – ikke én allmenngyldig oppskrift eller fasit på hvorvidt det skal eller bør veiledes.

For *det tredje* kan retten gjennom veiledningen bidra til en økt grad av samlet funksjonsoppnåelse. Det er nettopp dette det handler om, ikke utelukkende et materielt riktig resultat.

4. Sivilprosessens prinsipper og rettens veiledning

4.1 Innledning

Siktemålet med dette kapitlet er å benytte sivilprosessens prinsipper for å belyse reglene om materiell prosessledelse.

Prinsipper har en sentral og viktig rolle i retten, og det er mange og ulike syn på hva prinsipper egentlig er og hva de innebærer. Definisjonen av et prinsipp, dets karakter, egenart, status, grunnlag, rolle og betydning er store tema i både norsk og internasjonal litteratur. Prinsipper har også en sentral posisjon i sivilprosessens,³³¹ både for utformingen og praktiseringen av reglene om rettens veiledning av partene.³³² Når reglene om materiell prosessledelse i fortsettelsen skal fastlegges og analyseres i lys av prinsipper, er det derfor nødvendig med en viss innsikt i de ulike oppfatninger.

Et prinsipp beskrives ofte som en generell rettstanke, norm, standard eller verdi.³³³ Allerede her ser vi adskillig variasjon i oppfatningen som både er av betydning for prinsippets grunnlag og karaktertrekk. Et karaktertrekk ved prinsipper som ofte fremheves er dets høye generalitetsnivå.³³⁴ Innen sivilprosessens er forsvarlighetsprinsippet eksempel

³³¹ Tvistelovens formålsbestemmelse § 1-1 bidrar til å underbygge prinsippers betydning ved at flere prinsipper kommer til uttrykk i bestemmelsens andre ledd.

³³² Materiell prosessledelse anses sågar av enkelte å utgjøre et eget prinsipp hvilket klart påvirker oppfatningen om grensene for rettens veiledning, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 27 første spalte og Lindblom 2000 s. 287 flg.

³³³ Se blant flere Nygaard 2004 s. 260, Hans Petter Graver, Materiell forvaltningsrett, Oslo 1996 (Graver 1996) s. 21, Dworkin 1977 s. 22 og Marti Koskenniemi, «General principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law», Sources of International Law, 2000, s. 122-161.

³³⁴ Graver 1996 s. 22, Inge Lorange Backer, Innføring i naturressurs- og miljørett, 5. utgave, Oslo 2012 (Backer 2012) s. 52 og Jerkø Markus, «En taksonomi over rettslige prinsipper», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2012 s. 1-48. (Jerkø 2012) (s. 5-6) og Thomas Frøberg, Rettslig prinsippargumentasjon, Oslo 2014 (Frøberg 2014) s. 131 flg. Enkelte normer er så generelle at de vanskelig kan kalles prinsipper, se Frøberg 2014 s. 133 som bruker rettssikkerhet som eksempel. Enkelte omtaler retten til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 som en paranorm for å fremheve normens høye generalitetsnivå, se Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter, 3. utgave, Bergen 2011 (Aall 2011) s. 401.

på et prinsipp med høyt generalitetsnivå. Som det påvises senere, er forsvarlighetsprinsippet så vidtfavnende at ulike aspekter ved det taler for og mot å veilede.

Videre eksisterer det ulike oppfatninger om prinsipper har regel- eller retningslinjekarakter, eller om noen prinsipper er regler og andre retningslinjer.³³⁵ For sivilprosessen, og også for den materielle prosessledelse er distinksjonen relevant. Disposisjons- og forhandlingsprinsippet kan neppe hevdes å være prinsipper av regelkarakter. Disse gjelder i varierende grad blant annet etter hvilket rettsområde saken gjelder. Både senere i dette kapitlet og i senere kapitler i avhandlingen påvises det at prinsippenes relative karakter er av stor betydning for spørsmålet om veiledning.

Begrepet prinsipp varierer også med hvilken diskurs det brukes i – begrepet er «diskurssensitivt».³³⁶ Det er ingen selvfølge at prinsippbegrepet som sådan eller et konkret prinsipp innebærer det samme i common law som i civil law tradisjonen. Innenfor disse tradisjoner kan begrepet ha ulikt innhold; eksempelvis kan kontradiksjonsprinsippet ha ulikt innhold i norsk, svensk eller tysk rettslig kontekst.³³⁷ Prinsippbegrepet kan også variere med ulike rettsområder.

Videre varierer prinsippers karakter og status med hvilket metodisk grunnsyn det forstås i lys av. Eksempelvis gir prinsippbegrepet i den rettspositivistiske tradisjon en helt annen rolle og status enn innen rettsrealismen eller etter et naturrettslig ståsted.³³⁸ Blant annet skilles litteraturen i synet på prinsippers rettslige status – altså hvorvidt prinsipper er normative størrelser – ofte i lys av metodisk grunnsyn.³³⁹ Det til enhver tid rådende metodesyn påvirker synet på prinsippers status og rolle.

³³⁵ Frøberg 2014 s. 148 mener at «de fleste prinsipper har retningslinjekarakter». Se også Nils Kristian Sundby, *Om normer*, Oslo, 1974 s. 191, Graver 1996 s. 22, Backer 2012 s. 52, Nygaard 2004 s. 261 og Dworkin 1977 s. 24. Motsatt Jerkø 2012 s. 23-25.

³³⁶ Jerkø 2012 s. 8.

³³⁷ Se i samme retning Jerkø 2012 s. 8 og Lindblom 2000 s. 268.

³³⁸ Se Bergo 2000 s. 314-315, Jørgen Dalberg-Larsen, «Hvad udgør rettens kerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?» i *Om retsprinsipper*, s. 11-45, København 2004 (Dalberg-Larsen 2004) (s. 36) og Ekelöf 1956 s. 214 flg.

³³⁹ Se Jerkø 2012, Lindblom 2000 s. 252-253, Bergo 2000 s. 314-315, A. Peczenik, *Prinsipper i det svenska statsskicket*, Stockholm 1999 s. 136 og Steinar Fredriksen, «Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett», *Jussens venner*, 2011, s. 37-64 (s. 38-39).

Til slutt varierer prinsippbegrepets karakter og status over tid. Diskurser og metodesyn er i konstant utvikling. I tillegg endres grunnlaget for prinsippene – som gjerne finnes i moral, verdier eller tradisjon –over tid.³⁴⁰ Prinsipper er derfor høyst dynamiske størrelser.

Disse forholdene er viktige ved fastleggingen av innholdet i tvistelovens prinsipper, og ved analysen av betydningen for den materielle veiledning. Samtidig gir de ulike perspektivene om karakter, betydning og rolle mulighet til kritisk evaluering av grensene som prinsippene oppstiller for rettens veiledning.

I det følgende behandles kun de prinsipper som er av betydning for dommerens vurdering av om partene skal veiledes eller ikke. Enkelte av sivilprosessens prinsipper kan sies å være av stor faktisk betydning for veiledning uten at prinsippet er av betydning for dette spørsmålet. Eksempelvis er både muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet sentrale for den materielle prosessledelse fordi de skaper et *forum* hvor veiledningen kan foregå.³⁴¹ De gir imidlertid ingen anvisning på hvorvidt det bør veiledes. Av den grunn behandles kun forhandlings-, disposisjons-, forsvarlighets-, proporsjonalitets- og kontradiksjonsprinsippet. I tillegg er hensynet til rettens upartiskhet en norm av stor betydning for spørsmålet om veiledning og behandles derfor også i dette kapitlet.

Ulike prinsipper taler for ulike løsninger for spørsmålet om rettens veiledning. På samme måte som for prinsipper generelt, må målsetningen i slike tilfeller være å finne balansepunktet mellom de ulike prinsipper.³⁴² På grunn av prinsippenes dels uklare og skiftende grenser og det forhold at spørsmålet om veiledning sjelden kan vurderes i lys av ett enkelt prinsipp, er det nærmest umulig å unngå en viss dobbeltbehandling, eller at enkelte problemstillinger drøftes på feil sted. Dette gjør spørsmålet om disponering av teksten vanskelig. Mange tilnæringsmåter er gode, men ingen er *den* riktige.

³⁴⁰ Dworkin 1977 22, Graver 1996 s. 21, Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», Tidsskrift for rettsvitenskap, 2006 s. 189-221 (s. 199) og Dalberg-Larsen 2004 s. 34.

³⁴¹ Ifølge Hagerup 1918 s. 49 er muntlighet og umiddelbarhet sentrale for dommerens prosessledelse.

³⁴² Skoghøy 2014 s. 517.

4.2 Autonomibaserte prinsipper

4.2.1 Partenes autonomi – behov for og begrensning av veiledningen

I prinsippet kan partene styre nær sagt hva som helst i prosessen.³⁴³ Dette gjelder en saks materielle side, for eksempel hvorvidt, hva, hvor mye og på hvilket grunnlag domstolen skal avgjøre en tvist. Prosessuelle forhold som adgang til bevisførsel, preklusjon og adgang til anke kan også partene bestemme over.

At partene innrømmes betydelig autonomi er en naturlig følge av deres rett til å bestemme over forholdet utenfor prosess.³⁴⁴ Slik er tanken om partsautonomi i prosess i samsvar med den markedsøkonomiske ideologi bak formueretten.³⁴⁵ Noe av begrunnelsen kan også finnes i menneskerettighetene, særlig gjennom fokuset på individet og individers rettigheter.³⁴⁶ I tillegg er det nærmest en logisk nødvendighet: fremmer ikke partene sak for retten, eksisterer det ingen rettstvist å løse.³⁴⁷ Partsautonomi kan også bidra til en mer effektiv og konsentrert prosess, og slik være en praktisk arbeidsfordeling mellom retten og partene.³⁴⁸ Når rettens autonomi er begrenset reduseres også risikoen for overraskende avgjørelser og slik risikoen for en påfølgende anke.³⁴⁹ Autonomi bidrar i tillegg til å sikre rettens nøytralitet. At partene nyter en stor grad av autonomi bidrar til å oppfylle enkelte

³⁴³ Jolowicz 2000 s. 175 og Damaska 1986 s. 97. Party initiative er en naturlig del av enhver prosessordning, se artikkel 10 i principles of transnational civil procedure, se ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure, Roma 2004 s. 29. Dette gjelder også i tidligere og nåværende kommunistiske stater som Ungarn, Slovenia, Russland og Kina, se Kengyel & Czoboly 2014 s. 215, Ales Galic, (In)compatibility of Procedural Preclusions with the Goals of Civil Justice: An Ongoing Debate in Slovenia, *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014 s. 231, Dimitry Heroldovich Nokhrin Civil Litigation in Russia: 'Guided Justice' and Revival of Public Interest, *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014 s. 188 og Fu Yulin, Social Harmony at the Cost of Trust Crisis: Goals of Civil Justice in China, *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014 s. 168.

³⁴⁴ Hov 2010a s.177, Lindell 1988 s. 15 og Taksøe-Jensen 1976 s. 507. Se imidlertid Hov 1976 s. 161 som ikke uten forbehold aksepterer at disposisjonsretten i prosess skal speile disposisjonsretten utenfor prosess.

³⁴⁵ Se Torbjörn Andersson, Dispositionsprincippet och EG:s konkurrensregler: en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten, Uppsala 1999 (Andersson 1999) s. 184, Westberg 1988 s. 34 og Lindell 1988 s. 16.

³⁴⁶ Ralf Stürner, «The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2005 s. 201-254 (Stürner 2005) (s. 221-222).

³⁴⁷ Dette er noe av årsaken til at enkelte konsekvenser av partenes bestemmelsesrett nærmest har blitt naturrettslig begrunnet, se Ekelöf 1956 s. 216. Se også Andersson 1999 s. 167 og Granfelt 1908 s. 45.

³⁴⁸ Andersson 1999 s. 185, Lindell 1993 s. 28 og Schei m.fl. 2013a s. 383.

³⁴⁹ Lindblom 2006 s. 215.

av sivilprosessens funksjoner og prinsipper, til eksempel tvisteløsningsfunksjonen og forsvarlighetsprinsippet.

Parters autonomi henger nært sammen med domstolenes funksjoner, hvor partene generelt innrømmes en større grad av autonomi ved fokus på prosessens individualfunksjon enn ved fokus på de samfunnsmessige.³⁵⁰ Videre er det en nær sammenheng mellom autonomi og prosessideologi. Prosessideologier speiler også statsideologien til samfunnet det eksisterer i.³⁵¹ I grove trekk tilsier en mer liberalistisk prosess større grad av partsautonomi enn en samfunnsorientert eller utilitaristisk prosess.³⁵² Det medfører at synet på autonomi varierer med både tid og sted.³⁵³

Tvisteloven søker å ivareta flere ulike funksjoner, og kan vanskelig sies å bygge på en enkelt prosessideologi.³⁵⁴ Norsk sivilprosess kan karakteriseres som en partsprosess, hvor særlig disposisjons- og forhandlingsprinsippet er utslag av partenes autonomi.³⁵⁵ Prinsippene gir særlig uttrykk for partenes autonomi over sakens materielle side. Etter disposisjons- og forhandlingsprinsippet er det opp til partene å avgjøre hvorvidt en tvist ønskes løst ved domstolens hjelp og hva som i fall skal avgjøres, rammene for avgjørelsen og hvilket faktisk grunnlag dommen kan bygge på.³⁵⁶

³⁵⁰ Se Jolowicz 2000 s. 176.

³⁵¹ Se Strandberg 2011 s. 170, Damaska 1986 s. 8-15. Se også Chase 1997 s. 863, Chase 2002 s. 278, Richard L. Marcus, Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context, *The American Journal of Comparative Law*, 2005, 709-740 (s. 710) og Stürmer 2005 s. 223.

³⁵² Damaska 1986 s. 76, Strandberg 2011 s. 168-170, Strandberg 2012 s. 209 og Ekelöf & Boman 1990 s. 63.

³⁵³ Se for eksempel Strandberg 2012 s. 208. Se også Francis Hagerup, Forelæsninger over den norske Civilproces, Kristiania 1895 (Hagerup 1895) s. 34 og 75 og Hagerup 1918 s. 58 som påviser en utvikling fra et undersøkelsesprinsipp til forhandlings- og eventualprinsipp på 1800-tallet. Dette har nær sammenheng med inspirasjonen fra tysk rett i den tiden, se Jørn Øyrehagen Sunde, *Speculum Legale – Rettsspejelen*, Oslo 2005 s. 224.

³⁵⁴ Strandberg 2011 s. 171-172.

³⁵⁵ Skoghøy 2007 s. 72, Skoghøy 2014 s. 44, Bernt 2011 s. 220 og Vindeløv 2008 s. 203-204.

³⁵⁶ Grensen mellom disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet har vært uklar og skiftende over tid. Dette idet disposisjonsprinsippet opprinnelig ble utledet av forhandlingsprinsippet, se Hagerup 1918 s. 2 og 402, Augdahl 1947 s. 4 og Eckhoff 1971 s. 89, E. Kallenberg, *Svensk Civilprocessrätt*, 2. opplag, Lund 1923 s. 11, Granfelt 1908 s. 47, Andersson 1999 s. 166 og Westberg 1988 s. 29. Også etter tvisteloven er det en viss uenighet om prinsippenes innhold, begrunnelse og karakter, se Skoghøy 1998 s. 414-415, Schei m.fl. 2013a s. 383, Robberstad 2015 s. 14-15 og Hov 2010a s. 176. Det kan spørres om det er behov for å skille mellom disse to prinsippene, som Andersson påpeker: «I svensk civilprocess ansågas ju parterna ha det större innflytandet över

Samtidig kan ikke partsautonomien være ubegrenset.³⁵⁷ Siden samfunnet har lover, forventes det at disse håndheves korrekt. Det er rimelig å forvente at partene utelukkende fokuserer på egne interesser. Andres interesser eller samfunnsinteresser kommer i andre rekke og kan derfor bli skadelidende. I ytterste konsekvens kan en ubegrenset partsautonomi tvinge retten til å avsi avgjørelser i strid med preseptorisk lovgivning eller grunnleggende rettsstatlige prinsipper.³⁵⁸ At samfunnets midler brukes til å tilby tvisteløsningssystemer, er også et argument for at partene ikke fullt ut skal kunne bestemme hva domstolene kan avsi dom for. Dette idet forsvarlighets- og proporsjonalitetsprinsippet kan komme i konflikt med partenes autonomi.

En målsetning om et materielt riktig resultat kan også bli skadelidende. At partene styrer både rammene for avgjørelsen, og hvilket faktisk og rettslig grunnlag retten kan bygge på, kan komme i konflikt med en korrekt avgjørelse. I utgangspunktet er partene tvisten nærmest og derfor nærmest å vite hvilke faktiske omstendigheter som er relevante. Forutsetningen slår imidlertid ikke alltid til. For *det første* er partenes interesse å vinne saken, ikke nødvendigvis å oppnå et riktig resultat. Et riktig resultat for parten er ikke alltid samsvarende med et objektivt riktig resultat. For *det andre* polariseres partenes standpunkter i en rettstvist, noe som ikke fremmer korrekte avgjørelser.³⁵⁹ For *det tredje* forutsetter et riktig resultat en korrekt rettsanvendelse. En uriktig forståelse av rettsreglene kan medføre at det nødvendige faktiske grunnlaget for et riktig resultat ikke påberopes, eller at nødvendige bevis ikke føres.

Det eksisterer derfor et «spenningsforhold» mellom en uinnskrenket partsautonomi og flere av sivilprosessens funksjoner og prinsipper.³⁶⁰ Dels for å avhjelpe spenningsforholdet er

processen, oavsett om det forklaras av parternas materielle förfoganderätt eller ändemålsskäl.», Andersson 1999 s. 166 i note 709.

³⁵⁷ Westberg 1988 s. 31, Strandberg 2011 s. 174-177, Robberstad 2015 s. 12, Taksøe-Jensen 1976 s. 511 flg. og Jolowicz 2000 s. 178 flg.

³⁵⁸ Gunnar Aasland, «Fri rådgighet over sakens gjenstand – særlig som betingelse for rettsforlik», *Jussens venner*, 1969 s. 143-183 (Aasland 1969) (s. 144) og Andersson 1999 s. 186.

³⁵⁹ Menkel-Meadow m.fl. 2006 s. 13. Motsatt se Mullenix 2014 s. 4-5.

³⁶⁰ Robberstad 2015 s. 12. Se også Jolowicz 2000 s. 88, Westberg 1988 s. 31 og Taksøe-Jensen 1976 s. 531.

ikke partenes autonomi ubegrenset.³⁶¹ Dommerens materielle prosessledelse kan også bidra til å avhjelpe dette spenningsforholdet.³⁶²

Det er flere sammenhenger mellom materiell prosessledelse og partenes autonomi. For *det første* representerer rettens adgang til å veilede om sakens materielle side en klar *begrensning* i partenes autonomi. Retten gir seg da inn på forhold som i utgangspunktet er partenes domene. Samtidig representerer rettens veiledning et relativt beskjedent innhugg i autonomien. Selv om det nok enkelte ganger kan legges adskillig press bak rettens veiledning, velger parten selv om prosessopplegget skal endres i henhold til veiledningen.³⁶³ En god veiledning gir parten et betydelig rom for *innflytelse* og *deltakelse*.³⁶⁴ Slik veiledning bærer i større grad preg av å være dialog heller enn et påbud. Av denne grunn har rettens veiledning blitt karakterisert som en *moderne* og *myk* form for inkvisisjon.³⁶⁵

Dommerens veiledning kan også hevdes å være en forutsetning for å sikre reel partsautonomi. Lindblom uttaler at:

«Dispositionsprincippet i den mening ordet här används snarare är en förutsättning än ett hinder för att man skall kunna anbefala en aktiv materiell processledning».³⁶⁶

Retten kan ved sin veiledning sette parten i stand til å foreta opplyste og overveide disposisjoner.³⁶⁷ I et slikt perspektiv kan retten bidra til å klargjøre partens egentlige ønsker

³⁶¹ Av den grunn finnes det ingen prosesssystemer som er absolutt partsstyrt eller dommerstyrt. Derfor er det naturlig å snakke om *grader av* autonomi, eller at en prosessordning i *hovedsak* er en partsprosess eller en inkvisitorisk prosess, se Jolowicz 2000 s. 175 og Damaska 1986 s. 97. Enkelte benytter andre karakteristikker, se H. Moltusky, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consecration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, Paris 1972 s. 12 og 18, og Loïc Cadiet, *The New French Code of Civil Procedure (1975) in European Traditions in Civil Procedure*, Oxford 2005 s. 49-67 (s. 57). Begrepet inkvisisjon er uheldig og suggestiv fordi det gir assosiasjoner til middelalderske avhørsmetoder og en partsløs prosess, se Ekelöf 1956 s. 213. Begrepet må her forstås i en *moderne betydning* hvor det handler om i hvilken grad prosessen er partsstyrt eller dommerstyrt, se Strandberg 2011 s. 165. Se også Westberg 1988 s. 29 som benytter uttrykket kontradiktorisk om partsstyringen.

³⁶² Lindell 1988 s. 15.

³⁶³ Se Aasland 1967 s. 174.

³⁶⁴ Westberg 2010 s. 155.

³⁶⁵ Westberg 2010 s. 154-155.

³⁶⁶ Lindblom 2000 s. 287.

³⁶⁷ Andersson 1999 s. 413 og Lindell

i tvisten.³⁶⁸ Et slikt perspektiv på rettens veiledning er av stor betydning særlig for *hva* det veiledes om, og da ikke som en begrensende faktor.

For *det andre* medfører partsautonomien klare begrensninger for både *hvor langt* og *om hva* det ytes veiledning. For inngående og omfattende veiledning kan føre til at prosessen ikke lengre har preg av å være partsstyrt. Graden av inn gripen fra retten varierer også med hva det veiledes om. Forhold innenfor rammene av partenes prosessopplegg representerer i mindre grad et brudd med partsprosessen, enn veiledning utenfor prosessopplegget. Momentet medfører at det er aller minst grunn til å veilede om andre krav enn de som er fremmet i saken. Begrensningen av hva retten kan veilede om varierer med partenes varierende bestemmelsesrett over tvisten. Eksempelvis med ulike sakstyper, ulike berørte interesser, ulike sider ved saken, hvilket grunnlag som påberopes for en rettsvirkning og i hvilken fase av prosessen saken er.

Det er derfor interessant å observere at flere forfattere tar til orde for et forhandlingsprinsipp i endring. Fra tidligere å fokusere på et klart skille mellom partenes og rettens kompetanseområde, hevder flere at fokuset i større grad er endret til å handle om et samarbeid mellom partene og retten. Dette slik at partene og retten har et felles ansvar for å skaffe til veie et forsvarlig faktisk grunnlag for saken.³⁶⁹

For *det tredje* fungerer partens bestemmelsesrett som en katalysator for veiledning. På grunn av partenes autonomi, er retten bundet på flere områder. Både partenes påstander og partenes enighet om faktiske forhold begrenser rettens handlefrihet.³⁷⁰ Vekselvirkningen mellom faktum og juss medfører at retten heller ikke står fritt med hensyn til rettsanvendelse. Parten binder slik dommeren ved avgjørelsen. I de situasjoner hvor retten mener at disse rammene umuliggjør et riktig resultat må det kommuniseres til parten slik at rammene kan endres. Slik kommunikasjon er veiledning.

³⁶⁸ Lindell 1988 s. 15 med henvisning til SOU 1982:26 s. 113 og 116.

³⁶⁹ Se Ulrich Haas, «The Relationship between the Judge and the Parties under German Law», i *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Bergen/Göttingen, 2011 s. 87-114 (s. 104-105) og særlig Westberg 2010 s. 126 flg.

³⁷⁰ Jf. tvl. §§ 11-2 (1) andre pkt. og 11-1 (3), se Skoghøy 2014 s. 725. Se til eksempel Rt. 2013 s. 1345 P, strukturvotesaken premiss 249-250.

I det videre er temaet parters vilje som forutsetning for veiledning.

4.2.2 Et krav om bristende vilje?

Over ble det slått fast at veiledning kan sikre partenes autonomi. Ressonementet kan også snus slik at partenes vilje også ses på som en skranke for veiledning. Tankegangen blir da at det ikke veiledes med mindre det kan antas at parten ønsker å foreta prosesshandlingen. Spørsmålet om veiledning knyttes på den måten til partens vilje.

I svenske forarbeider på 80-tallet ble det fremhevet at det i tillegg til at det alternative prosessopplegget fremsto som nærliggende, måtte ligge «nära til hands att parten vill framställa det nya – eller förändrade – yrkandet», for at retten skulle kunne veilede.³⁷¹ Denne og liknende uttalelser ble tatt til inntekt for et krav om *viljesbrist* i partenes prosessopplegg; at det skulle veiledes når anførslene ikke ga uttrykk for partenes egentlige vilje.³⁷² Samtidig ble det rettet relativ sterk kritikk mot partenes vilje som kriterium for å veilede, blant annet fordi partenes vilje ikke alltid er klart fiksert og enda sjeldnere kommer til uttrykk slik at dommeren oppfatter dette.³⁷³ Omfanget av dommerens materielle prosessledelse ville reduseres, og det ville bero på tilfeldigheter hvorvidt dommeren faktisk oppfattet en bristende vilje hos parten. Det ble også pekt på at det oppstod en logisk brist mellom at partens prosessopplegg både måtte være mangelfullt eller mindre hensiktsmessig og i tillegg en bristende vilje, for at retten skulle kunne veilede. Det ville innebære at retten, i fravær av tegn på viljesbrist hos parten, måtte anse at parten bevisst ønsket å fremstille et mangelfullt eller mindre hensiktsmessig prosessopplegg. Det ble derfor anbefalt en annen tilnærming:

«En motsatt slutsats är betydligt sannolikare, nämligen att det typiskt sett ohållbara eller mindre adekvata yrkandet tyder på att parten begått ett misstag och därför hade velat framställa ett annorlunda yrkande, om han kände till varför han begått ett misstag».³⁷⁴

³⁷¹ SOU 1982:26 s. 122.

³⁷² Westberg 1988 s. 587 og Lindell 1988 s. 21.

³⁷³ Se både Lindell 1988 s. 21 og Westberg 1988 s. 591-592. Se også Eckhoff som uttaler at: «henvisninger til partens «vilje» er altså oftest rene fiksjoner», se Torstein Eckhoff, Rettskraft, Oslo 1945 s. 60.

³⁷⁴ Westberg 1988 s. 592.

I norsk rett finnes det også spor etter viljesfiksjoner. Aasland uttaler i relasjon til spørsmål om veiledning at:

«Dommeren skal gripe inn der hvor han har mistanke om at en part lar være å påberope seg en relevant omstendighet som han ville ha gjort gjeldende hvis han hadde vært oppmerksom på betydningen av den».³⁷⁵

Dette er en ganske klar henvisning til partens vilje.³⁷⁶ I forarbeidene til tvisteloven er det ikke eksplisitt oppstilt noe liknende krav til viljesbrist, men om prosessuell veiledning uttales det at:

«Dersom retten ser at det begås feil og det er nærliggende at det beror på en forglemmelse, misforståelse mv., må retten også her ha en veiledningsplikt».³⁷⁷

Her legges det til grunn en forståelse lik Westbergs; fremstår prosessopplegget som uklart eller mangelfullt, indikerer dette en viljesbrist som kan gi grunn til å veilede. Samtidig innebærer dette at i de tilfeller hvor retten har klare indikasjoner på at prosessopplegget, på tross av uklarheter eller mangler, er i henhold til partens vilje, bør det ikke ytes veiledning. Dette både idet parten neppe vil endre prosessopplegget som følge av veiledningen, men også av hensyn til partenes autonomi.

4.3 Prinsippet om forsvarlig saksbehandling

4.3.1 Forsvarlighetsprinsippet og rettens veiledning

Hvorfor benytter individer seg av domstoler når rettigheter er omtvistet, og hvorfor aksepterer og respekterer vi avgjørelser av en domstol som ikke nødvendigvis deler vårt syn, og noen ganger begrenser våre rettigheter? Domstoler er avhengige av legitimitet i befolkningen. I dette ligger et krav om at domstolen bygger på de prinsipper og verdier

³⁷⁵ Aasland 1967 s. 178

³⁷⁶ Også i rettspraksis er også parts vilje fremhevet, se Rt. 1961 s. 234 på side 235 hvor retten ikke kunne benytte foreldelse som grunnlag for frifinnelse «hvor den har grunn til å regne med at denne innsigelse ikke ønskes påberopt av vedkommende part.»

³⁷⁷ NOU 2001:32 B s. 708 andre spalte.

som ligger til grunn for vårt samfunn.³⁷⁸ Ikke bare domstolens avgjørelser, men også prosessen som leder frem til avgjørelsen, må være tillitvekkende.³⁷⁹ Det er derfor grunn til å stille krav til *måten* rettergangen foregår på.³⁸⁰

I norsk rett er *forsvarlighetsprinsippet* sentralt for å ivareta rettens legitimitet. Overordnet stiller prinsippet krav til at rettergangen må være «rettferdig og forsvarlig».³⁸¹ Forsvarlighetsprinsippet, stiller krav til at prosessen må gi et «betryggende avgjørelsesgrunnlag», og samtidig at saksbehandlingen er «hurtig», ikke for «kostbar» og «hensynsfull» ovenfor partene.³⁸² Med et så vidt spekter av forventninger til prinsippet, kan det hevdes å ha et høyt generalitetsnivå. I forarbeidene til Tvisteloven ble det lagt stor vekt på forsvarlighetsprinsippet.³⁸³ I tillegg ble forholdet mellom prinsippet, en målsetning om materielt riktige avgjørelser og sivilprosessens funksjoner fremhevet.³⁸⁴ I lovens formålsbestemmelse, § 1-1, er flere sider ved forsvarlighetsprinsippet fremhevet.

Andre forståelser av forsvarlighet kan også tenkes – i både prosessuell og materiell henseende.³⁸⁵ Partens ønske om «a day in court», underforstått å få presentert sin sak for en dommer, er av betydning for partens opplevelse av forsvarlighet.³⁸⁶

I svensk og finsk litteratur fremhever enkelte at prosessen må sørge for at den materielle retten blir gjennomført raskt, billig og sikkert. Dette angir ikke målsetninger med prosessreglene som sådan, men *på hvilken måte* målsetningene skal nås. De er derfor i en mellomstilling mellom målsetninger og prinsipper, kalt *ledestjerner*.³⁸⁷ I tillegg til de tradisjonelle ledestjernene raskt, billig og sikkert, er også fleksibilitet i betydningen proporsjonalitet, og opplevd rettferdighet

³⁷⁸ Se Bernt & Mæhle 2006 s. 236. Dette kan også uttrykkes ved at borgere har et krav på rettferdig behandling av de institusjoner som begrenser deres frihet, se T.M. Scanlon, «Due Process», *Procedural Justice*, 1977 s. 319-351 (Scanlon 1977) (s. 98).

³⁷⁹ Bernt & Mæhle 2006 s. 233.

³⁸⁰ Se D.J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford 1996 (Galligan 1996) s. 52 flg., Scanlon 1977 s. 93 flg. og Laurence H. Tribe, «Structural Due Process», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1975, s. 269-321 (s. 269). Det eksistere ulike måter å uttrykke dette krevet til prosessen på, blant annet *due process* og *procedural fairness*, se Galligan 1996 s. 73-75.

³⁸¹ Se Skoghøy 2014 s. 520. Også adjektivet *god* har blitt benyttet i norsk juridisk teori om dette, se Bratholm & Hov 1973 s. 30 og Hov 2010a s. 139.

³⁸² Se Skoghøy 2014 s. 517, Hov 2010a s. 139 og Bratholm & Hov 1973 s. 30. Selv om prinsippbetegnelsen er av nyere dato, kan elementer av det gjenfinnes i eldre litteratur, se Augdahl 1947 s. 3-4, Hagerup 1918 s. 40 flg. og Eckhoff 1971 s. 100.

³⁸³ Det beskrives sågar flere steder som grunnleggende, se NOU 2001:32 B s. 649-651 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363.

³⁸⁴ Se NOU 2001:32 A s. 129 og 131 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 26.

³⁸⁵ Se Nylund 2014b 327.

³⁸⁶ Marcus m.fl. 2009 s. 3 og Susan Blake, *A practical approach to Effective Litigation*, 7th edition, Oxford 2009 s. 586. Se også Brems & Lavysen 2013 s. 180-181.

³⁸⁷ Se for eksempel Lindblom 2000 s. 261.

(upplevd rättvisa) introdusert som ledestjerner.³⁸⁸ Innholdet i ledestjernene er i stor grad samsvarende med forsvarlighetsprinsippet etter norsk rett.

Forsvarlighetsprinsippets grense mot andre prinsipper er til en viss grad uklar og flytende. Dette dels på grunn av forsvarlighetsprinsippets – særlig – høye generalitetsnivå.³⁸⁹ Både proporsjonalitets-, kontradiksjons- og likebehandlingsprinsippet bygger til dels på de samme hensyn som forsvarlighetsprinsippet. Forsvarlighetsprinsippet kan langt på vei anses å være overordnet eller dekke disse mer spesifikke prinsippene.³⁹⁰ Dette er også av betydning for spørsmålet om veiledning. Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1963 s. 996 A er illustrerende. Høyesterett opphevet lagmannsrettens avgjørelse under henvisning til tvml. § 86 andre ledd, som påla retten å sørge for at partenes anførsler var så klare som mulig. Ved tvist om mangelfull reparasjon av en havfiskebåt, konstaterte lagmannsretten ansvar grunnet manglende montering av støtteklosser, en feil som ikke var påberopt av saksøker. Om dette uttaler Høyesterett:

«Lagmannsretten skulle derfor under rettsforhandlingene ha tatt opp spørsmålet for å få klarlagt om produksjonslaget ville påberope seg manglende støtteklosser i motorens forkant. Løland Motorverksted ville da i tilfelle ha fått anledning til å fremkomme med sine anførsler om forholdet, og eventuelt å begjære saken utsatt til innhentelse av nye opplysninger og nye bevis.»³⁹¹

Høyesterett ga klart uttrykk for at avgjørelsesgrunnlaget skulle kvalitetssikres ved å sørge for kontradiksjon. Samtidig var tvml. § 86 andre ledd et konkret utslag av rettens ansvar for å få et best mulig avgjørelsesgrunnlag – altså forsvarlighet. I det videre i avgjørelsen fremheves flere argumenter som indikerte at manglende støtteklosser ikke representerte en mangel ved reparasjonen, og at avgjørelsen derfor var feil. Kontradiksjonen skulle altså sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

³⁸⁸ Lindell 2000 s. 295 flg., Nylund 2006 s. 129 og Clement Salung Petersen, «A Comparative Perspective on Recent Nordic Reforms of Civil Justice», i *The Future of Civil Litigation*, Örebro/Tromsø, 2014 (Petersen 2014) (s. 20-21).

³⁸⁹ En parallell kan her dras til kravet om due process eller procedural fairness som kan forstås i en videre betydning som en refererer til en gruppe («a cluster of») normer, se Galligan 1996 s. 75.

³⁹⁰ I et slikt perspektiv kan forsvarlighetsprinsippet også anses å utgjøre en metanorm eller et metaprinsipp som ligger bak (eller over om du vil) og til en viss grad er styrende for enkelte andre prinsipper.

³⁹¹ Rt. 1963 s. 996 A på s. 999.

Forsvarlighetsprinsippet har særlig blitt påvirket av og hentet inspirasjon fra kravet til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6, en påvirkning som har økt kraftig de siste tiår.³⁹² EMK artikkel 6 inneholder flere av de samme elementer som forsvarlighetsprinsippet, eksempelvis krav til hurtig saksbehandling, partslikhet og nøytrale dommere.³⁹³ Med vedtakelsen av Grunnloven § 95³⁹⁴ må forsvarlighetsprinsippet også fortolkes i lys av denne bestemmelsen. Kravet til forsvarlighet varierer videre med hvilke rettigheter saken gjelder.³⁹⁵ Forsvarlighetsprinsippet kan slik ha ulikt innhold i tvister om rettigheter av grunnleggende karakter og i andre tvister.

Et prinsipp i utvikling, med et sammensatt og skiftende innhold, og med uklare grenser mot andre prinsipper skaper analytiske utfordringer. Forsvarlighetsprinsippet kan fremstå som et tveegget sverd som nærmest slår i hjel sine egne argumenter. Særlig når det kommer til spørsmål om å endre eller utvide påstandsgrunnlag eller bevisstilbud.³⁹⁶ Eksempelvis kan Høyesteretts tilnærming i Rt. 1963 s. 996 A kritiseres for i liten grad å ta hensyn til de kostnader som er forbundet med utsettelse av saken. En for bred tilnærming til forsvarlighetsprinsippet, med elementer av ulike prinsipper, risikerer derfor å bli lite poengtert. I tillegg risikerer fremstillingen å bli gjentakende ved drøftelsen av de øvrige prinsipper. Av den grunn fokuserer jeg her kun på forsvarlighet i *snever forstand*. Med dette menes ikke hensynet til sakens kostnader i form av tid eller penger, hensynet til offentligheten eller hensynsfull behandling av de involverte i saken. Med forsvarlighet i denne sammenheng forstås å skaffe til veie et *best mulig grunnlag* for avgjørelsen.³⁹⁷ Når jeg i fortsettelsen benytter uttrykket forsvarlighet i *snever forstand* er det nettopp

³⁹² Se Skoghøy 2014 s. 520.

³⁹³ Se til illustrasjon A og andre mot Danmark, saksnr. 20826/92, avdeling, avgjørelse av 22. januar 1996, premiss 81, Paulsen-Medalen og Svensson mot Sverige, saksnr. 16817/90, avdeling, avgjørelse av 19. februar 1998, premiss 38-42, Kjølbrot 2010 s. 459 og D.J. Harris, m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009 (Harris m.fl 2009) s. 279-280.

³⁹⁴ Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnloven) § 95.

³⁹⁵ Scanlon 1977 s. 98-99.

³⁹⁶ Se Bylander 2006 s. 339 og 340.

³⁹⁷ Sml. for så vidt de svenske forarbeider som omtaler en målsetning om å komme til «ett avgjørende av hög kvalitet», se prop. 1992/93:216 s. 29.

grunnlaget for avgjørelsen det siktes til. Med forsvarlighet i vid forstand siktes det til alle elementene som normalt inngår i prinsippet.

Flere elementer i tvisteloven søker å ivareta prinsippet. Materiell prosessledelse er et viktig verktøy for å ivareta forsvarlighetsprinsippet, noe ovennevnte kjennelse fra Høyesterett er et eksempel på. Reglene om materiell prosessledelse begrunnes dels i forsvarlighetsprinsippet.³⁹⁸ Dette er også tydelig i tvl. § 11-5 (2) hvor det fremgår at målsetningen med veiledningen er at tvisten skal få en «riktig avgjørelse».³⁹⁹ Tvistelovsutvalget foreslo en annen ordlyd på dette punkt, hvor retten skulle virke for et «forsvarlig grunnlag for avgjørelsen».⁴⁰⁰ Begge formuleringene har en klar henvisning til forsvarlighetsprinsippet.

Lindblom peker på at en mer aktiv «processledning sannolikt vinner beträffande säkerhet, snabbhet och billighet, vilket bidrar till förbättrad funktionsuppfyllelse».⁴⁰¹ Departementet var også inne på denne siden ved den materielle prosessledelse når det fremheves at materiell prosessledelse «kan bidra til å effektivisere rettergangen og sikre riktige avgjørelser».⁴⁰² Det er altså en nær sammenheng mellom prinsippet om forsvarlig saksbehandling, spørsmålet om rettens veiledning og sivilprosessens funksjoner.

Samtidig er det grunn til å understreke at forsvarlighet i både vid og snever forstand også kan tale for å utvise en viss tilbakeholdenhet med å veilede. Viktigst er at veiledningen er korrekt. Grunnlaget for å veilede må derfor være godt. Av denne grunn er det eksempelvis sjelden ønskelig å veilede på en måte som begrenser prosessopplegget tidlig i prosessen, før retten har et forsvarlig grunnlag for å vite hva som er nødvendig og relevant, og hva som ikke er det.

³⁹⁸ NOU 2001:32 A s. 138 andre spalte.

³⁹⁹ Se også NOU 2001:32 B s. 709 andre spalte hvor det fremheves at «retten ved sin materielle veiledning skal legge vekt på å nå frem til en materielt riktig avgjørelse.»

⁴⁰⁰ NOU 2001:32 A s. 26.

⁴⁰¹ Lindblom 2000 s. 301-302.

⁴⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 første spalte.

Siktemålet i det følgende er å klargjøre spørsmålet om veiledning i lys av forsvarlighetsprinsippet i snever forstand. Først er temaet hvordan dommeren tilnærmer seg spørsmålet om et prosessopplegg er forsvarlig.

4.3.2 Nærmere om et forsvarlig grunnlag for en rettsavgjørelse

I snever forstand handler forsvarlighetsprinsippet om å få et *best mulig grunnlag* for avgjørelsen som skal treffes.⁴⁰³ Sett i sammenheng med domstolens rettsbeskyttelsesfunksjon på et individnivå er det en naturlig forventning. Tvisteloven gjennomsyres av bestemmelser som skal bidra til å danne et best mulig avgjørelsesgrunnlag. Her fokuserer jeg kun på dommerens veiledning. At partene som utgangspunkt er gitt ansvaret for å sørge for sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag, kan dels begrunnes i forsvarlighetsprinsippet. Partene kjenner saken best og derfor nærmest å vite hva som er relevant. Samtidig slår ikke denne forutsetningen alltid til. Det er da behovet for veiledning oppstår.⁴⁰⁴

Men hva er det dommeren skal bidra til? Hva menes med best mulig? Flere tolkningsalternativer er mulige. En fortolkning er et faktisk grunnlag som samsvarer med virkeligheten. Slik muliggjøres å komme til et materielt riktig resultat.⁴⁰⁵ I punkt 3.4.1 ble det påvist at en slik forståelse vanskelig kan legges til grunn etter en liberal prosessideologi. En mer konservativ fortolkning er at et best mulig grunnlag er et grunnlag som *kan føre frem*. Et slikt grunnlag er *klart og fullstendig*, altså uten *brister* eller *mangler*. Sistnevnte forståelse hensyntar i større grad partenes autonomi og harmonerer i tillegg bedre med en moderne forståelse av rettsbeskyttelsesfunksjonen. Et fullstendig grunnlag er et grunnlag uten feil og mangler, hvor alle rettslige og faktiske argumenter, og relevante beviser er ført. Disse elementene er også sentrale for et *klart* grunnlag. Men også irrelevante forhold kan gjøre et prosessopplegg uklart. Et klart grunnlag er derfor konsentrert og uten unødig vidløftiggjøring. Slik er det sammenheng mellom rettens bevisavskjæring og prinsippet om

⁴⁰³ Skoghøy 2014 s. 518 og Hov 2010a s. 139.

⁴⁰⁴ Se i samme retning Lotta Maunsbach, *Avtal om rätten till domstolsprövning*, Stockholm, 2015 s. 221.

⁴⁰⁵ Hov 2010a s. 139.

forsvarlig saksbehandling i snever forstand, i tillegg til den videre betydning, som er tema i punkt 4.4.4.

Videre er det naturlig å spørre hvordan dommeren kan bidra til å sikre et best mulig avgjørelsesgrunnlag; hvordan kan dommeren vite om det er behov for veiledning?

For å vurdere om det er behov for veiledning, hvorvidt avgjørelsesgrunnlaget er best mulig, kan det foretas en *preliminær eller foreløpig bedømmelse* av partenes prosessopplegg. En slik vurdering undervegs i prosessen kan klargjøre hvorvidt prosessopplegget er tilstrekkelig klart, eller om det overhodet er mulig å komme til et resultat i samsvar med partens påstand. Det kan også vurderes om andre påstandsgrunnlag burde påberopes eller nye bevis tilbys – altså om prosessopplegget slik det foreligger er hensiktsmessig.

Flere hensyn taler for at retten bør utvise forsiktighet ved slike vurderinger. For *det første* kan retten bli, eller i alle fall fremstå som, partisk som følge av slike vurderinger.⁴⁰⁶ Innvendingen har etter min mening gode grunner for seg. En preliminær vurdering kan ha en viss suggestiv kraft på dommeren, og føre til at bevis og argumenter fortolkes i en viss retning.⁴⁰⁷ Dommeren risikerer dermed at egen forhåndsoppfatning – bevisst eller ubevisst – søkes bekreftet. For *det andre* er det risiko for at bedømmelsen er feil.⁴⁰⁸ Å veilede på grunnlag av en feil vurdering eller oppfatning kan medføre at saken fordyres ved at partene bruker tid på å utrede nye rettslige grunnlag, presenterer nye påstandsgrunnlag, eller sørger for ytterligere bevisføring. Veiledningen kan også føre til at saken får et uriktig resultat. Samtidig er det vanskelig å nekte for at løpende vurderinger av om et krav kan føre frem er en naturlig måte å tilnærme seg en problemstilling på.⁴⁰⁹

Imidlertid burde dette etter min mening ikke medføre at dommeren avstår fra preliminære vurderinger, men i stedet er bevisst hvilke betenkeligheter som slike vurderinger er forbundet med. Av hensyn til en forsvarlig behandling bør dommeren derfor begrense

⁴⁰⁶ Westberg 1988 s. 639.

⁴⁰⁷ Peter Westberg, Hemlighetsmakeri i dömandet», i *Festskrift til Christian Diesen*, 2014, s. 179-205 (s. 185).

⁴⁰⁸ Westberg 1988 s. 640.

⁴⁰⁹ Boman, Robert, Om åberopande och åberopsbörla i dispositiva tvistemål, Stockholm 1964 (Boman 1964) s. 28 og Westberg 1988 s. 640-641.

vurderingen til enkelte forhold i saken. Dommeren bør begrense seg til å vurdere hvorvidt parten overhodet kan få medhold i sin påstand slik søksmålet er lagt opp. Hvis retten finner at parten ikke kan få medhold i søksmålet, er det nødvendig å finne årsaken til dette. Siktemålet må da være å identifisere de situasjoner hvor årsaken skyldes at *prosessopplegget* er *uklart* ved at det har *brister*, er *mangelfullt* eller *ufullstendig*. I vurderingen av om det skal ytes veiledning er en foreløpig vurdering også nærmest en forutsetning for at veiledningen skal fremstå som forsvarlig. Dette gjelder både eksisterende prosessopplegg og det prosessopplegget som dommeren skisserer gjennom veiledningen.

Forsvarlighetsprinsippet og de hensyn som taler mot å foreta foreløpige vurderinger, taler for at retten i utgangspunktet ikke bør vurdere om andre påstandsgrunnlag er mer hensiktsmessige. Heller ikke kvaliteten av beviser bør vurderes preliminært. Dette gjelder i enda sterkere grad under saksforberedelsen hvor grunnlaget for å foreta slike vurderinger er begrenset.

Verken i tvl. § 11-5 eller forarbeidene tas det eksplisitt stilling til slike foreløpige bedømmelser av partenes prosessopplegg. Samtidig legges det i både lovtekst og forarbeider stor vekt på rettens *plikt* til å bidra til klargjøring, noe som også ses i sammenheng med forsvarlighetsprinsippet.⁴¹⁰ En plikt til å identifisere og fjerne uklarheter kan anses å forutsette en vurdering av prosessopplegget som helhet, og dermed også en vurdering av muligheten til å avsi dom i samsvar med partens påstand. Flere steder i forarbeidene fremheves det også at retten bør avgrense veiledningen til forhold av avgjørende betydning for saken.⁴¹¹ Slike vurderinger forutsetter nærmest en prognose av sakens utfall som, kanskje enda tydeligere enn for uklarheter, forutsetter en vurdering av partenes eksisterende prosessopplegg. Sett hen til de hensyn som taler for å vise tilbakeholdenhet med foreløpige vurderinger av prosessopplegget, kan det virke som

⁴¹⁰ Se særlig NOU 2001:32 A s. 138 andre spalte.

⁴¹¹ NOU 2001:32 B s. 709 første spalte og særlig Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 første spalte.

lovgiver her gir for vide rammer for veiledningen, hvilket ikke nødvendigvis tjener en forsvarlig behandling.

Dansk rett inneholder en særegenhet hvor retten – før saken er tatt opp til doms – tilkjenner hva resultatet blir.⁴¹² I særlige tilfeller kan slik tilkjenning også gis under et saksforberedende rettsmøte, selv om retten da må være forsiktig med å ta stilling til spørsmål som er gjenstand for bevisførsel.⁴¹³ Tilkjenninger gis for å gi partene mulighet til å inngå forlik.⁴¹⁴ Tilkjenningen er ikke bindende for retten ved eventuell skriving av dom.⁴¹⁵ En slik tilkjenning forutsetter at retten vurderer saken preliminært. Selv om intensjonen primært ikke er å veilede, er det grunn til å anta at tilkjenningens instituttet medfører en mer aktiv veiledning.⁴¹⁶

I det videre undersøkes nærmere når et prosessopplegg fremstår som uklart.

4.3.3 Et uklart prosessopplegg

4.3.3.1 Å klarlegge og å klargjøre

Romanen *Anna Karenina* starter med følgende påstand: «Alle lykelige familier ligner hverandre; hver ulykkelige familie er ulykkelig på sin egen måte».⁴¹⁷ Underforstått må en mengde forhold foreligge for at en familie skal være lykkelig. Mangler et element er det ingen fullkommen lykke. Overføringsverdien til tvisteprosessen er klar nok: et prosessopplegg kan være uklart av en rekke årsaker.

Forsvarlighetsprinsippet utgjør en vesentlig del av begrunnelsen for rettens plikt til å bidra til å klargjøre partenes prosessopplegg. Klargjøring kan også være i motpartens interesse. Det er lettere å imøtegå klare enn uklare anførsler.⁴¹⁸ I tillegg oppstår det et rom for tolkning av uklare prosessopplegg som kan brukes både til partenes gunst og ugunst.⁴¹⁹ Mest forsvarlig er det uansett å fjerne uklarheten. Etter tvl. § 11-5 (3) skal retten bidra til

⁴¹² Lars Lindencrone Petersen og Erk Werlauff, *Civil-, faged-, skifte- og straffeprosessen*, 6. utgave, København 2014 (Petersen & Werlauff 2014) s. 340.

⁴¹³ W.E. von Eyben, *Dommertilkenninger*, København 1987 (von Eyben 1987) s. 136-137.

⁴¹⁴ Gomard & Kistrup 2013 s. 634 og Betænkning 2001 nr. 1401 s. 172 første spalte.

⁴¹⁵ Petersen & Werlauff 2014 s. 341.

⁴¹⁶ Se i samme retning von Eyben 1987 s. 136-137.

⁴¹⁷ Tolstoj 2013 (I norsk oversettelse). Jared Diamond kaller dette ironisk nok «*Anna Karenina*»-prinsippet, se Jared Diamond, *Guns, Germs and Steel: the fates of human societies*, New York 1997 s. 167.

⁴¹⁸ Boman 1964 s. 29.

⁴¹⁹ Westberg 1988 s. 651-652.

at «tvistespørsmål blir klarlagt», samt at «påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort». Men hva menes med å klarlegge og å klargjøre? Dette er sentralt da rettens plikt til å bidra i stor grad følger disse verbene. Synonymer av klar, klarlegge og klargjøre er blant flere å belyse, forklare, gjøre forståelig, skarp, gjennomiktig, tydelig og ferdig.⁴²⁰ Dette gir noe til sammenhengen; retten skal bidra til å gjøre tvisten forståelig og tydelig. Samtidig er klarlegge og klargjøre relativt generiske uttrykk. Uten at ordvalget nødvendigvis har vært tilfeldig, er det heller ikke grunn til å vektlegge selve ordene for tungt.

En kontekstuell fortolkning kan bringe oss nærmere. Det kan være verdt å se hen til tilsvarende bestemmelser andre steder. Selv om grensene for veiledning er ulike, kan uttrykksformen bidra til å belyse hva som søkes avhjulpet. Den tidligere tvml. § 86 andre ledd benyttet «klare og fuldstændige». Den svenske rättegångsbalken § 42:8 og 43:4 bruker «klarlagda» og «otydeligheter och ofullständigheter». I den danske retsplejeloven § 339 første stykket fremheves at retten kan avhjelpe «uklare eller ufuldstændige» anførsler. I tysk ZPO § 139 (1) fremheves det som forventes fremlagt i en sak og rettens ansvar for å bidra: «vollständig über alle ... Tatsachen erklären». Med dette forstås at retten har en plikt til å bidra til klargjøring av faktum.⁴²¹

Kontekstuellet fortolket kan det i stedet spørres *hva* som kan klarlegges eller klargjøres ved behandlingen av en rettstvist. Fra et annet perspektiv er spørsmålet følgende: *Hva* kan være uklart i et prosessopplegg? Overordnet er svaret at prosessopplegget kan være uklart på grunn av at det mangler påstand, påstandsgrunnlag eller bevis, eller det kan være manglende sammenheng mellom disse elementene. Uklarheten kan også skyldes fremstillingen, enten på grunn av manglende sammenheng mellom en parts prosesskriv og det som fremføres under den muntlige behandlingen eller at fremstillingen – muntlig eller skriftlig – i seg selv er uklar. Disse går jeg løs på hver for seg.

⁴²⁰ Se Ragnvald Taule, *Escolas ordbok*, 5. utgave 1. opplag, 2005 s. 166 og Yann De Caprona, *Norsk etymologisk ordbok*, Oslo 2013 s. 100, 328 og 1564.

⁴²¹ Se Murray & Stürner 2004 s. 169 og Musielak 2005 § 139 nr. 3.

4.3.3.2 Uklare påstander

I ytterst sjeldne tilfeller kan påstand mangle. Mer vanlig er det nok at det nedlegges påstand det ikke kan fås medhold i. Enten fordi den ikke er konkret nok, eller fordi retten ikke har adgang til å avsi dom i henhold til påstanden slik at den mangler rettslig interesse etter tvl. § 1-3. Prosessuelle begrensninger kan medføre avvisning når påberopt rettsregel for så vidt hjemler påstått rettsvirkning, men retten ikke har kompetanse til å avsi dom i samsvar med påstanden. Eksempevis ved søksmål mot et forvaltningsorgan om utøvelse av offentlig myndighet hvor det er nedlagt påstand om at forvaltningsorganet må treffe vedtak med nærmere angitt innhold. Det kan være situasjonen når parten legger ned påstand om å ha krav på en konkret trygdeytelse, eller ved påstand om å skulle gis tillatelse til å iverksette forurensende tiltak eller liknende.

I alle slike tilfeller har retten en plikt til å veilede.⁴²² Søksmål med slike påstander må avvises ex officio av retten. Situasjonen ligger i skjæringspunktet mellom materiell og prosessuell veiledning, hvilket er et ytterligere argument for en plikt til å veilede.⁴²³

Mangler ved påstandsgrunnlaget kan også føre til at en part ikke kan få medhold. Dette ved at påstandsgrunnlag ikke er påberopt i det hele tatt, eller ved at momenter ved det ikke er påberopt.

Manglende sammenheng mellom påstanden og påstandsgrunnlaget kan også føre til usikkerhet om påstanden. Eksempelvis kan påstandsgrunnlaget ikke hjemle den rettsvirkning det er nedlagt påstand om.⁴²⁴ En slik situasjon oppstår nok oftere i søksmål om å erlegge speciesytelser eller i fastsettelsessøksmål enn hvor tvisten handler om plikt om betaling av et beløp. Et noe banalt eksempel er hvis en part har nedlagt påstand om eiendomsrett med grunnlag i en bestemmelse som kun hjemler bruksrett, for eksempel

⁴²² Se til eksempel Rt. 1995 s. 1120 U på side 1122.

⁴²³ Nærmere om dette i punkt 5.2.

⁴²⁴ Westberg 1988 s. 581.

hevdsloven §§ 7 jf. 2 til 6.⁴²⁵ En slik feil kan skyldes feilskrift, noe det er både enkelt og naturlig å avklare gjennom veiledning.

4.3.3.3 Uklare påstandsgrunnlag

I tillegg til de uklarheter ved påstandsgrunnlaget som skyldes begrepet i seg selv,⁴²⁶ kan også partens forståelse av begrepet, eller forståelse av påstandsgrunnlaget i den aktuelle saken medføre uklarheter. Det er flere grunner til et behov for rettens bidrag i å klargjøre påstandsgrunnlaget.

For *det første* kan partene ha en uklar forståelse av gjeldende rett på området, noe som medfører et uklart påstandsgrunnlag. De faktiske forholdene en part påberoper har grunnlag i et sett rettsregler. Påstandsgrunnlaget kan altså sies å ha en rettslig og en faktisk side. For å tydeliggjøre skillet mellom de omstendigheter som rettsregelen krever for at en rettsvirkning skal inntreffe og de faktiske omstendigheter som faktisk foreligger, skiller blant annet Lindell og Lindblom mellom *abstrakte* og *konkrete* rettsfakta.⁴²⁷ Mellom disse er det en nær sammenheng. Rettsregelen kan ikke fastsettes uavhengig av de faktiske omstendigheter, og de faktiske omstendigheter kan ikke forstås eller fortolkes uavhengig av rettsreglene. Søken etter faktiske omstendigheter påvirkes av innholdet i rettsregelen, og motsatt; de konkrete faktiske omstendigheter styrer valget av rettslig grunnlag for påstanden. Dette beskrives som en vekselvirkning.⁴²⁸ Zahle uttrykker dette ved følgende:

⁴²⁵ Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova). Eller i avtaleforhold hvis det påstås at en hel låneavtale skal komme til opphør som følge av mislighold, men avtalen kun hjemler krav på oppfyllelse.

⁴²⁶ Se nærmere punkt 2.4.

⁴²⁷ Lindell 1987 s. 27 og Lindblom 2006 s. 167. I norsk teori har enkelte benyttet begrepene rettsvilkår og rettsvirkning om henholdsvis de abstrakte og konkrete rettsfakta, se Strandberg 2012 s. 51. Andre skiller ikke mellom abstrakt og konkret rettsfakta. Se til eksempel Aasland 1967 s. 186 som beskriver rettsfakta på følgende måte: «Med rettsfakta siktes det til slike fakta som har umiddelbare rettslige følger – er betingelser or at en bestemt rettsregel kommer til anvendelse». Beskrivelsen før tankestreken refererer til de konkrete rettsfakta, beskrivelsen etter til de abstrakte rettsfakta. Andre igjen har kritisert dikotomien rettsfakta bevisfakta, se Jerkø 2015 s. 88-89.

⁴²⁸ Se Magnus Aarbakke, «Harmonisering av rettskilder», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1966 s. 499-518 (s. 516-517), Zahle 1976 s. 32, Bengt Lindell, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1986 s. 36, Eckhoff & Helgesen 2001 s. 34, Lindell 2006 s. 166-167 og Jerkø 2015 s. 91 og 97 flg. Vekselvirkningen kan også ses som et uttrykk for en hermeneutisk forståelsessirkel, se Bengt Lindell, *Notorit et och kontradiktion*, Uppsala 2007 s. 27-28.

«”Sagens fakta” kan ikke generelt defineres uafhængigt af normsystemet. Sagens fakta erkendes “igennem” de materielle regler». ⁴²⁹

Av denne grunn er det vanskelig å opprettholde et absolutt skille mellom faktum og juss. ⁴³⁰ Plikten til å tolke og anvende retten medfører også et visst ansvar for sakens faktiske side, og da til å veilede. ⁴³¹

På grunn av denne vekselvirkningen påvirker uriktig, nyansert eller ufullstendig forståelse av innholdet i en rettsregel hvilke faktiske omstendigheter en part påberoper seg. Det påvirker også hva parten innretter bevisførselen mot. Dommeren bør gjennom veiledning søke å sikre at forståelsen av rettsreglene er korrekt. Helst bør dette sikres på et så tidlig stadium i prosessen som mulig, og derfor er det uheldig at inngående behandling av sakens rettslige side etter norsk prosess først er forutsatt å foregå sent under hovedforhandlingen, ved sakens avslutning. Risikoen for slike feil er riktignok liten når de aktuelle rettsreglene er enkle, men for mer sammensatte, ulovfestede, skjønnspregede eller dynamiske rettsregler, kan utfordringen med å påberope et korrekt, nyansert og fullstendig påstandsgrunnlag være betydelig. For selvprosederende parter kan fastleggingen av innholdet i rettsregler være en stor utfordring – selv for enklere rettsregler. ⁴³²

For *det andre* kan det være grunn for dommeren til å avklare hvilke deler av påstandsgrunnlaget som er omtvistet og for hvilke deler retten kan legge en felles forståelse til grunn. ⁴³³ Dette er også fremhevet som del av rettens klargjørende virksomhet i tvl. § 11-5 (3) hvoretter «tvistespørsmålene» skal klarlegges. Det er kun for omtvistede rettsvilkår det er nødvendig å føre bevis om og foreta en bevisvurdering av. ⁴³⁴ Dette poenget har en side til konkretisering av påstandsgrunnlaget. Er påstandsgrunnlaget for generelt angitt, er det vanskelig for motparten å ta stilling til hva det er enighet om og ikke.

⁴²⁹ Zahle 1976 s. 31.

⁴³⁰ Damaska 1986 s. 114, Jolowicz 2000 s. 195 flg. og Carsten Smith, *The Relation Between Proceedings and Premises*, Oslo 1962 s. 104-105.

⁴³¹ Etter tvl. § 11-3 andre punktum har retten ansvar for å sørge for et *betryggende avgjørelsesgrunnlag*. I forarbeidene vises det her til adgangen til å føre bevis for rettsspørsmål, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 405. Det ble neppe tenkt på sammenhengen mellom faktum og juss, men gir like fullt mening også i en slik kontekst.

⁴³² Se nærmere i punkt 8.2, særlig 8.2.4.

⁴³³ Slik som forutsatt i Rt. 1983 s. 1418 U på s. 1420.

⁴³⁴ Strandberg 2012 s. 411 og Lindblom 2006 s. 200.

Om påstandsgrunnlaget kun angis som krav om skadeerstatning for en nærmere angitt hendelse, er det vanskeligere å ta stilling til, enn om påstandsgrunnlaget angis mer konkret, hvor hendelsesforløpets springende punkter er knyttet opp mot de rettslige vilkårene for skadeerstatning.

For *det tredje* kan det oppstå behov for klargjøring av påstandsgrunnlaget ved manglende sammenheng mellom bevistemaene og beviskravstemaet. Poenget har nær sammenheng med vekselvirkningen mellom faktum og juss, særlig ved uriktig forståelse av rettsreglene. Poenget er særlig aktuelt ved komplekse rettsfakta, hvor det kan være usikkert hvilke faktiske omstendigheter som er relevante under beviskravstemaet. Særlig gjelder dette ved ulovfestet rett, rettslige standarder og for skjønsmessige vurderinger. I slike situasjoner er potensielt en rekke omstendigheter av betydning. Etter min mening bør dommeren utvise en liberal holdning med hensyn til hvilke omstendigheter som potensielt er relevante i slike tilfeller og derfor i liten grad begrense partenes prosessopplegg. Samtidig må en viss grad av edruelighet med hensyn til relevans forventes, noe dommeren gjennom prinsippet om aktiv saksstyring har en forsterket forventning om å ivareta.

Behovet for avklaring fram til nå har særlig handlet om situasjonen under saksforberedelsen. Under hovedforhandlingen kan det også oppstå behov for klargjøring av påstandsgrunnlaget. Et *fjerde* poeng er da at det kan oppstå uklarhet som følge av manglende sammenheng mellom det som faktisk fremkommer under bevisførselen og det bevistemaene har søkt å sannsynliggjøre. Slikt avvik kan normalt tas til inntekt for at de omstendigheter en part har anført at foreligger, ikke gjør det. Manglende sammenheng kan imidlertid også indikere at andre påstandsgrunnlag er relevante, noe som kan skape behov for klargjøring.

4.3.3.4 Rettens supplerende bevisførsel

Et forhold krever særlig omtale i sammenheng med et uklart prosessopplegg. Etter tvl. § 21-3 (2) har retten, avhengig av om saken er indispositiv eller ikke, henholdsvis plikt eller adgang til å sørge for bevisførsel på eget initiativ. Som bestemmelsen selv indikerer, er den

til stor grad begrunnet i prinsippet om forsvarlig saksbehandling og et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

Sammenhengen mellom å sørge for bevisførsel og å veilede er klar. For *det første* kan retten før den selv sørger for bevisføring, gjennom veiledning oppfordre partene til selv å gjøre det.⁴³⁵ Plikten til å sørge for bevis gir dermed samtidig en oppfordring til å veilede. For *det andre* representerer rettens iverksettelse av bevisføring i seg selv veiledning. Dommeren angir hva som anses som sentralt og samtidig mangelfullt eller uklart, og hva partene derfor bør fokusere på og klargjøre. Tvisteloven § 21-3 (2) gir derfor også innsikt i grensene for rettens veiledning om alternativ bevisførsel.⁴³⁶

I tvistelovens forarbeider antydes også den nære sammenhengen mellom materiell prosessedelse og rettens adgang til å supplere bevisførselen. Dette særlig når det vises til at de samme momenter for spørsmål om plikt til å veilede er relevante for vurderingen av plikt til å supplere bevisførsel i dispositive saker.⁴³⁷

På samme måte som for veiledning følger plikten til å sørge for bevisførsel grensen mellom dispositive og indispositive saker. Enkelte ganger eksisterer det imidlertid en plikt til å sørge for bevis også i dispositive saker. Denne grensen er gjenstand for undersøkelse i det følgende.

Høyesterett har i en rekke avgjørelser slått fast at det eksisterer en plikt til å sørge for bevis. Et gjentakende moment i avgjørelsene er omstendighetens betydning for avgjørelsen. I samtlige avgjørelser er plikten knyttet til *omstendigheter* av avgjørende betydning for de presenterte påstandsgrunnlagene. Enkelte ganger er det et konkret bevis retten har plikt til å sørge for. For eksempel ble fraværet av en selvangivelse eller næringsoppgave tillagt avgjørende vekt i Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1979 s. 216.⁴³⁸ Saken gjaldt tvangsauksjon med grunnlag i moms krav etter salg av tømmer. Samtidig er det ikke nødvendigvis et konkret bevis retten må sørge for. Retten kan også ha en plikt til å belyse

⁴³⁵ Schei m.fl. 2013b s. 786. Se også Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1979 s. 216 på side 217, hvor selv å sørge for bevisføring og veiledning pekes på som som alternativer for domstolen.

⁴³⁶ Også rettens adgang til å oppnevne sakkyndig etter tvl. § 25-2 kan ses i et slikt perspektiv. Retten har etter forholdene plikt til å oppnevne slik, se Rt. 2014 s. 1334 U.

⁴³⁷ Se NOU 2001:32 B s. 946.

⁴³⁸ Saken gjaldt tvml. §§ 402 jf. 190, som tvl. § 21-3 (2) er en videreføring av, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 454 første spalte.

en omstendighet.⁴³⁹ Omstendigheten må være konkretisert. Jo mindre konkret en omstendighet er, dess vanskeligere er det for retten å bidra til å belyse den. I tillegg er det lite naturlig å karakterisere en ikke konkretisert omstendighet som avgjørende.

Idet sakens betydning for parten er av betydning for kravet til forsvarlighet, er det også av betydning for spørsmålet om plikt til å sørge for bevisførsel.⁴⁴⁰ I Høyesteretts kjennelse i Rt. 1979 s. 216 påpekte mindretallet som argument mot plikt til å innhente bevis at det var en «liten sak hvor ingen vitale interesser sto på spill».⁴⁴¹ Samtidig er momentet ikke entydig. Kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i Rt. 1993 s. 647 U gjaldt søknad om arbeidstillatelse og dermed retten til opphold i Norge, men Høyesterett fant ikke at lagmannsretten hadde plikt til å innhente ytterligere opplysninger i saken. Retten til opphold i riket er utvilsomt av stor velferdsmessig betydning.

Hvorvidt parten er selvprosederende eller ikke vektlegges tidvis, men momentet er ikke entydig. I kjennelse inntatt i Rt. 1984 s. 1456 U vektla ikke Høyesterett at parten var selvprosederende, men i kjennelse inntatt i HR-1992-189 K var det av betydning.⁴⁴² Tvl. § 11-5 (6) innebærer at momentet i dag alltid vektlegges.

I en videre forståelse av forsvarlighet er også tids- og ressursbruk av betydning. Normalt er ressursbruk et argument mot veiledning. I eksempelvis Rt. 1979 s. 216 U ble det fremhevet at en forespørsel om et bevis ønskes ført kunne gjøres «uten tidstap eller uleilighet». I andre avgjørelser er momentet fraværende selv om det er klart at ytterligere undersøkelser vil medføre utsettelse.

Samlet viser avgjørelsene at det som den klare hovedregel ikke eksisterer noen plikt for retten til å sørge for bevis. Høyesterett har gitt uttrykk for dette ved at «helt spesielle omstendigheter» må foreligge for å anse en plikt å foreligge.⁴⁴³ Videre er det aldri snakk

⁴³⁹ Se eksempelvis Rt. 1982 s. 239 U og Rt. 1950 s. 981 U.

⁴⁴⁰ Momentet ble også vektlagt av Tvistemålsutvalget og har sammenheng med at kravet til forsvarlighet kan være av ulik styrke i ulike typer saker, se NOU 2001:32 B s. 946 andre spalte. Jeg kommer nærmere inn på momentet sakens betydning i punkt 4.4.2.

⁴⁴¹ Se Rt. 1979 s. 216 U på s. 218. Se også Rt. 1984 s. 1456 U.

⁴⁴² Se nærmere om dette i punkt 8.2.

⁴⁴³ Se Rt. 1979 s. 216 U. Utsagnet er gjentatt i Rt. 1993 s. 647 U og Rt. 1992 s. 744 U.

om noen plikt utenfor de påstandsgrunnlag og bevistema som partene har etablert. Dette er også naturlig all den tid beviset forutsettes å være nærliggende slik saken er presentert.

Sentralt, nærmest altoverskyggende, synes å være omstendighetens betydning for avgjørelsen. Sett i lys av ønsket om et best mulig avgjørelsesgrunnlag er dette naturlig. Parallellen til forsvarlighetsprinsippet er særlig klar i kjennelse inntatt i Rt. 1992 s. 744 U. I en sak om utlegg i kjøretøy var det uklart hvor kjøretøyet befant seg, og dermed også uklart hvilken namsmann som skulle holde utlegget. Etter dagjeldende tvangsfullbyrdselseslov skulle utleggsforretningen holdes hvor godset – altså kjøretøyet – var. Selv om lagmannsretten var gjort kjent med at bilen var i Sverige, ba de ikke om dokumentasjon på hvorvidt den befant seg der eller på Nøtterøy. Dette til tross for at slik dokumentasjon eksisterte. Avgjørelsesgrunnlaget kunne da neppe karakteriseres som forsvarlig.

Selv om det er store likheter mellom dommerens adgang og unntaksvise plikt til å sørge for bevis og dommerens veiledning, er ikke grensene nødvendigvis sammenfallende. Forsvarlighetsprinsippet er av lik relevans og vekt i bestemmelsene, men inngrepet i partenes autonomi er ulikt. Etter tvl. § 21-3 (2) må partene aktivt motsette seg dommerens initiativ for å stoppe beviset dommeren ønsker ført. Passivitet er ikke tilstrekkelig.⁴⁴⁴ Veiledning etter tvl. § 11-5 kan partene velge å følge. Veiledningen tvinger ikke partene til å foreta prosesshandlinger og endrer ikke saken uten at partene selv ønsker det. Det er også grunn til å merke seg at Høyesterett aldri har etablert en plikt til å sørge for bevisførsel utenfor rammene av partenes bevistema. Dette i motsetning til materiell prosessledning, hvor det er flere eksempler på en plikt til å veilede, også om andre bevistemaer enn de partene har oppstilt.⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ NOU 2001:32 B s. 946.

⁴⁴⁵ Rt. 1963 s. 996 A er et eksempel.

4.3.4 Alternative prosessopplegg

4.3.4.1 Andre påstander, påstandsgrunnlag eller bevis enn partenes

Til nå har fokuset vært rettens plikt til å bidra til å avklare uklarheter i partenes prosessopplegg. En forutsetning har vært at klargjøringen har foregått innenfor rammen av partenes eksisterende prosessopplegg. Å ivareta forhandlingsprinsippet ved å skaffe et best mulig avgjørelsesgrunnlag kan også innebære at retten ikke bare bidrar til å klargjøre det eksisterende, men også veileder om alternative påstander, påstandsgrunnlag, bevisemaer eller bevis. En slik inngripen fra rettens side kan i større grad karakteriseres som veiledning enn klargjøring. Spørsmålet i det videre er om forsvarlighetsprinsippet kan begrunne veiledning utenfor rammene av partenes prosessopplegg.

Det er langt fra like klart at forsvarlighetsprinsippet omfatter en adgang til slik veiledning som til klargjøring av uklarheter. Et klart avgjørelsesgrunnlag er nødvendig for en forsvarlig behandling av saken. Det samme kan neppe sies om eksempelvis et alternativt abstrakt påstandsgrunnlag. Utstrakt veiledning om et alternativt avgjørelsesgrunnlag representerer en større inngripen i partenes prosessopplegg.⁴⁴⁶ Risikoen for å komplisere, fordyre eller forsinke prosessen er større utenfor rammene av partenes prosessopplegg.⁴⁴⁷ Videre er risikoen for at veiledningen er uriktig større. Alle disse forhold har å gjøre med forsvarlighet og taler for å utvise tilbakeholdenhet.

Utenfor forsvarlighetsprinsippet er det et poeng at utstrakt veiledning med henblikk på et alternativt prosessopplegg harmonerer dårlig med en moderne forståelse av rettsbeskyttelsesfunksjonen. I litteraturen har det også vært vist til at det i større grad kan stilles spørsmål ved rettens upartiskhet ved slik veiledning og at tilbakeholdenhet i veiledningen i større grad premierer den gode advokaten.⁴⁴⁸ Endelig er slik veiledning også mindre forenlig med partenes autonomi enn klargjøring av eksisterende prosessopplegg.

Totalt sett er derfor begrunnelsen for veiledning svakere enn for klargjøring. En stor del av dette bygger på forsvarlighetsprinsippet.

Dette gjenspeiles også i tvl. § 11-5, hvor det ikke oppstilles en like streng norm for veiledning utenfor som innenfor partenes prosessopplegg. Retten «kan» etter

⁴⁴⁶ Anders Bratholm og Jo Hov, *Sivil Rettergang*, 5. opplag, Oslo 1987 s. 348.

⁴⁴⁷ Se Westberg 1988 s. 585.

⁴⁴⁸ Se Westberg 1988 s. 585 og Boman 1964 s. 38-39.

bestemmelsens fjerde ledd veilede om forhold som «synes å være» av betydning. Retten har adgang, ikke plikt til slik veiledning. I neste punkt skal vi imidlertid se at skillet mellom adgang og plikt ikke følger skillet mellom klargjøring og veiledning absolutt.

Men *hva* kan det veiledes om? Adgangen kan forstås i en begrenset kontekst, hvor det refererer til det allerede anførte. Flere uttalelser i forarbeidene kan tas til inntekt for en slik forståelse. Tvistemålsutvalget fremhever eksempelvis at retten «bør forankre slik veiledning i det partene har opplyst og anført».⁴⁴⁹ Videre fremheves i denne sammenheng at:

«Når retten ut i fra det faktum som partene har beskrevet, ser at andre påstandsgrunnlag synes nærliggende, bør retten spørre om vedkommende påstandsgrunnlag påberopes».⁴⁵⁰

Alternative påstandsgrunnlag må altså fremstå som *nærliggende* ut i fra det allerede presenterte.⁴⁵¹ En slik forståelse harmonerer bedre med rettsbeskyttelsesfunksjonen; det sentrale er å virkeliggjøre partenes anførsler. Videre reduseres risikoen for feil eller fordyrende veiledning ved å kun veilede om forhold som fremstår som nærliggende. Etter min mening bør en lik vurderingsnorm benyttes for spørsmålet om veiledning om alternative krav, påstander, bevistemaer eller alternative beviser.

Men *når* er et krav, en påstand, et påstandsgrunnlag, et bevistema eller bevis nærliggende? Først av alt er det grunn til å påpeke at grensen mellom et uklart prosessopplegg og et nærliggende prosessopplegg er flytende, slik at også spørsmålet om veiledning om nærliggende prosessopplegg vil bero på eventuelle uklarheter. Tilgrensende eller overlappende krav, påstandsgrunnlag eller bevistemaer som følge av de uklare grenser som eksisterer for kravsbegrepet og påstandsgrunnlaget, må også anses som nærliggende.⁴⁵² Disse er det derfor god grunn til å veilede om. Videre aktualiserer veiledning om nærliggende krav eller påstandsgrunnlag også veiledning om alternative bevistemaer. I tillegg kan alternative bevistemaer under de påstandsgrunnlag partene har fremmet etter

⁴⁴⁹ NOU 2001:32 A s. 139 andre spalte.

⁴⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406-407.

⁴⁵¹ I Rt. 1963 s. 996 A var situasjonen nettopp at lagmannsretten bygget på et nærliggende alternativt påstandsgrunnlag, men partene ble ikke forespeilet dette.

⁴⁵² Se nærmere henholdsvis punkt 2.2 og 2.4.

forholdene være nærliggende. Til sist er reglene om rettens supplerende bevisførsel av betydning for spørsmålet om veiledning om alternative bevis. Dette gjelder særlig under de bevistemaer som parten har fremmet.

4.3.4.2 Det normale som sammenligningsgrunnlag

En forutsetning for å veilede om alternative prosessopplegg er at veiledningen fremstår som nærliggende ut i fra det eksisterende. En slik tilnærming ivaretar i stor grad partenes autonomi.

En annen tilnærming til veiledning om alternative prosesshandlinger er også mulig. Retten kan ved vurderingen av om det skal veiledes ta utgangspunkt i det som normalt foreligger i en slik type sak. Dommeren vurderer slik behovet for veiledning opp mot en normalsituasjon: de påstander som normalt nedlegges i en gitt type sak, de abstrakte påstandsgrunnlag som vurderes og eventuelt påberopes i et gitt sakskompleks, eller de bevistemaer eller bevis som normalt presenteres i en gitt sammenheng.

Bak denne tilnærmingen ligger forutsetningen om at tvister normalt prosederes og avgjøres på en forsvarlig måte. Det normale er forsvarlig.

Flere innvendinger kan imidlertid rettes mot en slik tilnærming. Det kan oppstå en risiko for at det særegne eller spesielle i en sak overses av dommeren. Mot dette kan det innvendes at det nettopp gjennom veiledning om det normale gis anledning til å fremheve eller understreke det spesielle i saken. En mer tungtveiende innvending er at spørsmålet om veiledning i større grad beror på dommerens erfaring.⁴⁵³ Hvor forsvarlig en sak behandles kan dermed variere med hvilke(n) dommer(e) som er tildelt saken. Av denne grunn har det også vært hevdet at saksforberedelsen bør foretas av erfarne dommere. De har erfaring med hva som vanligvis påberopes.⁴⁵⁴

⁴⁵³ Se for svensk retts vedkommende SOU 1982:26 s. 125 hvor det poengteres at «en skyldighet av sådan omfattning skulle ställa altför höga krav på domarens fantasi och kunskaper».

⁴⁵⁴ Proposisjon 1971:45 s. 103.

En slik tilnærming har vært vurdert i Sverige. I den anledning har Lindell forsøkt å kombinere det nærliggende og det som pleier å foreligge på følgende måte:

«Det brukliga kan visserligen, om det rör sig om något mycket vanligt förekommande, utgöra en särskild anledning till att fråga».⁴⁵⁵

Lindell konkluderer imidlertid med at veiledningen som utgangspunkt må ha «konkret stöd i processmaterialet».⁴⁵⁶ Etter min mening er Lindells poeng godt. Det som pleier å foreligge i en sak, det normale, er også nærliggende. Det normale er også vanligvis av avgjørende betydning for sakens avgjørelse. Slik er det som normalt fremkommer i en sak uansett en rettesnor for rettens veiledning. Når det normale ikke foreligger bør retten få klarhet i årsaken til det.

Forholdet til det som normalt er med i et prosessopplegg er ikke eksplisitt drøftet i tvistelovens forarbeider. Det åpnes imidlertid flere steder for å veilede om:

«Hva rettsregelen går ut på, eller hvordan den kan tenkes å skulle forstås, og hvilke av de faktiske omstendigheter som kan se ut til å utløse den virkning som er beskrevet i rettsregelen».⁴⁵⁷

Ved veiledning om det generelle innholdet i rettsregler er det også naturlig å komme inn på hvilke bevis som bruker foreligge, eller hvilke påstander som normalt nedlegges. Det er altså grunnlag for å hevde at det skal tas hensyn til hva som normalt foreligger når veiledning vurderes, noe som etter min mening bør benyttes.

4.4 Proporsjonalitetsprinsippet

4.4.1 Nærmere om prinsippet

Proporsjon er et likt forhold mellom to størrelser. Størrelsene er like store eller samsvarer; det er balanse. I sivilprosessuell sammenheng innebærer proporsjonalitetsprinsippet at det

⁴⁵⁵ Lindell 1988 s. 20.

⁴⁵⁶ Lindell 1988 s. 20.

⁴⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 første spalte. Tvistemålsutvalget kan i NOU 2001:32 B s. 709 andre spalte forstås i samme retning. De går ikke like langt som departementet.

skal være et rimelig forhold mellom betydningen av en rettstvist og de ressurser som brukes på å løse den.⁴⁵⁸

Proporsjonalitetsprinsippet har nær sammenheng med forsvarlighetsprinsippet, og kan nærmest sies å være en side ved forsvarlighetsprinsippet i vid forstand. Prinsippet finner også deler av sin begrunnelse i det samme krav til legitimitet som forsvarlighetsprinsippet. Proporsjonalitet er av særlig betydning for domstolens konfliktløsningsfunksjon. Uten et rimelig samsvar mellom tvistens betydning og ressursbruken ved løsningen av den, vil individer søke å løse sine konflikter på annen måte enn ved domstoler.⁴⁵⁹ Indirekte blir dermed også rettsbeskyttelsesfunksjonen og den samfunnsmessige interesse i rettsavklaring, rettsutvikling og kontroll skadelidende. At offentlige midler til drift av domstoler brukes så effektivt som mulig er også et argument for fokus på proporsjonalitet i prosessen.⁴⁶⁰

Selv om prinsippbetegnelsen er av nyere karakter, har det lenge vært fokus på ressursbruk.⁴⁶¹ Så også i forbindelse med Tvistemålsreformen.⁴⁶² Fokus på betydningen av bruk av tid og penger i rettsprosesser har vært økende, også i andre land.⁴⁶³ Dette kan ses i sammenheng med kravet om *access to justice* og for Europas vedkommende, *EMK*.⁴⁶⁴

På 70- og 80- tallet ble det utviklet teorier som bygget på at tilgangen til rettsbeskyttelse måtte være reell.⁴⁶⁵ Forhold som forhindret reell rettsbeskyttelse ble undersøkt, særlig kostnadene forbundet med rettergang, ressursmessig – økonomisk og kunnskapsmessig ulikhet, diffuse interesser og tidsfaktoren.⁴⁶⁶ Det økende behovet for eksperter grunnet økende spesialisering i

⁴⁵⁸ Se tvl. § 1-1- og Skoghøy 2014 s. 554.

⁴⁵⁹ Se i samme retning Lindblom 2000 s. 261 og for ankebehandlings vedkommende i Nylund 2006 s. 124.

⁴⁶⁰ Bylander 2006 s. 365.

⁴⁶¹ I Bratholm & Hov 1973 s. 30 gjør det del av kravet til en god prosessordning, i Skoghøy 1998 s. 435-436 del av konsentrasjonsprinsippet. Proporsjonalitet var også sentralt i Tvistemålsloven, se Solem 1918 s. 17.

⁴⁶² Mangelen på proporsjonalitet av Tvistemålsutvalget pekt på som ett av 20 forhold som begrunnet behov for reform, se særlig NOU 2001:32 A s. 83 og 111 flg. og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 35.

⁴⁶³ Se generelt Uzelac 2014 s. 11-12. Se også Lord Woolfe Report seksjon 1 avsnitt 2, Petersen 2014 s. 20-21 og s. 23-24, Marcus 2014 s. 136. Motsatt for Italias vedkommende, se Silvestri 2014 s. 97.

⁴⁶⁴ Se Neil Andrews, *Principles of Civil Procedure*, London 1994 (Andrews 1994) s. 29. Se også Pedersen 2014 s. 14 og s. 74 flg., og Nylund 2006 s. 122.

⁴⁶⁵ Begrepet «access to justice» har også blitt gitt andre forståelser. Her bygges det på Mauro Cappelletti og Bryan Garth, *Access to Justice* vol. 1, a World Survey, Firenze 1978 (Cappelletti & Garth 1978) s. 6-8. Noe annerledes, se Geir Sviggum og Line Ravlo-Losvik, «Access to justice», i *Rettsikkerhet fra kyst til vidde*, *Festskrift til Jusshjelpe i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009, s. 343-367 (s. 343-344).

⁴⁶⁶ Lindblom 2000 s. 311-312, Nylund 2006 s. 121.

samfunnet ble og pekt på som en faktor.⁴⁶⁷ Debatten har foregått i ulike bølger, hvor det ble fokusert på kostnader og behovet for retts hjelp i vid forstand, kollektive og fragmentariske rettigheter, og alternative tvisteløsningsmekanismer.⁴⁶⁸ I litteraturen er det også hevdet at enkelte sider ved access to justice er av menneskerettslig karakter.⁴⁶⁹

Teoriene om access to justice har påvirket flere lands prosessordninger betydelig. Eksempelvis fokuserer den engelske prosessreformen som ledet til lovendring i 1998 i stor grad på problemene ved access to justice.⁴⁷⁰ Tvisteloven er også tydelig påvirket, noe som har kommet til uttrykk i tvl. § 1-1 (2).

Proporsjonalitetsprinsippet må også ses i sammenheng med økt fokus på likebehandling av partene. En side ved likebehandlingsprinsippet er at ulikhet i ressurser i en viss utstrekning skal søkes avhjulpet.⁴⁷¹

I den ene vektskålen er ressursbruken. Med *ressurser* forstås både tid og penger. Dette representerer kostnadssiden ved å løse konflikter ved domstolene. *Den totale ressursbruk* er avgjørende. Å engasjere advokater og domstolen er kostbart. Utsettelse for å utrede konkrete påstandsgrunnlag eller innhenting av bevis er kostbart, men det er også ankebehandling på grunn av feil ved avgjørelsen eller en utilfredsstillende saksbehandling. For spørsmålet om veiledning er prinsippet derfor ikke entydig.

For mange representerer det en psykisk belastning være i en rettstvist. Særlig i tvister om personlige eller familiære forhold. Også dette kan ses som en kostnad. Samtidig eksisterer en stor del av denne belastningen uavhengig av om tvisten er i eller utenfor retten.

I den andre vektskålen ligger tvisten. Verdien eller betydningen av enkelte tvistegjenstander er enklere å fastsette enn andre. I en sak om prisavslag for mangler, gir kostnaden for å utbedre mangelen gode indikasjoner på tvistens verdi. Å fastlegge betydningen av ikke økonomiske verdier er vanskeligere. For eksempel en barnefordelingssak. I slike saker er dessuten betydningen for tredjeperson, barnet, relevant, og gjør del av sakens betydning. I tillegg kan det spørres om det representerer en egenverdi å komme til en avgjørelse etter en veldig omfattende og betryggende behandling, eller hva

⁴⁶⁷ Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989 (Cappelletti 1989) s. 244-245 og Deborah Rode, *Access to Justice*, Oxford 2004 s. 8.

⁴⁶⁸ Lindblom 2008 s. 41 og Nylund 2014b s. 326-327.

⁴⁶⁹ Se Cappelletti & Garth 1978 s. 8, Lindblom 2000 s. 313 og Francioni, Francesco, «The Rights of Access to Justice under Customary International Law», i *Access to Justice as a Human Right*, 2007 s. 1-56 (Francioni 2007) (s. 3 og 54-55).

⁴⁷⁰ Lord Woolfe Report seksjon 1 avsnitt 2.

⁴⁷¹ Se Damaska 1986 s. 106, NOU 2001:32 A s. 143 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 38 første spalte.

den økonomiske gevinsten av rettssikkerhet er.⁴⁷² Saker av prinsipiell interesse er av større betydning for samfunnet enn saker uten prinsipiell interesse.⁴⁷³ Fra et samfunnsmessig perspektiv gjør også disse forhold en del av avveiningen. Samlet utgjør dette sakens totale betydning, eller, fra et avgjørelsesperspektiv, «dommens samlede virkning».⁴⁷⁴

Alle disse forhold viser at å angi betydningen av en sak er en vanskelig øvelse fordi størrelsene som skal sammenlignes er ulike.⁴⁷⁵ Et bredt perspektiv må derfor anlegges. Kanskje er nettopp de analytiske utfordringene grunnen til at proporsjonalitetsprinsippet gir anvisning på en viss margin. Det må være et *rimelig forhold* mellom de to vektskålene, ikke absolutt balanse. Det er hevdet at:

«Argumentasjonsbyrden påhviler ... vedkommende som forfekter behovet for et begrunnelsesoffer på økonomiens og effektivitetens alter».⁴⁷⁶

Her gis det uttrykk for en sikkerhetsmargin og i hvilken retning marginen ligger. Det samme kan sies om rettens veiledning: Det er den som under henvisning til proporsjonalitet mener det ikke skal veiledes som har argumentasjonsbyrden.

Proporsjonalitetsprinsippet er av betydning for spørsmålet om veiledning på flere måter. For *det første* var årsaken til at småkravsprosessen ble etablert som eget prosesspor ønsket om å redusere kostnadene ved behandling av små krav og slik å muliggjøre rettslig behandling av disse. Et sentralt element der er som kjent at partene selv skal kunne føre sin sak. I småkravsprosessen stilles der derfor andre krav til dommerens veiledning.⁴⁷⁷

For *det andre* er noen bestemmelser i tvisteloven sterkt motivert av proporsjonalitetsprinsippet, eksempelvis reglene om avskjæring av bevis etter tvl. §§ 21-8, 21-11 (1) bokstav c og 26-5 (3). Etter tvl. § 21-8 er det mulig å avskjære bevis som ikke er proporsjonal med sakens betydning. Bestemmelsen har nær sammenheng med materiell

⁴⁷² Som Pedersen 2014 s. 105.

⁴⁷³ Skoghøy 2014 s. 554.

⁴⁷⁴ Se Eva Karine Løchster, Proporsjonalitetsprinsippet i Tvisteloven, avhandling levert for graden master i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, 2007 s. 7.

⁴⁷⁵ Se Svein Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007 s. 219.

⁴⁷⁶ Pedersen 2014 s. 105.

⁴⁷⁷ Se nærmere kapittel 8.

prosessledelse. Bestemmelsen og dens forhold til dommerens veiledning gjøres til eget tema i punkt 4.4.4.

For *det tredje* forutsettes dommerne aktivt å ta hensyn til proporsjonalitetsprinsippet i den enkelte sak. Departementet uttaler i den sammenheng at:

«Den enkelte sak skal gjennomsyres av et proporsjonalitetsprinsipp, slik at saksbehandlingsomfang står i forhold til tvistens betydning».⁴⁷⁸

Retten har altså et selvstendig ansvar for å sørge for at behandlingen ikke gjøres mer omfattende enn nødvendig. Selv om partene er de som bærer det alt vesentlige av kostnadene med saken, også – deler av – domstolens kostnader, medfører ikke det at partene gis – eller bør gis – rett til å bestemme omfanget. Dette gjelder også for tvl. § 11-5. I det følgende er temaet proporsjonalitetsprinsippets betydning for rettens veiledning.

4.4.2 Sakens objektive og subjektive betydning for parten

Sakens betydning er som kjent av betydning for hvilke krav som stilles til en forsvarlig behandling. Betydningen av en sak beror i stor grad på partene; sakens betydning for parten er det sentrale. Dette gjelder også for spørsmålet om veiledning. Tvistemålsutvalget uttaler eksempelvis at:

«Ved vurderingen av om retten skal gjøre en part oppmerksom på relevante påstandsgrunnlag eller bevis som ikke er påberopt, vil retten blant annet måtte ta hensyn til hvor betydningsfull saken er for parten».⁴⁷⁹

Sakens betydning for parten er også fremhevet i Høyesteretts praksis om plikten til å veilede om bevis og i juridisk litteratur.⁴⁸⁰

Betydningen for parten kan vurderes etter både en *objektiv* og en *subjektiv* målestokk. Sakens betydning kan dermed bero på om *den konkrete tvisten* i *det konkrete tilfellet* for *den aktuelle parten* er av stor betydning, eller om *den typen sak* normalt er av stor betydning for partene. Men hvilken tilnærming er korrekt? Begge tilnærminger har gode grunner for

⁴⁷⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 13.

⁴⁷⁹ NOU 2001:32 B s. 709 første spalte.

⁴⁸⁰ Se nærmere punkt 4.3.3.4, og Hov 2010b s. 1091 og Aasland 1967 s. 179-180.

seg. En objektiv målestokk gir forutberegnelighet både for parten og for retten. Blant slike saker er tvister om oppsigelse i arbeidsforhold og ytelser til livsopphold som trygdeytelser eller uførerstatning. Saker om rett til bolig i husleieforhold eller etter helse- og omsorgstjenesteloven,⁴⁸¹ er også normalt av objektiv stor betydning for parten.

Betydning etter en subjektiv målestokk er mindre forutsigbart. Det er ikke sikkert at retten blir gjort oppmerksom på sakens subjektive betydning. I tillegg vil nærmest enhver hevde at nettopp deres sak er av stor betydning for akkurat dem, noe som gjør det utfordrende å differensiere. Den subjektive betydningen kan være av ulik art. En sak kan være av stor subjektiv betydning for en part ved eksempelvis tvist om mangler ved et bruktbilkjøp for en part som grunnet bosted og manglende tilgang på offentlig transport er avhengig av en bil, og på grunn av svak økonomi ikke har råd til å rette manglene selv. I en slikt tilfelle er den subjektive betydningen rasjonelt begrunnet, mulig å påvise og argumentere for. Følelser er også typisk subjektive forhold som kan være rasjonelt begrunnet. Mer irrasjonelle subjektive forhold kan også tenkes. Eksempelvis tvist om avtale om kjøp av en renavlet rasekatt, hvor dette er av stor betydning for en parts selvbylde og identitetsfølelse.

I verken Tvisteloven eller dens forarbeider gis det et klart svar. Tvistelovens konfliktløsnings- og rettsbeskyttelsesfunksjon inneholder klart et subjektivt element. Lovens øvrige systematikk er ikke ensartet. Sakens betydning i objektiv forstand er eksempelvis av betydning for hvorvidt et rettsforhold er dispositivt og for hovedregelen om behandling av en sak etter småkravsprosessens regler. Motsatt er det i tvl. § 10-1 (3) bokstav d et unntak for behandling under småkravsprosessen blant annet hvor «saken for en part har vesentlig betydning ut over den konkrete tvist». Med *saken og for en part* gis det klart anvisning på at betydningen for den konkrete parten i det konkrete tilfellet er avgjørende, altså en subjektiv betydning. Et annet eksempel er rettshjelploven,⁴⁸² som bygger på dels objektive, dels subjektive kriterier for fritt rettsråd og sakførsel. Dette

⁴⁸¹ Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

⁴⁸² Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven).

underbygger at reglene som regulerer individens rettigheter i rettergang ikke er entydig med hensyn til hvorvidt subjektiv betydning er relevant.

Hov differensierer ikke mellom sakens *objektive* og *subjektive* betydning, men idet momentet nevnes i sammenheng med indispositive saker, er en nærliggende tolkning at hans fokus er sakens objektive betydning.⁴⁸³ Aasland kan derimot tas til inntekt for at sakens subjektive betydning må tillegges vekt. Ved spørsmål om veiledning uttaler han:

«Man kan vel heller ikke komme utenom at det bør tas et visst hensyn til sakens art og viktighet. Men her må det legges tilbørlig vekt på at det som kan ta seg ut som en bagatellsak, kan være viktig nok for den det gjelder».⁴⁸⁴

Også Reinholdtsen og Øie opererer med en subjektiv målestokk.⁴⁸⁵

Gjennomgangen viser at det ikke er noe klart svar på hva som menes med sakens betydning. Etter min mening er det klart at sakens objektive betydning for parten skal tillegges vekt. Videre er det ikke noe i veien for også å tillegge sakens subjektive betydning vekt, når denne er rasjonelt begrunnet og også klar for dommeren. Samtidig kan ikke det forhold at en sak subjektivt sett er av stor betydning begrunne en *plikt* til å veilede. Å knytte rettsvirkninger til eksistensen av slike forhold gir en uoversiktlig situasjon. De hensyn som taler mot å tillegge subjektiv betydning vekt gjør det etter min mening umulig å knytte en plikt til å veilede og dermed samtidig rettsvirkninger til manglende veiledning. Dette idet terskelen for når sakens subjektive betydning er av en slik karakter at det er en plikt å veilede blir umulig å fastlegge og å identifisere.

4.4.3 Proporsjonalitet som katalysator og begrensning for veiledning

Proporsjonalitetsprinsippets forhold til spørsmålet om veiledning er mangefasettert. Prinsippet kan være et argument for å veilede for å styrke avgjørelsesgrunnlaget i en sak fordi avgjørelsens samlede virkning er stor.⁴⁸⁶ Prinsippet kan også være et argument for å

⁴⁸³ Hov 2010b s. 1091.

⁴⁸⁴ Aasland 1967 s. 179-180.

⁴⁸⁵ Se Jørgen Reinholdtsen og Toril M. Øye, «Tvisteloven § 30-5: Høyesteretts ankeutvalgs adgang til å nekte fremmet en anke over kjennelse/beslutning», *Lov og Rett*, 2014, s. 284-289 (s.286).

⁴⁸⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 36 andre spalte.

veilede for å spisse eller konkretisere tvisten og slik redusere sakens omfang. Motsatt kan prinsippet tale for å avstå fra å veilede fordi veiledningen forutsetter endringer som forsinker og fordyrer saken. For spørsmålet om veiledning er det også viktig å se proporsjonalitetsprinsippet i et bredt perspektiv. Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1990 s. 791 A, gjaldt spørsmål om åpning av konkurs i et selskap som var slettet fra foretaksregisteret. Høyesteretts avsluttende hjertesukk vitner om at skifterettens perspektiv, når de valgte å ikke veilede, var for smalt:

«Man finner imidlertid grunn til å peke på rettens veiledningsplikt etter tvistemålsloven § 86 annet ledd og § 87, jfr. konkursloven § 149, sammenholdt med konkursloven [sic.] forutsetning om en rask avgjørelse av en konkursbegjæring. I dette tilfelle har en nødvendig anke medført at en klar konkursåpning er blitt sterkt forsinket».⁴⁸⁷

Det er ingen nødvendig sammenheng mellom en rask behandling og en billig behandling, men i et videre perspektiv kan lang behandlingstid være kostbart i konkurssaker.⁴⁸⁸

Proporsjonalitetsprinsippet er altså ikke entydig med hensyn til *om* retten bør veilede. Videre kan det spørres om prinsippet er av betydning for *når* og *om hva* det veiledes.

På et tidlig stadium av saken er det større rom for endringer av prosessopplegget, også mer omfattende endringer. Ikke bare er det mindre risiko for en fordyrende utsettelse av saken ved tidlige endringer enn sene, ved tidlig veiledning har en part også tid til å vurdere hvordan veiledningen skal forstås og imøtegås uten at utsettelse er nødvendig.⁴⁸⁹ Samtidig er det ofte slik at spørsmålet om veiledning oppstår sent i prosessen. Partenes stilling til vitneforklaringer og poenger som utledes av disse er det ikke mulig å få klarhet i før hovedforhandling. Hvilke dokumentbevis eller deler av dokumentbevisene parten faktisk kommer til å dokumentere under hovedforhandlingen er det også vanskelig å vite noe om før hovedforhandling. Samtidig behøver det ikke alltid være slik. Retten og partene bør så tidlig som mulig – helst under saksforberedelsen – klargjøre aktuelle rettslige grunnlag.

⁴⁸⁷ Avgjørelsens s. 795 (min merknad).

⁴⁸⁸ Bylander 2006 s. 368 og Nylund 2006 s. 124. Samfunnsøkonomiske hensyn taler med styrke for at en rask behandling av konkursbegjæring er ønskelig, også av kostnadshensyn. En insolvent bedrift som driver på kreditorenes regning bør avvikles før ytterligere utgifter (som trolig ikke dekkes) pådras. Motsatt lider omsetningen til en solvent bedrift som er begjært konkurs så lenge begjæringen ikke er avgjort fordi andre vegrer seg mot å gi kreditt. Sen behandling er derfor dyrt i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

⁴⁸⁹ Westberg 1988 s. 668-669 og Taksøe-Jensen 1976 s. 538.

Retten og partene bør derfor kunne gå inn i relativt inngående diskusjoner om hvilke bevisstemaer som er aktuelle og hvilke som ikke er det.

Proporsjonalitetsprinsippet er også av betydning for *hva* det veiledes om. Som for forsvarlighetsprinsippet underbygger proporsjonalitetsprinsippet at det kun bør veiledes om forhold av potensielt avgjørende betydning for tvisten. Samtidig taler ikke proporsjonalitet entydig for å kun veilede innenfor rammene av partenes prosessopplegg. I saker av prinsipiell betydning hvor dommens samlede virkning er stor, kan det være grunn til ikke bare å avklare uklarheter, men også aktivt veilede om alternative påstandsgrunnlag eller ytterligere bevisførsel.

Om hva og når det veiledes, er også av betydning samlet. Blant annet bør det i større grad veiledes om alternative prosessopplegg tidlig i prosessen enn sent. Under hovedforhandlingen bør retten særlig under henvisning til proporsjonalitet begrense seg til å avklare uklarheter. Dette er enda mer uttalt i svensk rett, hvor ulike bestemmelser regulerer rettens veiledning under saksforberedelse og hovedforhandling. Under saksforberedelsen fremheves i Rättegångsbalken 42:8 at retten under saksforberedelsen skal «verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vil åberopa i målet». Etter 43:4 er formålet med veiledningen under hovedforhandlingen at «målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras inn i målet».⁴⁹⁰

4.4.4 Særlig om proporsjonalitet, bevisavskjæring og veiledning

Tvisteloven § 21-8 er et direkte utslag av proporsjonalitetsprinsippet. Etter bestemmelsen skal retten avskjære bevisføring som ikke står i et rimelig forhold til sakens betydning. Bestemmelsen må ses i sammenheng med tvl. §§ 21-7 (1) og (2) bokstav b, som også gir adgang til å begrense partenes bevisførsel.⁴⁹¹ Etter bestemmelsene kan retten avskjære bevis som ikke «angår saken» eller som ikke «styrker avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig». Dette gjelder typisk bevis som belyser allerede tilstrekkelig belyste tema, og bevis som

⁴⁹⁰ Se også forarbeider til den svenske Rättegångsbalken: Prop. 1971:45 s. 102-103.

⁴⁹¹ Også Schei m.fl. peker på den nære sammenhengen mellom bestemmelsene, se Schei m.fl. 2013b s. 797.

etter sin art eller karakter har liten bevisverdi.⁴⁹² Slike bevis er det normalt heller ikke proporsjonalt å føre.

På samme måte som regler om rettens adgang til å sørge for bevis, er det nær sammenheng mellom regler om å begrense partenes bevisførsel og rettens materielle prosessledelse. Fortegnet er imidlertid motsatt. Ved å begrense bevisførselen under henvisning til proporsjonalitet angis hvilke forhold som ikke er relevant eller tilstrekkelig belyst.

Må et bevis avvises med grunnlag i disse bestemmelsene, er veiledning om de problematiske sider ved beviset en praktisk og uformell måte for dommeren å løse spørsmålet om føring av beviset på. Å utforme avvisningskjennelser er både tid- og arbeidskrevende.⁴⁹³ Den kloke dommeren forsøker derfor først å veilede, slik at parten selv kan endre prosessopplegget. Slik ivaretas hensynet til effektivitet og proporsjonalitet bedre, samtidig viser det større respekt for partens prosessopplegg og unødig konfrontasjon unngås. Bevisavskjæringsreglene er i et slikt perspektiv en katalysator for å veilede. Omfanget og rekkevidden av bevisavskjæringsreglene supplerer derfor reglene om materiell prosessledelse og bidrar samtidig til å klargjøre dem.

Etter tvl. § 21-7 (1) skal retten avskjære bevis uten betydning for saken. Ved relevansvurderingen tas det utgangspunkt i partenes krav og påstandsgrunnlag.⁴⁹⁴ Relevanskriteriet skal etter Høyesteretts praksis forstås strengt. Beviset må være uten betydning for saken og ved tvil skal beviset ikke avskjæres.⁴⁹⁵ Bevis om vitterlige eller erkjente omstendigheter, eller bevis uten sammenheng med partenes påstandsgrunnlag er eksempler på bevis uten betydning.⁴⁹⁶ Av rettspraksis følger også at det bør utvises tilbakeholdenhet med å begrense bevistemaet under saksforberedelsen. Det har en klar sammenheng med at grunnlaget for å vurdere om beviset er relevant, er begrenset tidlig i

⁴⁹² NOU 2001:32 B s. 949 første spalte og Schei m.fl. 2013b s. 797.

⁴⁹³ Se Skoghøy 2014 s. 852 og Hov 2010b s. 1015.

⁴⁹⁴ Se Rt. 2013 s. 1719 U, Rt. 2014 s. 1324 U. Se også Skoghøy 2014 s. 850 og Schei m.fl. 2013b s. 796.

⁴⁹⁵ Se til eksempel Rt. 2001 s. 697 U, Rt. 2002 s. 87 U, Rt. 2002 s. 858 U og Rt. 2004 s. 351 U. Rettstilstanden etter tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 1 er på dette punkt søkt videreført, se NOU 2001:32 B s. 989 første spalte. Se også Rt. 2013 s. 1719 U.

⁴⁹⁶ Se Rt. 2002 s. 87 U, Rt. 2001 s. 697 U, Rt. 2000 s. 1656 U, Rt. 2002 s. 976 U, HR-2012-1540-F, HR-2012-2187 U, Rt. 2013 s. 1424 U, HR-2013-62 U og Rt. 2014 s. 1324 U.

prosessen. I tillegg kan beviset avskjæres senere.⁴⁹⁷ Det er her klare paralleller til spørsmålet om veiledning, hvor det også bør utvises forsiktighet med begrensende veiledning tidlig under saksforberedelsen. Ved veiledning tas det også utgangspunkt i partenes prosessopplegg. Samtidig medfører den lave terskelen for å anse noe relevant at terskelen for å avskjære bevis er høy. Dette siste momentet er ikke direkte overførbart til spørsmålet om veiledning, selv om betydning for avgjørelsen, og dermed relevans, er et moment i vurderingen av spørsmål om veiledningsplikt.

Etter tvl. § 21-8 kan retten begrense bevisføringen etter en ren proporsjonalitetsvurdering. Under kostnadssiden i proporsjonalitetsvurderingen er blant annet den økonomiske kostnaden ved å innhente beviset og hvor tidkrevende, byrdefullt eller arbeidskrevende det vil være å innhente beviset, av betydning.⁴⁹⁸ Samtidig kreves det at omfanget av arbeidet med å skaffe til veie eller presentere beviset er avklart.⁴⁹⁹ Etter Høyesteretts praksis under tvistemålsloven, ble det også vektlagt hvorvidt den part som begjærte beviset ført var villig til å dekke kostnaden.⁵⁰⁰ Trolig kan dette også vektlegges etter tvisteloven. I tillegg er kostnaden med å presentere beviset av betydning. Dette må holdes opp mot sakens betydning som sådan og bevisets relevans og betydning.⁵⁰¹

I nær sammenheng med både tvl. §§ 21-7 (1) og 21-8 er 21-7 (2) bokstav b. Bestemmelsen har elementer av både relevansvurderingen i tvl. § 21-7 (1) og proporsjonalitetsvurderingen i tvl. § 21-8. Etter bestemmelsen kan retten avvise blant annet bevis som fremstår som perifere eller som etter sin art eller karakter har liten beviskraft.⁵⁰²

Hvorvidt og eventuelt i hvilken grad retten bør ta initiativ til å begrense bevistilbudet etter disse bestemmelsene behandles verken i forarbeider eller rettspraksis. Etter min mening gir forutsetningen i forarbeidene om at rettens behandling av den enkelte sak skulle

⁴⁹⁷ Se Rt, 1998 s. 484, Rt. 2000 s. 1656 U, Rt. 2002 s. 976 U på s. 979 og Rt. 2002 s. 1563 U på s. 1565.

⁴⁹⁸ Se Rt. 2008 s. 1653 U premiss 27, Rt. 2010 s. 946 U og Rt. 2013 s. 817 U.

⁴⁹⁹ Se Rt. 2008 s. 1653 U premiss 27 og Rt. 2010 s. 946 U premiss 19.

⁵⁰⁰ Rt. 2007 s. 920 U premiss 43.

⁵⁰¹ Også den øvrige bevissituasjon er av betydning, se Rt. 2013 s. 817 U og Rt. 2010 s. 946 U premiss 15. Se også Rt. 2005 s. 1698 A, hvor terskelen for å avskjære bevis øker med sakens betydning.

⁵⁰² Se NOU 2001:32 B s. 949 første spalte, Schei m.fl. 2013b s. 797 og Skoghøy 2014 s. 851-852. Se fra rettspraksis HR-2011-1970 U, Rt. 2014 s. 389 U, Rt. 2014 s. 1324 U og HR-2012-1540 F.

gjennomsyres av et proporsjonalitetsprinsipp forventning om aktivitet også med hensyn til bevisavskjæringsbestemmelsene. Dette forsterkes ytterligere av sammenhengen mellom avskjæringsreglene og materiell prosessledelse, som nettopp skal bidra til en konsentrert og forholdsmessig behandling. Samtidig fungerer reglene om bevisavskjæring som en katalysator for veiledning: Avskjæring av bevis tar tid. Avgjørelsen treffes ved kjennelse jf. tvl. § 19-1 andre ledd bokstav d. Partene har da krav på å uttale seg i forkant av kjennelsen jf. tvl. § 9-6 første ledd, og kjennelsen kan være gjenstand for anke både til lagmannsrett og senere Høyesterett, jf. tvl. §§ 29-2 (1) og 30-3 jf. 29-2 (1). Veiledning kan være en bemerkning fra retten til partene undervegs i forhandlingene, hvilket er langt mindre arbeidskrevende.

4.5 Prinsippet om aktiv saksstyring

I forbindelse med tvistemålsreformen ble det satt særlig fokus på dommerens rolle for å ivareta domstolens funksjoner og prinsipper, noe som også er en del av en internasjonal trend.⁵⁰³ Med tvisteloven ble det av den grunn etablert et nytt prinsipp: *prinsippet om aktiv saksstyring*.⁵⁰⁴ Prinsippet går blant annet ut på at tvister skal avvikles *raskt og effektivt*, og bidra til *proporsjonalitet, hurtighet og forsvarlighet* i vid forstand; kort sagt en *god prosess*.⁵⁰⁵

⁵⁰³ Se blant flere Uzelac 2014 s. 12, Woolf Report seksjon 1 punkt 2 og 8, og seksjon 2 kapittel 1 punkt 1-7, John O'Hare og Kevin Browne, *Civil Litigation*, 15. utgave, London 2011 s. 7-8, Neil Andrews, *The Three Paths of Justice, Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, Cambridge 2012 s. 26, Lindblom 2000 s. 242 og 250, Murray & Stürner 2004 s. 165-166, Petersen 2014 s. 23-24, Koichi Miki, «Roles of Judges and Attorneys Under the Non-Sanction Scheme in Japanese Civil Procedure», *Hastings International and Comparative Law Review*, No. 3, 2003-2004 s. 31-54 (s. 41 flg.).

⁵⁰⁴ Se NOU 2001:32 A s. 133 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 37 første spalte. Samtidig er ikke dommerens ansvar for saksstyringen noe nytt fenomen. Allerede etter Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov eller NL) 1-5-7, av 1687 hadde dommeren som utgangspunkt en vidtgående plikt til aktiv saksstyring. Som virkemiddel for saksstyringen kunne dommeren blant annet idømme saksomkostninger for motparten for «foraarsagede Proces og Vitløftighed» og dommeren kunne etter NL 1-5-8 pålegges å gi to hundre «Lod Sølv til næst hosliggende Hospital», når manglende saksstyring medførte at saken varte mer enn seks uker.

⁵⁰⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 36, 37 og 42, Skoghøy 2014 s. 552-553 og Schei m.fl. 2013a s. 421.

Behandlingstiden er sentralt ved tvisteløsning. Normalt anses et effektiv og kort behandlingsforløp av tvister for domstoler å være positivt.⁵⁰⁶ EMK artikkel 6 gir rett til avgjørelse innen «reasonable time». Retten til rettsavklaring innen rimelig tid anses av enkelte å være et element ved *access to justice*.⁵⁰⁷ Det er nær sammenheng mellom tidsfaktoren og domstolens ulike funksjoner – både direkte og indirekte. *Justice delayed is justice denied* gir tydelig uttrykk for forholdet mellom behandlingstid og domstolens rettsbeskyttende funksjon. Samtidig eksisterer det mer indirekte koblinger mellom tidsfaktoren og de ulike funksjoner. Lang saksbehandling er fordyrende, hvilket kan medføre at individer søker andre tvisteløsningsmekanismer. Det kan virke negativt for individets mulighet for både konfliktløsning og håndheving av rettigheter. I neste omgang kan det virke negativt for domstolens samfunnsmessige funksjoner som rettsavklarende og rettsutviklende organ, og for samfunnets respekt for rettsreglene. Samtidig er det klart at også en *for* hurtig prosess kan være problematisk. Partene behøver tid til å forberede saken.⁵⁰⁸ Det eksisterer også oppfatninger om at tidsfaktoren er viktig, men med et motsatt fortegn: jo lengre saksbehandlingsforløp og mer ineffektiv behandling, dess bedre.⁵⁰⁹ Resonnementet synes å være at lengre saksbehandlingstid fremmer partenes vilje til forlik,⁵¹⁰ og gir større sannsynlighet for et korrekt resultat.⁵¹¹

Flosklene har også vært mange. Prinsippet skal medføre en «kulturrevolusjon i domstolene» og utgjøre en av tvistelovens «bærebjelker».⁵¹² Prinsippet kommer generelt til uttrykk i tvl. § 11-6, men har også konkrete utslag i eksempelvis tvl. §§ 9-4, 9-11 og 9-13. Prinsippet om aktiv saksstyring har nær sammenheng med retten til en rettfærdig rettergang *innen rimelig tid* etter EMK artikkel 6 nr. 1.⁵¹³

I amerikansk litteratur har det vært pekt på at en avgjørende faktor for å lykkes med en målsetning om aktiv saksstyring er at det er samme dommer som har ansvar for saksforberedelse og hovedforhandling. Det er ikke situasjonen i føderale domstoler i USA.⁵¹⁴

Prinsippet om aktiv saksstyring er av en annen karakter enn prinsipper som bygger direkte på verdier som forsvarlighet, hurtighet og proporsjonalitet. Det er ingen egenverdi i aktiv

⁵⁰⁶ Se Nylund 2006 s. 122 og Lindblom 2000 s. 261. Eksempelvis ble lang saksbehandlingstid av Tvistemålsutvalget ansett å være en av tjue årsaker til behovet for en tvistelovsreform. NOU 2001:32 A s. 112 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 35. Flere av de endringer og nye virkemidler som ble etablert med tvisteloven søkte sågar konkret å adressere nettopp problemet med lang saksbehandlingstid og å redusere denne. Se NOU 2001:32 A s. 114 andre spalte, hvor aktiv saksstyring anses å være sentralt for å oppnå kortere saksbehandlingstid. Også etableringen av småkravprosessen som eget prosessspor har dels denne begrunnelse. Se for engelsk retts vedkommende Lord Woolfe Report seksjon 1 avsnitt 2.

⁵⁰⁷ Andrews 1994 s. 30.

⁵⁰⁸ Se til illustrasjon Gulating lagmannsretts kjennelse LG-2008-114103.

⁵⁰⁹ Samuel R. Gross, «The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation», *Michigan Law Review*, nr. 4 1987, s. 734-757 (Gross 1987) (s. 734 flg.). Artikkelen er svar til John H. Langbein, «The German Advantage in Civil Procedure», *The University of Chicago Law Review*, 1985 s. 823-866.

⁵¹⁰ Se Gross 1987 s. 737-738.

⁵¹¹ Se Gross 1987 s. 740-741.

⁵¹² Se henholdsvis Robberstad 2015 s. 25 og Schei m.fl. 2013a s. 421.

⁵¹³ Se NOU 2001:32 A s. 133 første spalte. Se også Kjølbro 2010 s. 339-340, Harris m.fl. 2009 s. 278-279 og Skoghøy 2014 s. 551-552.

⁵¹⁴ Reitz 1989-90 s. 992.

saksstyring. Prinsippet er i et slikt perspektiv i større grad et prinsipp som *bidrar til å oppfylle* eller *operasjonaliserer* andre prinsipper og verdier.⁵¹⁵ Aktiv saksstyring er forsvarlighetsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet i praksis. Ved å etablere slike prinsipper er det en risiko for at det blir et mål i seg selv å styre en sak aktivt.⁵¹⁶ Det kan ha uheldige konsekvenser som at partenes autonomi fortrenses, og at partene føler seg overstyrt, noe som kan skade domstolenes legitimitet og funksjoner i et videre perspektiv.

Saksstyring og materiell prosessledelse er prinsipielt sett ulike sider ved dommerens aktivitet.⁵¹⁷ Samtidig er det en nær sammenheng. Både rettens veiledning og aktive saksstyring bidrar til å ivareta sivilprosessens funksjoner – når de er utført på en god måte.⁵¹⁸ Både tvistemålsutvalget og departementet fremhever at plikten til aktiv saksstyring trolig vil medføre at rettens materielle veiledning får større omfang.⁵¹⁹ Departementet er tydeligst når det uttales at:

«Prinsippet om aktiv saksstyring tilsier en reell utvidelse av veiledningsplikten. Det gjør det nødvendig at retten gir uttrykk for hva som er sentralt og betydningsfullt, og hva som ikke er det».⁵²⁰

Dette er det flere grunner til. For *det første nødvendiggjør* aktiv saksstyring at dommeren indikerer hva som, etter egen oppfatning, er avgjørende i saken, og også hva som ikke er det. Under saksforberedelsen plikter retten som ledd i aktiv saksstyring blant annet å bringe klarhet i partenes anførsler og innsigelser, bevis og bevisprovokasjoner.⁵²¹ Tvistemålsutvalget peker på at retten under hovedforhandling skal påse at «[i]nnlegg og bevisføring [...] rettes mot faktiske og rettslige forhold som er *viktige* og som er omtvistet».⁵²² Om nødvendig skal dommeren avskjære det som ikke er relevant. I lys av det siterte er det en relativt sterk forventning om både å gi uttrykk for hva som er de sentrale sider ved tvisten, og å avskjære det som ikke er relevant. Som følge av det økte fokus på

⁵¹⁵ Muntlighetsprinsippet har også dels denne effekten. Det er selvsagt en egenverdi i muntlighet, men prinsippet muliggjør også andre verdier som offentlighet.

⁵¹⁶ Se parallell innvending mot fleksibilitet i Nylund 2006 s. 130.

⁵¹⁷ Se NOU 2001:32 A s. 136 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 178 første spalte.

⁵¹⁸ Se Lindblom 2000 s. 287 som omtaler formell og materiell prosessledelse. Med formell prosessledelse forstås «domarens åtgärder för att styra rättegångens yttre förlopp i vid mening» – altså saksstyring.

⁵¹⁹ Se NOU 2001:32 A s. 136 første spalte og mer uttalt Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 andre spalte. Se også Inge Lorange Backer, «The Reform of Norwegian Civil Procedure», *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Bergen/Göttingen, 2011 s. 43-60 (s. 53).

⁵²⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 171 første spalte.

⁵²¹ NOU 2001:32 A s. 134-135.

⁵²² NOU 2001:32 A s. 135 andre spalte. Min kursivering.

rettens aktive saksstyring har dommeren etter tvl. § 9-13 (2) andre punktum adgang til å nekte forhandlinger om forhold uten betydning for saken. Retten har etter bestemmelsen et ansvar for å sørge for at det som fremkommer under forhandlingene er relevant for saken, hvilket må ses i sammenheng med adgangen til å avskjære bevis etter tvl. § 21-7 (1).

Retten kan også nekte fremmet *anførsler og innsigelser som åpenbart ikke kan føre frem*.⁵²³ Tvisteloven innebærer her en reell endring sammenlignet med tvistemålsloven idet dommeren etter tvml. § 327 kun hadde anledning til å *begrense* forhandlinger om forhold som ikke kunne føre frem.⁵²⁴ Rettens adgang til å nekte forhandlinger gjelder kun forhold uten betydning for saken.⁵²⁵ Reelt er også en slik nektelse veiledning, og bestemmelsen medfører trolig at retten i større grad veileder før prosesshandlingene nektes fremmet.

For *det andre* er det en nær *faktisk sammenheng* mellom aktiv saksstyring og materiell prosessledelse.⁵²⁶ I forarbeidene forutsettes det at plikten til aktiv saksstyring også innebærer at retten bidrar til å rydde og klargjøre tvisten.⁵²⁷ Etter tvl. § 11-5 (3) skal retten virke for å få tvistesporsmål «klarlagt» og «å klargjøre» standpunkter til rettslige og faktiske spørsmål. Disse to aktivitetene er vanskelig å skille i praksis. Utformingen av rettens plikt til aktiv saksstyring i småkravprosessen etter tvl. § 10-2 (2) synes å være en erkjennelse av nettopp dette. Retten skal, om nødvendig gjennom veiledning etter tvl. § 11-5, legge til rette for en effektiv saksforberedelse.

I forlengelsen av ovennevnte kan rettens aktive saksstyring føre til at partene får en forventning om at retten har et større ansvar for de materielle forhold i saken enn hva tilfellet er. Dette kan medføre at partene har en forventning om at retten har en utstrakt plikt til å veilede. Fraværet av saksstyring kan dermed av partene anses som en bekreftelse av at prosessopplegget er godt.

For *det tredje* fremheves at retten under henvisning til plikten til aktiv saksstyring må sette seg inn i saken *tidligere*, og kan dermed på et tidlig stadium klargjøre partenes påstandsgrunnlag og bevisstilbud.⁵²⁸ Dette også før tilsvar er inngitt.⁵²⁹ Dette har implikasjoner for spørsmålet om materiell prosessledelse. I seg selv gis det her ikke uttrykk for at retten i større utstrekning bør veilede om materielle forhold, men idet retten plikter å

⁵²³ Schei m.fl. 2013a s. 336.

⁵²⁴ Se Rt. 1993 s. 440 U. Se også Høyesteretts kjennelser Rt. 1994 s. 439 U, Rt. 1994 s. 1202 U og Rt. 1997 s. 1998 U.

⁵²⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 397 andre spalte.

⁵²⁶ Se i samme retning Schei m.fl. 2013a s. 422 og 426-427.

⁵²⁷ NOU 2001:32 A s. 239 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 179 andre spalte.

⁵²⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 179.

⁵²⁹ NOU 2001:32 A s. 134 første spalte.

sette seg inn i saken på et så tidlig stadium som mulig kommer dommeren i posisjon til å veilede tidlig i prosessen. På grunn av den aktive saksstyring muliggjøres dermed økt veiledning. Med bakgrunn i ovenstående kan det slutes at rettens aktive saksstyring fungerer som en katalysator for rettens veiledning.

En mer aktiv saksstyring fra rettens side kan medføre en betydelig økning i arbeidsbyrden for dommeren.⁵³⁰ Dette viser at forholdet mellom aktiv saksstyring og proporsjonalitet ikke er entydig. Samtidig er målsetningen at den økte arbeidsbyrden hos dommerne skal føre til raskere og mer effektiv saksforberedelse og hovedforhandling, flere og tidligere forlik, samt riktigere avgjørelser som ikke behøves anket. Slik kan ressursbruken i et større perspektiv reduseres.

4.6 Prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling

4.6.1 Nærmere om prinsippet og problemstillingene

Et sentralt element ved vår prosessordning er prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling. Kjernen i prinsippet er at partene har rett til å *fremme egen oppfatning* om sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag. Dette innebærer en rett til å føre egne bevis og argumentere for disse samt imøtegå motpartens, sakkyndiges eller eventuelle partshjelperes bevis eller oppfatning, om de faktiske omstendigheter.⁵³¹ Partene har også rett til å uttale seg om rettsanvendelsen.⁵³²

For å sikre en reell mulighet til å imøtegå motpartens argumentasjon har parten rett på tilgang til alle bevis som retten kan benytte i sin avgjørelse, både motpartens bevis og bevis som retten måtte ha skaffet.⁵³³ Av prinsippet følger også en rett til tid til å foreta undersøkelser og for å gjøre seg kjent med informasjonen.⁵³⁴

⁵³⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 180 og Skoghøy 2006 s. 139.

⁵³¹ Skoghøy 2014 s. 525, Hov 2010a s. 79 og Robberstad 2015 s. 10. Prinsippet er altså todelt, med en offensiv og en defensiv komponent; retten til å føre og retten til å imøtegå, se Nylund 2006 s. 106.

⁵³² Nylund 2006 s. 107.

⁵³³ Skoghøy 2014 s. 525.

⁵³⁴ Kjølbros 2010 s. 481. Se også Krcmar og andre mot Tjsekkia, saksnr. 35376/97, tredje avdeling, avgjørelse av 3. mars 2000, premiss 42, Feldbrugge mot Nederland, saksnr. 8562/79, plenum, avgjørelse av 27. juli 1987, premiss 44.

Prinsippet er både gammelt og sentralt i norsk og europeisk sammenheng.⁵³⁵ Prinsippet er blitt kalt både «grunnleggende» og «en bærebjelke».⁵³⁶ Den kanskje mest rosende beskrivelsen stammer fra franske Conseil d'Etat, hvor prinsippet i engelsk oversettelse ble karakterisert som «one of the golden rules of legal procedure».⁵³⁷ Prinsippets status bekreftes også ved at det skal lite til før brudd gis rettslig betydning.⁵³⁸

Selv om prinsippet nærmest er gullstandarden blant prinsipper i *civil law*-rettssystemer, er det et lite kjent element og langt mindre et prinsipp i *common law*-systemer. Dette idet retten til kontradiksjon automatisk overholdes i systemer hvor partene har fullstendig ansvar for å legge frem en tvist som avgjøres av jury.⁵³⁹ Dette idet juryen for det første ikke kan påvirke saken, men kun passivt motta partenes presentasjon av den. Heller ikke administrerende dommer kan påvirke sakens materielle side.⁵⁴⁰ Kontradiksjonsprinsippet er altså en følge av rollefordelingen mellom retten og partene og begrensningene i partenes autonomi etter disposisjons- og forhandlingsprinsippet.⁵⁴¹

Dets betydning understrekes også ved at det er gitt plass i tvistelovens formålsbestemmelse, § 1-1 (2) og tvl. §§ 6-8 (2) og 11-1 (3).⁵⁴² Det anses i tillegg å være en naturlig del av fair trial paranormen i EMK artikkel 6, og tvistelovens prinsipp om forsvarlig saksbehandling.⁵⁴³

⁵³⁵ Se Augdahl 1947 s. 3-4 og Smith 2000 s. 119-120.

⁵³⁶ Se henholdsvis Robberstad 2015 s. 7, og Rt. 2011 s. 1289 U premiss 15 og Rt. 2005 s. 1590 A premiss 26.

⁵³⁷ Se Jolowicz 2000 s. 177. Ifølge Conseil d'Etat er prinsippet av «*valeur supérieure*», se Jolowicz 2000 s. 194.

⁵³⁸ Ifølge rettspraksis skal det «*svært lite til før det legges til grunn at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen*», se blant flere Rt. 1998 s. 1283 U, Rt. 2005 s. 1590 A premiss 34, Rt. 2011 s. 253 U, Rt. 2010 s. 1221 U, Rt. 2011 s. 1251 U, Rt. 2011 s. 943 U, Rt. 2012 s. 1688 premiss 15 og Rt. 2013 s. 1517 U premiss 33. Se også Magnus Matningsdal, «Kontradiksjon i sivile saker og i straffesaker», *Jussens Venner*, 2013, s. 1-115. (Matningsdal 2013) (s. 11).

⁵³⁹ Jolowicz 2000 s. 177. Dette er for øvrig et av de klareste eksempler på at prinsippers innhold og eksistens varierer med hvilken faglig diskurs de eksisterer i, de er «diskursensitive».

⁵⁴⁰ Se Dodson & Klebba 2011 s. 10. flg., Stadler 2003-2004 s. 59 og Jolowicz 2003 s. 282.

⁵⁴¹ Se også Smith 2000 s. 120.

⁵⁴² Prinsippet er også implisitt i andre bestemmelser i tvisteloven som §§ 9-5 (2) og (4), 9-14, 14-1, 21-2 (3), 26-7 (2) og 32-6.

⁵⁴³ Kjølbrot 2010 s. 481 og Pieter van Dijk m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Antwerpen – Oxford 2006 (van Dijk m.fl. 2006) s. 580. Fra EMDs praksis: *Walston mot Norge* (no. 1), saksnr. 37372/97, fjerde avdeling, avgjørelse av 3. juni 2003, premiss 56 og *Ruiz-Mateos mot*

Kontradiksjonsprinsippet har nær sammenheng med prinsippet om likebehandling av partene som innebærer at partene skal ha lik rett til å argumentere både faktisk og rettslig, samt å underbygge sin argumentasjon med egne vitner og ved å imøtegå motpartens vitner og sakkyndige.⁵⁴⁴ Likebehandlingsprinsippet er nødvendig for å sikre retten til kontradiksjon, men kontradiksjon er ikke nødvendig for å sikre likebehandling.⁵⁴⁵ I situasjoner hvor likebehandlingsprinsippet er brutt, er ofte kontradiksjonsprinsippet også det samtidig.⁵⁴⁶ Likebehandlingsprinsippet innebærer i tillegg at ressursmessig ulikhet mellom partene til en viss utstrekning skal søkes avhjulpet,⁵⁴⁷ hvilket også kan utledes av kravet til fair trial etter EMK artikkel 6.⁵⁴⁸

Begrunnelsen for prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling er nærmest selvsagt. En domstolsbehandling hvor avgjørelse tas uten at en part har blitt gjort kjent med bevisene er verken forsvarlig eller egnet til å skape tillit.⁵⁴⁹ Ut fra en målsetning om et best mulig avgjørelsesgrunnlag, er det først av alt viktig at partene gis anledning til å føre og argumentere for sitt syn på saken.⁵⁵⁰ Etter min mening er den andre siden ved prinsippets begrunnelse enda viktigere for rettens veiledning. Retten til kontradiksjon er av grunnleggende betydning for både partenes og samfunnets tillit til avgjørelsen, og i et videre perspektiv også tilliten til domstolene.⁵⁵¹ Derfor bør, så langt som mulig, alle argumenter gjøres til gjenstand for kontradiksjon.

Spania, saksnr. 12952/87, plenum, avgjørelse av 23. juni 1993, premiss 63. Se også Lars Heuman, «Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet» i *Festskrift til Per Henrik Lindblom*, Uppsala 2004 s. 261-280 (Heuman 2004) (s. 261-262).

⁵⁴⁴ Skoghøy 2014 s. 528 og Matningsdal 2013 s. 14.

⁵⁴⁵ Harris m.fl. 2009 s. 254.

⁵⁴⁶ Se Beer mot Østerrike, saksnr. 30428/96, tredje avdeling, avgjørelse av 6. februar 2001, premiss 17 og Feldbrugge mot Nederland, saksnr. 8562/79, plenum, avgjørelse av 27. juli 1987, premiss 44 og Nideröst-Huber mot Sveits, saksnr. 18990/91, avdeling, avgjørelse av 18. februar 1997, premiss 23 og 24.

⁵⁴⁷ NOU 2001:32 A s. 143 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 38 første spalte.

⁵⁴⁸ Se Særlig Steel og Morris mot Storbritannia, saksnr. 68416/01, første avdeling, avgjørelse av 15. februar 2005, premiss 62 flg. og McVicar mot Storbritannia, saksnr. 46311/99, første avdeling, avgjørelse av 7. mai 2002, premiss 51 flg. Se mer generelt *Dombo Beheer B.v. mot Nederland*, saksnr. 14448/88, avdeling, avgjørelse av 27. oktober 1993, premiss 33 og *De Haes og Gijssels mot Belgia*, saksnr. 19983/92, avdeling, avgjørelse av 24. februar 1997, premiss 53.

⁵⁴⁹ Skoghøy 2014 s. 526, Robberstad 2015 s. 9. Se også Rt. 1963 s. 996 A.

⁵⁵⁰ Se i samme retning Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper*, Oslo 2014 s. 310-312.

⁵⁵¹ Se i samme retning Skoghøy 2014 s. 527.

Retten har plikt til å sikre kontradiksjon omkring tvistens faktiske og rettslige side. For retten innebærer det en plikt til å rette oppmerksomheten mot det retten anser sentralt i saken. Slik er det nær sammenheng mellom kontradiksjonsprinsippet og spørsmålet om materiell prosessledelse. Høyesterett har sågar utledet plikten til å veilede om materielle spørsmål av det kontradiktoriske prinsipp.⁵⁵² Dette ved at plikten til veiledning oppstår når retten ønsker å bygge en avgjørelse på «en begrunnelse som partene ikke har hatt rimelig anledning til å uttale seg om».⁵⁵³ Tvl. § 11-1 (3) første og andre punktum er også illustrerende; retten plikter gjennom veiledning å sikre en parts rett til kontradiksjon.⁵⁵⁴

Også den motsatte koblingen mellom kontradiksjon og rettens aktivitet kan i prinsippet tenkes: at kontradiksjonsprinsippet begrenser rettens aktivitet. EMD har imidlertid slått fast for EMK artikkel 6s vedkommende at prinsippet ikke begrenser nasjonale domstolars adgang til å være aktive.⁵⁵⁵

Kontradiksjonsprinsippet medfører at partene har rett til informasjon om hvilken veiledning som gis. Dette gjelder både *når* det veiledes og *innholdet i* veiledningen. Det medfører at begge parter har rett enten til å være til stede når veiledningen gis eller har rett til kopi av den skriftlige veiledningen.⁵⁵⁶

I det videre skilles det mellom sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag og rettsanvendelsen. Under disse oppstår ulike situasjoner hvor kontradiksjonsprinsippet aktualiserer spørsmålet om veiledning.

4.6.2 Veiledning om sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag

4.6.2.1 Rettens avvikende forståelse eller anvendelse av førte bevis

⁵⁵² Rt. 1990 s. 8 A.

⁵⁵³ Rt. 1990 s. 8 A på s. 12.

⁵⁵⁴ Se også NOU 2001:32 A s. 138 andre spalte.

⁵⁵⁵ Se Ola Johan Settem, *The balance between procedural safeguards and efficiency. An analysis of the application of the "fair hearing" norm in ECHR Article 6 (1) to civil proceedings*, Bergen 2015 s. 118-119. Se Lind Eggertsdottir mot Island, saksnr. 31930/04, tredje avdeling, avgjørelse 5. juli 2007, premiss 44.

⁵⁵⁶ Skriftlighet sikrer også at motparten gjøres kjent med eventuell veiledning som foretas før parten er gjort kjent med stevningen. Det kan være tilfellet hvor en stevning vurderes avvist grunnet manglende oppfyllelse av prosessforutsetningene etter tvl. §§ 1-3 jf. 19-1 (2) bokstav a. Se nærmere punkt 5.2.

Domstolen har plikt til å ta stilling i tvisten og til å avgjøre den. I dette ligger også en plikt til å vurdere de bevis som er fremlagt og, på bakgrunn av bevisene, ta stilling til sakens faktiske side. I avgjørelsen må retten angi bevisbedømmelsen og utfallet av den.⁵⁵⁷ Ifølge Michelsen skal:

«Fremstillingen av faktum [...] være bestemt og uttømmende. Er en omstendighet relevant, kan dommeren ikke la den henge i luften, men må ta stilling til hva som bevismessig skal legges til grunn. Halvkvedede viser skal heller ikke forekomme».⁵⁵⁸

Etter prinsippet om fri bevisbedømmelse har retten i bevisvurderingen både rett og plikt til å vurdere sakens beviser på selvstendig grunnlag. Partenes argumentasjon om bevisvurderingen er etter tvl. §§ 21-2 (1), og 11-2 (2) andre punktum ikke bindende. Retten må i sin avgjørelse legge til grunn egen forståelse av sakens faktiske omstendigheter.⁵⁵⁹

Partene har etter tvl. § 11-1 (3) første punktum krav på å uttale seg om det faktiske grunnlaget retten bygger sin avgjørelse på. Etter annet punktum påhviler det dommeren å sikre denne retten for partene. Når retten legger til grunn en annen forståelse og anvendelse av bevis enn partene har argumentert for, aktualiserer dette et spørsmål om kontradiksjon.⁵⁶⁰ Slik bruk av sakens beviser kan fremstå overraskende på partene.

Dette gjelder for *det første* hvor retten i sin avgjørelse ønsker å legge vekt på et bevis som *ikke er fremhevet* i en slik grad at imøtegåelse fra motpart har fremstått som naturlig.⁵⁶¹ Dette gjelder typisk utsagn fra vitner som ikke følges videre av partene, eller informasjon i dokumenter som for så vidt er dokumentert, men ikke fremhevet. For *det andre*, i nær sammenheng med vektlegging av bevis som ikke har vært fremtredende i forhandlingene, kan retten ønske å benytte et bevis *på en annen måte* enn partene har forutsatt og prosedert over.⁵⁶² For *det tredje* kan det oppstå situasjoner hvor retten har en annen *forståelse* av et

⁵⁵⁷ Skoghøy 2001 s. 965.

⁵⁵⁸ Hans M. Michelsen, «Domsskriving i sivile saker» i *Rett og rettssal: Et festskrift til Rolv Ryssdal*, 1984 s. 229-242 (s. 237).

⁵⁵⁹ Dette gjelder ikke for faktum partene er enige om. Slik enighet binder retten, se Skoghøy 2014 s. 917.

⁵⁶⁰ NOU 2001:32 A s. 138 andre spalte, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404 første spalte og Rt. 2010 s. 1025 A.

⁵⁶¹ Matningsdal 2013 s. 30.

⁵⁶² Se NOU 2001:32 A s. 138 andre spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404.

bevis enn partene har argumentert for. Eksempelvis ved at retten tolker et utsagn fra et vitne eller en formulering i en avtale, annerledes enn partene.

Departementet uttalte at dommeren *bør* «be om partenes standpunkter når den ser det som nærliggende at det kan utledes noe annet av de førte bevisene enn det partene har anført». ⁵⁶³ Det er det lett å være enig i, men yter ikke problemstillingen rettferdighet. I tillegg må det avklares om det eksisterer en plikt til å be om partenes standpunkt i slike situasjoner. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt retten plikter å sikre kontradiksjon om egne avvikende oppfatning om bevis som er ført.

Ifølge forarbeidene beror det på en *totalvurdering* hvorvidt retten skal sikre kontradiksjon om egen forståelse eller anvendelse av bevisene. ⁵⁶⁴ I vurderingen skal det:

«Blant annet legges vekt på hvor stor mulighet det er for at informasjonen er ufullstendig, hvor stort utslag informasjonen kan gi for avgjørelsens resultat, sakens betydning, hvilken instans saken går i, hvor mye avgjørelsen vil bli forsinket, og hvor mye ekstra ressursbruk retten og partene vil bli pådradd». ⁵⁶⁵

Departementet gir uttrykk for en *objektiv* vurdering av eventuelle svakheter ved forståelsen av beviset, bevisets betydning for saken, samt den økonomisk og tidsmessig betydning av eventuelt å veilede for å sikre kontradiksjon, altså en klassisk proporsjonalitetsvurdering. I flere avgjørelser fra Høyesterett er nettopp eventuelle feil eller risiko for feil ved avgjørelsen som følge av anvendelsen eller forståelsen av beviset fremhevet. Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2007 s. 1196 U er illustrerende. Lagmannsretten hadde i et overskjønn lagt til grunn forutsetninger for erstatningsutmåling som var feilaktige – noe begge parter var enige om. ⁵⁶⁶

Et slikt vurderingstema skulle innebære at det er av betydning hvorvidt beviset som benyttes enten *ikke er fremhevet*, *benyttes* på en annen måte, eller *tolkes* på en annen måte enn partene har forutsatt. Etter en slik tankegang er det særlig nærliggende å orientere partene om bevis som ikke er fremhevet i særlig grad. Slike bevis kan være presentert på

⁵⁶³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 første spalte.

⁵⁶⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404 andre spalte.

⁵⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404 andre spalte.

⁵⁶⁶ Se også Rt. 1963 s. 996 A, Rt. 1990 s. 8 A og Rt. 2005 s. 1590 A.

en unyansert eller ufullstendig måte. Samtidig er det sannsynlig at bevis benyttet eller tolket på en annen måte enn forutsatt av partene har fått en forsvarlig behandling. Felles for samtlige er imidlertid at en sterkt avvikende tolkning eller anvendelse i seg selv kan indikere at retten har misoppfattet noe.

I forarbeidene nevnes imidlertid også, under henvisning til rettspraksis, at det er av betydning hvorvidt partene vil oppfatte bevisanvendelsen som «overraskende».⁵⁶⁷ Dette viser at også partens *subjektive oppfatning* er av betydning for hvorvidt det bør sikres kontradiksjon omkring forståelsen eller anvendelsen av beviset. Momentet gis ikke noen fremtredende plass. Det kommenteres ikke nærmere i forarbeidene og i rettspraksis er det kun fremhevet et par ganger.⁵⁶⁸

Det kan stilles spørsmål ved om partens rett til å uttale seg er gitt for liten betydning i vurderingstemaet som oppstilles og den vekting av momenter som forutsettes foretatt. I tysk rett synes nettopp partenes subjektive oppfatning å være avgjørende for hvorvidt retten skal veilede om avvikende forståelser av faktum.⁵⁶⁹

For *det første* er det grunn til å peke på at partenes tillit til prosessordningen er en sentral del av begrunnelsen bak prinsippet. Tillit til domstolene og deres virke er en grunnleggende forutsetning for å ha domstoler. Dette er erkjent i flere land, og reformer med henblikk på å sikre og forbedre tilliten er igangsatt.⁵⁷⁰ Partenes opplevelse av å bli hørt er sentralt i denne sammenheng og nettopp dette er bakgrunnen for at kontradiksjonsprinsippet kan sies å ha en «egenverdi».⁵⁷¹ For *det andre*, for å sikre en reell rett til kontradiksjon, har parten rett til kunnskap om motpartens argumentasjon.⁵⁷² Dette følger også av EMDs praksis og

⁵⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404 første spalte og NOU 2001:32 A s. 138 andre spalte. Min utheving. Også Matningsdal fremhever partenes behov for å kommentere opplysningene, se Matningsdal 2013 s. 35.

⁵⁶⁸ Se Rt. 2005 s. 1590 A premiss 27 hvor kontradiksjon blir satt i sammenheng med forutberegnelighet for parten. Se også Rt. 2014 s. 1259 A premiss 65 hvor det understrekes at vektleggingen av enkelte omstendigheter ikke ble ansett å kunne være overraskende for parten.

⁵⁶⁹ Se Murray & Stürner 2004 s. 170 og Musielak 2005 s. 401-402, se også Taksøe-Jensen 1976 s. 250. I dansk litteratur er partens subjektive forestillinger fremhevet som et viktig del av begrunnelsen for at dommeren bør gjøre partene oppmerksom på sin avvikende tolkning før den legges til grunn, se Taksøe-Jensen 1976 s. 600.

⁵⁷⁰ Se Uzelac 2014 s. 12 og 18.

⁵⁷¹ Skoghøy 2014 s. 527.

⁵⁷² Skoghøy 2014 s. 525.

viser at informasjon om *tolkninger* eller *forståelser* av bevis utgjør en sentral del av kontradiksjonsprinsippet.⁵⁷³

For *det tredje* følger det av EMDs praksis at innsynsretten også omfatter andre relevante organers oppfatning om eller anvendelse av bevisene, når dette kommer til uttrykk før dom avsies, typisk når det eksisterer utkast til dom – draft judgments).⁵⁷⁴ Dette gjelder også når det eksisterer uttalelser fra nøytrale generaladvokater – såkalte *avocat général*.⁵⁷⁵ Videre, i *Kamasinski mot Østerrike*, ble det ansett å bryte med retten til kontradiksjon at en dommer i Høyesterett hadde kontaktet en dommer i underliggende instans og foretok en «factual inquiry».⁵⁷⁶

For *det fjerde*, og viktigst, tilkommer retten til kontradiksjon parten, noe også EMD har fremhevet. Det er opp til parten selv å avgjøre om den ønsker å benytte retten til kontradiksjon.⁵⁷⁷ Innsyn i de bevis og vurderinger som eksisterer er en forutsetning for å ta stilling til om retten ønskes benyttet.

Det er en nær sammenheng mellom de objektive momenter av betydning for hvorvidt det skal sikres kontradiksjon omkring rettens forståelse eller anvendelse av beviset, og partens behov for å kommentere denne. Sakens betydning, og særlig bevisets betydning for utfallet, er utvilsomt viktige momenter i vurderingen av hvilke bevis og tolkninger av bevis som bør imøtegås av en part. Samtidig er det her grunn til å minne om forutsetningen for

⁵⁷³ Se Kjølbros 2010 s. 481, og Brandstetter mot Østerrike, saksnr. 11170/84, avdeling, avgjørelse av 28. august 1991, premiss 67.

⁵⁷⁴ Se Reinhardt og Slimane-Kaid mot Frankrike, saksnr. 23043/93 og 22921/93, storkammer, avgjørelse av 31. Mars 1998, avsnitt 105 og 106. Partene har i sum rett til innsyn i «*all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision*», se Krcmar og andre mot Tsjekkia, saksnr. 35376/97, tredje avdeling, avgjørelse av 3. mars 2000, premiss 40.

⁵⁷⁵ Borgers mot Belgia, saksnr. 12005/86, plenum, avgjørelse av 30. oktober 1991, premiss 25 og 26, Delcourt mot Belgia, saksnr. 2689/65, avdeling, avgjørelse av 17. januar 1970, premiss 30, Lobo Machado mot Portugal, saksnr. 15764/89, storkammer, avgjørelse av 20. februar 1996, premiss 32, Kress mot Frankrike, saksnr. 39594/98, storkammer, avgjørelse av 7. juni 2001, premiss 85 og Immeubles Groupe Kossier mot Frankrike, saksnr. 38748/97, første avdeling, avgjørelse av 21. mars 2002 premiss 27.

⁵⁷⁶ Kamasinski mot Østerrike, saksnr. 9783/82, avdeling, avgjørelse av 19. desember 1989, premiss 101 og 102.

⁵⁷⁷ Walston mot Norge (no. 1), saksnr. 37372/97, fjerde avdeling, avgjørelse av 3. juni 2003, premiss 58, Nideröst-Huber mot Sveits, saksnr. 18990/91, avdeling, avgjørelse av 18. februar 1997, premiss 29 og Adolf mot Østerrike, saksnr. 8269/78, avdeling, avgjørelse av 26. mars 1982, premiss 37. Se også Matti Pellonpää, Europeiska Männskorättskonventionen, Helsinki 2007 s. 409.

drøftelsen om at beviset er ført, men ikke anvendt på den måten som partene har forutsatt. Ingen av disse innvendingene endrer det grunnleggende utgangspunktet: det er opp til parten å vurdere hvilke bevis eller tolkninger av bevis som skal imøtegis.

På denne bakgrunn er det min oppfatning at vurderingstemaet ikke burde være hvorvidt retten ut i fra en proporsjonalitets- og forsvarlighetsvurdering skal gjøre partene oppmerksom på slike vurderinger, men hvorvidt parten kan ønske å uttale seg. I denne vurderingen inngår den avvikende anvendelsen eller forståelsens *betydning for avgjørelsen*. De samme momenter som tidligere er relevant, men fra et partsperspektiv.

4.6.2.2 Dokumentbevis det ikke er sikret kontradiksjon omkring

Dokumentbevis er ofte sentrale bevis og viktige for å sikre et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen. Bevisene må derfor føres for retten, men av hensyn til en forsvarlig saksbehandling, både for å sikre at saken ikke blir unødvendig uoversiktlig og for å begrense ressursbruken, kan ikke slike bevis gjennomgis fullstendig. Dokumentbevis gjennomgis ved at kun *det sentrale* og hvordan *beviset* «opplyser påstandsgrunnlaget» påpekes.⁵⁷⁸

En ikke upraktisk situasjon som kan oppstå, er at saken inneholder dokumentbevis som er fremlagt, men ikke dokumentert.⁵⁷⁹ Idet tvl. § 26-2 angir at kun det viktige i et dokument skal påpekes, vil det som ikke er påpekt ikke anses dokumentert.⁵⁸⁰ Beviset kan klart nok ikke benyttes i avgjørelsen uten først å sikre kontradiksjon. Det oppstår da spørsmål om hva retten bør foreta seg; sikre kontradiksjon omkring beviset eller ikke benytte det. Begge løsningene har klare ulemper ved seg. For å benytte beviset må det sikres kontradiksjon. Før hovedforhandlingen kan ikke dommeren vite hvilke dokumenter og deler av dokumenter som vil dokumenteres. Spørsmålet om å dokumentere ikke dokumenterte dokumentbevis oppstår i sin natur sent i prosessen. Det er derfor sannsynlig at det er

⁵⁷⁸ Jf. tvl. § 26-1. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 466 andre spalte og Schei m.fl. 2013b s. 946.

⁵⁷⁹ Se Matningsdal 2013 s. 34 om en situasjon som oppstod ifm. avgjørelse av sak inntatt i Rt. 2000 s. 452 A.

⁵⁸⁰ Slik også forutsatt i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 466 og i Schei m.fl. 2013b s. 946.

nødvendig med utsettelse eller reassumering for å sikre kontradiksjon omkring ikke dokumenterte bevis.

Ved å ikke benytte beviset risikerer avgjørelsen å bli svakere begrunnet enn bevisbildet faktisk tilsier. Dette medfører større risiko for anke enn om samtlige bevis var anvendt. I et større perspektiv er en slik løsning verken samfunnsøkonomisk eller prosessøkonomisk ønskelig. Det er et paradoks om retten, for å spare kostnader, ikke benytter beviset og derfor ikke reassumerer saken for å sikre kontradiksjon, men samtidig øker risikoen for anke.

I tillegg kan rettens forståelse av beviset det ikke er sikret kontradiksjon omkring, påvirke tolkningen og forståelsen av det øvrige bevismaterialet. På samme måte som at våre fordommer og forforståelse påvirker tolkningen av rettsregler innen hermeneutikken, påvirker forforståelsen av beviset det ikke er sikret kontradiksjon omkring, tolkningen av øvrige beviser. Etter en hermeneutisk forståelse av rettsregler styres forforståelsen i alle fall til dels av det juridisk kommunikative fellesskapets referanseramme.⁵⁸¹ I denne situasjonen vil dommerens forforståelse av bevisbildet ikke korrigeres da det nettopp er beviset det ikke er sikret kontradiksjon omkring som danner grunnlaget for forforståelsen.

Etter min mening taler flere av de samme hensyn som taler for å sikre kontradiksjon om rettens avvikende forståelse eller anvendelse av et bevis, for at retten bør sikre kontradiksjon omkring det ikke dokumenterte beviset. Særlig gjelder dette bevisets betydning for avgjørelsen og muligheten for at informasjonen er ufullstendig og dermed feil. Med dette mener jeg ikke at retten plikter å benytte ethvert bevis som styrker en parts påstand, men en dommer bør i det minste være klar over problemstillingen. I alle fall i saker med et uentydig, svakt eller sammensatt bevisbilde, bør retten vurdere å reassumere saken og sikre kontradiksjon omkring ikke dokumenterte bevis.

4.6.2.3 Særlig om vitterlige kjensgjerninger, og rettens generelle og faglige viten og erfaringsgrunnlag

⁵⁸¹ Bernt 2004 s. 68-69.

Enkelte forhold behøver ikke partene føre bevis for. Såkalte *vitterlige kjensgjerninger* og rettens *generelle* eller *fagspesifikke viten* eller *erfaringsgrunnlag*, kan retten legge til grunn uten bevisførsel og kontradiksjon.⁵⁸² Hva som forstås med disse uttrykkene er samtidig avgjørende for hva retten må veilede om. Innholdet i disse begrepene er tema i det følgende.

Vitterlige kjensgjerninger kjennetegnes ved at de «utvilsomt» er korrekte, og at dette er «alminnelig kjent».⁵⁸³ Typiske eksempler på vitterlige kjensgjerninger er opplysninger om styreforhold i et selskap, geografi og topografi, kommuneplaner samt opplysninger i skatte- og tinglysingsregistre.⁵⁸⁴ Statistisk materiale og historiske hendelser har i rettspraksis også blitt ansett vitterlige.⁵⁸⁵ Begge vurderingstemaene for hva som regnes som vitterlige kjensgjerninger er skjønnspreget, noe som fører til at grensen er flytende.⁵⁸⁶

Eksempelvis har Høyesterett slått fast at jødeforfølgelsene under andre verdenskrig er en vitterlig kjensgjerning.⁵⁸⁷ Å betegne historiske hendelser som vitterlige kjensgjerninger er ikke uproblematisk. Historiske hendelser er ikke sjelden gjenstand for tolkning og debatt. Dette gjelder ikke enkel og klar informasjon om eksempelvis hvor og når VM i fotball ble arrangert i 1982, men årsaksforhold eller karakteren av en hendelse kan vanskelig kalles en kjensgjerning.⁵⁸⁸ Videre vil usikkerheten øke med hvor lang tid det er siden hendelsen

⁵⁸² Notoriske kjensgjerninger benyttes enkelte ganger som begrep om dette, se Rt. 1968 s. 411 A. Se også Gomard & Kistrup 2013 s. 603, Kai Krüger, «Default Remedies in International Arbitration Proceedings», i *Festskrift til Ole Lando*, 1997 s. 217-236. (s. 228) og Arnfinn Bårdsen og Dag Bugge Nordén, «På talefot med tvisteloven», *Jussens Venner*, 2008 s. 1-90 (Bårdsen & Nordén 2008) (s. 68). Se også Rt. 2011 s. 90 U premiss 17.

⁵⁸³ Bratholm & Hov 1973 s. 285 og Skoghøy 2014 s. 865. Opplysningene må kunne verifiseres i alminnelig tilgjengelige kilder, se Hov 2010b s. 1134.

⁵⁸⁴ Se Rt. 2000 s. 1678 U, Rt. 2009 s. 801 A premiss 19, Rt. 2006 s. 1367 A, Rt. 2000 s. 1997, Rt. 2001 s. 1265 A og HR-1994-546 K. Se også Marianne Reusch, «Kart som bevis og hjelpedokument i rettssaker», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2007 s. 11-22 (s. 15). Enkelte av disse avgjørelsene gjelder straffesaker, men begrepet er forutsatt forstått likt i sivilprosessen, se. Rt. 2012 s. 65 A premiss 110.

⁵⁸⁵ Se Rt. 2010 s. 804 U premiss 3, Rt. 2014 s. 402 A premiss 121, og Rt. 1982 s. 1729 A. Se også Rt. 2011 s. 90 U premiss 17 hvor medieomtale ikke ble regnet som en vitterlig kjensgjerning.

⁵⁸⁶ Se Skoghøy 2001 s. 666, Hov 2010b s. 1134.

⁵⁸⁷ Se Rt. 1982 s. 1729 A på side 1740.

⁵⁸⁸ Se Henning Jakhelln, «Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betroede og innsiktsfulle medarbeidere – eller kranglebøtter, bråkmakere og angivere?», i *TemaNord 2004:509 – Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern*, 2004 s. 47-128 (s. 123), som peker på at å kalle jødeforfølgelsene en vitterlig kjensgjerning er uheldig fordi impliserer at diskusjoner om det ikke er faglig holdbare. Jakhelln nevner at eksempelvis omfanget av forfølgelsene kan være gjenstand for debatt. Se også Henning Jakhelln, «Embetsmenn eller tjenestemenn», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 2 1989 punkt 4.3.

fant sted. Til dette kommer også at medieomtale, ifølge Høyesterett, klart ikke medfører at en hendelse er en vitterlig kjensgjerning.⁵⁸⁹ Hvilke faktiske hendelser som representerer og ikke representerer kjensgjerninger er derfor langt fra klart. I en stadig økende grad globalisert verden, med et nærmest grenseløst tilfang av kilder, endres dessuten grensene for hva det kan stilles spørsmål ved. Dette ikke bare ved at etablerte sannheter kan utfordres, men også ved at seriøse aktører gjør feil.⁵⁹⁰

Etter Høyesteretts praksis har *omfanget av ledererfaring* blitt ansett å være en vitterlig kjensgjerning.⁵⁹¹ Saken gjaldt tvist om utnevning i stilling, hvor kandidatens ledererfaring var av betydning. Selv om det legges til grunn at temaet er *formell ledererfaring*, er kriteriet så skjønnspreget at det vanskelig kan kalles en vitterlig kjensgjerning. Det viser også uttalelsen i avgjørelsen, hvor det pekes på ledererfaring *på ulike nivåer*, som i seg selv gir grunnlag for å drøfte hvilken erfaring som er meritterende.

Videre kan det bero på *sakens art og tema* hvorvidt en omstendighet er en vitterlig kjensgjerning. Selv om det fremgår av et register at en person er eier av en eiendom, at en persons inntekt var sånn eller slik ved siste ligning, eller at en hytte ligger på naboens eiendom, kan nettopp det omtvistede i saken forutsette at disse omstendighetene ikke kan regnes som vitterlige kjensgjerninger. Både registeret, likningen og kartet kan være feil. Flere tvister skyldes nettopp at opplysninger som normalt må anses å være vitterlige kjensgjerninger, er omtvistet.⁵⁹² I slike tilfeller kan ikke det som fremkommer av offentlige registre, legges til grunn uten bevisførsel. At noe utgjør en vitterlig kjensgjerning, er ikke nødvendigvis en egenskap ved omstendigheten.

Vilkåret «alminnelig kjent» er skjønnspreget, men i bunn må det kunne kreves at informasjonen er allment tilgjengelig. Også på dette punkt gikk Høyesterett etter min mening for langt når ledererfaring og statistisk informasjon ble regnet som vitterlige

⁵⁸⁹ Rt. 2011 s. 90 U premiss 17.

⁵⁹⁰ En skrekkopplevelse for bergensere var når Vågen i Bergen i 2012 ble utelatt i Apples karttjeneste, se <http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Her-har-vi-vel-glemt-noe-2768181.html> (sist besøkt 01.09.15).

⁵⁹¹ Se Rt. 2014 s. 402 A premiss 121.

⁵⁹² Se HR-1994-546 K og Rt. 2000 s. 1678 U.

kjensgjerninger.⁵⁹³ Informasjon fra sentrale registre kan trygt nok forutsettes kjent, men for øvrig er det ikke klart hvor grensen bør gå. En ting er at egen livserfaring og kunnskap er av betydning for hva som regnes som vitteleg.⁵⁹⁴ I tillegg gjør internett det lettere å orientere seg i registre og kilder.⁵⁹⁵ Samtidig medfører den informasjonsekspløsjonen Internett har medført, at det ikke er mulig å alltid være orientert om alt, heller ikke vittelege forhold. Til dette kommer også at hva som regnes som vitteleg, vil variere med *tid* og *sted*. I 1937 slo Høyesterett fast at «bjørnelær» var et begrep «almindelige forstandige folk må forstå at ... alene er et navn som anvendes i reklameøiemed for å betegnet varens holdbarhet og styrke».⁵⁹⁶ Bjørnelær regnes neppe som en vitteleg kjensgjerning i dag.⁵⁹⁷

Også de prosessuelle konsekvensene er betydelige. Dette taler for å være tilbakeholden med å karakterisere en omstendighet som en vitteleg kjensgjerning. I sum er det derfor ikke unaturlig at hovedregelen om rett til kontradiksjon gjelder når kunnskapen er *omtvistet* eller *usikker*.⁵⁹⁸ Men hvor langt når egentlig disse unntakene? Fremheves en omstendighet som omtvistet, er retten gjort oppmerksom på at omstendigheten ikke kan anses som en vitteleg kjensgjerning. Men for omstendigheter som ikke er eksplisitt omtvistet, fungerer denne sikkerhetsventilen kun hvis dommeren selv ser de betenkeligheter som er forbundet med å anse en omstendighet å være en vitteleg kjensgjerning. I sum bør dette medføre en lav terskel for dommeren til å veilede for å sørge for kontradiksjon om omstendigheter som det er usikkert om er vittelege kjensgjerninger.

Retten kan også benytte sin *fagspesifikke* eller *generelle viten og erfaringsgrunnlag*. Med dette kan typisk forstås grunnleggende fysiske lover, men også standarder og fremgangsmåter innen ulike fagfelt. At retten kan vektlegge slike forhold, er en naturlig konsekvens av muligheten for å oppnevne fagkyndige meddommere.⁵⁹⁹ På dette området er det også grunn til å utvise tilbakeholdenhet. Få faglige sannheter er evige og

⁵⁹³ Rt. 2014 s. 402 A premiss 121 og Rt. 2010 s. 804 U premiss 3.

⁵⁹⁴ Se Gunnar Nerdrum, «Hvilke krav bør stilles til dommerne i de nordiske samfunn?» i *Det 35. nordiske Juristmøte*, 1999 s. 410-418 (s. 411).

⁵⁹⁵ Skoghøy 2014 s. 865.

⁵⁹⁶ Rt. 1937 s. 472 A på side 473.

⁵⁹⁷ Skoghøy 2001 s. 666 og Matningsdal 2013 s. 36.

⁵⁹⁸ Se tvl. §§ 21-2 (3) jf. 11-1 (3).

⁵⁹⁹ NOU 2001:32 A s. 457 andre spalte og Matningsdal 2013 s. 37.

uomtvistede. Kunnskap og vitenskap drives stadig framover og ikke sjelden tilbakevises eldre sannheter. Det er i vitenskapens natur å utfordre og falsifisere tidligere funn. Erfaringer er enda mer ullent og subjektivt enn viten, hvilket taler for å være tilbakeholden med å anvende slik kunnskap uten bevisførsel. Privat viten er heller ikke uproblematisk for rettens upartiskhet.⁶⁰⁰ Etter min mening bør en fagkyndig dommers erfaringer innenfor sitt fagfelt, det være seg økonomi, materialteknikk eller konstruksjon, ikke benyttes uten at partene først er gitt anledning til kontradiksjon.

På samme måte som for vitterlige kjensgjerninger, kan også sakens art og tema medføre at dommerne bør være tilbakeholdne med å legge vekt på privat kunnskap. En avgjørelse fra Høyesterett er illustrerende. I sak om et garn var satt i strid med lov, la dommeren i begrunnelsen vekt på kunnskap om lokale fiskeforhold i den bukten garnet var satt. Høyesterett opphevet avgjørelsen og uttalte:

«Jeg anser det klart at retten ikke har anledning til å bygge på domsmenneskes personlige viten med hensyn til faktum når det ikke dreier om vitterlige kjensgjerninger, men tvert imot om forhold som er omvistet mellom partene».⁶⁰¹

Det er derfor også grunn til å utvise tilbakeholdenhet ved bruk av rettens fagspesifikke eller generelle viten og erfaringsgrunnlag. Samtidig er det her nyanser. Uomtvistet viten eller erfaring må kunne anvendes uten kontradiksjon. I sum innebærer imidlertid dette at hovedregelen etter min mening snus. Dette slik at sikkerhetsventilen i tvl. § 21-2 (3) andre punktum bør være hovedregelen ved anvendelse av privat eller faglig viten eller erfaringer.

Gjennomgangen viser at det ikke er uproblematisk å legge vekt på både vitterlige kjensgjerninger og fagspesifikk eller generell viten og erfaring uten å sikre kontradiksjon. For spørsmålet om materiell prosessledning er dette argumenter for å utvise en forsiktighetstankegang. Selv omstendigheten for så vidt kan regnes som en vitterlig kjensgjerning eller et resultat av faglig eller generell viten og erfaring bør det veiledes for å sørge for kontradiksjon. Om slike forhold tas opp under saksforberedelsen eller

⁶⁰⁰ Volker Lipp, *Das private Wissen des Richters. Zur Unparteilichkeit des Richters im Prozess*, Mannheim 1995 s. 49 flg.

⁶⁰¹ Rt. 1982 s. 8 A på s.9.

hovedforhandlingen, er det heller ingen risiko for reassumering av sak for å sikre kontradiksjon omkring slike omstendigheter.

4.6.3 Veiledning om rettsanvendelsen

Retten har ansvaret for rettsanvendelsen. Dette innebærer at dommeren har en selvstendig plikt til å undersøke og anvende gjeldende rett og at retten ikke er bundet av partenes argumentasjon om dette.⁶⁰² Retten kan benytte andre rettsregler, bygge på andre rettskilder og tolke rettskildene på en annen måte, enn partene har argumentert for.⁶⁰³ Det er gode grunner for en slik regel. I motsatt tilfelle ville retten kunne tvinges til å legge til grunn en uriktig rettsregel, eller i alle fall vanskeliggjøre domstolens rettsanvendelse.⁶⁰⁴ Regelen bidrar også til stabilitet i rettsanvendelsen.⁶⁰⁵ Samtidig må de alternative rettsregler retten bygger på, ha samme faktiske grunnlag som partene har påberopt. De påberopte omstendigheter kan heller ikke benyttes på en «annen måte» enn forutsatt av partene, uten at partene gis anledning til kontradiksjon.⁶⁰⁶ På tross av disse begrensningene finnes det et ikke ubetydelig handlingsrom ved rettsanvendelsen, noe også Høyesteretts praksis viser.⁶⁰⁷

Innenfor det handlingsrom retten er gitt, kan det være grunn til å sikre partenes synspunkter på det alternative rettslige grunnlaget.⁶⁰⁸ Tvistemålsutvalget foreslo en plikt til å sikre

⁶⁰² Hov 2010a s. 519, Skoghøy2014 s. 929 flg. og Schei m.fl. 2013a s. 393-394. Utgangspunktet kommer til uttrykk i tvl. § 11-3 første punktum.

⁶⁰³ Dette var også situasjonen under tvistemålsloven, se Eckhoff 1971 s. 163 og Schei m.fl. 1990 bind II s. 26.

⁶⁰⁴ Westberg 1988 s. 326.

⁶⁰⁵ Lindell 1988 s. 33.

⁶⁰⁶ Se Rt. 2013 s. 1079 U premiss 19 og særlig premiss 25.

⁶⁰⁷ Se til illustrasjon Rt. 2013 s. 865 A, Rt. 2007 s. 1625 A og Rt. 2000 s. 59 A. Motsatt Rt. 2005 s. 1112 A, hvor Høyesterett, under dissens, fant at kravet til forsvarlig varsling etter fal. § 19-7 første ledd tredje punktum ikke bygde på de samme omstendigheter som partene hadde påberopt som grunnlag for revisjon av forsikringsavtale etter avtl. § 36. Se særlig premiss 36-41 og 87-90.

⁶⁰⁸ Hvor det foreligger såkalte «draft judgements» omfatter retten til kontradiksjon etter EMDs praksis også de rettslige vurderinger i slike utkast, se Reinhardt og Slimane-Kaid mot Frankrike, saksnr. 23043/93 og 22921/93, storkammer, avgjørelse av 31. Mars 1998, avsnitt 106. Se også Vermeulen mot Belgia, saksnr. 19075/91, storkammer, avgjørelse av 20. februar 1996, premiss 31, Fabre mot Frankrike, saksnr. 69225/01, andre avdeling, avgjørelse av 2. november 2004, premiss 31 og 32. Bortsatt fra slike situasjoner er det usikkert om en slik rett eksisterer etter EMK, se Nylund 2006 s. 105. Det har blitt antydnet at dette også bør gjelde rettsanvendelsen, se Nylund 2006 s. 106 og Per Olof Ekelof, Henrik Edelstan og Robert Boman, Rättegång, femte häftet, Stockholm 1998, 7. opplag (Ekelöf, Edelstam & Boman 1998) s. 64.

kontradiksjon når rettens rettsanvendelse avvek fra den partene hadde argumentert for.⁶⁰⁹ I Tyskland er dette eksempelvis påkrevd. Når retten ønsker å bygge på andre prejudikater enn de partene har nevnt eller bygge på andre rettslige grunnlag, skal partene gjøres oppmerksom på det.⁶¹⁰ Departementet avviste å lovfeste en slik plikt, men fremholdt at retten fortsatt kan be om partenes syn på den avvikende rettsanvendelsen. Avgjørende er «hva som vil utgjøre en hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling».⁶¹¹ Dette danner samtidig grensen for rettens veiledningsplikt. I det følgende er spørsmålet når det bør sikres kontradiksjon omkring rettsanvendelsen.

Normen som oppstilles av departementet er sterkt skjønnspreget, og ved å gjøre det til et hensiktsmessighetsspørsmål blir det i tillegg nærmest uangripelig. Dette selv om det for så vidt er formulert som en plikt.

Kontradiksjon omkring avvikende rettsanvendelse kan styrke både partenes prosessuelle og materielle rettssikkerhet.⁶¹² Samtidig er det et paradoks om retten ber om partenes innspill på noe retten forutsettes å kjenne til.⁶¹³ Men når bør retten sikre kontradiksjon i slike situasjoner? Spørsmålet beror på en rekke omstendigheter. Sentralt er ønsket om å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Ved å argumentere rettslig for sine standpunkter bidrar partene til å sikre et forsvarlig rettslig avgjørelsesgrunnlag, noe partene også kan bidra til ved avvikende rettsanvendelse.⁶¹⁴ Særlig når rettsanvendelsen er usikker kan det være behov for partenes innspill.⁶¹⁵

⁶⁰⁹ Rekkevidden av Tvistemålsutvalgets forslag er uklar. Et sted uttales atplikten gjelder når resultatet bygger på «rettsregler som ikke er påberopt av partene». Senere uttales atplikten ikke gjelder «mer alminnelige rettslige regler», se NOU 2001:32 A s. 137 og NOU 2001:32 B s. 702 første spalte.

⁶¹⁰ ZPO § 139 (2), se Murray & Stürner 2004 s. 170.

⁶¹¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 168. Situasjonen er lik Sveriges, hvor det veiledes etter «laga efter läglighet», eller «när situationen så kräver», se Gunnar Bergholtz, Domarens private vetande i rättsfrågor, Festskrift til Per Henrik Lindblom, Uppsala 2004 s. 47-63 (Bergholtz 2004) (s. 60). Se også Heuman 2004 s. 266.

⁶¹² Westberg 1988 s. 338

⁶¹³ Lindell 1988 s. 41.

⁶¹⁴ Dette er også bakgrunnen for tvl. § 11-3 (1) tredje punktum, se NOU 2001:32 A s. 137 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 168. Se til illustrasjon Rt. 2006 s. 788 A premiss 38, hvor mangler ved lagmannsrettens drøftelse av Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova) § 2 fjerde ledd knyttes til fravær av prosedyrer.

⁶¹⁵ I høringsrunden påpekte Dommerforeningen at bør det sikres kontradiksjon når «rettsanvendelsen byr på tvil», Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 168 første spalte.

Behovet varierer med ulike rettsområder. Rettsliggjøringen av samfunnet har medført mer spesialisert lovgivning, og en stadig større utfordring å ha oversikt innenfor alle rettsområder. Advokater spesialiseres i økende grad. Samtidig er domstolen fullfaglig. Ved alle sider av rettens alternative rettskildebruk er det derfor større behov for å søke partenes oppfatning innen spesialiserte rettsområder enn mer generelle.⁶¹⁶

Rettskildesituasjonen er også av betydning. Innenfor enkelte rettsområder har kildetilfanget nærmest eksplodert, dels som følge av avgjørelser fra folkerettsbaserte organer som EMD og EFTA-domstolen.⁶¹⁷ Alternativ rettsanvendelse innenfor slike rettsområder byr lettere på tvil. Dette skyldes flere forhold enn kun omfanget. Rettskilder på fremmede og flere autorative språk gjør det både utilgjengelig og usikkert å fastlegge kildenes innhold. Medvirkende er også ulike oppfatninger om hva som utgjør rettskilder og rettskildenes status og betydning.⁶¹⁸

Dette gjelder særlig semi-autorative rettskilder som avgjørelser fra EU-domstolen, EFTA-domstolen, folkerettslige forpliktelser som ikke er inkorporert ved lov, samt uttalelser fra ulike organer og komitéer. Konvensjonstolkninger av EMK og SP fra FNs Menneskerettskomite har eksempelvis *betydelig vekt som rettskilde*.⁶¹⁹ Spørsmålet om den rettskildemessige vekten av FNs Barnekomité er imidlertid atskillig mer sammensatt. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2009 s. 1261 A drøftes dette i premissene 35-44, før det i premiss 44 konkluderes:

«Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses å gi uttrykk for overvåkingsorganenes forståelse av partenes forpliktelser etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkingsuttalelse, eller mer som en tilråding om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde».⁶²⁰

⁶¹⁶ Se i samme retning NOU 2001:32 A s. 137 andre spalte.

⁶¹⁷ Christoffer Eriksen, «Internasjonaliseringen av retten (menneskerettigheter, EU/EØS-rett og komparativ rett)» i *Nye trender i rettsvitenskapen*, Oslo 2013 s. 62-72 (s. 62-63).

⁶¹⁸ Bergholtz 2004 s. 48-49. Se også Eckhoff & Helgesen 2001 s. 22-23.

⁶¹⁹ Se Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008 s. 1764 S premiss 81.

⁶²⁰ Enkelte ganger benyttes også andre lands rettspraksis som støttemoment for rettsregelen. Relevansen og betydningen av slike er det også ulike oppfatninger om, se Nygaard 2004 s. 110. Særlig henvises det til de øvrige nordiske land innenfor rettsområder hvor det har eksistert et nordisk lovsamarbeid, Se for eksempel Rt. 2013 s. 129 A premiss 39 og 68, Rt. 2012 s. 468 A premiss 35. Innenfor andre rettsområder kan utenlandsk rett også være av interesse, se Rt. 2008 s. 1409 S premiss 66 med henvisning til svensk rett. Utenlandske rettskilder kan også benyttes for å klargjøre forholdet til felles folkerettslige forpliktelser som EMK, EØS-avtalen og liknende, se Rt. 2012 s. 1556 A premiss 106, Rt. 2008 s. 1409 S premiss 212 og Rt. 2005 s. 1365 P premiss 52.

Rettsanvendelsen kan også være usikker når saken gjelder et prinsipielt uavklart spørsmål eller når det er aktuelt å fravike tidligere prejudikater.⁶²¹ I tillegg kan det i slike tilfeller stilles større krav til forsvarlig behandling av tvister av prinsipiell interesse enn saker uten slik interesse.⁶²² I nær sammenheng med dette er også hvorvidt dommeren bygger på ulovfestet rett som grunnlag på sin avgjørelse.⁶²³ Ulovfestet rett kan være en større utfordring å fastlegge enn lovfestet rett. Behovet for å sikre kontradiksjon kan også oppstå oftere i ulike instanser. Med Høyesteretts særlige ansvar for rettsavklaring og rettsutvikling oppstår det oftere utfordringer med å fastlegge innholdet i rettsreglene.⁶²⁴

Til sist er det utvilsomt en større utfordring å fastlegge innholdet i fremmed rett enn nasjonal rett. Dels av den grunn åpner tvl. § 11-3 for bevisførsel om blant annet rettssetninger.⁶²⁵ Lokale eller mineoriteters sedvaner er også av betydning i denne sammenheng. Slike er det i tillegg større utfordringer forbundet med å fastlegge innholdet i. Om et alternativt grunnlag i fremmed rett eller alternative sedvanebaserte rettsregler vurderes anvendt, vil være av betydning for hvorvidt partene bør gis anledning til kontradiksjon.⁶²⁶

Alle disse forholdene er av betydning for hvorvidt rettsanvendelsen byr på tvil, og dermed for vurderingen av om rettsanvendelsen er forsvarlig.

I tillegg til forsvarlighet er ressursbruk av betydning. Proporsjonalitetsprinsippet taler både for og mot at det sikres kontradiksjon, avhengig av sakens betydning, hvor utilgjengelige rettskildene er, hvor sikker rettssituasjonen er, samt når spørsmålet om avvikende rettanvendelse oppstår.⁶²⁷ I denne sammenheng er det et poeng å unngå at domstolens

⁶²¹ Skoghøy 2014 s. 932 og Matningsdal 2013 s. 47. Se også Pedersen 2014

⁶²² Etter min mening er det riktig og naturlig å praktisere en lav terskel for å diskutere alternativt rettskildemateriale med partene under forhandlingene for Høyesterett, se Matningsdal 2013 s. 46-47.

⁶²³ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 168-169.

⁶²⁴ Pedersen 2014 s. 58 peker på at Høyesterett må veilede partene om normeringen. Til grunn for dette ligger nettopp at Høyesterett ønsker partenes innspill om de prinsipielle uavklarte spørsmål saken reiser.

⁶²⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 405.

⁶²⁶ Se parallell til Torstein Frantzen, «Anvendelse av utenlandsk rett i norske domstoler», *Lov & Rett*, 2010, s. 371-391 (s. 378-379).

⁶²⁷ Bergholtz 2004 s. 61, Lars Heuman, «Bör rätten bedriva processledning innan den tillämpar en icke åberopad rättsregel?», *Juridisk tidskrift*, 1992-93, s. 919-924 (Heuman 1992-93) (s. 919) og Matningsdal 2013 s. 46. Se til illustrasjon Rt. 2005 s. 1112 A premiss 41 som fant å ikke reassumere i en tvist om krav på

rettsanvendelse fremstår som overraskende på partene.⁶²⁸ Dette har ikke bare sammenheng med egenverdien ved at partene har fått uttale seg om sakens rettslige avgjørelsesgrunnlag, men også proporsjonalitet i videre forstand. En avgjørelse vil trolig lettere ankes om retten bygger på rettsregler eller rettskilder partene ikke er gitt anledning til å uttale seg om.⁶²⁹ Trolig blir partene mer overrasket om det benyttes ikke omtalte rettsregler for å avgjøre tvisten, enn om det benyttes andre rettskilder eller andre rettslige argumenter, eller legges til grunn avvikende tolkninger av de eksisterende rettskilder.

For ankeinstansen er det et ytterligere moment når det benyttes et annet rettslig grunnlag for løsning av tvisten enn partene har prosedert over, og dette grunnlaget også er forskjellig fra det grunnlaget første instans løste tvisten på.⁶³⁰ Slike avgjørelser oppleves sannsynligvis overraskende.

Et ytterligere moment er utfordringen med å skille mellom den abstrakte og den konkrete siden av et påstandsgrunnlag.⁶³¹ Dette skyldes både begrepenes natur og vekselvirkningen mellom faktum og juss.⁶³² Selv om partene har ansvaret for sakens faktiske side, kan uklar argumentasjon om rettsreglene skyldes at sakens faktiske side er uklar. Rettens avvikende rettsanvendelse kan dermed føre til et behov for ytterligere bevisføring fra partene. Dette uavhengig av om dommerens rettsanvendelse bygger på hovedtrekkene av partenes faktiske anførsler.

utbetaling av livsforsikring for etterlatte. Etter min mening bommer Høyesterett her fundamentalt i proporsjonalitetsvurderingen. En slik sak er utvilsomt av stor betydning for individet. Se også Matningsdal 2013 s. 47.

⁶²⁸ Nylund 2006 s. 105, Lindell 1988 s. 38, Bergholtz 2004 s. 67-68, Murray & Stürner 2004 s. 170 og Lindblom 2006 s. 215.

⁶²⁹ Lindell 1988 s. 39 og 41, Nylund 2006 s. 106, Heuman 1992-93 s. 920 og Westberg 1988 s. 339.

⁶³⁰ Se i samme retning Nylund 2006 s. 106. Det kan her trekkes en parallell til lagmannsrettens adgang til å nekte anker fremmet etter tvl. § 29-13. Nektelsen kan også være bygge på et annet grunnlag enn tingretten. I slike situasjoner kreves imidlertid etter Høyesteretts praksis at partene informeres på forhånd, se Rt. 2011 s. 330 U og Rt. 2011 s. 943 U.

⁶³¹ Lindell 1988 s. 37 og særlig s. 43. Se også Jolowicz 2000 s. 185 flg., Damaska 1986 s. 114 og Niels Fenger, Forvaltning & fællesskab, Om EU-retten betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens, København 2004 (Fenger 2004) s. 783. Se også Rt. 2000 s. 2134 U hvor Høyesterett uttaler at «det kan være et noe åpent spørsmål» om et vitneprov i grensetilfeller er ment å klargjøre faktiske omstendigheter, eller er bevisførsel om rettsspørsmål.

⁶³² Zahle 1976 s. 32.

Endelig er det et moment i vurderingen at i de situasjoner hvor retten bygger avgjørelsen på et annet rettslig grunnlag enn partene har argumentert for, utfordres raskt grensene for de faktiske omstendigheter partene ha påberopt seg. Dette gjelder særlig idet også vinklingen omstendighetene benyttes i er av betydning for partenes rett til kontradiksjon.⁶³³ Når retten benytter andre rettslige grunnlag er det samtidig mulig at partene ønsker å påberope andre bevis eller argumentere for andre omstendigheter.⁶³⁴ Dette gjelder særlig for skjønnspregede bestemmelser hvor bevistemaet er vidt. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2013 s. 1079 U er igjen illustrerende. I saken valgte lagmannsretten å løse en tvist om reklamasjon på mangler ved byggearbeider med grunnlag i ulovfestede passivitetsprinsipper idet det forelå «spesielle omstendigheter» som tilsa at reklamasjonen var ansett bortfalt. Grunnlaget var langt unna de grunnlag partene hadde påberopt og argumentert for. Det indikerer at partene kan ha et forståelig ønske om å utvide bevisførselen. For det andre er bevistemaet så vidt at retten i den konkrete situasjonen umulig kan ha visst om det eksisterte andre omstendigheter av betydning for om det forelå slike spesielle omstendigheter eller ikke.⁶³⁵ Både av hensyn til partene og til en forsvarlig saksbehandling, bør retten derfor sikre kontradiksjon når det alternative rettslige grunnlaget er i *randsonen* av det partene har bygget sin bevisførsel og argumentasjon på. I det konkrete tilfellet var rettens rettsanvendelse også utvilsomt overraskende for partene.

I sum beror spørsmålet om retten bør gjøre partene oppmerksom på avvikende rettsanvendelse på en sammensatt vurdering. Under saksforberedelsen og tidlig under hovedforhandlingen bør retten utvilsomt praktisere en lav terskel for å ta opp slike spørsmål med partene. Sent under forhandlingene og etter at saken er tatt opp til doms er spørsmålet mer sammensatt grunnet risiko for utsettelse og reassumering. Drøftelsen viser klart at retten så tidlig som mulig også bør drøfte de rettslige sidene ved tvisten.⁶³⁶

⁶³³ Rt. 2013 s. 1079 U premiss 19.

⁶³⁴ Se Sjøfjell-Hansen 2000 s. 18-19.

⁶³⁵ Se i samme retning Rt. 1990 s. 8 på side 12.

⁶³⁶ Se nærmere i punkt 5.3.1.

4.7 Dommerens upartiskhet

4.7.1 Utgangspunkt og problemstillinger

Domstolenes legitimitet avhenger av allmenhetens tillit til deres uavhengighet og upartiskhet. Kravet til upartiske dommere sikrer også en objektiv og saklig behandling av tvisten, og beskytter dommerne fra å dømme i saker hvor de selv har interesse av utfallet.⁶³⁷ Hensynet er ansett så sentralt at det er inntatt i tvistelovens formålsbestemmelse, § 1-1 (1) første punktum. Idet ikke bare faktisk uavhengighet eller upartiskhet er sentralt, men også tilliten til fravær av slike, foretas det både en objektiv og en subjektiv test av dommerens habilitet.⁶³⁸

Uavhengighet handler i første rekke om domstolens institusjonelle og konstitusjonelle autonomi, men også om dommerens relasjon til institusjoner eller personer.⁶³⁹ Upartiskhet handler om fravær av bånd mellom partene og dommeren, og også fordommer eller forutinntatthet dommeren måtte ha.⁶⁴⁰ Det sentrale i denne sammenheng er ikke kategorisering, men på hvilken måte og i hvilken grad dette er av betydning for dommerens veiledning.

Både relasjoner og atferd kan medføre inhabilitet, men for spørsmålet om veiledning er kun atferden av interesse. Dets betydning for spørsmålet om veiledning understrekes av tvl. § 11-5 (7), hvor det fremheves at veiledningen ikke må foretas på en slik *måte* at tilliten til dommerens upartiskhet svekkes.

I relasjon til upartiskhet og veiledning er også likebehandlingsprinsippet relevant. Etter et strengt formelt syn på likebehandling kan det hevdes at enhver inngripen fra dommeren er uforenlig med en nøytral dommer. Dette slik at rettens veiledning av partene medfører

⁶³⁷ Kåre Willoch, «Refleksjoner over domernes uavhengighet og habilitet», *Lov og Rett*, 1997 s. 146-154 (s. 154), Jens Edvin A Skoghøy, «Relativ habilitet for dommere», i ... *den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm*, 1990 s. 163-181 (Skoghøy 1990) (s. 164-165), Skoghøy 2014 s. 152, Ragnhild Torgersen, *Dommerhabilitet*, Oslo 2004 (Torgersen 2004) s. 28, Hov 2010a s. 215 og NOU 1999:19 punkt 5.4.3 og 5.6.

⁶³⁸ Se Skoghøy 1990 s. 165-166, Kjølbro 2010 s. 424 og 428 og van Dijk m.fl. 2006 s. 614-615. Fra rettspraksis se eksempelvis Ekeberg og andre mot Norge, saknr. 11106/04, første avdeling, 31. juli 2007, premiss 31, Pullar mot Storbritannia, saknr. 22399/93, avdeling 10. juni 1996, premiss 30 og Meznaric mot Kroatia, saknr. 71615/01, første avdeling, avgjørelse av 15. juli 2005, premiss 29-32. Se også Rt. 1987 s. 1058 A på side 1062-1063.

⁶³⁹ Dommeren skal ikke være avhengig av eller være underlagt andre statsmakter, se Bernt & Mæhle 2006 s. 84. flg. og NOU 2001:32 A s. 171. Se til eksempel Rt. 2011 s. 1133 A eller Sramek mot Østerrike, saknr. 8790/79, plenum, avgjørelse av 22. oktober 1984.

⁶⁴⁰ Bernt 2011 s. 300-301. Det kan skilles mellom nøytralitet (fravær av bånd), og upartiskhet (fravær av fordommer).

forskjellsbehandling og en partisk dommer. Men det motsatte har også vært hevdet, at dommeren er partisk når han:

«Avsiktligt gynnar någon på bekostnad av en annan. En domare kan därvid i realiteten vara partisk genom att förhålla sig passiv utan att därvid riskera att bli betraktad som partisk».⁶⁴¹

Synspunktet er altså at dommeren kan være partisk også ved å avstå fra å veilede. Denne oppfatningen deler jeg. Videre kan uttalelsen motsetningsvis tas til inntekt for at en dommer risikerer å fremstå som partisk når det veiledes. Jeg deler denne oppfatning forutsatt et stort trykk på *kan*, samt et klart skille mellom å fremstå som og å være. Det er ingen absolutt sammenheng mellom å veilede og å være partisk, men retten *kan* fremstå som partisk om en part veiledes.

En side ved likebehandlingsprinsippet er at ressursmessig ulikhet skal utlignes.⁶⁴² Ulik veiledning av partene kan bidra til å utligne ulikheter. For å oppnå reell likebehandling kan det være grunn til å tilby mer veiledning til en part enn til en annen.⁶⁴³ Spørsmålet om hvor langt retten skal gå i sin veiledning kan dermed også bero på partsstillingen uten at dommeren av den grunn anses partisk. Dette gjelder særlig hvor en av partene er representert ved advokat.⁶⁴⁴ I hvor stor utstrekning retten gjennom veiledning bør søke å utligne slike forskjeller mellom partene drøftes mer inngående i punkt 8.2.

Videre varierer grensen for hvor langt retten kan gå i sin veiledning med sakstype.⁶⁴⁵ I indispositive saker har retten et ansvar for å ivareta de interesser som begrunner begrensningen i partenes disposisjonsfrihet. Når det veiledes for å ivareta denne interessen er det unaturlig om det skulle medføre at retten anses som partisk.⁶⁴⁶

Hensynet til rettens upartiskhet virker i første rekke begrensende for dommerens veiledning. Dette på flere måter. Hensynet til rettens upartiskhet medføre at begge parter

⁶⁴¹ Lindell 1988 s. 22. Se også Murray & Stürner 2004 s. 177 og Taksøe-Jensen 1976 s. 567.

⁶⁴² Se NOU 2001:32 A s. 143 og Ot.prp. nr. 51 82004-2005) s. 38. Se også tvl. § 1-1 (2) femte strekpunkt.

⁶⁴³ Se Nylund 2006 s. 98 og Damaska 1986 s. 106-107.

⁶⁴⁴ Slik forutsatt i tvl. § 11-5 (6). Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 37 andre spalte.

⁶⁴⁵ I et videre perspektiv varierer spørsmålet om veiledning og rettens upartiskhet med hvilken grad av autonomi partene innrømmes i prosessordningen, se Westberg 2010 s. 218 og Damaska 1986 s. 107.

⁶⁴⁶ Se Schei m.fl. 2013a s. 419. Se også Michael Ellehauge, Inhabilitet i dansk retspleje, Århus 2001 (Ellehauge 2001) s. 312-313.

har rett til å være til stede når veiledningen gis.⁶⁴⁷ Videre peker Tvistelovens ordlyd på «måten» veiledningen foregår og «hva» det veiledes om. I tillegg kan situasjoner hvor dommeren ved sin veiledning i realiteten *tar stilling* i tvisten være problematisk. Disse tre situasjoner drøftes suksessivt i det følgende.

4.7.2 Måten veiledningen presenteres

Den materielle prosessledelse bør ifølge Ekelöf utøves:

«Taktfullt och med gott psykologiskt handlag».⁶⁴⁸

Rettsaker er spesielle situasjoner som de fleste ikke opplever mer enn høyst et par ganger i løpet av livet. Situasjonen er fremmed og ofte står mye på spill. Derfor oppleves det nok også stressende for partene. Retten har ansvar for å ivareta den verdighet og skånsomhet som situasjonen krever.⁶⁴⁹ Hvor slikt ikke er ivaretatt kan det lede til anke, eller at avgjørelsen er vanskeligere å akseptere.⁶⁵⁰

Samtidig er rettsbehandling en hverdagsopplevelse for dommere. De har ansvar for å holde et stramt tidsskjema og stemningen kan bli både anstrengt og amper. Dommerrollen innebærer også til samme tid å være myndig og lydhør, noe som kan utfordres av advokater med en klar selvbevissthet og forventinger fra egen part.⁶⁵¹ Det er et vanskelig farvann å manøvrere i, og kanskje nettopp derfor er anekdotene om dommerens spørsmål og kommentarer mange.⁶⁵²

⁶⁴⁷ Se Westberg 1988 s. 661. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 389 fremheves det at begge parter av hensyn til rettens upartiskhet har krav på å være tilstede under forlikforhandlinger. Synspunktet har overføringsverdi til vår situasjon. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 401.

⁶⁴⁸ Ekelöf, Edelstam & Boman 1998 s. 53. Se også Gunnar Lind, Lars Heuman og Peter Westberg, «Argumentasjonsformer inom processrätten», *Juridisk tidsskrift*, 1993/94 s. 592-602 (s. 595).

⁶⁴⁹ Disse elementer anses også å inngå i forsvarlighetsprinsippet, se Skoghøy 2014 s. 517 og 521.

⁶⁵⁰ Anders Bratholm, Dommerne og rettssikkerheten, *Juristkontakt*, 1995 s. 2-31 (Bratholm 1997) (s. 4). Rt. 1985 s. 640 A kan ses på som et eksempel på dette.

⁶⁵¹ Bratholm 1997 s. 4 benytter merkelappene «herjedommer» og «herjeadvokat». Se også Tor Langbach, Forsvareren, Oslo 1996 s. 55.

⁶⁵² Harald Stanghelle, «Brobryggeren som brente sine broer?», *Lov og Rett*, 1988 s. 639-654 (s. 650-651) har en rekke anekdoter fra Treholt-saken.

Grensene for dommerens inngripen er av ulik karakter, både dommeretiske retningslinjer, habilitetsregler og sosiale normer er av betydning.⁶⁵³ Måten veiledning ytes på kan det reageres mot på flere måter; som saksbehandlingsfeil etter tvl. § 11-5 (7), inhabilitetsinnsigelse etter dl. § 108 eller ved klage til Tilsynsutvalget for dommere. I det følgende er fokus grensene for rettens upartiskhet. Samtidig er særlig grensen mot de dommeretiske retningslinjene noe uklar. Etter de *Etiske prinsipper for dommeratferd* skal dommeren blant annet framtre som upartisk, opptre med integritet og respekt for de involverte.⁶⁵⁴ Selv om det er forutsatt et skille mellom de forhold Tilsynsutvalget for dommere kan reagere på og de forhold som kan overprøves ved anke, er det klart at også tilsynsutvalgets praksis er av interesse for habilitetsvurderingene.

For måten veiledningen foretas er det klart at retten må gis et visst handlingsrom. Det kan være en vanskelig balansegang å på samme tid være så tydelig at veiledningen blir oppfattet, og samtidig være respektfull og ikke gi uttrykk for forhåndsstandpunkter.⁶⁵⁵ Måten dommeren kommuniserer på kan også oppleves forskjellig for ulike aktører i saken. Til sist vil måten dommeren veileder på være sterkt situasjonsavhengig. Enkelte situasjoner krever en løs tone, andre mer bestemt eller tydelig.⁶⁵⁶

Om retten gir uttrykk for sympatier, antipatier eller fordommer, gir det klart nok inntrykk av å være partisk.⁶⁵⁷ Kommunikasjon hvor retten gir uttrykk for et forhåndsstandpunkt er problematisk. Samtidig må det være et visst rom for kritiske bemerkninger.⁶⁵⁸ Retten må ved sin veiledning opptre respektfullt. I dette ligger at retten ikke skal være nedlatende, arrogant eller moraliserende.⁶⁵⁹ Slik veiledning er ofte gjenstand for klage til tilsynsutvalget, men er også av betydning for dommerens habilitet.

⁶⁵³ Johs. Andenæs, «Juristrollen og yrkesetikk», *Lov og Rett*, 1994 s. 65-66 (s. 65).

⁶⁵⁴ Se *Etiske prinsipper for dommeratferd*, artikkel 3, 4 og 6:

<http://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/om-domstolene/vedtatte-etiske-prinsipper.pdf> (sist besøkt 01.09.15).

⁶⁵⁵ Se. Rt. 1987 s. 1058 A og Rt. 2013 s. 1158 A premiss 45.

⁶⁵⁶ Trygve Lange-Nielsen, «Advokaten og dommeren», *Norsk Advokatblad*, 1982 s. 81-86 (s. 85).

⁶⁵⁷ Bernt 2011 s. 303.

⁶⁵⁸ Skoghøy 1990 s. 171.

⁶⁵⁹ Se Rt. 1985 s. 640 A og Bratholm 1997 s. 4.

Tilsynsutvalget fokuserer særlig på utilbørlig, brysk og respektløs prosessledelse. Etter tilsynsutvalgets praksis skal det slås ned på prosessledelse hvor dommeren gir inntrykk av å være forutinntatt.⁶⁶⁰ «Grov ubehøvlet opptreden» og bruk av «unødvendig sterke ord og uttrykk» har også representert brudd på god dommerskikk som kan avstedkomme disiplinærtiltak.⁶⁶¹ Også krass veiledning har vært klaget inn for utvalget.⁶⁶²

Videre må ikke veiledningen være bardus, overtalende eller på annen måte forsøkes å påtvinges parten.⁶⁶³ Slik veiledning etterlater ofte inntrykk av at den parten som veiledes har tapt, eller vil tape om ikke prosessopplegget endres i samsvar med veiledningen. Slik veiledning kan også føre til en konflikt mellom partene og retten som medfører at dommeren anses inhabil.⁶⁶⁴ Den nonverbale siden ved kommunikasjonen – kroppsspråk, mimikk, blick, tonefall og liknende – er det også grunn til å være seg bevisst.

Samtidig må dommeren ikke veilede på en slik måte at det oppleves til fordel for den som veiledes. Dette er typisk situasjonen hvor det gis råd, prognoser eller foreslås løsninger.⁶⁶⁵ Det er da bedre å stille retoriske eller oppriktige spørsmål, eller indikere det problematiske uten klart å peke på løsningen. Bratholm og Hov har uttrykt dette ved at dommeren burde benytte «antydningens kunst».⁶⁶⁶ Uttrykket rommer både rettens forventning om at prosessopplegget endres i tråd med veiledningen, men samtidig at retten ikke kan gi råd eller på annen måte gi uttrykk for et forhåndsstandpunkt. Samtidig er det problematisk om veiledningen blir så subtil at budskapet går tapt. Med Høyesteretts ord er det grunn til å minne om at en «oppfordring fra rettens side må formidles så klart at det kan forventes at den blir oppfattet».⁶⁶⁷ Det må derfor være rom for å gi ganske klart uttrykk for hva som er problematisk, eller stille spørsmål som tydelig viser at prosessopplegget er uheldig slik det foreligger.⁶⁶⁸

⁶⁶⁰ TUSAK 2012-31 og TUSAK 2012-12.

⁶⁶¹ TUSAK-2012-30.

⁶⁶² TUSAK-2006-33.

⁶⁶³ Westberg 1988 s. 662 og s. 666.

⁶⁶⁴ Se Rt. 1986 s. 123 U på s. 126.

⁶⁶⁵ Se NOU 2001:32 B s. 710 første spalte. Ved å foreslå løsninger risikeres det også at saken tvinges inn i et spor som ikke er ønskelig fra partens side, se Boman 1964 s. 32.

⁶⁶⁶ Bratholm & Hov 1973 s. 345.

⁶⁶⁷ Rt. 2013 s. 1158 A premiss 45.

⁶⁶⁸ Se til eksempel Peter Westberg, «Kasuistiska marginalanteckningar eller en sedvanerättslig arkipelag – några reflektioner över underråttarnas normbildning i frågor om materiell processledning i tvistemål»,

Antydningen kan gis indirekte i form av utspørring av vitner eller parter. Særlig når retten tar opp helt andre temaer enn de partene har lagt opp til i sin utspørring er det nærliggende å tolke rettens spørsmål som veiledning. Dette oppleves nok mindre partisk, men samtidig er slik veiledning subtil og lett å overse. Det krever at partene er oppmerksom under rettens utspørring.

Twistemålsutvalget og departementet hadde ulike oppfatninger om måten veiledningen bør foretas. Utvalget pekte på at det ikke må gis råd til partene.⁶⁶⁹ Departementets holdning var mer liberal, og uttalte at hensynet til rettens upartiskhet ikke representerte «et så omfattende hinder for veiledningen som utvalget kan synes å ha forutsatt».⁶⁷⁰ Videre ble det uttalt at:

«Når retten med bakgrunn i en understreking av visse opplysninger i saken gjør oppmerksom på aktuelle påstandsgrunnlag, vil det kunne være vanskelig å unngå at retten oppfattes å gi råd til den ene parten om hva som bør påberopes. Veiledningen bør ikke av den grunn unnlates. Det kan til og med oppstå behov for å gå lenger. Dersom parten ikke synes å forstå poenget med veiledningen, bør retten mer direkte kunne si at påberopelse av et angitt påstandsgrunnlag trolig eller sikkert vil utløse en angitt rettsregel, at det vil gi et resultat helt eller delvis i samsvar med påstanden, og at mye derfor taler for at det vil samsvare med partens interesser å påberope seg påstandsgrunnlaget».⁶⁷¹

Hva som skiller den fremgangsmåte departementet beskriver her, og det forbud mot å gi råd om hvilket standpunkt parten bør innta som følger av tvl. § 11-5 (7) andre punktum, er det umiddelbart ikke godt å få øye på. Enkelte forbeholdne formuleringer som *nokså klart* og *trolig* benyttes, men sett under ett synes uttalelsen å være uforenlig med forbudet mot rådgivning.⁶⁷² Samtidig kan det anføres at departementet her kun beskriver i klartekst det som ofte er det underliggende budskap når dommeren, ved hjelp av antydningens kunst, påpeker at enkelte elementer i et påstandsgrunnlag ikke er belyst, eller at andre påstandsgrunnlag enn det parten har påberopt synes mer relevante.

Departementets uttalelse åpner også for en annen problemstilling: kan retten veilede på ulik måte til ulike parter? En forutsetning for å være så *tydelig* som det skisseres er nettopp at

Juridisk tidsskrift vid Stockholms Universitet, 1995-96 s. 74-92. (s. 88) som skisserer en «realpolitisk» dommer som klart gir uttrykk for hva som er problematisk, en «rapp och resolut» prosessledelse.

⁶⁶⁹ NOU 2001:32 B s. 710 første spalte.

⁶⁷⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173.

⁶⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 andre spalte.

⁶⁷² Også i denne retning, se Schei m.fl. 2013a s. 418.

parten ikke forstår dommerens poeng. Språket i en rettsal er gjerne nøkternt. Advokater er fortrolig med dette, men det kan ikke selvprosederende parter forventes å være. Høyesterett forutsetter som nevnt at oppføringen må kunne forventes å bli oppfattet, hvilket også kan forstås i en slik retning. Ut i fra en tanke om at partene skal ha reell mulighet til å legge frem sin sak for retten på en forsvarlig måte, er det naturlig at måten det kommuniseres på tilpasses mottakeren.⁶⁷³ Ingen part er tjent med veiledning man ikke forstår, heller ikke selvprosederende parter.

4.7.3 Nærmere om måten: dommerens forutinntatthet

En dommer som har tatt stilling til saken før den er tatt opp til doms er ikke upartisk. Slike forhold vil representere «særegne forhold» som medfører inhabilitet etter dl. § 108.⁶⁷⁴

Flere forhold kan medføre at det ikke er tillit til at dommeren ikke er forutinntatt. Både stillingstagende i tidligere avgjørelser eller saker, og deltakelse i lovforberedelse, lovreform, samfunnsdebatt eller i juridiske artikler.⁶⁷⁵ Fagkyndige dommere som tidligere har hatt arbeidsoppdrag i anledning saken kan anses inhabile.⁶⁷⁶ En dommers uttalelser i media kan også medføre inhabilitet.⁶⁷⁷

Dommeren kan også veilede på en slik måte at det i realiteten tas stilling til tvisten. Det er flere eksempler fra Høyesterett på at dommerens uttalelser under saken har ført til inhabilitet. Det er hevdet at inhabilitet grunnet dommerens stillingtagen kun gjelder «sentrale spørsmål» i saken.⁶⁷⁸ Med dette menes ikke nødvendigvis tvistens hovedspørsmål. Enkeltspørsmål det skal tas stilling til og også utsagn om bevisvurderingen

⁶⁷³ Se i samme retning Westberg 1988 s. 664.

⁶⁷⁴ Anders Bøhn, *Domstolloven Kommentartutgave*, Oslo 2000 s. 291-292.

⁶⁷⁵ Se Rt. 2006 s. 1518 U og Rt. 1958 s. 637 U om stillingstagende i tidligere kjennelse eller sak. Se Rt. 2008 s. 1451 S, Inge Lorange Backer, «Habilitet i Høyesterett», *Lov og Rett*, 2008 s. 577-578 (s. 577) og Bergholtz 2004 61 flg., Kleyn og andre mot Nederland, saksnr. 39343/98, storkammer, avgjørelse av 6. mai 2003 og Procola mot Luxembourg, saksnr. 14570/89, avdeling, avgjørelse av 28. september 1995, om deltakelse i lovreform. Se Bratholm 1997 s. 6, Jens Edvin A. Skoghøy, «Praktiseringen av krav til dommerhabilitet i Norges Høyesterett», *Lov og Rett*, 2009 s. 323-341 (s. 337 flg.), Rt. 2003 s. 1094 A og Rt. 2008 s. 602 A om synspunkter i samfunnsdebatt eller juridiske artikler.

⁶⁷⁶ Rt. 1981 s. 1030 A.

⁶⁷⁷ Se Rt. 1994 s. 536 U og HR-1992-295 K.

⁶⁷⁸ Torgersen 2004 s. 184.

vil omfattes.⁶⁷⁹ I flere høyesterettsavgjørelser slås det fast at utsagn om partenes eller andre sentrale aktørers forklaringer kan medføre inhabilitet.⁶⁸⁰ Dette viser at terskelen ikke er høy for å anse forholdet sentralt. Det er også en forutsetning for at stillingtagen skal anses inhabiliserende, at forholdet det tas stilling til, er omtvistet.⁶⁸¹

Grensen for når retten anses å ha *tatt stilling*, er avhengig av konteksten veiledningen gis i. Dommeren må nødvendigvis innrømmes et visst handlingsrom. Dette gjelder særlig ved forsøk på å oppnå forlik, hvor Høyesterett har uttalt at:

«Når dommeren tar et slikt initiativ eller deltar i slike forhandlinger, vil han ofte stå overfor en vanskelig balansegang».⁶⁸²

Videre uttales i avgjørelsen at selv om dommerens har uttalt seg uheldig, behøver det ikke medføre inhabilitet fordi det er «innlysende at dommeren har plikt til å overprøve foreløpige standpunkter under sakens videre gang».⁶⁸³ Etter min mening er dette en uheldig slutning av Høyesterett. Ett forhold er at det er uklokt å innta klare standpunkter tidlig i saksforberedelsen da grunnlaget for slike standpunkter normalt er relativt dårlig. Noe annet er å regne slike utsagn som mindre bastante nettopp fordi de faller tidlig under saksbehandlingen. Det er etter min mening alt annet enn innlysende at dommeren evner å se bort fra egne standpunkter som måtte ha kommet til uttrykk tidlig i saken.⁶⁸⁴

Departementet uttalte altså at:

«Men det bør ikke anses til hinder for at retten, når den ser det som nødvendig for å bli forstått, kan gi nokså klart uttrykk for hva som vil bli utfallet av saken som følge av å påberope et påstandsgrunnlag bevisføringen synes å gi grunnlag for».⁶⁸⁵

Dette er etter min mening et klart eksempel på at dommeren ved sin veiledning har tatt stilling til sakens utfall. Etter gjennomgangen er det etter min mening klart at en dommer

⁶⁷⁹ Se Rt. 1987 s. 1058 A. Se også Nils Dalseide, «Barnefordelingssaker i retten – noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste» i *Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias*, 2002 s. 191-206 (Dalseide 2002) (s. 206).

⁶⁸⁰ Rt. 1951 s. 834 U, Rt. 1976 s. 332 A, Rt. 1977 s. 708 U og Rt. 1994 s. 1281 A.

⁶⁸¹ Rt. 1987 s. 1058 A og Rt. 2000 s. 1048 U.

⁶⁸² Rt. 1987 s. 1058 A på s. 1062. Se også Rt. 1998 s. 1895 A og Rt. 1986 s. 123 U.

⁶⁸³ Rt. 1987 s. 1058 A på s. 1063.

⁶⁸⁴ Se også von Eyben 1987 s. 133.

⁶⁸⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173.

som hadde ytt veiledning etter de linjer som Departementet her beskriver, ville blitt regnet som inhabil.⁶⁸⁶

4.7.4 Betydningen av *hva* det veiledes om for rettens upartiskhet

I vurderingen av om retten har engasjement til fordel for eller fordommer mot en av partene, kan det være av betydning *hva* retten har veiledet om. Tvistemålsutvalget har uttalt at:

«Så lenge en slik inngripen skjer med utgangspunkt i partenes prosessopplegg, vil det ikke sette rettens nøytralitet i fare».⁶⁸⁷

Synspunktet er altså at hensynet til rettens upartiskhet taler for at retten ikke bør veilede om forhold *utenfor rammene* av partens prosessopplegg. Som påvist medfører ikke kravet til rettens nøytralitet at retten ikke kan veilede. Kravet til nøytralitet kan like gjerne kreve at feil og mangler ved prosessopplegget påvises. Samtidig gjør en slik forståelse av rettens nøytralitet ikke det påkrevd å veilede utenfor partenes prosessopplegg fordi feil og mangler påpekes nettopp med utgangspunkt i det eksisterende. Videre vil dommeren lettere kunne oppfattes å peke på løsninger når det veiledes om forhold uten tilknytning til prosessopplegget. Slik veiledning har et klart preg av rådgivning. Når det pekes på forhold ved partenes prosessopplegg er det også mulig å foreslå løsninger, men det kan lettere unngås ved kun å peke på problematiske sider ved det partene har presentert. Samtidig kan veiledning utenfor rammene av prosessopplegget også ta utgangspunkt i det problematiske ved det presenterte. I sum er det nok noe mindre utfordrende for rettens upartiskhet om det ved veiledningen tas utgangspunkt i partenes prosessopplegg.

Videre har det blitt hevdet at rettens upartiskhet taler for at rettens veiledning bør søkes gitt på et *generelt nivå*. Tvistemålsutvalget uttaler at det er betydelig rom for:

⁶⁸⁶ Se RG-2000-1218, Rt. 1987 s. 1058 A og Rt. 1976 s. 765 U.

⁶⁸⁷ NOU 2001:32 A s. 138-139. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 37 andre spalte.

«Å tilføre parten kunnskap om hva som mer generelt kreves, faktisk og rettslig, for at krav av den aktuelle [typen] skal kunne føre frem».⁶⁸⁸

Dette er naturlig. Generell veiledning om innholdet i rettsregler og problematiske sider ved utformingen av en påstand, har i mindre grad preg av å være partisk enn veiledning om hvordan bevisene i den aktuelle saken kan tolkes og hva som bør påberopes.⁶⁸⁹ I forlengelsen av skillet generell og konkret, er også skillet mellom faktum og juss av betydning.⁶⁹⁰ Synspunktet bygger langt på vei på den samme begrunnelse. Ved å veilede om rettsregler i stedet for faktum, er det lettere å være på et generelt nivå. Idet retten har ansvar for rettsanvendelsen, er det enda mindre grunn til å anse veiledning om rettsregler inhabiliserende.⁶⁹¹

4.8 Foreløpig sammenfatning

Gjennomgangen av prinsipper viser et sterkt sammensatt bilde, hvor ulike prinsipper trekker i ulike retninger. Tas også de ulike funksjonene med i en slik sammenfatning, blir spørsmålet om veiledning enda mer komplekst. Mellom samtlige prinsipper og funksjoner er det et stort samspill – og ikke ubetydelige motsetninger. Uzelac oppstiller en «three-dimensional concept of justice», hvor sentrale momenter er et riktig resultat samt tid og penger.⁶⁹² Dette er en måte å peke på spenningen mellom ressursbruk og riktig avgjørelse. Forholdet mellom disse er imidlertid, som vist, nyansert. I tillegg trekker eksempelvis autodnomi, forsvarlighet, kontradiksjon og upartiskhet tidvis i samme, tidvis i ulike retninger. Dette har umiddelbar betydning for spørsmålet om veiledning.

I tillegg til et komplekst samspill, er en interessant observasjon utviklingen i både prinsippenes innhold og status, hvor det særlig er grunn til å fremheve prinsippet om aktiv

⁶⁸⁸ NOU 2001:32 B s. 710 første spalte. Mitt tillegg. Ord mangler i original. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 37 andre spalte.

⁶⁸⁹ Se Taksøe-Jensen 1976 s. 568.

⁶⁹⁰ At dommeren hadde forsøkt å forklare en part enkelte prosessuelle fristregler medførte ikke inhabilitet i HR-1988-321-k.

⁶⁹¹ Se i samme retning Taksøe-Jensen 1976 s. 529-530.

⁶⁹² Uzelac 2014 s. 12.

saksstyring. Dette er av betydning for spørsmålet om veiledning.⁶⁹³ Det er all grunn til å tro at denne utviklingen vil fortsette.

Gjennomgangen bekrefter at retten i vid utstrekning har plikt til å bidra til å klargjøre partenes prosessopplegg, og slik kvalitetssikre avgjørelsesgrunnlaget. Kun unntaksvis har retten en plikt til å veilede. Dette skillet følger samtidig et skille mellom forhold innenfor og utenfor rammen av partenes eksisterende prosessopplegg, men det er grunn til å fremhevet at det ikke er en nødvendig sammenheng mellom disse forholdene. Grensen for partens prosessopplegg kan være uklar, og forhold på grensen mellom eksisterende prosessopplegg og andre forhold kan nettopp være årsak til den uklarheten retten plikter å klargjøre. Videre vil alternative prosesshandlinger i nær tilknytning til de som er presentert kunne ha preg av klargjøring, men ligge utenfor rammen av partens prosessopplegg.

Undersøkelsen av spørsmålet om veiledning *in abstracto* er nå fullført. I de videre kapitler benyttes de funn som er gjort her i ulike situasjoner og sammenhenger.

⁶⁹³ Se til eksempel Lindlbom 2000 s. 300.

5. Veiledning i de ulike faser av en rettsprosess

5.1 Innledning – tvisteprosessens faser

En rettsprosess består av flere faser. Hvordan prosessordningen er strukturert med hensyn til hvor mange og hvilke faser den inneholder, varierer med ulike prosessordninger og hvilke funksjoner domstolen søker å ivareta.⁶⁹⁴ Den norske prosessen kan i hovedsak karakteriseres som en hovedforhandlingsmodell – main hearing model, hvor prosessen er todelt med en forberedelsesfase og en hovedforhandlingsfase. I tillegg kan den innledende fasen hvor søksmål inngis og prosessforutsetningen prøves, skilles ut som egen fase slik at modellen har totalt tre faser.⁶⁹⁵ Dette til forskjell fra modellen i common law tradisjonen, hvor bevisopptak utgjør en egen fase. Hovedforhandlingsmodellen, med en sammenhengende forhandling med presentasjon av bevis og rettslig og faktisk argumentasjon, antas av flere å være mer effektiv enn common law modellen.⁶⁹⁶ Ved eventuell ankebehandling består rettsprosessen av de samme fasene for ankeinstansen. I vid forstand kan rettsprosessen ses på som hele behandlingen frem til rettskraftig avgjørelse foreligger i siste instans.

Tidspunktet – *når* – spørsmålet om veiledning oppstår på i en rettsprosess, er av stor betydning for hvorvidt dommeren bør veilede. Dette er det mange grunner til. Først av alt er sivilprosessens ulike prinsipper og funksjoner av ulik relevans og vekt avhengig av hvor i prosessen tvisten er. Domstolenes rettsutviklende og rettsavklarende funksjon er eksempelvis av større betydning ved behandlingen for Høyesterett enn for tingretten. Videre tillegges partenes autonomi ulik vekt og er av ulik betydning i løpet av en

⁶⁹⁴ Xandra E. Kramer, «The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-Unidroit European rules of civil procedure», *Uniform Law Review*, vol. 19, 2014 s. 218-238 (Kramer 2014) (s. 220-221).

⁶⁹⁵ Se Anna Nylund, «Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings» i *Current Trends in Pre-Trial Proceedings*, Tromsø 2016 (Nylund 2016a) under punktet «Stages of Civil Procedure in Different Procedural Models». Denne tredelingen benyttes også i Tyskland, Spania og Storbritannia, se Kramer 2014 s. 232.

⁶⁹⁶ Nylund 2016a under punktet Assumptions of the main hearing model of civil procedure.

rettsprosess.⁶⁹⁷ I tillegg taler prinsippene og funksjonene i ulik grad for og mot at det veiledes i ulike faser. Proporsjonalitetsprinsippet og forsvarlighetsprinsippet er eksempler på normer som varierer blant annet med når i prosessen spørsmålet oppstår.

Fokuset i de ulike fasene av en rettsprosess er også ulikt. I søksmålsfasen er fokuset et helt annet enn i hovedforhandlingsfasen.⁶⁹⁸ I en innledende fase er det naturlig å klargjøre om saken kan fremmes for domstolen. Dette i motsetning til en hovedforhandlingsfase, hvor det sentrale er å få gjennomføre forhandlingen på en forsvarlig måte.

Videre varierer dommerens grunnlag for å veilede med hvor i prosessen en tvist er. Dommeren har et helt annet grunnlag for å vurdere om det er behov for veiledning under hovedforhandlingen enn når kun stevning og tilsvare foreligger. For Høyesterett er informasjonsgrunnlaget totalt ulikt det som forelå for tingretten. Dette har eksempelvis medført at rettens adgang til å begrense bevisførselen etter tvl. §§ 21-7 (1) og (2) bokstav b, og 21-8 er forutsatt benyttet med større varsomhet under saksforberedelse enn hovedforhandling.

Til sist varierer konsekvensene av et behov for å veilede med hvor i prosessen tvisten er. Dette er det ulike årsaker til. Veiledning under hovedforhandlingen kan i større grad enn under saksforberedelsen medføre økt ressursbruk og utsettelse. Videre medfører veiledning under ankebehandling som fører til at et alternativt påstandsgrunnlag påberopes, at det nye påstandsgrunnlaget kun gjøres til gjenstand for behandling i en instans. Slik påvirkes proporsjonalitetsprinsippet og forsvarlighetsprinsippet. I en annen kategori av konsekvenser er forholdet til prosessuelle begrensninger som preklusjonsregler og ankebegrensninger.

Tidsfaktoren i betydningen behandlingstid er også sentral for spørsmålet om veiledning. Behandlingstiden er av betydning også i denne sammenheng, men da som et moment under hvorvidt det bør veiledes på det stadium spørsmålet oppstår. Slik gjør behandlingstiden del

⁶⁹⁷ Se Strandberg 2012 s. 208-209.

⁶⁹⁸ Se Kramer 2014 s. 225 flg.

av forsvarlighetsprinsippet. Alle disse forholdene gjør en nærmere undersøkelse av spørsmålet om veiledning under prosessens ulike faser nødvendig.

Under enkelte temaer i det følgende viskes grensen mellom materiell og prosessuell rett noe ut. Dermed utviskes også grensen mellom prosessuell og materiell veiledning. Dette gjelder særlig prosessuelle regler med materielt vurderingstema, især prosessforutsetningene og preklusjonsreglene. Temaene er etter min mening viktige for å belyse dommerens påvirkning av den materielle siden av en rettstvist. Før jeg går løs på veiledningen under prosessens enkelte faser, knyttes det derfor enkelte merknader til prosessuelle regler med materielt vurderingstema.

5.2 Veiledning ved prøving av prosessforutsetningene i søksmålsfasen

Under søksmålsfasen presenterer partene tvisten for første gang for domstolen. I stevning og tilsvær må nødvendig informasjon for en forsvarlig behandling av saken angis. Dette innebærer blant annet at kravet, det faktiske og rettslige grunnlaget for kravet, samt bebudet bevisførsel må presenteres. Stevningen må i tillegg gi retten grunnlag for å vurdere om nødvendige prosessforutsetninger er oppfylt. I det følgende fokuseres det på prosessforutsetningene. I den grad disse er oppfylt, foregår den videre utvikling av saken under forberedelsesfasen. Under søksmålsfasen kontrolleres kun at grunnvilkårene for behandling av saken er oppfylt.

Prosessforutsetninger kan sies å være prosessuelle forhold, men flere forholder seg til sakens materielle side. I et slikt perspektiv utgjør de prosessuelle regler med materielle vurderingstema. Enkelte ganger er det ikke klart at prosessforutsetningene er oppfylt. Ved prøving av prosessforutsetningene kan retten være nødt til å inngi seg i drøftelser, og slik veilede, om sakens materielle side. Dette gjelder både hvorvidt saken gjelder et rettskrav og domstolens domsmyndighet.

Det er flere grunner til at dommeren har en mer vidtgående plikt til å veilede om sakens materielle forhold som del av prøving av prosessforutsetningene enn ellers i saken. Retten har først av alt ansvar for på eget tiltak å påse at de nødvendige forutsetninger for behandling av tvisten er oppfylt. Dette gjelder i hovedsak av hensyn til domstolens

funksjon og samfunnsoppgave, men også fordi retten må påse at samfunnets midler benyttes til tvisteløsning som forutsatt.⁶⁹⁹ At domstoler kun er egnet til å løse rettslige tvister, er også av betydning i denne sammenheng. Både prosessforutsetningenes formål og dommerens plikt til å håndheve disse er dermed av betydning for plikten til veiledning.

I forlengelsen av rettens plikt til å håndheve prosessforutsetningene, har retten en plikt til å tillate at mangelfulle prosesshandlinger rettes, samt varsle partene før avgjørelser om saksbehandlingen tas, jf. henholdsvis tvl. §§ 16-5 og 9-6 (1). I praksis medfører også disse bestemmelsene en forventning om veiledning fra rettens side idet retten må peke på det mangelfulle i partenes prosessopplegg for å muliggjøre retting eller merknader.

Dette er også situasjonen i praksis. I flere avgjørelser fra Høyesterett er det slått fast at retten i en viss grad plikter å veilede om prosessforutsetninger. Særlig gjelder dette ulike sider ved kravet til rettslig interesse. Flere avgjørelser har handlet om spørsmålet om reelt behov.⁷⁰⁰ Spørsmål om avvisning på grunn av *manglende tilknytning* til tvistegjenstanden og *manglende aktualitet* har også vært gjenstand for behandling i Høyesterett.⁷⁰¹ At retten plikter å veilede om utforming av påstand for å sikre at kravet til rettslig interesse er oppfylt, forutsettes også i tvistelovens forarbeider. Dette gjelder særlig ved tvist om eksistensen av rettighets- eller pliktforhold.⁷⁰²

Vider kan spørsmål om avvisning av sak på grunn av domstolens manglende *saklige kompetanse* ifølge Høyesterett begrunne en plikt til veiledning for eventuell endring av påstand.⁷⁰³ Saken gjaldt spørsmål om herredsretten eller skifteretten var kompetent domstol i saken. Avgjørende var dermed hvordan *kravet i stevningen var å forstå*.⁷⁰⁴

Alle disse avgjørelsene er eksempler på at retten ved prøving av om prosessforutsetningene er oppfylt, plikter å veilede om sakens materielle side. Rekkevidden av en slik plikt beror

⁶⁹⁹ Se Skoghøy 2014 s. 362 med videre henvisninger i note 1. Se også Schei m.fl. 2013a s. 54.

⁷⁰⁰ Se til eksempel Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1988 s. 1307 U med videre henvisning til Borgarting lagmannsretts kjennelse LB-2002-240. Se også HR-2002-417 U.

⁷⁰¹ Se henholdsvis Høyesteretts kjennelse Rt. 2006 s. 1567 U og Rt. 2008 s. 230 U.

⁷⁰² Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 364 og 365.

⁷⁰³ Se Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1997 s. 1744 U.

⁷⁰⁴ Se kjennelsens s. 1746.

på den enkelte sak, men også begrunnelsen for å ha prosessforutsetninger. Generelt søker prosessforutsetninger å ivareta *domstolens funksjon* som organ for løsning av rettstvister og samfunnets og saksøktes interesse i å unngå *unødige søksmål*. I tillegg søker prosessforutsetningene å sikre at *stedet, måten og formen* søksmålet blir anlagt på er *hensiktsmessig*.⁷⁰⁵ Ulike prosessforutsetninger ivaretar på ulik måte ulike deler av begrunnelsen, som også innebærer at rekkevidden av veiledningsplikten varierer med de ulike bestemmelser. For generelle prosessforutsetninger er det også av betydning for veiledningsplikten at de søker å beskytte mer allmenne interesser. Retten har derfor plikt til *ex officio* å undersøke om vilkårene er oppfylt, og avvise saken om prosessforutsetningen ikke foreligger.⁷⁰⁶ I lys av dette synes det naturlig med en utstrakt plikt til å veilede, jf. også tvl. § 16-5 (1).

Idet spørsmålet om avvisning må skje med grunnlag i partenes anførsler, er det naturlig at veiledningen tar utgangspunkt i partenes anførsler. Slik begrenses også rekkevidden av veiledningsplikten. Men dette danner kun et utgangspunkt. I tillegg kreves en viss nærhet eller aktualitet som gjør det rimelig å forvente veiledning. Høyesteretts kjennelse Rt. 2000 s. 121 U er illustrerende. Saken gjaldt spørsmål om adgangen til å reise søksmål om tvangsvedtak etter tvistemålsloven.⁷⁰⁷ Søksmålet ble avvist på grunn av manglende aktualitet idet saksøker ikke lenger var underlagt tvang.⁷⁰⁸ Rettens veiledningsplikt medførte ikke en plikt til å bidra til å endre søksmålet, slik at en sak kunne fremmes etter de alminnelige regler. Selv om en slik veiledning for så vidt kan hevdes å ta utgangspunkt i det anførte, har det en så liten nærhet med det anførte at Høyesteretts standpunkt ikke er overraskende.

Veiledningen rettes i slike tilfeller både mot partens påstand og påstandsgrunnlag. Idet retten ved sin prøving av rettslig interesse ikke prøver, men kun legger til grunn partenes pretensjoner om de faktiske forhold,⁷⁰⁹ rettes veiledningen heller ikke mot bevis.

⁷⁰⁵ Skoghøy 2014 s. 217.

⁷⁰⁶ Skoghøy 2014 s. 254.

⁷⁰⁷ Dette tilsvarer tvistelovens kapittel 36.

⁷⁰⁸ Se lagmannsrettens avgjørelse i samme sak, LB-1999-2087.

⁷⁰⁹ Skoghøy 2014 s. 379.

Et spesielt forhold med veiledning ved prøving av prosessforutsetningene er at motparten ikke nødvendigvis er gjort kjent med søksmålet. I slike tilfeller bør dommeren, for å sikre tilliten til egen upartiskhet, kun yte skriftlig veiledning. I den grad det ytes muntlig veiledning, bør det utarbeides notater som motparten kan gis innsyn i.

5.3 Saksforberedelsesfasen

5.3.1 Grunnlaget for en vellykket hovedforhandling

Formålet med saksforberedelsen er todelt. Under saksforberedelsen er det naturlig å undersøke muligheten for forlik. I tillegg er det under saksforberedelsen grunnlaget for en vellykket hovedforhandling legges.⁷¹⁰ Dette innebærer å klarlegge rammene for tvisten ved at krav, påstandsgrunnlag, aktuelle beviser, bevistema og påstander klargjøres.⁷¹¹ Ved en slik klargjøring er det etter min mening naturlig å ta utgangspunkt i hva partene ønsker å få avgjort. Hvilket faktisk og rettslig grunnlag avgjørelsen ønskes å bygge på er derfor sentralt under saksforberedelsen. Slik er partenes vilje i stor grad i fokus; det må sikres samsvar mellom prosesshandlingene og partenes ønsker.

Dommeren er sentral for å klargjøre saken og må gjennom veiledning bidra til dette.⁷¹² Slik klargjøring bør helst foregå tidlig enn sent i prosessen, noe nær sagt alle synes å være enige om,⁷¹³ også lovgiver. Departementet uttaler at grunnet reglene om aktiv saksstyring vil:

«Retten få grunnlag for å foreta materiell prosessledelse på et så tidlig tidspunkt at betenkelighetene er færre».⁷¹⁴

Hvilke betenkeligheter det siktes til, klargjøres ikke, men det er mange gode grunner til at veiledning tidlig i prosessen er bedre enn sent. Blant annet taler hensynet til

⁷¹⁰ Se Olav Lid, Kort prosess. Rettargangsmåten i tvistemål, Oslo 1968 s. 83.

⁷¹¹ Skoghøy 2014 s. 621, Kramer 2014 s. 228-229 og Anna Nylund, «Norway: Efficiency by Flexible Preparatory Proceedings and Case Management» i *Current Trends in Pre-Trial Proceedings*, Tromsø 2016 (Nylund 2016b) under punktet Preliminary Proceedings in Norway: Structure and Goals.

⁷¹² Se Thore Brolin, Åke Rehnström, Magnus Widebeck, *Tvistemålsprosessen. En handledning för förberedelsen*, 3. opplag, Stockholm 2008 s. 78.

⁷¹³ Schei m.fl. 2013a s. 414, Taksøe-Jensen 1976 s. 537, Westberg 1988 s. 649, Boman 1964 s. 30, Lindell 2012 s. 291 og Gomard & Kistrup 2013 s. 289. Annerledes Michelsen 1999 s. 102.

⁷¹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 andre spalte.

prosessøkonomi for å klargjøre hva som er omtvistet mellom partene så tidlig som mulig. En sentral side ved rettens veiledning etter tvl. § 11-5 (3) er å klargjøre *tvistespørsmålene*, altså hva som er omtvistet i saken. Slik unngås omfattende saksforberedelse om forhold som i realiteten ikke er omtvistet. Saksforberedelsen kan dermed fokuseres om det sentrale. Slik reduseres også risikoen for at saksforberedelsen uthales i tid. Videre reduseres sannsynligheten for at det må foretas prosesshandlinger etter saksforberedelsens avslutning, noe som reduserer risikoen for utsettelse av saken. Veiledningen fra retten kan gjøre det påkrevd med nærmere undersøkelser eller overveielser fra partenes side, før det reageres på veiledningen – hvilket også kan kreve tid.⁷¹⁵ Tidlig veiledning ivaretar dermed både proporsjonalitetsprinsippet, og bidrar til en rask og effektiv saksavvikling.

Tidlig veiledning kan også bidra til økt sannsynlighet for at avgjørelsen blir materielt riktig, fordi eventuelle feil, mangler eller misforståelser kan klargjøres så tidlig som mulig. Slik blir det både tidligere klart hva som er omtvistet, og hvilke regler eller bevis som er aktuelle. For motparten blir det da større klarhet i hva som skal imøtegås, særlig hvor det ikke fremgår klart av stevningen. Saksforberedelsen kan dermed benyttes til å ytterligere spisse problemstillingene, bevisførselen og argumentasjonen.

I tillegg muliggjør tidlig veiledning at endringer kan foretas uten hinder av preklusjonsreglene. Slik ivaretas både forsvarlighetsprinsippet, proporsjonalitetsprinsippet og ønsket om en tillitsskapende behandling.

Tidlig klargjøring av tvisten og de ulike parters standpunkt til de enkelte punkter i denne, kan også øke muligheten for å komme til en minnelig løsning i saken.⁷¹⁶

Til slutt kan det hevdes at veiledning tidlig i prosessen i mindre grad enn veiledning sent i prosessen vil oppleves avgjørende for sakens utfall. Slik er det også mindre grunn til å tro at motpartens opplevelse av at retten gjennom veiledningen er partisk. Slik fremstår rettergangen som helhet i større grad som rettferdig. Det motsatte har også vært hevdet ved

⁷¹⁵ Taksøe-Jensen 1976 s. 537 og Westberg 1988 s. 668.

⁷¹⁶ Se Taksøe-Jensen 1976 s. 560 flg. som argumenterer for at når tvisten fikseres og det blir klart for partene hva som er omtvistet. Når det er klart hva som er omtvistet er det enklere å komme til enighet.

at dommeren kan bli forutinntatt ved å være for aktiv tidlig i prosessen.⁷¹⁷ Etter min mening er det et argument med lik tyngde gjennom hele prosessen som ikke gjør seg særlig gjeldende under saksforberedelsen. Det kan i tillegg argumenteres for at det på det forberedende stadium ikke er avgjørende for dommeren å begrense sin veiledning av hensyn til egen habilitet. Saken kan i tilfelle overføres til ny dommer uten å risikere at saken må utsettes.⁷¹⁸ Mot dette kan det selvsagt innvendes at overføring av sak til en ny dommer forutsetter en viss dobbeltbehandling ved at den nye dommeren også må sette seg inn i saken.⁷¹⁹

Samtidig finnes det også argumenter mot inngående veiledning tidlig i prosessen. Det er alltid en risiko for at dommerens veiledning er feil, eller at retten – uten at innholdet i veiledningen for så vidt er uriktig – leder prosessen i feil retning.⁷²⁰ Tidlig i prosessen er rettens grunnlag for å veilede også dårligst da retten kun har partenes stevning og tilsvær. Dommeren har derfor begrenset grunnlag for å kjenne til partenes ønsker og synspunkter. Risikoen for å gjøre feil er da presumptivt større tidlig i prosessen enn sent. At adgangen til å avskjære bevis er sterkt begrenset bygger til dels også på at det under saksforberedelsen er vanskelig å slå fast hvilke bevis som er fullstendig irrelevante.⁷²¹

Etter min mening er dette ikke et argument mot veiledning som sådan, men i større grad av betydning for *hvordan* veiledningen under saksforberedelsen bør innrettes. Retten bør derfor under saksforberedelsen søke å avklare feil, mangler og uklarheter ved partenes prosessopplegg, og slik bidra til *klargjøring av tvisten*.⁷²² Slik veiledning innebærer å avklare omkringliggende forhold; om andre krav ønskes fremmet, alternative påstandsgrunnlag ønskes påberopt eller om andre bevis enn de påberopte ønskes presentert.

⁷¹⁷ Westberg 1988 s. 649.

⁷¹⁸ Se i samme retning i de danske forarbeider til tilsvarende bestemmelse: Retsplejerådets betænkning nr. 1401 for 2001 s. 316.

⁷¹⁹ I amerikansk rett er det ikke samme dommer som forbereder tvisten og som leder forhandlingene, se Reitz 1989-90 s. 992. Dette er etter min oppfatning uheldig ikke bare på grunn av risiko for dobbeltbehandling, men også fordi dommeren da mister noe av initiativet i saksstyringen; saken blir partsstyrt i stedet for dommerstyrt.

⁷²⁰ Se i samme retning Westberg 1988 s. 649.

⁷²¹ Se til eksempel Rt. 2002 s. 976 U på side 979 og Rt. 1998 s. 484 U på side 486.

⁷²² Se også Taksøe-Jensen 1976 s. 562.

En sentral del av saksforberedelsen er ikke bare å klargjøre tvisten, men også å sikre at partene er innforstått med konsekvensene av partens tilnærming til tvisten. Avskjæring av tilbudte bevis, uttalelser om verdien av ulike beviser og uttalelser om utfallet av saken bør retten på dette stadium selvsagt avstå fra.⁷²³ I alt forutsetter dette en åpen tilnærming til tvisten fra dommerens side.

For å komme i posisjon til å veilede tidlig i prosessen kreves det at dommeren tidlig setter seg grundig inn i tvisten. Prinsippet om aktiv saksstyring forutsetter nettopp dette.⁷²⁴

Kommunikasjonsformen som benyttes under saksforberedelsen, er av betydning for i hvilken grad det kan ytes veiledning under saksforberedelsen hvilket er tema i det følgende.

5.3.2 Saksforberedelsens form

Hvilken form saksforberedelsen gjennomføres i, må ses i sammenheng med formålet med saksforberedelsen; å legge grunnlaget for en vellykket hovedforhandling. En vesentlig del av forberedelsen foregår skriftlig. Dette gjelder særlig partenes utvikling av saken gjennom utveksling av prosesskriv. Fokuset i denne sammenheng er ikke partenes kommunikasjon i prosesskriv, men betydningen av forberedelsens form for dommerens mulighet til å påvirke prosessopplegget. Slik er det også en nær sammenheng med rettens veiledning. Lindell fremhever at en god veiledning:

«Innefattar ... att domstolen väljer en sådan förberedelsesform att det skapas goda möjligheter att klarlägga tvistefrågorna».⁷²⁵

Under saksforberedelsen kan kommunikasjonen mellom retten og partene foregå på ulike måter. Den kan være skriftlig eller muntlig, mellom retten og en part, eller med samtlige, ved et saksforberedende rettsmøte med personlig fremmøte eller som fjernmøte per telefon eller på annen måte. Alle de ulike formene har forskjellige fordeler og ulemper.

⁷²³ Når det her påpekes at retten bør avstå fra å uttale seg om beviser og utfallet av saken, må det ikke forstås antitetisk. Retten bør selvsagt ikke på noe tidspunkt uttale seg utfallet av saken.

⁷²⁴ Se punkt 4.5.

⁷²⁵ Lindell 1993 s. 203.

Skriftlig kommunikasjon er mer presist enn muntlig. Samtidig blir formen mer formell ved brevveksling. I tillegg er muntlig kommunikasjon dynamisk og mindre omstendelig.⁷²⁶ Av disse grunner har flere pekt på at saksforberedende møter i større grad enn skriftlig kommunikasjon under saksforberedelsen muliggjør veiledning.⁷²⁷ Idet møter er mindre formelle og mer dynamiske enn skriftlig kommunikasjon, er det samtidig mulig med en mer åpen veiledning hvor årsaken til de uklarheter som måtte eksistere, blir avklart.⁷²⁸ Slik muliggjøres i større grad at tvisten klargjøres.⁷²⁹ Muntlighet gir i tillegg mulighet for retten til å forsikre seg om at partene har forstått veiledningen.⁷³⁰ Samtidig gir skriftlig kommunikasjon parten bedre tid til å vurdere hvordan det skal responderes på veiledningen.⁷³¹ Dette er egentlig ikke et argument mot muntlige møter idet parten kan respondere til det som fremkom under møtet i etterfølgende prosesskriv.

Saksforberedende rettsmøte med begge parter er i utgangspunktet mer kostbart enn skriftlig kommunikasjon. Dette gjelder særlig ved personlig fremmøte i stedet for fjernmøte. Dette beror imidlertid på hva som er uklart ved prosessopplegget og behovet for veiledning. Hvor det er uklart hva som er årsaken til det uklare prosessopplegget, kan det være mer effektivt med et muntlig møte enn skriftlig kommunikasjon.

Muntlig veiledning under samtale med en av partene er nærmest utelukket av hensyn til kontradiksjon og tilliten til rettens upartiskhet.

Om siktemålet med saksforberedelsen kun er å klargjøre det allerede presenterte eller om også alternative prosessopplegg ønskes klargjort er også av betydning for valg av forberedelsesform. Lindell uttrykker dette ved å spørre om:

«Hänsyn också skal tas til vad som kunde ha framkommit om förberedelsen varit muntlig eller delvis muntlig».⁷³²

⁷²⁶ Boman 1964 s. 40.

⁷²⁷ Se Boman 1964 s. 39-40, Aasland 1967 s. 178-179, Lindell 1993 s. 202-203, Taksøe-Jensen 1976 s. 560 og Westberg 1988 s. 660.

⁷²⁸ Boman 1964 s. 40 og Lindell 1993 s. 203.

⁷²⁹ Taksøe-Jensen 1976 s. 560 og 563.

⁷³⁰ Westberg 1988 s. 660.

⁷³¹ Lindell 1993 s. 202.

⁷³² Lindell 1993 s. 203.

Skriftlig kommunikasjon er nemlig bedre egnet til å klargjøre eksisterende opplegg enn til å komme inn på alternative prosessopplegg. Etter min mening bør saksforberedelsen benyttes også til å sikre at det er samsvar mellom prosessopplegget og partenes ønsker, og slik å sikre at partenes vilje er ivaretatt. Årsaken til behovet for veiledning er dermed også av betydning for hvilken kommunikasjonsform som velges. Dersom uklarhetene i det fremførte gir grunn til å anta at det er andre krav eller egentlig ønskes avgjort, er uklarhetene omfattende og behovet for veiledning stort. Da er muntlig veiledning å foretrekke.

Målsetningen med veiledningen generelt er også av betydning. Om formålet er mindre presiseringer av de krav, påstander, påstandsgrunnlag og beviser som parten *har gjort* gjeldende, er det ikke behov for utstrakt veiledning. Skriftlig forberedelse er da langt på vei tilstrekkelig.⁷³³ Er det nødvendig for dommeren å bidra til å klargjøre hvilke krav som parten gjør, eller kan gjøre gjeldende, vil det være nødvendig med mer inngående veiledning, og muntlige møter under saksforberedelsen vil være å foretrekke.⁷³⁴ Under forberedelsen er det også naturlig å få klarhet i hva partene er uenige om, og slik klargjøre hva som kan legges uprøvd til grunn og hva som er gjenstand for bevisførsel.

5.3.3 Forenklet domsbehandling av åpenbart uholdbare krav

Etter tvl. § 9-8 har retten, under saksforberedelsen, adgang til å avgjøre et krav etter forenklet domsbehandling. Dette er et annet eksempel på en prosessuell regel med materielt vurderingstema. I utgangspunktet anvendes bestemmelsen kun på begjæring fra en part, men spørsmålet er om retten kan foreslå at et krav avgjøres på denne måten.

Etter tvl. § 9-8 kan krav avgjøres etter forenklet domsbehandling under saksforberedelsen når det er klart at kravet ikke kan gis medhold eller krav hvor innsigelsene er klart uholdbare. Bestemmelsen er utslag av et ønske om større fleksibilitet ved behandlingen av tvister, og gir anledning til rask og effektiv behandling av håpløse krav eller innsigelser.⁷³⁵

⁷³³ Se Ole Unmack Larsen, «Skriftvekslingen», i *Proceduren: forberedelse og gjennomførelse*, s. 61-74 (s. 61).

⁷³⁴ Se i samme retning Gomard & Kistrup 2013 s. 595 og det danske Retsplejerådets betænkning nr. 1401 for 2001 s. 320 om sonderingen mellom det som *faktisk* anføres og det som *kunne vært* anført.

⁷³⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 394-395 og NOU 2001:32 A s. 145-146 og Skoghøy 2014 s. 630.

Ved å fremme rask og effektiv saksbehandling er bestemmelsen både ressursbesparende og proporsjonalitetsfremmende. Slik senkes terskelen for at små, men klare krav fremmes for domstolen, og dermed ivaretas i større grad domstolens funksjon.⁷³⁶ Ønsket om å senke terskelen for å søke domstolen for å få tvangsgrunnlag for klare krav gjør også del av begrunnelsen for bestemmelsen.⁷³⁷

Adgangen til forenklet behandling og å tilpasse behandlingen til sakens art og betydning, er et klart utslag av proporsjonalitetsprinsippet, noe også retten har et ansvar for å ivareta. Derfor bør retten foreslå forenklet behandling når forholdene ligger til rette for det. Det er også en sammenheng mellom kravet til rettslig interesse og forenklet behandling. Kravet til rettslig interesse har domstolen selvstendig ansvar for å ivareta. I de situasjoner hvor det er usikkert om kravet til rettslig interesse er oppfylt, men samtidig klart at kravet ikke kan føre frem, bør retten stå fritt til å foreslå forenklet domsbehandling i stedet for å bruke tid og ressurser på å undersøke kravet til rettslig interesse nærmere.⁷³⁸

Terskelen for å avgjøre en sak etter forenklet behandling er høy. Ifølge forarbeidene må det fremstå som *åpenbart* at kravet eller innsigelsen ikke kan føre frem. Ved tvil om kravet kan føre frem, er det ikke adgang til å avgjøre saken ved forenklet domsbehandling, og dermed heller ikke grunn til å veilede partene om adgangen til å kreve slik behandling. Adgangen til slik forenklet behandling gjelder kun på forberedelsesstadiet av en sak. Ingen bevis vurderes. Hvis utfallet av saken beror på en bevisvurdering, vil det sjelden være adgang til å avgjøre saken på grunnlag av forenklet domsbehandling. Retten kan anvende de skriftlige bevis som foreligger i saken, men disse bør etter min mening være rimelig entydige før vilkåret i tvl. § 9-8 anses oppfylt. Ved å veilede om bestemmelsen gir retten relativt utvetydig uttrykk for utfallet av saken. Av den grunn bør terskelen for å gjøre partene oppmerksom på den være høy.

Når er så dette tilfellet? Ifølge forarbeidene er det i de situasjoner hvor det er aktuelt å benytte bestemmelsen «meget enkelt å konstatere det uholdbare».⁷³⁹ Oslo tingretts kjennelse i sak TOSLO-2008-118130 er illustrerende. I saken ble søksmål med krav om

⁷³⁶ Se i samme retning Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 42 og 48.

⁷³⁷ NOU 2001:32 A s. 522.

⁷³⁸ Etter tvl. § 9-6 (3) kan et krav avgjøres etter forenklet behandling uten at det først er tatt stilling til tvl. § 1-3. Se nærmere Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 38 og s. 139.

⁷³⁹ NOU 2001:32 A s. 145.

arveoppgjør etter kong Håkon V Magnusson avvist. I stevningen var det verken angitt faktisk eller rettslig begrunnelse for kravet ut over at det var opplyst at «kongen ligger balsamert i katakombene under Akershus festning og at DNA-profil kan «fremstilles» av hans kadaver». I denne saken var det utvilsomt enkelt å konstatere det uholdbare.

Etter min oppfatning bør retten foreslå forenklet domsbehandling når vilkårene for det unntaksvis foreligger. Det er ønskelig av prosessøkonomiske hensyn, og kan i tillegg begrunnes i forsvarlighetsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet.

5.4 Hovedforhandlingsfasen

5.4.1 En forsvarlig hovedforhandling

I en prosesstruktur med en hovedforhandlingsfase legges det normalt opp til ett sammenhengende rettsmøte for bevisførsel og rettslig og faktisk argumentasjon. Formålet med hovedforhandlingen i denne modellen er å gi dommeren et best mulig grunnlag – faktisk og rettslig – for avgjørelsen som skal treffes. I dette ligger et krav til at alle relevante beviser presenteres og at slutninger trekkes fra bevisene. De faktiske omstendighetene må også settes i en rettslig kontekst som underbygger partenes standpunkter. I et slikt perspektiv utgjør hovedforhandlingsfasen en naturlig forlengelse av forberedelsesfasen.

Samtidig er det et sentralt aspekt ved hovedforhandlingsmodellen at prosessen, og også hovedforhandlingen, skal være mest mulig effektiv. Dette slik at forhandlingene konsentreres om det som er sentralt og omtvistet, og at utsettelse i størst mulig grad unngås.

I sum er formålet med hovedforhandlingsfasen klart avvikende fra forberedelsesfasen. Derfor er det naturlig at rettens veiledning får ulik innretning i de ulike fasene. Målsetningen under forberedelsesfasen medførte, som påvist, en åpen og bredt tilnærmet veiledning. Derfor kan veiledningen under forberedelsen føre til at tvisten blir utvidet. Under hovedforhandlingsfasen er dette annerledes. Her representerer de rammene som ble klargjort under forberedelsen, i stor grad grensene for hva som skal behandles, og også for rettens veiledning. Veiledningen innrettes av den grunn i større grad mot å sikre at partene

er innenfor rammene for det som ble avtalt under forberedelsen, og å sikre at partenes innlegg er klare og fullstendige.⁷⁴⁰

I Sverige, som også bygger på en hovedforhandlingsmodell, understrekes skillet ved at to ulike bestemmelser regulerer rettens veiledning under henholdsvis forberedelsesfasen og hovedforhandlingsfasen. Under sakens forberedelse er siktemålet at tvisten blir klargjort og at partene påberoper det som ønskes påberopt. Under hovedforhandlingen er det sentrale at ingenting uten betydning for avgjørelsen behandles.⁷⁴¹ Slik burde veiledningen som hovedregel innrettes etter norsk rett. I tillegg til at dette er en naturlig konsekvens av skiftet i fokus, taler konsekvensene av en mer vidtgående veiledning for en slik endring. Veiledning om alternative prosessopplegg medfører ofte behov for utsettelse av saken, noe som ikke er ønskelig i et prosessøkonomisk perspektiv.⁷⁴²

Samtidig må det under hovedforhandlingen være en viss adgang for retten til å påvirke prosessopplegget ut over kun å yte begrensende og klargjørende veiledning. Retten blir først under hovedforhandlingen satt skikkelig inn i saken, og det er først da beviser føres. Under saksforberedelsen klargjøres tvistespørsmålene uten at det redegjøres for i detalj.⁷⁴³ Slik er grunnlaget for inngående veiledning klart bedre under hovedforhandlingen enn under sakens forberedelse.

I tillegg er det først under hovedforhandlingen, og normalt sent under denne, at partene redegjør inngående for oppfatning om rettsregler. Under sakens forberedelse er det begrenset mulighet til å utdype egen oppfatning om rettsreglene.⁷⁴⁴ Dermed er det en viss risiko for at uklar eller feil oppfatning om innholdet i rettsreglene først avdekkes under hovedforhandlingen.

Under innledningen til hovedforhandlingen er adgangen til fremstilling av sakens rettslige side begrenset.⁷⁴⁵ Dette har det blitt rettet kritikk mot.⁷⁴⁶ All den tid bevisemaer og oppfatninger om hvilke forhold som er rettsstiftende, bygger på oppfatninger om innholdet i rettsregler, er det

⁷⁴⁰ Se i samme retning Gomard & Kistrup 2013 s. 586-587.

⁷⁴¹ Se Rättegångsbalken henholdsvis artikkel 42:8 og 43:4. Se også Lindell 2012 henholdsvis s. 292 og 316.

⁷⁴² Se også NOU 2001:32 B s. 708 andre spalte.

⁷⁴³ Se NOU 2001:32 B s. 746.

⁷⁴⁴ Se NOU 2001:32 B s. 746 som forutsetter at «stevningen ikke skal være noen skriftlig prosedyre».

⁷⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 399.

⁷⁴⁶ Se Skoghøy 2014 636 og Schei m.fl. 2013a s. 341.

naturlig til en viss grad å drøfte partenes oppfatning om innholdet i aktuelle rettsregler, både under sakens forberedelse og tidlig under hovedforhandlingen. Dette følger allerede av vekselvirkningen mellom faktum og juss, og også forholdet mellom påstandsgrunnlagets abstrakte og konkrete side.

I sum medfører dette at rettens veiledning under hovedforhandlingsfasen ikke utelukkende kan begrenses til klargjøring og avskjæring av irrelevante forhold. Under denne fasen må det også være en viss adgang til å veilede om alternative prosessopplegg. En slik aktivitet er det naturlig å begrense til særlige situasjoner hvor det er nødvendig for å komme til en riktig avgjørelse.

Spenningsforholdet i slike tilfeller står altså mellom forsvarlighet i betydningen et riktig resultat på den ene siden, og forsvarlighet i betydningen proporsjonalitet og hurtighet på den andre. Dette ligger bak de to ulike målsetningene under hovedforhandlingsfasen. Etter min mening er det liten grunn til å la prosessøkonomiske hensyn være av avgjørende betydning for ikke å veilede om avgjørende forhold, selv om dette gjør utsettelse av saken påkrevd. Dette synes også å være oppfatningen til Aasland, som i anledning eventuell reassumering nedtoner betydningen av prosessøkonomiske hensyn, og uttaler:

«De fleste mennesker opplever ... i høyden én gang i sitt liv å få komme med i en prosess. Det er kanskje ikke så meget å innvende mot at man da får spandere på dem et ekstra hovedforhandlingsmøte for å ha gjort det som kan gjøres for å sikre en riktig avgjørelse».⁷⁴⁷

En slik prioritering synes å være forutsatt i tvisteloven. Betydningen av en forsvarlig saksbehandling og en riktig avgjørelse fremheves mange steder både i lov og forarbeider. Høyesterett har i flere avgjørelser understreket betydningen av å komme til et materielt riktig resultat,⁷⁴⁸ og har eksplisitt gitt uttrykk for at økte omkostninger som følge av reassumering ikke kan være til hinder for dette.⁷⁴⁹ Den samme tankegangen kan også anses å ligge til grunn når det fremheves at rettens veiledning skal forbeholdes forhold av «avgjørende betydning» for rettens avgjørelse.⁷⁵⁰

⁷⁴⁷ Aasland 1967 s. 179.

⁷⁴⁸ Rt. 2012 s. 1985 P premiss 228, Rt. 2012 s. 667 A premiss 29, HR-2009-2060-U og Rt. 2008 s. 1409 S premiss 39.

⁷⁴⁹ Rt. 2006 s. 788 A premiss 38 og 47 og Rt. 1990 s. 8 A på side 12.

⁷⁵⁰ Se i samme retning NOU 2001:32 B s. 709 første spalte.

Det kan også spørres om det ikke bør være opp til partene å avgjøre hvor store ressurser som skal legges inn i saken.⁷⁵¹ Det er partene som i all hovedsak dekker kostnadene forbundet med saken. Imidlertid er det klart at domstolen er gitt et betydelig ansvar for kostnadseffektiv gjennomføring av saken, slik at argumentet er av begrenset vekt.⁷⁵² Samtidig er det nødvendig å påpeke at prosessøkonomiske, og også samfunnsøkonomiske, hensyn må ses i en videre sammenheng. En fullstendig og forsvarlig behandling vil redusere behovet for anke, hvilket medfører at veiledning som medfører utsettelse av hovedforhandlingen, i et videre perspektiv kan være prosessøkonomisk fordelaktig.

I det følgende deles fremstillingen mellom rettens klargjørende og begrensende virksomhet, og i rettens utvidende og veiledende virksomhet.

5.4.2 Rettens klargjørende og begrensende virksomhet

Under hovedforhandlingsfasen har retten en sterk oppfordring til å bidra til at grunnlaget for avgjørelsen blir best mulig, ved blant annet å klarlegge uklarheter ved partenes prosessopplegg og til at relevante forhold belyses. I tillegg til rettens plikt til å virke for klargjøring av partenes prosessopplegg etter tvl. § 11-5 (3), er det flere verktøy for nettopp dette i tvisteloven.

Allerede ved åpning av hovedforhandlingen har retten mulighet til å sørge for en viss avklaring. Etter tvl. § 9-15 (1) er det rettens oppgave å klarlegge partenes påstander, påstandsgrunnlag og bevisoppgaver. Dette kan anses å være en klargjøring av rammene for hovedforhandlingen. Slik sikres det at retten har oppfattet partenes prosessopplegg riktig.⁷⁵³ I tillegg avklares eventuelle uklarheter ved partenes prosessopplegg. Dette gjelder særlig manglende samsvar mellom den abstrakte og konkrete siden av påstandsgrunnlaget, men også eventuelle uklarheter på grunn av manglende samsvar mellom partenes

⁷⁵¹ Westberg 1988 s. 658.

⁷⁵² Se Høyesteretts kjennelse, HR-2011-2214 U premiss 7, hvor Høyesterett ikke er enig i at partene alene skal få avgjøre om endringer som medfører utsettelse av saken, og dermed økte omkostninger, skal kunne foretas. TvL. § 9-16 gjelder ikke tilsvarende for Høyesterett, men prosesshandlinger tillates foretatt etter tvl. § 30-7 (1) om det foreligger *særlige grunner*.

⁷⁵³ NOU 2001:32 B s. 758 andre spalte og Schei m.fl. 2013a s. 341.

prosesskriv og sluttinnlegg.⁷⁵⁴ Idet utgangspunkt for klargjøringen forutsettes tatt i partenes sluttinnlegg, er det risiko for at klargjøringen kun blir en mekanisk gjengivelse av partenes sluttinnlegg, noe som ikke er ønskelig.⁷⁵⁵ Det er avgjørende at både partene og dommeren benytter anledningen til å påpeke uklarheter og misforståelser. Partene har en klar oppfordring til å imøtegå eventuelle misforståelser eller uriktige forutsetninger fra rettens side. Dommeren har på sin side en klar oppfordring til å aktivt søke å få klarhet i eventuelle motsetninger mellom sluttinnlegg og tidligere prosesskriv, og eventuell manglende sammenheng mellom de enkelte deler av prosessopplegget. En naturlig del av rettens innledende klargjøring er å avklare om partene eventuelt ønsker å frafalle påstandsgrunnlag. Normalt gjøres partene oppmerksom på dette, men når så ikke skjer, oppstår det lett uklarheter.⁷⁵⁶

Det er særlig under hovedforhandlingsfasen retten har mulighet til å avskjære bevis etter tvl. §§ 21-7 (1), 21-7 (2) bokstav b og 21-8. Avskjæring av bevis kan også bidra til klargjøring ved at fokuset i bevisføringen rettes mot det sentrale og omstridte i saken.

Ved forhandlingenes avslutning er det i tillegg avgjørende for retten å søke klarhet i hvilke påstander og påstandsgrunnlag som eventuelt frafalles og hvilke som fastholdes. Det er disse avgjørelsen kan bygge på, ikke det som måtte fremgå av partenes sluttinnlegg eller innledningsforedrag.⁷⁵⁷

5.4.3 Veiledning om alternative prosessopplegg

5.4.3.1 Veiledning og preklusjon av for sent fremsatte prosesshandlinger

Under hovedforhandlingsfasen kommer særlig grensen for partenes eksisterende prosessopplegg på spissen. Dette idet veiledningen i denne fasen, som den klare hovedregel, bør holdes innenfor partenes prosessopplegg. Dette gjelder både grensene for det krav som er fremmet, og også for partens påstander, påstandsgrunnlag og bevis. Det

⁷⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 399 og Skoghøy 2014 s. 634-635.

⁷⁵⁵ Skoghøy 2014 s. 634.

⁷⁵⁶ Matningsdal 2013 s. 26 og Westberg 1988 s. 633-634.

⁷⁵⁷ Se Schei m.fl. 2013a s. 623.

har tidligere blitt redegjort for grensene for kravet, påstanden og påstandsgrunnlaget.⁷⁵⁸ Nå er temaet hvorvidt det kan veiledes utenfor disse grensene.

Under hovedforhandlingen kan det naturligvis oppstå behov for å gi veiledning som ikke kun søker å klargjøre det eksisterende, men og søker å endre eller supplere partenes prosessopplegg. I utgangspunktet er slik veiledning problematisk. Alternative abstrakte påstandsgrunnlag krever tid å forberede. I tillegg krever ytterligere bevisførsel eller bevis om alternative påstandsgrunnlag normalt tid å skaffe til veie og å forberede. Alt dette krever også tid for motparten til å forberede imøtegåelse av. Det er stor risiko for utsettelse ved veiledning utenfor rammene av partenes prosessopplegg under hovedforhandlingen, og derfor bør slik veiledning unngås.

I tillegg begrenser preklusjonsreglene adgangen til å endre prosessopplegget under hovedforhandlingen. Etter avsluttet saksforberedelse kan partene etter tvl. § 9-16 (1) som hovedregel ikke mot motpartens protest, foreta endringer i prosessopplegget ved å fremsette nye krav, påstandsgrunnlag eller tilby nye bevis.⁷⁵⁹ Som utgangspunkt kan rammene for saken ikke endres.⁷⁶⁰ For sent foretatte prosesshandlinger kan også avskjæres etter tvl. § 16-3 (3).

Preklusjon benyttes noen ganger som begrep i sivilprosessen om avskjæring av prosesshandlinger av andre grunner,⁷⁶¹ og også som begrep ved bortfall av materielle rettigheter, eksempelvis i obligasjonsretten.⁷⁶²

Det er en nær sammenheng mellom materiell veiledning under hovedforhandlingen og spørsmålet om en prosesshandling skal prekluderes. På samme måte som temaet ved eventuell prosessuell preklusjon er om en prosesshandling skal tillates, må spørsmålet om slik veiledning under hovedforhandlingen ses i lys av preklusjonsreglene. Sammenhengen

⁷⁵⁸ Se kapittel 2.

⁷⁵⁹ I sivilprosesslitteratur beskrives det som prosessuell preklusjon eller kun preklusjon når prosesshandlinger avskjæres, se Ørnulf Øyen, «Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen», *Lov og Rett*, 2010 s. 76-81 (Øyen 2010) (s. 76), Schei m.fl. 2013a s. 346 og Lindell 1993 s. 15.

⁷⁶⁰ NOU 2001:32 B s. 760 første spalte.

⁷⁶¹ For eksempel om rettskraftens preklusjonsvirkning Lindell 1993 s. 49 flg., eller om avvisning på grunn av manglende tilstedeværelse av nødvendige prosessforutsetninger, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 175 første spalte.

⁷⁶² Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 785 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 254.

vises også ved at det økte fokuset på saksforberedelsen, blant annet gjennom aktiv saksstyring, har medført at preklusjonsreglene er noe skjerpet i tvisteloven sammenlignet med tvistemålsloven.⁷⁶³ Den motsatte effekten kan også påvises; jo strengere preklusjonsregler dess sterkere forventning om å veilede under saksforberedelsen. Preklusjonsreglene har i så måte nær sammenheng med både forberedelses- og hovedforhandlingsfasen og temaet kunne i prinsippet vært behandlet begge steder. Til sist er også begrunnelsen bak preklusjonsreglene og de hensyn som taler for og mot veiledning under hovedforhandlingen i stor grad samsvarende, og underbygger deres nære sammenheng.

Som begrunnelse for preklusjonsregler fremheves ofte rettsklarhet, rettstrygghet og stabilitet.⁷⁶⁴ Sivilprosessens individualfunksjoner om gjenopprettelse og rettsbeskyttelse blir også fremhevet som del av begrunnelsen for slike regler.⁷⁶⁵ Ifølge departementet er hovedformålet bak tvl. § 9-16 «å få klarhet i tvisten før hovedforhandlingen, slik at denne kan bli mer konsentrert».⁷⁶⁶ Ved avsluttet saksforberedelse skal partene kunne innrette seg etter at rammene for saken er etablert og forberede seg deretter. Slik muliggjøres en konsentrert hovedforhandling. Omberammelser grunnet sene endringer i prosessopplegget er dermed ikke nødvendig. Bak dette ligger altså hensynet til prosessøkonomi og proporsjonalitet.⁷⁶⁷

Samtidig er det tunge hensyn mot preklusjonsbestemmelser. Å nekte en part å fremme et krav, påstandsgrunnlag eller bevis er et stort inngrep i partenes autonomi. Avskjæring av påstander, påstandsgrunnlag eller bevis kan også føre til at den avgjørelse retten kommer til, ikke er materielt riktig.⁷⁶⁸ I tillegg kan preklusjonsregler medføre at parter under forberedelsen påberoper seg flere påstandsgrunnlag eller tilbyr langt flere bevis enn

⁷⁶³ NOU 2001:32 B s. 760 første spalte. Se også NOU 2001:32 A s. 240.

⁷⁶⁴ Lindell 1993 s. 15.

⁷⁶⁵ Se Lindell 1993 s. 29 med videre henvisning til uttalelser fra Processnämnden. Kritisk Lindell 1993 s. 32.

⁷⁶⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 175 første spalte. Se også NOU 2001:32 B s. 760.

⁷⁶⁷ Se i samme retning Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 47 hvor preklusjonsbestemmelsen anses som utslag av proporsjonalitetsprinsippet.

⁷⁶⁸ Lindell 1993 s. 28.

nødvendig, hvilket verken bidrar til en konsentrert eller effektiv prosess.⁷⁶⁹ Preklusjonsreglene kan også medføre at avgjørelser oftere blir påanket. I tillegg hindrer retten ved å nekte partene behandling av eksempelvis et påstandsgrunnlag, partene i to-instans behandling av dette påstandsgrunnlaget. Dette er uheldig både av hensyn prosessøkonomi i videre forstand, og også av samfunnsøkonomiske grunner.

Enkelte hensyn bak preklusjonsreglene har begrenset betydning for spørsmålet om rettens veiledning. Dette gjelder særlig preklusjonsbestemmelsens preventive effekt ved å gi partene incentiv til å forberede saken tidlig.⁷⁷⁰ Reglene har også en preventiv effekt ved at den virker avskrekkende mot illojal prosessførsel ved å forhale saken eller overrumple motparten.⁷⁷¹

Samtidig som det er en nær sammenheng mellom spørsmålet om veiledning under hovedforhandlingsfasen og preklusjonsreglene, er ansvarsfordelingen ulik. Om dette uttaler Lindell at:

«Medan preklusjonsreglerna lägger ett ansvar på parterna för att processmaterialet blir fullständigt på ett så tidigt stadium som möjligt lägger den materiella processledningen ett ansvar på domstolen för att tvistefrågorna utreds, vilket kan innebära att domstolen skall vara verksam för att berika processmaterialet».⁷⁷²

Det pekes her på en ansvarsfordeling mellom partene og dommeren, hvor begge har et ansvar for partens prosessopplegg. Det kan dermed sies å eksistere en vekselvirkning mellom hvor strengt preklusjonsreglene skal utformes og praktiseres: jo strengere preklusjonsregel, dess større ansvar har retten gjennom veiledning for å sørge for at en part ikke behøver å foreta prosesshandlinger etter at saksforberedelsen er avsluttet. I norsk rett synes dette – bevisst eller ubevisst – også å være forutsatt. For eksempel er det av betydning hvor nærliggende det alternative påstandsgrunnlaget eller beviset er i vurderingen av om det skal eller bør ytes veiledning. På samme måte er det av betydning om parten kan bebreides for ikke å ha foretatt prosesshandlingen tidligere jf. tvl. § 9-16 (1) bokstav a, for

⁷⁶⁹ Carrie Menkel-Meadow og Bryant G. Garth, «Civil procedure and courts», i *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford 2010, s. 679-704 (s. 693).

⁷⁷⁰ Lindell 1993 s. 28.

⁷⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 175 første spalte. Se også Lindell 1993 s. 28.

⁷⁷² Lindell 1993 s. 202.

hvorvidt det alternative påstandsgrunnlaget skal tillates fremsatt eller beviset tillates tilbudt. I denne vurderingen er det naturlig å vektlegge hvor nærliggende det var å foreta prosesshandlingen. Lindell fremholder at «ansvaret för en bristfällig utredning i viss mån flyttas över på domstolen». ⁷⁷³ At preklusjonsregelen grunnet et økt fokus på aktiv saksstyring under saksforberedelsen nå er skjerpet sammenlignet med etter tvistemålsloven, bidrar også til å bekrefte sammenhengen. Samtidig er det ikke dermed sagt at retten overtar ansvaret for å forberede og opplyse saken. Etter tvl. § 11-2 (2) hviler hovedansvaret fortsatt på partene.

Vurderingen av hvorvidt retten bør veilede under hovedforhandlingen – og også under sakens forberedelse – beror i stor grad på hvorvidt en eventuell endring i samsvar med veiledningen kan tillates i henhold til preklusjonsreglene. I vurderingen er momenter som også er relevante for hvorvidt prosesshandlingen skal anses prekludert av betydning. ⁷⁷⁴

Som en ytterlighet kan det slås fast at om prosesshandlingen klart nok er prekludert, er det heller ikke noe poeng å veilede. ⁷⁷⁵ Som en motsatt ytterlighet kan det hevdes at retten kun skal veilede om forhold som forutsetter endringer som skal godtas. Gomard og Kistrup synes å ta til orde for dette når de uttaler at veiledning etter avsluttet saksforberedelse som innebærer at parten vil:

«Udvide påstanden eller fremsætte nye anbringender måtte i øvrigt normalt forudsætte, at retten i givet fald er parat til at give den nødvendige tilladelse og evetuel udsættelse». ⁷⁷⁶

Dette synspunktet deler jeg ikke. Det kan ikke være en forutsetning for å veilede at den prosesshandlingen parten eventuelt vil foreta ikke skal anses prekludert. Riktig nok er det dommeren som avgjør hvorvidt en prosesshandling skal nektes foretatt, men det kan ikke samtidig bety at dommeren – før veiledningen er gitt, og også før partens eventuelle prosesshandling som respons på veiledningen er mottatt – har tatt stilling til hvorvidt prosesshandlingen skal avskjæres eller ikke.

⁷⁷³ Lindell 1993 s. 209.

⁷⁷⁴ Se i samme retning Aasland 1967 s. 178.

⁷⁷⁵ Se i samme retning Schei m.fl. 2013a s. 411, og mer eksplisitt på side 413.

⁷⁷⁶ Gomard & Kistrup 2013 s. 586-587.

Sammenhengen mellom bestemmelsene medfører at de hensyn som taler for veiledning, også taler for å tillate prosesshandlingen foretatt.⁷⁷⁷ Samtidig gir tvl. § 9-16 anvisning på en sterkt skjønnspregert vurdering for hvorvidt prosesshandlingen skal tillates foretatt, med alternative grunnlag for å tillate prosesshandlingen, og i tillegg en sikkerhetsventil i bestemmelsens andre ledd. På tidspunktet veiledningen gis er det derfor ikke enkelt å forutberegne hvorvidt en eventuell endring av prosessopplegget skal tillates fremmet. Til dette kommer også at retten ikke alltid kan forutse hvilken handling veiledningen avstedkommer hos parten.⁷⁷⁸ Selv om retten anser at veiledningen medfører endringer som kan anses prekludert, kan parten besvare veiledningen med en handling som ikke rammes av preklusjonsreglene. Endelig er det et poeng at retten i stedet for å foreslå hva som bør gjøres, bør påpeke det problematiske og understreke at parten selv må vurdere hvilke endringer som er nødvendige. Slik er dette et argument mot at retten bør la tvl. § 9-16 være til hinder for å veilede. På denne bakgrunn er det min oppfatning at prosesshandlingen veiledningen leder til kanskje må avskjæres er av betydning for hvorvidt det bør veiledes.

5.4.3.2 Alternative krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis

Generelt har dommeren ingen sterk oppfordring til å veilede om alternative prosessopplegg. Under hovedforhandlingsfasen er oppfordringen enda svakere. Terskelen er foruttsatt å være høy.⁷⁷⁹ På samme måte som under de øvrige faser i prosessen, er det en forutsetning for veiledning om alternative prosessopplegg at de fremstår som nærliggende ut i fra eksisterende prosessopplegg.⁷⁸⁰ I tillegg er det naturlig kun å veilede om forhold som er av avgjørende betydning for sakens avgjørelse.⁷⁸¹ Under preklusjonsbestemmelsen er blant annet prosesshandlingens betydning et moment for hvorvidt endringen skal tillates. Hvorvidt parten er å bebreide for at endringen ikke er foretatt tidligere er også et sentralt moment ved vurderingen av om en prosesshandling skal anses prekludert.⁷⁸² Det oppstår

⁷⁷⁷ Se i samme retning Schei m.fl. 2013a s. 413.

⁷⁷⁸ Westberg 1988 s. 658-659.

⁷⁷⁹ Se på samme måte for preklusjonsbestemmelsen, Schei m.fl. 2013a s. 346.

⁷⁸⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406-407.

⁷⁸¹ NOU 2001:32 B s. 709 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 første spalte.

⁷⁸² Se Schei m.fl. 2013a s. 347.

dermed et paradoks: Endringer som ligger nært til det allerede presenterte er nettopp nærliggende og avgjørende prosesshandlinger som parten burde foretatt tidligere. Momentene *avgjørende betydning* og *nærliggende* er altså argumenter for veiledning, men mot å tillate endringen fremmet.

I tillegg til endringens betydning for avgjørelsen, er eventuelt behov for utsettelse av forhandlingene av betydning for hvorvidt det bør ytes veiledning under hovedforhandlingen. For begge disse to momenter er *hva* det veiledes om av betydning. Hvis veiledningen for eksempel innebærer at kravet i saken endres eller at nye krav fremsettes, taler dette klart mot å gi slik veiledning. Dette er også klart forutsatt i preklusjonsreglene.⁷⁸³ I vurderingen av om prosesshandlingen skal anses prekludert er konsekvensene av å nekte endringen foretatt av betydning.⁷⁸⁴ Da en part ikke risikerer å lide rettstap når et krav nektes fremmet, siden det kan reises selvstendig søksmål om dette, er det heller ikke noen grunn til å veilede om andre krav.⁷⁸⁵ Motsatt er veiledning som medfører endring av påstandsgrunnlaget potensielt av avgjørende betydning for det krav som partene har fremmet til behandling.

Samtidig medfører veiledning om andre krav eller alternative påstandsgrunnlag normalt at forhandlingene må utsettes da det krever noe tid å forberede slike. For supplerende bevisførsel innenfor rammene av de bevistemaer som partene allerede har presentert krever ikke alltid like mye forberedelse. Slik veiledning kan oftere foretas uten å risikere utsettelse av saken. Det gjelder særlig dokumentasjon som enkelt kan skaffes til veie.⁷⁸⁶

Gjennomgangen viser at det er nær sammenheng mellom vurderingen av hvorvidt det bør veiledes utenfor rammene av partenes prosessopplegg under hovedforhandlingen, og preklusjonsreglene. På et punkt er det en betydelig forskjell. Veiledning som nødvendigvis endringer av påstandsgrunnlaget kan rettes både mot rettsgrunnlaget, altså

⁷⁸³ Se for eksempel tvl. § 15-2 (3) første punktum.

⁷⁸⁴ NOU 2001:32 B s. 760 første spalte.

⁷⁸⁵ NOU 2001:32 B s. 760 første spalte. Se også punkt 2.2.

⁷⁸⁶ Som kjent er dette et sentralt moment for rettens plikt til å sørge for bevisførsel etter tvl. § 21-3 (2), se nærmere punkt 4.3.3.4.

de rettsstiftende faktiske forhold i abstrakt forstand, eller i konkret forstand, mot de faktiske forhold som oppfyller vilkårene i påstandsgrunnlaget. Det fremgår av forarbeidene at:

«§ 9-16 rammer ikke en ren endring i den rettslige argumentasjonen selv om det innebærer at parten påberoper nye rettsregler».⁷⁸⁷

Dette skulle innebære at når nye *abstrakte* påstandsgrunnlag påberopes som ligger innenfor rammene for det krav som er fremmet, og som samtidig ikke gjør ny bevisførsel påkrevd, rammes slike endringer ikke av preklusjonsbestemmelsen. De nye omstendighetene ligger forutsetningsvis da innenfor rammene av det allerede presenterte påstandsgrunnlaget. Samtidig fremheves det i forarbeidene at slike endringer kan foranledige et behov for utsettelse av saken for å gi motparten tid til å imøtegå den nye situasjonen.⁷⁸⁸ Det kan synes noe paradoksalt at endringer, som kan nødvendiggjøre utsettelse av saken, automatisk skal godtas og ikke er gjenstand for preklusjon. At retten uansett har ansvar for rettsanvendelsen, er ikke en fullgod forklaring, da dette gir adgang til å endre saken langt ut over grensene for det handlingsrom retten har ved sin rettsanvendelse.⁷⁸⁹ Da det er nærliggende at slike endringer medfører utsettelse av saken bør dommeren etter min oppfatning utvise stor tilbakeholdenhet med slik veiledning.

5.4.4 Veiledning og reassumering av hovedforhandlingen

Ytterligere forhandlinger etter at saken er tatt opp til doms kan regnes som en forlengelse av hovedforhandlingsfasen. Det er en nær sammenheng mellom spørsmålet om veiledning og reglene om reassumering. Først av alt kan det hevdes at å reassumere saken i seg selv er en tilbakemelding til partene om at sider ved saken ikke er tilstrekkelig belyst. Uten at det fremgår av tvl. § 9-17 (2), bør retten normalt innhente partenes oppfatning før avgjørelse om reassumering tas.⁷⁹⁰ I kommunikasjonen mellom retten og partene når retten vurderer å reassumere saken, bør retten klart og tydelig klargjøre hvorfor det er aktuelt å

⁷⁸⁷ NOU 2001:32 B s. 761 første spalte. Det samme er også forutsatt av departementet, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 400 første spalte.

⁷⁸⁸ NOU 2001:32 B s. 761 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 400 første spalte.

⁷⁸⁹ Jf. tidligere om kontradiksjon, se punkt 4.6.3.

⁷⁹⁰ Se Rt. 1998 s. 1683 A på s. 1699-1700 hvor partene ikke hadde behov for å reassumere saken.

reassumere saken, da det er en forutsetning for at partene skal kunne ta stilling til problemstillingen. Det samme gjelder under forberedelsen til den fortsatte forhandling for at denne skal bli tilstrekkelig konsentrert og effektiv. I tillegg er både rettens veiledning og reassumering en måte for retten til å påvirke avgjørelsesgrunnlaget på. Av disse grunner er det av interesse å undersøke i hvilke situasjoner det er aktuelt å reassumere saken.

Etter tvl. § 9-17 (2) kan saken tas opp til fortsatte forhandlinger om det er nødvendig for å oppnå et *forsvarlig avgjørelsesgrunnlag*. Ifølge forarbeidene forekommer dette typisk når det under rådslagningen:

«Oppstår spørsmål om å avgjøre saken på et rettslig grunnlag en part ikke har hatt oppfordring til å uttale seg om, og som han etter de alminnelige regler om kontradiksjon har krav på å få imøtegå». ⁷⁹¹

På samme måte som å veilede under hovedforhandlingsfasen er terskelen for å reassumere saken høy. Ifølge Høyesterett må det, for å ta en parts anmodning om å reassumere saken til følge, eksistere forhold som «umiddelbart og med stor tyngde, peker mot en bestemt løsning av konflikten». ⁷⁹² Høyesteretts praksis viser en høy terskel for å innkalle til gjentatte forhandlinger. ⁷⁹³

Det er aktuelt å reassumere forhandlingene for å sikre kontradiksjon om informasjon i dokumenter som er fremlagt, men ikke dokumentert. Avgjørende er partenes behov for å kommentere opplysningene, slik at i den utstrekning retten ønsker å bygge på udokumentert informasjon som gjelder andre temaer enn det som er dokumentert, må retten reassumere saken for å kunne bygge på denne. ⁷⁹⁴

Det er også aktuelt med fortsatte forhandlinger om retten i sin avgjørelse ønsker å bygge på andre påstandsgrunnlag enn de partene har påberopt. Dette gjelder og innenfor de påberopte påstandsgrunnlag, hvor omstendighetene gis en *annen vinkling* enn forutsatt av partene. For å sikre en korrekt forståelse av gjeldende rett kan det være nødvendig å be om

⁷⁹¹ NOU 2001:32 B s. 761. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 400 andre spalte hvor også hensynet til kontradiksjon fremheves.

⁷⁹² Rt. 1974 s. 961 A på side 964. Dette er forutsatt videreført i Tvisteloven, se Schei m.fl. 2013a s. 350-351.

⁷⁹³ Se til illustrasjon Rt. 2005 s. 1112 A premiss 41 hvor Høyesterett fant å ikke reassumere i en tvist om krav på utbetaling av livsforsikring for etterlatte.

⁷⁹⁴ Matningsdal 2013 s. 35. Det vises for øvrig tilbake til punkt 4.6.2.2.

partenes oppfatninger.⁷⁹⁵ I den utstrekning Høyesterett vurderer å fravike et tidligere prejudikat, bør partene gis anledning til å uttale seg om dette.⁷⁹⁶

Om det alternative abstrakte påstandsgrunnlaget bygger på faktiske omstendigheter som ikke i tilstrekkelig grad har vært gjort til gjenstand for kontradiksjon, kan ikke retten bygge på dette før det påberopes av partene. Dermed er reassumering en nødvendig forutsetning. Hvorvidt de faktiske omstendigheter i tilstrekkelig grad har blitt gjort til gjenstand for behandling, kan være situasjonsavhengig.⁷⁹⁷ Hvor langt retten bør gå i å fortolke partenes påstandsgrunnlag er derfor noen ganger uklart. Ved utstrakt tolkning øker risikoen for feiltolkninger, noe som kan føre til at partene lider rettstap.⁷⁹⁸ Ifølge departementet må avgjørende i slike tilfeller være:

«Hvor stor mulighet det er for at informasjonen er ufullstendig, hvor stort utslag informasjonen kan gi for avgjørelsens resultat, sakens betydning, hvilken instans saken går i, hvor mye avgjørelsen vil bli forsinket, og hvor mye ekstra ressursbruk retten og partene vil bli pådratt».⁷⁹⁹

Selv om terskelen er høy, har retten altså i enkelte situasjoner plikt til å beslutte fortsatte forhandlinger. Hvorvidt det er mulig å unngå dette ved skriftlig behandling, er ikke sikkert. Tvl. § 9-8 gir ikke hjemmel til skriftlig behandling. Etter tvl. § 9-5 (4) kan det avsies dom uten forhandlinger i rettsmøte, forutsatt at retten har et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen. Denne gjelder imidlertid etter sin ordlyd ikke etter avsluttet hovedforhandling. Dessuten er det en indre motsetning på den ene siden å si at en sak må tas opp til fortsatte forhandlinger etter tvl. §9-17 (2) på grunn av behovet for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, og på den andre siden si at kravet om forsvarlig avgjørelsesgrunnlag etter tvl. § 9-5 (4) er oppfylt. Høyesterett har imidlertid forutsatt at reassumering av sak kan unngås ved at partene ikke ønsker reassumering.⁸⁰⁰ Uten partenes samtykke er det få muligheter til å unngå å innkalle til gjentatte forhandlinger.

⁷⁹⁵ Rt. 2006 s. 788 A premiss 38 og 47.

⁷⁹⁶ Matningsdal 2013 s. 47.

⁷⁹⁷ Se til illustrasjon Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2005 s. 1112 A hvor mindretallet bygger på et alternativt påstandsgrunnlag flertallet mente ikke i tilstrekkelig grad hadde vært gjort til gjenstand for kontradiksjon.

⁷⁹⁸ Westberg 1988 s. 652-653.

⁷⁹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 404 andre spalte.

⁸⁰⁰ Se Rt. 1998 s. 1683 A på s. 1699-1700.

5.5 Ved ankebehandling

5.5.1 Ulike domstolsnivåer, ulike funksjoner, ulikt informasjonsgrunnlag

Ulike domstolsnivåer fyller ulike oppgaver og funksjoner. Primæroppgaven for lagmannsretten er på et individnivå å fremme kvaliteten på de avgjørelser som treffes og slik skape trygghet for et korrekt resultat.⁸⁰¹ Slik sikres tilliten til domstolene på et mer allment plan.⁸⁰² Lagmannsrettens funksjon er sammenfallende med tingrettens; individers tvister skal få en korrekt avgjørelse, dette uavhengig av om den beskrives som en overprøvings- eller omprøvingsinstans.⁸⁰³ Høyesterett har en noe annen funksjon, da den primært skal sikre rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling.⁸⁰⁴ Høyesteretts funksjon er i større grad på et samfunnsmessig plan enn individplan.⁸⁰⁵

Domstolers funksjon og oppgave er som kjent av betydning for spørsmålet om materiell prosessledning. Et sterkt fokus på domstolens samfunnsmessige oppgave kan eksempelvis medføre et mindre fokus på partenes autonomi og dermed mer aktive dommere. Samtidig kan de ulike funksjoner medføre at fokuset på veiledningen er ulikt, eksempelvis rettes trolig veiledningen i Høyesterett i større grad mot en saks prinsipielle sider. Høyesteretts avgjørelser representerer normer i en helt annen grad enn andre rettsavgjørelser. Det er derfor nødvendig at avgjørelsesgrunnlaget er så godt som overhodet mulig.⁸⁰⁶

⁸⁰¹ Se Nylund 2006 s. 80-81. Hvorvidt gjentatt behandling av saker øker sannsynligheten for å oppnå et korrekt resultat er et komplekst og omdiskutert spørsmål. Johansen 2008 s. 124 argumenterer for at gjentatte prosesser medfører økt risiko for uriktige avgjørelser.

⁸⁰² Se NOU 2001:32 A s. 344 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 289.

⁸⁰³ Se Pedersen 2014 s. 64.

⁸⁰⁴ I norsk rett har det foregått en dreining i Høyesteretts funksjon fra 70-tallet og fremover som førte til endringen i tvml. § 373 tredje ledd nr. 4, se Carsten Smith, «Domstolene og Rettsutviklingen», *Lov og Rett*, 1995 s. 8-35 (s. 8 flg.) og Skoghøy 2008 s. 484. Se for tvistelovens vedkommende NOU 2001:32 A s. 363 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 301. Se også Ot.prp. nr. 41 (1980-1981) s. 4 flg. og Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) s. 48.

⁸⁰⁵ Samtidig er det også for Høyesterett sentralt å komme til materielt riktige avgjørelser, se NOU 2001:32 A s. 363 andre spalte. Se til eksempel også Rt. 1992 s. 504 A hvor Høyesterett veiledet partene med henblikk på å komme til et materielt riktig resultat i saken.

⁸⁰⁶ Se i samme retning Pedersen 2014 s. 57.

Høyesteretts spesielle oppgave stiller særlige krav til saksforberedelsesfasen. Prinsipielle spørsmål krever inngående forberedelse, hvor ikke bare avgjørelsens konsekvens i den enkelte sak er av betydning, men også normeringens betydning i videre sammenheng undersøkes.⁸⁰⁷

En annen forskjell ved ankebehandling sammenlignet med tingrettsbehandling er at grunnlaget for veiledning under saksforberedelsen er annerledes. Ved ankebehandling gjør den underliggende instans avgjørelse del av informasjonsgrunnlaget. Den underliggende instans avgjørelse kan benyttes til å klargjøre hva som er uomtvistet og hva som ønskes overprøvd.

I det følgende knyttes det enkelte særlige merknader til rammene for veiledningsadgangen som følge av ankebegrensninger for lagmannsrett og Høyesterett.

5.5.2 Ankebegrensninger som rammer for rettens veiledning

5.5.2.1 For lagmannsretten

I tillegg til at ulike domstolsnivåer har ulike oppgaver, er også rammene for saken, slik den ble tatt inn for ankeinstansen, av betydning for den materielle veiledning.

For *det første* kan kun de krav som er avgjort av tingretten, gjøres til gjenstand for behandling for lagmannsretten. Dette idet formålet med retten til ankebehandling er overprøving av den underliggende instans avgjørelse. Slik gjør forsvarlighetsprinsippet del av begrunnelsen.⁸⁰⁸ Hensynet til motparten, som skal slippe å måtte forholde seg til nye rettsforhold i ankeinstansen, taler også for en slik begrensning.⁸⁰⁹ For *det andre* prøver lagmannsretten etter tvl. § 29-20 (1) som den klare hovedregel kun de *krav* som partene har anket over.

⁸⁰⁷ Pedersen 2014 s. 57.

⁸⁰⁸ Schei m.fl. 2013b s. 1016.

⁸⁰⁹ Se Høyesteretts dommer inntatt i Rt. 1997 s. 1477 A og Rt. 2000 s. 199 A på side 203.

Videre, for *det tredje*, prøver lagmannsretten etter tvl. § 29-3 (1) som hovedregel kun de *ankegrunner* partene har angitt for sin anke; bevisbedømmelse, rettsanvendelse eller saksbehandling. Dette ligger i utgangspunktet innenfor de(t) krav partene kan kreve avgjørelse for, men begrenser rettens avgjørelse og grunnlag for avgjørelse. Begrensningene er en naturlig følge av disposisjonsprinsippet, og slik primært begrunnet i partenes autonomi.⁸¹⁰

For *det fjerde* danner eventuelt samtykke til fremme av deler av anken etter tvl. § 29-13 klare rammer for ankebehandlingen. Hvordan ankesilingsreglene er utformet i en prosessordning er dermed av betydning for rettens veiledning. Hovedskillet overprøving omprøving vil her danne klare føringer for ankeinstansens oppgave og slik også veiledning. Ankesilingsreglene finner til stor del sin begrunnelse i proporsjonalitetsprinsippet og omkostningsbetraktninger.⁸¹¹

Til sist danner for *det femte* de påstander som ble nedlagt for underliggende instans som hovedregel rammer for hvilke påstander som kan nedlegges for ankeinstansen, jf. tvl. § 29-4 (3) som i betydelig grad begrenser adgangen til å utvide påstanden ved ankebehandling. I hvilken grad disse fem forhold begrenser rettens veiledning, er tema i det følgende.

Begrensningene skulle føre til at lagmannsretten i begrenset grad har anledning til å veilede om krav som ikke er gjort til tvistegenstand for tingretten. Videre en begrenset adgang til å veilede om krav som ikke kan gjøres til tvistegenstand for lagmannsretten etter unntakene i tvl. § 29-4 (2), som alle gjelder krav i nær sammenheng med det kravet som ble avgjort i første instans, og tvl. § 29-4 (4), som etter en rimelighetsvurdering gir anledning til å fremsette nye krav eller utvide påstand, eller om krav som er nektet fremmet etter tvl. § 29-13.

Når det gjelder krav i objektiv kumulasjon med krav som ble avgjort av tingretten og motregningsinnsigelser, kan disse etter tvl. § 29-4 (2) gjøres til gjenstand for behandlingen for lagmannsretten, hvis kravet kan behandles etter vesentlig de samme

⁸¹⁰ Se Skoghøy 2014 s. 1166 med henvisning til s. 547.

⁸¹¹ NOU 2001:32 B s. 776 første spalte.

saksbehandlingsregler. Hvorvidt slike krav kan fremmes til behandling for lagmannsretten, er i noen grad et skjønnspreget spørsmål.⁸¹² Om kravet tillates fremmet, behandles det i lagmannsretten som første instans. På grunn av Høyesteretts regler om anketillatelse er muligheten for overprøving av denne delen av avgjørelsen sterkt begrenset. Som det klare utgangspunkt bør dette etter min mening medføre at slik tillatelse ikke skal gis.

Dette synes imidlertid ikke å være situasjonen etter tvisteloven, hvor det forutsettes at spørsmålet i stor grad må bero på en hensiktsmessighetsvurdering, hvor hensynet til prosessøkonomi og rimelighet er sentralt.⁸¹³ Dette gjenspeiles også i Høyesteretts praksis, hvor det er lagt vekt på om *særlige grunner* tilsier at utvidelse bør tillates.⁸¹⁴ I tillegg er det lagt vekt på om utvidelsen medfører en *endring av sakens karakter eller vidløftiggjøring av saken*.⁸¹⁵

Samtidig er det ingen absolutt sammenheng mellom kumulasjonsreglene og rettens adgang til å veilede i slike situasjoner. Dette idet vilkårene for å fremme krav som kan kumuleres med det krav som er tatt inn til lagmannsretten for behandling, i en viss grad er skjønnspreget. Dessuten er veiledning fra ankeinstansen først aktuelt når ankefristen er utløpt, og saken oversendt lagmannsretten. På dette tidspunkt er det et ytterligere vilkår for å behandle kravet i ankesaken etter bestemmelsens fjerde ledd at det er *rimelig* å tillate endringen. Vurderingstemaet gjøres dermed enda mer skjønnspreget. Samtidig er de ulike alternative vilkår som kan danne grunnlag for objektiv kumulasjon etter bestemmelsens bokstav a-d, også momenter for hvorvidt retten burde yte slik veiledning. Både eventuell adgang til å fremme kravet i egen sak, hvorvidt parten er å bebreide for ikke å ha fremmet kravet tidligere og hvorvidt kravet kan behandles forsvarlig i ankesaken er viktige momenter i vurderingen av om retten bør veilede.

⁸¹² Se til illustrasjon Rt. 2013 s. 553 U premiss 16. Adgangen til objektiv kumulasjon er forutsatt å være snevrere for lagmannsretten enn for tingretten, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 473 første spalte.

⁸¹³ NOU 2001:32 B s. 770 første spalte. Se også Schei m.fl. 2013b s. 1017.

⁸¹⁴ Se Høyesteretts ankeutvalgs beslutning HR-2012-2065-U.

⁸¹⁵ Se Høyesteretts ankeutvalgs beslutning HR-2011-2214 U og HR-2011-2009 U. Se også Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2005 s. 1125 U, hvor senere inntrådte omstendigheter gjorde det rimelig å akseptere en utvidelse av kravet.

Til dette kommer også at rettens avgjørelse om å veilede tas på et svakere informasjonsgrunnlag, enn når det tas stilling til om vilkårene for å fremme kravet etter tvl. § 29-4 (2) er oppfylt. Videre er det et poeng at dommeren ikke kan forutse partens reaksjon på veiledningen som ytes. Situasjonen i Høyesteretts kjæremålsutvalgs beslutning HR-2011-2214 U er illustrerende. Tvisten gjaldt hevd av eiendomsrett til en tomt. Under behandlingen for Høyesterett ble kravet i medhold av tvl. §§ 29-4 (2) bokstav d og fjerde ledd jf. 30-3 og 30-7 (1) utvidet til også å gjelde hevd av bruksrett. Høyesterett fremholdt at påstanden for lagmannsretten muligens kunne tolkes til kvalitativt også å omfatte bruksrett, og at partene dessuten berørte spørsmålet om hevd av bruksrett i sine prosesskriv for lagmannsrette.⁸¹⁶ I avgjørelsen ble dette anvendt som argumenter for å tillate fremme av krav om brukshevd. Overført til denne sammenheng er poenget at retten i et forsøk på å klargjøre partenes påstander og påstandsgrunnlag kan veilede som leder til at parten søker å utvide tvisten til å omfatte nye krav. Etter mitt skjønn bør ikke retten av denne grunn avstå fra å veilede.

Til slutt er det grunn til å minne om at retten som det klare utgangspunkt i liten grad bør veilede om forhold som ligger utenfor rammene for det krav som er gjort til tvistegjenstand i saken.⁸¹⁷ Dette må også gjelde ved ankeforhandling. I sum innebærer dette at retten kan, men sjelden bør veilede om krav som kan tillates fremmet etter tvl. § 29-4 (2) og (4).

Videre kan det være aktuelt å veilede om krav som ble avgjort for underliggende instans, men ikke gjort til gjenstand for anke. Disse anses etter tvl. §§ 19-14 (1) jf. 29-5 som rettskraftig avgjort etter ankefristens utløp, og kan etter tvl. § 29-20 (1) ikke prøves av lagmannsretten. Slike krav er det ikke grunn til å veilede om da de uansett ikke kan gjøres til gjenstand for behandling etter at ankefristen er utløpt. Med forbehold om den begrensede adgangen ankedomstolen har til å tillegge enkelte saksbehandlingsfeil virkning etter tvl. §§ 29-20 (3) andre punktum in fine jf. tvl. § 29-12 (2), må det samme også gjelde for de

⁸¹⁶ HR-2011-2214 U premiss 8.

⁸¹⁷ Se nærmere punkt 2.2.

ankegrunner som partene ikke har angitt.⁸¹⁸ Til sist er det ikke grunn til å veilede om krav som lagmannsretten allerede har nektet fremmet i medhold av tvl. § 29-13.

Som den klare hovedregel kan påstander for avgjorte krav ikke utvides ved behandlingen for lagmannsretten. Adgangen til å utvide påstanden etter tvl. § 29-4 (3) er snever.⁸¹⁹ Med mindre situasjonen ligger slik an at det fremstår som klart at vilkårene for utvidelse av påstand er oppfylt, bør lagmannsretten ikke veilede med henblikk på slik utvidelse.

5.5.2.2 For Høyesterett

På samme måte som for lagmannsretten gjelder det klare begrensninger i hvilke krav og påstandsgrunnlag som kan behandles av Høyesterett. Til forskjell fra for lagmannsretten gjelder ikke kravet om samtykke for fremme av anke i tvl. § 29-13 og særreglene i tvisteloven kapittel 30 for Høyesterett. For fremme av sak Høyesterett kreves imidlertid tillatelse etter tvl. §§ 30-4 og 30-5. Grensen for det som tillates fremmet danner også rammer for saken for Høyesterett og slik også for eventuell veiledning. Det er som utgangspunkt ikke grunn til å veilede om krav som Høyesterett allerede har nektet fremmet til behandling. Fra dette utgangspunktet må det gjøres enkelte presiseringer.

For Høyesterett representerer tvl. § 30-7 en ytterligere begrensning for å fremme nye krav eller utvide påstanden. I tillegg til at vilkårene etter tvl. § 29-4 (2), (3) og eventuelt eller (4) må være oppfylt, må det foreligge *særlige grunner* for å tillate utvidelsen.⁸²⁰ Adgangen til å fremme nye krav eller øke påstanden er dermed enda snevrere enn for lagmannsretten.⁸²¹ Dette er naturlig idet det for nye krav ville medføre at kravet ble behandlet av Høyesterett som første og siste instans. Forsvarlighetsprinsippet taler derfor med tyngde for en restriktiv anvendelse av adgangen.⁸²²

⁸¹⁸ Se Skoghøy 2014 s. 1167-1168.

⁸¹⁹ Se Schei m.fl. 2013b s. 1018.

⁸²⁰ Schei m.fl. 2013b s. 1089 og HR-2012-2065 U.

⁸²¹ Skoghøy 2014 s. 939.

⁸²² Se parallell vurdering om introduksjon av nytt bevistema for Høyesterett i HR-2011-1694 U premiss 6. Forsvarlighetsprinsippet er også benyttet som argument for at tillatelse skal gis, da i sammenheng med målsetningen om et materielt riktig resultat, se HR-2009-2060-U.

Bestemmelsen må samtidig ses i sammenheng med reglene om anketillatelse og Høyesteretts funksjon som prejudikatdomstol og oppgave om å sikre rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling.⁸²³ Bestemmelsen sikrer at saken ikke endrer karakter fra den ble tatt inn.⁸²⁴ Motsatt innebærer disse momenter at i den grad nye krav medfører at Høyesteretts funksjoner og oppgaver oppfylles, taler det for at tillatelse også bør gis. Høyesteretts ankeutvalgs beslutning HR-2012-2065-U er illustrerende. Saken gjaldt gyldigheten av avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag fra Utlendingsnemnda. Som del i argumentasjonen for forståelsen av utlendingsloven § 38⁸²⁵ var retten til familieliv etter EMK artikkel 8 og Barnekonvensjonen artikkel 3 påberopt. Høyesteretts ankeutvalg fant at det forelå særlige grunner for å fremme nye krav med påstand om at utsendelse av parten var i strid med nevnte konvensjoner. I Høyesteretts dom i Rt. 2012 s. 2039 P, var det dissens 11 mot 8 om spørsmålet om adgang til å avsi dom for krenkelse av konvensjonene, noe som viser at det var et reelt behov for rettsavklaring. Uten at disse kravene ble tillatt fremmet, ville det ikke blitt tatt stilling til spørsmålet. Videre er det et poeng at de nye kravene og påstandene allerede utgjorde sentrale tolkningsspørsmål ved det opprinnelige krav som var fremmet og den opprinnelig nedlagte påstanden.⁸²⁶ Derfor nødvendiggjorde endringene ikke utsettelse av saken. Det er typisk situasjonen for spørsmål som prejudisielt må tas stilling til som del av det opprinnelige kravet. Slike må partene uansett utvikle og argumentere for og retten ta stilling til.

Hvordan bør så Høyesterett veilede om eventuelt nye krav eller utvidede påstander? Idet Høyesterett er gitt et særlig ansvar for rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling, bør Høyesterett bidra til at nye krav inntas om det bedre ivaretar disse oppgaver. Samtidig kan det anføres at spørsmål som Høyesterett uansett prejudisielt må ta stilling til, får sin avklaring der. Men for å avklare spørsmålet om domstolers adgang til å avsi dom, som i

⁸²³ Disse momenter benyttes også i vurderingen av om tillatelse skal gis, se til illustrasjon Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 2010 s. 1473 U premiss 9.

⁸²⁴ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 310-311. Se også Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) s. 76 og Innst.O. nr. 45 (1999-2000) s. 22. Disse momenter vektlegges også i rettspraksis, se Rt. 2011 s. 690 U premiss 6, HR-2009-944 U premiss 8, HR-2010-1558 U premiss 5 og Rt. 2010 s. 1236 U premiss 17.

⁸²⁵ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

⁸²⁶ Se HR-2011-2009 U premiss 8.

det ovennevnte tilfellet, for brudd på EMK og Barnekonvensjonen, kan det være nødvendig å ta inn nye krav og nedlegge nye påstander. Ved å gjøre slike spørsmål til egne krav endres dessuten fokuset og partenes synspunkter kan i større grad utvikles. Slik muliggjøres også at Høyesterett på en bedre måte kan begrunne sin avgjørelse og slik bedre kommunisere begrunnelsen for de norske reglene til relevante overnasjonale avgjørelsesorganer, slik som EMD.⁸²⁷ I den grad partene ikke ser slike forhold, er det min oppfatning at Høyesterett burde veilede slik at nye krav og påstander eventuelt fremsettes og nedlegges.

⁸²⁷ Se nærmere i punkt 7.3.3.3.

6. Rettsforholdets betydning for spørsmålet om veiledning

6.1 Kategorien rettsforholdets betydning

Grensene for rettens veiledning har til nå i avhandlingen blitt undersøkt uten hensyn til hva saken gjelder. Samtidig er det klart at hvilket rettsforhold tvisten gjelder er av stor betydning på flere måter for behandlingen av rettsvister. Dette både fordi ulike funksjoner, ulike prinsipper – som proporsjonalitet og forsvarlighet – og målsetningen om å komme til et riktig resultat vektes ulikt avhengig av hva tvisten gjelder. I det følgende er temaet rettsforholdets betydning for spørsmålet om veiledning. Dette temaet er stort. Innenfor rammen av denne fremstillingen tillates det imidlertid kun å trekke enkelte hovedlinjer og peke på enkelte prinsipielle sider. Jeg nøyer meg derfor med å behandle indispositive saker, og saker i *gråsonen* mellom dispositive og indispositive.

6.2 Saker som berører offentlige hensyn

6.2.1 Nærmere om dispositive og indispositive saker

Som utgangspunkt har individer full rett til å disponere over egne rettsforhold. I adgangen til å disponere over forholdet ligger en implisitt forutsetning om at forholdet kun gjelder parten og partens interesser. Som utgangspunkt og hovedregel gjelder dette også under rettergang. Dette som en naturlig følge av deres rett til å disponere over det materielle rettsforhold utenfor rettergang.⁸²⁸ Innenfor enkelte rettsområder er imidlertid offentlige hensyn eller interesser av så stor betydning at partene ikke fullt ut kan disponere over forholdet utenfor prosess. Deres disposisjonsfrihet begrenses.⁸²⁹

⁸²⁸ Se Hov 2010a s. 477, Skoghøy 2014 s. 572 og Geir Woxholth, *Voldgift*, Oslo 2013 (Woxholth 2013) s. 225. Motsatt Hov 1976 s. 161 som ikke umiddelbart aksepterer at disposisjonsadgang utenfor prosess bør medføre disposisjonsadgang i prosess.

⁸²⁹ Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 12 og 32, og Dan Bugge Nordén, «Ny voldgiftslov», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2004 s. 279-297 (Nordén 2004) (s. 281-282). Se for svensk retts vedkommende Lindell 2012 s. 114 som peker på det samme. Også hensynet til parten selv kan medføre begrensning i disposisjonsfriheten,

Når disposisjonsadgangen utenfor prosess er begrenset, er det naturlig at disposisjonsadgangen i prosess er begrenset. Når samfunnsinteresser taler for en gitt løsning er det samfunnets oppgave å sørge for at en parts bevisste valg eller forsømmelser ikke medfører *samfunnsmessige uakseptable løsninger*.⁸³⁰ I motsatt fall kunne partene fått tvangsgrunnlag for, og slik tvinge gjennom, avtaler med et materielt innhold som rettsordenen på grunn av tvingende lovgivning ikke aksepterte.⁸³¹ Det kan i tillegg lede til løsninger som rettslig sett er feil, eller at svakere partere eller tredjemenn ikke ivaretas i tilstrekkelig grad.⁸³²

Samtidig er dette ikke alltid tilfellet. Som det vil vises i det følgende er det flere rettsområder hvor begrensning i partenes disposisjonsrett utenfor prosess ikke medfører begrensninger i prosess. Det er også nok av eksempler på at hensyn eller interesser som må anses offentlige er av betydning i en rettsprosess, uten at partenes adgang til å disponere over forholdet begrenses.

Etter tvisteloven kan *offentlige hensyn* medføre at partenes rådighet begrenses. De hensyn som kan begrunne en begrensning i partenes disposisjonsadgang utgjør en uensartet gruppe. Med offentlige hensyn forstås offentlige hensyn og interesser i *vid forstand*.⁸³³ Vilkåret henspiller på samfunnsinteresser ut over de partene kan råde over.⁸³⁴ Det er naturlig å se dette i sammenheng med de ulike rettsområder. Skoghøy fremhever at avgjørende er «om de regler som regulerer det aktuelle rettsforhold, tilsier begrensninger i partenes rådighet».⁸³⁵ Dette medfører at det er de bærende hensyn bak den aktuelle bestemmelsen, som avgjør om rettsforholdet er dispositivt eller ikke. Spørsmålet vil også

se Andersson 1999 s. 185. Begrensning av partenes disposisjonsadgang er ingen ny idé. Skillet ble utviklet fra 17-1800-tallet, gjennom særlige prosessregler gitt for enkelte spesielle rettsområder, eksempelvis skilsmisssaker, skiftesaker samt saker om savnede personer. I slike hadde retten et særlig ansvar for sakens opplysning og på grunn av hensynet til det offentlige og eventuelle tredjemenn, se Peder Carl Lasson, Appell i civile sager, Christiania 1869 s. 28 flg.

⁸³⁰ Hov 2010a s. 478.

⁸³¹ Aasland 1969 s. 144 og Smith 2000 s. 118.

⁸³² Lindblom 2000 s. 286 og Woxholth 2013 s. 251 flg.

⁸³³ Schei m.fl. 2013a s. 402.

⁸³⁴ Se for eksempel NOU 2001:32 B s. 707 og Skoghøy 2014 s. 572.

⁸³⁵ Skoghøy 2014 s. 573.

kunne variere med ulike bestemmelser i den samme lovgivning.⁸³⁶ Idet spørsmålet om dispositivitet er et rettsspørsmål som beror på rettsregelen og dens begrunnelse, er saksspesifikke forhold ikke av betydning. Det blir derfor dobbelt feil når Hov uttaler at:

«Jeg vil være tilbøyelig til å mene at f. eks. regelen i gbl. § 8 burde håndheves ex officio av domstolene, iallfall hvis urimeligheten ligger klart i dagen».⁸³⁷

For det første representerte ikke dagjeldende gjeldsbrevlov § 8 et indispositivt forhold. For det andre, og desto viktigere; hvorvidt en rettsregel er oppfylt eller ikke er uten betydning for partenes disposisjonsadgang.

En fullstendig gjennomgang av hvilke bestemmelser som er indispositive og ikke, er av denne grunn en stor oppgave.⁸³⁸ Siktemålet her er ikke å foreta en slik gjennomgang. For denne avhandlingens tema er dette heller ikke nødvendig. I stedet er det et viktig å vise spennvidden innenfor de ulike rettsområder hvor disposisjonsadgangen er begrenset og variasjonen i hensyn som kan begrunne en begrensning.

Som en ytterlighet er saker om administrativ tvang innenfor helse- og sosialsektoren. Dette er rettsområder som angår individers grunnleggende rettigheter, som individers rett til personlig frihet og retten til familieliv.⁸³⁹ Hensynet til parten selv og eventuelle barn taler med stor tyngde for at retten skal ha et forsterket ansvar for sakens opplysning og avgjørelse. Samfunnsmessige hensyn taler også for å begrense partenes disposisjonsadgang i slike saker. I motsatt ende av skalaen av indispositive forhold kan hevdes å være preceptorisk lovgivning. Eksempelvis regler om at ingen betalingsforpliktelse oppstår med grunnlag i spill eller veddemål, og avtaler som strider mot ærbarhet.⁸⁴⁰ Bestemmelsene er viktige nok for de det gjelder, men allmennhetens interesse i at slike avtaler ikke inngås, kan etter min oppfatning ikke begrunne en begrensning i partenes disposisjonsadgang. Mellom disse ytterpunkter eksisterer det en mengde rettsforhold hvor offentlige hensyn er

⁸³⁶ Se Skoghøy 2014 s. 577 hvor det drøftes hvilke av pristiltaklovens (Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak (pristiltakloven)) bestemmelser som er indispositive.

⁸³⁷ Hov 1976 s. 175. Se også – merkelig nok – Aasland 1969 s. 178.

⁸³⁸ Omfattende bidrag til diskursen finnes i blant annet i Skoghøy 2014 s. 571 flg., Schei m.fl. 2010 s. 515 flg. og Woxholth 2013 s. 223 flg.

⁸³⁹ Se Aslak Syse, Psykisk helsevernloven med kommentarer, 2. utgave, Oslo 2007 s. 43-44.

⁸⁴⁰ Se Straffelovens ikrafttredelseslov § 12 og NL 5-1-2, se Skoghøy 2014 s. 577 og NOU 2001:32 A s. 518.

av en slik betydning at partene ikke kan disponerer fritt over forholdet i rettergang. Eksemplene viser at det er en uensartet gruppe hensyn som kan begrunne inngrep.⁸⁴¹ Både hensynet til parten selv, tredjemenn og allmennheten for øvrig kan begrunne begrensninger. Dette er en side ved relativiteten.

Partenes disposisjonsadgang i slike rettsforhold kan begrenses på flere måter. Offentlige hensyn kan medføre begrensninger i adgangen til å behandle saken etter småkravsprosessens regler, retten til å avgjøre saken ved voldgift, partenes adgang til å begrense det grunnlag retten legger til grunn for sin avgjørelse og adgangen til å avsi uteblivelsesdom.⁸⁴² I tillegg utvides rettens ansvar for sakens opplysning og rettens plikt til å veilede.⁸⁴³ Domstolen, som representant for det offentlige, er gitt et forsterket ansvar for en forsvarlig behandling av slike saker og for å komme til et materielt riktig resultat.⁸⁴⁴ Dette skyldes både at domstolenes samfunnsmessige funksjon vektlegges tyngre i indispositive enn i dispositive saker, og at kravet til forsvarlig saksbehandling øker. Endelig gjelder indispositive tvister rettsforhold av stor betydning enten for parten, tredjemann eller samfunnet for øvrig. Det innebærer at sakens betydning totalt sett er større, noe som er av betydning for proporsjonalitetsvurderingen.

I hovedsak er det to hovedgrupper av begrensninger i indispositive saker. Den ene gruppen angår *hvilket materiale avgjørelsen skal bygge på*. Den andre gruppen gjelder *formen for avgjørelsen*.⁸⁴⁵

Hvordan og i hvor stor grad partenes disposisjonsadgang begrenses i ulike situasjoner, vil variere med den vernede interessen. Denne uensartetheten i virkning representerer også en

⁸⁴¹ Tvistemålsutvalget fremhever i sin beskrivelse av en *meget sammensatt* gruppe av søksmålstyper kan begrunne inngrep i partenes disposisjonsadgang, se NOU 2001:32 A s. 145. Se også Sørheim & Pedersen 2012 s. 289 hvor det antydes at også folkerettslige forpliktelser og ønsket om å overholde disse kan utgjøre en offentlig interesse.

⁸⁴² Se NOU 2001:32 B s. 707 og Helge Jakob Kolrud m.fl., Voldgiftsloven Kommentartutgave, Oslo 2007. (Kolrud m.fl. 2007) s. 79.

⁸⁴³ NOU 2001:32 B s. 707

⁸⁴⁴ I kjennelse inntatt i Rt. 1998 s. 317 U på side 319 fremheves rettens ansvar for å sikre en riktig avgjørelse i indispositive saker. Se også Rt. 1998 s. 1876 U. I praksis etter tvisteloven fremheves på samme måte målsetningen om et materielt riktig resultat, se Rt. 2012 s. 967 A premiss 27. Se også Lindell 2012 s. 115 og Nordén 2004 s. 282 som fremhever et forsterket fokus på en *betryggende rettergang* i indispositive saker.

⁸⁴⁵ Se i samme retning Aasland 1969 s. 153.

side ved den relativiteten som fremheves i forarbeidene.⁸⁴⁶ Relativiteten er både et utslag av at ulike offentlige interesser gjør seg gjeldende med ulik styrke i ulike typer saker, og av at ulike offentlige interesser har ulik vekt. Eksempelvis veier de offentlige interesser i en sak om umyndiggjøring av en person tyngre, enn i en sak om underholdningsbidrag mellom ektefeller. En slik relativisering kan i tillegg gjenfinnes i inndelingen mellom fullstendig og delvis indispositive saker, og saker med indispositive elementer.⁸⁴⁷

En slik relativitet i både *årsak til* og *virkning av* at en sak er indispositiv medførte, etter Tvistemålsutvalgets oppfatning, til at det ikke lengre kunne opereres med en beskrivelse av et absolutt skille mellom dispositive og indispositive saker: sonderingen er relativ.⁸⁴⁸ Erkjennelsen av en slik relativisering gjenfinnes også i tvisteloven hvor uttrykket *begrenset rådighet* benyttes i tvl. § 11-4 hvor tvistemålsloven brukte begrepet *med eller uten fri rådighet*.⁸⁴⁹

6.2.2 Betydningen for rettens veiledning at et forhold er indispositivt

6.2.2.1 Generelt om rettens veiledning i indispositive saker

Tilstedeværelsen av offentlige interesser er altså av betydning for spørsmålet om materiell prosessledelse. Enkelte ganger beskrives dette ved at retten i indispositive saker har en plikt til å veilede.⁸⁵⁰ I hvilken utstrekning plikten eksisterer, når den oppstår, hvor langt den rekker og hvilke forhold som omfattes av plikten, utdypes i liten grad i forarbeidene og i juridisk teori. All den tid det faktisk er en plikt, hvor brudd på plikten kan medføre rettsvirkninger som opphevelse av avgjørelsen, er det klart uheldig at grensedragningen er så vidt uklar. Temaet i det følgende er derfor de nærmere grenser for veiledningsplikten i nettopp indispositive saker.

Eter tvl. § 11-4 er retten i indispositive saker kun bundet av partenes prosesshandlinger så langt de er i samsvar med de offentlige hensyn i saken. Det er dermed ikke nødvendig å veilede for å få partene til å endre sine prosesshandlinger. Idet store deler av rettens veiledning i dispositive saker foretas for å få partene til å endre sitt prosessopplegg, er det

⁸⁴⁶ NOU 2001:32 A s. 145, og særlig s. 707.

⁸⁴⁷ Se til illustrasjon NOU 2001:32 B s. 707-708, Schei m.fl. 2013a s. 402 og Skoghøy 2014 s. 573 flg. som alle bygger på en slik inndeling.

⁸⁴⁸ NOU 2001:32 B s. 707. Aasland var tidlig ute med å påpeke dette, se Aasland 1969 s. 149-150.

⁸⁴⁹ Se i samme retning Hov 2010a s. 477.

⁸⁵⁰ Se NOU 2001:32 B s. 707 og Schei m.fl. 2013a s. 419. Se for tvistemålslovens del E. Alten, Tvistemålsloven med kommentar, 3. utgave, Oslo, 1954 s. 115.

nærliggende å spørre *om* det da er nødvendig å veilede i indispositive saker, og i positivt fall *hvorfor*.

For *det første* etablerer klargjøringsplikten i tvl. § 11-5 (3) en plikt, på samme måte som i dispositive saker, til å klargjøre det som måtte være uklart ved partenes prosessførsel. De allmenne hensyn som begrunner indispositiviteten forsterker kravet til forsvarlig saksbehandling, noe retten bidrar til blant annet gjennom å sørge for avklaringer. For *det andre* gjør partenes rett til kontradiksjon omkring avgjørelsesgrunnlaget det påkrevd med veiledning i den utstrekning retten ønsker å bygge på andre påstandsgrunnlag eller andre beviser enn de partene har presentert. Partenes rett til kontradiksjon gjelder på samme måte i dispositive som i indispositive saker. For *det tredje* har retten som del av plikten til å skaffe til veie et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag også plikt til å sørge for nye beviser. Å be om ytterligere bevisførsel, er samtidig å veilede og når det eksisterer en plikt til å sørge for bevis smitter dette over på plikten til å veilede.⁸⁵¹ For *det fjerde* er retten avhengig av partenes hjelp for å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Mange beviser er partene nærmest å besørge. For å sørge for ytterligere bevis må det veiledes. For *det femte* representerer veiledning en mer smidig måte å håndtere tvisten på. Ved å veilede i stedet for å instruere respekteres i større grad partenes autonomi. Selv om det ikke er et argument for å etablere en plikt til å veilede, er det et argument for at retten først bør forsøke å veilede før partenes prosessopplegg endres ved tvang.

Rekkevidden av plikten til å veilede i indispositive forhold beror i stor grad på rettsforholdet. Det er imidlertid grunn til å minne om at veiledning representerer et lite inngrep i partenes disposisjonsfrihet.⁸⁵² Hvilke inngrep i partenes disposisjonsadgang som kan foretas varierer med begrunnelsen for inngrepet. Dette taler for at plikten til å veilede bør rekke lengre enn andre begrensninger i partenes disposisjonsadgang. Eksempelvis bør

⁸⁵¹ Dette gjelder uavhengig av om det er vitnebevis eller realbevis etter tvl. § 21-3 (2) eller sakkyndigbevis etter tvl. § 25-2 (1).

⁸⁵² Se til eksempel Westberg 2010 s. 154. Se nærmere punkt 4.2.1.

plikten til å veilede gå lengre enn adgangen til å nekte partene å inngå forlik eller avgjøre saken ved voldgift.⁸⁵³

De ulike hensyn som begrunner indispositiviteten tilsier også en relativisering. Eksempelvis anses enighet mellom partene å være av en så stor egenverdi i barnefordelingssaker, at det er av betydning for rettens adgang til å tilsidesette forliket som stridende mot offentlige hensyn.⁸⁵⁴ Begrensningen bygger på en tankegang om at et godt samarbeid mellom barnets foreldre om foreldreansvaret er til barnets beste.⁸⁵⁵ Samtidig tilsier hensynet til barnets beste på ingen måte at retten skal være tilbakeholden i sin veiledning. Dette vises også ved at retten uavhengig av adgangen til å inngå forlik har et fullstendig ansvar for sakens opplysning i barnefordelingssaker.⁸⁵⁶

Retten er kun ubundet av partenes prosesshandlinger «så langt indispositiviteten rekker».⁸⁵⁷ Dette er av betydning for rekkevidden av rettens veiledningsplikt, og innebærer begrensninger i to henseender: *saklig og i omfang*. Den *saklige begrensning* innebærer at indispositiviteten kun gjelder de sider av saken hvor de offentlige hensyn er av interesse. De sider av saken hvor ingen offentlig interesse er av betydning, er dermed dispositive. Dette er også av betydning for spørsmålet om veiledning: retten kan ha plikt til å veilede om de elementer i en rettstvist som er indispositive, men ikke de øvrige. Begrensningen *i omfang* medfører at indispositiviteten ikke rekker lengre enn til å ivareta de offentlige hensyn. I dette ligger at retten ikke kan legge større bånd på partenes disposisjonsfrihet enn det som er nødvendig for å ivareta offentlige hensyn. Dette gjør del av årsaken til at enkelte indispositive saker behandles etter særlige prosessregler, som etter tvisteloven kapittel 36, samtidig som andre indispositive saker behandles etter allmennprosessens regler.

⁸⁵³ Også Bernt 2011 s. 440 hevder implisitt dette idet hun forutsetter en mer vidtgående informasjonsplikt, enn rett til å nekte inngåelse av forlik.

⁸⁵⁴ Se Schei m.fl. 2013a s. 651, Inge Lorange Backer, Barneloven – Kommentartutgave, 2. utgave, Oslo 2008 (Backer 2008) s. 513 og Gunn-Mari Kjølberg & Sigrid Redse Johansen, Barnefordelingstvister, Oslo 2006 s. 152-153.

⁸⁵⁵ Se Dalseide 2002 s. 194 hvor det påpekes at «Et barn som registrerer at foreldrene har en konflikt som er ute av kontroll, opplever fort utrygghet. De fleste barn ønsker fravær av konflikt mellom foreldrene». Se også Lucy Smith og Peter Lødrup, Barn og foreldre, 6. utgave, Oslo 2006 s. 132-133.

⁸⁵⁶ Se Backer 2008 s. 666.

⁸⁵⁷ Skoghøy 2014 s. 573.

Begrensningen i omfang har også en side til hvilket resultat indispositiviteten kan begrunne. Dette samsvarer også med tankegangen om at det er partenes frie disposisjonsrett som er utgangspunktet og begrensningene er unntak som må begrunnes.

I tvister om indispositive rettsforhold beror en eventuell plikt til å veilede også på den aktuelle situasjonen. Dette gjelder særlig hvor ikke forholdet som sådan er indispositivt, men inneholder indispositive momenter. I slike tilfeller er det ikke sikkert at saken slik den er lagt opp av partene angår de indispositive sidene ved saken. Derfor må det etter min mening være konkrete omstendigheter i prosessopplegget som indikerer at forholdet er indispositivt. For eksempel kan en tvist om gyldigheten av en avtale, hvor en av avtalelovens⁸⁵⁸ bestemmelser om ugyldighet er påberopt, også bryte med indispositive regler fordi den strider mot ærbarhet eller liknende.

I fullstendig indispositive saker kan det måtte stilles krav til situasjonen før retten har en plikt til å veilede. Etter avtaleloven § 37 er forbrukeravtaler med standardvilkår indispositive til fordel for forbruker.⁸⁵⁹ Etter avtl. §37 første ledd nr. 1 gjelder avtl. § 36 på samme måte i forbrukerforhold. Bestemmelsen medfører dermed at avtaleloven § 36 skal anvendes ex officio. Det er langt fra sikkert at partene i sitt prosessopplegg i en tvist om et forbrukerforhold berører de forhold i forbrukeravtalen som eventuelt er urimelige eller i strid med god forretningsskikk. Å knytte en plikt til veiledning uavhengig av partenes prosessopplegg, er å strekke ansvaret langt.⁸⁶⁰

I det videre vil det benyttes en rekke ulike perspektiver for å analysere rettens veiledning i indispositive saker.

6.2.2.2 Betydningen av ulike offentlige hensyn for rettens veiledning

⁸⁵⁸ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

⁸⁵⁹ Se Skoghøy 2014 s. 577 flg.

⁸⁶⁰ Avtaleloven §§ 36 jf. 37 drøftes mer inngående i punkt 7.2.3.

De offentlige hensyn som begrunner inngrep i partenes disposisjonsadgang, utgjør en heterogen gruppe og er i tillegg i noen grad dynamisk.⁸⁶¹ Å skulle gi en uttømmende oppregning av ulike hensyn er derfor utfordrende.⁸⁶² I stedet fokusere jeg på de tre grupper av hensyn som kan begrunne begrensninger i disposisjonsfriheten; hensynet til parten selv, hensynet til tredjemann og hensynet til allmennheten.

Eksempel på det første er saker om administrativ tvang etter psykisk helsevernloven §§ 3-2, 3-3 og 3-7,⁸⁶³ hvor det offentlige hensyn består i å ivareta rettssikkerheten til den enkelte pasient.⁸⁶⁴ I saker som påvirker barns rettsstilling, som eksempelvis barnefordelingssaker, samvær eller barnebidrag etter barnelova,⁸⁶⁵ eller omsorgsovertakelse, institusjonsplassering eller samvær etter barnevernloven, har ikke barnet selvstendige partsrettigheter og er derfor å anse som tredjeperson.⁸⁶⁶ Eksempel på allmenne hensyn finnes i pristiltakloven § 2. Bestemmelsen forbyr å kreve eller avtale urimelige priser. Forbudet i den nå opphevede prisloven § 2⁸⁶⁷ var begrunnet i *bredere samfunnsmessige interesser*, blant annet hensynet til markedet.⁸⁶⁸ I tvister om pristiltakloven § 2 er det dermed ikke nødvendigvis samsvar mellom partens interesse og den allmenne interesse. Ofte er begrensningen i disposisjonsadgangen begrunnet i flere ulike interesser. Eksempelvis gjør både det offentliges og partenes interesse i å forhindre tvangsekteskap del av begrunnelsen for at prøving av ekteskapsvilkårene etter el. § 24 er unntatt partenes frie disposisjonsrett.⁸⁶⁹

⁸⁶¹ Dette idet de ulike interessene må ses i sammenheng med de enkelte rettsområder. Ny regulering kan medføre at nye hensyn begrunner at et rettsforhold anses indispositivt. Sml. Sørheim og Pedersen 2012 s. 289 som implisitt forutsetter en viss dynamikk i hensyn.

⁸⁶² I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 177 pekes det på at en uttømmende regulering av indispositive saker ville blitt *utpreget kasuistisk*. Dette av de samme grunner som en uttømmende oppregning av de offentlige interesser er lite hensiktsmessig.

⁸⁶³ Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

⁸⁶⁴ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 140 og i mer generell form på side 16.

⁸⁶⁵ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

⁸⁶⁶ Etter bvl. § 6-3 andre ledd får barn partsrettigheter fra fylte 15 år eller i særskilte tilfeller.

⁸⁶⁷ Lov 26. juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven). [Opphevet].

⁸⁶⁸ Se Skoghøy 2014 s. 577 og Rt. 1996 s. 407 A.

⁸⁶⁹ Se Asbjørn Strandbakken, «Tiltak mot tvangsekteskap, obligatorisk borgerlig prøving av ekteskapsvilkårene mv.», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 34-45 (s. 38).

Skillet mellom partsinteressen på den ene siden og tredjepersons- og den allmenne interesse på den andre er av betydning for spørsmålet om veiledning i flere sammenhenger.

For *det første* blir *foreløpige vurderinger av prosessopplegget* annerledes enn når kun hensynet til parten skal ivaretas. Over ble det hevdet at retten ved vurderingen av om det er behov for veiledning, kunne se etter mangler eller uklarheter ved partenes prosessopplegg.⁸⁷⁰ Slike vurderinger er ikke tilstrekkelig i indispositive saker. Idet tredjemanns interesse ikke nødvendigvis samsvarer med partens, er det heller ikke naturlig at denne interessen fremheves i prosessopplegget. Partens prosessopplegg kan være både fullstendig og hensiktsmessig uten at den allmenne interessen nevnes eller ivaretas. I stedet for en foreløpig bedømmelse, må det derfor vurderes om den allmenne interesse ivaretas. I tvister med indispositive momenter kan dette være utfordrende fordi interessen ikke nødvendigvis er berørt av partene i det hele tatt. I eksempelvis en tvist om avtalerettslig ugyldighet, hvor det påstås foreldelse eller at kravet er betalt, kan situasjonen være at avtalen strider mot ærbarhet pga. forutsetning om voldsbruk. Det er ikke sikkert at dette nevnes i prosessopplegget i det hele tatt.⁸⁷¹

For *det andre* er hensynet til *partens vilje* av mindre betydning i rettsforhold hvor partsinteressen og den offentlige interesse i saken ikke er samsvarende. I tvister om rettsforhold hvor offentlige hensyn medfører begrensninger i disposisjonsfriheten bør retten ikke avstå fra å veilede når prosessopplegget på grunn av partens ønske er mangelfullt.⁸⁷² I dispositive saker gjør hensynet til partens autonomi og partens vilje hovedbegrunnelsen for at retten avstår fra å veilede. Dette fordi parten uansett ikke vil endre sitt prosessopplegg.⁸⁷³ Dette er av mindre betydning i indispositive saker. Allerede det faktum at forholdet er indispositivt medfører at hensynet til parts autonomi er av mindre betydning. At parten neppe endrer prosessopplegget kan heller ikke veie tungt i denne

⁸⁷⁰ Se nærmere i punkt 4.3.2.

⁸⁷¹ Et annet eksempel kan bygges etter inspirasjon fra ECO Swiss avgjørelsen, se EU-domstolens avgjørelse C-126/97 Eco Swiss. I tvist om erstatning for brudd på avtale, kan det være at avtalen inneholder elementer som strider med konkurranselovgivningen. Det konkurranserettslige aspektet behøver imidlertid ikke berøres i det hele tatt av partene i den opprinnelige tvisten (som i ECO Swiss). Denne behandles inngående i punkt 7.2.2.4.

⁸⁷² Se i samme retning Westberg 1988 s. 994.

⁸⁷³ Se nærmere i punkt 4.2.2.

sammenheng. Som følge av det offentlige hensyn i saken er retten jf. tvl. § 11-4 ikke bundet av partenes prosessopplegg og kan dermed avgjøre saken i henhold til egen oppfatning uavhengig av partenes prosessopplegg.

I forlengelsen av dette kan for *det tredje, effekten av* materiell prosessledelse som virkemiddel være annerledes når andre interesser enn partsinteressen søkes ivaretatt gjennom veiledningen. Normalt er det i en parts interesse å motta veiledning fra retten om at prosessopplegget er uklart eller mangelfullt. Det er også sannsynlig at prosessopplegget endres. Veiledning av hensyn til tredjemann eller allmennheten er ikke nødvendigvis i noen av partenes interesse. Tredjemanns interesse kan sågar være til skade for begge parters interesser. Partene har derfor ikke nødvendigvis noen oppfordring til å rette seg etter veiledningen. Derfor kan effekten av veiledning for å ivareta tredjemanns interesse bli mindre enn ved veiledning for å ivareta partenes interesser. I valget mellom ulike fremgangsmåter for dommeren for å ivareta andre interesser enn partenes fremhever Westberg:

«Materiell processledning medger inte heller en helt effektiv bevakning av allmän- och tredjemansinteressen (officialinteressen)».⁸⁷⁴

Dette betyr imidlertid ikke at det er mindre grunn til å veilede av hensyn til tredjemanns interesse. Idet retten er ubundet av partenes prosessopplegg etter tvl. § 11-4, og har plikt til å besørge et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag etter tvl. § 21-3 (2), er det liten grunn for partene til ikke å innrette seg etter rettens veiledning. De allmenne hensyn vil i tillegg normalt tale til en parts gunst og til den andres ugunst. Det er derfor ofte i en av partenes interesse å følge opp rettens veiledning.

For *det fjerde* er det ikke sikkert hvem av partene veiledning skal rettes mot når det veiledes for å ivareta tredjemanns interesse. Normalt rettes veiledningen mot parten med et mangelfullt eller uklart prosessopplegg. Det er også i denne partens interesse å foreta endringer i henhold til veiledningen. I saker hvor hensynet til tredjemanns interesse begrunner veiledningen, er ikke dette like klart. Interessen som søkes vernet behøver ikke

⁸⁷⁴ Westberg 1988 s. 1002.

å korrespondere med noen av partenes prosessopplegg, og veiledningen er ikke nødvendigvis en følge av et uklart eller mangelfullt prosessopplegg.

I indispositive saker hvor det offentlige er part, kan det argumenteres for at veiledningen skal rettes mot denne parten. Normalt har den offentlige instansen ansvar for å ivareta allmenne eller tredjemanns interesser i utgangspunktet, slik at manglende ivaretagelse av sådan kan ses på som mangler ved det den offentlige parts prosessopplegg.⁸⁷⁵ Også forvaltningens plikt til å utrede saker så godt som mulig, taler for at de interesser som ikke er tilstrekkelig utredet i forbindelse med søknads- eller klagebehandling, bør forvaltningsorganet pålegges å utrede ved sakens rettslige behandling.⁸⁷⁶

I tvister med kun private parter bør dommeren rette veiledning mot den som forventes å ha interesse av å følge opp rettens poeng. Hvor den offentlige interesse ikke er i noen av partenes kan muligens veiledningen rettes mot begge.

For *det femte* er skillet mellom parts interesse og andre interesser av betydning for vurderingen av rettens upartiskhet. Dette er temaet i neste punkt.

6.2.2.3 Veiledning utenfor rammene av kravet i indispositive saker

I indispositive saker danner kravsgrensen, på samme måte som i dispositive saker, ikke en absolutt grense for hva retten kan veilede om. Dette særlig grunnet kravsbegrepets tidvis uklare grenser.⁸⁷⁷ Hvorvidt retten har plikt til å gi slik veiledning, er ikke like sikkert. Spørsmålet har sammenheng med hvilke krav retten har adgang til å avgjøre. Etter tvl. 11-4 kan retten som den klare hovedregel kun avgjøre de krav som partene har reist.⁸⁷⁸ Dette har gode grunner for seg.

⁸⁷⁵ Se til eksempel lov 14. desember 1917 nr. 17 om vassdragsreguleringer § 8, hvor det offentlige pålegges å ivareta allmenne og private interesser ved vurderingen av om konsesjon til vassdragsregulering skal gis.

⁸⁷⁶ Se Backer 2008 s. 666 som etter en tilsvarende tangegang argumenterer for at rettens ansvar for sakens opplysning i barnefordelingssaker bør forstås i samsvar med undersøkelsesprinsippet i fvl. § 17.

⁸⁷⁷ Se nærmere i punkt 2.2.

⁸⁷⁸ Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 176 og 405 andre spalte. For rettsstilstanden etter tvistelovens ikrafttredelse, se kjennelse inntatt i Rt. 2011 s. 1251 U.

For *det første* gjelder indispositiviteten det rettsforhold som er fremmet til avgjørelse. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom at andre krav mellom partene også er indispositive, selv om det er tilfellet noen ganger. Slik er partenes autonomi fortsatt et argument for å begrense rettens kompetanse. For *det andre* avgjør kravsgrensen samtidig hva som er rettskraftig avgjort. Rettsforhold utenfor rammen av det krav som er fremmet, påvirkes i utgangspunktet ikke av avgjørelsen. De offentlige hensyn som begrunner indispositiviteten, gjør seg derfor ikke like sterkt gjeldende utenfor rammen av det krav som er fremmet. Når retten ikke kan avgjøre forholdet, er det heller ikke naturlig å oppstille noen plikt til å veilede.

Fra dette utgangspunkt finnes det et unntak. Under henvisning til de *særlige hensyn* som gjør seg gjeldende i barnevernsaker, fant departementet at domstolen i barnevernsaker kan prøve «alle de spørsmål som er avgjort av fylkesnemnda».⁸⁷⁹ I barnevernsaker har altså retten full anledning til å avgjøre også krav som ikke er gjort til søksmålsgjenstand, forutsatt at disse var tvistegjenstand ved fylkesnemndas behandling av tvisten.

Under tvistemålsloven var ikke dette situasjonen før Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 2003 s. 1319 A.⁸⁸⁰ I kjennelsen fant Høyesterett at domstolen har adgang til å prøve *alle sider* av fylkesnemndas vedtak i en barnevernssak. I saken for Høyesterett hadde tingretten avgjort spørsmål om tilbakeføring av foreldreansvar og daglig omsorg til foreldrene etter barnevernloven §§ 4-20 og 4-21, som opprinnelig var blitt behandlet av fylkesnemnda. Dette på tross av at kun spørsmålet om daglig omsorg og samvær var brakt inn til behandling for tingretten.

I begrunnelsen fremhevet Høyesterett at *gode grunner* talte for at retten hadde *en plikt til å vurdere* om den skulle behandle forhold som var behandlet for fylkesnemnda, men som

⁸⁷⁹ For svensk retts vedkommende uttales det i Westberg 1988 s. 30 at «För de indispositiva tvistemålen vidkommande har man utgått från att vissa undantag kan behöva göras från förbudet för domstolen att överskrida den partsbestämda tvistens yttre ram». Om dette i enkelte situasjoner kan innebære en plikt til å gå utenfor den rammen for saken som partene har oppstilt klargjøres imidlertid ikke.

⁸⁸⁰ Rettstilstanden før 2003 kom eksempelvis til uttrykk i Rt. 1997 s. 170 A, hvor det på side 177 ble uttalt at «jeg anser det for klart at samværsspørsmålet ikke kunne tas opp for Høyesterett». Dette idet «spørsmålet om samværsrett ikke var brakt inn for lagmannsretten».

ikke var gjort til tvistegenstand i saken.⁸⁸¹ Som begrunnelse fremhevet førstevoterende at retten i slike saker *nærmest er tillagt myndighet som et forvaltningsorgan*.⁸⁸² Dette viser hvor sterke offentlige hensyn slike saker gjelder.⁸⁸³

Høyesterett etablerte altså ikke bare en rett til å avgjøre alle sider av fylkesnemndas avgjørelse, men i tillegg en plikt for retten til å vurdere dette.⁸⁸⁴ Med en plikt til å vurdere om andre forhold skal pådømmes, er det også naturlig med en plikt til å pådømme forhold utenfor rammen av kravet når vilkårene for det foreligger. Det er en nær sammenheng mellom å vurdere å avgjøre andre sider av tvisten og det å gi veiledning. En slik vurdering må foretas på et informert grunnlag, noe partene normalt er nærmest å bidra til.

I kommunikasjonen mellom partene og retten forutsetter dette en form for veiledning. I tillegg, og viktigst, er det en forutsetning for å pådømme utenfor rammene av kravet at det kontradiktoriske prinsipp ivaretas. Dette forutsettes også eksplisitt i de ovennevnte kjennelser.⁸⁸⁵ For å ivareta det kontradiktoriske prinsipp må dommeren veilede partene om at det vurderes å avsi dom for krav som ikke er gjort til tvistegenstand.

Det er nok kun unntaksvis grunn til å vurdere å pådømme andre krav, og dermed også kun unntaksvis en plikt til å veilede utenfor rammen av kravet. Konkret var det en *tilspisset konfliktsituasjon* mellom foreldrene som aktualiserte plikten.⁸⁸⁶ Situasjonen var spesiell. Høyesteretts vurderinger har blitt anført å bygge på *nødrettslignende premisser*, noe som setter situasjonen i perspektiv.⁸⁸⁷ Unntaket er snevert.⁸⁸⁸

Det er usikkert hvorvidt det er grunnlag for å oppstille en tilsvarende plikt til å vurdere å gå utenfor rammen av kravet til andre indispositive rettsforhold. De offentlige hensyn i

⁸⁸¹ Rt. 2003 s. 1319 A premiss 25.

⁸⁸² Se Rt. 2003 s. 1319 A premiss 27.

⁸⁸³ Også det forhold at det er gitt særegne behandlingsregler i tvisteloven kapittel 36 bidrar til å underbygge dette.

⁸⁸⁴ Høyesteretts kjennelser inntatt i Rt. 2004 s. 1300 U og Rt. 2009 s. 560 A bygger på tilsvarende oppfatninger.

⁸⁸⁵ På samme måte Rt. 2004 s. 1300 U og Rt. 2009 s. 560 A.

⁸⁸⁶ Se Rt. 2003 s. 1319 A premiss 25 og 26.

⁸⁸⁷ Rikke Lassen, «Barnevernretten – tilbake til start?», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 3-5 (Lassen 2004) (s. 4).

⁸⁸⁸ Det viser også rettspraksis etter tvisteloven hvor unntaket i Rt. 2003 s. 1319 A ikke er gitt anvendelse på liknende situasjoner, se Rt. 2011 s. 1251 U, premiss 16 flg., og Rt. 2013 s. 55 U særlig premiss 21.

barnevernsaker er særlig fremtredende. Det er også situasjonen for andre tvister som skal behandles etter reglene i tvisteloven kapittel 36. Felles for disse sakstypene er at vedtaket representerer veldig store inngrep i individets frihet og personlige integritet, hvilket øker kravet til forsvarlig saksbehandling og mulighet for overprøving.⁸⁸⁹ Det kan argumenteres for at det også innenfor de andre sakstyper som behandles etter tvisteloven kapittel 36 eksisterer slike *særlige hensyn* som det pekes på i forarbeidene.⁸⁹⁰ Her kan elementer av begrunnelsen i Rt. 2003 s. 1319 A premiss 27 gjenfinnes, hvor det dras paralleller mellom domstolens og forvaltningsorganers kompetanse. Ifølge Høyesterett er det flere forhold som illustrerer domstolens særlige kompetanse i slike saker. Blant annet at det er situasjonen på avgjørelsestidspunktet som er avgjørende, at retten har et ansvar for sakens fulle opplysning, samt at denne type saker regelmessig settes med fagkyndige meddommere.

Samtidig er det et paradoks at legalitetsprinsippet stiller store krav til materiell hjemmel i slike saker. På samme måte kan det kreves at også prosessreglene bør være klare, og at adgangen til å analogisere eller etablere prosessregler på ulovfestet grunnlag bør være desto mindre.⁸⁹¹ Etter min oppfatning bør en forutsetning for å etableres en slik plikt være at regelen samtidig må komme både parten og den offentlige interesse til gode.

6.2.2.4 Særlig om kravsgrensen i tvister med indispositive momenter⁸⁹²

Som utgangspunkt er avtalebaserte rettsforhold fullt ut dispositive. Samtidig er elementer av avtaleretten indispositiv. Enkelte rettsområder med indispositive rettsregler, som for eksempel konkurranseretten, er også av betydning for enkelte avtaleforhold.

Eksempelvis kan en standardavtale mellom forbruker og næringsdrivende inneholde elementer som strider mot avtl. § 36 jf. § 37. På samme måte kan avtaler mellom næringsdrivende stride mot indispositive regler i konkurranse- eller prislovgivningen.

⁸⁸⁹ Schei m.fl. 2013b s. 1300.

⁸⁹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 405 og Schei m.fl. 2013b s. 1321.

⁸⁹¹ Lassen 2004 s. 3.

⁸⁹² I denne omgang holdes betydningen av EU-retten utenfor. Det behandles nærmere i punkt 7.2.

Enhver avtale kan i utgangspunktet stride mot preseptorisk lovgivning som regnes som indispositiv og dermed inneholde indispositive elementer.

Om slike sider av en avtale klart nok ligger utenfor det krav som partene har fremmet, har retten verken adgang eller plikt til å avgjøre disse. Men hva hvis det indispositive elementet er i gråsonen av kravsbegrepet? En slik situasjon er langt fra upraktisk. Grensen for kravet er i mange avtaletvister vanskelig å trekke. Denne grensen kan samtidig representere grensen mellom dispositive forhold og indispositive avtalerettslige ugyldighetsregler. Dette gjelder eksempelvis i tvister om avtalerettslig ugyldighet etter avtalelovens ugyldighetsbestemmelser, forutsetningslæren eller ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.⁸⁹³ For forbrukeravtaler med standardvilkår kan kravsgrensen også være uklar.

Etter min mening har retten i slike situasjoner en sterk oppfordring til å veilede. Dette gjelder ikke bare fordi partene, i nettopp kravets gråsoner, har størst risiko for å lide rettstap ved at senere saksanlegg må avvises som rettskraftig avgjort. I tillegg er det i slike situasjoner usikkert om partene fritt kan disponere over rettsforholdet eller ikke. Det er potensielt av stor betydning for løsningen av tvisten. Selv om spørsmålet om disposisjonsrett beror på rettsforholdet og rettsreglene, avhenger dette i grensetilfeller på om den faktiske situasjonen omfattes av rettsregler som er unntatt partenes disposisjonsrett. Dermed er sakens faktiske omstendigheter avgjørende. Partene er nærmest til å klargjøre dette og må spørres. Til slutt er det også et poeng at rettens adgang til å avgjøre tvisten etter en alternativ rettsregel, uten at partene er gitt anledning til kontradiksjon, er veldig begrenset, også når rettsforholdet anses indispositivt.

6.2.2.5 Veiledning om påstand i indispositive saker

Retten er ikke bundet av partenes påstander i indispositive saker og kan dermed avsi dom for både mer eller mindre enn påstandene angir. Adgangen til å avsi dom for noe annet enn

⁸⁹³ Se Jo Hov, *Kontraktsrett*, Oslo 2002 s. 250 og Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, Bergen 2012 (Giertsen 2012) s. 177 flg.

påstått kan danne en reell begrensning idet avgjørelsen fort kan ligge utenfor rammene av kravet. Innenfor rammen av kravet har retten imidlertid et mye større handlingsrom i indispositive enn i dispositive tvister. Retten kan både presisere, omformulere, endre verb i handlingsbeskrivelsen, og sette vilkår og begrensninger uten å gå utenfor rammene for kravet.

I tillegg til at det kravet partene har fremmet danner rammer for hva retten kan avsi dom for, kan retten ikke avsi dom utenfor rammene av partens påstander i større grad enn det de offentlige hensyn som begrunner begrensningen i partenes disposisjonsadgang tilsier. Dette danner en begrensning både saklig og i omfang. I delvis indispositive saker medfører for *det første* den *saklige begrensningen* i denne sammenheng, at retten kun er ubundet av partenes påstander i den retning tvisten er indispositiv.⁸⁹⁴ Eksempelvis medfører dette at retten i tvister om immaterielle rettigheter som nyter vern etter registrering i offentlige register, er indispositiv i retning av at registreringen er gyldig, ikke motsatt.⁸⁹⁵ For *det andre* er retten kun ubundet av partenes påstander *så langt* de offentlige hensyn tilsier.

Det kan også være så nær sammenheng mellom partenes påstand og ivaretagelsen av det hensyn som begrunner indispositiviteten, at retten av den grunn må anses bundet av påstandene. Eksempelvis bør retten i en barnefordelingssak ikke avsi dom for foreldreansvar mot foreldrenes ønske.⁸⁹⁶ Dette idet fravær av konflikt mellom foreldrene er viktig for et barns opplevelse av trygghet.⁸⁹⁷ På samme måte som i vurderingen av om retten skal respektere det forlik partene har kommet til i en barnefordelingssak, er en dom mot partenes påstander, neppe forenlig med hensynet til barnets beste.

Selv om retten ikke er bundet at partenes påstander er det uansett gode grunner for å kommuniserer til partene at det vurderes en annen slutning enn partene har nedlagt påstand om. Ved slik veiledning kan partene bidra til å belyse situasjonen ytterligere, samt begrunne sin påstand nærmere. Slik reduseres risikoen for at rettens avgjørelse blir uriktig.

⁸⁹⁴ Skoghøy 2014 s. 574.

⁸⁹⁵ Skoghøy 2014 s. 574 og Hov 2010a s. 488.

⁸⁹⁶ Schei m.fl. 2013a s. 406.

⁸⁹⁷ Se Dalseide 2002 s. 194.

Videre er det større grunn til å forvente at partene har forståelse for og akseptere rettens avgjørelse når de er gitt anledning til å uttale seg. Slik reduseres også risikoen for anke, noe som er prosessøkonomisk ønskelig i et videre perspektiv.

I enkelte situasjoner kan kontradiksjonsprinsippet medføre en plikt til å veilede om påstand. Ofte er det en så nær sammenheng mellom påstand og det faktiske avgjørelsesgrunnlag at partene har rett til å uttale seg. Især gjelder dette påstandens kvalitative grense.

6.2.2.6 Veiledning om påstandsgrunnlag i indispositive saker

I indispositive saker er retten ikke bundet av de rettsstiftende faktiske forhold partene påberoper. Hvorfor skal det da veiledes?

Et presist påstandsgrunnlag er nødvendig for å ha et klart bilde på hva som søkes bevist. En uklar forståelse av rettsregelen og det abstrakte påstandsgrunnlaget påvirker bevisemaer, og igjen sakens faktiske opplysning. Idet bevisemaet er et resultat av vekselvirkningen mellom aktuelle rettsregler og de faktiske omstendigheter partene mener foreligger, må retten sikre at både de aktuelle rettsreglene er tilstrekkelig presisert, og at de omstendigheter partene søker å sannsynliggjøre er relevante.⁸⁹⁸ Det stiller krav både til presisering av de bevisemaer partene har introdusert og at alternative bevisemaer under samme rettsregel ikke er mer relevante. I tillegg må retten sikre at ikke alternative rettsregler er mer relevante.

Opplysninger om hvilke faktiske omstendigheter som foreligger, eller påstås å foreligge, er det i all hovedsak partene som har kontroll over. Retten er avhengig av partene for å klargjøre om alternative påstandsgrunnlag eller rettsregler er relevante. Av denne grunn må det veiledes. I tillegg innebærer partenes rett til kontradiksjon at rettens handlingsrom er lite. Dette gjelder både innenfor det påstandsgrunnlag som er påberopt og, særlig, for alternative påstandsgrunnlag. Med andre ord medfører partenes kjennskap til de faktiske omstendigheter, og partenes rett til kontradiksjon, at retten må veilede om

⁸⁹⁸ Se Zahle 1976 s. 32, Lindell 1987 s. 40 og Lindblom 2006 s. 166-167.

påstandsgrunnlaget i indispositive saker. Og, videre, fordi retten som ledd i å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, må gå lengre i å sikre at bevistemaer er tydelige nok – og de riktige, må retten også gå lengre i å veilede i indispositive enn i dispositive tvister. Dette gjelder både innenfor rammen av partenes påberopte påstandsgrunnlag og eventuelle alternative påstandsgrunnlag.

I indispositive tvister er spørsmålet om å introdusere alternative bevistemaer, enten under den rettsregel som er anført, eller under en annen rettsregel, annerledes enn i dispositive tvister. I motsetning til i dispositive forhold, hvor det alternative prosessopplegget måtte fremstå som nærliggende og i lys av partenes ønsker, må det alternative prosessopplegget i indispositive saker vurderes i lys av den vernede interessen. Det kan heller ikke, som i dispositive saker, oppstilles et krav til at det alternative påstandsgrunnlaget må være nærliggende ut i fra det presenterte. Partenes interesse og det offentlige interesse behøver jo ikke være sammenfallende. Fokuset på hvilket påstandsgrunnlag som er påberopt blir derfor underordnet. I fullstendig indispositive saker medfører det eksempelvis at retten i en sak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12, har et selvstendig ansvar for å ivareta barnets interesser. Dette gjelder uavhengig av om partene har påberopt alternativ a, b, c eller d i bvl. § 4-12 første ledd i saken.⁸⁹⁹ For å sikre den interesse som søkes vernet må retten i slike tilfeller også veilede om alternative påstandsgrunnlag.

I saker som er delvis indispositive, kan dette stilles seg annerledes. Hvorvidt et forhold er indispositivt, beror som kjent på reglene som regulerer det aktuelle rettsforhold. Når retten da vurderer å veilede om alternative påstandsgrunnlag, kan situasjonen være at det alternative påstandsgrunnlaget er et dispositivt forhold. Et ikke upraktisk eksempel er hvor en avtale anføres å være ugyldig grunnet bristende eller svikaktige forutsetninger.⁹⁰⁰ Flere mulige rettslige grunnlag kan tenkes. Både NL 5-1-2, pristiltakloven § 2, avtaleloven §§ 30, 31, 36, ugyldighetsbestemmelser i særlovgivning eller alminnelige rettsgrunnsetninger,

⁸⁹⁹ Dessuten er det en såpass nær sammenheng mellom vilkårene i bestemmelsen at de ofte også må ses i sammenheng, se Lena R.L Bendiksen og Trude Haugli, Sentrale emner i barneretten, 2. utgave, Tromsø 2015 s. 199.

⁹⁰⁰ Se til illustrasjon Høyesteretts avgjørelser inntatt i Rt. 2006 s. 328 A, Rt. 2004 s. 1582 A og Rt. 1995 s. 46 A.

kan etter omstendighetene utgjøre mulige grunnlag for ugyldighetspåstanden.⁹⁰¹ Av disse er kun NL 5-1-2 og pristiltakloven § 2 ansett å være indispositive regler.⁹⁰² Etter omstendighetene er det mulig å fremme sak med påstand om ugyldighet etter for eksempel NL 5-1-2, uten samtidig å påberope seg andre alternative påstandsgrunnlag. Og da også slik at det ikke er sikret tilstrekkelig kontradiksjon for de rettsstiftende faktiske forhold som kan subsumeres under det alternative påstandsgrunnlaget. Samtidig er det mulig å se for seg situasjoner hvor den bevisførsel som er presentert eller bebudet medfører at det er mer nærliggende å drøfte alternative påstandsgrunnlag, som avtaleloven §§ 30 eller 31.

Spørsmålet er om retten i slike situasjoner, i en sak som for så vidt er indispositiv, også bør veilede om forhold som er dispositive. Etter min mening må spørsmålet besvares benektende. Indispositiviteten begrenser kun partenes rådighet så langt det offentlige hensyn tilsier. *Bredere samfunnsmessige interesser* begrunner at NL 5-1-2 er indispositiv.⁹⁰³ Slike interesser er ikke funnet å være av betydning i en slik grad at partenes disposisjonsadgang skal begrenses for de andre mulige rettslige grunnlagene nevnt i denne sammenhengen.⁹⁰⁴ Rettens ansvar for å ivareta de bredere samfunnsmessige interesser, må dermed begrenses til situasjonen når slike interesser kan medføre ugyldighet etter NL 5-1-2. På samme måte må rettens materielle veiledning tilpasses slik at det alternative påstandsgrunnlaget faktisk gjelder et dispositivt forhold.

Situasjonen kan også være motsatt. I en sak om avtalerettslig ugyldighet hvor dispositive rettsregler påberopes, må rettens veiledning – om den ser at offentlige hensyn, som etter andre regelsett begrunner begrensninger i partenes disposisjonsadgang, aktualiseres i saken – ta hensyn til at forholdet faktisk er indispositivt. Dette kan være tilfellet i en tvist om betaling av gjeld, hvor saksøkte anfører foreldelse. Situasjonen kan da være at det under sakens behandling fremkommer at gjelden er et resultat av veddemål eller spill i strid med

⁹⁰¹ I avgjørelse inntatt i Rt. 2004 s. 1582 A var blant annet pristiltakloven § 2 påberopt, i Rt. 1995 s. 46 A Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 8-15 og i Rt. 2006 s. 328 A alminnelige rettsgrunnsetninger.

⁹⁰² Skoghøy 2014 s. 577.

⁹⁰³ Skoghøy 2014 s. 577.

⁹⁰⁴ Se Skoghøy 2014 s. 577-578 vedrørende avtaleloven § 36.

straffelovens ikrafttredelseslov § 12.⁹⁰⁵ De hensyn som begrunner at forhold som omfattes av straffelovens ikrafttredelseslov § 12 er indispositive, taler i slike tilfeller for at saken – som i utgangspunktet gjaldt et dispositivt forhold – nå må regnes som indispositiv.⁹⁰⁶ Tvistemålsutvalget kan også tas til inntekt for et slikt syn når de uttaler at:

«Dom kan imidlertid ikke avsies i strid med NL 5-1-2 eller straffelovens ikrafttredelseslov § 12. Dette gjelder selv om innsigelsen om at kravet er reprobert ikke er påberopt».⁹⁰⁷

I saker som er *indispositiv i én retning*, eksempelvis saker om gyldigheten av immaterielle rettigheter som følge av registrering i offentlige register, kan dette være annerledes.⁹⁰⁸ Slike saker er indispositive i retning av å kjenne registreringen ugyldig. Det offentliges ansvar er dermed å påse at registreringer ikke kjennes ugyldige når vilkårene for det ikke foreligger. Retten har altså ikke noe ansvar for å fastslå om den immaterielle registreringen i alle henseender er gyldig, men om det påberopte faktiske grunnlaget faktisk medfører ugyldighet. På denne bakgrunn kan det hevdes at de påstandsgrunnlag partene ikke påberoper for ugyldighet må anses dispositive og at spørsmålet om veiledning må vurderes i lys av dette.⁹⁰⁹

Veiledning om alternative påstandsgrunnlag kan ligge relativt langt fra partenes prosessopplegg og behøver ikke engang være berørt av noen av partene. Når er det da naturlig å hevde at en veiledningsplikt oppstår? Det kan jo ikke tas utgangspunkt i om partenes prosessopplegg er uklart eller mangelfullt. Særlig i rettsforhold med kun indispositive momenter er spørsmålet problematisk.

Flere innfallsvinkler kan tenkes. Retten kan enten alltid ha en plikt til å avklare om det er mulige indispositive rettsforhold innenfor rammen av kravet. Å etablere en slik plikt er klart nok å gå for langt. Det er ikke sikkert at partene selv er klar over det indispositive momentet i tvisten. Partene behøver heller ikke ha noe ønske om å avdekke det indispositive momentet, eksempelvis at gjelden stammer fra spill, eller at avtalen i

⁹⁰⁵ Lov 22. mai 1902 nr. 11 om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (straffelovens ikrafttredelseslov).

⁹⁰⁶ Se i samme retning Hov 1976 s. 164. Se også Schei m.fl. 2013a s. 419.

⁹⁰⁷ NOU 2001:32 B s. 708 første spalte.

⁹⁰⁸ Skoghøy 2014 s. 574.

⁹⁰⁹ Schei m.fl. 2013a s. 407.

realiteten innebærer et prissamarbeid. Å etablere en plikt til veiledning, med opphevelse av avgjørelse som mulig konsekvens på bruddet, kan også medføre at prosessen blir langt mer omstendelig. For å sikre seg mot saksbehandlingsfeil kan det tenkes at dommeren ønsker å gå gjennom en smørbrøddliste av momenter for å sikre at forholdet ikke inneholder indispositive momenter.

Alternativt kan plikten oppstå om konkrete elementer i prosessopplegget indikerer at forholdet har indispositive elementer. Når plikten oppstår vil da være vanskelig å angi generelt, men beror på omstendighetene. I tillegg beror det i større grad på dommerens erfaringsgrunnlag om det indispositive elementet oppdages og tas tak i. Heller ikke en slik tilnærming er optimal, men i alle fall bedre enn en absolutt plikt.

6.2.2.7 Veiledning om bevis

På samme måte som i dispositive forhold er retten ikke bundet av partenes argumentasjon om forståelsen eller anvendelsen av bevis, og partene har lik rett til å kontradiksjon. Situasjonen skulle dermed ikke være annerledes for de bevis partene har presentert i dispositive enn indispositive tvister.

Retten ansvar for å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag kan samtidig medføre at veiledningen får et større omfang i indispositive tvister. Dette gjelder særlig idet retten ikke er bundet av partenes påstandsgrunnlag og de faktiske forhold partene påberoper som grunnlag for sin påstand. Den interessen domstolen har ansvar for å ivareta kan også medføre at retten oftere ønsker å anvende beviset på en annen måte enn partene har forutsatt, eller ønsker å bygge på bevis som ikke har vært fremtredende under forhandlingene.⁹¹⁰

Videre har retten som del av plikten til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, et større ansvar for å sørge for bevis. Utgangspunktet er likt: bevisførsel er partenes ansvar.

⁹¹⁰ Dette har nær sammenheng med hvilket påstandsgrunnlag som er aktuelt, se punkt 4.6.2.1.

Samtidig har retten et selvstendig ansvar.⁹¹¹ Det er flere eksempler fra Høyesterett på at retten ikke har gått langt nok i å sørge for bevis. Sammenhengen mellom veiledning og bevisføring er like åpenbar her som i dispositive saker: å sørge for bevisførsel er å veilede, og i stedet for å sørge for bevisførsel kan retten gjennom veiledning få partene til å gjøre det. Det er uansett ofte partene som råder over bevisene, slik at en naturlig måte å skaffe til veie bevis er å spørre partene.

Rekkevidden av rettens plikt til å sørge for bevis varierer for det første med rettsforholdets betydning. Et slikt utgangspunkt tok Høyesteretts mindretall i kjennelse inntatt i Rt. 1997 s. 506 U:

«Spørsmålet om hvor utførlige undersøkelser [retten] skulle foreta på egen hånd ... må ses i lys av hvilke krav som barnebortføringskonvensjonen og barnebortførings-loven stiller, og hva som er normalordningen».⁹¹²

Dette er også naturlig. Jo sterkere offentlige hensyn saken angår, dess større krav til forsvarlighet, og slik også større krav til et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Rettens plikt til å sørge for bevis i saker som behandles etter reglene i tvisteloven kapittel 36 går dermed lengre enn for tvister om andre indispositive rettsforhold.⁹¹³

Videre er omstendighetens alvorlighetsgrad og relevans av betydning for rettens ansvar. Omstendigheter av avgjørende betydning for tvistens utfall, er det mer nærliggende at retten bidrar til å sørge for bevis om, enn andre omstendigheter. Eventuell besittelse av eksempelvis barnepornografisk materiale er av selvsagt og stor betydning i en barnefordelingssak.⁹¹⁴ Opplysninger fra politiet om status i etterforskningen var det naturlig at retten besørget. Dette innebærer at også bevistemaets relevans er av betydning.⁹¹⁵

⁹¹¹ Rettens plikt kommer til uttrykk i tvl. § 21-3 (2) første punktum som er en videreføring av tvml. § 86 andre ledd andre punktum, se Ot.prp. nr. 54 (2004-2005) s. 454. Av rettspraksis etter tvml. § 86 kan nevnes Rt. 1998 s. 844 U og Rt. 1998 s. 1876 U. Se også Schei m.fl. 2013a s. 407 og Schei m.fl. 2013b s. 785.

⁹¹² Rt. 1997 s. 506 U på side 511.

⁹¹³ Se til illustrasjon Rt. 2009 s. 334 U.

⁹¹⁴ Se Rt. 2005 s. 1474 U og Rt. 1995 s. 622 U.

⁹¹⁵ Se Rt. 1997 s. 442 U hvor bevistemaet var så konkret at ytterligere bevis ikke var nødvendig.

Hvor konkrete beviser som kan fremskaffes, er også av betydning for rettens plikt. Hvor det eksisterer dokumenter fra utredning eller etterforskning er det mer nærliggende å få tak i slike, enn hvor det kun eksisterer indirekte vitner.⁹¹⁶ Bevisets tyngde eller beviskraft er dermed sentralt i vurderingen. Hvor stor innsats som må nedlegges for å få tak i beviset har også blitt vektlagt i rettspraksis. Gjennomgående synes det å være enklere å slå fast at retten har brutt plikten til å sørge for bevis når det er et konkretisert bevis som ikke er innhentet, enn når så ikke er tilfellet.⁹¹⁷ Hvorvidt det er foretatt forsøk på å innhente bevis vektlegges også.⁹¹⁸

Til sist er bevissituasjonen av betydning. Bevismessig usikkerhet kan begrunne en plikt til å sørge for bevis. I Høyesteretts kjennelse innatt i Rt. 1997 s. 506 vektlegger kjæremålsutvalgets flertall sitt standpunkt om at retten burde sørget for ytterligere bevis, med at namsrettens avgjørelse ble truffet *under meget sterk tvil*.⁹¹⁹ Ved bevistvil kan spørsmål om en omstendighet foreligger, avgjøres under henvisning til bevisbyrderegler. Motsatt er et relativt klart bevissituasjon et argument mot en plikt til å supplere bevisførselen.⁹²⁰ Det kan argumenteres for at bevisbyrdereglene ikke burde være avgjørende i indispositive saker.⁹²¹ I alle fall ikke hvor ytterligere beviser kan fremskaffes.

Rettens plikt til å sørge for bevis må være lik uavhengig av om bevistemaet er presentert av partene eller retten. Samtidig er det grunn til å tro at jo lengre fra partenes prosessopplegg rettens fokus er, dess større behov er det for at retten også sørger for bevisførsel. Samtidig behøver ikke dette nødvendigvis bety at nye vitner, nye dokumenter, nye faktiske bevis eller nye sakkyndige må fremskaffes. Endret fokus i de spørsmål som stilles til eksisterende vitner eller annet fokus i de faktiske bevisene kan etter

⁹¹⁶ I Rt. 1995 s. 622 U og Rt. 2005 s. 1474 U hvor politidokumenter ikke ble innhentet. Motsatt i Rt. 1997 s. 506 U, hvor mindretallet vektlegger at de eventuelle beviser var annen og tredje hånds opplysninger i en erklæring, noe som hadde liten beviskraft. Se også Rt. 1998 s. 1876 U.

⁹¹⁷ Se Rt. 1995 s. 622 U. I Rt. 1998 s. 1876 U er det et poeng at det ikke er noe konkret bevis å sørge for.

⁹¹⁸ Se Rt. 1997 s. 442 U. I Rt. 1998 s. 844 U ble det lagt vekt på at enkelte dokumenter ikke var mulig å oppspore.

⁹¹⁹ Rt. 1997 s. 506 U på side 510.

⁹²⁰ Se til illustrasjon Høyesteretts kjennelser innatt i Rt. 1991 A s. 1051 og Rt. 1997 s. 442 U.

⁹²¹ Se i samme retning Lindell 2012 s. 536.

omstendighetene også representere bedre måter å avhjelpe mangler ved bevisførselen enn å supplere den.

6.2.2.8 Rettens upartiskhet

På samme måte som for dispositive tvister er utgangspunktet ved veiledning i tvister hvor partenes disposisjonsrett er begrenset at veiledning kan komme i strid med hensynet til rettens upartiskhet. Samtidig er grensene annerledes fordi rettens oppgave er annerledes. Høyesterett har uttalt at «domstolen i saker om administrative tvangsinngrep nærmest er tillagt myndighet som et forvaltningsorgan». ⁹²² Dette som følge av rettens fulle kompetanse i slike saker. En slik forskyvning i myndighet og oppgave er også av betydning for rettens upartiskhet. Det kan nærmest hevdes at retten forutsettes å være partisk til fordel for den offentlige interesse i indispositive forhold. Til sist, som en speiling av domstolens økte rådighet, er det også av betydning at partenes autonomi over rettsforholdet begrenses. ⁹²³

Vurderingen av rettens upartiskhet kommer også i et noe annet lys i indispositive tvister. Slik veiledning har mindre preg av å være i en parts interesse idet ingen av partenes interesser nødvendigvis samsvarer med det offentlige interesse. Retten vil i beste fall kunne anklages for indirekte å være partisk til fordel for en av partene, og kun når en parts interesse samsvarer med den offentlige.

Det har vært tatt til orde for at retten i indispositive saker må kunne «veilede mer konkret og i klarere ordelag uten å komme i strid med kravet til upartiskhet». ⁹²⁴ Dette er jeg grunnleggende enig i. Siden retten ikke er bundet av partenes prosesshandlinger, er det mulig å være tydelig på hvilke faktiske og rettslige grunnlag dommeren anser som relevant. Samtidig må retten heller ikke i indispositive saker være – eller fremstå som – forutinntatt.

⁹²² Rt. 2003 s. 1319 A premiss 27.

⁹²³ Se Damaska 1986 s. 107, Ellehage 2001 s. 312-313 og Westberg 2010 s. 218.

⁹²⁴ Schei m.fl. 2013a s. 419.

Dette gjelder både om sentrale aktørers forklaringer og om sakens avgjørelse.⁹²⁵ Schei m.fl. hevder at retten i indispositive saker kan gi partene råd.⁹²⁶ På dette punkt melder jeg meg uenig. Når det gis råd eller anbefalinger til en part krysses raskt grensen for forutinntatthet.⁹²⁷ Grensen trekkes klart nok annerledes i indispositive saker, men det er fortsatt en grense, og etter min mening går den ved rådgivning. Slik veiledning vil være et brudd med dommerens rolle og oppgave, også i indispositive tvister.

Det kan hevdes at grensen for hvor langt retten kan gå i veiledningen uten å fremstå som partisk, vil variere med begrunnelsen for begrensningen i partenes disposisjonsfrihet. På samme måte som at om hvor store begrensninger i disposisjonsadgangen offentlige hensyn kan begrunne, kan det argumenteres for at hvor langt retten kan gå for å ivareta denne interessen vil variere med begrunnelsen for begrensningen.

6.2.3 Veiledning av hensyn til det offentlige i dispositive tvister

6.2.3.1 Innledning og avgrensning

Offentlige hensyn kan også være av betydning i saker hvor partenes rådighet ikke er begrenset. Årsaken til at offentlige hensyn er av betydning kan være at det gjelder et konkret rettsområde, at situasjon medfører at ulike interesser aktualiseres, eller at de spørsmål saken reiser er av prinsipiell betydning.

Sanksjoner ilagt individet av forvaltningen har store likhetstrekk med straff.⁹²⁸ I straffesaker har retten ansvar for å ivareta tungtveiende offentlige hensyn. Rettens forhold til partenes prosesshandlinger og ansvar for sakens opplysning vil klart nok påvirkes av slike forhold.⁹²⁹ Denne typen saker ligger imidlertid langt fra kjernen av denne avhandlingens tema, og krever en innføring i straffeprosessen som ikke kan forsvares

⁹²⁵ Se Rt. 1977 s. 708 U på side 709, Rt. 1976 s. 765 U på side 766 og Rt. 1986 s. 123 U. Se også RG-2000-1218.

⁹²⁶ Se Schei m.fl. 2013a s. 419.

⁹²⁷ Se særlig Rt. 1986 s. 123 U.

⁹²⁸ Etter omstendighetene vil det også regnes som straff i EMKs forstand, se NOU 2003:15 s. 98.

⁹²⁹ I NOU 2003:15 s. 197 og 354-355 ble det foreslått egne prosessregler for *forvaltningsstraffesanksjoner*. Forslaget er så langt ikke fulgt opp av lovgiver.

innenfor avhandlingens rammer. Av denne grunn ser jeg meg nødt til å avgrense mot situasjonen når forvaltningen ilegger ulike straffelignende sanksjoner.

I det følgende vil det fokuseres på to temaer av noe ulik karakter. Først drøftes rettens ansvar for å ivareta preseptorisk lovgivning. Deretter er temaet rettens ansvar for å ivareta hensynet til miljøet. Dette som eksempel på et offentlig hensyn av betydning i flere sammenhenger, men som ikke automatisk begrenser partenes disposisjonsadgang.

6.2.3.2 Særlig om preseptorisk lovgivning

Spørsmålet om partenes disposisjonsfrihet i prosess skal begrenses, beror som utgangspunkt på hvorvidt partene fritt kan disponere over det materielle rettsforhold. For formuerettslige forhold er det alminnelige utgangspunktet at parter kan disponere fritt over forholdet. Innen enkelte rettsområder eller rettsforhold, begrenses denne disposisjonsfriheten ved ufravikelig eller preseptorisk lovgivning.

Preseptoriske bestemmelser er vanlig for å beskytte ulike grupper eller interesser. Forbrukere er en gruppe som ofte beskyttes gjennom å gjøre enkelte lover eller bestemmelser preseptoriske.⁹³⁰ Arbeidstakere er en gruppe som beskyttes på samme måte.⁹³¹ Diskrimineringsvernlovgivningen beskytter en bestemt interesse.⁹³² Mer generelle bestemmelser som straffelovens ikrafttredelseslov § 12 og NL 5-1-2 anses også å være preseptoriske.⁹³³ De beskytter mer allmenne interesser.

Som følge av begrensningen i adgang til å disponere materielt over forholdet er det nærliggende at også partenes disposisjonsfrihet i prosess begrenses.⁹³⁴ Det er imidlertid ikke alltid tilfellet. Eksempelvis er det alminnelig antatt at partene har full disposisjonsrett

⁹³⁰ Se til eksempel Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 3, Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) § 3, Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven) § 1-2 og Lov av 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) § 3 som alle begrenser adgangen til å inngå avtaler som er mindre fordelaktige for forbruker enn lovens bestemmelser.

⁹³¹ Se Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) § 1-9.

⁹³² Se til eksempel Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) § 3.

⁹³³ Se Hov 2010a s. 485.

⁹³⁴ Slik som Borgar Høgtveit Berg (red.), Voldgiftsloven med kommentarer, Oslo 2006 s. 255.

i rettsvister ved avtale om håndverkertjenester og salg av fast eiendom.⁹³⁵ Dette på tross av at både håndverkertjenesteloven og avhendingslova er preseptorisk til fordel for forbrukeren. Enkelte preseptoriske regler begrenser dermed partenes avtalefrihet utenfor prosess, men ikke deres disposisjonsfrihet under rettergang. Dette innebærer også at partenes adgang til å frasi seg prosessuelle rettigheter utenfor prosess begrenses, men ikke deres adgang til å ikke påberope seg disse i rettergang.⁹³⁶

Innenfor denne avhandlingens rammer tillates ikke en uttømmende gjennomgang av hvilke regler som er dispositive og ikke.⁹³⁷ Det er heller ikke det sentrale. For den videre drøftelse er det tilstrekkelig å konstatere at enkelte begrensninger i den materielle disposisjonsfriheten medfører begrensninger under prosess, andre ikke. I det følgende er spørsmålet som skal analyseres hvilken betydning skillet i partenes disposisjonsadgang medfører for hvilke krav som stilles til rettens materielle prosessledelse når preseptorisk lovgivning regulerer forholdet.

Etter gjeldende rett er det et klart skille mellom rettens ansvar i dispositive og indispositive saker. I tvl. § 11-4 kommer dette tydelig til uttrykk i generell form. Bestemmelsen angår ikke bare formen for avgjørelsen, men også grunnlaget for den. I tvl. § 21-3 (2) skilles det eksplisitt mellom rettens ansvar for avgjørelsesgrunnlaget i dispositive og indispositive saker. I forarbeidene fremheves også betydningen av skillet for spørsmålet om rettens adgang og plikt til å veilede.⁹³⁸ Det er derfor nærliggende å slutte at omfanget av rettens plikt til å veilede er nært knyttet til hvorvidt forholdet regnes som indispositivt eller ikke. Dette gjelder også hvor preseptorisk lovgivning regulerer forholdet.

Det er imidlertid ikke like klart at skillet i alle henseender er rimelig eller naturlig. Dette skyldes for det første at skillet mellom dispositive og indispositive rettsregler undertiden er relativt subtilt. Avgjørende er som kjent de bærende hensyn som begrunner rettsregelen.

⁹³⁵ Se Hov 2010a s. 485 og NOU 1979:42 s. 74.

⁹³⁶ Sml. Stefan Lindskog, *Skiljeörfarande. En kommentar*, Stockholm 2005, s. 79-80, som for svensk retts vedkommende skiller mellom abstrakt indispositivitet og konkret indispositivitet. Abstrakt tilsvarende da regelens ufravikelighet utenfor prosess, konkret tilsvarende under rettergang.

⁹³⁷ I Aasland 1969 s. 156 flg. og Hov 1976 s. 169 flg. eksisterer en utfyllende – om ikke uttømmende – oppregning av ulike typetilfeller.

⁹³⁸ Se til eksempel NOU 2001:32 B s. 707 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 176 andre spalte.

Ofte finnes rettsreglers begrunnelse både i hensynet til den enkelte og i bredere samfunnsmessige hensyn. Hvor «de samfunnsmessige hensyn opphører å være utslagsgivende» er derfor ikke alltid lett å påvise.⁹³⁹ Det er vanskelig å trekke en prinsipiell grense.⁹⁴⁰

I forarbeidene har det blitt påpekt at «noen av prinsippene for indispositive saker» burde bli fulgt også i andre sammenhenger, og uttaler:

«Det kan for eksempel gjelde rettens plikter knyttet til bevisføring og materiell veiledning i saker der den ene siden har begrensede ressurser, eller styrkeforholdet mellom partene er ulikt».⁹⁴¹

Det pekes her på to sentrale forhold. For *det første* kan også andre forhold enn skillet mellom dispositive og indispositive forhold påvirke grensene for rettens veiledning. På samme måte som ressurser og styrkeforhold er momenter av betydning, kan det argumenteres for at også tilstedeværelsen av preseptorisk lovgivning er et moment som taler for en plikt til å veilede. Om dette medfører at prinsippene for indispositive saker blir fulgt, eller at retten ved å veilede har en plikt til å søke å unngå avgjørelser i strid med preseptorisk lovgivning, er i praksis underordnet.

For *det andre* viser utvalget at relativiseringen av de ulike begrensninger indispositiviteten medfører for partenes disposisjonsfrihet, at rettens ansvar for sakens opplysning og plikt til materiell veiledning ikke behøver en like sterk begrunnelse som eksempelvis adgangen til å gå utenfor rammene av det krav som er fremmet.⁹⁴² På samme måte kan det argumenteres for at det – også i dispositive saker – kreves mindre for å begrunne en forsterket adgang og plikt til å veilede. At avgjørelsen *kan* stride mot preseptorisk lovgivning er nettopp et slikt forhold.

På denne bakgrunn er det min oppfatning at når tvisten omhandler preseptorisk lovgivning, har retten et ansvar for å forsøke at avgjørelsen ikke bryter med lovgivningen. Retten har derfor en forsterket forventning om å veilede. Slik kan det i alle fall unngås at preseptorisk

⁹³⁹ Aasland 1969 s. 176.

⁹⁴⁰ Hov 2010a s. 485.

⁹⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 177 første spalte.

⁹⁴² Se i samme retning Backer 2008 s. 666 og Hov 1976 s. 171.

lovgivning ikke påberopes på grunn av manglende kunnskap eller misforståelser. Manglende kunnskap kan særlig være aktuelt i forbrukersaker. Dette er nettopp en gruppe preseptorisk lovgivning søker å beskytte. Samtidig er det klart at plikten til veiledning i indispositive saker er så positivrettslig angitt, at det ikke kan sies å eksistere en tilsvarende plikt til å veilede i dispositive saker som gjelder preseptorisk lovgivning.

I sin tur åpner dette for en mengde spørsmål om den nærmere grensedragning: gjelder dette all preseptorisk lovgivning, vil all preseptorisk lovgivning begrunne like inngående veiledning eller bør det relativiseres mellom ulike hensyn bak de preseptoriske bestemmelser, når oppstår en slik veiledningsplikt, når plikten like langt som i indispositive saker, påvirker relevansen av preseptorisk lovgivning vurderingen av rettens upartiskhet ved veiledning og hva vil konsekvensen av manglende veiledning være? Og dette er kun eksempler på spørsmål som oppstår hvis det aksepteres at prinsippene for indispositive saker kan benyttes når preseptorisk lovgivning er relevant. I hvilke situasjoner de samme prinsipper for indispositive saker kan eller bør anvendes, er også et åpent spørsmål. Utvalgets oppfatning er også av betydning i andre sammenhenger og av andre hensyn. Utvalget nevner selv kollektive interesser som eksempel på andre interesser som kan medføre en utvidet plikt.⁹⁴³ Kanskje kan hensynet til miljøet, folkerettslige forpliktelser eller andre hensyn også utgjøre slike.⁹⁴⁴

I neste punkt benyttes miljøhensynet som eksempel på en type hensyn som kan begrunne at enkelte av prinsippene for indispositive saker benyttes i dispositive saker. Det sentrale spørsmålet er hvordan dette påvirker spørsmålet om veiledning.

6.2.3.3 Hensynet til miljøet

Hensynet til miljøet er en sentral verdi i et samfunn. I lovgivningen gjenspeiles dette flere steder. Forurensingsloven⁹⁴⁵ og naturmangfoldloven⁹⁴⁶ er nærliggende eksempler på

⁹⁴³ NOU 2001:32 A s. 400 første spalte.

⁹⁴⁴ Sørheim og Pedersen 2012 s. 289 om folkerettslige forpliktelser.

⁹⁴⁵ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).

⁹⁴⁶ Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven).

generelle lover.⁹⁴⁷ Bustadoppføringslova § 7, hvor entreprenøren foreskrives å ivareta omsynet med miljøet med tilbørleg omsut ved utføringen av sitt arbeid, er eksempel på miljøhensynet innenfor mer avgrensede samfunnsområder.⁹⁴⁸ Flere har tatt til orde for at hensynet til miljøet eksisterer som et grunnleggende mål eller verdi i retten, eller en generell verdi.⁹⁴⁹ Andre argumenterer for at retten til «enviromental justice» er en grunnleggende prosessuell menneskerett.⁹⁵⁰ Som følge av en slik status har det vært hevdet at hensynet til miljøet eksisterer og skal tas hensyn til uavhengig av om det er positivt angitt i eller ikke.⁹⁵¹

Hensynet til miljøet er ansett så sentralt at det regnes som en menneskerettighet og er grunnlovfestet i Grunnloven § 112 (tidligere Grl. § 110b).⁹⁵² Særlig i lys av Grunnloven § 112 er det grunn til å drøfte miljøhensynets status og betydning. I Høyesteretts praksis finnes det også uttalelser som indikerer at miljøhensynet er relevant ikke bare hvor det positivt kommer til uttrykk. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1993 s. 528 A fremheves miljøhensynets betydning *på tvers av forvaltningssektorene*, og førstevoterende uttaler at:

«Det dreier seg om et hensyn som har vesentlig betydning på tvers av forvaltningssektorene. I så måte er dette en del av de overordnede miljøhensyn som det er en målsetning å innarbeide i beslutningsprosessene – jf det prinsipp som nå er nedfelt i grunnloven § 110 b – og som nettopp miljøvernmyndighetene er satt til å ivareta».⁹⁵³

Her fremheves særlig forvaltningens ansvar for å ivareta miljøhensynet. Grunnloven § 112 henvender seg særlig til lovgivende myndighet jf. bestemmelsens 3. ledd.⁹⁵⁴ Derfor er det

⁹⁴⁷ Formålet med forurensningsloven er blant annet å *verne det ytre miljø mot forurensing* jf. lovens § 1.

⁹⁴⁸ Det finnes mange eksempler på slik lovgivning, for eksempel Lov 15. juni 2001 nr. 79 om miljøvern på Svalbard (Svalbardmiljøloven), Lov 5. juni 2009 nr. 35 om naturområder i Oslo og nærliggende kommuner (markaloven), Lov 27. mai 2005 nr. 31 om skogbruk (skogbrukslova), Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven) og Lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene (vassdragsloven).

⁹⁴⁹ Hans Chr. Bugge, «Miljøvern og rettferdighet – en introduksjon» i *Fågelperspektiv på rättsordningen, Vänbok till Staffan Westerlund*, 2002 s. 283-305 (s. 283) og Bernt & Mæhle 2006 s. 160.

⁹⁵⁰ Se Catherine Redgwell, «Access to Enviromental Justice», i *Access to Justice as a Human Right*, Firenze 2007 s. 153-176s. (153 flg.).

⁹⁵¹ Erik Monsen, «Om miljøhensyn på formuerettens område – særlig om bruken av miljøhensyn i Støvlettdommen i Rt-2006-179», *Lov og Rett*, 2007 s. 613-630 (s. 624-625).

⁹⁵² Grunnlovsvernet av miljøet ble skjerpet med Grunnlovsendringene av 6. mai 2014, se Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 245-246.

⁹⁵³ Rt. 1993 s. 528 A.

⁹⁵⁴ Ole Kristian Fauchald, «Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110 B», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 s. 1-84 (s. 45).

naturlig å spørre hvorvidt miljøhensynet er et offentlig hensyn som også domstolene har et ansvar for å ivareta.⁹⁵⁵ Hensynet til miljøet kan fungere som en rettskildefaktor av betydning for tolkningen og fastleggningen av det nærmere innhold i en rettsregel. Som rettsanvender kan, og skal, domstolen hensynta Grl. § 112 ved tolkningen av grunnlovsbestemmelser eller andre lovregler. Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1993 s. 321 A er eksempel på at dagjeldende Grl. § 110b var av betydning for tolkningen av Grl. § 105. På samme måte er Grl. § 112 av betydning ved tolkningen av andre lover.⁹⁵⁶

Etter tvl. § 11-3, har retten et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, og har dermed i utgangspunktet full anledning til å vektlegge miljøhensynet uavhengig av partenes prosessopplegg. Men rettens frihet ved rettsanvendelsen er i realiteten begrenset. Selv om retten etter tvl. § 11-3 skal anvende rettsregler av eget tiltak, og derfor ikke er bundet av partenes argumentasjon, medfører vekselvirkningen mellom faktum og juss at retten er bundet av partenes påstandsgrunnlag. Reelt sett begrenser dette rettens frihet ved fastleggelsen av det nærmere innhold i rettsregelen. I tillegg kan også spørsmålet om miljøhensynet er relevant, og i hvilken retning og hvilken betydning det i positivt fall har, være et faktisk spørsmål i saken.⁹⁵⁷ Rettens mulighet til å vektlegge miljøhensynet beror dermed, forutsatt at partene har fri rådighet i saken, på partenes prosesshandlinger.

Derfor er det i det følgende nødvendig å drøfte spørsmålet om domstolen har et ansvar for å ivareta hensynet til miljøet i to steg. Først drøftes spørsmålet om tilstedeværelsen av hensynet til miljøet i en sak medfører begrensninger i partenes rådighet over tvisten. Deretter undersøkes det om retten har en generell plikt til å ivareta hensynet til miljøet når det aktualiseres. Først skal det knyttes enkelte merknader til begrepet *miljø*.

Å gi hensynet til miljøet et nærmere innhold er ikke enkelt. Begrepet miljø er ikke entydig, og blant annet derfor er miljørett ikke et klart avgrenset felt.⁹⁵⁸ Innenfor rammene av denne

⁹⁵⁵ Se Inge Lorange Backer, *Naturmangfoldloven kommentarutgave*, Oslo 2010 s. 10 og Carl August Fleischer, *Miljø- og ressursforvaltning: grunnleggende forutsetninger*, Oslo 1999 (Fleischer 1999) s. 48.

⁹⁵⁶ Se i samme retning Fleischer 1999 s. 58.

⁹⁵⁷ Se i samme retning Inge Lorange Backer, «Domstolene og miljøet», *Lov og Rett*, 1993, s. 451-468 (Backer 1993) (s. 451).

⁹⁵⁸ Hans Chr. Bugge, «Bærekraftig utvikling» og andre aktuelle perspektiver i miljøretten», *Lov og Rett*, 1993, s. 485-498 (s. 486-487).

fremstilling tillates ikke en uttømmende redegjørelse for begrepet i alle rettslige sammenhenger det fremkommer. I stedet vil jeg fokusere på enkelte hovedlinjer.

I forarbeidene til Grl. § 110b fremhever utenriks- og konstitusjonskomiteen at: «naturvern i videste forstand innebærer en fornuftig forvaltning og bruk av naturens ressurser».⁹⁵⁹ Senere, i den samme forbindelse, knyttes miljøbegrepet til menneskets behov og rolle.⁹⁶⁰ Komiteens uttalelser kan forstås i både vid og snever forstand. Den omfatter det miljø mennesker omsluttet av, lever i og er en del av. Slik kan den sies ikke bare å omfatte naturmiljøet i lokal, regional og global forstand, men i en videre forståelse kan også mer sosialt avgrensede kontekster som bymiljø, nabomiljø og arbeidsmiljø omfattes.

Bugge benytter en noe annen definisjon av ordet miljø i sin fremstilling av miljøforvaltningsretten hvor miljøbegrepet forstås kontekstuellt i menneskets gjensidige samvirke med miljøet.⁹⁶¹ Etter min mening må miljøbegrepet ses både i relasjon til mennesker og menneskers livsvilkår, og i lys av den egenverdi miljøet representerer. Av den grunn vil jeg i det følgende operere med en vid forståelse av begrepet slik at både naturmiljø og sosialt miljø omfattes. Med sosialt miljø forstås ikke arbeidstakeres rett til et sosialt godt arbeidsmiljø, eller naboers sosiale omgang i velforeninger. Ved også å omfatte sosialt miljø er det for å understreke at det miljø som søkes vernet ikke vernes for naturens del, men fordi mennesket lever i det. Miljøet er en betingelse for menneskers liv.

Med en så vid forståelse av miljøbegrepet, blir også oppgaven med å drøfte hvorvidt retten har et ansvar for å ivareta dette hensynet en stor utfordring. Heller ikke på dette punkt er det mulig med en drøftelse av miljøhensynet i alle sammenhenger det forekommer. I stedet forsøker jeg å klargjøre enkelte hovedlinjer.

⁹⁵⁹ Innst. S. nr. 164 (1983-84). Selv om komiteen her benytter begrepet naturvern, fremkommer det av konteksten at de like gjerne kunne benyttet uttrykket miljøvern.

⁹⁶⁰ Innst. S. nr. 163 (1991-92) s. 4 hvor det uttales at «Mennesket har en grunnleggende rett til frihet, likhet og tilstrekkelige livsbetingelser i et miljø som har en slik kvalitet at det tillater et liv i verdighet og velferd, og det bærer et forpliktende ansvar for å beskytte og forbedre miljøet for kommende generasjoner».

⁹⁶¹ Se Bugge 2015 s. 17, hvor det uttales at: «Her betyr [miljø] naturmiljøet som omgir oss, og som vi mennesker er en del av: lufta, vannet og havet, jordsmonnet, planter, dyr og alle andre levende organismer. ... Det menes det ytre, fysiske miljø – ikke miljø i sosial betydning eller bo- eller arbeidsmiljøet. Ikke-fornybare ressurser som mineraler, olje og gass er heller ikke omfattet av begrepet miljø».

6.2.3.4 Begrenser miljøhensynet partenes disposisjonsadgang?

Det er hensiktsmessig å dele spørsmålet om tilstedeværelsen av miljøhensynet medfører begrensninger i partenes disposisjonsadgang mellom saker om offentlig myndighetsutøvelse, og saker mellom private parter.

Hensynet til miljøet er av stor betydning ved offentlig myndighetsutøvelse. Allerede Høyesteretts uttalelse i Rt. 1993 s. 528 A om at hensynet blir tillagt *vesentlig betydning på tvers av forvaltningssektorene*, viser dette. Illustrerende i denne sammenheng er også den relativt omfattende lovgivningen hvor det offentlige gis i oppgave å ivareta hensynet til miljøet. Dette ved eksempelvis myndighet til å treffe vedtak om å foreta inngrep, iverksette tiltak, eller reagere mot individers påføring av skade på miljøet. På samme måte som for andre saker om offentlig myndighetsutøvelse, er det avgjørende hvorvidt *det offentlige har adgang til å omgjøre vedtaket til gunst for den private part*.⁹⁶² I vurderingen er det blant annet sentralt om omgjøring er til skade for noen vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser jf. forvaltningsloven § 35.⁹⁶³ Dette innebærer at det offentlige har fri rådighet over tvisten i mange saker hvor miljøhensyn er av betydning. Det offentlige kan fritt disponere over forholdet i for eksempel saker om avslag på søknad om byggetillatelse etter plan- og bygningsloven kapittel 20,⁹⁶⁴ eller om gyldighet av reaksjon mot forurensing i strid med forurensingsloven, jf. lovens § 78. I den utstrekning det offentlige ikke har fri disposisjonsrett i saker på grunn av hensynet til miljøet, følger rettens ansvar for å ivareta miljøhensynet de samme linjer som skissert i punkt 6.2.2. Normalt har den private part fri disposisjonsadgang i slike typer saker om offentlig myndighetsutøvelse.⁹⁶⁵

⁹⁶² Se Rt. 2002 s. 320 U på side 324. Avgjørelsen gjaldt tvistemålsloven, men rettsstilstanden er forutsatt videreført i tvisteloven, se NOU 2001:32 B s. 708. Se også Skoghøy 2014 s. 582.

⁹⁶³ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven). Se Skoghøy 2014 s. 571.

⁹⁶⁴ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).

⁹⁶⁵ Den private parts disposisjonsadgang i saker om offentlig myndighetsutøvelse begrenses typisk i saker om administrative vedtak om tvangsinngrep etter tvisteloven kapittel 36, se Skoghøy 2014 s. 583. Det er ikke tilfellet her.

Miljøhensynet kan være av betydning i ulike typer saker mellom private parter. Det kan og tenkes at miljøhensynet er av betydning i en slik grad at partenens disposisjonsadgang begrenses. Et eksempel fra konsesjonsloven⁹⁶⁶ er illustrerende. Etter konsesjonsloven § 2 kan fast eiendom som hovedregel ikke erverves uten konsesjon. I utgangspunktet medfører ikke det forhold at et erverv av fast eiendom er konsesjonspliktig at avtaleforholdet mellom partene er indispositivt.⁹⁶⁷ Imidlertid kan avtaler som klart – og med hensikt – bryter konsesjonsloven anses indispositive ved eventuell rettstvist. Nettopp dette var forholdet i en sak for Høyesterett i 2004. Forholdet i saken var at en vesentlig del, over 25 %, av kjøpesummen av en eiendom ble holdt skjult ved søknad om konsesjon. Etter dagjeldende konsesjonslov § 1 nr. 4 var ett av formålene med loven å oppnå «en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling». Høyesterett slo fast at kjøpsavtalen var i strid med straffeloven § 166 og konsesjonsloven § 19.⁹⁶⁸ Spørsmålet for Høyesterett var videre hvorvidt lovstriden skulle gis virkning mellom partene, noe Høyesterett under henvisning til NL 5-1-2 besvarte bekreftende, med blant annet følgende begrunnelse:

«Ved denne vurderingen er det etter min mening et sentralt moment at tilleggsavtalen tok sikte på å omgå et av konsesjonslovens sentrale formål».⁹⁶⁹

Avgjørelsen er ikke bare et eksempel på at avtaler inter partes på grunn av lovstridig innhold kan anses ugyldige. I tillegg viser avgjørelsen at avtaler med lovstridig innhold kan være i strid med NL 5-1-2, og slik være indispositive. Etter gjeldende konsesjonslov § 1 nr. 4 har loven blant annet til formål å tilgodese hensynet til miljøet. Med bestemmelsen henvises det ifølge forarbeidene til Grl. § 110b,⁹⁷⁰ noe som bidrar til å underbygge at også miljøhensynet er et sentralt formål ved konsesjonsloven. Det kan på denne bakgrunn argumenteres for at avtaler som bryter med dette formålet etter omstendighetene kan måtte vurderes i lys av NL 5-1-2, og anses å være indispositive rettsforhold.

⁹⁶⁶ Lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv.

⁹⁶⁷ Hov 2010a s. 489.

⁹⁶⁸ Rt. 2004 s. 1582 A premiss 33.

⁹⁶⁹ Rt. 2004 s. 1582 A premiss 35.

⁹⁷⁰ Ot.prp. nr. 79 (2002-2003) s. 77.

Dette må også gjelde likeartede avtaler etter eksempelvis mineralloven,⁹⁷¹ hvor det etter nærmere vilkår også kreves konsesjon etter lovens § 43. Etter mineralloven § 1 skal loven fremme prinsippet om bærekraftig utvikling innenfor sitt område. Dette kan vanskelig forstås som noe annet enn hensynet til miljøet. Andre avtaler utenfor konsesjonsloven og minerallovens område kan også tenkes å stride mot lov og ærbarhet grunnet manglende iakttagelse av miljøet. Eksempelvis er det gode grunner for å anse en avtale mellom private parter om dumping av miljøskadelig avfall som klart bryter med forurensingsloven kapittel 5 som ugyldig stridende mot NL 5-1-2. I slike tilfeller har retten et selvstendig ansvar for å ivareta hensynet til miljøet.

Utenfor slike tilfeller, som trolig er relativt spesielle, medfører miljøhensynet normalt ikke begrensninger i partenes disposisjonsadgang. Samtidig er det klart at hensynet til miljøet er av relevans i mange ulike sammenhenger. I saker etter grannelova § 2 påberopes naboers negative påvirkning på miljøet i stor utstrekning, bustadoppføringslova § 7 ble nevnt innledningsvis, men også i tvist om forbrukeres krav på omlevering har miljøhensynet blitt fremhevet.⁹⁷² I saker om offentlig myndighetsutøvelse er miljøhensynet av vesentlig betydning på tvers av forvaltningssektorene. Dette gjelder også i saker hvor det offentliges rådighet ikke er begrenset. Gjennomgangen viser en spennvidde i sakstyper hvor miljøhensynet er av betydning uten at partenes autonomi begrenses. Den naturlige fortsettelsen er dermed å spørre om retten gjennom materiell veiledning har en forventning om å ivareta miljøhensynet i saker der det er relevant.

6.2.3.5 Rettens plikt til å ivareta miljøhensynet

På samme måte som for preseptorisk lovgivning, kan det argumenteres for at departementets uttalelse om å følge *prinsippene for indispositive saker*, også gjelder i saker hvor miljøhensynet er av interesse.⁹⁷³ Flere utviklingstrekk i sivilprosessen viser et økt fokus på miljøhensynet. For *det første* er adgangen til representative søksmål utviklet og

⁹⁷¹ Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven).

⁹⁷² Se Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2006 s. 179 A.

⁹⁷³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 177 første spalte.

utvidet gjennom Høyesteretts praksis.⁹⁷⁴ I denne utviklingen har miljøorganisasjoners søksmålsadgang spilt en ikke ubetydelig rolle.⁹⁷⁵ For *det andre* er det i saker om midlertidig sikring og midlertidig forføyning som begjæres for å verne miljøhensyn, gjort unntak for utgangspunktet om objektivt ansvar når hovedkravet eventuelt faller bort.⁹⁷⁶ Endringen søker å unngå at det skapes en urimelig høy terskel for søksmål til vern av miljøinteresser.⁹⁷⁷ For *det tredje* ble etableringen av en adgang til gruppesøksmål etablert dels for å muliggjøre søksmål om miljø saker.⁹⁷⁸ For *det fjerde* ble det med tvisteloven § 15-8 etablert en adgang for andre enn partene til å inngi prosesskriv til belysning av allmenne interesser. Blant slike allmenne interesser er det også naturlig å regne miljøverninteresser.⁹⁷⁹ Samlet viser dette et økt fokus på hensynet til miljøet, og kan ses som utslag av, eller bevis på, utviklingen i domstolens kontrollfunksjon, som skissert i punkt 3.3.4.

I tillegg er Grunnlovfestingen av miljøhensynet, og særlig etableringen av denne som en menneskerett med Grl. § 112, relevant i denne sammenheng. Selv om bestemmelsen i første rekke danner plikter for lovgiver og forvaltning, bidrar det også til å underbygge et inntrykk av at miljøhensynet er av stor betydning, noe ikke domstolenes oppgave og aktivitet kan være upåvirket av. Dels på bakgrunn av dagjeldende Grl. § 110b uttrykte Backer følgende om dommerens oppgave:

«En *aktiv dommerrolle* bør sikre at partene får frem hvordan bevilbudene skal tjene til å underbygge den rettslige argumentasjonen, og dommeren får overveie å avskjære bevisførsel som svulmer opp eller savner relevans ... Men dommeren bør gå lengre enn som så: Det er en offentlig interesse at miljøhensyn ikke blir skadelidende ved dårlig prosessførsel, og i noen saker kan det

⁹⁷⁴ Schei m.fl. 2013a s. 55. Se også Backer 1993 s. 463-464.

⁹⁷⁵ Betegnende nok gjelder alle de avgjørelser Schei m.fl. viser til som sentrale i utviklingen, Rt. 1980 s. 569 A – Altakjennelsen, Rt. 1996 s. 1618 U – Borregaard og Rt. 2003 s. 833 A – Folkeaksjonen Stopp Regionfelt Østlandet, søksmål for ivaretagelse av miljøinteresser, se Schei m.fl. 2013a s. 55.

⁹⁷⁶ Dette følger av tvl. §§ 32-11 (1) og 34-1 (3). Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 490 og Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 134.

⁹⁷⁷ Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 134.

⁹⁷⁸ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 316 flg., særlig på side 323, og NOU 2001:32 A s. 468 og 485. Miljøhensynet ble også fremhevet i Tvistemålsutvalgets mandat i forbindelse med utredning av behov for regler om gruppesøksmål, se NOU 2001:32 A s. 83.

⁹⁷⁹ Se Jon T. Johnsen, «Håndheving av almene interesser», i *Samfunn, rett, rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, 1986 s. 387-401. (s. 387) og NOU 1994:12 s. 121-122.

derfor være aktuelt å ta initiativ til supplerende bevisførsel for å få klarlagt relevante miljøhensyn».⁹⁸⁰

Om det var grunnlag for en slik slutning allerede i 1993, med det rettskildebildet som da eksisterte, er usikkert. Etter tvisteloven er det imidlertid min klare oppfatning at det er grunnlag for å hevde at retten gjennom veiledning har et ansvar for å ivareta miljøhensynet. Tvistemålsutvalget peker på at det er et behov for at noen kan forsvare hensynet til allemannsretten hvor den er av betydning.⁹⁸¹ Jeg vil forsøke å omformulere dette med følgende: Det er behov for at noen forsvarer hensynet til miljøet når det er av betydning, og i fravær av andre, faller ansvaret på dommeren.

Når ansvaret aktualiseres og hvor langt det rekker, er naturligvis avhengig av både situasjon og regelsett. I den utstrekning miljøhensynet eksplisitt anføres eller påberopes, bør retten i alle fall sørge for at hensynet i tilstrekkelig grad utredes og hensyntas, men også i saker hvor det implisitt er av betydning har retten et ansvar.

På denne bakgrunn kan det slås fast at miljøhensynet er et klassisk tredjemannshensyn som ingen av partene nødvendigvis har en interesse av å ivareta.⁹⁸² All den tid det neppe kan oppstilles noen plikt til veiledning for å ivareta miljøhensynet, i den forstand at det knyttes rettsvirkninger til manglende sådan, kan det innvendes at ansvaret er en papirtiger. Store deler av denne avhandlingen handler imidlertid om mer enn å identifisere når spørsmålet om veiledning kan benyttes som ankegrunn. Den *gode* dommeren søker, også innenfor det handlingsrom som eksisterer, å sørge for en god prosess.

⁹⁸⁰ Backer 1993 s. 463-464.

⁹⁸¹ Se NOU 2001:32 A s. 400 andre spalte.

⁹⁸² Se på samme måte i Lindblom 2008 s. 41-43 og Linblom 2006 s. 129.

7. Betydningen av rettens europeisering

7.1 Klargjøring av tema

Siktemålet med dette kapitlet er ikke å drøfte folkerettslige forpliktelser som stiller krav til prosessordningen og dets betydning for nasjonale domstolars materielle prosessledelse, slik som EMK artikkel 6. Dette er søkt integrert løpende i fremstillingen. Her er siktemålet i stedet å drøfte om de materielle rettigheter som kan utledes av folkerettslige forpliktelser stiller krav til prosessordningen – da relatert til materiell prosessledelse. Undersøkellesobjektet er dermed de materielle rettigheter som utspringer av EØS-avtalen og menneskerettighetskonvensjonen. Målsetningen er å undersøke om det stilles strengere krav til dommerens rolle i tvister som angår rettigheter med grunnlag i folkerettslige forpliktelser enn andre tvister.

Fokuset i de to første delene er om avgjørelsesorganene i EØS-samarbeidet og den europeiske menneskerettskonvensjonen stiller krav til dommerens aktivitet. Perspektivet her blir top-down i den forstand at det er de krav organene stiller til den norske prosessordningen som er relevant.⁹⁸³ I den siste delen er temaet betydningen av at en rettsregel har grunnlag i en folkerettslig forpliktelse. Her er perspektivet nasjonalt: hvilke prosessuelle plikter kan utledes av norske prinsipper om gjennomføring av folkerettslige forpliktelser?

7.2 EØS-rettslige forpliktelsers betydning for spørsmålet om veiledning

7.2.1 Innledning og utgangspunkter

⁹⁸³ Se Nylund 2014a s. 32.

EØS-avtalen representerer den største og mest kompliserte folkerettslige avtale den norske stat noensinne har inngått, og er den største og viktigste avtalen mellom Norge og EU.⁹⁸⁴ EØS-retten, og dergjennom store deler av EU-retten, er av inngående betydning for norsk rett på en rekke rettsområder. Påvirkningen har ikke bare foregått på et materielt plan. EØS-retten har også påvirket rettskildelæren ved at rettskildematerialet er mer omfattende og tolkningsstilen en annen enn etter tradisjonell norsk rettskildelære.⁹⁸⁵ Hva er så situasjonen for norsk prosessrett?

EU retten inneholder få bestemmelser som direkte regulerer den sivile rettergang,⁹⁸⁶ og ingen som er direkte anvendelige innenfor EØS-samarbeidet.⁹⁸⁷ De nasjonale domstoler har ansvar for å sikre håndhevelsen av EØS-rettslige regler på lik linje med øvrige norske rettsregler.⁹⁸⁸ Dette beskrives ofte som prinsippet om *nasjonal prosessautonomi*.⁹⁸⁹ Utgangspunktet er altså at de nasjonale prosessordninger ikke påvirkes av forpliktelser som følger av EØS-avtalen.

Den nasjonale prosessautonomien er imidlertid ikke ubegrenset. EU-domstolen har med utgangspunkt i lojalitetsplikten, nå nedfelt i TEU art. 4 nr. 3, slått fast at borgerne har krav på en effektiv rettsbeskyttelse.⁹⁹⁰ Dette innebærer at håndhevelsen for nasjonale domstoler av rettigheter og plikter som bygger på EU-rettslige regler ikke kan være mindre gunstige

⁹⁸⁴ Fredrik Sejersted m.fl., EØS-rett, 3. utgave, Oslo 2011 s. 21 og NOU 2012:2 s. 17 og 35.

⁹⁸⁵ Boe 2012 s. 385. Spørsmålet hvilken metode som skal legges til grunn ved fastleggingen av EØS-forpliktelser har også vært sentralt i flere høyesterettsavgjørelser, se blant flere Rt. 2000 s. 1811 P, Rt. 2000 s. 996 P og Rt. 1994 s. 610 A.

⁹⁸⁶ Det eksisterer enkelte avgrensede samarbeid blant annet for betalingskrav og småkravsprosess, se Anna Nylund, «Europeisering av sivilprosessen» i *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpe i Nord-Norge 20 år*, 2009 s. 201-216 (Nylund 2009) (s. 201 flg.). I tillegg inneholder EU's Grunnlovsskarakter enkelte bestemmelser som angår nasjonal rettergang på et overordnet plan.

⁹⁸⁷ NOU 2001:32 A s. 151 og Erik Werlauff, «Procedural Equality in the EU and the EEA», *European Business Law Review*, 1999 s. 388-395 (s. 389). Enkelte unntak finnes i

⁹⁸⁸ Dette er uttrykt i en rekke avgjørelser. For EU-domstolens vedkommende se eksempelvis C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral AG* premiss 5, C-45/76 *Comet BV* premiss 13, C-213/89 *Factortame Ltd and Others* premiss 19, C-50/00 *Union de Pequenos* premiss 40-41, C-432/05 *Unibet* premiss 42 og C-246/09 *Bulicke* premiss 25. EFTA-domstolen har også uttrykt dette i E-11/12 *Swiss Life* premiss 121.

⁹⁸⁹ Se Fredriksen 2008 s. 292, NOU 2001:32 A s. 151 og Ulf Bernitz, «EG-rättens krav på svensk processordning», *Festskrift til Lars Heuman*, 2008 s. 81-88. (Bernitz 2008) (s. 83). Enkelte mener at begrepet ikke lengre er dekkende for den reelle situasjonen, se for eksempel Pekka Haapaniemi, «Procedural Autonomy: A Misnomer?» i *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groningen 2009, s. 87-122 (s. 119).

⁹⁹⁰ Se Lenaerts Koen, m.fl., *EU Procedural Law*, Oxford, 2014 s. 111 flg.

enn andre nasjonale rettsregler, likebehandlings- eller ekvivalensprinsippet.⁹⁹¹ Videre er det med utgangspunkt i den samme lojalitetsplikten knesatt et *effektivitetsprinsipp*.⁹⁹² Slik det ble formulert i *Francovich* innebærer prinsippet at:

«The substantive and procedural conditions for reparation of loss and damage laid down by the national law of the Member States must not be less favourable than those relating to similar domestic claims and must not be so framed as to make it virtually impossible or excessively difficult to obtain reparation».⁹⁹³

Det stilles dermed krav til statens prosessordning for å tilsikre effektiv håndhevelse av rettigheter og plikter som har grunnlag i EU-retten. Prinsippet er stadfestet i en rekke avgjørelser fra EU-domstolen, og også av EFTA-domstolen for EØS-avtalens vedkommende.⁹⁹⁴

At disse prinsipper gjelder generelt er enda klarere forutsatt i C-63/08 *Pontin* premiss 43, hvor det fremheves at likebehandlings- og effektivitetsprinsippet er «settled case-law».⁹⁹⁵ EFTA-domstolen har slått fast at tilsvarende gjelder for rettsregler med grunnlag i EØS-retten. I EFTA-domstolens avgjørelse E-11/12 *Swiss life*, knyttes dette til homogenitetsmålsetningen og viser at målsetningen også stiller krav til prosessuell homogenitet. Det fremheves at:

«Access to justice and effective judicial protection are essential elements in the EEA legal framework. ... This can only be achieved if EEA/EFTA and EU nationals and economic operators enjoy equal access to the courts in both the EU and EFTA pillars of the EEA to ensure their rights which they derive from the EEA Agreement».⁹⁹⁶

⁹⁹¹ Se til illustrasjon C-33/76 *Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral AG* premiss 5. Se også Fredriksen 2008 s. 292, Bernitz 2008 s. 83 og Dr P S R F Mathijsen m.fl., *A Guide to European Union Law as amended by the Treaty of Lisbon*, 10. utgave, London 2010 s. 55. Se også Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2005 s. 597 A premiss 38. Se også Halvard Haukeland Fredriksen, *EU/EØS-rett i norske domstoler (Europautredningen rapport nummer 3)*, Bergen 2011, s. 60.

⁹⁹² Hjelmeng karakteriserer dette som et «mer overgripende prinsipp om forholdet mellom EF-rett og nasjonal sanksjonsrett», se Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Oslo 2003 s. 49.

⁹⁹³ C-9/90 *Francovich* premiss 43.

⁹⁹⁴ Se C-432/05 *Unibet* premiss 43 og C-430/93 *Van Schijndel* premiss 17. Se for EFTA-domstolens vedkommende E-11/12 *Swiss life* premiss 121.

⁹⁹⁵ Tilsvarende er også uttalt i C-222/05 *van der Weerd* premiss 28.

⁹⁹⁶ Se E-11/12 *Swiss life* premiss 117. Det har vært omdiskutert om homogenitetsmålsetningen kun gjaldt de EØS-baserte reglenes materielle innhold, eller om prinsippet også medførte krav til nasjonale prosessordninger, se Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utgave, Bergen 2014 (Fredriksen & Mathisen 2014) s. 42-43, Stephan L. Jervell, *Lovgivningen i EØS, Beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*, Oslo 2002 s. 135 og Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital, Import av finansielle tjenester*, Oslo 2002 s. 78.

Lik prosessuell adgang til domstoler for å fastsette og håndheve rettigheter er altså en forutsetning for like rettigheter. Rekkevidden av homogenitetsprinsippet er usikkert, men det er ikke sikkert at homogenitetsmålsetningen stiller like inngående krav til prosessordningene i EFTA's medlemsland som i EU-landene.⁹⁹⁷ Dette idet medlemslandene i EU samarbeider på langt flere områder, og har en integrasjonsmålsetning som langt overgår EØS-samarbeidet. Blant annet har borgere av EU's medlemsland et EU borgerskap, hvilket innebærer en enda sterkere rett til å forflytte seg innenfor unionens grenser.⁹⁹⁸ Som forutsatt av EFTA-domstolen i det siterte, må homogenitetsmålsetning ses i lys av EØS-samarbeidet og målsetningen med dette. EFTA domstolens avgjørelser i sak E-9/97 Sveinbjörndottir og E-4/01 Karlsson viser også en dynamisk forståelse av statens forpliktelser etter EØS-avtalen.⁹⁹⁹ På denne bakgrunn deler jeg Fredriksen og Mathisens synspunkt om at homogenitetsprinsippet gjennomslagskraft vil variere med grad av forankring i EØS-avtalen.¹⁰⁰⁰ Det innebærer også at hvor «EU-rettens overnasjonale karakter er særlig fremtredende» i domstolens argumentasjon, er det ikke sikkert at de inngrep som EU-retten foretar i nasjonalstatens prosessautonomi kan begrunnes ovenfor EFTA-stater.¹⁰⁰¹

I tillegg kan EU's menneskerettscharter være av betydning i denne sammenheng. Hvilken betydning charteret har og vil få for nasjonale domstolers behandling av felleskapsbaserte rettsregler er ikke lett å forutsi. Selv om charteret ikke gjør del av EØS-avtalen, er det indikasjoner på at det vil få betydning også for EØS-samarbeidet. Allerede i EFTA-domstolens avgjørelse E-15/10 Posten Norge mot EFTA ble det vist til charterets artikkel 47 som gir rett til rettferdig rettergang som begrunnelse for et krav til effektiv rettsbeskyttelse. Samtidig ble det vist til EMK artikkel 6. Rekkevidden av retten til rettferdig rettergang når trolig lengre etter EUs menneskerettscharter artikkel 47 enn etter

⁹⁹⁷ Høyesterett påpeker kjennelse inntatt i Rt. 2005 s. 597 A det samme, men med utgangspunkt i lojalitetsplikten, se premiss 38.

⁹⁹⁸ Damian Chalmers, Gareth Davies, og Gorgio Monti, *European Union Law, cases and materials*, 2nd edition, 3rd printing, Cambridge 2010 s. 447 flg.

⁹⁹⁹ På samme måte Fredriksen & Mathisen 2014 s. 42-43.

¹⁰⁰⁰ Se Fredriksen & Mathisen 2014 s. 43.

¹⁰⁰¹ Slik som Fredriksen 2008 s. 300.

EMK artikkel 6, slik at charteret trolig vil få selvstendig betydning ved siden av EMK.¹⁰⁰² Endelig påvirker nasjonale domstolars adgang til å be om tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen påvirker den nasjonale prosessautonomi.¹⁰⁰³ Det ligger utenfor denne avhandlingens rammer å forfølge disse spørsmålene videre.

På denne bakgrunn kan det fastslås at EØS-retten påvirker norsk prosessrett på flere områder. Med dette som bakteppe søkes EØS-rettens betydning for spørsmålet om materiell prosessledning klargjort.

7.2.2 Ex officio anvendelse av EU- og EØS-retten?

7.2.2.1 EØS-retten og den norske sivilprosessens disposisjonsprinsipp

Likebehandlingsprinsippet medfører at saksbehandlingsreglene i tvister hvor det anvendes EØS-baserte rettsregler ikke skal være annerledes enn i tvister som ikke anvendes slike rettsregler. Slik retter prinsippet seg mot den nasjonale prosessordning og gir ulikt utslag i ulike medlemsland. For spørsmålet om rettens veiledning skulle dette medføre at retten i de tilfeller hvor det foreligger en plikt til å veilede, gjelder dette tilsvarende i saker basert på EØS-rett. Likebehandlingsprinsippet innebærer også at retten må likebehandle indispositive saker uavhengig av om det er en nasjonal rettsregel eller en regel med utgangspunkt i EØS-avtalen som er indispositiv. I praksis innebærer dette samtidig en plikt til å veilede.¹⁰⁰⁴ Dette forutsettes eksempelvis i *van Schijndel* premiss 13 hvor følgende fremholdes:

«Where, by virtue of domestic law, courts or tribunals must raise of their own motion points of law based on binding domestic rules which have not been raised by the parties, such an obligation also exists where binding Community rules are concerned».¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰² Anna Wallerman, «Happily Ever After? Reflections on Individuals' Access to Justice under Articles 263 (4) TFEU and 6 ECHR», *Europarättslig tidsskrift*, 2012 s. 325-329 (s. 325).

¹⁰⁰³ Se Volker Lipp og Halvard Haukeland Fredriksen, «Introduction: A Call for German-Norwegian Rechtsvergleichung of Civil Procedure», *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Bergen/Göttingen 2011 s. 1-6 (s. 3 i note 12).

¹⁰⁰⁴ På samme måte som over i punkt 6.2.2.1.

¹⁰⁰⁵ Sak C-430/93 *van Schijndel* premiss 13.

I praksis medfører ikke dette noen endring av veiledningsplikten etter tvisteloven i rettsvister som angår EØS-rettslige spørsmål sammenlignet med andre rettsregler.

Rettens rolle og oppgave i eksempelvis konkurranserettslige tvister beror dermed på hvorvidt konkurranseretten anses dispositiv etter norsk rettstradisjon. Om dette eksisterer det ulike oppfatninger.¹⁰⁰⁶ Enkelte har hevdet at kun konkurranseloven § 10¹⁰⁰⁷ er indispositiv, andre at både krrl. §§ 10 og 11, er indispositive.¹⁰⁰⁸ Etter min mening løses spørsmålet i voldgiftloven.¹⁰⁰⁹ Etter voldgiftloven § 9 kan kun privatrettslige virkninger av konkurranseretten prøves i en voldgiftssak.¹⁰¹⁰ Forutsetningsvis regnes offentligrettslige virkninger av krrl. § 10 som indispositive.¹⁰¹¹ Forholdet anses altså indispositivt i en retning. Idet krrl. § 10 svarer til EØS-avtalen artikkel 53, er sistnevnte tilsvarende indispositiv i en retning.¹⁰¹²

I Sverige er situasjonen nærmest identisk. EU-rettens regler om forbud mot konkurransebegrensende avtaler, TEUF artikkel 101, er ansett som indispositive.¹⁰¹³ Samtidig er det forutsatt i den svenske lag om skiljeforfarande § 1 (4) at de sivilrettslige virkningene av konkurranseretten kan prøves.¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁶ Uenigheten skyldes ulike oppfatninger om rettsforhold regulert av pristiltakloven § 2, som blant annet forbyr avtaler om priser eller forretningsvilkår som er i strid med allmenne interesser, er unntatt partenes disposisjonsrett eller ikke, se Skoghøy 2014 s. 577 og Hov 2010a s. 486. Dels skyldes uenigheten at pristiltaklovens forgjenger, prisloven § 18, inneholdt en formulering som klarere ga uttrykk for at bestemmelsen var unntatt partenes disposisjonsrett, se Jo Hov, Rettergang i sivile saker, Oslo 1994 s. 300.

¹⁰⁰⁷ Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven eller krrl.).

¹⁰⁰⁸ Se Fredriksen 2008 s. 324-325, Erling Hjelmeng, «Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalen artikkel 53», *Lov og Rett*, 1998 s. 420-435 (Hjelmeng 1998) (s. 424) og Anne Robberstad, «Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten», *Lov og Rett*, 2002 s. 195-223 (Robberstad 2002) (s. 213).

¹⁰⁰⁹ Lov 15. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftloven).

¹⁰¹⁰ Se også NOU 2001:33 s. 52 og Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 31 flg., og 91.

¹⁰¹¹ Se Woxholth 2013 s. 250.

¹⁰¹² Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 224. Se i samme retning Hjelmeng 1998 s. 424 og Robberstad 2002 s. 213. Fredriksen 2008 s. 324-325 går etter min mening litt langt her når han hevder at både EØS-avtalen artikkel 53 og 54 må anses indispositive. Se også Rt. 1997 s. 1859 U, hvor det på side 1862 forutsettes at EØS-avtalen artikkel 53 (1) er et dispositivt rettsforhold. Jeg er ikke sikker på om dette ville være Høyesteretts standpunkt i dag, se punkt 7.2.2.3.

¹⁰¹³ Andersson 1999 s. 195 flg. og Torbjörn Andersson, «Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurransrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet», *Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet*, 1999-2000 s. 443-466 (Andersson 1999/00) (s. 446-447).

¹⁰¹⁴ Se Svensk prop 98/99 nr. 35 om lag om skiljeforfarande s. 54 og Nina Cronstedt, *Konkurrenserettsliga tvisters skiljedomsrätt*, *Juridisk tidskrift*, 1994/95 s. 1045-1069 (s. 1049-1050).

Dette er et eksempel på at disposisjonsadgangen etter norsk rett er av betydning for behandlingsmåten for parallelle regler i fellesskapsretten. Likebehandlingsprinsippet medfører imidlertid ikke at disposisjonsprinsippet etter norsk rett påvirkes av EU/EØS-retten.

Effektivitetsprinsippet er også av betydning for disposisjonsadgangen. Prinsippet innebærer at det ikke må være *umulig* eller *uforholdsmessig vanskelig* å oppnå prøving og beskyttelse av rettigheter basert på EU/EØS-retten.¹⁰¹⁵ Effektivitetsprinsippet representerer en reell innskrenkning i EU/EØS-rettens utgangspunkt om nasjonal prosessautonomi. Kriteriet *uforholdsmessig vanskelig* forutsetter en skjønnsmessig vurdering, og det er en glidende overgang mellom begrensninger som aksepteres og begrensninger som medfører uforholdsmessige vanskeligheter.¹⁰¹⁶ Ifølge EU-domstolen må spørsmålet om det er umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve slike rettigheter bero på en vurdering av:

«The role of that provision in the procedure, its progress and its special features, view as a whole, before various national instances».¹⁰¹⁷

EU-domstolen stiller med dette klare krav til nasjonalstatenes domstoler og nasjonale prosessordninger ved prøving av EU-retten. Hvorvidt den nasjonale prosessordningen oppfyller EU-rettens krav til effektiv etterlevelse av rettighetene må avgjøres ut i fra en sammensatt vurdering av den regelen som begrenser EU-rettens gjennomslag i den aktuelle saken. I vurderingen har EU-domstolen blant annet lagt vekt på om regelen er felles for flere medlemsstater, og hvilke hensyn den bygger på.¹⁰¹⁸ Metodisk innebærer fokuset på den aktuelle prosessuelle regelen at det ikke er uproblematisk å analogisere fra, eller på annen måte bygge på avgjørelser hvor effektivitetsprinsippet er vurdert.

¹⁰¹⁵ Slik som formulert i C-9/90 Francovich premiss 43.

¹⁰¹⁶ Se i samme retning generaladvokat Maduro i sak C-222/05 van der Weerd premiss 23.

¹⁰¹⁷ Se sak C-473/00 Cofidis SA premiss 37.

¹⁰¹⁸ Se sak C-430/93 Van Schijndel premiss 21 og generaladvokat Jacobs uttalelse i C-430/93 Van Schijndel premiss 31.

Etter EU-domstolens praksis har blant annet ankefrister, preklusjonsregler og sider ved krav til rettslig interesse blitt funnet å representere slike prosessuelle begrensninger som etter omstendighetene har blitt ansett uforholdsmessige.¹⁰¹⁹

Hvorvidt nasjonale domstoler plikter å anvende EU direktiver ex officio har vært behandlet i flere avgjørelser. Allerede i 1995 i *van Schijndel* ble det uttalt at:

«Community law does not require national courts to raise of their own motion an issue concerning the breach of provisions of Community law where examination of that issue would oblige them to abandon the passive role assigned to them by going beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves and relying on facts and circumstances other than those on which the party with an interest in application of those provisions bases his claim».¹⁰²⁰

Nasjonale domstoler plikter dermed ikke å gå utenfor rammene av partenes prosessopplegg for å ivareta EU-retten. I begrunnelsen ble det vist til at regler med grunnlag i partenes autonomi i prosess var vanlige i EUs medlemsstater og at det sikret sentrale hensyn som saksøktets rett til et forsvar og forhindre forsinkelser. Konkret gjaldt avgjørelsen regler som gir partene kompetanse til å definere «the ambit of the dispute», altså tvistens grense og siktemål. Nasjonale prosessregler med grunnlag i partenes prosessautonomi er altså akseptert. I avgjørelsen refererte grensen til de faktiske omstendigheter en part har basert sitt krav på. Nasjonale prosessregler som angir hvilke faktiske omstendigheter retten kan legge vekt på ved avgjørelsen ble godtatt. Overført til norsk rett innebærer dette at både grensene for kravet partene har fremmet og det påstandsgrunnlag partene bygger på aksepteres.

Fra dette utgangspunkt finnes det flere avgjørelser som på ulikt grunnlag etablerer unntak. Tre slike grunnlag skal forfølges særlig i det følgende. Først skal det knyttes merknader til en uttalelse fra generaladvokat Jacobs i anledning *van Schijndel* om at nasjonale domstoler ex officio har ansvar for å forhindre grovere brudd på felleskapsretten. Deretter skal det undersøkes om enkelte direktiver er så sentrale at det stilles sterkere krav til

¹⁰¹⁹ Se til eksempel C-312/93 *Peterbroeck* hvor frist på 60 dager for parten til å fremme sak for en domstol om gyldigheten av en avgjørelse fra ligningsmyndighetene, representerte et uforholdsmessig hinder for EU-rettens effektivitet. Se også Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2005 s. 597 A hvor krav om rettslig interesse ble funnet å være i samsvar med det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.

¹⁰²⁰ Sak C-430/93 *Van Schijndel* premiss 22.

effektivitetsprinsippet og slik medfører ulike begrensninger i partenes disposisjonsadgang. Til slutt undersøkes forbrukerdirektiv 93/13.

7.2.2.2 Klare brudd på fellesskapsretten

En tilnærming til spørsmålet om disposisjonsadgang er å se det som et spørsmål om situasjon. Denne tilnærmingen tok generaladvokat Jacobs i anledning *van Schijndel*. Det ble der hevdet at nasjonale domstoler kunne være forpliktet til *ex officio* å håndheve EU-retten når domstolen i motsatt fall ville håndheve en avtale som var «manifestly illegal».¹⁰²¹ Så kunne være tilfellet hvis eksempelvis en avtale om prissamarbeid var «manifestly contrary» til TEUF artikkel 101.¹⁰²² Etter generaladvokatens oppfatning skulle dermed kun *grovere brudd* på EU-retten håndheves *ex officio*.¹⁰²³

I forarbeidene til voldgiftloven ble det utledet en liknende norm av EU-domstolens avgjørelse *Eco Swiss*, hvor det ble fremhevet at det var «rimelig å anta at ugyldighet på et slikt grunnlag [som i *Eco Swiss*] bare kan gjelde ved grovere brudd på konkurransereglene.»¹⁰²⁴ Altså skulle kun grovere brudd på konkurranseretten anses som stridende mot ordre public. Forholdet i *Eco Swiss* gikk ut på at *Eco Swiss*, *Bulova Watch Company* og *Benetton International* hadde inngått en lisensavtale som blant annet ga *Bulova* eksklusiv rett til å selge et produkt i Italia.¹⁰²⁵ *Benetton* hevet lisensavtalen og ble etter en voldgiftsavgjørelse av en nederlandsk voldgiftsdomstol dømt til å betale erstatning til *Eco Swiss* og *Bulova*. Voldgiftsavgjørelsen ble angrepet ved søksmål for ordinær domstol med påstand om ugyldighet fordi lisensavtalen innebar ulovlig konkurransebegrensning etter EUs konkurranseregler. Etter nederlandsk rett kan

¹⁰²¹ Se uttalelse fra generaladvokat Jacobs i sak C-430/93 *van Schijndel* premiss 49.

¹⁰²² Uttalelse fra generaladvokat Jacobs i sak C-430/93 *van Schijndel* premiss 49. Saken gjald dagjeldende EF-traktaten artikkel 85. For å lette fremstillingen holder jeg meg til någjeldende bestemmelser.

¹⁰²³ Se i samme retning NOU 2001:33 s. 52. Motsatt Mads Magnussen, «Opphevelse av voldgiftsdommer som strider mot konkurransereglene i EU og EØS», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2000 s. 82-96 (Magnussen 2000) (s. 87) som ved analysen av sak C-126/97 *Eco Swiss*, fremhever at det ikke oppstilles krav om kvalifisert uoverensstemmelse med konkurransereglene for at en voldgiftsavgjørelse skal kunne oppheves som stridende mot ordre public.

¹⁰²⁴ NOU 2001:33 s. 52.

¹⁰²⁵ For en mer inngående gjennomgang av avgjørelsen, se Andersson 1999/00 s. 448-454.

voldgiftsavgjørelser som strider mot *ordre public* kjennes ugyldig. Blant spørsmålene Hoge Raad stilte EU-domstolen var hvorvidt en voldgiftsavgjørelse som representerer et brudd på dagjeldende TEUF artikkel 101 må kjennes ugyldig *dersom* det etter nasjonal rett eksisterer en bestemmelse om ordre public. EU-domstolen besvarte spørsmålet bekræftende.¹⁰²⁶ Dette idet bestemmelsen utgjør en:

«Fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market».¹⁰²⁷

I realiteten bygget EU-domstolen på likebehandlingsprinsippet.¹⁰²⁸ Dette ved å kreve at hvor det i nasjonal prosessrett finnes regler om ordre public, må disse anvendes på tvister som angår TEUF artikkel 101.¹⁰²⁹ I avgjørelsen finnes det imidlertid ikke spor av at grovere brudd skal gis betydning *ex officio*. Derfor er det min oppfatning at uttalelsen i forarbeidene til voldgiftloven er en klar feiltolkning av poenget i *Eco Swiss*.¹⁰³⁰

En norm hvor det beror på sakens faktiske omstendigheter om forholdet er dispositivt eller indispositivt er ikke uproblematisk å håndheve. Det vil bero på forholdene i den enkelte sak om rettens skulle anvende direktivet *ex officio*. Dessuten bryter dette med tradisjonell tankegang etter norsk rett om at spørsmål om et rettsforhold er indispositivt beror på den aktuelle rettsregelen, ikke situasjonen. Synspunktet ble heller ikke fulgt opp av EU-domstolen, verken i *van Schijndel* eller senere, og har derfor meget begrenset rettskildemessig vekt. Det passer heller ikke inn i det vurderingstema som EU-domstolen

¹⁰²⁶ Spørsmålene gjengis i premiss 30. I premiss 31 flg. besvares spørsmål to, se særlig premiss 37.

¹⁰²⁷ C-126/97 *Eco Swiss* premiss 36.

¹⁰²⁸ Dette er beskrevet som en «funksjonalisering» av likebehandlingsprinsippet, se Diana-Urania Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Milano 2009 (Galetta 2009) s. 50-51.

¹⁰²⁹ Dette kan variere med ulike rettssystemer, se generaladvokat Jacobs i sak C-430/93 *van Schijndel* premiss 38. Det kan diskuteres hvor nyskapende EU-domstolen egentlig var når konkurranselovgivning ble ansett å være ordre public. I USA slo amerikansk høyesterett i 1985 fast at en gyldighetsbetingelse for voldgiftsavgjørelser var at amerikansk antitrust, ugyldighets- og erstatningsregler var anvendt, se nærmere Anders Chr. Stray Ryssdal, «Voldgift og EUs konkurranserett – domstolens kontrollerende funksjon», i *Retts teori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002*, Oslo 2002 (Ryssdal 2002) (s. 673) og Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Chicago 2008 s. 81. Det reelt sett lille steget EU-domstolen tar i *Eco Swiss* kan også ses i sammenheng med kritikken mot EU-domstolens tidvis for dynamiske fortolkning og rettsanvendelse, sml. Galetta 2009 s. 7 flg.

¹⁰³⁰ Se også LB-2013-92047 s. 11 hvor lagmansretten – etter min mening uriktig – legger til grunn at spørsmålet om en bestemmelse er av ordre public karakter beror på overtredelsens grovhet.

oppstilte i *Eco Swiss* og som senere er fulgt, hvor det utelukkende fokuseres på *betydningen* av den fellesskapsbaserte regelen.

7.2.2.3 TEUF artikkel 101 som ordre public

Et mulig grunnlag for unntak fra utgangspunktet i *van Schijndel* er at enkelte regler eller direktiver er så sentrale i EU/EØS-samarbeidet, at de må anvendes *ex officio* av nasjonale domstoler. *Eco Swiss* gir grunnlag for en slik tankegang. I begrunnelsen gjengitt umiddelbart over, uttales det eksplisitt at forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i TEUF artikkel 101 er særlig sentralt i fellesskapsretten. Av denne grunn ble regelen ansett som ordre public.

I forarbeidene til voldgiftloven ble *Eco Swiss* tatt til inntekt for at voldgiftsdomstoler har et selvstendig ansvar for å håndheve EU-rettens forbud mot konkurransebegrensende avtaler.¹⁰³¹ I juridisk litteratur har det vært tatt til orde for at både de ordinære domstoler og voldgiftsdomstoler må håndheve disse *ex officio*.¹⁰³² Etter min mening er det på bakgrunn av *Eco Swiss* ikke grunnlag for en slik slutning. En eksplisitt forutsetning i spørsmålet som besvares i *Eco Swiss* er at domstolen etter nasjonale prosessregler har plikt til å sette til side voldgiftsavgjørelser som strider mot *ordre public*. Under denne forutsetningen besvares også spørsmålet. Dette fremgår eksplisitt i både premiss 37 og 41. Domstolen uttaler at den nasjonale domstolen plikter å tilsidesette avgjørelser som strider mot EU-rettens konkurranseregler når:

«Its domestic rules of procedure require a national court to grant an application for annulment of an arbitration award where such an application is founded on failure to observe national rules of public policy».¹⁰³³

¹⁰³¹ NOU 2001:33 s. 52.

¹⁰³² Se Robberstad 2002 s. 217, Magnussen 2000 s. 95 og Kolrud m.fl. 2007 s. 85. Ryssdal tar etter min mening en riktig og nødvendig reservasjon når han uttaler at voldgiftsdommere «indirekte» har en forpliktelse til å anvende EUs konkurranseregler *ex officio*, se Ryssdal 2002 s. 673. På generelt grunnlag er også motsatt standpunkt inntatt, se Minna Grans, «Duty of Loyal Interpretation; Theoretical Structures and Practical Solutions» i *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groeningen 2009 s. 43-86 (s. 60).

¹⁰³³ C-126/97 *Eco Swiss* premiss 37.

Avgjørelsen utvider dermed ikke nasjonale domstolers – eller voldgiftsdomstolers – plikt til å håndheve EU-retten. Avgjørelsen slår kun fast at enkelte bestemmelser i EU-retten utgjør regler av *ordre public* karakter. Prinsipielt sett er dette forskjellig fra en plikt til å håndheve EU-retten *ex officio* og avgjørelsen representerer derfor ingen innskrenkning av den nasjonale prosessautonomi.¹⁰³⁴ I tillegg unnlot EU-domstolen å svare på spørsmålet om nasjonale domstolers plikt til *ex officio* å håndheve EU-retten, og generaladvokat Saggio anbefalte i sin uttalelse i anledning *Eco Swiss* å videreføre prinsippet i *van Schijndel*.¹⁰³⁵ I en senere avgjørelse, *van der Weerd*, uttales det eksplisitt at *Eco Swiss* er utslag av likebehandlingsprinsippet.¹⁰³⁶

Etter norsk rett er *ordre public* av betydning for gyldighet og anerkjennelse av voldgiftsavgjørelser og utenlandske avgjørelser.¹⁰³⁷ For øvrig finnes ingen bestemmelser hvor *ordre public* er av betydning. Derfor er ikke karakteristikken *ordre public* av direkte betydning for norske domstolers behandlingsmåte. *Ordre public* kjennetegnes ved at det er en høy terskel for å anvende forbeholdet.¹⁰³⁸ Forbudet verner *fundamentale rettsprinsipper*. At en dom strider mot preseptorisk lovgivning er ikke nødvendigvis tilstrekkelig.¹⁰³⁹ I forarbeidene til voldgiftloven fremheves at bestemmelsen har likhetstrekk med tidligere tvml. § 467 nr. 4 som hadde som gyldighetsbetingelse at avgjørelsen ikke var i strid med *lov eller ærbarhet*.¹⁰⁴⁰ Formuleringen *lov og ærbarhet* benyttes også i Norske Lov 5-1-2, som regnes som en indispositiv regel. For norsk retts vedkommende kan det slik argumenteres for at rettsforhold som reguleres av regler av *ordre public* karakter er indispositive.¹⁰⁴¹

Uttalelsen fra *Eco Swiss* har blitt fulgt opp og utviklet i to senere avgjørelser: *Manfredi* og *T-mobile*.¹⁰⁴² I *Manfredi* uttalte domstolen, under henvisning til *Eco Swiss*, at fordi TEUF artikkel 101 og 102 var *public policy*, må de bli «*automatically applied by national courts*».¹⁰⁴³ Uttalelsen gjør del av domstolens begrunnelse for å tillate saken fremmet for

¹⁰³⁴ Se i samme retning Andersson 1999/00 s. 454-455 og Fredriksen 2008 s. 323-324.

¹⁰³⁵ Se Fredriksen 2008 s. 323 og uttalelse fra generaladvokat Saggio i C-126/97 *Eco Swiss*, premiss 26.

¹⁰³⁶ C-222/05 *van der Weerd*, særlig premiss 40 in fine. Se også generaladvokat Maduros uttalelse i C-222/05 *van der Weerd* premiss 27.

¹⁰³⁷ Se voldgiftloven §§ 43 andre ledd bokstav b, og 46 andre ledd bokstav b og Konvensjon om domsmyndighet og anerkjennelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007 art. 33 første ledd nr. 1, art. 35 nr. 3 og art. 57 nr. 1 in fine.

¹⁰³⁸ Guiditta Cordero-Moss, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Oslo 2013s. 120 flg. og Hans Petter Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett, Oslo 2000 s. 104.

¹⁰³⁹ NOU 2001:33 s. 114.

¹⁰⁴⁰ NOU 2001:33 s. 114 og Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) s. 111. Se også Magnussen 2000 s. 93-94.

¹⁰⁴¹ Dette er også situasjonen etter nederlandsk rett, se A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, te Zwolle, Nederland 2012 (Ancery 2012) s. 216.

¹⁰⁴² Se også sak C-295/04 *Manfredi* premiss 31 og sak C-8/08 *T-Mobile* premiss 49.

¹⁰⁴³ C-295/04 *Manfredi* premiss 31.

EU-domstolen. Rekkevidden av uttalelsen i Manfredi er usikker, noe som dels skyldes sammenhengen uttalelsen kommer i. Uttalelsen baseres i tillegg på Eco Swiss, hvor det ikke sies noe om at bestemmelsene skal anvendes ex officio. Det er snarere motsatt. I avsnitt 39 og 40 i Eco Swis, som er avsnittene det vises til i Manfredi, er det en eksplisitt forutsetning at nasjonale domstoler skal undersøke forholdet «when asked to». I Eco Swiss var det heller ikke nødvendig for resultatet å etablere noen plikt for nasjonale domstoler til å anvende rettsregler av eget tiltak, og Eco Swiss gjaldt heller ikke TEUF artikkel 102, kun artikkel 101. Uttalelsen i Manfredi bygger heller ikke på likhetsprinsippet, som Eco Swiss gjorde, men på effektivitetsprinsippet, noe som bidrar til uklarhet.

EU-domstolens avgjørelse *T-mobile* gjaldt hvorvidt en nasjonal bevisbyrderregel kunne opprettholdes.¹⁰⁴⁴ I avgjørelsen gjentas at TEUF artikkel 101 er public policy og at den må anvendes ex officio av nasjonale domstoler. Dette medførte at en presumsjonsregel utviklet i EU-domstolens praksis måtte benyttes til fortrensel for en nasjonal bevisbyrderregel. Avgjørelsen etablerer dermed direkte prosessregler for nasjonale domstoler. Dette er klart et steg lengre enn i både Eco Swiss og Manfredi. Hvorvidt dette samtidig medfører at partenes disposisjonsadgang må begrenses i slike tvister er ikke sikkert, men det er tatt til orde for det. Med bakgrunn i avgjørelsen uttaler Ancery at:

«It is hard to accept that a Dutch court would not be obliged to ex officio apply Article 101 TFEU, if necessary beyond the ambit of the dispute».¹⁰⁴⁵

Synspunktet har gode grunner for seg, men det finnes også tungtveiende innvendinger. Viktigste er at saken ikke gjaldt spørsmål om å begrense partenes autonomi. Det finnes altså ingen avgjørelser hvor prosessregler som bygger på partenes autonomi, har vært i strid med effektivitetsprinsippet. Samtidig kan det finnes en viss støtte i *van der Weerd*. Avgjørelsen gjaldt direktiv 85/511 hvor formålet var å begrense munn- og klovsyke. Spørsmålet i avgjørelsen var hvorvidt to bestemmelser i direktivet skulle anvendes ex officio, hvilket ble besvart benektende. I begrunnelsen gjør domstolen et eksplisitt poeng av å differensiere mellom de aktuelle bestemmelsene direktiv 85/511 og konkurransereglene når det uttales

¹⁰⁴⁴ Se sak C-8/08 *T-mobile* premiss 44 sammenholdt med 49. Til dette kommer også at generaladvokaten ikke fant grunn til å nevne dette spørsmålet, se generaladvokat Kokotts uttalelse i C-8/08 *T-mobile*.

¹⁰⁴⁵ Se Ancery 2012 s. 216

at bestemmelsene «do not occupy a similar position within the Community legal order».¹⁰⁴⁶ Videre fremheves det at formålet med bestemmelsene er å sikre private individers interesse, ikke den offentlige interesse.¹⁰⁴⁷ Motsetningsvis kan avgjørelsen dermed tas til inntekt for at nasjonale domstoler har en plikt til å anvende konkurranserettens forbud mot konkurransebegrensende avtaler i TEUF artikkel 101 uten hensyn til partenes prosesshandlinger. Rekkevidden av en slik plikt er tilsvarende innenfor EØS samarbeidet idet konkurranseretten er tilsvarende for det interne markedet EØS området etablerer.¹⁰⁴⁸ Etter norsk rett er kun de offentligrettslige sidene ved konkurranseretten unntatt partenes disposisjonsadgang. Dette skulle dermed medføre en reell begrensning av partenes kompetanse til fordel for domstolen.

Etter min mening er det for tidlig å konkludere sikkert hvorvidt norske domstoler plikter å anvende forbudet mot konkurransebegrensende avtaler uavhengig av partenes prosessopplegg. Over ble det påvist at det er problematisk å gi EU-domstolens avgjørelser betydning utenfor det forhold saken konkret gjaldt. Til dette kommer også at EØS samarbeidet består av 31 medlemsland. Antallet medlemsland alene, med mangfoldet av prosessordninger og ulike bestemmelser som bygger på partenes autonomi, er et tungtveiende argument mot å dra for vidtrekkende konklusjoner.

7.2.2.4 Hvilke rettsregler basert på EU-retten anses som ordre public?

Et naturlig spørsmål i det videre er hvilke av EU-rettens direktiver som er av en slik grunnleggende karakter at de må anses som ordre public. Det er et stort spørsmål. Innenfor denne avhandlingens rammer kan spørsmålet ikke besvares på en fullverdig måte. I stedet vil jeg forsøke å trekke noen linjer fra begrunnelsen i Eco Swiss og peke på enkelte bestemmelser og direktiver hvor spørsmålet har kommet på spissen.

¹⁰⁴⁶ C-222/05 van der Weerd premiss 30.

¹⁰⁴⁷ Sml C-222/05 van der Weerd premiss 32 og 35.

¹⁰⁴⁸ Se på tilsvarende måte Magnussen 2000 s. 91-92.

Domstolen fant i *Eco Swiss* at konkurranserettens bestemmelser om konkurransebegrensende avtaler, TEUF artikkel 101, var av grunnleggende betydning for å oppnå fellesskapets formål, og da særlig et fungerende indre marked. Det er altså kjernen i EU samarbeidet som nyter et større vern og et sterkere krav til gjennomføring enn andre bestemmelser. Med grunnlag i *Eco Swiss* er det grunn til å hevde at effektivitetsprinsippet vil stille ulike krav til gjennomføring, avhengig av hvor sentral bestemmelsen er for EU-samarbeidet.¹⁰⁴⁹ En slik forståelse er dessuten i samsvar med den relative gjennomslagskraften til homogenitetsmålsetningen.

Konkurranserettens bestemmelse om forbud mot misbruk av dominerende stilling er pekt på som en bestemmelse av tilsvarende grunnleggende karakter.¹⁰⁵⁰ I *Manfredi* ble det til og med uttalt at bestemmelsen var så grunnleggende at den skulle anvendes *ex officio*.¹⁰⁵¹ Uttalelsen var imidlertid både ubegrunnet og henvisningen til *Eco Swiss* feil, slik at det neppe kan anses som avgjort at bestemmelsen er å regne som *ordre public*.¹⁰⁵² Blant andre bestemmelser som kan anses som like sentrale er de som regulerer de fire friheter, uten at EU-domstolen eksplisitt har slått dette fast.¹⁰⁵³ Det har også vært antydnet at reglene som beskytter handelsagenter kan anses som *ordre public*.¹⁰⁵⁴ Dette grunnet uttalelser i EU-domstolens avgjørelse *Ingmar GB Ltd*, hvor formålet med artiklene 17 til 19 i direktiv 86/653 om selvstendige handelsagenter ble angitt å være:

«To protect, for all commercial agents, freedom of establishment and the operation of undistorted competition in the internal market».¹⁰⁵⁵

¹⁰⁴⁹ Se i samme retning Robberstad 2002 s. 217, Lynn Roseberry, «National Procedural Autonomy versus Uniformity», i *Juridisk institut – Julebog 1999*, København 1999 (s. 248) og Andersson 1999-2000 s. 454. Motsatt Fenger 2004 s. 788.

¹⁰⁵⁰ Se generaladvokat Jacobs uttalelse i sak C-430/93 van Schijndel premiss 49 in fine. I denne sammenheng er det også et poeng at antitrustlovgivningen er ansett som *ordre public* av amerikansk Høyesterett, noe som reelt sett gjør terskelen lavere for å komme til det samme for EU-domstolens del.

¹⁰⁵¹ Se sak C-295/04 *Manfredi* premiss 31.

¹⁰⁵² Se i samme retning J.H. Jans m.fl., *Europeanisation of Public Law*, Groningen 2007 (Jans m.fl. 2007) s. 311.

¹⁰⁵³ Se Roseberry 1999 s. 248. Se for norsk retts vedkommende Robberstad 2002 s. 217.

¹⁰⁵⁴ Guiditta Cordero-Moss, «Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift, Et innlegg og et forskningsprosjekt», *Lov og Rett*, 2009 s. 361-373 (s. 364).

¹⁰⁵⁵ Sak C-381/98 *Ingmar GB Ltd* premiss 24.

For avgjørelsen var det ikke nødvendig å ta stilling til om dette innebar status som ordre public, men det siterte gir i alle fall grunnlag for visse antagelser.

Motsatt har EU-domstolen eksplisitt uttalt at artiklene 11 (1) og 13 (1) i direktiv 85/511 ikke har en slik betydning at det skal anses som public policy.¹⁰⁵⁶ Samtidig indikeres det at andre artikler i direktivet *kan* være av en slik art. I avgjørelsen fremgår at de aktuelle bestemmelsene:

«Govern neither the conditions in which procedures relating to the control of foo-and-mouth disease may be initiated nor the authorities which have the power, within their area of responsibility, to determine the extent of the rights and obligations of individuals. Those provisions cannot therefore be considered as being equivalent to the national rules of public policy referred to above».¹⁰⁵⁷

Motsetningsvis synes her domstolen å legge til grunn at de bestemmelser i direktivet som angår kontroll av munn- og klovsyken kan anses å være ordre public.¹⁰⁵⁸

I øvrig er situasjonen uoversiktlig. Hvilke deler av EU-samarbeidet som må anses som grunnleggende synes fortsatt uklart.¹⁰⁵⁹ Fengers er av den oppfatning at skillet fremstår som tilfeldig, og treffer kanskje spikeren på hodet når han uttaler at:

«Det er da også slående, at de forfattere, der foreslår en sådan sontring, hver især identifiserer forskjellige fællesskapsbestemmelser, som efter deres opfattelse må tillægges særlig imperativ karakter».¹⁰⁶⁰

For EØS-avtalens vedkommende er det ingen automatikk i at de samme bestemmelser og direktiver anses like sentrale som i EU-retten. Samtidig kan det nok raskt slås fas at konkurransebegrensende avtaler er like ødeleggende for det indre marked som EØS avtalen etablerer, som for EU rettens indre marked.

7.2.2.5 Særlig om forbrukerdirektiver

¹⁰⁵⁶ Se sak C-222/05 van der Weerd premiss 30 og generaladvokatens uttalelse i sakens anledning, se generaladvokat Maduros uttalelse i C-222/05 van der Weerd premiss 31.

¹⁰⁵⁷ Sak c-222/05 van der Weerd premiss 30.

¹⁰⁵⁸ Se i samme retning Richard H. Lauwaars, «The Application of Community Law by National Courts Ex officio», *Fordham International Law Journal*, 2007 s. 1161-1173 (s. 1170-1171).

¹⁰⁵⁹ Se Andersson 1999/00 s. 454.

¹⁰⁶⁰ Fenger 2004 s. 788.

Innenfor ett område har imidlertid EU-domstolen funnet at retten, med grunnlag i effektivitetsprinsippet, har en selvstendig plikt til å håndheve EU-rettslige forpliktelser. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser i relasjon til EUs direktiv 93/13 av 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrukeravtaler, etablert en plikt til å håndheve direktivet av eget tiltak. For norsk retts vedkommende er avtaleloven § 37 et resultat av dette direktivet.¹⁰⁶¹ Avgjørelsene vil dermed ha tilsvarende betydning innenfor EØS-samarbeidet, og være av betydning for norske domstolars behandling av forbrukertvister hvor det er benyttet standardavtaler.

I avgjørelse i sak C-240/98 til C-244/98 *Océano Grupo*, var forholdet at en forbruker hadde inngått avtale om kjøp av leksikon på avbetaling. I kontrakten var det angitt at eventuelle tvister i forbindelse med avtalen skulle løses ved en domstol i Barcelona. Spørsmålet for EU-domstolen var for det første hvorvidt en slik klausul om verneting var urimelig, og deretter om nasjonale domstoler pliktet å håndheve reglene i EU direktiv 93/13 av eget tiltak. EU-domstolen besvarte begge spørsmålene bekreftende. Sentralt for spørsmålet om ex officio anvendelse av direktivet var den relativt sett svakere posisjonen – både i forhandlingsstyrke og kunnskap – en forbruker har sammenlignet med en profesjonell part. Videre vises det i begrunnelsen til spesifikke målsetninger ved direktivet:

«The court's power to determine of its own motion whether a term is unfair must be regarded as constituting a proper means both of achieving the result sought by Article 6 of the Directive, namely, preventing an individual consumer from being bound by an unfair term, and of contributing to achieving the aim of Article 7».¹⁰⁶²

Begrunnelsen her avviker dermed fra begrunnelsen i sakene om TEUF artikkel 101.

I senere avgjørelser har EU-domstolen funnet at retten har en ex officio plikt til å anvende direktivet av eget tiltak, ikke bare for å sensurere urimelige klausuler om tvisteløsning og prosess, men også urimelige klausuler om forsinkelsesrente og andre materielle vilkår.¹⁰⁶³

¹⁰⁶¹ Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) s. 3. Se også Giertsen 2012 s. 228, Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Bergen 2014 s. 215 flg. og Finn Arnesen, «Om den fellesskapsrettslige reguleringen av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1996 s. 884-904.

¹⁰⁶² C-240/98 *Océano Grupo* premiss 28.

¹⁰⁶³ Se blant flere C-473/00 *Cofidis*, C-168/05 *Mostaza Claro*, C-243/08 *Pannon*, C-40/08 *Asturcom*, C, VB *Penzügyi*, C-76/10 *Photovost*, C-618/10 *Banco Español de Crédito*, C-472/11 *Banif Plus Bank ZRT*, C-397/11 *Erika Jörös* og C-488/11 *Jahani BV*.

I sum er det dermed en relativt omfattende plikt retten er pålagt av eget tiltak å håndheve. Naturlige spørsmål i forlengelsen av dette er for det første *når* en slik ex officio plikt oppstår. For det andre er det nærliggende å undersøke nærmere hvilke EU-direktiver dommeren har plikt til å håndheve av eget tiltak. Endelig og for det tredje er det grunn til å undersøke hvilke implikasjoner denne plikten har for spørsmålet om materiell prosessledning for nasjonale domstoler.

På samme måte som at veiledningsplikten ikke kan oppstå av seg selv, må også rettens ex officio plikt til å anvende forbrukerdirektivet foranlediges av det partene har presentert for dommeren. En implisitt forutsetning er at partene ikke har benyttet forbrukerdirektivet under henvisning til nettopp det urimelige punktet i avtalen som påstandsgrunnlag; i så tilfelle ville det ikke vært *ex officio* anvendelse. I mellom disse ytterpunkter er det plass for adskillige nyanser. Enkelte uttalelser i EU-domstolens avgjørelse *Pannon* gir en viss avklaring. I avgjørelsens premiss 32 uttales at:

«The role thus attributed to the national court by Community law in this area is not limited to a mer power to rule on the possible unfairness of a contractual term, but also consists of the obligation to examine that issue of its own motion, where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task».¹⁰⁶⁴

I det siterte er det i alle fall to forhold som er sentrale for rekkevidden av rettens ex officio plikt. For det første slås det fast at retten har en plikt til av eget tiltak å *undersøke* hvorvidt det foreligger urimelige kontraktsvilkår. For det andre slås det fast at rettens plikt kun gjelder når nødvendige *rettslige* og *faktiske* elementer er gjort tilgjengelig. Det første innebærer at retten ikke kun kan bygge på det partene har anført. I lys av det andre momentet er det naturlig å forstå dette som en plikt til både å undersøke faktiske og rettslige forhold av betydning. Samtidig begrenses plikten av at nødvendige rettslige og faktiske opplysninger må være gjort tilgjengelig. Retten må ikke innhente ytterligere dokumentasjon eller på annen måte tilveiebringe bevis. Det er imidlertid vanskeligere å forstå hva domstolen mener ved at rettslige elementer må være tilgjengelige. I slike

¹⁰⁶⁴ C-243/08 Pannon, premiss 32.

situasjoner er det rettslige grunnlaget nettopp EU direktiv 93/13 og regler som utspringer av dette. Hvilke andre rettslige elementer som er av relevans er vanskelig å forestille seg.

I sum medfører dette at rettens plikt til å overholde direktivet er omfattende. Plikten oppstår tidlig i prosessen og er vidtrekkende. Selve avtalen er ofte et tilstrekkelig faktisk grunnlag for å vurdere om avtalen er urimelig eller ikke – og denne er normalt vedlagt stevningen. Dette stiller nærmest urimelige krav til dommerens aktivitet og innsikt. Uavhengig av partenes prosessopplegg må retten undersøke hele avtalen for å klargjøre om den inneholder urimelige elementer. I prinsippet kan plikten, slik den her er forutsatt, bli så vidtrekkende at det kan føre til en absurd situasjon. En forbruker kan dermed, uten å ha argumentert eller ført bevis for første instans for at EØS-rettslige regler var relevante, anke over avgjørelsen fordi retten burde anvendt forbrukeravtaledirektivet. Et krav om en slik klarsynthet er neppe rimelig.

Samtlige av de ovenfor nevnte avgjørelser gjaldt direktiv 93/13 om urimelige avtalevilkår. Innen EØS-samarbeidet er det flere direktiver som regulerer forbrukerrettigheter, blant andre direktiv 97/7 om fjernsalg, 85/885 om dørsalg og 99/44 om forbrukerkjøp. Det eksisterer ingen praksis fra EU-domstolen som etablerer en liknende plikt også for disse direktivene. Heller ikke i det nye forbrukerrettighetsdirektivet, direktiv 11/84, som tar sikte på å erstatte både direktiv 97/7 og direktiv 85/885, er det positivt etablert en plikt til å anvende direktivet av eget tiltak.¹⁰⁶⁵ Årsaken til dette er ikke åpenbar. Den generelle begrunnelse som benyttes i de ovenfor nevnte avgjørelser, om asymmetrisk styrkeforhold mellom partene i forhandlinger og ulik kunnskap, er analogt anvendbar også for fjernsalg, dørsalg og forbrukerkjøpdirektivet.¹⁰⁶⁶ Samtidig er direktiv 93/13 generelt slik at det også omfatter eventuelle urimelige avtalevilkår i avtaler inngått ved forbrukerkjøp generelt; det være seg gjennom fjernsalg, dørsalg eller på annen måte. Forbrukerens beskyttelsesbehov dekkes dermed i stor utstrekning allerede av direktiv 93/13.

¹⁰⁶⁵ Prop. 45 S (2012-2013).

¹⁰⁶⁶ Skoghøy hevder sågar at avgjørelsene kan medføre at nasjonale domstoler bør anvende preseptoriske bestemmelser i «arbeidsforhold til beskyttelse av arbeidstakere», se Skoghøy 2014 s. 579.

Dette bringer oss over i det tredje punktet. Som påvist tidligere medfører disposisjonsprinsippet at det sjelden er korrekt å veilede om alternative påstandsgrunnlag. For EU-rettens forbrukerdirektiv er det motsatt. I enkelte situasjoner er det påkrevd å veilede om alternative påstandsgrunnlag. Selve forutsetningen i denne sammenheng er at parten ikke har påberopt seg det urimelige ved avtalen. Slik er det også en forutsetning at det konkrete påstandsgrunnlag – som i slike tilfeller vil utgjøre den urimelige avtaleklausulen – er verken påberopt eller belyst. Heller ikke det abstrakte påstandsgrunnlag – altså direktivet – behøver være presentert for dommeren. Hensynet til forsvarlighet og kontradiksjon taler derfor med styrke for at begge parter gis anledning til å uttale seg. Dette er også forutsatt av EU domstolen. I avgjørelsen *Pannon* forutsettes det at plikten til ex officio anvendelse av direktivet ikke gjelder:

«If the consumer, after having been informed of it by that court, does not intend to assert its unfair or non-binding status».¹⁰⁶⁷

Det forutsettes dermed at partene informeres om rettens mulige anvendelse av direktivet.

7.2.3 Fra adgang til plikt til å veilede?

I tillegg til å etablere en adgang til å prøve nasjonale prosessregler, har EU-domstolen etablert en *plikt* for nasjonale domstoler til å anvende fellesskapsretten når domstolen har *adgang* til det etter nasjonal prosessrett. I *van Schijndel* slås det fast at:

«The position is the same if domestic law confers on courts and tribunals a discretion to apply of their own motion binding rules of law».¹⁰⁶⁸

Direkte innebærer dette at retten har en plikt til å anvende relevante rettsregler basert på fellesskapsretten som partene ikke har påberopt, hvis det etter nasjonal prosessrett er en skjønsmessig adgang til å anvende disse reglene av eget tiltak.¹⁰⁶⁹ Plikten er fastholdt og

¹⁰⁶⁷ C-243/08 Pannon, premiss 33.

¹⁰⁶⁸ Sak C-430/93 van Schijndel premiss 14.

¹⁰⁶⁹ Se Jans m.fl. 2007 s. 309, Cecilia Sjöstrand, «Effective Judicial Protection of INdividuals, A duty for det Court of Justice or the National Courts? », *CFE Working paper series no. 47*, Lund 2012 (s. 44), Libor Havelka, Escaping the trap: The simplified application of EU law, Brno 2014 s. 133 og Johanna Engström, «National Courts' Obligation to Apply Community Law Ex Officio – The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy?», *Review of European Administrative Law*, 2008 s. 67-89 (s. 75).

gjentatt i blant annet avgjørelsene *Kraaijeveld* og storkammeravgjørelsen *Willy Kempter AG*.¹⁰⁷⁰ Både lojalitetsplikten i EF-traktaten artikkel 10 og hensynet til å sikre effektive rettigheter for borgerne gjør del av begrunnelsen for en slik forsterket forventning om å benytte et eventuelt handlingsrom i rettsanvendelsen til fordel for EU-rettens gjennomslag.¹⁰⁷¹ Begrunnelsen har overføringsverdi til EØS-samarbeidet og må derfor gjelde tilsvarende i Norge.¹⁰⁷²

Betydningen av uttalelsen fra *van Schjindel* vil variere med de nasjonale prosessregler, både med hensyn til hvorvidt retten har anledning til å anvende rettsregler av eget tiltak, og også hvilke begrensninger i denne adgangen som følger av andre regler eller prinsipper. De direkte konsekvensene av en slik plikt etter norsk prosessrett er begrenset da domstolen etter tvl. § 11-3 har et selvstendig ansvar for å anvende gjeldende rett, uavhengig av hva partene har påberopt.

Med bakgrunn i uttalelsen i de nevnte avgjørelser har det i skandinavisk litteratur – både for EU-rettens og EØS-rettens vedkommende – blitt hevdet at retten i saker hvor EU/EØS-rettslige spørsmål aktualiseres, har plikt til å veilede¹⁰⁷³ Begrunnelsen er gjennomgående at det ikke er noen grunn til å vurdere andre nasjonale prosessregler, hvor domstolen er gitt en skjønnsmessig adgang til å påvirke prosessen, annerledes enn nasjonale prosessregler som gir domstolen adgang til å anvende materielle rettsregler av eget tiltak –

¹⁰⁷⁰ Se sak C-72/95 *Kraaijeveld* premiss 57 og 58, og C-2/06 *Willy Kempter AG* premiss 45. Se også generaladvokat Elmers uttalelse i sak C-72/95 *Kraaijeveld* premiss 79.

¹⁰⁷¹ Se særlig sak C-213/89 *Factortame* premiss 19 og C-430/93 *van Schjindel* premiss 14.

¹⁰⁷² Se i samme retning *Fredriksen* 2008 s. 330.

¹⁰⁷³ Se for dansk retts vedkommende Erik Werlauff og Henrik S. Øe, «Forhandlings- og eventualmaksimens betydning i EU-rettlige spørsmål – Hvornår skal dommeren af egen drift inddrage unionsretten?», *Ugeskrift for retsvæsen*, 1996 s. 395-404 (s. 400), Erik Werlauff, Fælleseuropæisk procesrett – europaretlige krav til nordiske domstole, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 629-678 (s. 463), Erik Werlauff, Fælleseuropæisk procesret, Europaretlige krav til dansk retspleje, 2. udgave, København 2000 (Werlauff 2000) s. 53 og 61 og Fenger 2004 s. 783. For svensk rett se Torbjörn Andersson, «EG-rätten och den svenska processrätten», *Juridisk tidsskrift* 1998-99, s. 807-817 (s. 815-816), Andersson 1999/00 s. 445, Anna Wallerman, «Swedish Civil Procedure under European Influence – A Space Odyssey», i *De Lege – Juridiska fakulteten I Uppsala Årsbok 2010, Party Autonomy – Civil procedural views on Party Autonomy*, Franz Klein, EU Law and more, Uppsala 2010 s. 99-120 (Wallerman 2010) (s. 107), Anna Wallerman, «The Impact of EU Law on Civil Procedure», i *Tidschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2013 s. 91-95 (s. 94) og Anna Wallerman, Om fakultativa regler, Göteborg 2015 s. 126. Se for norsk retts vedkommende *Robberstad* 2002 s. 219 og *Fredriksen* 2008 s. 330.

jura novit curia.¹⁰⁷⁴ Uttalelsen i *van Schijndel* anses med andre ord å gi uttrykk for en generell plikt til å benytte skjønnsmessige bestemmelser i et lands prosesslover til å sikre fellesskapsrettens gjennomslag.¹⁰⁷⁵ Jeg er ikke sikker på at det er grunnlag for en slik analogisering.

Dette idet uttalelsen forstått på denne måten helt klart endrer forutsetningene for forholdet mellom nasjonal prosessrett og EU-retten, særlig med henblikk på prinsippet om nasjonal prosessautonomi og lojalitetsprinsippet.¹⁰⁷⁶ Dermed endres også balansen EU-domstolen har søkt å oppnå mellom effektiv anvendelse av EU-retten på den ene siden og hensynet til nasjonal prosessautonomi på den annen.¹⁰⁷⁷

I tillegg gjelder uttalelsen konkret dommerens adgang til på eget tiltak å anvende rettsreglene. Alle kontinentaleuropeiske og Skandinaviske land bygger på ideer om rettens ansvar for rettsanvendelsen.¹⁰⁷⁸ Hvorvidt en gitt prosessregel er utbredt blant medlemsstatene, ble som kjent fremhevet som et moment i *van Schijndel*, da som er argument for å anerkjenne prosessregler begrunnet i partenes autonomi.¹⁰⁷⁹ Rettens adgang til å veilede partene om sakens materielle side kan ikke sies å være utbredt blant fellesskapets medlemsstater. Dermed er grunnlaget for en slik analogi svakere. Rekkevidden av den plikt EU-domstolen har etablert på dette punkt er dermed høyst usikker.¹⁰⁸⁰ Dette fordi de nasjonale prosessordninger er ulike, og fordi det er usikkert om uttalelsen kan overføres til andre områder enn akkurat jura novit curia.

¹⁰⁷⁴ Se til eksempel Fredriksen 2008 s. 330. På tross av relativt omfattende søk, har jeg ikke lyktes å finne tilsvarende slutninger i juridisk litteratur utenfor Skandinavia.

¹⁰⁷⁵ Galetta omtaler dette som å *funksjonalisere* prosessretten, se Diana-Urania Galetta, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on the Procedural Autonomy of EU Member States, Annual report 2011 – Italy*, Milano 2011 (s. 14 note 27) og Galetta 2009 47 flg.

¹⁰⁷⁶ Se i samme retning Fredriksen 2008 s. 330 og Fenger 2004 s. 783.

¹⁰⁷⁷ Se i samme retning uttalelse fra generaladvokat Jacobs i sak C-430/93 *Van Schijndel*, premiss 31. Se også Fenger 2004 s. 783.

¹⁰⁷⁸ Se generaladvokat Jacobs uttalelse i sak C-430/93 *van Schijndel* premiss 33-34.

¹⁰⁷⁹ Se sak C-420/93 *van Schijndel* premiss 21.

¹⁰⁸⁰ Dette er ett av de klassiske problemene med dynamisk tolkning i internasjonale domstoler, se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», *Lov og Rett*, 2011 s. 511-530 (Skoghøy 2011) (s. 526).

Fortusatt at retten faktisk har en plikt til å veilede om rettsregler med grunnlag i fellesskapsretten, oppstår spørsmålet om hva det innebærer for rettens veiledning i tvister hvor EØS-basert lovgivning er av relevans. Etter min mening begrenser EU-domstolen selv rekkevidden av denne plikten. Selv om EU-domstolen har gitt nasjonale domstoler en plikt til å anvende rettsregler, aksepteres fortsatt de rammene som «the ambit of the dispute» og de faktiske omstendigheter som partene baseres sitt krav på.¹⁰⁸¹ Dette er naturlig all den tid plikten kun er etablert i relasjon til «points of law» og «rules of law», og ikke faktiske forhold.¹⁰⁸² Sett i sammenheng må dette innebære at den plikt til veiledning som EU-domstolen etablerer, ikke medfører en plikt til å gå utenfor det krav som partene har fremmet, og heller ikke utenfor de rettsstiftende faktiske forhold som partene har påberopt.¹⁰⁸³

Samtidig kan det hevdes at de hensyn som begrunner en plikt til å veilede i enkelte sammenhenger, også er av betydning i avveiningen av om retten bør veilede. Ved avveiningen av hensyn for og mot å veilede, er hensynet til fellesskapsretten et argument for nettopp å veilede.¹⁰⁸⁴ Slik skaper EØS-retten i seg selv en forventning om veiledning.

7.3 Veiledning om materielle bestemmelser i EMK

7.3.1 Klargjøring av tema

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon er av stor betydning for norsk rett, også på sivilprosessens område. Dette særlig grunnet konvensjonens artikkel 6 som på flere områder stiller krav til domstolens saksbehandling i sivile saker. Påvirkningen på den norske sivilprosessen har skjedd både på et mer overordnet plan, ved at innholdet i enkelte

¹⁰⁸¹ Se sak C-430/93 van Schijndel premiss 22 og sak C-222/05 van der Weerd premiss 36.

¹⁰⁸² Se sak C-430/93 van Schijndel premiss 13 og 14.

¹⁰⁸³ Se i samme retning Werlauff 2000 s. 53 som uttaler at det er en plikt til veiledning «såfremt den materielle procesledelse kan holdes inden for rammerne af forhandlingsmaksimen, og hvor der ikke kræves ny bevisførelse».

¹⁰⁸⁴ Se i samme retning Wallerman 2010 s. 107. Se også Ancery 2012 s. 216 som peker på at både nederlandske, franske og tyske domstoler er mer aktive under prosessen som følge av EU-retten.

prinsipper er endret, og i tillegg konkret for forståelsen av ulike rettsregler.¹⁰⁸⁵ Videre har domstolens kontrollfunksjon, dels som følge av EMK, fått både større aktualitet, større betydning og et noe endret innebyrd. Betydningen av de prosessuelle bestemmelser for norsk sivilprosess er søkt belyst løpende i avhandlingen, og særlig i kapittel 4.

I denne delen er temaet de materielle bestemmelsene i EMK. I stadig økende grad utledes det prosessuelle rettigheter av de materielle rettighetene etter konvensjonen.¹⁰⁸⁶ Etter EMDs praksis er det klart at ikke bare de prosessuelle, men også materielle rettigheter etter EMK kan ha prosessuelle implikasjoner. Hvilken betydning dette har for nasjonale domstolers behandling av saker med menneskerettslige aspekter, er i liten grad undersøkt. Derfor er det både usikkert om det eksisterer *ex officio* plikter til å *anvende* konvensjonen og hvorvidt det eksisterer en plikt til å *veilede* om konvensjonen, og rekkevidden av slike eventuelle plikter. Erik Werlauff er den som kanskje har gått lengst i å oppstille en plikt for nasjonale domstoler til å respektere og overholde konvensjonen. Han uttaler sågar at domstolene alltid skal:

«Overveje, om det resultat, en part gennem sine påstande søger at opnå ved processen, vil indebære en krænkelse af materielle EMK-forskrifter, og hvor dette er tilfældet, må domstolene gribe ind og justere retssagens resultater, også selv om dette innebærer en refleksmæssig horisontal virkning – Drittwirkung – af materielle EMK-forskrifter».¹⁰⁸⁷

I det siterte forutsettes en plikt for retten til å vurdere om en sak har EMK rettslige aspekter og i positivt fall anvende konvensjonen *ex officio*, og det skilles ikke mellom dispositive og indispositive forhold. Det forutsettes også at virkningen ikke bare gjelder til beskyttelse av individet mot inngrep fra det offentlige – vertikalt, men at virkningen gjelder i saker intra borger – altså horisontalt. En slik plikt innebærer i tilfelle fundamentale endringer av den norske prosessordningen. Etter gjeldende norsk prosessrett har domstolen i indispositive saker et ansvar for å ivareta de interesser som begrunner indispositiviteten.

¹⁰⁸⁵ Til eksempel bygger adgangen til å gå til søksmål med påstand om konvensjonskrenkelse på forpliktelser knyttet særlig EMK og menneskerettsloven (Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.)), se NOU 2001:32 A s. 200-201, Skoghøy 2014 s. 391.

¹⁰⁸⁶ Peer Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1-9, 3. utgave, København 2011 (Lorenzen m.fl. 2011) s. 14 og Jonas Christoffersen, Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden/Boston, 2009 (Christoffersen 2009) s. 455 flg. Ifølge Lorenzen m.fl. 2011 s. 15 kan fokuset på prosessuelle rettigheter medføre at de materielle rettigheter uthules.

¹⁰⁸⁷ Werlauff 2000 s. 215.

Om Werlauffs forståelse legges til grunn, har retten i *alle saker* et ansvar for å ivareta menneskerettighetene – uavhengig av om dette påberopes, eller ikke. Saker med menneskerettslige aspekter forutsettes dermed å være indispositive til beskyttelse av menneskerettigheten.

Det er usikkert om det er grunnlag i EMDs praksis for en plikt som Werlauff gir uttrykk for. Ingen av de avgjørelser han viser til underbygger klart dette synspunktet¹⁰⁸⁸. Det er også klart at EMD ikke stiller krav til at konvensjonsrettighetene må anvendes *ex officio*.¹⁰⁸⁹ Uttalelsen gir imidlertid både anledning til, og oppfordring om, å undersøke spørsmålet nærmere. Eventuelle krav fra EMD til nasjonale domstoler for behandlingen av tvister med menneskerettslige aspekter, vil ha stor betydning for rettens behandling, og da også for spørsmålet om materiell prosessledning. Her fokuseres det kun på de krav til domstolens behandling som kan utledes av konvensjonen og EMDs avgjørelser, altså de krav som kan utledes på folkerettslig nivå. Samtidig er det klart at måten menneskerettighetene er søkt ivaretatt etter norsk rett, ved Grunnlovens menneskerettskatalog, særlig Grl. § 92, og den status menneskerettskonvensjonen er gitt ved inkorporering som egen lov med forrang for øvrige rettsregler etter menneskerettsloven § 3, kan være av betydning for spørsmålet om rettens ansvar i rettsvister som angår slike rettigheter. Dette gjøres ikke til gjenstand for drøftelse her.

Et forhold som vanskeliggjør undersøkelsen, er at EMK er integrert og gjennomført på mange ulike måter i de ulike konvensjonsstater.¹⁰⁹⁰ Dette medfører at uttalelser av betydning for domstolens saksbehandling nødvendigvis ofte har et høyt generalitetsnivå. Undersøkelsen begrenses derfor til to akser. Først rettes fokus mot EMK artikkel 1 og 13, som stiller krav til statens ivaretagelse av menneskerettighetene. Disse bestemmelsene inneholder blant annet prosessuelle plikter som kun kommer til anvendelse i saker om

¹⁰⁸⁸ Det er heller ikke sikkert at Werlauff selv innestår for en slik forståelse. Sitatet er hentet fra en sammenheng hvor temaet er EMKs horisontale effekt. Han viser til avgjørelsene Tolstoy Miloslavsky mot Storbritannia, saksnr. 18139/91, avdeling, avgjørelse av 13. juli 1995, og Plattform «Ärzte für das Leben» mot Østerrike, saksnr. 10126/82, avdeling, avgjørelse av 21. juni 1988. Samtidig, om det ikke var intensjonen å argumentere for en plikt til *ex officio* anvendelse av EMK, burde formuleringen vært mer nyansert.

¹⁰⁸⁹ Se til eksempel Vuckovic og andre mot Serbia, saksnr. 17153/11, storkammer, avgjørelse av 25. mars 2014, premiss 82 jf. 35.

¹⁰⁹⁰ Christoffersen 2009 s. 521.

påståtte menneskerettskrenkelser.¹⁰⁹¹ Deretter undersøkes enkelte sider ved subsidiaritetsprinsippet nærmere. Langs begge disse aksene er siktemålet å indentifisere momenter av betydning for domstolens ansvar for en saks materielle side, noe som igjen kan ha betydning for spørsmålet om veiledning. Rettskildebildet er utpreget fragmentarisk og angår kun indirekte spørsmålet om veiledning. Etter gjennomgangen langs disse aksene drøftes det når en sak anses å inneholde menneskerettslige aspekter. Eventuelle konsekvenser drøftes til slutt. Veien frem er kronglete og jeg må derfor be om litt tålmodighet.

7.3.2 Statens plikt til å sikre menneskerettighetene

7.3.2.1 Nærmere om den positive plikten

Etter EMK artikkel 1 påhviler det «The High Contracting Parties» å sikre menneskerettighetene. I dette ligger en plikt for konvensjonsstaten til å avstå fra handlinger som bryter med menneskerettighetene – den negative siden av plikten til å sikre menneskerettighetene.¹⁰⁹² Videre medfører artikkel 1 en plikt til å sikre at rettighetene respekteres ikke bare formelt, men også i praksis, og hvis nødvendig gjennom positive tiltak – den positive siden av plikten til å sikre menneskerettighetene.¹⁰⁹³ I litteraturen beskrives den positive sikringsforpliktelsen undertiden som *horisontal effect* eller *drittwerking*.¹⁰⁹⁴ Dette for å fremheve at den positive sikringsforpliktelsen ikke bare gjelder i saker hvor det offentlige er involvert, men kan også få betydning i saker mellom individer.

¹⁰⁹¹ Se Peer Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 10-59 samt Tillægsprotokollene, 3. utgave, København 2011 s. 944 som uttaler at «Art 13 beskytter en processuel ret, som er accessorisk knyttet til de materielle rettigheder i det nationale retssystem».

¹⁰⁹² Harris m.fl. 2009 s. 18 og Marckx mot Belgia, saksnr. 6833/74, plenum, avgjørelse av 13. juni 1979, premiss 31. Se også Young, James og Webster mot Storbritannia, saksnr. 7691/76 og 7806/77, plenum, avgjørelse av 13. august 1981, premiss 51.

¹⁰⁹³ Harris m.fl. 2009 s. 19, Aall 2011 s. 50, Kjølbro 2010 s. 40, Lorenzen 2011 s. 16 og Marckx mot Belgia, saksnr. 6833/74, plenum, avgjørelse av 13. juni 1979, premiss 31.

¹⁰⁹⁴ Se Christoffersen 2009 s. 381, Lorentzen m.fl. 2003 s. 5 og van Dijk m.fl. 2006 s. 28-29.

En positiv plikt følger eksplisitt i enkelte bestemmelser, som retten til liv etter artikkel 2, forbudet mot tortur etter artikkel 3 og plikten til å holde frie valg etter artikkel 3 tilleggsprotokoll 1. Den er også innfortolket i flere av de øvrige materielle rettighetene. Hvilket grunnlag som benyttes for ulike sider ved den positive sikringsplikten er noe vekslende.¹⁰⁹⁵ Grunnlaget er funnet både i EMK artikkel 1 sammenholdt med materielle bestemmelser, EMK artikkel 13 og til prinsippet om effektiv beskyttelse av rettighetene.¹⁰⁹⁶ EMDs avgjørelse *Irfan Bilgin mot Tyrkia* er illustrerende. Sikringsplikten knyttes her til både artikkel 1 og artikkel 13. EMD uttalte i avgjørelse at de:

«Reiterates the importance of the first undertaking given by the Contracting States, in accordance with Article 1, which is to secure the rights guaranteed by the Convention, and in particular the right to an effective remedy laid down by Article 13 of the Convention».¹⁰⁹⁷

EMD har i enkelte avgjørelser har utledet den positive forpliktelsen av EMK artikkel 1. I litteraturen har dette blitt tatt til inntekt for at konvensjonsstaten har en positiv sikringsforpliktelse for alle rettigheter etter EMK.¹⁰⁹⁸ Hvorvidt det er grunnlag for en slik slutning er usikkert, og det er uklart nøyaktig for hvilke rettigheter, og i hvilke situasjoner den positive forpliktelsen gjelder.¹⁰⁹⁹ Men i tillegg til artikkelene 2, 3 og artikkel 1 tilleggsprotokoll 3, er det i EMDs praksis slått fast at konvensjonsstaten har en positiv sikringsforpliktelse for artikkelene 5, 6, 8, 9, 10, 11 og 14.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁵ Christoffersen 2009 s. 506 betegner forholdet mellom EMK artikkel 3 jf. 1 og artikkel 13 som kaotisk.

¹⁰⁹⁶ Se Keir Starmer, *European Human Rights Law. The Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*, London 1999 (Starmer 1999) s. 194 som knytter den positive sikringsplikten til tre forhold: artikkel 1, prinsippet om praktikable og effektive rettigheter og artikkel 13. Se M.C. mot Bulgaria, saksnr. 39272/98, første avdeling, avgjørelse av 4. desember 2003, premiss 150. Se også Khurshid, Mustafa og Tarzibachi mot Sverige, saksnr. 23883/06, tredje avdeling, avgjørelse av 16. desember 2008, premiss 32.

¹⁰⁹⁷ *Irfan Bilgin mot Tyrkia*, saksnr. 25659/94, første avdeling, avgjørelse av 17. juli 2001, premiss 123.

¹⁰⁹⁸ Se Young, James og Webster mot Storbritannia, saksnr. 7691/76 og 7806/77, plenum, avgjørelse av 13. august 1981, premiss 49 og «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» mot Belgia, saksnr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, plenum, avgjørelse av 23. juli 1968, premiss 3. Se Christoffersen 2009 s. 382.

¹⁰⁹⁹ Se Lorenzen m.fl. s. 2011 s. 17.

¹¹⁰⁰ *Airey mot Irland*, saksnr. 6289/73, avdeling, avgjørelse av 9. oktober 1979, premiss 32 for artikkel 5. Se også *Marckx mot Belgia*, saksnr. 6833/74, plenum, avgjørelse av 13. juni 1979. Se *Khurshid, Mustafa og Tarzibachi mot Sverige*, saksnr. 23883/06, tredje avdeling, avgjørelse av 16. desember 2008, premiss 32, *Özgür Gündem mot Tyrkia*, saksnr. 23144/93, fjerde avdeling, avgjørelse av 16. mars 2000, premiss 42-46 og *Appleby mot Storbritannia*, saksnr. 44306/98, fjerde avdeling, avgjørelse av 6. mai 2003, premiss 39 for artikkel 10, se Plattform «Ärzte für das Leben» mot Østerrike, saksnr. 10126/82, avdeling, avgjørelse av 21. juni 1988, premiss 32 for artikkel 11, *Kurt mot Tyrkia*, saksnr. 24276/94, avdeling, avgjørelse av 25. mai

Den positive sikringsplikten påhviler alle statens organer. Fra EMDs perspektiv omfatter dette også domstolene.¹¹⁰¹ I eksempelvis *Irfan Bilgin mot Tyrkia* er nettopp domstolen adressaten for kravet om en grundig juridisk undersøkelse og en uavhengig faktisk etterforskning.¹¹⁰² At domstolen har positive plikter er forutsatt i mange avgjørelser, hvor det nettopp er domstolens handlinger eller avgjørelser i siste instans, som danner grunnlaget for en klage til EMD.¹¹⁰³ I EMDs praksis har den positive sikringsplikten kommet til uttrykk i form av ulike plikter for konvensjonsstatene. Samtidig har EMD til nå avstått fra å definere en generell teori om hvilke handlinger som kan utledes av plikten. Hvilke plikter som kan utledes er derfor uklart.¹¹⁰⁴

I det følgende drøftes et aspekt ved statens positive forpliktelse som er av betydning for domstolens behandling av saker med menneskerettslige perspektiver. Statens lovgivende organ har en positiv plikt til å vedta rettsregler som effektivt beskytter menneskerettighetene. Denne plikten kan også skape plikter for domstolen som *rettsanvender* ved fastlegging av innholdet i rettsregler som også påvirker rettens veiledning. Dette er temaet i det følgende.

7.3.2.2 Domstolens plikt til korrekt anvendelse av konvensjonen

1998, premiss 122 flg. Se Pla og Puncernau mot Andorra, saksnr. 69498/01, fjerde avdeling, avgjørelse av 10. oktober 2006, premiss 43 for artikkel 14. Se også Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004 (s. 67 flg.).

¹¹⁰¹ Kjølbrot 2010 s. 35-36, Werlauff 2000 s. 214 og Aall 2011 s. 49.

¹¹⁰² *Irfan Bilgin mot Tyrkia*, saksnr. 25659/94, første avdeling, avgjørelse av 17. juli 2001, premiss 123.

¹¹⁰³ Dette er selvsagt når de prosessuelle rettighetene etter EMK artikkel 5 og 6 anføres brutt, men er også tilfellet for de materielle rettighetene. Se til illustrasjon *Storck mot Tyskland*, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005, premiss 93. Et nyere eksempel for Norges vedkommende er *Lindheim og flere mot Norge*, saksnr. 13221/08 og 2139/10.

¹¹⁰⁴ Plattform «*Ärzte für das Leben*» mot Østerrike, saksnr. 10126/82, avdeling, avgjørelse av 21. juni 1988, premiss 31. Enkelte forsøk på å kategorisere de ulike sider ved den positive forpliktelsen er allikevel foretatt. *Keir Starmer* har gjort et forsøk ved å inndele statens positive plikter i fem kategorier: For det *første* en plikt til å *vedta rettsregler* som *effektivt* beskytter menneskerettighetene, for det *andre* en *plikt til å forhindre* menneskerettskrenkelser, for det *tredje* en plikt til å *formidle informasjon og rådgivning* ved menneskerettskrenkelser, for det *fjerde* en plikt til å *reagere* på menneskerettsbrudd, og for det *femte* en plikt til å *gi individer ressurser* til å forhindre menneskerettskrenkelser, se Starmer 1999 s. 196.

Som utslag av domstolens positive plikt til å sikre rettighetene og frihetene etter konvensjonen, er det utledet en plikt til å vedta lovgivning. I *Vgt Verein Gegen Tierfabriken mot Sveits*, ble plikten til å sikre menneskerettighetene knyttet til EMK artikkel 1 og uttalte:

«The responsibility of a State may then be engaged as a result of not observing its obligation to enact domestic legislation».¹¹⁰⁵

En plikt til å vedta lovgivning i samsvar med konvensjonen er en naturlig følge av å vedta konvensjonen, og beskrives av enkelte som en minimumsforpliktelse.¹¹⁰⁶ For å sikre et effektivt vern av menneskerettighetene, er det i forlengelsen av plikten til å vedta lovgivning, også en plikt for nasjonale domstoler til å anvende rettsregler i samsvar med konvensjonen. EMD ser dette i sammenheng med sin subsidiære karakter, hvor de i stedet for å fastlegge innholdet i nasjonal rett, vurderer «whether the effects of such an interpretation are compatible with the Convention».¹¹⁰⁷ Dette er naturlig av to årsaker. For det første følger en slik tilnærming det grunnleggende skillet mellom lovinngrep og individinngrep. Begrepene benyttes for å tydeliggjøre at inngrep i konvensjonens rettigheter kan vurderes både fra perspektivet om reguleringen representerer et brudd på rettigheten, og også om selve inngrepet – anvendelsen av lovreguleringen – representerer et brudd.¹¹⁰⁸ For de positive forpliktelser kan det på samme måte skilles mellom hvorvidt reguleringen – in abstracto – kan ivareta plikten, og om anvendelsen av reguleringen – i det konkrete tilfellet – faktisk medførte at plikten ble ivaretatt. Det er naturlig å se dette i

¹¹⁰⁵ *Vgt Verein Gegen Tierfabriken mot Sveits*, saksnr. 24699/94, andre avdeling, avgjørelse av 28. juni 2001, premiss 45. Se også *Remuszko mot Polen*, saksnr. 1562/10, fjerde avdeling, avgjørelse av 16. juli 2013, premiss 61.

¹¹⁰⁶ *Starmer 1999* s. 196. Normalt er det opp til hver enkelt konvensjonsstat å avgjøre på hvilken måte og på hvilket nivå lovgivningen vedtas, men enkelte brudd på rettighetene har vært ansett så sentrale at sivilrettslig lovgivning ikke har blitt ansett tilstrekkelig, se *X, Y og Z mot Storbritannia*, saksnr. 21830/93, storkammer avgjørelse av 22. april 1997, premiss 27. I EMDs praksis er det også lagt til grunn at plikten til å vedta lovgivning gjelder i relasjonen mellom borger og stat, og intra borger, se *Young, James og Webster mot Storbritannia*, saksnr. 7601/76 og 7806/77, plenum, avgjørelse av 13. august 1981, premiss 49.

¹¹⁰⁷ Se *Platakaou mot Hellas*, saksnr. 38460/97, andre avdeling, avgjørelse av 11. januar 2001, premiss 37 med videre henvisninger.

¹¹⁰⁸ Se nærmere Pedersen 2014 s. 143 flg. Det er også mulig å lese mindretallets tilnærming til spørsmålet i Høyesteretts avgjørelse i *Rt. 2004 s. 1737 A* i dette perspektivet, se særlig premiss 73.

sammenheng med EMDs gjentatte fokus på at konvensjonens rettigheter skal være «practical and effective», ikke «theoretical and illusory».¹¹⁰⁹

For *det andre* er tilnærmingen naturlig fordi konvensjonsstatens handlinger fra EMDs perspektiv vurderes under ett. Hvorvidt lovgivningen i seg selv, eller den nasjonale domstolens tolkning av denne representerer en krenkelse, er for EMD underordnet. Hensett til at det innenfor konvensjonens medlemsstater eksisterer en mengde ulike måter og nivåer å vedta lovgivning på, hvor også domstolens rolle ved fastleggingen og utviklingen av rettsreglene er ulike, tvinges en slik tilnærming seg frem nærmest av seg selv.

Domstolens plikt til rettsanvendelse i samsvar med konvensjonen har kommet til uttrykk på ulike måter. I avgjørelsen *Storck mot Tyskland* ble det konstatert brudd på EMK artikkel 5 og 8. Den foregående saken for de tyske domstoler gjaldt spørsmål om erstatning for urettmessig tvangsplassering og tvangsmedisinering på ulike psykiatriske klinikker. Saksøkte ble frifunnet av nasjonale domstoler, dels under henvisning til at saksøker hadde samtykket til innleggelsene, dels under henvisning til at et eventuelt krav i alle fall var foreldet. For EMD var spørsmålet ikke bare om tvangsinnleggelsene representerte brudd på EMK, men også om de nasjonale domstolenes behandling av erstatningssøksmålet representerte et konvensjonsbrudd. I avgjørelsen uttrykte EMD at plikten til å sikre rettighetene etter konvensjonen, innebar en plikt for nasjonale domstoler «to apply the provisions of national law in *the spirit of those rights*».¹¹¹⁰

I det siterte er det flere aspekter. Først er det grunn til å merke seg at plikten ikke bare gjelder tolkning og fastlegging av innholdet i rettsregler. Ved å benytte uttrykket *the provisions* fremheves at alle former for normative grunnlag skal fortolkes i samsvar med konvensjonen. Dette innebærer at også avtaler omfattes. EMD uttalte derfor:

«Under these circumstances, the Court, presuming that the applicant had the capacity to consent, is unable to discern any reasonable factual basis for the national courts' conclusion that the

¹¹⁰⁹ Se til illustrasjon McCann og andre mot Storbritannia, saksnr. 18984/91, storkammer, avgjørelse av 27. september 1995, premiss 146 og I. mot Storbritannia, saksnr. 25680/94, storkammer, avgjørelse av 11. juli 2002, premiss 54.

¹¹¹⁰ *Storck mot Tyskland*, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005, premiss 93-98 og 147-148 (min kursivering).

applicant continuously consented to her medical treatment, thereby having validly concluded and not terminated a contract».¹¹¹¹

Ikke bare rettsregler om kompetanse til å inngå avtaler skal fortolkes *in the spirit of the convention*, men også spørsmålet om hvorvidt en avtale faktisk er inngått må fortolkes i et slikt lys. I saken representerte derfor de nasjonale domstolenes konklusjon om at klager gjennom konkludent atferd hadde samtykket til innleggelse, både en fortolkning av avtalerettslige regler om samtykkekompetanse og av situasjonen som sådan, et brudd på EMK artikkel 5 og 8.

Videre forutsettes nasjonale domstoler å foreta en vid tilnærming til konvensjonen. I tillegg til at de konkrete rettigheter som kan anses brutt er av betydning for fortolkningen av regler og avtaler, er også øvrige bestemmelser etter konvensjonen av betydning. I avgjørelsen fant EMD at nasjonale domstolers konklusjon om at et eventuelt erstatningskrav var foreldet, representerte et brudd på EMK artikkel 5. I begrunnelsen for bruddet på artikkel 5, viste EMD sågar til egne prinsipper for anvendelse av søksmålsfristen for klage til EMD etter EMK artikkel 35.¹¹¹² Ifølge EMD skulle nasjonale domstolers vurdering av foreldesspørsmålet vært behandlet «without excessive formalism, having regard to the particular circumstances of the case».¹¹¹³ Nasjonal rett skal altså også fortolkes *in the spirit* av EMKs regler for behandling av klager. Resonnementet synes dermed å være at nasjonale domstoler ved fastleggingen av nasjonal rett ikke bare skal ivareta de materielle og prosessuelle rettigheter og friheter som tilkommer individer etter EMK, men i tillegg iakttå eventuelle prinsipper som EMD har utledet for anvendelsen av sine interne prosessregler. En slik tilnærming gir uoversiktlige og potensielt langtrekkende konsekvenser for konvensjonsstaters plikter.

I *Pla og Puncernau mot Andorra* ble nasjonale domstolers plikt til fortolkning i samsvar med konvensjonen uttrykt på en annen måte.¹¹¹⁴ Saken gjaldt nasjonale domstolers fortolkning av et testamente, hvor «son» – sønn – ble funnet kun å omfatte biologiske barn,

¹¹¹¹ Storck mot Tyskland, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005, premiss 147.

¹¹¹² Storck mot Tyskland, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005, premiss 95.

¹¹¹³ Storck mot Tyskland, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005, premiss 95.

¹¹¹⁴ Pla og Puncernau mot Andorra, saksnr. 69498/01, fjerde avdeling, avgjørelse av 10. oktober 2006.

ikke adopterte. EMD fant at en slik tolkning stred mot EMK artikkel 8 i sammenheng med artikkel 14. Om nasjonale domstolers ansvar for å ivareta konvensjonen i egen rettsanvendelse uttaler EMD:

«In exercising the European supervision incumbent on it, [the Court] cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention».¹¹¹⁵

Igjen er det domstolene som er pliktsubjektet og igjen representerer domstolenes tolkning konvensjonsbruddet. På samme måte som i *Storck mot Tyskland*, gjelder plikten her tolkning i vid forstand. Dette slik at både ulike former for rettskilder og privatrettslige disposisjoner, herunder også testament, omfattes.¹¹¹⁶ I *Storck mot Tyskland* ble det krevd at tolkningene skulle være i samsvar med *konvensjonens ånd*. I det ovenfor siterte uttrykkes plikten ved at tolkningen ikke må være *urimelig, vilkårlig eller uoverensstemmende med konvensjonens bestemmelser* eller *konvensjonens underliggende prinsipper*. Hvorvidt det med de ulike uttrykksmåtene er tilsiktet en vesensforskjell er usikkert. Både ved å benytte uttrykket konvensjonens ånd og konvensjonens prinsipper fremheves at tolkningen ikke bare må være i samsvar med de(n) konkrete bestemmelse(r) som potensielt er brutt, men også øvrige bestemmelser. Henvisningen til EMK artikkel 35 i *Storck mot Tyskland* viser

¹¹¹⁵ Pla og Puncernau mot Andorra, saksnr. 69498/01, fjerde avdeling, avgjørelse av 10. oktober 2006, premiss 59. Tilsvarende uttalelser er gitt i *Khurshid, Mustafa og Tarzibachi mot Sverige*, og i storkammeravgjørelsen *Fabris mot Frankrike*. *Khurshid, Mustafa og Tarzibachi mot Sverige*, saksnr. 23883/06, tredje avdeling, avgjørelse av 16. desember 2008. I *Khurshid, Mustafa og Tarzibachi mot Sverige* var forholdet at en leieavtale for en leilighet i Rinkeby, Sverige, ble sagt opp på grunn av brudd på leieavtalen. Leierne hadde satt opp en parabolantenne, noe leieavtalen ikke tillot. Oppsigelsen ble bestridt av leierne idet oppføringen av parabolantennen var beskyttet av retten til å motta informasjon etter EMK artikkel 10. Oppsigelsen ble prøvd og funnet gyldig av svenske domstoler. EMD kom til at den svenske stat ved den nasjonale domstolens avgjørelse, hadde brutt EMK artikkel 10. *Fabris mot Frankrike*, saksnr. 16574/08, storkammer, avgjørelse av 7. februar 2013, premiss 60, ble det konstatert brudd på EMK protokoll 1 artikkel 1 i sammenheng med artikkel 14. Se også liknende uttalelser i *Karaman mot Tyrkia*, saksnr. 6489/03, andre avdeling, avgjørelse av 15. januar 2008, premiss 30, og *Larkos mot Kypros*, saksnr. 29515/95, storkammer, avgjørelse av 18. februar 1999, premiss 30-31.

¹¹¹⁶ Til forskjell fra i *Storck mot Tyskland* fremheves i større grad konvensjonsstatens skjønnsmargin i *Pla og Puncernau mot Andorra*. Årsaken til at skjønnsmarginen i større grad fremheves i sistnevnte avgjørelse kan ha sammenheng med at forholdet er utpreget sivilrettslig. Dette er også temaet i de to dissenterende dommernes votum, se *Pla og Puncernau mot Andorra*, saksnr. 61603/00, fjerde avdeling, avgjørelse av 10. oktober 2006, premiss 4 i votumet til dommer Bratza, og 6. avsnitt i votumet til dommer Garlicki.

sågar at også regler for saksbehandlingen for EMD kan være av betydning. Hvorvidt det samme kan innfortolkes i uttrykket konvensjonens underliggende prinsipper, er usikkert. Jeg har ikke lyktes å finne noen avgjørelser som har gjentatt eller bygget på uttalelsen fra *Storck mot Tyskland*. Derfor er det mest nærliggende å konkludere med at nasjonale domstoler ved fastleggingen av innholdet i både rettsregler og avtaler har en plikt til å ivareta de rettigheter og friheter som følger av konvensjonen.

Hvilken betydning har så dette for norske domstolars behandling av tvister hvor rettigheter etter menneskerettskonvensjonen er relevant, og hvilken betydning har det konkret for rettens veiledning? Først er det grunn til å fremheve at betydningen av en slik plikt for nasjonale domstoler må tilpasses hver enkelt konvensjonsstats prosessordning. Konsekvensene blir ikke nødvendigvis lik i de ulike konvensjonsstater. Plikten retter seg i første rekke mot fastleggingen av innholdet i rettsregler og avtaler – rettsanvendelse. Etter tvl. § 11-3 skal retten av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler.¹¹¹⁷ Det samme må da gjelde andre privatrettslige disposisjoner som testamenter. Idet EMK er inkorporert i norsk rett ved menneskerettsloven og gitt forrang foran andre rettsregler av lovs rang etter menneskerettsloven § 3, er norske domstoler allerede forpliktet til å anvende konvensjonen ved fastleggingen av innholdet i norske rettsregler. Kan det fra dette slutes at plikten til korrekt anvendelse av konvensjonen ikke er av stor betydning for den norske sivilprosessordningen? Så enkelt er det nok ikke. Tre forhold er av betydning.

For *det første* danner tvl. § 11-2 klare rammer i dispositive saker for domstolens frihet med hensyn til rettsanvendelsen. At retten er bundet av partenes påstandsgrunnlag og påstander medfører en *vesentlig begrensning* for rettens adgang til å anvende *relevante og korrekte* rettssetninger.¹¹¹⁸ For saker med menneskerettslige aspekter kan poenget illustreres med et eksempel som er parallelt til situasjonen i *Storck mot Tyskland*. Den tyske ankedomstolen kom der til at Storcks eventuelle krav var foreldet. EMD på sin side fant at foreldelsesbestemmelsen skulle vært anvendt «without excessive formalism, having regard

¹¹¹⁷ Også tolkning av innholdet i avtaler anses som rettsanvendelse etter tvl. § 11-3, se Schei m.fl. 2013a s. 394 som viser til Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1997 s. 846 U (s. 848). Se også Hov 2010a s. 520.

¹¹¹⁸ Skoghøy 2001 s. 717-718. Se også Skoghøy 2014 s. 929 flg.

to the particular circumstances of the case». ¹¹¹⁹ Om Storck – for en norsk domstol – ikke hadde påberopt seg faktiske omstendigheter ved saken som grunnlag for å tolke foreldelsesregelen innskrenkende, ville ikke domstolen kunne anvende foreldelsesbestemmelsen på en slik måte som EMD foreskriver. ¹¹²⁰ EMDs krav til korrekt anvendelse av konvensjonen kan dermed føre til at partenes autonomi bør begrenses i saker som angår rettigheter etter konvensjonen, eventuelt at retten må være mer aktiv og veilede for å klarlegge faktiske omstendigheter av betydning for vurderingen som skal foretas under den aktuelle menneskerettigheten.

For *det andre*, og dels i forlengelsen av det foregående utledes ikke rettsregler *in abstracto*, men er et resultat av et samvirke mellom den rettsregel partene anser relevante ut i fra de faktiske omstendigheter som partene mener foreligger. De faktiske omstendigheter som partene søker å sannsynliggjøre velges også i lys av deres forståelse av den aktuelle rettsregelen. Partenes forståelse av rettsregelen danner dermed begrensninger for hvilke faktiske omstendigheter som fremheves og som søkes sannsynliggjort. ¹¹²¹ Igjen er eksemplet fra Storck mot Tyskland relevant: domstolen kunne ikke utlede eller anvende en rettsregel om foreldelse som inneholdt et slikt forbehold som EMD krever. Av denne grunn gikk EMD for langt i Storck. Å kreve at en foreldelsesbestemmelse skal tolkes innskrenkende på grunn av menneskerettskonvensjonens prosessforutsetninger, er å stille for store krav til en dommers kreativitet. ¹¹²² Uavhengig av situasjonen i Storck stiller også dette momentet krav til dommerens aktivitet for å skaffe til veie et faktisk avgjørelsesgrunnlag som er tilstrekkelig og relevant for den aktuelle menneskerettigheten.

For det tredje er det ikke alltid enkelt å komme frem til det nøyaktige innhold av konvensjonen. Dette fordi rettskildetilfanget under konvensjonen er enormt. Ikke bare produserer EMD en umengde avgjørelser hvert år, men også produksjonen av juridisk

¹¹¹⁹ Storck mot Tyskland, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005, premiss 95.

¹¹²⁰ Dette har også en side til spørsmål om i hvilken grad det menneskerettslige aspektet ved saken må være aktualisert før det kan sies å foreligge en plikt. Dette tas opp nærmere i punkt 7.3.4.

¹¹²¹ Se nærmere i punkt 2.4.

¹¹²² Samtidig var konklusjonen om at bestemmelsen måtte fortolkes innskrenkende etter min mening korrekt. Henvisningen til at vernet etter konvensjonen må være praktisk og effektivt (premiss 93), og at rettighetene må fortolkes kontekstuellt og uten unødvendig formalisme (premiss 95), utgjør etter min oppfatning en tilstrekkelig begrunnelse for bruddet.

litteratur om EMK er stor. Etter min mening bør nasjonale domstoler derfor gi partene et større ansvar for å legge til rette for en korrekt rettsanvendelse jf. tvl. § 11-3 tredje punktum. Denne forventingen må kommuniseres til partene. At konvensjonsrettighetene er av dynamisk karakter medfører en viss usikkerhet med hensyn til hvilket innhold EMD vil innfortolke i rettigheten. Det kan imidlertid verken partene eller retten i særlig grad gjøre noe med.¹¹²³

For *det fjerde* kan metoden norske domstoler anvender ved fastleggingen av innholdet i menneskerettighetene avvike fra EMDs egen metode og slik medføre ulikheter. Norske domstoler må foreta en *selvstendig tolkning* av konvensjonen, og domstolene må ved tolkningen «anvende de samme prinsipper for tolking som EMD og forholde seg til konvensjonsteksten og denne domstols avgjørelser».¹¹²⁴ Samtidig er det lagt til grunn at norske domstoler ikke skal være like dynamisk i sin tolkning som EMD, og at norske domstoler skal hensynta de verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lov og rettspraksis.¹¹²⁵ Begge disse forhold kan medføre at norske domstolars fastleggelse av innholdet i EMK ikke alltid er i samsvar med EMD.¹¹²⁶ Som konsekvens vil også norske domstolars fastlegging av innholdet i nasjonale rettsregler, selv under hensyntagen til menneskerettskonvensjonen, etter EMDs syn stride mot konvensjonen.

Disse momenter medfører etter min mening at domstolen får en endret rolle ved rettsanvendelsen i saker med menneskerettslige aspekter. Sammenfatningsvis for rettens materielle prosessledelse er det sentralt å peke på at retten, for å forhindre folkerettsbrudd, plikter å sørge for at den kan legge vekt på forhold som er relevante for å sikre en rettsanvendelse i samsvar med konvensjonens *ånd og prinsipper* og å klargjøre innholdet i menneskerettighetene. Dommeren kan dermed være forpliktet til i større grad å veilede i rettsvister med menneskerettslige aspekter enn i tvister uten slike. I slike saker medfører dette at retten må sørge for at ikke bare de faktiske omstendigheter som er relevante ved vurderingen av de menneskerettighetsbestemmelser som kan anses brutt er anført, men

¹¹²³ Usikkerheten med hensyn til hvilket innhold EMD legger i EMK, kan nasjonale domstoler i liten grad gjøre noe med. Det kan selvsagt inntas en sikkerhetsmargin ved fortolkningen, men en slik tilnærming har Høyesterett som kjent tatt avstand fra, se Rt. 2000 s. 996 P på side 1007-1008. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, «Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven», i *Retsteori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002, s. 733-761. (Skoghøy 2002) s. 748-749.

¹¹²⁴ Rt. 2001 s. 1006 A på side 1016.

¹¹²⁵ Rt. 2000 s. 996 P på side 1008.

¹¹²⁶ Se i samme retning Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Oslo 2009 s. 28, som påpeker at den dynamiske, formålsrettede og tidsriktige tolkningsstilen gjør at «konvensjonens ordlyd ikke alltid er en pålitelig indikator for å forutsi de resultater» avgjørelsesorganene kommer til. Se også Boe 2012 s. 415-416 og Skoghøy 2011 s. 526 flg.

også momenter som er relevante for vurderingen av konvensjonens underliggende prinsipper. Det siste utgjør en indirekte tilnærming til rettighetene etter konvensjonen, som stiller store krav til kunnskap om og forståelse av menneskerettighetene, og til dommerens fantasi.

7.3.3 Subsidiaritetsprinsippet – prosessualisering

7.3.3.1 Fokus på nasjonale domstolars avgjørelsesprosess

Under denne delen om subsidiaritetsprinsippet vil jeg med tre ulike tilnærminger vise at *behandlingen av tvister med menneskerettslige aspekter for nasjonale domstolars, vektlegges av EMD ved prøvingen av om rettigheten er krenket*. Dette er av betydning for rettens veiledning fordi dommeren kan påvirke behandlingen, blant annet ved å veilede.

Mange konvensjonsbestemmelser inneholder eksplisitte hjemler for å fravike rettigheten. I flere av de øvrige bestemmelsene er det innfortolket begrensninger.¹¹²⁷ Disse inngrepshjemlene er bygget opp etter en relativt lik struktur. Overordnet kreves det lovhjemmel og tilstrekkelig begrunnelse for å foreta et inngrep. Begrunnelsekravet inndeles tradisjonelt i et krav om legitimt formål, samt et nødvendighetskriterium. Under nødvendighetskriteriet er vurderingen om inngrepet er nødvendig for å ivareta de interesser som søkes beskyttet. Det foretas altså en proporsjonalitetsvurdering. I vurderingen av hvorvidt et inngrep er proporsjonalt vektlegges undertiden de nasjonale avgjørelsesprosesser. Dette gjelder prosessen uavhengig av om det er den lovgivende, utøvende eller dømmende makt som utøver myndighet. På grunn av kravet om uttømmelse av nasjonale rettsmidler i EMK artikkel 35 er ofte domstolens avgjørelsesprosess en sentral del av vurderingen ved individinngrep.

Fokuset på de nasjonale avgjørelsesprosesser har nær sammenheng med subsidiaritetsprinsippet.¹¹²⁸ Slik gjør også ønsket om ikke å virke som en 4. instans (4.

¹¹²⁷ Pedersen 2014 s. 143.

¹¹²⁸ Se til eksempel L. mot Finland, saksnr. 25651/94, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2000, premiss 118-120, Olsson mot Sverige (no. 2), saksnr. 13441/87, avdeling, avgjørelse av 27. november 1982, premiss 87.

instansdoktrinen), og også «*the better placed argument*» del av begrunnelsen.¹¹²⁹ I stedet for å undersøke inngrepet, kan dermed EMD fokusere på hvorvidt inngrepet har vært gjenstand for en forsvarlig behandling i de nasjonale avgjørelsesorganer. Kvaliteten i den nasjonale avgjørelsesprosessen er av sentral betydning for individets rettssikkerhet.¹¹³⁰ Ifølge flere er det tendenser i EMD praksis til et økt fokus på avgjørelsesprosessen, dels til fortrensel for fokus på de materielle rettigheter.¹¹³¹

Det prosessuelle fokuset er ikke noe nytt fenomen. Allerede i *Handyside mot Storbritannia* ble nasjonale domstolars avgjørelsesprosess fremhevet i vurderingen av hvorvidt et forbud mot å distribuere en barnebok representerte et brudd på EMK artikkel 10.¹¹³² I *Sporrong Lönnroth mot Sverige* ble fravær av prosessuell adgang til å få redusert en offentlig begrensning i muligheten til å utnytte en eiendom tillagt vekt.¹¹³³ Eksempler på et prosessuelt fokus finnes for mange av EMKs bestemmelser, og for mange ulike typer inngrep under de enkelte bestemmelser.¹¹³⁴

¹¹²⁹ Se Jon Petter Rui, «The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?», *Nordic Journal of Human Rights*, 2013, s. 28-54. (Rui 2013) (s. 49) og Janneke Gerards, «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine», *European Law Journal*, 2011 s. 80-120 (s. 110).

¹¹³⁰ Se Solheim 2009 s. 78.

¹¹³¹ Rui 2013 s. 41, Brems & Lavrysen 2013 s. 199 og Janneke Gerards, «The Prism of fundamental rights», *European Constitutional Law Review*, 2012 s. 173-202 (Gerards 2012) (s. 197). En slik endring i fokus knyttes til de store restansene i EMD og ses på som et virkemiddel for å redusere restansene og slik også saksbehandlingstiden, se Rui 2013 s. 50, Gerards 2012 s. 197.

¹¹³² Se *Handyside mot Storbritannia*, saksnr. 5493/72, plenum, avgjørelse av 7. desember 1976, premiss 48-52, særlig 51 og 52.

¹¹³³ Se *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, saksnr. 7151/75, plenum, avgjørelse av 23. september 1982, premiss 73. Se også Solheim 2009 s. 79.

¹¹³⁴ Blant annet EMK artikkel 8, se *W. mot Storbritannia*, saksnr. 9749/82, plenum, avgjørelse av 8. juli 1987, premiss 62, *Olsson mot Sverige* (no. 2), saksnr. 13441/87, avdeling, avgjørelse av 27. november 1982, *Elsholz mot Tyskland*, saksnr. 25735/94, storkammer, avgjørelse av 13. juli 2000, *L. mot Finland*, saksnr. 25651/94, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2000 og *Buckley mot Storbritannia*, saksnr. 20348/92, avdeling, avgjørelse av 25. september 1996; artikkel 9, se *Leyla Sahin mot Tyrkia*, saksnr. 44774/98, storkammer, avgjørelse av 10. november 2005; artikkel 10, se *Tolstoy Miloslavsky mot Storbritannia*, saksnr. 18139/91, avdeling, avgjørelse av 13. juli 1995 og *Wingrove mot Storbritannia*, saksnr. 17419/90, avdeling, avgjørelse av 25. november 1996; artikkel 11 og 12, se Eva Brems, «Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights» i *Shaping Rights in the ECHR, The Role of the European Court of Human Rights in determining the Scope of Human Rights*, 2013 s. 137-161 (Brems 2013) (s. 138); artikkel 1 i første tilleggsprotokoll, se *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, saksnr. 7151/75, plenum, avgjørelse av 23. september 1982, er et tidlig eksempel. I *AGOSI mot Storbritannia*, saksnr. 9118/80, avdeling, avgjørelse av 24. oktober 1986, kommer det prosessuelle fokuset mer eksplisitt frem, se premiss

EMK artikkel 8 har vært sentralt ved utviklingen av det prosessuelle fokuset.¹¹³⁵ Dette kan skyldes at rettighetene etter EMK artikkel 6 kun tilkommer «civil rights and obligations». Administrative prosedyrer omfattes ikke. Saker som angår barnevern og barnevernrelaterte spørsmål utløser – avhengig av den nasjonale prosessordningen – ikke nødvendigvis de prosessuelle rettighetene etter artikkel 6. Derfor har det vært et behov for å utlede prosessuelle garantier av den materielle bestemmelsen.

Fokuset på avgjørelsesprosessen er av betydning for hvilken skjønnsmargin konvensjonsstatene innrømmes.¹¹³⁶ I Shtukurov mot Russland gis det eksplisitt uttrykk for en slik virkning når det fremheves at:

«The extent of the State's margin of appreciation thus depends on the quality of the decision-making process. If the procedure was seriously deficient in some respect, the conclusions of the domestic authorities are more open to criticism».¹¹³⁷

Over er hovedfokuset at skjønnsmarginen reduseres når avgjørelsesprosessen er mangelfull. Samtidig er det av flere pekt på at nasjonalstatene innrømmes en større skjønnsmargin når avgjørelsesprosessen er god, hvilket i praksis medfører at fokuset på prosessuelle rettigheter gir en større skjønnsmargin enn det som ville vært tilfellet ved en materiell prøving.¹¹³⁸ Christoffersen oppsummerer dette med følgende:

«The more appropriate and careful the domestic procedure, the greater weight will be attached to the subsidiarity principle, and the wider will be the domestic measure of discretion».¹¹³⁹

I flere avgjørelser foretas det også en dobbel vurdering, hvor både den materielle siden og den prosessuelle siden ved inngrepet vurderes under nødvendighetskriteriet.¹¹⁴⁰ All den tid

55; og artikkel 3 første tilleggsprotokoll, se Podkolzina mot Latvia, saksnr. 46726/99, fjerde avdeling, avgjørelse av 9. april 2002.

¹¹³⁵ Se Brems & Lavrysen 2013 s. 191-192.

¹¹³⁶ Se for eksempel Sahin mot Tyskland, saksnr. 30943/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, premiss 46 flg. Se også Mads Andenæs, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin», Lov & Rett, 2015, s. 261-278 (s. 263-264). Skjønnsmargin må i denne sammenheng forstås i betydningen prøvingsintensitet, se Pedersen 2014 s. 138.

¹¹³⁷ Shtukurov mot Russland, saksnr. 44009/05, første avdeling, avgjørelse av 27. mars 2008, premiss 89.

¹¹³⁸ Rui 2013 s. 50-51 og Brems & Lavrysen 2013 s. 199. Se også Animal Defenders mot Storbritannia, saksnr. 48876/08, storkammer, avgjørelse av 22. april 2013, Dommer Bratzas votum premiss 17.

¹¹³⁹ Christoffersen 2009 s. 477. Det er sågar hevdet at ved å gjennomføre en rendyrket undersøkelse av avgjørelsesprosessen, vil det ikke lengre være behov for å undersøke hvorvidt inngrepet var nødvendig eller proporsjonalt, se Gerards 2012 s. 199, men så langt er EMD imidlertid ikke kommet.

¹¹⁴⁰ Glacomelli mot Italia, saksnr. 59909/00, tredje avdeling, avgjørelse av 2. november 2006, premiss 79, Taskin og andre mot Tyrkia, saksnr. 46117/99, tredje avdeling, avgjørelse av 10. november 2004, premiss 115 og Hatton og flere mot Storbritannia, saksnr. 36022/97, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, premiss 99. Undertiden foretas det også en integrert vurdering under disse to perspektiver, se Christoffersen 2009 s.

avgjørelsesprosessen kan representere et eget brudd på den aktuelle materielle rettigheten, er dette naturlig.¹¹⁴¹

EMD iakttar altså nasjonale domstolars prosess ved vurderingen av om et inngrep i en menneskerettighet representerer en konvensjonskrenkelse. For denne avhandlingens tema er det interessant hvilken betydning det økte fokus på avgjørelsesprosessen har for nasjonale domstolars behandling av saker, og særlig for dommerens rolle og dermed også veiledning. Derfor må det undersøkes hvilke elementer ved avgjørelsesprosessen EMD legger vekt på, og konsekvensene av en mangelfull prosess.

EMDs overordnede vurderingstema ved vurderingen av avgjørelsesprosessen er av sentral betydning. Vurderingstemaet har kommet til uttrykk på forskjellige måter. Enkelte ganger er spørsmålet om «the applicant has been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide him with the requisite protection of his interests».¹¹⁴² I det siterte er fokuset todelt: både klagers involvering i prosessen og den vernede interesse gjør del av vurderingstemaet.¹¹⁴³ I *Buckley mot Storbritannia* var det nødvendig at «the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual».¹¹⁴⁴ I andre avgjørelser har vurderingstemaet utelukkende vært hvorvidt den vernede interessen ble ivaretatt.¹¹⁴⁵

Å finne et logisk system ved de ulike måter å formulere vurderingstemaet er ikke enkelt. De samme elementer tas opp under ulike vurderingstemaer. Ulike formuleringer er benyttet for de samme bestemmelser, og også for samme type inngrep. I enkelte avgjørelser, også

472, som viser til *L. mot Finland*, saksnr. 25651/94, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2000, premiss 119-121 som eksempel på en slik integrert vurdering.

¹¹⁴¹ Se *Brems* 2013 s. 159.

¹¹⁴² *Elsholz mot Tyskland*, saksnr. 25735/94, storkammer, avgjørelse av 13. juli 2000, premiss 52.

¹¹⁴³ På samme måte i *W. mot Storbritannia*, saksnr. 9749/82, plenum, avgjørelse av 8. juli 1987, premiss 62, *L. mot Finland*, saksnr. 25651/94, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2000, premiss 120 og *Gorgulu mot Tyskland*, saksnr. 74969/01, tredje avdeling, avgjørelse av 26. februar 2004, premiss 52.

¹¹⁴⁴ *Buckley mot Storbritannia*, saksnr. 20348/92, avdeling, avgjørelse av 25. september 1996, premiss 76.

¹¹⁴⁵ Se til eksempel *Sommerfeld mot Tyskland*, saksnr. 31871/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, premiss 66, *Sahin mot Tyskland*, saksnr. 30943/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, premiss 68 og *McMichael mot Storbritannia*, saksnr. 16424/90, avdeling, avgjørelse av 24. februar 1995, premiss 87.

storkammeravgjørelser, er det sågar samtidige henvisninger til avgjørelser med en annen måte å formulere vurderingstemaet på.¹¹⁴⁶ En slik manglende bevissthet om formulering av vurderingstema tyder på at det ikke er tilsiktet og ikke ment å skulle medføre noen realitetsforskjell. Oppsummert kan derfor den *vernedede interesse eller verdi* hevdes å være det sentrale. Hvorvidt parten er *involvert og hørt* er et sentralt moment ved vurderingen av om interessen eller verdien er ivarett.¹¹⁴⁷ Det er altså dette dommeren skal sikre.

Blant elementer som EMD har vektlagt er; reell tilgang til avgjørelsesorganer,¹¹⁴⁸ eventuelle ankemuligheter,¹¹⁴⁹ dekning av kostnader til prosessfullmektiger,¹¹⁵⁰ muntlige forhandlinger,¹¹⁵¹ høring av spesialister eller sakkyndige vitner,¹¹⁵² enstemmighet,¹¹⁵³ likt resultat i de ulike instanser,¹¹⁵⁴ fagkyndighet i avgjørelsesorganet,¹¹⁵⁵ nøytralitet¹¹⁵⁶ og partsdeltakelse.¹¹⁵⁷ Å hevde at det foretas en bred og omfattende vurdering av avgjørelsesprosessen er ingen overdrivelse.¹¹⁵⁸ Elementene spriker i noen grad, men kan forsøksvis sammenfattes i kategoriene *partsdeltakelse*, *nøytralitet* og *riktig avgjørelse*. Kun et fåtall av elementene angår saksbehandlingen direkte, men de fleste – om ikke alle – bidrar til å understreke betydningen av at prosessen må være *forsvarlig*, og forsvarlighet i prosessen har dommeren et stort ansvar for å besørge, om nødvendig gjennom veiledning

¹¹⁴⁶ Se særlig Sommerfeld mot Tyskland, saksnr. 31871/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, hvor det i premiss 66 vises til W. mot Storbritannia, saksnr. 9749/82, plenum, avgjørelse av 8. juli 1987.

¹¹⁴⁷ Se også Brems & Lavrysen 2013 s. 180-181.

¹¹⁴⁸ AGOSI mot Storbritannia, saksnr. 9118/80, avdeling, avgjørelse av 24. oktober 1986, premiss 55.

¹¹⁴⁹ Hatton og andre mot Storbritannia, saksnr. 36022/97, premiss 104, Giacomelli mot Italia, saksnr. 59909/00, tredje avdeling, avgjørelse av 2. november 2006, premiss 82 og Shtukurov mot Russland, saksnr. 44009/05, første avdeling, avgjørelse av 27. mars 2008, premiss 91.

¹¹⁵⁰ L. mot Finland, saksnr. 25651/94, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2000, premiss 120-121.

¹¹⁵¹ Elsholz mot Tyskland, saksnr. 25735/94, storkammer, avgjørelse av 13. juli 2000, premiss 51-53.

¹¹⁵² Kutzner mot Tyskland, saksnr. 46544/99, fjerde avdeling, avgjørelse av 26. februar 2002, premiss 68.

¹¹⁵³ Olsson mot Sverige (no. 2), saksnr. 13441/87, avdeling, avgjørelse av 27. november 1982, premiss 87.

¹¹⁵⁴ Olsson mot Sverige (no. 2), saksnr. 13441/87, avdeling, avgjørelse av 27. november 1982, premiss 87.

¹¹⁵⁵ I Buckley mot Storbritannia, saksnr. 20348/92, avdeling, avgjørelse av 25. september 1996, premiss 79 vektlegges det at avgjørelsesorganet (en kvasi-domstol) var besatt med en fagekspert.

¹¹⁵⁶ Salontaji-Drobnjak mot Serbia, saksnr. 36500/05, andre avdeling, avgjørelse av 13. oktober 2009, premiss 144, Shtukurov mot Russland, saksnr. 44009/05, første avdeling, avgjørelse av 27. mars 2008, premiss 92-93 og W. mot Storbritannia, saksnr. 9749/82, plenum, avgjørelse av 8. juli 1987, premiss 62.

¹¹⁵⁷ Gorgulu mot Tyskland, saksnr. 74969/01, tredje avdeling, avgjørelse av 26. februar 2004, premiss 53, Giacomelli mot Italia, saksnr. 59909/00, tredje avdeling, avgjørelse av 2. november 2006, premiss 82, Shtukurov mot Russland, saksnr. 44009/05, første avdeling, avgjørelse av 27. mars 2008, premiss 91 og Leyla Sahin mot Tyrkia, saksnr. 44774/98, storkammer, avgjørelse av 10. november 2005, premiss 120.

¹¹⁵⁸ AGOSI mot Storbritannia, saksnr. 9118/80, avdeling, avgjørelse av 24. oktober 1986, premiss 55 og Jokela mot Finland, saksnr. 28856/95, første avdeling, avgjørelse av 21. mai 2002, premiss 45.

av partene.¹¹⁵⁹ Hvilket krav som kan stilles til forsvarlighet beror etter EMDs praksis på sakens betydning og alvorlighetsgrad, hvor inngripende inngrepet er og eventuelle særlige faktiske omstendigheter ved saken.

At elementene er til stede underbygger et inntrykk av en forsvarlig prosess. Motsatt er fravær av slike undertiden ansett av EMD å være et selvstendig argument for at inngrepet ikke var nødvendig, og dermed for konvensjonsbrudd.¹¹⁶⁰ I lys av kravet til effektive og praktikable rettigheter er dette også naturlig, hvor det nettopp er svakheter ved avgjørelsesprosessen som har medført at det ikke er mulig å avklare om en rettighet er krenket, eller ikke.¹¹⁶¹ Sett i sammenheng med EMK artikkel 13 som gir krav på effektive rettsmidler, er det mange eksempler på at EMD har ansett den materielle rettigheten brutt som følge av mangelfull tilgang til slike rettsmidler. Å trekke noen klare retningslinjer fra EMDs praksis om bruk av artikkel 13 på selvstendig grunnlag og i sammenheng med den materielle rettigheten, er av flere funnet vanskelig.¹¹⁶²

Andre ganger foretas det en mer overordnet vurdering av prosessen i tråd med subsidiaritetsprinsippet. Dette gjelder særlig for avgjørelser om prosessen som er resultat av rettens vurdering av de faktiske forhold.¹¹⁶³ På denne bakgrunn kan det hevdes at et økt fokus på den nasjonale avgjørelsesprosessen ved inngrep i menneskerettighetene også danner en plikt for nasjonale domstoler til å sørge for en forsvarlig prosess. Dette også ved at retten bidrar til å klargjøre det rettslige eller faktiske grunnlaget for avgjørelsen.

¹¹⁵⁹ Se Brems & Lavrysen 2013 s. 192 som med uttrykkene *accuracy* og *correctability* kan forstås i samme retning. Se også Brems 2013 s. 154-155 som under henvisning til EMD praksis påviser at det også er anlagt en helhetlig vurdering av avgjørelsesprosessens fairness, se Ciubotaru mot Moldova, saksnr. 27138/04, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2010, premiss 51 og I. mot Finland, saksnr. 20511/03, fjerde avdeling, avgjørelse av 17. juli 2008, premiss 44.

¹¹⁶⁰ Elsholz mot Tyskland, saksnr. 25735/94, storkammer, avgjørelse av 13. juli 2000, premiss 51-53. I Buscemi mot Italia, saksnr. 29569/95, andre avdeling, avgjørelse av 16. september 1999, premiss 60-62 drøftes betydningen av svakheter ved den sakkyndiges faglige bakgrunn og svakheter ved den foretatte undersøkelse. I Shtukaturov mot Russland, saksnr. 44009/05, første avdeling, avgjørelse av 27. mars 2008, premiss 93 ble uklareheter ved den sakkyndiges rapport vektlagt. Se for øvrig Brems 2013 s. 159.

¹¹⁶¹ Se også Brems 2013 s. 159.

¹¹⁶² Se Christoffersen 2009 s. 503-507 og Brems 2013 s. 156-157.

¹¹⁶³ Se Sommerfeld mot Tyskland, saksnr. 31871/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, premiss 71 og Sahin mot Tyskland, saksnr. 30943/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003, premiss 73.

I ytterste konsekvens kan et slikt økt fokus på forsvarlighet medføre at dommerens handlinger – også ved å veilede – er av avgjørende betydning for hvorvidt materielle rettighetsbestemmelser anses brutt, eller ikke. Retten kan i sin veiledning gjennom eksempelvis å tillate utstrakt bevisførsel, sørge for ytterligere bevis, innhente sakkyndigerklæringer eller ved å sikre korrekte bevisemaer, bidra til en forsvarlig prosess.

7.3.3.2 Kravet til forsvarlighet når tvisten gjelder menneskerettigheter

Som redegjort over, stiller EMK artikkel 6 krav til alle domstolsprosesser, og er derfor i utgangspunktet ikke av interesse i denne delen av avhandlingen hvor fokuset er på tvister med påståtte menneskerettsbrudd. Imidlertid finnes det indikasjoner på at artikkel 6 stiller særlige krav til prosessen når tvisten gjelder konvensjonsbaserte materielle rettigheter. Dette er temaet i det følgende og derfor er EMK artikkel 6 relevant.

Med grunnlag i retten til en rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 har EMD utviklet en lære om at nasjonale dommere har plikt til å begrunne sine avgjørelser. Dette idet:

«The national courts must indicate with sufficient clarity the grounds on which they base their decisions. ... Reasoned decisions also serve the purpose of demonstrating to the parties that they have been heard, thereby contributing to a more willing acceptance of the decision on their part. In addition, they oblige judges to base their reasoning on objective arguments, and also preserve the rights of the defence».¹¹⁶⁴

Igen er partens oppfatning av å bli hørt, altså en side ved *partsdeltakelsen*, sentralt. I tillegg fremheves «reasoning» og «objective arguments», som kan forstås i retning av *nøytralitet* og *kvalitet*. Begrunnelsesplikten har altså i stor utstrekning en parallell begrunnelse og fokus, som fokuset ved EMDs vurdering av kvaliteten på den nasjonale avgjørelsesprosessen under de materielle bestemmelser.¹¹⁶⁵

Rekkevidden av begrunnelsesplikten er ikke grenseløs, men varierer med:

«The nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the

¹¹⁶⁴ Taxquet mot Belgia, saksnr. 926/05, storkammer, avgjørelse av 16. november 2010, premiss 91.

¹¹⁶⁵ Som påvist i punkt 7.3.3.1.

Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments». ¹¹⁶⁶

Begrunnelsesplikten avhenger dermed ikke bare av sakens art og betydning, men også partenes prosessopplegg. I en videre relativisering av begrunnelsesplikten fremhevet EMD i avgjørelsen *Wagner og J.M.W.L. mot Luxemburg* at det i tillegg var av betydning hvorvidt saken gjaldt rettigheter etter EMK:

«Where, in addition, those pleas deal with the “rights and freedoms” guaranteed by the Convention and the Protocols thereto, the national courts are required to examine them with particular rigor and care». ¹¹⁶⁷

Domstolen synes her å forutsette at det stilles større krav til begrunnelsen av saker om brudd på rettighetene etter konvensjonen enn i andre saker. Både det innskutte *in addition*, og den eksplisitte anvisningen på en *særlig grundig* behandling kan vanskelig forstås annerledes. Det stilles altså *ulike krav* til *forsvarlig behandling* av rettstvister avhengig av om den gjelder konvensjonsrettigheter eller ikke. Kravet til forsvarlighet er altså – også i denne sammenheng – relativt.

I EMDs avgjørelse *Magnin mot Frankrike* ble relativiseringen mellom saker om konvensjonsrettigheter og andre saker gjentatt. ¹¹⁶⁸ I tillegg ble det vist til at dette hadde en side til subsidiaritetsprinsippet ved at:

«Le soin apporté par les juridictions internes à répondre aux griefs tirés de la Convention est en conséquence susceptible de contribuer à réduire le nombre des requêtes soumises à la Cour. Autrement dit, c’est aussi la maîtrise du rôle de la Cour – et donc le bon fonctionnement du système de protection des droits fondamentaux institué par la Convention – qui est en jeu». ¹¹⁶⁹

Her peker EMD på sammenhengen mellom godt begrunnede avgjørelser og partenes aksept for det resultat den nasjonale domstol har kommet til. En større aksept for avgjørelsen vil i neste omgang redusere antall klager til EMD. Slik knyttes nasjonale domstolers plikt til begrunnelse av avgjørelser til det systemet konvensjonen etablerer.

¹¹⁶⁶ Ruiz Torija mot Spania, saksnr. 18390/91, avdeling, avgjørelse av 9. desember 1994, premiss 29.

¹¹⁶⁷ Wagner og J.M.W.L. mot Luxemburg, saksnr. 76240/01, første avdeling, avgjørelse av 28. juni 2007, premiss 96.

¹¹⁶⁸ Magnin mot Frankrike, saksnr. 26219/08, femte avdeling, avgjørelse av 10. mai 2012, premiss 29.

¹¹⁶⁹ Magnin mot Frankrike, saksnr. 26219/08, femte avdeling, avgjørelse av 10. mai 2012, premiss 29. Avgjørelsen foreligger kun på fransk.

I *Wagner og J.M.W.L. mot Luxemburg* og *Magnin mot Frankrike* var begrunnelsesplikten knyttet til EMK artikkel 6. Slik ble også det relative kravet til begrunnelse i saker om mulige konvensjonskrenkelser og andre saker utledet av denne bestemmelsen. Storkammeravgjørelsen *Fabris mot Frankrike* representerer en endring. Her ble den manglende begrunnelse for inngrepet benyttet som et selvstendig argument for brudd på EMK artikkel 14 i sammenheng med artikkel 1 i første tilleggsprotokoll.¹¹⁷⁰ Brudd på begrunnelsesplikten kan altså ses i sammenheng med andre rettigheter etter konvensjonen. Det er nærliggende å forstå EMDs resonnement i *Fabris mot Frankrike* i lys av det økte fokus på de nasjonale avgjørelsesprosesser ved inngrep i rettigheter etter konvensjonen som redegjort for i punktet over.

Det er naturlig ikke å se dette kun i relasjon til begrunnelse, men også til saksbehandlingen i videre forstand. Dette slik at kravet til forsvarlighet ved domstolens behandling av saker forsterkes. Å foreta en slik utvidende forståelse er samtidig ikke uproblematisk. I både *Wagner og J.M.V.L. mot Luxembourg* og *Magnin mot Frankrike* relativiseres det ved drøftelse av begrunnelsesplikten, slik at dette vanskelig kan ses uavhengig av begrunnelsen. Samtidig benyttes uttrykket *examine* i både den engelske og den franske utgaven av avgjørelsene. Å undersøke klagers anførsler – *pleas eller principaux moyens* i avgjørelsene – kan forstås både i vid og snever forstand, hvor en vid forståelse også innebærer – gjennom saksbehandlingen – å legge til rette for en nøye undersøkelse, som igjen kommer til uttrykk ved en utførlig begrunnelse. Slik stiller begrunnelsesplikten krav til den øvrige saksbehandling.

En formålsorientert fortolkning av begrunnelsesplikten er et ytterligere argument i samme retning. Som påvist var formålet med begrunnelsesplikten både å vise klager at hans argumenter er hørt, og i tillegg å ivareta verdier som nøytralitet og kvalitet. Disse tre momenter kan vanskelig ivaretas gjennom å fokusere på en plikt for dommeren til å begrunne sine avgjørelser, uten samtidig å stille krav til saksbehandlingen. At begge de ovenfor nevnte momenter er relevant underbygges etter mitt skjønn av uttalelser i *Wagner*

¹¹⁷⁰ *Fabris mot Frankrike*, saksnr. 16574/08, storkammer, avgjørelse av 7. februar 2013, premiss 72.

og *J.M.W.L. mot Luxemburg*, hvor det ikke ble lagt vekt på statens anførsel om at klagers anførsler verken var klare eller presise. Dette idet den nasjonale domstolen, om så var tilfellet, kunne ha oppfordret klager til å klargjøre sine standpunkter.¹¹⁷¹

Samlet er det min oppfatning at avgjørelsene gir anvisning på et forsterket krav til forsvarlig domstolsbehandling når tvisten gjelder konvensjonsrettigheter enn når den ikke gjør det. Dette har åpenbart en side til dommerens aktivitet og veiledning. I den grad det er nødvendig å klargjøre eller supplere partenes prosessopplegg for å ivareta kravet til en forsvarlig behandling, er det dommerens oppgave å sørge for dette. EMDs uttalelser i *Wagner og J.M.V.L. mot Luxembourg* er illustrerende. Staten ble ikke hørt med argumenter om at anførselene var uklare.

7.3.3.3 Resultatet av nasjonale domstolers avgjørelsesprosess

Selv om fokuset i det foregående har vært de nasjonale domstolers avgjørelsesprosesser, er det samtidig viktig å huske at dette *kun* er prosesser. Det foregående har vist at avgjørelsesprosessen i noen grad er et mål i seg selv. Allikevel er de i første rekke fremgangsmåten for å komme frem til et resultat; dommen. Avgjørelsen er også EMDs primære grunnlag for å vurdere hvorvidt konvensjonsstaten har brutt klagers rettigheter etter konvensjonen. Med Pedersens ord er avgjørelsen «EMDs vindu inn til de nasjonale vurderinger og den nasjonale behandling».¹¹⁷² Den nasjonale domstolens avgjørelse i saker

¹¹⁷¹ Se *Wagner og J.M.W.L. mot Luxemburg*, saksnr. 76240/01, første avdeling, avgjørelse av 28. juni 2007, premiss 86 og 92.

¹¹⁷² Pedersen 2014 s. 141. På grunn av kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler før en sak kan tas inn til behandling for EMD, består vinduet primært av konvensjonsstatens øverste domstols avgjørelse. Hvilke forventninger som stilles til avgjørelsen retter seg derfor i første rekke mot Høyesterett. Imidlertid er det fullt mulig at en avgjørelse ikke slippes inn til behandling for Høyesterett i Norge, slik at EMD må ta utgangspunkt i lagmannsrettens avgjørelse. Uavhengig av behandling i øverste domstol, kan underliggende domstolers avgjørelse også være av interesse. Dette gjelder særlig når resultatet og begrunnelsen er ulik i underliggende domstoler og den øverste domstol, se Pedersen 2014 s. 185 under henvisning til *Brunconra mot Finland*, saksnr. 41673/98, fjerde avdeling, avgjørelse av 16. november 2004. Underliggende domstolers avgjørelser kan også bidra til å belyse begrunnelsen for inngrepet. I saken *Raëlien Suisse mot Sveits* vektla ulike nasjonale avgjørelsesorganer ulike hensyn ved sine avgjørelser. EMD fant at de hensyn som ble vektlagt av de ulike avgjørelsesorganene isolert sett ikke var tilstrekkelig for å begrunne inngrepet, men at de samlet sett var tilstrekkelig, se *Raëlien Suisse mot Sveits*, saksnr. 16354/06, storkammer, avgjørelse av 13. Juli 2012, premiss 72. Også dette viser at vinduet består av mer enn den øverste domstols avgjørelse.

som angår forhold av menneskerettslig karakter, har dermed til dels et annet formål enn avgjørelser uten slike. Den nasjonale avgjørelsen er den primære kilden til å vurdere om den materielle rettigheten er krenket. En avgjørelse som ikke evner å formidle den nasjonale begrunnelsen for et inngrep, gir dermed også grunnlag for å anse selve rettigheten krenket.¹¹⁷³ Derfor må det undersøkes hvilke krav som stilles til begrunnelsen. Kravene er av betydning for hvilke sider ved avgjørelsesgrunnlaget, faktisk eller rettslig, retten blant annet gjennom veiledning skal bidra til å belyse.

At EMD er en potensiell adressat for en avgjørelse er av betydning for hvordan den bør utformes. På samme måte som sakens parter, er EMD interessert i hvilket faktum som legges til grunn, innholdet i den relevante rettigheten og avveiningen av om inngrepet representerer en krenkelse av rettigheten.¹¹⁷⁴ Det er imidlertid grunn til å tro at EMD har behov for en bredere anlagt og mer inngående forklaring av de grunnleggende kulturelle forhold som ligger til grunn for inngrepet.¹¹⁷⁵ De forhold som anses naturlige i Norge, behøver ikke anses naturlig i Strasbourg.

EMDs avgjørelse i *Lindheim og andre mot Norge* er et godt eksempel.¹¹⁷⁶ Tvisten gjaldt hvorvidt en lovregulering som ga festene rett til å forlenge festeavtaler for fritidsboliger på samme vilkår som tidligere, krenket tomteeieres eiendomsvern etter EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. Ved vurderingen av om inngrepet hadde et legitimt formål, la EMD vekt på at formålet med loven, boligsosiale hensyn, kun dels var treffende for fritidsboliger.¹¹⁷⁷ I proporsjonalitetsvurderingen, ble dette også vektlagt, ved påpekningen av at loven hadde en:

¹¹⁷³ Nettopp derfor kan EMDs prøving av de nasjonale domstolers avgjørelser hevdes å ligge i grensesnittet mellom materiell og prosessuell prøving, se Brems 2013 s. 154.

¹¹⁷⁴ Poenget her er ikke å redegjøre generelt for hvilke krav til nasjonale domstolers avgjørelser som kan utledes av EMK. Av dette er det allerede foretatt en imponerende gjennomgang og analyse, se Pedersen 2014 s. 135. flg.

¹¹⁷⁵ Se Pedersen 2014 s. 157.

¹¹⁷⁶ Se *Lindheim og andre mot Norge*, saksnr. 13221/08 og 2139/10, fjerde avdeling, avgjørelse av 12. juni 2012.

¹¹⁷⁷ I *Lindheim og andre mot Norge*, saksnr. 13221/08 og 2139/10, fjerde avdeling, avgjørelse av 12. juni 2012, premiss 100 fremgår at EMD var langt fra overbevist om at boligsosiale hensyn var et legitimt mål når det gjaldt fritidsboliger: «the Court does not find manifestly unreasonable the Norwegian Parliament's view that, on grounds of social policy considerations, there was a legitimate need to protect ... lease holders».

«Much wider reach than merely addressing situations of potential financial hardship and social injustice».¹¹⁷⁸

Verken lovgiver eller de nasjonale domstolers avgjørelser lykkes i å kommunisere begrunnelsen for inngrepet i bortfesternes eiendomsrett. Ifølge Pedersen har også domstolene et ansvar i denne sammenheng. De burde «ha lagt adskillig mer energi i å fortelle bakgrunnen for disse grunnleggende kulturelle trekk i det norske samfunnet», som hytter og fritidshus representerer.¹¹⁷⁹

Når EMD er potensiell adressat for avgjørelsen stilles det dermed andre forventninger til innholdet i en avgjørelse. Partenes prosesshandlinger kan i stor grad påvirke dette. Igjen er Lindheimsaken av interesse. For de nasjonale domstoler ble ikke forholdet til EMK P1-1 drøftet direkte, kun dagjeldende Grl. §§ 97 og 105.¹¹⁸⁰ Fordi en hjelpeintervenient påberopte EMK P1-1 vurderte Høyesterett enkelte sider ved denne rettigheten.¹¹⁸¹ Det skal ikke mye fantasi til for å forestille seg at partenes prosessopplegg var av betydning for Høyesteretts evne til å utforme en relevant og fullstendig begrunnelse for inngrepet til EMK P1-1. Også Høyesteretts motivasjon til å begrunne forholdet er det nærliggende å anta at ville ha blitt bedre om partene hadde holdt fulle prosedyrer om dette.¹¹⁸²

Partenes prosesshandlinger kan altså påvirke rettens mulighet til å formidle den nasjonale begrunnelse for inngrepet, herunder også den sosiokulturelle bakgrunnen som inngrepet ble foretatt i. I neste omgang kan det føre til at konvensjonsstaten dømmes for en konvensjonskrenkelse som kanskje hadde en bedre begrunnelse enn det som ble kommunisert til EMD. Selvsagt kan partene ved klagebehandlingen for EMD drøfte slike

¹¹⁷⁸ Lindheim og andre mot Norge, saksnr. 13221/08 og 2139/10, fjerde avdeling, avgjørelse av 12. juni 2012, premiss 130.

¹¹⁷⁹ Pedersen 2014 s. 157.

¹¹⁸⁰ Se Stig Solheim, «EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: revolusjonerende eller justerende?», *Lov og Rett*, 2013 s. 295-310 (s. 298).

¹¹⁸¹ Se Rt. 2007 s. 1281 P premiss 29 og 122 flg. Avgjørelsen er relevant for Lindheimavgjørelsen, Rt. 2007 s. 1306 P. Disse ble behandlet samme dag. Rt. 2007 1281 gjaldt den samme lov og forholdet til Grunnloven §§ 97 og 105, men gjaldt boligeiendommer.

¹¹⁸² I stukturkvotesaken, Rt. 2013 s.1345, fant Høyesterett at endring av strukturvoteordningen ikke innebar en krenkelse av EMK P1-1. Klage til EMD ble avvist. Avgjørelse fra EMD foreligger ikke per 01.09.2015, men det er for meg nærliggende å se dette i en begrunnelseskontekst. Sammenlignet med i Lindheim-saken, klarte Høyesterett i stukturkvotesaken å kommunisere begrunnelsen for inngrepet i eiendomsvernet bedre. Det er min oppfatning at dette bidro til at EMD fant at P1-1 ikke var krenket.

spørsmål nærmere, men konvensjonsstatens mulighet til dette begrenses av at det er den begrunnelse for inngrepet som er gitt som skal prøves, jf. artikkel 18.¹¹⁸³ Slik skaper EMDs fokus på nasjonale domstolars avgjørelse også krav til saksbehandlingen, og slik også til den nasjonale dommerens aktivitet. Prosessledelsen ved den nasjonale domstolen ved å veilede om eksempelvis påstandsgrunnlag eller bevis, kan være nødvendig for å få frem de sentrale punktene som er av betydning ved vurderingen av om konvensjonens rettigheter er krenket eller ikke.

7.3.4 Når anses en sak å inneholde menneskerettslige aspekter?

Så langt er det påvist at retten plikter å anvende konvensjonen riktig, altså foreta en korrekt rettsanvendelse, og i tillegg sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, og at dette kan være av betydning for rettens veiledning. Begge disse forhold stiller krav til rettens materielle prosessledelse. Det naturlige spørsmålet videre er når plikten oppstår. Når gjelder en sak en mulig konvensjonskrenkelse?

En tilnærming til spørsmålet er å undersøke hva som anses tilstrekkelig for å ha uttømt nasjonale rettsmidler etter EMK artikkel 35. Tankegangen bak en slik tilnærming er at grensen for når det menneskerettslige aspektet ved en sak anses å være fremmet for nasjonale domstoler, er styrende for når de nasjonale domstoler faktisk må ta stilling til det menneskerettslige aspektet. Når en konvensjonsrettighet anses tatt stilling til nasjonalt oppstår samtidig en plikt til å anvende konvensjonen korrekt og et forsterket ansvar for en forsvarlig saksbehandling.

Begrunnelsen for kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler kan bidra til å belyse grensen for når et rettsmiddel anses uttømt. Grunnleggende sett handler kravet om uttømming om arbeidsfordelingen mellom nasjonale domstoler og EMD, og EMDs subsidiære karakter.¹¹⁸⁴ Dette innebærer at nasjonale domstoler først skal få mulighet til å

¹¹⁸³ Se Pedersen 2014 s. 144 og Kjølbro 2010 s. 71.

¹¹⁸⁴ Se Ahmet Sadik mot Hellas, saksnr. 18877/91, avdeling, avgjørelse av 15. november 1996, premiss 30 og Vuckovic og andre mot Serbia, saksnr. 17153/11, storkammer, avgjørelse av 25. mars 2014, premiss 69. Tilsvarende krav finnes for andre internasjonale tvisteløsningsorganer, se Cardot mot Frankrike, saksnr. 11069/84, avdeling, avgjørelse av 19. mars 1991, premiss 34, Akdivar og og flere mot Tyrkia, saksnr.

reparere eller forhindre bruddet.¹¹⁸⁵ Kravet til uttømming av nasjonale rettsmidler har også naturlig sammenheng med kravet til effektive rettsmidler etter EMK artikkel 13.¹¹⁸⁶ Av denne grunn er ikke EMD strukturert for, og har dermed ikke kapasitet til å vurdere faktiske omstendigheter eller innta det antall saker som ville kommet til domstolen uten et krav om uttømming av nasjonale rettsmidler.¹¹⁸⁷ Totalt sett er dette tungtveiende grunner som medfører at det må stilles et reelt krav til at spørsmålet om menneskerettsbrudd har vært behandlet for nasjonale domstoler. Samtidig har EMD gjentatte ganger uttalt at kravet må anvendes med en viss fleksibilitet og ikke for formelt.¹¹⁸⁸

Med dette som bakgrunn har domstolen uttalt at avgjørende for hvorvidt en påstått krenkelse av konvensjonen har blitt avgjort av nasjonale domstoler beror på om tvisten eksplisitt eller «in substance» gjaldt den påståtte krenkelsen.¹¹⁸⁹ I *Paulet mot Storbritannia* ble det under en anførsel om undertrykking eller misbruk av prosessen, argumentert med at konfiskering av en eiendel måtte være i samsvar med EMK P1-1. EMD godtok at EMK P1-1 dermed var tilstrekkelig anført for nasjonale domstoler.¹¹⁹⁰ Dette viser at også underliggende argumentasjonen kan medføre at en rettighet er prøvd «in substance». Mer subtile sammenhenger aksepteres også. *Fressoz og Roire mot Frankrike* var utvilsomt et grensetilfelle. Under ankebehandlingen av en straffesak argumenterte de tiltalte med at en spesialbestemmelse for journalister skulle anvendes. EMD fant på det grunnlag at de tiltalte, om enn implisitt, hadde påberopt journalisters rett til informasjon som del av ytringsfriheten.¹¹⁹¹

21893/93, storkammer, avgjørelse av 16. september 1996, premiss 67. Se også Clement Salung Petersen, «Treaties in Domestic Civil Litigation: Jura Novit Curia?», *Nordic Journal of International Law*, 2011 s. 369-402 (s. 369 flg.).

¹¹⁸⁵ Se *Ali mot Storbritannia*, saksnr. 40385/06, fjerde avdeling, avgjørelse av 11. januar 2011, premiss 32 og *Civet mot Frankrike*, saksnr. 29340/95, storkammer, avgjørelse av 28. september 1999, premiss 41.

¹¹⁸⁶ *S mot Tyskland*, saksnr. 3300/10, femte avdeling, avgjørelse av 28. juni 2012, premiss 111.

¹¹⁸⁷ *Vuckovic og andre mot Serbia*, saksnr. 17153/11, storkammer, avgjørelse av 25. mars 2014, premiss 70.

¹¹⁸⁸ Se til eksempel *Azinas mot Kypros*, saksnr. 56679/00, storkammer, avgjørelse av 28. april 2004, premiss 38 og *Hentrich mot Frankrike*, saksnr. 13616/88, avdeling, avgjørelse av 22. september 1994, premiss 30.

¹¹⁸⁹ Se *Sabeh El Leil mot Frankrike*, saksnr. 34869/05, storkammer, avgjørelse av 29. juni 2011, premiss 32 og *Elci og andre mot Tyrkia*, saksnr. 23145/93, fjerde avdeling, avgjørelse av 13. november 2003, premiss 604 og 605.

¹¹⁹⁰ *Paulet mot Storbritannia*, saksnr. 6219/08, fjerde avdeling, avgjørelse av 13. mai 2014, premiss 50.

¹¹⁹¹ Se *Fressoz og Roire mot Frankrike*, saksnr. 29183/95, storkammer, avgjørelse av 21. januar 1999, premiss 38 og særlig 39.

Den påstått krenkede rettigheten må ikke eksplisitt påberopes. Det er tilstrekkelig å påberope nasjonal lovgivning med «the same or like effects».¹¹⁹² I *Castells mot Spania* ble det ansett tilstrekkelig at en senator påberopte seg en nasjonal bestemmelse om folkevalgtes ytringsfrihet for å anse nasjonale rettsmidler uttømt i relasjon til EMK artikkel 10.¹¹⁹³ Spesialbestemmelser med samme formål er altså tilstrekkelig.

Gjennomgangen viser at det stilles klare krav til enten den faktiske eller rettslige argumentasjonen for nasjonale domstoler. Den nasjonale domstolen må dermed ha en reell oppfordring til å ta stilling til betydningen av en konkret menneskerettighet for å anse rettsmiddelet som uttømt. Samtidig er den reelle situasjonen avgjørende, ikke formaliteter.

Grensen skaper samtidig en betydelig plikt for nasjonale domstoler til å bidra til et forsvarlig rettslig og faktisk avgjørelsesgrunnlag. Når det er tilstrekkelig å implisitt anføre en krenkelse, medfører det at det stilles små krav til partens klargjøring av den rettslige og faktiske bakgrunnen for bruddet. Det stilles desto større krav til nasjonale dommere og indirekte gir det klare forventninger også til dommerens veiledning

7.3.5 Sammenfatning – betydning for rettens veiledning

Med bakgrunn i gjennomgangen over kan det slutes at EMK stiller krav til nasjonale domstolars behandling av tvister om påståtte menneskerettsbrudd. En åpenbar observasjon er at praksis er fragmentert, og går på tvers av bestemmelser, situasjoner og prinsipper. Dette medfører utfordringer med å identifisere et system, og i den grad et system finnes og oppdages, er grunnlaget for generelle normative slutninger begrenset. Slutningene som trekkes blir dermed nødvendigvis mer nøkterne.

Ingen avgjørelser fra EMD har gitt uttrykk for eksplisitte forventninger om rettens medvirkning til sakens opplysning, endring eller klargjøring av partenes prosessopplegg. Dette er heller ikke overraskende. Selv om EMD knytter plikter til saksbehandlingen, er

¹¹⁹² Se for eksempel *Fressoz og Roire mot Frankrike*, saksnr. 29183/95, storkammer, avgjørelse av 21. januar 1999, premiss 38 og *Van Oosterwijck mot Belgia*, saksnr. 7654/76, plenum, avgjørelse av 6. november 1980, premiss 34.

¹¹⁹³ Se *Castells mot Spania*, saksnr. 11798/85, avdeling, avgjørelse av 23. april 1992, premiss 30.

disse generelle og overordnede. Konvensjonsstatenes frihet med hensyn til implementering av konvensjonen, og den polysentri av prosessordninger som eksisterer innenfor konvensjonsstatene, vanskeliggjør mer detaljerte beskrivelser av domstolens materielle veiledning.

Det finnes tydelige indikasjoner på at EMD stiller større krav til forsvarlighet ved behandlingen av saker med menneskerettslige aspekter enn i saker uten slike. Domstolene er gitt et betydelig ansvar. Alle de perspektiver som ble undersøkt over bekrefter etter mitt syn dette. Den vekt som EMD legger på forsvarlighet er etter mitt skjønn av stor betydning for spørsmålet om nasjonale domstoler *bør* veilede om materielle forhold i saker med menneskerettslige aspekter – veiledningen bør ytes både *oftere* og *mer inngående*. Et økt fokus på forsvarlighet er også av betydning for proporsjonalitetsvurderingen ved behandlingen av tvister med menneskerettslige aspekter.

Hvorvidt partenes autonomi bør begrenses i saker med menneskerettslige aspekter gir EMD ikke anvisning på. Samtidig er det et paradoks, som i Lindheim-saken, at partenes prosesshandlinger er av direkte betydning for Høyesteretts evne og vilje til å begrunne inngrepet i eiendomsretten, og dermed av betydning for hvorvidt konvensjonsstaten har krenket konvensjonen. Under normale omstendigheter ville en part selv måtte ta konsekvensen av egne valg – også i prosess. Denne forutsetningen slår ikke til på samme måte her. Indirekte kan avgjørelsen dermed ses på som et eksempel hvor det kan argumenteres for at partenes autonomi bør begrenses. Den gir i alle fall anvisninger på at retten *bør* utvise en stor aktivitet for å sørge for at de nasjonale begrunnelser som eksisterer for å foreta et inngrep i individers konvensjonsbaserte rettigheter faktisk drøftes, også ved den nasjonale behandling. Domstolenes kontrollfunksjon får på denne måten enda et nytt perspektiv og økt aktualitet.

Videre er det interessant å merke seg at terskelen for å anse at en sak inneholder et menneskerettslig aspekt ikke er særlig høyt. Så lenge saken i sin kjerne gjelder en mulig menneskerettskrenkelse, har retten en forventning om at spørsmålet skal behandles forsvarlig.

Delkapitlet ble innledet med en påstand av Erik Werlauff. Etter denne gjennomgangen er det fortsatt min klare oppfatning at det ikke var grunnlag for påstanden på tidspunktet den

ble fremsatt, og heller ikke i dag. Påstanden ga imidlertid grunnlag for et interessant og til dels fruktbart streiftog i menneskerettsmaterien, hvor det mest interessante er utviklingstendensene. Samtlige perspektiver som ble undersøkt i det foregående bekrefter en slik observasjon. Dels kan disse knyttes til en utvikling hos konvensjonsstatene som gjør at EMD i større grad kan fokusere på prosessuelle spørsmål, dels kan de knyttes til den kritikk som ofte fremmes; at EMD for inngående prøver materielle forhold de ikke har grunnlag for å prøve – på grunn av 4. instans doktrine og the «better placed»-argument, og dels til de restanser som eksisterer ved EMD. Nasjonale domstolars ansvar for å ivareta menneskerettighetene, gjør utviklingen dette desto mer spennende. Særlig relativiseringen av forsvarlighetskriteriet på selvstendig grunnlag i saker med og uten menneskerettslige aspekter, som foretatt i særlig *Fabris mot Frankrike*, er ny og spennende. Hvor dette vil lede er ikke sikkert.

7.4 Folkerettslige forpliktelsers betydning for rettens veiledning

Temaet i kapitlet til nå har vært hvilke krav til saksbehandlingen ved nasjonale domstoler som kan utledes av EØS-avtalen og EMK som folkerettslige avtaler. I gjennomgangen har fokuset utelukkende vært hvilke krav som kan utledes av de ulike konvensjonene og avgjørelser fra konvensjonsbaserte avgjørelsesorganer. Fokuset rettes nå mot nasjonale forhold. Problemstillingen nå er hvilken betydning det har for rettens behandling at folkerettslige forpliktelser er av betydning i saken. Noe spissformulert er spørsmålet om retten har et ansvar for å ivareta Norges folkerettslige forpliktelser. Slik problemstillingen er formulert utelukker dette for det første uttalelser eller avgjørelser fra ulike konvensjonsbaserte kontroll- eller avgjørelsesorganer. Slike kan undertiden ha uttalelser som gir domstolen ansvar for ivaretagelse av forpliktelser etter konvensjonen. For det andre vektlegges heller ikke betydningen av måten den folkerettslige forpliktelsen er gjennomført på i norsk rett.¹¹⁹⁴ En tredje forutsetning for den følgende drøftelse er at den foretas på et

¹¹⁹⁴ Dermed er ikke gjennomføring som ordinær norsk lov med forrang (som mrl. § 3 og Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2), eller konvensjonsforpliktelser med støtte i Grnl. § 92) av betydning i det følgende.

generelt nivå i den forstand at det gjelder domstolenes ansvar for å ivareta Norges folkerettslige forpliktelser som sådan. Trolig er bildet mer nyansert, og det er mulig at det kan stilles ulike krav til domstolenes ivaretagelse av ulike konvensjoner.¹¹⁹⁵

Som kjent har retten i enkelte typer saker et ansvar for å ivareta ulike offentlige interesser, og undertiden begrenses derfor partenes disposisjonsfrihet. I forarbeidene uttales det at «offentlige interesser i meget vid forstand» kan begrunne begrensninger i partenes disposisjonsadgang.¹¹⁹⁶ Under henvisning til dette har det blitt tatt til orde for at retten har et forsterket ansvar for sakens opplysning i saker om folkerettslige forpliktelser fordi:

«Utfallet av en tvist vedrørende [folkerettslige baserte] rettigheter vil kunne få konsekvenser for om den norske stat overholder sine folkerettslige forpliktelser, og dette utgangspunktet tilsier etter vårt syn at domstolene gis et større ansvar for sakens opplysning enn i alminnelige privatrettslige rettighetskonflikter».¹¹⁹⁷

Resonnementet er altså at *ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser* er en offentlig interesse som domstolen har et ansvar for å ivareta. Tvistemålsutvalgets uttalelse åpner for at retten har et ansvar også for andre interesser enn de retten tradisjonelt sett har hatt i indispositive saker. Om ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser representerer en slik interesse er mer usikkert. Verken tvistemålsutvalget eller departementet tar eksplisitt til orde for at denne interessen skal medføre begrensninger i partenes disposisjonsfrihet. Samtidig fremhever departementet at «noen av prinsippene for indispositive saker» burde følges i enkelte saker med fri rådighet.¹¹⁹⁸ At hensynet til ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser kan omfattes av en slik situasjon er heller ikke utenkelig.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁵ Dette kan bero både på konvensjonens egenart, om konvensjonen gir uttrykk for overordnede retningslinjer og om konvensjonen har konkrete bestemmelser om gjennomføringsforpliktelser. I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2012 s. 2039 P premiss 115-116 og 120-121 vektlegger mindretallet disse momentene i vurderingen av om det foreligger søksmålsadgang etter tvl. § 1-3 for påståtte brudd på barnekonvensjonen. Poenget i denne sammenheng er at det i vurderingen differensieres mellom ulike konvensjoner og rettigheter etter disse. Momentene i differensieringen har overføringsverdi også til spørsmålet om rettens ansvar for å ivareta ulike konvensjoner.

¹¹⁹⁶ NOU 2001:32 B s. 707 første spalte.

¹¹⁹⁷ Ørbeck Sørheim & Pedersen 2012 s. 289.

¹¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 177 første spalte.

¹¹⁹⁹ Også *access to justice* har blitt tatt til inntekt for at nasjonale domstoler ikke må avsi avgjørelser i strid med folkerettslige forpliktelser, se Francioni 2007 s. 12.

Fra et proporsjonalitetsperspektiv kan det argumenteres for at det står mer på spill når retten skal ta stilling til om en rettstilstand bryter med Norges folkerettslige forpliktelser. Slik taler også kravet til forsvarlighet i vid forstand for at det kreves en mer omfattende og grundig behandling før kravet til forsvarlighet anses oppfylt. Det kan argumenteres for at domstolens funksjon er noe endret i tvister hvor folkerettslige forpliktelser er av betydning ved at domstolens ansvar for å kontrollere de øvrige statsmaktens handlinger aktualiseres.

Enkelte prinsipper for tolkning og fastlegging av innholdet i nasjonale rettsregler viser at ønsket om ikke å krenke Norges folkerettslige forpliktelser vektlegges, og at også rettsanvendere har et ansvar. I Høyesteretts dom i Finangersaken, Rt. 2000 s. 1811 P, formuleres prinsippet på følgende måte: «For norsk rett følger dette av presumsjonsprinsippet, hvoretter norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser».¹²⁰⁰ Rekkevidden av prinsippet både med hensyn til hvilke folkerettslige forpliktelser som omfattes, og hvor langt rettsanvenderen er forpliktet til å gå i å tolke nasjonal rett innskrenkende er omdiskutert.¹²⁰¹ Her er det imidlertid av større interesse at domstolen er en slik rettsanvender som plikter å iaktta Norges folkerettslige forpliktelser ved sin rettsanvendelse. Slik iakttagelse kan medføre at det må innfortolkes nye vilkår i rettsregelen, som i neste omgang igjen vil være gjenstand for bevisførsel. Om partene ikke har ført bevis for de vilkår som retten finner å innfortolke i rettsregelen, kan det argumenteres for at retten har et ansvar for å veilede.

Prinsippene for tolkning av innholdet i konvensjoner kan også bidra til å kaste lys over rettens ansvar for å ivareta Norges folkerettslige forpliktelser. Avgjørelsene om prinsippene for nasjonale domstolers tolkning og fastlegging av innholdet i EMK er illustrerende. Etter uttalelsene i Høyesteretts avgjørelse Rt. 1999 s. 996 A – Bøhler, skal retten foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen etter de samme tolkningsprinsipper som EMD. Samtidig er det klart at nasjonale domstoler ikke skal anlegge en like dynamisk

¹²⁰⁰ Rt. 2000 s. 1811 P på side 1826.

¹²⁰¹ Nygaard 2004 s. 146, Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo 2010s. 64-65, Geir Ulfstein, «Internasjonal miljøretts stilling i norsk rett», *Lov og Rett*, 1999 s. 402-417 (s. 411) og Carl August Fleischer, *Folkerett*, Oslo 1994 s. 260-261.

tolkningsstil som EMD undertiden gjør.¹²⁰² Dette innebærer blant annet at retten ikke skal innfortolke noen sikkerhetsmargin for å forhindre brudd med konvensjonen, slik mindretallet i Høyesteretts dom i Karmøysaken, Rt. 1999 s. 1363 A, forutsatte.¹²⁰³ Om domstolene skulle hatt et vidtgående ansvar for å unngå konvensjonsbrudd, ville det vært et selvstendig argument for å ha en sikkerhetsmargin ved fastlegging av innholdet i konvensjonen. Så lenge det ikke er funnet grunnlag for å innfortolke en slik sikkerhetsmargin, er også det et argument for at retten ikke har noe selvstendig ansvar for å forhindre konvensjonsbrudd. Samtidig ga en fraksjon i Høyesterett i *Asylbarna I* uttrykk for at «hensynet til gjennomføringen av Norges menneskerettslige forpliktelser» var det bærende utgangspunkt for vurderingen av hvilket tidspunkt for faktumvurderingen som skal legges til grunn ved vurderingen av gyldigheten av forvaltningsvedtak.¹²⁰⁴ Bildet er ikke entydig.

Enkelte bestemmelser i tvisteloven kan også bidra til å kaste lys over problemstillingen. Etter tvl. § 30-13 har Høyesterett en plikt til å varsle Justisdepartementet i saker hvor det potensielt er konflikt mellom norsk lov og folkerettslige forpliktelser. I slike saker er overholdelse av folkerettslige forpliktelser et åpenbart tema, og alene det faktum at bestemmelsen eksisterer viser at slike spørsmål er av betydning for staten. Samtidig viser bestemmelsen en klar oppfatning om rollefordeling mellom de ulike statsmakter, hvor utøvende makt ved Justisdepartementet er den som skal ivareta etter bestemmelsens første ledd andre punktum «det offentliges interesser» ved spørsmål om konvensjonsbrudd. Det synes klart forutsatt at ansvaret for ivaretagelse av folkerettslige forpliktelser ved rettsvister er tillagt utøvende myndighet. Selv om bestemmelsen kun gjelder for saker for Høyesterett, kan staten etter tvl. § 15-8 (1) bokstav b inngi skriftlige innlegg for å belyse

¹²⁰² Se Rt. 1999 s. 996 A på side 1007, Skoghøy2002 s. 748-749 og Boe 2012 s. 386.

¹²⁰³ Se Rt. 1999 s. 1363 A på side 1380-1381 og Skoghøy 2002 s. 748-749.

¹²⁰⁴ Se Rt. 2012 s. 1985 P premiss 181. Se også Terje Einarsen, «Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?», *Jussens Venner*, 2013 s. 287-319 (s. 303). Også Rt. 2009 s. 560 er av betydning i denne sammenheng hvor Høyesterett under henvisning til barnets rettigheter etter EMK artikkel 8, fant at domstolen hadde rett til å gå utenfor rammene av det krav som partene hadde fremmet til behandling i en barnevernssak. Om ønsket om å overholde konvensjonen (internt fokus), eller å unngå å bli dømt for brudd på konvensjonen (eksternt fokus), var avgjørende for Høyesterett er ikke klart.

allmenne interesser. Det offentliges interesser ved potensiell konflikt mellom norsk lov og konvensjonsforpliktelser er typisk slike allmenne interesser. På samme måte er det etter omstendighetene mulig å begrunne status som partshjelper etter tvl. § 15-7 (1) bokstav b i slike situasjoner.

På denne bakgrunn er det etter mitt skjønn grunnlag for å hevde at kravet til forsvarlig saksbehandling nødvenidggjør en grundigere behandling av tvisten. Samtidig er det ikke grunnlag for å si at dette er domstolens ansvar alene – partene, og eventuelle hjelpere er gitt et like stort ansvar.

8. Småkravsprosessen og selvprosederende parter

8.1 Småkravsprosessen

8.1.1 Bakgrunn og hensyn

Dommerens rolle varierer etter hvilket prosesspor som følges i den konkrete sak. Slik er prosessform av betydning for reglene om materielle prosessledelse. Dette ved at prosessformen kan ha egne prosessregler,¹²⁰⁵ eller egne regler om dommerens forhold til sakens materielle side.¹²⁰⁶ I tillegg aktualiserer og vektet også prinsipper på en annen måte i andre prosessformer enn allmennprosessen, slik at de samme bestemmelser praktiseres ulikt avhengig av prosesspor.¹²⁰⁷ Partssammensetningen i de saker som behandles i de enkelte prosesspor er også av betydning for spørsmålet om dommerens veiledning. I småkravsprosessen er alle disse forholdene av betydning for rettens materielle prosessledelse.¹²⁰⁸

En av de større strukturelle endringene med tvistelovsreformen var etableringen av småkravsprosessen som egen prosesspor. Som hovedregel skal små krav behandles etter småkravsprosessens regler. Småkravsprosessens regler for behandling av krav gir anvisning på en enklere, raskere og mindre kostnadskrevende prosess.¹²⁰⁹

Bakgrunnen for etableringen var at små krav reelt sett var uten fungerende tvisteløsningsordning. Dette idet prosessordningen etter tvistemålsloven var så ressurskrevende at det ikke var kostnadssvarende å forfølge små krav etter tidligere

¹²⁰⁵ Se til eksempel arbeidsmiljøloven § 17-1 (1), Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) § 149, Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) kapittel 6, Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven) § 5-3 og Lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven) §§ 1 og 2.

¹²⁰⁶ Se for eksempel gjeldsordningsloven § 5-3 (1) og skjønnsprosessloven § 21.

¹²⁰⁷ Det forsterkede fokus på en forsvarlig saksbehandling i saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren etter tvisteloven kapittel 36, er eksempel på dette.

¹²⁰⁸ Med småkravsprosess siktes det i det følgende til prosessporet i tvisteloven kapittel 10, ikke eksempelvis forordningen om en europeisk småkravsprosess, se Nylund 2009 s. 207 flg.

¹²⁰⁹ NOU 2001:32 A s. 337 andre spalte og s. 341 andre spalte.

regelverk.¹²¹⁰ Den tidligere adgangen til forenklet rettergang av små krav etter tvml. §§ 322a og 322b, som var resultatet av en lovreform på 80-tallet, ble i liten grad benyttet.¹²¹¹ Slik må småkravsprosessen ses i sammenheng med «access to justice»-bevegelsen.¹²¹² Prosessformen finner dels sin begrunnelse i prinsippet om likebehandling av partene, idet den motvirker at ressurser skal være av avgjørende betydning for hvorvidt et krav fremmes.¹²¹³ I et videre perspektiv bidrar en reell tilgang til domstolen som tvisteløsningsmekanisme til at domstolens legitimitet øker.¹²¹⁴ I tillegg til å bidra til å bedre domstolens funksjon som konfliktløsende organ på det individuelle plan, bidrar det også til å sikre den adferdsstyrende funksjon på et samfunnsmessig plan.¹²¹⁵ Liknende utfordringer med å møte publikums behov for tvisteløsningstilbud har blitt observert i en rekke land de siste tiår, og det er etablert ulike ordninger for å møte disse utfordringene.¹²¹⁶

Hvorvidt småkravsprosessen har fungert i henhold til intensjonene, er det ikke enkelt å gi et entydig svar på. I en evaluering av tvisteloven foretatt av Justis- og beredskapsdepartementet utgitt 4. juli 2013, er erfaringene noe delte, særlig med hensyn til kvaliteten på tvisteløsningen.¹²¹⁷ Tilgangen til domstolene er ifølge departementet forbedret – også for personer med begrensede ressurser.¹²¹⁸ Tilsvarende undersøkelser i England og Canada viser imidlertid at etablering av egne domstoler for små krav har medført at tilgangen til domstolene kun har blitt forbedret for

¹²¹⁰ Se NOU 2001:32 A s. 317 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 197.

¹²¹¹ Se NOU 1999:22 punkt 3.8 hvor det påvises at anslagsvis 1% av tvistesakene ble løst etter reglene om forenklet rettergang. Se også Bårdsen & Nordén 2008 s. 76.

¹²¹² Se Tore Schei, «Viktige valg i sivilprosessen», i *Festskrift til Carsten Smith; Rettsteori og rettsliv*, 2002 s. 687-702 (Schei 2002) (s. 689-690) og Ruth Anker Høyen og Jon Bonnevie Høyen, «Small claims world wide», *Rett på sak*, 2007 nr. 4 s. 30-31 (s. 31).

¹²¹³ Se Anne Robberstad, «Hagerup, prosessen og den nye tvistemålsloven», i *Rettsforsker, politiker, internasjonalt: Perspektiver på Francis Hagerup. Oslo Studies in Legal History*, 2007 s. 193-203 (s. 198).

¹²¹⁴ Se John Baldwin, *Lowered Horizons and Broadened Vistas: The Small-Claims Court and Access to Justice*, Oxford 1997 (Baldwin 1997) s. 133 og Iain Ramsay, «Review: Lowered Horizons and Broadened Vistas: The Small-Claims Court and Access to Justice», *Journal of Law and Society*, 1998 s. 438-442 (s. 439).

¹²¹⁵ Se Per Henrik Lindblom, «En struntsak. Om process och exekution rörande småbelopp», i *Process och execution. Vänbok til Robert Boman*, 1990 s. 253-274 (s. 255 flg.).

¹²¹⁶ Se for Danmarks del Småsagsudvalgets betænkning nr. 1341 av 1997 som til slutt ledet til etableringen av småsagsprosessen som egen prosessform ved Lov nr. 538 av 8. juni 2006. I England har de hatt egne regler for behandling av små krav, men eget prosesspor for slike saker ble først etablert med reformen som ledet til The Civil Procedure rules 1998 No. 3132 (L.17) se Terence Ingman, *The English Legal Process*, 12th edition, London 2008 og Lord Woolfe Report seksjon 1 avsnitt 3. Se også Anne Robberstad, «Utenlandske sivilprosessforbilder – for Francis Hagerup og Tvistemålsutvalget (NOU 2001:32A og NOU 2001:32B)», i *Festskrift til Per Henrik Lindblom*, 2004 s. 575-588 (s. 583-584). Se også Uzelac 2014 s. 23 som viser til at liknende reformer er gjennomført i, Brasil, Hong Kong, Italia, Ungarn og Østerrike.

¹²¹⁷ Se Evaluering av tvisteloven s. 82.

¹²¹⁸ Se Evaluering av tvisteloven s. 94-95.

ressurssterke personer og bedriftseiere, ikke privatpersoner.¹²¹⁹ Både måten lovgiver har søkt å sikre et tvisteløsningstilbud for små krav, og hvilke metoder som har blitt benyttet i undersøkelsene, er trolig to sentrale årsaker til at funnene her er ulike.

Småkravsprosessen avviker fra allmennprosessen på flere områder av betydning for rettens veiledning. Dette gjelder i første rekke konkrete endringer som fravær av saksforberedende møte, større fokus på aktiv saksstyring,¹²²⁰ og et regelverk som skal muliggjøre selvprosederende parter.¹²²¹ Økt adgang til avskjæring av bevis, skjønnsmessige regler om adgang til endring av prosessopplegget – altså preklusjonsreglene, og begrenset adgang til anke, er alle endringer av betydning for spørsmålet om veiledning. I tillegg må avveiningen av de ulike sivilprosessuelle prinsipper som er relevant for spørsmålet om veiledning, være ulik innen småkravsprosessen sammenlignet med allmennprosessen. Dette er del av bakgrunnen for at det har blitt pekt på at behovet for veiledning i slike saker er langt større enn i saker etter allmennprosessen,¹²²² og at det har blitt hevdet retten i småkravsprosessen har en *plikt* til å drive materiell prosessledning.¹²²³

Ved etableringen av småkravsprosessen som prosesspor var altså ønsket om proporsjonalitet særlig ved behandlingen av små krav et sentralt hensyn. Samtidig ble det forutsatt at hensynet til forsvarlig saksbehandling, herunder at målsetningen om et materielt riktig resultat, skulle ivaretas.¹²²⁴ At saker etter småkravsprosessen avgjøres etter en raskere og mindre ressurskrevende behandling, skyldes dermed i større grad at sakene faktisk er egnet for slik behandling, enn at hensynet til proporsjonalitet prioriteres til fortrensel for forsvarlighet. Dette har også en side til forventningen om at behandlingen skal være tillitskapende. En omfattende og kostnadskrevende behandling av et relativt lite krav er ikke nødvendigvis tillitskapende. Dette har medført at sakens betydning kan medføre at den ikke er egnet til å behandles etter småkravsprosessens regler, jf. tvl. § 10-1

¹²¹⁹ Se Baldwin 1997 s. 439-440.

¹²²⁰ NOU 2001:32 A s. 341 og Skoghøy 2014 s. 646.

¹²²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 198 første spalte og Jens Edvin A. Skoghøy, «Ny norsk sivilprosesslov – Tvisteloven av 2005», *Jussens Venner*, 2006 s. 269-330 (Skoghøy 2006a) (s. 302).

¹²²² Se NOU 2001:32 A s. 341, Lindblom 1993 s. 33 og Karl Otto Torheim og Anne Austbø, Tvistelovbrev nr. 12b – Veiledning og aktiv saksstyring s. 1.

¹²²³ Se Skoghøy 2014 s. 646. Se også NOU 1983:48 s. 61 andre spalte.

¹²²⁴ NOU 2001:32 A s. 337 andre spalte.

(3) bokstav d.¹²²⁵ Saker av prinsipiell betydning er av den grunn ikke egnet for slik behandling, og derfor er det ingen målsetning med småkravsprosessen å bidra til rettsavklaring eller rettsutvikling.

At en part ikke har representasjon, er av sentral betydning for spørsmålet om veiledning. Dette er også forutsatt i tvl. § 11-5 (6). Prinsipielt er ikke dette annerledes i saker etter småkravsprosessen enn etter allmennprosessen regler. Samtidig er det et sentralt aspekt ved utformingen av reglene om småkravsprosess å muliggjøre at individer selv fører sine saker.¹²²⁶ Forekomsten av selvprosederende parter er derfor større i saker etter småkravsprosessen regler. Derfor har jeg valgt å skille behandlingen av selvprosederende parter ut til egen behandling i punkt 8.2. I det følgende behandles spørsmålet om rettens veiledning i småkravsprosessen uten hensyn til om parten er selvprosederende eller representert av advokat.

8.1.2 Reguleringen av rettens veiledning i småkravssaker

Reglene for behandlingen av tvister etter småkravsprosessen er regulert på to måter. I tillegg til en generell henvisning til enkelte av allmennprosessen saksbehandlingsregler og til generelle regler for saksbehandlingen, ble det vedtatt enkelte særregler. Rammene for rettens veiledning under saksforberedelsen er angitt ved at tvl. § 10-2 (2) henviser tilbake til tvl. § 11-5. Rettens veiledning under hovedforhandlingen er ikke regulert verken ved egen bestemmelse eller ved henvisning til tvistelovens øvrige regler. Tvistemålsutvalget synes å forutsette at tvl. § 11-5 skal gjelde under hele saksgangen, og da også under den muntlige sluttbehandling idet de uttaler at: «Rettens plikt til veiledning følger av de generelle regler om veiledning» tvl. § 11-5.¹²²⁷

Heller ikke reglene om preklusjon av for sent fremsatte prosesshandlinger etter tvl. § 9-16 gjelder i småkravsprosessen. I stedet er det lagt opp til en skjønnsmessig begrensning i

¹²²⁵ Se NOU 2001:32 A s. 340 første spalte.

¹²²⁶ Småkravsprosessen var også et område hvor det ble vurdert om rettshjelpere skulle kunne føre saker, se NOU 2002:18 s. 194-195.

¹²²⁷ NOU 2001:32 A s. 341 andre spalte (min presisering).

adgangen til å foreta prosesshandlinger etter tvl. § 16-5.¹²²⁸ I tillegg er det uklart om tvistelovens regler om rettens adgang til å føre bevis etter tvl. § 21-3 (2) andre punktum, og avskjæring av bevis etter tvl. §§ 21-7 (2) b og c, og 21-8 (1) gjelder i småkravsprosessen. Alle disse forholdene er av betydning for spørsmålet om veiledning.

Disse forholdene gjør at spørsmålet om veiledning i – om mulig – enda større grad enn for allmennprosessens vedkommende beror på dommerens skjønn. En side ved å sikre en reell mulighet til å selv fremme sine krav er at småkravsprosessen er både mer fleksibel og mindre formell enn allmennprosessens.¹²²⁹ Samtidig gir dette en mindre forutberegnelig. Til dels er dette nok en nødvendig konsekvens av et sterkt ønske om å oppnå større grad av proporsjonalitet i slike saker enn tidligere, og som Schei m.fl. gjentatte ganger gir uttrykk for, er det bedre med «rough and ready justice» enn ingen «justice» i det hele tatt.¹²³⁰

Samtidig bidrar reguleringen til å skape store utfordringer for dommeren. Spørsmålet om veiledning beror nærmest utelukkende på dommerens skjønn. Heller ikke reglene om avskjæring av prosesshandlinger, avskjæring av bevis og kommunikasjon med partene før rettsmøtet bidrar til å klargjøre grensene for veiledningen. At kravet til utforming av domsslutninger er mindre omfattende, og at adgangen til å få tingrettens avgjørelse i småkravssaker er begrenset, medfører at skjønnet er vanskelig å korrigere, hvilket fører til et enda friere skjønn i slike saker.

Etter min mening viser dette at det kan være mer utfordrende å håndtere slike saker enn saker etter allmennprosessens. Når partene i tillegg ofte er selvprosederende og tidspresset stort, øker vanskelighetsgraden ytterligere. Erfaring er derfor sentralt for å håndtere slike saker på en god måte. Samtidig er det grunn til å anta at dommerfullmektiger med begrenset erfaring har relativt sett flere slike saker enn embetsdommerne. Det kan være en uheldig kombinasjon.

¹²²⁸ Se Øyen 2010 s. 78 flg.

¹²²⁹ Skoghøy 2006a s. 302. Se også Elisabeth Wittemann, *Twistelovbrev nr. 11 – Småkravprosess s. 2.*

¹²³⁰ Tore Schei, «Reform av sivilprosessens», *Jussens Venner*, 2002 s. 229-241 (s. 239) og Schei 2002 s. 690.

8.1.3 Saksforbredelsen som forutsetning for en vellykket prosess

Grunnlaget for en ryddig sluttbehandling av tvisten legges under saksforberedelsen. Da klargjøres rammene for sluttmøtet. Både klargjøring av uklarheter i det eksisterende og endringer av prosessopplegget tar tid for den som mottar veiledning. Etter klargjøringen eller endringen er det motparten som har behov for tid til forberedelse. Grunnet kravet til proporsjonalitet vil en utsettelse av en småkravsak være uaktuelt under sluttbehandlingen. Sammen med retten til kontradiksjon medfører dette at det ikke i særlig grad kan foretas endringer under det muntlige møtet til sluttbehandlingen av tvisten.

Ved skriftlig korrespondanse mellom partene kan det legges et godt grunnlag for det avsluttende rettsmøtet, men etter min mening er et saksforberedende møte å foretrekke. Ved et saksforberedende møte skapes en dialog mellom retten og partene som gjør det mulig å avklare uklarheter og misforståelser langt mer effektivt enn gjennom skriftlig korrespondanse med partene. Muntlig kommunikasjon med en part om mer enn helt praktiske forhold er heller ikke ønskelig da motparten, av tillit til rettens upartiskhet, må kunne forvente fullt innsyn i innholdet av den kommunikasjon som har foregått. Særlig for småkravsprosessens vedkommende er det samtidig et poeng at selvprosederende parter nok har større behov for detaljert veiledning og kommunikasjon enn advokater. Av den grunn er veiledning per brev uegnet for selvprosederende. En muntlig form er i tillegg bedre egnet til å avklare forhold i prosessopplegget på en uformell måte. Til sist er det bedre muligheter for å undersøke muligheten for en minnelig løsning, og til å øve et visst press på partene for å oppnå nettopp dette. Av disse grunner bør det være et saksforberedende møte, helst det personlig fremmøte.¹²³¹

Hvordan er så situasjonen under saksforberedelsen i småkravsprosessen? Av tvl. § 10-2 (2) fremgår at retten gjennom «kontakt med partene» skal klargjøre saken og undersøke om det er mulighet for forlik. Med dette menes forutsetningsvis at det ikke skal avholdes forberedende rettsmøte.¹²³² Ut over dette kan kontakten foregå muntlig eller skriftlig, men

¹²³¹ Se også Skoghøy 2014 s. 625.

¹²³² Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 401 første spalte. Se også Skoghøy 2014 s.646, Schei m.fl. 2013a s. 360-361 og Bårdsen & Nordén 2008 s. 81.

samtidig er det forutsatt at «veiledning om materielle spørsmål ikke bør skje muntlig».¹²³³ Brevs form krever en formell tone som ikke er egnet for veiledning. For å avklare misforståelser behøves en mer uformell og åpen dialog. Dette gjelder i enda større grad for selvprosederende parter som ikke er kjent med *juristenes stammespråk*, og derfor kan ha behov for mer direkte veiledning.¹²³⁴ Lovgivers forutsetninger medfører her at retten i praksis har små muligheter til avklaring under saksforberedelsen.

Samtidig åpnes det for at saken kan reassumeres i medhold av tvl. § 9-17 (2) hvis den ikke forsvarlig kan tas opp til doms etter det muntlige sluttbehandlingsmøtet. En slik adgang vil nesten aldri anvendes på grunn av proporsjonalitetshensynet – som også er en side ved den forsvarlighetsvurderingen som skal foretas.

Etter min mening fører tvistelovens forutsetning på dette punkt til en uheldig situasjon. I stedet for nærmest ikke å drive saksforberedelse før det muntlige rettsmøtet til sluttbehandling, og så bli overrasket over de uklarheter som da eksisterer, bør retten under saksforberedelsen faktisk forberede saken. Det er da eventuelle uklarheter bør avklares. Slik muliggjøres i tillegg veiledning om alternativt prosessopplegg, noe som vil være uaktuelt under det avsluttende rettsmøtet.

Hovedregelen kan fortsatt være at det ikke skal avholdes saksforberedende rettsmøte, men det bør samtidig være en adgang til å innkalle til slikt møte.¹²³⁵ Terskelen for å innkalle til et slikt møte bør forutsettes å være lav. Både prosessøkonomiske hensyn, hensynet til en forsvarlig saksbehandling og et riktig resultat taler for dette. I de situasjoner hvor prosessopplegget er fullstendig og klart, vil det ikke være behov for et slikt møte og ingen kostnader vil løpe. En mer forsvarlig behandling, med færre overraskelser vil i et bredere perspektiv gi domstolene større legitimitet og troverdighet – og dette i en type konflikt som langt flere opplever, enn større tvister. Slik ivaretas også hensynet til domstolens

¹²³³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 401 andre spalte.

¹²³⁴ Se i samme retning Skoghøy 2014 s. 625, som fremhever at selvprosederende parter kan ha behov for mer «direkte kommunikasjon».

¹²³⁵ Sml. etter tysk rett hvor det i stedet for omfattende skriftlig forberedelse innkalles til saksforberedende møte, se Peter Gottwald, «Simplified Civil Procedure in West Germany», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31 1983 s. 687-701 (s. 694-695).

legitimitet i et bredere lag av befolkningen. Til dette kommer også at muligheten for å oppnå minnelig løsning under saksforberedelsen er langt større hvis det tas kontakt med begge parter samtidig og øves litt press fra rettens side.

8.1.4 Veiledning og preklusjon i småkravsprosessen

Det er en nær sammenheng mellom rettens veiledning og reglene om preklusjon av for sent fremsatte prosesshandlinger etter tvl. § 9-16. Bestemmelsen er imidlertid ikke positivt angitt å gjelde i småkravsprosessen. Årsaken til dette er at:

«Småkravsprosessen skal være en uformell prosess, hvor det legges til rette for at partene skal kunne ha mulighet for å greie seg uten advokat».¹²³⁶

Samtidig er tvl. § 16-6 (3) første punktum forutsatt å gjelde også i småkravsprosessen.¹²³⁷ Bestemmelsen gir hjemmel for å nekte prosesshandlinger foretatt. Terskelen for å anse en prosesshandling prekludert er imidlertid betydelig høyere etter tvl. § 16-6 (3) første punktum enn etter tvl. § 9-16. Dette kommer direkte til uttrykk i bestemmelsen, hvor det kreves at prosesshandlingen medfører at et rettsmøte må utsettes eller saken blir «vesentlig forsinket». I forarbeidene fremheves at avskjæring kan foretas når det er «klart klanderverdig» at prosesshandlingen ikke er foretatt tidligere.¹²³⁸

I småkravsprosessen kan den høye terskelen for å anse prosesshandlingen prekludert etter bestemmelsen ses i lys av de ovenfor nevnte grunner som Tvistemålsutvalget pekte på i relasjon til tvl. § 9-16. I tillegg er det naturlig å se hen til den generelle begrunnelse for preklusjonsregler, hvor både en mest mulig kostnadseffektiv prosess, og et incentiv for parten til å foreta prosesshandlinger så tidlig som mulig i prosessen er sentralt. Det første momentet har betydelig overføringsverdi til småkravsprosessen. Prosessøkonomi gjør del av den sentrale begrunnelsen bak etableringen av småkravsprosess som eget prosesspor. Prosessøkonomi er dermed et sentralt moment i vurderingen av om en prosesshandling skal nektes foretatt i småkravsprosessen etter tvl. § 16-6 (3) første punktum.

¹²³⁶ NOU 2001:32 B s. 763-764.

¹²³⁷ Robberstad 2015 s. 203 flg., Schei m.fl. 2013a s. 361 og s. 548, Mæland 2009 s. 95 og Øyen 2010 s. 80.

¹²³⁸ NOU 2001:32 B s. 764.

Den andre delen av den generelle begrunnelsen er at preklusjonsregler søker å bidra til en effektiv prosess ved å forhindre endringer som krever utsettelse. I sin mest uttalte form kommer dette til uttrykk i tvl. § 9-16 (1) bokstav a hvorefter det skal tas hensyn til om parten kan «bebreides» for ikke å ha foretatt prosesshandlingen tidligere. I småkravsprosessen er momentet av begrenset betydning. Som kjent er det en vekselvirkning mellom preklusjonsbestemmelsene og veiledning når det gjelder ansvaret for å sørge for et fullstendig prosessopplegg så tidlig som mulig. I småkravsprosessen, og fremfor alt ved selvprosederende parter, har dommeren i langt større grad enn i allmennprosessen en plikt til å bidra til at partenes prosessopplegg er forsvarlig, fullstendig og klart. Rettens ansvar for prosessopplegget medfører at det både formelt – og reelt – er en høy terskel for å avskjære sent foretatte prosesshandlinger.¹²³⁹ En forutsetning for å avskjære er nærmest at parten tidligere er veiledet om forholdet.

I småkravsprosessen foretas det av prosessøkonomiske hensyn så lite saksforberedelse som mulig, hvilket er bakgrunnen for at det ikke er adgang til å avholde forberedende rettsmøte.¹²⁴⁰ Av denne grunn er det i praksis mindre mulighet for retten til å veilede om sakens materielle side– dette til tross for at retten etter tvl. § 10-2 (2) er forutsatt å veilede under saksforberedelsen.¹²⁴¹ Om en av partene under sakens sluttbehandling søker å foreta en prosesshandling som vurderes avskjært etter tvl. § 16-6 (3) første punktum, vil det etter min mening nærmest ikke være anledning til å nekte prosesshandlingen foretatt, selv om saken av den grunn må utsettes. Det oppstår dermed et paradoks; på den ene siden begrenses rettens mulighet til å sørge for et forsvarlig prosessopplegg av prosessøkonomiske grunner, på den andre siden kan dette medføre at saken må utsettes og at prosessøkonomiske hensyn av den grunn ikke ivaretas. Av denne grunn bør retten også i saker etter småkravsprosessens regler avholde saksforberedende møter når en parts prosessopplegg er uklart og det av den grunn er behov for veiledning. I litteraturen er det tatt til orde for at småkravsprosessen bør suppleres med en klarere

¹²³⁹ Se i samme retning Lindell 1993 s. 127.

¹²⁴⁰ Se Schei m.fl. 2013a s. 360-361.

¹²⁴¹ Lindell 1993 s. 201 flg. er av den oppfatning at muligheten for materiell prosessledning er langt bedre ved muntlig enn skriftlig saksforberedelse. Se også umiddelbart over.

preklusjonsbestemmelse.¹²⁴² En slik bestemmelse gir etter min oppfatning ingen mening eller merverdi uten at det samtidig foretas en lovendring som gir anledning til å avholde saksforberedende møter også i småkravsprosessen: Uten en adgang til å avholde saksforberedende møte er det heller ikke mulig å anvende en preklusjonsregel i småkravsprosessen.

8.1.5 Uklarheter i det eksisterende prosessopplegget

På samme måte som prosessopplegget i en sak for domstolen etter allmennprosessen kan være uklar, kan også saker etter småkravsprosessen være det. Det kan eksistere uklarheter ved både partenes påstander, partenes påberopte grunnlag for påstandene og de beviser som bebudes ført. Som utgangspunkt står slik klargjøring ikke i en annen stilling i småkravsaker enn i andre saker. Under begge prosessformene reguleres spørsmålet av tvl. § 11-5 (3). Heller ikke de prinsipper og hensyn som gjør seg særlig gjeldende i småkravsaker, medfører at det stilles andre krav til rettens plikt til å klarlegge partenes prosessopplegg. Dette gjelder etter min mening uavhengig av om parten har representasjon eller ikke. Hensynet til forsvarlig behandling og også motpartens behov for å imøtegå påstander og grunnlag for påstander, taler like sterkt for at prosessopplegget klargjøres.

Behovet for presisering av bevistemaet kan i utgangspunktet være like stort i småkravsaker som i andre saker. I tillegg kan bevissituasjonen være uklar og omfattende. Selv om småkravsprosessen typisk bør benyttes i saker av liten betydning og som er oversiktlig både rettslig og faktisk, er det ingen nødvendig sammenheng mellom kravets størrelse og disse forholdene.

Samtidig er terskelen etter tvl. § 10-1 (3) bokstav d relativt lav for å anse en sak så omfattende eller vanskelig at den ikke kan behandles på en forsvarlig måte etter småkravsprosessens regler. Forarbeidene forutsetter at det er en *unntaksbestemmelse som kun skal fungere som en sikkerhetsventil*, og som krever *særlig sterke grunner*.¹²⁴³ På tross

¹²⁴² Se Øyen 2010 s. 80-81.

¹²⁴³ Se NOU 2001:32 B s. 763 og Schei m.fl. 2013a s. 358. Se også RG-2009-1034 s. 2-3.

av dette er det min oppfatning at unntaksregelen enkelte ganger i praksis fungerer som en hensiktsmessighetsregel. Dette på tross av den fleksibilitet som er forutsatt å ligge i reglene om småkravsprosess både med hensyn til forberedelse, behandlingsform og omfang. Særlig kjennelse LB-2010-174742 er illustrerende, hvor tvist om fjerning av et (stort) grantre ikke forsvarlig kunne behandles etter reglene for småkravsprosess.¹²⁴⁴ I avgjørelsen var særlig behovet for befarung avgjørende. Et annet eksempel er LF-2009-104713, hvor det nærmest utelukkende foretas en hensiktsmessighetsvurdering.¹²⁴⁵ Avgjørelsen i LB-2010-43786 og LH-2010-52417 er etter min mening eksempler på gode anvendelser av unntaksregelen, hvor terskelen ikke settes unaturlig lavt. I sum medfører dette at det i realiteten er mindre behov for å klargjøre bevistemaet i småkravsaker.¹²⁴⁶

I denne sammenheng er det for øvrig problematisk at dommeren på grunn av det manglende fokus på saksforbredelse i liten grad, og ikke tidlig nok, kan avdekke om en sak inneholder spørsmål av prinsipielle karakter som gjør den uegnet for behandling etter småkravsprosessens regler.

En annen forskjell mellom småkravsprosessen og allmennprosessen er også av betydning for behovet for og muligheten til å klargjøre prosessopplegget til partene. I punkt 4.3.2 fremholdt jeg at retten burde foreta en foreløpig vurdering av partenes prosessopplegg for å klargjøre om prosessopplegget er *mangelfullt* eller *ufullstendig*. Dette for å klargjøre om parten i det hele tatt kan vinne frem med sitt krav slik det er formulert. Slike foreløpige vurderinger er det mest hensiktsmessig å foreta tidlig i prosessen, med utgangspunkt i partenes stevning og tilsvarende. Selv om utforming av stevning også i småkravsprosessen er regulert av tvl. § 9-2, stilles det i realiteten små krav til utforming av stevning. Blant annet er det ansett å være tilstrekkelig å sende inn en nemndsavgjørelse eller forliksdom til tingretten og samtidig angi hva som er feil og hvilket resultat som kreves.¹²⁴⁷ Dommerens grunnlag for å prøve om prosessopplegget er mangelfullt, er i slike tilfeller begrenset. At

¹²⁴⁴ Avgjørelsen ble senere opphevet av Høyesterett, men ikke av denne grunn, se Rt. 2011 s. 29 U.

¹²⁴⁵ Samtidig synes denne avgjørelsen å være preget av lagmannsretten anså tvistesummen reelt sett å være over 125.000, se kjennelsens side 3.

¹²⁴⁶ Samtidig er det en større hyppighet av selvprosederende parter i slike saker, hvilket trolig medfører at behovet for klargjøring av bevistema øker, se punkt 8.2.

¹²⁴⁷ Schei m.fl. 2013a s. 359-360. Se også NOU 2010:11 punkt 3.1.2.3.

partene etter tvl. § 10-2 (3) ikke behøver å varsle om bevis eller sende inn dokumentbevis før en uke før rettsmøtet, bidrar ytterligere til dommerens utfordringer.

I tillegg er det nok særlig i småkravsaker at selvprosederende parters adgang etter tvl. § 12-1 (2) til å få satt opp en stevning eller annen prosesshandling ved fremmøte til tingretten benyttes. En slik situasjon kan selvsagt kreve utstrakt veiledning av dommeren. Samtidig er det forutsatt i bestemmelsens fjerde ledd at en dommer som har ytt bistand til å sette opp et prosesskriv, ikke kan delta i sakens videre behandling.¹²⁴⁸

8.1.6 Bevisavskjæringsreglene i småkravsprosessen

Det er nær sammenheng mellom enkelte av reglene om bevisavskjæring og materiell prosessledelse, særlig tvl. §§ 21-7 (1) og (2) bokstav b og 21-8.¹²⁴⁹ Hvorvidt disse bestemmelsene også gjelder i småkravsprosessen, er ikke sikkert. Uklarheten skyldes flere forhold.

I småkravsprosessen er det gitt en egen bestemmelse, tvl. § 10-3 (5) tredje punktum, som gir retten anledning til å avskjære bevis ut i fra en *avveining av hensynene til en forsvarlig og prosessøkonomisk behandling*. Proporsjonalitet er et sentralt moment ved både tvl. §§ 21-7 (2) bokstav b og 21-8. Det er derfor ikke klart at disse bestemmelsene får – eller bør få – anvendelse ved siden av hverandre.

Lovgivers forutsetning er på dette punktet uklar. Lovgivningsteknisk fikk enkelte regler for allmennprosessen tilsvarende anvendelse, og i tillegg ble enkelte særregler utformet.¹²⁵⁰ Alternativt kunne det vært forutsatt at de alminnelige reglene for allmennprosess gjaldt tilsvarende i småkravsprosessen med mindre særregler for småkravsprosessen regulerte spørsmålet. En slik lovgivningsteknikk ble imidlertid ikke fulgt. Departementet forutsatte at det skulle:

«Henvise[s] til de konkrete bestemmelsene om allmennprosessen som kan anvendes tilsvarende uten betydelig tillemping. For øvrig bør det utformes regler som bare gjelder for småkravsprosessen».¹²⁵¹

¹²⁴⁸ Se nærmere i punkt 8.2.7.

¹²⁴⁹ Se nærmere i punkt 4.4.4.

¹²⁵⁰ NOU 2001:32 A s. 341 første spalte.

¹²⁵¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 200 første spalte.

Om bevisreglene gjør del av de reglene som er ment å anvendes i småkravsprosessen, er ikke klart, selv om bevis selvsagt skal kunne føres også i småkravsaker.¹²⁵² Trolig må henvisningen i tvl. § 10-3 (5) til § 9-15 forstås slik at i alle fall bevisreglene i kapittel 24-26 gjelder tilsvarende. Denne henvisningen skulle tilsi at de øvrige bestemmelser i kapittel 21-23 ikke gjelder tilsvarende i småkravsprosessen. Samtidig er det positivt angitt at tvl. §§ 21-10 og 21-11 første ledd *ikke* gjelder tilsvarende. Bildet er ikke entydig.

Schei m.fl. virker å forutsette at tvl. § 21-8 ikke kommer til anvendelse i småkravsprosessen på grunn av tvl. § 10-3 (5) tredje punktum, men samme forutsetning legges ikke til grunn for tvl. §§ 21-7 (1) og (2) bokstav b.¹²⁵³ Etter min mening må samtlige av disse bestemmelsene komme til anvendelse i småkravsprosessen. Dette først og fremst fordi de tre avskjæringsreglene har en så nær indre sammenheng at de nærmest må anses å være overlappende.¹²⁵⁴ Det kan innvendes at det fremstår som en uklar og noe merkelig lovgivningsteknikk om disse skal gjelde tilsvarende i småkravsprosessen uten at det er henvist til det. Det siste argumentet er imidlertid av liten vekt all den tid lovgivningsteknikken i kapitlet om småkravsprosessen er så vidt fragmentert og tilfeldig.

I det følgende er derfor spørsmålet i hvilken utstrekning retten etter tvl. § 10-3 (5) tredje punktum skal avskjære bevis av hensyn til proporsjonalitet i småkravsprosessen. Bestemmelsen gjelder kun den muntlige sluttbehandlingen. Det er altså ingen bestemmelse som gir eksplisitt adgang til å avskjære bevis under saksforberedelsen, men behovet for avskjæring av bevis er normalt mest fremtredende under den muntlige sluttbehandlingen.¹²⁵⁵

Twistemålsutvalget forutsatte at retten har en viss adgang til «forenkling og [...] beskjæring» av bevisførselen også under saksforberedelsen.¹²⁵⁶ Hvor det gis hjemmel til dette, er usikkert. Uttalelsen er gitt i sammenheng med tvl. § 10-2 (2) og (3), slik at det er naturlig å forstå som en implisitt del av den *nødvendige veiledning etter tvl. § 11-5*, som

¹²⁵² Se tvl. § 10-3 (5), hvor det viss til tvl. § 9-15, hvor det fremgår av (5) at vitner skal høres.

¹²⁵³ Schei m.fl. 2013a s. 801.

¹²⁵⁴ Se nærmere punkt 4.4.4.

¹²⁵⁵ Slik som i punkt 4.4.4.

¹²⁵⁶ NOU 2001:32 A s. 342 andre spalte.

tvl. § 10-2 (2) første punktum gir anvisning på. Men etter sin ordlyd gir ikke tvl. § 11-5 hjemmel til å avskjære bevis. I beste fall er det en klart utvidende tolkning av bestemmelsen. Det er stor forskjell på de endringer som en part selv foretar etter veiledning fra retten, og de endringer som retten bestemmer skal foretas. Særlig fra et autonomiperspektiv er det betydelige ulikheter. I tillegg er ikke partenes autonomi forutsatt å være mindre i saker etter småkravsprosessen enn etter allmennprosessen.

Kanskje kan rettens adgang til å avskjære bevis under saksforberedelsen utledes av hjemmelen til avskjæring under den muntlige sluttbehandlingen. Resultatet er det samme: beviset tillates ikke ført. I tillegg vil dommeren fremstå som relativt overbevisende under saksforberedelsen hvis det gjøres klart at beviset uansett vil avskjæres under den muntlige sluttbehandlingen. Reelt sett kan dommeren på denne måten ha en rett til å avskjære bevis også under saksforberedelsen.

Hvorvidt bevis skal avskjæres etter tvl. § 10-3 (5) tredje punktum, beror på en ren proporsjonalitetsvurdering. Sentralt i vurderingen er den tid som er satt av til behandling av saker etter småkravsprosessen. I tvl. § 10-3 (2) tredje punktum forutsettes at rettsmøtet som den klare hovedregel ikke skal vare lengre enn en dag, og i forarbeidene presiseres at normal lengde på rettsmøte til sluttbehandling av saken er «opp til 2-3 timer».¹²⁵⁷ Spørsmålet om bevisavskjæring må vurderes blant annet i lys av dette. Av denne grunn må bevisføringen konsentreres om *de springende og helt sentrale punkter* i saken.¹²⁵⁸ Derfor er det eksempelvis neppe rom for befaringer i en småkravsak.¹²⁵⁹

På samme måte som i allmennprosessen er det naturlig å vurdere å avskjære bevis som enten i «liten grad er relevante», har «liten beviskraft», eller som gjelder forhold som allerede er «tilstrekkelig belyst». Dette på samme måte som bevisavskjæring etter tvl. §§ 21-7 (1), 21-7 (2) bokstav b og 21-8. Sammenlignet med allmennprosessen og de

¹²⁵⁷ NOU 2001:32 A s. 342 første spalte. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 201 første spalte som anslår inntil en halv dag.

¹²⁵⁸ Schei m.fl. 2013a s. 365.

¹²⁵⁹ I både LH-2010-52417, LF-2009-104713 og LB-2010-174742 ble behov for befarung vektlagt som et moment i for at tvisten ikke burde behandles etter småkravsprosessen, jf. tvl. § 10-1 (3) bokstav d. Underforstått er det ikke rom for befarung i småkravsaker.

bevisavskjæringsregler som baseres på relevans- og proporsjonalitetskriterier, bør imidlertid terskelen for å avskjære bevis være lavere i småkravsprosessen. Både den begrensede tiden som settes av til slike saker, og det økte fokus på aktiv saksstyring fra dommerens side taler for dette. At saker etter småkravsprosessen forutsettes å være mindre sammensatte og kompliserte enn etter allmennprosessen, taler for en mer aktiv bevisavskjæring. For dommeren innebærer dette at det er lettere å vurdere relevansen og proporsjonaliteten av de tilbudte bevis, også på forberedelsesstadiet av saken.

I sum innebærer dette at terskelen for å avskjære bevis på grunn av manglende proporsjonalitet er lavere i småkravsprosessen enn i allmennprosessen. Til dette kommer også en overrepresentasjon av selvprosederende i småkravsprosessen. Det er grunn til å anta at selvprosederende, i større grad enn advokater, vil påberope seg bevis som ikke er relevante eller proporsjonale, slik at også den økte forekomsten av selvprosederende i småkravsprosessen, innebærer en mer aktiv bevisavskjæring.

8.1.7 Alternativt prosessopplegg

På samme måte som i allmennprosessen er den legislative begrunnelsen for å veilede utenfor rammene av partenes prosessopplegg svakere, noe som – også her – medfører at det sjeldnere veiledes om alternative prosessopplegg. Formålet bør også i denne sammenheng være å realisere partenes vilje. Det nærliggende og normale må være retningsgivende.

På samme tid er det enkelte særegenheter ved småkravsprosessen som er av betydning for spørsmålet om veiledning om alternative påstander, påstandsgrunnlag eller beviser. Å utrede alternative påstandsgrunnlag og å skaffe til veie alternative beviser er ressurskrevende. På grunn av et sterkt fokus på proporsjonalitet vil det sjelden være aktuelt å undersøke alternative prosessopplegg i småkravsaker. Dette selv om eksempelvis det alternative påstandsgrunnlaget grenser mot partenes eksisterende prosessopplegg. Av denne grunn bør dommeren være tilbakeholden med slik veiledning. Samtidig forutsetter begrensningen i tvl. § 10-2 (3) at tvister egnet for behandling etter småkravsprosessens regler sjelden krever sammensatte utredninger av rettsregler eller undersøkelser av sammensatte faktum. En forutsetning for behandlingsformen er at tvisten er så oversiktlig

at det er relativt enkelt å identifisere en korrekt eller forsvarlig innfallsvinkel til tvisten. Derfor er det implisitt et sjeldnere behov for å undersøke alternative prosessopplegg. For selvprosederende parter er det ikke like sikkert at denne forutsetningen slår til, men det leder oss over til det andre poenget. I småkravsaker vil det ikke være like ressurskrevende å undersøke og vurdere alternative påstandsgrunnlag som i allmennprosessen.

Samtidig kreves det samtykke for fremme av anke over små krav. Adgangen til ankebehandling er begrenset. Etter tvl. § 29-13 (1) beror spørsmålet om samtykke til fremme av anke på en skjønnsmessig vurdering. I forarbeidene er det ikke angitt noen terskel for når samtykke skal gis, ut over at den er forutsatt å være høyere enn tidligere tvml. § 356.¹²⁶⁰ Selv om bestemmelsen er forutsatt anvendt med smidighet, er det ut fra et proporsjonalitetssynspunkt naturlig at samtykkekravet medfører en reell og merkbar begrensning i adgangen til to-instans behandling av småkravsaker.¹²⁶¹ At en part kunne ha påberopt seg et annet påstandsgrunnlag eller ytterligere beviser, er klart nok relevant under vurderingen av om slikt samtykke bør gis, men det er sannsynlig at tingrettens behandling av tvisten er den eneste realitetsbehandlingen tvisten får. Dette taler med styrke for at grunnlaget for en parts påstand i både faktisk og rettslig henseende bør være korrekt og dekkende. Om nødvendig bør dommeren ved å veilede om alternative påstandsgrunnlag bidra til å sørge for nettopp dette.

Et annet særlig forhold av betydning for veiledning om alternative prosessopplegg i tvister etter småkravsprosessen er beløpsgrensen for behandling under småkravsprosessen. Ved veiledning som medfører endring av påstander, kan også tvistens totale omfang påvirkes. Dette kan føre til at forutsetningen for behandling etter småkravsprosessens regler faller bort.¹²⁶² Hvis det er endringer i prosessopplegget som dommeren etter en vurdering av hensynet til et korrekt resultat og proporsjonalitet bør foreta, bør ikke beløpsgrensene være

¹²⁶⁰ NOU 2001:32 B s. 776 andre spalte.

¹²⁶¹ NOU 2001:32 B s. 776 andre spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 475 andre spalte.

¹²⁶² Også veiledning som medfører at tvisten endres slik at den i større grad får preg av å gjelde ideelle interesser, er relevant i denne sammenheng.

styrende for hvorvidt det bør veiledes eller ikke. Samtidig er det klart at endring av påstand fort medfører at det også foretas endringer ut over det krav som er fremmet.

Veiledning utenfor rammene av kravet er det enda mindre grunn til å gi i småkravsprosessen enn i allmennprosessen. Men, som kjent, er grensen for kravet særlig uklar når det gjelder ett kontraktsforhold med flere mulige tapsposter eller tilgrensende krav. I slike situasjoner bør avgjørende være at parten får fremmet de krav som parten selv ønsker å fremme, at viljen realiseres. I et videre prosessøkonomisk perspektiv, og dermed også i et samfunnsøkonomisk perspektiv, er det dessuten ønskelig å avgjøre alle tvister som utspringer av avtaleforholdet mellom partene samlet.

8.2 Selvprosederende parter

8.2.1 Hvorfor veilede selvprosederende parter?

Retten til å representere seg selv i rettstvister er en grunnleggende rettighet begrunnet i partenes autonomi, som det skal sterke grunner til for å avvike.¹²⁶³ Det er parten selv som avgjør om og på hvilken måte partens egne interesser skal ivaretas. Kostnadene med å engasjere advokat er en sentral del av begrunnelsen for tilbakeholdenhet med å pålegge parter å søke representasjon,¹²⁶⁴ og av denne grunn skal det mye til før retten etter tvl. § 3-2 kan pålegge en part det.¹²⁶⁵

Selvprosederende parter er en uensartet gruppe. Som selvprosederende regnes alle parter som ikke er representert ved prosessfullmektig – de fører sin egen sak. Dette uavhengig av hvilken yrkesmessig bakgrunn eller utdanning parten har. Begrepet omfatter et bredt spekter av personer. Kyndige advokater i egne tvister, advokater i et selskaps styre,¹²⁶⁶ og jurister som er ledere i store eller små selskaper er alle selvprosederende. Dette på lik linje med en forbruker uten kjennskap til rettsregler, verken materielle eller prosessuelle. Som

¹²⁶³ NOU 2001:32 B s. 664-665.

¹²⁶⁴ NOU 2001:32 B s. 665 første spalte.

¹²⁶⁵ Samtidig er det en grunntanke at enhver alltid har rett til å bruke prosessfullmektig i en rettstvist, hvilket har kommet til uttrykk i tvl. § 3-1 (1).

¹²⁶⁶ Se NOU 2015:3 s. 109 første spalte.

selvprosederende regnes personer uavhengig av om de regelmessig er i retten, eller er der for første gang.¹²⁶⁷

Hvorvidt partene er selvprosederende eller representert ved advokat, er og har lenge vært av betydning i ulike henseender i sivilprosessen.¹²⁶⁸ Så også for spørsmålet om veiledning.¹²⁶⁹ Det er ansett så sentralt for spørsmålet om rettens veiledning at det er forutsatt i tvl. § 11-5 (6) at dommeren skal ta særlig hensyn til selvprosederende parter behov for veiledning, og er gjentatte ganger i forarbeidene forutsatt å være av betydning.¹²⁷⁰ Dette gjelder både spørsmål om hvorvidt, når, hvor langt og om hva det skal ytes veiledning. Men hvorfor er det slik?

På et overordnet plan må spørsmålet om veiledning av selvprosederende parter ses i sammenheng med ønsket om «access to justice», og det hinderet kostnader representerer for reell «access to justice».¹²⁷¹ Kostnadene forbundet med rettergang for norske domstoler knytter seg i første rekke til advokatene og deres salærer. For å muliggjøre at parter møter uten representasjon, og slik senke terskelen for å søke en tvist løst gjennom domstolen, må dommeren ta særlig hensyn til dette. Rettens veiledning av selvprosederende parter kan slik ses som et verktøy for å sikre reell «access to justice». Denne siden ved veiledning av selvprosederende parter handler i første rekke om å muliggjøre å fremme sak uten bistand av advokat.

Videre, som en konsekvens av kostnadsproblematikken, er også ressursmessige ulikheter mellom partene av betydning for om det kan søkes representasjon. Dette medfører kunnskapsmessige ulikhet i de situasjoner hvor kun en part er representert. Økonomiske

¹²⁶⁷ Såkalte *one shot litigants* og *repeat-player litigants*, se Lindblom 2000 s. 311.

¹²⁶⁸ Se Eckhoff 1943 s. 134 flg.

¹²⁶⁹ Se Skoghøy 2014 s. 646. Dette har vært av betydning lenge og kan ses i sammenheng allerede med Norske lov 1-9-15, som forbød bruk av advokater på landsbygda, se Hagerup 1895 s. 36. Også etter forordning om Rettens vedbørlige og hurtige Pleie av 3. juni 1796 § 13, påhvilte det retten en plikt til å «hjælpe [parten] til Rette og redeligen bidrage til Sagens Oplysning» når parten var en *eenforldig Almuesmand* som møtte uten prosessfullmektig, se A. Schweigaard, Den norske Proces – første bind, 4. utgave, Christiania 1879 s. 13.

¹²⁷⁰ Se til eksempel NOU 2001:32 A s. 139 og NOU 2001:32 B s. 709 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172, 173 andre spalte og 177 første spalte.

¹²⁷¹ Lindblom 2006 s. 126.

ressurser kan også muliggjøre en bredere anlagt sak, med mer informasjonsinnhenting og større tilgang på spesialister. Tilgang på økonomiske ressurser innebærer i tillegg større mulighet til å foreta prosesshandlinger. Ressurser kan også forstås i videre forstand, som tilgang på informasjon av ulik karakter, eksempelvis statistikk eller annen informasjon fra offentlige eller private registre eller informasjonsbanker. Slik informasjon kan i ulik grad kjøpes. Dette gjør seg særlig gjeldende i saker mellom det offentlige og private i tvister om utøvelse av offentlig myndighet.¹²⁷² Slike ulikheter mellom partene – særlig kunnskapsmessige – kan i noen grad utjevnes gjennom veiledning.

Betydningen av den ressursmessige ulikheten i kunnskap forsterkes ytterligere ved den økende rettsliggjøring, detaljregulering og spesialisering som er karakteristisk for vårt samfunn.¹²⁷³ Rettens internasjonalisering og de utfordringer som dermed oppstår med hensyn til å undersøke og fastlegge gjeldende rett, er sentrale utviklingstrekk å peke på her. Slike hinder for reell access to justice kan til en viss grad reduseres gjennom materiell prosessledelse. Det er altså en betydelig sammenheng mellom «access to justice» og materiell prosessledelse. Denne siden ved veiledning av selvprosederende parter har særlig betydning når bare en av partene er representert ved advokat.

Denne siste siden ved «access to justice», har nær sammenheng med delen av likebehandlingsprinsippet som handler om at ressursmessige ulikheter til en viss grad bør søkes utlignet.¹²⁷⁴ For tvistelovens vedkommende er det forutsatt at ressursmessig ulikhet mellom partene til en viss utstrekning skal søkes avhjulpet, hvilket også kommer til uttrykk tvl. § 1-1 (2) fjerde strekpunkt.¹²⁷⁵ Slik dreies fokuset i likebehandlingsprinsippet fra formell likebehandling til resultatmessig eller prosessuell likebehandling. Partene skal ikke nødvendigvis behandles likt i ett og alt, men ha like muligheter til å nå fram med sin sak.

¹²⁷² Stortingets justiskomité var inne på en side ved dette poenget ved behandlingen av tvisteloven, men deres fokus virker å ha vært styrkeforholdet, ikke den asymmetrien som skyldes ulik informasjonstilgang. Se Innst.O. nr. 110 (2004-2005) s. 62 andre spalte.

¹²⁷³ Cappelletti 1989 s. 244.

¹²⁷⁴ Se Nylund 2006 s. 97 som i en gjennomgang av tysk litteratur knytter denne siden ved likebehandlingsprinsippet til prinsippet om *equality of arms* og til kravet til fair trial. Se også Lindblom 2000 s. 311 som drøfter ulikheter mellom partene og rettens ansvar for utjevning av sådan under *access to justice* begrepet. Se også Damaska 1986 s. 106.

¹²⁷⁵ NOU 2001:32 A s. 143 første spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 38 første spalte.

Slik relativiseres også den uensartede gruppen som selvprosederende parter faktisk utgjør. Denne siden ved likebehandlingsprinsippet kan også i en viss utstrekning utledes av kravet til «fair trial» etter EMK artikkel 6.¹²⁷⁶

Flere virkemidler i tvisteloven søker å utjevne denne ulikheten. I hovedsak kan virkemidlene inndeles to hovedkategorier: virkemidler for enten å svekke den relativt sett sterkere parten, eller styrke den svakere part. For å svekke den sterkere part, nevner Tvistemålsutvalget proporsjonalitetsprinsippet og reglene om småkravsprosess.¹²⁷⁷ Disse begrenser hvor mye ressurser som kan brukes på en tvist og eventuelt kreves dekket av motparten. Også muligheten for å begrense saksomkostningsansvaret i saker etter allmennprosessen etter tvl. § 20-2 tredje ledd bokstav c kan ses i dette perspektivet idet styrkeforholdet mellom partene er et moment av betydning.¹²⁷⁸ Av virkemidler for å styrke den relativt sett ressursvake parten er ifølge Tvistemålsutvalget blant annet reglene om fri sakførsel og adgangen til å avtale conditional fee – altså når betalingen til advokat er avhengig av utfallet i saken.¹²⁷⁹ Reglene om gruppesøksmål medfører også at den svakere part står sterkere, og dermed at ressursmessige ulikheter utjevnes.¹²⁸⁰

Det er tydelig at dette har vært sentralt for tvistelovens regler om materiell prosessledelse. Tydeligst er justisdepartementet når de tiltrer Tvistemålsutvalgets oppfatning om at rettens materielle veiledning kan bidra til å motvirke den ubalansen som i utgangspunktet eksisterer når en part er representert ved advokat og den andre part er selvprosederende.¹²⁸¹

Departementet uttaler at:

«For den ukyndige som opptrer på egen hånd i sin sak, kan veiledning fra retten i stor utstrekning hindre at det begås feil som skaper prosessuelle hindre for at parten kan få medhold. Veiledning kan bidra til å skape større likhet mellom partene. Det er imidlertid ønsket om at retten skal treffe riktige avgjørelser som er den viktigste begrunnelsen for å gi retten plikt til å veilede».¹²⁸²

Selv om departementet her henviser til *prosessuelle hindre*, fremgår det av sammenhengen at partslikhet er et hensyn som er relevant både i relasjon til prosessuell og materiell veiledning.

¹²⁷⁶ Se Steel og Morris mot Storbritannia, saksnr. 68416/01, første avdeling, avgjørelse av avgjørelse av 15. februar 2005, premiss 62 flg. og McVicar mot Storbritannia, saksnr. 46311/99, første avdeling, avgjørelse av avgjørelse av 7. mai 2002, premiss 51 flg.

¹²⁷⁷ NOU 2001:32 A s. 143.

¹²⁷⁸ Se Skoghøy 2014 s. 531 med videre henvisning til Innst. O. nr 110 (2004-2005) s. 62.

¹²⁷⁹ Se NOU 2001:32 A s. 143.

¹²⁸⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 326 andre spalte.

¹²⁸¹ NOU 2001:32 A s. 139 første og andre spalte.

¹²⁸² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

En slik tankegang, ulik behandling for å oppnå reell likebehandling, har nær sammenheng med prosessideologisk ståsted.¹²⁸³ Etter en liberalistisk prosessideologi er det mindre aksept for at retten skal utjevne slike ulikheter – det er som utgangspunkt retten utedkommende.¹²⁸⁴ Slik er det sentrale en formell likebehandling av partene. Taksøe-Jensen har også gitt uttrykk for at veiledningsinstituttet ikke burde benyttes for å utjevne ulikheter mellom partene.¹²⁸⁵ Gjennom fokuset på prosessideologi handler dette også om hvilke funksjoner man mener prosessordningen skal ivareta, og det innbyrdes forhold mellom funksjonene.¹²⁸⁶ Nylund har tatt til orde for at et prosessideologisk ståsted ikke behøver være avgjørende i dette henseende når hun poengeter at:

«Oberoenda av om man lutar mera mot en liberalistisk eller social process borde man ändå erkänna att domstolen har en skyldighet att ge parterna lika möjligheter, och därmed ibland stöda den klart svagare parten».¹²⁸⁷

Samtidig finnes det gode grunner på et funksjonsnivå for å benytte veiledningsinstituttet til å utjevne ressursmessige ulikheter. Å engasjere prosessfullmektig er kostbart. Om ulikheter i partenes forutsetninger ikke søkes utjevnet, kan det medføre at terskelen for å gå til sak heves. I et videre perspektiv ivaretas dermed ikke domstolens funksjon som organ for å løse individers tvister og håndhevet deres rettigheter, og heller ikke samfunnets behov for respekt for rettsreglene. I tillegg kan også motparten nyte godt av en vidtrekkende plikt til veiledning av selvprosederende idet det da også klargjøres hva som faktisk skal imøtegås.¹²⁸⁸

I det følgende søkes ulike sider ved veiledning av selvprosederende parter belyst.

8.2.2 Et relativt behov for veiledning av selvprosederende parter

¹²⁸³ Nylund 2006 s. 97-98.

¹²⁸⁴ Robberstad 1999 s. 161. Se Nylund 2006 s. 97-98.

¹²⁸⁵ Taksøe-Jensen 1976 s. 602 hvor det fremheves at grensene for veiledning av selvprosederende og advokater må være nøyaktig lik, hvis ikke får veiledningen karakter av å være «interesseveiledning».

¹²⁸⁶ Lindblom 2000 s. 313.

¹²⁸⁷ Nylund 2006 s. 98.

¹²⁸⁸ Se i samme retning Retsplejerådets betænkning nr. 1401, 2001, s. 335 og Småsagsudvalgets betænkning nr. 1341, 1997, s. 249.

Retten skal altså ta særlig hensyn til selvprosederende parter behov for veiledning. Først av alt innebærer det at retten må veilede selvprosederende parter oftere fordi behovet for veiledning trolig oppstår oftere i saker med selvprosederende enn representerte parter. Lekfolk har dårligere forutsetninger for å vite hvilke rettsregler som gjelder, det nærmere innhold av rettsreglene og hvilke sider ved faktum som er relevant.¹²⁸⁹ Selvprosederende parter prosesshandlinger vil derfor oftere være ufullstendige eller uklare enn prosesshandlingene til advokater. En målsetning med småkravsprosessen er å muliggjøre flere selvprosederende i saker om mindre formuesverdier.¹²⁹⁰ Det er dermed sannsynlig at det relativt sett er flere selvprosederende i saker etter småkravsprosessen enn etter allmennprosessen. Spørsmålet om materiell prosessledning oppstår derfor oftere i småkravsprosessen.¹²⁹¹

I tillegg er det grunn til å spørre om også grensene for rettens plikt til veiledning er ulik for parter med og uten representasjon. Tvl. § 1-1 (2) femte strekpunkt, som angir at ressursmessig ulikhet ikke skal være avgjørende, kan forstås slik at retten gjennom materiell veiledning skal utjevne ulikheter mellom partene. Dette slik at terskelen for å veilede er lavere, at plikten til å veilede inntreer tidligere og at retten kan gå lengre i sin veiledning overfor selvprosederende enn representerte parter. Flere uttalelser i forarbeidene kan tas til inntekt for en slik forståelse. Tvistemålsutvalget fremhever at hvorvidt parten *er representert ved advokat*, er et selvstendig moment i vurderingen av om det skal veiledes.¹²⁹² Departementet knytter en innsnevring av *skrankene* for retten til å veilede og en utvidelse av *plikten* til veiledning blant annet til et forventet økt innslag av selvprosederende parter.¹²⁹³ I rettspraksis eksisterer det flere eksempler på at Høyesterett har vektlagt at en part er selvprosederende ved spørsmål om retten veiledningsplikt er

¹²⁸⁹ Se i samme retning Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 andre spalte.

¹²⁹⁰ NOU 2001:32 A s. 338 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 198 første spalte.

¹²⁹¹ NOU 2001:32 A s. 341.

¹²⁹² NOU 2001:32 B s. 709 første spalte.

¹²⁹³ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 andre spalte siste avsnitt.

oppfylt,¹²⁹⁴ noe som også reflekteres i litteraturen.¹²⁹⁵ Tydeligst i retning av at det gjelder ulike grenser for rettens veiledning går departementet når det uttaler:

«I tillegg kommer at det også i saker med fri rådighet er behov for at noen av prinsippene for indispositive saker blir fulgt. Det kan for eksempel gjelde rettens plikter knyttet til bevisføringen og materiell veiledning i saker der den ene siden har begrensede ressurser, eller styrkeforholdet mellom partene er ulikt».¹²⁹⁶

Materiell prosessledelse skal altså benyttes for å utjevne resursmessige eller styrkemessige ulikheter mellom partene. Men departementet går lengre idet de peker på utjevning av ressursmessig ulikhet og «prinsippene for indispositive saker». De prinsipper som gjelder veiledning i indispositive saker skal også gjelde ved ulikt styrkeforhold mellom partene.¹²⁹⁷ Å etablere plikt til veiledning for selvprosederende lik den som gjelder i indispositive saker, er radikalt. Ikke bare innebærer dette at rettens *plikt* til veiledning oppstår oftere og rekker lengre enn i dispositive saker, men også de prinsipper og hensyn som begrunner tilbakeholdenhet ved veiledningen er av mindre betydning. Dette innebærer både at autonomibaserte normer, proporsjonalitetsprinsippet og rettens upartiskhet i mindre grad vektlegges som argumenter mot å veilede enn i andre dispositive saker. Hva dette innebærer, kommer jeg nærmere inn på i de følgende delkapitler. Nå er det tilstrekkelig å påvise at grensene for rettens plikt til å gi veiledning er forskjellig for selvprosederende og representerte parter.

Dette medfører at dommerens plikt til å veilede inntre tidligere og når lengre overfor selvprosederende parter enn for representerte parter. Under ellers like forhold kan konsekvensen dermed bli at hvorvidt retten veileder eller ikke, er avgjørende for hvorvidt det oppnås et riktig resultat. Om dette er tilsiktet, er ikke klart. Departementet fremhever at:

¹²⁹⁴ Se Høyesteretts kjennelse inntatt i HR-1992-189 K som gjaldt manglende innhenting av bevisførsel. Se også Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1969 s. 1401 U og Rt. 1985 s. 114 U på side 117. Begge disse to siste sakene gjaldt for så vidt prosessuell veiledning, men at momentet vektlegges har like fullt overføringsverdi.

¹²⁹⁵ Skoghøy 2014 s. 550-551.

¹²⁹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 177 første spalte.

¹²⁹⁷ Sml. England hvor selvprosederende parter medfører en mer inkvisitorisk prosess, se John Sorabji, «The Crisis of Legal Aid and the Alternative Solutions», i *IAPL Seoul Conference*, 2014 s. 341-366 (s. 363).

«Det er like god grunn til å gi nødvendig veiledning til den som har brukt mye penger på å engasjere en advokat som gjør en ufullstendig jobb, som til den som ikke har engasjert noen i det helet tatt».¹²⁹⁸

I det siterte pekes det på at hvorvidt parten er selvprosederende eller har representasjon, ikke nødvendigvis bør være avgjørende for hvorvidt det veiledes. Implisitt handler det om betydningen av en målsetning om et materielt riktig resultat og like muligheter til å nå frem med sin sak – altså resultatmessig likebehandling. I tillegg pekes det på en annen spenning: forholdet mellom en part og dens prosessfullmektig. Innenfor rammene av prosessoppdraget er det som utgangspunkt full identifikasjon mellom parten og prosessfullmektigen. Det er ikke nødvendigvis rimelig å legge en part til last at prosessfullmektigen gjør en ufullstendig jobb. Ideen om materiell prosessledning bygger nettopp på at dommeren skal bidra til å sørge for en forsvarlig prosess ved å søke å avhjelpe feil og mangler uten hensyn til hvem eller hva feilen skyldes.

Resonnementet kan gi et litt fortegnat bilde av den reelle situasjonen. Mye taler for at retten bør veilede om forhold som det er nærliggende å anta har avgjørende betydning for saken uten at partene ser dette, uavhengig av om parten har representasjon eller ikke. Av denne grunn kan det etter min mening være grunnlag for å forstå likebehandlingsprinsippet ikke som et formelt kriterium, men som et reelt kriterium. Avgjørende bør være om parten gjennom sin prosessførsel har behov for veiledning. En slik forståelse har en klar fordel ved at det også tar hensyn til de store ulikhetene i kompetanse og forutsetninger, og slik også det ulike behov for veiledning, som selvprosederende parter har. I tillegg unngås urimelige konsekvenser for parten i de – formodentlig sjeldne – situasjoner hvor advokaten gjør en dårlig jobb.

8.2.3 Et fokus på den selvprosederende parts vilje

Prinsippene for indispositive saker skal altså benyttes ved veiledning av selvprosederende. Det kan imidlertid ikke forstås slik at selvprosederende parters autonomi begrenses i dispositive saker. En slik forståelse harmonerer dårlig med begrunnelsen for å kunne velge

¹²⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172 andre spalte.

å ikke la seg representere ved prosessfullmektig. Det er ingen grunn til at valg i prosess som parten kan foreta i kraft av sin autonomi, skal medføre at den samme autonomien begrenses i prosessen.

Derfor er det også for selvprosederende parter sentralt å sørge for samsvar mellom partens prosessopplegg og partens vilje. Kravet til viljesbrist tilsier at hvor prosessopplegget er mangelfullt eller uklart, er det en presumsjon for at det ønskes endret, og derfor en indikasjon på at det bør veiledes. Overfor selvprosederende parter kan en slik tilnærming til veiledningen være god.

I tillegg bør fokuset på partens vilje etter min mening gis et videre innhold når partene er selvprosederende. Sammenlignet med advokater er det mindre grunn til å forvente at selvprosederende parter har inngående kunnskap om rettsregler, både hva gjelder materielle og prosessuelle regler. Manglende kunnskap om rettsreglene kan medføre at det er manglende samsvar mellom partens vilje og prosessopplegget, også uten at prosessopplegget fremstår som mangelfullt. Derfor bør retten i tillegg til å fokusere på mangler og uklarheter i prosessopplegget, sikre at det er samsvar mellom det parten ønsker å oppnå i tvisten og prosessopplegget slik det fremstår. Slik sikres at partens prosesshandlinger er dekkende for partens faktiske ønsker. Dette gjelder både at partens påstand er i samsvar med det resultat som ønskes, at de rettsstiftende faktiske forhold som er relevante for de rettsregler som ønskes benyttet er påberopt, og at de bevis som ønskes presentert er relevante for de bevistemaer som de aktuelle rettsregler krever.

Et fokus på partens vilje i vid forstand kan medføre at fokuset på formelle begrensninger, som grensen for det krav som er fremmet, ikke blir like fremtredende. Utgangspunktet for veiledning utenfor rammene av kravet i saker med selvprosederende parter bør være likt som for andre parter. Både rettskraftreglene, disposisjonsprinsippet og målsetningen om et materielt riktig resultat taler for at retten bør utvise tilbakeholdenhet med veiledning utenfor rammen av kravet. Imidlertid kan et økt fokus på de selvprosederende parters vilje medføre at fokuset på kravets grenser blir mindre. Det sentrale er at partens ønsker speiler de prosesshandlinger som er foretatt. Slik kan også veiledningen i større grad rettes mot andre krav enn akkurat de(t) som er fremmet.

8.2.4 Særlig om veiledning ved muntlig inngivelse av prosesskriv

Som hovedregel skal alle prosesshandlinger som foretas utenfor hovedforhandling være skriftlig. Fra dette er det i tvl. § 12-1 (2) gjort unntak for selvprosederende parter som har krav på å foreta enkelte positivt angitte prosesshandlinger muntlig ved oppmøte for en domstol. Dette gjelder stevning, tilsvær, anke, begjæring om oppfriskning og begjæring om gjenåpning.¹²⁹⁹ Parter som er representert ved andre enn advokater, kan med domstolens godkjenning også foreta slike prosesshandlinger muntlig jf. bestemmelsens andre ledd andre punktum. Når slike prosesshandlinger foretas muntlig, er det rettens ansvar å nedtegne dem skriftlig og formidle prosesskrivet til motpart.

Både dommere og andre ved domstolen kan gi slik bistand. Når dommere nedtegner prosesshandlinger er det klart at det samtidig er et element av veiledning om de materielle forholdene. Hvor langt retten kan, bør og skal gå i denne veiledningen er undertiden uklart. Ifølge departementet bør dommeren kun klargjøre partens standpunkt og redegjøre generelt om de aktuelle rettsregler:

«Hovedsynspunktet må også her være at retten skal klarlegge de standpunkter parten har til faktiske og rettslige spørsmål, og gjøre rede for det uomtvistelige innholdet av de aktuelle rettsreglene, mens det ikke skal gis råd om de standpunkter parten bør innta».¹³⁰⁰

Departementet synes å legge til grunn at veiledningen ved nedtegnning av muntlig inngitte prosesskriv ikke skal være mer vidtgående enn ved veiledning av selvprosederende parter i andre sammenhenger under en rettsvist.¹³⁰¹

At dommeren har en plikt til å klargjøre partens synspunkt ved nedtegnning av muntlig gitte prosesshandlinger, er naturlig. Når det gjelder hvor langt retten bør gå i å veilede ytterligere er det min mening at dommeren bør kunne gå lengre i slike tilfeller enn ved veiledning undervegs i saken. Når det ytes bistand med å nedtegne prosesskriv, blir den aktuelle dommeren automatisk inhabil jf. bestemmelsens fjerde ledd. De innvendinger mot og begrensinger av veiledning som er begrunnet i å verne om dommerens upartiskhet, er uten betydning i denne sammenheng. Slik er det heller ikke problematisk av hensyn til

¹²⁹⁹ Som tilsvær forstås også tilsvær til anke, se Schei m.fl. 2013a s. 436.

¹³⁰⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 174 første spalte.

¹³⁰¹ Schei m.fl. deler departementets oppfatning, se Schei m.fl. 2013a s. 437-438.

kontradiksjon at dommeren får mer informasjon om saken enn det som nedtegnes skriftlig, så lenge den dommeren som faktisk skal avgjøre saken, ikke får det. Det kan derfor argumenteres for at det ikke er noe i veien for at dommeren går relativt langt med hensyn til hvilke påstandsgrunnlag som bør påberopes, gitt det hendelsesforløp parten skisserer, og hvilke bevis som normalt føres og forventes ført ved påberopelse av et nærmere angitt påstandsgrunnlag. Selv om dommeren er tydelig med hensyn til hvilket påstandsgrunnlag som bør påberopes, er det samtidig nødvendig å være tydelig på at utfallet av saken er usikkert. Samtidig er det klart at dommeren av hensyn til domstolens arbeidssituasjon og proporsjonalitet, ikke kan forventes å utrede rettslige eller faktiske sider av saker nærmere, eller holde flere møter med parten.¹³⁰² Det er allikevel prinsipielt betydelige forskjeller fra dommerens vanlige veiledning i saksforberedende rettsmøter eller hovedforhandling.

Samtidig kan det i et større perspektiv argumenteres for at en slik involvering fra en dommer skader domstolens legitimitet og skape feilaktige forventninger til dommerens rolle. Domstolene som sådan er derfor ikke nødvendigvis tjent med at dommere inntar en sterkt avvikende rolle fra vanlig dommeratferd ved nedtegnelse av selvprosederende parter prosesskriv. Samtidig kan det innvendes at en dommer idag må kunne innta ulike roller i ulike situasjoner. I rettsmekling inntar dommeren eksempelvis en klart annerledes rolle enn under hovedforhandling.¹³⁰³ Det samme gjelder i saksforberedende rettsmøter og i meklingsmøter etter barnelova.

På denne bakgrunn det min klare oppfatning at retten veiledning ved nedtegnelse av muntlig inngitte prosesshandlinger bør gå lengre enn det som forutsettes av lovgiver.

8.2.5 Veiledning parter om påstandsgrunnlaget

Trolig har selvprosederende parter størst behov for veiledning om påstandsgrunnlagets abstrakte side. Avstanden mellom advokater og jurister på den ene siden og selvprosederende parter på den annen er størst når det gjelder innholdet i rettsreglene.

¹³⁰² Ot.prp. nr. 51 2004-2005) s. 174 andre spalte.

¹³⁰³ Se Bernt 2011 s. 214 flg.

Likebehandlingsprinsippet taler derfor med styrke for å utligne en slik kunnskapsmessig ulikhet. Dette gjelder både klargjøring av de allerede påberopte påstandsgrunnlag, men også alternative påstandsgrunnlag. Manglende kunnskap om rettsreglenes innhold kan føre til at prosessopplegget er uklart eller ufullstendig, at andre påstandsgrunnlag ville vært riktigere å benytte eller at andre omstendigheter er mer relevante.

Likebehandlingsprinsippet er relativt med partens reelle behov for å utligne ulik kunnskap om rettsreglene. Behovet for veiledning om påstandsgrunnlagets abstrakte side vil slik variere med den selvprosederende parts forutsetninger. Behovet for veiledning vil dermed variere med sakens rettslige kompleksitet. Grunnet påstandsgrunnlagets side til faktiske omstendigheter – vekselvirkningen mellom faktum og juss – varierer behovet også med sakens faktiske kompleksitet.

Dette har også en side til forsvarlighet. Over ble det vist til departementets oppfatning om at *prinsippene for indispositive saker* burde anvendes for å utjevne ulikheter mellom partene. I indispositive saker stilles det større krav til forsvarlighet fordi saken er av større betydning for både partene og interesser det offentlige har ansvar for å ivareta. Dette kan ikke sies å være tilfellet ved selvprosederende parter. Det er derfor ikke noe forsterket krav til forsvarlig behandling. Men det kan argumenteres for at for å sikre også en like forsvarlig behandling av en sak med en eller to selvprosederende parter, stilles det krav til økt veiledning fra dommeren. Slik sikres en resultatmessig likebehandling.

Samtidig må rettens plikt til veiledning ses i lys av rettens adgang til å pålegge en part å søke representasjon etter tvl. § 3-2.¹³⁰⁴ Flere av de samme momenter som er av betydning for vurderingen av partens behov for veiledning om påstandsgrunnlaget er samtidig av betydning for adgangen til å pålegge representasjon. Både partens forutsetninger for å bidra til en forsvarlig behandling, sakens rettslige og faktiske kompleksitet og sakens betydning for parten er relevant.¹³⁰⁵ Dette medfører også at det skal mye til før en part pålegges representasjon i småkravsaker.¹³⁰⁶ Trolig skiller de to vurderingene i partens evne til å

¹³⁰⁴ Se NOU 2001:32 B s. 665 første spalte.

¹³⁰⁵ Se Rt. 2002 s. 340 U på side 344 og Schei m.fl. 2013a s. 102.

¹³⁰⁶ Schei m.fl. 2013a s. 102.

gjøre seg nytte av den veiledningen som gis. Har parten evne til dette, er det ikke behov for å pålegge representasjon. Forsøk på veiledning av parten bør være et moment i vurderingen av om pålegg om representasjon etter tvl. § 3-2 bør gis.

En klar forståelse av innholdet i de aktuelle rettsregler er en forutsetning for et korrekt og presist bevisstema. Manglende kunnskap om rettsreglene kan medføre et uklart prosessopplegg. Nettopp av den grunn understreker Tvistemålsutvalget at rettens veiledning av selvprosederende parter i hovedsak må rettes mot «de aktuelle rettsregler».¹³⁰⁷ De aktuelle rettsregler må her forstås i vid forstand slik at ikke bare de rettsregler parten har påberopt som grunnlag for sin påstand omfattes, men at andre nærliggende rettslige grunnlag omfattes. Grunnet selvprosederende parters begrensede kunnskap om innholdet i rettsregler er det grunn til å tro at de heller ikke alltid vet hvilke påstandsgrunnlag som er relevante. Et fokus utelukkende på det parten har påberopt, vil ikke nødvendigvis være i samsvar med partens vilje. Utvalget kan tas til inntekt for at også alternative påstandsgrunnlag bør søkes klargjort når det uttales at retten:

«I en viss utstrekning [vil] kunne peke på rettslige og faktiske vilkår for at et krav skal kunne føre frem, og derved pense parten inn på riktig spor når det gjelder påstandsgrunnlag det kan være aktuelt å påberope og bevis det er aktuelt å føre».¹³⁰⁸

Etter min mening går utsagnet ikke langt nok i å etablere en plikt til å klargjøre aktuelle rettslige påstandsgrunnlag. Samtidig kan ikke rettens plikt til klargjøring av innholdet i rettsregler være uten grenser. En begrensning er selvsagt hensynet til rettens upartiskhet.¹³⁰⁹ I tillegg må det nødvendigvis kreves en viss relevans til den avgjørelsen som skal treffes.¹³¹⁰

I det siterte peker utvalget også på faktiske forhold i saken – omstendigheter som oppfyller rettsreglenes vilkår. Disse deler jeg utvalgets reserverte holdning til veiledning om, særlig av hensyn til rettens upartiskhet. Slik veiledning krysser fort grensen mot rådgivning, noe

¹³⁰⁷ NOU 2001:32 B s. 709 andre spalte. Se også s. 710 første spalte.

¹³⁰⁸ NOU 2001:32 B s. 709-710.

¹³⁰⁹ Se under i punkt 8.2.7.

¹³¹⁰ Se forutsetningsvis i Rt. 2008 s. 1449 U premiss hvor Høyesterett presiserer at plikten til veiledning «rimeligvis må være begrenset til forhold som kan tenkes å ha betydning for den avgjørelse som skal treffes».

som bryter med de rolleforventninger det kan stilles til en dommer.¹³¹¹ For dansk retts vedkommende er det i denne sammenheng uttalt at:

«Endelig inneholder § 339, stk. 4, en bestemmelse om, at en part, deri en byretssag møder som selvmøde, skal vejledes om, hvad han bør foretage sig til opplysning av saken og i øvrigt til varetagelse af sine interesser under denne».¹³¹²

Å gi en slik veiledning er etter min mening å gå for langt. Den er verken nødvendig for å sikre likebehandling av partene, og heller ikke forenlig med kravet til rettens upartiskhet. Videre er en slik veiledning neppe forenlig med reglene etter tvisteloven.¹³¹³ Det er her også grunn til å påpeke at rettens generelle veiledning om rettsregler ikke foregår i et vakuum, men i lys av de faktiske forhold en part har fokusert på gjennom sitt prosessopplegg. Slik kan den generelle veiledningen gi indikasjoner om hvilke faktiske forhold som kan eller bør påberopes og gjøres til gjenstand for bevisførsel i saken, men ved å gjøre veiledningen generell dempes spenningsforholdet med hensynet til rettens upartiskhet.

8.2.6 Veiledning om bevis og ved parts- og vitneavhør

For å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag har dommeren enkelte ganger plikt til å sørge for bevis. Dette gjelder særlig for selvprosjederende parter. I forlengelsen av dommerens klargjøring av aktuelle rettslige grunnlag og bevistemaer er det naturlig å bidra til at relevante beviser føres.

En plikt til å veilede om bevis kan til dels også begrunnes i likebehandlingsprinsippet. Selv om advokater og dommere har særlig erfaring om hvilke bevis som er relevante for å sannsynliggjøre en omstendighet, er dette noe alle har en viss kunnskap om. Det stilles derfor også krav til selvprosjederende om kjennskap til dette. Høyesterett har i denne

¹³¹¹ Peter Westberg, *Civilrättskipning*, 2. opplag, Stockholm 2013 s. 335.

¹³¹² Smith 2000 s. 128.

¹³¹³ Riktignok går Justisdepartementet langt i preposisjonen i å antyde at retten bør kunne gi uttrykk for utfallet av saken om en part påberoper seg et nærliggende påstandsgrunnlag, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173 andre spalte og 407 andre spalte. Dette har jeg allerede imøtegått i punkt 4.7.

sammenheng uttalt at «det ikke kan anses korrekt at saksøkte har «større rom for feilgrep» enn saksøker», og fortsatte:

«Det skulle ikke være nødvendig med juridisk bistand for å forstå at opplysninger om grenser kan finnes blant folk i bygda».¹³¹⁴

Konkret gjaldt saken hvorvidt en selvprosederende part burde tilbudt enkelte vitnebeviser tidligere. At det ikke ble lagt særlig vekt på det forhold at parten var selvprosederende er i samsvar med gjennomgangen av rettens plikt til å sørge for bevis.¹³¹⁵

Samtidig har jurister generelt, og advokater og dommere spesielt, en viss erfaring med hvilke beviser som er relevante. Dette gjelder særlig for komplekse og skjønnsmessige bevistema, som forestillingsbaserte vilkår som skyld, uaktsomhet og liknende.¹³¹⁶ Forskjellen bør dommerne etter min oppfatning i noen grad søke å utligne for selvprosederende parter. Rettens plikt til å veilede om bevis vil variere både med sakens kompleksitet og den selvprosederende parts forutsetninger.

Ved vurderingen av om retten har plikt til å veilede om bevis, bør det etter min mening tas utgangspunkt i de beviser som normalt foreligger i en slik type sak. Dette er et utslag av et ønske om likebehandling da særlig advokater og dommere har erfaringsmessig grunnlag for å vite hvilke beviser som normalt føres i en type rettstvist. Selvprosederende parter har neppe den samme referanserammen. En slik tankegang har også støtte i de funn som ble gjort i punkt 4.3.4.2, hvor det ble argumentert for at retten hadde et ansvar å sørge for bevis det var påfallende at parten ikke presenterte. Dommerens vurdering av hvilke bevis dette gjelder vil gjøres både med bakgrunn i eget erfaringsgrunnlag og den konkrete saken.

Generell veiledning om beviskrav og bevisbyrde kan det være grunn for retten til å sikre at selvprosederende parter er kjent med. Dette ble også særlig fremhevet av utvalget: dommeren plikter å veilede om «de krav som stilles til bevis».¹³¹⁷

¹³¹⁴ Se Rt. 2009 s. 466 U premiss 23. Høyesterett var åpenbart ikke imponert over partens evne til å sørge for beviser til støtte for sitt standpunkt.

¹³¹⁵ Se punkt 4.3.3.4.

¹³¹⁶ Se nærmere i punkt 4.3.3.3.

¹³¹⁷ NOU 2001:32 B s. 709 andre spalte.

For parts- og vitneavhør er det enkelte forhold som er av særlig betydning for selvprosederende parter sammenlignet med representerte parter. Situasjonen ved gjennomføring av partsavhør kan fremtvinge mer inngående veiledning av selvprosederende enn av representerte parter. Etter tvl. § 23-2 (2) første punktum avhøres parten som utgangspunkt først av egen prosessfullmektig. Da en slik løsning ikke er mulig for selvprosederende, avhører dommeren selvprosederende parter. Trolig gir ordningen bedre struktur på forklaringen enn om vedkommende skulle forklare seg helt fritt. Etter tvl. §§ 23-2 (2) tredje punktum jf. 24-9 (2) skal parter forklare seg mest mulig sammenhengende og selvstendig. Retten bør trolig gi selvprosederende parter enda større frihet og selvstendighet ved egne forklaringer enn ved vitneforklaringer, men rettens styring av avhøret gir uansett betydelig rom for veiledning. At partsforklaringen er et sentralt bevis – ofte det mest sentrale beviset – gjør også at partsforklaringen er en viktig anledning for dommeren til å skaffe seg et fullstendig og klart bilde av partens synspunkt.¹³¹⁸ Dette kan medføre at spørsmålsstillingen fra retten blir inngående og får karakter eller innslag av veiledning. Dessuten er det i praksis vanskelig å skille hva som er veiledning og hva som ikke er det under et slikt avhør av parten.

Det samme ertilstanden ved avhør av vitner. Som utgangspunkt avhøres vitner av den part som har innkalt vedkommende etter tvl. § 24-9 (1) første punktum, men etter tredje punktum kan en part kreve at retten skal avhøre vitnet. Ifølge departementet er dette særlig aktuelt når parten er selvprosederende.¹³¹⁹ Trolig vil selvprosederende i større grad enn advokater oppleve det som vanskelig å foreta en god og korrekt utspørring av vitner.¹³²⁰ Rettens adgang til å overta utspørring av vitner er det av samme årsak også grunn til å anta er mer aktuell ved selvprosederende enn representerte parter. Dette idet selvprosederende normalt har mindre kunnskap om hvordan vitneavhør skal foregå, og det å ikke følge

¹³¹⁸ Se Nils Erik Lie, Parts- og vitneavhør – I straffesaker og sivile saker, 2. utgave, Oslo 2012 s. 115 og Robberstad 2015 s. 242.

¹³¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 464 første spalte. Se også Schei m.fl. 2013b s. 921.

¹³²⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 464 første spalte som i denne sammenheng peker på rettens adgang til å overta utspørringen av vitner etter tvl. § 24-9 (5).

tvistelovens regler for avhør av vitner anses å være tilstrekkelig grunn til å overta avhøret etter bestemmelsen.¹³²¹

Ved at retten i praksis oftere overtar avhøret av selvprosederende enn andre parter vitner, kan dette også i praksis medføre et økt innslag av veiledning. Det er naturlig at retten i utspørringen er bundet av de påstandsgrunnlag parten har fremmet og de bevisemaer som er naturlige, men også innenfor slike rammer er det adskillig rom for å påvirke saken materielle side. Dommerens eksaminasjon av vitner kan være problematisk med hensyn til dommerens upartiskhet. For det første skyldes dette at dommeren «lett vil danne seg et bilde av saken og vitnets troverdighet».¹³²² Dette har også blitt vektlagt i Høyesteretts rettspraksis.¹³²³ For det andre ønsker en motpart enkelte ganger ikke bare å foreta kryssavhør, men også å angripe kvaliteten på den utspørring som den andre part har foretatt.¹³²⁴ Når det er dommeren som har foretatt utspørringen kan det være vanskelig for parten å rette kritikk mot utspørringen. Dette viser at det kan skapes en uheldig sammenblanding av dommerens oppgaver når dommeren også må sørge for vitneavhør. Disse innvendingene tilsier at dommeren må være noe mer tilbakeholden i sin utspørring, enn partene og deres prosessfullmektiger.

8.2.7 Rettens upartiskhet

Materiell prosessledelse av selvprosederende parter har flere elementer som legger press på rettens upartiskhet. For det første er det forutsatt å være en lavere terskel for å gi veiledning til selvprosederende enn representerte parter. I reglene om upartiskhet ligger også en forventning om at partene behandles likt. For det andre forutsettes det en i omfang mer omfattende og intensiv veiledning av selvprosederende parter, hvilket representerer en ulik behandling av partene. For det tredje fremhever departementet at når en part ikke forstår subtil veiledning, bør retten *mer direkte* angi hva parten bør foreta seg og

¹³²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 464 andre spalte.

¹³²² Torgersen 2004 s. 178.

¹³²³ Se nærmere henvisninger i punkt 4.7.3.

¹³²⁴ Torgersen 2004 s. 178 fremhever et poeng parallelt til dette ved dommeravhør av barn.

konsekvensen av eventuell påberopelse.¹³²⁵ Trolig har selvprosederende større behov for direkte og indiskré veiledning enn advokater. Dette idet advokater er kjent med sjargongen i en rettsal og *juristenes stammespråk*, og trolig mer sensitiv for tilbakemelding fra dommeren – selv om dommeren benytter seg av subtilitetens kunst. Dette er problematisk for dommerens upartiskhet. Momentene handler både om intensiteten og innholdet i veiledningen, men også måten veiledningen ytes på – formen. Alle disse forhold kan finne sin begrunnelse i forsvarlighetsprinsippet og målsetningen om et riktig resultat.

Særlig mengden veiledning som ytes, kan også dels finne sin begrunnelse i likebehandlingsprinsippet og ønsket om å utligne ressursmessige ulikheter. I et slikt perspektiv kan veiledningen være problematisk for rettens upartiskhet. Det kan hevdes at når dommeren yter veiledning for å utligne ulikheter mellom partene:

«The judge is no longer a perfectly impartial conflict resolver; he can no longer easily decide who wins a debate in which he himself is entangled».¹³²⁶

Dette er et argument mot i det hele tatt å veilede, men gjør seg også særlig gjeldende for veiledning for å utligne ulikheter mellom partene. Det har vært argumentert for at det må skilles mellom det prinsipielle spørsmålet om terskelen for å gi veiledning skal være ulik, og det faktum at selvprosederende parter oftere har behov for veiledning og til dels om litt andre forhold enn advokaten behøver veiledning om.¹³²⁷ Dette er et synspunkt jeg deler fullt ut.

Samtidig er det grunn til å påpeke at dommeren som hjelper den svakere parten kan sies å gjøre det ut i fra en tankegang om at dommeren «ska behandla parterna *olika men inte partiskt*».¹³²⁸ Sagt på en annen måte; likebehandling er ikke det samme som upartiskhet. Etter mitt skjønn er dette det mest korrekte perspektivet. Synspunktet kan finne gjenklang flere steder i tvistelovens forarbeider.¹³²⁹ Mest uttalt er det når departementet fremhever at:

¹³²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407 andre spalte.

¹³²⁶ Damaska 1986 s. 107.

¹³²⁷ Taksøe-Jensen 1976 s. 602.

¹³²⁸ Nylund 2006 s. 98. Kursivert i original. Se i samme retning Lindell 1988 s. 22 som skiller mellom det å være partisk og det å behandle partene likt.

¹³²⁹ Se til eksempel NOU 2001:32 A s. 139 første og andre spalte.

«Veiledning kan bidra til å skape større likhet mellom partene i en sak for retten og dermed fremme en rettferdig rettergang».¹³³⁰

Her pekes det også på sammenhengen med rettferdig rettergang som likebehandling kan hevdes å være en del av. For å sikre en reell access to justice vil det være nødvendig med ulik behandling av partene.¹³³¹ En forutsetning for rettferdig rettergang i dette perspektivet er også at partene forstår den veiledningen som gis. At veiledningen derfor er noe mer direkte overfor selvprosederende enn representerte parter kan i et slikt perspektiv forsvares.

¹³³⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172 første og andre spalte.

¹³³¹ Se også Cappelletti 1989 s. 249-252, særlig på side 252.

9. Anke over brudd på reglene om materiell prosessledning

9.1 Ulike typer brudd og ulike konsekvenser

Retten kan på ulike måter handle i strid med reglene om materiell prosessledning. Dette for det første ved ikke å klargjøre eller veilede når det foreligger plikt til det, eller for det andre ved å veilede utenfor grensene for veiledningsadgangen ved å gi mer veiledning eller om andre forhold enn det er anledning til. For det tredje kan veiledningen ha uriktig innhold eller det kan for det fjerde være feil ved måten veiledningen ytes på.

Bruddene på reglene om materiell prosessledning kan få ulike konsekvenser. Avgjørelsen kan bli uriktig i materielt eller prosessuelt henseende. Videre kan veiledningen i ulik grad komme i konflikt med sivilprosessens ulike funksjoner eller prinsipper. Brudd kan også medføre merkostnader for parter og domstoler ved forlenget prosess grunnet utsettelse eller anke. På et overordnet samfunnsøkonomisk plan kan feilene også medføre kostnader i form av uriktig resultat og redusert tillit til domstolene som konfliktløsningsorganer.¹³³² Brudd på de dommeretiske reglene kan også anses som brudd på reglene om rettens veiledning.

Brudd på veiledningsadgangen eller -plikten kan også vurderes i lys av om bruddet gir konsekvenser ved anke. Augdahl hevdet at det etter tvistemålsloven ikke eksisterte noen plikt til å veilede fordi «undlatelse ikke er forbundet med noe slags ansvar».¹³³³ I dette ligger to viktige poenger. Hvorvidt bruddet medfører konsekvenser, har nær sammenheng med spørsmålet om det eksisterer en plikt. Og reglene om materiell prosessledning gir dommerne tidvis et betydelig skjønn som ikke kan angripes med rettsmidler.

Etter min mening er det imidlertid prinsipielt viktig å opprettholde et skille mellom spørsmålet om det eksisterer en plikt, og spørsmålet om hvilken virkning bruddet skal tillegges. Tvistelovens regler om saksbehandlingsfeil bygger på et slikt skille. Som

¹³³² Eide & Stavang 2008 s. 481-483.

¹³³³ Augdahl 1947 s. 197 note 1.

hovedregel gis ikke saksbehandlingsfeil automatisk rettsvirkninger etter tvl. § 29-21 (1), men beror på feilens betydning for avgjørelsen.¹³³⁴ Slik kan det eksistere en plikt til å veilede eller til å avstå fra å veilede, og konstateres et brudd som representerer en saksbehandlingsfeil, uten at saksbehandlingsfeilen tillegges virkning. Dessuten er ikke Augdahls oppfatning fullt ut dekkende for situasjonen etter verken tvistemålsloven eller tvisteloven, da det på flere områder kan konstateres en plikt til å veilede.¹³³⁵

Et problem i forbindelse med anke over brudd på reglene om rettens veiledning, er at dommerens veiledning ikke kommer til uttrykk i domspremissene.¹³³⁶ Det er dermed ingen måte å få klarhet i hvilken innvirkning dommeren har hatt på prosessopplegget. Protokollasjon av rettens handlinger er flere steder benyttet til hjelp i vurderingen særlig av rettens upartiskhet,¹³³⁷ og også veiledning, hvor opplysninger om dette er tatt inn i rettsbok eller avgjørelse.¹³³⁸ Dette alene skulle underbygge at slikt regelmessig bør nedtegnes når det ytes veiledning, og ikke kun når en part begjærer en handling protokollert.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1992 s. 504 A er illustrerende for dagens situasjon. Av avgjørelsen fremgår det ikke eksplisitt at Høyesterett veiledet partene under hovedforhandlingen. Det fremgår at et påstandsgrunnlag ble påberopt sent under forhandlingene, men at det faktisk var Høyesterett som tok opp spørsmålet om kravene reelt sett var overført til factoringselskapet, fremkommer ikke eksplisitt i avgjørelsen.¹³³⁹ I saksøkers premisser indikeres at det ble veiledet:

«I anledning det spørsmålet som ble tatt opp under ankeforhandlingen for Høyesterett, anføres at det foreligger en reell factoringavtale».¹³⁴⁰

¹³³⁴ Se til eksempel Rt. 2015 s. 571 U.

¹³³⁵ Se til eksempel Rt. 1963 s. 996 A. Se også Tore Schei, *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål* av 13. august nr 6, 1915: kommentarer til tvistemålsloven med utgangspunkt i Altens kommentarutgave (1954), bind I og II, Oslo 1990 s. 209.

¹³³⁶ Aasland 1967 s. 180 og Pedersen 2014 s. 80.

¹³³⁷ Se Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1985 s. 640 A, hvor det er et poeng at rettens prosessledelse ikke ble begjært protokollert, se side 642. Motsatt i Rt. 1987 s. 1058 A på side 1062-1063. Se også Rt. 1976 s. 765 U.

¹³³⁸ Se Rt. 2015 s. 350 U.

¹³³⁹ Rt. 1992 s. 504 A på side 509.

¹³⁴⁰ Rt. 1992 s. 504 A på side 506.

Det er nærliggende å anta at det nettopp var en av Høyesteretts dommere som tok opp dette spørsmålet under forhandlingene.

Feil ved saksbehandlingen må ikke nødvendigvis komme til uttrykk i avgjørelsen for at den skal gis virkning.¹³⁴¹ Det er også naturlig ved «ikke handlinger» – som fravær av veiledning er et eksempel på. Samtidig gjør det vurderingen av om enkelte saksbehandlingsregler er brutt adskillig enklere hvis rettsboken eller avgjørelsen også inneholder opplysninger om dommerens påvirkning på prosessopplegget. Slik gir også fravær av protokollasjon grunnlag for slutninger om hvilken veiledning som ikke er ytt. I Høyesteretts avgjørelse Rt. 2015 s. 350 U, ble feil ved lagmannsrettens veiledning benyttet som ankegrunn. Høyesterett la avgjørende vekt på rettsboken hvor det om veiledningen fremgikk at:

«Rettens leder tok opp spørsmålet om hva som skal skje med saken vedr. oppreisningserstatningen som følge av at fornærmede nå er død. ... Han ga uttrykk for at denne delen av saken antageligvis må heves».¹³⁴²

Videre er protokollasjon ønskelig av hensyn til rettsvitenskapen og allmenhetens innsyn i dommerens saksstyring og veiledning.¹³⁴³ Av disse grunner protokollføres eventuell veiledning i Tyskland.¹³⁴⁴ Det bør også være situasjonen i Norge.

Ulike typer brudd på reglene om materiell prosessledning aktualiserer ulike ankegrunner. Brudd på rekkevidden av adgangen eller plikten etter tvl. § 11-5 (3) til (7) til å veilede er det naturlig å karakterisere som saksbehandlingsfeil etter tvl. § 29-3 (1). Feil ved måten veiledningen ytes på er det også naturlig å karakterisere som feil ved saksbehandlingen. Endelig, etter Høyesteretts praksis er veiledning hvor innholdet av den materielle retten er feil karakterisert som feil ved saksbehandlingen.¹³⁴⁵

Fravær av veiledning når det foreligger en plikt til det, og feil veiledning kan også medføre at avgjørelsen blir uriktig. Dette slik at det både kan ankes over bevisbedømmelsen eller

¹³⁴¹ Skoghøy 2014 s. 1128.

¹³⁴² Se Rt. 2015 s. 350 U premiss 4 sammenholdt med 11 og 12.

¹³⁴³ Se Pedersen 2014 s. 80.

¹³⁴⁴ Se Murray & Stürner 2004 s. 174 og 179.

¹³⁴⁵ Se kjennelse inntatt i Rt. 1978 s. 379 A og Rt. 2015 s. 350 U. Se også Skoghøy 2014 s. 927.

rettsanvendelsen. Om retten hadde ytt veiledning i henhold til reglene i slike situasjoner, ville eksempelvis andre påstandsgrunnlag blitt påberopt eller ytterligere bevis ført, noe som kunne ført til at saken fikk et annet utfall.

Hvorvidt det ankes over saksbehandlingen, bevisbedømmelse eller rettsanvendelse er av underordnet betydning i sivile saker, siden både lagmannsrett og Høyesterett har full anledning til å prøve underliggende instans' bevisvurdering.¹³⁴⁶

I det følgende er temaet når ulike brudd på reglene om materiell prosessledelse er av betydning som ankegrunn.

9.2 Brudd på klargjørings- eller veiledningsplikten som saksbehandlingsfeil

9.2.1 Brudd på veiledningsplikten

Som den klare hovedregel har dommeren ingen plikt til å veilede. Hvorvidt dommeren bør veilede i det enkelte tilfelle, er et spørsmål om hensiktsmessighet eller formålstjenlighet. I enkelte situasjoner er det unntaksvis oppstilt en plikt til å veilede. Plikten kan ha ulike årsaker; for å sikre kontradiksjon, i indispositive saker, for å føre et sentralt bevis, eller fordi parten er selvprosederende. Brudd på plikten til å veilede i slike situasjoner kan karakteriseres som en feil ved saksbehandlingen.

I prinsippet kan spørsmålet om hvorvidt en saksbehandlingsfeil skal tillegges virkning, løses på en mengde måter. I norsk sivilprosess tillegges enkelte feil automatisk virkning, andre tillegges kun virkning hvis feilen har hatt betydning for avgjørelsen.¹³⁴⁷ For spørsmålet om saksbehandlingsfeilen har hatt betydning for avgjørelsen, kan det opereres med ulik bevisbyrde og beviskrav.

Hvorvidt brudd på veiledningsplikten skal tillegges virkning ved anke over saksbehandlingen, beror etter tvl. § 29-21 (1) på om det er *nærliggende* at den manglende

¹³⁴⁶ Hov 2010b s. 1306.

¹³⁴⁷ Det sondres dermed mellom absolutte og relative saksbehandlingsfeil, se Skoghøy 2014 s. 1172 og 1174.

veiledningen har hatt *betydning for sakens avgjørelse*.¹³⁴⁸ Avgjørende er hvorvidt det eksisterer en *rimelig mulighet* for at feilen hadde betydning.¹³⁴⁹ Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt, men at det ikke er helt fjerntliggende at feilen kan ha innvirket på resultatet. Kravet er i noen grad relativt. Terskelen for hva som regnes som nærliggende, varierer med hvilken feil som er foretatt.¹³⁵⁰ I forarbeidene fremheves det at:

«I noen grad er kravet til «nærliggende» relativt, i den forstand at man lettere vil si feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold ved grovere feil, enn ved mindre grove feil».¹³⁵¹

For eksempel ved brudd på partenes rett til kontradiksjon har Høyesterett flere ganger fremhevet at det ikke kan stilles store krav til sannsynlighet for at feilen skal tillegges virkning.¹³⁵² Beviskravet varierer altså med feilen. I enkelte sammenhenger har det blitt oppstilt en presumsjon for at feilen er av betydning slik at bevisbyrden snus.¹³⁵³ Alternativt kan dette ses på som at feilens grovhet er av betydning for hvorvidt det er nærliggende at feilen har hatt betydning for sakens avgjørelse, men at terskelen for hva som anses som nærliggende, er fast.

For brudd på rettens plikt til å veilede partene er disse presiseringene av stor betydning og medfører at det ikke kan opereres med en lik terskel i alle situasjoner. Feilens grovhet vil variere med begrunnelsen for å oppstille en plikt til å veilede i ulike situasjoner. Begrunnelsen for en plikt til å veilede selvprosederende parter er eksempelvis helt forskjellig fra plikten til å sikre partenes rett til kontradiksjon.

Samtidig finnes det enkelte fellestrekk ved alle ulike brudd på veiledningsplikten. I et perspektiv kan det argumenteres for at det alltid ved brudd på veiledningsplikten skal

¹³⁴⁸ Drøftelsen bygger på en forutsetning som kan synes usannsynlig: Parten anker over at retten ikke veiledet om materielle forhold som parten ikke innså var relevant. Når parten senere benytter dette som ankegrunn forutsetter det at parten da har innsett betydningen av forholdet. Forutsetningen er imidlertid ikke helt uaktuell da parten etter at saken ble tatt opp til doms kan ha oppdaget nye poenger eller byttet til en annen prosessfullmektig som ser poeng den tidligere prosessfullmektigen ikke så.

¹³⁴⁹ Skoghøy 2014 s. 1172. Bestemmelsen viderefører terskelen etter tvistemålsloven for å tillegge saksbehandlingsfeil virkning, se NOU 2001:32 B s. 785 første spalte.

¹³⁵⁰ Skoghøy 2014 s. 1172, Schei m.fl. 2013b s. 1061-1062. Se også Rt. 2005 s. 1590 A. Samme forståelse som legges og til grunn for forvaltningsrettens vedkommende i Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. utgave, Oslo 2009 s. 489.

¹³⁵¹ NOU 2001:32 B s. 785 første spalte.

¹³⁵² Se til illustrasjon Rt. 1998 s. 1283 U. Se også Matningsdal 2013 s. 11.

¹³⁵³ Se Rt. 2005 s. 1590 A premiss 34.

opereres med en presumsjon for at feilen har hatt betydning for sakens avgjørelse. Retten plikter kun å veilede om forhold det er nærliggende å anta at er av avgjørende betydning for sakens avgjørelse. I så måte er det en forutsetning ved etablering av en plikt til å veilede at det forhold det er en plikt til å veilede om, er av betydning for resultatet. Satt på spissen kan det argumenteres for at det ikke bare er en presumsjon for, men også en forutsetning for en plikt til å veilede, at brudd på veiledningsplikten utgjør en saksbehandlingsfeil som har hatt betydning for sakens resultat.

Motsatt kan det hevdes siden det er opp til parten selv å velge hvorvidt veiledningen følges eller ikke, er det ikke nødvendig at saksbehandlingsfeilen skal ha hatt betydning for sakens avgjørelse. På grunn av partens herredømme over prosessopplegget er det derfor nødvendig å sannsynliggjøre at prosessopplegget ville endres i henhold til rettens veiledning. En slik vurdering kan få et noe kunstig preg over seg. I ettertid, med en avgjørelse som ikke gikk i en parts favør, er det vanskelig å forestille seg at vedkommende part hevder ikke å ville endret prosessopplegget på en måte som sannsynligvis ville vært avgjørende for sakens utfall.

I sum medfører dette at det ofte må presumeres at brudd på veiledningsplikten har vært av betydning for sakens avgjørelse. Om det er nærliggende at bruddet på veiledningsplikten har hatt innvirkning på avgjørelsen, skal feilen gis virkning i form av opphevelse, jf. tvl. § 29-23 (2).

9.2.2 Brudd på rettens plikt til å klargjøre prosessopplegget

Retten har i større grad en plikt til å klargjøre partenes eksisterende prosessopplegg, enn til å veilede om alternative prosessopplegg. Det er imidlertid ikke sikkert at plikten når tilsvarende lengre som ankegrunn over saksbehandlingen. Dette skyldes at rekkevidden av plikten er usikker.

Utgangspunktet er klart. Hvor det er avgjørende for en avgjørelse at prosessopplegget inneholder mangler eller er ufullstendig, slik at det ikke er mulig å komme til det resultat parten ønsker, har retten en plikt til å søke å bidra til klargjøring. At retten enkelte ganger misforstår partenes prosesshandlinger, kan skyldes manglende klargjøring. I så måte er det

naturlig å karakterisere også slike situasjoner som brudd på klargjøringsplikten.¹³⁵⁴ Det er nærliggende at klargjøring av slike forhold har hatt betydning for sakens avgjørelse, og må tillegges betydning ved anke.

Utenom slike situasjoner er det vanskelig å knytte rettsvirkninger til brudd på klargjøringsplikten. Hvor langt retten går i å presisere bevistemaer, klargjøre påstandsgrunnlaget eller avhjelpe bevismessige uklarheter, kan beskrives å være i en gråsoner mellom klargjøring og veiledning som i stor utstrekning vil bero på hva som regnes som hensiktsmessig eller formålstjenlig.

9.2.3 Uriktig eller unyansert veiledning

Det er naturlig å forvente at den veiledningen retten yter til partene er korrekt og nyansert. Rettens veiledning om eksempelvis bevistema må altså bygge på en korrekt oppfatning av gjeldende rett på området.¹³⁵⁵ Veiledning som ikke gir uttrykk for de nyanser som eksisterer, er etter Høyesteretts praksis også å anse som uriktig.¹³⁵⁶ Utgangspunktet for vurderingen av korrekt veiledning må tas i de partenes abstrakte påstandsgrunnlag og de rettsregler disse bygger på, hvor det sentrale er de slutninger som retten trekker fra dette rettslige grunnlaget. Slike feil kan karakteriseres som saksbehandlingsfeil.

Partenes faktiske anførsler kan også misforstås slik at rettens veiledning bygger på uriktige faktiske forutsetninger. Dette slik at retten redegjør for bevistemaer eller påstandsgrunnlag som ikke er av betydning for sakens avgjørelse. Slik veiledning er det ikke like naturlig å karakterisere som uriktig. Misforståelsen kan i stedet gi grunnlag for å hevde at dommeren ikke i tilstrekkelig grad har bidratt til klargjøring av partenes prosessopplegg jf. over.

Avgjørende for hvorvidt feil eller manglende nyanser ved rettens veiledning skal tillegges virkning, er om det er nærliggende at feilen har hatt betydning for sakens avgjørelse. I vurderingen kan det argumenteres for at det bør oppstilles en presumsjon om at så lenge

¹³⁵⁴ Se til eksempel Rt. 1990 s. 8 A, Rt. 2005 s. 1590 A og Rt. 2007 s. 1196 U.

¹³⁵⁵ Se til illustrasjon Høyesteretts kjennelse HR-2015-697-U premiss 11 og 12.

¹³⁵⁶ Se Rt. 1978 s. 379 A.

veiledningen objektivt sett er feil, så har den hatt betydning for rettens avgjørelse. Samtidig behøver ikke presumsjonen alltid slå til, særlig ikke hvis partene reagerer mot veiledningen og korrigerer rettens oppfatning. Et sentralt moment er derfor om parten godtar veiledningen og endrer prosessopplegget i henhold til dommerens veiledning.¹³⁵⁷

9.2.4 Feil ved måten veiledningen ble ytt

Etter tvl. § 11-5 (7) må veiledningen ikke utøves på en måte som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet. Selv om det eksisterer et ikke ubetydelig handlingsrom før veiledningen medfører inhabilitet, viste gjennomgangen i punkt 4.7 flere eksempler på situasjoner hvor rettens veiledning ville medført inhabilitet etter dl. § 108. Inhabilitet representerer en absolutt opphevelsesgrunn etter tvl. § 29-21 (2) bokstav b.¹³⁵⁸ Staten vil være erstatningsansvarlig for partenes sakskostnader i forbindelse med den avgjørelse som ble opphevet jf. tvl. § 20-12 (1) bokstav a.

En slik løsning er nødvendig for å ivareta både partenes og allmennhetens tillit til domstolene som upartisk organ, men det er ikke dermed klart at tvisten ville fått et annet resultat om rettens inhabiliserende veiledning ikke hadde funnet sted. Dette gjelder i alle fall hvor det er måten veiledningen ble ytt på som gir grunnlag for inhabilitetsinnsigelsen. Gir dommeren uttrykk for en forhåndsoppfatning i saken, er det sannsynlig at også avgjørelsen vil bygge på denne oppfatningen.¹³⁵⁹ Men det er ikke dermed sagt at oppfatningen bygger på uriktige oppfatninger om sakens faktiske eller rettslige side.

I alle fall teoretisk kan det skilles mellom hvor dommeren går for langt i sin veiledning, og hvor det gis uttrykk for forhåndsstandpunkt. I praksis flyter nok disse tilfeller sammen. Heller ikke i slike tilfeller, hvor dommeren må anses inhabil grunnet for mye veiledning, er det sikkert at tvisten ville fått et annet resultat om mindre veiledning hadde vært ytt. Dette gjelder særlig ved eventuell ny behandling av saken, hvor parten som mottok veiledningen etter all sannsynlighet vil påberope seg de forhold som det ble veiledet om

¹³⁵⁷ Se Rt-1978 s. 379 A og HR-2015-697 U. Se for svensk retts vedkommende, Westberg 1988 s. 689.

¹³⁵⁸ Skoghøy 2014 s. 211.

¹³⁵⁹ Westberg 1988 s. 686.

under den første behandlingen.¹³⁶⁰ Resultatet ville dermed neppe blitt annerledes, og omkostningene ville økt.

¹³⁶⁰ Se Aasland 1967 s. 177.

10. Konklusjoner og observasjoner

Gjennomgangen av de ulike sider ved dommerens materielle prosessledelse er fullført, og det er på tide å trekke enkelte slutninger og å fremheve enkelte sentrale observasjoner.

I kapittel 1 lovet jeg å klargjøre grensene for både dommerens plikt og adgang til å klargjøre og å veilede. Analysen viser at to forhold er særlig fremtredende. For *det første* er dommeren innrømmet en *betydelig frihet* med hensyn til hvorvidt det, i den aktuelle situasjonen, skal veiledes og på hvilken måte det eventuelt gjøres. For *det andre* beror spørsmålet om adgang og plikt på en *helhetlig og konkret vurdering*. Det er nær sammenheng mellom disse forholdene. Dette vises ved at grensene for dommerens adgang og plikt til å veilede kun unntaksvis kan anses brutt. Terskelen for å kunne veilede er lav, og terskelen for å etablere en plikt er tilsvarende høy. Årsaken til dette er også klar. På grunn av veiledningens situasjonsbetingede natur er det naturlig. På grunn av de indre motsetningene som ofte oppstår ved spørsmål om veiledning, er det også grunn til å la det være et stort rom for dommerens skjønn; forsvarlighet mot autonomi, tid og kostnader mot fullstendighet, upartiskhet mot å være for konkret, upartiskhet mot å være for klar og mot å gå for langt. Hva summen av disse momentene i det konkrete tilfellet taler for, er vanskelig å både etterprøve og overprøve. Selv om det ut fra hensynet til forutberegnelighet kunne vært ønskelig med mer klare grenser for rettens veiledning, kan konklusjonen vanskelig bli annerledes. Dette særlig sett hen til spenningene mellom de ulike funksjoner, prinsipper, faktiske hensyn og også prinsippenes natur som retningslinje.

Enkelte elementer i vurderingen av hvorvidt det skal veiledes er imidlertid mer fremtredende enn andre. I vurderingen av hvorvidt dommeren har *plikt til å veilede*, er omstendighetens potensielle betydning for avgjørelsen det viktigste momentet. At veiledningen vil ha betydning for avgjørelsens innhold, kan nærmest ses som en forutsetning for å etablere en plikt. I alle de avgjørelser hvor det er konstatert en plikt til å sørge for bevis, har fraværet av beviset vært av avgjørende betydning. Den underliggende begrunnelsen er da særlig forsvarlighet og ønsket om å oppnå et riktig resultat. I de avgjørelser hvor partenes rett til kontradiksjon har vært ansett brutt og ledet til opphevelse,

kan det indirekte hevdes å ha blitt etablert en plikt til å veilede.¹³⁶¹ Her er den underliggende begrunnelsen for å veilede om omstendigheten, eller forståelsen av omstendigheten, ikke utelukkende kontradiksjon, men like mye forsvarlighet og en målsetning om et riktig resultat.

Sakens objektive og subjektive betydning er også av stor betydning for spørsmålet om plikt til å veilede. At det stilles et relativt krav til forsvarlighet, kommer klart til uttrykk både ved skillet mellom dispositiv og indispositiv tvister, tvister av prinsipiell interesse og tvister hvor folkerettslige forpliktelser er relevant – særlig hvor tvisten gjelder spørsmål om brudd på folkerettslige forpliktelser.

Hvorvidt parten er representert ved advokat, er også av stor betydning for spørsmålet om veiledningsplikt. Analysen viser imidlertid at dette i første rekke skyldes at selvprosederende oftere har behov for veiledning, og i en tydeligere form enn advokater. Grensene for rettens plikt til å veilede er derfor ikke forskjellig for selvprosederende, men den krysses oftere.

Kjernen av rettens *plikt til å bidra til klargjøring* av partenes prosessopplegg er klar nok. Der prosessopplegget er så uklart at det fører til misforståelser, har retten en plikt til klargjøring. I rettspraksis er det særlig ved misforståelser klargjøringsplikten har blitt ansett brutt. Når prosessopplegget fremstår som mangelfullt, har dommeren også en plikt til klargjøring. I slike situasjoner blir grensen mot veiledning mindre klar. I praksis er det en smakssak om dommerens bidrag til avklaring i slike tilfeller karakteriseres som klargjøring eller veiledning. Grensen for når rettens plikt til klargjøring opphører er derfor uklar. Langt på vei er de samme momenter av betydning i slike situasjoner som ved vurderingen av rettens plikt til veiledning.

Når det gjelder grensene for rettens *adgang til å veilede*, handler det i stor grad om *måten* det veiledes på. Spørsmålet har dermed ikke vært *om* det kan veiledes, men det er en nær sammenheng mellom disse to spørsmålene. Om retten i veiledningen klart gir uttrykk for

¹³⁶¹ Se særlig Rt. 1963 s. 996 A og Rt. 2013 s. 1079 U.

hva resultatet kommer til å bli om prosessopplegget endres eller ikke, er det samtidig veiledning som går for langt, og i tillegg problematisk av hensyn til rettens upartiskhet.

Etter min mening er imidlertid ikke grensene for rettens adgang og plikt til å klargjøre og veilede det mest sentrale ved analysen. En dommer kan leve et langt liv i dommergjerningen uten å krysse noen av disse grensene. Langt mer praktisk og interessant er hva som utgjør *god* materiell prosessledelse. Mange steder i avhandlingen finnes det synspunkter på hva som utgjør en klok og god involvering fra dommeren. Sentrale elementer ved slik prosessledelse er etter min mening at retten sørger for at alt som er omtvistet og ønskes inntatt i tvisten, inntas, og at retten skjærer til, klargjør og strukturerer forhandlingene. Viktigst av alt er at dette skjer så tidlig som mulig i prosessen og med partene i hovedrollen. Slik sikres forsvarlighet, proporsjonalitet, effektivitet og konfliktløsning, samtidig som partenes autonomi respekteres. Slik sikres en god prosess.

Som del av avslutningen ønsker jeg også å trekke frem kontrollfunksjonens utvikling og betydningen av dette for rettens veiledning. I første rekke skyldes utviklingen rettsliggjøringen i samfunnet, og internasjonaliseringen – med våre folkerettslige menneskerettsforpliktelser og forpliktelser etter EØS-samarbeidet i første rekke. Særlig interessant i denne sammenheng er at kontrollfunksjonen er i ferd med å få en ny dimensjon ved domstolenes internkontroll – domstolene kontrollerer seg selv. Kontrollfunksjonens betydning for sivilprosessen generelt, og særlig spørsmålet om veiledning er i liten grad undersøkt. Dette gjelder særlig funksjonens betydning i lys av EØS-samarbeidet, men fremfor alt EMK. Hvilken retning dette tar videre er usikkert.

Når det gjelder veiledningsadgangen i småkravsprosessen er det grunn til å fremheve forbudet mot saksforberedende rettsmøte i slike saker. Forbudet er etter min oppfatning klart uheldig. I tillegg til at det vanskeliggjør en forsvarlig behandling av saker etter småkravsprosessens regler, medfører forbudet at det i praksis er umulig å avskjære prosesshandlinger som for sent fremsatt.

Endelig er det etter min mening en sentral observasjon at dagens regler om materiell prosessledelse i for liten grad vektlegger betydningen av *når* spørsmålet om veiledning oppstår. Tvisteprosessens ulike faser har klart ulike formål. Etter min mening er hvilken fase spørsmålet om veiledning oppstår et underkommunisert og undervurdert moment i

vurderingen av grensene for den materielle prosessledning. Kanskje kan det hentes inspirasjon fra den svenske rättegångsbalken, hvor ulike bestemmelser regulerer rettens veiledning under forberedelses- og forhandlingsfasen.

Abstract

The simple question:

My dissertation seeks to address one simple yet profound question in civil procedure: To what extent may and should a judge influence the substantive matters in a legal dispute?

A judge can have a substantial influence on the substantive matters of a dispute in a variety of ways. Interactions between the bench and the parties throughout a dispute can provide the parties guidance, either overtly or in subtler manners. Lengthy discussion of issues and facts that a judge considers relevant, brevity in discussions of seemingly irrelevant items, refusal of admitting pieces of evidence, promoting settlement discussions, providing additional evidence, or even direct hints, advice, and feedback, are all methods employed by judges to varying extents to influence the substantive matters. Such interaction is known as *materiell prosessledelse* in Scandinavia and *Materielle Prozessleitung* in German doctrine – in English it has been styled *party guidance* or *judicial guidance*. But *when*, to *what extent*, and in *what manner* is it correct to for a judge to exert influence? Do certain situations ever oblige a judge to provide direction? These are some questions addressed in this thesis.

The topic of judicial guidance is highly relevant, not only for practitioners, but also from a theoretical point of view. It draws on questions of party autonomy, ambits of civil procedure, the notion and significance of a correct result, proportionality, due process, and access to justice.

In Norway, the accepted notion is that the judge has a privilege, not necessarily an obligation, to influence on the substantive matters in a dispute. However, with recent developments of the judiciaries' responsibility to secure efficient dispute resolution, the rules regarding a judge's right and duty to provide party guidance have expanded. With the Civil Procedure reform of 2005 a *small claims track* was established in the Norwegian courts to secure access to justice for disputes of limited scope and value. Furthermore, in light of developments due to the Agreement on the European Economic Area (EEA) and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), it is timely to ask whether the traditional notion on party guidance is fitting.

In my thesis, I approach this topic with three distinct approaches. *Firstly*, I analyze the concept of party guidance through the lens of civil procedure, including its classical goals and principles. This establishes a basis from which to construct the further analyses. *Secondly*, the concept is analyzed with regard to in which stage of the proceedings the question of guidance arises. *Thirdly*, I analyze the question within the light of different areas of law and the impact these different areas have on the outcome of the thesis question. In addition, the thesis addresses certain questions that arise when a dispute is handled through relaxed judicial processes, such as the small claims track, where parties are often without formal legal representation. This last part draws on the perspectives developed throughout the thesis.

Diversity in underlying principles and goals:

In Norway, the civil procedural system focuses on both individual needs to solve disputes and the protection of citizens' legal rights. On a broader level, the judiciary also seeks to achieve a variety of other goals such as the respect for enactments, the development and clarification of law, and control of other governmental bodies/branches. These have all long been accepted as important to the legal discourse.

A recent development with respect to these goals is the broader notion of the judiciary's obligation to control both other bodies of government and powerful non-government organizations. Furthermore, due to international law, specifically the ECHR, EEA, and thereby indirectly the European Union, the judiciary must take a more dynamic approach to control of governmental bodies. This is especially prominent when solving disputes where questions of an ECHR or EEA nature arise. Because these modern trends have only been the subject of scant analysis, considerable attention in this work is dedicated to what obligation a judge has to provide judicial guidance in cases of EEA or ECHR nature.

A number of essential principles, or values, are also considered central to ensure a well-functioning dispute resolution system. In my opinion due process, party autonomy, active case management, the principle of contradiction, the judges' impartiality, and proportionality are all of fundamental importance to the question of judicial guidance.

These principles are both cooperative and contradictory in the sense that they are both arguments for and against party guidance. When developing regulations regarding party guidance the balancing of these principles becomes challenging.

Recent trends in Norwegian Civil Procedure putting more emphasis on active case management and proportionality have implications on *whether* the judge has an obligation to provide party guidance, *what* kind of guidance, as well as *when* such guidance is appropriate. As a general observation, there is an increasing duty for the judge to guide the parties.

Different stages and different fields of law

Civil proceedings in Norway are considered a main hearing model, which is comprised of two parts: the pre-trial stage and the main hearing stage. The focus and goals during the pre-trial stages differ from those of the main hearing-stage. Pre-trial proceedings attempt to ensure a focused, concise, and efficient resolution of the dispute by narrowing issues, articulating positions, and generally preparing the matter for a productive main hearing.

Goals and focus also differ as between the district and appellate courts on the one hand and the Supreme Court on the other. The district and appellate courts focus to a larger degree on the establishment of facts and the resolution of the dispute as a whole. When evaluating the goals of the Supreme Court, one must also consider its obligation to clarify the law and harmonize lower court decisions. There is a close interrelation between these different goals and the judicial guidance of the parties

Within my third area of enquiry, I address how the type of case impacts the right and obligation of a judge to provide party guidance. As a brief example, the degree of party guidance necessarily differs between a case involving compulsory care in child welfare and a complex business dispute, or cases dealing with different mandatory rules of law. The goals and underlying principles in various cases species differ significantly and affect a judge's duty to guide the parties. One central topic under this part is EEA and ECHR disputes.

Party guidance when EEA rights and obligations are disputed

Although, with a few exceptions, cooperation within the judiciary field is not part of the EEA agreement, the agreement does in fact affect the judiciary branch within the EEA member states. Through their practice both the EU and the EFTA courts has developed the principles of equality and efficiency. These principles place certain requirements on the national judicial procedures of member states when solving disputes regarding community law.

Whether these principles require a judge to provide party guidance in matters of community law, has long been debated. One point of view is that an effective obligation to provide party guidance arises from an obligation to apply community law *ex officio*. I argue that, although national courts do have an obligation to secure the fulfillment of community law, this does not necessarily require community law to be applied *ex officio* outside of the ambit of the dispute as defined by the parties. Certain elements of community law are crucial to the functioning of the internal market and therefore considered *ordre public*, however, these need not be applied *ex officio*. Though one can find clear articulations of that obligation in certain instances, such as judgments concerning consumer rights under EU-directive 93/113 where national courts are obliged to apply the directive *ex officio*.

It has been argued in Scandinavia that where national procedural law grants courts a *discretion* to provide the parties judicial guidance, there is an *obligation* to provide such guidance when community law is in question.¹³⁶² The basis for this view can be found in the judgment in *van Schjndel* where the Court articulated the national courts obligation to raise *points of law* based on community law on its own motion:

«The position is the same if domestic law confers on courts and tribunals a discretion to apply of their own motion binding rules of law».¹³⁶³

This reasoning was subsequently followed by both *Kraaijeveld* and *Willy Kempter*.¹³⁶⁴

¹³⁶² See e.g. Wallerman 2010 s. 107. I have failed to find similar interpretations outside Scandinavia.

¹³⁶³ Case C-430/93 *van Schijndel* para 14.

¹³⁶⁴ See case C-72/95 *Kraaijeveld* para 57 and 58, and C-2/06 *Willy Kempter* AG para 45.

I argue, however, that this does not constitute an obligation to provide party guidance. Clearly, the duty as stated in *van Schjindel* only refers to *rules of law*. Yet, in most member states, courts already have an obligation to apply the law *ex officio*. Furthermore, all of the above judgments emphasize that the court cannot go beyond *the ambit of the dispute* as defined by the parties. This same limitation must also apply to judicial guidance. Finally, an interpretation where all discretionary national procedural rules are to be understood as mandatory has far-reaching implications. With these points in mind, it is difficult to believe the *van Schjindel*, *Krajieveld*, and *Willy Kempter* judgments do constitute a basis to establish a general duty to provide party guidance on community law.

Party guidance when ECHR rights and obligations are disputed

The *ECHR* on the other hand, and most notably ECHR article 6, imposes considerable obligations upon national civil procedural systems, some of which are also of relevance to the question of party guidance. These requirements are general in the sense that they apply to all civil cases. Although I address the implications of ECHR article 6 throughout my thesis, I also address the question of whether national courts have a stronger obligation to provide judicial guidance in cases that concern alleged breaches of ECHR law. Through several different approaches, I establish that even though the European Court of Human Rights (ECtHR) does not explicitly require national courts to provide party guidance, it draws considerable attention to whether national courts have provided party guidance to ensure due process.

Because member states have a positive obligation to pass legislation in accordance with the convention, there is also an obligation for the judiciary to apply the law accordingly. In both *Storck vs. Germany* and *Pla and Puncernau vs. Andorra*, the Court established a breach of the convention due to the application of national law in conflict with the convention.¹³⁶⁵ In this context, it may be necessary to provide party guidance.

¹³⁶⁵ *Storck vs. Germany*, case 61603/00, third section, judgement June 16th 2005, para 93-98 and 147-148, and *Pla and Puncernau vs. Andorra*, case 69498/01, fourth section, judgement October 10th 2006.

The principle of subsidiarity also influences the question of party guidance. As part of the principle of subsidiarity, the ECtHR focuses on the quality of the decision making process a question of breach of the convention has been afforded before national courts. In a number of judgments, the ECtHR states that national courts are obliged to treat cases regarding ECHR with particular rigor and care”.¹³⁶⁶ ECtHR acknowledges a wider margin of appreciation to member states if domestic decisions are the result of a careful decision making-process.¹³⁶⁷ Appropriate party guidance may be an element when examining national decision making-processes.

Party guidance can also affect national courts motivation for, and ability to, provide reasoned decisions. I argue that the parties’ submissions and the judge’s lack of judicial guidance were indeed relevant factors in *Lindheim and others vs. Norway* in which the ECtHR found a breach of ECHR protocol 1 article 1.¹³⁶⁸ When arguing before the Norwegian Supreme Court, the plaintiff failed to raise a breach of ECHR, thus, the courts ability to convey the Norwegian motives for the regulations in question was to some extent limited.

Self-represented parties and small claims-track

The small claims-track is designed for the resolution of cases with limited value and scope in a faster and cheaper fashion than traditional litigation. In an effort to streamline the process, and focus on handling cases as efficient as possible, the small claims-track has no pre-trial proceedings and maintains short and concise main hearings. Therefore, the judge’s task differs with respect to party guidance from the normal track.

Given the nature of a small claims-track case, parties are more likely to be self-represented, which in effect implies that the judge is the only legal professional involved in the

¹³⁶⁶ Wagner and J.M.W.L. vs. Luxemburg, case 76240/01, first section, judgement June 28th 2007, para 96. See also Magnin vs. France, case 26219/08, fifth section, judgement May 10th 2012, para 29, and Fabris vs France, case 16574/08, Grand Chamber, judgement February 7th 2013, para 72.

¹³⁶⁷ See Christoffersen 2009 page 477, Gerards 2012 page 199, Rui 2013 page 50-51 and Brems & Lavrysen 2013 page 199.

¹³⁶⁸ Lindheim and others vs. Norway, case 13221/08 and 2139/10, forth section, judgment June 12th 2012.

proceedings. The judge then has a greater responsibility to secure due process, possibly by also providing a measure of judicial guidance. I argue that the guidance of self-represented parties arises more often and that guidance must be presented in a more direct manner than to legal professionals.

Kildeliste

Lover:

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

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Lov 22. mai 1902 nr. 11 om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden (Straffelovens ikrafttredelseslov)

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). [Opphevet]

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

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 15. mars 1940 nr. 3 om vassdragene (vassdragsloven)

Lov 26. juni 1953 nr. 4 om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold (prisloven). [Opphevet]

Lov 3. februar 1961 om ansvar for skade som motorvogner gjer (bilansvarslova)

Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova)

Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 28. april 1978 nr. 18 om behandling av forbrukertvister (forbrukertvistloven)

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven)

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)

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

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

Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov av 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner (gjeldsordningsloven)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

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

Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak (pristiltakloven)

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven)

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

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven)

Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven)

Lov 15. juni 2001 nr. 79 om miljøvern på Svalbard (Svalbardmiljøloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Lov 28. november 2003 nr. 98 om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv.

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Lov 15. mai 2004 nr. 25 om voldgift (voldgiftloven)

Lov 27. mai 2005 nr. 31 om skogbruk (skogbrukslova)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

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

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

Lov 5. juni 2009 nr. 35 om naturområder i Oslo og nærliggende kommuner (markaloven)

Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)

Lov 19. juni 2009 nr. 101 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven)

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Lov av 20. juni 2014 nr. 27 om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven)

Konvensjoner:

Konvensjon om domsmyndighet og anerkjennelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30. oktober 2007

Forarbeider:

Innst. S. nr. 164 (1983-84)

Innst. S. nr. 163 (1991-92). Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen angående forslag fra Einar Førde og Liv Aasen til ny § 110 b, § 103, § 94 eller § 112 i Grunnloven. (Vern av miljøet).

Innst. O. nr. 69 (1995-1996). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i tvistemålsloven (rettsmekling).

Innst.O.nr.45 (1999-2000) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i rettergangslovgivningen m.m. (harmonisering av rettsmiddelfrister, effektivisering av bøtestraffen og endring av prosessreglene for Høyesterett m.m.)

Innst. O. nr. 110 (2004-2005). Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Dok.nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)

Ot.prp nr. 55 (1976-1977) Om lov om behandling av forbrukerkjøpstvister

Ot.prp. nr. 41 (1980-1981) Om lov om endringer i rettergangslovgivningen

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdsloven)

Ot.prp. nr. 89 (1993-1994) Om lov om endring i avtaleloven

Ot.prp. nr. 41 (1995-1996) Om lov om endringer i tvistemålsloven (rettsmekling)

Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) Om lov om endringer i rettergangslovgjevinga m.m. (harmonisering av rettsmiddelfrister, effektivisering av bøtestraffa og endring av prosessreglane for Høgsterett m.m.)

Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) Skatte- og avgiftsopplegget 2001 – lovendringer

Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) Om lov om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven)

Ot.prp. nr. 79 (2002-2003) Om lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv.

Ot.prp. nr. 27 (2003-2004) Om lov om voldgift

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

Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)

Prop. 45 S (2012-2013) Samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 181/2012 av 28. september 2012 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) nr. 83/2011 om forbrukerrettigheter (forbrukerrettighetsdirektivet)

NOU 1979:42 Forbrukertjenester. Delinnstilling I

NOU 1974:13 Behandlingen av forbrukerkjøpstvister

NOU 1983:48 Småkravsprosess. Behandling av saker om små økonomiske verdier i domstolene

NOU 1994:12 Lov om vassdrag og grunnvann

NOU 1999:19 Domstolene i samfunnet

NOU 1999:22 Domstolene i første instans

NOU 2001:2 Retten til miljøopplysninger. Allmennhetens rett til å få miljøopplysninger fra offentlige og private aktører og retten til å delta i offentlige beslutningsprosesser

NOU 2001:32 A Rett på sak bind A

NOU 2001:32 B Rett på sak bind B

NOU 2001:33 Voldgift

NOU 2002:4 Ny straffelov. Straffelovkommisjonens delutredning VII

NOU 2002:18 Rett til rett. En vurdering av konkurranseforholdene i markedet for juridiske tjenester

NOU 2003:15 Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff

NOU 2003:19 Makt og demokrati

NOU 2012:2 Innenfor og utenfor – Norges avtaler med EU

NOU 2015:3 Advokaten i samfunnet – Lov om advokater og andre som yter rettslig bistand

Utredningsinnstruksene, kgl. res. 18. februar 2000

Utenlandske lover og forarbeider:

England

Lord Woolfe Report

Danmark

Retsplejerådets betænkning 2001/1401

Småsagsudvalgets betænkning 1997/1341

Sverige

Rättegångsbalk 1942:740

SOU 1982:26

Proposisjon 1971:45

Proposisjon 1992/93:216

Proposisjon 1998/99 nr. 35 om lag om skiljeförfarande

Rettspraksis:

Norges Høyesterett

Rt. 1881 s. 35

Rt. 1903 s. 1

Rt. 1913 s. 527

Rt. 1935 s. 881 A

Rt. 1937 s. 472 A

Rt. 1939 s. 45 A

Rt. 1940 s. 598 A

Rt. 1948 s. 1166 U

Rt. 1950 s. 981 U

Rt. 1951 s. 834 U

Rt. 1953 s. 537 A

Rt. 1955 s. 1138 A

Rt. 1957 s. 860 A

Rt. 1958 s. 637 U

Rt. 1961 s. 234 U

Rt. 1962 s. 1107 A

Rt. 1963 s. 996 A

Rt. 1966 s. 103 A

Rt. 1966 s. 275 A

Rt. 1968 s. 411 A

Rt. 1969 s. 1401 U

Rt. 1974 s. 961 A

Rt. 1976 s. 332 A

Rt. 1976 s. 765 U

Rt. 1977 s. 708 U

Rt. 1977 s. 799 A

Rt. 1978 s. 379 A

Rt. 1978 s. 869 U

Rt. 1979 s. 216 U

Rt. 1979 s. 1358 U

Rt. 1980 s. 569 A
Rt. 1981 s. 1030 A
Rt. 1982 s. 8 A
Rt. 1982 s. 239 U
Rt. 1982 s. 1729 A
Rt. 1983 s. 1418 U
Rt. 1984 s. 1456 U
Rt. 1985 s. 114 U
Rt. 1985 s. 640 A
Rt. 1986 s. 123 U
Rt. 1987 s. 1058 A
HR-1988-321 K
Rt. 1988 s. 1304 U
Rt. 1988 s. 1307 U
Rt. 1989 s. 377 U
Rt. 1989 s. 880 U
Rt. 1990 s. 8 A
Rt. 1990 s. 791 A
Rt. 1991 s. 1051 U
Rt. 1991 s. 1531 U
HR-1992-189 K
HR-1992-295 K
Rt. 1992 s. 504 A
Rt. 1992 s. 744 U
Rt. 1993 s. 321 A
Rt. 1993 s. 440 U
Rt. 1993 s. 505 A
Rt. 1993 s. 528 A
Rt. 1993 s. 647 U
Rt. 1994 s. 439 U

Rt. 1994 s. 536 U
Rt. 1994 s. 610 A
Rt. 1994 s. 1202 U
Rt. 1994 s. 1281 A
HR-1994-546 K
Rt. 1995 s. 46 A
Rt. 1995 s. 203 U
Rt. 1995 s. 622 U
Rt. 1995 s. 1120 U
Rt. 1996 s. 407 A
Rt. 1996 s. 1054 U
Rt. 1996 s. 1618 U
Rt. 1997 s. 170 A
Rt. 1997 s. 442 U
Rt. 1997 s. 506 U
Rt. 1997 s. 846 U
Rt. 1997 s. 1477-A
Rt. 1997 s. 1744 U
Rt. 1997 s. 1859 U
Rt. 1997 s. 1998 U
Rt. 1998 s. 317 U
Rt. 1998 s. 484 U
Rt. 1998 s. 844 U
Rt. 1998 s. 1283 U
Rt. 1998 s. 1683 A
Rt. 1988 s. 1876 U
Rt. 1998 s. 1895 A
Rt. 1999 s. 996 A
Rt. 1999 s. 1363 A
Rt. 2000 s. 54 A

Rt. 2000 s. 59 A
Rt. 2000 s. 121 U
Rt. 2000 s. 199 A
Rt. 2000 s. 244 A
Rt. 2000 s. 452 A
Rt. 2000 s. 996 P
Rt. 2000 s. 1048 U
Rt. 2000 s. 1420 U
Rt. 2000 s. 1656 U
Rt. 2000 s. 1678 U
Rt. 2000 s. 1811 P
Rt. 2000 s. 1997 A
Rt. 2000 s. 2134 U
Rt. 2001 s. 697 U
Rt. 2001 s. 1006 A
Rt. 2001 s. 1265 A
HR-2002-417 U
Rt. 2002 s. 87 U
Rt. 2002 s. 320 U
Rt. 2002 s. 340 U
Rt. 2002 s. 858 U
Rt. 2002 s. 976 U
Rt. 2002 s. 1563 U
Rt. 2003 s. 833 A
Rt. 2003 s. 1094 A
Rt. 2003 s. 1319 A
Rt. 2004 s. 351 U
Rt. 2004 s. 1143 U
Rt. 2004 s. 1150 U
Rt. 2004 s. 1300 U
Rt. 2004 s. 1582 A
Rt. 2004 s. 1737 A
Rt. 2005 s. 597 A
Rt. 2005 s. 1112 A
Rt. 2005 s. 1125 U
Rt. 2005 s. 1365 P
Rt. 2005 s. 1474 U
Rt. 2005 s. 1590 A
Rt. 2005 s. 1698 A
Rt. 2006 s. 179 A
Rt. 2006 s. 328 A
Rt. 2006 s. 788 A
Rt. 2006 s. 983 A
Rt. 2006 s. 1367 A
Rt. 2006 s. 1518 U
Rt. 2006 s. 1567 U
Rt. 2007 s. 479 U
Rt. 2007 s. 920 U
Rt. 2007 s. 1196 A
Rt. 2007 s. 1281 P
Rt. 2007 s. 1306 P
Rt. 2007 s. 1625 A
Rt. 2008 s. 230 U
Rt. 2008 s. 602 A
Rt. 2008 s. 833 A
Rt. 2008 s. 1409 S
Rt. 2008 s. 1449 U
Rt. 2008 s. 1451 S
Rt. 2008 s. 1653 U
Rt. 2008 s. 1764 S

Rt. 2009 s. 238 A
Rt. 2009 s. 286 U
Rt. 2009 s. 334 U
Rt. 2009 s. 466 U
Rt. 2009 s. 560 A
Rt. 2009 s. 801 A
HR-2009-944 U
Rt. 2009 s. 1261 A
HR-2009-2060 U
Rt. 2010 s. 804 U
Rt. 2010 s. 946 U
Rt. 2010 s. 1025 A
Rt. 2010 s. 1221 U
Rt. 2010 s. 1236 U
Rt. 2010 s. 1473 U
HR-2010-1558 U
Rt. 2011 s. 29 U
Rt. 2011 s. 90 U
Rt. 2011 s. 253 U
Rt. 2011 s. 330 U
Rt. 2011 s. 690 U
Rt. 2011 s. 943 U
Rt. 2011 s. 1133 A
Rt. 2011 s. 1251 U
Rt. 2011 s. 1289 U
HR-2011-1694 U
HR-2011-1970 U
HR-2011-2009 U
HR-2011-2214 U
Rt. 2012 s. 65 A

Rt. 2012 s. 468 A
Rt. 2012 s. 667 A
Rt. 2012 s. 791 U
Rt. 2012 s. 967 A
Rt. 2012 s. 1138 U
HR-2012-1540 F
Rt. 2012 s. 1556 A
Rt. 2012 s. 1688 U
Rt. 2012 s. 1985 P
Rt. 2012 s. 2039 P
HR-2012-2065 U
HR-2012-2187 U
HR-2013-62 U
Rt. 2013 s. 55 U
Rt. 2013 s. 129 A
Rt. 2013 s. 553 U
Rt. 2013 s. 817 U
Rt. 2013 s. 865 A
Rt. 2013 s. 1079 U
Rt. 2013 s. 1158 A
Rt. 2013 s. 1424 U
Rt. 2013 s. 1517 U
Rt. 2013 s. 1719 U
Rt. 2014 s. 389 U
Rt. 2014 s. 402 A
Rt. 2014 s. 1259 A
Rt. 2014 s. 1334 U
Rt. 2014 s. 1324 U
Rt. 2015 s. 571 U
Rt. 2015 s. 350 U

Den Europeiske menneskerettighetsdomstol

- A og andre mot Danmark, saksnr. 20826/92, avdeling, avgjørelse av 22. januar 1996
- Adolf mot Østerrike, saksnr. 8269/78, avdeling, avgjørelse av 26. mars 1982
- AGOSI mot Storbritannia, saksnr. 9118/80, avdeling, avgjørelse av 24. oktober 1986
- Ahmet Sadik mot Hellas, saksnr. 18877/91, avdeling, avgjørelse av 15. november 1996
- Airey mot Irland, saksnr. 6289/73, avdeling, avgjørelse av 9. oktober 1979
- Akdivar og og flere mot Tyrkia, saksnr. 21893/93, storkammer, avgjørelse av 16. september 1996
- Ali mot Storbritannia, saksnr. 40385/06, fjerde avdeling, avgjørelse av 11. januar 2011
- Animal Defenders mot Storbritannia, saksnr. 48876/08, storkammer, avgjørelse av 22. april 2013
- Appleby mot Storbritannia, saksnr. 44306/98, fjerde avdeling, avgjørelse av 6. mai 2003
- Azinas mot Kypros, saksnr. 56679/00, storkammer, avgjørelse av 28. april 2004
- Beer mot Østerrike, saksnr. 30428/96, tredje avdeling, avgjørelse av 6. februar 2001
- Borgers mot Belgia, saksnr. 12005/86, plenum, avgjørelse av 30. oktober 1991
- Brandstetter mot Østerrike, saksnr. 11170/84, avdeling, avgjørelse av 28. august 1991
- Bruncona mot Finland, saksnr. 41673/98, fjerde avdeling, avgjørelse av 16. november 2004
- Buckley mot Storbritannia, saksnr. 20348/92, avdeling, avgjørelse av 25. september 1996
- Buscemi mot Italia, saksnr. 29569/95, andre avdeling, avgjørelse av 16. september 1999
- Cardot mot Frankrike, saksnr. 11069/84, avdeling, avgjørelse av 19. mars 1991
- Castells mot Spania, saksnr. 11798/85, avdeling, avgjørelse av 23. april 1992
- Ciubotaru mot Moldova, saksnr. 27138/04, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2010
- Civet mot Frankrike, saksnr. 29340/95, storkammer, avgjørelse av 28. september 1999
- De Haes og Gijssels mot Belgia, saksnr. 19983/92, avgjørelse av avdeling, 24. februar 1997
- Delcourt mot Belgia, saksnr. 2689/65, avdeling, avgjørelse av 17. januar 1970
- Dombo Beheer B.v. mot Nederland, saksnr. 14448/88, avgjørelse av avdeling, 27. oktober 1993
- Ekeberg og andre mot Norge, saksnr. 11106/04, første avdeling, avgjørelse av 31. juli 2007

Elci og andre mot Tyrkia, saksnr. 23145/93, fjerde avdeling, avgjørelse av 13. november 2003

Elsholz mot Tyskland, saksnr. 25735/94, storkammer, avgjørelse av 13. juli 2000

Fabre mot Frankrike, saksnr. 69225/01, andre avdeling, avgjørelse av 2. november 2004

Fabris mot Frankrike, saksnr. 16574/08, storkammer, avgjørelse av 7. februar 2013

Feldbrugge mot Nederland, saksnr. 8562/79, plenum, avgjørelse av 27. juli 1987

Fressoz og Roire mot Frankrike, saksnr. 29183/95, storkammer, avgjørelse av 21. januar 1999

Giacomelli mot Italia, saksnr. 59909/00, tredje avdeling, avgjørelse av 2. november 2006

Gorgulu mot Tyskland, saksnr. 74969/01, tredje avdeling, avgjørelse av 26. februar 2004

Handyside mot Storbritannia, saksnr. 5493/72, plenum, avgjørelse av 7. desember 1976

Hatton og flere mot Storbritannia, saksnr. 36022/97, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003

Hentrich mot Frankrike, saksnr. 13616/88, avdeling, avgjørelse av 22. september 1994

I. mot Finland, saksnr. 20511/03, fjerde avdeling, avgjørelse av 17. juli 2008

I. mot Storbritannia, saksnr. 25680/94, storkammer, avgjørelse av 11. juli 2002

Immeubles Groupe Kosser mot Frankrike, saksnr. 38748/97, første avdeling, avgjørelse av 21. mars 2002

Irfan Bilgin mot Tyrkia, saksnr. 25659/94, første avdeling, avgjørelse av 17. juli 2001

Jokela mot Finland, saksnr. 28856/95, første avdeling, avgjørelse av 21. mai 2002

Kamasinski mot Østerrike, saksnr. 9783/82, avdeling, avgjørelse av 19. desember 1989

Karaman mot Tyrkia, saksnr. 6489/03, andre avdeling, avgjørelse av 15. januar 2008

Khurshid, Mustafa og Tarzibachi mot Sverige, saksnr. 23883/06, tredje avdeling, avgjørelse av 16. desember 2008

Kress mot Frankrike, saksnr. 39594/98, storkammer, avgjørelse av 7. juni 2001

Krcmar og andre mot Tsjekkia, saksnr. 35376/97, tredje avdeling, avgjørelse av 3. mars 2000

Kleyn og andre mot Nederland, saksnr. 39343/98, storkammer, avgjørelse av 6. mai 2003

Kurt mot Tyrkia, saksnr. 24276/94, avdeling, avgjørelse av 25. mai 1998

Kutzner mot Tyskland, saksnr. 46544/99, fjerde avdeling, avgjørelse av 26. februar 2002

L. mot Finland, saksnr. 25651/94, fjerde avdeling, avgjørelse av 27. april 2000

Larkos mot Kypros, saksnr. 29515/95, storkammer, avgjørelse av 18. februar 1999

Leyla Sahin mot Tyrkia, saksnr. 44774/98, storkammer, avgjørelse av 10. november 2005

Lind Eggertsdottir mot Island, saksnr. 31930/04, tredje avdeling, avgjørelse av 5. juli 2007

Lindheim og andre mot Norge, saksnr. 13221/08 og 2139/10, fjerde avdeling, avgjørelse av 12. juni 2012

Lobo Machado mot Portugal, saksnr. 15764/89, storkammer, avgjørelse av 20. februar 1996

M.C. mot Bulgaria, saksnr. 39272/98, første avdeling, avgjørelse av 4. desember 2003

Magnin mot Frankrike, saksnr. 26219/08, femte avdeling, avgjørelse av 10. mai 2012

Marckx mot Belgia, saksnr. 6833/74, plenum, avgjørelse av 13. juni 1979

McCann og andre mot Storbritannia, saksnr. 18984/91, storkammer, avgjørelse av 27. september 1995

McMichael mot Storbritannia, saksnr. 16424/90, avdeling, avgjørelse av 24. februar 1995

McVicar mot Storbritannia, saksnr. 46311/99, første avdeling, avgjørelse av 7. mai 2002

Mezmaric mot Kroatia, saksnr. 71615/01, første avdeling, avgjørelse av 15. juli 2005

Nideröst-Huber mot Sveits, saksnr. 18990/91, avdeling, avgjørelse av 18. februar 1997

Olsson mot Sverige (no. 2), saksnr. 13441/87, avdeling, avgjørelse av 27. november 1982

Özgür Gündem mot Tyrkia, saksnr. 23144/93, fjerde avdeling, avgjørelse av 16. mars 2000

Paulet mot Storbritannia, saksnr. 6219/08, fjerde avdeling, avgjørelse av 13. mai 2014

Paulsen-Medalen og Svensson mot Sverige, saksnr. 16817/90, avdeling, avgjørelse av 19. februar 1998

Pla og Puncernau mot Andorra, saksnr. 69498/01, fjerde avdeling, avgjørelse av 10. oktober 2006

Platakaou mot Hellas, saksnr. 38460/97, andre avdeling, avgjørelse av 11. januar 2001

Plattform «Ärzte für das leben» mot Østerrike, saksnr. 10126/82, avdeling, avgjørelse av 21. juni 1988

Podkolzina mot Latvia, saksnr. 46726/99, fjerde avdeling, avgjørelse av 9. april 2002

Procola mot Luxembourg, saksnr. 14570/89, avdeling, avgjørelse av 28. september 1995

Pullar mot Storbritannia, saksnr. 22399/93, avdeling, avgjørelse av 10. juni 1996

Raëlien Suisse mot Sveits, saksnr. 16354/06, storkammer, avgjørelse av 13. Juli 2012

Reinhardt og Slimane-Kaid mot Frankrike, saksnr. 23043/93 og 22921/93, storkammer, avgjørelse av 31. Mars 1998

«Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» mot Belgia, saksnr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, plenum, avgjørelse av 23. juli 1968

Remuszko mot Polen, saksnr. 1562/10, fjerde avdeling, avgjørelse av 16. juli 2013

Ruiz-Mateos mot Spania, saksnr. 12952/87, plenum, avgjørelse av 23. juni 1993

Ruiz Torija mot Spania, saksnr. 18390/91, avdeling, avgjørelse av 9. desember 1994

S mot Tyskland, saksnr. 3300/10, femte avdeling, avgjørelse av 28. juni 2012

Sabeh El Leil mot Frankrike, saksnr. 34869/05, storkammer, avgjørelse av 29. juni 2011

Sahin mot Tyskland, saksnr. 30943/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003

Salontaji-Drobnjak mot Serbia, saksnr. 36500/05, andre avdeling, avgjørelse av 13. oktober 2009

Shtukurov mot Russland, saksnr. 44009/05, første avdeling, avgjørelse av 27. mars 2008

Sommerfeld mot Tyskland, saksnr. 31871/96, storkammer, avgjørelse av 8. juli 2003

Sporrong og Lönnroth mot Sverige, saksnr. 7151/75, plenum, avgjørelse av 23. september 1982

Sramek mot Østerrike, saksnr. 8790/79, plenum, avgjørelse av 22. oktober 1984

Steel og Morris mot Storbritannia, saksnr. 68416/01, første avdeling, avgjørelse av 15. februar 2005

Storck mot Tyskland, saksnr. 61603/00, tredje avdeling, avgjørelse av 16. juni 2005

Taskin og andre mot Tyrkia, saksnr. 46117/99, tredje avdeling, avgjørelse av 10. november 2004

Taxquet mot Belgia, saksnr. 926/05, storkammer, avgjørelse av 16. november 2010

Tolstoy Miloslavsky mot Storbritannia, saksnr. 18139/91, avdeling, avgjørelse av 13. juli 1995

Van Oosterwijck mot Belgia, saksnr. 7654/76, plenum, avgjørelse av 6. november 1980

Vermeulen mot Belgia, saksnr. 19075/91, storkammer, avgjørelse av 20. februar 1996

Vgt Verein Gegen Tierfabriken mot Sveits, saksnr. 24699/94, andre avdeling, avgjørelse av 28. juni 2001

Vuckovic og andre mot Serbia, saksnr. 17153/11, storkammer, avgjørelse av 25. mars 2014

W. mot Storbritannia, saksnr. 9749/82, plenum, avgjørelse av 8. juli 1987

Wagner og J.M.W.L. mot Luxemburg, saksnr. 76240/01, første avdeling, avgjørelse av 28. juni 2007

Walston mot Norge (no. 1), saksnr. 37372/97, fjerde avdeling, avgjørelse av 3. juni 2003

Wingrove mot Storbritannia, saksnr. 17419/90, avdeling, avgjørelse av 25. november 1996
X, Y og Z mot Storbritannia, saksnr. 21830/93, storkammer, avgjørelse av 22. april 1997
Young, James og Webster mot Storbritannia, saksnr. 7691/76 og 7806/77, plenum, avgjørelse av 13. august 1981

EFTA-domstolen

E-9/97 Sveinbjörndóttir

E-4/01 Karlsson

E-15/10 Posten Norge mot ESA

E-11/12 Swiss Life

EU-domstolen

C-33/76 Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral AG

C-45/76 Comet BV

C-213/89 Factortame Ltd and Others

C-9/90 Francovich

C-312/93 Peterbroeck

C-430/93 Van Schijndel

C-430/93 Van Schijndel – Opinion of advocate general Jacobs

C-72/95 Kraaijeveld

C-126/97 Eco Swiss

C-126/97 Eco Swiss – Opinion of advocate general Saggio

C-240/98 Océano Grupo

C-381/98 Ingmar GB Ltd

C-50/00 Union de Pequenos

C-473/00 Cofidis SA

C-295/04 *Manfredi*

C-168/05 Mostaza Claro

C-222/05 van der Weerd

C-222/05 van der Weerd – Opinion of advocate general Maduro

C-432/05 Unibet

C-2/06 Willy Kempter AG
C-8/08 T-Mobile
C-40/08 Asturcom
C-63/08 Pontin
C-137/08 VB Penzügyi
C-243/08 Pannon GSM
C-246/09 Bulicke
C-76/10 Pohotovost
C-618/10 Banco Español de Crédito SA
C-397/11 Erika Jörös
C-472/11 Banif Plus Bank ZRT
C-488/11 Jahani BV

Underrettspraksis

LB-1999-2087	LB-2010-43786
RG-2000-1218	LB-2010-174742
LB-2002-240	LH-2010-52417
LB-2006-118505	LA-2012-133483
LG-2008-114103	LB-2013-92047
LF-2009-104713	TOSLO-2008-118130
RG-2009-1034	

Tilsynsutvalget for dommere

TUSAK-2006-33	TUSAK-2012-30
TUSAK 2012-12	TUSAK 2012-31

Svensk rettspraksis

NJA 1977 s. 415

Litteratur:

ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Roma 2004

- Alten, E., *Tvistemålsloven med kommentar*, 3. utgave, Oslo, 1954
- Ancery 2012 – Ancery, A.G.F., *Ambtshalve toepassing van EU-recht*, te Zwolle, Nederland 2012
- Andenæs, Johs., «*Om Høyesteretts myndighet i skyldspørsmålet ved anke over herreds- og byrettsdommer*», Tidsskrift for rettsvitenskap, 1943 s. 286-308.
- Andenæs, Johs., «*Juristrollen og yrkesetikk*», Lov og Rett, 1994 s. 65-66
- Andenæs, Mads, Kravik, Andreas Motzfeldt og Bjørge, Eirik, «*Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin*», Lov & Rett, 2015, s. 261-278.
- Andersson 1997 – Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen*, Uppsala 1997
- Andersson 1999 – Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler: en studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*, Uppsala 1999
- Andersson, Torbjörn, «*EG-rätten och den svenska processrätten*», Juridisk tidsskrift 1998-99 s. 807-817
- Andersson 1999/00 – Andersson, Torbjörn, «*Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurransrätt – reflektioner i anledning av EG-domstolens avgörande i Eco Swiss-målet*», Juridisk tidsskrift vid Stockholms universitet, 1999-2000 s. 443-466
- Andrews 1994 – Andrews, Neil, *Principles of Civil Procedure*, London 1994
- Andrews, Neil, *The Three Paths of Justice, Court Proceedings, Arbitration and Mediation in England*, Cambridge 2012
- Arnesen, Finn, «*Om den felleskapsrettslige reguleringen av urimelige avtalevilkår i forbrukerforhold*», Tidsskrift for rettsvitenskap, 1996 s. 884-904
- Arnesen, Finn og Stenvik, Are, *Internasjonalisering og juridisk metode, Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo 2009.
- Augdahl 1947 – Augdahl, Per, *Norsk civilprosess*, Oslo 1947.
- Backer 1984 – Backer, Inge Lorange, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage*, Oslo 1984
- Backer, Inge Lorange, *Naturvern og naturinngrep*, Oslo 1986
- Backer 1993 – Backer, Inge Lorange, «*Domstolene og miljøet*», Lov og Rett, 1993, s. 451-468
- Backer 2008 – Backer, Inge Lorange, *Barneloven – Kommentartutgave*, 2. utgave, Oslo 2008
- Backer, Inge Lorange, «*Habilitet i Høyesterett*», Lov og Rett, 2008 s. 577-578
- Backer, Inge Lorange, *Naturmangfoldloven kommentartutgave*, Oslo 2010
- Backer, Inge Lorange, «*Juristenes rolle i lovforberedelsen*», Lov og Rett, 2011 s. 63-77

- Backer, Inge Lorange, «*The Reform of Norwegian Civil Procedure*», Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway, Bergen/Göttingen, 2011 s. 43-60
- Backer 2012 – Backer, Inge Lorange, *Innføring i naturressurs- og miljørett*, 5. utgave, Oslo 2012
- Backer 2014 – Backer, Inge Lorange, «*Goals of Civil Justice in Norway: Readiness for a Pragmatic reform*», Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, Zagreb 2014, s. 105-122.
- Bahlmann 2005 – Bahlmann, Anika, *ZPO-Reform 2002: Stärkung der ersten Instanz?*, Köln 2005
- Baldwin 1997 – Baldwin, John, *Lowered Horizons and Broadened Vistas: The Small-Claims Court and Access to Justice*, Oxford 1997
- Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Tromsø 2015
- Berg, Borgar Høgtveit (red.), *Voldgiftsloven med kommentarer*, Oslo 2006
- Berg, Borgar Høgtveit og Nordby, Andreas, *Gruppesøksmål. Tvistelova kapittel 35 med kommentarer*, Oslo 2012
- Bergholtz 2004 – Bergholtz, Gunnar, «*Domarens private vetande i rättsfrågor*», Festskrift til Per Henrik Lindblom, Uppsala 2004, s. 47-63.
- Bergo 2000 – Bergo, Knut, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000
- Bergsåker 2011 – Bergsåker, Trygve, «*Hva er foreldelse?*», Tidsskrift for rettsvitenskap, 2011, s. 351-442.
- Bernitz 2008 – Bernitz, Ulf, «*EG-rättens krav på svensk processordning*», Festskrift til Lars Heuman, 2008 s. 81-88.
- Bernt, Jan Fridthjof, «*Den dynamiske dimensjonen i rettskildelæren*», Nybrott og Odling – Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002, s. 259-272.
- Bernt 2004 – Bernt, Jan Fridthjof, «*Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen*», Jussens Venner, 2004, s. 61-73.
- Bernt, Jan Fridthjof, «*Det juridiske fortolkningsfellesskap som referanseramme for avgjørelse av juridiske tvilsspørsmål*», Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag, 2009, s. 31-43.
- Bernt 2011 – Bernt, Camilla, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Bergen 2011
- Bernt 2013 – Bernt, Jan Fridthjof, «*Rettskildelæren og “the single right answer”*», Nye trender i rettsvitenskapen, 2013, s. 49-59
- Bernt & Doublet – Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David R., *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998

- Bernt & Mæhle 2006 – Bernt, Jan Fridthjof og Mæhle, Synne Sæther, *Rett, samfunn og demokrati*, Oslo 2006
- Blake, Susan, *A practical approach to Effective Litigation*, 7th edition, Oxford 2009
- Boe 2012 – Erik Boe, *Rettskildelære under debatt*, Oslo 2012
- Boman 1964 – Boman, Robert, *Om åberopande och åberopsbörla i dispositiva tvistemål*, Stockholm 1964
- Bratholm 1997 – Bratholm, Anders, *Dommerne og rettsikkerheten*, Juristkontakt, 1995 s. 2-31
- Bratholm & Hov 1973 – Bratholm, Anders og Hov, Jo, *Sivil Rettergang*, 1. opplag, Oslo 1973
- Bratholm & Hov 1987 – Bratholm, Anders og Hov, Jo, *Sivil Rettergang*, 5. opplag, Oslo 1987
- Brems 2013 – Brems, Eva, «*Procedural protection: an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights*», *Shaping Rights in the ECHR, The Role of the European Court of Human Rights in determining the Scope of Human Rights*, 2013 s. 137-161
- Brems & Lavrysen 2013 – Brems, Eva og Lavrysen, Laurens, «*Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights*», *Human Rights Quarterly*, 2013 s. 176-200.
- Brolin, Thore, Rehnström, Åke, Widebeck, Magnus, *Tvistemålsprocessen. En handledning för förberedelsen*, 3. upplåg, Stockholm 2008
- Bugge, Hans Chr., «*Bærekraftig utvikling*» og andre aktuelle perspektiver i miljøretten», *Lov og Rett*, 1993, s. 485-498.
- Bugge, Hans Chr., «*Miljøvern og rettferdighet – en introduksjon*», Fågelperspektiv på rättsordningen, Vänbok till Staffan Westerlund, 2002, s. 283-305.
- Bugge 2015 – Bugge, Hans Chr., *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015
- Bull, Henrik, *Det indre marked for tjenester og kapital, Import av finansielle tjenester*, Oslo 2002
- Bylander 2006 – Eric Bylander, *Muntlighetsprincippet: en rättsvetenskapelig studie av processuella handläggsformer i svensk rätt*, Uppsala 2006
- Bøhn, Anders, *Domstoloven Kommentartutgave*, Oslo 2000
- Bårdsen & Nordén 2008 – Bårdsen, Arnfinn og Nordén, Dag Bugge, «*På talefot med tvisteloven*», *Jussens Venner*, 2008 s. 1-90.
- Cadiet, Loïc, *The New French Code of Civil Procedure (1975)*, *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford 2005, s. 49-67

- Cappelletti 1989 – Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989.
- Cappelletti & Garth 1978 – Cappelletti, Mauro & Garth, Bryan, *Access to Justice vol. 1, a World Survey*, Firenze, 1978
- De Caprona, Yann, *Norsk etymologisk ordbok*, Oslo 2013
- Chalmers, Damian, Davies, Gareth og Monti, Gorgio, *European Union Law, cases and materials*, 2nd edition, 3rd printing, Cambridge 2010
- Chan, Peter C.H. & Chan, David, «*Civil Justice with Multiple Objectives*», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, s. 143-166
- Chase 1997 – Chase, Oscar G., «*Some observations on the Cultural Dimension in Civil Procedure Reform*», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45 No. 4, 1997, s. 861-870
- Chase 2002 – Chase, Oscar G., «*American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50 No. 2, 2002, s. 277-301
- Cordero-Moss, Guiditta, «*Lovvalg i internasjonal kommersiell voldgift, Et innlegg og et forskningsprosjekt*», *Lov og Rett*, 2009 s. 361-373
- Cordero-Moss, Guiditta, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013
- Christoffersen 2009 – Christoffersen, Jonas, *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston, 2009
- Cronstedt, Nina, *Konkurrenserettslige tvisters skiljedomsmessighet*, *Juridisk tidsskrift*, 1994/95 s. 1045-1069
- Dalberg-Larsen 2004 – Dalberg-Larsen, Jørgen, «*Hvad udgør rettens kerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?*», *Om retsprinsipper*, s. 11-45, København 2004
- Dalseide 2002 – Dalseide, Nils, «*Barnefordelingssaker i retten – noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste*», *Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias*, 2002 s. 191-206.
- Damaska 1986 – Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale 1986
- Diamond, Jared, *Guns, Germs and Steel: the fates of human societies*, New York, 1997
- van Dijk m.fl. 2006 – van Dijk, Pieter, van Hoof, Fried, van Rijn, Arjen og Zwaak, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Antwerpen – Oxford 2006
- Dodson & Klebba 2011 – Dodson, James og Klebba, Jason M., «*Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century*», *Boston College International and Comparative Law Review*, 2011 [Vol. 34 nr. 1] s. 1-26.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge 1977

- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, London 1985
- Eckhoff 1943 – Eckhoff, Torstein, *Tvilsrisikoen*, Oslo 1943
- Eckhoff, Torstein, *Rettskraft*, Oslo 1945
- Eckhoff 1971 – Eckhoff, Torstein, *Sivilprosess*, 2. utgave 2. opplag, Oslo 1971
- Eckhoff & Helgesen 2001 – Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, Oslo 2009
- Eftestøl-Wilhelmsson 2006 – Eftestøl-Wilhelmsson, Ellen, «*Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn*», Lov og Rett, 2006 s. 83-97
- Eide & Stavang 2008 – Eide, Erling og Stavang, Endre, *Rettsøkonomi*, 2. opplag, Oslo 2008
- Einarsen, Terje, «*Plenumsdommene om domstolsprøving: kan barnets beste interesser være underlagt forvaltningens frie skjønn?*», Jussens Venner, 2013 s. 287-319
- Ekelöf 1956 – Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*, Stockholm 1956
- Ekelöf, Per Olof, «*Anmeldan av Bratholm-Hov, Sivil rettergang*», Svensk Juristtidning, 1974
- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång V*, 6. utgave, Lund 1987
- Ekelöf 1990 – Ekelöf, Per Olof, «*Om rätt och moral*», Proces och exekution – Vänbok til Robert Boman, Stockholm 1990, s. 71-83.
- Ekelöf & Boman 1990 – Ekelöf, Per Olof og Boman, Robert, *Rättegång I*, 7. utgave, Lund 1990
- Ekelöf, Edelstam & Boman 1998 – Ekelöf, Per Olof, Edelstan, Henrik og Boman, Robert, *Rättegång, femte häftet*, Stockholm 1998, 7. opplag
- Ellehaug 2001 – Ellehaug, Michael, *Inhabilitet i dansk retspleje*, Århus 2001
- Eng, Svein, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007
- Engström, Johanna, «*National Courts' Obligation to Apply Community Law Ex Officio – The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy?*», Review of European Administrative Law, 2008 s. 67-89
- Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, Tromsø 2008
- Eriksen, Christoffer, «*Internasjonaliseringen av retten (menneskerettigheter, EU/EØS-rett og komparativ rett)*», Nye trender i rettsvitenskapen, Oslo 2013 s. 62-72
- Ervasti 2011 – Ervasti, Kaijus, «*Domstolarnas konflikthanteringsmetoder*», Retfærd nr. 2 2011 s. 1-25

- Ervo, Laura, «*Kommunikation i en rättvis rättegång – Särskilt om muntlighetsprincipens betydelse i Finland*», Muntlighet vid domstol i Norden: en rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse i förfarandet vid domstol i Norden, Uppsala 2005
- Ervo 2009 – Ervo, Laura, «*Party autonomy and Access to Justice*», Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial, Groningen 2009
- von Eyben 1987 – von Eyben, W.E., *Dommertilkenninger*, København 1987
- Falkanger, Aage Thor, *Lagmann og lagting i Hålogaland gjennom 1000 år*, Tromsø 2007
- Falkanger, Thor, Flock, Hans og Waaler, Thorleif, *Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave*, 4. utgave, Oslo 2008
- Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave 3. opplag, Oslo 2010
- Fauchald, Ole Kristian, «*Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnloven § 110 B*», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2007 s. 1-84.
- Fenger 2004 – Fenger, Niels, *Forvaltning & fællesskab, Om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: Konfrontation og frugtbar sameksistens*, København 2004
- Fleischer, Carl August, *Folkerett*, Oslo 1994
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998
- Fleischer 1999 – Fleischer, Carl August, *Miljø- og ressursforvaltning: grunnleggende forutsetninger*, Oslo 1999
- Flock, Hans, *Midlertidig sikring: arrest og midlertidig forføyning*, Oslo 2011
- Francioni 2007 – Francioni, Francesco, «*The Rights of Access to Justice under Customary International Law*», Access to Justice as a Human Right, 2007 s. 1-56.
- Frantzen, Torstein, «*Anvendelse av utenlandsk rett i norske domstoler*», Lov & Rett, 2010, s. 371-391
- Fredriksen 2008 – Fredriksen, Halvard Haukeland, «*Tvisteloven og EØS-avtalen*», Tidsskrift for rettsvitenskap 2008 s. 289-357.
- Fredriksen, Halvard Haukeland, *EU/EØS-rett i norske domstoler (Europautredningen rapport nummer 3)*, Bergen 2011
- Fredriksen & Mathisen 2014 – Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, *EØS-rett*, 2. utgave, Bergen 2014
- Fredriksen, Steinar, «*Noen betraktninger om rettsprinsippers betydning i norsk rett*», Jussens venner, 2011, s. 37-64
- Frøberg 2014 – Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon* Oslo 2014
- Galetta 2009 – Galetta, Diana-Urania, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Milano, Italia 2009

- Galetta, Diana-Urania, *The Jurisprudence of the European Court of Justice on the Procedural Autonomy of EU Member States*, Annual report 2011 – Italy, Milano, Italia 2011
- Galligan 1996 – Galligan, D.J. *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford 1996
- Gerards, Janneke, «*Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*», *European Law Journal*, 2011 s. 80-120
- Gerards 2012 – Gerards, Janneke, «*The Prism of fundamental rights*», *European Constitutional Law Review*, 2012 s. 173-202.
- Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2. utgave, Bergen 2012
- Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Bergen 2014
- Gomard & Kistrup 2013 – Gomard, Bernhard og Kistrup, Michael, *Civilprocessen*, 7. utgave, København 2013
- Gottwald, Peter, «*Simplified Civil Procedure in West Germany*», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 31 1983 s. 687-701
- O. Hj. Granfelt, *Den materielle processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt*, Helsingfors 1908
- Grans, Minna, «*Duty of Loyal Interpretation; Theoretical Structures and Practical Solutions*», *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groeningen 2009, s. 43-86
- Graver 1996 – Graver, Hans Petter, *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1996
- Graver, Hans Petter, «*Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap*», *Lov og Rett*, 1998, s. 579-603.
- Graver, Hans Petter, «*I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2006, s. 189-221
- Graver 2008 – Graver, Hans Petter, «*Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 s. 1-30
- Graver, Hans Petter, «*Rettsforskningens oppgaver og rettsvitenskapens autonomi*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011, s. 230-249
- Gross 1987 – Gross, Samuel R., «*The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation*», *Michigan Law Review*, nr. 4 1987, s. 734-757.
- Haapaniemi, Pekka, «*Procedural Autonomy: A Misnomer?*», *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groeningen 2009, s. 87-122
- Haas, Ulrich, «*The Relationship between the Judge and the Parties under German Law*», *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Bergen/Göttingen, 2011 s. 87-114

- Hagerup 1895 – Hagerup, Francis, *Forelæsninger over den norske civilproces*, Kristiania 1895
- Hagerup 1918 – Hagerup, Francis, *Den Norske Civilproces I*, 3. utgave, Kristiania 1918
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011
- Harris m.fl. 2009 – D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009
- Havelka, Libor, *Escaping the trap: The simplified application of EU law*, Brno 2014
- Heuman 1992-93 – Lars Heuman, «Bör rätten bedriva processledning innan den tillämpar en icke åberopad Hrättsregel?», *Juridisk tidskrift*, 1992-93 s. 919-924
- Heuman 2004 – Heuman, Lars, «Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet», *Festskrift til Per Henrik Lindblom*, Uppsala 2004, s. 261-280.
- Heuman, Lars, *Bevisbörda og beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005
- Hjelmeng 1998 – Hjelmeng, Erling, «Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalen artikkel 53», *Lov og Rett*, 1998 s. 420-435
- Hjelmeng, Erling, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Oslo 2003
- Hov 1976 – Hov, Jo, *Rettsforlik*, Oslo 1976
- Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, Oslo 1994
- Hov, Jo, *Kontraktsrett*, Oslo 2002
- Hov 2010a – Hov, Jo, *Rettergang I*, Oslo 2010
- Hov 2010b – Hov, Jo, *Rettergang II*, Oslo 2010
- Huser, Kristian, *Avtaletolkning*, Bergen 1983
- Huser, Kristian, *Avtalesensur*, Bergen 1984
- Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Oslo 2010
- Høyer, Ruth Anker og Høyer, Jon Bonnevie, «Small claims world wide», *Rett på sak*, 2007 nr. 4 s. 30-31
- Terence Ingman, *The English Legal Process*, 12th edition, London 2008
- Jakhelln, Henning, «Embetsmenn eller tjenestemenn», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. 2 1989
- Jakhelln, Henning, «Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betrodde og innsiktsfulle medarbeidere – eller kranglebøtter, bråkmakere og angivere?», *TemaNord* 2004:509 – Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern, 2004 s. 47-128.
- Jans m.fl. 2007 – Jans, J.H., de Lange, R., Prechal, S. og Widdershoven, R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Groningen 2007

- Jauernig & Hess 2011 – Hess, Burkhard, *Zivilprozessrecht*, 30. utgave, Munchen 2011
- Jensen, Camilla Hørby, *Retsfortabende passivitet*, København 2007
- Jerkø 2012 – Jerkø, Markus, «*En taksonomi over rettslige prinsipper*», Tidsskrift for rettsvitenskap, 2012 s. 1-48.
- Jerkø 2014 – Jerkø, Markus, «*Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen*», Lov og Rett, 2014 s. 445-464
- Jerkø 2015 – Jerkø, Markus, *Rettslig bevisvurdering – Om dens rammer, redskaper og grensene for vår erkjennelse*, Oslo 2015
- Jervell, Stephan L., *Lovgivningen i EØS, Beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*, Oslo 2002
- Johansen 2008 – Johansen, Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, Ne bis in idem*, disputasutgave, Tromsø 2008
- Johnsen, Jon T., «*Håndheving av almene interesser*», Samfunn, rett, rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag, 1986 s. 387-401.
- Jolowicz, J. A., «*On the Nature and Purposes of Civil Procedural law*», International Perspectives on Civil Justice, Essays in honour of Sir Jack I. H. Jacob Q.C., London, 1990 s. 27-46
- Jolowicz 2000 – Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, Cambridge 2000
- Jolowicz 2003 – Jolowicz, J. A., «*Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*», The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52 No. 2 2003, s. 281-295
- Jolowicz, J.A., «*Civil Litigation: What's it for?*», Cambridge Law Journal 2008, s. 508-520
- Kallenberg, E., *Svensk Civilprocessrätt*, 2. opplag, Lund 1923
- Kengyel & Czoboly 2014 – Kengyel, Miklós og Czoboly, Gergely, «*Battle Between Individual Rights and Public Interes tin Hungarian Civil Procedure*», Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, Zagreb 2014, s. 205-220
- Kjølborg, Gunn-Mari & Redse Johansen, Sigrid, *Barnefordelingstvister*, Oslo 2006
- Kjølborg 2010 – Kjølborg, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. utgave, København 2010
- Kolflaath, Eivind, «*Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil*», Lov og Rett, 2008 s. 149-165.
- Koller 2014 – Koller, Christian, «*Civil Justice in Austrian-German Tradition*», Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, Zagreb 2014, s. 35-60
- Kolrud m.fl. 2007 – Kolrud, Helge Jakob, Bjella, Kristin, Cordero-Moss, Giuditta og Ryssdal, Anders, *Voldgiftsloven Kommentarutgave*, Oslo 2007.

Koskenniemi, Marti, «*General principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law*», Sources of International Law, 2000, s. 122-161

Kramer 2014 – Kramer, Xandra E., «*The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-Unidroit European rules of civil procedure*», Uniform Law Review, vol. 19, 2014 s. 218-238

Krüger, Kai, «*Default Remedies in International Arbitration Proceedings*», Festskrift til Ole Lando, 1997 s. 217-236.

Langbach, Tor, *Forsvareren*, Oslo 1996

Langbein, John H., «*The German Advantage in Civil Procedure*», The University of Chicago Law Review, 1985 s. 823-866.

Lange-Nielsen, Trygve, «*Advokaten og dommeren*», Norsk Advokatblad, 1982 s. 81-86

Larsen, Ole Unmack, «*Skriftvekslingen*», *Proceduren: forberedelse og gjennomførelse*, s. 61-74

Lassen 2004 – Lassen, Rikke, «*Barnevernretten – tilbake til start?*», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2004 s. 3-5

Peder Carl Lasson, *Appel i civile sager*, Christiania 1869

Lauwaars, Richard H., «*The Application of Community Law by National Courts Ex officio*», Fordham International Law Journal, 2007 s. 1161-1173

Lenaerts, Koen, Maselis, Ignace, Gutman, Kathleen & Nowak, Janek Tomasz, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014

Lid, Olav, *Kort prosess. Rettargangsmåten i tvistemål*, Oslo 1968

Lie, Nils Erik, *Parts- og vitneavhør – I straffesaker og sivile saker*, 2. utgave, Oslo 2012

Lie 2010 – Lie, Markus Hoel, *Kommunalrettslig representasjon*, disputasutgave, Tromsø 2010

Lind, Gunnar, Heuman, Lars og Westberg, Peter, «*Argumentasjonsformer inom processrätten*», Juridisk tidsskrift, 1993/94 s. 592-602

Lindblom 1974 – Lindblom, Per Henrik, *Processhinder – om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt*, Stockholm 1974

Lindblom, Per Henrik, «*En struntsak. Om process och exekution rörande småbelopp*», Process och execution. Vänbok til Robert Boman, 1990 s. 253-274

Lindblom 1993 – Lindblom, Per Henrik, *Studier i processrätt*, Göteborg 1993

Lindblom 2000 – Lindblom, Per Henrik, *Progressiv process*, Uppsala 2000

Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess del I*, Uppsala 2001

Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess del II*, Uppsala 2002

- Lindblom 2006 – Lindblom, Per Henrik, *Sena uppsatser*, Stockholm 2006
- Lindblom 2008 – Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan i Sverige*, Stockholm 2008
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1986
- Lindell 1987 – Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor*, Uppsala 1987
- Lindell 1988 – Lindell, Bengt, *Partsautonomins gränser*, Uppsala 1988
- Lindell 1993 – Lindell, Bengt, *Procesuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Uppsala 1993
- Lindell 2006 – Lindell, Bengt, *Alternativ rettskipning eller alternativ til rettskipning?*, Uppsala 2006
- Lindell, Bengt, *Notoritet och kontradiktion*, Uppsala 2007
- Lindell 2012 – Lindell, Bengt, *Civilprocessen*, 3. opplag, Uppsala 2012
- Lindskog, Stefan, *Skiljeörfarande. En kommentar*, Stockholm 2005
- Lipp, Volker, *Das private Wissen des Richters. Zur Unparteilichkeit des Richters im Prozess*, Mannheim 1995
- Lipp, Volker og Fredriksen, Halvard Haukeland, «*Introduction: A Call for German-Norwegian Rechtsvergleichung of Civil Procedure*», *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Bergen/Göttingen 2011 s. 1-6
- Lorenzen m.fl. 2011 – Lorenzen, Peer, Christoffersen, Jonas, Holst-Christensen, Nina, Kessing, Peter Vedel, Schaumburg-Müller, Sten og Vedsted-Hansen, Jens, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 1-9*, 3. udgave, København 2011
- Lorenzen, Peer, Christoffersen, Jonas, Holst-Christensen, Nina, Kessing, Peter Vedel, Schaumburg-Müller, Sten og Vedsted-Hansen, Jens, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention Art. 10-59 samt Tillægsprotokollerne*, 3. udgave, 1. oplag, København 2011
- Lüke, Wolfgang og Arens, Peter, *Zivilprozessrecht*, 7. udgave, Munchen 1999
- Lundgaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, Oslo 2000
- Løchster, Eva Karine, *Proporsjonalitetsprinsippet i Tvisteloven*, avhandling levert for graden master i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, 2007
- Lødrup, Peter, *Lærebok i erstatningsrett*, 6. udgave 2. opplag, Oslo 2011
- Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Oslo 2014
- Magnussen 2000 – Magnussen, Mads, «*Opphevelse av voldgiftsdommer som strider mot konkurransereglene i EU og EØS*», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2000 s. 82-96
- Marcus, Richard L., «*Reining the American Litigator: The New Role of American Judges*», *Hastings International and Comparative Law Review*, No. 3, 2003-2004, s. 3-30

- Marcus, Richard L., «*Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*», *The American Journal of Comparative Law* 2005, 709-740
- Marcus 2014 – Marcus, Richard, «*‘American Exceptionalism’ in Goals for Civil Litigation*», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, s. 123-142
- Marcus m.fl. 2009 – Marcus, Richard L., Redish, Martin H. & Sherman, Edward F., *Civil Procedure, A modern approach*, 5rd edition, St. Paul, Minnesota, 2009
- Marthinussen, Hans Fredrik, «*Ulovfestet ekstinksjon*», *Jussens Venner* 2006 s. 1-29
- Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet. En innføring i retts sosiologi*, Oslo 2005
- Mathijsen, Dr P S R F m.fl., *A Guide to European Union Law as amended by the Treaty of Lisbon*, 10th edition, London 2010
- Matningsdal 2013 – Matningsdal, Magnus, «*Kontradiksjon i sivile saker og i straffesaker*», *Jussens Venner*, 2013, s. 1-115.
- Maunsbach, Lotta, *Avtal om rätten till domstolsprövning*, Stockholm, 2015
- Menkel-Meadow, Carrie og Garth, Bryant G., «*Civil procedure and courts*», *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford 2010, s. 679-704
- Menkel-Meadow m.fl. 2006 – Menkel-Meadow, Carrie, Lela Porter Love og Andrea Kupfer Schneider, *Mediation. Practice, Policy and Ethics*, New York 2006
- Michelsen, Hans M., «*Domsskriving i sivile saker*», *Rett og rettssal: Et festskrift til Rolv Ryssdal*, 1984, s. 229-242.
- Michelsen 1999 – Michelsen, Hans M., *Sivilprosess*, Oslo 1999
- Miki, Koichi, «*Roles of Judges and Attorneys Under the Non-Sanction Scheme in Japanese Civil Procedure*», *Hastings International and Comparative Law Review*, No. 3, 2003-2004 s. 31-54
- Moltusky, H., *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: la consecration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, Paris 1972
- Monsen, Erik, «*Om miljøhensyn på formuerettens område – særlig om bruken av miljøhensyn i Støvlettdommen i Rt-2006-179*», *Lov og Rett* 2007, s. 613-630
- Monsen, Erik, «*Om reklamasjonsregler, passivitetsprinsipper og realitetsdrøftelser*», *Jussens Venner*, 2010 s. 147-203
- Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Chicago 2008
- Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004

- Mullenix 2014 – Mullenix, Linda S., «*Discovering truth and the Rule of Proportionality*», The University of Texas School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series, No. 534 2014 s. 1-33
- Murray & Stürner 2004 – Murray, Peter L. og Stürner, Ralf, *German Civil Justice*, Durham, North Carolina 2004
- Musielak 2005 – Musielak, Hans-Joachim, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. utgave, Munchen 2005
- Mæhle 2004 – Mæhle, Synne Sæther, «*Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*», Jussens Venner, 2004 s. 329-342.
- Mæhle, Synne Sæther, «*Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk – i lys av grunnleggende forskningsverdier*», Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2015 s. 125-157
- Mæland 2009 – Mæland, Henry John, «*Anne Robberstad: Sivilprosess*», *Lov og Rett*, 2010 s. 94-95.
- Mæland 2013 – Henry John Mæland, *Kort prosess*, 3. utgave, Bergen 2013
- Nerdrum, Gunnar, «*Hvilke krav bør stilles til dommerne i de nordiske samfunn?*», Det 35. nordiske Juristmøte, 1999 s. 410-418.
- Nordén 2004 – Nordén, Dan Bugge, «*Ny voldgiftslov*», Tidsskrift for forretningsjus, 2004 s. 279-297.
- Nowak, Erwin, *Richterliche Aufklärungspflicht und Befangenheit*, Bochum 1991
- Nygaard, Nils, *Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis*, Bergen 1974
- Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 6. utgåve, Bergen 2000
- Nygaard, Nils, «*Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2002, s. 33-61.
- Nygaard 2004 – Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004
- Nylund 2006 – Nylund, Anna, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*, Helsinki 2006
- Nylund 2009 – Nylund, Anna, «*Europeisering av sivilprosessen*», *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, 2009 s. 201-216
- Nylund 2014a – Nylund, Anna, «*European Integration and Nordic Civil Procedure*», *The Future of Civil Litigation*, Örebro/Tromsø 2014 s. 31-51.
- Nylund 2014b – Nylund, Anna, «*Access to Justice: Is ADR a Help or Hindrance?*», *The Future of Civil Litigation*, Örebro/Tromsø 2014 s. 325-344
- Nylund 2016a – Nylund, Anna, «*Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings*», *Current Trends in Pre-Trial Proceedings*, Tromsø, 2016. [Under publisering]

- Nylund 2016b – Nylund, Anna, «*Norway: Efficiency by Flexible Preparatory Proceedings and Case Management*», *Current Trends in Pre-Trial Proceedings*, Tromsø, 2016. [Under publisering]
- O'Hare, John & Browne, Kevin, *Civil Litigation*, 15. utgave, London 2011
- Olivecrona 1960 – Olivecrona, Karl, *Rätt och dom*, Stockholm 1960
- Osnes, Anett Beatrix, *Domstolens rett og plikt til å drive materiell prosessledning i dispositive saker*, Tromsø 2006
- Peczenik, A. *Principer i det svenska statsskicket*, Stockholm 1999
- Pedersen 2014 – Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Tromsø 2014
- Pedersen, Jussi og Poulsen, Thomas Christian, «*Høyesteretts avgjørelsers konkrete prejudikats virkning – illustrert ved nylige avgjørelser fra et sakskompleks i Høyesterett (Shell)*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 s. 103-115
- Pellonpää, Matti, *Europeiska Människorättskonventionen*, Helsinki 2007
- Peters 1983 – Peters, Egbert, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess*, Tübingen 1983
- Petersen, Clement Salung, «*Treaties in Domestic Civil Litigation: Jura Novit Curia?* », *Nordic Journal of International Law*, 2011 s. 369-402
- Petersen 2014 – Petersen, Clement Salung, «*A Comparative Perspective on Recent Nordic Reforms of Civil Justice*», *The Future of Civil Litigation*, Örebro/Tromsø, 2014
- Petersen & Werlauff 2014 – Petersen, Lars Lindencrone og Werlauff, Erk, *Civil-, faged-, skifte- og straffeprosessen*, 6. utgave, Kf von København 2014
- Ramsay, Iain, «*Review: Lowered Horizons and Broadened Vistas: The Small-Claims Court and Access to Justice*», *Journal of Law and Society*, 1998 s. 438-442
- Redgwell, Catherine, «*Access to Environmental Justice*», *Access to Justice as a Human Right*, Firenze 2007 s. 153-176
- Reinholdtsen, Jørgen og Øye, Toril M., «*Tvisteloven § 30-5: Høyesteretts ankeutvalgs adgang til å nekte fremmet en anke over kjennelse/beslutning*», *Lov og Rett*, 2014, s. 284-289
- Reitz 1989-90 – Retiz, John C., «*Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*», *Iowa Law Review*, 1989-1990, s. 987-1009
- Rensen 2002 – Rensen, Hartmuth, *Die richterliche Hinweispflicht*, Osnabrück 2002
- Reusch, Marianne, «*Kart som bevis og hjelpedokument i rettsaker*», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2007 s. 11-22
- Reusch, Christian H.P., «*Bokanmeldelse: Anne Robberstad: Sivilprosess*», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010 s. 193-208.

van Rhee, C.H. (Remco), «*Civil Justice in Pursuit of Efficiency*», Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems, Zagreb 2014, 61-78

Rode, Deborah, *Access to Justice*, Oxford 2004

Robberstad 1999 – Robberstad, Anne, *Mellom tvekamp og inkvisisjon*, Oslo 1999

Robberstad 2002 – Robberstad, Anne, «*Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten*», *Lov og Rett*, 2002 s. 195-223.

Robberstad, Anne, «*Utenlandske sivilprosessforbilder – for Francis Hagerup og Tvistemålsutvalget (NOU 2001:32A og NOU 2001:32B)*», Festskrift til Per Henrik Lindblom, 2004 s. 575-588

Robberstad, Anne, *Rettskraft*, Oslo 2006

Robberstad, Anne, «*Hagerup, prosessen og den nye tvistemålsloven*», *Rettsforsker, politiker, internasjonalist: Perspektiver på Francis Hagerup*. Oslo Studies in Legal History, 2007 s. 193-203

Robberstad 2015 – Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. Utgave, Oslo 2015

Roseberry, Lynn, «*National Procedural Autonomy versus Uniformity*», *Juridisk institut – Julebog 1999*, København 1999.

Rosenberg, Schwab & Gottwald 2009 – Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz og Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. utgave, Munchen 2010

Rui 2013 – Rui, Jon Petter, «*The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?*», *Nordic Journal of Human Rights*, 2013, s. 28-54.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 3. utgave, Oslo 2010

Ryssdal 2002 – Ryssdal, Anders Chr. Stray, «*Voldgift og EUs konkurranserett – domstolens kontrollerende funksjon*», *Retts teori og rettsliv: festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002*, Oslo 2002

Sand, Inger-Johanne, «*Retten i det polykontekstuelle samfunn. Hvordan skal vi analysere og forstå den?*», *Retfærd*, 2005, s. 1-28

Sandgren 2007 – Sandgren, Claes, «*Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2007 s. 388-407

Scanlon 1977 – T.M. Scanlon, «*Due Process*», *Procedural Justice*, 1977 s. 319-351

Schei, Tore *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: kommentarer til tvistemålsloven med utgangspunkt i Altens kommentarutgave (1954)*, bind I og II, Oslo 1990

Schei 1998 – Schei, Tore, *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: med kommentarer / Tore Schei §§ 1-182*, 2. utgave, Oslo 1998

Schei, Tore, «*Reform av sivilprosess*», *Jussens Venner*, 2002 s. 229-241

Schei 2002 – Schei, Tore, «Viktige valg i sivilprosessen», Festskrift til Carsten Smith; Rettsteori og rettsliv, 2002 s. 687-702

Schei, Tore m.fl., *Norges Høyesteretts Årsmelding 2013*, 2013

Schei m.fl. 2013a – Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian og Øie, Toril M., *Tvisteloven – Kommentartutgave, Bind I*, 2. utgave, Oslo 2013

Schei m.fl. 2013b – Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian og Øie, Toril M., *Tvisteloven – Kommentartutgave, Bind II*, 2. utgave, Oslo 2013

Schweigaard, A., *Den norske Proces – første bind*, 4. utgave, Christiania 1879

Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas og Kolstad, Olav, *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011

Settem, Ola Johan, *The balance between procedural safeguards and efficiency. An analysis of the application of the “fair hearing” norm in ECHR Article 6 (1) to civil proceedings*, Bergen 2015

Silvestri 2014 – Silvestri, Elisabetta, «Goals of Civil Justice When Nothing Works: The Case of Italy», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, 79-104

Sjöstrand, Cecilia, «Effective Judicial Protection of Individuals, A duty for det Court of Justice or the National Courts? », CFE Working paper series no. 47, Lund 2012

Sjåfjell-Hansen 2000 – Sjåfjell-Hansen, Beate, *På fremmed grunn. Den sivilprosessuelle behandlingen av saker med utenlandsk rett ved norske domstoler*, Oslo 2000

Skag 2011 – Skag, Miriam, «Adgangen til å supplere foreldelsesloven med ulovfestede passivitetsrelger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 s. 523-564

Skeie, Jon, *Den norske Civilproces*, Oslo, 1929

Skoghøy 1990 – Skoghøy, Jens Edvin A., «Relativ habilitet for dommere», ... den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm, 1990 s. 163-181

Skoghøy 1998 – Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, Oslo 1998

Skoghøy 2001 – Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001

Skoghøy 2002 – Skoghøy, Jens Edvin A., «Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven», *Rettsteori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002, s. 733-761.

Skoghøy 2002a – Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard*, Bergen 2002, s. 323-343.

Skoghøy 2006 – Skoghøy, Jens Edvin A., *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2006

Skoghøy 2006a – Skoghøy, Jens Edvin A., «Ny norsk sivilprosesslov – *Tvisteloven av 2005*», *Jussens Venner*, 2006 s. 269-330

- Skoghøy, Jens Edvin A. *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2007
- Skoghøy 2008 – Skoghøy, Jens Edvin A., «Anketillatelse til Norges Høyesterett», Festskrift til Lars Heuman, Stockholm 2008, s. 479-499
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Praktiseringen av krav til dommerhabilitet i Norges Høyesterett», Lov og Rett, 2009 s. 323-341
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, Oslo 2010
- Skoghøy 2011 – Skoghøy, Jens Edvin A., «Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti», Lov og Rett, 2011 s. 511-530
- Skoghøy 2014 – Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 3. utgave, Oslo 2014
- Smith, Carsten, *The Relation Between Proceedings and Premises*, Oslo, 1962
- Smith 1975 – Smith, Carsten, «Domstolene og Rettsutviklingen», Lov og Rett, 1975, s. 292-319
- Smith 2000 – Smith, Eva, *Civilproces, Grundlæggende regler og prinsipper*, København 2000
- Smith, Lucy og Lødrup, Peter, *Barn og foreldre*, 6. utgave, Oslo 2006
- Solem 1918 – Erik Solem, *Civilprocesreformen i praksis*, Tana 1918
- Solheim 2009 – Solheim, Stig, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, disputasutgave, Tromsø, 2009
- Solheim, Stig, «EMDs avgjørelse I tomtfestesaken: revolusjonerende eller justerende?», Lov og Rett, 2013 s. 295-310
- Sorabji, John, «*The Crisis of Legal Aid and the Alternative Solutions*», IAPL Seoul Conference, 2014 s. 341-366.
- Stadler 2003-04 – Stadler, Astrid, «*The Multiple Roles of Judges and Attorneys in Modern Civil Litigation*», Hastings International and Comparative Law Review, vol. 27, San Francisco, 2003-2004, s. 55-76
- Stanghelle, Harald, «*Brobryggeren som brente sine broer?*», Lov og Rett, 1988 s. 639-654
- Starmer 1999 – Starmer, Keir, *European Human Rights Law, The Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*, London, 1999
- Stenvik, Are, *Patentretters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001
- Strandbakken, Asbjørn, «*Tiltak mot tvangsekteskap, obligatorisk borgerlig prøving av ekteskapsvilkårene mv.*», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, 2004 s. 34-45
- Strandberg 2011 – Strandberg, Magne, «*Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part*», Jussens Venner, 2011 s. 165-181

- Strandberg 2012 – Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker*, Bergen 2012
- Stürner, Ralf, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen 1982
- Stürner 2005 – Stürner, Ralf, «*The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2005 s. 201-254
- Sundby, Nils Kristian, *Om normer*, Oslo, 1974
- Sunde, Jørn Øyrehagen, *Speculum Legale – Rettspegelen*, Oslo 2005
- Sviggum, Geir & Ravlo-Losvik, Line, «*Access to justice*», *Rettsikkerhet fra kyst til vidde*», *Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009, s. 343-367.
- Syrstad, Helge, «*Rettsens tre realitetskretser og nivåer*», *Retfærd*, 2005 s. 4-14
- Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven med kommentarer*, 2. utgave, Oslo 2007
- Sørheim & Pedersen 2012 – Sørheim, Stian Ørbech og Pedersen, Jussi Erik, «*Hvem kan representere kollektiver i tvistemål?*», *Juss i nord: Hav, fisk og urfolk. En hyllest til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsøs 25-årsjubileum*, 2012 s. 272-293.
- Taksøe-Jensen 1976 – Taksøe-Jensen, Finn, *Materiell procesledning i borgelige sager*, København 1976
- Taule, Ragnvald, *Escolas ordbok*, 5. utgave 1. opplag, 2005
- Torgersen 2004 – Torgersen, Ragnhild, *Dommerhabilitet*, Oslo 2004
- Torheim, Karl Otto og Austbø, Anne, *Tvistelovbrev nr. 12b – Veiledning og aktiv saksstyring*
- Tribe, Laurence H., «*Structural Due Process*», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1975, s. 269-321
- Ulfstein, Geir, «*Internasjonal miljøretts stilling i norsk rett*», *Lov og Rett*, 1999 s. 402-417
- Uzelac 2014 – Uzelac, Alan, «*Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World*», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Zagreb 2014, s. 3-31
- Vindeløv 2008 – Vindeløv, Vibeke, *Konfliktmægling. En refleksiv modell*, 2. utgave, København 2008
- Wallerman 2010 – Wallerman, Anna, «*Swedish Civil Procedure under European Influence – A Space Odyssey*», *De Lege – Juridiska fakulteten I Uppsala Årsbok 2010, Party Autonomy – Civil procedural views on Party Autonomy*, Franz Klein, EU Law and more, Uppsala 2010 s. 99-120
- Wallerman, Anna, «*Happily Ever After? Reflections on Individuals' Access to Justice under Articles 263 (4) TFEU and 6 ECHR*», *Europarättslig tidsskrift*, 2012 s. 325-329

- Wallerman, Anna, «*The Impact of EU Law on Civil Procedure*», *Tidschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2013 s. 91-95
- Wallerman, Anna, *Om fakultativa regler*, Göteborg 2015
- Westberg 1988 – Westberg, Peter, *Domstols officialprövning – En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*, Lund 1988
- Westberg, Peter, «*Kasuistiska marginalanteckningar eller en sedvanerättslig arkipelag – några reflektioner över underråttarnas normbildning i frågor om materiell processledning i tvistemål*», *Juridisk tidsskrift vid Stockholms Universitet*, 1995-96 s. 74-92.
- Westberg 2010 – Westberg, Peter, *Anskaffing av bevisning i dispositiva tvistemål*, Stockholm 2010
- Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2. opplag, Stockholm 2013
- Westberg, Peter, *Hemlighetsmakeri i dömandet*, Festskrift til Christian Diesen, 2014, s. 179-205
- Werlauff, Erik, «*Fælleseuropæisk procesrett – europaretlige krav til nordiske domstole*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1998 s. 629-678
- Werlauff, Erik, «*Procedural Equality in the EU and the EEA*», *European Business Law Review*, 1999 s. 388-395
- Werlauff 2000 – Werlauff, Erik, *Fælleseuropæisk procesret, Europaretlige krav til dansk retspleje*, 2. udgave, København 2000
- Werlauff, Erik og Øe, Henrik S., «*Forhandlings- og eventualmaksimens betydning i EU-retlige spørgsmål – Hvornår skal dommeren af egen drift inddrage unionsretten?*», *Ugeskrift for retsvæsen*, 1996 s. 395-404.
- Willoch, Kåre, «*Refleksjoner over domernes uavhengighet og habilitet*», *Lov og Rett*, 1997 s. 146-154
- Wittemann, Elisabeth, *Tvistelovbrev nr. 11 – Småkravprosess*
- Woxholth 2013 – Woxholth, Geir, *Voldgift*, Oslo 2013
- Zahle 1976 – Zahle, Henrik, *Om det juridiske bevis*, København 1976
- Zahle, Henrik, *Bevisret. Oversigt*, København 1994
- Zuckermann, Adrian, «*The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation*», *City University of Hong Kong Law Review*, 2009 s. 49-71
- Øyen 2010 – Øyen, Ørnulf, «*Prosessuell preklusjon i småkravprosessen*», *Lov og Rett*, 2010 s. 76-81
- Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995
- Aall 2011 – Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011

Aarbakke, Magnus, «*Harmonisering av rettskilder*», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1966 s. 499-518.

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

Aasland 1969 – Aasland, Gunnar, «*Fri rådighet over sakens gjenstand – særlig som betingelse for rettsforlik*», *Jussens venner*, 1969 s. 143-183.

Aasland, Gunnar, «*Jurister og yrkesetikk; Dommeren*», *Juristkontakt*, 1987 nr. 1, s. 43 flg.

Aasland, Gunnar, «*Argumentasjonsmønsteret i nyere høyesterettspraksis*», *Lov og Rett*, 2006 s. 387-397.

Andre kilder:

Etiske retningslinjer for dommeratferd:

<http://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/om-domstolene/vedtatte-etiske-prinsipper.pdf> (sist besøkt 01.09.2015)

Evalueringsrapport tvisteloven:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/rapporter/evaluering_tvisteloven.pdf?id=2149677 (sist besøkt 01.09.2015)

Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov- og forskriftsarbeid, Justis- og beredskapsdepartementet, 2000

<http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Her-har-vi-vel-glemt-noe-2768181.html> (sist besøkt 01.09.2015)

Mandat straffeprosesslovutvalget:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/mandat_utvalg_straffeprosesslov.pdf?id=2264160 (sist besøkt 01.09.2015)