

---

**NOU**Norges offentlige utredninger **2001: 32 Bind A**

---

# Rett på sak

Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Del I – Lovutkast, bakgrunn og sammendrag

Del II – Generelle drøftelser

Utredning fra Tvistemålsutvalget oppnevnt ved kgl. res. 9. april 1999.

Avgitt til Justis- og politidepartementet 20. desember 2001.

---

ISSN 0333-2306  
ISBN 82-583-0620-0

---

Sats/Trykk: AIT Trondheim AS/AIT Otta AS

## Til Justis- og politidepartementet

Tvistemålsutvalget ble opprettet ved kongelig resolusjon 9. april 1999. Etter mandatet skal utvalget foreta en "bred gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker, som i hovedsak baserer seg på lov om rettergangsmåten for tvistemål fra 1915." Utvalget legger med dette frem sin utredning med utkast til lov om tvisteløsning (tvisteloven). På få punkter nær er utvalgets innstilling enstemmig. De punkter der det er dissens, fremgår av lovutkastet.

Sammen med denne utredningen legges frem en egen utredning om voldgift.

Oslo, 20. desember 2001.

Tore Schei  
leder

Marianne Berg

Kristin Bjella

Ingeborg Moen Borgerud

Arnfinn Bårdsen

Atle Helljesen

Dag Bugge Nordén

---

Christian H P Reusch



# Innhold

<b>Bind A</b>			
<b>Del I Lovutkast, bakgrunn og sammendrag</b>	19		
<b>1 Utkast til lov om tvisteløsning ..</b>	21		
<b>2 Utvalgets oppnevning, mandat og arbeid</b>	81		
2.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning	81		
2.2 Bakgrunn og mandat	81		
2.3 Utvalgets arbeid	84		
2.3.1 Møter	84		
2.3.2 Kontakt utad - generelt	84		
2.3.3 Møter og seminarer	84		
2.3.4 Studiereiser mv.	85		
2.3.5 Foretatte undersøkelser	85		
2.3.6 Bistand og innspill i arbeidet	86		
2.4 Bemerkninger om noen punkter i mandatet	86		
2.5 Noen generelle bemerkninger om innstillingene, lovutkastene og betegnelsene på lovene	87		
2.6 Fremtidige reformbehov	87		
<b>3 Kort sammendrag og oversikt over innstillingen</b>	89		
3.1 Innstillingens del I Lovutkast, bakgrunn og sammendrag	89		
3.1.1 Generelt om del I	89		
3.1.2 Utvalgets oppnevning, sammensetning og mandat	89		
3.2 Innstillingens del II Generelle drøftelser	89		
3.2.1 Reformbehov i sivilprosessen	89		
3.2.2 Løsning av sivile rettstvister i et norsk historisk perspektiv	90		
3.2.3 Viktige føringer og hensyn ved utarbeidelsen av tvisteloven	90		
3.2.4 Internasjonale føringer og påvirkning på tvisteloven	92		
3.2.5 Gjenstand for søksmål og krav til søksmålsinteresse	93		
3.2.6 Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling	93		
3.2.7 Alternativ tvisteløsning – mekling, rettsmekling og annen alternativ tvisteløsning	93		
3.2.8 De enkelte domstolers rolle og funksjon i sivil tvisteløsning	94		
		3.2.9 Viktige behandlingsregler for de enkelte instanser, med særlig vekt på behandlingen i tingrettene	94
		3.2.10 Behandlingen i forliksrådet	94
		3.2.11 Småkravsprosess	95
		3.2.12 Overprøving av rettsavgjørelser. Særlig om anke	95
		3.2.13 Anke til Høyesterett	96
		3.2.14 Rettskraft	97
		3.2.15 Gjenåpning	97
		3.2.16 Bevis	98
		3.2.17 Kollektive og kollektivt pregete søksmål. Gruppesøksmål	98
		3.2.18 Rettslig prøving av forvaltningsvedtak	99
		3.2.19 Andre særlige prosessformer. Rettslig prøving av administrative tvangstiltak	99
		3.2.20 Saksomkostninger, omkostningsdekning og omkostningsnivå	100
		3.2.21 Rettslige avgjørelser og rettsforlik	100
		3.2.22 Offentlighet og innsynsrett	101
		3.2.23 Tvisteloven og moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT)	101
		3.2.24 Oppbyggingen av tvisteloven	101
		3.2.25 Administrative og økonomiske konsekvenser av tvisteloven	101
		3.2.26 Harmonisering mellom tvisteloven og straffeprosessloven	102
		<b>3.3 Innstillingens del III Bemerkninger til de enkelte kapitler og bestemmelser</b>	<b>102</b>
		<b>3.4 Innstillingens del IV Draft statute and Summary in English</b>	<b>108</b>
		<b>Del II Generelle drøftelser</b>	<b>109</b>
		<b>1 Reformbehovet i sivilprosessen</b>	<b>111</b>
		<b>2 Løsning av sivile rettstvister i et norsk historisk perspektiv</b>	<b>118</b>
		2.1 Innledning	118
		2.2 Fra den eldste tid og frem til eneveldet	118
		2.3 Eneveldet – Norske Lov, domstolsordning og rettspleie	119
		2.4 Grunnloven 1814, §§ 88 og 94	121
		2.4.1 Norges Høyesterett etablert i 1815	121

2.4.2	Reformarbeid på 1800-tallet og etableringen av Høyesteretts kjæremålsutvalg .....	121	3.15	Avtaler om prosessreglene – skreddersydd prosess? .....	144
2.5	Hovedtrekk i prosessordningen før tvistemålsloven .....	122	3.16	Saker som ikke er undergitt fri rådighet .....	145
2.6	Kort om arbeidet som ledet frem til vedtakelsen og ikrafttredelsen av tvistemålsloven .....	123	3.17	Dom etter forenklet domsbehandling .....	145
2.6.1	Reformbehovet og arbeidet som ledet frem til prosesslovene og lovvedtakene fra 1915 .....	123	3.18	Rett til overprøving .....	146
2.6.2	Ikrafttredelsen av de ulike deler av loven .....	124	3.19	Lekfolks deltakelse .....	146
2.6.3	Påvirkningen fra andre land .....	124	3.20	Offentlighet i rettspleien .....	148
2.7	Senere utvikling og endringer .....	125	3.21	Privat eller offentlig tvisteløsning? .....	149
2.7.1	Innledning .....	125	3.22	Formålsparagraf? .....	149
2.7.2	Endringen i lovgivningen om Høyesterett .....	125	3.23	Lovspråk og tilgjengelighet .....	150
2.7.3	Utvidelse av Høyesteretts adgang til å nekte anker fremmet .....	125	<b>4</b>	<b>Internasjonale føringer og påvirkning på tvisteloven .....</b>	<b>151</b>
2.7.4	Utvidelse av forlikrådenes domsmyndighet .....	126	4.1	Innledning .....	151
2.7.5	Andre endringer .....	126	4.2	EØS-relaterte regler .....	151
<b>3</b>	<b>Viktige føringer og hensyn ved utarbeidelsen av tvisteloven .....</b>	<b>127</b>	4.2.1	Oversikt. Utviklingen innenfor EU og under EØS-avtalen .....	151
3.1	Tvisteloven og domstolene – funksjoner og oppgaver .....	127	4.2.2	Lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen ..	154
3.2	Folkerettslige og internasjonale føringer for tvistemålsloven .....	129	4.2.3	Diskrimineringsforbudet .....	155
3.3	Alternativ tvisteløsning .....	130	4.2.4	Luganokonvensjonen .....	156
3.4	Domstolsterskelen. Praktisk tilrettelegging. Prosessøkonomi og omkostningsrisiko .....	131	4.3	Menneskerettslige regler – allmenn oversikt .....	156
3.5	Forsvarlighet, proporsjonalitet mv. .....	131	4.3.1	Innledning .....	156
3.6	Konsentrasjon og hurtighet .....	133	4.3.2	Rettferdig rettergang .....	157
3.7	Rettens aktive saksstyring .....	133	4.3.3	Rettslig prøving av administrativt ilagt frihetsberøvelse .....	158
3.8	Partsprosess eller domstolsdominert prosess? Grunnleggende regler om partenes og rettens rådighet, rettigheter og plikter .....	136	4.3.4	Retten til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel .....	159
3.9	Rettens veiledningsplikt .....	138	4.3.5	Retten til privat- og familieliv .....	162
3.9.1	Veiledningsplikten – generelt .....	138	4.3.6	Ytrings- og informasjonsfrihet .....	163
3.9.2	Rettens veiledning om sakens materielle spørsmål – materiell prosessledelse .....	138	4.3.7	Diskrimineringsforbud .....	165
3.9.3	Rettens plikt til veiledning om prosessuelle forhold og plikt til å tillate retting av feil .....	139	4.3.8	Urbefolkningskonvensjonen .....	165
3.10	Muntlig eller skriftlig behandling ..	140	4.3.9	Barnekonvensjonen .....	166
3.11	Bevisvurdering og bevisføring .....	141	4.4	Nærmere om retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) .....	166
3.12	Kontradiksjon og innsyn .....	142	4.4.1	Innledning. Virkeområde .....	166
3.13	Likhet i prosessuelle ressurser – «equality of arms» .....	143	4.4.2	Retten til domstolsbehandling («access to court») .....	169
3.14	Ulike prosesspor .....	144	4.4.3	Uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov .....	171
			4.4.4	Rettferdig rettergang .....	172
			4.4.5	Offentlighet .....	176
			4.4.6	Avgjørelse innen rimelig tid .....	178
			4.5	Regulering av forholdet til folkeretten .....	180
			4.6	Annen internasjonal påvirkning på tvisteloven .....	181
			4.6.1	Generelt .....	181
			4.6.2	Spenninger i internasjonal prosessrett .....	181
			4.6.3	Tilnærmingstendenser .....	182
			4.6.4	Reformarbeid i sivilprosessen .....	183

4.6.5	Nasjonale eller internasjonale regler om sivilprosessen? .....	184	6.4	Formalisert tilbud om minnelig løsning .....	211
<b>5</b>	<b>Gjenstand for søksmål og kravet til søksmålsinteresse .....</b>	<b>186</b>	6.5	Utenrettslig mekling .....	211
5.1	Innledning .....	186	6.6	Andre regler om rettigheter og plikter før sak reises. Forholdet til tvisteloven kapittel 31 .....	212
5.2	Gjeldende rett .....	186	<b>7</b>	<b>Alternativ tvisteløsning – mekling, rettsmekling og annen alternativ tvisteløsning .....</b>	<b>214</b>
5.3	Oversikt over ordningen i noen andre land .....	189	7.1	Innledning – mekling og rettsmekling .....	214
5.3.1	Innledning .....	189	7.2	Andre alternative tvisteløsningsmetoder .....	215
5.3.2	Danmark .....	189	7.2.1	Generelt .....	215
5.3.3	Sverige .....	189	7.2.2	Mekling i konfliktråd .....	215
5.4	Utvalgets drøftelser og konklusjon .....	189	7.2.3	Forhandlinger i stillingsvernsaker .....	215
5.4.1	Bør ordningen med søksmålsbetingelser som leder til avvisning hvis de ikke er oppfylt, videreføres? .....	189	7.2.4	Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling .....	215
5.4.2	Klart tilskårne regler om søksmålsbetingelsene – er det ønskelig og mulig? .....	190	7.2.5	Nemndsbehandling i forbrukersaker mv. ....	215
5.4.3	Bør terskelen for å kunne anlegge søksmål endres? .....	191	7.2.6	Oppmannsordninger i entrepriserforhold .....	215
5.4.4	Organisasjoners søksmålsadgang ..	192	7.2.7	Twister mellom private og forvaltning .....	216
5.4.5	Rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser .....	193	7.2.8	Twister i forretningsforhold – voldgift mv. ....	216
5.4.6	Bør det innføres særlige regler om saker som gjelder krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK og lignende? .....	200	7.3	Alternative tvisteløsningsformer – alminnelige reelle hensyn .....	216
5.4.7	Skal tvisteloven ha forskjellige regler for fullbyrdelses- og fastsettelses-søksmål? .....	202	7.4	Tradisjonell mekling .....	217
5.4.8	Enkeltstående rettshandlinger bør i noen tilfelle kunne foretas ved de alminnelige domstoler uavhengig av om søksmålsbetingelsene foreligger .....	204	7.5	Forlik eller minnelig løsning gjennom andre metoder enn tradisjonell mekling. Særlig om rettsmekling .....	218
5.4.9	Bør staten gis en generell adgang til å delta i søksmål som reiser spørsmål om konflikt mellom norsk lov og Norges folkerettslige- og internasjonale forpliktelser eller mellom lov og Grunnlov? .....	204	7.5.1	Generelt .....	218
5.4.10	Søksmålsbehov etter enkelte andre konvensjoner mv. ....	206	7.5.2	Bruk av ADR – alternativ tvisteløsning – i fremmed rett, særlig om USA .....	218
<b>6</b>	<b>Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling .....</b>	<b>208</b>	7.6	Forsøksordningen med rettsmekling .....	224
6.1	Betydningen av at tvister løses utenfor domstolene .....	208	7.6.1	Reglene .....	224
6.2	Partenes plikt til å medvirke til at krav og grunnlag avklares .....	209	7.7	Hovedelementer i en permanent rettsmeklingsordning .....	226
6.3	Særlige og spesifiserte krav til klarlegging mv. for avgrensede rettsområder .....	209	7.7.1	Hvilke sakstyper .....	226
			7.7.2	For hvilke domstoler skal det være mulighet for rettsmekling .....	227
			7.7.3	Hvem skal være rettsmekler? .....	227
			7.7.4	Utvalg av rettsmeklere .....	228
			7.7.5	Saksbehandlingsregler .....	228
			7.7.6	Nærmere om hvor langt rettsmekleren kan gå i meklingen. Pådømmelse av rettsmekleren? .....	229
			7.7.7	Utgiftene til rettsmeklingen .....	229
			7.7.8	Rettsmekling og advokatbevilling ..	229
			7.8	Skal tvisteloven hjemle andre alter-	

	native tvisteløsningsformer enn mekling og rettsmekling? .....	230	10.2.3	Dom i forliksrådet .....	249
7.9	Bør det gis regler om alternativ tvisteløsning også i tilfeller hvor det ikke er reist sak for domstolene? .....	231	10.2.4	Saksomkostninger .....	250
			10.2.5	Rettsmidler mot forliksrådets avgjørelser .....	250
			10.3	Historisk oversikt .....	250
			10.4	Faktisk kunnskap om forliksrådene - statistikk .....	251
<b>8</b>	<b>De enkelte domstolers rolle og funksjon i sivil tvisteløsning</b> .....	232	10.5	Aktuelle reformforslag mv. av betydning for forliksrådene .....	252
8.1	Domstolenes oppgaver – generelt .	232	10.5.1	Innledning .....	252
8.2	Sammenheng mellom prosessregler og administrative og strukturelle sider ved domstolene og deres virksomhet .....	232	10.5.2	NOU 1992: 35 Effektivisering av betalingsinnfordring mv. ....	252
8.3	Forliksrådene – funksjoner og oppgaver .....	233	10.5.3	Reinskou-utredningen 1997 .....	253
8.4	Tingrettene – funksjoner og oppgaver .....	234	10.5.4	Overordnet domstolsadministrasjon mv. ....	253
8.5	Lagmannsrettene – funksjoner og oppgaver .....	236	10.5.5	Strukturen i tingrettene .....	254
8.6	Høyesterett – funksjoner og oppgaver .....	237	10.6	Utenlandske ordninger .....	254
			10.6.1	Generell oversikt .....	254
			10.6.2	Danmark .....	255
			10.6.3	Island .....	255
			10.6.4	Tyskland .....	255
			10.7	Forlikrådsordningen under debatt	255
			10.7.1	Innledning .....	255
			10.7.2	Domskompetanse for forlikskommisjonene .....	256
			10.7.3	Sivilprosessreformen av 1915 .....	256
			10.7.4	Håndheving av forbrukerrettigheter .....	256
			10.7.5	Forlikrådsundersøkelsen i 1978 ...	256
			10.7.6	Småkravsutvalget og reformen av 1986 .....	257
			10.7.7	Utvidelsen av domskompetansen i 1993 .....	259
			10.7.8	Synspunkter på virkningene av de senere års reformer .....	260
			10.7.9	Forlikrådsordningen og menneskerettskonvensjonene .....	261
			10.8	Utvalgets faktiske beslutningsgrunnlag .....	262
			10.8.1	Innledning .....	262
			10.8.2	Forlikrådsundersøkelsene .....	262
			10.8.3	Andre tiltak .....	263
			10.9	Utvalgets syn på hovedspørsmål om forliksrådets oppgaver i rettspleien .....	263
			10.9.1	Innledning .....	263
			10.9.2	Forutsetninger med hensyn til organisasjon og struktur .....	263
			10.9.3	Utvalgets forslag til småkravsprosess .....	266
			10.9.4	Mekling .....	266
			10.9.5	Forliksrådets domskompetanse .....	272
			10.10	Utvalgets syn på utformingen av behandlingsreglene .....	286
			10.10.1	Innledning .....	286
<b>9</b>	<b>Viktige behandlingsregler for de enkelte instanser, med særlig vekt på behandlingen i tingrettene</b> .....	238			
9.1	Innledning. Oversikt .....	238			
9.2	Aktiv saksstyring .....	238			
9.3	Mekling og rettsmekling .....	239			
9.4	Behandlingsreglene og konsentrasjon og hurtighet .....	239			
9.5	Større avklaring under saksforberedelsen .....	240			
9.6	Muntlighet og bevisumiddelbarhet med mulighet for skriftlige og middelbare innslag .....	240			
9.7	Gjennomføringen av hovedforhandling og ankeforhandling .....	243			
9.8	Tvistelovens tilpasning til søksmålsbehovet og behandlingsbehovet for den enkelte sak .....	243			
9.9	Andre viktige regler .....	245			
9.10	Tingrettene som hurtigdomstol. Koordinering med behandlingen av krav om midlertidig forføyning, arrest mv. ....	245			
<b>10</b>	<b>Behandlingen i forliksrådet</b> .....	248			
10.1	Forlikrådsordningen - utvalgets mandat .....	248			
10.2	Kort presentasjon av dagens forlikrådsordning .....	248			
10.2.1	Forliksrådene som domstoler .....	248			
10.2.2	Mekling i forliksrådet .....	249			



10.10.2	Noen hovedsynspunkter på forliksrådsbehandlingen .....	286	11.7	Trenger vi en småkravsprosess? ...	335
10.10.3	Forliksrådets saklige kompetanse ..	287	11.8	Viktige hensyn og elementer i en småkravsprosess .....	337
10.10.4	Stedlig kompetanse .....	291	11.8.1	Generelt .....	337
10.10.5	Virkningene av at saken er brakt inn for forliksrådet .....	291	11.8.2	Forenklet behandling og reduserte kostnader. Advokatmedvirkning ....	337
10.10.6	Grenseflaten mot konfliktløsning utenfor domstolene .....	291	11.8.3	Anvendelsesområdet for småkravsprosessen .....	339
10.10.7	Forliksklagen .....	294	11.9	Nærmere om enkelte hovedelementer i småkravsprosessen .....	341
10.10.8	Forliksrådets behandling av klagen. Tilsvaret .....	296	11.9.1	Lovteknikk – hvordan skal de særlige prosessregler gis? .....	341
10.10.9	Dom under saksforberedelsen .....	296	11.9.2	Veiledning, prosessledelse og saksstyring .....	341
10.10.10	Innstilling uten mekling .....	297	11.9.3	Stevning og tilsvaret .....	341
10.10.11	Forliksrådets møte .....	298	11.9.4	Skriftlighet og muntlighet .....	341
10.10.12	Fullmektiger og medhjelpere for forliksrådet .....	304	11.9.5	Rettsmøte .....	342
10.10.13	Bevis .....	307	11.9.6	Forliksforhandling og rettsmekling	342
10.10.14	Forliksrådets domskompetanse ....	308	11.9.7	Bevis .....	342
10.10.15	Innstilling av behandlingen etter forgjeves mekling .....	308	11.9.8	Domsskriving og domsavsigelse ...	343
10.10.16	Forliksrådets avgjørelser .....	309	11.9.9	Kostnadene med saken .....	343
10.10.17	Saksomkostninger .....	310	11.9.10	Lekdommere .....	343
10.10.18	Rettsmidler mot forliksrådets avgjørelser .....	313	11.9.11	Anke .....	343
<b>11</b>	<b>Småkravsprosess .....</b>	<b>317</b>	<b>12</b>	<b>Overprøving av rettsavgjørelser. Særlig om anke .....</b>	<b>345</b>
11.1	Småkravsprosess og «access to justice» .....	317	12.1	Generelt om adgangen til å få overprøvd rettsavgjørelser .....	345
11.2	Domstolsbehandling av små krav – gjeldende rett .....	317	12.2	Ulike overprøvingssituasjoner – ordinære og ekstraordinære rettsmidler .....	345
11.2.1	Forliksrådene .....	317	12.3	Det nåværende rettsmiddelsystem	346
11.2.2	Forenklet rettergang ved tingretten .....	318	12.4	Fremmed rett .....	347
11.3	Konfliktløsning utenfor domstolene	318	12.4.1	Generelt .....	347
11.3.1	Organer for behandling av forbrukertvister .....	318	12.4.2	Danmark .....	348
11.3.2	Konflikttrådene .....	323	12.4.3	Sverige .....	348
11.4	Retts hjelp i saker om småkrav .....	323	12.4.4	USA .....	349
11.4.1	Innledning .....	323	12.5	Menneskerettslige krav til rettsmidler .....	349
11.4.2	Fri retts hjelp .....	324	12.5.1	Oversikt .....	349
11.4.3	Retts hjelpforsikring .....	324	12.5.2	Anvendelsesområdet for artikkel 6(1) .....	350
11.4.4	Offentlig finansiering av forbrukertvister .....	324	12.5.3	Kravene i artikkel 6(1) i forbindelse med rettsmidler .....	352
11.4.5	Kollektive søksmål – gruppesøksmål mv. ....	325	12.6	Nærmere om hvilke avgjørelser som bør kunne overprøves .....	354
11.4.6	Frivillige retts hjelpstilbud .....	325	12.7	Full eller begrenset overprøving ....	355
11.5	Småkravsprosess i utlandet .....	325	12.8	Skal overprøving av avgjørelser om behandlingen skje ved særskilt overprøving eller som ledd i prøvingen av realitetsavgjørelsen? .....	355
11.5.1	Innledning .....	325	12.8.1	Problemstillingen .....	355
11.5.2	Sverige .....	326	12.8.2	Retts systemer med «the final judgement rule» – særlig om amerikansk prosess .....	355
11.5.3	Danmark .....	327			
11.5.4	England og Wales .....	330			
11.6	Tidligere reformforslag .....	332			
11.6.1	Kort historikk – sivilprosessreformen av 1915 .....	332			
11.6.2	NOU 1983: 48 Småkravsprosess ....	333			

12.8.3	The final judgment rule i svensk prosess .....	356	14.3.2	Sverige og Danmark .....	417
12.8.4	En final judgment rule i norsk sivilprosess? .....	356	14.4	Reformbehov – utvalgets vurderinger .....	418
12.9	Overprøving, ikke fornyet behandling .....	357	14.4.1	Alminnelige bemerkninger .....	418
12.10	En-instans eller to-instans overprøving? .....	357	14.4.2	Formell rettskraft .....	418
12.11	Retten til overprøving og behandlingsreglene må utformes under hensyn til domstolenes oppgaver og funksjoner i rettspleien .....	359	14.4.3	Materiell rettskraft .....	418
12.12	Ett ordinært rettsmiddel? .....	359	<b>15</b>	<b>Gjenåpning</b> .....	424
12.13	Hva skal det ordinære rettsmiddel kalles? .....	360	15.1	Innledning .....	424
12.14	Det bør utformes ett regelsett for anke til lagmannsrett og et eget regelsett for anke til Høyesterett ...	360	15.1.1	Gjenopptakelse som rettsmiddel ...	424
12.15	Innhold av avgjørelsen og ikke formen er avgjørende for bruk av rettsmiddel .....	360	15.1.2	Kort historikk .....	424
12.16	Ankegjensstand og ankegrunnene ..	360	15.2	Gjeldende rett .....	425
12.17	Protest mot prosesshandlinger, eventuelt anke over saksbehandlingsavgjørelse, som vilkår for anke?	361	15.2.1	Oversikt - kilder .....	425
<b>13</b>	<b>Anke til Høyesterett</b> .....	363	15.2.2	Hvilke avgjørelser som kan gjenopptas .....	425
13.1	Høyesteretts oppgaver .....	363	15.2.3	Grunner for gjenopptakelse .....	426
13.2	Oppgaver for Høyesteretts ankeutvalg .....	364	15.2.4	Andre vilkår – frister .....	426
13.3	Nektelse eller samtykke? .....	365	15.2.5	Saksbehandlingen .....	427
13.4	Full prøving, revisjon eller kassasjon .....	367	15.2.6	Andre rettsmidler mot rettskraftige avgjørelser .....	428
13.5	Umiddelbar eller middelbar bevisføring for Høyesterett? .....	370	15.3	Aktuelle og vedtatte reformforslag	428
13.6	Høyesteretts sammensetning i den enkelte ankesak .....	371	15.3.1	Hvem som skal behandle begjæringer om gjenopptakelse .....	428
<b>14</b>	<b>Rettskraft</b> .....	377	15.3.2	Gjenopptakelse ved brudd på folkeretten .....	431
14.1	Innledning .....	377	15.3.3	Lengstefristen for å begjære gjenopptakelse .....	432
14.1.1	Problemstilling - terminologi .....	377	15.4	Utenlandsk og internasjonal rett ...	433
14.1.2	Formell rettskraft .....	377	15.4.1	Innledning .....	433
14.1.3	Materiell rettskraft .....	377	15.4.2	Sverige .....	433
14.1.4	Ikke bare dommer har rettskraft ...	377	15.4.3	Danmark .....	434
14.1.5	Andre virkninger av dommen enn rettskraften .....	378	15.4.4	EFTA-domstolen .....	434
14.1.6	Kort historikk .....	378	15.4.5	Den europeiske menneskerettsdomstolen .....	435
14.2	Gjeldende rett .....	379	15.5	Menneskerettslige krav til reglene om gjenopptakelse .....	435
14.2.1	Oversikt .....	379	15.5.1	Oversikt .....	435
14.2.2	Formell rettskraft .....	379	15.5.2	Europarådets rekommandasjon R (2000) 2 .....	435
14.2.3	Materiell rettskraft .....	379	15.6	Utvalgets vurderinger, reformbehov .....	436
14.2.4	Rettsens håndhevelse av rettskraftreglene .....	416	15.6.1	Gjenåpning som ny betegnelse av rettsmidlet .....	436
14.3	Fremmed rett .....	416	15.6.2	Hvem skal behandle begjæringer om gjenåpning? .....	436
14.3.1	Innledning .....	416	15.6.3	Hvilke avgjørelser skal kunne gjenåpnes? .....	439
			15.6.4	Vilkårene for gjenåpning .....	441
			15.6.5	Behandlingsreglene .....	452
			<b>16</b>	<b>Bevis</b> .....	454
			16.1	Bevis og bevisregler i sivilprosessen – noen utgangspunkter .....	454
			16.2	Menneskerettslige føringer for reglene om bevis – allment .....	455

16.3	Nærmere om den frie bevisvurdering .....	456	17.7	Gruppesøksmål og internasjonalt forum mv. ....	496
16.4	Den frie bevisvurdering og bevisklarhet, beviskrav og bevisbyrde .	458	<b>18</b>	<b>Rettslig prøving av forvaltningsvedtak</b> .....	497
16.5	Nærmere om den frie bevisføringsrett og avgrensningen av denne ....	460	18.1	Generelt om rettslig prøving av forvaltningsvedtak .....	497
16.6	Skal det gis regler med elementer av discovery/disclosure i norske bevisregler? .....	460	18.2	Et eget kapittel for saker om offentlige tjenestehandlinger? .....	498
16.6.1	Hva er discovery/disclosure .....	460	18.2.1	Gjeldende rett .....	498
16.6.2	Discovery i amerikansk sivilprosess .....	460	18.2.2	Utvalgets vurderinger .....	498
16.6.3	Disclosure/discovery i engelsk sivilprosess .....	463	18.3	Regler i utkastet av særlig betydning for rettslig prøving av forvaltningsvedtak .....	502
16.6.4	Discovery/disclosure i norsk sivilprosess? .....	464	18.4	Bør saksanlegg kunne tillegges suspensiv virkning? .....	503
16.7	Bevistilbud og bevisføring. Når avgjørelser skal treffes .....	465	<b>19</b>	<b>Andre særlige prosessformer. Rettslig prøving av administrative tvangsvedtak</b> .....	507
16.8	Overprøving av avgjørelser om bevistilbud og bevisføring .....	466	19.1	I hvilken grad bør tvisteloven ha regler om særlige prosessformer? .....	507
16.9	De enkelte endringer. Særlig om bruk av utenrettslige dokumenter .	466	19.1.1	Oversikt .....	507
<b>17</b>	<b>Kollektive og kollektivt pregete søksmål. Gruppesøksmål</b> .....	467	19.1.2	Allmenne synspunkter på forholdet til de særlige prosessregler .....	508
17.1	Kollektive eller kollektivt pregete søksmål – generelt .....	467	19.2	Rettslig prøving av administrative tvangsvedtak .....	510
17.2	Ulike typer kollektive søksmål. Særlig om gruppesøksmål/klassesøksmål – «class actions». Definisjoner og begreper .....	467	19.2.1	Innledning .....	510
17.3	Utenlandsk rett .....	468	19.2.2	Gjeldende rett .....	511
17.3.1	Generelt om utenlandsk rett .....	468	19.2.3	Menneskerettslige dimensjoner ....	514
17.3.2	USA .....	468	19.2.4	Utvalgets vurderinger .....	522
17.3.3	Canada .....	482	<b>20</b>	<b>Saksomkostninger, omkostningsdekning og omkostningsnivå</b> .....	530
17.3.4	Australia .....	483	20.1	Innledning – ulike hensyn og problemstillinger .....	530
17.3.5	England .....	484	20.2	Dagens regler om saksomkostninger .....	532
17.3.6	Sammenfatning av utenlandsk rett. Oppsummering av problemstillinger som utenlandsk rett illustrerer	484	20.3	Hva skal reguleres i reglene om saksomkostninger .....	537
17.4	Forslaget i SOU 1994:151 .....	484	20.4	Saksomkostningsreglene og ordninger med fri rettshjelp, rettshjepsforsikring og annen støtte til å dekke prosessutgiftene .....	539
17.4.1	Innledning .....	484	20.5	Når bør en part kunne kreve saksomkostninger av motparten .....	540
17.4.2	Bakgrunn, behov mv. som utredningen peker på .....	485	20.6	Særlige sakstyper eller prosessituasjoner .....	541
17.4.3	Hovedpunkter i forslaget .....	486	20.7	Hvilke omkostninger bør kunne kreves dekket .....	542
17.4.4	Proposisjon .....	486	20.8	Bør partenes saksomkostninger i noen tilfeller kunne kreves dekket av det offentlige? .....	543
17.5	Hvilke former for kollektive eller kollektivt pregete søksmål bør velges? .....	487	20.8.1	Problemstillingen .....	543
17.5.1	Utgangspunkter .....	487			
17.5.2	Nærmere om søksmålskategorier og behov .....	488			
17.5.3	Nærmere om hovedelementer i en gruppeprosess .....	490			
17.6	Gruppesøksmål og litispensens ....	495			

20.8.2	Gjeldende regler om det offentliges ansvar for saksomkostninger .....	543	21.11	Deling av pådømmelsen .....	583
20.8.3	Nærmere om i hvilke tilfeller det kan være rimelig at det offentlige dekker partenes saksomkostninger	544	21.12	Retting, tilleggsdom og omgjøring	583
20.8.4	Plassering og utforming av lovregler .....	546	21.12.1	Oversikt over gjeldende rett .....	583
20.9	Omkostningsnivået .....	546	21.12.2	Fremmed rett .....	585
20.10	Sikkerhetsstillelse .....	550	21.12.3	Utvalgets vurderinger .....	586
20.11	Bruk av rettsmidler mot saksomkostningsavgjørelser .....	552	21.13	Foregrepet tvangskraft .....	586
<b>21</b>	<b>Rettslige avgjørelser og rettsforlik</b> .....	<b>553</b>	21.13.1	Innledning .....	586
21.1	Innledning .....	553	21.13.2	Oversikt over gjeldende rett .....	587
21.2	Hovedtypene av rettslige avgjørelser .....	553	21.13.3	Utvalgets vurdering .....	588
21.2.1	Oversikt over gjeldende rett .....	553	21.14	Utsatt og opphevet tvangskraft .....	588
21.2.2	Oversikt over fremmed rett .....	554	21.14.1	Oversikt over gjeldende rett .....	588
21.2.3	Utvalgets vurderinger .....	554	21.14.2	Utvalgets vurderinger .....	589
21.3	Grunnlaget for rettens avgjørelser	556	21.15	Innledning om rettsforlik. Presisering av problemstillingen .....	589
21.4	Personell kompetanse - hvem skal treffe avgjørelsen? .....	556	21.16	Kritikk mot den nåværende ordningen .....	590
21.4.1	Oversikt over gjeldende rett .....	556	21.17	Oversikt over ordningen i noen andre land .....	590
21.4.2	Utvalgets vurderinger .....	558	21.17.1	Danmark .....	590
21.5	Rådslagning og avstemning når retten har flere medlemmer .....	559	21.17.2	Sverige .....	590
21.5.1	Innledende bemerkninger .....	559	21.17.3	Tyskland .....	591
21.5.2	Oversikt over gjeldende rett .....	559	21.17.4	Annen internasjonal regulering av rettsforlik .....	591
21.5.3	Fremmed rett .....	561	21.18	Tvistemålsutvalgets vurderinger .....	592
21.5.4	Utvalgets vurderinger .....	561	21.18.1	Hvilke prosessuelle virkninger bør rettsforlik ha? .....	592
21.6	Avsigelsen av rettslige avgjørelser	562	21.18.2	Overprøving eller tilsidesettelse av rettsforlik .....	594
21.6.1	Oversikt over gjeldende rett .....	562	21.18.3	Formkrav ved inngåelse av rettsforlik. Kontroll fra retten. Offentlighet	595
21.6.2	Fremmed rett .....	563	21.18.4	Rettsforlik når rettsmekling fører frem .....	595
21.6.3	Menneskerettslige krav til offentlig domsavsigelse .....	564	<b>22</b>	<b>Offentlighet og innsynsrett</b> .....	<b>597</b>
21.6.4	Aktuelle reformer, offentlighet i rettspleien .....	565	22.1	Innledning .....	597
21.6.5	Utvalgets syn .....	566	22.2	Kort om enkelte hovedtrekk i gjeldende rett .....	598
21.7	Forkynnelse og meddelelse av rettslige avgjørelser .....	570	22.2.1	Innledning .....	598
21.7.1	Oversikt over gjeldende rett .....	570	22.2.2	Hovedtrekk i gjeldende rett .....	598
21.7.2	Utvalgets vurderinger .....	571	22.3	Bør allmennheten gis utvidet rett til innsyn i sakens dokumenter? .....	599
21.8	Innholdet av rettslige avgjørelser - begrunnelse .....	572	22.3.1	Tidligere utredninger .....	599
21.8.1	Oversikt over gjeldende rett .....	572	22.3.2	Rettsstillingen i enkelte andre land	600
21.8.2	Oversikt over fremmed rett .....	575	22.3.3	Tvistemålsutvalgets generelle synspunkter .....	601
21.8.3	Menneskerettslige krav .....	576	22.4	Anonymisering av rettens avgjørelser – behov for endringer i domstolloven? .....	605
21.8.4	Utvalgets syn .....	577	<b>23</b>	<b>Tvisteloven og moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT)</b>	<b>606</b>
21.9	Oppfyllelsesfrist .....	579	23.1	Bakgrunn og problemstilling .....	606
21.9.1	Oversikt over gjeldende rett .....	579	23.2	Kort om ulike måter moderne IKT kan anvendes på i rettspleien .....	606
21.9.2	Utvalgets vurderinger .....	580			
21.10	Forsinkelsesrente .....	581			
21.10.1	Gjeldende rett .....	581			
21.10.2	Utvalgets vurdering .....	581			

23.2.1	Innledning .....	606	24.4.2	Rättegångsbalken i Sverige .....	625
23.2.2	Kommunikasjon mellom parter og domstoler og mellom forskjellige domstoler .....	606	24.4.3	Civil procedure rules, England og Wales .....	626
23.2.3	Saksstyring – «case management»	607	24.4.4	Oppsummering – hovedsystematik i tvisteloven .....	627
23.2.4	Gjennomføring av rettsmøter .....	607	24.5	Inndeling av den enkelte paragraf .	628
23.2.5	Systemer til hjelp ved avgjørelse av saken – beslutningsstøttesystemer	610	<b>25</b>	<b>Administrative og økonomiske konsekvenser av tvisteloven</b> .....	629
23.3	Kort om stillingen i enkelte andre land .....	610	25.1	Generelt om administrative og økonomiske konsekvenser .....	629
23.3.1	Innledning .....	610	25.2	Forliksrådene .....	629
23.3.2	Europa .....	610	25.3	Tingrettene .....	630
23.3.3	USA .....	611	25.4	Lagmannsrettene .....	632
23.3.4	Verden for øvrig .....	612	25.5	Høyesterett .....	633
23.4	Stillingen i Norge .....	613	25.6	Virkninger mer generelt for domstolene .....	634
23.4.1	Domstolenes saksbehandlingssystemer .....	613	25.7	Oppsummering av de viktigste økonomiske virkninger for det offentlige .....	635
23.4.2	Tilrettelegging i rettsmøter .....	614	25.8	Andre virkninger – samfunnsmessig og for partene .....	636
23.4.3	Beslutningsstøttesystemer .....	614	<b>26</b>	<b>Harmonisering mellom tvisteloven og straffeprosessloven</b> .....	638
23.4.4	Kommunikasjon mellom parter og domstoler, og mellom domstoler på ulike nivåer i saksbehandlingen .....	614	26.1	Innledning .....	638
23.4.5	Pågående lovgivningsarbeid, offentlige utredninger mv. ....	614	26.2	Nødvendige endringer i straffeprosessloven ved overgang til ett rettsmiddel .....	639
23.4.6	IKT-strategi for domstolene 2002-2005 .....	617	26.2.1	Avgjørelsestyper og rettsmidler etter de någjeldende reglene .....	639
23.5	Målsetninger ved utforming av ny tvistelov og bruk av moderne IKT	618	26.2.2	Avgjørelsesformen .....	639
23.5.1	Innledning .....	618	26.2.3	Minimumstilpasning av reglene om anke og kjæremål .....	640
23.5.2	Utviklingshastighet og betydningen ved utformingen av loven .....	619	26.2.4	Minimumstilpasning av andre bestemmelser .....	640
23.5.3	I hvilken grad bør lovutkastet påskynde innføring av ny teknologi?	619	26.2.5	Oppsummering .....	641
23.5.4	Tekniske løsninger og IKT-infrastruktur .....	619	26.2.6	Felles regler for anke over dommer, kjennelser og beslutninger ....	642
23.5.5	Teknologi som må antas å være på vei ut .....	620	26.3	Andre harmoniseringsspørsmål .....	642
23.6	Oppsummering av fordeler og problemer ved innføring av ny teknologi i domstolene .....	620	26.3.1	Henvisninger fra straffeprosessloven til tvistemålsloven .....	642
23.6.1	Kort om prinsipielle og praktiske fordeler .....	620	26.3.2	Bevis .....	642
23.6.2	Ulemper .....	620	26.3.3	Gjenåpning .....	642
<b>24</b>	<b>Oppbyggingen av tvisteloven</b> .....	622	26.3.4	Litispensens for borgerlige rettskrav i straffesaker .....	643
24.1	Innledning .....	622	26.3.5	Opptak av forklaringer .....	643
24.2	Noen generelle lovtekniske betraktninger .....	622	26.3.6	Rett for staten til å intervensere i enkelte saker for Høyesterett .....	643
24.2.1	Inndeling av loven i deler .....	622	26.3.7	Lovens kortform .....	644
24.2.2	Videre inndelinger i kapitler og paragrafer - paragrafnummerering	622			
24.2.3	Bruk av gjennomgående regler ....	623			
24.3	Lovens inndeling i deler .....	623			
24.4	Rekkefølgen mellom delene .....	624			
24.4.1	Retsplejeloven i Danmark .....	624			

## Bind B

### Del III Bemerkninger til de enkelte kapitler og bestemmelser .....

#### 1 **Tvistelovens formål og anvendelse** .....

- 1.1 Generelt om kapittel 1 ..... 649
- 1.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 1 ..... 649

#### 2 **Parter, prosessdyktighet og lovlige stedfortredere** .....

- 2.1 Innledning ..... 655
- 2.2 Kort oversikt over gjeldende rett .. 655
  - 2.2.1 Innledning ..... 655
  - 2.2.2 Partsevne ..... 655
  - 2.2.3 Lovlig stedfortreder ..... 657
  - 2.2.4 Prosessdyktighet ..... 657
- 2.3 Gjeldende rett i noen andre land ... 658
- 2.4 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 2 ..... 658

#### 3 **Prosessfullmektiger og rettslige medhjelpere** .....

- 3.1 Innledning ..... 664
- 3.2 Hovedtrekk i gjeldende rett ..... 664
- 3.3 **Twistemålsutvalgets vurderinger** .... 664
  - 3.3.1 Bør det innføres regler som begrenser adgangen til å føre sin egen sak? 664
  - 3.3.2 Bør reglene om hvem som kan være prosessfullmektig endres? ..... 665
  - 3.3.3 Retten til å overdra prosessoppdraget - regler om forholdet mellom prosessfullmektig og part ..... 668
  - 3.3.4 Rettslig medhjelper ..... 668
  - 3.3.5 Er det behov for regler om begrenset prosessfullmakt i tillegg til alminnelig prosessfullmakt og adgangen til å bruke rettslig medhjelper? ..... 669
- 3.4 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 3 ..... 669

#### 4 **Saklig og stedlig domsmyndighet** .....

- 4.1 Innledning ..... 676
- 4.2 Gjeldende rett ..... 677
  - 4.2.1 Reglene i tvistemålsloven ..... 677
  - 4.2.2 Andre bestemmelser om verneting 681
  - 4.2.3 Luganokonvensjonen ..... 681
- 4.3 Utenlandsk rett ..... 682
  - 4.3.1 Danmark ..... 682
  - 4.3.2 Sverige ..... 683
  - 4.3.3 England og Wales ..... 683
- 4.4 Utvalgets vurderinger ..... 684
  - 4.4.1 Innledning ..... 684

- 4.4.2 Nærmere om de grunnleggende hensyn ..... 684

- 4.4.3 Særskilte hensyn for bestemte saks typer ..... 686

- 4.4.4 I hvilken utstrekning bør man ha særlige verneting for bestemte saks typer? ..... 689

- 4.4.5 Virkningen av at sak er anlagt ved uriktig verneting ..... 691

- 4.5 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 4 ..... 691

#### 5 **Grunnlaget for rettens avgjørelser, veiledning og saksstyring** .....

- 5.1 Generelt om kapittel 5 ..... 701
- 5.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 5 ..... 701

#### 6 **Plikter før sak reises.**

- Utenrettslig mekling** ..... 715
- 6.1 Generelt om kapittel 6 ..... 715
- 6.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 6 ..... 715

#### 7 **Mekling og rettsmekling i de alminnelige domstolene** .....

- 7.1 Generelt om kapittel 7 ..... 720
- 7.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 7 ..... 720

#### 8 **Behandlingen i forlikrådet** .....

- 8.1 Generelt om kapittel 8 ..... 728
- 8.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 8 ..... 728

#### 9 **Allmennprosess** .....

- 9.1 Generelt om kapittel 9 ..... 745
- 9.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 9 ..... 745

#### 10 **Småkravsprosess** .....

- 10.1 Generelt om kapittel 10 ..... 762
- 10.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 10 ..... 762

#### 11 **Anke til lagmannsrett** .....

- 11.1 Generelt om kapittel 11 ..... 766
- 11.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 11 ..... 766

#### 12 **Anke til Høyesterett** .....

- 12.1 Generelt om kapittel 12 ..... 788
- 12.2 Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 12 ..... 788

<b>13</b>	<b>Gjenåpning</b> .....	798	<b>19</b>	<b>Stansning</b> .....	865
13.1	Generelt om kapittel 13 .....	798	19.1	Generelt om kapittel 19 .....	865
13.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melsene i kapittel 13 .....	798	19.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melsene i kapittel 19 .....	865
<b>14</b>	<b>Verdifastsettelse1)</b> .....	808	<b>20</b>	<b>Virkninger av søksmål mv.</b> .....	871
14.1	Generelt om kapittel 14 .....	808	20.1	Generelt om kapittel 20 .....	871
14.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 14 .....	809	20.2	Litispensens .....	871
<b>15</b>	<b>Forening av krav og søksmål. Partshjelp</b> .....	815	20.2.1	Generelt om litispensens .....	871
15.1	Generelt om kapittel 15 .....	815	20.2.2	Når foreligger det en «sak»? .....	871
15.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 15 .....	815	20.2.3	Enkelte identitetsspørsmål – når er det «samme» sak? .....	872
<b>16</b>	<b>Prosesskriv</b> .....	824	20.2.4	Særlig om litispensens for sivile krav som er tatt med til behandling i en straffesak .....	873
16.1	Generelt om kapittel 16 .....	824	20.2.5	Den subjektive eller personelle grensen for litispensens .....	874
16.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 16 .....	824	20.3	Andre virkninger av saksanlegg – materielle virkninger og søksmåls- frister .....	875
<b>17</b>	<b>Rettsmøter og rettsbøker</b> .....	831	20.4	Overdragelse av tvistegjenstanden .....	876
17.1	Innledning .....	831	20.5	Adgangen til å frafalle anlagt sak og spørsmålet om kravet går tapt ..	877
17.2	Generelt om rettsmøter .....	831	20.6	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 20 .....	877
17.3	Foreslåtte regler om når rettsmøter og fjernmøter skal og må avholdes .....	832	<b>21</b>	<b>Rettslige avgjørelser</b> .....	883
17.4	Bør fjernmøter som et utgangs- punkt likestilles med tradisjonelle rettsmøter? .....	833	21.1	Generelt om kapittel 21 .....	883
17.5	Særlig om innkalling til rettsmøter .....	834	21.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 21 .....	883
17.6	Rettsbok .....	834	<b>22</b>	<b>Forsømmelser i rettergang</b> .....	900
17.7	Dokumentasjon av forhandlingenes innhold – særlig parts- og vitnefor- klaringer .....	836	22.1	Generelt om kapittel 22 .....	900
17.7.1	Innledning .....	836	22.2	Oversikt over gjeldende rett .....	900
17.7.2	De gjeldende regler .....	837	22.2.1	Mangelfulle prosesshandlinger .....	900
17.7.3	Kort beskrivelse av mulige løsnin- ger .....	838	22.2.2	Unnlatte prosesshandlinger .....	901
17.7.4	Ordningen i enkelte andre land .....	840	22.3	Oversikt over fremmed rett .....	903
17.7.5	Ordningen i Norge under den gamle prosessordning før tvistemålsloven, tidligere utredninger og prøveord- ninger .....	842	22.3.1	Danmark .....	903
17.7.6	Tvistemålsutvalgets vurderinger og forslag .....	845	22.3.2	Sverige .....	903
17.7.7	Dokumentasjon av forklaringer i saker som følger reglene om små- kravsprosess .....	846	22.3.3	England .....	904
17.8	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 17 .....	847	22.4	Utvalgets vurdering av enkelte reformspørsmål .....	904
<b>18</b>	<b>Offentlighet og innsynsrett</b> .....	856	22.4.1	Innledning .....	904
18.1	Generelt om kapittel 18 .....	856	22.4.2	Forsettsbegrensningen .....	905
18.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 18 .....	857	22.4.3	Retting og avvisning ved mangelful- le prosesshandlinger .....	906
			22.4.4	Sanksjoner mot unnlatte prosess- handlinger .....	906
			22.5	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 22 .....	908
<b>18</b>	<b>Offentlighet og innsynsrett</b> .....	856	<b>23</b>	<b>Saksomkostninger</b> .....	926
18.1	Generelt om kapittel 18 .....	856	23.1	Generelt om kapittel 23 .....	926
18.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 18 .....	857	23.2	Bemerkninger til de enkelte bestem- melser i kapittel 23 .....	927

<b>24</b>	<b>Alminnelige regler om bevis</b> .....	942	34.2	Endringer i lov om vidners og sakkyndiges godtgjørelse av 21. juli 1916 nr. 2 .....	1008
24.1	Generelt om sjette del og kapittel 24 .....	942	34.3	Høyesterettsloven (plenumsloven) av 25. juni 1926 nr. 2 .....	1009
24.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 24 .....	943	34.4	Endringer i forvaltningsloven av 10. februar 1967 .....	1009
<b>25</b>	<b>Bevisforbud og bevisfritak</b> .....	956	34.5	Endringer i foreldelsesloven av 18. mai 1979 nr. 18 .....	1009
25.1	Generelt om kapittel 25 .....	956	34.6	Endringer i rettshjelploven av 13. juni 1980 nr. 35 .....	1011
25.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 25 .....	956	34.7	Endringer i barnelova av 8. april 1981 nr. 7 .....	1013
<b>26</b>	<b>Parters møte- og forklaringsplikt</b> .....	965	34.7.1	Gjeldende rett .....	1013
26.1	Generelt om kapittel 26 .....	965	34.7.2	Utvalgets vurderinger .....	1014
26.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 26 .....	965	34.7.3	Bemerkninger til de enkelte bestemmelsene .....	1015
<b>27</b>	<b>Vitnebevis</b> .....	968	34.8	Endringer i rettsgebyrloven av 17. desember 1982 nr. 86 .....	1017
27.1	Generelt om kapittel 27 .....	968	34.8.1	Innledning .....	1017
27.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 27 .....	968	34.8.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelsene .....	1017
<b>28</b>	<b>Sakkyndigbevis</b> .....	974	34.9	Endringer i ekteskapsloven av 4. juli 1991 nr. 47 .....	1022
28.1	Generelt om kapittel 28 .....	974	34.9.1	Gjeldende rett .....	1022
28.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 28 .....	974	34.9.2	Utvalgets vurderinger .....	1023
<b>29</b>	<b>Realbevis</b> .....	977	34.9.3	Bemerkninger til de enkelte bestemmelsene .....	1023
29.1	Generelt om kapittel 29 .....	977	34.10	Endringer i sosialtjenesteloven av 13. desember 1991 nr. 81 .....	1028
29.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 29 .....	977	34.11	Endringer i tvangfullbyrdelsesloven av 26. juni 1992 nr. 86 .....	1029
<b>30</b>	<b>Bevisopptak i rettssak</b> .....	983	34.12	Endringer i barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 .....	1031
30.1	Generelt om kapittel 30 .....	983	34.13	Endringer i smittevernloven av 5. august 1994 nr. 55 .....	1031
30.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 30 .....	983	34.14	Endringer i psykisk helsevernloven av 2. juli 1999 nr. 62 .....	1031
<b>31</b>	<b>Bevissikring utenfor rettssak</b> ....	987	<b>Del IV</b>	<b>Draft statute and summary in English</b> .....	1033
31.1	Generelt om kapittel 31 .....	987	<b>1</b>	<b>Draft statute</b> .....	1035
31.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 31 .....	988	<b>2</b>	<b>Brief Summary and Overview of the Report</b> .....	1098
<b>32</b>	<b>Gruppesøksmål</b> .....	991	2.1	Part I of the Report - Draft Statute, Background and Summary .....	1098
32.1	Generelt om kapittel 32 .....	991	2.1.1	General remarks on Part I .....	1098
32.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 32 .....	991	2.1.2	The appointment, composition and terms of reference of the Committee .....	1098
<b>33</b>	<b>Saker om administrative tvangsvedtak</b> .....	999	2.2	Part II of the Report – General Discussions .....	1098
33.1	Generelt om kapittel 33 .....	999	2.2.1	The need for reform of the provisions on civil procedure .....	1098
33.2	Bemerkninger til de enkelte bestemmelser i kapittel 33 .....	999			
<b>34</b>	<b>Endringer i andre lover</b> .....	1004			
34.1	Endringer i domstolloven av 13. august 1915 nr. 5 .....	1004			



2.2.2	Resolution of civil legal disputes in a historical perspective .....	1100			strative decisions relating to coercion .....	1110
2.2.3	Important perspectives and concerns in drafting the new Dispute Act .....	1100	2.2.20	Costs, compensation for costs and cost level .....	1111	
2.2.4	International perspectives and influences on the new Dispute Act .....	1102	2.2.21	Judicial rulings and in-court settlements .....	1112	
2.2.5	The subject matter of the legal action and the connection of the parties to such subject matter .....	1103	2.2.22	Open court and the right of inspection of materials .....	1112	
2.2.6	Obligations of the parties prior to bringing legal action. Non-judicial mediation .....	1103	2.2.23	The Dispute Act and modern information and communications technology (ICT) .....	1113	
2.2.7	Alternative dispute resolution .....	1103	2.2.24	The structure of the new Dispute Act .....	1113	
2.2.8	The roles and functions of the various courts in civil dispute resolution .....	1104	2.2.25	Administrative and financial implications of the new Dispute Act .....	1113	
2.2.9	Important procedural rules in respect of the various types of courts, with the emphasis on the proceedings before the Municipal Courts .....	1104	2.2.26	Harmonizing between the Dispute Act and Criminal Procedure Act ....	1113	
2.2.10	The proceedings before the Conciliation Board .....	1104	2.3	Part III of the Report – Remarks relating to Individual Chapters and Sections .....	1114	
2.2.11	Small claims procedure .....	1105	2.4	Part IV of the Report - Draft Statute and Summary in English .....	1120	
2.2.12	Review of judicial rulings. Appeals .....	1106				<b>Vedlegg</b>
2.2.13	Appeals to the Supreme Court .....	1106	1	Litteraturliste .....	1121	
2.2.14	Res judicata .....	1107	2	Lovspeil .....	1122	
2.2.15	Reopening .....	1108	3	Evaluering av prøveordningen med rettsmekling .....	1133	
2.2.16	Evidence .....	1109	4	Vel forlikt? Erfaringer med forlikrådsbehandling. Brukerundersøkelse for Tvistemålsutvalget .....	1208	
2.2.17	Joint actions and actions with a group element. Class action .....	1109	5	Forlikrådene – Domsvurdering ....	1231	
2.2.18	Judicial review of administrative decisions .....	1110	6	Utdrag fra Tvistemålsutvalgets korrespondanse.....	1246	
2.2.19	Other special procedural forms. Focus on judicial review of administrative decisions relating to coercion .....	1110	7	Svarbrev fra Tvistemålsutvalget av 15. desember 2000 .....	1248	



*Del I*  
*Lovutkast, bakgrunn og sammendrag*



## Kapittel 1

# Utkast til lov om tvisteløsning

### Lovens innhold

#### Første del – Grunnleggende bestemmelser for behandling av sivile saker

1. kapittel. Tvistelovens formål og anvendelse
2. kapittel. Parter, prosessdyktighet og lovlige stedfortredere
3. kapittel. Prosessfullmektiger og rettslige medhjelpere
4. kapittel. Saklig og stedlig domsmyndighet
  - I Saklig domsmyndighet
  - II Stedlig domsmyndighet (Verneting)
5. kapittel. Grunnlaget for rettens avgjørelser, veiledning og saksstyring

#### Annen del – Plikter før saken reises. Mekling og rettsmekling

6. kapittel. Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling
  - I Allment
  - II Generelle plikter for partene
  - III Utenrettslig mekling
7. kapittel. Mekling og rettsmekling i de alminnelige domstolene
  - I Minnelig løsning og mekling
  - II Rettsmekling
  - III Rettsforlik
8. Kapittel. Behandling i forliksrådet

#### Tredje del – Behandlingen i første instans

9. kapittel. Allmennprosess
  - I Allment
  - II Saksforberedelsen
  - III Hovedforhandlingen
10. kapittel. Småkravsprosess

#### Fjerde del – Rettsmidler

11. kapittel. Anke til lagmannsrett
12. kapittel. Anke til Høyesterett
13. kapittel. Gjenåpning

### Femte del – Gjennomgående bestemmelser

14. kapittel. Verdifastsettelse
15. kapittel. Forening av krav og søksmål. Parts- hjelp
16. kapittel. Prosesskriv
17. kapittel. Rettsmøter og rettsbøker
  - I Rettsmøter
  - II Rettsbøker
18. kapittel. Offentlighet og innsynsrett
19. kapittel. Stansning
20. kapittel. Virkninger av søksmål mv.
21. kapittel. Rettslige avgjørelser
  - I Form og fremgangsmåte
  - II Avgjørelsens innhold
  - III Retting, tilleggsdom og omgjøring
  - IV Tvangskraft og rettskraft
22. kapittel. Forsømmelser i rettergang
23. kapittel. Saksomkostninger

### Sjette del – Bevis

24. kapittel. Alminnelige regler om bevis
25. kapittel. Bevisforbud og bevisfritak
26. kapittel. Parters møte- og forklaringsplikt
27. kapittel. Vitnebevis
28. kapittel. Sakkyndigbevis
29. kapittel. Realbevis
30. kapittel. Bevisopptak i rettssak
31. kapittel. Bevissikring utenfor rettssak

### Syvende del – Særlige prosessformer

32. kapittel. Gruppesøksmål
33. kapittel. Saker om administrative tvangsvedtak

### Åttende del – Endringer i andre lover

34. kapittel. Endringer i andre lover

## Første del – Grunnleggende bestemmelser for behandling av sivile saker

### 1. kapittel. Tvistelovens formål og anvendelse

#### § 1-1 Lovens formål

(1) Lov om tvisteløsning skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask og tillitsskapende behandling av rettstvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes tvisteløsningsbehov og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.

(2) For å oppnå formålene etter (1), skal

- partene få argumentere for sin sak og føre bevis,
- partene få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis,
- partene på ett trinn av saken kunne redegjøre muntlig for den og føre sine bevis umiddelbart for retten,
- saksbehandlingen og omkostningene stå i et rimelig forhold til betydningen av saken,
- ulikheter i ressurser hos partene ikke være avgjørende for sakens utfall,
- viktige avgjørelser begrunnes, og
- avgjørelser av særlig betydning kunne overprøves.

#### § 1-2 Folkerettens betydning for anvendelsen av loven

Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.

#### § 1-3 Søksmålgjenstand og søksmålsituasjon

(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

(2) Den som reiser saken må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Det skal legges vekt på kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

#### § 1-4 Utvidet søksmålsadgang for organisasjoner og foreninger mv.

(1) Organisasjoner og foreninger kan anlegge søksmål i eget navn på vegne av sine medlemmer dersom søksmålet ligger innenfor organisasjonens formål.

(2) Offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser kan på tilsvarende måte anlegge søksmål for å ivareta disse.

#### § 1-5 Hvem søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot

(1) Søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans, med mindre annet er bestemt i lov.

(2) Dersom saksøkeren bestrider gyldigheten av et forvaltningsvedtak som innebærer rettigheter for en annen, og saksøkerens interesse i kravet om ugyldighet nødvendiggjør at vedkommende ikke skal kunne utøve denne rettigheten, må søksmålet også rettes mot denne. Det gjelder likevel ikke når annet er bestemt i lov.

### 2. kapittel. Parter, prosessdyktighet og lovlige stedfortredere

#### § 2-1 Partsevne

(1) Partsevne har

- (a) enhver fysisk person,
- (b) stat, kommuner og fylkeskommuner,
- (c) selskaper, herunder aksjeselskaper, ansvarlige selskaper og kommandittselskaper,
- (d) samvirkelag, sparebanker og stiftelser,
- (e) konkursboer og dødsboer under offentlig skifte,
- (f) selvstendige offentlige foretak, og
- (g) andre sammenslutninger når det er særlig bestemt i lov.

2) Andre sammenslutninger enn etter (1) har partsevne så langt dette følger av en samlet vurdering hvor det særlig legges vekt på

- om sammenslutningen har en fast organisasjonsform,
- om det er et styre eller annet organ som representerer sammenslutningen utad,
- om sammenslutningen har en formalisert medlemskapsordning,
- om sammenslutningen har egne midler, og
- sammenslutningens formål og hva søksmålet gjelder.

#### § 2-2 Prosessdyktighet

(1) Prosessdyktighet er evnen til selv å opptre i rettssak, herunder reise og ta i mot søksmål.

(2) Myndige personer er prosessdyktige med mindre annet følger av reglene nedenfor. Det samme gjelder utlending som etter sitt hjemlands lov ikke er myndig, dersom han ville vært myndig etter norsk lov.

(3) Umyndige er ikke prosessdyktige, med mindre de etter annen særlig lovbestemmelse er gitt prosessdyktighet.

(4) Myndig person som på grunn av sin psykiske helsetilstand ikke er i stand til å vareta sine egne interesser under saken, er ikke prosessdyktig. Har personen ikke hjelpeverge, skal retten sørge for at slik verge oppnevnes.

(5) Saken kan avvises dersom den utvilsomt ikke kan ha et fornuftig formål, og den er anlagt av en person som misbruker rettsapparatet ved gjentatte ganger å ha anlagt slike saker.

### § 2-3 Lovlig stedfortreder

(1) For personer som ikke er prosessdyktige og for upersonlige rettssubjekter ivaretar den lovlige stedfortreder alle partens rettigheter og plikter i rettsaken. En part kan bare ha én lovlige stedfortreder om gangen.

(2) For umyndige er vergen lovlige stedfortreder. Er vedkommendes foreldre verge i fellesskap, får vergemålsloven § 4 anvendelse. Gjelder søksmålet midler som forvaltes av overformyndieriet, skal stevningen forkynnes for overformyndieriet. Overformyndieriet har rett til å tre inn i saken. Overformyndieriets prosesshandlinger kommer den umyndige til gode selv om de strider mot den umyndiges egne prosesshandlinger.

(3) For myndige personer som mangler prosessdyktighet etter § 2-2(4) er hjelpevergen lovlige stedfortreder.

(4) For upersonlige rettssubjekter er lovlige stedfortreder den person som kan motta forkynnelser på vegne av rettssubjektet, jf. domstoloven § 191. Er dette flere enn én person, velger styret hvem som skal være lovlige stedfortreder. Den lovlige stedfortreder kan delegere adgangen til å opptre som lovlige stedfortreder til en annen person som er tilsatt i rettssubjektet eller tilknyttet denne delen av virksomheten. Slik delegering kan gjøres for én enkelt sak eller for bestemte sakstyper og må skje skriftlig. Delegeringen kan ikke begrense de rettigheter stedfortrederen skal ha etter (1).

## 3. kapittel. Prosessfullmektiger og rettslige medhjelpere

### § 3-1 Rett til å bruke prosessfullmektig

(1) En part kan la seg representere av en prosessfullmektig.

(2) En part kan bare ha én prosessfullmektig om gangen. Retten kan tillate at en part har mer enn én prosessfullmektig når det foreligger særlige grunner. Er det mer enn én prosessfullmektig til stede i rettsmøter, skal det på forhånd gjøres klart for retten og motparten hvem som til enhver tid

har rett til å utføre prosesshandlinger på vegne av parten.

(3) Hvor denne lov bruker uttrykket part, vil regelen gjelde tilsvarende for prosessfullmektigen, med mindre det særskilt er bestemt eller følger av sammenhengen at den aktuelle prosessuelle rettigheten eller plikten påligger parten personlig.

### § 3-2 Plikt til å bruke prosessfullmektig

Hvis en part uten prosessfullmektig ikke kan fremstille saken på en forståelig måte, kan retten pålegge parten å møte med prosessfullmektig.

### § 3-3 Hvem som kan være prosessfullmektig

(1) Som prosessfullmektig i saker som behandles muntlig for Høyesterett, brukes advokater med rett til å føre saker for Høyesterett.

(2) I sak som behandles skriftlig av Høyesterett etter § 12-10(4), og i saker for de øvrige domstoler, kan enhver advokat være prosessfullmektig.

(3) Overalt hvor det i denne lov brukes uttrykket advokat, menes også autoriserte advokatfullmektiger, med de unntak som følger av domstoloven § 223 første ledd. Med særskilt tillatelse fra retten kan advokatfullmektiger være prosessfullmektig i saker som behandles muntlig i lagmannsretten.

(4) Unntatt i saker etter (1), tillates normalt en av partens nærmeste å være prosessfullmektig. Har tvisten tilknytning til næringsvirksomhet, gjelder det samme for ansatte og andre personer tilknyttet denne delen av virksomheten. Retten kan i alle tilfeller tillate at en annen skikket myndig person er prosessfullmektig. Personer som driver ervervsmessig eller stadig rettshjelpvirksomhet, kan bare være prosessfullmektig hvis de oppfyller vilkårene i domstoloven § 218.

(5) Utenlandsk advokat kan være prosessfullmektig når retten etter sakens art og forholdene ellers finner det ubetenkelig.

(6) Kongen fastsetter ved forskrift i hvilken utstrekning og på hvilke vilkår advokater hjemmehørende i andre EØS-stater har rett til å opptre som prosessfullmektig.

### § 3-4 Prosessfullmakt

(1) Prosessfullmektigen kan foreta alle prosesshandlinger på vegne av sin part. Begrensninger i prosessfullmakten er uten virkning i forhold til retten og motparten.

(2) En advokat behøver ikke fremlegge fullmakt med mindre retten finner grunn til å forlange det.

Andre prosessfullmektiger skal fremlegge skriftlig fullmakt hvis ikke parten er tilstede og bekrefter fullmaktsforholdet. Er ikke fullmaktsforholdet tilstrekkelig godtgjort, kan saksbehandlingen likevel fremmes hvis utsettelse ville medføre skade.

#### § 3-5 Forholdet mellom partens og prosessfullmektigens handlinger

(1) Parten kan opptre ved siden av prosessfullmektigen.

(2) Prosessfullmektigens handlinger og unnlatelser virker for og mot parten.

(3) En part som er til stede blir bundet av prosessfullmektigens handlinger hvis ikke parten straks gjør innsigelse.

(4) En part som ikke er til stede blir bundet av prosessfullmektigens handlinger, jf. § 3-4(1).

#### § 3-6 Opphør av prosessfullmakt

(1) En prosessfullmakt kan tilbakekalles til enhver tid. Overfor retten og motparten får tilbakekallet først virkning når det er meddelt.

(2) En prosessfullmektig har rett til å tre tilbake fra fullmaktsforholdet. En prosessfullmektig som trer tilbake har plikt til å utføre de prosesshandlingene som ikke kan utstå uten at parten utsettes for tap.

#### § 3-7 Rettslig medhjelper

(1) En part kan la seg bistå av en rettslig medhjelper. Den rettslige medhjelper må fylle vilkårene for å være prosessfullmektig etter § 3-3.

(2) Retten bestemmer i hvilken utstrekning den rettslige medhjelperen skal få ordet til innlegg og eksaminasjon av parter og vitner ved siden av eller i stedet for prosessfullmektigen.

(3) Det som fremføres av den rettslige medhjelperen virker for og mot parten, med mindre parten motsier det på stedet.

### 4. kapittel. Saklig og stedlig domsmyndighet I Saklig domsmyndighet

#### § 4-1 Saklig domsmyndighet

(1) Forliksrådene behandler saker som angitt i § 8-2.

(2) Tingrettene behandler saker som angitt i § 9-1.

(3) Lagmannsrettene behandler anker som angitt i § 11-1 og saker som førsteinstans hvor det er særlig bestemt.

(4) Høyesterett behandler saker som angitt i § 12-1.

### II Stedlig domsmyndighet (Vernetting)

#### § 4-2 Internasjonalt vernetting

(1) Tvister i internasjonale forhold kan bare anlegges for norske domstoler når saksforholdet har tilstrekkelig tilknytning til Norge.

(2) Dersom vernetting ikke kan påvises etter §§ 4-3 og 4-4 nedenfor, men saken likevel er undergitt norsk domsmyndighet, kan søksmål anlegges ved Oslo byrett. Hvis saksøkte har en formuesgjenstand i riket som kan tjene til dekning av saksøkerens krav, kan søksmål i stedet anlegges der formuesgjenstanden befinner seg.

#### § 4-3 Alminnelig vernetting

(1) Søksmål kan reises ved saksøktes alminnelige vernetting.

(2) Fysiske personer har alminnelig vernetting der de har bopel. Den som har bopel i flere kretser, har alminnelig vernetting i alle kretsene.

(3) Virksomheter registrert i Foretaksregisteret har alminnelig vernetting på det sted virksomhetens hovedkontor i følge registreringen ligger. Utenlandske næringsvirksomheter med filial, agentur eller liknende forretningssted i Norge, har alminnelig vernetting på dette forretningsstedet dersom søksmålet gjelder virksomheten der.

(4) Staten har alminnelig vernetting i Oslo. Fylkeskommuner og kommuner har alminnelig vernetting der hovedadministrasjonen ligger. Selvstendige offentlige foretak har alminnelig vernetting der styret har sitt sete.

(5) Virksomheter eller sammenslutninger uten alminnelig vernetting etter (3) og (4), har alminnelig vernetting samme sted som den person stevningen skal forkynnes for.

#### § 4-4 Vernetting som kan velges av saksøkeren

(1) Fast eiendom: Søksmål som gjelder fast eiendom, kan anlegges i den rettskrets hvor eiendommen ligger. Ligger eiendommen i flere rettskretser, kan søksmål reises i hver av disse. Det samme gjelder hvis søksmålet gjelder flere tilstøtende faste eiendommer som ligger i ulike rettskretser.

(2) Kontraktsforhold: Saker om kontraktsforhold kan anlegges på det sted hvor den forpliktelsen som ligger til grunn for saken er oppfylt eller skal oppfylles. Dette gjelder ikke for pengekrav hvis



saksøkte har alminnelig verneting i Norge etter § 4-3.

(3) Erstatning utenfor kontraktsforhold: Søksmål om erstatning og oppreisning utenfor kontraktsforhold, og søksmål mot forsikringsgiver om dekning for slik skade, kan anlegges på det sted skaden oppsto eller der virkningen inntraff, eller vil kunne inntre. Har virkningen inntruffet på flere steder kan saken anlegges der hovedtyngden av virkningen har inntruffet.

(4) Arbeidsforhold: Søksmål fra arbeidstaker mot arbeidsgiver om krav som reiser seg av individuelle arbeidsforhold, kan reises på arbeidsstedet eller det sted arbeidstakeren vanligvis utfører sitt arbeid. Er det ikke noe slikt sted, kan søksmål anlegges på det forretningssted han ble ansatt fra.

(5) Sjøfartsforhold: Søksmål som springer ut av sjøfartsforhold, kan anlegges i den rettskrets skipet har hjemsted. Er det tatt arrest i skipet, kan søksmål om det pengekrav arresten sikrer, anlegges der arrest er tatt. Tilsvarende gjelder der skipet er frigitt eller arrest avverget ved sikkerhetsstillelse. Søksmål mot skipsføreren etter sjøloven § 73, og søksmål mot skipsfører eller mannskap om forpliktelser som er pådratt i tjenesten, kan reises i den rettskrets hvor skipet ligger i havn når stevningen forkynnes.

(6) Arveforhold: Søksmål mot arvinger kan anlegges der avdøde sist hadde alminnelig verneting. Dette gjelder ikke hvis boet er undergitt offentlig skifte, hvis skiftet er avsluttet, eller det har gått mer enn 6 måneder fra dødsfallet.

(7) Forbrukerforhold: En forbruker som har inngått avtale med en næringsdrivende om varer eller tjenester til personlig bruk, kan anlegge sak mot den næringsdrivende ved sitt alminnelige verneting. Dette gjelder ikke hvis forbrukeren personlig har møtt opp og inngått avtalen på den næringsdrivendes faste forretningssted.

(8) Saker mot staten og fylkeskommuner: Søksmål mot staten kan anlegges ved saksøkerens alminnelige verneting. Søksmål mot fylkeskommuner kan anlegges ved den domstol i fylket der saksøkeren har sitt alminnelige verneting.

(9) Saker mot forsikringsselskaper: Søksmål mot forsikringsselskaper om forsikringsutbetaling kan anlegges ved saksøkerens alminnelige verneting.

#### § 4-5 Avtalt verneting

(1) Søksmål kan anlegges ved den domstol som partene har avtalt. En slik avtale kan enten avskjære eller komme i tillegg til de verneting som følger av §§ 4-2 til 4-4.

(2) En avtale som utvider eller begrenser norske domstolars internasjonale kompetanse må være skriftlig.

(3) En avtale mellom en forbruker og en næringsdrivende som begrenser søksmålsadgangen utover det som følger av § 4-3 og § 4-4, må inngås skriftlig. En avtale inngått før tvisten oppsto er ikke bindende for forbrukeren.

#### § 4-6 Behandling av vernetings spørsmålet. Overføring

(1) Er søksmål reist ved en domstol som ikke har stedlig domsmyndighet, skal domstolen henvisе saken til en stedlig kompetent domstol. Er det flere stedlig kompetente domstoler, kan saksøkeren velge hvilken domstol saken skal henvises til.

(2) For overføring av sak til annen domstol gjelder domstolloven § 38.

(3) Hvis ingen norske domstoler har stedlig domsmyndighet, skal saken avvises.

### 5. kapittel. Grunnlaget for rettens avgjørelser, veiledning og saksstyring

#### § 5-1 Grunnlaget for rettens avgjørelser

(1) Avgjørelser etter hovedforhandling, ankeforhandling og rettsmøte i småkravsprosess treffes på grunnlag av behandlingen i rettsmøtet. Skriftlige innlegg inngår i avgjørelsesgrunnlaget bare i den utstrekning dette er bestemt i loven.

(2) Andre avgjørelser treffes på grunnlag av sakens dokumenter og behandlingen i rettsmøter.

(3) Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag eller legge til grunn en rettsanvendelse partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Retten må i tilfelle gi partene veiledning etter § 5-4 og om nødvendig fortsette behandlingen etter § 9-18(2).

#### § 5-2 Rettens forhold til partenes prosesshandlinger

(1) Retten kan bare avgjøre de krav som er reist i saken. Avgjørelsen må ligge innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt, og retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt. Påstandsgrunnlagene er de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på.

(2) Retten kan bare bygge avgjørelsen på de bevis som er ført. Retten kan av eget tiltak bare innhente og føre bevis når dette er særlig bestemt. Retten er ikke bundet av partenes argumentasjon om bevisspørsmål.

(3) Retten skal, innen de rammer som følger av (1), av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler. Den skal i samsvar med § 1-1 sørge for et betryggende avgjørelsesgrunnlag for rettsanvendelsen. Dersom rettsanvendelsen ikke fullt forsvarlig kan belyses på annen måte, kan retten bestemme at det skal føres bevis om rettsspørsmål, eller tillate partene å føre slike bevis. Retten bestemmer omfanget av bevisføringen og hvordan den skal gjennomføres. Juridiske utredninger foranlediget av saken, kan bare fremlegges som bevis med de øvrige parter samtykke.

#### § 5-3 Unntak hvor partenes rådighet er begrenset

I saker om personstatus, barns rettsforhold etter barnelova, administrative tvangsvedtak etter kapittel 33 og i andre saker hvor offentlige hensyn nødvendiggjør begrensninger i partenes rådighet i søksmålet, er retten ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn. Retten kan likevel bare avgjøre de krav som er reist i saken.

#### § 5-4 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 § 22-1.

(2) Retten skal virke for at tvistesporsmål blir klarlagt, at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort, og at det blir skaffet til veie et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen.

(3) Retten kan oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken og til å tilby bevis.

(4) Retten skal under sakens gang ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning.

(5) Retten må utøve sin veiledning på en måte som ikke svekker tilliten til at den er upartisk. Retten kan ikke gi partene råd om hvilket standpunkt de bør innta til tvistesporsmål i saken, eller hvilke prosesshandlinger de bør foreta.

#### § 5-5 Rettens plikt til aktiv saksstyring

(1) Retten skal legge en plan for behandlingen av saken og følge den opp slik at saken effektivt og forsvarlig kan bringes til avslutning.

(2) Retten kan sette frister for prosesshandlinger etter reglene i domstolloven § 140 og kapittel 8 og ellers treffe de avgjørelser som er nødvendige for behandlingen.

(3) I enhver sak skal en forberedende dommer ha ansvaret for saksstyringen.

(4) I rettsmøter og rådslagninger hvor retten har flere medlemmer, foretar rettsformannen saksstyringen som leder av forhandlingene etter domstolloven § 123.

#### § 5-6 Reaksjon ved manglende saksstyring

(1) Domstollederen skal påse at plikten til aktiv saksstyring etter § 5-5 følges opp, og skal gi de nødvendige pålegg for at mangler ved unnlatt eller for sen saksstyring rettes. En part kan kreve at domstollederen griper inn.

(2) Ved vesentlig tilsidesettelse av plikter etter § 5-5, skal domstollederen overføre saken til en annen dommer eller overta den selv, dersom det er nødvendig av hensyn til en forsvarlig videre behandling.

(3) Domstollederens beslutning kan ankes. Ankedomstolen har samme adgang til å treffe bestemmelser om saksstyringen som domstollederen har etter (1) og (2), og kan dessuten overføre saken til en annen domstol.

(4) Er domstollederen forberedende dommer eller inhabil av andre grunner, avgjøres krav etter (1) av overordnet domstol. Det samme gjelder på begjæring fra en part hvis domstollederen ikke har truffet noen avgjørelse innen én måned etter at krav etter (1) ble fremsatt. Reglene om anke over beslutning etter (3) gjelder tilsvarende.

### Annen del – Plikter før sak reises. Mekling og rettsmekling

#### 6. kapittel. Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling I Allment

##### § 6-1 Virkeområdet

Kapitlet gjelder for behandlingen av rettslige tvister før sak reises for tingretten etter kapittel 9 eller 10.

#### II Generelle plikter for partene

##### § 6-2 Varsel om krav og grunnlag for kravet

(1) Før sak reises, skal parten skriftlig varsle den det er aktuelt å reise sak mot. Varslet skal opp-

lyse om det krav som kan bli fremmet og grunnlaget for det. Varslet skal oppfordre den annen part til å ta stilling til kravet og grunnlaget.

(2) Den som mottar varslet skal innen rimelig tid ta stilling til kravet og grunnlaget. Bestrides kravet helt eller delvis, skal parten angi grunnlaget for dette. Mener parten på sin side å ha krav mot den som har gitt varslet, skal han samtidig varsle om sitt krav og grunnlaget for det og oppfordre den annen til å ta stilling til dette.

#### § 6-3 Plikt til å opplyse om bevis

Den som varsler om et krav eller bestrider et varslet krav, plikter samtidig å opplyse om viktige dokumenter eller andre bevis som han selv kjenner til, og som han ikke kan regne med at den annen part er kjent med. Dette gjelder uansett om beviset er til støtte for ham selv eller for den annen part.

#### § 6-3 A Klarlegging av krav, grunnlag og de faktiske forhold på særlige rettsområder

##### *Mindretallet:*

For bestemte typer krav kan Kongen ved forskrift nærmere fastsette de plikter partene har til å klarlegge kravet og det faktiske grunnlaget for det.

#### § 6-4 Forsøk på minnelig løsning

Partene skal forsøke å løse tvisten i minnelighet før sak reises, eventuelt gjennom mekling for forlikrådet, ved utenrettslig mekling eller ved at tvisten bringes inn for en utenrettslig tvisteløsningsnemnd.

### III Utenrettslig mekling

#### § 6-5 Avtale om utenrettslig mekling

(1) Partene kan i tvist som er oppstått, avtale utenrettslig mekling etter tvisteloven. Avtalen skal være skriftlig og angi at tvistelovens regler om utenrettslig mekling skal anvendes.

(2) Partene kan når som helst kreve meklingen avsluttet.

#### § 6-6 Mekleren

(1) Partene kan avtale hvem som skal være mekler eller hvordan mekleren skal oppnevnes. På anmodning fra partene skal tingretten oppnevne en mekler fra rettens utvalg av rettsmeklere. Anmodningen skal være skriftlig og signert av begge par-

ter. Den skal opplyse om hva tvisten gjelder. Avslår retten å oppnevne en mekler, kan partene i fellesskap anke beslutningen. § 11-3(3) gjelder ikke.

(2) Med samtykke av partene kan mekleren benytte en hjelper. Partene kan kreve at retten oppnevner også hjelperen, som ikke behøver å tas fra rettens utvalg av rettsmeklere.

(3) Mekler og hjelper kan som vilkår for å delta i den utenrettslige meklingen kreve forskudd eller sikkerhet for sitt krav på godtgjørelse etter § 6-8. For mekler og hjelper som oppnevnes av retten, gis nærmere regler ved forskrift.

#### § 6-7 Gjennomføringen av meklingen

(1) Parten skal delta i meklingen selv eller være representert ved en person med fullmakt til å inngå avtale om minnelig løsning.

(2) Mekleren skal følge partenes avtale om fremgangsmåten for meklingen, så langt det gir en forsvarlig behandling.

(3) I mangel av avtale om fremgangsmåten bestemmer mekleren denne i samråd med partene. Det kan holdes møter med partene hver for seg eller samlet. Mekleren skal opptre upartisk og virke for en minnelig løsning. Mekleren kan fremsette forslag til løsning, og gi uttrykk for styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.

(4) Det skal føres en protokoll over meklingen som viser hvem som deltar. Avgis det forklaring fra utenforstående, skal det angis hvem det er. En part som fremsetter et forlikstilbud kan kreve dette protokollert.

(5) Meklingen avsluttes ved at det inngås minnelig avtale, ved at mekleren erklærer at videre mekling anses uhensiktsmessig eller ved at en eller begge parter erklærer at de ikke ønsker fortsatt mekling. Det skal angis i protokollen at meklingen er avsluttet.

(6) § 7-6 om bevisforbud og taushetsplikt etter rettsmekling gjelder tilsvarende for utenrettslig mekling etter dette kapittel.

#### § 6-8 Meklerens godtgjørelse

(1) Mekleren og hjelperen har krav på godtgjørelse for sitt arbeid. Hvis ikke annet er avtalt, er partene ansvarlige for like deler av kravene på godtgjørelse.

(2) For mekler og hjelper som er oppnevnt av retten, kan det kreves at godtgjørelsen skal fastsettes av retten. Regler om godtgjørelse gis ved forskrift.

## **7. kapittel. Mekling og rettsmekling i de alminnelige domstolene**

### **I Minnelig løsning og mekling**

#### *§ 7-1 Minnelig løsning av tvister for domstolene*

(1) Retten skal på et hvert trinn av saken ha for øye muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler i mot en slik løsning.

(2) For forlikrådet skjer dette gjennom mekling etter reglene i § 8-8.

#### *§ 7-2 Mekling*

(1) Mekling foregår ved at retten i rettsmøte eller ved annen kontakt med partene søker å legge grunnlaget for en minnelig ordning. Retten skal under mekling ikke holde møter med hver part separat eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle involverte parter. Retten kan ikke fremsette forslag til løsning, gi råd eller gi uttrykk for synspunkter som kan svekke rettens uhildethet.

(2) Kommer partene til enighet, kan forliket inngås som rettsforlik etter § 7-8.

## **II Rettsmekling**

#### *§ 7-3 Rettsmekling*

(1) Retten kan beslutte at det i stedet for eller i tillegg til mekling etter § 7-2 skal foretas rettsmekling etter §§ 7-4 til 7-6.

(2) Ved avgjørelsen legges det vekt på partenes holdning til rettsmekling og mulighetene for å oppnå et forlik eller en forenkling i saken. Det legges videre vekt på om ulikt styrkeforhold mellom partene, omkostningene ved rettsmekling, tidligere meklingsforsøk eller andre forhold gjør rettsmekling betenkelig.

#### *§ 7-4 Rettsmekleren*

(1) Rettsmekler kan være forberedende dommer i saken, en av domstolens øvrige dommere eller en person fra utvalget for rettsmeklere for domstolen. Retten kan med samtykke av partene oppnevne rettsmekler utenfor utvalget etter (4). Med samtykke av partene kan retten også oppnevne en hjelper for rettsmekleren.

(2) For rettsmeklere og hjelpere gjelder samme krav til habilitet som for dommere. En oppnevning av rettsmekler eller av hjelper kan ankes på grunnlag av inhabilitet.

(3) En rettsmekler eller hjelper som ikke er dommer ved domstolen, skal ha en godtgjørelse som fastsettes av retten. Godtgjørelsen fastsettes etter satsene for fri sakførsel med mindre retten, rettsmekleren eller hjelperen og partene er blitt enige om noe annet. Nærmere regler om godtgjørelsen gis ved forskrift.

(4) Domstollederen skal sette opp et utvalg av rettsmeklere. Domstoler kan ha felles utvalg. Utvalget skal søkes sammensatt slik at den fagkyndighet som trengs ved rettsmekling for domstolen er dekket, og at rettsmeklerne i utvalget har de personlige egenskaper som er nødvendig. Plikten til å sette opp utvalg av rettsmeklere gjelder ikke for Høyesterett.

#### *§ 7-5 Saksbehandlingen ved rettsmekling*

(1) Rettsmeklingen foregår utenfor rettsmøter. Rettsmekleren bestemmer fremgangsmåten i samråd med partene. Det kan holdes møter med partene hver for seg eller samlet.

(2) Partene skal møte selv eller med prosessfullmektig under rettsmeklingen.

(3) Rettsmekleren skal opptre upartisk og virke for en minnelig løsning. Rettsmekleren kan fremsette forslag til løsning og gi uttrykk for styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.

(4) Rettsmekleren bestemmer om, og i tilfelle i hvilket omfang, bevisføring skal skje under rettsmeklingen. Bevisføring finner ikke sted uten samtykke av partene og den som i tilfelle skal fremlegge bevis eller gi forklaring.

(5) Rettsmekleren fører en protokoll for meklingen som skal angi retten, tid og sted for meklingsmøtet, sakens nummer, mekler, partenes og prosessfullmektigenes navn, om partene møter personlig og eventuelt hvem som møter for dem. Det skal angis om det er avhørt vitner eller sakkyndige, og hvem det er. En part som fremsetter et forlikstilbud kan kreve dette protokollert. Protokollen inngår i sakens dokumenter.

(6) Kommer partene til enighet, kan forliket inngås som rettsforlik etter reglene i § 7-9.

#### *§ 7-6 Bevisforbud og taushetsplikt*

(1) Partene kan ikke i saken eller i andre saker gi forklaring om det som kom frem under rettsmeklingen. De er likevel ikke avskåret fra å gi opplysninger om konkrete bevis som det ble opplyst om, og som ikke er kommet frem på annen måte, eller om forslag til minnelig løsning som er protokollert etter § 7-5(5). De skal i annen sammenheng

bevare taushet om forhold som ble meddelt under forutsetning om taushet.

(2) Rettsmeklere og andre enn dem som omfattes av (1), plikter å bevare taushet om det som foregikk under rettsmeklingen. De kan likevel forklare seg om en inngått avtale er i samsvar med det partene var enige om under rettsmeklingen.

#### § 7-7 Videre saksbehandling hvis enighet ikke oppnås

(1) Dersom saken ikke avsluttes under meklingen, fortsetter behandlingen ved domstolen. Retten skal så langt mulig søke å unngå at forgjeves rettsmekling forsinker fremdriften i saken.

(2) En dommer som har vært rettsmekler i saken, kan ikke delta i den videre behandling av saken. Domstolloven § 109 gjelder tilsvarende.

### III Rettsforlik

#### § 7-8 Inngåelse av rettsforlik

(1) Rettsforlik føres inn i rettsboka.

(2) Rettsforliket skal signeres av partene og rettens medlemmer.

(3) Har forliket ikke bestemmelser om saksomkostningsavgjørelsen, skal retten på begjæring fra partene avgjøre spørsmålet etter skjønn.

(4) Retten påser at forliket nøyaktig angir det partene er enige om, og at det ikke er i strid med offentlige hensyn som begrenser partenes rådgighet i søksmålet, jf. § 5-3. Skal forliket kunne fullbyrdes, påser retten at det blir fastsatt oppfyllelsesfrist. Partene skal, før inngåelsen, orienteres om virkningen av rettsforlik, jf. § 5-4(1).

#### § 7-9 Rettsforlik ved rettsmekling

(1) Når det inngås rettsforlik under rettsmekling, skal forliket føres inn i protokollen for meklingsmøtet.

(2) § 7-8(2) og (3) gjelder tilsvarende. Rettsmekleren skal signere forliket og foreta kontroll etter § 7-8(4).

#### § 7-10 Virkninger av rettsforlik. Adgang til å sette rettsforlik til side

(1) Rettsforlik har rettskraftvirkning etter § 21-13.

(2) Rettsforlik kan ved dom kjennes ugyldig eller endres etter de samme regler som gjelder for ugyldighet og endring av utenrettslige avtaler.

(3) Søksmål etter (2) reises ved tingrett. I slik

sak kan det kravet forliket gjelder bringes inn for pådømmelse etter reglene i § 15-4.

(4) Søksmål må reises innen seks måneder fra parten ble kjent med det forhold ugyldighet er begrunnet med eller burde skaffet seg kunnskap om dette. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av denne fristen etter reglene i kapittel 22. Etter ti år fra inngåelsen av rettsforliket kan det ikke reises søksmål om gyldigheten basert på forhold som forelå da forliket ble inngått.

### 8. kapittel. Behandling i forlikrådet

#### § 8-1 Forlikrådets oppgaver. Behandlingsreglene

(1) Den som vil reise sak, kan bringe saken inn for forlikrådet.

(2) Behandlingen i forlikrådet skal legge til rette for at partene ved mekling eller dom får løst saken enkelt, hurtig og billig.

(3) Reglene for allmennprosess i lovens første, femte og sjette del gjelder for forlikrådet så langt de passer og ikke annet er bestemt i dette kapittel.

#### § 8-2 Saker som behandles av forlikrådet

Forlikrådet behandler saker som kan anlegges ved stevning til tingretten etter reglene for allmennprosess eller småkravprosess i denne loven. Forlikrådet behandler likevel ikke

- (a) familiesaker, unntatt saker som bare gjelder det økonomiske oppgjøret ved samlivsbrudd,
- (b) saker mot offentlig myndighet, institusjon eller tjenestemann om forhold som ikke er av utelukkende privatrettslig art,
- (c) saker om gyldigheten av en voldgiftsdom eller et rettsforlik,
- (d) saker avgjort av en nemnd når det er bestemt ved lov at nemndas vedtak er bindende for partene hvis saken ikke bringes inn for domstolene, eller
- (e) andre saker hvor det er særlig bestemt at mekling i forlikrådet ikke finner sted.

#### § 8-3 Forliksklage

(1) Sak for forlikrådet reises ved forliksklage. Forliksklagen inngis skriftlig eller muntlig til forlikrådet etter reglene i kapittel 16.

(2) Forliksklagen skal angi

- (a) forlikrådet,
- (b) navn og adresse på parter, eventuelle lovlige stedfortredere etter § 2-3 og prosessfullmektiger,
- (c) det krav som gjøres gjeldende og en påstand

som bestemt angir det resultat klageren i tilfelle krever ved dom, og

(d) en kort begrunnelse for kravet.

(3) Kopi av dokumenter kravet direkte bygger på, bør vedlegges. Hvis klageren krever erstatning for omkostninger ved utenrettslig inndrivelse, skal betalingsoppfordringen etter inkassoloven § 10, jf. § 12 vedlegges.

(4) Hvis forliksrådet ikke har adgang til å behandle saken, avvises klagen. Feil som kan avhjelpest, skal klageren først gis adgang til å rette etter § 22-1. En klage som er inngitt til feil forliksråd etter reglene i kapittel 4, henvises til rett forliksråd etter § 4-6.

#### § 8-4 Tilsvaret

(1) Hvis forliksrådet fremmer saken, forkynnes klagen for klagemotparten med pålegg om å inngi tilsvaret innen en frist som normalt settes til to uker. Tilsvaret inngis skriftlig eller muntlig etter reglene i kapittel 16. Forliksrådet skal gi nødvendig veiledning om hva tilsvaret må inneholde og konsekvensene av at tilsvaret ikke avgis innen fristen, eller er mangelfullt.

(2) I tilsvaret skal klagemotparten opplyse om kravet i klagen godtas eller bestrides, om han krever innkalt til mekling selv om kravet godtas, eller om han har innsigelser mot at forliksrådet behandler saken. Tilsvaret bør dessuten angi en kort begrunnelse for klagemotpartens standpunkt hvis kravet bestrides. Kopi av viktige dokumenter bør vedlegges.

(3) Hvis tilsvaret ikke inngis i rett tid, og det ikke er grunn til å tro at klagemotparten har gyldig forfall etter § 22-8(2), avvises forfallsdom hvis vilkårene er til stede. Er det grunn til å tro at klagemotparten har gyldig forfall, gis enten ny frist eller innkalles til møte.

(4) Hvis klagemotparten i tilsvaret har godkjent påstanden i klagen uten å kreve innkalt til mekling, avvises dom i samsvar med dette

#### § 8-5 Innkalling til møte

(1) Forliksrådet innkaller partene til møte til behandling av saken i henhold til § 17-2. Møtet skal holdes innen tre måneder etter at klagen ble inngitt.

(2) I innkallingen skal partene oppfordres til å sende kopi av eventuelle nye dokumenter til forliksrådet og motparten innen en uke før møtet. Partene skal gjøres særskilt kjent med fristen på en uke for å varsle om bevisføring etter § 8-8(4), for å varsle om bruk av advokat etter § 8-7(5) og for å kreve behandlingen innstilt etter § 8-11(2).

#### § 8-6 Partenes møteplikt

(1) En part med alminnelig verneting i kommunen eller en nabokommune og som ikke har gyldig forfall, har plikt til å møte personlig eller ved lovlig stedfortreder etter § 2-3. En part i sak som gjelder personlig drevet næringsvirksomhet kan i stedet møte med en av sine ansatte. I sak hvor det er innkalt til mekling selv om klagemotparten har godtatt klagerens påstand, har partene ikke plikt til å møte personlig.

(2) En part som ikke har plikt til å møte personlig etter (1), må møte ved en prosessfullmektig.

(3) Uteblir klageren uten at det er grunn til å tro at dette skyldes gyldig forfall, avvises saken. Er det klagemotparten som uteblir, avvises forfallsdom hvis vilkårene er oppfylt. Er vilkårene for avvisning eller forfallsdom ikke oppfylt, utsettes saken til nytt møte med mindre den møtende part krever behandlingen innstilt.

#### § 8-7 Prosessfullmektiger og medhjelpere

##### Flertallet:

(1) Som prosessfullmektig for forliksrådet kan partene bruke

- (a) advokat,
- (b) rettshjelper etter domstoloven § 218 annet ledd nr. 1 til 3,
- (c) inkassobevillingshaver med inkassooppdrag for saken,
- (d) ektefelle eller samboer, slektning i rett opp- eller nedstigende linje eller søsken,
- (e) ansatt eller annen person med tilknytning til næringsvirksomhet saken gjelder, eller
- (f) en skikket myndig person etter tillatelse fra forliksrådet i den enkelte sak.

(2) Som prosessfullmektig under møte kan partene dessuten bruke

- (a) en myndig person som er ansatt hos og står under faglig ledelse av en prosessfullmektig etter (1) (a) til (c), eller
- (b) en person i forliksrådets utvalg for faste møtefullmektiger etter (6).

(3) Som prosessfullmektig for forliksrådet kan ikke brukes en person som

- (a) utfører arbeid eller verv for forliksrådet, eller
- (b) driver ervervsmessig eller stadig rettshjelps- virksomhet uten å være omfattet av (1) eller (2).

(4) Som rettslig medhjelper under møte i forliksrådet kan parten la seg bistå av en som kan være prosessfullmektig.

(5) En part som vil møte med advokat som prosessfullmektig, medhjelper eller lovlig stedfortre-

der, må gi motparten og forlikrådet melding om dette senest en uke før møtet. I så fall kan motparten møte med advokat uten særskilt varsel.

(6) Ved hvert forlikråd skal det være et utvalg av faste møtefullmektiger. Det kan opprettes felles utvalg for flere forlikråd. Utvalget oppnevnes av kommunen for en periode på fire år etter forslag fra forlikrådets leder. Nærmere regler om antall møtefullmektiger, deres kvalifikasjoner og godtgjørelse mv. gis ved forskrift.

*Mindretallet:*

(1) Som prosessfullmektig under saksforberedelsen for forlikrådet kan partene bruke

- (a) advokat,
- (b) rettshjelper etter domstolloven § 218 annet ledd nr. 1 til 3,
- (c) inkassobevillingshaver med inkassooppdrag for saken,
- (d) ektefelle eller samboer, slektning i rett opp- eller nedstigende linje eller søsken,
- (e) ansatt eller annen person med tilknytning til næringsvirksomhet saken gjelder, eller
- (f) en skikket myndig person etter tillatelse fra forlikrådet i den enkelte sak.

(2) Som prosessfullmektig eller rettslig medhjelper under møte i forlikrådet kan partene bruke

- (a) en person som er nevnt i (1)(d) til (f), eller
- (b) en person i forlikrådets utvalg for faste møtefullmektiger etter (3).

(3) Ved hvert forlikråd skal det være et utvalg av faste møtefullmektiger. Det kan opprettes felles utvalg for flere forlikråd. Utvalget oppnevnes av kommunen for en periode på fire år etter forslag fra forlikrådets leder. Nærmere regler om antall møtefullmektiger, deres kvalifikasjoner og godtgjørelse mv. gis ved forskrift.

*§ 8-8 Sakens behandling i møte*

(1) Forlikrådet skal ved mekling forsøke å få tvisten løst i minnelighet i samsvar med formålet med forlikrådsbehandling etter § 8-1(2). § 7-2 gjelder tilsvarende. Hvis forlikrådet ikke skal dømme i saken, kan rådet fremsette forslag til løsning og gi uttrykk for synspunkter på tvisten uten begrensningene i § 7-2(1) tredje punktum.

(2) Partene skal gis anledning til å fremstille sitt syn på saken og imøtegå motpartens syn. Forlikrådet avgjør om fullmektig eller medhjelper for møtende part skal gis ordet i tillegg til parten.

(3) Dokumenter gjennomgås under partenes saksfremstilling. Fremlegger en part nye dokumentbevis i møtet, skal motparten gis anledning til å vurdere og imøtegå materialet. Om nødvendig må saken utsettes etter (7).

(4) Annen bevisføring kan med forlikrådets tillatelse finne sted når det anses å være av vesentlig betydning og ikke vil forsinke saken for sterkt. Forlikrådet kan ikke oppnevne sakkyndig eller pålegge noen å møte som vitne eller gi tilgang til bevis. En part som ønsker å føre vitner som møter frivillig, eller at det skal foretas åstedsbefaring eller annen bevisundersøkelse, må varsle motparten og forlikrådet om dette senest en uke før møtet.

(5) Parter og vitner avgir ikke forsikring, men skal oppfordres til å forklare seg sannferdig og gjøres kjent med ansvaret ved falsk forklaring.

(6) Kommer partene til enighet, kan rettsforlik inngås etter reglene i § 7-8. Antar forlikrådet at det kan være grunnlag for å avsi dom i saken etter § 8-10(2) spørres partene om de ønsker dette, og om de i tilfelle har noe ytterligere å anføre.

(7) Saken søkes ferdig behandlet i første rettsmøte. Utsettelse beslattes bare dersom det er grunn til å tro at fortsatt behandling vil lede til at saken blir avgjort i forlikrådet.

*§ 8-9 Offentlighet, innsynsrett og rettsbok*

(1) Forlikrådets møter er offentlige i den utstrekning det er bestemt i domstolloven kapittel 7. Hvis forlikrådet ikke skal dømme i saken, kan meklingen gjennomføres for lukkede dører hvis begge parter ber om det.

(2) Partene og allmennheten har rett til innsyn i forlikrådets saksdokumenter i den utstrekning det følger av kapittel 18.

(3) Rettsboka fra forlikrådets møte skal inneholde det som er bestemt i § 17-8.

*§ 8-10 Forlikrådets adgang til å avsi dom*

*Flertallet:*

(1) Forlikrådet kan avsi dom hvis begge parter samtykker.

(2) Etter begjæring fra klageren kan forlikrådet avsi dom hvis

- (a) vilkårene for forfallsdom er oppfylt, eller
- (b) klagemotparten i sak om pengekrav ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser.

(3) Forlikrådet kan bare avsi dom hvis medlemmene er enige om at grunnlaget er tilstrekkelig og om resultatet.

*Mindretallet:*

(1) Forlikrådet kan avsi dom hvis begge parter samtykker.

(2) Etter begjæring fra en part kan forlikrådet avsi dom hvis

- (a) vilkårene for forfallsdom er oppfylt,

(b) klagemotparten i sak om pengekrav ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser, eller

(c) saken gjelder formuesverdier hvor tvistesummen er under 2 G.

(3) Forliksrådet kan bare avsi dom hvis medlemmene er enige om at grunnlaget er tilstrekkelig.

#### § 8-11 Innstilling av saken

(1) Forliksrådet kan innstille behandlingen av saken uten å innkalle til møte hvis det etter tilsvaret finnes åpenbart at saken ikke egner seg for behandling i forliksrådet.

(2) Forliksrådet skal innstille behandlingen hvis klagemotparten senest en uke før rettsmøtet krever det

(a) i sak som innbringes for en nemnd etter § 8-2(1)(d), eller

(b) i sak anlagt av kommunen i forliksrådskretsen.

(3) Etter forgjeves mekling innstilles saken dersom forliksrådet ikke skal avsi dom. Hver av partene kan kreve behandlingen av saken innstilt hvis forlik ikke er oppnådd eller saken opptatt til doms innen tre timer.

(4) Hvis saken ikke er avsluttet innen seks måneder etter at forliksklagen ble inngitt, kan hver av partene bringe saken inn for tingrett ved stevning. I så fall innstilles behandlingen i forliksrådet.

(5) En sak som er innstilt, kan ikke på ny bringes inn for forliksrådet uten at motparten på forhånd har samtykket.

#### § 8-12 Forliksrådets avgjørelser

(1) Alle avgjørelser som ikke er dommer i henhold til § 21-1(1)(a), treffes ved beslutning.

(2) Utenom møter treffer forliksrådets leder de avgjørelser om saksbehandlingen som kan treffes av forberedende dommer etter § 21-2(2). Hvis det ikke er tvil om avgjørelsen, kan forliksrådets leder dessuten avsi dom etter § 8-4(3) og (4).

(3) I saker hvor det er tvist, skal dommen begrunnes. I begrunnelsen skal forliksrådet kort forklare hva saken gjelder, gjengi partenes påstander og redegjøre for de momenter forliksrådet har lagt avgjørende vekt på ved avgjørelsen. Det er ikke nødvendig å gjengi partenes påstander hvis disse er inntatt i rettsbok fra møtet som sendes ut sammen med dommen.

(4) Beslutninger som avslutter saken, skal henvises til den lovbestemmelse avgjørelsen bygger på.

(5) Dommen skal avsies innen en uke etter at saken er tatt opp til doms.

#### § 8-13 Saksomkostninger

##### Flertallet:

(1) Erstatning for saksomkostninger i forliksrådet gis bare for følgende poster:

(a) rettsgebyret,

(b) reiseutgifter for parter med personlig møteplikt,

(c) et beløp inntil halvt rettsgebyr for hver møtedag for utgifter til møte for parter uten personlig møteplikt, og

(d) et beløp inntil fire ganger rettsgebyret for retts hjelp ved forliksklage eller tilsvaret og saksforberedelse ellers, men inntil rettsgebyret dersom klageren i tillegg krever erstatning for omkostninger ved utenrettslig inndrivelse etter (3).

(2) Krav om erstatning fra det offentlige etter § 23-12 for feil ved behandlingen i forliksrådet, fremsettes for tingretten. Kravet rettes mot kommunen.

(3) Krav om erstatning for omkostninger ved utenrettslig inndrivelse (inkasso) regnes ikke som saksomkostninger etter denne paragrafen.

##### Mindretallet:

(1) Erstatning for saksomkostninger i forliksrådet gis bare for følgende poster:

(a) rettsgebyret,

(b) reiseutgifter for parter med personlig møteplikt,

(c) et beløp til å dekke bistand fra rettshjelper begrenset oppad til G/10, og

(d) et beløp inntil fire ganger rettsgebyret for retts hjelp ved forliksklage eller tilsvaret og saksforberedelse ellers, men inntil rettsgebyret dersom klageren i tillegg krever erstatning for omkostninger ved utenrettslig inndrivelse etter (3).

(2) Krav om erstatning fra det offentlige etter § 23-12 for feil ved behandlingen i forliksrådet, fremsettes for tingretten. Kravet rettes mot kommunen.

(3) Krav om erstatning for omkostninger ved utenrettslig inndrivelse (inkasso) regnes ikke som saksomkostninger etter denne paragrafen.

#### § 8-14 Rettsmidler mot forliksrådets avgjørelser

(1) Dommer av forliksrådet kan overprøves ved søksmål for tingretten etter reglene i kapittel 9 og 10. Fristen for stevning er én måned. Det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen. Om forenklet stevning gjelder § 9-2 (4).

(2) Anke er kun tillatt over avgjørelser om

(a) saksomkostninger, rettsgebyr eller salærfastsettelse, eller



(b) endring av en dom i videre utstrekning enn § 21-8 eller § 21-9 tillater.

(3) Anken inngis til tingretten og behandles etter reglene for anke til lagmannsrett over kjennelser. (1) tredje punktum om forenklet utforming gjelder tilsvarende for ankeerklæringen. Tingretten skal treffe ny realitetsavgjørelse for det som overprøves i anken.

(4) Det kan ikke begjæres oppfriskning mot forsømmelser i forliksrådet.

(5) Dommer av forliksrådet kan gjenåpnes ved begjæring til tingretten etter reglene i kapittel 13.

## Tredje del – Behandlingen i første instans

### 9. kapittel. Allmennprosess

#### I Allment

*§ 9-1 Virkeområdet. Tingretten og lagmannsretten som førsteinstans*

(1) Kapitlet gjelder for behandlingen i tingretten og for behandlingen i lagmannsretten hvor lagmannsretten er førsteinstans.

(2) Tingretten er den ordinære første rettsinstans i saker som reises for domstolene, eventuelt etter at saken har vært behandlet i forliksrådet.

(3) Lagmannsretten behandler saker som førsteinstans hvor det er særskilt bestemt.

#### II Saksforberedelsen

*§ 9-2 Sak reises. Stevningen*

(1) Sak reises ved stevning til retten. Stevningen inngis skriftlig eller muntlig etter § 16-1(2).

(2) Stevningen skal angi

- (a) domstolen,
- (b) navn og adresse på parter, lovlige stedfortrettere og prosessfullmektiger,
- (c) det krav som gjøres gjeldende og en påstand som angir det domsresultat saksøkeren krever,
- (d) den faktiske og rettslige begrunnelse for kravet,
- (e) de bevis som vil bli ført,
- (f) grunnlaget for at retten kan behandle saken dersom det kan være tvil om dette, og
- (g) saksøkerens syn på den videre behandling av saken, herunder avtaler som kan få betydning for behandlingen.

(3) Stevningen skal gi grunnlag for en forsvarlig behandling av saken for partene og retten. Krav, påstand samt faktisk og rettslig begrunnelse skal være slik angitt at saksøkte kan ta stilling til kravene og til å forberede saken. Saksøkerens argu-

mentasjon skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta disse hensyn. Stevningen skal gi retten grunnlag for å vurdere sin domsmyndighet og gi de nødvendige opplysninger for å få den forkynt og for å få kontaktet partene.

(4) Reises sak for å få overprøvd vedtak fra nemnd som får virkning som dom hvis det ikke bringes inn for domstolene, eller for å få overprøvd dom i forliksrådet, er det tilstrekkelig å oversende avgjørelsen til retten og angi at den ønskes overprøvd, den endring som kreves og hva som menes å være feil ved avgjørelsen. Retten skal innhente dokumentene fra den instans som har truffet avgjørelsen. For nemndsavgjørelser som retten prøver etter kapittel 33, gjelder § 33-2(1) for hvordan sak reises.

*§ 9-3 Skriftlig tilsva*

(1) Hvis ikke retten bestemmer at tilsva skal avgis i rettsmøte etter § 9-5, skal saksøkte gi skriftlig tilsva eller et muntlig tilsva som retten setter opp skriftlig, jf. § 16-1(2). Retten skal fastsette en frist, som normalt bør være 3 uker, for saksøkte til å inngi eller få satt opp tilsvaret. Retten skal gi nødvendig veiledning om hva tilsvaret må inneholde og konsekvensene av at tilsva ikke avgis innen fristen eller er mangelfullt.

(2) I tilsvaret skal saksøkte opplyse om det krav som er fremsatt godtas eller bestrides, eller om det gjøres gjeldende innsigelser mot at retten behandler saken.

(3) Tilsvaret bør angi

- (a) saksøktes påstand som angir det domsresultat saksøkte krever,
- (b) den faktiske og rettslige begrunnelse for påstanden,
- (c) de bevis som vil bli ført, og
- (d) saksøktes syn på den videre behandling av saken.

(4) Saksøktes argumentasjonen skal ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å gi et tilstrekkelig grunnlag for den videre saksforberedelse.

*§ 9-4 Saksstyring. Plan for den videre behandling*

(1) Retten skal aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling.

(2) Straks tilsva er inngitt etter § 9-3, skal retten drøfte med partene en plan for den videre behandlingen, herunder fastsette frister og treffe nødvendige beslutninger. Dette omfatter

- (a) om det bør gjennomføres rettsmekling eller bør mekles i rettsmøte,

- (b) om saken bør behandles etter særlige regler,
- (c) om rettsmøter skal holdes under saksforberedelsen og om saken kan avgjøres etter et slikt rettsmøte,
- (d) om det skal inngis skriftlige innlegg som en del av avgjørelsesgrunnlaget,
- (e) om behandlingen av saken bør deles opp,
- (f) gjennomgang av bevisføringen – herunder om det kreves tilgang til eller fremleggelse av bevis eller åstedsbefaring, om bevis skal sikres og om det bør oppnevnes sakkyndig,
- (g) om sluttinnlegg skal inngis,
- (h) berømmelse av hovedforhandling, som bare hvis særlige grunner gjør det nødvendig kan settes til et tidspunkt senere enn 6 måneder etter at stevning ble inngitt i saken,
- (i) om det skal være fagkyndige eller alminnelige meddommere, og
- (j) andre forhold av betydning for saksforberedelsen.

(3) Drøfting etter (2) skal skje i rettsmøte, som kan være et fjernmøte. Hvis sakens fremdrift tilsier det, eller drøfting i rettsmøte åpenbart er unødvendig, kan retten be om partenes skriftlige uttalelse eller få den nødvendige avklaring på annen måte.

#### § 9-5 Rettsmøter under saksforberedelsen

(1) Dersom det ikke er bestemt at det skal gis skriftlig tilsvare, skal tilsvare avgis i rettsmøte under saksforberedelsen som partene innkalles til etter § 17-2.

(2) I rettsmøtet oppfordres saksøkte til å ta stilling til krav og domsmyndighet for retten som angitt i § 9-3(2). Plan for den videre behandling av saken drøftes og fastsettes etter reglene i § 9-4.

(3) Dersom det er nødvendig eller hensiktsmessig for den videre saksforberedelse, kan det holdes andre rettsmøter enn etter (1) og § 9-4(3). Slike rettsmøter kan være fjernmøter. Skal retten under hovedforhandlingen settes med meddommere eller med mer enn én fagdommer, kan det besluttes at dette også skal gjelde rettsmøter under saksforberedelsen.

(4) Retten kan avsi dom etter forhandlinger i rettsmøte under saksforberedelsen om den har et forsvarlig grunnlag for det og partene har samtykket i slik behandling.

#### § 9-6 Uttalelser, innsigelser og avgjørelser om saksbehandlingen

(1) Partene skal gis adgang til å uttale seg om forhold av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen.

(2) En part må fremsette innsigelser mot prosesshandlinger så snart parten har mulighet for det. Fremsettes innsigelsen senere, kan den bare gjøres gjeldende hvis parten ikke var kjent med at det var grunnlag for å gjøre innsigelse og det vil være urimelig om den ikke kan påberopes.

(3) Avgjørelser om saksbehandlingen, herunder om saken skal avvises eller heves, skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen. Dersom sammenhengen med de krav som skal avgjøres i saken eller andre forhold tilsier det, kan saksbehandlingsspørsmålet behandles og avgjøres som ledd i hovedforhandlingen.

(4) Avgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen treffes etter skriftlig behandling. Muntlig forhandling holdes når hensynet til lovens formål om rettfærdig og forsvarlig behandling tilsier det. Den muntlige behandling kan begrenses til særlige spørsmål.

#### § 9-7 Avgjørelse ved enighet mellom partene

(1) Er partene enige om et krav, og enigheten er bindende for retten etter § 5-2, avgjøres kravet straks på dette grunnlag. Avgjørelsen av kravet kan utstå til øvrige avgjørelser i saken om ikke hensynet til noen av partene taler mot det og en slik utsettelse ellers er hensiktsmessig.

(2) Det er ikke til hinder for avgjørelse etter (1) at partene er uenige om saksomkostninger for behandlingen av kravet.

#### § 9-8 Forenklet domsbehandling

(1) Hvis det er klart at et krav som er fremmet ikke for noen del kan gis medhold, eller det er klart at innsigelsene mot kravet i sin helhet er uholdbare, kan retten etter begjæring avgjøre kravet ved dom etter forenklet domsbehandling. Retten behandler bare en begjæring om forenklet domsbehandling når den finner grunn til det. Rettens beslutninger om slik behandling kan ikke ankes.

(2) Forenklet domsbehandling kan finne sted når som helst under saksforberedelsen. § 9-6(4) får tilsvarende anvendelse.

(3) Dommen kan ankes etter reglene for ordinære dommer. Anken kan avgjøres etter § 11-12(2).

#### § 9-9 Behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag

(1) Sakens tvistegenstand avgjøres etter muntlig behandling ved hovedforhandling etter § 9-14, rettsmøte etter § 9-5(4) eller skriftlig behandling etter (2). I saker som skal avgjøres etter hovedfor-

handling, inngår skriftlige redegjørelser etter (3) og (4) i avgjørelsesgrunnlaget.

(2) Partene kan med rettens samtykke avtale at avgjørelsen skal treffes på grunnlag av skriftlig behandling eller av en kombinasjon av skriftlig behandling og rettsmøte. Samtykke kan bare gis hvor det vil gi en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling.

(3) Dersom saken reiser særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål, kan retten fastsette at partene skal inngi skriftlige redegjørelser for disse avgrensede spørsmålene. Slike skriftlige redegjørelser kan bare kreves hvis det er nødvendig for å få et vesentlig sikrere avgjørelsesgrunnlag og prosessøkonomiske hensyn ikke taler mot det. Det kan treffes nærmere bestemmelser om form og omfang av redegjørelsene. Hvis en part motsetter seg å gi skriftlig redegjørelse etter dette ledd, avgjøres spørsmålet ved kjennelse.

(4) Retten kan i saker med et uoversiktlig faktisk forhold pålegge saksøkeren å inngi en kortfattet kronologisk, eller annen systematisert, redegjørelse for det faktiske forhold eller deler av dette. Saksøkte plikter å gi et svar med angivelse av hvilke deler av den faktiske beskrivelse som aksepteres og hvilke deler som ikke godtas. For det siste skal saksøkte kort angi det faktiske forhold han mener er det riktige. Retten kan oppfordre partene til å samarbeide om redegjørelser etter denne bestemmelse.

#### § 9-10 Avsluttet saksforberedelse. Sluttinnlegg

(1) Saksforberedelsen avsluttes to uker før hovedforhandlingen med mindre retten fastsetter et annet tidspunkt. Etter avsluttet saksforberedelse kan ikke nye krav, utvidelse av påstanden, nye påstandsgrunnlag eller nye bevis fremsettes med mindre det er foranlediget av endringer i motpartens sluttinnlegg eller vilkårene ellers for endringer etter § 9-16 foreligger.

(2) Retten skal som regel kreve at partene innen avsluttet saksforberedelse inngir et sluttinnlegg. Sluttinnlegget skal kort angi den påstand, de påstandsgrunnlag og de rettsregler som påberopes og de bevis parten vil føre. Med sluttinnlegget skal følge forslag til fremdriftsplan for hovedforhandlingen, jf. § 9-11(2).

#### § 9-11 Forberedelse av hovedforhandlingen

(1) Retten innkaller partene til hovedforhandlingen, jf. § 17-2.

(2) Retten skal før hovedforhandlingen som

regel drøfte gjennomføringen av denne med partene. Blant annet skal retten klarlegge presentasjonsmåten av tvisten, tidspunkt og gjennomføringsmåte for forklaringer, spørsmål om åstedsbefaring og lengden av ulike innlegg under forhandlingene. Retten kan fastsette tidsrammer for partenes innlegg, partsforklaringer og annen bevisføring hvor det er forsvarlig og hensiktsmessig med tidsrammer.

### III Hovedforhandlingen

#### § 9-12 Rettens sammensetning under hovedforhandlingen

(1) I tillegg til fagdommeren eller fagdommerne settes retten under hovedforhandlingen med to meddommere dersom en av partene krever det eller retten finner det ønskelig.

(2) Meddommerne skal være fagkyndige om hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det.

(3) De fagkyndige meddommerne oppnevnes fra de fagkyndige meddommerutvalg eller utenfor utvalgene, slik at de har fagkyndighet tilpasset saken. Det kan oppnevnes meddommere med ulik fagkyndighet.

(4) Domstollederen i tingretten kan beslutte at retten under hovedforhandlingen skal settes med mer enn én fagdommer dersom

(a) saken reiser særlig kompliserte faktiske eller rettslige spørsmål, eller andre forhold tilsier det, eller

(b) partene har avtalt en slik behandling og etter avtalen har frafalt retten til anke og sakens tvis-tegjenstand ligger over grensen for anke til lagmannsrett etter § 11-13.

(5) Dersom tingretten skal settes med mer enn én fagdommer, deltar tre fagdommere. Skal det i tillegg til flere fagdommere i tingretten være med meddommere, settes retten med to fagdommere og tre meddommere. Dommerfullmektiger kan ikke delta i avgjørelsen av en sak som settes med mer enn én fagdommer. Er det færre faste fagdommere ved domstolen enn det antall som skal delta i behandlingen av saken, tilkaller domstolen en dommer etter reglene i domstolloven § 19 annet ledd. Domstollederen avgjør hvem som skal være rettens formann.

#### § 9-13 Stylingen av hovedforhandlingen

(1) Ved åpningen av hovedforhandlingen kontrollerer retten at det er lagt til rette for at forhandlingene kan foregå slik som fastsatt under saksfor-

beredelsen og slik hensiktsmessig saksavvikling tilsier.

(2) Retten skal sørge for at hovedforhandlingen skjer konsentrert og forsvarlig uten unødige tidsspille for retten, parter, vitner og sakkyndige. Forhandlinger om forhold som er uten betydning for saken skal nektes. Det samme gjelder unødige gjentakelser, unødige omfattende behandling og ellers for spørsmål som er tilstrekkelig drøftet. Hvis det er avtalt eller fastsatt tidsrammer for innlegg eller bevisføring, påser retten at disse holdes og kan foreta nødvendige avskjæringer.

#### § 9-14 Muntlig hovedforhandling

(1) Hovedforhandlingen er muntlig og bevisføringen umiddelbar etter § 24-9.

(2) Kravet om muntlighet er ikke til hinder for at part, vitne, sakkyndig eller prosessfullmektig fremlegger og viser til hjelpedokumenter til støtte for sin redegjørelse. Slike hjelpedokumenter skal ikke utgjøre bevis i saken uavhengig av den redegjørelse de skal være til støtte for. De skal heller ikke ha karakter av skriftlig prosedyre. Hvis motparten på grunn av hjelpedokumentets kompleksitet eller omfang har behov for å sette seg inn i det før det gjennomgås, må dokumentet fremlegges så tidlig at motparten har den nødvendige tid til dette. Fremlegges det ikke i tide, kan det nektes brukt hvis bruken ellers ville føre til en forsinkelse av fremdriften i saken. § 9-16(2) får tilsvarende anvendelse.

#### § 9-15 De enkelte ledd i hovedforhandlingen

(1) Påstander, påstandsgrunnlag og bebudet bevisføring klarlegges av retten.

(2) Saksøkeren gir en konsentrert saksfremstilling med gjennomgang av dokumentbevis og andre bevis som ikke skal gis gjennom forklaringer eller åstedsbefaring.

(3) Saksøkte gis anledning til konsentrert å supplere saksøkers fremstilling etter (2).

(4) Partene avgir forklaring. Med mindre særlige grunner tilsier noe annet, forklarer saksøkeren seg først.

(5) Vitner avhøres.

(6) Det foretas annen bevisføring, herunder avhør av sakkyndige.

(7) Partene får ordet to ganger hver til avsluttende innlegg. Saksøkeren får ordet først med mindre retten av særlige grunner bestemmer noe annet.

(8) Retten kan fastsette en annen rekkefølge for de enkelte ledd under hovedforhandlingen. Det

kan bare skje bevisføring etter partenes innlegg etter (7) hvis partene samtykker eller i hovedforhandlingen får anledning til argumentere for sitt syn på denne bevisføringen etter at den er foretatt.

(9) Dersom det under hovedforhandlingen ikke er mulig å føre bevis partene har krav på blir ført, kan retten, om det gir en forsvarlig behandling, gjennomføre hovedforhandlingen slik at bare denne bevisføringen og argumentasjon til den gjenstår. Den videre behandling skjer i rettsmøte med mindre partene samtykker i at de skal gi skriftlige innlegg.

(10) Dersom vesentlige deler av avgjørelsesgrunnlaget i saken finnes i skriftlig materiale, kan retten bestemme at partene i stedet for innlegg etter (2) og (3) skal holde sitt hovedinnlegg med gjennomgang av saken og med faktisk og rettslig argumentasjon umiddelbart etter at påstand, påstandsgrunnlag mv. er klarlagt etter (1). Ved avslutningen av forhandlingene får partene da ordet til et kortere innlegg hver, som skal begrenses til det som kom frem i den annen parts siste innlegg og den etterfølgende bevisføring.

#### § 9-16 Endring i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis

(1) En part kan ikke mot motpartens protest under hovedforhandlingen fremsette nye krav, utvide påstanden til et fremsatt krav, fremsette et nytt påstandsgrunnlag eller nye bevis med mindre retten tillater dette. Slik tillatelse skal gis når

- (a) parten ikke kan bebreides at endringen ikke er foretatt tidligere og det vil være urimelig å nekte endringen,
- (b) motparten har tilstrekkelig grunnlag for, uten utsettelse, å ivareta sine interesser etter endringen, eller
- (c) nektelse vil kunne påføre parten et urimelig tap.

(2) Retten kan selv om vilkårene etter (1) ikke er oppfylt, tillate endring på det vilkår at parten pålegges å godtgjøre motpartens merutgifter ved at endringen skjer etter fristen for endringer, dersom ikke andre vesentlige hensyn for motparten taler mot dette.

(3) Retten kan, selv om det ikke nedlegges protest mot endring etter (1), nekte endring når hensynet til sakens fremdrift eller andre tungtveiende forhold tilsier at endring ikke bør tillates og nektelse ikke vil være urimelig.

#### § 9-17 Utsettelse

(1) Blir det under hovedforhandlingen nødvendig å utsette saken, skal retten treffe beslutninger

for den videre behandling av saken, slik at behandlingen blir minst mulig forsinket.

(2) I rettsmøte etter utsettelse gjentas forhandlingene fra hovedforhandlingen så langt det er nødvendig for å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

#### § 9-18 Saken tas opp til doms. Fortsatte forhandlinger

(1) Når saken i eller etter hovedforhandling er klar til avgjørelse, erklærer retten at saken tas opp til doms.

(2) Viser det seg etter at saken er tatt opp til doms at det er nødvendig med ytterligere forhandlinger for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag i saken, skal retten sørge for dette.

## 10. kapittel. Småkravsprosess

### § 10-1 Hovedregel og virkeområde

(1) Småkravsprosessen er den ordinære behandlingsmåten for små krav i saker for tingretten, med særlig vekt på at behandlingen er tilpasset betydningen av tvisten.

(2) Ved småkravsprosess behandles

- (a) alle saker hvor tvistesummen ikke er høyere enn 2 G,
- (b) saker med tvistesum høyere enn 2 G hvor partene samtykker i behandling etter småkravsprosess og retten beslutter dette, og
- (c) saker som ikke gjelder formuesverdier hvor retten finner at småkravsprosessen gir en forsvarlig og hensiktsmessig behandling, og ikke begge parter motsetter seg slik behandling.

(3) Ved småkravsprosess behandles likevel ikke

- (a) gruppesøksmål etter denne lovs kapittel 32,
- (b) saker etter spesialprosess med mindre det er bestemt i vedkommende lov,
- (c) søksmål om rettsforhold hvor partenes rådgivhet er begrenset, jf. § 5-3, eller
- (d) saker etter (2)(a) hvor saken for en part har vesentlig betydning ut over den konkrete tvist, eller hensynet til forsvarlig behandling nødvendiggjør behandling ved allmennprosess.

(4) Tvist om en sak skal behandles ved småkravsprosess, avgjøres ved kjennelse. Treffes det uten saksøkerens samtykke avgjørelse etter (3)(d) om at saken ikke skal behandles ved småkravsprosess, kan saksøkeren frafalle saken uten å oppgi kravet og uten ansvar for motpartens saksomkostninger.

### § 10-2 Saksforberedelsen

(1) Kapittel 9 II gjelder tilsvarende med de endringer som følger av (2) og (3).

(2) Det skal alltid kreves at tilsvaret gis etter reglene om skriftlig tilsvarende i § 9-3.

(3) Retten skal gjennom kontakt med partene og ved nødvendig veiledning etter § 5-4 legge særlig vekt på raskt å bringe på det rene om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen, og om det kan være grunnlag for en minnelig ordning. Partene skal ikke inngi skriftlige utredninger i saken, med mindre partene og retten finner at en helt ut skriftlig behandling vil være den prosessøkonomisk beste. Partene plikter innen en uke før rettsmøtet etter § 10-3 å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt. § 9-10 gjelder ikke.

### § 10-3 Rettsmøte til avgjørelse av saken

(1) Retten innkaller til rettsmøte til sluttbehandling og avgjørelse av saken, med mindre partene har avtalt skriftlig behandling. Rettsmøtet kan holdes som fjernmøte. I innkallingen gir retten den nødvendige orientering om gjennomføringen av rettsmøtet.

(2) §§ 9-13 til 9-15 og §§ 9-17 og 9-18 gjelder tilsvarende, men retten kan forenkle behandlingen slik at nødvendig konsentrasjon oppnås. Bevis gjennomgås og føres bare så langt det er grunn til det ut fra en avveining av hensynene til forsvarlig og prosessøkonomisk behandling. Fjernnavhør kan foretas med mindre retten finner det påkrevd at forklaringen gis direkte i rettsmøtet. Bare hvis særlig sterke grunner foreligger, kan rettsmøtet ha en varighet på mer enn én dag.

### § 10-4 Dommen

(1) Hvis ikke saken avsluttes på annen måte, skal den være avsluttet med dom innen 4 måneder etter at stevning ble inngitt.

(2) I saker som behandles muntlig, avsies dommen ved rettsmøtets avslutning hvis dommeren finner grunnlag for det. Ellers avsies dommen innen én uke etter at partene er meddelt at den er tatt opp til doms.

(3) Dommen kan avsies ved rettsmøtets avslutning selv om bare domsslutningen er utformet skriftlig. I så fall redegjør dommeren muntlig for hovedpunktene i begrunnelsen. Dommen skrives ut innen én uke og meddeles partene.

(4) I stedet for det som er bestemt etter § 21-6(4) og (5) skal dommen kort forklare hva saken gjel-

der, gjengi partenes påstander og påstandsgrunnlag og redegjøre for de momenter som retten har lagt avgjørende vekt på.

#### § 10-5 Saksomkostninger

(1) Erstatning for saksomkostninger gis bare for følgende poster:

- (a) partens reise til rettsmøte,
- (b) rettsgebyr,
- (c) bevisføring som ikke anses unødvendig eller uforholdsmessig, og
- (d) rettshjelp med inntil 25% av sakens tvistesum begrenset oppad til 25% av 2 G, likevel slik at det alltid kan kreves inntil  $\frac{1}{20}$  G. I saker som ikke gjelder formuesverdier kan det kreves inntil 25% av 2 G.

(2) Retten kan pålegge en part som åpenbart uten grunn har anlagt sak eller tatt til gjenmæle, ansvar for saksomkostninger uten de begrensninger som følger av (1). Det samme gjelder for omkostninger parten ved forsømmelig forhold har påført motparten.

(3) For omkostninger ved anke gjelder ikke (1).

#### § 10-6 Anke

Dommen kan ankes etter reglene for dommer i allmennprosess. Anken kan avgjøres etter § 11-12(2).

### Fjerde del - Rettsmidler

#### 11. kapittel. Anke til lagmannsrett

##### § 11-1 Lagmannsretten som ankeinstans

Lagmannsretten er ankeinstans for avgjørelser av tingrettene og domstoler som settes med enedommer eller bare har én fagdommer.

##### § 11-2 Avgjørelser som kan ankes mv.

(1) Dommer, kjennelser og beslutninger kan ankes.

(2) Avgjørelser om saksbehandlingen kan ikke ankes etter at saken er avgjort.

(3) I saker som behandles muntlig inntreer begrensningen i ankeretten etter (2) når rettsmøte for sluttbehandling innledes. Begrensningen bortfaller hvis saken blir utsatt.

(4) Disse begrensningene i ankeadgangen gjelder ikke for avgjørelse om å avvise eller heve saken,

eller for avgjørelse som er rettet mot andre enn partene.

(5) (2) til (4) gjelder tilsvarende for avgjørelser om deler av saken.

##### § 11-3 Ankegrunnene

(1) En dom eller kjennelse kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen eller den saksbehandling som ligger til grunn for avgjørelsen.

(2) En kjennelse om saksbehandlingen som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlag at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

(3) En beslutning kan bare ankes på det grunnlag at retten har bygget på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

##### § 11-4 De krav som kan behandles i ankesaken

(1) En anke kan gjelde krav som er avgjort ved den avgjørelse som påankes.

(2) Når kravet kan behandles etter vesentlig samme regler, kan en anke i tillegg til krav etter (1), omfatte

- (a) krav som er knyttet til krav etter (1) og som ikke kan fremmes i egen sak,
- (b) krav som har sammenheng med krav etter (1), hvor endringen er knyttet til forhold inntruffet så sent, eller blitt kjent så sent, at kravet ikke kunne vært trukket inn i saken tidligere,
- (c) krav som har sammenheng med krav etter (1) og hvor motparten ikke motsetter seg utvidelsen og retten ikke finner at vesentlige hensyn taler mot utvidelsen,
- (d) krav ellers som har sammenheng med krav etter (1) hvor retten finner at det nye kravet kan behandles forsvarlig i ankesaken og tungtveiende hensyn tilsier at det bør tillates behandlet, eller
- (e) nye krav som fremsettes som motregningsinnsigelse når innsigelsen ikke kunne vært fremmet tidligere eller motparten samtykker.

(3) Påstanden for et avgjort krav kan bare utvides hvis endringen er begrunnet i forhold oppstått eller blitt kjent så sent for parten at den ikke kunne vært gjort gjeldende for den tidligere instans eller hvis motparten samtykker.

(4) En part kan fremsette krav etter (2) og utvide påstanden etter (3) også etter at partens frist for

anke eller tilsvar er utløpt, dersom det er rimelig å tillate endringen. Krav etter (2) (a) og påstandsending som det ikke var mulig å fremme tidligere, kan alltid kreves behandlet.

#### § 11-5 Ankefrister

(1) Fristen for å anke er én måned når ikke annet er bestemt ved lov.

(2) Retten kan fastsette en ankefrist på én uke for

- (a) avgjørelser som pålegger eller nekter tilgang til bevis eller spørsmål om bevis,
- (b) avgjørelser som gir pålegg om å avgi forsikring, og
- (c) avgjørelser om å oppnevne eller ikke oppnevne sakkyndige.

(3) For avgjørelse etter (2) (a) og (b) om tilgang til bevis eller avgivelse av forsikring, som etter § 21-11(2) ikke kan fullbyrdes før den er rettskraftig, kan retten kreve at anke inngis straks om den som kan anke avgjørelsen er til stede i retten.

#### § 11-6 Frafall av rett til anke

(1) Retten til anke kan frafalles. Før avgjørelsen kan ankeretten bare frafalles hvis frafallet er gjensidig. Selv om ankeretten er frafalt før avgjørelsen, kan den likevel ankes på det grunnlag at det foreligger feil etter § 11-21(2).

(2) Retten til anke må frafalles uttrykkelig.

#### § 11-7 Avledet anke

(1) En part som mangler selvstendig ankerett fordi ankefristen er oversittet, ankeretten er frafalt eller kravet til ankegjensidighet ikke er oppfylt, får likevel rett til anke når motpartens anke ikke er begrenset til anke over saksbehandlingen.

(2) Anke etter (1) er ikke nødvendig dersom parten bare vil kreve saksomkostningsavgjørelsen endret.

(3) Anke etter (1) må inngis innen fristen etter § 11-10(2).

(4) Anke etter (1) faller bort hvis motpartens anke ikke blir avgjort i realiteten.

#### § 11-8 Partsstilling

(1) Partene i søksmålet kan påanke rettslige avgjørelser for å oppnå endring i sin favør. Den som vil bli berørt av endringen skal gjøres til motpart.

(2) Avgjørelser som gjelder prosessuelle plikter eller rettigheter for noen som ikke er parter

i søksmålet, kan ankes også av disse. De må ved anke fra andre gjøres til ankemotparter.

#### § 11-9 Anke uttas. Ankeerklæringen

(1) Anke uttas ved ankeerklæring.

(2) Anken inngis skriftlig eller muntlig etter reglene i § 16-1(2) til den domstol som har truffet avgjørelsen som ankes.

(3) Ankeerklæringen skal angi

- (a) ankedomstolen,
- (b) navn og adresse på parter, lovlige stedfortrettere og prosessfullmektiger,
- (c) den avgjørelse som ankes,
- (d) om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare bestemte deler av den,
- (e) det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultat den ankende part krever,
- (f) de feil som gjøres gjeldende ved den avgjørelse som ankes,
- (g) den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil,
- (h) de bevis som vil bli ført,
- (i) grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det kan være tvil om dette, og
- (j) den ankende parts syn på den videre behandling av anken.

(4) Ankeerklæringen skal gi grunnlag for en forsvarlig behandling av saken for partene og retten. Det skal særlig påpekes hva som bestrides i den påankete avgjørelsen og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis. For øvrig gjelder § 9-2(3) så langt den passer.

#### § 11-10 Foreløpig behandling av ankesaken ved den domstol som mottar anken

(1) Ser retten at det er mangler ved anken eller at fristen for anke kan være oversittet, gis den ankende part adgang til å avhjelpe feilen etter §§ 22-1 og 22-2. Avgjørelse av om anken skal avvises eller oppfriskning gis, treffes av lagmannsretten.

(2) Retten forkynner ankeerklæringen for ankemotparten og setter frist for anketilsvar. Fristen bør normalt være tre uker for anker over dommer og en uke for anker over beslutninger og kjennelser.

(3) Etter at anketilsvar er inngitt og meddelt den ankende part, sendes saken omgående til lagmannsretten. Det samme gjelder hvis fristen er utløpt uten at tilsvar er inngitt.

#### § 11-11 Anketilsvaret

(1) Ankemotparten bør inngi anketilsvar.

(2) I anketilsvaret bør ankemotparten redegjøre

for sitt standpunkt til anken. Ankemotparten bør nedlegge påstand og angi det faktiske og rettslige grunnlaget for sin påstand og de bevis han vil føre. Ankemotparten bør angi sitt syn på den videre behandling av ankesaken.

(3) Er anketilsvaret etter sitt innhold en avledet anke, gjelder §§ 11-9 og 11-10 for denne.

#### *§ 11-12 Avvisning og opphevelse under saksforberedelsen*

(1) Lagmannsretten kan under saksforberedelsen

- (a) avvise en anke hvor det foreligger feil som må lede til avvisning,
- (b) heve en sak eller en del av den fordi den ikke hører under domstolene eller er rettskraftig avgjort, og
- (c) oppheve en avgjørelse som er anket hvor det foreligger feil som ubetinget skal tillegges virkning, jf. § 11-21(2).

(2) I anke over dom etter forenklet domsbehandling eller småkravsprosess kan lagmannsretten, i stedet for å fremme anken til behandling, oppheve dommen hvis det foreligger feil i rettsanvendelsen eller vesentlige feil ved saksbehandlingen, og videre behandling av saken heller bør finne sted i tingretten.

(3) § 9-6 gjelder tilsvarende for behandlingen.

#### *§ 11-13 Krav til samtykke. Nektelse*

##### *Flertallet:*

(1) Anke over dom kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke hvis ankegjensstandens verdi er mindre enn 2 G. Ved vurderingen av om samtykke skal gis, skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, de behov partene har for overprøving og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket eller ved behandlingen av saken.

(2) Anke over dom kan nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre frem. En nektelse kan begrenses til enkelte krav eller ankegrunner.

(3) Er avgjørelse etter (1) ikke truffet før ankeforhandlingen, kan samtykke likevel nektes hvis det da viser seg at verdien av ankegjensstanden er mindre enn 2 G.

(4) Nektelse etter (2) kan ikke skje uten at parten er gitt varsel om at anken overveies nektet fremmet. Slikt varsel kan bare gis inntil den videre saksforberedelse er tatt opp med partene etter § 11-14(3) og inntil én måned etter at lagmannsretten mottok ankesaken.

(5) Avgjørelse etter (1) og (2) treffes ved beslutning uten muntlig forhandling. Nektelse krever enstemmighet. Beslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen. At en anke ikke er nektet fremmet etter (2), kan ikke ankes eller brukes som ankegrunn.

##### *Mindretallet:*

(1) Anke over dom kan ikke fremmes uten lagmannsrettens samtykke hvis ankegjensstandens verdi er mindre enn 2G. Ved vurderingen av om samtykke skal gis, skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, de behov partene har for overprøving og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket eller ved behandlingen av saken.

(2) Er avgjørelse etter (1) ikke truffet før ankeforhandlingen, kan samtykke likevel nektes hvis det da viser seg at verdien av ankegjensstanden er mindre enn 2 G.

(3) Avgjørelse etter (1) treffes ved beslutning uten muntlig forhandling. Nektelse krever enstemmighet. Beslutningen kan bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

#### *§ 11-14 Videre saksforberedelse*

(1) Dersom ankesaken ikke avgjøres etter §§ 11-12 eller 11-13, vurderer retten om ytterligere saksforberedelse skal foretas. Saksforberedelsen konsentreres om det som skal prøves etter anken og som er omtvistet. §§ 9-6 og 9-7 gjelder tilsvarende.

(2) Anker over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt på det grunnlag som foreligger ved oversendelse av saken til lagmannsretten, med mindre ytterligere saksforberedelse er nødvendig for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Om det er behov for å drøfte en videre saksforberedelse, gjelder § 9-4 så langt den passer.

(3) Ved anker over dommer, gjelder §§ 9-4, 9-5(3) og (4), 9-10 og 9-11 tilsvarende, likevel slik at fristen etter § 9-10 normalt settes til én måned før hovedforhandlingen.

#### *§ 11-15 Behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag ved anke over kjennelser og beslutninger*

(1) Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling.

(2) Muntlig forhandling holdes når hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang tilsier det. Den muntlige behandling kan begrenses til særlige spørsmål. § 11-18 får tilsvarende anvendelse så langt den passer for det som behandles muntlig.



### § 11-16 Behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag ved anke over dommer

(1) Anke over dommer avgjøres etter muntlig ankeforhandling etter § 11-18 eller rettsmøte etter § 11-14(3), jf. § 9-5(4). Skriftlige redegjørelser etter (2) og (3) og faktiske fremstillinger etter (4) inngår i avgjørelsesgrunnlaget i saken. Etter (5) kan det bestemmes at saken skal avgjøres etter skriftlig behandling.

(2) Den faktiske fremstilling i tingrettens dom kan legges uprøvd til grunn, i den grad den ikke er bestridt.

(3) Retten kan bestemme at partene skal inngi skriftlige fremstillinger om deler av de faktiske eller rettslige spørsmål i saken, hvis det vil kunne føre til en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling eller hvis det er nødvendig for å få et vesentlig sikrere avgjørelsesgrunnlag. Hvis en part motsetter seg å gi skriftlig redegjørelse etter dette ledd, avgjøres spørsmålet ved kjennelse.

(4) § 9-9(2) og (4) gjelder tilsvarende.

(5) Gjelder anken bare saksbehandlingen og rettsanvendelsen, eller reiser den bare i liten grad faktiske spørsmål hvor umiddelbar bevisføring vil være av vesentlig betydning, kan retten bestemme at anken skal avgjøres etter skriftlig behandling hvis dette vil gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Partene skal etter beslutningen inngi skriftlige innlegg, som sammen med det som fremkommer ved eventuelt rettsmøte etter fjerde punktum, utgjør avgjørelsesgrunnlaget i saken. De skal hver inngi minst ett innlegg, men har adgang til å inngi to. Retten kan bestemme at det etter de skriftlige innleggene skal holdes et rettsmøte til muntlig behandling av ett eller flere enkeltspørsmål i saken.

### § 11-17 Meddommere

I tillegg til fagdommerne kan retten ved muntlig forhandling i anke over dom settes med to meddommere. § 9-12(2) og (3) gjelder tilsvarende.

### § 11-18 Muntlig ankeforhandling

(1) Den muntlige forhandling i ankesaker skjer etter reglene i §§ 9-13 og 9-14 og §§ 9-16 til 9-18. Retten sørger for at forhandlingene konsentreres om det som er tatt opp i anken, og som er omtvistet.

(2) For gjennomføringen av ankeforhandlingen gjelder § 9-15 tilsvarende. Den ankende part får normalt ordet før ankemotparten. Ved anke fra begge sider avgjør retten hvem som skal ha det første innlegget. Retten kan bestemme at partene

skal holde sitt hovedinnlegg etter § 9-15(10) i alle tilfelle hvor det gir en effektiv avvikling av ankeforhandlingen.

(3) Når en part har redegjort for sine påstander og påstandsgrunnlag, kan retten avskjære videre forhandlinger så langt den finner det klart at de ikke kan føre frem.

### § 11-19 Frafall av erklært anke

(1) Den som har erklært anke, kan frafalle anken inntil ankeforhandlingen er begynt, og med motpartens samtykke til kravet er avgjort. I ankesaker som helt ut behandles skriftlig, kan anken trekkes tilbake til kravet er avgjort.

(2) Tilbaketrekking av anke er til hinder for ny anke.

### § 11-20 Rettens prøving av anken

(1) Retten kan bare prøve de krav som er anket. Retten skal likevel tillegge feil etter § 11-21(2) virkning for krav mellom ankende part og ankemotpart som ikke er anket, når feilen også rammer disse kravene, og det er nærliggende at feilen har hatt virkninger for avgjørelsen av dem.

(2) Ved anke over saksbehandlingen kan retten bare prøve de saksbehandlingsfeil som er påberopt og kan ikke prøve sakens realitet. Retten kan utenom anken tillegge feil etter § 11-21(2) virkning.

(3) Ved anke over realiteten er retten bundet av ankegrunnene, og slik at §§ 5-2 og 5-3 gir rammen for rettens prøving. Retten kan ikke prøve saksbehandlingen, likevel slik at den utenom anken kan tillegge feil etter § 11-21(2) virkning.

### § 11-21 Saksbehandlingsfeil

(1) Feil ved saksbehandlingen skal tillegges virkning hvis det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket.

(2) Følgende feil skal ubetinget tillegges virkning

- (a) at tvingende vilkår for å fremme saken eller avgjøre kravet var tilsidesatt,
- (b) at retten ikke var lovlig sammensatt,
- (c) at det er mangler ved avgjørelsen som ikke kan rettes etter §§ 21-8 og 21-9, og som hindrer prøving av anken, eller
- (d) at avgjørelse er avsagt mot en part som ikke har møtt og som ikke har vært lovlig innkalt eller som har hatt gyldig forfall.

### *§ 11-22 Særskilt behandling og avgjørelse av anke over saksbehandlingen*

(1) Er det anket både over saksbehandlingen og realiteten, avgjøres som regel anken over saksbehandlingen først.

(2) Selv om det foreligger saksbehandlingsfeil som skal tillegges virkning etter § 11-21, kan lagmannsretten fremme saken til realitetsavgjørelse hvis

- (a) lagmannsretten er rett domstol ved overprøving av det krav ankesaken gjelder,
- (b) tingretten har avgjort kravet i realiteten og
- (c) hensynet til partene ikke tilsier at kravet bør prøves på nytt der.

(3) Fremmes saken til realitetsavgjørelse, kan det ikke ankes særskilt.

### *§ 11-23 Lagmannsrettens avgjørelser av ankesaken*

(1) Anken avgjøres ved dom eller kjennelse etter § 21-1.

(2) Kommer lagmannsretten til at anken ikke kan føre frem, forkastes den.

(3) Hvis en anke over saksbehandlingen tas til følge, eller en saksbehandlingsfeil av eget tiltak tillegges virkning etter § 11-21(2), oppheves den påankete avgjørelse. Lagmannsretten kan bestemme at den videre behandling av saken etter opphevelse skal foretas av en annen domstol eller andre dommere. Tilsier opphevelsesgrunnen at det ikke er adgang til fortsatt behandling av saken, skal den avvises.

(4) Fører en anke over avgjørelsens innhold frem, treffer lagmannsretten ny realitetsavgjørelse om den har grunnlag for det. Ellers gjelder (3) tilsvarende.

### *§ 11-24 Videre behandling etter opphevelse*

(1) Etter opphevelse sendes saken til den domstol som skal behandle saken videre.

(2) Retten skal av eget tiltak sørge for fortsatt behandling av saken. Ved den fortsatte behandling skal tingretten følge den rettsoppfatning som lå til grunn for lagmannsrettens opphevelse.

## **12. kapittel. Anke til Høyesterett**

### *§ 12-1 Høyesterett som ankeinstans*

(1) Høyesterett er ankeinstans for avgjørelser av lagmannsrettene og for anke over dommer hvor det er gitt tillatelse til direkte anke etter § 12-2.

(2) Anker over kjennelser og beslutninger avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg.

### *§ 12-2 Direkte anke til Høyesterett*

(1) En anke over dom som ellers hører under lagmannsrett, kan med tillatelse bringes direkte inn for Høyesterett. Tillatelse kan bare gis hvor saken reiser særlig viktige prinsipielle spørsmål som det er av betydning raskt å få Høyesteretts standpunkt til, og hensynet til forsvarlig behandling av saken ikke taler mot direkte anke. Tillatelse til direkte anke kan ikke gis for anke over dom i småkravsprosess eller dom etter forenklet domsbehandling.

(2) Tillatelse til direkte anke må som regel gis for hele saken. Dersom det etter § 15-6 er adgang til å dele opp behandlingen og pådømmelsen, og det er klart hensiktsmessig for den videre behandling av saken at et krav eller påstandsgrunnlag skilles ut til særskilt behandling og avgjørelse ved direkte anke etter (1), kan det likevel gis tillatelse til dette.

(3) Begjæring om direkte anke kan fremsettes av den ankende part eller ankemotparten, og må fremsettes innen den frist som er gitt for anketilsvaret. § 11-10 gjelder tilsvarende for tingrettens forberedelse av ankesaken, men slik at saken sendes Høyesterett.

(4) Tillatelse til direkte anke kan omgjøres dersom den videre saksforberedelse viser at avgjørelsen i anken av hensyn til bevisføringen bør treffes av lagmannsretten.

(5) Dersom det ikke gis tillatelse til direkte anke eller tillatelsen omgjøres etter (4), sendes saken til lagmannsretten som behandler og avgjør anken etter reglene i kapittel 11. Hvor tillatelse til direkte anke er omgjort etter (4), gjelder ikke § 11-13.

(6) Hvis det gis tillatelse til en begrenset direkte anke etter (2) annet punktum, sendes anken for øvrig til lagmannsretten.

(7) Avgjørelse om tillatelse etter (1) eller (2) eller omgjøring etter (4) treffes av Høyesteretts ankeutvalg.

### *§ 12-3 Tilsvarende anvendelse av reglene for anker til lagmannsrett*

For anker til Høyesterett gjelder §§ 11-2 til 11-12 og §§ 11-19 til 11-24 tilsvarende med de endringer som følger av bestemmelsene i dette kapittel. Avgjørelser etter § 11-12 kan treffes av Høyesteretts ankeutvalg.

### § 12-4 Begrensninger i retten til videre anke over kjennelser

Når en anke til lagmannsrett er avgjort ved kjennelse, kan avgjørelsen ikke ankes videre. Det gjelder likevel ikke når

- (a) den avviser en sak fra tingretten fordi saken ikke hører under domstolene eller fordi den er rettskraftig avgjort,
- (b) anken gjelder saksbehandlingen ved lagmannsretten,
- (c) anken gjelder den generelle rettslige forståelse av en skreven rettsregel, eller
- (d) anken gjelder avgjørelse om tilgang til bevis etter § 25-11.

### § 12-5 Samtykke til fremme av anke over dommer

(1) Anke over dommer kan ikke fremmes uten samtykke. Samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er viktig å få saken avgjort i Høyesterett.

(2) Spørsmålet om samtykke avgjøres for hver anke. Samtykke kan begrenses til enkelte krav og til enkelte ankegrunner, herunder til nærmere konkrete påberopte feil i rettsanvendelsen, saksbehandlingen eller det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.

(3) Avgjørelsen treffes av Høyesteretts ankeutvalg ved beslutning. Nektelse eller begrensning av samtykke krever enstemmighet.

### § 12-6 Nektelse av anke over kjennelser og beslutninger

En anke over kjennelse eller beslutning kan nektes fremmet dersom den ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. § 12-5(2) og (3) gjelder tilsvarende.

### § 12-7 Nye krav, utvidet påstand, nytt faktisk grunnlag og nye bevis

(1) Etter at samtykke til fremme av anken er gitt etter § 12-5, eller det er gitt tillatelse til direkte anke etter § 12-2, kan nye krav, utvidelse av påstanden til fremsatt krav, nytt faktisk grunnlag eller nye bevis ikke gjøres gjeldende uten at særlige grunner taler for det. Avgjørelsen treffes av Høyesteretts ankeutvalg.

(2) I anker over kjennelser og beslutninger kan det settes frist for utvidelser eller endringer som nevnt i (1).

### § 12-8 Videre saksforberedelse

(1) Dersom ankesaken ikke avgjøres ved nektelse etter §§ 12-5 eller 12-6 eller ved opphevelse eller avvisning etter § 11-12, jf. § 12-3, gjelder § 11-14(1) tilsvarende.

(2) Ved anke over kjennelser og beslutninger gjelder § 11-14(2) tilsvarende. Skal anken avgjøres av Høyesterett etter helt eller delvis muntlig behandling etter § 12-9(4) eller § 12-12(1), gjelder (3).

(3) Ved anke over dommer gjelder §§ 9-4 og 9-5(3) første punktum tilsvarende. Det kan bestemmes at partene skal inngi sluttinnlegg etter § 9-10(2). Det kan fastsettes tidsrammer for partenes innlegg under ankeforhandlingen.

### § 12-9 Behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag ved anke over kjennelser og beslutninger

(1) Anker over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling.

(2) Dersom Høyesteretts ankeutvalg enstemmig finner det klart at anken ikke kan føre frem, kan den avvises eller forkastes uten annen begrunnelse enn det.

(3) Dersom det er nødvendig for en forsvarlig behandling, kan Høyesteretts ankeutvalg bestemme at det skal holdes rettsmøter til nærmere behandling av deler av det som er tatt opp i ankesaken. For den muntlige behandling i ankeutvalget gjelder § 12-11 tilsvarende så langt den passer.

(4) Dersom det treffes bestemmelse etter domstoloven § 5 første ledd, jf. § 6 første ledd om at saken skal avgjøres i avdeling av fem dommere, bestemmes det samtidig om behandlingen skal være skriftlig eller etter de regler som etter §§ 12-10 og 12-11 gjelder for anke over dommer. Bestemmelse om muntlig behandling kan også senere treffes av forberedende dommer etter § 21-2(2) eller av den rett som behandler saken.

### § 12-10 Behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag ved anke over dommer

(1) Anke over dommer avgjøres etter muntlig ankeforhandling. Skriftlige redegjørelser som angitt i (2) og faktiske fremstillinger etter (3) inngår i avgjørelsesgrunnlaget i saken. Etter (4) kan det bestemmes at anken skal avgjøres etter skriftlig behandling.

(2) Retten kan bestemme at partene skal inngi skriftlige fremstillinger om nærmere angitte faktiske og rettslige spørsmål i saken.

(3) De faktiske fremstillinger i tingrettens og lagmannsrettens dommer kan legges uprøvd til grunn i den grad de ikke er bestridt.

(4) Høyesteretts ankeutvalg kan bestemme at behandlingen skal være skriftlig, hvis de spørsmål saken reiser egner seg for det. § 11-16(5) annet til fjerde punktum gjelder tilsvarende. § 12-11 gjelder så langt den passer for et eventuelt rettsmøte som holdes etter de skriftlige innleggene.

#### *§ 12-11 Muntlig ankeforhandling*

(1) Rettsoppnevnte sakkyndige kan avhøres direkte for Høyesterett. Bevisføringen ellers foregår etter § 29-2.

(2) For ankeforhandlingen gjelder §§ 9-13, 9-14, 9-17, 9-18 og § 11-18(1) annet punktum, (2) annet og tredje punktum og (3) så langt de passer. Partene får ordet to ganger hver. Partenes annet innlegg skal begrenses til det motparten har tatt opp og til sakkyndiges muntlige redegjørelse. Sakkyndige som forklarer seg direkte for Høyesterett gir sin forklaring etter at partene har holdt sitt første innlegg, med mindre Høyesterett bestemmer noe annet.

#### *§ 12-12 Behandlingen av saker som skal avgjøres av mer enn fem dommere*

(1) Hvor en sak eller et rettsspørsmål etter domstoloven § 5 fjerde ledd skal avgjøres av Høyesterett satt med mer enn fem dommere, skal saken eller rettsspørsmålet alltid behandles etter § 12-10(1) til (3) og § 12-11.

(2) Oppstår det i ankesaker etter (1) spørsmål om tilsidesettelse eller innskrenkende fortolkning av regler gitt ved lov eller provisorisk anordning eller av stortingsbeslutninger fordi reglene kan være i konflikt med Grunnloven eller med bestemmelser Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid, skal Høyesterett varsle staten ved Justisdepartementet om saken. Staten har rett til å opptre i saken så langt det er nødvendig for å ivareta det offentliges interesser ved den mulige regelkonflikt.

#### *§ 12-13 Opphevelse og fortsatt behandling ved lavere rett ved manglende avgjørelsesgrunnlag mv.*

(1) Dersom behandlingen viser at det er eller kan være feil i det faktiske eller rettslige grunnlaget for den påankete avgjørelse, men det ikke er forsvarlig grunnlag for å avgjøre det krav saken gjelder, skal avgjørelsen oppheves.

(2) (1) gjelder tilsvarende dersom det for å kunne avgjøre anken er nødvendig å ta stilling til

bevis som ikke er vurdert i den avgjørelse som er overprøvd, og det er viktig av hensyn til en forsvarlig eller hensiktsmessig saksbehandling at en slik vurdering først skjer i den lavere rett.

(3) Det kan under saksforberedelsen treffes avgjørelse om at forhandlingene for Høyesterett skal begrenses slik at det foreløpig ikke forhandles om tvistepunkter som det kan være aktuelt å henvise til behandling ved lavere rett etter (2).

#### *§ 12-14 Opphevelse også av avgjørelsen i tingretten*

(1) Rammer feil som fører til opphevelse også tingrettens avgjørelse, skal begge avgjørelser oppheves. Det gjelder likevel ikke hvis lagmannsretten ved ny behandling kan avgjøre saken i realiteten og det gir en hensiktsmessig behandling.

(2) Oppheves tingrettens avgjørelse uten at saken også avvises, gjelder § 11-24 for den fortsatte behandling i tingretten.

### **13. kapittel. Gjenåpning**

#### *§ 13-1 Virkeområdet. Gjenåpningsdomstol*

(1) Kapitlet gjelder gjenåpning av saker som er rettskraftig avgjort.

(2) Avgjørelser av forliksrådet kan gjenåpnes ved begjæring til tingretten.

(3) Avgjørelser av tingretten og lagmannsretten kan gjenåpnes ved begjæring til sideordnet domstol med rettskrets som grenser til den domstol som har truffet avgjørelsen.

(4) Avgjørelser av Høyesterett, herunder Høyesteretts ankeutvalg, kan gjenåpnes ved begjæring til Høyesterett. Begjæringen avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg.

#### *§ 13-2 Avgjørelser som kan gjenåpnes*

(1) Rettskraftige avgjørelser som avslutter behandlingen av et krav kan gjenåpnes. Midlertidige avgjørelser kan ikke gjenåpnes.

(2) Har en sak vært behandlet i flere instanser, er det bare avgjørelsen i siste instans som kan gjenåpnes. Dette gjelder likevel ikke hvis grunnlaget for gjenåpning er forhold som lå utenfor rammen av behandlingen der.

(3) Beslutninger som nekter anke og kjennelser som forkaster en begjæring om oppfriskning kan bare gjenåpnes på grunn av feil ved rettergangen nevnt i § 13-3.

(4) Dommer og kjennelser som opphever en avgjørelse kan gjenåpnes inntil ny realitetsavgjørelse er truffet. (3) gjelder tilsvarende.

### § 13-3 Gjenåpning på grunn av feil ved rettergangen

- (1) Gjenåpning kan begjæres
- (a) hvis en dommer som etter loven ikke kunne gjøre tjeneste, har deltatt i behandlingen av saken,
- (b) hvis en dommer eller noen som har utført arbeid eller oppdrag for domstolen, motparten, eller noen som har handlet i saken for motparten, med skjellig grunn kan mistenkes for en straffbar handling i forbindelse med behandling av saken,
- (c) hvis et vitne med skjellig grunn mistenkes for falsk forklaring,
- (d) hvis det i klagesak mot Norge i samme saksforhold er fastslått at saksbehandlingen har krenket en traktat som etter menneskerettsloven gjelder som norsk lov, eller
- (e) av en part som ikke møtte ved behandlingen av saken fordi parten ikke var lovlig innkalt eller parten hadde gyldig forfall.
- (2) Et straffbart forhold som siktede er frifunnet for, kan ikke påberopes med mindre retten har funnet det bevist han har foretatt den rettsstridige handlingen.

### § 13-4 Gjenåpning på grunn av feil ved avgjørelsen

Gjenåpning kan begjæres

- (a) hvis opplysninger om faktiske forhold som var ukjent da saken ble avgjort, tilsier at avgjørelsen høyst sannsynlig ville blitt en annen, eller
- (b) hvis en bindende avgjørelse av en internasjonal domstol eller en uttalelse fra FNs menneskerettskomité i samme saksforhold tilsier at avgjørelsen var basert på uriktig anvendelse av folkeretten.

### § 13-5 Alminnelige begrensninger i retten til gjenåpning

- (1) Gjenåpning kan ikke begjæres av en grunn som er forkastet ved sakens behandling. En grunn anses ikke som forkastet ved beslutning om å nekte anke etter § 11-13(1), § 12-5 eller § 12-6.
- (2) Gjenåpning kan heller ikke begjæres av en grunn som parten burde gjort gjeldende under sakens ordinære behandling, eller ved anke eller begjæring om oppfriskning.
- (3) Gjenåpning finner ikke sted dersom det må antas at en ny behandling av saken ikke vil lede til en endring av betydning for parten.

### § 13-6 Fristene for gjenåpning

- (1) Begjæring om gjenåpning må fremsettes innen seks måneder etter at parten ble kjent med det forhold begjæringen bygger på eller burde ha skaffet seg kunnskap om dette. Bygger begjæringen på en straffbar handling, løper det ny frist fra det tidspunkt siktede er domfelt ved rettskraftig dom.
- (2) Etter ti år kan saken ikke gjenåpnes. Det kan ikke gis oppfriskning mot forsømmelse av denne fristen.

### § 13-7 Begjæringen om gjenåpning

- (1) Begjæring om gjenåpning inngis til en domstol som etter § 13-1(2) til (4) kan behandle begjæringen.
- (2) Begjæringen skal angi
- (a) domstolen,
- (b) navn og adresse på parter, lovlige stedfortredere og prosessfullmektiger,
- (c) den avgjørelse som kreves gjenåpnet,
- (d) om begjæringen gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den,
- (e) grunnlaget for gjenåpning etter § 13-3 og § 13-4,
- (f) en faktisk og rettslig begrunnelse for at grunnlaget gir rett til gjenåpning,
- (g) de bevis som vil bli ført for retten til gjenåpning,
- (h) det krav som vil bli gjort gjeldende i gjenåpningssaken og en påstand som angir det resultat saksøkeren krever for begjæringen og gjenåpningssaken,
- (i) de bevis som vil bli ført i gjenåpningssaken,
- (j) grunnlaget for at retten kan behandle begjæringen dersom det kan være tvil om dette, og
- (k) saksøkerens syn på den videre behandling av saken.
- (3) § 9-2(3) gjelder tilsvarende.

### § 13-8 Rettens behandling av begjæringen

- (1) Begjæringen om gjenåpning behandles etter reglene om anke over beslutninger og kjennelser så langt disse passer. § 12-6 og § 12-9(2) får ikke anvendelse.
- (2) Retten prøver av eget tiltak om vilkårene for gjenåpning er til stede. Er som grunn angitt et mulig straffbart forhold uten at forfølgning er innledet, kan retten anmode påtalemyndigheten om å foreta etterforskning.
- (3) Hvis begjæringen tas til følge, behandles gjenåpningssaken etter de alminnelige regler for sakstypen.

(4) Retten kan bestemme at det etter reglene i (3) skal finne sted felles behandling av begjæringen og av det krav eller rettsforhold som er gjenstand for denne.

(5) Høyesteretts ankeutvalg kan bestemme at en begjæring om gjenåpning eller en gjenåpnings-sak helt eller delvis skal henvises til lagmannsrett hvis utvalget enstemmig finner det klart at hensynet til bevisføringen gjør det hensiktsmessig.

(6) En dommer som har vært med på å treffe den avgjørelse som er angrepet, kan ikke delta i sak om gjenåpning av denne.

#### *§ 13-9 Forenklet avgjørelse av begjæringen*

(1) Retten kan avgjøre begjæringen uten videre behandling dersom det er åpenbart at den må avvises av grunner som ikke kan avhjelpes, eller forkastes fordi grunnlaget er utilstrekkelig.

(2) I lagmannsretten og i Høyesteretts ankeutvalg må avgjørelse av begjæringen etter (1) være enstemmig.

### **Femte del - Gjennomgående bestemmelser**

#### **14. kapittel. Verdifastsettelse**

##### *§ 14-1 For hvilke saker verdien skal fastsettes*

(1) For saker om formuesverdier fastsettes verdien etter reglene i §§ 14-2 til 14-5.

(2) Reglene om verdifastsettelse får ikke anvendelse dersom saken for saksøkeren eller den ankende part gjelder ideelle interesser.

(3) Retten plikter av eget tiltak å ta stilling til verdien av tvistegjenstanden når verdien har betydning for domsmyndighet eller prosessform.

(4) Feil ved avgjørelsen av tvistegjenstandens verdi kan ikke brukes som ugyldighetsgrunn mot en dom.

##### *§ 14-2 Grunnlaget for verdifastsettelsen. Tilsidesettelse*

(1) Verdien av tvistegjenstanden settes til den verdi kravet har for saksøkeren på det tidspunkt kravet bringes inn i saken. Ved anke settes verdien til forskjellen mellom resultatet i underinstansen og den ankende parts krav når anken erklæres.

(2) Går påstanden ikke ut på et pengebeløp skal saksøkeren i stevningen til hjelp for retten verdsette tvistegjenstanden i penger. Tilsvarende gjelder ankende part ved anke.

(3) Retten er ikke bundet av verdiangivelsen.

(4) Retten kan beslutte å innhente bevis for verdien.

(5) Rettens verdifastsettelse kan ved anke settes til side hvis den er i strid med reglene i dette kapittel. Rettens fastleggelse av det faktiske grunnlag for verdifastsettelsen eller skjønnsmessige vurderinger av dette, kan ellers bare settes til side hvis det åpenbart er uriktig og må ha ledet til en vesentlig for høy eller lav verdifastsettelse.

##### *§ 14-3 Hva som inngår i verdifastsettelsen*

(1) Som tvistegjenstand regnes hele det krav saken gjelder, herunder også avkastning og erstatning for mislighold eller avsavn.

(2) Renter som er påløpt før kravet trekkes inn i saken, regnes bare med i verdifastsettelsen dersom rentekravet bestrides særskilt. Renter og saksomkostninger som er påløpt etter tidspunktet som legges til grunn for verdiberegningen i § 14-2(1), medregnes ikke.

(3) Flere krav mot samme eller flere saksøkte i samme sak legges sammen. Krav og motkrav legges ikke sammen.

##### *§ 14-4 Særlige beregningsregler*

(1) For ytelser som skal betales et ubestemt antall ganger, beregnes verdien til ti ganger den årlige ytelsen. Skal ytelsen betales et bestemt antall ganger, beregnes verdien ved å multiplisere ytelsen med antall ganger den skal ytes, men likevel ikke til mer enn ti ganger den årlige ytelsen. Er ytelsene ikke av samme størrelse, legges ytelsene for det siste året før saksanlegg til grunn for beregningen.

(2) For saker om panterett eller annen realsikkerhet, legges fordringens størrelse til grunn. Gjelder sikkerheten et mindre beløp enn fordringen, eller er sikkerheten mindre verd enn fordringen, legges bare det sikrede beløpet til grunn.

##### *§ 14-5 Verdiregler knyttet til G (folketrygdens grunnbeløp)*

(1) For de regler i denne loven som knytter angivelse av en verdi til G, menes folketrygdens grunnbeløp.

(2) Ved anvendelsen av verdiregler brukes folketrygdens grunnbeløp på det tidspunkt kravet bringes inn i saken. Ved anke brukes grunnbeløpets verdi på det tidspunkt anken fremsettes. Det tas ikke hensyn til eventuelle senere endringer av grunnbeløpet som gis tilbakevirkende kraft.

## 15. kapittel. Forening av krav og søksmål. Partshjelp

### § 15-1 Flere krav

(1) Saksøkeren kan i én sak fremsette flere krav mot samme saksøkte dersom

- (a) kravene hører under norsk domsmyndighet,
- (b) domstolen er rett verneting for ett av kravene, og
- (c) kravene kan behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme saksbehandlingsregler. Det er ikke til hinder for at flere krav fremsettes i saken, at retten på grunn av behandlingen av ett av kravene skal settes med meddommere eller flere fagdommere. Saken kan da deles etter § 15-6, om hensynet til omkostningene ved behandlingen eller andre hensyn tilsier det, slik at retten bare settes med meddommere eller flere fagdommere for de krav hvor dette er særskilt begrunnet.

(2) Saksøkte kan fremsette krav mot saksøkeren dersom vilkårene etter (1) (a) og (c) er oppfylt.

(3) Foretas endring etter (1) og (2) etter avsluttet saksforberedelse, gjelder i tillegg § 9-10 jf. § 9-16.

(4) Nektes et krav behandlet i saken, og kravet hører under norsk domsmyndighet, skal kravet behandles som egen sak hvis parten begjærer dette innen en frist som retten fastsetter. § 4-6 får tilsvarende anvendelse.

(5) For inndragning av nye krav i ankeinstansene gjelder § 11-4.

### § 15-2 Flere parter som saksøkere eller saksøkte

(1) Flere parter kan saksøke eller saksøkes i én sak dersom

- (a) vilkårene i § 15-1(1) (a) til (c) er oppfylt, og
- (b) ingen parter har innsigelser eller det er så nær sammenheng mellom kravene at de bør behandles i samme sak.

(2) Under saken kan en eller flere parter trekke inn krav mot tredjemann dersom vilkårene i § 15-1 (1) (a) og (c) og § 15-2(1) (b) er oppfylt.

(3) Retten kan nekte en part å trekke inn krav mot tredjemann etter (2) når dette i vesentlig grad vil forsinke eller vanskeliggjøre behandlingen av krav som allerede er gjort til gjenstand for søksmål. Etter avsluttet saksforberedelse gjelder i tillegg § 9-16 tilsvarende.

(4) § 15-1(4) gjelder tilsvarende.

(5) Bestemmelsen gjelder ikke for ankeinstansen. Erververen av det formuesgode saken gjelder kan likevel trekkes inn i ankesaken.

### § 15-3 Tredjemann trer inn som part

(1) Tredjemann kan tre inn som part i en sak dersom

- (a) vilkårene i § 15-1(1) (a) og (c) er oppfylt, og
- (b) tredjemann vil nedlegge selvstendig påstand om det som er tvistegjenstand i saken, eller det krav som fremmes har så nær sammenheng med det opprinnelige kravet at det bør behandles i saken.

(2) § 15-2(3) til (5) gjelder tilsvarende.

### § 15-4 Fremgangsmåte ved inndragning av nye krav og endringer i partsforhold

Endringer foretas ved prosesskriv eller i rettsmøte. Foretas endringen ved prosesskriv, skal det for endringen fylle kravene til stevning, jf. § 9-2. Retten bestemmer da om det skal kreves tilsvarende svar til endringen. Kreves tilsvarende svar, får reglene for tilsvarende svar og mangelfullt eller uteblitt tilsvarende svar anvendelse.

### § 15-5 Forholdet mellom flere parter på samme side

(1) Flere parter på samme side i et søksmål betraktes i forhold til motparten som selvstendige parter. Bevisføringen i saken tillegges betydning for alle parter.

(2) Dersom det må gis samme dom for alle parter, kommer prosesshandlinger fra en part andre parter på samme side til gode, selv om de strider mot deres prosesshandlinger.

### § 15-6 Oppdeling av forhandlinger og pådømmelse

(1) Retten kan bestemme at det skal forhandles særskilt om ett eller noen av flere krav i saken eller om ett eller flere tvistepunkter for et krav.

(2) Retten kan avgjøre særskilt ett eller noen av flere krav i saken eller en del av ett krav. Avgjørelsen av erstatningskrav eller andre krav hvor omfanget er omtvistet, kan deles slik at avgjørelsen av omfanget utsettes. Påstandsgrunnlag som ikke leder til avgjørelse av et krav, kan ellers bare avgjøres særskilt hvis begge parter samtykker.

(3) Avgjøres et krav særskilt og motparten har fremmet et krav mot dette som ikke avgjøres samtidig, kan avgjørelsen ikke fullbyrdes uten at det er bestemt av retten. Retten kan sette som vilkår for fullbyrdelse at det stilles sikkerhet.

### § 15-7 Forening av saker til felles behandling

Saker som reiser likeartete spørsmål, og som skal behandles med samme sammensetning av ret-

ten og etter hovedsakelig de samme saksbehandlingsregler, kan forenes til felles behandling og til felles avgjørelse. § 4-6(2) jf. domstoloven § 38 får anvendelse.

#### § 15-8 Partshjelp

(1) Partshjelp skal tillates for

- (a) den som har reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene parten vinner, og
- (b) organisasjoner og foreninger, samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser, i sak som ligger innenfor deres formål etter § 1-4.

(2) Partshjelp må erklæres i prosesskriv eller i rettsmøte før saken er rettskraftig avgjort. Erklæringen skal angi det som er grunnlaget for partshjelpen. Den meddeles partene med frist for å bestride partshjelpen. Bestrides den, avgjøres spørsmålet om retten til partshjelp ved kjennelse. En kjennelse som tillater partshjelp, kan ikke påankes. Avgjørelsen er bare bindende for behandlingen i instansen. Inntil det er avsagt kjennelse som nekter partshjelp, kan den som har erklært partshjelp utøve prosessuelle rettigheter etter (3) og (4).

(3) Partshjelperen trer inn i saken slik den da står. Partshjelperen kan foreta prosesshandlinger til fordel for den parten støtten skjer til fordel for. Prosesshandlingene må ikke stride mot partens.

(4) Hvor grunnlaget for partshjelp er (1)(b), er partshjelperens prosessuelle rettigheter begrenset til ivaretagelse av de interesser organisasjonen, foreningen eller organet har i de rettsspørsmål saken reiser. Partshjelperen kan da ikke anvende rettsmidler mot avgjørelsen av det krav som er reist i saken.

#### § 15-9 Prosessvarsel

(1) Hvis det er av betydning for parten å varsle tredjemann om saken, kan han varsle tredjemann ved prosesskriv, som forkynnes. Prosesskrivet skal inneholde de nødvendige opplysninger om saken og grunnen til varsløet.

(2) Er det av betydning for en som varsles etter (1), å varsle en annen, kan også han utferdige varsel etter (1).

### **16. kapittel. Prosesskriv**

#### § 16-1 Generelt om prosesskriv

(1) Partenes innlegg til retten om saken utenom rettsmøter skal skje i prosesskriv.

(2) Parter uten prosessfullmektig kan muntlig

inngi stevning, tilsvær, anke, begjæring om oppfriskning og begjæring om gjenåpning ved personlig oppmøte i retten. Retten setter prosesshandlingen opp som prosesskriv. For andre prosessfullmektiger enn advokater kan retten tillate slike muntlige prosesshandlinger. Hvis fremmøte for retten ikke lar seg gjøre eller er urimelig byrdefullt eller kostnadskreven, kan retten tillate at den muntlige henvendelsen skjer som fjernavhør. § 24-10(2) gjelder tilsvarende.

#### § 16-2 Utforming av prosesskriv

(1) Prosesskriv skal nevne

- domstolen,
- sakens nummer,
- partene,
- prosessfullmektigene, og
- de bilag som følger med og om de kreves unntatt fra innsynsrett etter § 18-4.

(2) Prosesskriv skal være signert.

(3) Prosesskriv skal tjene til å klarlegge tvistespørsmålene og redegjøre for partenes syn på behandlingen av saken.

(4) Prosesskriv skal utformes og ekspederes slik at hensynet til orden i kontakten mellom retten og partene ivaretas.

#### § 16-3 Innsendelse til retten

(1) Prosesskriv med bilag sendes elektronisk til retten. Ved midlertidig teknisk svikt kan prosesskrivet sendes på annen måte, men det må da ettersendes elektronisk så snart som mulig.

(2) Prosessfullmektig som ikke er advokat kan sende prosesskriv som papirdokument når retten tillater det. Selvprosederende parter kan alltid bruke papirdokumenter. Prosesskrivet må da sendes i så mange eksemplarer at retten kan beholde ett.

(3) Bevis som etter sin art vil miste vesentlig av bevisverdien om de sendes elektronisk, kan sendes på annen måte. Retten kan kreve at en elektronisk versjon av beviset sendes i tillegg.

#### § 16-4 Direktesending av prosesskriv

Mellom parter som er representert ved advokat, skal prosesskriv sendes direkte til motparten i samsvar med § 16-3 samtidig som det sendes til retten.



*§ 16-5 Forkynnelse av prosesskriv*

Retten sørger for at prosesskriv som innleder en sak, bringer nye krav inn i saken eller som angriper en rettslig avgjørelse, forkynnes for motparten.

**17. kapittel. Rettsmøter og rettsbøker  
I Rettsmøter***§ 17-1 Rettsmøter og fjernmøter*

(1) Partenes innlegg og kommunikasjon med retten skal skje i rettsmøte, når det ikke skjer i prosesskriv.

(2) Med fjernmøte menes et møte der ikke alle deltakerne er tilstede, men deltar ved hjelp av fjernmøteteknikk.

(3) Rettsmøter kan helt eller delvis holdes som fjernmøter når

- (a) det er særskilt bestemt, eller
- (b) partene samtykker i at rettsmøtet holdes som fjernmøte.

(4) Domstoladministrasjonen kan gi nærmere regler om fjernmøter, herunder om forsøksordning med bruk av fjernmøter under hovedforhandling og andre rettsmøter.

*§ 17-2 Innkalling av parter til rettsmøte*

(1) Retten forkynner innkalling til rettsmøte for parter med personlig møteplikt. Det samme gjelder hvis det vil utgjøre forfall i saken at parten uteblir. Til andre rettsmøter varsles partene på den måten retten finner hensiktsmessig.

(2) Parter med advokat som prosessfullmektig, innkalles ved advokaten. Parter uten advokat innkaller retten direkte. Det skal gis minst to ukers varsel, med mindre særlige hensyn tilsier en kortere frist.

(3) Parter med personlig møteplikt innkaller retten direkte, selv om parten har advokat. En part som er innkalt i samsvar med (2), kan pålegges å møte personlig med den varselfrist som gjelder for vitner etter § 17-3(2).

(4) Innkallingen skal angi saken og formålet med rettsmøtet, og gi parten de opplysninger som trengs for å overholde møteplikten. Den skal kort opplyse om eventuelle regler om møtegodtgjørelse, og om ansvaret ved å utebli.

*§ 17-3 Innkalling av vitner og sakkyndige til rettsmøte*

(1) Advokater sørger for å innkalle vitner deres

part skal føre, om ikke retten bestemmer noe annet. Retten kan pålegge parten selv eller prosessfullmektig som ikke er advokat, å foreta innkallingen. I andre tilfeller innkaller retten vitnene. Innkallingen forkynnes for vitner som skal ha møteplikt.

(2) Vitner skal om mulig gis én ukes varsel. Fristen kan innskrenkes til én dag dersom hensynet til rask behandling av saken gjør det påkrevd, eller det legges til rette for at vitnet kan avhøres uten å forsømme viktige gjøremål. Vitner som befinner seg i nærheten av rettsstedet eller et sted hvor fjernavhør kan foretas, plikter å møte straks om dette kan skje uten vesentlig ulempe for vitnet.

(3) Innkallingen skal inneholde opplysninger som bestemt for parter i § 17-2(4). For innkalling av vitner som har rett til å nekte å gi forklaring, gjelder dessuten § 27-3(2).

(4) Retten forkynner innkalling for sakkyndig som skal gi forklaring i rettsmøtet etter § 28-5(2) med en passende varselfrist.

*§ 17-4 Gyldig forfall*

(1) Gyldig forfall til et rettsmøte foreligger hvis sykdom eller andre hindringer utenfor vedkommendes kontroll gjør det umulig eller uforholdsmessig byrdefullt å møte. Det regnes også som gyldig forfall at en som ikke personlig er lovlig innkalt, var ukjent med rettsmøtet uten å kunne bebreides for dette, med mindre innkalling skjedde ved offentlig kunngjøring etter domstoloven § 181.

(2) For en part regnes hindring som nevnt i (1) første punktum ikke som gyldig forfall dersom parten har prosessfullmektig eller burde skaffet seg prosessfullmektig i tide, og det ikke er nødvendig av hensyn til sakens opplysning at parten møter personlig.

(3) En part har også gyldig forfall dersom prosessfullmektigen er hindret ved forhold som nevnt i (1) første punktum, og oppdraget ikke i tide burde vært overdratt til en annen.

(4) Den som har gyldig forfall til et rettsmøte, skal straks gi retten melding om dette.

*§ 17-5 Omberammelse eller utsettelse av rettsmøter ved forfall*

(1) En part som har gyldig forfall til et rettsmøte, kan kreve at møtet omberammes.

(2) Hvis en part har uteblitt fra et rettsmøte, og det er grunn til å tro at han har gyldig forfall, utsettes rettsmøtet inntil forfallsgrunnen er avklart. Er det ikke grunn til å tro at han har gyldig forfall, avgjøres saken ved kjennelse eller dom etter § 22-5 eller § 22-6. Er vilkårene for slik avgjørelse ikke

til stede, og saken heller ikke kan fremmes til realitetsbehandling i partenes fravær, berammes nytt rettsmøte.

#### *§ 17-6 Omberammelse i andre tilfeller*

(1) Retten kan omberamme rettsmøter når det er nødvendig for å sikre forsvarlig behandling eller tungtveiende grunner ellers taler for det. Ved avgjørelsen skal retten legge vekt på behovet for rask, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling.

(2) Omberammelse skal så vidt mulig skje til et bestemt tidspunkt.

## **II Rettsbøker**

#### *§ 17-7 Førings av rettsbok*

I rettsmøte skal det føres rettsbok i samsvar med § 17-8. Innholdet av forklaringer skal fremgå av rettsboka i den utstrekning det er bestemt i §§ 17-9 til 17-11.

#### *§ 17-8 Rettsbokas innhold*

- (1) Rettsboka skal angi
- (a) domstolen, tiden og stedet for møtet, domstolens og partenes navn, sakens nummer og møtets tema,
  - (b) om partene møter personlig, hvem som møter for dem, navnene på vitner og sakkyndige,
  - (c) de påstander partene nedlegger,
  - (d) begjæringer og innsigelser om saksbehandlingen, og
  - (e) rettslige avgjørelser og pålegg som gis i møtet, med mindre disse utferdiges som selvstendige dokumenter.

(2) Forhandlingens gang nedtegnes etter hvert. En part som fremsetter et forlikstilbud kan kreve det inntatt i rettsboka.

(3) Nedtegning kan skje ved henvisning til tidligere rettsbok eller til vedlagte dokumenter. Møter en part ved prosessfullmektig, kan retten kreve at de påstander og begjæringer som fremsettes, skal settes opp slik at de kan vedlegges rettsboka.

(4) Rettsboka signeres av rettsformannen og protokollføreren.

#### *§ 17-9 Opptak av parts- og vitneforklaringer under hovedforhandling*

(1) Under hovedforhandling skal det foretas opptak av parts- og vitneforklaringer.

(2) Opptak kan unnlates når det foretas innføring av forklaringene i rettsboka, jf. § 17-10,

og i saker som behandles etter reglene i kapittel 10.

(3) Den som skal avhøres skal varsles om at forklaringen blir tatt opp.

(4) Partene har samme rett til utlån av opptak som til innsyn i rettens øvrige prosessmateriale. Samme rett har den hvis forklaring er tatt opp.

(5) Skal opptaket skrives ut, avgjør retten om den skal forestå dette eller om det skal overlates til partene i saken.

(6) Opptaket arkiveres sammen med saken. Domstoladministrasjonen kan gi nærmere regler om opptaket.

#### *§ 17-10 Innføring i rettsboka av forklaringer under hovedforhandling*

(1) Under hovedforhandling for tingrett eller for lagmannsrett, kan retten beslutte at hovedpunkter i parts- og vitneforklaringer skal innføres i rettsboka. Dersom det ikke foretas opptak etter § 17-9, skal det skje slik innføring i rettsboka.

(2) Retten avgjør om innføring i rettsboka skal skje under parts- og vitneforklaringen eller etter hovedforhandlingen. Nedtegningen gjøres så detaljert som retten finner grunn til.

(3) De nedtegnede forklaringene sendes partene i saken

#### *§ 17-11 Parts- og vitneforklaringer utenfor hovedforhandling*

(1) Når det avgis forklaring fra parter, vitner eller sakkyndige for å sikre bevis utenfor hovedforhandling, skal forklaringen innføres i rettsboka og leses opp til vedtakelse.

(2) Retten kan i stedet for innføring av forklaringen, beslutte opptak. § 17-9 får tilsvarende anvendelse.

(3) Andre forklaringer fra parter, vitner og sakkyndige innføres i rettsboka i den utstrekning retten finner grunn til det.

## **18. kapittel. Offentlighet og innsynsrett**

#### *§ 18-1 Partenes innsynsrett*

(1) Partene har rett til innsyn i prosesskriv, rettsbøker, rettslige avgjørelser og andre dokumenter i saken ved domstolen, og kan forlange kopi av dem eller få dem tilsendt elektronisk.

(2) Innsynsretten gjelder ikke for rettens interne dokumenter.

(3) Den som har begrunnet behov i egen retts-

stilling har samme rett til innsyn som partene i saken etter (1) og (2).

### § 18-2 Allmennhetens innsynsrett

#### Flertallet:

Allmennheten har rett til innsyn i

- (a) rettsbøker og rettsavgjørelser,
- (b) sluttinnlegg etter § 9-10,
- (c) skriftlige innlegg etter § 9-9(2) til (4), § 11-16(3) til (5) eller § 12-10(2) og (4), og
- (d) skriftlige bevis som er ført slik at retten kan bygge sin avgjørelse på dem.

#### Mindretallet:

Med de begrensninger som følger av §§ 18-3 og 18-4, har allmennheten samme rett til innsyn i sakens dokumenter som partene.

### § 18-3 Unntak fra allmennhetens innsynsrett i rettsbøker og rettsavgjørelser

(1) Retten til innsyn i rettsavgjørelser gjelder bare så langt det ikke gjelder forbud mot offentlig gjengivelse. Dersom det gjelder slikt forbud og avgjørelsen ikke er eldre enn fem år, er det rett til innsyn i avgjørelsens slutning. Innsyn i rettsboka kan kreves hvis den ikke er ført i rettsmøte for lukkede dører, eller offentlig gjengivelse av den protokollerte forhandlingen eller rettsboka er forbudt.

(2) Når det er betenkelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat å gi innsyn, eller når det er grunn til å frykte at kunnskapen vil bli nyttet på urettmessig vis, kan innsyn bare gis i domsslutningen. Det samme gjelder når retten har gitt pålegg om hemmelighold.

### § 18-4 Unntak fra allmennhetens innsynsrett i andre saksdokumenter

(1) Retten til innsyn i saksdokumentene gjelder ikke for

- (a) saker etter ekteskapsloven,
- (b) saker etter barneloven,
- (c) saker mellom ektefeller eller fraskilte om fordeling eller tildeling av formuen, eller
- (d) saker etter denne lov kapittel 33.

Retten kan ved særlige grunner beslutte at innsyn helt eller delvis skal gis. Det samme gjelder i tilsvarende saker mellom personer som er eller har vært samboere.

(2) Innsyn i saksdokumentene skal ikke gis når

- (a) hensynet til statens forhold til en fremmed stat krever det,

(b) hensynet til privatlivets fred eller til strengt personlige forhold krever det,

(c) når særlige forhold gir grunn til frykt for at offentlighet vil vanskeliggjøre sakens opplysning og det derfor er påkrevd å nekte innsyn, eller

(d) i krigstid når hensynet til militære operasjoner eller militære avdelingers sikkerhet eller andre særlige grunner krever det.

(3) Retten skal nekte innsyn i bevis som kan kreves ført for lukkede dører etter kapittel 25 om

(a) drifts- eller forretningshemmeligheter,

(b) opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat,

(c) forhold undergitt lovbestemt taushetsplikt,

(d) rettsforhandlinger hvor det er gitt pålegg om hemmelighold, eller

(e) betroelser til særlige yrkesutøvere.

(4) Innsyn i psykiatriske erklæringer kan bare gis i den utstrekning det er fastsatt ved forskrift av Kongen.

(5) Når vesentlige deler av sakens dokumenter er unntatt fra innsynsrett, kan innsyn også nektes i det øvrige når det ellers vil gi et åpenbart misvisende bilde av saken.

### § 18-5 Tidspunktet for allmennhetens innsynsrett

#### Flertallet:

(1) Har en part krevet unntak fra innsynsrett, kan retten bestemme at avgjørelse av innsynsspørsmålet skal utstå, men ikke lenger enn til avsigelsen av den dom eller kjennelse som avgjør saken. I tvilstilfelle bør retten normalt la spørsmålet utstå til hovedforhandlingen. Er et bevis ført i åpent rettsmøte, kan retten ikke lenger utsette avgjørelsen av innsynsrett etter denne bestemmelsen.

(2) I saker som avgjøres etter skriftlig behandling, inntreter retten til innsyn når saken er avgjort i instansen.

#### Mindretallet:

Har en part krevet unntak fra innsynsrett, kan retten bestemme at avgjørelse av innsynsspørsmålet skal utstå, men ikke lenger enn til avsigelsen av den dom eller kjennelse som avgjør saken. I tvilstilfelle bør retten normalt la spørsmålet utstå til hovedforhandlingen. Er et bevis ført i åpent rettsmøte, kan retten ikke lenger utsette avgjørelsen av innsynsrett etter denne bestemmelsen.

### § 18-6 Saksbehandling ved tvist om innsyn

(1) Retten plikter bare å ta stilling til om innsyn skal nektes når det begjæres av en part. Retten skal likevel av eget tiltak ta stilling til om inn-

syn skal nektes når det av hensyn til andre enn sakens parter kan gjelde regler om taushetsplikt eller taushetsrett.

(2) Retten til innsyn bedømmes i forhold til hvert enkelt dokument eller del av dokument.

(3) Avgjørelse om å nekte innsyn etter § 18-3 og § 18-4 treffes ved kjennelse. Avgjørelse om å nekte innsyn etter § 18-4(1) treffes ved beslutning. Ved anke over avgjørelsen, gis det ikke innsyn før anken er avgjort.

(4) Ved innsending av prosesskriv skal det angis om bilagene, helt eller for deler, er unntatt fra innsynsrett. Inntil retten på begjæring fra andre enn partene har avgjort spørsmålet etter denne bestemmelsen, skal det ikke gis innsyn.

#### § 18-7 Forskrift om innsyn

Kongen kan gi forskrifter om gjennomføring av innsynsrett etter dette kapitlet.

### 19. kapittel. Stansning

#### § 19-1 Virkningen av stansning

(1) Ved stansning avbrytes behandlingen midlertidig. Frister opphører å løpe. Prosesshandlinger kan bare foretas med rettens samtykke.

(2) Stansning er ikke til hinder for at retten avgjør krav der forhandlingene er avsluttet før stansningen.

#### § 19-2 Stansning etter loven

- (1) Saken stanser fra det tidspunkt
- domstolens virksomhet avbrytes av krigstilstand eller av andre grunner,
  - en part eller lovlig stedfortreder dør, hvis ikke parten har prosessfullmektig, eller
  - saksøkerens bo blir tatt under konkursbehandling og tvistegjenstanden inngår i bomassen.

(2) En sak som er stanset etter (1)(a), bringer retten i gang når domstolen trer i funksjon. En sak som er stanset etter (1)(b) og (c) bringer retten i gang på begjæring fra rette vedkommende eller motparten.

#### § 19-3 Avtalt stansning

(1) Partene kan én gang under sakens behandling avtale stansning i minst seks måneder. Avtalen får virkning når retten har mottatt den.

(2) Retten bringer saken i gang på begjæring fra en part.

#### § 19-4 Stansning i andre tilfeller

(1) Retten skal stanse saken på begjæring fra en part dersom utfallet helt eller delvis avhenger av et rettsforhold som vil bli bindende avgjort i en annen sak.

(2) Retten kan stanse saken dersom tungtveiende grunner ellers taler for det. Det legges vekt på behovet for hurtig, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling.

(3) Avgjørelse om stansning etter (1) og (2) treffes ved kjennelse. Virkningen av stansning inntreer når kjennelsen er avsagt.

(4) Retten bringer saken i gang når behandlingen kan fortsette.

#### § 19-5 Heving av stanset sak

En sak som kan bringes i gang igjen på begjæring, heves når den har vært stanset i to år.

### 20. kapittel. Virkninger av søksmål mv.

#### § 20-1 Virkningen av saksanlegg (litispendens)

Reises det ny sak mellom samme parter om et krav som allerede er tvistegjenstand, skal retten avvise den. Dette gjelder også søksmål for utenlandske domstoler dersom avgjørelsen der vil ha rettskraftvirkning i Norge etter § 21-14.

#### § 20-2 Når den prosessuelle virkningen av saksanlegg inntreer og opphører

(1) Virkningen av saksanlegg etter § 20-1 inntreer når forliksklage er innkommet til forliksrådet eller når stevning er innkommet til retten. Det samme gjelder krav som etter § 15-4 inndras ved prosesskriv. For krav som fremsettes i rettsmøte inntreer virkningen når kravet fremsettes. For krav som begjæres pådømt i straffesak etter straffeprosessloven kapittel 29, inntreer virkningen når begjæringen er innkommet til påtalemyndigheten eller retten.

(2) Virkningen av saksanlegg etter § 20-1 opphører når saken er rettskraftig avgjort.

(3) Når det følger av lov eller bestemmelse gitt i medhold av lov, at behandling av saken i en nemnd avskjærer søksmål for domstolene, kan søksmål likevel anlegges hvis nemnda ikke har avgjort saken innen seks måneder uten at det kan bebreides saksøkeren. I så fall innstilles behandlingen i nemnda.

### § 20-3 Når andre virkninger av saksanlegg inntreer og opphører

(1) De virkninger som følger av annen lovgivning av at søksmål er reist, inntreer når prosesskrivet som reiser saken eller inndrar kravet er sendt slik at fristen er avbrutt etter domstoloven § 146 eller § 146a. For krav som fremsettes i rettsmøte inntreer virkningen når kravet fremsettes.

(2) Når foreldelse er avbrutt ved forliksklage, opphører denne virkningen dersom stevning ikke er sendt til retten innen ett år fra forliksrådet innstilte behandlingen av saken.

(3) Hvis søksmålet avvises eller ellers ender uten dom og saksøkeren ikke er vesentlig å bebreide for dette, er virkningen etter (1) fortsatt i kraft hvis kravet reises i nytt søksmål innen tre måneder fra kjennelsen ble forkynt for saksøkeren. Mot oversittelse av tre måneders fristen kan det ikke gis oppfriskning.

### § 20-4 Frafall av søksmål

(1) Når stevningen eller prosesskriv som trekker nytt krav inn i saken er forkynt for motparten, eller krav er fremsatt i rettsmøte, kan kravet trekkes fra behandling inntil rettens avgjørelse er truffet, dersom kravet oppgis. Motparten kan kreve at saken tas opp til rettslig avgjørelse etter § 9-7.

(2) Kravet kan trekkes fra behandling uten at det oppgis hvis motparten

- (a) samtykker i dette,
- (b) ikke har inngitt tilsvarende svar, eller
- (c) har påstått behandlingen av kravet avvist.

(3) Ved behandling i forliksrådet kan kravet alltid trekkes fra videre behandling inntil kravet er avgjort av forliksrådet.

(4) Ny sak om kravet kan ikke reises før saksomkostninger tilkjent motparten er betalt.

## 21. kapittel. Rettslige avgjørelser I Form og fremgangsmåte

### § 21-1 Dommer, kjennelser og beslutninger

(1) Ved dom treffes avgjørelse av

- (a) krav som er tvistegenstand i søksmål, eller
  - (b) anke over dom.
- (2) Ved kjennelse treffes avgjørelser
- (a) som avviser en sak fordi vilkår for å behandle den ikke er oppfylt,
  - (b) som hever en sak som bortfaller uten realitetsavgjørelse,
  - (c) av anke over kjennelse eller beslutning,
  - (d) ved tvist om bevis, eller

(e) som etter loven skal treffes i denne form.

(3) Ved beslutning treffes avgjørelser om

- (a) saksbehandlingen som ikke etter loven krever kjennelse, eller
- (b) å samtykke til eller nekte anke.

(4) At en avgjørelse er truffet i uriktig form, er uten betydning for dens rettsvirkninger eller for adgangen til overprøving. Ved anke følges reglene for den avgjørelsestype som skulle vært benyttet.

### § 21-2 Rettens sammensetning. Forberedende dommers kompetanse

(1) En avgjørelse som treffes på grunnlag av et rettsmøte, skal treffes av de dommere som har deltatt i rettsmøtet.

(2) Avgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen treffes av forberedende dommer. Er forberedende dommer avskåret fra raskt å treffe avgjørelsen, kan avgjørelsen treffes av domstolens leder eller en annen dommer som domstollederen utpeker. Forberedende dommer i saker for Høyesterett kan henvise avgjørelsen til Høyesteretts ankeutvalg.

(3) Forberedende dommer i ankesaker kan ikke treffe avgjørelse om å

- (a) avvise anken,
- (b) heve anken eller saken i et tilfelle hvor det er tvist om dette,
- (c) oppheve den påankete avgjørelsen, eller
- (d) samtykke til eller nekte anke.

### § 21-3 Rådslagning og avstemning

(1) I saker som behandles muntlig av domstoler med flere dommere, skal dommerne så snart som mulig etter rettsmøtet rådslå om avgjørelsen. Når meddommere deltar, rådslås i møte med alle dommere til stede.

(2) I enhver sak kan en dommer kreve avsluttende rådslagning i møte med alle dommere til stede. Meddommere skal gjøres kjent med denne retten.

(3) Det stemmes særskilt for hvert krav eller prosessuelt rettsforhold som skal avgjøres. Er det flere grunner for å avvise, heve eller stanse en sak, for å oppheve en anket avgjørelse eller for å begjære oppfriskning eller gjenåpning, stemmes det særskilt over hver grunn. En dommer som er overstemt i et spørsmål som gjelder saksbehandlingen, skal ta del i de følgende avstemninger som saken gir grunn til.

(4) Hver avgjørelse treffes ved stemmeflertall hvis ikke annet er bestemt ved lov. Står stemmene likt, gjør rettsformannens stemme utslaget. Er det

ikke flertall for noe resultat når pengebeløp eller andre størrelser skal fastsettes, legges stemmene for høyere beløp eller størrelser sammen med stemmene for de nærmest følgende til det blir flertall.

#### *§ 21-4 Avsigelse*

(1) En rettslig avgjørelse er bindende for retten når den er avsagt.

(2) Avgjørelsen er avsagt skriftlig når alle rettsmedlemmer har signert den. Rettsformannen, eller en fagdommer denne utpeker, signerer til slutt.

(3) Avgjørelsen er avsagt muntlig når den er opplest i rettsmøte. Retten kan innkalle partene til eget rettsmøte for muntlig avsigelse av avgjørelsen.

(4) Avgjørelser av Høyesterett i saker behandlet muntlig, avsies ved muntlig avstemning. Den er avsagt når rettsformannen som siste dommer har stemt.

(5) I saker med én dommer skal avgjørelsen avsies senest to uker, og i saker med flere dommere senest fire uker, etter at forhandlingene ble avsluttet, med mindre saken er så arbeidskrevende at dette ikke er mulig. Hvis fristen overskrides, skal årsaken oppgis i avgjørelsen. I saker som behandles muntlig skal retten ved forhandlingens avslutning meddele partene når avgjørelsen kan forventes avsagt.

#### *§ 21-5 Forkynnelse og meddelelse*

(1) Dommer, kjennelser og de beslutninger som avslutter saken, forkynnes for partene. Andre beslutninger meddeles dem.

(2) Avgjørelser som avsies muntlig er forkynt for de parter som er innkalt. Når en avgjørelse forkynnes ved opplesning for parter som er til stede i rettsmøte, kan en muntlig fremstilling av hovedpunktene i avgjørelsesgrunnene tre i stedet for opplesning av disse. Utskrift av avgjørelsen skal meddeles partene senest dagen etter at den er avsagt.

## **II Avgjørelsens innhold**

#### *§ 21-6 Utforming og begrunnelse*

(1) Rettens avgjørelser skal angi domstolen, tiden og stedet for avsigelsen, rettens medlemmer, partene og sakens nummer.

(2) Avgjørelsen skal være skriftlig og signert av rettens medlemmer. Om adgang til etterfølgende

utforming av domsgrunnene i saker etter småkravsprosess, gjelder § 10-4(3).

(3) Det skal opplyses om avgjørelsen er enstemmig. Hvis det ikke er tilfelle, opplyses hvem som er uenig og hvilke punkter uenigheten gjelder.

(4) Dommer og kjennelser skal begrunnes. Begrunnelsen skal omfatte

- (a) saksfremstilling,
- (b) partenes påstander med påstandsgrunnlag, og
- (c) rettens vurdering.

(5) Saksfremstillingen og redegjørelsen for påstandsgrunnlagene skal konsentrert beskrive det rettsforhold som er tvistegenstand, sakens bakgrunn og partenes rettslige og faktiske anførsler så langt det er nødvendig for å forklare avgjørelsen. Deretter gjør retten rede for den bevisvurdering og rettsanvendelse avgjørelsen er bygget på. Overordnede domstoler kan i sin begrunnelse henholde seg helt eller delvis til de underordnede domstolars begrunnelse i saken.

(6) Avgjørelser av Høyesterett som avsies ved muntlig avstemning, begrunnes ved dommernes stemmegivning.

(7) Dommer og kjennelser skal inneholde en slutning som nøyaktig angir resultatet for de avgjørelser som treffes.

#### *§ 21-7 Oppfyllelsesfrist*

(1) Retten skal fastsette en frist regnet fra forkynnelsen for å oppfylle forpliktelser som kan fullbyrdes når avgjørelsen er avsagt. For pengeforpliktelser skal fristen være to uker med mindre kravet forfaller senere.

(2) For øvrig fastsetter retten en frist regnet fra avgjørelsen er rettskraftig dersom rettsmidelfristen ikke gir tilstrekkelig tid til å oppfylle pålegget.

(3) Hvis en forpliktelse er betinget, fastsetter retten hvilken betingelse som må inntre før avgjørelsen kan fullbyrdes.

## **III Retting, tilleggsdom og omgjøring**

#### *§ 21-8 Retting av feil*

(1) Retten kan beslutte å rette en avgjørelse som på grunn av skrive- eller regnefeil, misforståelse, forglemmelse eller liknende klar feil har fått en utforming som ikke stemte med rettens mening.

(2) Retten plikter å behandle en begjæring om retting som fremsettes før avgjørelsen er rettskraftig. Beslutning om retting skal så vidt mulig treffes av den dommer som avsa avgjørelsen. Hadde retten flere medlemmer, kan formannen treffe avgjø-

relsen dersom det ikke er tvil om hvordan rettingen skal utføres.

(3) Beslutning om retting skal tilføyes avgjørelsen slik at det fremgår hva som er rettet. § 21-5(1) gjelder tilsvarende.

(4) At avgjørelsen rettes, eller begjæres rettet, er uten betydning for ankefristen.

#### *§ 21-9 Tilleggsavgjørelse*

(1) Er det ikke truffet avgjørelse om noe som skulle vært avgjort, kan tilleggsavgjørelse avsies dersom begjæring om dette fremsettes innen en måned. § 21-8(2) andre og tredje punktum og (3) gjelder tilsvarende.

(2) Ved begjæring om tilleggsavgjørelse stopper ankefristen. Blir tilleggsavgjørelse avsagt, løper en ny ankefrist. Blir begjæringen ikke tatt til følge, fortsetter fristen sitt løp.

#### *§ 21-10 Omgjøring*

(1) Beslutninger og saksstyrende kjennelser kan omgjøres av den rett som har avsagt dem hvis hensynet til lovens formål tilsier det, og omgjøring ikke er uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen. Avgjørelser under saksforberedelsen er ikke bindende ved hovedforhandlingen eller annet rettsmøte hvor saken avgjøres.

(2) En kjennelse avsagt av rettsmiddelinstanten i spørsmål som gjelder saksbehandlingen ved overordnet domstol, er ikke bindende ved senere avgjørelser om samme spørsmål i rettsmiddelinstanten.

(3) En avgjørelse av overordnet domstol kan bare fravikes hvis det foreligger vesentlig nye opplysninger.

(4) Retten kan foreta omgjøring av eget tiltak eller etter begjæring fra en part. Retten behandler bare en begjæring om omgjøring hvis den finner grunn til det. Avgjørelse om ikke å foreta omgjøring treffes ved beslutning også om den første avgjørelsen er en kjennelse.

### **IV Tvangskraft og rettskraft**

#### *§ 21-11 Fullbyrdelse*

(1) Rettslige avgjørelser som pålegger noen en plikt til å foreta, unnlate eller tåle en handling, kan fullbyrdes etter reglene i tvangsfullbyrdesloven.

(2) En avgjørelse som pålegger andre enn partene plikt til å gi forklaring eller forsikring, utlevere bevis eller gjøre tjeneste som sakkyndig, kan ikke fullbyrdes før den er rettskraftig.

(3) Angripes en tvangskraftig avgjørelse med rettsmidler, kan retten på begjæring beslutte at adgangen til å fullbyrde eller håndheve avgjørelsen helt eller delvis skal utsettes til spørsmålet er avgjort. Retten kan beslutte sikkerhetsstillelse som vilkår for å gjennomføre eller utsette fullbyrdelsen.

(4) Beslutning om å utsette fullbyrdelsen etter (3) treffes av den domstol som behandler saken. Avgjørelsen kan omgjøres av overordnet domstol hvis saken bringes inn for den.

#### *§ 21-12 Når en avgjørelse er rettskraftig*

(1) En avgjørelse er rettskraftig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler. Tidspunktet for rettskraften bedømmes særskilt for hvert enkelt krav som behandles i samme sak.

(2) Angripes en rettskraftig avgjørelse ved rettsmidler, kan den rett som avgjørelsen bringes inn for, på begjæring beslutte at rettskraften foreløpig skal bortfalle.

#### *§ 21-13 Hva rettskraft innebærer*

(1) En rettskraftig avgjørelse er bindende for partene. Avgjørelsen er dessuten bindende for andre som på grunn av sitt forhold til parten ville være bundet av en tilsvarende avtale om tvistegjengenstanden.

(2) En rettskraftig avgjørelse av et krav skal uten realitetsbehandling legges til grunn i en ny sak hvor retten tar standpunkt til samme krav.

(3) Retten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort, med mindre saksøkeren på grunn av tvist om avgjørelsens bindende virkning eller andre særlige forhold likevel har søksmålsinteresse etter § 1-3.

#### *§ 21-14 Rettskraft for utenlandske avgjørelser*

(1) Rettskraftige avgjørelser av sivile krav i en fremmed stat truffet av dens domstoler eller forvaltningsmyndigheter eller ved rettsforlik eller voldgift, har rettskraft også i Norge i den utstrekning det er bestemt ved lov eller overenskomst med vedkommende stat.

(2) Rettskraftige avgjørelser av sivile krav truffet av utenlandsk domstol har rettskraft i Norge dersom domsmyndighet er vedtatt i samsvar med § 4-5 for et bestemt søksmål eller for de søksmål som springer ut av et bestemt rettsforhold.

(3) Avgjørelser som nevnt i (1) og (2) anerkjennes ikke dersom dette ville stride mot ufravikelige rettsregler eller virke støtende på rettsordenen.

## 22. kapittel. Forsømmelser i rettergang

### § 22-1 Mangelfull prosesshandling

(1) Har en prosesshandling mangler som kan avhjelpes, setter retten frist for retting og gir nødvendig veiledning med opplysning om følgene av at retting ikke foretas.

(2) En part som er sterkt å bebreide, gis adgang til retting bare hvis tungtveiende grunner taler for det.

(3) Rettes prosesshandlingen, regnes den som riktig fra det tidspunkt den først ble foretatt.

(4) En prosesshandling som fortsatt ikke oppfyller nødvendige vilkår for å foreta den, skal avvises eller tilbakevises med mindre mangelen skyldes forhold den annen part bør ha risikoen for.

### § 22-2 Unnlatt prosesshandling.

(1) Er en prosesshandling ikke foretatt i tide, og unnlatsen utgjør forfall i saken etter § 22-3 eller § 22-4, kan parten ved oppfriskning etter reglene i §§ 22-8 til 22-10, tillates å foreta prosesshandlingen og fortsette saken i samme stilling som før forsømmelsen.

(2) Oppfriskning kan begjæres før retten har avsagt kjennelse om avvisning etter § 22-5 eller forfallsdom etter § 22-6, eller som rettsmiddel mot avgjørelsen etter § 22-7. Har retten grunn til å tro at unnlatsen skyldes gyldig forfall, skal parten først gis adgang til å begjære oppfriskning.

(3) Selv om unnlatsen ikke utgjør forfall i saken, kan retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket. Om endringer av saken etter avsluttet saksforberedelse, gjelder § 9-10, jf. § 9-16.

### § 22-3 Fristforfall og fristforelegg

(1) Det utgjør forfall i saken at en part oversiter fristen for

- (a) betaling av rettsgebyr og nødvendige sideutgifter etter rettsgebyrloven,
- (b) sikkerhetsstillelse etter § 23-11,
- (c) skriftlig tilsvare i søksmål etter § 9-3,
- (d) anke eller andre rettsmidler, eller
- (e) første innlegg i skriftlig ankesak etter § 11-16(5) og § 12-10(4).

(2) Har en part unnlatt å foreta en annen prosesshandling som er av vesentlig betydning for motparten eller nødvendig for forsvarlig behandling av saken, kan retten ved forelegg til parten bestemme at det vil utgjøre forfall i saken om prosesshand-

lingen ikke foretas innen en bestemt angitt siste frist. Skal prosesshandlingen foretas etter krav fra motparten, utstedes forelegg bare etter begjæring fra denne.

(3) Hvis plikten til å foreta prosesshandlingen blir bestridt, utstedes fristforelegg ikke før plikten er bindende fastslått.

(4) Fristforelegget forkynnes for den som har fristen og meddeles i tillegg en part som har prosessfullmektig.

### § 22-4 Møteforfall

(1) Det utgjør forfall i saken at en part ikke møter ved

- (a) rettsmøter for sluttbehandling av saken, eller
- (b) rettsmøte for muntlig tilsvare etter § 9-5(1).

(2) For andre rettsmøter kan retten hvis det er særlig viktig at partene deltar, beslutte at det vil utgjøre forfall i saken om de ikke møter.

(3) En part som er pålagt personlig møteplikt, har forfall selv om det møter prosessfullmektig.

- (4) (1) til (3) gjelder tilsvarende hvis en part
  - (a) forlater møtet uten rettens tillatelse,
  - (b) nekter å forhandle om det som er tema for møtet,
  - (c) fratras ordet eller vises ut etter domstolloven § 133, eller
  - (d) i strid med pålegg etter § 3-2 ikke møter med prosessfullmektig.

### § 22-5 Avvisning ved forfall

(1) Har saksøkeren forfall og retten ikke gir oppfriskning, avvises saken. Skyldes utfallet annen forfallsgrunn enn § 22-3(1)(a) eller (b), kan det heller ikke reises ny sak om kravet.

(2) Avvisning ved annen forfallsgrunn enn § 22-3(1)(d), forutsetter at saksøkeren er gjort kjent med følgene.

(3) (1) og (2) gjelder tilsvarende ved forfall fra ankende part eller den som ellers har begjært rettergangsskrittet.

### § 22-6 Forfallsdom

(1) Har saksøkte forfall og retten ikke gir oppfriskning, kan saken avgjøres ved forfallsdom. Forfallsdom kan ikke avsies i saker hvor offentlige hensyn medfører at saksøktes rådighet i rettsforholdet er begrenset, jf. § 5-3.

(2) Forfallsdom avsies etter begjæring fra saksøkeren hvis denne kan gis medhold fullt ut eller i det vesentlige. Dommen skal bygge på saksøkerens påstandsgrunnlag etter § 5-2 når dette er



meddelt saksøkte og ikke fremtrer som åpenbart uriktig. § 22-5(2) gjelder tilsvarende for saksøkte.

(3) Avgjørelser som avviser eller forkaster en begjæring om forfallsdom, treffes ved kjennelse.

(4) (1) til (3) gjelder tilsvarende ved forfall fra ankemotparten eller andre som kravet er rettet mot.

#### *§ 22-7 Rettsmidler mot avgjørelser etter § 22-5 og § 22-6*

(1) En avvisningskjennelse eller forfallsdom kan angripes ved begjæring om oppfriskning.

(2) Har retten samtidig forkastet en begjæring om oppfriskning, kan avgjørelsen i stedet ankes med påstand om oppfriskning etter § 22-8. Anken behandles etter reglene for anke over kjennelser.

(3) Saksomkostningsavgjørelsen kan ankes særskilt etter § 23-9(3).

#### *§ 22-8 Vilkårene for oppfriskning*

(1) Oppfriskning skal gis en part som hadde gyldig forfall etter (2), og ikke kan bebreides for å ha unnlatt å søke fristen forlenget eller rettsmøtet omberammet i tide. Er saken avgjort etter § 22-5 eller § 22-6, skal oppfriskning dessuten gis når avgjørelsen er avsagt med urette.

(2) Det er gyldig fristforfall når hindringer utenfor partens kontroll gjør det umulig eller uforholdsmessig byrdefullt å foreta prosesshandlingen i tide. Om gyldig møteforfall gjelder § 17-4.

(3) I andre tilfeller kan oppfriskning gis om det ville være urimelig å nekte parten videre behandling av saken på grunn av forsømmelsen. Ved avgjørelsen legges særlig vekt på forsømmelsens karakter, partens interesse i å foreta prosesshandlingen og hensynet til motparten.

#### *§ 22-9 Fristen for å begjære oppfriskning*

(1) Fristen for å begjære oppfriskning er én måned.

(2) Er saken avgjort etter § 22-5 eller § 22-6, løper fristen fra forkynnelsen. Det kan gis oppfriskning mot oversittelse av fristen.

(3) Er saken ikke avgjort, løper fristen fra forsømmelsen ble begått. Det kan da ikke gis oppfriskning for oversittelse av fristen.

#### *§ 22-10 Behandlingen av begjæring om oppfriskning*

(1) Begjæring om oppfriskning avgjøres av den domstol saken vil høre under om begjæringen tas

til følge. Begjæringen må grunngis, og behandles for øvrig etter reglene for anke over kjennelser så langt disse passer. Samtidig må den forsømte prosesshandlingen foretas hvis dette er mulig.

(2) En kjennelse som tillater oppfriskning kan bare ankes på grunn av feil ved lovanvendelsen eller saksbehandlingen.

## **23. kapittel. Saksomkostninger**

### *§ 23-1 Virkeområdet*

(1) Kapitlet gjelder parters krav på erstatning for saksomkostninger i rettssaker.

(2) Reglene om parter gjelder tilsvarende for partshjelpere. Partshjelpere i § 15-8(1) (b) kan likevel bare tilkjennes erstatning hvis særlige grunner tilsier det.

(3) Erstatning etter kapitlet kan bare kreves når det er bestemt eller er avtalt.

(4) For partenes plikt til å betale utgifter til det offentlige for et rettergangsskritt, gjelder rettsgebyrloven.

### *§ 23-2 Saksomkostninger til part som har vunnet*

(1) En part som har vunnet saken har krav på full erstatning for sine saksomkostninger fra motparten.

(2) Saken er vunnet hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige, eller motpartens sak er avvist eller hevet fordi den er frafalt eller ikke hører under domstolene. Gjelder saken flere krav mellom samme parter, er det samlede utfallet avgjørende.

(3) Motparten kan helt eller delvis fritas for erstatningsansvaret hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig. Det legges særlig vekt på

- (a) om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget, eller
- (b) om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud.

### *§ 23-3 Saksomkostninger til part som har fått medhold av betydning*

En part som uten å vinne saken etter § 23-2 har fått medhold av betydning, kan helt eller delvis tilkjennes saksomkostninger av motparten hvis tungtveiende grunner tilsier det. Det legges foruten momentene nevnt i § 23-2(3) annet punktum, særlig vekt på i hvilken grad parten har fått medhold og hvilken andel av saksomkostningene som knytter seg til denne delen av saken.

### § 23-4 Saksomkostninger uavhengig av utfallet

En part kan uavhengig av sakens utfall helt eller delvis tilkjennes saksomkostninger

- (a) når saken er reist uten fyldestgjørende grunn, og parten snarest godtar kravet,
- (b) når saken heves på grunn av forhold utenfor partens kontroll, og det er klart at parten ellers hadde vunnet saken, eller
- (c) i den utstrekning omkostningene skyldes motpartens forsømmelser.

### § 23-5 Utmåling av erstatning for saksomkostninger

(1) Full erstatning for saksomkostninger skal dekke alle partens nødvendige omkostninger ved saken som ikke særlige regler gir grunnlag for å unnta. Ved vurderingen av om omkostningene har vært nødvendige, legges det vekt på om det ut fra betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem. Parten kan kreve rimelig godtgjørelse for eget arbeid med saken når arbeidet har vært særlig omfattende eller ellers måtte vært utført av prosessfullmektig eller annen fagkyndig hjelper.

(2) For saker i forliksrådet gjelder § 8-13 og for saker som behandles etter reglene for småkravsprosess gjelder § 10-5.

(3) I saker som avgjøres etter muntlig forhandling, skal en part som krever saksomkostninger inngi en oppgave over kravet som skal være spesifisert slik at retten har grunnlag for å foreta utmålingen. Oppgaven skal inngis ved rettsmøtets avslutning for de poster som da er kjent, og for øvrige poster innen den frist retten fastsetter. I saker som avgjøres etter skriftlig behandling, kan retten kreve at omkostningsoppgave inngis og setter i så fall frist for dette.

(4) Retten prøver ikke poster i oppgaven som motparten har godkjent. Overveier retten å nedsette kravet uten innsigelse fra motparten, skal partene gis adgang til å uttale seg.

(5) En part som ikke har inngitt pliktig omkostningsoppgave når saken avgjøres, tilkjennes ikke saksomkostninger.

### § 23-6 Saker med flere parter på samme side

(1) Er det flere parter på samme side, avgjøres rett og plikt til saksomkostninger i forhold til motparten særskilt for hver part.

(2) Pålegges flere parter saksomkostninger, kan retten bestemme at de skal hefte felles for hele eller deler av beløpet. Det legges blant annet vekt på nærheten mellom de krav som er behandlet og

motpartens muligheter for å få dekning. Retten fordele ansvaret innbyrdes mellom parter som hefter felles dersom dette er begjært.

### § 23-7 Omkostningsansvaret for partenes representanter

(1) Ansvaret for saksomkostninger påhviler parten. Blir en sak anlagt av en sammenslutning avvist på grunn av manglende partsevne, påhviler ansvaret den som er oppgitt som lovlig stedfortreder for sammenslutningen.

(2) Krav om erstatning for saksomkostninger som gjøres gjeldende mot andre enn motparten etter regler utenfor dette kapittel, kan inndras i saken. Reises kravet for tingretten, gjelder § 15-2(3) og (4). Reises kravet for ankeinstansen, kan det nektes behandlet hvis det mer hensiktsmessig kan behandles i egen sak, eller saken vil bli vesentlig forsinket.

### § 23-8 Alminnelige regler for saksomkostningsavgjørelser

(1) Krav på saksomkostninger avgjøres for hver instans i den avgjørelsen som avslutter saken i instansen.

(2) Omkostninger ved avgjørelser av annet enn krav som er tvistegenstand, inngår i de saksomkostninger som skal avgjøres etter (1). Ved særskilt anke over disse avgjørelsene skal omkostningene ved dem for alle instanser fastsettes særskilt av ankeinstansen.

(3) Dersom omkostningsavgjørelsen avhenger av utfallet av deler av saken som ikke er avgjort, utsettes denne til den senere avgjørelse.

### § 23-9 Overprøving av saksomkostningsavgjørelser

(1) En ankeinstans kan overprøve saksomkostningsavgjørelser av lavere domstoler i den saken som er anket. Begrensninger i ankeinstansens kompetanse gjelder også ved denne prøvingen.

(2) Ankeinstansen legger sitt resultat til grunn når den avgjør krav på saksomkostninger for lavere instanser.

(3) Overprøves ikke saksomkostningsavgjørelsen etter (1), kan den ankes særskilt etter reglene for anke over kjennelser. Ankeinstansen kan bare prøve lovanvendelsen og saksbehandlingen, samt bevisbedømmelsen så langt den utelukkende gjelder saksomkostningsavgjørelsen. Ankeinstansen kan selv treffe ny avgjørelse om omkostningene hvis den finner at saken er tilstrekkelig opplyst.

### § 23-10 Prosessfullmektigens fortrinnsrett til tilkjente saksomkostninger

I forhold til sin parts øvrige fordringshavere har prosessfullmektigen fortrinnsrett til de saksomkostninger parten tilkjennes for sitt tilgodehavende. Prosessfullmektigen kan kreve omkostningsbeløpet utbetalt direkte til seg.

### § 23-11 Sikkerhetsstillelse for saksomkostningsansvar

(1) Saksøkte kan kreve at en saksøker som ikke har bopel i Norge, stiller sikkerhet for mulig ansvar for saksomkostninger i instansen. Sikkerhet kan ikke kreves hvis det ville stride mot folkerettslig forpliktelse til å likebehandle parter bosatt i utlandet og parter bosatt i Norge, eller dersom det ville virke uforholdsmessig ut fra sakens art, partsforholdet og forholdene for øvrig.

(2) Sikkerhet etter (1) kan ikke kreves av saksøkte ved fremme av krav etter § 15-1(2), ved avledet anke etter § 11-7, eller i saker hvor offentlige hensyn medfører at partenes rådighet er begrenset.

(3) Krav om sikkerhet må fremsettes i hver instans hvor det kreves sikkerhet for omkostningene innen den første frist parten har til å uttale seg om realiteten i saken, eller hvis det ikke skal gis skriftlig tilsvarende, i det første rettsmøte partene er innkalt til.

(4) Retten fastsetter størrelsen av det beløp det skal gis sikkerhet for. Tvangsfullbyrdelsesloven § 3-6 første ledd gjelder tilsvarende for hva som godtas som sikkerhet. Stilles ikke sikkerheten innen den frist som er satt, skal saken avvises, jf. § 22-5(1). Sikkerheten skal frigis hvis det ikke lenger er grunnlag for den.

(5) Avgjørelse av krav om sikkerhetsstillelse eller om frigivelse av sikkerhet treffes ved kjennelse. Anke over kjennelse som gir pålegg om sikkerhetsstillelse eller som frigir sikkerhet, har oppsettende virkning.

### § 23-11 A Sikkerhetsstillelse som vilkår for anke over dom

#### *Mindretallet:*

(1) Lagmannsretten kan på begjæring fra anke motparten pålegge den ankende part å stille sikkerhet for mulig saksomkostningsansvar i saken. Sikkerhetsstillelse kan bare pålegges dersom lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre frem og det må antas at den ankende part vil bli ilagt saksomkostningsansvar i saken.

(2) Sikkerhetens størrelse fastsettes av lagmannsretten.

(3) Tvangsfullbyrdelsesloven § 3-6 første ledd gjelder tilsvarende for hva som godtas som sikkerhet. Beløpet kan alternativt deponeres i retten.

(4) Begjæring om sikkerhetsstillelse må senest fremsettes i anketilsvaret. En dommer som har besluttet å pålegge sikkerhetsstillelse kan ikke delta i den videre behandlingen av saken. § 23-11(4) tredje og fjerde punktum gjelder tilsvarende.

### § 23-12 Statens ansvar for partenes saksomkostninger

(1) En part som er påført saksomkostninger på grunn av feil ved rettens behandling av saken, kan kreve tapet erstattet av staten dersom feilen

(a) ubetinget skal tillegges virkning etter § 11-21(2) (b) eller (c), eller (d) fordi parten ikke var lovlig innkalt, eller

(b) skyldes et klart uforsvarlig forhold fra rettens side.

(2) Er partens saksomkostninger påført ved at feilen har fått virkning for en avgjørelse i saken, må også vilkårene i domstoloven § 200 tredje ledd være oppfylt.

(3) Krav om erstatning etter (1) må fremsettes innen tre måneder etter at saken er rettskraftig avgjort. Er det avsagt dom i straffesak etter domstoloven § 200 tredje ledd (d) løper fristen fra dommen er rettskraftig. Det kan begjæres oppfriskning etter kapittel 22 ved oversittelse av fristen. Staten ved Domstoladministrasjonen er motpart.

(4) Kravet fremsettes til den domstol som har saken til behandling eller som traff avgjørelsen i siste instans. Hvis dette er Høyesterett, kan avgjørelsen overlates til Høyesteretts ankeutvalg. Gjelder erstatningskravet feil begått av tingretten, kan Høyesterett eller ankeutvalget bestemme at kravet i stedet skal avgjøres av lagmannsretten.

(5) For behandlingen av kravet gjelder reglene om anke over kjennelser tilsvarende så langt de passer. Fremmes kravet mens saken verserer, kan det forenes med denne hvis det er hensiktsmessig.

## Sjette del - Bevis

### 24. kapittel. Alminnelige regler om bevis

#### § 24-1 Virkeområdet for bevisreglene

Reglene om bevis gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.

### *§ 24-2 Bevisvurderingen*

(1) Retten fastsetter ved en fri bevisvurdering det saksforhold avgjørelsen skal bygges på.

(2) Bevisvurderingen baseres på det som fremkommer om de faktiske forhold i det som skal utgjøre grunnlaget for avgjørelsen. De bevis som føres, er felles for alle parter i saken eller i saker forent til felles behandling.

(3) I bevisvurderingen kan retten, uten at det er forhandlet om det, trekke inn faktiske forhold som er erkjent av en part, vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde. Hvis slik kunnskap kan være usikker eller omtvistet, gjelder § 5-1(3).

### *§ 24-3 Rett og plikt til bevisføring*

(1) Partene har rett til å føre de bevis de ønsker. Retten til bevisføring er likevel begrenset ved bevisforbud og bevisfritak i kapittel 25 og andre bevisregler i loven.

(2) I saker hvor offentlige hensyn medfører begrensninger i partenes rådighet, jf. § 5-3, har retten plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. I andre saker kan retten sørge for bevisføring med mindre partene motsetter seg dette.

### *§ 24-4 Partenes sannhets- og opplysningsplikt*

(1) Partene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. De skal gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten, og har plikt til å gi forklaringer og bevis-tilgang i henhold til § 24-5.

(2) En part skal også opplyse om viktige bevis som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med. Dette gjelder uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den annen part.

### *§ 24-5 Allmenn vitne- og bevisplikt*

Enhver plikter å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak, med de begrensninger som følger av bevisforbud og bevisfritak i kapittel 25 og andre bevisregler i loven.

### *§ 24-6 Bevistilbud*

(1) Partene opplyser i bevistilbud til retten hvilke bevis de vil føre.

(2) Parten skal angi hva beviset skal godtgjøre, og skal kort redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset, så langt parten ikke kan regne med at motparten er kjent med denne.

### *§ 24-7 Alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis*

(1) Partene kan bare føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes.

(2) Retten kan nekte ført bevis som

- (a) ikke er klarlagt som bestemt i § 24-6(2),
- (b) ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig, eller
- (c) retten finner det nødvendig å føre på annen måte.

### *§ 24-8 Begrensning ut fra proporsjonalitet*

(1) Det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen. Er det varslet bevisføring av et omfang som går ut over dette, kan retten begrense bevisføringen for å oppnå lovens formål etter § 1-1, og innenfor rammen av de begrensninger som følger av formålet.

(2) Hvis bevisføringen kan begrenses på ulike måter, har parten valget mellom disse.

### *§ 24-9 Bevisføringen hvor saken behandles muntlig*

I saker som behandles muntlig, skal bevisene føres umiddelbart for den dømmende rett med de unntak som følger av §§ 24-10 til 24-12, og andre bevisregler. For bevisføringen i saker som behandles muntlig i Høyesterett, gjelder § 12-11(1).

### *§ 24-10 Fjernavhør*

(1) Parter, vitner og sakkyndige kan avhøres for den dømmende rett ved fjernavhør dersom direkte avhør ikke lar seg gjennomføre, eller er spesielt byrdefullt eller kostnadskrevende. Fjernavhør bør ikke foretas om forklaringen kan være særlig viktig, eller hvor andre forhold gjør det betenkelig. Hvor omkostningene eller ulempene med forklaring direkte for den dømmende rett er store i forhold til den betydning tvisten har for partene, kan fjernavhør alltid foretas. Sakkyndige som har gitt skriftlig redegjørelse til retten, kan alltid avhøres ved fjernavhør med mindre særlige forhold gjør det betenkelig.

(2) Fjernavhør foretas ved bildeavhør. Er utstyr for bildeavhør ikke tilgjengelig, kan lydavhør bru-

kes hvis vilkårene etter (1) likevel er oppfylt. Retten bestemmer hvor avhøret skal foretas. Domstoladministrasjonen kan gi nærmere regler om fjernavhør.

#### § 24-11 Bevisopptak

(1) Til bruk for avgjørelsen i saker som behandles muntlig, kan det ved bevisopptak etter regler i kapittel 30 foretas rettslig avhør av parter, vitner og sakkyndige og undersøkelse av realbevis dersom

(a) det må antas at beviset vil bli sikrere enn om det skal føres for den dømmende rett, og det ikke vil påløpe uforholdsmessige meromkostninger,

(b) det er en nærliggende risiko for at beviset ikke vil kunne føres for den dømmende rett, eller

(c) føring av beviset for den dømmende rett vil medføre omkostninger eller ulemper som ikke står i et rimelig forhold til bevisets eller sakens betydning.

(2) Bevisopptak etter (1) kan føres ved den muntlige forhandling hvis partene har hatt muligheter for å ivareta sine interesser eller vilkårene i § 24-12 er oppfylt. Bevis som på annet grunnlag er opptatt eller sikret i samme sak, kan føres hvis ingen av partene har krevd beviset ført direkte for den dømmende rett, eller hvis vilkårene i § 24-12 er oppfylt.

#### § 24-12 Skriftlige forklaringer som bevis

(1) Skriftlig erklæring i saken fra sakkyndig etter § 28-5 kan føres som bevis.

(2) Skriftlig forklaring i saken fra andre kan føres som bevis hvis partene er enige om det, eller hvis de gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen, og det ikke er betenkelig av hensyn til sakens opplysning å bruke den. Beviset føres ikke før det er klart at vedkommende møter. Hvis det er umulig å avhøre den som har gitt forklaringen, kan den føres som bevis hvis det ikke strider mot lovens formål etter § 1-1.

#### § 24-13 Bevisføringen i saker som behandles skriftlig

(1) I saker som behandles skriftlig, føres bevisene ved dokumentasjon i henhold til § 29-2.

(2) Til bruk ved avgjørelsen kan det ved bevisopptak foretas avhør av parter, vitner og sakkyndige og undersøkelse av realbevis, som ikke kan føres for den dømmende rett. Skriftlige forklaringer kan brukes etter reglene i § 24-12.

## 25. kapittel. Bevisforbud og bevisfritak

### § 25-1 Bevisforbud om opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat

(1) Det kan ikke føres bevis om noe som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet eller forholdet til fremmed stat.

(2) Kongen kan samtykke i at beviset føres. Hvis samtykket ikke bestemmer noe annet, skal retten gi pålegg om taushetsplikt. Muntlig forhandling om beviset skjer da for lukkede dører.

### § 25-2 Bevisforbud om drøftelser i regjeringskonferanser

Det kan ikke føres bevis om drøftelser i regjeringskonferanser.

### § 25-3 Bevisforbud om opplysninger undergitt lovbestemt taushetsplikt

(1) Det kan ikke føres bevis når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene som følge av arbeid for stat eller kommune, postoperatør eller tilbyder av tilgang til telenett eller teletjeneste eller teleinstallatør.

(2) Departementet kan samtykke i at beviset føres. Samtykke kan bare nektes når det vil kunne utsette staten eller allmenne interesser for skade, eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold, at opplysningene røpes.

(3) Etter en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning, kan retten ved kjennelse bestemme at beviset skal føres selv om samtykke er nektet, eller at beviset ikke skal mottas selv om departementet har samtykket. Departementet skal gis anledning til å redegjøre for sitt standpunkt før retten treffer avgjørelse. Redegjørelsen meddeles partene.

(4) Dersom bevis etter (1) føres med samtykke, og samtykket ikke bestemmer noe annet, skal retten gi pålegg om taushetsplikt. Muntlig forhandling om beviset skjer da for lukkede dører. Det samme gjelder hvor retten etter (3) bestemmer at beviset skal føres til tross for at samtykke er nektet.

### § 25-4 Bevisforbud om rettsforhandlinger og rettsavgjørelser

(1) Det kan ikke føres bevis om innholdet av forhandlinger eller forklaringer som en domstol med hjemmel i lov har pålagt de tilstedeværende taushet om.

(2) Den som har krav på hemmelighold, kan

samtykke i at beviset føres. Med mindre annet er bestemt, skal retten gi pålegg om taushetsplikt. Muntlig forhandling om beviset skjer da for lukkede dører.

(3) Det kan ikke føres bevis med opplysninger fra dommere og lagrettemedlemmer om grunnlaget for avgjørelser de har truffet.

(4) For bevis om noe som er kommet frem under utenrettslig mekling eller rettsmekling gjelder § 6-7(6) og § 7-6.

#### *§ 25-5 Bevisforbud og bevisfritak for betroelser til særlige yrkesutøvere*

(1) Det kan ikke føres bevis om noe som er betrodd prester i statskirken, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, meklingsmenn i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere i deres stilling.

(2) Den som har krav på hemmelighet etter (1), kan samtykke i at beviset føres. Hvis samtykket ikke bestemmer noe annet, skal retten gi pålegg om taushetsplikt. Muntlig forhandling om beviset skjer da for lukkede dører.

(3) Retten kan frita en part eller et vitne fra å gi tilgang til bevis om noe som er betrodd under sjelesorg, sosialt hjelpearbeid, medisinsk behandling, rettshjelp etter domstolloven § 218 annet ledd eller liknende virksomhet, selv om forholdet ikke omfattes av (1). (2) tredje punktum får tilsvarende anvendelse.

#### *§ 25-6 Bevisforbud om vandel og troverdighet*

(1) Det kan ikke føres bevis om en parts eller et vitnes vandel, seksuelle atferd eller alminnelige troverdighet. Retten kan likevel tillate bevisføring som er av vesentlig betydning for avgjørelsen, og bestemmer hvordan og i hvilken utstrekning dette kan skje.

(2) Spørsmål om parten eller vitnet har vært straffet, skal som regel stilles og besvares skriftlig. Samme fremgangsmåte kan brukes ved andre spørsmål om partens eller vitnets person eller privatliv.

(3) Skriftlige erklæringer om en part eller et vitnes gode navn eller rykte kan ikke brukes.

(4) Det kan ikke føres bevis om en parts eller et vitnes troverdighet, hvor beviset er grunnet på testing av fysiologiske reaksjoner.

#### *§ 25-7 Forbud mot bevis fremskaffet på utilbørlig måte*

Retten kan i særlige tilfeller nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte dersom føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn.

#### *§ 25-8 Bevisfritak for nærstående for opplysninger meddelt av parten*

(1) Partens nåværende og tidligere ektefelle eller samboer, slektninger i rett opp- eller nedstigende linje og søsken kan nekte å gi tilgang til bevis om det som er meddelt dem av parten.

(2) Retten kan frita en parts forlovede, fosterforeldre, fosterbarn og fostersøsken for bevisplikt om forhold som nevnt i (1).

(3) Når forklaring gis med samtykke, skal retten gi pålegg om taushetsplikt hvis ikke samtykket bestemmer noe annet. Muntlig forhandling om beviset skjer for lukkede dører. Retten kan bestemme det samme hvor det ikke er gitt fritak for forklaringer omfattet av (2).

#### *§ 25-9 Bevisfritak for belastende personopplysninger*

(1) Part eller vitne kan nekte å gi tilgang til bevis som kan medføre straff eller vesentlig tap av sosialt omdømme for vedkommende selv eller

- (a) slektning nevnt i § 25-8(1) og dennes ektefelle eller samboer,
- (b) nåværende og tidligere ektefelle eller samboer og dennes slektninger i rett opp- og nedstigende linje samt søsken, eller
- (c) person som er gift eller samboer med noen som er omfattet av (b).

(2) Retten skal frita for å gi tilgang til bevis ved fare for vesentlig velferdstap av annen art for parten eller vitnet eller noen av hans nærmeste etter (1), når det ut fra en vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers ville være urimelig å pålegge parten eller vitnet å gi tilgang til beviset.

(3) Retten kan frita for plikt til å gi tilgang til bevis som berører vedkommendes forlovede, fosterforeldre, fosterbarn og fostersøsken som nevnt i (1) og (2).

(4) § 25-8(3) gjelder tilsvarende.

#### *§ 25-10 Bevisfritak for drifts- eller forretningshemmeligheter*

(1) Part eller vitne kan nekte å gi tilgang til bevis

som ikke kan gjøres tilgjengelig uten å røpe en forretnings- eller driftshemmelighet. Retten kan likevel gi pålegg om at beviset skal gjøres tilgjengelig når den etter en avveining finner det påkrevd.

(2) Part eller vitne som gir opplysninger etter (1), kan kreve at opplysningene skal gis under pålegg om taushetsplikt, og at muntlige forhandlinger om beviset skjer for lukkede dører.

#### § 25-11 Bevisfritak for massemedia – kildevern

(1) Redaktøren av et trykt skrift kan nekte å gi tilgang til bevis om hvem som er forfatter til en artikkel eller melding i skriftet eller hjemmelsmann for opplysninger i det. Det samme gjelder bevis om hvem som er hjemmelsmann for andre opplysninger som er betrodd redaktøren til bruk i hans virksomhet. Samme rett som redaktøren har andre som har fått kjennskap til forfatteren eller hjemmelsmannen gjennom sitt arbeid for vedkommende forlag, redaksjon, pressebyrå eller trykkeri.

(2) Når vektige samfunnsinteresser tilsier at opplysning etter (1) gis, og det er av vesentlig betydning for sakens oppklaring, kan retten etter en samlet vurdering likevel gi pålegg om at beviset skal fremlegges eller at navnet skal opplyses. Retten kan da bestemme at opplysningene skal gis under pålegg om taushetsplikt og, ved muntlig forhandling, for lukkede dører. Dersom forfatteren eller hjemmelsmannen har avdekket forhold som det var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, kan slikt pålegg bare gis når det finnes særlig påkrevd at navnet gjøres kjent.

(3) For medarbeider i kringkasting, og i annen medievirksomhet som i hovedtrekk har samme formål som aviser og kringkasting, gjelder (1) og (2) tilsvarende.

## 26. kapittel. Parters møte- og forklaringsplikt

### § 26-1 Parters møteplikt

(1) En part som ikke har gyldig forfall, har plikt til å møte personlig i rettsmøte parten innkalles til etter nærmere regler i § 17-2 og § 17-4(1). Personlig møteplikt pålegges på begjæring fra en annen part, eller dersom retten finner det nødvendig at parten deltar. Retten kan fritta en part for å møte etter begjæring hvis vilkårene for fjernavhør er til stede, eller retten ikke finner tilstrekkelig grunn til at parten er til stede.

(2) Parten har plikt til å være til stede under hele rettsmøtet med mindre retten fritar ham. Retten kan bestemme at en part som er fritatt for å

møte, skal holde seg tilgjengelig for kontakt i den tiden rettsmøtet pågår.

(3) Innkalles en part som er undergitt frihetsberøvelse i institusjon, gjelder § 27-2 tilsvarende.

(4) I saker hvor retten etter § 24-3(2) har plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, kan den bestemme at en part som uteblir uten gyldig forfall, eller som møter beruset, skal pågripes eller fengsles i samsvar med § 27-5.

### § 26-2 Partsavhør

(1) En part plikter personlig å avgi partsforklaring hvis en annen part eller retten krever det. Forklaringen skal gis direkte for retten om parten er til stede i rettsmøtet. Ellers gis forklaringen ved fjernavhør etter § 24-10 eller ved bevisopptak etter § 24-11.

(2) En part avhøres først av sin prosessfullmektig, så av andre parter, og deretter av retten. En part som ikke har prosessfullmektig, avhøres først av retten. Retten kan endre rekkefølgen om det er hensiktsmessig. For øvrig gjelder reglene om vitneavhør i §§ 27-4, 27-7, 27-8, 27-9(2) til (5), 27-10 og 27-11 tilsvarende for partsavhør.

(3) Når parter forklarer seg om krav de ikke har partsstilling for, får reglene om vitner anvendelse.

## 27. kapittel. Vitnebevis

### § 27-1 Vitneplikt

(1) Enhver som kan ha noe å forklare av betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, har plikt til å møte som vitne i rettsmøte etter innkalling i henhold til § 17-3.

(2) Vitneplikten gjelder personer som bor eller oppholder seg i Norge, og som ikke har gyldig forfall etter § 17-4(1). For personer som er bosatt eller oppholder seg i de andre nordiske land, gjelder lov 21. mars 1975 om nordisk vitneplikt. Om vitneplikten for barn, sinnslidende og psykisk utviklingshemmete, gjelder § 27-10 og § 27-11.

(3) Om vitnet skal innkalles til å avgi forklaring direkte for den dømmende rett, ved fjernavhør eller ved bevisopptak, bestemmes etter reglene i §§ 24-10 og § 24-11.

### § 27-2 Møteplikt for vitner som er berøvet friheten

Hvis vitnet er undergitt frihetsberøvelse i institusjon, plikter institusjonen når den underrettes om innkallingen, å sørge for at vitnet om mulig får avgitt forklaring. Dersom forklaringen må avgis på

annen måte enn forutsatt i innkallingen, gis retten straks melding om dette.

#### *§ 27-3 Møteplikt for vitner ved bevisforbud og bevisfritak*

(1) Vitne som bare skal forklare seg om spørsmål som etter det som er oppgitt ikke kan besvares uten samtykke eller pålegg fra retten, bør som regel ikke kalles inn så lenge samtykke ikke er gitt, eller det ikke er grunn til å anta at vitnet kan bli pålagt å forklare seg.

(2) Innkalles vitne som har rett til å nekte å gi forklaring om det forhold det skal spørres om, kan det i vitnestevningen tilføyes at fremmøte er unødvendig dersom vitnet er bestemt på å nekte å forklare seg. Melder vitnet tidsnok før rettsmøtet at det vil nekte å gi forklaring, skal stevningen tilbakekalles om nektelsen finnes begrunnet.

#### *§ 27-4 Plikt til å forberede forklaringen og ta med bevis*

(1) Retten kan pålegge et vitne å ta med dokumenter og andre bevis som det plikter å legge frem.

(2) Vitnet plikter etter anmodning å friske opp sitt kjennskap til saken, blant annet ved å undersøke eller gjennomgå bevis vitnet har tilgang til, som regnskap, møtereferater mv., og om nødvendig gjøre notater eller ta med gjenstander til retten.

#### *§ 27-5 Vitner som uteblir eller møter beruset*

Retten kan bestemme at vitne som uteblir uten gyldig forfall, skal avhentes til samme eller et senere rettsmøte, og at vitne som møter beruset, kan holdes i fengslig forvaring til det blir edru.

#### *§ 27-6 Enkeltvis avhør – retten til å følge forhandlingene*

(1) Vitnene avhøres enkeltvis og skal ikke følge forhandlingene før de er avhørt med mindre begge parter samtykker, og retten finner det ubetenkelig. Vitner kan stilles mot hverandre når deres forklaringer gir grunn til det.

(2) Vitne som i vesentlig grad har bistått en part i det forhold saken gjelder, tillates i alminnelighet å følge hele forhandlingene når parten begjærer det. For sakkyndige vitner gjelder § 28-6(2).

#### *§ 27-7 Påbud om å forlate rettssalen under vitneforklaring*

Retten kan unntaksvis beslutte at en part eller andre personer skal forlate rettssalen mens et vitne avhøres, når det er særlig grunn til å frykte at vitnet ellers ikke vil gi en uforbeholden forklaring. Retten skal sørge for at spørsmål parten måtte ha til vitnet blir stilt. Etter avhøret skal retten gjøre en utelukket part kjent med forklaringen.

#### *§ 27-8 Innledning til vitneavhør*

(1) Retten spør vitnet om navn, fødselsår og -dag, stilling, bopel og forhold til partene. I stedet for bopel kan vitnet oppgi arbeidssted. Vitnet kan pålegges å oppgi sin bopel til retten hvis det er nødvendig. Vitnet spørres om andre omstendigheter av mulig betydning for vurderingen av forklaringen, hvis retten finner grunn til det.

(2) Antar retten at vitnet etter regler om bevisforbud eller bevisfritak vil ha begrenset forklaringsplikt i saken, gjøres vitnet oppmerksom på dette. Vitne som påstår at det ikke har rett eller plikt til å gi forklaring, må gjøre grunnen sannsynlig. I mangel av annet bevis er det nok at vitnet bekrefter den med forsikring.

(3) Før forklaring gis, skal retten formane vitnet til å forklare seg sannferdig og fullstendig, og gjøre klart for vitnet det ansvar som følger med falsk forklaring og forsikring. Retten spør deretter vitnet: «Forsikrer du at du vil forklare den rene og fulle sannhet og ikke legge skjul på noe?» Til dette svarer vitnet stående: «Det forsikrer jeg på ære og samvittighet.»

#### *§ 27-9 Gjennomføring av vitneavhør*

(1) Vitnet avhøres først av parten som har innkalt det, så av andre parter og deretter av retten. Retten starter avhøret av vitner den har innkalt av eget tiltak, men kan overlate dette til partene. Når en part krever det, skal retten avhøre vitnene for ham.

(2) Vitnet skal forklare seg muntlig. Vitnet bør normalt gi en sammenhengende forklaring om hele eller bestemte deler av saksforholdet, før mer detaljerte spørsmål stilles.

(3) Notater kan brukes til støtte for hukommelsen. Vitnet må opplyse når, av hvem og til hvilket formål notatet er gjort. I forklaringen kan vitnet vise til skriftlig forklaring som er fremlagt etter



§ 24-12, men skal svare på spørsmål fra partene og retten i tillegg.

(4) Retten skal påse at avhøret skjer på en måte som er egnet til å få frem en klar og sannferdig forklaring, og som tar hensyn til vitnet. Spørsmål som ved innhold eller form innbyr til svar i en bestemt retning, må ikke stilles, når det ikke skjer for å prøve påliteligheten av opplysninger som vitnet tidligere har gitt, eller andre særlige grunner gjør det forsvarlig. Spørsmål som ikke angår saken, skal avvises.

(5) Retten skal overta avhøret dersom det foregår på en utilfredsstillende måte eller andre grunner taler for det.

#### § 27-10 Barn som vitner

(1) Begjæres barn under 12 år avhørt som vitne, avgjør retten etter en avveining av hensynet til barnet og sakens opplysning om avhør skal foretas. Barnet innkalles bare når det er grunn til å tro at det kan avhøres.

(2) Er vitnet et barn under 16 år, bestemmer retten hvordan avhøret skal gjennomføres under hensyn til barnets interesser og til en forsvarlig opplysning av saken. Forsikring avgis ikke.

(3) Barnets verge eller en annen foresatt gis mulighet for å være til stede under avhøret hvis ikke særlige grunner taler mot det.

#### § 27-11 Alvorlig sinnslidende og psykisk utviklingshemmete som vitner

For avhør av vitne som er alvorlig sinnslidende eller psykisk utviklingshemmet i betydelig grad, gjelder § 27-10(1) til (3) tilsvarende.

## 28. kapittel. Sakkyndigbevis

### § 28-1 Sakkyndigbevis

Sakkyndigbevis er en fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken.

### § 28-2 Vilkårene for å oppnevne sakkyndig

(1) Retten kan oppnevne sakkyndig etter begjæring fra en part eller av eget tiltak etter § 24-3(2), når det er nødvendig for å få et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.

(2) Når saken for en part kan få betydning ut over den konkrete avgjørelsen, og parten av den grunn vil føre sakkyndige vitner, kan retten oppnevne sakkyndige om det er nødvendig

for å sikre balanse mellom partene i bevisføringen.

### § 28-3 Antall sakkyndige. Valget av sakkyndig. Sakkyndige utvalg

(1) Det oppnevnes én sakkyndig. Hvis det ikke fører til uforholdsmessige omkostninger eller forsinkelser, kan det oppnevnes mer enn én sakkyndig dersom karakteren av sakkyndigsspørsmålene, sakens betydning eller andre forhold tilsier det. Retten kan oppnevne nye sakkyndige ved siden av tidligere oppnevnte.

(2) Som sakkyndige velges personer som har den nødvendige kyndighet og erfaring. Hvor det er opprettet faste utvalg av sakkyndige, tas de sakkyndige fra disse, med mindre retten finner det ønskelig å oppnevne sakkyndige utenfor utvalgene. En sakkyndig som begjæres oppnevnt av begge parter og er villig, oppnevnes hvis ikke særlige grunner taler mot det.

(3) En som ville vært inhabil som dommer i saken, skal ikke oppnevnes som sakkyndig. Også ellers bør det unngås å oppnevne sakkyndig hvor tilknytning til partene, andre sakkyndige eller andre forhold gjør at det kan reises tvil om deres uavhengighet eller upartiskhet. Det utelukker ikke oppnevning av vedkommende har vært sakkyndig i lavere instans.

(4) Domstoladministrasjonen kan opprette utvalg av sakkyndige for bestemte sakstyper og utvalg for å evaluere sakkyndigerklæringer på bestemte fagfelt.

### § 28-4 Mandat. Instruks

Retten fastsetter hva den sakkyndige skal utrede, og gir de nødvendige instruks. Retten kan pålegge partene å utarbeide forslag til mandat for de sakkyndige.

### § 28-5 Sakkyndigerklæringen. Muntlig forklaring

(1) Den sakkyndige skal avgi en skriftlig erklæring, hvis ikke retten har bestemt noe annet. Flere sakkyndige kan avgi felles erklæring. Retten kan bestemme at den sakkyndige skal avgi en tilleggs-erklæring.

(2) Den sakkyndige har plikt til å møte for å avgi forklaring i rettsmøte etter innkalling fra retten i henhold til § 17-3(4). Den sakkyndige innkalles hvis hensynet til utføringen av oppdraget eller sakens opplysning ellers tilsier det. Retten skal som regel etterkomme begjæring fra en part om dette. Om den sakkyndige skal innkalles til å avgi forklaring

ring direkte for den dømmende rett, ved fjernavhør eller ved bevisopptak, bestemmes etter reglene i § 24-10 og § 24-11.

(3) Den sakkyndige kan følge forhandlingene, kan rådføre seg med andre sakkyndige, og skal tillates å stille spørsmål til parter, vitner og andre sakkyndige når det er nødvendig for å utføre oppdraget som sakkyndig.

(4) Før den sakkyndige gir forklaring i retten, skal han bekrefte med forsikring på ære og samvittighet at oppdraget som sakkyndig er utført og vil bli fullført samvittighetsfullt og etter beste overbevisning. Avhøret skjer for øvrig etter reglene for vitner.

#### *§ 28-6 Sakkyndige vitner*

(1) En part kan føre vitner som sakkyndigbevis.

(2) Et sakkyndig vitne kan følge hele forhandlingene og kan tillates å stille spørsmål til parter, vitner og sakkyndige. Avhøret skjer for øvrig etter reglene for vanlige vitner.

## **29. kapittel: Realbevis**

#### *§ 29-1 Realbevis*

Realbevis er personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand eller innhold inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.

#### *§ 29-2 Førings av dokumentbevis*

Dokumentbevis føres ved at beviset gjennomgås, og det som er viktig påpekes. Gjennomgangen skal ikke være mer omstendelig enn behovet for forsvarlig bevisføring tilsier.

#### *§ 29-3 Førings av andre realbevis*

Andre realbevis føres ved at den dømmende rett selv undersøker dem eller lar dem undersøke etter reglene i kapittel 30.

#### *§ 29-4 Personer som bevis*

Personer plikter å stille seg til rådighet for undersøkelse i den utstrekning dette kan gjennomføres uten uforholdsmessig belastning og ikke er krenkende.

#### *§ 29-5 Gjenstander som bevis*

(1) Enhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie.

(2) For å gjennomføre plikten etter (1), kan partene og andre pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse. De kan også pålegges å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeidelse av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander.

(3) Retten kan nekte bevistilgang etter (1) eller (2) hvis dette vil medføre omkostninger som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset, eller som parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv. Retten kan sette som vilkår at den som har begjært bevistilgang, forskutterer utgiftene.

#### *§ 29-6 Utformingen av begjæring om bevistilgang*

(1) En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.

(2) Retten kan lempe på kravet til spesifisering dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis.

#### *§ 29-7 Tvist om bevistilgang*

(1) Ved tvist om tilgang til bevisgjenstander, kan retten kreve gjenstanden fremlagt til avgjørelse av om den utgjør bevis.

(2) Imøtegås begjæringen om bevistilgang med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak, kan bevisgjenstanden ikke fremlegges med mindre retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres. Er bare deler av bevisgjenstanden underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige fremlegges. § 27-8(2) annet og tredje punktum gjelder tilsvarende.

(3) Retten treffer i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset. Beviset gjøres ikke kjent før tvisten om bevistilgang er bindende avgjort.

#### *§ 29-8 Tvangsfullbyrdelse*

(1) Hvis en som ikke er part, nekter å etterkomme rettskraftig kjennelse om tilgang til bevis,

kan retten treffe avgjørelse om at kjennelsen skal tvangsfullbyrdes.

(2) Det samme gjelder i forhold til en part i saker hvor retten har plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, jf. § 24-3(2).

### 30. kapittel. Bevisopptak i rettssak

#### § 30-1 Vilkår for bevisopptak

(1) Bevisopptak med rettslig avhør av parter, vitner og sakkyndige og undersøkelse av realbevis til bruk for avgjørelsen, kan foretas når det følger av § 24-11(1) i saker som behandles muntlig, og av § 24-13 i saker som behandles skriftlig.

(2) Til bruk under saksforberedelsen kan bevisopptak foretas hvis det er særlig viktig å få tilgang til beviset på dette trinnet.

#### § 30-2 Begjæring om bevisopptak. Rettens avgjørelse

(1) Retten som har saken, kan beslutte bevisopptak foretatt etter begjæring fra en part, eller av eget tiltak i saker hvor retten etter § 24-3(2) har plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.

(2) Viser det seg å være behov for bevisopptak, må begjæring om dette fremsettes snarest mulig under saksforberedelsen. Begjæringen skal begrunnes og bevisstilbudet klarlegges i henhold til § 24-6(2). Er begjæringen fremsatt for sent, kan retten nekte bevisopptaket foretatt etter § 22-2(3).

(3) Bevisopptaket kan foretas av den rett som har saken, eller av en annen domstol ved rettsanmodning etter domstoloven §§ 44 til 51. Skal bevisopptaket foretas ved annen domstol, skal rettsanmodningen gi nødvendige opplysninger om saken og det som skal klarlegges.

(4) Hvis sakkyndighet er nødvendig for å utføre en bevisundersøkelse, kan retten oppnevne sakkyndig etter § 28-2 og overlate undersøkelsen til denne.

#### § 30-3 Gjennomføringen av bevisopptak

(1) Bevisopptaket gjennomføres i samsvar med de alminnelige reglene for bevismidlet så langt de passer.

(2) Partene varsles til rettslig avhør og rettslig bevisundersøkelse, jf. § 17-2(1). Bevisopptaket kan foretas selv om partene uteblir. En part som ikke var varslet eller hadde gyldig forfall, kan kreve nytt bevisopptak. Til bevisundersøkelse ved sakkyndig

skal partene varsles og gis anledning til å ivareta sine interesser så langt det lar seg forene med oppdraget.

(3) Innsigelser om forklaringsplikt, plikt til å gi tilgang til realbevis og andre tvister i tilknytning til bevisopptaket avgjøres så vidt mulig av retten som har saken. Vil det i så fall oppstå uforholdsmessig forsinkelse eller annen ulempe, kan avgjørelsen treffes av bevisopptaksretten.

(4) Den rett som har saken, kan bringe avgjørelser truffet av bevisopptaksretten inn for sin overordnede domstol. Er det en overordnet domstol som har saken, kan den omgjøre avgjørelser etter første punktum.

(5) Er det mangler ved bevisopptaket, kan partene kreve at den rett som har saken, retter disse, om nødvendig ved nytt bevisopptak. Retten kan av eget tiltak rette manglene.

#### § 30-4 Direkte avhør og fjernavhør

Bevisopptak som er besluttet i medhold av § 24-11(1) (a), gjennomføres som direkte avhør ved den rett som foretar bevisopptaket. I andre tilfelle kan bevisopptak gjennomføres ved direkte avhør eller ved fjernavhør etter § 24-10.

#### § 30-5 Utføring av bevisundersøkelse

(1) Den som foretar bevisundersøkelsen skal utføre de tiltak som er nødvendige for å oppnå formålet med undersøkelsen.

(2) Forklaringer fra parter eller vitner kan innhentes. I så fall gjelder § 30-4 annet punktum tilsvarende. Retten kan beslutte at opplysninger til bruk for undersøkelsen, skal innhentes ved rettslig avhør etter § 30-4.

(3) Hvis det er hensiktsmessig og kan gjennomføres uten vesentlig ulempe eller omkostning, kan undersøkelsen utvides til å gjelde andre forhold enn det som er gjenstand for undersøkelse.

#### § 30-6 Redegjørelse for undersøkelsen

(1) Den som har foretatt undersøkelsen, skal skriftlig eller på annen hensiktsmessig måte gi en redegjørelse for undersøkelsen og det som fremkom ved den. Det skal redegjøres for forklaringer som er innhentet.

(2) Retten kan innhente ytterligere opplysninger om undersøkelsen.

### § 30-7 Bevisopptak utenfor domstolene

Ved enighet mellom partene kan det foretas bevisopptak utenfor domstolene.

## 31. kapittel. Bevissikring utenfor rettssak

### § 31-1 Bevissikring

Ved bevissikring utenfor rettssak kan det foretas rettslig avhør av parter og vitner og gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis.

### § 31-2 Vilkårene for bevissikring

Bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist hvor den som fremsetter begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper, og det enten er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist.

### § 31-3 Begjæring om bevissikring. Rettens avgjørelse

(1) Begjæring om bevissikring fremmes for den domstol der sak i tilfelle kunne vært reist. Er det klart at bevissikringen bør skje ved annen domstol, kan kravet fremmes for denne. Er det allerede fremmet krav om bevissikring i saksforholdet, fremmes det nye kravet for samme domstol. § 4-6 gjelder tilsvarende.

(2) I tillegg til den begjæringen direkte retter seg mot, angis som motpart den som det er nærliggende at en sak i tilfelle vil bli reist mot.

(3) Bevissikring kan iverksettes straks dersom rask gjennomføring er nødvendig for å sikre beviset. Om mulig skal motparten varsles før bevissikringen slik at han kan la seg representere under denne. Dersom varsling ikke lar seg gjennomføre i tide, skal retten så vidt mulig oppnevne en representant for motparten, og snarest underrette motparten om det som er foretatt.

(4) Dersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe foreløpig avgjørelse om bevissikring uten å varsle motparten. Den som har fremsett begjæringen, bør ikke gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det kan være viktig for motparten å hindre det. Retten kan stille som vilkår for foreløpig avgjørelse, at den som har fremsatt kravet dekker eller stiller sikkerhet for de omkostninger som påløper.

Tvangsfullbyrdelsesloven § 15-10 gjelder tilsvarende.

### § 31-4 Gjennomføringen av bevissikring

For gjennomføringen av bevissikring gjelder reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt de passer.

### § 31-5 Omkostninger ved bevissikring

(1) Den part som begjærer bevissikring, plikter å dekke de omkostninger som påløper for motpart etter § 31-3(2) og omkostningene ved at det oppnevnes representant etter § 31-3(3).

(2) Dersom begjæringen om bevissikring er nødvendiggjort av at motpart etter 31-3(2) uten rimelig grunn har motsatt seg å medvirke til bevissikring og bevis tilgang eller uten rimelig grunn har bestridt begjæringen, kan plikten etter (1) helt eller delvis falle bort. Både den som har fremmet begjæringen, og andre parter kan i slike tilfeller helt eller delvis tilkjennes saksomkostninger av den part som ikke har villet medvirke.

## Syvende del – Særlige prosessformer

### 32. kapittel. Gruppesøksmål

#### § 32-1 Virkeområdet. Definisjoner

(1) Kapitlet gir særlige regler om behandlingsmåten for gruppesøksmål for tingretten, og anke over avgjørelser i gruppesøksmål.

(2) Gruppesøksmål er søksmål som føres av eller mot en gruppe på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag, og som er godkjent av retten som gruppesøksmål.

(3) Gruppeprosess er de særlige prosessregler for gruppesøksmål.

(4) Gruppen er de rettssubjekter som har krav eller forpliktelser som faller innenfor den ramme retten har trukket opp for gruppesøksmålet, og som omfattes av søksmålet etter §§ 32-6 eller 32-7.

(5) Gruppemedlemmer er de enkelte rettssubjekter innenfor gruppen.

(6) Grupperegisteret er det register som føres over gruppemedlemmene etter § 32-6.

(7) Grupperepresentant er den som handler på gruppens vegne i søksmålet etter § 32-9(1) til (3).

*§ 32-2 Vilkår for gruppesøksmål*

- (1) Gruppessøksmål kan bare reises hvis
- flere rettssubjekter har krav eller forpliktelser på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag,
  - kravene ellers kan behandles av retten med samme sammensetning og hovedsakelig etter de samme behandlingsregler,
  - gruppeprosess er den beste behandlingsmåten, og
  - det er grunnlag for å utpeke grupperepresentant etter § 32-9.
- (2) Bare de som kunne reist eller sluttet seg til et ordinært søksmål for norske domstoler, kan være gruppe medlemmer.

*§ 32-3 Saken reises*

- (1) Gruppessøksmål kan reises av
- enhver som fyller vilkårene for å være gruppe medlem hvis søksmålet fremmes, eller
  - organisasjon, forening eller offentlig organ når søksmålet ligger innenfor dets formål, jf. § 1-4.
- (2) Saken innledes ved stevning til en tingrett der en som kan være gruppe medlem kunne reist et ordinært søksmål.
- (3) Stevningen skal gi retten de nødvendige opplysninger for å vurdere om vilkårene for gruppesøksmål er oppfylt og for å treffe avgjørelser etter § 32-4(2). Det skal fremgå om gruppesøksmålet skal omfattes av § 32-6 eller § 32-7.

*§ 32-4 Godkjennelse av gruppesøksmål*

- (1) Retten skal så tidlig som mulig avgjøre om gruppesøksmålet skal fremmes eller avvises.
- (2) Fremmes gruppesøksmålet, skal retten i avgjørelsen om dette
- beskrive rammen for krav som kan omfattes av gruppesøksmålet,
  - avgjøre om gruppesøksmålet skal omfattes av § 32-6 eller § 32-7,
  - i gruppesøksmål etter § 32-6 fastsette en frist for registrering i grupperegisteret,
  - fastsette et eventuelt maksimalt ansvar for gruppe medlemmene for omkostninger i saken etter § 32-6(3), og
  - utpeke grupperepresentant.
- (3) Viser sakens videre behandling at det er klart uhensiktsmessig at søksmålet føres etter reglene for gruppeprosess, eller at rammen for de krav som omfattes av gruppesøksmålet bør få en annen avgrensning, kan retten av eget tiltak omgjøre eller endre avgjørelsen. De som ikke lenger omfattes

av gruppesøksmålet, kan innen én måned etter at avgjørelsen om omgjøring eller endring er rettskraftig, kreve at retten fortsetter behandlingen av deres krav som individuelle søksmål.

(4) Avgjørelser etter (1) til (3) treffes som kjennelse. Ved anke gjelder ikke § 11-3(2).

*§ 32-5 Varsel om godkjent gruppesøksmål*

(1) Når et gruppesøksmål er godkjent, skal retten gjennom varsel, kunngjøring eller på annen måte sørge for at gruppesøksmålet gjøres kjent overfor dem som kan slutte seg til det, eller som er gruppe medlemmer etter § 32-7.

(2) Varslet eller kunngjøringen skal gjøre det klart hva gruppesøksmålet og gruppeprosessen innebærer, herunder konsekvensene av å registrere seg eller kreve seg slettet som gruppe medlem, og mulig ansvar for omkostninger som kan påløpe. Frist for registrering i grupperegisteret skal fremgå av varslet.

(3) Varslets innhold, varslingsmåte mv., bestemmes av retten, herunder om varsel eller kunngjøring skal besørges av representanten for gruppen.

*§ 32-6 Gruppessøksmål som krever registrering av gruppe medlemmer*

(1) Gruppessøksmålet omfatter bare de som er registrert som gruppe medlemmer, med mindre søksmålet er fremmet etter § 32-7.

(2) Begjæring om registrering må fremsettes innen fristen for dette. Retten kan i særlige tilfeller godkjenne en forsinket registrering inntil hovedforhandlingen, med mindre hensynet til de øvrige parter i vesentlig grad taler mot det.

(3) Etter begjæring fra den som krever gruppesøksmålet, kan retten bestemme at det skal være et vilkår for registrering at gruppe medlemmene skal ha ansvar for et fastsatt maksimalbeløp for omkostninger etter § 32-14. Retten kan også etter begjæring bestemme at beløpet før registrering skal innbetales som sikkerhet til prosessfullmektigen for gruppen.

(4) Godkjennes registreringen, regnes registrering som foretatt på det tidspunkt begjæring om registrering ble fremsatt.

(5) Grupperegisteret føres av retten. Nærmere regler om grupperegisteret kan gis ved forskrift.

*§ 32-7 Gruppessøksmål som ikke krever registrering av gruppe medlemmer*

(1) Retten kan bestemme at de som har krav innenfor rammen for gruppesøksmålet, skal være

gruppemedlemmer uten registrering i grupperegisteret dersom kravene

(a) enkeltvis gjelder så små verdier eller interesser at de ikke kan forventes fremmet ved individuelle søksmål, og

(b) ikke antas å reise spørsmål som krever individuell behandling.

(2) De som ikke vil delta i gruppesøksmålet, kan tre ut etter § 32-8.

#### § 32-8 Uttreden som gruppemedlem

(1) Enhver kan tre ut som gruppemedlem. Det gjøres ved sletting i grupperegisteret eller, for søksmål etter § 32-7, ved at det anmerkes i grupperegisteret at vedkommende ikke skal være gruppe-medlem. Utmeldingen er virksom fra det tidspunkt retten mottar meldingen. Utmelding kan ikke skje etter at gruppemedlemmets krav er rettskraftig avgjort.

(2) Utmelding før det er avsagt realitetsavgjørelse som etter § 32-11 binder gruppemedlemmene, kan skje uten at vedkommende taper det materielle krav som var fremmet.

(3) Ved utmelding etter at det er avsagt realitetsavgjørelse som binder gruppemedlemmet etter § 32-11, fortsetter nødvendig videre behandling i instansen etter reglene for allmennprosess eller for småkravsprosess om kravet går inn under § 10-1. Dersom videre behandling av partens krav forutsetter overprøving ved anke, må den som har trådt ut, erklære anke om han ønsker overprøving. Anke kan inngis innen én måned etter utløpet av ankefristen for gruppen. Selv om denne fristen er utløpt, kan vedkommende likevel anke hvor gruppen har anket. Anke må da inngis samtidig med utmeldingen av gruppesøksmålet, og den må ligge innenfor den ramme for anke som er trukket opp i anken fra gruppen.

(4) En som har fremmet kravet ved individuelt søksmål, betraktes i forhold til reglene foran som utmeldt av gruppesøksmålet. For søksmål etter § 32-7 opphører denne virkningen om det individuelle søksmål heves.

#### § 32-9 Rettigheter og plikter i gruppesøksmålet. Representasjon

(1) Gruppens rettigheter og plikter i gruppesøksmålet ivaretas av grupperepresentanten. Grupperepresentanten har plikt til å påse at gruppe-medlemmene holdes forsvarlig orientert om gruppesøksmålet. Særlig gjelder dette for prosesshandlinger og avgjørelser som får betydning for gruppe-medlemmenes krav.

(2) Den som kan reise gruppesøksmål etter § 32-3(1), og som er villig til det, kan være grupperepresentant.

(3) Grupperepresentanten skal utpekes av retten. Representanten skal kunne ivareta gruppens interesser på en god måte, og kunne svare for gruppens mulige omkostningsansvar overfor motparten. Retten kan tilbakekalle en oppnevning som grupperepresentant og oppnevne en ny om det er nødvendig. § 32-4(4) gjelder tilsvarende for avgjørelser om tilbakekall av og nyoppnevning av grupperepresentant.

(4) Gruppen skal i søksmålet ha prosessfullmektig som er advokat. Retten kan i særlige tilfeller gjøre unntak fra dette.

#### § 32-10 Tvistepunkter som kun gjelder én eller få gruppemedlemmer. Undergrupper

(1) Retten kan bestemme at reglene for gruppeprosess ikke skal gis anvendelse for behandlingen av tvistepunkter som bare gjelder et lite antall gruppemedlemmer. I så fall råder gruppemedlemmene selv over disse spørsmålene. Retten avgjør rekkefølgen de forskjellige spørsmål skal behandles i. Normalt bør retten behandle de spørsmål som gjelder gruppen som helhet før den behandler særspørsmål knyttet til en eller noen få parter.

(2) Hvor gruppen består av et stort antall gruppe-medlemmer, og det for flere av disse oppstår samme eller vesentlig like rettslige eller faktiske spørsmål som skiller seg fra de spørsmål som er felles for gruppen som helhet, kan retten bestemme at det skal opprettes undergrupper. For opprettelse av undergrupper og behandlingen av særspørsmålene for dem, får reglene i dette kapittel tilsvarende anvendelse.

#### § 32-11 Avgjørelse av gruppesøksmålet. Forlik

(1) Avgjørelser av krav i gruppesøksmål binder de som er gruppemedlemmer på avgjørelsestidspunktet.

(2) Retten kan dele pådømmelsen slik at den først avgjør kravene fra ett eller noen gruppe-medlemmer når innsigelser og anførsler gjør at det ikke er praktisk å treffe realitetsavgjørelse for kravene fra alle gruppemedlemmene under ett. Denne første dommen legges uprøvd til grunn ved senere pådømmelser, så langt det ikke er anført at det foreligger særlige grunnlag for avvikende avgjørelse. Denne virkningen gjelder ikke for fastleggelse av faktiske og rettslige forhold som gruppemedlemmene har vært avskåret fra å få overprøvd ved anke.

(3) Forlik i gruppesøksmål etter § 32-7 må god-

kjennes av retten. For avgjørelsen om godkjenning gjelder § 32-4(4) tilsvarende.

#### § 32-12 Saksomkostninger

(1) Grupperepresentanten har rett og plikt i forhold til saksomkostninger i gruppesøksmålet.

(2) Ved skifte av grupperepresentant, bestemmer retten hvordan rett og plikt til saksomkostninger skal fordeles mellom disse.

(3) For saksomkostninger ved tvistepunkter etter § 32-10(1), gjelder de vanlige regler om saksomkostninger.

#### § 32-13 Godtgjørelse

Prosessfullmektig og grupperepresentant har krav på godtgjørelse for sitt arbeid og dekning av sine utgifter. Godtgjørelsen og utgiftsdekningen fastsettes av retten. Kravene kan kreves dekket av gruppens motpart i den utstrekning denne ilegges ansvar for saksomkostninger, og av gruppe medlemmene innen den ramme som følger av § 32-14.

#### § 32-14 Gruppemedlemmers økonomiske ansvar mv.

(1) Gruppemedlemmer, med unntak av gruppe medlemmer i søksmål etter § 32-7, er ansvarlig overfor grupperepresentanten for omkostninger denne ilegges etter § 32-12 og for godtgjørelse prosessfullmektig og grupperepresentant tilkjennes etter § 32-13. Ansvaret for det enkelte gruppe medlem er begrenset til det beløp som er fastsatt eller innbetalt som vilkår for registrering, jf. § 32-6(3). Beløp som tidligere ikke er innbetalt, skal innbetales til gruppens prosessfullmektig.

(2) Tidligere gruppe medlemmer som er utelukket fra gruppen etter § 32-4(3), kan ikke ilegges ansvar etter (1). Beløp innbetalt etter § 32-6(3) skal tilbakebetales. For dem som har trådt ut av gruppen ved utmelding, bestemmer retten om de skal ha ansvar etter (1). Ved avgjørelsen skal det legges vekt på om en større del av omkostningene er pådratt på det tidspunkt utmelding skjer.

(3) Etter dekning av eget tilgodehavende plikter prosessfullmektigen å videreføre innbetalte beløp etter (1) til dekning av omkostningsbeløp som gruppens motpart er tilkjent, før det skjer utbetaling til grupperepresentanten.

#### § 32-15 Gruppe på saksøkt siden

§§ 32-1 til 32-14, med unntak av § 32-7, gjelder

tilsvarende så langt de passer hvor gruppen utgjøres av parter på saksøkt siden.

### 33. kapittel. Saker om administrative tvangsvedtak

#### § 33-1 Virkeområdet

(1) Reglene i dette kapitlet gjelder søksmål som etter særskilt lovbestemmelse kan reises for rettslig prøving av administrative vedtak om tvang. Andre krav kan ikke trekkes inn i saken.

(2) Søksmål etter reglene her kan ikke reises etter at vedtaket er falt bort. Faller vedtaket bort etter at det er krevd rettslig prøving, heves saken.

(3) Ny rettslig prøving kan bare skje etter at saken på nytt er behandlet administrativt.

#### § 33-2 Hvordan og hvor søksmål reises. Virkningene av søksmål

(1) Søksmål reises ved at det fremsettes krav om rettslig prøving overfor den myndighet som har truffet vedtaket. Vedkommende myndighet skal straks sende kravet om rettslig prøving og sakens dokumenter til retten.

(2) Saken skal behandles ved tingretten i den rettskrets der den private part er i samsvar med vedtaket, der denne har alminnelig verneing, eller hadde alminnelig verneing før vedtaket ble satt i verk.

(3) Søksmål er ikke til hinder for at vedtaket settes i verk eller opprettholdes med mindre retten ved kjennelse bestemmer noe annet. At det gis oppsettende virkning fører ikke til at vedtaket faller bort.

#### § 33-3 Partsforholdet mv.

(1) Søksmål reises av den vedtaket retter seg mot, eller av den som etter særskilt lovbestemmelse er gitt adgang til å reise sak.

(2) Den vedtaket retter seg mot kan reise søksmål på egen hånd dersom vedkommende er i stand til å forstå hva saken gjelder. Mindreårige kan likevel først reise sak på egen hånd etter fylte 15 år, med mindre noe annet følger av særskilt lovbestemmelse.

(3) Søksmålet rettes mot staten ved departementet. I saker som gjelder vedtak truffet av fylkesnemnda for sosiale saker rettes søksmålet mot kommunen. Er det kommunen som reiser søksmålet, må dette rettes mot den eller de private parter i det vedtaket som blir angrepet.

### § 33-4 Rettens sammensetning

(1) Tingretten settes med to meddommere, hvorav den ene eller begge kan være fagkyndige oppnevnt av retten. I særlige tilfeller kan retten settes med fire meddommere, hvorav to skal være fagkyndige.

(2) Som dommer kan ikke tjenestegjøre noen som står i fylkesnemndenes eller smittevernnemndenes utvalg, eller som er medlem av en kontrollkommisjon for det psykiske helsevern, når saken gjelder rettslig prøving av vedtak truffet av et slikt organ som vedkommende står i utvalget til eller er medlem av.

(3) Domstoladministrasjonen kan opprette ett eller flere utvalg av personer med fagkyndighet i saker som skal behandles etter dette kapitlet.

### § 33-5 Rettens behandling og prøving

(1) Hovedforhandling skal berammes straks.

(2) Saken skal prioriteres, og behandles så hurtig som hensynet til en forsvarlig saksbehandling gjør mulig.

(3) Innenfor rammene av vedkommende lov skal retten prøve alle sider av saken.

### § 33-6 Partsrettigheter mv. for den private part

(1) Retten kan unnlate å motta forsikring fra den private part.

(2) Personlig avhør av den private part kan unnlates dersom retten finner dette ubetenkelig.

(3) Retten kan bestemme at den private part ikke skal få dokumentinnsyn eller skal utelukkes fra forhandlingene, i den utstrekning partens helse-tilstand eller lave alder gjør dette påkrevd. I så fall skal rettens formann, den private partens prosessfullmektig eller representant gjøre parten kjent med hovedinnholdet i dokumentene eller forhandlingene så langt opplysningene er av interesse for saken.

(4) Den private part gjøres kjent med rettens avgjørelser og reglene for anke på den måten retten bestemmer.

### § 33-7 Offentlighet og dokumentinnsyn

(1) Sakens dokumenter er unntatt offentlighet.

(2) Rettsmøter holdes for lukkede dører. Rettsmøter kan likevel holdes helt eller delvis for åpne dører dersom den private part begjærer det, og retten finner dette ubetenkelig ut fra hensynet til sakens opplysning, til den private part selv og andre.

### § 33-8 Kostnadene ved saken

Staten bærer alle kostnadene ved saken, med mindre noe annet følger av særskilt lovbestemmelse.

### § 33-9 Foregrepet virkning mv.

(1) Går dommen ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, får dette virkning straks.

(2) Dersom det foreligger særlig tungtveiende grunner, kan retten i dommen likevel bestemme at den ikke skal få foregrepet virkning. Avgjørelsen kan bare ankes med de begrensninger som følger av § 11-3(3).

### § 33-10 Anke

(1) Ved anke fra den private part, gjelder ikke § 11-9(3) og (4).

(2) Er parten frihetsberøvet, kan vedkommende fremsette anke for styrer av den institusjon hvor han har opphold, som straks oversender anken til den domstol som har truffet avgjørelsen.

(3) Ved anke over dom gjelder § 33-2(3) om oppsettende virkning tilsvarende. Ved anke over dom som går ut på at tvangsvedtaket skal opphøre, kan den rett som har ankesaken ved kjennelse bestemme at tvangsvedtaket likevel skal stå ved lag til det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Avgjørelse etter § 33-9(2) kan ved kjennelse omgjøres av den rett som har ankesaken.

(4) Ved anke over dom til lagmannsretten settes retten med to meddommere, hvorav den ene eller begge kan være fagkyndige oppnevnt av retten.

(5) For ankebehandlingen gjelder for øvrig reglene i kapitlet her så langt de passer.

## Åttende del – Endringer i andre lover

### 34. kapittel. Endringer i andre lover Domstoloven (lov 13. august 1915 nr. 5)

#### § 1

§ 1. De alminnelige domstoler er:

1. Høyesterett
2. lagmannsrettene
3. tingrettene

Forliksrådene er meklingsinstitusjoner med begrenset domsmyndighet som angitt i tvisteloven § 8-10.



## § 4

§ 4. Når saksmengden gjør det påkrevd, kan Høyesterett, for saker som skal avgjøres av fem dommere deles i flere avdelinger etter bestemmelse av Domstoladministrasjonen. For saker som skal avgjøres av tre dommere, kan Høyesterett nedsette ett eller flere utvalg, som betegnes som Høyesteretts ankeutvalg. Høyesteretts domstolleder leder behandlingen i avdelinger og utvalg og behandlingen av saker i storkammer eller plenum, som hun eller han er med i. Ellers ledes behandlingen av eldste dommer som er med.

## § 5

§ 5. I saker som etter lov skal avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg, settes Høyesterett med tre dommere. Det kan bestemmes at slike saker skal avgjøres i avdeling med fem dommere.

I andre saker enn etter første ledd første punktum settes Høyesterett med fem dommere.

I særlig tidkrevende saker kan det bestemmes at ytterligere en eller to dommere følger forhandlingene og deltar i avgjørelsen i tilfelle forfall.

I saker etter første og annet ledd som er av særlig viktighet, kan det bestemmes at saken, eller rettsspørsmål i den, skal avgjøres av Høyesterett i storkammer, satt med 11 dommere. Ved vurderingen av om saken er av særlig viktighet skal det blant annet legges vekt på om det oppstår spørsmål om å sette til side en rettsoppfatning Høyesterett har lagt til grunn i en annen sak, eller om saken reiser spørsmål om konflikt mellom lover, provisoriske anordninger eller stortingsbeslutninger og grunnloven eller bestemmelser Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid. I helt særlige tilfeller kan det bestemmes at saken, eller rettsspørsmål i saken, skal avgjøres av Høyesterett i plenum, som da består av alle Høyesteretts dommere som ikke er ugilde eller har forfall.

Får noen av rettens medlemmer forfall i saker etter fjerde ledd, kan retten avgjøre saken så lenge det er minst fem dommere tilbake. Er det ved avgjørelsen et like antall dommere, fratrer yngste dommer.

## § 6

§ 6. Avgjørelse om at Høyesterett skal ha en annen sammensetning enn den som følger av § 5 første ledd første punktum, treffes før saken er fordelt til forberedende dommer av Høyesteretts domstolleder. Etter fordeling treffes avgjørelsen av ankeutvalget, men slik at domstollederen i tilfeller hvor

retten skal settes med flere enn fem medlemmer, avgjør om retten skal settes med 11 eller alle Høyesteretts dommere.

Avgjørelse om at Høyesterett skal ha en annen sammensetning enn den som følger av § 5 annet ledd, treffes av domstollederen før den muntlige ankeforhandling er begynt, eller i skriftlige saker før partene har inngitt sitt siste skriftlige innlegg. Etter dette tidspunkt, kan to av avdelingens fem dommere kreve at avgjørelsen skal treffes med en sammensetning etter § 5 fjerde ledd. Domstollederen avgjør da om retten skal settes med 11 eller med alle Høyesteretts dommere.

Hvor det er truffet avgjørelse om at Høyesterett skal settes i storkammer, kan Høyesteretts domstolleder i stedet bestemme at avgjørelsen skal treffes av Høyesterett i plenum. Det skal gjøres hvis minst seks av Høyesteretts dommere krever det. Vedtak etter første punktum og krav etter annet punktum må i tilfelle fremsettes før ankeforhandlingen eller den avsluttende skriftlige behandlingen i den forsterkede rett påbegynnes.

## § 7

§ 7. Når Høyesterett skal treffe avgjørelser som ikke gjelder de enkelte rettsaker, skal fem dommere være med ved avgjørelsen, hvis ikke annet er bestemt ved lov.

I de avgjørelser som er nevnt i § 8 annet punktum, skal alle dommere være med, men avgjørelse kan treffes selv om noen av dommerne har forfall.

## § 8

§ 8. Høyesteretts domstolleder leder rettens forretninger, fastsetter tiden for dens møter og for behandlingen av sakene og fordeler forretningene mellom rettens medlemmer og i tilfelle dens avdelinger og utvalg. Alminnelige regler om dette kan fastsettes i en forretningsorden.

Har domstollederen forfall, gjør eldste dommer tjeneste så lenge ingen annen er oppnevnt.

## § 39

Bestemmelsen oppheves.

## § 51 a nytt tredje ledd

Når en voldgiftsrett må ta stilling til tolkningen av EØS-avtalen med protokoller, vedlegg og de rettsakter vedleggene omhandler, kan den be den stedlige tingrett om å forelegge tolkningsspørsmålet for EFTA-domstolen. Tingretten kan velge om

den selv vil utforme spørsmålsskriftet eller om det skal pålegges voldgiftsretten.

#### § 122

§ 122. Ved retsmøter forstås de møter, som en ret holder til forhandling mellom parter eller for at avhøre parter, vidner eller sakkyndige eller foreta granskning eller bevisundersøkelse, eller som loven særskilt har betegnet som retsmøter.

### **8de kapitel:**

Kapitteloverskriften endres til «Frister»

#### *Ny § 146 a*

§ 146 a. Når prosesshandlinger foretas elektronisk avbrytes frister ved at prosesskrivet er sendt til domstolen.

#### § 151

Tredje ledd oppheves.

#### §§ 153 til 158

Bestemmelsene oppheves.

#### § 179

§ 179. Forkynnelse kan skje elektronisk når den som skal motta forkynnelsen gir bevis for at det er mottatt.

Mellom offentlige tjenestemenn og advokater er signert bekreftelse bevis nok. Fra andre kan domstolen kreve annen bekreftelse.

#### § 200 nytt tredje og fjerde ledd

Det kan ikke reises erstatningssøksmål om en tjenestemanns eller det offentliges ansvar i anledning rettslige avgjørelser med mindre

- a) avgjørelsen er opphevet eller forandret,
- b) avgjørelsen er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres
- c) rettidig anke mot avgjørelsen ikke kunne tas under behandling eller avgjøres, og dette utfallet i ankeinstansen innebar at avgjørelsen falt bort, eller
- d) tjenestemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen.

For krav om dekning av saksomkostninger fra det offentlige i forbindelse med rettslige avgjørelser, gjelder tvisteloven § 23-12.

#### § 213 første ledd nytt tredje og fjerde punktum

Forliksrådet kan ikke ilegge straff eller erstatning etter dette kapitlet. Spørsmål om ansvar i anledning en sak for forliksrådet kan bringes inn for tingretten.

#### § 223 første ledd

§ 223. Enhver advokat har rett til å ha en autorisert fullmektig til å opptre for seg i rettergang. Fullmektigen kan ikke opptre for Høyesterett eller ved saker som behandles muntlig for lagmannsrett med mindre vedkommende har tillatelse etter § 221 eller § 220 til å være advokat ved vedkommende rett. Fullmektigen kan opptre for Høyesteretts ankeutvalg når anken gjelder kjennelser og beslutninger avsagt av lagmannsrettene.

### **Lov om vidners og sakkyndiges godtgjørelse av 21. juli 1916 nr. 2**

#### *§ 1 nytt annet punktum skal lyde*

Samme rett til godtgjørelse har ledsagere for barn, alvorlig sinnslidende eller betydelig psykisk utviklingshemmete vitner.

### **Høyesterettsloven (lov 26. juni 1926 nr. 2)**

Lov 25. juni 1926 nr. 2 om forandring i lovgivningen om Høyesterett oppheves.

### **Forvaltningsloven (lov 10. februar 1967)**

#### *§ 27 tredje ledd, tredje og fjerde punktum*

Er det etter særskilt lovbestemmelse et vilkår for søksmål at klageadgangen er nyttet eller at søksmålet anlegges innen en viss frist, skal parten i underretningen om vedtaket også gjøres oppmerksom på dette. I motsatt fall kommer slike vilkår for søksmål ikke til anvendelse overfor parten.

### **Foreldelsesloven (lov 18. mai 1979 nr. 18)**

#### *§ 15 (Rettslige skritt m.m.)*

[§ 15 nummer 1, nytt annet punktum]

Foreldelse avbrytes også ved at fornærmede begjærer at påtalemyndigheten fremmer kravet i straffesak etter straffeprosessloven § 427.

[§ 15 nummer 2, ny bokstav c) og d) ]

c) når fornærmede fremmer krav til pådømmelse i straffesak etter straffeprosessloven § 428.

d) når det begjæres fortsatt behandling som individuelt søksmål etter tvisteloven § 32-4(3).

[§ 15 nummer 3]

Er det avtalt at tvist om en fordring skal avgjøres ved voldgift avbrytes foreldelse når voldgiftsak er innledet etter voldgiftsloven § 5-6. Er det ellers hjemmel for annen særskilt avgjørelsesmåte, avbrytes foreldelse ved at fordringshaveren gjør det som fra hans side trengs for å sette saken i gang. Bestemmelsen i nr. 2 bokstav b gjelder tilsvarende.

#### *Ny § 15 A (Gruppesøksmål)*

(1) Ved stevning i gruppesøksmål, avbrytes foreldelsen for de krav som faller innenfor rammen av søksmålet. Godkjennes ikke gruppesøksmålet, får avbrytelsen bare virkning for krav hvor det innen én måned etter at nektelsen er endelig er tatt nytt skritt til avbrytelse av foreldelsesfristen.

(2) Ved godkjennelse av gruppesøksmål, avbrytes foreldelsen for krav som omfattes av godkjennelsen om avbrytelse ikke allerede har skjedd etter (1). I gruppesøksmål etter tvisteloven § 32-6 blir avbrytelsen bare virksom dersom fordringshaveren registreres som gruppemedlem.

(3) For den som trer ut som gruppemedlem, fortsetter foreldelsesfristen å løpe fra det tidspunkt han erklærer at han trer ut.

#### *§ 22 (Tilleggsfrist etter avvisning m.m).*

[Nummer 1, nytt siste punktum]

Når fornærmede har begjært kravet pådømt i straffesak, og kravet blir trukket, varer virkningen i ett år fra fornærmede meddelte domstolen eller påtalemyndigheten at kravet ble trukket i straffesaken.

### **Rettshjelploven (lov 13. juni 1980 nr. 35)**

#### *Ny § 18 nr. 5*

5. i sak om lovligheten av et administrativt tvangsvedtak når det ikke lenger kan prøves etter tvisteloven kapittel 33, jf. § 33-1(2), eller i sak med krav om erstatning i forbindelse med slikt vedtak, reist av den tvangsvedtaket rettet seg mot.

#### *§ 24 Hva fri sakførsel omfatter*

Fri sakførsel omfatter hel eller delvis dekning av salær til prosessfullmektig. Dessuten dekkes gebyr og sideutgifter ved saken etter bestemmelsene om fritak for rettsgebyr i kap. V. Fri sakførsel

sel omfatter idømte saksomkostninger begrenset til det motparten kunne krevd som godtgjøring og utgiftsdekning etter § 3 og denne paragraf. Den rett som har saken til behandling, avgjør om bevilling til fri sakførsel også skal omfatte rettergangsskritt ved annen domstol.

Fylkesmannen – eller Trygderetten/Rikstrykdeverket i saker etter § 22 første ledd nr. 1 og 2 – kan samtykke i at partenes egne vesentlige og nødvendige utgifter i anledning saken dekkes helt eller delvis. Det samme gjelder partenes utgifter til bistand fra sakkyndige som ikke er oppnevnt av retten. Når en part er pålagt møteplikt etter lov 21. mars 1975 nr. 9 om nordisk vitneplikt § 8, skal bevillingen til fri sakførsel omfatte partenes reise- og oppholdsutgifter.

Retten kan pålegge en part som har fri sakførsel, helt eller delvis å erstatte statens utgifter ved dette i det omfang utgiftene ikke pålegges motparten, når partens forhold og omstendighetene for øvrig tilsier det.

[nåværende tredje ledd sløyfes]

Etter særskilt søknad til fylkesmannen kan bevillingen utvides til å gjelde bistand til å gjøre myndighetene oppmerksom på generelle forhold som måtte ligge til grunn for saken, samt foreslå endringer og forbedringer av lovregler eller forvaltningspraksis.

#### *§ 28 a Anke*

Avgjørelse etter § 23 tredje ledd om godtgjøring til prosessfullmektig eller sakkyndig truffet av en domstol kan påankes til overordnet domstol. Avgjørelser truffet av Arbeidsretten kan ikke påankes. Avgjørelser truffet av Trygderetten kan påankes til Borgarting lagmannsrett.

For anke etter første ledd gjelder reglene i tvisteloven og domstolloven om anke over kjennelser og beslutninger, dersom ikke annet følger av paragrafen her.

For den som har fått underretning om avgjørelsen, er fristen for å erklære anke to uker fra den dag vedkommende mottok underretningen. For andre er fristen to uker fra den dag vedkommende har fått eller burde ha skaffet seg kjennskap til avgjørelsen likevel ikke utover tre måneder fra det tidspunkt avgjørelsen ble truffet.

Domstolen skal tilrettelegge saken for anke-domstolen og gi slik redegjørelse for saken som er nødvendig for anke-domstolen.

Om dekning av saksomkostnader av det offentlige gjelder forvaltningsloven § 36 første ledd og tredje ledd første og annet punktum tilsvarende.

## **Barnelova (lov 8. april 1981 nr. 7)**

### *§ 28 nytt tredje ledd*

Fristen for gjenopning av saka etter tvistelova § 13-6(2) gjeld ikkje farskapssaker.

## **Nytt kapittel 4a i barnelova skal lyde:**

Kapittel 4a Rettargang i andre slektskapssaker enn farskapssaker

### *§ 29 a Verkeområdet og tilhøvet til allmenne rettargangsreglar*

Reglane i dette kapitlet gjeld sak for domstolane om ein slektskap i rett opp- eller nedstigande line (slektskapssak), anna enn farskap.

I ei slektskapssak kan andre tvistar berre takast opp når dei følgjer av slektskapen eller slektskapssaka.

Reglane i domstollova og tvistelova gjeld så langt ikkje anna er sagt.

### *§ 29 b Partane i saka mv.*

Berre dei som det er påstått er i slekt, kan reise slektskapssak seg i mellom. Saka må reisast mot den eller dei som er påstått nærast i slekt.

I slektskapssak har fylkestyngdekantoret rett til å møte, og til å anke eller krevje at dommen skal takast opp att, for å vareta offentlege interesser. Retten skal gje fylkestyngdekantoret melding om saka, og melding om nokon av partane ikkje møter.

Dersom nokon som påstår å vere lengre ute i slekt har reist sak, har livsarvingane etter ein slektning som ikkje lenger er i live rett til å gå inn i saka, og til å anke eller reise krav om gjenopning av saka.

Ut over dette gjeld § 29 e om rett til å gå inn i saka.

### *§ 29 c Stillinga til verjen*

Verje kan ikkje reise slektskapssak for ein umyndig som har fylt 15 år utan samtykke frå den umyndige, med mindre den umyndige er alvorleg psykisk sjuk eller utviklingshemma.

### *§ 29 d Utvida rettskraft*

Rettskraftig dom i slektskapssak gjeld for og mot alle og skal leggjast til grunn i alle høve der slektskapen har noko å seie.

Er saka reist mellom nokon som det er påstått

er lengre ut i slekt, gjeld dommen likevel berre mot ein nærare slektning dersom denne slektningen var varsla om eller har gått inn i saka.

Det same gjeld for den som sjølv krev å vere forelder, eller å vere den som slektskapssaka gjeld.

### *§ 29 e Om ein part døyr under saka*

Døyr ein part før dom er sagt, kan dei næraste slektningane i rett opp- eller nedstigande line til den avlidne halde fram med saka.

Døyr ein part etter at dom er sagt, kan dei som er nemnde i første stykket, dødsbuet eller arvingar om dommen rører ved interessene deira, anke eller krevja at saka vert teken opp att.

Er det etter dette fleire med rett til å reise sak eller anke, må dei opptre samla. Dersom ein er gått inn, kan andre med rett til å reise sak eller til å krevje anke slutta seg til.

### *§ 29 f Gjenopning*

Fristen for gjenopning av saka etter tvistelova § 13-6(2) gjeld ikkje i slektskapssaker.

## **Rettsgebyrloven (lov 17. desember 1982 nr. 86)**

### *§ 2 annet ledd nytt tredje til femte punktum*

Utgifter til meddommere og sakkyndige som retten oppnevner av eget tiltak dekkes av staten. Det samme gjelder oversettelser til og fra samisk. Sideutgifter som må ses som en følge av at saken har prinsipiell betydning for den ene parten, kan denne parten pålegges å betale.

### *§ 3 nytt femte og sjette ledd*

Er det ikke betalt tilstrekkelig forskudd når erklæring om et rettergangsskritt blir fremsatt, skal retten sette en kort frist for betalingen. Skjer betaling ikke innen utløpet av denne fristen, skal erklæringen avvises med mindre reglene i § 5 får anvendelse. Skjer betaling innen utløpet av fristen, har det ikke betydning for bedømmelsen av spørsmålet om når erklæringen ble fremsatt, at betaling først fant sted etterpå.

Ved manglende betaling for rettergangsskritt som skal betales av en part etter § 2 annet ledd femte punktum kan rettergangsskrittet likevel foretas. § 5 annet ledd tredje punktum gjelder tilsvarende.

### *§ 5 nytt annet og tredje ledd*

Hvis en part som har begjært et rettergangs-

skritt har fått henstand etter første ledd eller slik henstand kan påregnes, skal domstolen tillate at vedkommende rettergangsskritt foretas. I andre tilfeller kan domstolen tillate at et rettergangsskritt foretas dersom den parten som har begjært det ikke kan betale straks, og det vil være til skade eller vesentlig ulempe for parten om rettergangsskrittet ikke foretas. Krever rettergangsskrittet utbetalinger, kan pengene legges ut av det offentlige.

Når rettergangsskritt er foretatt med henstand, skal retten sette en frist for betalingen. Inntil betaling har skjedd eller fristen er utløpt, skal retten bare foreta slike skritt i saken som den finner nødvendige. Skjer betaling ikke innen utløpet av fristen, avsies forfallsavgjørelse etter tvisteloven § 22-5 eller § 22-6.

#### *§ 8 annet ledd nytt tredje punktum*

For ny behandling etter at begjæring om oppfriskning mot forfallsavgjørelse eller gjenåpning er tatt til følge, betales også som for særskilt sak.

#### *§ 8 nytt syvende ledd*

For behandling av anke mot kjennelser og beslutninger og krav om gjenåpning betales 6 ganger rettsgebyret. Blir anken avvist, nekter fremmet eller hevet, betales 2 ganger rettsgebyret. Blir anke avvist på grunn av manglende gebyrbetaling betales ikke gebyr. For anke til tingrett over beslutninger i forliksrådet betales 2 ganger rettsgebyret.

#### *§ 8 nytt åttende ledd:*

For saker som behandles etter tvisteloven kapittel 10 betales rettsgebyret. Er tvistegjenstanden høyere enn 1 G, betales 2 ganger rettsgebyret. Ved anke mot slik dom gjelder første ledd, men slik at det bare betales 4 ganger rettsgebyret hvis lagmannsretten opphever dommen etter tvisteloven § 11-12(2).

### **Ekteskapsloven (lov 4. juli 1991 nr. 47)**

#### *§ 25 nytt tredje ledd*

Har bevillingsvedtaket vært gjenstand for klage, regnes ikke vedtaket som endelig før etter utløpet av søksmålsfristen i § 29 femte ledd.

#### *Ny § 25 a. Virkeområde*

Reglene i dette kapitlet kommer til anvendelse i saker:

a. Om separasjon og skilsmisse som reises for fylkesmannen.

b. Om et ekteskap består eller ikke består, om oppløsning av ekteskap og om separasjon som reises for domstolene (ekteskapsak).

For spørsmål som bringes inn i saken etter § 30d første ledd a og c, gjelder § 30b om norske domstolers kompetanse og § 30c om verneting tilsvarende. For spørsmål som bringes inn i saken etter § 30d første ledd b, gjelder barnelova § 64 om norske domstolers kompetanse og denne lovs § 30c om verneting tilsvarende.

#### *Ny § 28. Partsrettigheter for en umyndig ektefelle mv.*

Sak for fylkesmannen om separasjon eller skilsmisse, og ekteskapsak for domstolene reises av eller mot en ektefelle personlig også når han eller hun er umyndig. Når sak er reist, kan vergen opptre til støtte for den umyndige. Vergen skal varsles om saken av fylkesmannen. Er sak reist for domstolene, skal stevning også forkynnes for vergen.

En verge kan fremme sak på vegne av en ektefelle som mangler rettslig handleevne dersom det er påtrengende nødvendig av hensyn til denne ektefellen. Disse sakene behandles i alle tilfeller av domstolene, som også avgjør om det er grunnlag for saksanlegget.

Dersom en myndig ektefelle har fått oppnevnt hjelpeverge i medhold av vergemålsloven §§ 90 a flg., og det faller innenfor hjelpevergens oppdrag å opptre i eller fremme sak om separasjon eller skilsmisse eller ekteskapsak, gjelder reglene i første og andre ledd tilsvarende for hjelpevergen.

For behandling av spørsmål om bidrag og andre økonomiske spørsmål i forbindelse med ekteskapsak, gjelder tvisteloven § 2-3. Dette gjelder også for en hjelpeverge hvis det faller innenfor hjelpevergens oppdrag å tre inn i saken.

#### *§ 29 tredje ledd nytt tredje og fjerde punktum*

Begjæring om oppreisning for oversittelse av klagefristen må fremsettes så snart som mulig, og senest én måned etter at klagefristen løp ut. Er det gitt skilsmissebevilling er oppreisning utelukket dersom en av ektefellene i mellomtiden har inngått nytt ekteskap.

[Dagens tredje og fjerde punktum, blir nytt femte og sjette punktum.]

#### *§ 29 fjerde ledd*

Dør en av partene under saken, gjelder § 30f

tilsvarende ved klage over fylkesmannens avgjørelser.

#### § 29 femte ledd

Søksmål om gyldigheten av et vedtak om separasjon eller skilsmisse kan bare reises når parten fullt ut har benyttet sin adgang til å klage over avgjørelsen. Søksmål må reises innen en måned etter det endelige vedtaket ble forkynt for parten, og må rettes både mot staten ved departementet og den andre ektefellen. Er det gitt skilsmissebevilging, kan det ikke gis oppfriskning for oversittelse av søksmålsfristen dersom den ene av ektefellene i mellomtiden har inngått nytt ekteskap. § 30e annet ledd gjelder tilsvarende. Inngår en av ektefellene ekteskap etter at søksmål er reist, skal saken heves.

#### § 30. Partene i en ekteskapssak

Ekteskapssak kan bare reises for domstolene av en av ektefellene selv eller av den som påstår å være eller ikke være saksøktes ektefelle, med mindre noe annet fremgår av loven.

Reises slik sak av den ene ektefellen, stevnes den andre ektefellen som motpart. Blir saken reist av andre, stevnes begge ektefeller som motparter. Blir sak om oppløsning reist på grunn av tidligere ekteskap, skal også ektefellen i det tidligere ekteskapet stevnes som motpart.

#### § 30 a. Fylkesmannens adgang til å opptre for å ivareta offentlige interesser

I saker som anlegges for å få dom for at et ekteskap består eller ikke består eller for å få det oppløst etter § 24 første ledd, kan fylkesmannen opptre for å vareta offentlige interesser. Retten skal gi ham melding om saken. Fylkesmannen kan erklære anke og begjære gjenåpning. Ellers er inntreden i saken bare tillatt etter § 30f.

#### § 30 b. Når ekteskapssak kan anlegges i Norge

Dersom ikke annet er fastsatt ved overenskomst med fremmed stat, kan ekteskapssak reises ved norsk domstol:

- a. når saksøkte har bopel i riket, eller
- b. når saksøkeren har bopel i riket og enten har bodd her de siste to år eller tidligere har hatt bopel her, eller
- c. når saksøkeren er norsk statsborger og det godtgjøres at han på grunn av sitt statsborgerskap ikke vil kunne reise sak i det land hvor han har bopel, eller

d. når begge ektefeller er norske statsborgere og saksøkte ikke motsetter seg at saken reises for norsk domstol, eller

e. når det blir søkt om skilsmisse på grunnlag av separasjon som er meddelt her i riket i løpet av de fem foregående år.

#### § 30 c. Vernetting

Ekteskapssak anlegges ved saksøktes alminnelige vernetting etter tvisteloven § 4-3. I saker som nevnt i § 30 annet ledd annet og tredje punktum anlegges saken der en av de saksøkte har alminnelig vernetting.

Hører saken under norsk domsmyndighet uten at saksøkte har alminnelig vernetting i riket, kan saken anlegges i den rettskrets hvor ektefellene hadde sin siste felles bopel eller hvor saksøkeren har bopel.

Blir saken reist av fylkesmannen, kan den anlegges i den rettskretsen hvor en av ektefellene kunne vært saksøkt.

#### § 30 d. Inndragning av andre krav i en ekteskapssak

I ekteskapssak kan også behandles

- a. spørsmål om bidrag,
- b. spørsmål etter barneloven om felles barn,
- c. spørsmål etter ekteskapslovens øvrige bestemmelser med mindre det er begjært offentlig skifte, og
- d. krav som er en følge av søksmålet.

Hvis ikke spørsmål som nevnt i første ledd bokstav a og b er trukket inn i saken, skal retten av eget tiltak undersøke om partene er uenige om slike spørsmål og i tilfelle treffe avgjørelse i saken. Det gjelder likevel ikke hvis partene er enige om å holde spørsmålet utenfor, eller den ene parten uteblir, og den møtende ønsker å holde spørsmålet utenfor, eller hvis en av partene er bosatt utenfor riket.

Ellers kan en ekteskapssak bare forenes med tvistemål om andre rettsforhold så langt vilkårene i tvisteloven § 15-1 er til stede, og kun i den utstrekning retten tillater det.

#### § 30 e. Rettskraft, oppfriskning og gjenåpning

En rettskraftig dom om spørsmål som nevnt i § 25 første ledd b (ekteskapssak) virker for og mot alle og legges til grunn i alle forhold hvor spørsmålet har betydning. Går dommen ut på skilsmisse eller på separasjon, gjelder det samme selv om dommen ikke er rettskraftig, hvis ikke noe annet er bestemt.

Er et ekteskap erklært for ikke å bestå, eller er

det oppløst, er oppfriskning for oversittelse av ankefristen og gjenåpning utelukket hvis en av ektefellene har inngått nytt ekteskap før avgjørelsen om oppfriskning eller henvisning til hovedforhandling er forkynt for ham eller henne.

*§ 30 f. Parten dør. Barns og arvingers rett til å tre inn i saken*

Dør en part før dom er avsagt i en sak om hans eller hennes eget ekteskap, heves saken. Gjelder saken oppløsning av ekteskap etter § 24 første ledd eller spørsmålet om et ekteskap består, eller om en separasjon er uten rettsvirkning etter § 20 andre ledd, kan den likevel fortsettes så vel av som mot den avdøde barn eller arvinger såfremt avgjørelsen har rettslig betydning.

Dør parten etter at dom er avsagt, kan under samme betingelse anke og gjenåpning anvendes av eller mot barna eller arvingene hvis dommen går ut på oppløsning av ekteskapet, eller på separasjon, eller saken gjelder spørsmålet om ekteskapet består eller om en separasjon er uten rettsvirkning etter § 20 andre ledd.

Har flere søksmåls- eller ankeberettigete trådt inn i saken, må de opptre i fellesskap. Har en enkelt trådt inn, kan andre søksmåls- eller ankeberettigete slutte seg til.

**Sosialtjenesteloven (lov 13. desember 1991 nr. 81)**

*§ 6A-9 første ledd*

Vedtak om tiltak etter § 6A-4 annet ledd bokstavene b og c, tredje ledd og § 6A-5 som er overprøvd av fylkesmannen etter § 6A-7 eller fylkesnemnda, kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 33.

*§ 6A-9 fjerde ledd oppheves.*

*§ 6A-9 femte ledd oppheves.*

*§ 9-10 Overprøving av fylkesnemndas vedtak*

Nemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 33 av den private part eller av kommunen. Kommunen er part i saken. Om adgangen for et barn til å reise søksmål gjelder § 8-3 annet ledd.

Fristen for å reise søksmål er to måneder fra den dag den som har rett til å reise søksmål, fikk melding om vedtaket. Det kan gis oppfriskning etter tvisteloven mot oversittelse av fristen.

Kommunen dekker sine egne omkostninger i saken.

*§ 9-10 sjette ledd oppheves.*

**Tvangsfullbyrdelsesloven (lov 26. juni 1992 nr. 86)**

*§ 4-1 Alminnelige og særlige tvangsgrunnlag*

Annet ledd bokstav(a) skal lyde:

(a) avgjørelser av en norsk domstol

Nytt tredje og fjerde ledd skal lyde:

(3) Når krav på erstatning for saksomkostninger i rettergang er fastsatt i et alminnelig tvangsgrunnlag etter annet ledd bokstav a, b, d og e, omfatter grunnlaget også forsinkelsesrente av kravet etter forsinkelsesrenteloven.

(4) Et alminnelig tvangsgrunnlag for krav på forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven gir for den del av kravet som har oppstått etter grunnlaget, fordringshaveren rett til dekning etter den rentesats som gjelder etter §§ 3 og 4 i loven. Er det tvilsomt om grunnlaget gir rett til alminnelig forsinkelsesrente eller forsinkelsesrente i forbrukerforhold, beregnes kravet etter laveste sats dersom fordringshaveren krever fullbyrdelsen gjennomført.

[Nåværende tredje ledd blir femte ledd]

*§ 14-3 A*

(1) I sak anlagt etter § 14-3 første eller annet ledd kan saksøker eller saksøkte for namsretten trekke inn hovedkravet til pådømmelse dersom dette

(a) forsvarlig kan avgjøres samtidig med begjæringen om arrest,

(b) ikke vil forsinke avgjørelsen av arrestkravet og

(c) det ikke nødvendiggjør annen saksforberedelse.

(2) I tilfelle tvist om retten til å trekke inn hovedkravet til pådømmelse, avgjøres spørsmålet ved særskilt beslutning. En beslutning som tillater kravet trukket inn, kan senere omgjøres om det viser seg at vilkårene etter (1) ikke er til stede.

(3) Retten skal normalt nekte samtidig pådømmelse av hovedkravet dersom det ved avgjørelsen av arrestkravet legges til grunn at sikringsgrunn ikke foreligger og det bare er saksøker som har begjært hovedkravet pådømt. Retten kan også ellers nekte pådømmelse av hovedkravet om den finner grunn til det.

(4) Dersom hovedkravet ikke kommer til pådømmelse etter beslutning om omgjøring etter (2) eller fordi det nektes pådømt etter (3), kan

den som begjærte pådømmelse kreve det behandlet i egen sak. Ville særskilt søksmål om hovedkravet hørt under annen domstol, kan namsretten bestemme at hovedkravet skal behandles ved denne domstol.

#### § 15-3 A

(1) I sak anlagt etter § 15-3 første eller annet ledd kan saksøker eller saksøkte for namsretten trekke inn hovedkravet til pådømmelse dersom dette

- (a) forsvarlig kan avgjøres samtidig med begjæringen om midlertidig forføyning,
- (b) ikke vil forsinke avgjørelsen av den midlertidige forføyning og
- (c) det ikke nødvendiggjør annen saksforberedelse.

(2) I tilfelle tvist om retten til å trekke inn hovedkravet til pådømmelse, avgjøres spørsmålet ved særskilt beslutning. En beslutning som tillater kravet trukket inn, kan senere omgjøres om det viser seg at vilkårene etter (1) ikke er til stede.

(3) Retten skal normalt nekte samtidig pådømmelse av hovedkravet dersom det ved avgjørelsen av den midlertidige forføyning legges til grunn at sikringsgrunn ikke foreligger og det bare er saksøker som har begjært hovedkravet pådømt. Retten kan også ellers nekte pådømmelse av hovedkravet om den finner grunn til det.

(4) Dersom hovedkravet ikke kommer til pådømmelse etter beslutning om omgjøring etter (2) eller fordi det nektes pådømt etter (3), kan den som begjærte pådømmelse kreve at hovedkravet behandles i egen sak. Ville særskilt søksmål om hovedkravet hørt under annen domstol, kan namsretten bestemme at hovedkravet skal behandles ved denne domstol.

#### **Barnevernloven (lov 17. juli 1992 nr. 100)**

§ 7-1 (i) oppheves.

§ 7-1 (j) og (k) blir ny § 7-1 (i) og (j).

#### § 7-6 Rettslig prøving av fylkesnemndas vedtak

Nemndas vedtak kan bringes inn for tingretten

etter reglene i tvisteloven kapittel 33 av den private part eller av kommunen. Kommunen er part i saken. Om adgangen for et barn til å reise søksmål gjelder § 6-3 annet ledd.

Fristen for å reise søksmål er to måneder fra den dag den som har rett til å reise søksmål, fikk melding om vedtaket. Det kan gis oppfriskning mot oversittelse av søksmålsfristen.

Kommunen dekker sine egne omkostninger i saken.

#### **Smittevernloven (lov 5. august 1994 nr. 55)**

##### § 5-9 Overprøving av tvangsvedtak

Smittevernemndas vedtak kan bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 33. Dette gjelder også hastevedtak etter § 5-8.

Søksmål kan reises av den vedtaket retter seg mot eller vedkommendes nærmeste, av fylkeslegen eller statens helsetilsyn. Mindreårig kan opptre som part og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom vedkommende er fylt 12 år og forstår hva saken gjelder.

#### **Psykisk helsevernloven (lov 2. juli 1999 nr. 62)**

##### § 6-4 åttende ledd

Er en klage blitt avslått av kontrollkommissjonen, kan ikke tilsvarende klage framsettes før minst seks måneder er gått. Har saken vært prøvd for retten etter reglene i tvisteloven kapittel 33, kan det ikke framsettes slik klage for kontrollkommissjonen før det er gått minst seks måneder etter at dommen ble rettskraftig.

##### § 7-1 Domstolsprøving

Kontrollkommissjonens vedtak i sak om videre undersøkelse, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern etter §§ 3-8 og 3-9, kan av pasienten eller vedkommendes nærmeste bringes inn for tingretten etter reglene i tvisteloven kapittel 33. Det samme gjelder kontrollkommissjonens vedtak om overføring til døgnopphold i institusjon, jf. §§ 4-10 og 5-4.



## Kapittel 2

# Utvalgets oppnevning, mandat og arbeid

### 2.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning

Tvistemålsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 9. april 1999. Utvalget fikk følgende sammensetning:

- leder høyesterettsdommer Tore Schei
- byrettsdommer Marianne Berg
- advokat Kristin Bjella
- advokat Ingeborg Moen Borgerud
- advokat Atle Helljesen
- professor dr. juris Jo Hov
- lagdommer Dag Bugge Nordén

På grunn av andre krevende arbeidsoppgaver fant professor dr. juris Jo Hov det nødvendig å fratse som medlem av utvalget. I hans sted ble den 25. februar 2000 oppnevnt

- førsteamanuensis dr. juris Arnfinn Bårdsen

Utvalgets sekretær har vært advokat Christian H. P. Reusch.

### 2.2 Bakgrunn og mandat

Bakgrunn og mål for utvalgets arbeid er i brede trekk beskrevet i den kongelige resolusjon om oppnevningen. Det heter her:

1. Etter Justisdepartementets oppfatning er tiden moden for en bred gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker, som i hovedsak baserer seg på lov om rettergangsmåten for tvistemål fra 1915. Det bør derfor nedsettes et utvalg for å vurdere reformer innen sivilprosessen, i første rekke med sikte på å utarbeide en ny tvistemålslov («Tvistemålsutvalget»).

2. De sentrale brukergrupper har tatt spørsmålet om revisjon av tvistemålsloven opp med Justisdepartementet. Departementet har motatt henvendelser fra både Den norske Dommerforening og Den Norske Advokatforening der revisjon av tvistemålsloven etterspørres. Lignende reformarbeid er i gang i andre nordiske land. Et nordisk samarbeid vil være øns-

kelig i lys av at reglene om domstolsbehandling av sivile tvister også vekker interesse innenfor EU.

3. Stortinget har ved flere anledninger truffet vedtak der Regjeringen er anmodet om å utrede reformer i behandlingen av sivile tvister. Ved Stortings vedtak 8 desember 1995, jf Innst S nr 62 (1995-96) og Dok nr 8: 84 (1994-95), ble Regjeringen bedt om å utrede og fremme forslag om regler om gruppesøksmål. En slik utredning vil gripe inn i grunnleggende spørsmål i sivilprosessen. Regjeringen er videre bedt om å utrede spørsmål om utvidet frist for å begjære gjenopptakelse i visse tilfelle, jf Stortingets vedtak 18 juni 1997 og Innst S nr 278 (1996-97) jf Dok nr 8: 84 (1996-97).

4. Utvalget bør i samsvar med vedlagte utkast til mandat gis i oppdrag å foreta en fullstendig gjennomgang av tvistemålsloven og tilgrensende prosesslovgivning. Spesielt bør utvalget se på hvilke krav som i fremtiden bør stilles til dommerne og prosessregler som sikrer effektivitet, hurtig fremdrift og hensynet til nye partskonstellasjoner. Revisjonen skal ikke omfatte en alminnelig gjennomgang av domstolloven, skjønnsloven og tvangsfullbyrdsloven.

5. Utvalgets medlemmer bør både være teoretisk kyndige og ha praktisk innsikt i tvistemålslovgivningen. Det foreslås at utvalget får sju medlemmer. Som leder foreslås høyesterettsdommer Tore Schei. I tillegg bør det være deltakere fra herreds- og byrettene, lagmannsrettene, Den Norske Advokatforening og universitetet. Utvalget forutsettes spesielt å rådføre seg med representanter for NHO, LO og Forbrukerrådet i forbindelse med utredning av spørsmål om gruppesøksmål. Det forutsettes videre at Tvistemålsutvalget rådfører seg generelt med ulike interessegrupper under utredningsarbeidet. Dette kan skje gjennom å avholde seminar, opprette referansegrupper og på andre måter i samråd med Justisdepartementet.

Utvalget får en sammensetning av kvinner og menn som er i samsvar med rundskriv Q-4/96 fra Barne- og familiedepartementet om representasjon av begge kjønn i statlige utvalg, styrer, råd, delegasjoner m v.

6. Det skal utredes økonomiske og administrative konsekvenser av forslagene.

Utvalgets mandat er nærmere utdypet i Justisdepartementets foredrag til den kongelige resolusjon. Det heter her:

### 1. Innledning

Domstolene er samfunnets grunnleggende tvisteløsningsapparat. Det er derfor viktig at domstolene sikres et godt arbeidsredskap gjennom en tidsmessig prosessordning for sivile saker. En god prosessordning må bidra til kvalitet, effektivitet og rettsikkerhet i den sivile rettspleien, og den må åpne for rasjonell bruk av moderne informasjonsteknologi. Prosessordningen må være tilpasset det mangfold av saker som den teknologiske utvikling, den sosiale mobilitet og samfunnsutviklingen i sin alminnelighet gir opphav til. På flere av disse punktene kan det reises spørsmål om tvistemålsloven av 1915 med tilknyttet regelverk i andre lover holder mål, jf nærmere punkt 2 nedenfor. Tiden er derfor moden for en bred gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker. Det bør derfor nedsettes et utvalg for å vurdere reformer innen sivilprosessen, i første rekke med sikte på å utarbeide en ny tvistemålslov («Tvistemålsutvalget»).

### 2. Revisjon av tvistemålslovgivningen

Utvalget skal i første rekke foreta en bred vurdering av lov 13 august 1915 nr 6 om rettergangsmåten i tvistemål og i samsvar med sine vurderinger legge frem forslag til en ny alminnelig lov som skal avløse tvistemålsloven. Utvalget bør i den sammenheng også vurdere om eksisterende regler for behandlingen av sivile saker som finnes i særlovgivningen, kan avløses av en ny tvistemålslov.

Utvalget bør legge vekt på å utrede og foreslå lovregler om spørsmål der utvalget selv mener det er behov for reform. Av spørsmål som utvalget bør vurdere, peker departementet særskilt på:

1. Dommerrollen og de konsekvenser utformingen av den bør ha for saksbehandlingsreglene. Det legges i dag vesentlig større vekt enn da tvistemålsloven ble til, på at dommeren skal spille en aktiv rolle undersaksforberedelse og hovedforhandling med et ansvar for sakens fremdrift og opplysning. Det bør i denne sammenheng vurderes å lovfeste regler om materiell prosessledelse.

2. Partenes innflytelse på saksbehandlingen i tvistemål. Det bør vurderes i hvilken grad partene bør ha adgang til å velge mellom ulike sett prosessregler eller avvike fra de ordinære prosessreglene. Spørsmålet må ses i sammenheng med dommerens plikt til å la partene få uttale seg og legge vekt på deres syn før retten

treffer en prosessuell avgjørelse. Spørsmålet må videre vurderes i lys av ønsket om å gjøre rettergang for de alminnelige domstoler til et bedre alternativ til voldgift.

3. Rettergangsreglene bør vurderes både med sikte på tradisjonelle tvister med to parter og på flerpartskonflikter og tvister uten noen definert motpart. Tvistemålsloven er skrevet først og fremst med sikte på relativt ukompliserte saker mellom to parter. Det bør vurderes om reglene er egnet for behandling av komplekse tvister. I denne sammenheng bør tredjepersoners forhold til prosessen vurderes, herunder partsforholdet i saker om gyldigheten av forvaltningsvedtak.

4. Det bør vurderes i hvilken grad saksbehandlingsreglene bør gjelde for alle slags tvister. I dag gjelder det til dels andre regler for saker uten fri rådighet enn for saker hvor partene har fri rådighet over tvistegjenstanden, men skillet mellom saker med og uten fri rådighet er i mange tilfelle lite avklart. I tvistemålslovens femte del og etter hvert i særlovgivningen finner man en rekke former for særregler for ulike tvister. Det kan være aktuelt blant annet å vurdere om dagens særregler til dels kan erstattes av forskjellige saksbehandlingssystemer, der dommeren for hver enkelt tvist vurderer hvilket system som passer best. I denne sammenheng bør også reglene om forenklet rettergang vurderes. Det bør videre vurderes om prosessuelle regler i særlovgivningen har gitt erfaringer som kan kaste nytt lys over de alminnelige saksbehandlingsreglene for tvistemål.

5. Det bør vurderes regler som gir bedre mulighet enn i dag for å få avgjort en sak uten full gjennomgåelse av hele tvisten. I denne sammenheng bør spørsmålet om en forenklet behandling eller avvisning av åpenbart uholdbare søksmål vurderes. Det bør videre vurderes å åpne større adgang til delavgjørelser - f.eks om foreldelse - enn etter gjeldende lov.

6. Megling i forskjellige former, i regi av en dommer eller av andre, er et viktig alternativ til dom. Behovet for nye og nærmere regler for megling og forlik (herunder rettsmegling) bør vurderes.

7. Reglene om avvisning bør vurderes med sikte på å legge til rette for praktisk tvisteløsning og unngå unødige konflikter som ikke gjelder sakens realitet. Det kan være grunn til å vurdere om iallfall visse hovedregler om rettslig interesse og om søksmålsfrister bør lovfestes. Reglene om vernetingsregler bør vurderes, herunder forholdet mellom nasjonale vernetingsregler og Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, og det bør legges vekt på å forenkle vernetingsreglene. Det bør vurderes om saks-

anlegg for uriktig verneting skal føre til avvisning eller til at saken overføres til en kompetent domstol.

8. Tvistemålslovens regler om bevis og bevisføring er til dels preget av foreldet tenkemåte og teknologi. Det bør vurderes hvilke regler som bør gjelde om bevisføring og om konsentrasjon av bevisførselen. Herunder bør reglene om fremlegging av skriftlige bevis overveies.

9. Bruk av moderne informasjonsteknologi i partenes kommunikasjon med domstolen og under bevisføring bør vurderes.

10. Utvalget bør vurdere spørsmål knyttet til rettskraft, herunder blant annet spørsmål om utvidet rettskraft, og gjenopptakelse, jf Stortingets vedtak 18 juni 1997 om oversendelse til regjeringen av forslaget i dokument nr 8:84 (1996-97) om utvidet frist for gjenopptakelse i sivile saker i særskilte tilfeller.

11. Bestemmelsene om sakskostnader. Det bør herunder vurderes om staten bør ha økonomisk ansvar for feil som domstolene begår, slik at en part f.eks ikke må bære kostnadene ved anke over saksbehandlingsfeil.

12. Det må vurderes om rettergangsreglene for sivile saker oppfyller de krav som følger av internasjonale menneskerettskonvensjoner, særlig Den europeiske menneskerettskonvensjon. Det bør herunder vurderes om det bør være adgang til å få særskilt avgjørelse av om et forhold er i strid med en bestemmelse i en menneskerettskonvensjon, jf Høyesteretts kjennelse i Rt 1994 s 1244.

13. Det bør vurderes om det er behov for særlige prosessregler når domstolbehandlingen berører internasjonale regler som Norge er bundet av. Det bør herunder vurderes hvilken adgang staten bør ha til å opptre i slike saker for å få fastslått innholdet av Norges forpliktelser, jf Rt 1998 s 1372 som avviste statens adgang til å opptre som hjelpeintervenient i en sak om hvordan EØS-avtalen skulle forstås.

14. Voldgift. Det bør vurderes om det er ønskelig med en revisjon av voldgiftsreglene, blant annet på bakgrunn av at mange land de siste ti år har revidert sin voldgiftslovgivning ut fra UNCITRALs modellov for internasjonal voldgift i forretningsforhold fra 1985. Utgangspunktet må være at voldgiftsreglene også i fremtiden skal romme en stor variasjonsbredde i gjennomføringen av voldgiftssaker. Det må dessuten tas hensyn til at reglene også må kunne anvendes av ikke-jurister og at de må passe for såvel små som store forhold. Spørsmålene om voldgiftsdommers offentlighet og om hvilke arkivordninger som bør gjelde for voldgiftsdommer, bør vies oppmerksomhet. Med henblikk på kostnadsnivået i forbindelse med en voldgiftsprosess bør det vurderes om det skal gis regler som

gjør at sakens parter kan løses fra en eventuell voldgiftsklausul.

Utvalget skal i sine vurderinger ha for øye at rettergangsreglene skal være et godt arbeidsredskap for domstolene, advokatene og partene. De skal tjene til å løse domstolenes oppgaver i den sivile rettspleie med konfliktløsning, rettsavklaring og gjennomføring av den materielle rett på en rettssikker, rask og billig måte.

Utvalget bør gjøre seg kjent med lovgivningsarbeid om tilsvarende spørsmål i andre nordiske land og delta aktivt i et nordisk samarbeid.

Ved utformingen av ny lov bør det legges stor vekt på brukervennlighet. Forholdet til særlovgivningen bør vurderes med sikte på et så enkelt og brukervennlig regelverk som mulig. Utvalget bør vurdere i hvilken utstrekning de endringene som foreslås, også bør foreslås som parallelle endringer i straffeprosessen.

Utvalgets mandat omfatter ikke en alminnelig revisjon av domstolloven, skjønnsloven og tvangsfullbyrdsloven.

Utvalget må vurdere de økonomiske og administrative konsekvensene av sitt forslag.

### 3. Særlig om gruppesøksmål

Et særlig tema som må vurderes av Tvistemålsutvalget er gruppesøksmål, jf Stortingets vedtak 8 desember 1995 om oversendelse av forslaget i Dokument 8: 97 (1994-95) om innføring av gruppesøksmål til Regjeringen «til utredning og eventuelt forslag». Med gruppesøksmål forstås et søksmål som er anlagt på vegne av en gruppe personer som har en felles rettslig interesse i søksmålet. Søksmålet kan være anlagt uten deltakelse eller uttrykkelig samtykke fra alle medlemmer av gruppen. Slike søksmålsformer kan spesielt være aktuelle for tvister som gjelder en større krets av personer. Det kan blant annet gjelde forbrukere, særlige interessegrupper, f.eks miljøverngrupper, eller en bestemt gruppe personer som har en felles interesse, f.eks i forbindelse med erstatningsaker. Utvalget bør vurdere behovet for å åpne for gruppesøksmål, og hvilken utforming slike regler bør ha.

Utvalget bør se hen til arbeidet med gruppesøksmål i de øvrige nordiske land og utviklingen av regler om gruppesøksmål innenfor EUs regelverk.

Utredningen av spørsmål knyttet til gruppesøksmål må gå inn i den samlede utredningen for Tvistemålsutvalgets arbeid. I tillegg bes utvalget om å fremme et separat lovforslag om hvordan regler om gruppesøksmål kan innpasse i gjeldende tvistemålslov.

### 4. Sammensetning ...

Utvalget forutsettes spesielt å rådføre seg med representanter for NHO, LO og Forbru-

kerrådet i forbindelse med utredning av spørsmål om gruppesøksmål.

Det forutsettes videre at Tvistemålsutvalget rådfører seg generelt med ulike interessegrupper under utredningsarbeidet. Dette kan skje gjennom å avholde seminar, opprette referansegrupper og på andre måter i samråd med Justisdepartementet.

Frist for arbeidet ble satt til 1. juli 2002.

## 2.3 Utvalgets arbeid

### 2.3.1 Møter

Utvalget har hatt møter over i alt 52 hele møtedager. I tillegg kommer kortere møter i forbindelse med seminarer mv. Ett møte har vært holdt som fjernmøte (videokonferanse). Utvalget hadde et planleggingsmøte i juni 1999. Bortsett fra dette møtet ble arbeidet for praktiske formål startet opp 1. oktober 1999, etter at utvalgets leder var tilbake fra studiepermisjon i USA.

### 2.3.2 Kontakt utad - generelt

Som det fremgår både av den kongelige resolusjon og foredraget til den, er det forutsatt at utvalget «rådfører seg generelt med ulike interessegrupper under utredningsarbeidet». LO, NHO og Forbrukerrådet er spesielt nevnt. Utvalget har hatt møter med representanter for disse og en rekke andre organisasjoner, foreninger mv. og enkeltpersoner. Fra tidlig i arbeidet fikk utvalget en egen hjemmeside på Internett med opplysninger om arbeidet, mandat, sammensetning, møter mv. Utvalgets arbeidsnotater med redegjørelser og foreløpige forslag til regler ble lagt ut på Internett, og de ble sendt til alle vi antok kunne ha en særlig interesse av dem. Vi ga uttrykk for at vi ønsket uttalelser til notatene, og har fått ganske mange kommentarer. Et noe spesielt innspill i form av et julebrev til utvalget og utvalgets svarbrev er tatt inn som vedlegg 6 og 7 til innstillingen.

Det er for utvalget ikke tvilsomt at de innspill vi har fått, samlet sett har gitt oss informasjon og innblikk i erfaringer som på viktige punkter har påvirket våre vurderinger og lovutkastet. Det er også utvalgets bestemte oppfatning at innstillinger og lovutkast ved dette har fått et kvalitetsmessig løft.

### 2.3.3 Møter og seminarer

Som et ledd i den kontakt utad som er beskrevet foran, har utvalget hatt en rekke møter og semi-

narer. Foruten møtene med LO, NHO og Forbrukerrådet som er nevnt foran, har vi hatt møte med (møtested utenfor Oslo i parentes)

- representanter for Sametinget og Sametingets administrasjon (Karasjok)
- jurister i Finmark (Karasjok)
- deler av styret i Samarbeidsutvalget for forliksrådene og hovedstevnevitnene
- dommere i Asker og Bærum herredsrett om erfaringer med rettsmekling
- dommere i samtlige embeter som har deltatt i prøveordningen for rettsmekling i forbindelse med gjennomført evaluering av denne
- rettsformannen og prosessfullmektigene i den såkalte Baldersaken (Stavanger byretts sak nr. 401/98A)
- advokat dr. juris Anders Christian Stray Ryssdal om viktige rettsøkonomiske aspekter ved sivilprosessen
- advokat Rolf Uecker om tysk sivilprosess

Et samlet utvalget ga på det alminnelige dommermøtet i Bergen i mai 2000 en redegjørelse for hovedpunkter i arbeidet. Tore Schei ga en slik redegjørelse på landsmøtet for Den norske advokatforening i juni 2000. Dag Bugge Nordén ga redegjørelser, hovedsakelig for arbeidet med nye regler for forliksrådsbehandling, på to årsmøter for Samarbeidsutvalget for forliksråd og hovedstevnevitner i byene. Flere medlemmer har også gitt redegjørelser for arbeidet og deltatt i diskusjoner på møter i domstoler og advokatfirmaer.

Utvalget har arrangert følgende seminarer

- om småkravsprosess og forliksrådsbehandling med bred deltakelse, blant annet fra organisasjoner, representanter for forliksrådene og hovedstevnevitnene, Forbrukerrådet, dommere og advokater
- om gruppesøksmål med bred deltakelse fra organisasjoner, Forbrukerrådet, dommere og advokater mv.
- med Advokatforeningens rettssikkerhetsutvalg og utvalg for sivilprosess, samt noen spesielt inviterte advokater, om utvalgte prosessrettslige emner (to møter)
- med dommere i Høyesterett om prosessreglene for Høyesterett
- med dommere i lagmannsrettene om ankereglene
- med dommere i Oslo byrett om reglene for førsteinstansen
- med advokater og dommere fra Trøndelagsfylkene med hovedvekt på reglene for førsteinstans over to dager.

I samarbeid med Oslo handelskammers institutt for voldgift og tvisteløsning arrangerte utvalget et seminar over to dager om ny voldgiftslov.

Ved oppstarten av utvalgets arbeid arrangerte Justisdepartementets lovavdeling et to dagers seminar med deltakelse fra alle fem nordiske land og England (Lord Woolf). Samtlige av utvalgets medlemmer deltok her.

#### 2.3.4 Studiereiser mv.

Utvalget har foretatt studiereiser til Danmark, Sverige, Tyskland, Nederland og England. Bakgrunnen for reisene til Sverige og Danmark er at disse landene, spesielt Danmark, har prosessordninger for sivile saker som ligger nær opp til vår. Begge land – og igjen spesielt Danmark – holder for tiden på med viktig revisjonsarbeid av prosessreglene. I Danmark (København) hadde utvalget møter med

- leder og sekretær i det danske Retsplejerådet
- Det danske Advokatsamfund
- dommere i Østre Landsrett
- dommere i København byret
- dommere i Sø- og handelsretten

I Sverige (Stockholm) hadde utvalget møter med

- representanter for det svenske utvalg som arbeider med reform av rättegångsbalken
- dommere i Svea hovrätt
- dommere i Handens tingsrätt
- dommere i Stockholms länsrätt
- Advokat Claus Lundblad (Mannheimer Swartling Advokatbyrå)

Tyskland er internasjonalt kjent for å ha en velfungerende prosessordning, og kanskje særlig et system for fastsettelse av saksomkostninger det var viktig for utvalget å få et skikkelig innsyn i.

I Tyskland (Berlin) hadde utvalget møter med

- Det tyske justisdepartement
- Senatsforvaltningen for Justis i Berlin og dommere og advokater i Berlin

Nederland er inne i et reformarbeid i sivilprosessen som var av interesse for utvalget, samtidig som det var viktig for utvalget å få innsyn i den form for forenklet og hurtig prosessmåte som er kjent som «kort geding». I Nederland (Haag) hadde utvalget møter med

- Det nederlandske justisdepartement
- Advokater og dommere i Haag og Amsterdam

England og Wales har nylig (1999) gjennomført en meget viktig omlegging av prosessen i sivile saker. Her inngår en sterk saksstyring fra rettens side og

på flere viktige punkter en betydelig forenkling av saksbehandlingen. Innblikk i de nye engelske reglene og de erfaringene man har med den nye prosessen, var viktige for utvalget. I England (Oxford og London) hadde utvalget møter med

- Professorene Adrian Zuckerman og Ian Scott og solicitor Simon Davis (Clifford Chance).
- Deputy Head of Civil Justice (Lord Justice Anthony May)
- Head of Civil Appeals Office, Court of Appeal (Master Venne)
- Law Society
- Bar Council
- Lord Chancellor's Department

Også enkeltmedlemmer av utvalget har foretatt studiereiser med henblikk på utvalgets arbeid. Utvalgets leder, Tore Schei, hadde, som et ledd i studiepermisjon fra Høyesterett, i august og september 1999 et studieopphold i USA. Han var der Visiting Judicial Fellow ved Federal Judicial Center, som er et utrednings- og servicesenter for de amerikanske føderale domstoler. Formålet med studieturen var å få innblikk i angloamerikansk prosess generelt og praksis og regler for rettsmekling og gruppesøksmål spesielt. Schei hadde under oppholdet møter med en rekke dommere, advokater og universitetsjurister i Washington D.C., Chicago og Minneapolis. Schei har videre under arbeidet hatt en studietur til Danmarks Højesteret i København, for å se nærmere på prosessen i praksis der.

Dag Bugge Nordén deltok i november 1999 på et seminar om alternativ konfliktløsning (ADR) i Europarådets regi. Sommeren 2000 deltok han i et seminar i Geneve om gruppesøksmål, arrangert av Duke University, USA.

Utvalgets sekretær, Christian Reusch, deltok i august 2001 på CTC 7 (Court Technology Conference nr. 7) i Baltimore, USA. Ved samme reise møtte ham med Federal Judicial Center i Washington D.C., for å drøfte spørsmål knyttet til utkastet til regler om gruppesøksmål og de nyeste erfaringene med alternative tvisteløsningsmetoder (ADR).

#### 2.3.5 Foretatte undersøkelser

Utvalget har foretatt to undersøkelser av forlikrådsordningen høsten og vinteren 2000-2001 i samarbeid med Justisdepartementets domstolavdeling og Samarbeidsutvalget for forlikrådene og hovedstevnevitnene i byene (SFH).

Den ene undersøkelsen er en brukerundersøkelse rettet mot parter og deres fullmektiger, som har hatt en sak behandlet ved mekling og eventuelt dom i forlikrådet. Denne undersøkelsen er utført

av firmaet rhKnoff AS ved organisasjonspsykolog Richard H. Knoff. Den andre undersøkelsen er en kvalitetsundersøkelse som består av en gjennomgang av dommer i tvister, holdt opp mot de formelle kravene til dommers innhold som kan utledes av tvistemålsloven §§ 144 til 146, og kravet til begrunnelse av rettsavgjørelser som er en del av retten til rettferdig rettergang etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6(1). Domsundersøkelsen er utført av Kristin Alstad og Børre W. Lyngstad, som er juridiske utredere i Høyesterett, med bistand fra Knoff for statistisk bearbeidelse av materialet. Undersøkelsene er nærmere omhandlet i II.10.8, og de er i sin helhet inntatt som vedlegg 4 og 5 til innstillingen. Det tilføyes at hvert av utvalgets medlemmer fulgte forhandlingene et par dager i ulike forliksråd for å skaffe seg et inntrykk av hvordan sakene håndteres i praksis.

Utvalget har vært opptatt av å skaffe seg kunnskap om hva slags saker som kommer til behandling ved domstolene og omkostningene i de enkelte saker. Videre har utvalget ønsket opplysninger om ankefrekvens i forskjellige sakstyper. Forretningsstatistikken for domstolene, som utgis av Justisdepartementets domstolavdeling, gir ikke svar på disse spørsmålene. Ved hjelp av RIFT (Rettsvesentets IT- og fagtjeneste) har utvalget fått innhentet detaljerte opplysninger om sakstyper og ankefrekvens. Opplysninger om tvistegjenstandens verdi og omkostningene i den enkelte sak, har blitt innhentet fra noen utvalgte tingretter, Agder lagmannsrett og Høyesterett. Utvalget har da fått slike opplysninger om samtlige sivile saker som har vært behandlet ved disse domstolene i en tre-måneders periode. Det gis ingen samlet redegjørelse for alt som fremkommer i dette materialet i innstillingen. Når det gjelder tvistegjenstandens verdi kan det imidlertid særlig vises til II.1 om reformbehovet i sivilprosessen, der noen tall er tatt inn. Ankefrekvens i saker om administrative tvangsvedtak tas opp i II.19.2.4.

### 2.3.6 Bistand og innspill i arbeidet

Som påpekt under I.2.3.2, har utvalget fått en rekke verdifulle innspill gjennom uttalelser, møter og seminarer. Samlet har disse innspillene gitt utvalget innsikt i erfaringer og vurderinger som utvilsomt har påvirket både utvalgets vurderinger og utkast til lovregler. Det er utvalgets bestemte oppfatning at dette har bidratt til en kvalitetsmessig heving av innstillingene.

Vi har også fått bistand på andre måter, blant annet til praktisk tilrettelegging av arbeidet, til opplegg for studieturer mv.

Utvalget vil rette en varm takk til alle – institusjoner, organisasjoner og enkeltpersoner – som har hjulpet oss i arbeidet.

## 2.4 Bemerkninger om noen punkter i mandatet

Utvalget har gjengitt mandatet foran under I.2.2. De problemstillinger og hensyn som er påpekt i den kongelige resolusjon og i Justisdepartementets foredrag, er drøftet av i utvalgets innstilling.

Kort kan utvalgets hovedoppgave etter mandatet sies å være å lage et utkast til en helt ny tvisteløsningslov. Det har utvalget gjort ved det utkast til lov om tvisteløsning som fremlegges med denne innstillingen, og ved det utkast til lov om voldgift som fremlegges i egen innstilling om voldgift.

Gruppesøksmål er spesielt nevnt i utvalgets mandat. Utvalget foreslår regler om dette, se kapittel 32 i utkastet til tvistelov. I tillegg er utvalget bedt om å fremme et separat lovforslag om hvordan regler om gruppesøksmål kan innpasses i gjeldende lov. Til det bemerker utvalget at forslaget til regler om gruppesøksmål kan tas inn i tvistemålsloven praktisk talt uten annen tilpasning enn at paragrafnummereringen samordnes med tvistemålslovens gjennomgående nummerering. Kapitlet kan tas inn som et nytt kapittel i lovens femte del eller som et siste kapittel i lovens tredje del. Når det gjelder tilpasningen ellers bemerkes: Henvisningen i utkastet § 32-3(1) (b) til utkastet § 1-4 må erstattes med tvistemålsloven § 54. § 32-4(4) annet punktum må gå ut. Det samme gjelder henvisningen i § 32-8(3) til småkravsprosessen og kapittel 10.

Det er i mandatet uttrykkelig sagt at dette ikke gjelder en alminnelig revisjon av domstolloven, skjønnsloven og tvangsfullbyrdelsesloven. Utvalget har foreslått noen endringer i domstolloven og tvangsfullbyrdelsesloven som det har sett som viktige for å få til en hensiktsmessig behandling av sivile tvister for domstolene. Utvalget vil tilføye at det er et åpenbart behov for en gjennomgang av deler av domstolloven. For bare å nevne ett eksempel kan det pekes på de mer tekniske regler om forkynnelse. Blant annet er det et problem at det hvor en advokat er bortreist på ferie, ikke sjelden er usikkerhet om når en dom som kommer til kontoret i ferieperioden, er forkynt for ham, slik at ankefristen begynner å løpe. En opprydding i forkynnesreglene og i andre regler bør foretas snarest.

## 2.5 Noen generelle bemerkninger om innstillingene, lovutkastene og betegnelse på lovene

---

Utvalget er kommet til at voldgiftsreglene bør gis som en egen voldgiftslov. Det er vanlig i de fleste land. UNCITRAL modellov bør etter utvalgets mening legges til grunn for oppbygging og utforming av voldgiftsreglene. Systematikken her bryter så vidt mye med utkastet til tvistelov at også det gjør en innpassing av voldgiftsreglene i denne mindre naturlig. Ved å gi voldgiftsreglene i en egen lov, markeres det at det ikke gjelder noen generell regel om at voldgiftsreglene skal suppleres med tvistelovens behandlingsregler. Loven hvor voldgiftsreglene tas inn, bør hete Lov om voldgift, med voldgiftsloven som offisiell kortform. Lovutkast med motiver er tatt inn i en egen innstilling.

De øvrige reglene om løsning av rettsvister tas da inn i en annen og egen lov, som i den totale sammenheng selvfølgelig blir den viktigste loven. Her er det først og fremst regler for løsning av rettsvister etter at tvistene er brakt inn for domstolene gjennom søksmål, men det er også regler om plikter for partene og løsning av tvister før sak er reist. Navnet på denne loven bør ikke være tvistemålsloven. Utvalget har i sitt arbeid knapt truffet noen som har ment at tvistemålsloven er et godt og betegnende navn. Tvistemål er for mange et fremmedord uten sikker betydning. Det er imidlertid lettere å si at tvistemålsloven ikke er noe godt navn, enn å komme frem med et annet navn som umiddelbart fører en på sporet i retning av loven som angir hvordan tvister skal behandles og løses. Utvalget har vurdert flere betegnelser, og er kommet frem til Lov om tvisteløsning, med tvisteloven som offisiell kortform, som den beste. Selv om det også er annen tvisteløsning enn den som vil foregå i henhold til lovutkastet, blant annet i nemnder og ved voldgift, vil en lov om tvisteløsning være den helt sentrale lov for løsning av rettsvister.

Utvalget vil tilføye at det også er en annen viktig grunn til at tvistemålsloven ikke bør være navnet på en ny loven, hvis utvalgets utkast følges opp. På viktige punkter legger utvalget opp til endringer i prosessreglene. Særlig hensett til de regler som foreslås om aktiv saksstyring fra rettens side, kan man til en viss grad snakke om et nytt prosessregime. Dette bør understrekes også gjennom valget av navn på loven.

Utvalget har registrert et ønske hos mange om at utkastet skal bli tilgjengelig på engelsk. Dette er til dels kommet fra utlandet i forbindelse med at det i ganske mange land foregår arbeid med eller planer om revisjon av tvisteløsningsreglene. Også

på dette felt har man å gjøre med en økt internasjonalisering. Oversettelse til engelsk er videre ønskelig ut fra den utstrakte kontakt det er mellom norske jurister og utenlandske jurister og parter, både mer generelt og i tilknytning til konkrete tvister. Det tilføyes at for voldgiftsloven vil en oversettelse til engelsk være helt nødvendig for en drøftelse av om loven vil kunne bli akseptert som en «modellov», se her nærmere innstillingen til ny voldgiftslov.

Utvalget har ikke funnet grunnlag for å oversette innstillingene i sin helhet til engelsk. Det ville medføre for store utgifter. Men utvalget har funnet grunn til å få oversatt selve lovutkastene og et kort sammendrag av innstillingene. Oversettelsene er utført av statsautorisert translatør, cand. jur. Knut Engedal. Advokat Jane Wesenberg har også bistått noe med oversettelsene, bl. a. med endringer som ble foretatt umiddelbart før innstillingen gikk i trykken.

Innstillingen til lov om tvisteløsning er delt i fire hoveddeler. I del I er selve lovutkastet, redegjørelse for utvalgets arbeid mv. og et sammendrag av innstillingen. I del II drøftes en del prinsipielle og mer generelle spørsmål knyttet til utforming av en ny sivilprosesslovgivning. I del III kommer de mer spesielle drøftelsene, med bemerkninger til de enkelte kapitler og bestemmelser i lovutkastet. For å øke lesbarheten av de spesielle bemerkningene, har utvalget også inntatt selve lovteksten ved hver av bestemmelsene her. Det får økt betydning dersom det i det videre lovarbeidet blir gjort større endringer i og omstokking av bestemmelsene. Utvalget antar det særlig da vil være nyttig å ha den teksten i lovutkastet som bemerkningene knytter seg til, i umiddelbar tilknytning til disse. Den engelske oversettelsen av lovutkastet og sammendraget er inntatt for seg i del IV.

## 2.6 Fremtidige reformbehov

---

Som det vil fremgå av utvalgets innstilling, blant under II.3.3 og II.4.2, skjer det internasjonalt en utvikling av prosessen, og det gis materielle regler med føringer for prosessreglene som får eller bør få betydning for vår prosess. Dette, sammen med de endringsbehov som praksis her i landet vil vise, tilsier at reglene for tvisteløsning må være gjenstand for en kontinuerlig vurdering og oppdatering. Etter utvalgets mening bør departementet etablere et apparat som får mulighet for å komme med innspill til endringer i prosessen, enten det skjer gjennom et råd som det danske Retsplejerådet, ved et mindre utvalg eller på annen måte. Det

ville være uheldig om utvalgets innstilling skulle bli oppfattet som et svar på det totale utredningsbe-

hov som foreligger f. eks. for den nærmeste fem-til tiårs periode.



## Kapittel 3

# Kort sammendrag og oversikt over innstillingen

### 3.1 Innstillingens del I Lovutkast, bakgrunn og sammendrag

---

#### 3.1.1 Generelt om del I

Innstillingens del I er tatt inn utkast til Lov om tvisteløsning (tvisteloven), en redegjørelse for utvalgets oppnevning, mandat og arbeid og et sammendrag. Lovutkastet og sammendraget er også oversatt til engelsk, se IV 1 og 2.

#### 3.1.2 Utvalgets oppnevning, sammensetning og mandat

I I.2 redegjør utvalget for oppnevningen, mandatet og arbeidet. Det vesentlige av den kongelige resolusjon av 9. april 1999 om utvalgets oppnevning og Justisdepartementets foredrag er gjengitt. Mandatet kan kort sies å gå ut på at utvalget skal utarbeide et utkast til en ny lov om løsning av rettsvister. Det er ikke gitt føringer for valg og utforming av regler. Det er pekt på at utvalget skal ha for øye at rettergangsreglene skal være et godt arbeidsredskap for domstolene, advokatene og partene. Reglene skal tjene til å løse domstolenes oppgaver i den sivile rettspleie, med konfliktløsning, rettsavklaring og gjennomføring av den materielle rett på en rettssikker, rask og billig måte. Hensynet til brukervennlighet er påpekt.

Utvalgets arbeid er beskrevet i I.2.3. Tidlig under arbeidet fikk utvalget en egen hjemmeside på Internett. I tilknytning til denne er etter hvert alle utvalgets arbeidsnotater lagt ut med oppfordring til interesserte om å gi innspill til de enkelte emner. Notatene er også sendt til en rekke institusjoner og personer utvalget regnet med kunne ha en særlig interesse av det. Utvalget har holdt en mengde møter og seminarer, både i Norge og i utlandet. Det er foretatt studiereiser. Gjennom alt dette har utvalget fått innsyn i erfaringer og innspill til vurderingene som har vært meget nyttige. Samlet sett har dette utvilsomt ført til at regelutkast og drøftelser til dels er blitt utformet annerledes enn de ellers ville blitt, og til at innstillingene har fått et kvalitetsmessig løft.

Utvalget retter en særlig takk til alle som har bistått på ulik måte ved arbeidet.

I I.2.4 har utvalget enkelte bemerkninger om mandatet og innstillingen. I I.2.5 redegjøres det for at voldgiftsreglene er tatt inn i et eget lovutkast, og at utvalget har utarbeidet en egen innstilling om voldgift. Utvalget foreslår og begrunner i I.2.5 at navnet på loven bør være Lov om tvisteløsning, med tvisteloven som offisiell kortform. Denne loven vil omfatte annen tvisteløsning enn voldgift.

Lovutkastene og sammendragene i innstillingene er oversatt til engelsk. Det redegjøres for grunnene til dette. De engelske oversettelsene er tatt inn som bilag til de to innstillingene.

I I.2.6 understreker utvalget at reglene for tvisteløsning må være gjenstand for en kontinuerlig vurdering og oppdatering.

### 3.2 Innstillingens del II Generelle drøftelser

---

#### 3.2.1 Reformbehov i sivilprosessen

Det pekes innledningsvis i dette kapitlet på at utvalgets innstilling samlet sett er drøftelser av reformbehov i sivilprosessen og på hvordan reformbehovet skal hensyntas i tvisteloven. Det vises til at det i særlig grad er fokusert på reformbehov i kapitlene II.3 om viktige føringer for tvisteloven og II.9 om hovedelementer i behandlingsreglene for de enkelte instanser. I II.1 peker utvalget konsentrert på en del reformbehov som er viktige.

Arbeidet med tvistemålsloven av 1915 ble satt i gang ved opprettelsen av Civilproceslovkommissionen ved kgl. res. 3. januar 1891. Slik loven ble vedtatt, var den preget av samfunnsoppfatning og tenkning fra det siste tiår av 1800-tallet og de aller første år av 1900-tallet. Tvistemålsloven er, sammen med domstolloven, den eneste av de store prosesslovene som ikke er erstattet av ny lov. Selv om det har vært foretatt uttallige lovendringer i tvistemålsloven, er den i grunntrekk slik den var da den ble vedtatt i 1915. Den er fortsatt i betydelig grad preget av den tankegang man da hadde.

Endringene i det norske samfunn fra slutten av 1800-tallet og til i dag er enorme. Det er til dels helt andre typer rettslige tvister som det nå er behov

for å få løst, mengden av saker er økt vesentlig og partsforholdene er ofte helt andre. Alt dette tilsier en total gjennomarbeiding av tvisteløsningsreglene, og en helt ny lov om tvisteløsning.

En bekreftelse av behovet for ny lov får vi ved å rette blikket utover landets grenser. I utlandet, som hos oss, har sivil tvisteløsning vært preget av kostbar og sen behandling, og av at store samfunnsgrupper har hatt vanskeligheter med å få tilgang til domstolssystemet på grunn av omkostningene. Dette har i noen land ført til omfattende prosessreformer.

Ulike sider ved prosessen må vurderes med henblikk på at de menneskerettskonvensjoner Norge er bundet av, skal respekteres og få gjennomslag. En slik vurdering har ikke vært foretatt for tvistemålsloven, med unntak for noen få nye regler. Det er også behov for å gjennomgå prosessreglene med henblikk på føringer fra EØS-regler.

Reformbehovet og utformingen av tvisteloven må ses i lys av de funksjoner og oppgaver loven og domstolene skal ha i sivil tvisteløsning. Det er viktig å legge opp til at parter selv kan løse sine tvister uten at sak blir reist, men de må i rimelig og nødvendig grad ha tilgang til domstolene.

Tvisteløsningen har en samfunnsmessig funksjon og oppgave. Den skal sikre at den materielle retten slår igjennom, at den respekteres og virker handlingsdirigerende. Disse samfunnsmessige hensyn bør ivaretas bedre enn det er gjort i tvistemålslovens regler.

Hensynet til god, rasjonell og hensiktsmessig tvisteløsning tilsier også at det legges opp til alternative tvisteløsningsmåter til løsning ved dom. Økt bruk av rettsmekling er et stikkord.

Tilgang til domstolsløsning er som påpekt viktig. Det må åpnes for en behandling som tillater at også mer «vanlige» krav kan bli løst i søksmål for tingretten. Utvalget ser det i denne forbindelse som viktig at det innføres en småkravsprosess.

Dette at behandlingen må tilpasses tvistene har også en videre adresse. Proporsjonalitet – forholdet mellom behandling og det som behandles – må i tvisteloven tillegges langt større vekt enn det er gjort i tvistemålsloven.

Avvikling av saker for domstolene tar i mange tilfeller alt for lang tid. Det er viktig at prosessen konsentreres om det som er omtvistet og som er vesentlig for løsning av tvisten, og ikke minst at det skjer en konsentrasjon i tid av behandlingen.

Aktiv saksstyring er et viktig middel for å nå et slikt mål om økt konsentrasjon. I tilknytning til saksstyringen kan også nevnes behovet for økt vektlegging av den veiledningsplikten retten har overfor partene.

Det er et problem at det i en del saker er en prosessuell ulikhet mellom parter med store økonomiske ressurser å sette inn i prosessen og parter med mer begrensete ressurser. Det må være et mål for prosessreglene å søke og utjevne denne prosessuelle ulikheten. Utvalget peker på ulike måter dette et stykke på vei kan gjøres på.

Tvistemålsloven er i stor grad utformet med henblikk på tvister med to eller iallfall få parter. Rettstvister i et moderne samfunn har imidlertid ofte mer kompliserte og sammensatte partsforhold. I denne forbindelse peker utvalget på behovet for regler om såkalte gruppesøksmål.

Det er behov for viktige endringer i bevisreglene. Det bør åpnes for fjernavhør i større grad. Fjernavhør bør også generelt foretrekkes som alternativ til bevisopptak. Videre må det også i bevisføringen legges økt vekt på proporsjonalitet, slik at man unngår omfattende bevisføring som ikke står i et rimelig forhold til den betydning tvisten har.

Det fremmes en del åpenbart håpløse krav for domstolene. Utvalget ser behov for en regel om en forenklet avgjørelsesmåte i disse tilfellene.

Det er behov for endringer i saksomkostningsreglene, blant annet for å gjøre reglene mindre kompliserte og prosesskapende, men også i noen grad for å forsøke å dempe det alt for høye omkostningsnivået.

Blant annet ut fra hensynet til proporsjonalitet er det behov for en innsnevring av ankeadgangen.

### **3.2.2 Løsning av sivile rettstvister i et norsk historisk perspektiv**

Utvalget gir her en kort historisk oversikt over tvisteløsningsmetoder, prosessregler og domstolssystem fra de eldste tider frem til i dag. Det er referanser til litteratur om temaet.

### **3.2.3 Viktige føringer og hensyn ved utarbeidelsen av tvisteloven**

Utvalget drøfter først i II.3.1 mer generelt tvistelovens og domstolenes funksjoner og oppgaver. Det pekes på at loven skal ha to hovedfunksjoner. Den skal fremme rettsikkerhet for den enkelte, ved at parter kan få sine rettstvister løst forsvarlig av uavhengige og nøytrale avgjørelsesorganer – først og fremst domstolene. Dernest pekes det på den videre, mer allmenne, samfunnsmessige funksjon. Tvisteloven og tvisteløsningen skal sikre at den materielle lovgivning slår igjennom. Den skal virke styrende eller handlingsdirigerende. Det understrekes at det er et selvsagt utgangspunkt ved utar-

beidelsen av tvisteloven at loven i sin helhet må være tilpasset de funksjoner og oppgaver loven og de enkelte domstoler skal ha. Det utvikles nærmere hvilke føringer disse to hovedfunksjonene har for valg og utforming av reglene i tvisteloven.

I forbindelse med den samfunnsmessige betydning av løsning av sivile rettstvister peker utvalget på at domstolene – først og fremst Høyesterett – har en viktig funksjon ved å virke for rettsavklaring og rettsutvikling. Det drøftes hvilke føringer det gir for behandlingsreglene for saker for Høyesterett.

Utvalget peker i II.3.2 helt kort på folkerettslige og internasjonale føringer for tvistemålsloven. Disse er viktige. De er utdypet i II.4.

Behovet for alternativ tvisteløsning påpekes i II.3.3. Her er det utvalgets syn at alternativ tvisteløsning må stå sentralt ved utformingen av tvisteloven. Dette er utdypet nærmere under II.6 og II.7.

I II.3.4 går utvalget inn på ulike sider ved det som kan betegnes som «domstolsterskelen». Det pekes på at denne ikke må gjøres høyere enn nødvendig. Det må være relativt enkelt for folk å gå til domstolene å få avgjort mer alminnelige rettstvister. Ulike måter dette kan oppnås på, drøftes.

Forsvarlighet og proporsjonalitet er begge viktige hensyn å ivareta i prosessen. Utvalget drøfter disse hensyn, som til dels kan være motstridende, i II.3.5.

Hensynet til konsentrasjon og hurtighet i prosessen tas opp i II.3.6.

I II.3.7 drøfter utvalget ganske bredt ulike sider ved en aktiv saksstyring fra rettens side. Mangler ved dagens behandling påpekes. Betydningen av en aktiv saksstyring understrekes.

I II.3.8 stiller utvalget spørsmålet: Partsprosess eller domstolsdominert prosess? I den forbindelse drøftes grunnleggende regler om partenes og rettens rådighet, rettigheter og plikter. Utvalgets svar på spørsmålet er at vår prosess fortsatt skal være en partsprosess og ikke en domstolsdominert prosess. Utvalget begrunner hvorfor det ikke er noen motsetning mellom dette og rettens plikt til aktiv saksstyring. I dispositive saker bør det fortsatt være partenes plikt å sørge for bevisføring, og at saken får et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag. De grunnleggende regler i tvistemålsloven om rettens forhold til partenes prosessopplegg foreslås i det alt vesentlige opprettholdt.

Rettens veiledningsplikt drøftes relativt utførlig i II.3.9. Det skilles mellom veiledning om saksbehandlingen og veiledning som direkte gjelder sakens materielle spørsmål. Utvalgets vurdering er at det ikke bør gjøres store endringer i de regler som i dag gjelder for veiledning om materielle spørsmål, men rett og eventuelt plikt her bør lov-

festes. Veiledning om saksbehandlingen er viktig, blant annet for at parter ikke unødig skal lide retts- tap i rettstvister. Det er få hensyn som taler mot en relativt omfattende veiledningsplikt om saksbe- handlingen.

Muntlig eller skriftlig behandling drøftes i II. 3.10. Generelt ser utvalget muntlighet og bevis- umiddelbarhet som grunnleggende for en god pro- sessorordning. Langt på vei beholdes dagens reg- ler. Men utvalget åpner for en noe større bruk av muntlighet der behandling i dag skjer skriftlig, og i enkelte saker åpnes det for et begrenset innslag av skriftlige elementer i den muntlige prosess. Utval- get mener at behandlingen i større grad må avpas- ses kompleksiteten og betydningen av de spørsmål som er oppe til behandling, slik at det ikke alltid er avgjørende om behandlingen gjelder det mate- rielle krav i saken eller et prosessuelt krav.

I II.3.11 gjennomgås bevisvurdering og bevis- føring. Prinsippene om fri bevisføring og bevisbe- dømmelse opprettholdes. Betydningen av bevis- umiddelbarhet understrekes. Det pekes på at det er behov for oppmyking av det helt generelle forbu- det i tvistemålsloven § 197 mot bruk av utenretts- lige erklæringer. Også andre sider ved bevisreg- lene nevnes.

Kontradiksjon og innsyn fremheves som helt sentrale hensyn i prosessen i II.3.12.

Under II.3.13 drøfter utvalget betydningen av likhet for partene i prosessuelle ressurser – «equa- lity of arms», og ulike måter man kan utjevne slike ulikheter på.

Spørsmålet om det bør lages ulike «proses- spor», med ulike sett behandlingsregler etter verdi av tvistegjenstand, kompleksitet mv., drøftes i II. 3.14. Utvalgets konklusjon er at man bør ha et sett med normale regler – allmennprosessen – og i tillegg en småkravsprosess. Behandlingsreg- lene i allmennprosessen må imidlertid være så vidt fleksible at de også er hensiktsmessige ved behandling av særlig viktige og kompliserte tvis- ter.

I II.3.15 reises spørsmålet om prosessen bør kunne skreddersys – dvs. om partene detaljert bør kunne avtale behandlingen av tvisten. Det pekes på at partene ved enighet bør kunne påvirke behan- dlingen på ulike måter, men at det generelt sett ikke kan gjelde en regel om at de skal kunne fastsette behandlingsmåten for tvisten.

Særproblemer knyttet til saker som ikke er undergitt fri rådighet, er drøftet i II.3.16.

Det reises en del helt grunnløse krav for dom- stolene, og det er berettigete krav som bare imø- tegås med åpenbart grunnløse innsigelser. Utval- get foreslår at det i slike tilfeller kan avsies dom

etter en enkel behandlingsmåte – såkalt forenklet domsbehandling, se II.3.17.

Rett til overprøving av rettsavgjørelser drøftes generelt i II.3.18. Utvalget peker på at proporsjonalitetshensynet er sentralt ved spørsmålet om hvilke avgjørelser som skal tillates overprøvd. Ellers trekkes frem som viktig blant annet at en overprøving må innrettes slik at det blir en overprøving, og ikke en helt ny behandling av hele saken.

Lekfolks deltakelse drøftes i II.3.19. Det pekes på at i sivilprosessen har lekdommerelementet, med unntak for forliksrådet, i nyere tid aldri hatt en slik posisjon som i straffeprosessen. Det er utvalgets konklusjon at forliksrådene fortsatt bør være en lekmannsinstitusjon, og at systemet med fagkyndige og «alminnelige» meddommere i tingrettene og lagmannsrettene bør beholdes.

Offentlighet i rettspleien er drøftet i II.3.20. Utvalget ser det som selvfølgelig at hovedregelen om at rettsmøter skal være offentlige, videreføres. Dessuten ser utvalget det som en nødvendig konsekvens av at det i enkelte saker åpnes for en kombinasjon av muntlighet og skriftlige innlegg, at offentligheten gis innsyn i de innlegg som vil utgjøre en del av avgjørelsesgrunnlaget i tvistene.

Enkelte spørsmål omkring tvisteløsningen bør skje som privat eller offentlig tvisteløsning drøftes i II.3.21.

Om tvisteloven bør inneholde en formålsparagraf er drøftet i II.3.22. Etter utvalgets mening bør loven ha en slik bestemmelse. Den må fremheve også andre sentrale hensyn ved tvisteløsningen enn de som er ivare tatt gjennom EMK artikkel 6(1).

Ulike sider ved språket og tilgjengeligheten for folk av reglene i tvisteloven er drøftet i II.3.23.

### 3.2.4 Internasjonale føringer og påvirkning på tvisteloven

Dette er behandlet i II.4. Innledningsvis under II.4.1 pekes det på at internasjonale regler stiller krav til tvisteloven. For Tvistemålsutvalget har det vært en selvfølge at disse normene skal kunne etterleves innenfor tvistelovens ramme, og at lovens system skal bidra til at de overholdes i den enkelte sak. Dette har preget utvalgets allmenne overveielser og utformingen av enkeltbestemmelser og er også kommet til uttrykk i utkastets § 1-2.

De internasjonale reglene kan grovt sett grupperes i tre. Det er folkerettslige regler av tradisjonell karakter, knyttet for eksempel til norske domstolers internasjonale kompetanse, immunitetsregler, regler om internasjonal rettshjelp, om anerkjennelse av rettsavgjørelser mv. Den andre gruppen er EØS-relaterte regler. Og den siste, og

ikke minst viktige gruppe, er menneskerettslige regler.

Utvalget behandler i et hovedavsnitt, II.4.2, EØS-relaterte regler. Det er gitt en oversikt over utviklingen innen EU og under EØS-avtalen som er av betydning for sivilprosessen. Det er gitt en oversikt over viktige traktater, direktiver mv. innen EU og de føringer for prosessen som disse har. Det er pekt på at det under EØS-avtalen så langt ikke har skjedd en tilsvarende utvikling som den man finner innenfor EU, verken med hensyn til hjemmel for harmonisering av enkelte deler av sivilprosessen, eller i form av konkrete regler med direkte sivilprosessuell adresse.

Føringer fra lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 og av diskrimineringsforbudet i artikkel 4 drøftes spesielt. Det er videre redegjort for Luganokonvensjonen.

Føringer fra menneskerettslige regler er gitt en bred omtale i II.4.3. EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) er drøftet relativt utførlig under II.4.4 med henblikk på hvilke rammer de setter for tvisteloven. De føringer og krav EMK artikkel 5 og SP artikkel 9 gir for rettslig prøving av administrativt ilagt frihetsberøvelse er drøftet. Betydningen av rett til et effektivt nasjonalt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 er gjennomgått. EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 beskytter privat- og familieliv. Den betydning dette får for prosessreglene, er drøftet. Det samme gjelder kravene i EMK artikkel 10 og SP artikkel 19 om ytrings- og informasjonsfrihet.

Det pekes på at det følger av en rekke konvensjoner at rettspleien skal være basert på ikke-diskriminering, det vil si at det er forbud mot forskjellsbehandling på grunn av forhold som kjønn, alder, rase, farge, etnisk opprinnelse, nasjonalitet, politisk eller religiøs overbevisning, sosial tilhørighet, språk mv.

Krav urbefolkningskonvensjonen stiller til prosessen, er gjennomgått.

I II.4.5 går utvalget inn på den generelle folkerettsreservasjonen som bør gjelde.

I II.4.6 peker utvalget på at det også er annen mer indirekte påvirkning gjennom internasjonale regler. Det kan være regler som internasjonale organisasjoner anbefaler lagt til grunn ved nasjonal lovgivning. Men det er også påvirkning gjennom det gode eksemplets innflytelse, og ved at prosessen bør være gjenkjennelig også for dem som driver grenseoverskridende virksomhet.

Avslutningsvis i II.4 reiser utvalget spørsmålet om ikke en stor prosessreform innenfor sivil tvisteløsning ved begynnelsen av det 21. århundre heller bør skje som et ledd i en internasjonalisering av prosessretten, og ikke ved en isolert nasjonal pro-

sessreform. Utvalgets konklusjon her er at i overskuelig fremtid må et reformarbeid i form av en ny lov om tvisteløsning, gjennomføres ved nasjonal lovgivning.

### 3.2.5 Gjenstand for søksmål og krav til søksmålsinteresse

Hva som kan være gjenstand for søksmål og kravene til søksmålsinteresse er behandlet i II.5. Det pekes i II.5.1 på at domstolenes oppgave tradisjonelt har vært å løse konkrete rettslige konflikter mellom ulike rettssubjekter. Det er utvalgets konklusjon at man bør holde fast ved dette tradisjonelle virkeområdet for domstolene.

Gjeldende rett i forhold til tvistemålsloven §§ 53 og 54 gjennomgås i II.5.2.

I II.5.3 gis det gis en oversikt over søksmålsbetingelsene i noen andre land.

Forskjellige sider ved kravet til søksmåls-gjenstand og søksmålsinteresse drøftes og gjennomgås i II.5.4. Spesielt tas opp rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Spørsmål om hvilket organ søksmålet om gyldighet av forvaltningsvedtak skal rettes mot, og spørsmål om tvungent prosessfellesskap i såkalte trepartsforhold drøftes. Utvalget drøfter om det bør innføres særlige regler som gjelder krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK o.l. Utvalgets konklusjon er at den regel som foreslås i utkastets § 1-3, åpner for slike søksmål når det er et reelt behov for fastsettelsesdom for konvensjonsstrid, og at det er unødvendig med en særhjemmel for å tillate slike søksmål.

Et spørsmål utvalget går nokså grundig inn på, er om staten bør gis adgang til å opptre i saker som reiser spørsmål om konflikt mellom norsk lov og Norges folkerettslige- og internasjonale forpliktelser eller mellom lov og Grunnlov. Utvalget foreslår en begrenset rett for staten til å opptre i slike tilfeller, og da bare i saker for Høyesterett og kun i saker som der behandles i storkammer eller i plenum.

### 3.2.6 Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling

I II.6 drøfter utvalget plikter for partene før sak reises og mer generelt regler for utenrettslig mekling.

Innledningsvis i II.6.1 pekes det på betydningen av at det skapes et klima og en kultur for minnelige løsninger. Blant annet under henvisning til den engelske sivilprosessreformen, er det vist til ulike måter man kan få det til på.

I II.6.2 går utvalget nærmere inn på partenes

plikt til å medvirke til at krav og grunnlag avklares. En slik avklaring er nødvendig for å få tvisten løst på hensiktsmessig måte, og en avklaring før sak reises vil også kunne gi grunnlag for å få tvisten løst i minnelighet.

Utvalget går i II.6.3, under henvisning til de såkalt pre action protocols, inn på om det for særlige rettsområder er grunn til å gi spesielle regler for partenes plikter før sak reises, for å oppnå en tilstrekkelig avklaring på tvisten. Utvalget er delt i spørsmålet om det bør gis en forskriftshjemmel for slike regler.

I engelsk prosess har man hatt stor suksess med formaliserte tilbud om minnelig løsning, såkalte Part 36 Offer. Utvalget foreslår ikke slike regler hos oss, men peker blant annet på at reglene om saksomkostninger åpner for at det tillegges vekt om en part har fremsatt et tilbud til minnelig løsning. Det vises til II.6.4.

Utvalget foreslår et regelsett om utenrettslig mekling. De viktigste hensynene her er drøftet under II.6.5.

### 3.2.7 Alternativ tvisteløsning – mekling, rettsmekling og annen alternativ tvisteløsning

Alternativ tvisteløsning er drøftet i II.7.

Utvalget peker innledningsvis i II.7.1 på at de fleste rettslige tvister løses uten at tvisten bringes inn for domstolen. Partene blir enige eller en av dem lar være å forfølge sitt krav.

Det går kort inn på systemet med mekling i forlikråd og de ordinære domstoler. Prøveordningen med rettsmekling, som en mer «dyperegående» mekling, nevnes. Det redegjøres så i II.7.2 for en rekke alternative tvisteløsningsmetoder gjennom forskjellige klagemønder.

Fremveksten av alternativ tvisteløsning, såkalt ADR (alternative dispute resolution) i amerikansk rett beskrives i II.7.5.

Utvalget går i II.7.6 inn på den prøveordning vi har hatt med rettsmekling og den evaluering av prøveordningen som er foretatt. Det pekes på at evalueringen viser at forsøksordningen i hovedtrekk har vært et meget positivt innslag i vår prosess, og at den bekrefter at ordningen må gjøres til en integrert og selvfølgelig del av prosesssystemet.

I II.7.7 drøftes hovedelementer i en permanent rettsmeklingsordning. Langt på vei foreslår utvalget at det skal gis regler som samsvarer med de som har vært brukt i prøveordningen, men det er også pekt på behov for endringer. Utvalget understreker at det er viktig at også andre enn domstolens dommere brukes som rettsmeklere, og foreslår at

det til domstolene skal knyttes utvalg av særlige rettsmeklere.

### 3.2.8 De enkelte domstolars rolle og funksjon i sivil tvisteløsning

I II.8 gjennomgås de enkelte domstolars rolle og funksjon i sivil tvisteløsning, for å få poengtert den betydning dette har for prosessreglene. I II.8.2 pekes det på den sammenheng det er mellom prosessregler og administrative og strukturelle sider ved domstolene og deres virksomhet. Selv om tvistemålsutvalget etter sitt mandat stort sett ikke skal se på de mer strukturelle sidene ved domstolene, understrekes det at det er viktig at man ikke taper av synet sammenhengen mellom prosess, struktur og administrasjon.

De enkelte domstoler, fra forlikrådene til Høyesterett, gjennomgås i II.8.3 til II.8.6.

Forlikrådene skal etter utvalgets utkast opprettholdes som en viktig meklingsinstitusjon. Forlikrådene vil fortsatt avsi en rekke dommer som ledd i inndrivelsen av krav, og også i visse tilfeller kunne avgjøre tvistesaker.

For tingrettene konkluderer utvalget i II.8.4: «Ser man disse elementene under ett – tingrettene som alminnelig førsteinstans uten hensyn til sakens vanskelighetsgrad og viktighet, økt sakstiltgang blant annet i form av saker etter småkravprosessen som en ny og i virkeligheten vanskelig sakstype å behandle, flere saker som får sin endelige avgjørelse i tingrettene og kravene til effektivitet og kompetanse – understreker det betydningen av tingrettene som et «førstelinjeforsvar» i sivil tvisteløsning. Tingrettene er bærebjelken i vårt rettssystem.»

For lagmannsretten peker utvalget oppsummeringsmessig i II.8.5 på at lagmannsretten skal være en ren ankeinstans. Ankesystemet og behandlingen i lagmannsretten skal sikre kvaliteten i rettspleien. Det skal fremme rettssikkerheten mer generelt og for de enkelte parter.

For Høyesterett har utvalget pekt på at hovedoppgaven er å bidra til rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling. Disse oppgavene må stå helt sentralt ved utformingen av behandlingsreglene, se II.8.6.

### 3.2.9 Viktige behandlingsregler for de enkelte instanser, med særlig vekt på behandlingen i tingrettene

Formålet med behandlingen i II.9 er å gi en oversikt over viktige elementer i de nye behandlingsreglene i sivilprosessen, særlig for tingrettene. Det er pekt på at en slik oversikt må bli begren-

set og selektiv. De behandlingsregler utvalget her har gått inn på er: aktiv saksstyring, mekling og rettsmekling, konsentrasjon og hurtighet, større avklaring under saksforberedelsen, muntlighet og bevisumiddelbarhet og mulighet for skriftlige og middelbare innslag og gjennomføringen av hovedforhandlingen og ankeforhandlingen.

Under et særlig punkt, II.9.10, er tatt opp tingrettene som hurtigdomstol og koordinering av behandlingen av hovedkrav med krav om midlertidig forføyning, arrest mv. Et hovedsynspunkt fra utvalget her er at prosessreglene bør muliggjøre en samordnet behandling av krav om midlertidig sikring og hovedkrav, når dette er tidsmessig mulig og ikke andre tungtveiende hensyn taler mot det. Utvalget fremmer forslag til nye bestemmelser i tvangsfullbyrdelsesloven §§ 14-3 A og 15-3 A.

### 3.2.10 Behandlingen i forlikrådet

I II.10 går utvalget grundig inn på ulike sider ved behandlingen i forlikrådet. Innledningsvis gjøres det rede for de føringer mandatet gir for å ta opp forlikrådsordningen til vurdering. Dagens forlikrådsordning presenteres kort. Det gis en historisk oversikt, og det gis en oversikt over statistiske opplysninger om forlikrådenes virksomhet. Utvalget går inn på de reformforslag som foreligger av betydning for forlikrådene. Videre gjennomgås utenlandske ordninger, og utvalget går så over på debatt som opp gjennom årene har vært omkring behandlingen i forlikrådet, herunder hvilken domskompetanse forlikrådet bør ha.

Det redegjøres i II.10.8 for det faktiske beslutningsgrunnlag utvalget har. Det pekes på at utvalget har gjennomført to undersøkelser om forlikrådsordningen. Den ene undersøkelsen er en brukerundersøkelse rettet mot parter og deres fullmektiger som har hatt en sak til behandling i forlikrådet. Denne undersøkelsen er utført av firmaet rh Knoff AS ved organisasjonspyskolog Richard H. Knoff. Den andre undersøkelsen er en kvalitetsundersøkelse av dommer i forlikrådet i tvistesaker. De dommer som er gjennomgått er holdt opp mot de formelle krav til dommer som følger av tvistemålsloven §§ 144 til 146, og det kravet til begrunnelse av rettsavgjørelser som er en del av retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6(1). Utvalgets medlemmer har ved å følge møter i ulike forlikråd, søkt å danne seg et inntrykk av virksomheten og behandlingen.

Utvalget redegjør deretter i II.10.9 for sitt syn på forlikrådets oppgaver i rettspleien. Etter utvalgets mening bør forlikrådet fortsatt være en viktig meklingsinstitusjon, men utvalget kan ikke se

at det er riktig eller behov for at mekling i forliksrådet opprettholdes som obligatorisk vilkår for saksanlegg ved tingrett. Frivillighet vil være egnet til å styrke forliksrådets funksjon som meklingsorgan ved at det vil bidra til en sakssammensetning hvor det er større muligheter til å oppnå reelle resultater ved mekling. Frivillighet vil også gi den beste grenseflate mot andre konfliktløsningstilbud, og mot reglene om rettsmekling og småkravsprosess ved de ordinære domstoler.

Forliksrådets domskompetanse drøftes inngående. Det pekes på generelle hensyn og på menneskerettslige krav. Det er utvalgets konklusjon at forliksrådet bør ha domskompetanse hvis begge parter samtykker og hvis vilkårene for forfallsdom er oppfylt. Videre bør forliksrådet ha domskompetanse hvis klagemotparten i saker om pengekrav ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser. Det medfører at hvis det er en reell tvist, vil forliksrådet ikke ha domskompetanse. Ett av utvalgets medlemmer mener at forliksrådet også bør ha domskompetanse i tvistesaker hvis tvistens summen er under 2 G.

Utvalget drøfter videre utformingen av behandlingsreglene for forliksrådet. Det er lagt stor vekt på å utarbeide et enkelt og oversiktlig regelsett for behandlingen.

### 3.2.11 Småkravsprosess

I II.11.1 drøfter utvalget behovet for en småkravsprosess for tingrettene. En slik småkravsprosess er nødvendig for at «den alminnelige mann og kvinne» forsvarlig skal få prøvd en rettsvist av den type mange kan komme bort i, f.eks. i forbindelse med overdragelse eller utbedringsarbeider på hus eller leilighet mv. Dagens behandling ved domstolene er for kostbar og komplisert for den type tvister. Utvalget går inn på ulike måter å få løst småkrav på og beskriver også kort småkravsprosessen i noen land.

Viktige hensyn og elementer i en småkravsprosess drøftes i II.11.8, og konklusjonen trekkes for en del sentrale spørsmål i II.11.9. Utvalgets syn er at det bør gis en småkravsprosess som skal gjelde for saker om økonomiske verdier som ligger under 2 G. Det drøftes om grensen burde ligge noe lavere, f.eks. på 1 G. Utvalget peker på at for tvister i intervallet mellom 1 og 2 G, er det meget vanlig at prosessutgiftene samlet overstiger tvistebeløpet. Som system er det uakseptabelt. Småkravsprosessen er utformet for å gi en enklere, raske og mer kostnadseffektiv behandling enn det som gjelder for behandlingen etter allmennproses-

sen. Saksomkostningsreglene er noe annerledes enn for allmennprosessen. Erstatning for utgifter til retts hjelp – advokat – kan bare kreves med inntil 25 % av sakens tvistesum. Dette sikrer en retts hjelp som er proporsjonal med den betydning tvisten har.

### 3.2.12 Overprøving av rettsavgjørelser. Særlig om anke

Utvalget redegjør i II.12.1 og II.12.2 for ulike overprøvingssituasjoner og for såkalte ordinære og ekstraordinære rettsmidler. Det nåværende rettsmidelsystem gjennomgås helt kort, og det er vist til rettsmidelsystemet i noen andre land.

Menneskerettslige krav til rettsmidler drøftes relativt utførlig, se II.12.5. Innledningsvis pekes det her på at det ikke av EMK eller SP kan utledes noen rett til overprøving. En stat står i utgangspunktet fritt med hensyn til om, eventuelt i hvilken utstrekning, en rettslig avgjørelse skal kunne angripes ved rettsmidler. Et annet generelt synspunkt er at dersom overprøving tillates, må avgjørelsen også i rettsmiddeinstansen være basert på en saksbehandling i tråd med EMK artikkel 6(1).

I den grad artikkel 6(1) kommer til anvendelse i forbindelse med rettsmiddelbruk, er utgangspunktet at den har det samme innhold som for behandlingen i førsteinstans. Imidlertid vil rettergangen måtte ses som et hele. Spørsmålet blir om vedkommende part samlet sett har fått en rettferdig rettergang. Dersom ankeinstansen kan overprøve en bevisbedømmelse som er foretatt etter umiddelbar bevisføring i underinstansen, vil EMK artikkel 6(1) i en rekke tilfelle kreve også muntlighet og bevisumiddelbarhet i ankeinstansen.

Utvalget drøfter i II.12.6 hvilke avgjørelser som bør kunne overprøves. Det pekes på at det må være vesentlig begrensninger i overprøvingsadgangen både for realitetsavgjørelser og for prosessstyrende avgjørelser.

Som et særlig punkt tas i II.12.8 opp om overprøving av avgjørelser om behandlingen skal kunne skje ved særskilt overprøving eller bare som ledd i prøvingen av realitetsavgjørelsen. Utvalgets konklusjon er her at det ikke bør innføres noen generell regel om at prosessstyrende avgjørelser bare kan overprøves sammen med den dom eller kjennelse de gjelder.

Overprøvingen må være en overprøving og ikke – uten at det er nødvendig for det som skal overprøves – medføre en ny behandling av saken. Dette er et viktig punkt fra utvalgets side. Det er nødvendig at ankebehandlingen konsentreres om det anken gjelder, se II.12.9.

Spørsmålet om overprøving bør kunne skje mer enn en gang drøftes i II.12.10. Her er det utvalgets synspunkt at som hovedregel skal det bare være adgang til overprøving i én instans. Overprøving i en tredje instans – Høyesterett – bør normalt forbeholdes de saker hvor det er behov for en mer generell rettsavklaring. I denne forbindelse pekes det også på, det som utvalget er inne på flere steder i innstillingen, at retten til overprøving og behandlingsreglene må utformes under hensyn til domstolens oppgaver og funksjon i rettspleien.

Utvalget foreslår i II.12.12. at det bare skal være ett ordinært rettsmiddel, benevnt anke. Dette rettsmiddel skal da dekke det som i dag er ivaretatt ved anke og kjæremål. Utvalget mener at de behandlingsbehov som foreligger ved overprøving, kan ivaretas fullgodt med ett rettsmiddel. Behandlingsreglene vil ha tilstrekkelig fleksibilitet slik at enkle spørsmål kan behandles enkelt og mer kompliserte og viktige spørsmål kan undergis en grundigere behandling.

I motsetning til etter dagens lov mener imidlertid utvalget at det bør utformes ett regelsett for anke til lagmannsrett og ett regelsett for anke til Høyesterett. Det gir blant annet en bedre oversikt over særreglene for anke til Høyesterett, se II.12.14.

### 3.2.13 Anke til Høyesterett

I II.13 drøftes spesielt anke til Høyesterett. Innledningsvis tas i II.13.1 opp Høyesteretts oppgaver i rettspleien. Det er vist til at en hovedoppgave for Høyesterett er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Det er viktig at utvelgelses- og behandlingsreglene utformes med henblikk på dette.

Oppgaver for Høyesteretts kjæremålsutvalg etter tvistemålsloven drøftes så. Det pekes på at kjæremålsutvalget har to hovedoppgaver i sivilprosessen. Den ene er å være rettsmiddelinstant for overprøving av bestemte rettslige avgjørelser. Den andre er å foreta utvelgelsen av de anker som skal behandles av Høyesterett i avdeling.

Utvalget mener at det bør gjøres to endringer i reglene for det som i dag er Høyesteretts kjæremålsutvalg. Det ene er en endring av navn til Høyesteretts ankeutvalg – eller ankeutvalget – som vil være en konsekvens av forslaget om at det skal være ett ordinært rettsmiddel, anke. Den andre endringen er at utvalget ikke kan se noen grunn til at ankeutvalget skal være en egen domstol. Høyesteretts ankeutvalg – i dag kjæremålsutvalg – er rett og slett Høyesterett satt med tre av Høyesteretts dommere, på samme måte som

Høyesterett i avdeling er Høyesterett satt med fem dommere. Behandlingsmåten i ankeutvalget er, i motsetning til behandlingen i avdeling, skriftlig. Men at det i seg selv skulle gi noen grunn til at utvalget skulle være en egen domstol, er vanskelig å se. Det som derimot kan være hensiktsmessig, er å bruke Høyesteretts ankeutvalg som en betegnelse på Høyesterett i de tilfelle hvor retten settes med tre dommere. Bruk av en slik lovteknikk, vil gjøre det enkelt å angi hvilke avgjørelser som skal treffes med tre dommere, og – motsetningsvis – hvilke avgjørelser som må treffes av 5 dommere.

Utvalget mener man bør gå over fra en nektelses- til en samtykkeordning for anker til Høyesterett, se II.13.3. Et samtykkesystem vil stemme med det som for straffeanker følger av straffeprosessloven § 323, og vil for øvrig stemme med den realitet at nektelse av anker til Høyesterett i sivile saker i dag i de fleste tilfelle skjer etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4.

I II.13.4 drøfter utvalget relativt grundig spørsmålet om Høyesterett bør ha kompetanse til å prøve ikke bare lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse, men også bevisbedømmelsen. Det er utvalgets konklusjon at tvistemålslovens ordning med at Høyesterett bør kunne prøve bevisbedømmelsen, bør beholdes.

Utvalget drøfter i II.13.5 om det bør være adgang til umiddelbar bevisføring for Høyesterett. Også her er det utvalgets konklusjon at det som følger av de någjeldende regler bør beholdes – at bevisføringen, med unntak av føring av sakkyndigbevis, skal være middelbar.

Spørsmål omkring Høyesteretts sammensetning i den enkelte ankesak tas opp i II.13.6 i lys av den hovedoppgave det er for Høyesterett til å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Det pekes på at dess flere dommere som deltar i den enkelte avgjørelse, dess større tyngde vil avgjørelsene få som prejudikat. Utvalget mener at det vil ha for store konsekvenser for det antall saker som behandles i Høyesterett, om man der gikk over til et system med én avdeling, på den måten at samtlige dommere skulle delta i behandlingen og avgjørelsen av samtlige anker over dommer. Det som det derimot bør åpnes for, er at Høyesterett kan settes i et såkalt storkammer – som bør ha elleve dommere. Storkammer bør være et alternativ til en del av de saker som i dag behandles i plenum, og bør også kunne brukes for enkelte særlig viktige saker ellers. Adgang til plenumsbehandling bør beholdes for de ganske få saker som er av helt ekstraordinær viktighet.



### 3.2.14 Rettskraft

Det redegjøres først i II.14.1 for hva rettskraft er. Rettskraft er betegnelsen på den egenskap ved en rettsavgjørelse at den gir en endelig og bindende løsning av det rettsforhold som er sakens tema. Dommen kan ikke angripes med ordinære rettsmidler. Dette er den formelle rettskraft. Dommers materielle rettskraft har to sider. Den negative, som innebærer at en ny sak mellom parter om et krav som er rettskraftig avgjort, skal avvises. Den positive, som innebærer at dommen er bindende og skal legges til grunn av retten uten ny realitetsprøving dersom det samme rettsforhold blir tema i ny sak mellom de samme parter som også gjelder noe annet.

Rettskraftsreglene gis i noen få korte enkeltbestemmelser. Rettskraft reiser imidlertid en rekke vanskelige avgrensningsspørsmål, og utvalget har valgt å gi en utførlig fremstilling av gjeldende rett i II.14.2, også fordi utvalgets forslag innebærer en videreføring av denne.

Et tema utvalget gjør grundig rede for, er om det kan få betydning for rettskraften at forutsetninger som lå til grunn for rettsavgjørelsen svikter. En slik problemstilling er særlig aktuell når retten i dommen har tatt stilling til sannsynligheten av en fremtidig utvikling, slik som i saker om erstatning for tap i fremtidig inntekt. Den klare hovedregel vil være at det ikke er adgang til ny sak. Utvalget mener at det på dette punkt ikke bør gjøres noen endring ved å gi særregler om rettskraft for slike tilfeller. Hvis adgang til revisjon av dommer på grunn av endrete faktiske forutsetninger skal løses ved prosessuelle virkemidler, er det etter utvalgets oppfatning bedre å gjøre det gjennom reglene om gjenåpning (gjenopptakelse) enn ved egne rettskraftsregler, se II.14.2 og II.14.4.

Et annet spørsmål utvalget drøftet bredt, er hvilken rettskraftsvirkning avgjørelsen i en straffesak skal tillegges i en senere sivil sak hvor tema i straffesaken har betydning. Det redegjøres for nyere rettspraksis og for de føringer uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6(2) gir. Utvalget konkluderer sine vurderinger omkring dette med at det ikke er ønskelig å fremme noe forslag om begrensning av fornærmedes rett til å fremme sitt krav mot den påståtte gjerningsmannen i egen sivil sak. Det ville innebære en uholdbar svekkelse av fornærmedes rettsstilling, se II.14.2 og II.14.4.

### 3.2.15 Gjenåpning

En rettskraftig dom kan bare kreves overprøvd i svært begrenset utstrekning. Avgjørelsen kan som

regel bare angripes ved det ekstraordinære rettsmiddel gjenopptakelse, som etter tvistemålsloven innebærer en ny behandling av saken ved den samme domstol. Utvalget ser det som nødvendig å videreføre dette rettsmidlet, som utvalget foreslår gitt betegnelsen gjenåpning, se II.15.1.

Det redegjøres i innstillingen for gjeldende rett og for ulike reformforslag, se II.15.2.

Utvalgets vurderinger er tatt inn under II.15.6.

Utvalget mener det er klart at begjæringer om gjenåpning i sivile saker fortsatt bør behandles av de alminnelige domstoler, og ikke av noe særskilt organ for slike saker. Spørsmålet om gjenåpning av Høyesteretts avgjørelser bør fortsatt høre under Høyesterett, og slik at avgjørelsen i Høyesterett kan treffes av ankeutvalget.

Det er drøftet om avgjørelsen om gjenåpning bør treffes av samme, sideordnet eller overordnet domstol. Her er konklusjonen at gjenåpning bør skje ved sideordnet domstol.

Utvalget finner at anvendelsesområdet for rettsmidlet gjenåpning i hovedsak bør være det samme som for gjenopptakelse etter tvistemålsloven §§ 405 og 415. Det pekes generelt på at vilkårene for gjenåpning av en endelig avsluttet sak må være snevre og i alminnelighet forbeholdt unntakstilfeller hvor det ville være støtende om det ikke var mulighet for overprøving.

To hovedtyper feil kan begrunne gjenåpning. Det er for det første feil i saksbehandlingen eller andre feil ved rettergangen. Her foreslås det ikke vesentlige endringer i forhold til tvistemålslovens regler. Det andre grunnlag for gjenåpning vil være feil ved avgjørelsen. Etter utvalgets oppfatning er det for strengt, som det gjøres etter tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6, å kreve at nye opplysninger som skal gi grunnlag for gjenåpning, sammenholdt med det materiale som forelå i saken fra før, nødvendigvis må lede til en endring av avgjørelsen. Utvalget mener det må være tilstrekkelig å kreve en høy grad av sannsynlighet for dette.

Etter gjeldende rett vil etterfølgende omstendigheter ikke gi grunnlag for gjenåpning, men det synes å være en viss, men meget snever, adgang til ny sak. Utvalget peker på at behovet for en revisjon av en avgjørelse, hvor det i ettertid skjer en vesentlig svikt av de forutsetninger som lå til grunn for avgjørelsen, kan tilgodeses på to ulike måter. Enten kan man gi en regel som gir mulighet for gjenåpning. Alternativt kan man søke å blinke ut de særlige rettsfelt hvor det kan være et slikt revisjonsbehov, og nærmere regulere vilkårene for revisjon. Utvalget er blitt stående ved at den siste metoden er å foretrekke.

To sett frister må overholdes for å få gjenåp-

net en sak. For det første må det gjelde en relativt kort frist for å fremsette begjæring om gjenåpning etter at parten er blitt klar over det forhold begjæringen kan begrunnes med. Etter tvistemålsloven § 408 første ledd er denne fristen 3 måneder. Der nest bør det gjelde en alminnelig lengstefrist for å begjære gjenåpning. Den er i dag etter tvistemålsloven § 408 annet ledd på 5 år. Utvalget foreslår den første fristen forlenget til 6 måneder og den siste til 10 år.

### 3.2.16 Bevis

Innledningsvis redegjøres det i II.16.1 for betydningen av bevis og bevisregler i sivilprosessen og noen grunnleggende utgangspunkter disse reglene bygger på. Menneskerettslige føringer, særlig etter EMK, gjennomgås kort i II.16.2, og det vises ellers her til drøftelsen under II.4.3.

Utvalget går nærmere inn på prinsippet om fri bevisvurdering i II.16.3. Det gjøres rede for krav til bevis og betydningen av bevisklarhet og bevisbyrde (tvilsrisiko) drøftes, jf. II.16.4. Den frie bevisføringsrett og avgrensingen av denne drøftes i II.16.5. Det understrekes at selv om man må ha en hovedregel om fri bevisføringsrett, kan den ikke være uten begrensninger. Utvalget går kort inn på den generelle bakgrunn for regler om bevisforbud og bevisfritak, se II.16.5.

En del land har i sin prosess det som betegnes som *discovery* eller *disclosure*, se II.16.6. Noe unøyaktig kan det sies å være regler om bevisavklaring og bevis tilgang under saksforberedelsen. Utvalget redegjør for denne type regler, og reiser spørsmålet om man bør innføre noe liknende hos oss. Utvalgets konklusjon er at det kan det ikke være grunnlag for. Et slikt system ville bryte fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer effektiv – også kostnadseffektiv – prosess. Men det pekes på at systemet med *discovery*, som først og fremst finnes i angloamerikansk rett, ivaretar viktige hensyn. Det sikrer en part tilgang til innsyn i de bevis motparten sitter med og derved mulighet for å forberede egen bevisføring. Utvalget mener det er viktig å ha for øye, om disse hensyn, iallfall et stykke på vei, kan ivaretas på en enklere måte som ikke er særlig kostnadsdrivende eller har andre negative virkninger.

Utvalget drøfter spesielt i II.16.9 om det er grunnlag for å myke opp det forbud man i dag har i § 197 mot såkalte utenrettslige erklæringer. Utvalget mener det er og bør være mulig, men at det da er nødvendig å sørge for at hensynet til kontradiksjon ivaretas på forsvarlig måte.

### 3.2.17 Kollektive og kollektivt pregete søksmål. Gruppesøksmål

Det pekes innledningsvis i II.17.1 på behovet for og det hensiktsmessige i at flere som berøres på samme måte av en handling, en tilstand, et offentlig vedtak mv., i søksmål kan opptre samlet – kollektivt – eller iallfall sammen med noen av de andre som er berørt på samme måte. Ulike teknikker for dette nevnes.

Utvalget går så i II.17.2 over til å se på såkalte gruppesøksmål. Noen entydig og allmenngyldig definisjon på gruppesøksmål foreligger ikke. Hovedelementet ligger i at det føres et søksmål for eller mot en avgrenset gruppe rettssubjekter, som helt eller i vesentlig grad er berørt på samme måte. Gruppen opptrer som en enhet for alle fellesspørsmål. Gruppesøksmålet føres av en representant for gruppen. Det enkelte gruppemedlem behøver ikke å opptre i saken.

Det pekes på at det er et fundamentalt skille i gruppeprosessen mellom avgjørelser som blir bindende for alle som er berørt på samme måte uten at det kreves at de positivt slutter seg til søksmålet, og avgjørelser hvor man må slutte seg til søksmålet, melde seg på, for å bli bundet. Hvor man blir bundet uten påmelding, gjelder prinsippet om «opt out». Må man positivt slutte seg til det, gjelder prinsippet om «opt in».

Utvalget redegjør i II.17.3 for utenlandsk, særlig amerikansk, rett. Bakgrunnen for det er at USA i mange tiår har hatt omfattende praksis med gruppesøksmål, mens ordningene i andre land som har kommet etter, er langt nyere. Den amerikanske praksisen illustrerer problemstillinger som oppstår i gruppesøksmål, særlig i gruppesøksmål som bygger på prinsippet om «opt out». Videre går utvalget i II.17.4 inn på det forslag om gruppeprosess som ble fremmet i Sverige i SOU 1994: 151.

I II.17.5 drøfter utvalget spørsmålet om hvilke former for kollektive eller kollektivt pregete søksmål som bør velges. Blant annet stilles spørsmålet om det er behov for gruppesøksmål. Utvalgets konklusjon er at det bør gis regler om gruppesøksmål for at kollektive søksmålsbehov som foreligger bedre skal kunne ivaretas. Det pekes på at en gruppeprosess kan gis vidt forskjellige utforminger, og at konklusjonen om at det bør innføres en ordning med gruppesøksmål, må ses i sammenheng med hovedelementene i prosessordningen.

Utvalget drøfter hvilke hovedelementer en gruppeprosess bør inneholde, blant annet hvem som bør kunne anlegge et gruppesøksmål. Det må for det første være de rettssubjekter som er berørt slik at de kunne fremme sine krav i individuelle

søksmål, men utvalget mener også at man bør gi organisasjoner og foreninger en viss adgang til å reise gruppesøksmål på vegne av andre.

Forskjellige typer omkostningsspørsmål i tilknytning til gruppesøksmål drøftes. Utvalget mener at de alminnelige regler om saksomkostninger i utgangspunktet bør gjelde for gruppesøksmål. Et viktig spørsmål blir da hvem som på vegne av gruppen skal ha rett til og ansvar for saksomkostningene. Utvalget er kommet til at det eneste praktiske her er å knytte ansvaret utad til grupperepresentanten. Grupperepresentanten vil i de fleste tilfelle kunne kreve dekning hos gruppedlemmene, men da slik at gruppedlemmenes ansvar og maksimale omkostningsrisiko skal fastsettes på et tidlig tidspunkt av prosessen.

Utvalget drøfter bredt spørsmålet om gruppeprosessen bør baseres på prinsippet om «opt out» eller «opt in». Som nevnt er problemstillingen her om de som er berørt skal bli bundet av avgjørelsen, forutsatt at de ikke har meldt seg ut av gruppesøksmålet, eller om man skal kreve positiv tilslutning til det. Utvalgets konklusjon er at det som klar hovedregel bør bygges på prinsippet om positiv tilslutning til søksmålet for at noen skal bli bundet. Men det åpnes for en begrenset adgang til gruppesøksmål basert på prinsippet om utmelding – «opt out». Retten skal etter begjæring kunne bestemme dette dersom den enkeltes krav ikke er såkalt individuelt prosessbart – dvs. hvor man ut fra de omkostninger som er involvert ikke kan vente at søksmål vil bli reist. Det er videre et vilkår etter utkastet at det ikke knytter seg forhold til den enkeltes krav som nødvendiggjør særskilt behandling.

### 3.2.18 Rettslig prøving av forvaltningsvedtak

I II.18 drøfter utvalget enkelte mer generelle spørsmål i tilknytning til rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Blant annet reises i II.18.2 spørsmålet om det i tvisteloven bør gis et eget kapittel for saker om offentlige tjenestehandlinger. Spørsmålet besvares med nei. Utvalget peker på at tvistemålsloven kapittel 30 langt på vei gir regler som det ikke er grunn til å videreføre.

Utvalget går i II.18.2 inn på en del regler i utkastet som har særlig betydning ved prøving av forvaltningsvedtak. Avslutningsvis drøftes i II.18.4 generelt og relativt utførlig, spørsmålet om saksanlegg bør kunne tillegges suspensiv virkning. Utvalgets konklusjon er at det ikke bør gis en regel om dette i tvisteloven. Det skaper klarere linjer og bedre oversikt om man nøyer seg med den regulering som er i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15.

### 3.2.19 Andre særlige prosessformer. Rettslig prøving av administrative tvangstiltak

Utvalget nevner innledningsvis i II.19.1 de særlige prosessregler man har i tvistemålslovens femte del og har enkelte mer generelle bemerkninger til disse reglene. Videre nevnes en rekke tilfeller av spesielle prosessregler i annen lovgivning.

Spørsmålet om det er behov for særlige regler, eller om særreglene helt eller delvis kan erstattes av generelle bestemmelser i tvisteloven, drøftes. Tvistemålsutvalgets konklusjon her er at det er behov for særlige prosessregler i tilknytning til de materielle regler i en del lover. Dersom man skulle samle reglene i mer generelle regelsett i tvisteloven, ville det nødvendiggjøre en rekke unntak og særregler, og man ville gjøre loven mer kompleks. Det ville måtte foretas en ganske betydelig påbygging av det som i dag er lovens femte del, uten at utvalget kan se at det ville skape noen større klarhet eller oversikt over reglene. De aktuelle reglene er i hovedsak tett knyttet til den enkelte sakstype. Det er lite rom for generalisering, i hvert fall ikke uten at man dermed ville forspille poenget med å ha særlige regler.

Rettslig prøving av administrative tvangstiltak drøftes særskilt og relativt omfattende i II.19.2. Det pekes innledningsvis på at rettssikkerhetsmessige hensyn her gjør seg gjeldende med en særlig tyngde, og at det selvfølgelig gir føringer for prosessreglene. Gjeldende rett, tvistemålsloven kapittel 33 og regler i en rekke forvaltningslover, gjennomgås.

Utvalget drøfter utførlig de menneskerettslige krav som EMK og andre sentrale konvensjoner stiller.

I sine vurderinger bemerker utvalget at det finner det klart at det er behov for særlige rettergangsregler for tvangssaker. Det bør gis et eget kapittel i tvisteloven om dette. Anvendelsesområdet for kapitlet bør i det vesentlige tilsvare det som i dag følger av tvistemålsloven kapittel 33.

Domstolenes forhold til fylkesnemndene drøftes med henblikk på spørsmålet om på hvilket trinn i domstolspyramiden vedtak i nemndene bør prøves. Det er utvalgets bestemte oppfatning at disse sakene bør prøves av tingrettene i første instans.

Når det gjelder sammensetningen i tingretten, er utvalget blitt stående ved at retten som hovedregel bør settes med to meddommere. Det bør være opp til retten om en eller begge av meddommerne skal være fagkyndig. Ved anke til lagmannsretten bør retten i tillegg til de juridiske dommere også settes med to meddommere, som kan være fagkyndige eller «alminnelige».

Utvalget drøfter om det bør gis adgang til å trekke inn andre krav i sak etter tvisteloven kapittel 33, for eksempel krav om erstatning. Det er utvalgets standpunkt at det ikke bør åpnes for det.

Når det gjelder virkninger av dommer i tvangs-sakene, mener utvalget at det er grunn til å gi en egen regel om foregrepet virkning. Særlig gjelder dette i forhold til saker om frihetsberøvelse, hvor EMK artikkel 5(4) forutsetter at vedkommende skal løslates dersom retten finner at frihetsberøvelsen ikke er lovlig. Dette innebærer også en forutsetning om at dommen normalt gis foregrepet virkning. Tvistemålsutvalget mener imidlertid at regelen ikke bør begrenses til saker som gjelder frihetsberøvelse.

Etter gjeldende lov er det noe uklart om ny administrativ prøving er et vilkår for å reise ny sak for domstolene. Tvistemålsutvalget mener at det bør gjelde et slikt generelt vilkår, og foreslår at det kommer direkte til uttrykk i loven.

### **3.2.20 Saksomkostninger, omkostningsdekning og omkostningsnivå**

I II.20 går utvalget inn på en rekke problemstillinger omkring omkostninger i prosessen. Det redegjøres i II.20.2 for dagens regler om saksomkostninger.

Utvalget reiser i II.20.3 spørsmålet om hva som bør tas med i regelsett om saksomkostninger. Det legges til grunn at partenes betalingsplikter overfor retten ikke bør reguleres her, men i rettsgebyrloven.

Det reises spørsmål om tvisteloven bør regulere forholdet mellom advokat og klient. Utvalgets konklusjon er at den ikke bør det.

Spørsmålet om når en part bør kunne kreve saksomkostninger av motparten, drøftes i II.20.5. Dagens hovedregel om at den som har vunnet saken skal tilkjennes saksomkostninger foreslås opprettholdt. Men det foreslås også at saksomkostninger kan tilkjennes i enkelte tilfeller hvor man ikke kan si at en part har vunnet saken, men hvor han likevel har nådd frem på vesentlige punkter. Det nevnes at det i spesielle situasjoner kan være rimelig at omkostninger tilkjennes uansett utfall.

I et eget avsnitt, jf. II.20.6, drøftes visse særlige sakstyper eller prosessituasjoner og saksomkostningsspørsmålet der. Særlig to spørsmål reises. Det er for det første om det bør gjelde særregler hvor det pådras spesielt store omkostninger fordi en sak er prinsipiell, og dernest om det bør gis særregler for saksomkostninger i forbrukertvister. Utvalgets konklusjon på begge punkter er at det gjør

seg særhensyn gjeldende ved spørsmålet om rett og plikt til omkostninger og i forhold til utmålingsreglene i disse tilfellene, men at disse særhensyn fullt ut kan ivaretas gjennom de alminnelige regler om saksomkostninger.

Utvalget drøfter i II.20.7 hvilke omkostninger som bør kunne kreves dekket. Det er en rekke spørsmål som oppstår i tilknytning til denne problemstillingen. Et hovedsynspunkt må etter utvalgets mening være at hvor det er begrunnet at parten bør tilkjennes saksomkostninger, bør utmålingen dekke de utgifter som faktisk er påløpt. Men det kan også i noen tilfeller være grunnlag for å begrense de omkostninger som tilkjennes. Tre elementer vil her være sentrale: (a) bare nødvendige utgifter dekkes, (b) det skal være proporsjonalitet mellom utgifter og det som kan oppnås ved dem, og (c) det skal være en begrensning i forhold til særlig kostbar bistand.

I II.20.8 drøfter utvalget om partenes saksomkostninger i noen tilfelle bør kunne kreves dekket av det offentlige. Der et ansvar for det offentlige kan være begrunnet mer generelt, er tilfelle hvor domstolene begår feil som pådrar partene prosessutgifter. Det kan være feil knyttet til behandlingen eller til avgjørelsen. Utvalgets konklusjon er at det bør gis regler om slikt erstatningsansvar for det offentlige, og at disse bør plasseres i tvisteloven. Som hovedregel bør det for at erstatning skal kunne tilkjennes, kreves at omkostningene er pådratt ved et klart uforsvarlig forhold fra rettens side. Men det er også etter utvalgets mening grunnlag for ansvar for staten hvor retten har begått visse nærmere angitte feil som ubetinget skal føre til opphevelse av den avgjørelse som er truffet.

Utvalget drøfter i II.20.9 relativt utførlig omkostningsnivået i sivile saker og ser blant annet på hvordan dette omkostningsnivået kan og bør påvirkes gjennom reglene for omkostningsfastsettelsen.

Spørsmålet om det bør være regler om at en part kan kreve sikkerhetsstillelse for mulige saksomkostninger han kan bli tilkjent i prosessen, drøftes i II.20.10. Utvalget går samlet inn for at det bør gis en regel som langt på vei samsvarer med tvistemålsloven § 182. To av utvalgets medlemmer mener også at det i en viss utstrekning bør kreves sikkerhetsstillelse som vilkår for anke og foreslår en regel om det.

Bruk av rettsmidler mot saksomkostningsavgjørelser drøftes i II.20.11. Det er pekt på at saksomkostningsavgjørelsene er viktige, og at det tilsier at det bør være mulighet for overprøving.

### **3.2.21 Rettslige avgjørelser og rettsforlik**

I II.21 gjennomgås generelle og prinsipielle spørs-

mål i tilknytning til rettslige avgjørelser og rettsforlik. Gjeldende rett gjennomgås. Menneskerettslige føringer behandles i forhold til enkelte viktige spørsmål, som kravet til begrunnelse av rettslige avgjørelser. Det er henvisninger til utenlandsk rett, og en del spørsmål er drøftet relativt omfattende fra utvalgets side. Av de spørsmål som er drøftet kan nevnes: Hva avgjørelsene kan bygges på, hvem som skal treffe avgjørelsene, rådslagning og avstemning når retten har flere medlemmer, avsigselsen av avgjørelsene, forkynnelse og meddelelse, krav til innhold og begrunnelse, oppfyllelsesfrist og forsinkelsesrente. Videre gjennomgås reglene for retting, tilleggsdom og omgjøring, og regler for foregrepet, utsatt og opphevet tvangskraft.

Når det gjelder rettsforlik, reises for det første spørsmål om hvilke prosessuelle virkninger rettsforlik bør ha, spesielt om et rettsforlik bør ha rettskraftsvirkninger. Utvalgets konklusjon her er at rettsforlik fortsatt bør ha rettskraft. Denne konklusjonen har sammenheng med utvalgets syn på et annet spørsmål i tilknytning til rettsforlik. Det gjelder spørsmålet om den nåværende ankeordningen bør opprettholdes, eller om man bør gå over til en ordning hvor et rettsforlik kan angripes ved søksmål, og da slik at rettsforliket kan kjennes ugyldig eller endres etter de samme regler som gjelder for ugyldighet og endring av utenrettslig avtale. Utvalgets konklusjon er at man bør gå over til en slik ordning.

### 3.2.22 Offentlighet og innsynsrett

Utvalget redegjør i II.22 for offentlighet og innsynsrett – den rett utenforstående har til å gjøre seg kjent med prosessmaterialet og behandlingen av saken. Et samlet utvalg foreslår at allmenheten skal gis innsynsrett i prosessmaterialet under saksforberedelsen. Etter utkastet åpnes det i visse tilfeller adgang til å inngi skriftlig innlegg som skal utgjøre en del av avgjørelsesgrunnlaget i saken. Det vil være prinsipielt uriktig om offentligheten ikke gis mulighet for innsyn i dette materialet, med mindre det foreligger særlige hensyn. Et flertall i utvalget går inn for at det skal gis adgang til innsyn i det skriftlige prosessmaterialet retten kan bygge sin avgjørelse på. Et mindretall mener at innsynsretten bør gjelde alle prosesskrift med bilag.

### 3.2.23 Tvisteloven og moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT)

Det er selvsagt at tvisteloven må være tilpasset moderne informasjons- og kommunikasjonstekno-

logi (IKT), se II.23. Utvalget viser til at det er en uttalt målsetting fra regjeringen at elektronisk kommunikasjon og bruk av nett som infrastruktur for samhandling, skal bli like akseptert som tradisjonell skriftlig kommunikasjon og dokumentasjon. Det pekes videre på at moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi omfatter atskillig mer enn bare fjernkommunikasjon mellom parter og retten. Blant annet åpner moderne teknologi nye muligheter for å hjelpe mennesker med ulike former for funksjonshemninger til å delta i muntlige rettsmøter. Teknologien gir et bedre verktøy for aktiv saksstyring. Den gir også vesentlig bedre muligheter for allmennhetens innsynsrett i de offentlige delene av prosessmaterialet, rettens avgjørelser mv. Ulike sider ved dette utdypes og drøftes nærmere av utvalget.

I et oppsummerende avsnitt peker utvalget på at elektronisk kommunikasjon med og innen domstolene vil bringe domstolene på linje med den formen for kommunikasjon som brukes ellers i samfunns- og næringslivet. Det er et poeng at domstolene og rettsvesenet ikke blir hengende vesentlig etter på dette feltet. Dette gjelder både elektronisk kommunikasjon av prosesskriv, bilag, rettslige avgjørelser mv. Det pekes på at også selve møteformen er i ferd med å endres i store deler av samfunns- og næringslivet. Møter avvikles i betydelig utstrekning som fjernmøter. Det vil generelt kunne innebære fordeler at prosessmaterialet kan samles i elektroniske saksmapper. Det gir også muligheter for innsyn i prosessmaterialet.

### 3.2.24 Oppbyggingen av tvisteloven

I II.24 redegjør utvalget for betraktninger som ligger bak valg av systematikk og oppbygging for tvisteloven. I sammendraget vil utvalget nøye seg med å peke på at det er viktig at paragrafene nummereres kapittelvis. Tvisteloven er en meget stor lov. En gjennomgående paragrafnummerering vil for brukerne gi en langt mindre oversikt og mulighet for å gjenfinne den enkelte paragraf, enn det som vil være situasjonen ved kapittelvis nummerring. Av hensyn til oversikten ser utvalget det også som viktig at det innledningsvis – og som en del av loven – tas inn en kapitteloversikt.

### 3.2.25 Administrative og økonomiske konsekvenser av tvisteloven

I II.25 drøftes administrative og økonomiske konsekvenser av tvisteloven.

Utkastet vil medføre en viss reduksjon av arbeidsbyrden og en mindre nedgang i saks-

antallet og derved gebyrinngangen for forliksrådet.

For tingrettene vil utkastet medføre en høyere arbeidsbelastning og en lavere gebyrinngang som følge av at en del av sakene skal gå etter småkravprosessen. Det blir en viss økning i sakstilgang og en viss merbelastning ved styrking av behandlingen etter allmennprosessen.

Lagmannsretten vil få en redusert arbeidsbelastning og en redusert gebyrinngang. Utvalgets utkast inneholder viktige endringer for prosessen i Høyesterett, men disse får i det vesentlige ikke økonomiske eller administrative konsekvenser.

For alle domstoler vil det etter utkastet kreves utstyr for fjernavhør. Det vil være nødvendig med utstyr for lydopptak, og det vil kreves forbedring av datautstyret. Når det gjelder det siste, vil utgiftene imidlertid i det alt vesentlige allerede være pådratt ved det saksbehandlingssystem som er planlagt innført for domstolene.

For dommerne i alle domstoler vil det være nødvendig med opplæringstiltak.

### 3.2.26 Harmonisering mellom tvisteloven og straffeprosessloven

I dette avsnittet skisserer utvalget de endringer som bør foretas i straffeprosessloven som konsekvens av forslagene i tvisteloven.

## 3.3 Innstillingens del III Bemerkninger til de enkelte kapitler og bestemmelser

*Første del – Grunnleggende bestemmelser for behandling av sivile saker*

### 1. kapittel. Tvistelovens formål og anvendelse

Dette kapitlet inneholder grunnleggende bestemmelser for anvendelsen av loven. § 1-1 gir en formålsbestemmelse. (1) tar opp i seg hovedelementene i EMK artikkel 6(1). Samfunnets behov for sivil tvisteløsning fremheves også. Grunnleggende hensyn ved behandlingen er angitt i (2). § 1-2 gir en generell folkereservasjon. Bestemmelsene i §§ 1-3 til 1-5 regulerer ulike sider ved søksmålsgjenstand, søksmålssituasjon og partsforhold.

### 2. kapittel. Parter, prosessdyktighet og lovlig stedfortredere

Utvalget har funnet grunn til å forsøke å klargjøre hvem som kan opptre som part i en rettssak, med andre ord hvem som har partsevne. Dette er regu-

lert i § 2-1. § 2-2 gir regler om prosessdyktighet, som i det vesentlige samsvarer med tvistemålslovens regler. § 2-3 gir regler om lovlig stedfortreder. Reglene om adgangen til å delegere stedfortrederkompetansen for upersonlige rettssubjekter i § 2-3(4) er ny.

### 3. kapittel. Prosessfullmektiger og rettslige medhjelpere

§ 3-1 gir en part en generell rett til å la seg representere av en prosessfullmektig. Men det er bare en rett parten har. Parten kan alltid velge å opptre selv. Unntaket fra dette følger av § 3-2 for den situasjon at en part uten prosessfullmektig ikke kan fremstille saken på forståelig måte. § 3-3 gir regler om hvem som kan være prosessfullmektig. Det er ikke store endringer i forhold til nåværende regler. § 3-4 viderefører tvistemålsloven §§ 46 og 47, men det er ikke lenger adgang til å begrense prosessfullmakten til å gjelde bestemte prosesshandlinger. Ellers gir §§ 3-5 og 3-6 regler om forholdet mellom partenes og prosessfullmektigenes handlinger og om opphør av og tilbaketreden fra oppdrag som prosessfullmektig. Regelen om rettslig medhjelper som i dag finnes i tvistemålsloven § 51, videreføres i stor utstrekning i utkastet § 3-7.

### 4. kapittel. Saklig og stedlig domsmyndighet

§ 4-1 er en henvisningsbestemmelse som angir de bestemmelser som fastlegger den saklige kompetansen til de enkelte domstoler.

I de spesielle bemerkningene til kapitlet og reglene, er det ganske utførlig drøftet ulike sider ved reglene om stedlig domsmyndighet – vernetting.

Utvalget har funnet grunn til å gi en regel om internasjonalt vernetting. Den er inntatt i § 4-2. Som i dag er en parts alminnelige vernetting bestemt ved hans bopel, jf. § 4-3. Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå noe obligatorisk vernetting for saker med tilknytning til fast eiendom. § 4-4 har regler om valgfritt vernetting, sml. tvistemålsloven §§ 23 a til 35. Det valgfrie vernetting i § 4-4(8) i saker mot staten og fylkeskommuner er nytt. Regler om vernetingsavtaler er gitt i § 4-5. At sak er anlagt ved uriktig vernetting, skal ikke føre til at søksmålet avvises hvis det er en annen stedlig kompetent domstol i Norge. Saken skal da henvises dit, jf. § 4-6.

### 5. kapittel. Grunnlaget for rettens avgjørelser, veiledning og saksstyring

Kapitlet inneholder grunnleggende regler for rettens behandling av saken.

§ 5-1 gir regler for hvilke deler av prosessstoffet retten skal og kan bygge sin avgjørelse på. § 5-2 gir de generelle reglene om i hvilken grad retten er bundet av partenes prosessopplegg. Denne bestemmelsen gjelder for saker hvor partene har fri rådighet. § 5-3 regulerer de situasjoner hvor partenes rådighet over prosessopplegget er begrenset ut fra offentlige hensyn.

Rettsens adgang og plikt til å veilede partene dels i tilknytning til behandlingen av saken og dels om sakens materielle spørsmål, er helt sentralt for en god prosess. Disse reglene er samlet i § 5-4.

En aktiv saksstyring fra rettens side på alle trinn av saken er etter utvalgets mening en forutsetning for en velfungerende prosess. § 5-5 gir regler om rettens saksstyring – så vel under saksforberedelse som i rettsmøter og rådslagninger hvor det deltar flere dommere. Bestemmelsen gir retten generell kompetanse til å sette frister og til å treffe de avgjørelser som er nødvendige for behandlingen. § 5-6 har regler om inngripen hvis det ikke skjer slik saksstyring som fastsatt i § 5-5. Dette er en ny og meget viktig regel. Den gir domstollederen rett og plikt til å gripe inn mot manglende saksstyring, dels av eget tiltak og dels etter begjæring fra en part. Spørsmålet om inngripen kan også bringes inn for overordnet domstol.

*Annen del – Plikter før sak reises. Mekling og rettsmekling*

## **6. kapittel. Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling**

Fellesnevneren for reglene i kapittel 6 er at de gjelder ulike sider ved partenes rettigheter og plikter før sak reises. De er utformet med henblikk på at det skal bli en forståelse – og helst en kultur – for at saker bør løses i minnelighet, om nødvendig ved utenrettslig mekling. Løsningen av tvister for domstolene skal fortrinnsvis skje først når partene forgjeves har gjort et skikkelig forsøk på å få løst tvisten på annen måte.

De generelle plikter etter §§ 6-2 til 6-4 vil fremgå indirekte gjennom enkelte bestemmelser i saksomkostningskapitlet, jf. henvisningene under bemerkningene til §§ 6-2 og 6-4. På mange måter er disse pliktene nokså selvfølgelige. Det er imidlertid et poeng å synliggjøre dem i et regelsett nettopp på det trinn de hører hjemme i utviklingen av en tvist, for å gjøre det klart overfor parter at det også på dette stadium er plikter som skal etterleves.

På enkelte rettsfelt er det særlige regler som dels skal legge grunnlaget for en nærmere klarlegging av tvisten og dels for en mulig minnelig løsning. Tvister om usaklig oppsigelse i arbeidsfor-

hold, jf. arbeidsmiljøloven § 61, gir et eksempel på det. Her vil selvsagt vedkommende spesiallov gå foran. For øvrig vil de generelle pliktene som kan utledes av kapitlets del II, i disse tilfellene være vel ivaretatt gjennom spesialreglene i vedkommende lov.

Del III i 6. kapittel gjelder utenrettslig mekling. Det er et meklingssett som partene kan avtale skal komme til anvendelse, jf. § 6-5. Partene kan da blant annet få tingretten til å oppnevne mekler, jf. § 6-6. § 6-7 gir regler om gjennomføringen av meklingen og § 6-8 bestemmelser om meklerens godtgjørelse.

## **7. kapittel. Mekling og rettsmekling i de alminnelige domstolene**

Kapitlet er delt i tre hovedavsnitt, I – som gir regler om minnelig løsning og mekling, II – som gir regler om rettsmekling og III – som gir regler om rettsforlik.

§ 7-1 fastslår at retten skal ha for øyet muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet. § 7-2 gir regler for mekling. Det er et poeng å holde mekling atskilt fra rettsmekling. At det er rettsmekling som foregår, vil ha visse konsekvenser, blant annet for dommerens mulighet til fortsatt å behandle saken hvis rettsmeklingen ikke fører frem til en minnelig ordning.

Av reglene om rettsmekling er det grunn til å peke på § 7-4(4) om utvalget av rettsmeklere. Det er viktig at domstolene tilføres den ressurs som ligger i et slikt utvalg, og at rettsmeklere fra dette utvalget brukes.

§ 7-5(6) er viktig. Rettsforlik kan inngås i tilknytning til rettsmekling, også hvor rettsmekleren ikke er en av domstolens dommere.

Regelen om taushetsplikt og bevisforbud videreføres i det vesentlige slik de har vært for prøveordningen, likevel slik at forbudet og plikten fremtrer som noe strengere enn etter disse reglene.

III har regler om rettsforlik. Formkrav og rettens plikter ved inngåelse vil være omtrent som i dag, jf. § 7-8. § 7-9 gir regler om rettsforlik ved rettsmekling. § 7-10 medfører en vesentlig omlegging av dagens system med at rettsforlik, om det skal settes til side, må angripes ved anke. Gyldigheten av rettsforlik må etter § 7-10 prøves ved søksmål. Det skal på vanlig måte anlegges for tingretten.

## **8. kapittel. Behandling i forliksrådet**

Kapittel 8 gir regler om saksbehandlingen i forliksrådet. Anvendelsesområdet svarer til tvistemålsloven kapittel 21, men det skilles ikke sys-

tematisk mellom mekling og domsforhandling, slik som i tvistemålsloven kapittel 21 del I og II.

Det er lagt vekt på å gi regelverket en enkel utforming, tilpasset det forhold at det skal forstås og anvendes av ikke-jurister. Ideelt sett kunne det kanskje være ønskelig å gi en uttømmende regulering av behandlingsreglene for forliksrådet, slik at man spares for å sette seg inn i andre deler av den omfattende loven. En slik systematikk ville imidlertid medføre mye unødig dobbeltbehandling, og ikke minst ville det medføre at kapittel 8 ville bli svært omstendelig og derfor mindre tilgjengelig.

§ 8-1 gir generelle regler om forliksrådets oppgaver og behandlingen. I de særlige bemerkningene er angitt hvilke deler av tvisteloven som får anvendelse for forliksrådet.

Det er en adgang, ikke en plikt, til å bringe saken inn for forliksrådet.

I § 8-2 er angitt hvilke saker som ikke kan bringes inn for forliksrådet. Regler for forliksklage og tilsvær er gitt i henholdsvis §§ 8-3 og 8-4 og om innkalling og møteplikt i §§ 8-5 og 8-6.

§ 8-7 gir regler om prosessfullmektiger og medhjelpere. Utvalgets flertall foreslår som generell regel at partene, om de ønsker det, kan bruke advokat som prosessfullmektig. Et mindretall foreslår en regel om at en advokat bare kan være prosessfullmektig under saksforberedelsen.

Regler om behandlingen er gitt i § 8-8 og om offentlighet mv. i § 8-9.

§ 8-10 har regler om adgangen til å avsi dom. Flertallet foreslår at forliksrådet kan avsi dom hvis begge parter samtykker, hvis vilkårene for forfallsdom er oppfylt eller hvis klagemotparten i sak om pengekrav ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser. Utvalgets mindretall foreslår at forliksrådet i tillegg skal kunne avsi dom i saker som gjelder formuesverdier med tvistesum under 2 G.

Av reglene ellers nevnes her at § 8-13 gir regler som i noen grad begrenser de saksomkostninger som kan tilkjennes. Det er på dette punkt en dissens.

Regler om rettsmidler er gitt i § 8-14.

### *Tredje del – Behandlingen i første instans*

## **9. kapittel. Allmennprosess**

Kapitlet gjelder behandlingen i første ordinære instans – det vil i de aller fleste tilfeller si tingretten. Kapitlet er delt i tre hovedavsnitt – I, II og III. Det gjelder for de saker som skal behandles etter allmennprosess, det vil først og fremst si krav som ikke skal behandles etter reglene i kapittel 10 om småkravsprosess. For krav som skal behandles etter kapittel 10, vil imidlertid reglene i kapittel 9 et godt stykke på vei være gitt tilsvarende anvendelse. For saker som behandles i særlige prosessformer, blant annet gruppesøksmål og saker etter kapittel 33, vil reglene i kapittel 9 gjelde så langt det ikke er gitt avvikende regler.

I – § 9-1 – angir anvendelsesområdet for bestemmelsene i kapitlet og hvilke domstoler som behandler sakene i første instans.

II – §§ 9-2 til 9-11 – gir regler for saksforberedelsen.

III – §§ 9-12 til 9-18 – gir regler om hovedforhandlingen.

Kapittel 9 er et kjernekapittel i tvisteloven. Behandlingen for tingretten vil og skal i de fleste saker som kommer for de ordinære domstoler, avslutte saken.

Bestemmelsene i kapittel 9 danner et stykke på vei et mønster for behandlingen av anker i lagmannsretten og Høyesterett, særlig da for behandlingen av anker over dommer. En del av bestemmelsene i kapittel 9 er gitt tilsvarende anvendelse i ankekapitlene – kapitlene 11 og 12. Kapittel 9 danner også, som nevnt, et mønster for kapittel 10 om småkravsprosessen, men slik at kapittel 10 generelt legger opp til en enklere og raskere behandling.

## **10. kapittel. Småkravsprosess**

Dette kapitlet gir en enklere behandlingsmåte for små krav og det som må betegnes som «middelsstore» krav. Anvendelsesområdet for reglene er gitt i § 10-1. Saksforberedelsen, jf. § 10-2 og rettsmøtet, jf. § 10-3, gjennomføres på en enklere måte enn saksforberedelsen og hovedforhandlingen etter allmennprosessen. Regler om utformingen av dommen mv. er også gjort enklere, jf. § 10-4. Det er begrenset hva som kan tilkjennes av saksomkostninger, jf. § 10-5. Regler for anke er gitt i § 10-6. Merk i denne forbindelse § 11-12(2).



## Fjerde del – Rettsmidler

### 11. kapittel. Anke til lagmannsrett

Anke er etter tvisteloven et felles rettsmiddel for det som etter tvistemålsloven var anke og kjæremål. Ankegrunnene vil variere med hva slags avgjørelse det er som er gjenstand for anke, jf. § 11-3. § 11-13 er viktig. Det kreves samtykke fra lagmannsretten hvis ankegjensstandens verdi er mindre enn 2 G. Etter § 11-13(2) kan anke over dom nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke kan føre frem. På dette punkt er det dissens, jf. mindretallets forslag til § 11-13. Når det gjelder reglene om ankeforberedelsen, vises det til at partene i visse tilfelle skal kunne inngi skriftlige fremstillinger om deler av de faktiske eller rettslige spørsmål i saken, slik at man i enkelte saker kan få en blandet muntlig og skriftlig prosess, jf. § 11-16(3) og (4). Reglene om gjennomføringen av ankeforhandlingen, jf. § 11-18, er utformet med henblikk på at denne forhandlingen kan konsentreres om det som er tatt opp i anken, og at det ikke blir en fullstendig ny behandling av saken. Det er ellers en del endringer i behandlingsreglene, selv om tvistemålslovens regler i hovedtrekk videreføres.

### 12. kapittel. Anke til Høyesterett

Kapitlet inneholder særregler for anke til Høyesterett. De regler i kapittel 11 som gis tilsvarende anvendelse, er regnet opp i § 12-3. Muligheten for direkte anke fra tingrettene til Høyesterett videreføres i § 12-2. Det er enkelte endringer i reglene her. For anke over dommer er reglene etter utkastet § 12-5 at det kreves samtykke for fremme av anken. Også i Høyesterett, og i større grad enn i lagmannsretten, skal det være mulighet for en blandet skriftlig og muntlig prosess, jf. § 12-10.

### 13. kapittel. Gjenåpning

Det er enkelte endringer i kapitlet sammenliknet med reglene i tvistemålsloven kapittel 27. Det er etter § 3-4 en noe større mulighet for gjenåpning grunnet opplysninger om faktiske forhold som var ukjent da saken ble avgjort. Fristene for å begjære gjenåpning er noe utvidet, jf. § 13-6. Gjenåpningsdomstol er for tingretten og lagmannsretten en domstol sideordnet den domstol som traff avgjørelsen, jf. § 13-1(3).

## Femte del – Gjennomgående bestemmelser

### 14. kapittel. Verdifastsettelse

I og med at tvistegjenstandens verdi normalt vil være avgjørende for om reglene for småkravsprosess skal anvendes, vil reglene i kapittel 14 få en videre anvendelse enn reglene for verdifastsettelse i tvistemålsloven kapittel 1. Et godt stykke på vei vil reglene samsvare med tvistemålslovens verdifastsettelsesregler. En viktig endring er imidlertid at retten mer intensivt skal prøve den verdiangivelse som parten oppgir, jf. § 14-2.

### 15. kapittel. Forening av krav og søksmål. Partshjelp

Felles for reglene i dette kapitlet er at de gjelder prosessituasjoner som er mer komplekse enn en sak mellom to parter om ett krav. I tillegg til regler om kumulasjon i §§ 15-1 til 15-5 gir § 15-6 regler om oppdelingen av forhandlinger og pådømmelse, § 15-7 regler om forening av saker til fellesbehandling og § 15-8 regler om partshjelp. Utvalget har funnet grunn til å skille mellom to ulike grupper partshjelp (hjelpeintervensjon) og også gi noe ulike regler for partshjelperens prosessuelle rettigheter i de to tilfellene. Adgangen til prosessvarsling foreslås opprettholdt, jf. § 15-9.

### 16. kapittel. Prosesskriv

Reglene om prosesskriv er noe forenklet i forhold til tvistemålslovens regler. En viktig endring er at prosesskrift med bilag som hovedregel skal innsendes elektronisk til retten, jf. § 16-3.

### 17. kapittel. Rettsmøter og rettsbøker

Kapittel 17 er delt i to deler. Del I gjelder selve rettsmøtet, herunder innkalling til rettsmøtet. Del II gjelder sikring av bevis for det som har foregått i rettsmøtet.

Når det gjelder rettsmøter, innebærer kapittel 17 nye regler om adgangen til å holde rettsmøter som fjernmøter. Dette vil dels kunne være møter under saksforberedelsen, men også i noen grad rettsmøter som vil utgjøre en del av avgjørelsesgrunnlaget i saken.

Det skjer en vesentlig styrking av bevissikring når det gjelder innholdet i de forklaringer som gis under hovedforhandlingen. Primært skal dette skje ved lyd eller videopptak, jf. § 17-9. Men hvis det ikke foretas lyd eller videopptak, skal det skje protokollasjon av forklaringene, jf. § 17-10.

### 18. kapittel. Offentlighet og innsynsrett

Regelutkastet kapittel 18 regulerer to spørsmål. Det ene gjelder partenes innsynsrett i sakens dokumenter og rettens avgjørelser. Den videreføres slik den i dag følger av tvistemålsloven § 135 første ledd, jf. utkastet § 18-1. For det annet reguleres allmennhetens innsynsrett i saksdokumentene og rettens avgjørelser, jf. §§ 18-2 til 18-6. Lovutkastet medfører her en vesentlig utvidelse av innsynsretten. Hovedregelen etter forslaget er offentlighet ikke bare for rettens avgjørelser, som i dag, men også for det materialet som er fremlagt for retten, som retten kan bygge sin avgjørelse på. To av utvalgets medlemmer mener innsynsretten i tillegg bør gjelde alle prosesskriv med bilag.

Hovedregelen i de foreslåtte reglene om innsynsrett for allmennheten forlater dagens utgangspunkt om at innsynsadgangen er stengt med mindre retten tillater innsyn, og der innsynsadgangen rent faktisk avhenger av et konkret dommerskjønn. Utkastets hovedregel er innsynsrett i alt det materialet retten kan bygge avgjørelsen på, med mindre det er hjemmel for å nekte innsyn. Den avveiningen som skal foretas, er i utkastet knyttet opp til lovbestemte vilkår. Hvis retten skal vurdere spørsmålet om rett til innsyn, må dommeren holde seg til den avveiningen loven gir anvisning på. Det er ikke rom for at dommeren, etter eget for godt-befinnende, foretar andre avveininger enn de loven gir anvisning på. I de situasjonene der den som har den beskyttelsesverdige interessen i at det ikke gis innsyn samtykker i det, vil det imidlertid kunne gis innsyn i større utstrekning enn det som ellers følger direkte av § 18-2, jf. §§ 18-3 og 18-4.

### 19. kapittel. Stansning

Stansning er de regler etter tvisteloven som utskyter den videre behandling av saken. Virkningene av stansning fremgår av § 19-1. Vilkårene er angitt i §§ 19-2 til 19-4. Samlet innebærer disse en noe videre adgang til stansning enn det som gjelder etter dagens regler.

### 20. kapittel. Virkninger av søksmål mv.

Kapitlet gir regler om virkninger av saksanlegg og frafall av søksmål. Dette er regler som i dag finnes i tvistemålsloven kapittel 5. De øvrige regler i kapittel 5 er, mer eller mindre med samme innhold, inntatt i andre kapitler. Utvalget har ikke funnet grunn til å foreslå noen alminnelige regler om prosessuelle rettigheter og plikter i forbindelse

med overdragelse av tvistegjenstanden, se likevel § 15-2(5) og § 15-3(2).

### 21. kapittel. Rettslige avgjørelser

Kapittel 21 inneholder gjennomgående regler om formene for rettslige avgjørelser og om deres utforming, avsigelse og virkning. Kapitlets tema svarer i det vesentlige til tvistemålsloven kapittel 12. Reglene kommer til anvendelse i alle rettsinstanser og for alle avgjørelser der ikke noe annet er bestemt i de enkelte regler. Unntak følger blant annet i reglene om dom i forliksrådet i kapittel 8 og i reglene for småkravsprosess i kapittel 10.

### 22. kapittel. Forsømmelser i rettergang

Kapitlet 22 omhandler rettsvirkningene av ulike typer prosessuelle feil eller forsømmelser fra partenes side under sakens behandling. Det er to hovedkategorier av forsømmelser som reguleres.

Mangelfulle prosesshandlinger er regulert i § 22-1. Med dette siktes det til formelle feil ved utformingen eller utføringen av en prosesshandling. Eksempler er en stevning som ikke oppfyller kravene til innhold som er fastsatt i § 9-2, eller som er inngitt på en annens vegne av noen som ikke fyller vilkårene for å være lovlig stedfortreder etter § 2-3 eller prosessfullmektig etter § 3-3. Hovedregelen er at retten skal gi adgang å rette feilen ved å fastsette en frist for dette.

Unnlatte prosesshandlinger er prosesshandlinger som foretas for sent eller helt unnlates, og er regulert i §§ 22-2 til 22-10. Det er to underkategorier. Den ene er at parten oversitter en fastsatt eller lovbestemt frist for prosesshandlingen. Den andre er at parten uteblir fra et rettsmøte hvor saken skal behandles. Enkelte forsømmelser leder til at saken avvises eller at forfallsdom kan avsies. For fallsdom svarer til uteblivelsesdom etter tvistemålsloven. I så fall kan forsømmelsen avhjelpest ved begjæring om oppfriskning. Oppfriskning er et nytt institutt som viderefører elementer både fra tvistemålslovens regler om oppfriskning i kapittel 24 og domstollovens regler om oppreisning i kapittel 8.

Utenfor rammen av kapitlet faller andre typer formelle feil selv om enkelte av disse språklig sett også kan kalles forsømmelser i rettergangen. For eksempel er virkningene av å reise sak ved en domstol som ikke er stedlig kompetent etter vernetingsreglene i kapittel 4, angitt i § 4-6, hvoretter retten skal henvise saken til rett domstol. I andre tilfeller leder manglende prosessforutsetninger til at saken avvises, uten at reglene i kapittel 22 kommer til anvendelse. Det gjelder blant annet den feil

at saksøkeren mangler søksmålskompetanse etter § 1-3, eller at saken gjelder et krav som er tvistegjenstand i en annen sak, jf. § 20-1, eller som er rettskraftig avgjort, jf. § 21-13(3).

Regelen om mangelfulle prosesshandlinger i § 22-1 gjelder på alle trinn av domstolsbehandlingen av en tvist, også for forliksrådet. De fleste av reglene om unnlatte prosesshandlinger i §§ 22-2 til 22-10 får imidlertid ikke anvendelse i forliksrådet, hvor blant annet adgangen til å avsi forfallsdom er regulert direkte i kapittel 8. Det kan ikke begjæres oppfriskning mot forsømmelser i forliksrådet etter § 8-14(4), men til gjengjeld er det ubegrenset adgang til å få dommen overprøvd ved å bringe saken inn for tingretten. Det vises spesielt til merknadene til § 8-1(3).

### 23. kapittel. Saksomkostninger

§ 23-1 angir virkeområdet for bestemmelsene. §§ 23-2 til 23-4 bestemmer i hvilke tilfeller en part, helt eller delvis, kan kreve saksomkostninger av en annen part. Regler om utmåling, omkostningsoppgave mv. er gitt i § 23-5. § 23-6 gir regler for omkostningsavgjørelse hvor det er flere parter på samme side. § 23-7 fastslår at ansvaret for saksomkostninger som hovedregel påhviler parten, med det unntak som er gitt i § 23-7(1) annet punktum. Hvor krav om erstatning for saksomkostninger unntaksvis kan gjøres gjeldende mot andre enn motparten etter regler utenfor tvisteloven kapittel 23, gir § 23-7(2) regler for i hvilke tilfeller et slikt krav kan inndras i saken. § 23-8 har alminnelige regler for saksomkostningsavgjørelser. Regler om overprøving er gitt i § 23-9. § 23-11 tilsvarende langt på vei nåværende tvistemålslov § 182. I § 23-11 A er inntatt mindretallets forslag om sikkerhetsstillelse som vilkår for anke over dom. § 23-12 om statens ansvar for partenes saksomkostninger er ny, og innebærer en prinsipielt viktig utvidelse av statens ansvar.

#### Sjette del – Bevis

### Kapitlene 24 – 31

Kapitlene 24 til 31 gir regler om bevis. Alminnelige regler om bevis er samlet i kapittel 24. De prinsipielt viktige gjennomgående bevisregler er tatt inn her. Det er regler om bevisvurderingen, herunder reglen om fri bevisvurdering, jf. § 24-2. Videre er det regler om retten og plikten til bevisføring, se §§ 24-3 og 24-5. Partenes sannhets- og opplysningsplikt vil også gjelde ut fra tvistemålslovens regler, men utvalget har funnet grunn til å ta disse reglene eksplisitt inn i tvisteloven, se § 24-4. Viktige alminnelige regler om begrensning av bevisføringen, herunder begrensning ut fra proporsjonalitet,

er tatt inn i §§ 24-7 og 24-8. §§ 24-9 til 24-13 gir regler for bevisføringsmåten.

Regler for bevisforbud og bevisfritak er tatt inn i kapittel 25. I det vesentlige innebærer disse reglene en videreføring av gjeldende rett, likevel slik at utvalget har funnet grunn til å lovfeste enkelte regler som i dag bare følger av praksis. Det er også den endring at i tvistemålsloven er disse reglene stort sett tatt inn i vitnekapitlet og gitt tilsvarende anvendelse for andre bevisføringsmåter. Det er etter utvalgets mening en uheldig lovteknikk. De bør tas inn i et kapittel med generelle regler.

Kapittel 26 regulerer parters møte- og forklaringsplikt, og kapittel 27 gir regler for vitnebevis. Stort sett er gjeldende rett videreført.

Dagens regler for sakkyndigbevis videreføres langt på vei, se kapittel 28. Det gjøres langt på vei også med reglene om realbevis, herunder dokumentbevis, se kapittel 29. Det er imidlertid grunn til å fremheve at det er åpnet for å lempe på kravene om spesifikasjon av bevis som kreves fremlagt i tilfeller der en nøyaktig spesifisering ikke er mulig.

Regler om bevisopptak er gitt i kapittel 30. Langt på vei vil dagens regler bli videreført, men utformingen og oppbyggingen av reglene er til dels en annen. Regler om bevissikring utenfor rettssak er gitt i kapittel 31. Muligheten for bevissikring er noe utvidet i forhold til den adgang tvistemålsloven gir til dette.

#### Syvende del – særlige prosessformer

### 32. kapittel. Gruppesøksmål

Kapitlet gir regler for gruppeprosess. Det angir i § 32-2 vilkårene for gruppesøksmål. I §§ 32-3 og 32-4 er det bestemmelser om begjæring om gruppesøksmål og avgjørelse av slik begjæring. § 32-5 gir regler om varsel av gruppesøksmål og om grupperegistre. § 32-6 og § 32-7 beskriver og setter vilkår for hvordan man kan bli omfattet av et gruppesøksmål for de to hovedkategorier som er aktuelle – gruppesøksmål som krever registrering og gruppesøksmål som ikke krever registrering. Det gis regel om uttreden i § 32-8. Rettigheter og plikter og virkninger av avgjørelser mv. er regulert i §§ 32-9 til 32-11. En særregel for saksomkostninger er gitt i § 32-12. Prosessfullmektigens og grupperepresentantens krav på godtgjørelse og utgiftsdekning er regulert i § 32-13. § 32-14 gir regler for gruppemedlemmers økonomiske ansvar.

### 33. kapittel. Saker om administrative tvangsvedtak

Dette regelsettet tilsvarende tvistemålsloven kapit-

tel 33, men slik at det på enkelte punkter er endringer. Som eksempler på endringer kan nevnes § 33-1(3) om at ny rettslig prøving bare kan skje etter at saken på nytt er behandlet administrativt og § 33-9 om foregripet virkning mv.

*Åttende del – Endringer i andre lover*

### **34. kapittel. Endringer i andre lover**

I kapittel 34 foreslås en rekke endringer i andre

lover, som i det vesentlige vil være konsekvenser av avvikende regler i tvisteloven sammenliknet med tvistemålsloven.

### **3.4 Innstillingens del IV Draft statute and summary in English**

---

I del IV.1 og 2 er henholdsvis lovutkastet sammen-  
draget tatt inn i engelsk oversettelse.

*Del II*  
*Generelle drøftelser*



## Kapittel 1

# Reformbehovet i sivilprosessen

Utvalgets innstilling er samlet sett drøftelser av reformbehov i sivilprosessen og hvordan reformbehov skal hensyntas i tvisteloven. Det gjelder både de mer grunnleggende drøftelser i II og drøftelsene i tilknytning til de enkelte kapitler og paragrafer i lovutkastet i III. I dette kapitlet om Reformbehov i sivilprosessen peker utvalget mer konsentrert på en del reformbehov som er viktige. Disse reformbehov vil være nærmere begrunnet og drøftet i den sammenheng de tematisk hører hjemme. Utvalget tilføyer at det i II.3 drøfter grunnleggende føringer for sivilprosessloven. Her pekes det også på konsekvenser disse føringene får for reglene som bør gis, og derved også på reformbehov som foreligger. Reformbehovet vil videre være reflektert i gjennomgangen av hovedelementene i behandlingsreglene for de enkelte instanser i II.9.

Tvistemålsloven er datert 13. august 1915. Arbeidet med denne loven ble satt i gang ved opprettelsen av Civilprosesslovkommissionen ved kgl. res. 3. januar 1891. En ny prosesslov for sivile saker ble den gang sett på som en selvfølgelig fortsettelse av moderniseringsarbeidet av prosessen, som til da først og fremst hadde resultert i vedtakelsen av straffeprosessloven av 1887, se Ot.Prp. nr. 1 (1910) side 3-5. Utarbeidelsen av tvistemålsloven inngikk for øvrig som ledd i et større lovarbeid, som også resulterte bl.a. i domstolloven og tvangfullbyrdsloven – også det ved lover datert 13. august 1915.

Arbeidet med tvistemålsloven var meget tidkrevende. Det gikk mer enn 24 år fra Civilprosesslovkommissionen ble nedsatt til loven ble vedtatt. Loven var, slik den ble vedtatt, naturlig nok preget av samfunnsoppfatning og tenkning fra det siste tiår av 1800-tallet og de aller første år av 1900-tallet. De mer grunnleggende elementer i loven kom stort sett inn ved Getz' utredninger og gjennom utkastet fra kommisjonen.

Allerede det forhold at tvistemålsloven er grunnlagt på et lovarbeid som i hovedtrekk er 100 år eller mer, gjør at man i høy grad må stille spørsmålet om samfunnet ved begynnelsen av det 21. århundre er tjent med en sentral prosesslov som er preget av tanker og erfaringer fra før og omkring det forrige århundreskiftet. Andre store prosesslover har vært skiftet ut med nye. Det gjelder straffeprosessloven

av 1887, som nå er erstattet av straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25, som for øvrig igjen er vesentlig endret ved lov av 11. juni 1993 nr. 80. Tvangfullbyrdsloven av 1915 er erstattet av tvangfullbyrdsloven av 26. juni 1992 nr. 86. De store prosesslovene som ikke er erstattet av nye, er domstolloven og tvistemålsloven. Selv om domstolloven utvilsomt kunne fortjene en gjennomgang og en modernisering i form av en ny lov, er likevel dette i atskillig utstrekning en mer «teknisk» lov, og også en lov med mer tematisk klart atskilte og ulike deler, slik at oppdateringsbehovet iallfall lettere enn for tvistemålsloven kan gjennomføres ved kapittelvis revisjoner og ved enkeltendringer.

Når det gjelder tvistemålsloven, er forholdet at det har vært uttallige lovendringer siden vedtakelsen i 1915. Disse endringene har generelt sett vært helt nødvendige for at loven i dag i det hele er et anvendelig redskap ved behandlingen av sivile rettstvister. Men de har ofte vært preget av delspørsmål og av fokus på enkeltproblemstillinger. De mer grunnleggende elementer i prosessen har, med få unntak, ligget fast, uten at disse har vært undergitt noen form for vurdering. Endringene i det norske samfunn fra slutten av 1800-tallet og til i dag er enorme. Det er til dels helt andre typer rettslige tvister det er behov for å få løst, mengden saker er økt vesentlig og partsforholdene i tvistene er ofte også helt andre. At de grunnleggende hensyn som ved forrige århundreskifte med tyngde talte for de behandlingsregler som preger tvistemålsloven, i dag skal gjøre seg gjeldende akkurat på samme måte og tilsi de samme grunnleggende regler, kan ikke tas for gitt. Som utvalget kommer tilbake til, har de ikke alltid den samme tyngde, og de må suppleres med andre vesentlige hensyn, som proporsjonalitet og kostnads- og tidseffektivitet.

Også om vi retter blikket ut over landets grenser, blir det nokså selvfølgelig at en lov som i det grunnleggende hviler på 100 år gammel tenkning og samfunnsforhold, kan trenge en erstatning i en ny lov, som hensyntar ny tenkning og de sterkt endrede samfunnsforholdene. Sivil tvisteløsning har i mange land vært preget av kostbar og sen behandling, og av at betydelig samfunnsgrupper faktisk har vært utelukket fra tilgang til domstolssyste-

met på grunn av de omkostninger det medfører å føre sivile rettstvister. Dette har man i noen land søkt å endre på ved gjennomgripende prosessreformer. Også hos oss er kostnadene ved å føre en sivil rettssak meget betydelige, og behandlingstiden har vært vesentlig for lang ved mange domstoler. Det er en selvfølge at også vi ser om vi kan gjøre noe med dette bl.a. gjennom behandlingsreglene, og i denne sammenheng ser på de reformer og de erfaringer som er gjort i andre land.

Ved utarbeidelsen av tvisteloven må reformbehovet og utformingen av reglene skje i lys av de funksjoner og oppgaver loven og domstolene skal ha i sivil tvisteløsning. Disse oppgaver og funksjoner kan, som det er redegjort for under II.3.1, se også II.8.1, grupperes i to. Domstolene skal løse rettstvister for de enkelte involverte, og derved fremme rettssikkerhet for partene i tvisten. Dette er det individuelle perspektivet. Dernest har tvisteløsningen en samfunnsmessig funksjon og oppgave. Den skal sikre at den materielle retten slår gjennom, at den respekteres og virker handlingsdirigerende. Som utvalget straks kommer til nedenfor, gir disse to hovedoppgaver og funksjoner meget viktige føringer, dels for regler av betydning for den praktiske tilgangen til domstolsapparatet og dels for valg og utforming av reglene for behandlingen av de tvister som er brakt inn for domstolene.

Twistemålsloven ble vedtatt mange tiår før vedtakelsen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). At motivene til tvistemålsloven slik den ble vedtatt er tause for så vidt gjelder rettigheter i prosessen som måtte følge av menneskerettskonvensjonene, sier seg selv. Men også for straffeprosessen og straffeprosessloven av 1981, er forholdet at menneskerettslige føringer for reglene i praksis ikke er drøftet. At den tenkning omkring forsvarlig og rettferdig behandling som ligger bak reglene i EMK, i atskillig grad har vært fremme i vurderingene, er en annen sak. Det er for øvrig tilfellet også for tvistemålsloven. De sentrale menneskerettskonvensjonene gjelder i dag som norsk lov, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lov, se menneskerettsloven §§ 2 og 3. Også før vedtakelsen av menneskerettsloven fikk særlig EMK, først og fremst gjennom Høyesteretts praksis i 1980- og 1990-årene, stor betydning for praktiseringen av prosessreglene, særlig da av straffeprosessloven.

For utvalget står det som helt sentralt at de ulike sider ved prosessen må vurderes med henblikk på at de menneskerettskonvensjoner Norge er bundet av, skal respekteres og få gjennomslag i tvisteloven. Noen slik vurdering har tvistemåls-

loven, med unntak for noen få nyere regler, som påpekt ikke vært undergitt. Allerede dette tilsier at det foreligger et vesentlig behov for en total oppdatering og gjennomgang av sivilprosessreglene. Nå vil riktignok, som påpekt, de viktigste konvensjonene gjelde som lov uansett, og reglene vil ha forrang i forhold til eventuelle avvikende regler i tvisteloven. Men det er etter utvalgets mening ikke noe argument mot å søke å sikre at rettighetene, først og fremst etter EMK, også er reflektert og ivarettatt gjennom tvisteloven. Det vil i seg selv kunne synliggjøre og skape bevissthet om disse rettighetene. På en rekke områder vil menneskerettskonvensjonene, særlig EMK, få betydning for utformingen av loven. Det vil bl.a. kunne gjelde valg mellom muntlig og skriftlig behandling, rett til bevisføring og adgang til å kreve at saksøker stiller sikkerhet for mulig omkostningsansvar, for å nevne tre av mange mulige eksempler. Utvalget drøfter under II.4, og også på en del steder ellers i utredningen, de føringer menneskerettskonvensjonene får for sivilprosessloven.

Men det er også andre internasjonale føringer for sivilprosessreglene. Det gjelder bl.a. EØS-regler. Her vil det kunne være krav til prosessuell likebehandling, som f.eks. vil kunne få betydning for retten til å kreve sikkerhet av utenlandsk saksøker. Domskonvensjonene, f.eks. Luganokonvensjonen, kan tilsa at de interne vernetingsregler iallfall delvis utformes i harmoni med disse, for å ta et annet eksempel. Også slik annen internasjonal innflytelse ved utformingen av sivilprosessloven er drøftet nærmere under II.4.

Et annet aspekt ved internasjonal påvirkning ved utformingen av prosessreglene, er den forsiktede tilnærming man nå aner mellom prosesssystemene i ulike land, se II.4.6.3 og II.4.6.5 I den grad man hos oss finner behandlingsregler i sivilprosessen som er ukjent i de fleste andre land, vil det være grunn til å stoppe opp og stille spørsmål ved grunnlaget for bestemmelsen. I seg selv vil det være et hensyn av vekt at prosessen i hovedtrekk er gjenkjennelig og forståelig også for parter fra andre land. I stigende grad behandler domstolene tvister som skriver seg fra grenseoverskridende virksomhet, og som involverer også parter som ikke er hjemmehørende i Norge.

Reformbehovet i forhold til tvistemålslovens regler og utformingen av tvisteloven må, som påpekt, ses i lys av de funksjoner og oppgaver loven og domstolene skal ha i sivil tvisteløsning. Som utvalget straks kommer til, vil det her være sentralt at partene i rimelig og nødvendig grad har adgang til domstolene. Men det at det er viktig at



partene har tilgang til domstolsapparatet for tvister som ikke løses i minnelighet, er imidlertid ikke ensbetydende med at det ikke også er av stor betydning at loven søker å legge til rette for minnelige løsninger. Tvistemålsloven regulerer i veldig liten grad prosessuelle rettigheter og plikter for partene før sak er reist. Etter utvalgets mening er det en mangel ved loven, som bør rettes opp i tvisteloven. Utvalget mener det bør gis regler som legger opp til en klarlegging av tvisten og grunnlaget for krav, samt regler om mekling, før sak reises, se II.6 og utkastets kapittel 6. Slike regler vil gi partene et bedre grunnlag for å kunne løse saken i minnelighet uten domstolens mellomkomst. De vil for øvrig også kunne bidra til en raskere og mer konsentrert behandling av saken om tvisten likevel kommer for domstolene.

I forlengelsen av de regler som skal gi grunnlag for en løsning av tvisten utenfor domstolene, er det også naturlig å peke på behovet for alternative tvisteløsningsmåter til løsning ved dom. Det har vært en vanlig tankegang hos oss at en tvist som bringes inn for domstolene, skal avgjøres ved dom. Riktignok har retten etter tvistemålsloven § 99 en generell hjemmel for å mekle mellom partene, men et forlik eller et rettsforlik har av mange likevel ikke blitt oppfattet som en regulær måte å løse tvister på, når tvisten først er brakt inn for domstolene – da med unntak for saker for forlikrådet. Her har det imidlertid skjedd en endring i tenkning og holdning. Det har bl.a. sin bakgrunn i det som i anglo-amerikanske land er kalt ADR, alternative dispute resolution – alternative tvisteløsningsmetoder. For å spare kostnader og tid for partene, og også for å få til mer hensiktsmessige løsninger enn det som kan oppnås ved løsning gjennom dom, skal domstolene søke å legge til rette for at tvister kan løses i minnelighet. Dels skjer dette ved en mer dyptgående og grundig meklingsprosess eller ved andre ADR-teknikker, se II.7.5. I tvistemålsloven er slik ADR kommet inn ved forsøksordningen med rettsmekling som det ble åpnet for ved lovendring ved lov av 6. september 1996 nr. 64. For utvalget står det som klart at rettsmekling må gjøres til et permanent innslag i vår sivilprosess, og at den permanente ordning på enkelte punkter bør avvike fra forsøksordningen. Det vises til drøftelsen under II.7. og til utkastets kapittel 7.

For de mer fundamentale regler omkring rettens forhold til partenes prosesshandlinger, ser utvalget ikke behov for store endringer. Utvalget mener imidlertid at det er behov for å styrke partenes rett til å uttale seg om avgjørelsesgrunnlaget, både det faktiske og det rettslige. Etter § 5-1 (3) kan retten ikke legge til grunn faktiske forhold eller en

rettsanvendelse partene ikke har hatt anledning til å uttale seg om. Først og fremst for rettsanvendelsen innebærer dette en reell styrking av partenes prosessuelle rettigheter. Det vises til bemerkningene til bestemmelsen.

Sentralt i forhold til de oppgaver og funksjoner tvisteloven og domstolene skal ha, både sett fra det nevnte individualistiske synspunkt, partenes behov for å få løst sin tvist, og fra det samfunnsmessige synspunkt, behovet for å få gjennomslag for og etterlevelse av de materielle rettsregler, er det at domstolene er tilgjengelige for partene. Partene må ha «access to justice». De regler vi i dag har om søksmålsadgang, synes i det vesentlige å være tilfredsstillende.

Det som imidlertid ikke er tilfredsstillende, er den faktiske adgang til rettsapparatet. De rettsvisiter de fleste «vanlige mennesker» kan komme opp i, vil gjerne være tvister som i verdi kan gå opp i noen titusener kroner. Men på grunn av omkostningene ved å føre en sak for domstolene, herunder prosessrisikoen for motpartens omkostninger, vil mange være avskåret fra å reise sak om en slik tvist. Det kan være greit nok hvis kravet er ugrunnet, og det vil også være greit hvis partene i stedet finner frem til en rimelig ordning på tvisten uten domstolens mellomkomst. Men det som utvilsomt er en vesentlig omkostning, både individuelt og samfunnsmessig, er at reelt begrunnede krav som for mange er betydelige også økonomisk, ikke kan fremmes for domstolene.

Tvistemålsutvalget har innhentet noe materiale om sakssammensetningen for å se i hvilken grad «vanlige» krav bringes inn for domstolene. Data-innsamlingen har vært begrenset til noen få domstoler i en avgrenset periode, og kan derfor ikke gi grunnlag for entydige eller sikre konklusjoner. Det er også grunn til å tro at det gjør seg gjeldende lokale variasjoner, bl.a. knyttet til i hvilken grad domstolene oppfattes som adekvate tvisteløsningsorganer for slike krav. Enkelte domstoler – særlig i de store byene – vil dessuten naturlig ha et større tilfang av store saker.

Ut fra det innsamlede materialet kan det anslås at ca. 1/3 av sakene som gjelder formuesverdier, gjelder verdier inntil kr 100 000. Omtrent halvparten av disse, dvs. ca 1/6 av det totale antallet saker om formuesverdier, gjelder verdier inntil kr 50 000. Andelen saker under grensen for obligatorisk forenklet rettergang etter tvistemålsloven § 322 fjerde ledd – kr 20 000 – er vanskelig å anslå, men er uansett meget liten.

Etter utvalgets mening er det viktig å åpne adgangen til domstolsbehandling også for krav som er mer vanlige. Det er uakseptabelt å si at disse

får avgjøres med endelig virkning i forlikrådet. Det er en behandling som blir for svak ved reelle tvister hvor løsningen ikke er åpenbar. Men som påpekt – det er ikke den rettslige adgangen til å reise sak som det er noe i veien med. Det er den faktiske søksmålsadgangen, forårsaket av omkostninger og omkostningsrisiko, som er stengt. Dette tilsier at skal man få til en endring, må det gjøres noe vesentlig med omkostningene ved behandlingen, og omkostningsrisikoen må minskes og gjøres forutsigbar. Løsningen her er etter utvalgets mening en småkravsprosess med en sterkt konsentrert behandling og med en begrensning av de omkostninger som kan kreves. Grensen for småkravsprosessen oppad, må gjøres relativt høy. Ellers vil vi lett få den situasjon at krav for eksempel opp til kr 50 000 – 60 000 kan fremmes for de ordinære domstoler, mens det ikke er mulig å fremme krav på noen titusener mer. En realistisk grense oppad for småkravsprosessen, for å sikre domstolsadgang for de krav som bare kan bære omkostningene ved en noe forenklet behandling, vil være 2 G (folketrygdens grunnbeløp), altså omtrent kr 100 000. For de prinsipielle spørsmål vedrørende småkravsprosessen, vises til II.11.

Betydningen av å gi økt mulighet til domstolsbehandling ved å innføre en småkravsprosess, illustrerer en generell svakhet ved tvistemålsloven. Behandlingen savner i betydelig grad proporsjonalitet. Det blir lett et misforhold mellom behandlingen og omkostningene ved den og betydningen av tvisten. Den prinsipielt viktige og økonomisk betydningsfulle tvist behandles på samme måte og med samme utgifter som en ordinær tvist uten prinsipielle implikasjoner og uten spesielt stor økonomisk betydning. Hensynet til proporsjonal behandling må i tvisteloven få et helt annet gjennomslag enn det har hatt i tvistemålsloven. Det må i langt større grad enn nå kunne tillegges vekt bl.a. for adgangen til bevisføring, herunder for muligheten til å føre sakkyndige, for bredden i partenes saksopplegg og for adgangen til overprøving. Om proporsjonalitetshensynet vises nærmere til II.3.5.

Men proporsjonalitetshensynet har ikke bare betydning ved at behandlingen skjæres til slik at den tilpasses det tvisten kan bære. Noen saker har stor betydning, enten prinsipielt, økonomisk eller begge deler, samtidig som den reiser kompliserte faktiske eller rettslige spørsmål. Her vil det kunne bli behov for en styrket behandling av saken. Tvisteloven bør gi mulighet for det ut over den fleksibilitet som ligger i tvistemålslovens regler. Utvalget mener at det, nettopp for mer kompliserte og viktige tvister, bør åpnes for en viss adgang til å kombinere skriftlig og muntlig behandling. Det vil

kunne medvirke til et sikrere avgjørelsesgrunnlag i særlig betydningsfulle saker. Det vises til II.9.6.

Hensynet til proporsjonalitet i behandlingen illustrerer også på en annen viktig måte at den behandling som følger av tvistemålsloven, kan være for enkel og svak. Forlikrådet har i dag en meget vid domskompetanse også i reelle tvistesaker. Forlikrådet, som rent lekmannsorgan, er gitt domskompetanse selv i juridisk og faktisk kompliserte tvister som er viktige for partene. Dom kan avsies etter en meget enkel behandling, og uten at det er krav til samtykke fra begge parter for å avsi dom. Her er det behov for endringer, slik at en småkravsprosess for tingretten i tvistesaker i mange tilfeller trer i stedet for en behandling i forlikrådet. Det vises til II.10 og II.11.2.

Det er viktig at prosessen konsentreres om det som er omtvistet og som er vesentlig for løsningen av tvisten. Samtidig er det viktig at det skjer en konsentrasjon i tid av behandlingen, se II.3.6 og II.9.4. Avviklingen av sakene tar fremdeles for lang tid ved mange domstoler. Selv om konsentrasjon av sakene på langt nær bare er et spørsmål om regler, vil likevel hensiktsmessige bestemmelser her kunne legge til rette for konsentrasjon i langt større grad enn hva tvistemålslovens regler har lagt opp til. Sivilprosessloven må utformes slik at dette blir mulig. Viktige regler er nevnt under II.9.4 og det vises til disse. Avgjørende i denne sammenheng vil være rettens aktive saksstyring, som utvalget ser som det helt sentrale og nødvendige element i tvisteloven for å kunne oppnå en konsentrert og proporsjonal prosess. Nærmere om hensynene her og om reglene om aktiv saksstyring, se II.3.7 og II.9.2.

Det tilføyes at behovet for å legge større vekt i tvisteloven på proporsjonalitet og konsentrasjon, selvfølgelig ikke bare er begrunnet ut fra hensynet til partene. Saksavviklingen generelt lider ved at saker behandles uten et rimelig forhold til betydningen av tvisten og med mangel på konsentrasjon også i tid. Totalt sett medfører dette en unødig belastning på domstolsressursene, som nødvendigvis vil være begrenset.

Foran er pekt på at de viktige hensynene til proporsjonalitet og konsentrasjon ikke er tilstrekkelig ivarettatt i tvistemålsloven, og at det her er et klart reformbehov. Men konsentrasjon og proporsjonalitet er selvfølgelig ikke de eneste tungtveiende hensyn i prosessen. Helt sentralt vil være hensynet til å oppnå materielt riktige resultater. Det behøver ikke være noen konflikt mellom dette hensynet og hensynet til konsentrasjon og proporsjonalitet. Men det kan være det, og det må da skje en avveining hvor hensynet til grundig behand-

ling ikke alltid kan slå gjennom som det viktigste. Rettslig prøving av småkrav illustrerer dette. Tvistemålslovens regler legger opp til en svært grundig behandling også av småkrav hvis disse først kommer for domstolene. Problemet er at slike krav ikke kan rettferdiggjøre en meget grundig og kostbar behandling. Det blir for dyrt. Konsekvensen er at småkrav ikke kommer for de ordinære domstoler i mange tilfeller hvor det er behov for domstolsbehandling. Det igjen viser at valget av prosess for småkrav ikke er mellom en grundig og rettssikker behandling på den ene siden og en noe mer konsentrert og enkel behandling på den annen side. Valget står i virkeligheten mellom en mer konsentrert og enkel behandling og ingen behandling overhodet. Det er bl.a. dette som tilsier at hensynet til grundig og sikker behandling må avveies mot hensyn som muliggjør at tvisten kan fremmes for domstolsbehandling. Dette er også kommet til uttrykk i lovens formålsbestemmelse. Det vises til § 1-1 og kommentarene til denne bestemmelsen.

Konsentrasjon av sakene, både slik at de konsentreres om det omtvistete, tvilsomme og det sentrale, og slik at det skjer konsentrasjon i behandlingstid, forutsetter en annen behandling fra retts side. En nøkkel til en adekvat behandling er aktiv saksstyring, se II.3.7 og II.9.2. Aktiv saksstyring er, som påpekt, et helt sentralt, ja kanskje det viktigste ledd i den endring av sivilprosessen som utvalget legger opp til. På dette punkt er det et fundamentalt reformbehov til stede. Det må gis regler om plikt for domstolene til saksstyring, og retten må gis de nødvendige styringsredskaper gjennom prosessreglene for å gripe inn i behandlingen ved frister, bestemmelser om konsentrasjon mv.

I tilknytning til den aktive saksstyring, er det naturlig å nevne også den veiledningsplikt retten har overfor partene, både om saksbehandlingen og i tilknytning til de krav saken gjelder. Utvalget ser ikke det store behov for endringer her, slik rettens veiledning stort sett utøves i praksis. Det som det imidlertid kan være et behov for, er en klargjøring gjennom lovregler og en bevisstgjøring både overfor domstoler og parter om plikter og rettigheter her. Regler om veiledning er gitt i utkastet § 5-4. Det vises til bestemmelsen og bemerkningene til denne.

I den reform som ledet frem til tvistemålsloven, sto behovet for å komme bort fra en prosess som var preget av sen behandling og en uheldig distanse mellom parter og domstoler, helt sentralt. Behandlingen var ikke god, og tilliten til domstolene var svakere enn den burde være. Dette ville man endre. Muntlighet og bevisumiddelbarhet ble

sett på som sentrale virkemidler. Muntlig hovedforhandling og ankeforhandling med umiddelbar bevisføring ble innført som behandlingsmåte og avgjørelsesgrunnlag for tvistegjenstanden. For en del avgjørelser, spesielt prosessledende avgjørelser, men også enkelte andre avgjørelser som reelt sett kunne avgjøre tvisten, skulle behandlingen fortsatt være skriftlig, og da med middelbar bevisføring. I begge tilfeller var reglene gjerne absolutte, uten mulighet for unntak, også hvor hensiktsmessig eller forsvarlig behandling tilsa en annen behandling. Langt på vei var de firkantete og absolutte regler begrunnet i en frykt for at hvis det ble gitt en åpning for unntaksvis å anvende skriftlighet, og derved også middelbar bevisføring, hvor behandlingen normalt skulle være muntlig og umiddelbar, kunne det lede til at dommere og advokater presset denne muligheten alt for langt. Skriftlighet og middelbarhet i prosessen var dommere og advokater vant til og fortrolig med. Muntlighet og umiddelbarhet var derimot nytt og stilte endrete krav både til dommere og advokater.

Utvalget viderefører i det vesentlige dagens regler om muntlighet og umiddelbarhet. Begge deler er viktige for en hensiktsmessig og forsvarlig behandling. Men utvalget understreker at valget mellom skriftlig og muntlig behandling, eventuelt en blanding av muntlighet og skriftlighet, må skje i lys av de fundamentale hensyn i prosessen som er fremhevet i formålsparagrafen i § 1-1. Med vår muntlige tradisjon og tradisjon for bevisumiddelbarhet, er det i dag ikke noen risiko for at innslag av skriftlighet vil føre til at prosessen som helhet «sklir tilbake» til en rent skriftlig prosessform. Utvalget ser det slik at det i enkelte situasjoner bør åpnes for et begrenset innslag av skriftlige utredninger i en ellers muntlig prosess, og at det også åpnes noe mer for muntlighet og bevisumiddelbarhet der behandlingen til nå har vært skriftlig og middelbar, se bl.a. II.3.10 og II.9.6.

Utfallet av en sak bør, og vil forhåpentligvis i de fleste tilfeller, bli bestemt ut fra et korrekt faktum og en korrekt rettsanvendelse. Det er, med reservasjon for saker som ikke er undergitt fri rådighet, partenes plikt å belyse saksforholdet og føre de nødvendige bevis for å få klarlagt dette. Så lenge partene har innsikt i saksforholdet og om nødvendig har juridisk bistand, vil de oftest få frem det sentrale i saken. I noen grad vil også veiledning fra retten kunne bidra til dette. I en del saker vil det kunne være nødvendig med sakkyndig bevisføring, enten gjennom rettsoppnevnte sakkyndige, eller ved sakkyndige vitner. Særlig i saker hvor det er behov for omfattende sakkyndig bevisføring, vil det kunne oppstå en prosessuell ulikhet mellom

parter med store økonomiske ressurser å sette inn i prosessen og parter med mer begrensede ressurser. Det må klart være et mål for prosessreglene at konsekvenser av slik ulikhet i prosessuell styrke forsøkes utjevnet, se II.3.13. Dette er en problemstilling som har hatt lite gjennomslag i tvistemålsloven, men som må hensyntas i tvisteloven. Regelen om proporsjonalitet i bevisføringen, jf. § 24-8, vil i visse typer saker kunne sikre nødvendig utjevning. Men i særlig tunge saker vil en slik regel ikke være tilstrekkelig. Etter utvalgets mening er det bl.a. behov for at retten kan oppnevne sakkynndige, og da på det offentliges bekostning, for å sikre en prosessuell utjevning i saker der ressurssterke parter setter inn meget store ressurser nettopp i sakkyndigsspørsmål.

I forbindelse med hensynet til proporsjonalitet i prosessen, pekte utvalget på at det er til dels meget kostbart å før en sivil sak. Et viktig hensyn ved utformingen av prosessreglene vil selvsagt være å få ned omkostningene. Kostnadseffektivitet og hensynet til en rimelig prosess står i det hele sentralt i sivilprosessen, se utkastet § 1-1. Men kostnadsnivået – hensynet til at det skal holdes nede – må også komme inn ved utformingen av saksomkostningsreglene. Reglene om begrensninger i omfanget av de saksomkostninger som kan tilkjennes for forliksrådet, jf. § 8-13, og i småkravsprosessen for tingretten, jf. § 10-5, er viktige i denne sammenheng. Men det er også i noen grad behov for mer generelt å søke å holde kostnadsnivået nede ved omkostningsfastsettelse, se II.20.7.

Tvistemålsloven er i stor grad utformet med henblikk på tvister med to, eller iallfall få parter. Rettstvister i et moderne samfunn har imidlertid ofte mer kompliserte og sammensatte partsforhold. I mange tilfeller vil det være langt flere enn to parter som er berørt sentralt av det som blir en rettsvist, også om det formelt bare er to parter i tvisten. I situasjoner hvor det er mange som er berørt, vil søksmålsbehovet ofte kunne ivaretas av en organisasjon som står for de interesser som påstås krenket. Vår rett anerkjente tidlig, gjennom en smidig forståelse av tvistemålsloven § 54, representative søksmål fra organisasjoners side. Begrensningen etter denne bestemmelsen ligger først og fremst i at organisasjoner som saksøkere ikke kan få dom for krav som tilkommer enkeltmedlemmer i organisasjonen, f.eks. krav på kompensasjon for lidet tap. Noe behov for en slik søksmålsadgang vil det for øvrig neppe være, hvis søksmålsterskelen for den enkelte med krav på kompensasjon ikke blir for stor. Her vil gruppeprosess kunne ivareta deler av det søksmålsbehov som foreligger, jf. nedenfor.

Den adgang til representative søksmål som er

utviklet gjennom tvistemålsloven § 54, er etter utvalgets mening god og hensiktsmessig, og den bør klarlegges og lovfestes i sivilprosessloven. Men det er som antydnet også behov for kollektive søksmål ut over dette. Etter utvalgets mening bør det åpnes for en adgang til såkalte gruppesøksmål, først og fremst for søksmål der søksmålsterskelen blir for høy om de vanlige regler om kumulasjon (forening av søksmål fra flere parter) skulle brukes, eller der det er behov for en sterkere konsentrasjon av prosessførselen på vegne av den aktuelle gruppe enn det som er praktisk å få til gjennom de vanlige kumulasjonsreglene. Utvalget viser til drøftelsene under II.17.

Sider ved bevisføringen er berørt ovenfor, jf. bemerkningene om bevisumiddelbarhet. Når det gjelder bevisføringen generelt, er det behov for en rekke endringer i forhold til tvistemålslovens regler. Her skal utvalget bare trekke frem noen få punkter. For det første kan det nevnes en mer formell side. Regler som gjelder for bevisføring i sin alminnelighet, bør tas inn i ett eller flere kapitler med alminnelige regler og ikke, som det til dels er gjort i dag, i tilknytning til ett av flere bevismidler, reglene om vitnebevis. Det må synliggjøres at reglene gjelder generelt. Et annet viktig behov for endring er nevnt i proporsjonalitetsregelen. I videre grad enn i dag må det gis adgang til å slå ned på og beskjære en bevisføring som ikke står i rimelig forhold til det tvisten gjelder. Det absolutte forbud mot såkalte utenrettslige erklæringer bør mykes opp, forutsatt at partene gis anledning til å avhøre for retten den som har gitt den skriftlige redegjørelsen. Videre nevnes at som motstykke til at den geografiske begrensning i vitneplikten faller bort, bør det gis en relativt vid adgang til å avhøre ved fjernavhør parter og vitner. Fjernavhør bør også regulært foretrekkes hvor alternativet er bevisopptak og dokumentasjon av bevisopptaket for den dømmende rett. Det kan videre nevnes at reglene for å få fremlagt og få innsyn i dokumenter bør mykes opp noe, slik at bl.a. kravet til såkalt individualisering gjøres noe mindre strengt. Et for strengt krav her vil kunne legge opp til at partene holder tilbake bevis det er viktig å få frem i saken, se bl.a. II.16.6.4.

I tilknytning til det som nettopp er nevnt om fjernavhør, kan det legges til at sivilprosessen i langt større grad må tilpasses og nyttiggjøre seg de muligheter som ligger i moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT). Dette er nærmere drøftet i II.23. Her er det grunn til å nevne de muligheter teknologien gir for å holde fjernmøter. Fjernmøter vil være helt sentralt i rettens aktive saksstyring, se her særlig § 9-4(3). Videre

kan nevnes at et noe større innslag av skriftlighet i prosessen, reiser spørsmål om innsyn i dette materialet fra offentlighetens side. Elektronisk lagring av materialet vil kunne gi et faktisk og praktisk grunnlag for slikt innsyn.

Det fremmes en del åpenbart håpløse krav for domstolene, og berettigete krav bestrides i en del tilfeller på åpenbart uholdbare grunnlag. Det kan være et behov for å få pådømt slike tilfeller etter en forenklet behandling, slik det i mange land er gitt mulighet for. Utvalget foreslår regler om dette – pådømmelse etter forenklet domsbehandling, se II.3.17.

Saksomkostningsreglene er så vidt nevnt i forbindelse med behovet for å gjøre noe med omkostningsnivået i sivilprosessen. For saksomkostningsreglene er det et vesentlig reformbehov, bl.a. fordi reglene er kompliserte og prosesskapende. Behovet for enkle regler som gir forutsigbarhet og sikre løsninger, vil imidlertid kunne komme i konflikt med hensynet til å kunne legge vekt på konkrete forhold i den enkelte sak, som det vil være rimelig å la få betydning i omkostningsfastsettelsen. Saksomkostningsreglene vil derfor etter utvalgets mening fortsatt måtte utformes som et kompromiss mellom ulike tungtveiende hensyn, med en viss kompleksitet som konsekvens, selv om man bør kunne oppnå en forenkling i forhold til dagens regler. Det vises til drøftelsen under II.20.

En rekke av de reformbehov som er påpekt ovenfor, vil gjelde fullt ut både for behandlingen i første instans og for behandlingen ved overprøving. Men det er også særlige endringsbehov for

prosessen ved overprøving. Utvalget mener for det første at systemet for overprøving bør endres ved at det gis ett felles rettsmiddel for det som i dag er anke og kjæremål – og da kalt anke. Ved overprøvingsreglene må det få betydning at behandlingen i tingretten er styrket. Videre må proporsjonalitets-hensynet få langt større vekt med hensyn til hvilke krav som skal tillates overprøvd. Det er behov for en meget betydelig heving av ankesumsgrensen og for en innføring av et system der lagmannsretten kan nekte fremmet en anke lagmannsretten finner det klart at ikke kan føre frem, alternativt at ankemotparten i slike tilfeller kan kreve at den ankende part stiller sikkerhet for mulig omkostningsansvar. Ankereglene må legge opp til at ankeprøvingen blir en overprøving av den avgjørelse som er anket, og ikke en helt ny behandling av saken. For ankebehandlingen vil det etter utvalgets mening oftere enn for behandlingen i tingretten være behov for skriftlige innslag i en ellers muntlig prosess. For Høyesterett må behandlingsreglene i betydelig større grad enn i dag utformes i lys av de funksjoner og oppgaver Høyesterett skal ha i den sivile rettspleie. Det gjelder bl.a. utvelgelsen av sakene, behandlingen av dem og reglene for Høyesteretts sammensetning. De mer prinsipielle sidene ved ankereglene og behovet for endringer er drøftet under II.12 og II.13.

Reformbehovet for så vidt gjelder reglene om voldgift, er drøftet i innstillingen om voldgift. Her skal bare nevnes at det er et åpenbart behov for en moderne voldgiftslovgivning, som i høy grad bør være tilpasset UNCITRALs modelllov.

## Kapittel 2

# Løsning av sivile rettstvister i et norsk historisk perspektiv

### 2.1 Innledning

I dette kapitlet gis en meget kortfattet oversikt over de viktigste lovarbeidene og særtrekk ved prosessmåtene i den sivile rettspleien i Norge frem til i dag. Utvalget har for sitt formål ikke funnet grunn til noen mer utførlig beskrivelse av disse forholdene.

For mer utførlige oversikter kan det særlig vises til boka *Den dømmende makt, Domstolene og rettsutviklingen 1814-1964*, utgitt av den norske dommerforening i 1966. Fremstillingen nedenfor bygger i betydelig grad på artikler derfra av lagmann Nissen og høyesterettsdommer Hiorthøy. Videre kan det vises til redegjørelsen i NOU 1982: 40 *Forlikradsordningen*, side 16 – 24, som både beskriver den sivile rettspleien generelt, men som redegjør mest utførlig for utviklingen av forlikrådene.

En grundig historisk redegjørelse for ordningen med forligelseskommisjoner og forlikråd fra opprettelsen er gitt av Hans Eyvind Næss i boken *Vel forlikt, Forlikrådene i Norge 200 år 1795-1995*. Boka er et jubileumsskrift i anledning forlikrådenes 200 års-jubileum, og forfatteren er formann i Stavanger forlikråd, statsarkivar og rettshistoriker.

### 2.2 Fra den eldste tid og frem til eneveldet

I den eldste tiden var Norge et ættesamfunn. Når en ætt krenket en annen ætt, engasjerte det ættene på begge sider. Konflikter ble løst ved blodhevn.

Etter hvert som bosettingen skred frem og de enkelte bygder rommet folk av flere ætter, ble det nødvendig å finne frem til fredeligere former for tvisteløsning. Veien til minnelig løsning gikk gjennom tingene, som er de første spor av organisert rettsvesen i Norge. Hvis tinget mislyktes i å løse tvisten ved mekling og forlik, måtte tvisten løses ved tvekamp. Tvekampen ble imidlertid avskaffet omkring år 1000.

Partene hadde prosessen i sin hånd. Det var ikke noe prinsipielt skille mellom sivile saker og straffesaker. Bevis måtte føres i gitte former,

som ed, meded og vitneforklaringer, og noen ganger jernbyrd og kjeltak. Bevisføring foregikk som regel utenfor tinget. Tingets oppgave var ikke å bedømme bevisets innhold, men å avgjøre om bevis hadde blitt ført på formelt riktig måte.

Det ble tidlig utviklet forskjellige prosessformer. Sivile saker ble innledet ved at saksøkeren fremmet kravet og ba saksøkte oppfylle («kvada»). Oppfylte ikke saksøkte, men tok til gjenmæle, gikk saken over til behandling ved såkalt «skiladómr». Retten besto av partsoppnevnte dommere, som måtte komme til enighet om resultatet. Gikk ikke det, gikk saken over til behandling ved såkalt veddemålsdom («vedjanar-dómr»). Ledet heller ikke det til løsning, avgjorde tinget om saksøkeren ved skiladómen var kommet til sin rett. Misgjerningsaker måtte som hovedregel behandles av tinget.

Vi har lite kjennskap til tingordningen forut for rikssamlingen omkring 900-tallet, men kilder viser at det eksisterte organiserte rettsområder av større eller mindre landsdeler, som var knyttet sammen med en felles lov og til et felles, sentralt ting. Dette var lokale allting, hvor bøndene møtte personlig. Omkring år 1000 var tingene blitt så store at personlig møte ikke var praktisk gjørlig. I stedet sendte hvert ting sine oppnevnte nemndemenn til det felles store ting, lagtinget. Kildene her er først og fremst de nedskrevne landskapslovene *Frostatingsloven* og *Gulatingsloven*. I *Frostatingsloven* kan det vises til kapittel I *Tingfarebolk* og kapittel X *Rettergangsbolk*.

Slike representative lagting ble holdt én gang i året. Sakene ble avgjort av et utvalg «løgretta». Det er holdepunkter for at samtlige nemndemenn hadde sete i lögretta. Den nærmere fremgangsmåten ved behandlingen av rettssaker på tingene er ikke kjent. Overgangen til slike ting representerte en milepæl for samarbeid mellom ulike bondesamfunn, men også mellom bondesamfunnet og rikskongedømmet. Det var kongens ombudsmenn, årmenne, som utpekte nemndemennene til lagtinget.

På samme måte som i Europa ellers, fikk man også i Norge en fremvekst av kirkelig jurisdiksjon. Særlig i tiden fra rundt 1150 vokste de kirkelige domstoler frem. Kirken hevdet jurisdiksjon i alle

«åndelige» saker, som kanskje primært omfattet straffesaker, men også en rekke typer sivile saker, som testament og tiendeplikt, kirkelig eiendom, ågring osv. Det sto strid om området for den kirkelige jurisdiksjon i hele den katolske tid i Norge.

Omtrent på samme tid, fra tidlig på 1200-tallet, gikk lagmannstillingen over fra å være folkelig til-litsverv til å bli kongelig embete.

Ved vedtakelsen av Magnus Lagabøters landslovbok på de forskjellige lagtingene i 1270-årene, ble det skapt rettsenhet for hele landet. Landsloven bygget videre på lovene for de fire gamle lagdømmene, Frostatingsloven, Gulatingsloven, Eidsivatingsloven og Borgartingsloven. De gamle navnene på landslovene ble fortsatt brukt, men reelt var det samme lov og rettsordning som gjaldt i hele landet.

Magnus Lagabøters landslov omhandlet i liten utstrekning behandlingen på bygdetingene. Derimot ga den regler for behandlingen på lagtingene. Lagmannen skulle være lagtingets formann. Loven hadde regler om avgjørelsen ved meningsforskjell mellom lagmannen og lagretten. Lagmannens orskurd kunne ikke underkjennes av lagretten, men den kunne bringes inn for Kongen, som var øverste domsmyndighet.

Ved Magnus Lagabøters bylover ble det, fra 1276 og utover, opprettet egne bylagting. Tvister skulle først avgjøres ved lagmannens orskurd. Saken kunne deretter bringes inn for bymøtet av den som var misfornøyd med avgjørelsen. I bymøtet deltok møtemenn, lagmann, sysselmann og gjaldker (som fra 1343 fikk tittelen byfogd). Var disse enige om resultatet, var avgjørelsen endelig. Ellers kunne saken bringes videre for lagtinget, og videre til Kongen hvis det var meningsforskjell på lagtinget.

Av utviklingen etter dette, nevnes her bare kort at lagmannen i stadig sterkere grad fremsto som rettspleiens sentrale skikkelse. Lagtingene ble omordnet av Håkon V Magnusson omkring år 1300. Etter svartedauen, med dens svekkelse av det verdslige embetsverk, fikk de kirkelige domstolene økende innflytelse i siste halvdel av 1300-tallet.

Domstolene beholdt stort sett sin organisasjon i hele perioden. Det ble praktisk talt ikke gitt bestemmelser av betydning for rettspleien fra Håkon Vs død i 1319 og i de neste 200 år. Magnus Lagabøters landslov gjaldt i hovedtrekk uendret frem til Christian IVs lovbok i 1604, som ikke var noe særlig mer enn en oversettelse. Først ved Norske Lov i 1687 ble det materielle innholdet vesentlig endret.

Etter opphøret av det nasjonale kongedømmet, oppsto behovet for en høyeste rettsinstans her i landet. Riksrådet, under ledelse av erkebiskopen,

kom til å fungere som egen domstol. Det skjedde etter hvert en viss sammenblanding av Riksrådets og lagmenneses stevner. Fra slutten av 1400-tallet ble dette organisert som to faste retterting, et i Oslo for Østlandet og et i Bergen for Vestlandet. Fra 1557 ble det bestemt at disse faste rettertingene skulle holdes årlig, og med Norges kansler til stede. Dette ble de såkalte overlagting, der lagmennene etter hvert dannet det viktigste element, og som utviklet seg til en kollegial lagmannsrett. Overlagtingene ble avskaffet i 1606, og erstattet av de regelmessige herredager i Christian IVs regjeringstid.

Det første grunnlaget for sorenskriverordningen, slik vi kjenner den i dag, skriver seg tilbake fra 1591. Dette omtales nærmere nedenfor.

### 2.3 Eneveldet – Norske Lov, domstolsordning og rettspleie

Eneveldet ble innført i 1660, og innebar blant annet at det danske riksrådet ble avskaffet. Et av enevel-dets viktigste oppgaver var ordningen av en sentraladministrasjon. Fra 1661 ble den danske Højesteret etablert. I 1666 ble den norske Overhofret på Akershus opprettet. Overhofrettens avgjørelser kunne ankes til Højesteret i København, som med det også ble øverste rettsinstans for Norge.

Prosessformen i Højesteret var en blanding av skriftlig og muntlig saksfremstilling. De skrevne innleggene ble opplest av justissekretæren. Partene hadde rett til å føre saken selv. Voteringen var hemmelig, og det ble ikke gitt begrunnelse for dommen.

Dommerne var oppnevnt av Kongen, og kunne vilkårlig avskjediges av ham. Formelt var Kongen domstolens leder (president) og hadde sete der. Han kunne når som helst gripe inn i rettens domsvirksomhet og omstøte eller forandre resultatet. De ulike konger deltok med forskjellig interesse og nidkjærhet i rettspleien. Under Fredrik V (1746-66) vokste prinsippet om den uavhengige dømmende makt frem, og justitiariusembetet i Højesteret ble utskilt fra Kongens cancelli.

Overhofretten på Akershus ble, som nevnt, etablert i 1666. Den ble opphevet i 1797. Rettens formann var fra begynnelsen stattholderen eller visestattholderen. Fra starten besto retten av i alt 9 personer, hvorav tre av de høyeste embetsmenn og «nogen av de forfarneste lagmænd». Retten var domsmyndig med fem medlemmer til stede. Medlemmene mottok ikke lønn, og det hendte at de uteble. Av denne grunn ble grensen for domsmyndighet senket til tre dommere. Fra 1756 ble dommerne innvilget lønn.

Retten holdt møte fire dager i uken, fra årets begynnelse til alle årets saker var avgjort. Når sakene ble for mange eller vidløftige, kunne de undergis skriftlig behandling. Prosedyren var ellers muntlig, men parter uten prokurator kunne prosedere ved skriftlige innlegg fra seg selv eller fra en lovkyndig mann.

Retten vøtering skjødde for lukkede dører. Justitiarius forfattet deretter dommen med begrunnelse. Dommen ble lest offentlig for partene, men det ble ikke opplyst om dissenser.

Så vel for dommere i Højesteret, overhofretten og for prokuratorerne ble det etter hvert et krav om juridisk eksamen. For Højesteret gjaldt dette for utnevnelser fra 1773.

Overhofretten var overinstans for saker pådømt av lagmannen, av de rådstueretter som hadde fått såkalt «lagtingsrett» og for dommer av enkelte andre avgjørelser. Overhofretten var første instans for den lavere adel i livs- og æressaker og saker om forbrytelse av jordegods.

Fra norsk side var det etter hvert ønske om å gi overhofretten øket selvstendighet i retning av en virkelig norsk høyesterett. Regjeringen i København innskrenket derimot rettens kompetanse mot slutten av 1700-tallet.

Innføringen av eneveldet gjorde det nødvendig å revidere hele domstolstrukturen. Det skjødde gjennom Christian Vs Norske Lov av 1687. Første bok hadde bestemmelser om retten og rettens personale.

For landdistriktene ble den faste instansordningen fastsatt slik:

1. Sorenskriveren
2. Lagmannen
3. Overhofretten
4. den dansk-norske Højesteret

For kjøpesteder var den fastsatte instansordningen slik:

1. Byfogden
2. Rådstueretten
3. Overhofretten
4. Højesteret

Sorenskriverembetets historie skriver seg, som nevnt tilbake til 1591. Adelen og lagmennene hadde anmodet om at det måtte «bevilges og forordnes en sorenskriver udi hvert sogn som stefner holdes som kunde skrive og undervise de seks lagrettemænd ... og bønderne måtte forskånes med de sager som dem for høie er at dømme på og de sager måtte indsættes for rigens kansler og lagmændene.» Kongen gikk – i kongebrev 21. juli 1591 – med på at de skulle få en svoren skriver, men

ikke at bøndene skulle få slippe unna å dømme i de vanskelige sakene. Fra 1634 fikk sorenskriveren et utvidet ansvar. Hvis saken ble brakt videre, skulle sorenskriver møte for lagmannen og stå til ansvar for dommen hvis den ble underkjent. Ved Norske Lov ble sorenskriveren altså endelig den ordinære dommer i første instans.

Grunnlaget for hele domstolsordningen var ifølge NL 1-3 bygde- og bytingene. Slike ting ble holdt gjennom hele året på ulike steder i embetskretsen.

Norske Lov omfattet ikke særdomstoler. Av disse var det en hel rekke, som politiretter, privilegiedomstoler, kirkelige og militære domstoler. Det redegjøres ikke nærmere for disse her.

Som en sluttsten på utviklingen av institusjonene kom etableringen av overrettene fra 1797. Appellsystemet ble ved det forenklet ved at Overhofretten, rådstuerettene og lagtingene med lagmannsembetene ble lagt ned. Overrettene var organisert som kollegiale domstoler.

Rettergangsformen i Norske Lov hvilte hovedsakelig på den eldre rettspraksis. Prosessformen var bygget på muntlig forhandling, men var allerede i lovboken sterkt oppblandet med skriftlige elementer. Utviklingen i behandlingsformen, med hovedvekt på situasjonen i Norge i tiden før tvistemålsloven, beskrives noe nærmere nedenfor. Allerede her nevnes at selv om reglene nok var noenlunde enkle, åpnet de for utstrakt bruk av skriftlighet og komplikasjon av enkle saker. Fra en samtidig iakttagelse av utviklingen, Ludvig Holberg, hitsettes:

«Justitien var forðum udi liden Anseelse, den havde selv neppe det daglige Brød, og kunde ikke hielpe andre ved dens Middel til nogen Næring ... Endeligen, saasaom den var frugtbar paa Inventioner, arbejdede den paa, efter andre Videnskabers Exempel, at bringe sig udi Anseelse. Hun adresserede sig derpaa til en Philosophus, som ved Moralske Skrifter havde skrevet sig riig, og, efterat hun havde aabenbaret ham sit Forsætt, som han holdt for at ville gelinge, gik han i Caution for hende hos Kræmmere, hos hvilke hun udtog paa Credit adskillige Zirater, Broderier, Chicaner og nogle Skokke af Formaliteter ... Da Folk saa hende udi saadan Prydelse, blev deres Foragt forvandlet til Ærbødighed, saa at hun fik mange Tilbedere... [h]endes Slæp var konstigen sammensatt af Formaliteter, hvilke havde den Virkning, at, naar den rørte ved Jorden, opvoxede deraf Advocater, Protocollister, Skrivere og Ting-Stude. Saaledes fik Justitien en nye Skikkelse, kom fra yderste Armod til største Velstand. Om det menneskelige Kiøn eller haver vundet noget



derived, derom maa de, som have Processer dømme» (Moralske fabler nr. 149, 1751).

Forlikrådene røtter strekker seg 200 år tilbake i tid til forordningen av 10. juli 1795 om opprettelse av forligelseskommisjoner i Danmark og i Norges kjøpsteder, etterfulgt av forordningen av 20. januar 1797 om opprettelse av tilsvarende organer i Norges landdistrikter. Bakgrunnen var utstrakt misnøye med den skriftlige prosessform som etter hvert var trengt gjennom i praksis ved underrettene. Denne var preget av sendrektig omstendighet under anvendelse av eventualmaksimen. I motsetning til forlikrådene var forligelseskomisjonene ikke domstoler og hadde opprinnelig bare kompetanse til å mekle, ikke treffe avgjørelser. En begrenset domsmyndighet fikk kommisjonene i 1869. Det vises til nærmere omtale i II.10.7.2.

Først ved tvistemålsloven av 1915, slik denne lød ved ikrafttredelsen i 1927, fikk forlikrådene mer alminnelig domskompetanse. Forlikrådene fikk domsmyndighet i saker om formuesverdier inntil 500 kroner, men ved uteblivelse og erkjent gjeld var grensen 5 000 kroner. I åstedssaker var grensen 2 000 kroner. Utvalget drøfter forlikrådsordningen i II.10. Det gis der en kortfattet historisk oversikt i II.10.3.

## 2.4 Grunnloven 1814, §§ 88 og 94

### 2.4.1 Norges Høyesterett etablert i 1815

Vedtaket av Grunnloven i 1814 ga vesentlige føringer for rettspleien. I § 88 ble det fastslått at «Høiesteret dømmer i sidste instans». Bestemmelsen ledet til opprettelsen av Norges Høyesterett, som trådte i virksomhet fra 1815. Det er ikke mulig innenfor rammen av fremstillingen her å gi noen noenlunde dekkende beskrivelse av hvilken betydning dette fikk for forfatningsutviklingen generelt og rettspleien mer spesielt i Norge.

Etter Grunnloven § 94 skulle det utarbeides en ny «almindelig civil og kriminal Lovbog», som også skulle omfatte prosessreglene. Inntil videre gjaldt imidlertid de eksisterende lovreglene. En lovkomité ble nedsatt allerede før Riksforsamlingen på Eidsvoll ble oppløst i 1814. Men som kjent ble dette arbeidet aldri fullført. Komiteen ble oppløst i 1830. Arbeidet var for omfattende, og tiden løp fra tanken om en altomfattende lovbok.

Høyesterett utviklet tidlig viktige prinsipper om adgangen til å prøve grunnlovsmessigheten av lover og om kontroll med forvaltningen. Utvalget må her nøye seg med å vise til fremstillingen av

Hiorthøy og av Gaarder i Den dømmende makt, side 69 flg. Om prøvesretten kan det også vises til Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, Oslo 1993.

En viktig endring skjedde i 1863, da Høyesterett gikk over til offentlig votering, som gjorde at også rettens begrunnelse ble offentlig. Opprinnelig skjedde voteringen for lukkede dører i henhold til høyesterettsloven av 12. september 1818 § 26. Høyesterett kunngjorde ikke begrunnelsene for sine dommer, bare intonasjonen, den innledende redegjørelse for saksforholdet, og domsslutningen. Man var derfor i stor grad henvist til gjetning og slutninger fra premissene for de underordnede domstolenes avgjørelser, for å danne seg en mening om hvilken rettsoppfatning Høyesteretts avgjørelse var bygget på. Spørsmålet om voteringsmåten var i de følgende år gjenstand for en vedvarende politisk kamp mellom Stortinget på den ene siden, og Høyesterett og regjeringen på den annen, der lovvedtak om offentlig votering fire ganger ble nektet sanksjon av kongen etter at betenkning var innhentet fra Høyesterett. Etter 45 års strid fikk Stortinget drevet sin vilje gjennom ved lov av 11. april 1863. Det vises til nærmere omtale under II.21.6.5.5.

### 2.4.2 Reformarbeid på 1800-tallet og etableringen av Høyesteretts kjæremålsutvalg

Etter det daværende appellsystemet var det en ubetinget rett til appell, og med en romslig frist på 18 måneder. Appell til Høyesterett var i visse tilfeller nødvendig for å få fullbyrdet straffedommer. Som en følge av dette systemet viste det seg snart etter 1815 at arbeidspresset i Høyesterett ble for stort. Retten fikk ikke pådømt alle de sakene som kom inn. Problemet med saksmengden ble forsøkt løst ved endring i Høyesterettsloven i 1839, ved å innføre nye regler om dokumentasjon i Høyesterett. Fra 1842 ble det gitt mulighet til å behandle flere saker skriftlig og det ble bevilget penger til to nye dommerstillinger. Disse tiltakene avhjalp situasjonen til en viss grad.

Høyesterettsdommer Claus Winther Hjelm kunne i 1853 presentere et ferdig lovutkast, med en felles prosesslov for straffesaker og sivile saker. Hjelmets forslag gikk blant annet ut på at ankeadgangen ikke måtte innskrenkes, men snarere utvides. Imidlertid skulle det, før appell ble erklært, være en plikt til å motta fagkyndig veiledning og det skulle innføres straff for ugrunnet trette ved ubegrunnede anker. Hjelmets forslag hadde for øvrig også brodd mot en juryordning. Det var kanskje en viktigere grunn til at forslaget ikke ble fulgt.

I 1853 ble den såkalte Prosesslovkommissjonen oppnevnt av Kongen. Etter mandatet skulle kommisjonen både se på sivilprosessen og straffeprosessen. Kommisjonen innskrenket seg til å utrede straffeprosessen. Kommisjonen var imot hele tanken om en juryordning. Kommisjonen drøftet instans- og rettsmiddelsystemet, og kom med konkrete forslag til hvordan appelladgangen kunne innskrenkes. Det er grunn til å tro at kommisjonens betenkning og frie holdning til appellinstituttet hadde betydning for at Kjæremålsutvalget senere ble til.

I Stortinget ønsket man en strafferettspleie basert på jurydeltakelse. Ideen fra Prosesslovkommissjonen om innskrenkning i ankeadgangen – silingstanken – slo imidlertid igjennom. Høyesteretts kjæremålsutvalg ble opprettet som egen domstol ved innføringen av straffeprosessloven i 1887.

For en mer utførlig redegjørelse kan det vises til Frode Hansen, Appell, prøvelseskommissjon og kjæremål forhistorien til Høyesteretts kjæremålsutvalg 1814-1887, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2000.

## 2.5 Hovedtrekk i prosessordningen før tvistemålsloven

Norske Lov Første bog var altså lovgrunnlaget for prosessordningen også etter 1814. Selv om loven bygget på et prinsipp om muntlig forhandling, var det full frihet for partene eller deres sakførere til å levere skriftlige innlegg, og det var ikke noe påbud om at slike innlegg skulle leses opp i retten. Lovboken forutsatte at saken, ved eventuell behandling i overinstans, skulle forelegges i nøyaktig samme skikkelse og krevde derfor at underretten i sin dom ga fullstendig referat av «partenes beviseligheter og indlæg». Dette tilskyndet bruk av skriftlige forklaringer til erstatning for muntlighet. Videre ble utviklingen i retning av skriftlighet fremmet ved oppkomsten av en egen sakførerstand.

Utviklingen er nærmere beskrevet slik:

«[L]ovbokens raske og stort sett muntlige prosess med personlig fremmøte av partene og med dommeren som aktiv deltager gikk over (vesentlig gjennom sedvanerett) til en rendyrket og sendrektig skriftlighet hvor profesjonelle sakførere optrådte i partenes sted og dirigerte prosessen omtrent som de selv fant det for godt, mens dommeren mistet alt initiativ og bare grep inn hvor sakførererne kom «udi hår». Resultatet var en rettergangsorden som var helt ut tilpasset etter dommernes makelighet og sakførernes bekvemmelighet, men som

kun dårlig tilgodeså partenes tarv.» (Augdahl, Norsk civilprosess., 2. utg., side 1-2)

Som det har fremgått ovenfor, var det fra den tidligste tid forskjeller mellom behandlingen av sivile saker og straffesaker. Det privatrettslige synspunktet om strafforfølgning var imidlertid fremdeles fremherskende under eneveldet, og prosessreglene ble de samme for straffesaker som for sivile saker. Ved straffeprosessloven av 1887 ble dette vesentlig endret. Loven bygget på prinsippene om muntlig behandling og bevisumiddelbarhet. Disse prinsippene må den gangen også ha fremstått som en forutsetning for innføringen av juryordningen.

Innføringen av straffeprosessloven tydeliggjorde behovet for reform av sivilprosessen. Behandlingen av straffesaker og sivile saker var nå blitt som dag og natt.

Sorenskriver Tor Falch har i artikkelen Tradisjon og fornying, Sorenskrivar og heradsrett 1927-1991 beskrevet dette slik:

«Ennå i dei første tiåra i dette hundreåret arbeidde sorenskrivaren med protokollane sine på tinget og på kontoret. To – tre gonger i året eller meir reiste han til faste tider rundt på tingstadene i kvart tinglag, gjerne saman med ein betjent og kanskje ein eidsvoren fullmektig og heldt ting for allmugen. I kister frakta dei med seg tingbok, panteregister, pantebok og andre store, innbundne protokollar. Der førte dei inn dokument til tinglysing, vitneutsegn og anna. Heime på kontoret skreiv han dom i tvistemåla med bordet fullt av lange innlegg frå sakførarane og av protokollar med utsegn innskrivne på spreidde stader under ulike ting. ... - Men i straffesakene gjekk det annleis. Der gjorde aktor og forsvarer greie for heile saka i rettsmøte, forklaringer frå vitne og tiltalte vart ikkje nedskrivne og sorenskrivaren skreiv eller dikterte dommen til protokolls gjerne med det same.»

Regjeringsadvokat Henning Bødtker beskriver i sin bok En advokat forteller den gamle prosessordningen slik (side 47):

«Vi led den gang under et fullstendig antikvert prosessystem ... [S]ivilprosessen var slik at man nærmest kunne bruke betegnelsen rettsfornektelse. Bortsett fra at det meste av prosedyren i Høyestrett – når saken endelig var kommet dit – var muntlig, så foregikk alt ellers skriftlig. Man vekslet innlegg som ble fremlagt på tingene rundt om i landet. I Oslo byrett møtte gamle overrettssakfører NN ... på de faste byrettsdager for advokater og sakførere fra det hele land. Han fremla innlegg fra den ene part

og begjærte utsettelse til imøtegåelse for den annen. Haugen av dokumenter sank og steg på hver side av hans stol ettersom rettsmøtet skred frem. Det var nærmest litt komisk det hele ...

En sak kunne gå i årevis på den måten. Og det verste var at den som skulle dømme i saken, hadde hverken sett partene, vitnene eller prosessfullmektigene. Partsforklaringer eksisterte ikke ... vitneforklaringer ble tatt opp ved det vi kalte «tingsvitner» ... Det hele var så livsfjernt som mulig. Partene ble aldri avhørt personlig og kunne gjemme seg bak sin sakfører, og sakføreren kunne gjemme seg bak parten. Partene sto aldri ansikt til ansikt med hverandre og sto aldri personlig frem for retten.

I overrettene gjentok det samme seg. Tiden gikk og partene døde, mens saken langsomt skred frem ...»

## 2.6 Kort om arbeidet som ledet frem til vedtakelsen og ikrafttreddelsen av tvistemålsloven

### 2.6.1 Reformbehovet og arbeidet som ledet frem til prosesslovene og lovvedtakene fra 1915

Beskrivelsen ovenfor forklarer i seg selv behovet for reform. Justisdepartementet fremholdt i Ot. prp. nr. 1 (1910) de største svakhetene ved prosessordningen i disse fire punktene:

1. Den sterkeste og mest iøynefallende svakheten var at saksbehandlingen tok for lang tid.
2. Som hovedmangel ble det videre påpekt at prosessordningen ikke i tilstrekkelig grad bidro til å «bringe det sande saksforhold for dagen». Dette ble nærmere begrunnet i dommerens passive og tilbaketrunkne rolle, måten partsfremstillingene fremkom på og den skriftlige formen av vitneforklaringer.
3. Lovgivningen var ufullstendig, prosessordningen hvilte i atskillig utstrekning på sedvane, og det var derfor ofte uklart hva som egentlig var gjeldende rett.
4. Endelig ble det påpekt at reglene om tvangsfullbyrdelse og rettshjelp var utilstrekkelige.

Etter departementets syn var det klart at man burde søke å «bygge civilprocessen paa mundlighet og bevisumiddelbarhet, de samme grundsætninger, som allerede med held er gjennomført i vor straffeprocess. Saksbehandlingen vil dermed vinde i enkelhet og naturlighet. Det vil bli mulig at gjennomføre en virksom procesledning fra dommerens side. Partsforhandling og bevisførsel vil samle sig

om de avgjørende tvistepunkter» (Ot. prp. nr. 1 (1910) side 12).

Man var også den gangen opptatt av omkostningene ved å føre en sivil sak. Departementet mente partenes utgifter ville gå ned og pekte på at

«[Der] er ... grund til at vente at utgifterne til sakførerhjælp vil gaa ned, og dette vil ikke bare gjærde, fordi sakførere i mange tilfælde vil kunne undværes, men ogsaa fordi saksbehandlingen i almindelighet vil bli langt enklere og hurtigere. ... Ved sammenligning mellem utgifterne ved den foreslaede og ved den nugjældende rettergangsmaate maa man ogsaa, som kommissionen fremhæver, ta i betragtning de fordele som vil oppnaaes for sakens rigtige oplysning og avgjørelse, og paa den anden side de ofte betydelige indirekte tap, som den skriftlige rettergangslangsomhet medfører.» (Ot. prp. nr. 1 (1910) side 12).

Den 13. august 1915 ble domstolloven, tvistemålsloven og tvangsfullbyrdelsesloven gitt. Lovene var resultat av et meget langvarig lovarbeid som startet ved oppnevningen av Civilproceeslovkommissionen i 1891.

Det er redegjort noe nærmere for dette arbeidet innledningsvis i II.1. Her skal kort tilføyes at Civilproceeslovkommissionens formann, Bernhard Getz, også ledet arbeidet med den nye straffeloven og, fra 1895, var han formann i den såkalte unionskomiteen. Først i 1898 kom kommisjonen derfor for alvor i gang med sitt arbeid. Getz' utarbeidet utkast til domstollov og tvistemålslov som ble drøftet i kommisjonen i 1898-1900. Etter Getz' død ble disse utkastene publisert i 1902. Kommisjonen sluttførte sitt arbeid ved avgivelsen av Udkast til lov om domstolenes ordning i 1902, og Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal i 1908.

Saken ble fremmet for Stortinget ved Ot. prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal. Ved behandlingen i Stortinget ble Justiskomiteen forsterket. Komiteen avga sin Indstilling fra den forsterkede justiskomite om civilproceesreformen som Indst. O. XV. (1912). Denne innstillingen omfattet også lov om tvangsfullbyrdelse, som var blitt fremmet ved Ot. prp. nr. 16 (1911).

På grunn av den tiden som var medgått, innstilte Justiskomiteen på at de fremlagte proposisjonene ikke skulle sluttbehandles. Justisdepartementet gikk derfor gjennom de tre lovutkastene på nytt. Saken ble deretter fremmet på nytt ved Ot. prp. nr. 10 (1913) Om utfærdigelse av lov om domstolene, lov om rettergangsmaaten i tvistemaal og lov om tvangsfullbyrdelse. Denne gangen ble for-

slaget bifalt i Justiskomiteen, se Indst. O. I. (1914) Indstilling fra justiskomite nr. 2 om civilproceformen. I forlengelsen av dette fulgte så lovvedtakene i 1915.

Nøkkelord for ønsket med reformen var større prosessenergi, saksbehandlingstiden skulle reduseres ved at sakene ble behandlet mer konsentrert, muntlighet ville bedre muligheten for dommerens saksstyring, og sammen med bevisumiddelbarhet ville man også oppnå sikrere resultater.

### 2.6.2 Ikrafttreddelsen av de ulike deler av loven

Lovene fra 1915, domstoloven, tvistemålsloven og tvangsfullbyrdsloven, trådte i kraft i 1927 for første instansdomstolene, som den gang het herreds- og byretter.

En ulempe med loven, slik den ble vedtatt i 1915, var at en sak i stor utstrekning ville passere tre instanser for å kunne bli avgjort av Høyesterett. Ved ankeprøvingen hadde Høyesterett bare begrenset kompetanse. Som kassasjonsdomstol kunne retten bare prøve rettsanvendelsen og saksbehandlingen, og ikke faktum i saken. Etter inngående diskusjoner fremmet Justisdepartementet i 1935 Ot. prp. nr. 23 Om forandringer i rettergangslovene (ankeordningen i civile saker). Ved denne lovendringen, som ble vedtatt 7. juni 1935, ble det også innført en adgang for Høyesteretts kjæremålsutvalg til å nekte anker fremmet. Nektelsesgrunnlagene var de som nå finnes i tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 til 3, at det er klart at anken ikke kan føre frem (jf. nr. 1), hensynet til umiddelbar bevisføring (jf. nr. 2) eller at bevis ble fremskaffet for sent (nr. 3).

Ved lov 21. juni 1935 ble overrettene avskaffet, og lagmannsrettene gjeninnført for sivile saker.

Med disse endringene trådte tvistemålsloven i kraft i sin helhet fra 1. juli 1936.

### 2.6.3 Påvirkningen fra andre land

Det har nok vært en ganske utbredt oppfatning at den prosessordningen som ble innført ved lovene av 1915, var et kontinentalt prosesssystem. Se i denne retning for eksempel Helge Thue i Lov og Rett 2000 side 449. Artikkelen med tittelen «Anglaphoni som rettskilde» omtaler ikke spesielt prosessrett, men rettssystemer mer generelt. Det uttales at «[N]øyaktigheten i ... oversettelser avhenger av at rettssystematikken ... og rettslig stil er tilnærmet lik i det rettssystem det oversettes fra og i det man oversetter til. Slik likhet er det i de kontinental-europeiske rettssystemene, det norske inkludert.»

Det som er på det rene er at Civilprosess-

commissionen fra 1891 foretok grundige undersøkelser om andre lands prosesssystemer. Dels ble dette nedfelt i særlige artikler, som artikkelen Procegangen i den ordinære engelske Civilproces av Francis Hagerup i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1892 side 357. Dels kommer dette til uttrykk ved redegjørelsen i Civilprocesscommissionens innstilling fra 1908. Den utstrakte bruken av muntlighet ser i stor utstrekning til å kunne spores tilbake til engelsk prosess, både når det gjelder den muntlige saksforberedelsen, som nok var forutsatt å være normalordningen etter tvistemålsloven, og den utstrakte bruken av partsforklaringer. Se her blant annet Udkast (1908) side 90.

Andre elementer i lovutkastet, og da særlig dommerens prosessledelse, var åpenbart kontinentalt inspirert. Hertil kommer at mange av bestemmelsene i Getz' opprinnelige utkast var bygget på tilsvarende bestemmelser i den østerrikske sivilprosessloven fra 1898.

Augdahl oppsummerer den utenlandske innflytelsen slik:

«Av utenlandske prosesslover er det særlig den østerrikske (av 1898) og dernest den tyske (av 1877) som har hatt betydning som forbillede for reformen – både i godt og ondt. De to nevnte lover er imidlertid igjen sterkt påvirket av fransk prosess. I motsetning til den kontinentale prosess ellers, der har gjennomgått en lignende ørkenvandring som den norske, klarte fransk prosess å beholde en stort sett muntlig forhandlingsform og den dermed forbundne friere stilling for dommeren. Det samme gjelder enn mer engelsk prosess, hvis innflytelse annetsteds for øvrig har vært langt mindre på civilprosessens end på straffeprosessens område. Dog er også direkte engelsk innflytelse merkbar i vår lov, bl.a. i den utstrakte anvendelse av partsforklaringer.» (side 2).

Det må uten videre anses som klart at det norske prosesssystemet i dag ikke likner noe vesentlig mer på for eksempel tysk sivilprosess enn engelsk sivilprosess. Se om dette for eksempel Rolf Uecker i Lov og Rett 2001 side 357. I artikkelen Effektivisering av sivilprosessen i Tyskland, relasjonsmetoden og begrensnings av muntlighetsprinsippet, skriver han «Som norsk og tysk advokat med anledning til å undersøke praksis i begge land er det særdeles fristende for meg å behandle et tema der forskjellene mellom tysk og norsk rett faktisk er himmelvide – hvilket er forbausende nok, tatt i betraktning at de to rettssystemene jo ellers har en god del til felles.»

Mens man i den norske prosessordningen har holdt ved muntlighet i svært stor utstrekning, har

man i Tyskland fjernet seg fra dette. Muntlighet under hovedforhandlingen der ser nå langt på vei ut til å være mer en formalitet enn en realitet, se beskrivelsen hos Uecker side 359.

Det er kanskje mer treffende å innplassere den norske sivilprosessordningen i en nordisk modell, et sted mellom det engelske systemet og de kontinentale systemene, enn å plassere den på den kontinentale siden. Vår prosessordning har, som det fremgår av redegjørelsene for dansk og svensk rett lenger ut i innstillingen, overveiende likhetstrekk med særlig den danske retsplejeloven, men også den svenske rättegångsbalken.

## 2.7 Senere utvikling og endringer

### 2.7.1 Innledning

Det kan være grunn til å spørre hvilken endring den nye tvistemålsloven innebar for den sivile rettspleien. Tor Falch har beskrevet dette slik i Tradisjon og fornying:

«Dei store endringane var overgang frå skriftleg handsaming av tvistemåla til munnleg hovudrettsmøte med beinveges provførsel og partsforklaring etter ei førebuing av saka. På førehand var det og lagt vekt på ei sterkara prosessleiing frå dommaran si side og bruk av lekfolk som meddommarar også i tvistemål. Målet var raskara, sikrare og billegare rettargang i tvistemål.

Ein kan spørja kor stor endring dette var for sorenskrivarane. Munnleg hovudrettsmøte var dei vane med frå straffesakene. Trass i noko angest på førehand syntet seg at dommarane meistra den munnlege handsaminga i tvistemål også. Det same gjorde elles dei fleste sakførarane ...

Men det syntet seg straks at sakførarane gjerne gjorde dei førebuande prosesskriva for omfattanda, og at dommarane såg bort frå at saksførebuinga i regelen skulle avgrensast til stemning og tilsvaer. «Her er vi kommet ind paa en farlig praksis», skreiv Erik Solem alt i 1928. Det syntet seg etter kvart at det var vanskeleg å få avslutta saksførebuinga og få fastlagt hovudrettsmøtet, «verken stevninger eller tilsvaer er så uttømmende som de burde være, likesom de av retten fastsatte frister altfor ofte blir begjært forlenget» (Statistiske meddelelser 1932 side 34).»

### 2.7.2 Endringen i lovgivningen om Høyesterett

Ved Høyesterettsloven av 1926 ble det innført

adgang til å sette retten i plenum, og noen ganger også plikt til det. En slik adgang ville det ellers ikke vært etter domstolloven av 1915, se lovens § 5. Det var Høyesterett selv som tok initiativet til loven, ved brev fra justitiarius Scheel til Justisdepartementet i 1925.

Den første tiden etter at retten ble etablert, hadde samtlige dommere deltatt ved avgjørelsen av hver sak. Det var man gått bort fra. En avdelingsordning med syv dommere i hver sak ble innført, som en midlertidig løsning for å få ned restansene i 1905, jf. lov av 4. februar 1905. Dette skapte problemer for hensynet til ensartet rettspraksis og respekten for Høyesteretts prejudikater. Disse var et stykke på vei i ferd med å bli undergravd av motstridende avgjørelser i de to avdelingene og hyppige prejudikatsfravikelser.

Forslaget ble i brevet blant annet begrunnet slik:

«Det som det gjælder at forebygge, er at den ved en høiesteretsdom trufne avgjørelse av et retsspørsmaal fravikes under en ny sak under saadanne forhold at man ingen garanti kan ha for at den nye dom mere end den ældre kan danne norm for fremtiden. ...» (sitert fra Ot. prp. nr. 28 (1926) Om forandring i lovgivningen om Høiesterett).

Justisdepartementet sluttet seg til innholdet i forslaget. Loven trådte i kraft 1. januar 1927.

### 2.7.3 Utvidelse av Høyesteretts adgang til å nekte anker fremmet

Som nevnt ovenfor var det først ved de vedtatte endringene i 1935 at Høyesteretts kjæremålsutvalg fikk hjemmel for å nekte anker fremmet for Høyesterett. De opprinnelige nektelsesgrunnlagene var som nevnt begrenset.

Det viste seg snart at det var behov for en videre nektelsesadgang. Skulle Høyesterett fylle sin funksjon og overholde en akseptabel saksbehandlingstid, var det nødvendig å få begrenset antall ankesaker. Dette spørsmålet og andre spørsmål knyttet til instansordning og anke, ble drøftet inngående av Ankeordningskomiteen. Det kan særlig vises til deres innstilling fra 1955, side 25 – 29.

Dette arbeidet munnet ut i vedtakelsen av tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4, ved lov 26. februar 1960 nr. 1. Bestemmelsen ga da anledning til å nekte anker fremmet når kjæremålsutvalget fant «i særlige tilfelle, at hverken avgjørelsens betydning for partene eller utenfor den foreliggende sak eller andre grunner gjør det rimelig at anken blir prøvet av Høyesterett».

Bestemmelsen ble imidlertid vesentlig endret ved lov av 23. mai 1981 nr. 24, og fikk den ordlyd bestemmelsen nå har. Bakgrunnen for endringen var å få en avlastning av Høyesterett slik at Høyesterett skulle ha mulighet for å kunne konsentrere seg om store og viktige prinsipielle saker og bruke den nødvendige tid på disse. Den nåværende § 373 tredje ledd nr. 4 har fått stor betydning for arbeidet i Høyesterett. Det vises til den mer utførlige redegjørelsen i II.13.3. Som det er nærmere redegjort for der, har denne nektelsesgrunnen en helt annen karakter enn de øvrige. I stedet for å vurdere muligheten av at anken kan eller bør gis medhold, fokuserer nr. 4 direkte på det som er kjernen i Høyesteretts oppgave, nemlig å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling.

#### **2.7.4 Utvidelse av forliksrådenes domsmyndighet**

Det er redegjort utførlig for endringene i forliksrådenes saklige kompetanse fra vedtakelsen av tvistemålsloven i 1915 og frem til i dag i II.10.7.3 til II.10.7.8. Utvidelsen av forliksrådenes domskompetanse i 1993 fremstår som den mest vidtgående endrin-

gen. Ved lovendring 11. juni 1993 nr. 83, ble beløpsgrensen for forliksrådenes domskompetanse i tvistesaker opphevet.

#### **2.7.5 Andre endringer**

Det er også foretatt en rekke andre endringer i tvistemålsloven opp gjennom årene, utover det som er berørt her. Den mest gjennomgripende forandringen for prosessen er kanskje det gjennomslaget menneskerettighetene har fått, først gjennom presumsjonsprinsippet og senere gjennom lovgivningen. EMK artikkel 6(1) og vilkåret om «fair trial» har nok hatt mest inngripende betydning for straffeprosessen, men har også satt sitt preg på sivilprosessen. Betydningen av EMK artikkel 6(1) vil fremgå av redegjørelsen i II.4 nedenfor.

Vesentlig i et rettssikkerhetsperspektiv var vedtakelsen i 1969 av tvistemålsloven kapittel 33, om rettslig prøving av administrative tvangsvedtak.

I 1986 ble det innført en ny prosessordning. Det var reglene om forenklet rettergang. Disse reglene har ikke fått noen videre betydning for behandlingen av små eller enkle saker. Ordningen er nærmere omtalt i II.11.2.2.

## Kapittel 3

# Viktige føringer og hensyn ved utarbeidelsen av tvisteloven

### 3.1 Tvisteloven og domstolene – funksjoner og oppgaver

Tvisteloven skal, som den alminnelige lov om behandling av sivile rettsvister, ha to hovedfunksjoner. Loven skal fremme rettssikkerhet for den enkelte, ved at de kan få sine rettsvister løst forsvarelig av uavhengige og nøytrale avgjørelsesorganer – først og fremst domstolene. Den enkelte får ved det mulighet for å ivareta eller beskytte sine rettigheter og få rettet opp skade eller urett som er lidt. Dernest skal loven ha en videre, mer allmenn, samfunnsmessig funksjon. Tvisteloven og tvisteløsningen skal sikre at den materielle lovgivning slår gjennom. Den skal virke styrende eller handlingsdirigerende på den måten at den enkelte retter seg etter og respekterer den materielle retten, f.eks. de plikter og rettigheter kjøper og selger har etter en salgsavtale og kjøpslovgivningen. Som utvalget kommer tilbake til, må perspektivet for disse hovedfunksjonene utvides. For så vidt gjelder den allmenne funksjonen, skal den materielle retten ikke bare gjennomføres – gis gjennomslagskraft – men også videreutvikles. Det skal skje en rettsavklaring og rettsutvikling.

Langt på vei vil det være samvirke mellom disse funksjonene. At det skjer konkret tvisteløsning, vil normalt innebære at den materielle retten gjennomføres. Den konkrete tvisteløsningen vil virke for rettsavklaring og rettsutvikling. Men det behøver ikke være et slikt samvirke. Tvisteløsning for private tvisteløsningsorganer kan etter omstendighetene på en god måte ivareta den enkeltes konkrete tvisteløsningsbehov, mens deler av den allmenne funksjonen som hensynet til rettsutvikling kan bli skadelidende, se II.3.21.

Domstolene er det alminnelige og sentrale organ for den tvisteløsning som i dag reguleres av tvistemålsloven, og som etter utkastet skal reguleres av tvisteloven. Domstolenes hovedoppgaver er parallelle til, og en konsekvens av, tvistelovens funksjoner og oppgaver. Domstolene skal sørge for løsning av konkrete rettsvister og bidra til gjennomføring, avklaring og utvikling av den materielle retten. Denne parallellitet i oppgaver og funksjoner gjør at det er lett å tenke – og ta som en selvfølge –

at tvisteløsning etter tvisteloven skal skje for domstolene og fortrinnsvis gjennom rettslige avgjørelser. Det er imidlertid et for snevert perspektiv for en moderne prosesslov. I mange tilfeller kan det være bedre at sivile rettsvister løses utenfor domstolene. Det tilsier at det innenfor rammen av tvisteloven bør gis regler som åpner for utenrettslig tvisteløsning. Det er videre nødvendig å supplere tradisjonelle behandlingsregler for saker for domstolene med regler om andre løsningsmåter enn løsning ved dom og tradisjonell mekling, se II.7 om alternativ tvisteløsning.

Det er et selvsagt utgangspunkt ved utarbeidelsen av tvisteloven at loven i sin helhet, herunder reglene for domstolsbehandlingen, må være tilpasset de funksjoner og oppgaver loven og de enkelte domstoler skal ha. Tvistemålsloven gir i dag regler for behandlingen av sivile rettsvister. En helt sentral oppgave for domstolene, ved siden av å avgjøre krav om straff, er som påpekt nettopp å løse konkrete rettslige tvister mellom ulike rettssubjekter. Domstolene tar stilling til de faktiske forhold i tvistene og avgjør partenes krav ut fra rettsregler. Tradisjonelt har det ikke vært domstolenes oppgave å avgjøre uenighet om faktiske forhold uten at dette skjer som ledd i en konkret rettsanvendelse, eller avgjøre rene interessetvister. Tvistemålsloven gir heller ikke, med et helt uvesentlige unntak, regler for løsning av uenighet om rene faktiske forhold. Denne avgrensningen av området for tvistemålsloven og for domstolenes oppgaver, må etter utvalgets mening beholdes i tvisteloven. Utvalget viser om dette til II.5, særlig II.5.4.3.

Det tvisteløsningssystem som tvisteloven etablerer, skal sikre at privatpersoner, foretak, offentlige organer og andre rettssubjekter kan få løst de rettsvister de involveres i. For den enkelte er dette et spørsmål om rettssikkerhet og rettsbeskyttelse. Adgang til rettslig tvisteløsning vil utvilsomt bli betraktet som et grunnleggende rettferdskrav for den som involveres i en rettslig konflikt av betydning. Som nevnt er dette med konkret tvisteløsning og derved rettsbeskyttelse av de involverte parter, en sentral funksjon for tvistelovens regler. Men reglene har også som påpekt funksjoner og oppgaver i en større sammenheng. Reglene sikrer at

den materielle retten gjennomføres og etterleves. Konfliktløsningen og konfliktløsningssystemet får en atferdsstyrende og holdningsdannende effekt. Klarhet i de materielle rettsregler og visshet om at retten om nødvendig kan gjennomtvinges ved rettslige avgjørelser, virker i retning av at man innretter seg etter reglene. Det virker i seg selv konfliktdependende og konfliktløsende og fremmer stabilitet og ro i samfunnet.

Denne dobbelte hovedfunksjonen for prosessreglene er det helt nødvendig å ha for øye ved vurderingen av de enkelte regler og regelsett i tvisteloven. Et eksempel på det kan regler om småkravprosess gi. Det å trekke et småkrav – for den saks skyld også middelsstore krav – inn for domstolene, vil lett koste mer enn det smaker, særlig hvis utfallet av tvisten er usikkert. De enkelte berørte vil i slike situasjoner lett resignere, og konflikten forblir uløst. Sett fra de enkelte parter ståsted, vil skaden og ulempene ved det kunne fortone seg som begrensete. Et mindre tap vil mange kunne bære uten problemer. Men i et samfunnsperspektiv blir det klart uheldig om rettslige tvister om småkrav ikke kan løses på tilfredsstillende måte. Ofte vil småkrav være knyttet til særlige rettsfelt, f.eks. forbrukerkjøp, enkelte typer forsikringsavtaler mv. Hvis prosessreglene her ikke legger til rette for tvisteløsning, vil man risikere at de materielle reglene – i det nevnte tilfellet regler for forbrukervern – ikke blir respektert og gjennomført i den grad lovgivningen legger opp til. Det vil for øvrig heller ikke bli den rettspraksis som kan være nødvendig for nærmere rettsavklaring og langt mindre noen rettsutvikling. Prosessregler som ikke åpner for tvisteløsning, vil altså ikke bare ha en negativ virkning i forhold til partene i de konkrete tvistene, men i tillegg ha klare negative samfunnsmessige virkninger.

De samfunnsmessige sider ved sivilprosessen som er nevnt, har også rettsøkonomiske implikasjoner. Her skal nevnes ett forhold, som nok kan synes selvfølgelig, men som det likevel kan være grunn til å trekke frem. Dersom prosessreglene i liten grad legger til rette for løsning av tvister mellom næringsdrivende, vil det kunne skape usikkerhet om nytten av å inngå kontrakter. Det kan føre til at kontrakter ikke blir inngått, i mer ekstreme tilfeller til at man ikke får et næringsliv som fungerer. Dette tilsier at ved en kost/nytte sammenlikning for konfliktløsningen, må man på nyttesiden også ta med den økonomiske gevinst det gir for samfunnet som helhet at konflikter, f.eks. tvister om betaling, kan bli løst.

Tvistelovens og domstolenes funksjon som konfliktløser, blir i enkelte typer tvister særlig viktig.

Her kan det være grunn til spesielt å peke på de saker som gjelder samfunnets bruk av tvang overfor enkeltindivider ut over de tvangstiltak som er hjemlet gjennom straffeloven og straffeprosessloven. For eksempel ved tvangsmessig overtakelse av omsorg for barn, tvangsinleggelse på psykiatrisk sykehus mv. kan vedtakene bringes inn for domstolene til overprøving, og da slik at domstolene kan prøve alle sider av vedtaket, både de lovbestemte vilkår og de sider ved vedtakene som måtte være basert på et friere skjønn, jf. utkastets kapittel 33. Tvangstiltak som nevnt vil være blant de mest inngripende tiltak som kan iverksettes, og det er klart dette stiller særlige krav til tilgang til domstolene og til kvalitet og rettssikkerhet ved behandlingen.

Rettslige konflikter mellom enkeltindivider eller andre private rettssubjekter og offentlige organer kan det også være grunn til å nevne mer generelt og med en langt videre adresse enn til vedtak som innebærer bruk av tvang. Domstolene kan prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak. Selv om det i forhold til det antall forvaltningsvedtak som treffes årlig, er relativt få vedtak som bringes inn for domstolene til rettslig prøving, er likevel domstolskontrollen viktig. Adgangen til å få prøvd gyldigheten av forvaltningsvedtak gir rettssikkerhet for den enkelte og er et betydningsfullt ledd i rettsstaten. Dette gir den føring for reglene i tvisteloven at de må fremme muligheten for en effektiv domstolskontroll med forvaltningen. Det vises ellers til II.18 om rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Perspektivet med rettssikkerhet for individet i forhold til samfunnets maktapparat kan også utvides. Det er andre betydelige maktstrukturer i samfunnet enn det offentlige. Også i forhold til slike andre maktstrukturer må tvisteloven og domstolsbehandlingen ha som funksjon og oppgave å beskytte det enkelte rettssubjekt slik at det ikke utsettes for urett.

Som påpekt i sammenheng med den samfunnsmessige betydning av løsningen av sivile rettstvister, har domstolene – først og fremst Høyesterett – en viktig funksjon ved å virke for rettsavklaring og rettsutvikling. Selv om domstolene er rettsanvendere og avgjør saker på grunnlag av rettsregler, først og fremst lover og forskrifter gitt med hjemmel i lov, er det også helt klart at domstolene har en betydelig rettsavklarende og rettsskapende funksjon. Den rettsoppfatning som kommer til uttrykk gjennom Høyesteretts avgjørelser, binder lavere domstoler og i betydelig grad også Høyesterett selv. Man kan si det slik at domstolene – Høyesterett – supplerer Stortingets lovgivningsvirksomhet, selv om det selvfølgelig i omfang og betydning skjer i en



langt mer beskjeden grad, og bare fragmentarisk i tilknytning til de enkelte saker som kommer opp. Domstolene har også en forfatningsmessig funksjon ved at de kan prøve om lover og stortingsvedtak er i strid med Grunnloven. En slik prøving vil blant annet kunne resultere i at loven blir tolket annerledes i lys av Grunnloven enn det som ville vært naturlig ved en mer isolert fortolkning, eller i at loven blir satt til side. Prøvingen vil skje i tilknytning til en konkret sak, og den umiddelbare virkning vil gjelde denne saken. Men nettopp fordi en slik sak gjerne vil ende opp for Høyesterett, vil avgjørelsen gjennom prejudikatsvirkningen få en mer generell virkning som nevnt.

Tvisteloven må, som påpekt innledningsvis, utformes slik at loven muliggjør en oppfyllelse av de oppgaver domstolene skal løse, og som er skissert foran. Prosessreglene må, sammen med de øvrige rammebetingelser for å kunne fremme saker for domstolene, sikre en reell adgang til domstolsbehandling, slik at de rettslige tvister det er rimelig å få løst av domstolene faktisk blir løst. Særlig viktige hensyn ved utformingen vil være: (1) Domstolene må være tilgjengelige som tvisteløsningsorgan. (2) Tvisteløsningen må være forsvarlig med henblikk på materielt riktige avgjørelser. (3) Tvister for domstolene må kunne løses innen rimelig tid og (4) med prosessomkostninger som for partene og samfunnet er akseptable. Disse hensynene er delvis samvirkende, men vil også i noen grad kunne være motstridende ved regelutformingen, og det må da skje en avveining mellom dem. Denne avveiningen kan falle forskjellig ut i forhold til ulike kategorier tvister.

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

Ved tvister om småkrav – og også krav som kanskje heller bør betegnes som «middels» eller «mellomstore» – hvor tvisten ikke har prinsipiell betydning ut over den aktuelle sak, vil hensynet til prosessøkonomi måtte stå helt sentralt. Alternativet til en billig prosess vil i et slikt tilfelle lett bli ingen prosess, fordi partene da ikke ser seg økonomisk i stand til, eller tjent med, å få løst tvisten for domstolene. Ved behandlingen av saker om tvangsinngrep vil andre hensyn, nemlig hensynet til forsvarlighet i behandlingen og derved rettssikkerhet for den berørte, være det helt sentrale. Hensynet

til prosessøkonomi må her tre i bakgrunnen sammenliknet med betydningen av å oppnå en materielt riktig avgjørelse. I noen grad må også andre sivile rettslige konflikter mellom private rettssubjekter og det offentlige maktapparat ses under en tilsvarende synsvinkel. Det er nødvendig å utforme prosessreglene slik at domstolskontrollen med forvaltningen blir effektiv og ivaretar rettssikkerhets-hensyn for den berørte part. Dette er som påpekt viktig for den enkelte berørte og for samfunnet. Men saker mellom private parter og det offentlige vil være av sterkt varierende karakter, og det kan ikke i sin alminnelighet slås fast at prosessreglene for prøving av forvaltningsvedtak må utformes uten hensyn blant annet til prosessøkonomi. Det er for øvrig i denne sammenheng grunn til å minne om at enkeltindivider også kan komme i konflikt med andre maktstrukturer enn det offentlige som ut fra posisjon, kompetanse og andre forhold har en helt annen og større ressursstyrke. Også i slike konfliktforhold er det viktig at prosessreglene åpner for prosessmulighet for «den lille mann» og om mulig med samme prosesstyrke, jf. her II.3.13 om likhet i prosessuelle ressurser – «equality of arms».

Domstolenes, og da i praksis Høyesteretts, rettsavklarende og rettsskapende funksjon er viktig. Skal denne oppgaven kunne oppfylles, må det legges til rette for at prinsipielt viktige saker blir fremmet for Høyesterett. Blant annet reglene for utvelgelse av saker til Høyesterett og reglene om direkte anke vil her være av betydning. Behandlingsreglene bør, gjennom regler om avgrensning av ankesaken for Høyesterett, ta sikte på at saken kan konsentreres om de prinsipielle spørsmål. Videre vil reglene for Høyesteretts sammensetning i den enkelte sak være av betydning. Generelt vil det øke autoriteten av avgjørelsene jo større del av Høyesteretts dommere som deltar i den enkelte sak.

Det er grunn til å nevne at det også på annen måte enn gjennom tvistelovens regler må sørges for at prinsipielt viktige saker faktisk kan fremmes for domstolene, og at partene i tvisten ikke er henvist til å nøye seg med en avgjørelse i en eller annen tvisteløsningsnemnd fordi det er for dyrt å gå til domstolene. Prosessreglene må være slik at de, sammen med øvrige rammebetingelser for domstolsbehandling, sikrer en reell adgang til domstolene.

### 3.2 Folkerettslige og internasjonale føringer for tvistemålsloven

Det er en rekke viktige regler av folkerettslig og

internasjonal karakter som gir føringer av stor betydning for norske prosessregler, herunder reglene i en sivilprosesslov.

Ved lov 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) ble tre helt sentrale menneskerettighetskonvensjoner gjort til intern norsk rett. Det gjelder Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, EMK, med angitte tilleggsprotokoller, FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med to tilleggsprotokoller. Etter menneskerettsloven § 3 skal bestemmelsene i de inkorporerte lover og protokoller ved motstrid gå foran bestemmelsene i norsk lov. Det har som konsekvens at disse reglene – herunder den alminnelige regel om retten til rettfærdig rettergang så langt de har betydning for sivile saker – vil supplere reglene i tvistemålsloven og ved eventuelle konflikt gå foran disse.

Etter tvistemålslovens § 36 a gjelder tvistemålsloven «med de begrensninger som følger av overenskomst med fremmed stat.» En slik bestemmelse om at blant annet folkerettslige regler om immunitet og domstolenes internasjonale kompetanse må anvendes som begrensninger og supplement til de norske prosessreglene, må også tas inn i den nye loven. Om denne bestemmelsen vises til II.4.5 og § 1-2 og bemerkningene til denne bestemmelsen.

Viktige internasjonale føringer gir de domskonvensjoner Norge er tilsluttet. Den konvensjonen som uten tvil er den viktigste, er Luganokonvensjonen. Det er en såkalt dobbelt konvensjon, som både regulerer domstolenes internasjonale kompetanse og gir regler om anerkjennelse og fullbyrdelse av fremmede dommer. EFTA og EU-landene er tilsluttet konvensjonen. Det er i denne forbindelse grunn til å tilføye at det i regi av Haagkonferansen for internasjonal privatrett er utarbeidet et utkast til en global domskonvensjon, som skal behandles på en diplomatkonferanse i 2001-2002. Det gjenstår å se om konvensjonsutkastet kommer gjennom diplomatkonferansen og får den nødvendige tilslutning gjennom ratifikasjoner. Lykkes man her, vil det kunne innebære et meget betydelig sprang i retning av å regulere domstolenes internasjonale kompetanse og gi regler for anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer.

Også EØS-avtalen og de regler som er gitt i henhold til denne, er av betydning for reglene om behandlingen av sivile rettsvister for utformingen av tvisteloven. Det gjelder både regler som er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven eller annen gjennomføringslovgivning og regler som Norge er forpliktet til å gi gjennomslag for. Som et eksempel

kan nevnes de krav til likebehandling som følger av EØS-regelverket, se nærmere II.4.2.3.

Folkerettslige og internasjonale reglers betydning for tvistemålsloven er så omfattende og så stor at utvalget har funnet det nødvendig å gi dette en utførlig behandling i et eget kapittel. Det vises til II.4.

### 3.3 Alternativ tvisteløsning

Tvistemålsloven gir regler for behandling og avgjørelse av sivile rettsvister. Behandlingen er lagt opp til at tvisten skal løses ved avgjørelse av retten, eventuelt ved rettsforlik etter mekling for domstolene. Særlig det siste tiår er det internasjonalt vokst frem en forståelse av at tradisjonell tvisteløsning for domstolene bør suppleres med annen tvisteløsning og med andre tvisteløsningsmetoder. Det legges vekt på at tvisteløsning i større grad bør skje utenfor domstolsapparatet eller utenfor tradisjonell voldgift, og at også saker som er fremmet for domstolene bør søkes løst på annen måte enn ved tradisjonell behandling. Slik alternativ tvisteløsning betegnes internasjonalt som ADR – alternative dispute resolution. Bakgrunnen for fremveksten av alternativ tvisteløsning er blant annet behov for raskere og billigere løsningsmåter. Dessuten åpner alternativ tvisteløsning i mange tilfeller for løsninger som bedre kan tilpasses partenes behov enn en «enten eller avgjørelse» ved dom, begrenset til det som er tvistegjenstanden i saken.

Alternativ tvisteløsning må også stå sentralt ved utformingen av tvisteloven. Det må åpnes for alternativer til løsning gjennom rettsavgjørelser eller tradisjonell mekling og rettsforlik for saker som er brakt inn for domstolene. Videre må tvisteloven på ulike måter tjene som incitament til at tvister kan bli løst på annen måte enn ved å bli bakt inn for domstolene. Dette kan skje gjennom regler om at partene plikter å forsøke å løse saken i minnelighet før den bringes inn for domstolene eller at det kan ha negative konsekvenser, f.eks. i form av økt omkostningsansvar, om slikt forsøk ikke er gjort. Videre er det grunn til å gi regler i tvisteloven om utenrettslig mekling.

Utvalget drøfter nærmere den plass alternativ tvisteløsning må ha tvisteloven under II.7, se også II.6 om behandling av rettslige tvister før sak reises.

### 3.4 Domstolsterskelen. Praktisk tilrettelegging. Prosessøkonomi og omkostningsrisiko

Utvalget vil nedenfor under II.3.5 mer generelt gå inn på at det må være et rimelig forhold – proporsjonalitet – mellom behandlingen og det som behandles. Et aspekt ved dette – som det kan være grunn til å ta opp særskilt – er at domstolsterskelen må tilpasses de aktuelle tvister. Det å reise en sak, eller bli trukket inn i en sak, for domstolene kan nok for mange «vanlige folk» fortone seg som alvorlig, kanskje også skremmende. Prosessreglene må søkes utformet slik at den terskel eller sperre som ligger her, ikke gjøres større enn nødvendig. Det må være relativt enkelt for folk å gå til domstolene og få avgjort mer alminnelige rettstvister, rettstvister av den typen folk kommer bort i som eiere eller kjøpere og selgere av bolig, kjøpere av mer kostbare forbruksvarer mv.

Den part som er representert med advokat, vil ha den hjelp som er nødvendig for å få fremmet sin sak på en forsvarlig måte. Men det må også være mulig for den som ikke har råd til eller av andre grunner ikke vil engasjere advokat, å få fremmet og behandlet sin sak forsvarlig. Det tilsier blant annet at det må være mulig å gå til domstolene og få satt opp stevning og tilsvaer, og at domstolene for øvrig har en plikt til å veilede om behandlingsreglene og i noen grad også om de materielle sider ved saken, se II.3.9 og §§ 5-4 og 16-1(2) og bemerkningene til disse bestemmelsene. At søksmålsterskelen ikke må gjøres for høy, kan også tilsi at kravene til innhold av stevning og tilsvaer ikke gjøres spesielt strenge. Men dette hensynet krysses av at stevning og tilsvaer er dokumenter som angir rammen for saken. De skal bidra til å klargjøre hvor det er tvist og ikke minst skal de bidra til at partene skal kunne forberede seg på hva som blir gjort gjeldende fra den annen side. Det tilføyes at med den veiledning som domstolene plikter å gi i forbindelse med at stevning og tilsvaer settes opp, bør ikke de krav som utkastet stiller til stevning og tilsvaer, være noe stengsel for at en part skal få fremmet sin sak eller ivarett sine interesser på en god måte.

Av stor betydning vil også kunne være de muligheter for generell veiledning om partenes plikter og rettigheter, og om hvordan man som part må forholde seg i prosessen, som vil kunne gis ved generell informasjon fra domstolene. Det bør være informasjon som er tilgjengelig elektronisk i tilknytning til hjemmesider for de enkelte domstoler eller Domstoladministrasjonen og i form av brosjyrer mv. Som et eksempel kan nevnes utfor-

ming og innhold av stevning. Kravene til stevning bør kunne illustreres gjennom eksempler og forklaringer i tilknytning til disse. For enkelte mer vanlige sakstyper vil det kunne være aktuelt å lage skisser til stevninger i form av skjemaer som kan fylles ut. Tvistemålsutvalget vil understreke at her har domstolene og Domstoladministrasjonen en meget viktig informasjonsoppgave, en informasjonsoppgave som til nå ikke har vært løst tilfredsstillende.

Den vesentligste søksmålsterskelen vil for mange være den økonomiske belastningen ved å reise sak. I svært mange saker vil en part, selv om man hensyntar domstolens plikt til å veilede, ha et reelt behov for å være representert av advokat. Det vil kunne være kostbart. Det vil også være en økonomisk risiko i forhold til den annen part ved at man kan bli ilagt saksomkostninger. Det vil være et hensyn av vesentlig vekt at prosessen gjøres rimelig, men dette hensyn kan kollidere med hensynet til forsvarlighet og grundighet, jf. nedenfor under II.3.5. Men generelt er det helt klart at det er et viktig hensyn ved utformingen av behandlingsreglene å ha for øye de omkostninger de ulike krav til behandlingen vil medføre. Når det gjelder omkostningsrisiko i forhold til den annen part, kan det bli spørsmål om retten til omkostningsdekning i noen situasjoner bør begrenses, og det vil også være viktig at reglene gir forutsigbarhet for omkostningsrisikoen, både med hensyn til om omkostninger kan bli ilagt og størrelsen av omkostningene, se II.20, særlig II.20.1 og II.20.9.

Bemerkningene foran er først og fremst knyttet til småkrav og mer «dagligdagse» tvister. Andre tvister kan reise helt andre saksbehandlingsbehov. Det kan være større tvister mellom forretningsdrivende. Her vil partene unntaksfritt benytte seg av advokater, og prosessen behøver ikke og bør heller ikke være innrettet på at «terskelen» skal være lav og behandlingen skal være enkel. Tvert i mot er det på flere punkter grunn til å skjerpe behandlingskravene i forhold til det som i dag gjelder. Dette peker mot at det kan være grunn til å gi ulike regler for ulike kategorier tvister, alternativt at reglene utformes slik at de i betydelig grad ved anvendelsen kan tilpasses de behandlingsbehov den foreliggende type tvist reiser.

### 3.5 Forsvarlighet, proporsjonalitet mv.

Det er et selvsagt og et meget viktig hensyn ved tvisteloven at reglene utformes med det for øyet at tvistene skal bli løst med det materielle riktige resultat. Dette gir føringer for regler om rett til

å føre bevis, om oppnevning av sakkyndige, om bevisføringsmåten, om rett til innsyn og adgang til å uttale seg om det som fremkommer i saken, om rettsmiddeladgangen mv. Prosessreglene skal gi metoder som leder frem til den materielt korrekte løsning.

På det individuelle plan gir EMK artikkel 6(1) rett til en rettferdig rettergang. Retten til en rettferdig rettergang vil generelt bygge opp under krav til forsvarlighet i behandlingen. Det igjen vil oftest støtte opp under de metoder som anvendes av hensynet til å nå frem til materielt riktige resultater, f.eks. kontradiksjon.

Men selv om det er et grunnleggende hensyn å utforme prosessreglene med henblikk på å nå frem til materielt riktige resultater, og at EMK artikkel 6(1) gir partene rett til en rettferdig rettergang, og at dette stiller krav til forsvarlighet i behandlingen, kan ikke forsvarlighetskravet alltid gå foran et hvert annet hensyn. EMK artikkel 6(1) angir selv at man har rett til rettergang innen rimelig tid. Det kan i noen tilfeller være en motsetning mellom hurtighet i behandlingen og hensynet til forsvarlighet, hvis man med det utelukkende ser på muligheten for å nå det materielt riktigste resultat.

Men også andre hensyn enn hensynet til forsvarlighet og hensynet til hurtighet i behandlingen må ha sin plass i prosessen, også i forhold til hva som skal være en «rettferdig rettergang». Her kommer hensynet til proporsjonalitet inn med tyngde. Det sier seg nærmest selv at det må være et rimelig forhold mellom betydningen av det som behandles i en rettslig tvist og behandlingen – ikke minst omkostningene ved denne. Hvis det her ikke er et rimelig forhold, vil resultatet lett bli at de som involveres i en rettslig tvist ikke har råd til å gå til domstolene for å få denne løst, eller at en part som trekkes inn for domstolene, ikke tør annet enn å gi seg av frykt for konsekvensene. Det kan føre til at berettigete krav ikke fremmes for domstolene eller at uberettigete krav fører frem. Dette er uheldig ut fra hensynet til rettssikkerhet for den enkelte og ut fra de samfunnsmessige virkninger det kan få at den materielle retten ikke blir gjennomført, jf. foran under II.3.1.

Dagens tvistemålslov er ikke bygget på noe gjennomgående prinsipp om proporsjonalitet mellom betydningen av den aktuelle tvisten og reglene om behandlingen av den. Det er de samme regler som får anvendelse ved behandlingen av et krav på kr 25 000 som bygger på et enkelt faktisk forhold, som vil gjelde for en komplisert sak om millionverdier. Dette kan være en indikasjon på at de nåværende regler har en innebygget fleksibilitet, slik at det enkle kan behandles enkelt og det kompliserte

kan gis en mer omfattende og grundig behandling. Dette er delvis riktig, men også bare delvis. Generelt må det sies at våre nåværende regler i for liten grad åpner for en enkel behandling av de enkle og oversiktlige tvister som også gjelder små verdier. Utvalget kommer tilbake til dette i tilknytning småkravsprosessen, se II.11. Det er videre en svakhet ved dagens regler at de i for liten grad tilgodeser særlige behandlingsbehov som viktige og kompliserte tvister kan reise. Forsvarlig behandling av kompliserte og viktige tvister kan blant annet nødvendiggjøre at det gis anledning til å inngi skriftlige utredninger som en del av avgjørelsesgrunnlaget i saken, for særlige rettslige og faktiske spørsmål. Tvistemålsloven åpner ikke for dette med mindre det er enighet om slik behandling fra partenes side.

Men selv om det ikke er lagt til grunn noe alminnelig proporsjonalitetshensyn ved utformingen av dagens tvistemålslov, har likevel dette hensynet gitt seg visse konkrete utslag. Her kan for det første nevnes reglene om ankesum. Rett til anke til lagmannsrett og Høyesterett forutsetter at ankegjensstanden har en verdi på henholdsvis kr 20 000 og kr 100 000 eller mer. Reglene om forenklet rettergang er et annet eksempel på et forsøk på å tilpasse prosessreglene til betydningen av tvisten. Rent faktisk har imidlertid reglene om forenklet rettergang hatt liten betydning. De brukes praktisk talt ikke.

På ett punkt er det i den nåværende tvistemålslov tatt et betydningsfullt skritt bort fra en proporsjonalitetstankegang. Det gjelder opphevelsen av beløpsgrensen for forliksrådets adgang til å avsi dom i saker om formuesverdier. Den alminnelige domskompetanse for forliksrådet har ført til en nærmest dramatisk økning i avsigelse av ordinære dommer (ikke uteblivelsesdommer) der, og det i til dels ganske store og betydningsfulle tvister, og etter en rettergang som må karakteriseres som summarisk.

Selv om proporsjonalitetshensynet ikke er kommet direkte til uttrykk i en lovbestemmelse, er det i noen sammenhenger lagt til grunn i praksis at dette hensynet er relevant. Som et eksempel kan her nevnes kravet til kjennelsesgrunner. Om kravet til begrunnelse av kjennelser sier ikke tvistemålsloven § 164 mer enn at kjennelser skal ha grunner. Rettspraksis går imidlertid ut på at dess viktigere saken er for partene, i dess større grad skjerpes kravet til begrunnelse, se Schei side 530. Et eksempel på en proporsjonalitetstankegang gir også kravet til begrunnelse for saksomkostningsavgjørelser. Generelt sett går kravene til begrunnelse her ikke langt. I praksis er det imidlertid i noen grad lagt til grunn et skjerpet krav hvor omkostningene er store, se Schei side 615.

Utvalget mener at hensynet til proporsjonalitet – forholdet mellom betydningen av den aktuelle tvisten og behandlingen av den – må få et større og langt mer gjennomført gjennomslag i tvisteloven. Det er selvfølgelig grenser for hvor langt man kan gå i forenkling av behandlingen av saker av mindre betydning, men innen rimelige grenser tilsier både hensynet til partene i de konkrete tvister og mer samfunnsmessige hensyn at prosessøkonomi står sentralt. I en proporsjonalitetsvurdering må også inngå at en sak kan ha prinsipielle sider ut over den konkrete betydning for partene. Ut fra en proporsjonalitetstankegang må videre gjelde at viktige tvister, både for den enkelte og for samfunnet, må undergis en særlig betryggende behandling. Hensynet til proporsjonalitet bør til dels ivaretas gjennom ulike regelsett, som f.eks. egne regler for småkravsprosess, regler om ankesum mv. Men det bør også i en del regler generelt tas høyde for at det ved det konkrete valg av behandlingsmåte mv., kan tas i betraktning den betydning tvisten har. Regler om avskjæring av perifere bevis bør f.eks. utformes slik at tvistens betydning kommer inn i helhetsvurderingen.

### 3.6 Konsentrasjon og hurtighet

En hurtig prosess er viktig for at partene raskt skal kunne få løst sin tvist. Som påpekt er det krav om rettergang «innen rimelig tid» etter EMK artikkel 6(1). Betydningen av rask behandling i forhold til kravet til en rettferdig rettergang uttrykkes ofte ved «justice delayed is justice denied». Behovet for hurtighet ved behandlingen vil selvsagt variere med hva slags type tvist saken gjelder, men det er uten tvil klart at det i mange tilfeller er svært viktig for partene å få løst tvisten raskt. Helt generelt gjelder det at en rettslig tvist tar ressurser og krefter hos mange parter, og at det derfor er viktig snarest å få brakt tvisten ut av verden.

Men det er klart at hurtighet ikke er det eneste hensynet som kommer inn ved behandlingen. Et hensyn som rask behandling kan komme i konflikt med, kan være hensynet til forsvarlig behandling. Det er en konflikt som kan være aktuell blant annet ved spørsmål om det skal oppnevnes sakkyndige. Her må det skje en avveining, uten at det kan sies generelt at hensynet til hurtighet må vike for hensynet til forsvarlighet eller omvendt. Det behøver imidlertid slett ikke være noen konflikt f.eks. mellom hensynet til rask behandling og hensynet til forsvarlighet – og da forsvarlighet med henblikk på å komme frem til et materielt riktig resultat. Svært ofte vil det være mulig å få til en fullt ut forsvarlig

behandling gjennom en strukturering og konsentrasjon av behandlingen – dels en konsentrasjon i tid og dels en konsentrasjon om tema, de viktige og omtvistete deler av saken.

Dette med konsentrasjon er av stor betydning for å oppnå en hurtig behandling. Men det er, som antydnet, også viktig at behandlingen for domstolene i det vesentlige begrenses til å gjelde de sentrale delene av saken, og det av de sentrale delene som er omtvistet. Det vil igjen ha betydning for den tiden som brukes på saken, men også i høy grad for de ressurser partene og domstolene bruker på den. Om behandlingen i større utstrekning konsentreres om de sentrale og omtvistete deler av sakene, er det også grunn til å tro at dette i noen grad generelt vil kunne øke sannsynligheten for materielt riktige avgjørelser. Konsentrasjon av behandlingen kan altså være av betydning både for tidsforbruket, bruken av ressurser ellers og for et riktig utfall av tvisten.

### 3.7 Rettens aktive saksstyring

Ikke minst hensynene til konsentrasjon og hurtighet, men også andre hensyn som f.eks. proporsjonalitet, nødvendiggjør en aktiv saksstyring fra rettens side. Skal saken konsentreres om de sentrale og omtvistete spørsmål, og behandlingen tilpasses betydningen av tvisten, tilsier erfaring at dette ikke vil skje – iallfall på langt nær i alle saker – utelukkende gjennom det prosessopplegg partene velger. Dersom konsentrasjon, hurtighet og proporsjonalitet skal oppnås, må retten komme sentralt inn og ha det avgjørende ord ved struktureringen av saksforberedelsen og hovedforhandlingen.

I atskillig grad har det nok vært en tradisjon ved norske domstoler at retten – dommeren – har nøydt seg med å opptre som en nøytral og nokså tilbaketrukket og passiv tredjemann. Partene har hatt det faktiske herredømmet over saksforberedelsen og langt på vei også over hovedforhandlingen. Dommeren har avgrenset sin oppgave til å avgjøre selve tvisten, eventuelt også å treffe prosessstyrende avgjørelser underveis i tilfelle tvist om saksbehandlingen. Dette bildet har imidlertid neppe noen gang vært helt dekkende for domstolene som helhet. I dag er det i mange domstoler en bevisst holdning til betydningen av at dommeren aktivt styrer så vel saksforberedelse som hovedforhandling med henblikk på en rask og hensiktsmessig avvikling av saken. En aktiv dommerstyring av hovedforhandlingen har en hjemmel i tvistemålsloven § 327. Også for saksforberedelsen gir flere bestemmelser holdepunkter for at dommeren skal

utvise aktivitet for at saken skal bringes frem til hovedforhandling og avslutning.

I en moderne tvistelov er det klart at en plikt og adgang for retten til aktiv saksstyring må lovfestes. En prosessordning hvor særlig saksforberedelsen lever sitt eget ukontrollerte liv, med de konsekvenser det medfører for manglende konsentrasjon og driv i gjennomføringen av sakene, kan ikke videreføres i tvisteloven. Rettens aktive saksstyring må lovfestes. Det bør dels gjøres ved en gjennomgående og alminnelig regel om en slik rett og plikt, og det bør også i noen grad gis direktiver for viktige elementer i denne aktive saksstyringen.

Plikten til aktiv saksstyring må inntre fra saken kommer inn for retten ved stevning. Stevningen må gjennomgås med henblikk på å få rettet opp feil og mangler som ellers kunne være til hinder for at saken kunne fremmes. Det samme gjelder for feil som på annen måte kan forsinke fremdriften av saken eller ellers være uhenksom for en effektiv fremdrift.

Allerede i forbindelse med at det gis pålegg om og frist for tilsvaret, kan det være grunn for retten til å overveie om det bør tas opp spørsmål ved den videre saksforberedelse. Vanligvis vil det nok imidlertid være like hensiktsmessig å vente med dette til tilsvaret er avgitt og ta det opp med begge parter i et saksforberedende rettsmøte eller fjernmøte. Når tilsvaret er innkommet, må dette selv sagt gjennomgås nøye av retten, ikke bare for å se om det foreligger mangler ved tilsvaret som må rettes opp, men like mye for å se om det er klarlagt hva som er omtvistet mellom partene, og hva som må klarlegges for den videre saksforberedelse.

Tidspunktet da tilsvaret er avgitt, er kritisk i saksforberedelsen. Dersom det nå ikke utvises aktivitet fra rettens side, men tilsvaret bare sendes ut, eventuelt med frist til bemerkninger, kan man få en slik tidkrevende saksforberedelse, uten styring, som til nå har vært ganske vanlig. Det blir utveksling av en rekke prosesskrift, hvor saken beveger seg sakte fremover i små skritt. Dommeren nøyer seg med å oversende prosesskriftene, kanskje stadig med påskriften «oversendes med frist til ... for eventuelle bemerkninger». Ganske typisk for denne type saksforberedelse er at det også fra rettens side ikke gripes fatt i krav eller anmodning om dokumentfremleggelse, oppnevning av sakkyndige mv.

Det må etter de regler om aktiv saksstyring som gis, kreves at retten – saksforberedende dommer – bringer klarhet i hvilke anførsler eller innsigelser partene vil komme med, hvilke bevis det for dem er aktuelt å føre, herunder hvilke krav som vil bli fremsatt om dokumentfremleggelse, tilgang til elektronisk lagret materiale, gjenstander mv., krav

om sakkyndige, om det skal oppnevnes fagkyndige meddommere mv. Kort sagt skal den videre fremdrift av saken struktureres. Det må settes frister for fremsettelse av prosessuelle krav overfor motparten og frister for partenes egne prosesshandlinger. Fristene må fastsettes ut fra at saken skal avvikles innen rimelig tid. Bare helt unntaksvis kan det åpnes for at fristene settes slik at hoved- eller ankeforhandling ikke kan avvikles innen 6 måneder etter at stevning eller anke over dom kom inn til retten. Det må knyttes sanksjoner til oversittelse av frister.

Som et selvfølgelig ledd i struktureringen av den videre saksgangen, må det også fastsettes tid for hovedforhandlingen. Dagens praksis ved mange domstoler om at hovedforhandling ikke berammes før saksforberedelsen iallfall på det nærmeste er ferdig, kan ikke opprettholdes. Et slikt system får saksforberedelsen i seg selv til å trekke ut, og det medfører at hovedforhandlinger jevnt over kommer på et langt senere tidspunkt enn om berømmelse hadde skjedd umiddelbart etter at tilsvaret var avgitt.

Mange saker vil være relativt enkle i den forstand at de gjelder ett rettsspørsmål med et begrenset antall bevis. Da kan struktureringen av saksforberedelsen og kontakten med partene gjøres meget enkel. Men andre saker vil kunne være kompliserte. Her vil det kunne være vanskeligere å strukturere et hensiktsmessig opplegg for saksforberedelsen. At det kan være vanskelig, er imidlertid noe ganske annet enn at det ikke bør gjøres. Det er nettopp i kompliserte saker at det er særlig viktig med en slik strukturering. I mer kompliserte saker vil det i noen tilfeller kunne bli nødvendig å justere et fastsatt opplegg for saksforberedelsen. Det er imidlertid viktig å understreke at dette må forutsette en beslutning fra rettens side i samråd med partene. Det skal ikke være opp til partene verken ensidig eller ved enighet å fravike det opplegg retten har fastsatt. Tvisteloven må bygge på den hovedregel at frister skal holdes, og at det skal foreligge reelle grunner for at utsettelse skal gis.

En hensiktsmessig strukturering av saksforberedelsen forutsetter kontakt og drøftelser mellom dommeren og partene, vanligvis partenes advokater. I større og mer kompliserte saker vil det være nærliggende å holde et muntlig saksforberedende møte. I saker av normal størrelse eller mindre saker vil også et slikt saksforberedende møte kunne være nyttig, men omkostningene ved at prosessfullmektiger og parter må møte i retten til et eget saksforberedende møte, vil kunne medføre en ressursbruk som ikke er rimelig. I slike tilfeller vil imidler-

tid et fjernmøte – med dagens teknikk i praksis et telefonmøte, eventuelt en videokonferanse – kunne være hensiktsmessig og meget langt på vei tjene det samme formål som et muntlig saksforberedende møte.

Særlig på ett punkt vil nok imidlertid et muntlig saksforberedende møte være mer hensiktsmessig enn et fjernmøte også i mellomstore og mindre saker. Det er hvor møtet brukes som forum for å undersøke mulighetene for en minnelig ordning og eventuelt foreta mekling eller rettsmekling i tilknytning til møtet. Men også en telefonkonferanse eller andre former for fjernmøter kan være nyttig med henblikk på å få brakt på det rene om det kan være en mulighet for å få i stand en minnelig ordning. Sakens kompleksitet og ressursbruken i forhold til sakens betydning må være sentralt ved valg mellom et møte hvor forberedende dommer og partene er tilstede og et fjernmøte.

Det tilføyes at et saksforberedende møte, eventuelt som fjernmøte, med strukturering av det videre saksforløp, er et tiltak for konsentrasjon og effektivitet i saksbehandlingen som er innført i mange land. I svensk og dansk sivilprosess er det hjemmel for å holde slike saksforberedende møter. I Retsplejerådets innstilling I til Reform af den sivile retspleje, 2001, er det foreslått en regel som ligger nær opp til utvalgets forslag i § 9-4. I de engelske sivilprosessregler (CPR) som trådte i kraft i april 1999, står et saksforberedende møte etter at tilsvaret er avgitt som helt sentralt, og det åpnes her for en detaljert strukturering og styring blant annet gjennom fastsettelse av opplegget for den videre saksforberedelse, herunder fastsettelse av frister mv.

Utvalget har vært inne på betydningen av alternativ tvisteløsning, både uavhengig av domstolsbehandling og innenfor domstolsbehandling, jf. II. 3.3 og nedenfor under II.6 og II.7. Et viktig ledd i dommerens aktive prosessledelse er at det må overveies og tas nødvendig kontakt med henblikk på å få undersøkt om det er mulig å få i stand en minnelig ordning i saken. Det vil kunne være aktuelt å ta slik kontakt i forbindelse med den strukturering av saksforberedelsen som skal skje etter at tilsvaret er inngitt, men i noen tilfeller kan det være grunn til å vente med å ta opp spørsmålet til det gjennom saksforberedelsen har skjedd en videre avklaring av tvisten.

Det er viktig at dommeren fører kontroll med at det opplegg som ble fastsatt for saksforberedelsen, faktisk følges. Skjer det avvik eller oppstår det ellers forhold som tilsier inngripen fra dommerens side, må dette gjøres umiddelbart. Det kan i det hele ikke understrekes sterkt nok at det er rettens plikt å kontrollere at saksforberedelsesopplegget

som er fastsatt følges, og i det hele at de beslutninger fra rettens side som må treffes, faktisk blir truffet. Det må også understrekes at saksforberedelsen kan medføre en utvikling i saken som forutsetter en inngripen fra rettens side, f.eks. ved at det fastsettes frist for å følge opp en bevisføring med begjæring av oppnevning av sakkyndig mv. Plikten til å følge med i at et strukturert saksforberedelsesopplegg følges eller plikten til å ta opp andre sider ved saksforberedelsen, påligger retten – saksforberedende dommer – uten at det må foreligge noen begjæring fra den annen part om inngripen fra rettens side.

Også hovedforhandlingen krever styring fra rettens side. I større og mer kompliserte saker vil det være nødvendig at det skjer kontakt mellom retten – forberedende dommer – og partene – prosessfullmektigene – før hovedforhandlingen, slik at det kan lages et hensiktsmessig opplegg for denne. Dette vil regulært kunne ivaretas gjennom et fjernmøte.

I dag skjer det nok en strukturering og styring av saken i betydelig større grad under hovedforhandlingen enn under saksforberedelsen. Som påpekt gir tvistemålsloven § 327 hjemmel for dommerens styring av hovedforhandlingen. Men hjemmelen bør gjøres klarere. Dommerstyringen skal under hovedforhandlingen som ellers skje i lys av de grunnleggende hensyn i prosessen, blant annet forsvarlighet, proporsjonalitet og konsentrasjon. Parten må selvsagt få komme med sine anførsler og rettslige synspunkter og føre relevante bevis og kunne imøtegå motparten. Men dette må skje innen en styrt ramme. Det må kunne slås ned på gjentakelser og vidløftiggjøringer. Innlegg og bevisføring skal rettes mot faktiske og rettslige forhold som er viktige og som er omtvistet. Det må gis en vidtrekkende hjemmel for avskjæring fra rettens side for det som faller utenfor en slik ramme. Det bør også iallfall i noen grad åpnes for fastsettelse av tidsrammer dels for rettsmøter som helhet, blant annet med fordeling av tid mellom partene til deres innlegg, og dels også for de enkelte innlegg. Denne type regler om tidsfastsettelser, herunder om tidsrammer for partenes innlegg, er gitt i flere lands sivilprosesslover. Det gjelder blant annet de nye engelske prosessreglene.

En dommerstyrt prosess, og da i motsetning til det som kunne sies å være en partsstyrt prosess eller – mer realistisk – en prosess uten styring, er ikke et mål i seg selv. Hensikten med å innføre en aktiv saksstyring fra rettens side under saksforberedelse og hovedforhandling, er å fremme en prosessordning som ivaretar de hensyn som er viktige for en god prosess, blant annet forsvarlighet, hurtighet og proporsjonalitet. Det er utvalgets klare

oppfatning at dette bare er mulig med en langt mer aktiv og strukturerende rolle for retten i prosessen. Erfaring fra andre land tilsier det. Men også erfaring fra Norge viser det samme. En god del domstoler praktiserer i dag en langt mer aktiv rolle fra rettens side både under saksforberedelsen og hovedforhandlingen, nettopp for å oppnå konsentrasjon og hurtighet. Resultatene har vært gode. Fra dette kunne det synes nær å slutte at de nødvendige endringer kan oppnås innenfor rammen av dagens prosessregler. Det er imidlertid klart ikke situasjonen. Det bør være klarere og mer vidtgående hjemler for saksstyring enn det som følger av dagens lov. Rettens kompetanse bør være videre enn den er etter gjeldende regler. Dernest er forholdet at heller ikke de mer aktive domstolene, kanskje med noen få unntak, praktiserer en saksstyring som går så langt som den bør. Svært ofte er saksstyringen for svak. Et nytt regelverk, med klare plikter for retten – forberedende dommer, må inngå som et nødvendig ledd i det å få til en forandring.

Det er grunn til å understreke at en slik aktiv saksstyring er noe annet enn dommerens rett og eventuelt plikt til å veilede om saksbehandlingen og om forhold av direkte betydning for løsningen tvisten, såkalt prosessuell og materiell veiledning. Det kan meget vel foreligge en plikt til aktiv saksstyring uten at retten har noen vid adgang til å veilede partene om f.eks. hvilke anførsler og innsigelser de bør komme med eller hvilken påstand som bør nedlegges eller om saksbehandlingsreglene. Men i dess større grad det er plikt til prosessuell og materiell prosessledelse, dess større behov vil det være for at retten utviser aktivitet i forhold til denne på et tidlig stadium av saken med henblikk på en effektiv avvikling. Rent faktisk vil det derfor kunne være en sammenheng mellom aktiv saksstyring og prosessuell og materiell prosessledelse. Utvalget kommet tilbake til prosessuell og materiell prosessledelse under II.3.9, se også bemerkningene til § 5-4.

Som påpekt i II.4.3.4, gir EMK artikkel 13, jf. artikkel 6(1) en selvstendig rett til et effektivt rettsmiddel hvis en sak ikke er avgjort innen «rimelig tid». Rettsmidlet skal sikre at saken bringes ut av dødvannet. Det hender at saker blir liggende uten at noe skjer, både i tilfeller hvor partene tar opp sider ved behandlingen, f.eks. fremsetter krav om dokumentfremleggelse, og i tilfeller hvor heller ikke partene foretar seg noe. Dessverre skjer det også at det går urimelig lang tid fra hovedforhandling holdes til dom avsies.

Etter § 5-5 har retten plikt til aktiv saksstyring. I dette ligger det også at saken effektivt skal brin-

ges til avslutning, jf. § 5-5(1). Dels for å tilfredsstille det krav som følger av EMK artikkel 13, jf. artikkel 6(1), og dels for å sikre at kravet til effektiv saksstyring blir etterlevd, må det bygges inn i reglene mulighet for å gripe inn mot sen behandling eller unnlatt behandling fra rettens side. Det bør gjøres gjennom en rett og plikt for domstollederen til å gripe inn og også en mulighet for å bringe behandlingen inn for overordnet domstol. Regler om dette er foreslått i utkastet § 5-6.

### **3.8 Partsprosess eller domstolsdominert prosess? Grunnleggende regler om partenes og rettens rådighet, rettigheter og plikter**

Svaret på spørsmålet i overskriften er at vår prosess er, og etter utvalgets forslag fortsatt skal være, en partsprosess og ikke en domstolsdominert prosess. At retten har en plikt til aktiv saksstyring, innebærer at retten gjennom kontakt med partene, og om nødvendig gjennom rettslige beslutninger, skal legge et løp for gjennomføringen av saksforberedelsen og hovedforhandlingen. Retten skal sette de nødvendige frister for begjæringer, avgjøre prosessuelle krav og i det hele gi de nødvendige rammer for partenes prosessførsel. Men det er opp til partene å fremme saken og de enkelte krav, skaffe frem det nødvendige bevismateriale mv. De økte krav til rettens saksstyring, som må ses i sammenheng blant annet med behov for hurtighet, konsentrasjon og prosessøkonomi, gjør imidlertid at prosessen i mindre grad blir partsstyrt og partsdominert enn til nå. Men at vi fortsatt vil ha en partsprosess i den forstand vi er vant til å bruke begrepet, er ikke tvilsomt. Partsprosessen vil imidlertid finne sted i et annet juridisk landskap – innen en strammere ramme – enn tidligere, i den forstand at det stilles andre og økte krav og vilkår til prosessen.

Ved spørsmålsstillingen partsprosess eller domstolsdominert prosess er det for øvrig grunn til å tilføye at utvalgets forslag på prinsipielt viktige punkter innebærer en styrking av partsprosessen i forhold til dagens regler. Partene skal ha en ubetinget rett til å uttale seg om viktige rettslige spørsmål retten vil bygge avgjørelsen på, og partene – forutsatt enighet mellom dem – skal i saker undergitt fri rådighet fullt ut kunne blokkere en bevisføring retten ønsker å foreta av eget tiltak. Som utvalget kommer tilbake til nedenfor, innebærer dette utvidelser av partenes prosessuelle rettigheter og rådighet i prosessen.

Også for tvister om krav partene ikke har fri



rådighet over – såkalte indispositive saker, vil prosessen oftest, iallfall langt på vei, være en partsprosess og ikke en domstolsdominert prosess. Men partenes rådighet over prosessen og rettens stilling og plikter vil her variere i betydelig grad etter karakteren av den aktuelle tvist, se bemerkningene til § 5-3.

Vår sivilprosess bygger på disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Det følger av disse prinsippene at retten bare skal avgjøre de krav partene har fremmet, og at avgjørelsen er bundet av den ramme som er trukket opp gjennom partenes påstander. Videre er retten bundet av partenes anførsler, og det er opp til partene å fremskaffe og føre bevis. Kort kan det sies at partene i stor grad binder retten ved sine prosesshandlinger. Det er visse unntak fra dette, og særlig er unntakene omfattende for saker som ikke er undergitt fri rådighet. Men også i indispositive saker vil partenes prosesshandlinger i atskillig grad binde retten. Når det derimot gjelder rettsanvendelsen, er retten ubundet av partenes syn.

Utvalget kan ikke se det er grunn til å endre disse fundamentale regler, som i dag følger blant annet av tvistemålsloven §§ 85 og 86, om rettens plikt til å holde seg innen rammen av de fremsatte krav, påstander og anførsler, med de modifikasjoner som må gjøres, hovedsakelig for indispositive saker. Detaljene i reglene og eventuelle mindre endringer, vil utvalget komme tilbake til ved de regler som foreslås, se §§ 5-2 og 5-3. Heller ikke hovedregelen om at det er partenes plikt å fremskaffe bevismateriale, er det grunn til å endre. Det bør etter utvalgets mening fortsatt være mulig for retten, også i saker undergitt fri rådighet, å beslutte bevisføring av eget tiltak. Men etter utvalgets mening bør det for slike saker gjelde helt generelt at retten ikke kan sørge for en bevisføring hvis begge parter motsetter seg dette. I dag kan retten beslutte å oppnevne sakkyndige selv om begge parter motsetter seg det. Etter utvalgets mening gir dette en prinsipielt uriktig rollefordeling mellom partene og retten. Når partene ellers fullt ut har rådighet over saken, er det ikke tilstrekkelig begrunnet at retten skal kunne påtvinge partene en bevisføring de ikke ønsker. Om de aktuelle reglene vises til § 5-2(2) annet punktum og § 24-3(2) annet punktum.

Vesentlig mer tvilsomt er det om den regel at retten står fritt i forhold til den påberopte rettsanvendelse, skal beholdes i den absolutte form regelen har i dag. Det synes nok rimelig at retten ikke bør være bundet opp til en bestemt fortolkning av regler partene påberoper, selv om partene er enige om fortolkningen. Dette er helt klart ved mer tra-

disjonell regelgivning som regler om hevd, alminnelige regler om kjøp, leie mv. Men er det like klart ved spesialisert regelgivning, hvor partene gjennom sine prosessfullmektiger har en ekspertise på rettsfeltet, som retten ikke har? Også i slike tilfeller er det trolig fremdeles den beste regel at partene ikke kan binde retten. Det skal svært gode grunner til at retten skal være tvunget til å legge en lovforståelse til grunn som den finner uriktig. Men hva hvis partene ikke en gang har påberopt seg regler, som kanskje er spesialiserte og i høy grad vanskelig å anvende, kanskje med et uklart og lite tilgjengelig rettskildemateriale. Skal retten også kunne anvende slike regler uten at de er påberopt av partene og uten at partene har hatt anledning til å gjøre sin lovforståelse gjeldende? Svaret på den første delen av spørsmålet er ikke opplagt. For at retten skal kunne bygge også på slike ikke påberopte rettsregler, taler blant annet at det vil kunne føles støtende om retten må avsi en dom ut fra en rettsanvendelse den finner uriktig, noe som vil være tilfellet om den må se bort fra rettsregler den mener kan være avgjørende for løsningen av tvisten. På den annen side, er det ikke rimelig og mest i samsvar med rettens nøytralitet at partene har ansvaret og risikoen for valg av sitt prosessopplegg, herunder valg av de rettsregler de vil bygge sitt krav eller forsvar på? Gyldigheten av et slikt argument forutsetter at ikke offentligrettslige hensyn tilsier at reglene anvendes også mot partenes ønske, men da er vi raskt over i krav som må betraktes som indispositive. Ut fra vår retstradisjon og det grunnfestete syn at retten skal anvende retten, er det likevel alt i alt mest nærliggende å holde fast ved at retten i rettsanvendelsen står fritt, også slik at resultatet kan bygges på rettsregler som ikke er påberopt av partene.

Hva med den annen del av det spørsmål som ble stilt ovenfor? Skal retten kunne anvende rettsregler hvor partene ikke har hatt anledning til å gjøre gjeldende sitt syn på anvendelsen av dem? Svaret på dette spørsmålet bør være nei, iallfall hvor det ikke dreier seg om rettsregler som er mer juridisk allemannseie, og hvor regelanvendelsen er klar. Hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier at partene må få anledning til å uttale seg om de rettsregler som legges til grunn i avgjørelsen. Som en del av den materielle veiledningsplikt retten har, må inngå en plikt for retten til å varsle om regler den overveier å anvende i saken og som partene ikke har uttalt seg om anvendelsen av. Slik varsling vil også være nødvendig for at parter skal kunne ha den nødvendige tillit til saksbehandlingen. Se her nærmere § 5-1(3).

### 3.9 Rettens veiledningsplikt

#### 3.9.1 Veiledningsplikten – generelt

Som påpekt under II.3.7, er det ikke noen nødvendig sammenheng mellom en aktiv saksstyring fra rettens side og iallfall det mer generelle spørsmålet om retten bør ha en plikt til å informere om partenes rettigheter og muligheter for så vidt gjelder saksbehandlingen, eller for spørsmål som direkte gjelder muligheten for at parten skal kunne vinne frem i den tvisten som er reist. I noen grad vil nok imidlertid en aktiv saksstyring gi føringer også i retning av plikt til veiledning iallfall om saksbehandlingen – rettigheter, plikter og muligheter her. Når det skjer en strukturering av saksbehandlingen fra rettens side, må det kreves at det gjøres klart overfor partene hva dette innebærer. Her ligger det et nødvendig element av veiledningsplikt i form av et krav til klarhet. Men når utvalget mener at det må etableres ganske vidtgående plikter for retten til veiledning om saksbehandlingen – prosessuell veiledning – er dette ikke begrunnet i at retten har en plikt til aktiv saksstyring, men i det mer grunnleggende forhold at det må søkes unngått at partene lider rettstap fordi de ikke innretter seg etter saksbehandlingsregler det ikke er rimelig å kreve at de (eller deres prosessfullmektig) kjenner.

Det må skilles klart mellom veiledning om saksbehandlingen og veiledning som direkte gjelder sakens materielle spørsmål – hvilke krav som bør fremmes, hvilke påstandsgrunnlag som bør påberopes eller hvilke bevis det er grunn til å føre. Ved veiledning om materielle spørsmål – såkalt materiell prosessledning – gjør det seg gjeldende andre hensyn som tilsier tilbakeholdenhet fra rettens side. Først og fremst er det hensynet til rettens nøytralitet som konfliktløser. Men dette hensynet er, som utvalget kommer tilbake til, ikke det eneste hensyn av vekt ved spørsmålet om det bør være en plikt til veiledning om sakens materielle side.

#### 3.9.2 Rettens veiledning om sakens materielle spørsmål – materiell prosessledning

Det som påberopes fra partenes side, setter rammer for den avgjørelse retten kan treffe, se II.3.8 og §§ 5-2 og 5-3 og bemerkningene til disse bestemmelsene. Et annet spørsmål enn hvilke rammer som er satt gjennom det påberopte, er om retten gjennom veiledning til partene kan ta opp spørsmål om de vil endre eller supplere de fremsatte krav, endre påstander eller anførsler eller føre andre bevis.

Etter gjeldende regler er det helt klart at retten ikke bare kan, men også har en plikt til å bringe klarhet i de krav, påstander, anførsler og bevisstilbud som er fremsatt. I dette ligger det ingen oppfordring fra rettens side overfor en part til å påberope seg noe egentlig nytt, men en oppfordring til å klargjøre hva som allerede er ment fremsatt i saken. Men plikten til materiell prosessledning må gå videre enn dette. Som påpekt under II.3.8, vil retten kunne ha en plikt til blant annet å bringe frem for partene spørsmål om regelanvendelse som partene ikke har uttalt seg om. De bakenforliggende hensyn er dels at avgjørelsen skal ha et forsvarlig grunnlag også for dens rent rettslige sider, og dels det rettferdighetskrav som tilsier at partene må få uttale seg om sentrale forhold for den avgjørelse som skal treffes. Praksis viser at domstolene i noen saker har anvendt et dokumentert bevismateriale på en måte som partene har hatt grunn til å oppfatte som overraskende. Også i slike tilfeller må retten ha en plikt til materiell prosessledning, slik at den varsler partene om den forståelse av bevisene som overveies lagt til grunn. Det avgjørende for om retten skal ha en slik plikt må være om den tilsidesetter de krav som med rimelighet kan stilles til kontradiktorisk saksbehandling.

Om retten også utenfor slike tilfeller som nevnt bør ha noen rett eller plikt til materiell prosessledning, er det ikke så enkelt å gi et generelt svar på. Med en reservasjon for indispositive saker synes det å være et rimelig utgangspunkt at man bør holde fast ved at det er partenes sak å finne frem til krav, anførsler og bevis. Men det er i dag en akseptert oppfatning at retten har adgang – rett – til materiell prosessledning. Det er imidlertid en rett som bør utøves med forsiktighet. Noe annet vil lett komme i motstrid med hensynet til at retten må fremstå som en nøytral konfliktløser. Om retten griper inn og foreslår at parten påberoper seg et rettslig grunnlag eller reiser spørsmål om det, vil dette for den annen part etter omstendighetene kunne fortone seg som om retten ønsker et resultat i en bestemt retning.

Utvalgets vurdering er at det ikke bør gjøres store endringer i de regler som i dag gjelder for materiell prosessledning. Særlig på ett punkt er det imidlertid plass for en reell utvidelse. Det er viktig at sivile saker i langt større grad enn nå gjennom inngripen fra rettens side konsentreres om de punkter i saken som er sentrale, og at man unngår å bruke tid på spørsmål av perifer eller mindre betydning. Det nødvendiggjør at retten gir uttrykk nettopp for hva som er sentralt eller betydningsfullt og hva som ikke er det. Så lenge en slik inngripen skjer med utgangspunkt i partenes pro-

sessopplegg, vil det ikke sette rettens nøytralitet i fare. En annen sak er at en slik materiell prosessledelse, med siling av mindre vesentlige anførsler, bevilstilbud mv., stiller betydelige krav til kvaliteten av den veiledning som gis.

Som påpekt er det i dag på det rene at retten har adgang til å drive materiell prosessledelse, også i den forstand at retten overfor partene kan reise spørsmål om de bør påberope andre anførsler eller bevis enn de som er brakt frem i saken. Retten til slik veiledning støttes først og fremst på at veiledning overfor partene om sakens materielle spørsmål vil kunne fremme avsigelse av materielt riktige avgjørelser. Men som påpekt er det nødvendig at det utvises forsiktighet fra rettens side. Det vil måtte utøves et skjønn om veiledning er på sin plass eller ikke. I skjønnnet må komme inn blant annet om parten har prosessfullmektig til å ivareta sine interesser. I en sak om betaling av gjeld hvor den som er avkrevd betaling er bistått av advokat, bør det f.eks. sjelden være aktuelt for retten å reise spørsmål om han bør påberope seg foreldelse hvor dette ikke er anført som innsigelse mot kravet. Etter omstendighetene kan vurderingen bli en annen hvor denne parten ikke har advokat, og hvor det er nærliggende at foreldelse foreligger og det er ren uvitenhet at dette ikke er anført.

Generelt må det også være et moment av vekt om det fremtrer som rimelig at retten yter veiledning, og at den aktuelle anførsel påberopes. Blant annet foreldelse, som er nevnt foran, vil det, alt etter de konkrete forhold, kunne være urimelig om blir påberopt selv om det nærmest ligger i dagen at innsigelsen vil føre frem. Et annet moment ved vurderingen av om materiell prosessledelse bør gis, vil være det stadiet saken er på. Dess lenger saken er kommet, dess mer forsiktig bør retten være med veiledning om materielle spørsmål.

Som tidligere nevnt har retten etter tvistemålsloven § 190 en avgrenset adgang til å innhente bevis av eget tiltak. Denne retten beholdes i utkastet, se § 5-2(2) annet punktum og § 24-3(2) annet punktum, men slik at partene ved enighet kan blokkere denne adgangen for retten. Også adgangen for retten til av eget tiltak å innhente bevis, bør brukes med forsiktighet.

Retten vil i saker undergitt fri rådighet sjelden ha plikt til materiell prosessledelse, ut over plikten til å søke å klargjøre krav, påstander, anførsler og bevilstilbud. Men det kan nok tenkes unntak hvor saken har særlig stor betydning for parten, se Schei side 376 – 377.

Saker med selvprosederende parter reiser særlige spørsmål i forhold til materiell prosessledelse fra rettens side. Selvprosederende parter vil kunne

mangle kunnskap og innsikt til å ivareta sine interesser i saken på en adekvat måte. Det vil kunne oppstå ubalanse om den selvprosederende parten har en motpart som er bistått av advokat. Den tanke kan synes nær at her må retten komme den selvprosederende part til unnsetning, og sørge for at også hans interesser blir ivaretatt på en god måte. En slik ordning hvor det er rettens oppgave å ivareta en parts interesser i søksmålet, er imidlertid ikke forenlig med rettens oppgave som nøytral konfliktløser. Å finne frem til adekvate anførsler og nødvendige bevilstilbud, vil kunne forutsette en involvering i tvisten som umuliggjør at retten vil kunne se på tvisten med den nødvendige distanse til partene.

Det er imidlertid med dette ikke sagt at det er uten betydning at parten ikke har prosessfullmektig. Dette forhold vil, som tidligere påpekt, være et moment som kan tale for at retten i en konkret situasjon bør veilede om et materielt forhold, og i helt særegne tilfeller at retten har plikt til dette. Retten bør søke å forankre slik veiledning i det parten har opplyst og anført, slik at det så langt mulig får karakter av klargjøring og supplement til det parten selv har kommet med. Til syvende og sist blir det sentralt at rettens inngripen gjennom veiledning ikke må drives så langt at det med rimelighet kan stilles spørsmål ved dens nøytralitet som konfliktløser i saken.

Når det gjelder veiledning om materielle spørsmål, viser utvalget ellers til § 5-4(2) til (5).

### **3.9.3 Rettens plikt til veiledning om prosessuelle forhold og plikt til å tillate retting av feil**

Etter tvistemålsloven § 87 «bør» retten gi partene og andre veiledning for å forebygge eller rette feil og forsømmelser i rettergangen. Særlig skal det gis opplysninger om adgangen til å angripe rettsavgjørelser. Tross ordlyden, er det klart at bestemmelsen etablerer en veiledningsplikt. Den gjelder prosessuelle rettigheter og plikter, ikke sakens materielle spørsmål.

Plikten til å veilede er blant annet avhengig av om en part er representert ved advokat eller ikke. Overfor en part som ikke er representert ved advokat, vil plikten være omfattende. For en part som er representert ved advokat, må hovedregelen være at advokaten skal kjenne de prosessuelle rettigheter og plikter og må ta konsekvensene for seg og sin part om disse ikke følges opp på en god måte, jf. i denne forbindelse § 3-1(3) og § 3-5(2) og bemerkningene til disse bestemmelsene. Men det må være rom for unntak. Det kan gjelde tilfeller

hvor det kan være rimelig tvil om det foreligger noen forsømmelse fra advokatens side eller hvor en feil er begått, men hvor det er nærliggende at den er unnskyldelig. Hvor feilen kan føre til at saken ikke kan fremmes, må det være en betydelig veiledningsplikt også overfor en advokat.

Veiledningsplikten om prosessuelle forhold må ses i sammenheng med en plikt for retten til å la parten rette feil eller forsømmelser som etter sin art kan rettes. Bestemmelser om dette, og begrensninger i rettingsadgangen blant annet ved forsettlig feil, følger av tvistemålsloven § 97. Bestemmelsen gjelder direkte feil som hindrer fremme av saken, men den må forstås slik at den får anvendelse også for prosessuelle feil som ikke har denne virkning, men som det likevel er av betydning å få rettet.

Om den nærmere forståelse av tvistemålsloven §§ 87 og 97 vises til Schei side 378 – 381 og 397 – 403 og Skoghøy side 421 – 430.

Utvalget foreslår i §§ 5-4(1) og 22-1 regler om veiledning og retting. Langt på vei videreføres de regler som i dag følger §§ 87 og 97 slik disse bestemmelsene er forstått i praksis. Om det nærmere innholdet av bestemmelsene vises til bemerkningene til dem. Utvalget peker på som et grunnleggende hensyn ved utformingen, at det er viktig at parter ikke unødig lider rettstap i prosesser. Det er få hensyn i prosessen som taler mot en veiledningsplikt om saksbehandlingen, selv om også en slik veiledning må ha en grense mot en veiledning som kan gi et inntrykk av at retten ikke lenger har rollen som nøytral konfliktløser. Men faren for det er generelt sett langt mindre ved veiledning om prosessuelle forhold enn ved materiell veiledning.

Hvor en part er representert ved prosessfullmektig, kommer noe andre hensyn inn, særlig hvis prosessfullmektigen er advokat. Retten bør som normalregel kunne gå ut fra at advokaten kjenner saksbehandlingsreglene eller kan finne ut av dem. Utvalget mener imidlertid at det er grunn til en noe utvidet plikt til veiledning overfor advokater enn det som følger av dagens praksis. Er situasjonen f.eks. at det er lett for retten å gjøre advokaten oppmerksom på en feil, samtidig som det kan være nærliggende at den feil som er begått beror på en glipp fra advokatens side, må hovedregelen være at retten plikter å yte nødvendig veiledning for å få rettet opp feilen.

Gjeldende tvistemålslov inneholder ikke bare de alminnelige reglene om veiledning og retting i §§ 87 og 97, men har også en del spredte enkeltbestemmelser om dette. Nokså generelt gjelder for disse at de ikke sier mye mer enn det som følger av de alminnelige regler. Utvalget mener bestemt at i en ny lov bør veilednings- og rettingsreglene

begrenses til de alminnelige regler. Det er ikke behov også for enkeltregler som nevnt. Slike enkeltregler, i tillegg til alminnelige og gjennomgående regler, er det dessuten lett å misforstå ved at de kan innby til motsetningsslutninger for tilfeller hvor det ikke er gitt særlige regler.

### 3.10 Muntlig eller skriftlig behandling

Frem til tvistemålsloven av 1915 var vår sivilprosess i betydelig grad skriftlig, se II.2.5. Ved loven av 1915 ble den klare hovedregel muntlighet for så vidt gjelder den behandlingen av tvistegjenstanden som danner grunnlaget for rettens avgjørelse. Noe omtrentlig kan det sies at saksforberedelsen og behandlingen av prosessuelle og prosessstyrende spørsmål etter denne loven skal skje skriftlig, mens hovedforhandlingen og ankeforhandlingen er muntlig. Men det er unntak også fra dette utgangspunktet. Deler av saksforberedelsen kan være muntlig og en del realitetsavgjørelser, blant annet i enkelte ankesaker, kan bli truffet etter en helt ut skriftlig behandling.

Alt i alt innebar loven av 1915 en meget betydelig overgang fra skriftlighet til muntlighet. Det må også være riktig å si at hvor det ble innført muntlig behandling, var adgangen til å fravike dette og heller velge skriftlighet meget begrenset, om det overhodet var noen slik adgang. Grunnen er åpenbar, man ville bort fra skriftlighet. Det var et betydelig problem at behandlingen av de sivile sakene tok til dels meget lang tid. Den skriftlige prosess var ikke egnet til å få frem det korrekte saksforhold. Den skriftlige partsfremstillingen av sakene var omstendelig, preget av formalisme og ga ikke retten den nødvendige veiledning og innsikt. Den skriftlige behandlingen hadde som konsekvens en mangelfull og lite egnet bevisføring. Dommeren hadde i den skriftlige prosess en passiv og tilbaketrasket rolle. Muligheten for en prosessedelse som bragte klarhet i saken, var ikke til stede. For å oppnå endringer i dette, slik at prosessen kunne bli sikrere med henblikk på et materielt riktig resultat, og også bli hurtigere og billigere, så man en overgang til muntlighet som helt nødvendig, jf. her blant annet den oversikt som er gitt i Ot.prp. nr. 1 (1910) side 7 – 13 under V Behovet for en reform av civilprosessen og VI Omkostningerne.

Da grunnlaget for den nåværende tvistemålslov ble lagt, først og fremst i tiåret før forrige århundreskifte og i de første årene etter, var alstå prosessen preget av klare mangler som i betydelig grad kunne føres tilbake til en stivbent og sendrektig skriftlig prosessordning. At man da, når man først

tok spranget over i en muntlig behandling, gjorde muntligheten temmelig unntaksfri, er innlysende. Aktørene i prosessen var vant til det skriftlige. Et innslag av valgfrihet mellom muntlighet og skriftlighet ville lett kunne ført til at man holdt seg til det tilvante, slik at muntligheten ikke ville få det gjennomslag som var nødvendig for å oppnå de tilskitete mål om en bedre prosess.

Utvalget deler i hovedtrekk det syn på muntlighet som lå til grunn for vår forrige store sivilprosessreform. Muntlighet har mange fortrinn fremfor en rendyrket skriftlig prosess. Det gir retten en nærhet til saken og ikke minst til bevisene som det er vanskelig eller umulig å få gjennom utelukkende skriftlig behandling. Muligheten for konsentrasjon og hurtighet vil gjennomgående være større ved gjennomført muntlighet enn ved ren skriftlighet.

Men utvalget har et annet «klima» for sitt utkast enn det Getz og Civilprosesskommisjonen hadde for sine utredninger og utkast. I dag er muntlighet en viktig del av prosesstradisjonen. Vi er også vant til at selv om «hovedelementet» av prosessen – hovedforhandlingen – er muntlig, kan det være vesentlige innslag av skriftlighet. Kjæremålsbehandlingen er f.eks. skriftlig selv i kompliserte og viktige saker, dog med adgang til i særlige tilfeller å beslutte muntlig behandling. Etter utvalgets mening bør valget mellom skriftlig og muntlig behandling, og ikke minst kombinasjoner av skriftlig og muntlig behandling, i dag skje ut fra hensiktsmessighetsvurderinger, hvor blant annet hensynene til forsvarlighet i behandlingen, proporsjonalitet, konsentrasjon og hurtighet inngår som vesentlige elementer. Valget mellom skriftlighet og muntlighet, eller kombinasjoner av dette, må kunne skje uten frykt for at man vil «skli tilbake» til en prosess man først og fremst forbinder med 1800-tallet.

Muntlighet i prosessen er nå ensbetydende med rettsmøter hvor partene eller deres prosessfullmektiger møter, eller i det minste har anledning til å møte. Ved vurderingen av regler om muntlighet i tvisteloven, er det viktig å være oppmerksom på og ta i betraktning de muligheter for muntlighet moderne informasjons- og kommunikasjons-teknologi åpner for uten at aktørene i prosessen fysisk trenger å være til stede på samme sted. Både for drøftelser om behandlingen av saken på et forberedende stadium og for drøftelser og forhandlinger som inngår som ledd i avgjørelsesgrunnlaget, behøver ikke valget stå mellom skriftlighet og muntlighet i tradisjonell forstand. Det må også vurderes muntlighet ved bruk av teknologi som nevnt – med dagens teknologi fjernmøter som videokon-

feranser eller telefonmøter. Spesielt i større saker vil det kunne være grunn til å supplere en muntlig behandling med både skriftlighet og ett eller flere fjernmøter som nevnt. Under saksforberedelsen vil innslag av muntlighet ved bruk av fjernmøter kunne være hensiktsmessig for strukturering av saksforberedelse og hovedforhandling, se blant annet § 9-4(3).

Muntlighet vil ved bevis gjennom forklaringer være en forutsetning for bevisumiddelbarhet – at bevisene kan bli ført umiddelbart for den dømmende rett. Vurderingen av valget mellom skriftlighet og muntlighet må selvfølgelig skje i lys av en slik konsekvens. Det har også vært viktig ved dette valget at muntlig behandling har muliggjort offentlighet. Her er det imidlertid grunn til å peke på at offentlighet også kan ivaretas ved rett til dokumentinnsyn. Det forutsetter imidlertid at retten til dokumentinnsyn er en praktisk realitet. Her kommer igjen moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi inn. Utvalgets utkast forutsetter at prosesstoff skal inngis elektronisk. Teknisk sett legges det da til rette for at det gis mulighet for innsyn i prosessmaterialet.

Utvalget vil i forbindelse med reglene for de forskjellige trinn i prosessen komme tilbake til og drøfte valget mellom muntlighet og skriftlighet, se også den mer sammenhengende drøftelsen i II.9.6. Generelt sett ser utvalget muntlighet og bevisumiddelbarhet som grunnleggende for en god prosessordning. Langt på vei beholdes dagens regler. Men utvalget vil åpne for en noe større bruk av muntlighet der behandlingen i dag skjer skriftlig, og i enkelte saker åpne for et begrenset innslag av skriftlige elementer i den muntlige prosess. I det hele mener utvalget at behandlingen i større grad må tilpasses kompleksiteten og betydningen av de spørsmål som er oppe til behandling, enn om behandlingen gjelder det materielle krav i saken eller et prosessuelt krav.

### 3.11 Bevisvurdering og bevisføring

Vår nåværende tvistemålslov bygger på prinsippene om fri bevisføring og fri bevisvurdering. For saker som behandles muntlig, føres bevisene som den klare hovedregel direkte for den dømmende rett.

Tvisteloven bør baseres på de nevnte utgangspunkter for bevisføring og bevisbedømmelse, se nærmere II.16.4. Prinsippet om fri bevisføring må opprettholdes som en klar hovedregel. Men regelen må tåle unntak. Viktige hensyn taler for at parter og vitner i en del situasjoner må ha taushets-

plikt eller taushetsrett om informasjon de sitter inne med. Når det gjelder disse reglene, er det for øvrig viktig at de forankres i loven og ikke bygger på rettspraksis. Det synliggjør reglene i høyere grad og gir en sikrere anvendelse av dem. Når det gjelder bevisføringen, må proporsjonalitetsprinsippet få betydelig gjennomslag. Det må gjelde blant annet for omfanget av bevisføringen og karakteren av de bevis som skal tillates.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet har, som påpekt under II.3.10, sammenheng med muntlighetsprinsippet. Betydningen av bevisumiddelbarhet må trekkes inn ved valget mellom muntlig og skriftlig behandling. Kravet til bevisumiddelbarhet må ses i lys av moderne informasjonsteknologi, som f.eks. avhør gjennom videokonferanser eller telefonavhør. De tekniske muligheter som foreligger, gjør det etter utvalgets mening riktig å begrense plikten til avhør direkte for den dømmende rett noe, men slett ikke for en mer allmenn overgang til slikt avhør. Muligheten for fjernavhør tilsier for øvrig at middelbare bevis i form av dokumentasjon av forklaringer fra bevisopptak, i betydelig grad erstattes av fjernavhør for den dømmende rett, som normalt vil være klart bedre bevis. Et slikt fjernavhør vil være et umiddelbart bevis i den forstand at forklaringen skjer til den dømmende rett uten at man går veien om noen form for protokollasjon og derved videreformidling fra en annen instans, men det er ikke umiddelbart i den forstand at avhøret skjer av en person som er til stede samme sted som dommere og parter.

Twistemålsloven § 197 setter, med meget begrensede unntak, forbud mot bruk av skriftlige – såkalte utenrettslige – erklæringer. Forbudet er begrunnet i hensynet til umiddelbar bevisføring og hensyn til forsvarlighet og kontradiksjon. Som utvalget kommer tilbake til under II.16.9 og i bemerkningen til § 24-12, ivaretar dagens regler her ikke hensynet til en hensiktsmessig bevisføring på rimelig måte og kolliderer også i en del sammenhenger med forsvarlighetshensyn. Utvalget mener at det i betydelig grad bør åpnes for skriftlige erklæringer, og at det kan gjøres uten at hensynet til kontradiksjon og forsvarlighet behøver å svekkes i noen grad av betydning.

Ved bevisføringen er det et annet viktig aspekt utvalget har vurdert i forbindelse med de mer grunnleggende hensyn en tvisteloven bør bygge på. I angloamerikansk prosess er det gjennom reglene om såkalt discovery åpnet for en omfattende klarlegging av bevismaterialet under saksforberedelsen. Partene har en vidtgående plikt til å gi opplysninger om bevismateriale som de kjenner til, og de har en omfattende plikt til å stille dokumenter og

annet faktisk materiale til disposisjon for den annen part, slik at denne kan se om det her er bevis av interesse. Videre skjer det i betydelig grad bevisopptak (depositions) av så vel vitner som parter, hvor forklaringene nedtegnes i detalj, og det kan inngis spørsmålsskrift – såkalte «interrogatories» – til motparten som skal besvares. Utvalget kommer nærmere tilbake til systemet med discovery under II.16.6.

Innhenting og klarlegging av bevismaterialet gjennom reglene om discovery er i mange saker meget omfattende, kostbar og tidkrevende. Det kan i en prosess som også i høy grad skal ivareta hensynet til prosessøkonomi og hurtighet, ikke komme på tale å innføre et system som nevnt. Men det er grunn til å erkjenne at reglene om discovery gir partene tilgang til viktige bevis og viktig informasjon, slik at de forsvarlig kan ivareta sine interesser i saken, og også slik at det øker mulighetene for å komme frem til materielt riktige resultater. Utvalget mener det bør gis regler som søker å fremme dette, men på en enklere måte enn ved et system som discovery, se II.16.6.4.

### 3.12 Kontradiksjon og innsyn

En part har rett til innsyn i den annen parts innlegg og bevisføring og skal ha muligheter for å kommentere og imøtegå dette. Vi har enkelte kasuistiske regler om kontradiksjon, jf. som viktige eksempler tvistemålsloven § 111 annet ledd og § 401 annet ledd. Bestemmelsene gjelder «faktiske anførsler» og «faktiske opplysninger». Det ligger her ut fra ordlyden en avgrensning mot argumentasjon både om rettslige og faktiske forhold. I hvilken grad en slik begrensning i dag faktisk følger av reglene, behøver utvalget ikke ta stilling til.

I tvisteloven må det generelt gjelde at en part har rett til innsyn i og til å imøtegå opplysninger og argumentasjon fra motparten både om faktiske og rettslige forhold, hvor opplysningene eller argumentasjonen kan gi noe av betydning ut over det som tidligere er fremført i saken. Dette er helt nødvendige rettigheter for å oppnå en rettssikker og rettferdig prosess. Utvalget vil foreslå at dette reguleres i alminnelige regler, se særlig § 5-1(3), og ikke tas inn i enkeltregler for hvert trinn av behandlingen. Skulle man gi regler om rett til innsyn og kontradiksjon alle steder hvor det kunne være aktuelt, ville det måtte bli en mengde regler som for det første ikke ville gi mer enn det som vil følge av alminnelige og gjennomgående regler, og som ville kunne innby til motsetningsslutninger

hvor rett til innsyn og kontradiksjon ikke uttrykkelig var lovfestet.

### 3.13 Likhet i prosessuelle ressurser – «equality of arms»

Det er ingen tvil om at de ressurser partene kan sette inn i prosessen, i en del saker kan få betydning for sakens utfall. Det innebærer at den ressurssterke part kan ha en fordel sammenliknet med en mer ressurs svak part. Et stykke på vei vil og bør ulikhet i ressurser i prosessen kunne utjevnes ved tilførsler av ressurser til den ressurs svake, f.eks. gjennom fri sakførsel. Det vil imidlertid alltid være parter som faller utenfor slike ordninger, og i dag er det store grupper av befolkningen som, ut fra inntekts grensene for fri sakførsel, ikke kvalifiserer for det. Tvisteloven må baseres på at dette vil være den faktiske situasjon også i overskuelig fremtid. Det blir av den grunn viktig å vurdere om tvisteloven kan og bør utformes slik at ulikheter i prosessuelle muligheter søkes gjort uavhengig av de økonomiske ressurser partene har å sette inn i saken. De nye engelske prosessreglene er søkt utformet slik at et prinsipp om prosessuell likestilling som nevnt – «equality of arms» – kan ivaretas.

Flere måter er tenkelige for å oppnå en større grad av prosessuell likestilling mellom parter som har vesentlig ulike økonomiske ressurser å sette inn i saken. Det kan tenkes regler om at det er begrenset hva partene får foreta av prosesshandlinger, med den virkning at prosessen derfor blir billig for begge parter. Den ressurssterke kunne nektes visse prosessskritt, f.eks. å få oppnevnt sakkyndige eller få føre sakkyndige vitner, eller den ressurssterke kunne bli pålagt, som vilkår for å få foreta prosesshandlinger, å stille midler til disposisjon for den annen part slik at denne får anledning til å imøtegå disse prosesshandlingene.

Reglene om proporsjonalitet vil som påpekt ha en effekt i retning av en mer prosessuell likestilling mellom partene. Proporsjonalitet kommer inn på en rekke punkter i prosessen, se for det første § 1-1(2) og ellers blant annet § 9-11(2) tredje punktum, § 9-13(2), § 23-5(1) annet punktum og § 24-8. Men kanskje særlig viktige er de reglene som gir rammen for hvilke saker som skal føres etter reglene for småkravsprosess, og de krav som stilles til verdien av ankegenstanden for at det skal foreligge en rett til anke. Småkravsprosess er en enklere og billigere prosess. Det vil være en prosess flere har råd til. Ved å sette grensen for småkravsprosess lavt, tvinges partene inn i en mer omsten-

delig og kostbar prosess. For mange vil det kunne ha som konsekvens at de ikke ser seg råd til å føre saken eller ta til gjenmæle i den. En lav grense for småkravsprosess vil altså i ekstrem grad kunne lede til prosessuell ubalanse mellom den ressurssterke og den ressurs svake part. Det samme vil en lav økonomisk grense for anke kunne lede til. En ankebehandling vil ofte være kostbar. Settes ankesumsgrensen lavt, vil det kunne føre til en mangel på proporsjonalitet mellom betydningen av tvisten og de totale behandlingsutgifter. Det vil først og fremst være et problem for den ressurs svake, som kan komme i den situasjon at han ikke ser seg i stand til å forsvare den rett han er tilkjent av tingretten.

Det er imidlertid selvsagt grenser for hvor langt man kan gå i å skape prosessuell likestilling ved regler som nevnt, f.eks. regelen i § 24-8 om begrensninger av bevisføringen ut fra proporsjonalitet. Det skal tungtveiende grunner til for å nekte en part å føre bevis som etter reglene ellers skulle tillates. Her vil også EMK artikkel 6(1) sette grenser. Regler om subsidiering kan åpne for at den part som har rett i tvisten, tvinges til å dekke omkostninger for den tapende part. At dette ofte vil være en lite rimelig følge, sier seg selv.

Et tiltak som kan være prosessuelt utjevne, og som for øvrig også kan muliggjøre at ressurs svake parter får anledning til å fremme sin sak for domstolene, er en ordning med betinget rett til salær for den advokat den ressurs svake part bruker i saken – såkalt «conditional fee» for å bruke det engelske uttrykk. Advokaten får da bare rett til å kreve salær av parten hvis partens søksmål fører frem. Til gjengjeld kan advokaten kreve et høyere salær enn om det ikke var satt noe vilkår om gunstig utfall av tvisten for retten til salær. Slike ordninger praktiseres i noen grad i dag på avtalebasis. Det er etter utvalgets mening ikke aktuelt å gi regler om dette i tvisteloven. I sin alminnelighet bør ikke partens plikt til å betale godtgjørelse til egen prosessfullmektig reguleres der, se II.20.3. Men det er grunn til å regne med at avtaler om «conditional fee» etter hvert vil bli mer vanlig, og generelt bidra til å gi ressurs svake parter en større mulighet for å reise sak og gjennomføre saken med prosessuell styrke. En annen sak er at «conditional fee» ordninger ikke vil være aktuelt i en rekke sakstyper, og at det ellers kan være klare svakheter ved slike ordninger, se nærmere II.20.3.

### 3.14 Ulike prosesspor

Sivile saker er ulike, dels i den forstand at de er av ulik betydning for partene, og dels ved de spørsmål sakene reiser, både faktiske og rettslige. Ulikheten i sakene gjør at en må spørre om det er tilstrekkelig med ett sett behandlingsregler, eller om det bør gis ulike sett regler – ulike prosesspor – alt etter sakens betydning og kompleksitet. De nye engelske prosessreglene gir anvisning på ulike spor, først og fremst etter sakens betydning – «small claims track», «fast track» og «multi-track». Alternativet til ulike spor vil være å ha prosessregler som gir den nødvendige fleksibilitet til å fange opp de forskjellige behandlingsbehov som foreligger. I denne forbindelse må det for øvrig tilføyes at selv om det gis flere prosesspor, må reglene ha atskillig fleksibilitet. Men fleksibiliteten behøver ikke være like stor som om det kun gis ett regelsett.

Det vil nok være mulig å bygge inn den nødvendige fleksibilitet i ett regelsett for at behovet for ulik behandling skal bli ivaretatt. Det står likevel for utvalget som klart at det, foruten et sett med «normalregler» – allmennprosessen – må gis iallfall ett spor til. Hensynet til proporsjonalitet tilsier at det gis en særlig småkravsprosess – at behandlingen for små og «middelstore» krav, som utvalget mener bør gjelde for krav opp til 2 G, gjøres langt enklere enn det som ellers er vanlig. Selv om dette nok kan oppnås innenfor ett felles regelsett for alle sivile saker, er det likevel grunn til å gi en særlig småkravsprosess for å sikre at denne forenklete behandlingen får gjennomslag. Alminnelige regler med fleksibilitet må man regne med vil bli praktisert i samsvar med det som er den mest vanlige behandling, og at muligheten for forenkling derfor ikke vil bli benyttet i den grad sakens beskjedne betydning skulle tilsi.

Mer tvilsomt er det om man bør ha et eget spor for de tunge sakene, eller om dette kan dekkes gjennom fleksible regler. Utvalget har vært i tvil her, men er kommet til at et «normalspor» med fleksibilitet – da i tillegg til sporet for småkrav – må være tilstrekkelig, og at også de mer komplekse sakene kan dekkes ved det. Det er i denne forbindelse nødvendig å trekke tråden til rettens aktive saksstyring og den kontakt om saksforberedelse og hovedforhandling det er forutsatt at det skal være mellom retten og partene. I mer komplekse saker av større betydning vil partene nokså unntaksfritt være representert ved advokater. Denne kontakten, kombinert med avtaler om behandlingen eller pålegg fra rettens side f.eks. om skriftlige utredninger om vanskelige faktiske og retts-

lige spørsmål, bør på en god måte kunne sikre en behandling som også er tilpasset de tunge sakene.

### 3.15 Avtaler om prosessreglene – skreddersydd prosess?

For en rekke av saksbehandlingsreglene kan det reises spørsmål om partene bør ha adgang til å inngå avtale om at andre regler skal gjelde i stedet. Dette er en velkjent problemstilling i gjeldende lov. Som et par praktisk viktige bestemmelser kan nevnes at partene kan avtale vernetting eller voldgift, jf. §§ 36 og 452. Adgangen til dette foreslås videreført, se § 4-5 og voldgiftsloven §§ 2-2 og 2-3.

Etter utvalgets mening er det riktig å gå videre på denne veien. Partene bør ha en relativt stor frihet til å avtale andre behandlingsregler der det kan være et rimelig behov for det. De bør blant annet kunne avtale en enklere behandling enn den normale, jf. utkastets § 10-1(2) (b) og (c) hvor partene med rettens samtykke vil kunne avtale behandling etter småkravsprosess for saker hvor allmennprosessen ellers skulle vært anvendt. Men også f.eks. innenfor allmennprosessen bør partene kunne avtale visse endringer i behandlingsmåten, blant annet slik at saken helt ut skal behandles skriftlig eller i en kombinasjon med skriftlighet og muntlighet. Dels kan dette gjøres for å forenkle behandlingen. Men en slik kombinasjon mellom skriftlighet og muntlighet kan også gi en grundigere prosess, som den som i atskillig grad brukes i voldgiftsprosessen. Særlig i internasjonal voldgift, men også i norsk voldgift, spesielt i litt mer kompliserte saker, er det vanlig at partene inngir omfattende skriftlige innlegg hvor det også i detalj argumenteres om de omtvistede faktiske og rettslige sidene ved saken.

Det man kan spørre om er om det bør være en helt generell adgang for partene til å avtale avvikende behandlingsregler. En slik adgang kan synes besnærende. Partene kan da få nøyaktig den tvisteløsningsformen de ønsker. Svaret må likevel bli nei til en uinnskrenket avtaleadgang. For det første er det en god del av behandlingsreglene som ivaretar andre hensyn enn partenes, og det hensyn som partene ikke bør kunne disponere fritt over ved avtale. Som et eksempel kan nevnes offentlighetsreglene. Selv om offentlighet i rettspleien også skal være med å sikre de konkrete parter en tryggende behandling, går hensynet bak reglene langt videre. Videre er det ikke åpenbart at det skal være en ubegrenset adgang for partene til å inngå avtaler som vil belaste domstolsapparatet mer enn de vanlige regler. Et annet og vesentlig hensyn er at en frihet til å avtale de behandlingsregler som



skal anvendes, i betydelig grad vil kunne være tvisteskapende. Våre samlinger av rettsavgjørelser viser tydelig at anvendelsen av prosessregler ofte skaper tvil og problemer. Dette problemet er det grunn til å anta vil kunne bli større hvis prosessen mer generelt skulle bli avtalebestemt. En bedre løsning vil være at loven gir anvisning på alternativer for behandlingen, som kan avtales der det synes å være et særlig behov for dette. Men slike alternativer bør kunne utformes på en måte som i betydelig grad åpner for en avtalefrihet og en valg-adgang om viktige elementer i prosessen.

### 3.16 Saker som ikke er undergitt fri rådighet

Det er et viktig skille i sivilprosessen mellom saker undergitt fri rådighet og saker som ikke er undergitt fri rådighet – mellom såkalte dispositive og indispositive saker. Begrepsbruken er ikke helt god. En sak kan vær dispositiv i en retning, mens parten ikke har fri rådighet i en annen. Det kan f.eks. stå parten fritt om saken eller kravet skal reises, men er det først reist, har retten ansvar for at saken blir opplyst fullt ut forsvarlig. Se nærmere bemerkningene til § 5-3 om hva som ligger i at en sak ikke er undergitt fri rådighet, og i det hele skillet og betydningen av det mellom dispositive og indispositive saker.

Det vil fremgå av bemerkningene til § 5-3 at gruppen av søksmål som ikke er undergitt fri rådighet, er meget sammensatt, og at virkningene av begrensningene i rådigheten må være temmelig forskjellige. Å gi et samlet og detaljert regelsett for behandlingen av saker som ikke er undergitt fri rådighet, er ikke hensiktsmessig og knapt nok mulig. Det er utvalgets oppfatning at regelbehovet for saker som ikke er undergitt fri rådighet, kan ivaretas gjennom en gjennomgående regel som fastlegger at partenes rådighet over prosessopplegget må vike i den grad offentligrettslige hensyn knyttet til det krav som er fremmet nødvendiggjør dette, en regel om at retten plikter å sørge for at kravet får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og dessuten særregler knyttet til bestemte sakstyper. Som et eksempel på det siste kan vises til utkastets kapittel 33 om saker om administrative tvangsvedtak.

### 3.17 Dom etter forenklet domsbehandling

I mange land er det regler om en forenklet behandling hvor det synes åpenbart at et krav som er reist

ikke kan føre frem eller at saksøkte ikke har noen holdbare innsigelser mot det krav som er fremmet. Det gjelder f.eks. i USA og England, som har regler om såkal summary judgment – «summarisk dom». Behovet for slike regler avhenger av hva som er alternativet. Dersom det også for håpløse krav, eller for krav hvor saksøkte bare har håpløse innsigelser, vil være en omstendelig saksforberedelse og hovedforhandling, er behovet for en enkel måte å få avgjort slike krav på åpenbart.

De saksbehandlingsregler som foreslås i utkastet, gir en høy grad av fleksibilitet i forhold til ulike behandlingsbehov. Ofte vil det derfor, innenfor de alminnelige behandlingsregler, være mulig å få avgjort en sak relativt enkelt dersom saksøker eller saksøkte åpenbart har en dårlig sak. Av den grunn er det ikke det samme behov for å ha regler om forenklet domsbehandling, som det ville vært med en mindre grad av fleksibilitet ved behandlingen. Det kan imidlertid likevel være grunner som taler for at saksbehandlingen ved krav som åpenbart ikke har mulighet for å føre frem, eller krav som saksøkte bare har åpenbart uholdbare innsigelser mot, forenkles vesentlig, og at det markeres at man av den grunn velger en spesiell avgjørelsesform. Slike regler vil også kunne gjøre det mulig å få avgjort kravet, og kanskje også hele saken, kort tid etter at stevning er inngitt. Utvalget er derfor blitt stående ved å foreslå en ordning som nevnt. Den blir betegnet som dom etter forenklet domsbehandling, se utkastets § 9-8. Det understrekes at den aktuelle behandlingen skal være fullt forsvarlig i forhold til det å konstatere at kravet eller innsigelsen mot det er åpenbart uholdbart. I svært mange saker hvor det vil være aktuelt å bruke bestemmelsen, vil det være meget enkelt å konstatere det uholdbare.

Utvalget finner grunn til å tilføye at et motargument mot regler om dom etter forenklet domsbehandling er at terskelen for å velge denne behandlingsmåten må være høy. Erfaringene fra noen av de land som har slike ordninger, er da også at reglene brukes lite. Et visst anvendelsesområde vil det likevel være plass for. I denne forbindelse peker utvalget på at det er en del saker hvor det er tvil om saken skal avvises på grunn av at søksmålsvilkårene ikke er oppfylt, men hvor det er klart at søksmålet ikke vil føre frem om det blir prøvd i realiteten. Her har man eksempler på at avvinningsvilkårene er blitt presset, nettopp for å unngå en kostbar realitetsprøving. Dom etter forenklet domsbehandling vil kunne representere et bedre og riktigere avgjørelsesalternativ for enkelte slike tilfeller.

Utvalget legger til at dom etter forenklet domsbehandling har en parallell i de regler som gjelder

for adgangen til å nekte en anke fremmet når det er klart at anken ikke kan føre frem, se § 11-13(2) og någjeldende § 373 tredje ledd nr. 1 og § 403 a. Nå vil riktignok vurderingen kunne være enklere hvor det er truffet vanlig realitetsavgjørelse i én instans, men det er mer en forskjell som går på hvor aktuelt det blir å bruke regelen, enn om man bør ha en slik regel om dom etter forenklet domsbehandling i første instans.

### 3.18 Rett til overprøving

Vår nåværende tvistemålslov gir en meget vid adgang til å overprøve både realitetsavgjørelser og prosessstyrende avgjørelser – avgjørelser som gjelder behandlingen av saken, f.eks. avgjørelser om dokumentfremleggelse, oppnevning av sakkyn-dige mv. Det er viktig både for den enkelte sak og for prosesssystemet som helhet at rettsavgjørelser av stor betydning skal kunne overprøves.

Men dette er ikke ensbetydende med at det generelt kan være slik at alle rettsavgjørelser skal kunne overprøves. Det må komme inn flere begrensninger. For det første er proporsjonalitetsprinsippet viktig. I dag er det slik at enhver dom av tingretten kan påankes til lagmannsretten hvor ankegjensstanden er kr 20 000 eller mer. Det er en ankesumsgrense som er uten enhver rimelig sammenheng med de omkostninger det regulært medfører å behandle en anke i lagmannsretten. Her må det etter utvalgets mening legges inn en helt annen – og mer realistisk – sperre enn etter dagens regler, se bemerkningene til § 11-13(1).

En annen begrensning, som etter utvalgets (flertallets) mening bør innføres, er en rett for lagmannsretten til å nekte anker fremmet hvor anken åpenbart ikke kan føre frem, se bemerkningene til § 11-13(2).

For Høyesterett er det, blant annet på bakgrunn av den regel som for straffesaker ble gitt ved lovendring 11. juni 1993 nr. 80 – se straffeprosessloven § 323, nokså selvfølgelig at man må gå over til et system med anketillatelse hvor hensynet til de prinsipielle sider ved saken er det sentrale. En slik ordning vil på en mer realistisk måte gi uttrykk for den realitet som i dag ligger i tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr.4, og som må videreføres om Høyesterett skal kunne ivareta den funksjon og de oppgaver i den sivile rettspleie som det er forutsatt at Høyesterett skal ha.

Det er i dag en meget vid adgang til å angripe prosessstyrende avgjørelser ved særskilt rettsmiddel. Utvalget mener at denne retten til særskilt overprøving i noe større grad bør reserveres for

de særlig viktige prosessstyrende avgjørelser. Den mer aktive prosessledelse og dommerstyring som retten skal ha under saksforberedelsen, medfører for øvrig at retten vil få en nærhet til saken og saksbehandlingen, som retten ikke har i dag. Det er nødvendig å ta dette i betraktning ved utformingen av reglene om overprøving av avgjørelser om behandling av saken. Å gi adgang til full overprøving også av avgjørelser som beror på et skjønn over hva som er hensiktsmessig eller forsvarlig behandling, kan innebære å flytte avgjørelsen fra den domstol som har et inngående kjennskap og en nærhet til saken, til en domstol som vil ha et svakere grunnlag for å vurdere det hensiktsmessige og forsvarlige ved behandlingen, se II.12.6.

Når det gjelder overprøving av rettsavgjørelser, er det et annet mer grunnleggende trekk som bør påpekes. Særlig ved overprøving av realitetsavgjørelser er det en tendens til at overprøvingen innebærer en helt ny behandling. En ankeforhandling i lagmannsretten medfører ofte at saken praktisk talt starter på nytt igjen. Saken føres som om det er første gangs behandling. Tendenser til det samme kan man også se ved muntlig ankeforhandling i Høyesterett. Det er viktig at ankebehandlingen i større grad enn hva som har vært vanlig til nå konsentreres om de punkter i den underordnede rettsdom av faktisk og rettslig art som bestrides, og at parter og ankedomstol tar utgangspunkt i den dom som er angrepet og ser på om det er grunnlag for å gjøre endringer i denne. I dansk prosess har man greid en slik konsentrasjon av ankeforhandlingen i langt større grad enn hos oss. Et stykke på vei har nok nøkkelen til løsningen her vært at det i første instans skjer en dokumentasjon av bevisføringen, dels ved en gjennomgang av denne i dommen og dels ved en nedtegnelse av hovedpunkter i parts- og vitneforklaringer. Det vises nærmere om dette til III.17.7.

Når det gjelder adgangen til overprøving, er, som påpekt, retten til overprøving ikke bare knyttet til behovet for at den enkelte sak skal bli behandlet forsvarlig. Overprøving innebærer også en systemkontroll. Generelt vil rett til overprøving sikre at kvaliteten på behandlingen i den underordnede instans holder mål. Utvalget ser dette aspektet ved rettsmiddeladgangen som viktig.

### 3.19 Lekfolks deltakelse

I straffeprosessen er lekfolks deltakelse helt sentral. Hvor skyldspørsmålet er bestridt, skal det avgjøres enten av et flertall lekdommere eller, i saker hvor skyldspørsmålet avgjøres av lagrette,

av lekfolk alene. Lekdommerelementet i straffeprosessen er viktig blant annet ut fra demokrati- og legitimitetshensyn. Straff er samfunnets påføring av tvang og vil innebære tiltak som for dem det angår vil kunne være meget inngripende. Det er i et samfunn som vårt i det hele vanskelig å tenke seg et straffeprosessuelt system hvor lekdommerelementet ikke har en helt sentral plass. Det tvilen kan stå om, er den nærmere utformingen av lekdommerdeltakelsen, f.eks. om det skal være en lagrette som avgjør skyldspørsmålet eller om lekdommerne skal inngå som et – tallmessig dominerende – element i en stor meddomsrett.

I sivilprosessen har lekdommerelementet i nyere tid aldri hatt en slik posisjon som i straffeprosessen. For de ordinære domstoler er det, med enkelte viktige unntak, i dag ikke krav om deltakelse av lekdommere for noen sakstyper. Unntak må gjøres for saker som behandles i forliksrådet, som er en ren lekmannsinstitusjon. Videre skal lekdommere delta i tingrettene og lagmannsrettene i saker om overprøving av vedtak av fylkesnemnda for sosiale tjenester, jf. sosialtjenesteloven § 9-10 annet ledd og barneverntjenesteloven § 7-1 bokstav i, og ved behandlingen av oppsigelsestvister mv. etter arbeidsmiljøloven, jf. arbeidsmiljøloven § 61 C. Tidligere var det for visse saker om fast eiendom krav om lekdommere ved behandlingen i tingrettene. Fremdeles har partene i saker for tingrettene og lagmannsrettene adgang til å kreve retten besatt med «vanlige» meddommere, jf. tvistemålsloven §§ 323 og 324, men det gjøres sjelden. Mer vanlig er det at tingrettene settes med fagkyndige meddommere. Fagkyndige meddommere er lekdommere i den forstand at de ikke er dommere av profesjon og heller ikke har utdannelsesrettet inn på at de skal være dommere. Men skillet til de vanlige meddommere er fundamentalt. De fagkyndige meddommere representerer ikke noe mer alminnelig folkelig element i domstolene, men fagkyndighet på det livsområdet som den aktuelle tvist gjelder. De fagkyndige meddommerne kan være oppnevnt fra de særlige utvalg for fagkyndige meddommere, jf. domstolloven §§ 72, 75 og 76, eller være oppnevnt utenfor utvalgene, jf. domstolloven § 88. For meddommere i oppsigelsesaker mv. etter arbeidsmiljøloven, som må betraktes på linje med fagkyndige meddommere, er det et særskilt arbeidslivskyndig meddommerutvalg for hvert fylke, se arbeidsmiljøloven § 61 B.

Forliksrådet står med hensyn til lekdommerelementet i en særstilling. Forliksrådet er en ren lekdommerinstans. Det er ikke noe forbud mot at jurister er medlemmer av forliksrådet, men det vil være mer tilfeldig, og det er ikke vanlig. Hoved-

regelen er at sivile saker skal begynne i forliksrådet, men det er praktisk viktige unntak fra denne regelen. Unntakene er stadig blitt utvidet, og av de senere utvidelser er det grunn til særlig å nevne det unntak som er gitt i tvistemålsloven § 274 nr. 1. Etter denne regelen er mekling for forliksrådet ikke nødvendig hvor begge parter har vært bistått av advokat og det i stevningen opplyses at både saksøker og dennes advokat finner det uten hensikt å bringe saken inn for forliksrådet til mekling eller dom. Men for de saker som fortsatt hører under forliksrådet, har det vært en motsatt tendens, nemlig at forliksrådets domskompetanse er blitt stadig utvidet, sist ved at beløpsgrensen for å avsi dom om formuesverdier ble fjernet. I dag avsier forliksrådene realitetsdom i svært mange saker, og sammenliknet med situasjonen før beløpsgrensen for å avsi dom om formuesverdier ble fjernet, er det en dramatisk økning i antall realitetsdommer i tvister hvor begge parter møter for rådet og det ikke oppnås enighet gjennom mekling. Tilsvarende er det en betydelig nedgang i antallet henviste saker. Se nærmere om forliksrådet II.10.

Ved en vurdering av den plass lekdommerelementet bør ha i den sivile rettspleie, må det skilles mellom de alminnelige lekdommere og de fagkyndige lekdommere. For begge grupper er det naturlig å trekke tråden tilbake til og ta utgangspunkt i de oppgaver og funksjoner tvistemålsloven og tvisteløsning ved domstolene skal ha. Sentralt her vil være forsvarlig, prosessøkonomisk, rask og tilgjengelig konfliktløsning. Men også det forhold at domstolene må ha tillit i sin konfliktløsning, vil være viktig i denne sammenheng. For sakstyper som gjelder samfunnsmessig bruk av tvang eller andre inngrep overfor enkeltindivider, vil også demokrati- og legitimitetshensyn komme inn.

Utvalget ser først på deltakelse av alminnelige lekdommere. Her må det nok generelt kunne sies at deltakelse av slike meddommere i seg selv ikke vil gjøre prosessen mer økonomisk, raskere eller mer tilgjengelig. Deltakelse av alminnelige meddommere vil derimot i noen grad kunne fremme en forsvarlig behandling og avgjørelse, kanskje ikke først og fremst fordi det er alminnelige meddommere med, men fordi deltakelse av meddommere medfører at retten får en større sammensetning. At det er flere med og dømmer, vil i seg selv kunne innebære en kvalitetssikring i bevisbedømmelsen og vurderingene. Men det kanskje viktigste argumentet for deltakelse av alminnelige meddommere er tillitshensynet. Det kan ikke ses bort fra at parter vil kunne ha større tillit til et avgjørelsesorgan hvor også «vanlige folk» deltar, kanskje er det særlig grunn til å tro dette i konflikter mellom «den

vanlige mann» og mer ressurssterke parter, typisk stat, kommune, offentlige organer ellers og store bedrifter mv. Dette tillitshensynet vil ha særlig vekt hvor saken gjelder vedtak om bruk av tvang, men lekdommere vil her ofte være fagkyndige meddommere. Ved tynge inngrep overfor enkeltindivider, vil også rene demokrati- og legitimitetshensyn tale for at lekdommere er med. Deltakelse av alminnelige lekdommere vil også kunne være nyttig med henblikk på rettsreglenes atferdsregulerende funksjon. Deltakelse av lekdommere vil medvirke til at kunnskap om rettsregler og rettshåndhevelse blir spredd i befolkningen.

Selv om deltakelse av alminnelige lekdommere har positive sider for den sivile rettspleie, er det klart ikke grunnlag for å gjøre slik deltakelse obligatorisk i alle typer saker. Det vil medføre utgifter som ikke står i noe rimelig forhold til det som kan oppnås. I denne forbindelse er det grunn til å peke på at partene i dag har en generell adgang til å kreve retten satt med alminnelige meddommere i tillegg til fagdommeren(e) både i tingretten og i lagmannsretten, men at dette er en adgang som sjelden benyttes. Skal lekdommerdeltakelse gjøres obligatorisk, må det være for spesielle sakstyper hvor særhensyn gjør seg gjeldende, jf. som eksempel sosialtjensteloven § 9-10 annet ledd.

Som påpekt står forlikrådet i en særstilling for så vidt gjelder lekdommerelementet. Også forlikrådets konfliktløsning må måles opp mot domstolenes oppgaver og funksjoner, det som foran er skissert som forsvarlig, prosessøkonomisk, rask og tilgjengelig konfliktløsning – og det en konfliktløsning hvor domstolene har tillit som konfliktløsningsorgan. Se nærmere her II.10.

Utvalget mener at systemet med fagkyndige meddommere bør videreføres. Slike meddommere kan i mange saker tilføre retten en kompetanse som er helt nødvendig for å kunne avsi en forsvarlig avgjørelse. Fagkyndigheten kan gjelde de forskjelligste livsområder, det kan f.eks. være bygningsfagkyndige meddommere eller meddommere med fagkyndighet i psykiatri. Det må imidlertid her tilføyes at det i en del tilfeller hvor fagkyndighet er nødvendig, kan være en bedre løsning at fagkyndigheten tilføres retten gjennom oppnevnte sakkyndige, som ikke deltar som dommere, men gir retten råd om faglige spørsmål av betydning, se bemerkningene til § 9-12(2).

Når det gjelder lekdommerelementet i den sivile rettspleie, er det grunn til å understreke at konfliktløsning for domstolene ikke bare er domsavsigelse. Mekling og rettsmekling har også en viktig plass. Å bruke lekfolk til disse oppgavene, vil etter utvalgets mening være å tilføre sivil tvis-

teløsning en vesentlig ressurs. Det vises om dette til II.7.7.3.

### 3.20 Offentlighet i rettspleien

Norsk rettspleie, både strafferettspleien og den sivile rettspleie, bygger på offentlighetsprinsippet. Rettsmøter er som hovedregel offentlige, jf. domstoloven § 124. Dette prinsippet er viktig av flere grunner. Allmennheten gis innsyn i domstolenes virksomhet. Dette er med på å sikre en betryggende rettspleie gjennom den mulighet det gir for kontroll og kritikk, og slikt innsyn kan gi kunnskap om rett og rettsregler. Åpenhet er med på å styrke tilliten til rettsapparatet og gi domstolene legitimitet. Offentlighetsprinsippet er også nedfelt i EMK artikkel 6(1) og i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Disse konvensjonene er som tidligere påpekt nå gjort til norsk lov, og slik at de i tilfelle motstrid med andre lovregler går foran disse.

Det er unntak fra hovedregelen om at rettsmøter er offentlige. Dels er slike unntak begrunnet i personvern hensyn, dels er de begrunnet i hensynet til at prosessen skal være forsvarlig, og dels er det andre samfunnsmessige hensyn som begrunner unntakene.

Innsyn i dokumentene i en sak er langt mer begrenset for allmennheten enn retten til innsyn gjennom rettsmøter, særlig gjelder dette for saker som ikke er avsluttet. Regler om dette er i dag gitt i tvistemålsloven § 135.

Utvalget ser det som selvfølgelig at hovedregelen om at rettsmøter skal være offentlige videreføres. Ved vurderingen må utgangspunktet være at det skal tungtveiende grunner til for å utelukke eller begrense allmennhetens rett til innsyn. Når det gjelder innsyn i sakens dokumenter for allmennheten, er økt innsyn her nødvendig der utkastet åpner for at skriftlige innlegg kan utgjøre en del av avgjørelsesgrunnlaget i saker som ellers behandles muntlig. Elektronisk kommunikasjon mellom domstol og partene i sakene og elektronisk lagring av dokumentene i domstolene vil gi et praktisk grunnlag for et slikt innsyn. De prinsipielle sider ved offentlighet og innsyn er behandlet i II.22.

Utvalget legger til at et viktig hensyn ved utformingen av rettsreglene for den sivile rettspleie er å gjøre domstolene tilgjengelige for dem som har et behov for rettslig konfliktløsning. Det er i dag en utbredt oppfatning at en rekke tvister mellom næringsdrivende ikke fremmes for de ordinære domstoler fordi behandlingen her ikke er hensikts-

messig. Det hevdes å være en rekke grunner til dette. En av disse grunnene skal være at saker for de ordinære domstoler behandles offentlig med de muligheter det åpner for mediaomtale som de næringsdrivende kan oppfatte som uheldig.

Ut fra flere grunner, og ikke bare ut fra hensynet til de private parter, vil det være gunstig om en del av de saker som i dag går for voldgift, i stedet blir avgjort ved de ordinære domstoler. Generelt sett bør man ha dette aspektet for øye ved utformingen av tvisteloven. Men det er en grense for den vekt man kan tillegge hensynet til at de alminnelige domstoler skal være et mer attraktivt alternativ til voldgift. Det kan f.eks. ikke være plass for en generell regel om at rettsmøter i saker mellom næringsdrivende ikke skal være offentlige. Skal det skje begrensninger i offentligheten i slike saker, må det være ut fra klare behov for å verne forretningshemmeligheter mv.

### 3.21 Privat eller offentlig tvisteløsning?

Det som er nevnt avslutningsvis under II.3.20, berører spørsmålet om tvisteløsning bør skje som privat tvisteløsning eller som tvisteløsning i samfunnets regi. Dette er imidlertid et meget generelt spørsmål som i høyeste grad krever nyanserte svar. Her er det for det første grunn til å peke på at de aller fleste rettslige konflikter finner minnelige løsninger. Det kan være en part som ikke ser seg tjent med å forfølge det krav parten mener å ha, eller det kan være at partene etter drøftelser finner frem til løsninger på tvisten. Forutsatt at partene er rimelig jevnbyrdige, vil det normalt være det beste at konflikten finner sin løsning på en slik måte. Situasjonen blir en annen hvis partene ikke er jevnbyrdige i ressurser å sette inn i tvisteløsningen, og denne ulikhet får betydning i disfavør av den ressursvake ved den løsning man kommer frem til, enten ved at den ressursvake ser seg nødt til å oppgi et berettiget krav eller i forhandlinger må godta en løsning som materielt sett er urimelig. Her blir den private tvisteløsningen utilfredsstillende – for å si det forsiktig. For å unngå denne type påtvungne og urettferdige løsninger, er det, som understreket i II.3.1, nødvendig at det er praktisk mulig å få løst slike tvister for domstolene. I noen grad vil også alternativ tvisteløsning i form av rettsmekling mv. kunne virke for mer rettssikre og rettferdige løsninger.

Også for den tvisteløsning som skjer ved dom, må det stilles spørsmål om dette må skje ved de offentlige domstoler eller om det også skal åpnes

for privat tvisteløsning ved private domstoler – voldgift. Heller ikke dette kan besvares generelt. Enkelte tvister er av en slik karakter at det ikke er akseptabelt at de finner sin løsning ved private domstoler. Men ellers er det utvalgets syn at det i stor utstrekning må aksepteres at partene velger å la sine tvister bli avgjort på den måten. Det må imidlertid stilles krav blant annet til voldgiftsdomstolen med hensyn til uavhengighet og habilitet, til avtalen om voldgift og til behandlingen for voldgiftsretten. De prinsipielle sider ved voldgiftsinstituttet er behandlet i innstillingen om voldgift.

For de private parter vil det kunne være fullt tilfredsstillende å få løst sine tvister ved privat rettergang. For dem vil dette også etter omstendighetene kunne være en bedre løsningsmåte enn for de ordinære domstoler. Som understreket i II.3.1, er det imidlertid knyttet en annen, samfunnsmessig, hovedfunksjon til domstolens tvisteløsning. Foruten å løse de konkrete parter behov for tvisteløsning skal domstolsavgjørelsene sikre at den materielle retten gjennomføres, herunder at det skjer en avklaring og utvikling av den. Denne hovedfunksjonen kan bli skadelidende om viktige saks typer holdes utenfor de ordinære domstoler og i stedet avgjøres ved voldgift, se Carsten Smith i TfR 1993 side 474 flg. Dette kan, som også synes å være Smiths konklusjon (side 494), ikke gi grunnlag for å begrense adgangen til voldgift ut over de begrensninger som må gjøres ut fra andre hensyn. Utvalget tilføyer her at § 1-5 i utkastet til voldgiftslov vil gi en vidtrekkende mulighet for å publisere voldgiftsavgjørelser.

Det at den samfunnsmessige funksjonen ved domstolens tvisteløsning ikke fullt ut ivaretas ved voldgift, er et tungtveiende hensyn for å utforme prosessreglene slik at de ordinære domstoler i større grad blir et konkurransedyktig alternativ til voldgift. Flere av reglene i utkastet, blant annet om rettens sammensetning, større innslag av skriftlige innlegg som en del av avgjørelsesgrunnlaget i saken mv., er nettopp utformet med sikte på at de ordinære domstoler i større grad skal bli et alternativ til voldgift.

### 3.22 Formålsparagraf?

Utvalget har foran i dette kapitlet gjennomgått viktige hensyn og føringer ved utformingen av en ny tvistemålslov. I noen lands prosesslover for behandling av sivile retts tvister gis det innledningsvis i loven en formålsparagraf hvor sentrale hensyn loven skal fremme er med. En slik bestemmelse finner vi f.eks. i de nye engelske prosessreglene

for behandlingen av sivile rettstvister. Etter utvalgets mening bør det også gis en slik formåls- eller hovedbestemmelse i tvisteloven. Det er viktig å fremheve og skape bevissthet om de særlig viktige hensyn ved behandlingen av sivile rettstvister. Av betydning er det også at det i lovutkastet er en del regler som gir anvisning på en avveining omkring forsvarlig og hensiktsmessig behandling. For denne type avveiningsregler er det viktig å få frem de sentrale hensyn ved det skjønn som skal utøves. Praktisk sett kan det gjøres ved en henvisning til en formålsbestemmelse der de sentrale hensyn i prosessen er fremhevet.

Ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 er blant annet EMK inkorporert som norsk lov. Etter lovens § 3 skal EMK ved motstrid gå foran bestemmelsene i norsk lov. Det innebærer blant annet at EMK artikkel 6(1) er en del av vår prosessrett, og i en viss forstand en trinnhøyere bestemmelse enn prosessreglene blant annet i tvistemålsloven. Inoen grad reduserer nok EMK artikkel 6(1) behovet for en egen formålsbestemmelse i tvisteloven. Artikkel 6(1) gir jo anvisning på grunnleggende prinsipper og føringer for prosessen. Etter utvalgets mening bør imidlertid en formålsparagraf i tvisteloven også fremheve andre sentrale hensyn enn dem som er ivaretatt gjennom EMK artikkel 6(1). Det er vesentlig å få med i formålsparagrafen den andre hovedfunksjonen ved tvistemålsloven – den samfunnsmessige funksjonen. Prosessreglene skal, som påpekt i II.3.1, bidra til at den materielle retten slår gjennom, og at det skjer en rettsavklaring og rettsutvikling gjennom, domstolenes anvendelse av de materielle rettsreglene. Det er derfor utvalgets syn at EMK artikkel 6(1) ikke gjør en slik hovedbestemmelse overflødig. Når det gjelder utformingen av formålsbestemmelsen, vises til bemerkningene til § 1-1.

### 3.23 Lovspråk og tilgjengelighet

Tvisteloven brukes dels av profesjonelle brukere, som dommere, advokater, universitetsjurister mv. Men det er også andre og ikke-profesjonelle brukergrupper. Det kan f.eks. være parter i tvister som er nødt til eller som velger selv å føre sin sak for domstolene. Ideelt sett bør en lov som tvisteloven uttømmende regulere saksbehandlingen for sivile rettstvister. Den bør være presis i språkbruken og i minst mulig grad gi grunnlag for tvister om forståelsen av reglene. Begge disse hensyn vil tale for omfattende og detaljerte regler og med en presisjon i språkbruken beregnet på de profesjonelle brukere. Men iallfall for ganske betydelige deler

av loven vil det også være et moment av vekt at reglene skal kunne forstås og brukes også av ikke-profesjonelle brukere. Det tilsier for det første at utformingen søkes gjort så enkel som mulig uten at det går ut over presisjon mv. Videre tilsier det at fremmedord og typiske juridiske uttrykk unngås, eller iallfall at juridiske uttrykk defineres eller forklares i teksten. Et begrep som hjelpeintervensjon er et eksempel på et juridisk uttrykk som kan erstatte med en mer opplysende betegnelse. Det kan være blant annet partshjelper, som er det uttrykket utvalget bruker. Det er også – både av hensyn til profesjonelle brukere og til brukere som ikke er profesjonelle – viktig å gjøre loven oversiktlig og så vidt enkel som mulig å finne frem i, se her II.24.

Det er klart at språket og utformingen av en lov som tvisteloven kunne gjøres enklere dersom man ga opp målsettingen om at reglene relativt uttømmende skulle regulere behandlingen av sivile rettstvister. Man kunne f.eks. tenke seg en konsentrasjon om hovedregler med adgang til på mer skjønnsmessig grunnlag å gjøre unntak. Den praktiske tilgjengelighet til selve lovreglene ville da øke for ikke-profesjonelle brukere. Et større innslag av slike regler ville imidlertid blant annet ha den betydelige omkostningsside at det ville redusere forutberegneligheten i behandlingen. Slike regler kan også i seg selv være prosesskapende ved at antall tvister om behandlingen kan øke. En annen sak er at man ikke kommer utenom en del regler som åpner for skjønn omkring hensiktsmessig eller forsvarlig behandling. Disse reglene vil nok ha negative sider som nevnt. Men de vil gjelde tilfeller hvor mer presise og absolutte regler ville ha en for stor omkostningsside på den måten at de ville måtte lede til en god del avgjørelser om behandlingen som ville være konkret urimelige eller iallfall klart uhensiktsmessige.

Men i forbindelse med det at man ikke kommer utenom ved en lov som tvisteloven at loven må gjøres temmelig omfattende, og at blant annet krav til presisjon setter grenser for hvor enkel den kan gjøres, er det grunn til å understreke at brukergrupper som ikke er profesjonelle, vil ha krav på bistand og veiledning av retten i tvister for domstolene, se II.3.9.3. Det må også i langt større grad enn nå sørges for generell informasjon om prosesssystemet og prosessreglene, ved at det utarbeides «maler» eller skisser til innlegg som stevning, tilsvær, ankerklæring, bevisoppgaver mv. for domstolene som er tilgjengelige via domstolenes internettsider mv., se II.3.4. Her påligger det domstolene og Domstoladministrasjonen en meget stor og viktig informasjonsoppgave, som man må løse på en langt bedre måte enn hva som har vært tilfellet til nå.

## Kapittel 4

# Internasjonale føringer og påvirkning på tvisteloven

### 4.1 Innledning

---

Internasjonale regler stiller krav til sivilprosessen. For Tvistemålsutvalget er det en forutsetning at disse normene skal kunne etterleves innenfor tvistelovens rammer, og at lovens system bidrar til å sikre overholdelse av dem i den enkelte sak. Foruten at dette har preget både de mer allmenne overveielser og utformingen av enkeltbestemmelser, kommer det også direkte til uttrykk gjennom forslaget til § 1-2 om forholdet mellom tvisteloven og folkeretten, se nærmere nedenfor i II.4.5.

Grovt sett kan de relevante regler grupperes i tre:

- Folkerettslige regler av tradisjonell karakter, knyttet f.eks. til norske domstolers internasjonale kompetanse, immunitet for representanter fra fremmede stater eller internasjonale organisasjoner, om internasjonal rettshjelp, om anerkjennelse av rettsavgjørelser osv. Dels er det tale om regler forankret i folkerettslig sedvane rett, og dels regler fastsatt i traktater Norge er bundet av. Tvistemålsutvalget har ikke funnet grunn til å foreta en samlet gjennomgang av denne gruppen regler, men har trukket noen av dem frem i de sammenhenger der de etter sitt innhold har spesiell betydning.
- EØS-relaterte regler, som behandles nærmere nedenfor i II.4.2.
- Menneskerettslige regler, som behandles nærmere nedenfor i II.4.3 og II.4.4.

Foruten de internasjonale regler som stiller krav til, og setter grenser for, tvisteloven, er det på enkelte områder særlig grunn til internasjonal tilpasning og harmonisering. Spørsmål av denne typen drøftes i relasjon til de aktuelle regelsett. Et viktig eksempel er reglene om voldgift, hvor både UNCITRALs modellov for internasjonal voldgift (1985), og New York-konvensjonen om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske voldgiftsavgjørelser (1958), har hatt stor betydning for valg av regulering. Det vises nærmere til dette i utvalgets innstilling om voldgift.

Det er også andre typer anbefalinger fra organisasjoner mv. som det er grunn til å overveie

og vektlegge i arbeidet med tvisteloven. Som eksempel kan nevnes Europarådets Ministerkomité's rekommandasjon R (95) 5 av 7. februar 1995 om ankesystemet i sivile saker. Slike anbefalinger vil bli omtalt der de emnemessig hører hjemme.

Påvirkningen fra rettslige instrumenter som UNCITRALs modellov er tilsiktet. Den er anbefalt lagt til grunn for å fremme internasjonal voldgift, som et ledd i å fremme internasjonal handel. Men det er også annen og mer indirekte internasjonal påvirkning på prosessen. Det gode eksemplets innflytelse gjelder også her. Mange land sliter med de samme problemer innen sivil rettspleie. Grunnet for høye kostnader, store restanser og en for tidkrevende behandling er domstolsterskelen alt for høy. Partene får ikke rimelig tilgang til samfunnets tvisteløsning. Det er ikke tilfredsstillende «access to justice». Det er rimelig å se hen til prosesssystemet i land hvor den sivile rettspleie fungerer godt, og til gjennomførte reformer andre steder, for å få inspirasjon til mulige forbedringer.

Det er også andre former for påvirkning. Næringslivet driver i dag en utstrakt grenseoverskridende virksomhet. Rettspleien i de enkelte land vil utgjøre en del av rammevilkårene næringslivet møter for sin virksomhet. Det vil være viktig for de ulike land å ha et rettsvesen som er effektivt og som fremtrer som rettssikkert. Da er det et poeng at det ikke virker for fremmedartet. Det gir et visst press i retning av å overveie og fjerne behandlingsregler som er særegne for vedkommende land.

### 4.2 EØS-relaterte regler

---

#### 4.2.1 Oversikt. Utviklingen innenfor EU og under EØS-avtalen

Det er ingen bestemmelse i EØS-avtalen som direkte regulerer den sivile rettergangen. EØS-statenes frihet med hensyn til sin egen prosesslovgivning – den prosessuelle autonomi – svarer i så henseende til det som i utgangspunktet også gjelder for EU-stater.

Innenfor rammene av EU- og EØS-samarbeidet har behovet for samordning av sivilprosessen

derfor et stykke på vei vært forsøkt løst gjennom særskilte traktater. Sentralt her har vært Brüsselkonvensjonen av 27. september 1968, og Lugano-konvensjonen av 16. september 1988, om bl.a. verneting, litispensens og anerkjennelse av rettsavgjørelser, se nedenfor i II.4.2.4.

Innenfor EU har det vært ønsket en større grad av harmonisering av den sivile rettergangen gjennom fellesskapsretten. Enkelte sider av dette berøres nedenfor i II.4.6.5. Det gjelder bl.a. den såkalte Stormerapporten (1994) som har skisser til felles regler knyttet til mekling i sakens innledende fase, om saksanlegg, saksforberedelse og litispensens, kumulasjon og endringer i søksmålet (herunder preklusjon), «discovery» (sterkt inspirert av Anglo-amerikansk rett), om uteblivelse, saksomkostninger, midlertidige forføyninger og om fristberegning.

Ett av flere hindre for en harmonisering av sivilprosessen gjennom fellesskapsretten har vært utilstrekkelige hjemler for slik regulering i EUs traktatgrunnlag. Etter Amsterdamtraktaten av 2. oktober 1997 gir imidlertid EF-traktaten artikkel 65, sammenholdt med artiklene 61 og 67 om det sivilrettslige samarbeidet, slikt rettsgrunnlag. I den danske teksten lyder bestemmelsen:

«Foranstaltninger vedrørende samarbejde om civilretlige spørgsmål med grænseoverskridende virkninger, der skal træffes i henhold til artikkel 67, og i det omfang de er nødvendige for det indre markedes funktion, omfatter

- a) forbedring og forenkling:
  - af ordningen for forkyndelse af retslige og udenretslige dokumenter på tværs af grænserne
  - af samarbejdet om bevisoptagelse
  - af anerkendelsen og fuldbyrdelsen af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, samt af afgørelser i udenretslige sager
- b) fremme af foreneligheden mellem medlemsstaternes gældende regler om lovvalg og konflikter om stedlig kompetence
- c) fjernelse af hindringer for, at civile retssager forløber tilfredsstillende, om nødvendigt ved fremme af foreneligheden mellem medlemsstaternes civile retsplejeregler.»

Hjemmelen er begrenset til sivilrettslige – herunder sivilprosessuelle – spørsmål med grenseoverskridende virkning. Det er imidlertid grunn til å anta at harmoniseringstiltak knyttet til slike områder også vil kunne få adskillige virkninger for rent nasjonale tvister, jf. i denne forbindelse den nokså vidtrekkende kompetansen etter artikkel 65(c).

Det kan derfor ikke være tvil om at man her har

et viktig redskap for å oppnå større grad av europeisk integrasjon på sivilprosessens område. Dette bestyrkes gjennom Nicetraktaten av 26. januar 2001 som endrer EF-traktaten artikkel 67(5) slik at kompetansen etter artikkel 65 – med unntak for familieanliggender – skal utøves av Rådet i tråd med fremgangsmåten etter artikkel 251 (den felles beslutningsprosedyre). Heri ligger bl.a. en overgang fra krav om enstemmighet til krav om kvalifisert flertall for å vedta rettsakter innenfor det sivilrettslige samarbeidet.

Initiativene så langt tyder på ambisiøse målsetninger. Kommisjonen avga i juni 2001 forslag til Rådet om forordning om fastsettelse av en generell ramme for Fellesskapets aktiviteter med henblikk på å fremme gjennomføringen av et europeisk sivilrettslig område (501PC0221), hvor det bl.a. heter:

#### «1.2. Civilretligt samarbejde

Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse medførte, at det civilretlige samarbejde overgik fra tredje søjle (Artikel K.1, nr. 6, i traktaten om Den Europæiske Union) til første søjle (Artikel 61, litra c), i traktaten om Det Europæiske Fællesskab). Det overordnede mål er at skabe et europæisk civilretligt område, hvor borgerne i hele EU har en fælles retsbevidsthed, og hvor retsvæsen opfattes som noget, der letter borgernes dagligliv. Dette indebærer bedre adgang til domstolene og et fuldt udbygget retligt samarbejde mellem medlemsstaterne. Privatpersoner og virksomheder må have lige så let adgang til domstole og myndigheder i andre medlemsstater som i deres egen, og de retlige og administrative systemer i medlemsstaterne må ikke være så komplicerede, at dette forhindrer dem i eller på forhånd får dem til at opgive at udøve deres rettigheder.

Lige så vigtigt er det, at privatpersoner og erhvervsdrivende nyder retssikkerhed, og derfor bør domme og afgørelser respekteres og fuldbyrdes i hele EU. En øget gensidig anerkendelse af retsafgørelser og domme vil sammen med den nødvendige tilnærmelse af lovgivningen lette samarbejdet mellem myndighederne og fremme den rettlige beskyttelse af den enkeltes rettigheder. Med dette formål for øje bør der også være større overensstemmelse og konvergens mellem retssystemerne.

Den 30. november 2000 vedtog Rådet, også som svar på konklusjonerne fra Tammerfors, et felles program for Rådet og Kommissionen for foranstaltninger til gjennomførelse af prinsippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i civil- og handelssager. Programmet omfatter en række foranstaltninger, der skal udvide prinsippet om gensidig anerkendelse til at omfatte alle områder vedrørende civil- og handelssager



ved at afskaffe alle mellemliggende procedurer for anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske domme og afgørelser.

Et nyt skridt blev taget på regeringskonferencen i Nice den 11. december 2000, hvor det blev besluttet, at afgørelser vedrørende civilretligt samarbejde (Artikel 65 i traktaten om Det Europæiske Fællesskab) skal træffes med anvendelse af den fælles beslutningsprocedure, med kvalificeret flertal i Rådet, fra det tidspunkt, hvor Nice-traktaten træder i kraft.

#### 1.2.1. Oversigt over lovgivningsaktiviteten

Efter Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse havde Rådet indtil 31. december 2000 vedtaget følgende retsakter:

- Rådets forordning om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (44/2001, også kaldet «Bruxelles I»).
  - Rådets forordning om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager samt i sager vedrørende forældremyndighed over ægtefællernes fælles børn (1347/2000, også kaldet «Bruxelles II»).
  - Rådets forordning om konkurs (1346/2000).
  - Rådets forordning om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager (1348/2000, også kaldet «Overdragelse af akter»).
- Følgende lovgivningsforslag er forelagt Rådet:
- forslag til en forordning om bevisoptagelse.
  - forslag til en forordning om samkvem med børn.

Der kan forudses et betydeligt antal yderligere forslag til lovgivning inden for forskellige områder, såsom: minimumsstandarder for retshjælp i grænseoverskridende sager; alternativ bilægelse af tvister; compensation til ofre for forbrydelser; forældreret; fælles procedureregler i småsager; ubestridte krav og krav vedrørende underholdsbidrag; minimumsstandarder for specifikke aspekter af civil retspleje; retskompetence og gældende ægteskabelig formuleret og arveret; gældende ret for kontraktmæssige/ikke-kontraktmæssige forpligtelser; gældende ret i ægteskabssager.»

Fra selve forslaget til forordningstekst hitsetes:

#### «Artikel 1 Emne

Med denne forordning fastsættes for perioden fra 1. januar 2002 til 31. december 2006 en generel ramme for Fællesskabets aktiviteter

ter med henblik på at lette gennemførelsen af et europæisk civilretligt område.

Denne forordning finder ikke anvendelse på Danmark, Irland og Det Forenede Kongerige.

#### Artikel 2 Målsætninger

Aktivitetsrammen har følgende målsætninger:

1. at fremme retligt samarbejde, der bl.a. tager sigte på:
  - a) at sikre retssikkerheden og forbedre adgangen til domstolene
  - b) at fremme den gensidige anerkendelse af retsafgørelser og domme
  - c) at fremme den nødvendige tilnærmelse af lovgivningerne, eller
  - d) at fjerne hindringer, der skyldes forskelle mellem civilret og civilretlige procedurer
2. at fremme kendskabet til de andre medlemsstaters juridiske systemer og retssystemer
3. at sikre en korrekt gennemførelse og anvendelse af Fællesskabets instrumenter på området civilretligt samarbejde, og
4. at forbedre informationen til offentligheden om adgangen til domstolene, retligt samarbejde og medlemsstaternes retssystemer.»

Det kan også vises til Kommissionens forslag til Rådet i juni 2001 om oprettelse av et europæisk netværk for sivile sager og handelssager (501PC0234). I forslaget artikel 3(2) heter det:

«Uden at dette i øvrigt berører de andre fællesskabsretsakter og de internationale instrumenter, der vedrører det retlige samarbejde i civil- og handelssager, sigter netværkets aktiviteter bl.a. mod følgende formål:

- at fjerne de praktiske hindringer for, at retssager med grænseoverskridende virkninger forløber tilfredsstillende, og for et effektivt retligt samarbejde mellem medlemsstaterne
- at sikre en effektiv iværksættelse af fællesskabsretsakterne og de konventioner, der gælder mellem to eller flere medlemsstater
- at lette anmodningerne om retligt samarbejde fra én medlemsstat til en anden
- at oprette og vedligeholde et informationssystem for offentligheden vedrørende samarbejdet i civil- og handelssager inden for EU, de relevante fællesskabsinstrumenter og internationale instrumenter og medlemsstaternes interne ret, særlig med hensyn til adgangen til retssystemerne.»

En samlet, konsentrert oversikt over gjennomført, pågående og planlagt reformer knyttet til det sivilrettslige samarbeidet for så vidt gjelder prosessrett, fremgår også av «Resultattavle for etable-

ringen av et ekte europeisk rettslig område» (av juni 2001, KOM 2001 278).

I tillegg til dette, pekes det på den harmonisering av sivilprosessen som finner sted på grunnlag de grunnleggende rettsprinsipper for Den europeiske union, jf. Unionstraktaten artikkel 6(1) og (2), som lyder:

- «1. Unionen bygger på prinsippene om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighetene og de grunnleggende frihedsrettigheter samt retsstatsprinsippet, der alle er prinsipper, som medlemsstaterne har til fælles.
2. Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.»

Menneskerettslige krav til rettergangen i sivile saker, slik de bl.a. følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 6(1) er således en integrert del av fellesskapsretten. I denne forbindelse er det grunn til å nevne utkastet til Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (2000/C 364/01) artikkel 47 hvor det heter:

«Enhver, hvis rettigheter og friheter som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov. Enhver skal have mulighed for at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret.

Der ydes retshjælp til dem, der ikke har tilstrækkelige midler, hvis en sådan hjælp er nødvendig for at sikre effektiv adgang til domstolsprøvelse.»

Rent prinsipielt kan det hevdes at denne overordnede, menneskerettslig orienterte reguleringen ikke innebærer noe nytt, i det samtlige EU-stater også er tilsluttet Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. I praksis vil imidlertid de mer komplekse gjennomføringsmekanismene innenfor EU kunne ha betydning for realiseringen. Selv om de konkrete rettighetene har den samme basis og til dels samme utforming (f.eks. «rettferdig rettergang»), vil beskyttelsesnivået innenfor

EU også kunne være et annet enn under EMK, se nærmere bl.a. Werlauff, Fælleseuropæisk procesret (2000) side 221 – 231. Dette setter premisser for den fremtidige rettsutviklingen, og vil også kunne medføre mer strukturelle endringer i den allmenne menneskerettighetsbeskyttelsen i Europa.

Under EØS-avtalen har det så langt ikke skjedd en tilsvarende utvikling som den man finner innenfor EU, verken med hensyn til hjemmel for harmonisering av sivilprosessen eller i form av konkrete regler med direkte sivilprosessuell adresse. De til dels omfattende reformer som finner sted innenfor EU, må imidlertid antas – på sikt – å kunne få betydning også under EØS-avtalen. Påvirkningens form, innhold og rekkevidde er imidlertid for tiden usikker.

Dette innebærer likevel ikke at EØS-relaterte regler er uten betydning. Luganokonvensjonen er allerede nevnt, og vil bli omtalt nærmere nedenfor i II.4.2.4. EØS-avtalens allmenne prinsipper har også en side mot prosesslovgivningen. Særlig gjelder dette lojalitetsprinsippet i artikkel 3, og forbudet mot diskriminering i artikkel 4, jf. henholdsvis II.4.2.2 og II.4.2.3 nedenfor.

Det nevnes også at EØS-initiert lovgivning i en del tilfeller kan gi mer indirekte føringer for rettergangsreglene innenfor de områder som faller inn under EØS-avtalen. Et eksempel kan være retten til å bruke advokat hjemmehørende i et annet EØS-land som prosessfullmektig, jf. tvistemålsloven § 44 fjerde ledd, se nærmere Schei, side 234 – 237. Nevnes kan også Kommisjonens henstilling av 4. april 2001 om prinsipper for utenrettslige organer for minnelig løsning av tvister på forbrukerområdet (EF-Tidende nr. L 109 side 56 – 61). Tvistemålsutvalget har ikke foretatt noen samlet, fullstendig gjennomgang av eksisterende og planlagte EØS-rettsakter med sikte på å avklare slike eventuelle indirekte føringer for tvisteloven.

#### 4.2.2 Lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen

EØS-avtalens artikkel 3 foreskriver en generell plikt for EØS-statene til å treffe de tiltak som er nødvendige for en effektiv oppfyllelse av avtalen, og til å avholde seg fra tiltak som kan sette realiseringen av avtalens mål i fare – det såkalte lojalitetsprinsippet, sml. EFTA-domstolens dom av 30. april 1998 i ESA mot Norge (7/97):

«Under these circumstances, the Court notes that Article 3 of the EEA Agreement imposes upon the Contracting Parties two general obligations. There is a positive obligation for the Contracting Parties to «take all appropriate measures, whether general or particular, to

ensure fulfilment of the obligations arising out of this Agreement». There is, correspondingly, a negative obligation to «abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Agreement». These fundamental legal obligations require loyal co-operation and assistance.»

Lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3 er et stykke på vei en parallell til artikkel 10 i EF-traktaten (tidligere artikkel 5). Om sistnevnte, se f.eks. Lenaerts og Nuffel, *Constitutional Law of the European Union* (1999), side 419 – 426.

Lojalitetsprinsippet er generelt, og har flere aspekter. I henhold til EF-domstolens praksis innebærer det bl.a. at private parter skal ha reelle muligheter for å håndheve egne rettigheter i henhold til fellesskapsretten – herunder nasjonal lovgivning hvis formål er å gjennomføre rettsaker – ved nasjonale domstoler, jf. EF-domstolens avgjørelse i *Rewe-Zentralfinanz eG og Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989, [1977] 1 CMLR 533. Krav eller innsigelser basert på fellesskapsretten må heller ikke ha en svakere prosessuelle stilling enn krav eller innsigelser basert på nasjonal rett, jf. *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH mot Hauptzollamt Kiel* [1981] ECR 1805, [1982] 1 CMLR 449 og nærmere Werlauff, *Fælleseuropæisk procesret* (2000) side 29 – 61 med videre henvisninger.

Overført til EØS-området vil det tilsvarende gjelde slike rettigheter i henhold til selve EØS-avtalen og gjennomførte rettsaker (EØS-initiert lovgivning). Hvor langt dette også gjelder rettsaker under EØS-avtalen som er gjennomført feilaktig, for sent, eller ikke i det hele tatt, har vært diskutert, se bl.a. Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen og Stemshaug, *EØS-rett* (1995), side 143 – 146 og Arnesen, *Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, TfR 1997 side 633 – 685. I Rt. 2000 side 1811 (Finanger) la imidlertid Høyesterett i plenum til grunn at verken EØS-avtalen eller EØS-loven gir private mulighet til å bygge rett direkte på ikke-gjennomførte direktiver. En slik oppfatning av EØS-avtalens grunnstruktur er også forutsatt i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i *Sveinbjörnsdóttir mot Island* av 10. desember 1998 (E-9/97). Samtidig slo EFTA-domstolen fast at staten i prinsippet er erstatningsansvarlig overfor den private part som har lidt tap på grunn av utilstrekkelig gjennomføring, jf. særlig para. 62:

«It follows from all the forgoing that it is a principle of the EEA Agreement that the Contracting Parties are obliged to provide for compensation for loss and damage cause to individuals

by breaches of the obligations under the EEA Agreement for which the EFTA States can be held responsible.»

Spørsmålet om statens erstatningsansvar for mangelfull gjennomføring, er drøftet nærmere bl.a. av Nygaard, *Om statens skadebotansvar overfor private for feilaktig eller manglende gjennomføring av EU/EØS-direktiv*, JV 2001 side 105 – 114.

Det sentrale i forhold til tvisteloven er at det ikke må være urimelige eller uforholdsmessige prosessuelle hindre – f.eks. svært korte søksmålsfrister – for at en privat part kan søke rettsbeskyttelse for sine rettigheter etter EØS-avtalen, gjennomførte rettsaker (EØS-initiert lovgivning), eller for å reise erstatningssøksmål basert på feilaktig, mangelfull eller for sen gjennomføring av rettsaker. I tillegg er det en forutsetning at EØS-baserte krav eller innsigelser i prosessuell henseende ikke står svakere enn krav eller innsigelser forankret i nasjonal rett. Eksempelvis må søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak kunne gis oppsettende virkning på de samme betingelser, enten grunnlaget er nasjonalt eller basert på EØS-relaterte regler.

#### 4.2.3 Diskrimineringsforbudet

EØS-avtalens artikkel 4 oppstiller et generelt forbud mot å diskriminere på grunnlag av nasjonalitet, se bl.a. Aall, *Diskrimineringsforbudet etter EØS-avtalen artikkel 4*, TfR 1994 side 1011 – 1027. Bestemmelsen er identisk med EF-traktatens artikkel 12 (tidligere artikkel 6), og må derfor også tolkes på samme måten, jf. EØS-avtalens artikkel 6.

Bestemmelsen må forstås slik at den gir borgere av EØS- og EU-stater rett til den samme prosessuelle stilling som borgere i domstolslandet, forutsatt at saken faller inn under EØS-avtalens område, se nærmere Werlauff, *Procedural Equality in the EU and EEA*, *European Business Law Review* 1999, side 388 – 395.

Forbudet mot å diskriminere borgere i andre EØS/EU-stater i saker som dekkes av EØS-avtalen, gjelder generelt for alle deler av prosessen. I praksis fra EF-domstolen er det imidlertid særlig spørsmål omkring krav om sikkerhet for saksomkostninger som har stått i sentrum, se også III.23 i merknadene til § 23-11. Det vises i denne forbindelse også til endringen av regelen om sikkerhet for saksomkostninger i tvistemålsloven § 182 av 15. juni 2001, med sikte på å tilpasse reglene de begrensninger som følger av EØS-avtalens diskrimineringsforbud. Om bakgrunnen for endringen, se Ot.prp. nr. 63 (2000-2001).

#### 4.2.4 Luganokonvensjonen

Luganokonvensjonen av 16. september 1988 ble vedtatt som norsk lov ved luganoloven av 8. januar 1993 nr. 21. Konvensjonen er for det helt vesentlige sammenfallende med den regulering som gjelder for EU-statene i henhold til Brüsselkonvensjonen av 27. september 1968 med senere endringer. Det er forutsatt at Luganokonvensjonens regler så langt som mulig skal gis det samme innhold som de parallelle bestemmelser i Brüsselkonvensjonen, jf. bl.a. protokoll nr. 2 til Luganokonvensjonen. For en nærmere redegjørelse vises f.eks. til Rognlien, Luganokonvensjonen (1993), Pålsson, Bryssel och Lugano-konventionerna (1995) og Werlauff, Fælleseuropæisk procesret (2000) side 111 – 168.

Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om domstolenes kompetanse og om anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser på det sivil- og handelsrettslige område (EFTidende nr. L 12 side 1 – 23), erstatter Brüsselkonvensjonen. Den trer i kraft 1. mars 2002. Danmark, Storbritannia og Irland står foreløpig utenfor samarbeidet på det sivilrettslige området. For disse vil bl.a. Brüsselkonvensjonen gjelde også i fremtiden. Hvilken virkning disse endringene vil ha for Luganokonvensjonen, er foreløpig ikke avklart, men det er nærliggende å anta at det må foretas justeringer av denne.

Luganokonvensjonen regulerer en rekke prosessrettslige forhold, særlig:

- Felleseuropeiske vernetingsregler, jf. konvensjonens kapittel II avsnitt 1 til 7. Se den nærmere omtalen av disse reglene i tilknytning til Tvistemålsutvalgets behandling av verntings-spørsmål i III.4.
- Litispensvirkninger innenfor EU- og EØS-området, jf. konvensjonens kapittel II avsnitt 8.
- Anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser innenfor EU- og EØS-området, jf. konvensjonens kapittel III avsnitt 1 og 2. Se den nærmere omtalen av disse reglene i tilknytning til Tvistemålsutvalgets utkast til rettskraftsregler i II.14.

Etter den norske ordlyden er konvensjonens virkeområde begrenset til «sivile saker», jf. artikkel 1. I andre språkversjoner tales det om tvister på «privatrettens område». I alle tilfeller er offentligrettslige tvister av ulike slag, uttrykkelig unntatt, jf. artikkel 1 første ledd. I tillegg gjøres det i artikkel 1 andre ledd nr. 1) til 4) unntak bl.a. for saker som gjelder fysiske personers rettslige status, ekteskaps- og arvesaker, konkurssaker og liknende, sosiale trygdesaker og voldgift.

Verken Brüssel- eller Luganokonvensjonen inneholder noen uttrykkelig bestemmelse om at de bare kommer til anvendelse i internasjonale tvister, dvs. tvister som har tilknytning til flere land. I noen tilfeller fremgår imidlertid en slik begrensning mer forutsetningsvis (f.eks. konvensjonenes regler om litispens og rettskraft). Men også ellers (f.eks. hva gjelder vernetingsreglene), må en slik forutsetning legges til grunn, sml. bl.a. konvensjonenes respektive fortaler. Av dette følger at konvensjonenes regler ikke får anvendelse i utelukkende nasjonale tvister. En ytterligere forutsetning for at Luganokonvensjonen skal få anvendelse, er at partene eller tvisten har tilstrekkelig tilknytning til en EØS/EU-stat, eventuelt at det gjelder spørsmålet om å anerkjenne eller å fullbyrde en dom avsagt i en EØS/EU-stat i en annen EØS/EU-stat.

Luganokonvensjonen gjelder i dag som norsk rett, jf. luganoloven § 1. Tvistemålsutvalget ser ingen grunn til å gjøre endringer i så henseende, og viser til de overveielser som ligger bak den nåværende ordning, se Ot.prp. nr. 94 (1991-92) side 16 – 17 og side 24. Luganoloven § 1 sier ikke noe om trinnhøyde i forhold til eventuelt avvikende regler i tvisteloven. Luganoloven vil imidlertid måtte oppfattes som *lex specialis*. Forrang for reglene i Luganokonvensjonen vil dessuten følge av den alminnelige folkerettsreservasjonen som foreslås i § 1-2, sml. også tvangsfullbyrdelsesloven § 1-4 med hensyn til de deler av konvensjonen som berører tvangsfullbyrdelsen.

### 4.3 Menneskerettslige regler – allmenn oversikt

#### 4.3.1 Innledning

Det følger av Tvistemålsutvalgets mandat at forholdet til de internasjonalt fastsatte menneskerettighetene skal vurderes. Det er påkrevd for å sikre oppfyllelsen av Norges folkerettslige forpliktelser på dette området. Det er også nødvendig av hensyn til den grunnlovsbestemte plikt statens organer – herunder lovgiver – har til å respektere og sikre menneskerettighetene, jf. Grunnloven § 110 c første ledd. At den nye loven bygger på og ivaretar de menneskerettslige idéer, har dessuten selvstendig verdi.

Det er særlig to mer allmenne målsetninger som står sentralt med hensyn til forholdet mellom ny lov og de internasjonalt fastsatte menneskerettighetene, slik disse følger av traktater Norge er tilsluttet. For det første må det ikke etableres ordninger som i seg selv er uforenlige med Norges for-

pliktelser på dette området. Tvisteloven må være slik at de aktuelle menneskerettighetsbestemmelser lar seg oppfylle innenfor loven. For det andre må loven utformes på en måte som – så langt som mulig – sikrer oppfyllelse i den enkelte sak. Det er også grunn til å nevne et tredje aspekt: Selv om det ikke skulle være påkrevd av hensyn til Norges folkerettslige forpliktelser, kan det – som lovgivningspolitisk retningslinje – etter forholdene være grunn til å velge de løsninger som best harmonerer med de hensyn som den enkelte konvensjonsbestemmelse springer ut av, eller tar sikte på å beskytte, selv om dette ikke skulle være påkrevd for å overholde konvensjonene.

Det er naturlig å legge særlig vekt på de konvensjoner som er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2:

- Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK), med de endringer og tilføyelser som følger av tilleggsprotokoller tiltrådt av Norge. Den 12. tilleggsprotokoll av 4. november 2000 om diskriminering, er foreløpig ikke ratifisert fra norsk side.
- FNs konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) med tilleggsprotokoller tiltrådt av Norge.
- FNs konvensjon av 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

For så vidt gjelder ØSK, er betydningen for tvisteloven begrenset. Et spørsmål er likevel i hvilken utstrekning konvensjonen gir rett til et effektivt, nasjonalt rettsmidler ved påstand om krenkelse av rettigheter fastsatt i konvensjonen. Selv om teksten ikke sier noe uttrykkelig om dette, gir rettskildematerialet for øvrig grunnlag for å stille et slikt krav, jf. den følgende uttalelse fra FNs Komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fra desember 1998 (uoffisiell oversettelse):

«En stat som søker å rettferdiggjøre manglende nasjonale rettsmidler ved krenkelser av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter vil ... måtte dokumentere at slike rettsmidler ikke er egnede virkemidler. ..., eller at slike rettsmidler ikke er nødvendige, tatt i betraktning andre virkemidler som står til rådighet. Det vil være vanskelig å dokumentere dette, og Komitéen er av den oppfatning at i mange tilfeller vil andre virkemidler uansett være uten effekt om disse ikke også er ledsaget av rettsmidler.»

Rekkevidden av dette er imidlertid ikke entydig, bl.a. fordi en del av rettighetene etter ØSK har et

innhold som gjør dem mindre egnet til domstolsprøving. Det kan heller ikke utledes noen alminnelig rett til rettsmidler ved domstolene, se nærmere Bårdsen, Gjennomføring av økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter i nasjonal rett, sammenliknet med gjennomføring av sivile og politiske, JV 2000 side 61 – 73 på side 69 – 72. Spørsmålet om det foreligger en rett til domstolsbehandling ved påstand om krenkelse av rettighetene etter ØSK, vil derfor både bero på den aktuelle rettighetens karakter og hvilke administrative rettsmidler som står til rådighet.

Rent prinsipielt kan det ikke avgrenses mot konvensjoner som Norge har ratifisert, men som ikke omfattes av menneskerettsloven § 2. Også slike inneholder forpliktelser som må iakttas av Norge, herunder i forbindelse med ny lovgivning. Av interesse her er særlig:

- ILO-konvensjon nr. 169 av 27. juni 1989 om urbefolkningen (Urbefolkningskonvensjonen).
- FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (Barnekonvensjonen). Spørsmålet om gjennomføring av denne konvensjonen i norsk rett er for tiden til vurdering i Justisdepartementet, se høringsbrev av 14. februar 2001.

Fremstillingen her gir en oversikt over de meste aktuelle regler, med utgangspunkt i EMK og SP (II.4.3.2 til II.4.3.6). Deretter gis den en oversikt over ulike diskrimineringsforbud, før det kort redegjøres for urbefolkningskonvensjonen (II.4.3.8) og barnekonvensjonen (II.4.3.9).

#### 4.3.2 Rettferdig rettergang

Både EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) gir rett til en rettferdig rettergang, forutsatt at det er en reell tvist om vedkommendes «borgerlige rettigheter og plikter», og at saken gjelder avgjørelse av nettopp denne tvisten. Førstnevnte lyder:

«In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstan-

ces where publicity would prejudice the interests of justice.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen, heter det:

«For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Dommen skal avsis offentlig, men pressen og offentligheten kan bli utelukket fra hele eller deler av rettsforhandlingene av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser.»

Den langt på vei parallelle bestemmelsen i SP artikkel 14(1) lyder:

«All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The Press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen, heter det:

«Alle skal være like for domstolene. Enhver har ved behandlingen av en siktelse mot ham for en straffbar handling eller av spørsmål om hans rettigheter og forpliktelser i et tvistemål, rett til upartisk og offentlig rettergang ved en kompetent, uavhengig og upartisk domstol som er opprettet i henhold til lov. Pressen og offentligheten kan utelukkes fra hele eller en del av rettergangen av hensyn til sedelighet, den offentlige orden (ordre public), eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, eller hvis

hensynet til partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning retten finner det strengt nødvendig når offentlighet på grunn av ekstraordinære forhold vil skade rettferdighetens interesser; dog skal enhver dom i en straffesak eller i et tvistemål offentliggjøres med mindre hensynet til mindreårige krever at dette ikke skjer, eller rettergangen gjelder ekteskapsaker eller saker om foreldremyndighet eller vergemål for barn.»

Av de respektive konvensjonsbestemmelsenes ordlyd, sammenholdt med praksis, kan det utledes følgende allmenne krav:

Rett til få saken innbrakt for, og avgjort ved, en domstol («access to court»). Begrensninger i så henseende kan bare skje så langt slike tjener et legitimt formål, og det er rimelig proporsjonalitet mellom mål og middel. Begrensningene kan dessuten ikke være så vidtrekkende at de rammer selve kjernen i retten til domstolsbehandling

Domstolen og den enkelte dommer skal være uavhengig og upartisk.

Rettergangen må – betraktet som en helhet – være rettferdig. Sentrale komponenter er kontradiksjon, partenes likestilling («equality of arms»), adgang til å legge frem prosessmateriale på en måte som sikrer et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, at retten i tilstrekkelig grad vurderer prosessmaterialet som partene kommer med, og at avgjørelsen av tvisten er begrunnet.

Det skal normalt avholdes muntlige og offentlige forhandlinger, og dommen skal være tilgjengelig for allmennheten.

Endelig avgjørelse skal treffes innen rimelig tid.

Det gis en mer inngående redegjørelse for innholdet i EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) nedenfor i II.4.4.

### 4.3.3 Rettslig prøving av administrativt ilagt frihetsberøvelse

EMK artikkel 5 og SP artikkel 9 beskytter den fysiske frihet. I bestemmelsene kommer dette vernet for det første til uttrykk ved at frihetsberøvelse bare er tillatt i nærmere angitte tilfeller, se EMK artikkel 5(1) og SP artikkel 9(1). For det andre foreskriver bestemmelsene rettssikkerhetsgarantier i forbindelse med saker om frihetsberøvelse, se EMK artikkel 5(2) til 5(4) og SP artikkel 9(2) til (4).

Særlig viktig for den sivile rettergang er regelen i artikkel 5(4) og SP artikkel 9(4). Førstnevnte lyder:

«Everyone who is deprived of his liberty by

arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen heter det:

«Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.»

Den parallelle bestemmelsen i SP artikkel 9(4) lyder:

«Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.»

Den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen av denne bestemmelsen lyder:

«Den som berøves friheten ved arrest eller på annen måte, skal ha rett til å bringe saken inn for en domstol, for at denne uten opphold kan ta stilling til lovligheten av frihetsberøvelsen, og beordre ham løslatt dersom frihetsberøvelsen ikke er lovlig.»

Artiklene gjelder enhver form for frihetsberøvelse, herunder frihetsberøvelse som ledd i etterforskning og strafforfølgning. For Tvistemålsutvalget er det imidlertid administrativ frihetsberøvelse som skal overprøves av domstolenene i sivilprosessens former, som er av interesse.

Bestemmelsen skal hindre at frihetsberøvelse utelukkende beror på administrativ avgjørelse: Gjennom muligheten for etterfølgende domstolsprøving skal den frihetsberøvede vernes mot administrative overgrep, og kunne oppnå løslatelse der frihetsberøvelsen ikke er lovlig. Det nærmere innholdet redegjøres det mer inngående for i relasjon til reglene om rettslig prøving av administrative tingsvedtak, se kapittel II.19.

For det tredje beskyttes friheten ved at EMK artikkel 5(5) og SP artikkel 9(5) krever at den som har vært utsatt for ulovlig frihetsberøvelse skal ha rett til erstatning («enforceable right to compensation»/«rett til erstatning som kan inndrives»). Den prosessuelle siden av dette er at det etter nasjonal rett ikke må foreligge vesentlige hindre for å

gjøre slike krav gjeldende ved domstolene, jf. også retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6(1) og SP 14(1), nærmere omtalt nedenfor i II.4.4.2.

#### 4.3.4 Retten til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel

EMK artikkel 13 gir den som med grunn kan hevde at hans konvensjonsrettigheter er krenket, rett til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel. Bestemmelsen lyder:

«Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by a person acting in an official capacity.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen, heter det:

«Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjonen blir krenket, skal ha en effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handlet i offisiell egenskap».

SP inneholder en liknende bestemmelse i artikkel 2(3):

«Each State Party to the present Covenant undertakes:

a. to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

b. to ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

c. to ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.»

Den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen lyder:

«Hver konvensjonspart forplikter seg til:

a. Å sikre at enhver, hvis rettigheter og friheter etter denne konvensjonen blir krenket, skal ha adgang til effektive rettsmidler, uansett om krenkelsen er foretatt av personer som har handlet i offisiell tjeneste,

b. Å sikre at enhver som gjør krav på slike rettsmidler skal få sin rett til dette prøvd av kompetente judisielle, administrative eller lovgivende myndigheter, eller av annen myndighet som er kompetent i henholdt til statens rettsordning, samt å utvikle mulighetene for overprøving for domstolene,

c. Å sikre at de kompetente myndigheter tar en klage til følge dersom den er funnet å være berettiget.»

Retten til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel etter EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) knytter an til mekanismene for gjennomføring av konvensjonene på nasjonalt nivå. Retten til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel er derfor også saklig begrenset til spørsmålet om krenkelse av rettigheter eller friheter fastsatt i de respektive konvensjonene. Saken må dessuten gjelde påstand om konkrete krenkelser av vedkommendes konvensjonsrettigheter. Det kan ikke utledes noen rett til mer abstrakt prøvning av nasjonal lovgivnings konvensjonsmessighet, jf. James og andre, Series A No. 98, Lithgow og andre, Series A No. 102, Powell og Rayner, Series A No. 172 og Gustafsson, Reports 1996-II side 637.

Etter ordlyden foreligger retten til et effektivt rettsmiddel først når det på en eller annen måte er klarlagt at krenkelse har funnet sted. Etter praksis inntreier imidlertid retten til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel for den som med rimelig grunn kan påstå at hans rettigheter eller friheter er krenket; den som har «an arguable claim», jf. Klass, Series A No. 28 og Silver, Series A No. 61. Uttrykket «arguable claim» lar seg vanskelig definere på det abstrakte plan, men må avgjøres på grunnlag av omstendighetene i den enkelte sak, knyttet til det bevismessige og rettslige grunnlaget for vedkommendes påstand om krenkelse. I så henseende har Den europeiske menneskerettighetsdomstolen lagt til grunn at det skal være samsvar mellom terskelen «arguable claim» i EMK artikkel 13, og terskelen for realitetsbehandling ved Domstolen selv etter artikkel 35(3) – «manifestly ill founded» (tidligere artikkel 27(2)), jf. Boyle og Rice, Series A No. 131 og Powel og Rayner, Series A No. 172. I sistnevnte heter det (para. 33):

«As the Court stated in the Boyle and Rice judgment, «on the ordinary meaning of the words, it is difficult to conceive how a claim that is 'manifestly ill-founded' can nevertheless be 'arguable', and vice versa». . . Furthermore, Article 13 and Article 27 § 2 are concerned, within their respective spheres, with the availability of remedies for the enforcement of the same Convention rights and freedoms. The coherence of this dual system of enforcement is at risk of

being undermined if Article 13 is interpreted as requiring national law to make available an «effective remedy» for a grievance classified under Article 27 § 2 as being so weak as not to warrant examination on its merits at international level. Whatever threshold the Commission has set in its case-law for declaring claims «manifestly ill-founded» under Article 27 § 2, in principle it should set the same threshold in regard to the parallel notion of «arguability» under Article 13.»

Av de to uttrykkene – «arguable claim» og «manifestly ill-founded» – er det førstnevnte mest dekkende for de krav som stilles, i det praksis etter både artikkel 13 og artikkel 35(3) forutsetter at påstanden om krenkelse er vel underbygget, se nærmere Bårdsen, Krenkelser og klager (1999), side 449 – 464 med videre henvisninger.

Både EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) krever at rettsmiddelet er effektivt. Effektivitetskriteriet har sin parallell i kravet om uttømming av nasjonale rettsmidler som vilkår for internasjonal klage, jf. EMK artikkel 35(1) og SP tilleggsprotokoll artikkel 2. Denne plikten er etter praksis nettopp begrenset til effektive, nasjonale rettsmidler, se nærmere Bårdsen, Krenkelser og klager (1999), side 334 – 361.

Forutsetningen om at rettsmidlet skal være effektivt innebærer kort sagt at dette i praksis er tilgjengelig, gir grunnlag for en prøvning nettopp av det forhold som påstås konvensjonsstridig i relasjon til konvensjonenes egne regler, eller regler som i substans for det vesentlige svarer til konvensjonenes, og gir mulighet for adekvat reparasjon dersom det viser seg å foreligge krenkelse. I Vilvarajah og andre, Series A No. 215 heter det således (para. 122):

«Article 13 guarantees the availability of a remedy at national level to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order ... Its effect is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent «national authority» both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief (see, inter alia, the above-mentioned Soering judgment, Series A no. 161, p. 47, para. 120). However, Article 13 does not go so far as to require any particular form of remedy, Contracting States being afforded a margin of discretion in conforming to their obligations under this provision. Nor does the effectiveness of a remedy for the purposes of Article 13 depend on the certa-



inty of a favourable outcome for the applicant ...»

Som det også fremgår av det siterte, er retten til et effektivt rettsmiddel ikke krenket kun fordi vedkommende ikke vinner frem i realiteten. Det avgjørende er om han har hatt den påkrevde muligheten for å få spørsmålet prøvd, og eventuelt kunne ha fått reparasjon dersom han hadde vunnet frem, jf. også Swedish Engine Driver's Union, Series A No. 20, Boyle og Rice, Series A No. 131 og Soering, Series A No. 161.

Rettsmidlet skal etter ordlyden i EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) (a) tilbys ved en nasjonal myndighet. Hvilken myndighet, og hvilken form rettsmidlet skal ha, er det i utgangspunktet opp til hver konvensjonsstat å avgjøre, jf. Vilvarajah og andre, Series A No. 215 para. 122. Det stilles altså ikke noe generelt krav om domstolsadgang i menneskerettighetsaker, jf. Leander, Series A No. 116. I motsetning til saker som dekkes av EMK artikkel 5(4) og 6(1) og SP artikkel 9(4) og 14(1), er rettsmidler ved administrative organer i utgangspunktet tilstrekkelig. Et minstekrav er imidlertid at det aktuelle organ har den nødvendige uavhengighet til det organ som har foretatt den påståtte krenkelse, jf. Silver, Series A No. 61 og Leander Series A No. 116. Overordnet forvaltningsorgan vil normalt tilfredsstillte dette. Det er også grunn til å understreke regelen i SP artikkel 2(3) (b) i.f. som pålegger statene å utvikle mulighetene for overprøving ved domstolene. Denne bestemmelsen uttrykker en preferanse for rettsmidler ved domstolene, og pålegger dette som en mer langsiktig målsetning for statene, jf. Nowak, CCPR Commentary (1993), side 58 – 59.

Hvis det ikke foreligger noe administrativt rettsmiddel, vil EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) bare kunne oppfylles dersom påstanden om krenkelse kan prøves for domstolene. Er det et administrativt vedtak som påstås konvensjonsstridig, vil muligheten for å reise ugyldighetssøksmål kunne være en aktuell fremgangsmåte. Dette kan kombineres med et erstatningssøksmål, eller saken kan reies utelukkende som en erstatningssak. Hvor spørsmålet om krenkelse kommer opp i form av et prejudisielt forhold i forbindelse med ugyldighets- eller erstatningssøksmål, kan det etter praksis ikke utledes noe krav om at spørsmålet om krenkelse må avgjøres som et selvstendig punkt i domsslutning. I tilfeller hvor retten finner at søksmålet ikke kan føre frem av andre grunner enn at det ikke foreligger noen konvensjonskrenkelse, vil det imidlertid måtte være et minstekrav at retten likevel tar stilling til om konvensjonen

er krenket, sml. Rt. 1994 side 1244 (Kvinnefengsel).

Undertiden er det lite naturlig å reise ugyldighetssøksmål eller kreve erstatning, f.eks. fordi den påståtte konvensjonskrenkelse bestod i en faktisk handling som ikke har gitt opphav til et økonomisk tap eller kan gi grunnlag for oppreisningserstatning. Spørsmålet er da i hvilken utstrekning EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) (a) krever at det skal være adgang til å reise fastsettelsessøksmål med krav om dom for at krenkelse har funnet sted. En helt avklarende praksis foreligger ikke. Formålet med retten til et effektivt rettsmiddel tilsier imidlertid at man ikke på generell basis kan avskjære en slik søksmåladgang i tilfeller der det ikke foreligger andre, effektive rettsmidler, sml. også Rt. 1994 side 1244. Derimot vil det være forenlig med EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) (a) at nasjonal lovgivning og praksis stiller betingelser for å tillate slike søksmål – f.eks. visse minstekrav til aktuell søksmålsinteresse og liknende – i og for seg på samme måten som dette må aksepteres i forhold til de konvensjonsbestemmelser som gir en ubetinget rett til domstolsbehandling, f.eks. EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1), se nedenfor i II.4.4.2. Se også kapittel II.5 med hensyn til spørsmålet om det bør innføres særlige regler om saker som gjelder krav om fastsettelsesdom for brudd på bl.a. EMK.

I tidligere praksis har Den europeiske menneskerettighetsdomstolen basert seg på at hvor det konstateres krenkelse av retten til en rettferdig rettergang etter artikkel 6(1), oppstår det ingen ytterligere spørsmål knyttet til artikkel 13. I Kudla (26. oktober 2000) la imidlertid Domstolen til grunn en annen og ny tilnærming. Foranledningen var ikke minst det massive antallet klagesaker som etter hvert har kommet knyttet til kravet om avgjørelse innen «rimelig tid» i artikkel 6(1), og et derav følgende behov for en innskjerping overfor konvensjonsstatene mht. å overholde dette kravet. Etter eninngående drøftelse, uttalte Domstolen (para.156):

«In view of the foregoing considerations, the Court considers that the correct interpretation of Article 13 is that that provision guarantees an effective remedy before a national authority for an alleged breach of the requirement under Article 6 § 1 to hear a case within a reasonable time ... »

Det samme er fulgt opp i Horvat (26. juli 2001), hvor det heter (para. 63):

«The Court recalls firstly that the correct

interpretation of Article 13 of the Convention is that this provision guarantees an effective remedy before a national authority for an alleged violation of the requirement under Article 6 § 1 to hear a case within a reasonable time (see *Kudla v. Poland*, no. 30210/96, §156, ECHR 2000-XI).»

Artikkel 13 gir altså en selvstendig rett til et effektivt, nasjonalt rettsmiddel for den som mener at en sak som dekkes av artikkel 6(1) ikke er avgjort innen «rimelig tid». Dommene gir ikke spesifikke føringer med hensyn til hvilken form et slikt rettsmiddel må ha for å tilfredsstillе artikkel 13. Her som ellers er det derfor opp til den enkelte konvensjonsstat å utforme de konkrete regler. En mulighet er å stille til rådighet et preventivt rettsmiddel som sikrer fortgang i en sak som har havnet i bakveien, og hvor det er klar risiko for at artikkel 6(1) ellers vil bli krenket. Et alternativ er reparasjon ved å gi rett til erstatning fra det offentlige dersom saksbehandlingstiden har blitt urimelig lang, uten at dette kan lastes parten. Disse to rettsmidlene vil også kunne eksistere supplerende ved siden av hverandre. Om dette, se også bemerkningene til lovutkastet § 5-6.

#### **4.3.5 Retten til privat- og familieliv**

EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 beskytter privat- og familielivet. Førstnevnte lyder:

- «1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen heter det:

- «1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte

helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»

Den tilsvarende bestemmelsen i SP artikkel 17 lyder:

- «1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.
2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen heter det:

- «1. Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse, eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme.
2. Enhver har rett til lovens beskyttelse mot slike inngrep eller angrep.»

For en generell fremstilling av innholdet i disse bestemmelsene, vises til henholdsvis van Dijk og van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998), side 489 –541 og Nowak, *CCPR Commentary* (1993), side 287 – 307.

Vernet om privat- og familielivet gir føringer på flere plan. I saker som gjelder begrensninger i retten til et familieliv, f.eks. saker om omsorgsovertakelse, forutsettes det f.eks. mulighet for adekvat domstolskontroll, jf. *Olsson I*, Series A No. 130 para. 62 og nærmere nedenfor i II.19 om de menneskerettslige aspekter ved rettslig prøving av administrative tvangsvedtak. Mangelfulle partsrettigheter i familiesaker, vil kunne være i strid med EMK artikkel 8 og SP artikkel 17, jf. *Rasmussen*, Series A No. 87, *W., B., og R.*, Series A No. 121 og *McMichael*, Series A No. 307-B, sml. også nedenfor i II.4.4.4 om de føringer EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) gir med hensyn til rett til dokumentinnsyn.

Lang saksbehandlingstid i familiesaker – f.eks. knyttet til daglig omsorg for felles barn, omsorgsovertakelse osv. – vil også kunne innebære en krenkelse av retten til privat- og familieliv, i det den tiden som medgår etablerer en ordning som i praksis er irreversibel, jf. *H*, Series A No. 120 (para. 89):

«As the Court has pointed out in paragraph 85 above, the proceedings, in addition to their particular quality of irreversibility, lay within an area in which procedural delay may lead to a de facto determination of the matter at issue. That

this was so on the present occasion is confirmed by the High Court's observation that the applicant's case «was seriously prejudiced» by the delay (see paragraph 28 above). The Court therefore considers that the duration of the proceedings is a factor that may properly be taken into account in the present context (see also the *W v. the United Kingdom* judgment of today's date, Series A no. 121, § 65).»

Det pekes for øvrig på at i saker av denne typen vil kravet om en avgjørelse innen rimelig tid etter EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) være strengt, se nedenfor i II.4.4.6.

Retten til privat- og familieliv forutsetter også at det etter nasjonal rett finnes adekvate rettsmidler (sivile eller strafferettslige) mot andre privates krenkelser. Tydeligst kommer dette til uttrykk i SP artikkel 17(2), som ved sitt krav om vern ved lov, forutsetter materiell og prosessuell rettsbeskyttelse for privat- og familielivet, ikke bare overfor det offentlig, men også i relasjoner mellom private, sml. Joseph, Schultz og Castan, *The international Covenant on Civil and Political Rights* (2000), side 359. Det samme følger av praksis relatert til EMK artikkel 8, jf. X og Y, Series A No. 91.

Retten til privat- og familieliv angår også bevisføringen. EMK artikkel 8 og SP artikkel 17 setter visse yttergrenser med hensyn til bevisetema, de spørsmål en part eller et vitne kan pålegges å svare på, og for gjennomføring av granskning av person. At et bevis er ervervet gjennom krenkelse av noens privat- eller familieliv, vil dessuten være et tungtveiende argument for bevisavskjæring.

Beskyttelsen av privat- og familielivet setter også grenser for hvor langt det kan gjennomføres offentlig i rettspleien. Det vises i denne forbindelse til at EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) uttrykkelig anerkjenner slike hensyn som grunnlag for lukkede rettsmøter, jf. også EMK artikkel 10(2) og SP artikkel 19(2) som gir adgang til å begrense informasjons- og ytringsfriheten der dette er påkrevd for å beskytte andres rettigheter. Hensynet til noens privat- eller familieliv gjør seg gjeldende på alle stadier av saken og i forhold til både sakens dokumenter, rettsmøter og de avgjørelser som treffes, se f.eks. Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i *Z*, Reports 1997-I side 323 hvor Domstolen konstaterte krenkelse av artikkel 8 fordi en offentliggjort dom inneholdt følsomme helse- og personopplysninger.

#### 4.3.6 Ytrings- og informasjonsfrihet

EMK artikkel 10 og SP artikkel 19 beskytter

ytrings- og informasjonsfriheten. Førstnevnte lyder:

«1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.»

Den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen lyder:

«1. Enhver har rett til ytringsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser. Denne artikkel skal ikke hindre stater fra å kreve lisensiering av kringkasting, fjernsyn eller kinoforetak.

2. Fordi utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår, innskrenkninger eller straffer som er foreskrevet ved lov og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.»

SP artikkel 19 lyder:

«1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.

2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. The exercise of the rights provided for in

paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) for respect of the rights or reputations of others;

(b) for the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.»

I den offisielle, ikke autoritative, norske oversettelsen heter det:

«1. Enhver skal ha rett til meningsfrihet uten inngrep.

2. Enhver skal ha rett til ytringsfrihet; denne rett omfatter frihet til å søke, motta og meddele opplysninger og tanker av alle slag, uten hensyn til landegrenser, enten i muntlig, skriftlig eller trykt form, eller ved kunstneriske eller andre uttrykksmidler etter eget valg.

3. Utøvelsen av de rettigheter som er fastsatt i denne artikkels paragraf 2 medfører særlige forpliktelser og et særlig ansvar. Den kan derfor gjøres til gjenstand for visse begrensninger, som dog må være fastsatt ved lov, og være nødvendige av hensyn til:

a) Respekten for andres rettigheter eller omdømme

b) Beskyttelsen av den nasjonale sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public), eller den offentlige helse eller moral.»

For en generell redegjørelse for innholdet i EMK artikkel 10 og SP artikkel 19, vises til henholdsvis van Dijk og Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998), side 557 – 585 og Nowak, *CCPR Commentary* (1993), side 335 – 358.

Ytrings- og informasjonsfriheten har særlig betydning for spørsmålet om offentlighet i rettspleien, jf. også kapittel II.22. Offentlighet er en verdi i seg selv og en nødvendig forutsetning for tillit til rettspleien, sml. også EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1). I *Sunday Times*, Series A No. 30 heter det (para. 65):

«There is general recognition of the fact that the courts cannot operate in a vacuum. Whilst they are the forum for the settlement of disputes, this does not mean that there can be no prior discussion of disputes elsewhere, be it in specialised journals, in the general press or amongst the public at large. Furthermore, whilst the mass media must not overstep the bounds imposed in the interests of the proper administration of justice, it is incumbent on them to impart

information and ideas concerning matters that come before the courts just as in other areas of public interest. Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them (see, *mutatis mutandis*, the *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* judgment of 7 December 1976, Series A no. 23, p. 26, para. 52).»

Generelt må det derfor utvises stor varsomhet med hensyn til å begrense allmennhetens muligheter for å skaffe seg kjennskap til hvordan domstolene fungerer, hvordan behandlingen foregår i den enkelte sak, og til hvilke avgjørelser domstolene treffer i konkrete saker, enten direkte eller via massemedia, jf. *Fressoz og Roire* (21. januar 1999) para. 45.

Retten til å motta informasjon gjelder etter praksis informasjon som andre ønsker å gi, eller som fra før av er åpent tilgjengelig. Menneskerettighetsdomstolen har så langt ikke funnet grunnlag for å utlede en allmenn rett til informasjon som innehaveren av den ikke ønsker å gi, jf. *Sunday Times*, Series A No. 30, *Leander*, Series A No. 126, *Gaskin*, Series A No. 160 og *Open Door*, Series A No. 246, sml. også *Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights* (1998), side 244 og *Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights* (1995), side 379 – 380.

Det er imidlertid på det rene at formålet bak ytrings- og informasjonsfriheten realiseres best om det foreligger en rett til dokumentinnsyn og til å overvære rettsforhandlinger, hvilket kan tale for en utvikling langs disse linjer, sml. *Lorenzen, Rehof og Trier, Den Europæiske Menneskeretskonvention* (1994), side 266, og *Lester, Freedom of Expression, i Macdonald, Matscher og Petzold (red.), The European System for the Protection of Human Rights* (1993), side 465 – 491 på side 482. Dette styrkes av at EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) uttrykkelig knesetter offentlighet. Et av hensynene bak dette er å sikre allmennheten innsyn, se nærmere nedenfor i II.4.4.5. Det finnes også støtte i praksis for å inkludere en rett for allmennheten til innsyn i rettspleien, jf. i første rekke Kommisjonens avgjørelse i *Atkinson, Crook og The Independent mot Storbritannia* (13366/87) DR 67 side 244. Her ble det forutsatt at utestengelse av journalister fra rettsforhandlinger måtte skje innenfor de rammer artikkel 10 setter, jf. også *Frowein og Peukert, Europäische MenschenrechtsKonvention* (1996), side 392. Sml. også Rt. 2001 side 568.

Ytrings- og informasjonsfriheten gir også føringer av betydning for bevisføringen. Et viktig ek-

sempel er journalisters rett til å beskytte sine kilder, hvor det etter praksis foreligger et forholdsvis sterkt konvensjonsvern, jf. Goodwin, Reports 1996-II side 483 para. 39, hvor det heter:

«Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is reflected in the laws and the professional codes of conduct in a number of Contracting States and is affirmed in several international instruments on journalistic freedoms (see, amongst others, the Resolution on Journalistic Freedoms and Human Rights, adopted at the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Prague, 7-8 December 1994) and Resolution on the Confidentiality of Journalists' Sources by the European Parliament, 18 January 1994, Official Journal of the European Communities No. C 44/34). Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the public interest.»

#### 4.3.7 Diskrimineringsforbud

Det følger av en rekke konvensjoner at rettspleien må være basert på ikke-diskriminering, dvs. usaklig forskjellsbehandling på grunn av forhold som kjønn, alder, rase, farge, etnisk opprinnelse, nasjonalitet, politisk eller religiøs overbevisning, sosial tilhørighet, språk osv:

EMK artikkel 14 forbyr diskriminering med hensyn til å sikre konvensjonsrettighetene. EMK tolvte tilleggsprotokoll (4. november 2000) innfører et generelt diskrimineringsforbud (foreløpig ikke ratifisert av Norge).

SP artikkel 14(1) slår fast at alle skal være like for domstolene, og artikkel 26 inneholder et generelt diskrimineringsforbud.

FNs konvensjon mot rasediskriminering (7. mars 1966) inneholder forbud mot enhver diskriminering på grunn av rase, farge, avstamning eller nasjonal og etnisk opprinnelse.

FNs konvensjon mot kvinnediskriminering (18. desember 1979) forbyr enhver diskriminering av kvinner.

FNs barnekonvensjon (20. november 1989) for-

byr enhver diskriminering med hensyn til vernet etter konvensjonen.

#### 4.3.8 Urbefolkningskonvensjonen

ILO-konvensjon nr. 169 av 27. juni 1989 om urbefolkning – Indigenous and Tribal Peoples Convention – omfatter den samiske befolkning. Konvensjonen er en videreutvikling av ILOs urbefolkningskonvensjon av 26. juni 1957. En vesentlig forskjell er at mens 1957-konvensjonen søkte integrasjon, er 1989-konvensjonen basert på at urbefolkningsgrupper skal kunne opprettholde sin kultur og egenart, og at offentlige myndigheter skal medvirke til dette, sml. bl.a. artikkel 2. Et tilsvarende prinsipp kommer til uttrykk i vår egen grunnlov, se § 110 a, sml. også artikkel 5 i Europarådets rammekonvensjon for nasjonale minoriteter av 1. februar 1995.

Konvensjonens artikkel 12 lyder:

«The peoples concerned shall be safeguarded against the abuse of their rights and shall be able to take legal proceedings, either individually or through their representative bodies, for the effective protection of these rights. Measures shall be taken to ensure that members of these peoples can understand and be understood in legal proceedings, where necessary through the provision of interpretation or by other effective means.»

I noen grad er dette en parallell til artikkel 13 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon om rett til et effektivt rettsmiddel ved påstand om konvensjonskrenkelse, jf. ovenfor i dette kapitlet II. 4.3.4. Urbefolkningskonvensjonen inneholder likevel enkelte strengere krav. Særlig viktig er det at ordlyden i artikkel 12 gir en ubetinget rett til rettsmidler ved domstolene. I relasjon til EMK artikkel 13 vil administrative rettsmidler kunne være nok. Det kan også hevdes at Urbefolkningskonvensjonen artikkel 12 fordrer at den rettslige prøvingen skal foregå direkte i forhold til konvensjonens regler, og at det ikke vil være tilstrekkelig at spørsmålet om krenkelse prøves prejudisielt.

Bestemmelsen slår fast at det skal være søksmålsadgang enten individuelt eller gjennom representative organer. At også slike søksmål må oppfylle de alminnelige vilkår for å reise sak – herunder krav om rettslig interesse – er ikke i strid med artikkel 12. Ordlyden gir rom for å avskjære individuelle søksmål, under henvisning til at saken må reises av et representativt organ. Bestemmelsen er ikke til hinder for at dom i sak mot et representativt organ eller en representativ gruppe, får nega-

tive rettskraftsvirkninger for etterfølgende, individuelle søksmål, sml. Rt. 1997 side 1608 og forutsetningsvis i reindriftsloven § 8 andre ledd.

Urbefolkningskonvensjonen oppstiller i liten grad uttrykkelige regler om saksbehandlingen i saker med samiske parter. Dog stiller artikkel 12 visse krav med hensyn til språk: Det skal tas de nødvendige skritt for at samiske parter kan forstå og gjøre seg forstått ved bruk av tolk eller andre virkemidler, sml. også SP artikkel 27. Dagens norske regler går formentlig lenger enn det konvensjonen krever, se domstolloven §§ 135 flg., og sameloven § 3-4.

Et spørsmål knytter seg til saker der det kan komme på tale å anvende samisk sedvane. I Urbefolkningskonvensjonen artikkel 8(1) heter det:

«In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary laws.»

Bestemmelsen er generelt utformet, men må bl.a. forstås slik at i tvister mellom samiske parter må saken kunne løses på grunnlag av samisk sedvane, så langt dette ikke kommer i strid med preceptorisk lovgivning. Regelen vil etter forholdene også utgjøre en selvstendig skranke mot å avskjære bevisføring om samiske rettstradisjoner. I noen grad innebærer artikkel 8(1) antakelig også at retten har plikt til å søke klargjort innholdet i samisk sedvane, så langt dette kan få betydning for løsningen av tvisten.

Det er mer allment grunn til å understreke behovet for å forholde seg til samiske tradisjoner og kultur i saker med en eller flere samiske parter. Språklige og kulturelle forhold kan vanskeliggjøre kommunikasjonen, skape et skjevt styrkeforhold mellom partene og medvirke til uriktige løsninger av tvisten. Slike forhold må retten søke å motvirke.

#### 4.3.9 Barnekonvensjonen

FNs Barnekonvensjon inneholder flere regler av betydning for utformingen av ny lov, dels som mer allmenne føringer, og dels som konkrete krav:

Artikkel 3(1): Prinsippet om at alle tiltak knyttet til barn – herunder ved domstolene – skal ivareta hensynet til barnets beste.

Artikkel 9(1) og (2): Rettergangskrav mht. overprøving av vedtak om omsorgsovertakelse, se også kapittel II.19 i forbindelse med reglene om rettslig prøving av administrative tvangstiltak.

Artikkel 12: Barnets rett til å bli hørt i saker som angår det.

Artikkel 37(d): Rett til juridisk assistanse ved

frihetsberøvelse, og til rask rettslig prøving av frihetsberøvelsens lovlighet. Bestemmelsen svarer i store trekk til EMK artikkel 5(4) og ESP artikkel 9(4), se nærmere kapittel II.19 om rettslig prøving av administrative tvangsvedtak.

## 4.4 Nærmere om retten til en rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1)

### 4.4.1 Innledning. Virkeområde

De mest generelle, internasjonale krav til den sivile rettergangen følger som før nevnt av kravene til en rettferdig rettergang nedfelt i EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) med tilhørende praksis.

De to konvensjonenes regulering er innbyrdes uavhengig. Rettighetens innhold og rekkevidde må derfor fastlegges på selvstendig grunnlag. Det er naturlig å legge hovedvekten på EMK artikkel 6(1), bl.a. fordi det i relasjon til denne bestemmelsen foreligger langt mer avklarende praksis enn i relasjon til SP artikkel 14(1). På de fleste viktige punkter vil dessuten innholdet i henholdsvis EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) i praksis langt på vei være sammenfallende.

Retten til en rettferdig rettergang foreligger etter ordlyden i EMK artikkel 6(1) der det er tale om å avgjøre noens borgerlige rettigheter eller plikter. Det refereres her til rettigheter eller plikter som «at least on arguable grounds» er anerkjent etter nasjonal rett, jf. O, Series A No. 120 para. 54. Retten til en rettferdig rettergang inneholder altså ingen selvstendige, materielle rettigheter eller plikter. Den trer først i funksjon der saken gjelder en rettighet eller plikt som har grunnlag i nasjonal rett. Er den påståtte rettighet eller plikt utelukket etter nasjonal rett, kommer artikkel 6(1) ikke til anvendelse, jf. Powell og Rayner, Series A No. 172 para. 36. Åpenbart uhjemlede krav vil derfor kunne avvises eller avgjøres uten at rettergangsgarantiene i artikkel 6(1) behøver å overholdes. At et offentligrettslig vedtak inneholder elementer av forvaltningsskjønn ekskluderer derimot ikke anvendelsen av artikkel 6(1), så lenge det aktuelle vedtaket er underlagt allmenne forvaltningsrettslige rammer, jf. Pudas, Series A No. 125-A, Tre Traktörer, Series A No. 159 og Allan Jacobsson, Series A No. 163.

Den saklige avgrensningen som ligger i at rettighetene eller pliktene skal være av borgerlig («civil») art, er ikke entydig. Kjerneområdet er tradisjonelle privatrettslige tvister. Men også saker med et offentligrettslig innslag omfattes, så fremt

rettens avgjørelse direkte vil kunne virke bestemmende – rettslig eller faktisk – for utøvelsen av rettigheter av mer privatrettslig karakter, f.eks. utnyttelse av eiendom eller næringsvirksomhet. Også saker om rett til offentlige ytelser (herunder om rett til trygd eller sosialytelser), eller krav om erstatning fra det offentlige, omfattes. I praksis har man derimot holdt utenfor tvister som oppfattes å være av mer rendyrket offentligrettslig karakter, f.eks. stemmerettstvister, militærnektersaker, tvister om statsborgerskap, oppholdstillatelse eller asyl, skattesaker og visse saker om offentlige ansettelsesforhold, se nærmere van Dijk og van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998), side 397 – 406 og Harris, O’Boyle og Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), side 174 – 186 med videre henvisninger. Utviklingen i praksis har gått i retning av at stadig flere saksområder innlemmes under artikkel 6(1), og man må holde åpent for at denne utvidelsen vil kunne fortsette, sml. Menneskerettighetsdomstolens overveielser i så henseende i Ferrazzini (12. juli 2001). For så vidt gjelder utvisningssaker, følger visse minimumskrav av EMK sjuende tilleggsprotokoll artikkel 1, men bestemmelsen gir ingen rett til domstolsbehandling.

Det skytes inn at den engelske ordlyden i SP artikkel 14(1) taler om avgjørelse av noens rettigheter eller plikter «in a suit of law», uten å begrense rekkevidden til slike rettigheter eller plikter av «borgerlig» karakter. Dette – og i noen grad også praksis fra Menneskerettighetskomiteen – kan tyde på at retten til en rettferdig rettergang etter SP artikkel 14(1) har et noe videre saklig dekningsområde enn tilfellet er for EMK artikkel 6(1). Men rettsstilstanden er uklar, se f.eks. Joseph, Scultz og Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights* (2000), side 279 – 282 og Nowak, *CCPR Commentary* (1993), side 241 – 243 med ytterligere henvisninger.

Skal EMK artikkel 6(1) komme til anvendelse, er det videre en forutsetning at det foreligger en reell tvist, se særlig den franske ordlyden («contestation»). Det nærmere innholdet er presisert av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, bl.a. i Van Marle og andre, Series A No. 101 (para. 32):

«The principles which emerge from the Court’s case-law include the following:

(a) Conformity with the spirit of the Convention requires that the word «contestation» (dispute) should not be «construed too technically» and should be «given a substantive rather

than a formal meaning» (see the *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 20, para. 45).

(b) The «contestation» (dispute) must be genuine and of a serious nature (see the *Sporrong and Lönnroth* judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 30, para. 81).

(c) The «contestation» (dispute) may relate not only to «the actual existence of a .. right» but also to its scope or the manner in which it may be exercised (see the above-mentioned *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment, p. 22, para. 49).

(d) The «contestation» (dispute) may concern both «questions of fact» and «questions of law» (see the same judgment, loc. cit., p. 23, para. 51 in fine, and the *Albert and Le Compte* judgment of 10 February 1983, Series A no. 58, p. 16, para. 29 in fine, and p. 19, para. 36).»

Tvistebegrepet må altså gis et materielt, ikke et teknisk, prosessuelt innhold: Tvisten må være reell, og kan knytte seg så vel til eksistensen av en rettighet eller plikt som til omfang og utøvelse av denne. Tvisten kan knytte seg til faktum eller til rettslige spørsmål.

Det er videre en forutsetning at det er tale om å avgjøre nettopp denne tvisten («determination»), se nærmere van Dijk og van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998), side 397 – 398 og Harris, O’Boyle og Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), side 189 – 192 med videre henvisninger. Foreløpige avgjørelser under saken faller derfor utenfor, jf. *Lorenzen, Rehof og Trier*, *Den Europæiske Menneskeretskonvention* (1994), side 180. For illustrasjon vises til *APIS a.s. mot Slovakia* (10. januar 2000, sak 39754/98) og *Carreira mot Portugal* (6. juli 2000, sak 41237/98). I begge sakene avviste Menneskerettighetsdomstolen klage over saksbehandlingen i forbindelse med midlertidige forføyninger som uforenlig med konvensjonen *ratione materiae*, altså fordi klagegjenstanden falt utenfor konvensjonens saklige dekningsområde. I den grad det i forbindelse med begjæring om midlertidig forføyning også er adgang til å avgjøre realiteten med endelig virkning, vil imidlertid artikkel 6(1) gjelde de deler av saksbehandlingen som leder frem til denne avgjørelsen.

Prosessledende avgjørelser og sideavgjørelser faller normalt også utenfor, i det disse ikke avgjør selve tvisten, jf. van Dijk og van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998), side 397 med henvisninger til praksis. Prosessledende avgjørelser og sideavgjørelser vil imidlertid inngå ved vurderingen av om saksbe-

handlingen samlet sett har vært rettferdig. Under tiden er det dessuten tale om å avgjøre selvstendige tvistepunkter i slike avgjørelse, f.eks. om saksomkostninger. Da gjelder artikkel 6(1) direkte, jf. Robins, Reports 1997-V side 1801 para. 28 og 29 og Beer (6. februar 2001) para. 13.

Menneskerettighetskonvensjonene stiller krav om adgang til overprøving i straffesaker, se EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 2, SP artikkel 14(5) og Barnekonvensjonen artikkel 40(2)(v). Tilsvarende, uttrykkelige regler om rettsmiddeladgang finnes ikke for sivile saker. Det kan heller ikke utledes noen rett til overprøving fra de allmenne regler om rettergangen i sivile saker, jf. f.eks. Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B para. 59. En stat står derfor i utgangspunktet fritt med hensyn til om, og eventuelt i hvilken utstrekning, en rettslig avgjørelse skal kunne angripes ved rettsmidler. Samtidig følger det som nevnt av EMK artikkel 6(1) at kravene til en rettferdig rettergang gjelder i den grad det er tale om å treffe en avgjørelse med hensyn til noens borgerlige rettigheter og plikter. I dette ligger det at så langt slike rettigheter og plikter blir avgjort i forbindelse med bruk av rettsmidler som står til rådighet etter nasjonal rett, må avgjørelsen også i rettsmiddelinstanden være basert på en saksbehandling i tråd med EMK artikkel artikkel 6(1). I Delcourt, Series A No. 11 heter det således (para. 25):

«Article 6 para. 1 of the Convention does not, it is true, compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation. Nevertheless, a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in Article 6 ...»

Dette vil ha tilsvarende anvendelse i relasjon til retten til en rettferdig rettergang i SP artikkel 14(1), se bl.a. forutsetningsvis Menneskerettighetskomiteens vurdering i Karttunen mot Finland (387/89). Spørsmålet om betydningen av EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) i forbindelse med rettsmidler er for øvrig behandlet mer inngående i forbindelse med Tvistemålsutvalgets utkast til regler om rettsmidler, se II.12.

Ordlyden i artikkel 6(1) gir ikke grunnlag for personelle avgrensninger, i det den omfatter enhver («everyone»). Retten til en rettferdig rettergang er derfor ikke avhengig av f.eks. statsborgerskap, domicil, alder eller sjelelig sunnhet, sml. også artikkel 1 som pålegger konvensjonsstatene å sikre og respektere konvensjonsrettighetene for enhver innenfor sin jurisdiksjon. Rettergangsgarantiene

i artikkel 6(1) kan også påberopes av juridiske personer, jf. bl.a. Union Alimentaria Sanders S.A, Series A No. 157, Dombro Beheer B.V, Series A No. 274, Levages Prestations Services, Reports 1996-V side 1530, Terra Wonungen B.V, Reports 1996-VI side 2105, Canea Catholic Church, Reports 1997-VIII side 2843 og Agoudimos & Cefallonian Sky Shipping CO (28. juni 2001). I denne forbindelse pekes det på at juridiske personer har selvstendig klagerett til Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, uavhengig av formål og organisering, jf. artikkel 34 og Bårdsen, Krenkelser og klager (1999), side 159 – 166. Den norske oversettelsen av konvensjonens artikkel 34 bruker her uttrykket «frivillig organisasjon», hvilket er misvisende.

Et unntak gjelder likevel for offentlige organer, herunder kommunale og fylkeskommunale. Offentlige organer er pliktsubjektene under konvensjonen, og staten er ansvarssubjektet ved krenkelser, jf. artikkel 1. Konvensjonen gir ikke offentlige organer rettigheter eller krav verken mot andre offentlige organer eller overfor private, sml. også artikkel 34 som uttrykkelig holder offentlige innretninger utenfor kretsen av klageberettigete.

For så vidt gjelder SP artikkel 14(1), vil det etter praksis måtte avgrenses mer generelt mot juridiske personer, jf. f.eks. Menneskerettighetskomiteens avvisningsavgjørelse i S.M. mot Barbados (502/1992) hvor det heter:

«Under article 1 of the Optional Protocol only individuals may submit a communication to the Human Rights Committee. The Committee considers that the author, by claiming violations of his company's rights, which are not protected by the Covenant, has no standing under article 1 of the Optional Protocol.»

Tilsvarende er lagt til grunn bl.a. i J.R.T. og W.G Party mot Canada (104/81), Newspaper Publishing Company mot Trinidad og Tobago (360/89) og A Publication and Printing Company mot Trinidad og Tobago (361/89). I motsetning til EMK, er den direkte rettsbeskyttelsen under SP begrenset til fysiske personer, jf. også artikkel 2(1) hvor det uttrykkelig heter at konvensjonsstatenes plikter gjelder overfor «all individuals within its territory».

Statens plikt til å tilby en rettferdig rettergang, knytter seg primært til de tilfeller der en sak avgjøres ved de nasjonale domstoler. I den generelle plikten til å sikre konvensjonsrettighetene etter EMK artikkel 1 og SP artikkel 2(1), ligger det imidlertid også et forbud mot å anerkjenne eller fullbyrde utenlandske rettsavgjørelser som er basert på en klart konvensjonsstridig saksbe-



handling, f.eks. med hjemmel i ordre public, se nærmere Bårdsen, Krenkeler og klager (1999), side 261 – 263 og Werlauff, Fælleseuropæisk procesret (2000), side 163 – 164, sml. Pelegrini (20. juli 2001). En reservasjon av liknende art må gjøres i forhold til voldgift, se nærmere nedenfor i II.4.4.2 i.f.

I det følgende behandles de enkelte hovedelementene i EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1). Retten til domstolsadgang (II.4.4.2), kravet om uavhengige og upartiske domstoler opprettet ved lov (II.4.4.3), rettferdig rettergang (II.4.4.4), offentlighet (II.4.4.5) og avgjørelse innen rimelig tid (II.4.4.6).

#### 4.4.2 Retten til domstolsbehandling («access to court»)

Etter sin ordlyd regulerer EMK artikkel 6(1) saksbehandlingen når det først er kommet til tvist for domstolene. Den gir ingen uttrykkelig rett til domstolsbehandling. Den europeiske menneskerettsdomstolen slo imidlertid tidlig fast at en slik rett følger implisitt av bestemmelsen, jf. særlig Golder, Series A No. 18 og Airey, Series A No. 32. I førstnevnte avgjørelse heter det (para. 35 og 36):

«The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally «recognised» fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6 para. 1 must be read in the light of these principles.

Were Article 6 para. 1 to be understood as concerning exclusively the conduct of an action which had already been initiated before a court, a Contracting State could, without acting in breach of that text, do away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government. Such assumptions, indissociable from a danger of arbitrary power, would have serious consequences which are repugnant to the aforementioned principles and which the Court cannot overlook (Lawless judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 52, and Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 14-15).

It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are

of no value at all if there are no judicial proceedings.

36. Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1. This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (see the Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8), and to general principles of law.»

Det tilsvarende prinsipp er lagt til grunn i relasjon til SP artikkel 14(1), jf. Joseph, Schultz og Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights (2000), side 283 – 286 med henvisninger til praksis fra Menneskerettighetskomiteen.

Samtidig er det anerkjent at retten til domstolsadgang ikke er absolutt. Nasjonal rett kan sette begrensninger. I så henseende har den enkelte stat en viss skjønnsmargin («margin of appreciation»). Begrensninger må imidlertid ikke være av en slik art eller av et slikt omfang at de rammer selve kjernen i retten til domstolsadgang, jf. Ashingdane, Series A No. 57. De må dessuten forfølge et legitimt formål, og det må være rimelig proporsjonalitet mellom mål og middel, jf. f.eks. Fayed, Series A No. 294-B, Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B og Ait-Mouhoub, Reports 1998-VIII side 3214. Dette er kumulative forutsetninger, selv om grensene mellom dem kan være noe flytende.

Retten til domstolsadgang har implikasjoner på ulike nivåer. En del typetilfeller er nærmere drøftet bl.a. hos Ravlo, Access to Court (upublisert manuskript, Tromsø 2000), side 173 – 279. Se også van Dijk og van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (1998), side 418 – 428 og Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention of Human Rights (1995), side 196 – 202. Her skal noen hovedpunkter trekkes frem.

For det første setter retten til domstolsbehandling grenser for domstolenes adgang til å avvise søksmål. Kjerneområdet er tilfeller der avvisning må skje fordi domstolsprøving allerede i utgangspunktet er utelukket på bestemte saksområder, jf. f.eks. Eriksson, Series No 156. Retten til domstolsadgang legger imidlertid også begrensninger på muligheten for avvisning f.eks. knyttet til manglende partsevne eller prosessuell handleevne, søksmålsfrister, søksmålsgjenstand og -situasjon, sikkerhet for saksomkostninger eller feil ved prosesshandling, jf. f.eks. Keegan, Series A No. 290,

Canea Catholic Church, Reports 1997-VIII side 2843, Kreuz (19. juni 2001) og oversikten hos Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis (1997), side 143 – 145. For så vidt gjelder spørsmålet om sikkerhet for saksomkostninger, vises også til redegjørelsen i kapittel II.20. Det poengteres at søksmålsbegrensninger av denne typen ikke i seg selv er konvensjonsstridige. Som innskrenkninger i retten til domstolsbehandling må de imidlertid praktiseres i samsvar med kriteriene nevnt ovenfor knyttet til formål, proporsjonalitet, og forbudet mot å ramme selve kjernen i retten til domstolsbehandling. Av nyere praksis følger det dessuten at vilkårlige, grovt urimelige eller unødig formalistisk begrunnede avvisningsavgjørelser vil være i strid med retten til domstolsadgang, jf. Escalano og andre (25. januar 2000), Leoni (26. oktober 2000), S.A. Sotiris og Nikos Kautras (16. november 2000) og Platakou (11. januar 2001).

For det andre følger det visse krav til domstolens overprøvingskompetanse i saker om offentligrettslige vedtak. Noen helt fast og entydig regel kan neppe utledes av praksis, bl.a. fordi de krav artikkel 6(1) her stiller vil bero på sakens art, se nærmere Frowein og Peukert, Europäische MenschenrechtsKonvention (1996), side 198 – 201 og Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention of Human Rights (1995), side 192 – 195. Regelmessig fordres imidlertid at domstolene kan prøve forvaltningens saksbehandling, bevisvurdering og rettsanvendelse, og eventuelt også det forvaltningsrettslige skjønn i forhold eventuell myndighetsmisbruk, jf. Albert og Le Compte, Series A No. 58 para. 29 og Ortenberg, Series A No. 295-B para. 31 hvor det tales om «full jurisdiction». Sml. også W, Series A No. 121 para. 82. Det kan derimot ikke utledes noe alminnelig krav om at domstolene skal kunne treffe ny realitetsavgjørelse, jf. Høyesteretts kjennelse av 22. august 2001 (sak 01298).

For det tredje er konvensjonsstatene forpliktet til å sikre en reell domstolsadgang i praksis, ved å avhjelpe vesentlige praktiske hindre, f.eks. i form at det ytes fri sakførsel i tilfeller der advokatbistand er påkrevd og hvor parten selv ikke har mulighet for å betale, jf. Airey, Series A No 32. At en søknad om fri sakførsel avslås under henvisning til at søkeren har små utsikter til å vinne frem, er imidlertid etter praksis forenlig med artikkel 6(1), jf. Aerts, Reports 1998-V side 1939.

Også press som medfører at en part unnlater å benytte sin rett til domstolsbehandling, kan være uforenlig med artikkel 6(1), jf. Deweer, Series A No. 35 para. 48 – 54 og Møses kommentarer til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon i

Karnov (1999) i note 51. Slikt press kan ha svært ulik karakter, fra utvetydige trusler om represalier eller straff, til f.eks. mer kamuflerte hentydninger om søksmålets betydning for utsiktene til å oppnå eller beholde offentlige tillatelser. Massivt forlikspress fra rettens side vil også kunne komme i strid med artikkel 6(1).

Generelt tilsier retten til en praktisk og effektiv domstolsadgang også at prosesssystemet utformes og praktiseres med sikte på å unngå prosessuelle feller, og uten overdreven formalisme, sml. bl.a. Bellet, Series A No. 333-B. Veiledning fra rettens side og adgang til å rette opp feil og forsømmelser for partene, er også egnede virkemidler for å sikre en best mulig reell domstolsadgang.

I den grad det finnes rettsmidler, vil retten til domstolsadgang også omfatte disse rettsmidlene, se Brualla Gómez de la Torre, Reports 1997-VIII side 2945 para. 33. At en konvensjonsstat står fritt med hensyn til å etablere rettsmidler med et gitt innhold, gir den ikke en tilsvarende frihet med hensyn til å gi en part rettslig og faktisk adgang til de rettsmidler som er etablert. Muligheten for å begrense adgangen til rettsmidler er imidlertid videre enn tilfellet er for behandling i førsteinstans. Partene har allerede fått saken behandlet i en instans, og behovet for begrensninger er regelmessig større, og stigende, oppover i instansene, sml. Brualla Gómez de la Torre, Reports 1997-VIII side 2945 para. 33. Det vises for øvrig til kapittel II.12 hvor de menneskerettslige føringer for rettsmiddelsystemet behandles mer inngående.

Retten til domstolsadgang har også sider mot voldgift. Voldgiftsavtalen innebærer at partene gir avkall på sin rett til domstolsbehandling i artikkel 6(1). Den representerer også at partene gir avkall på de konkrete rettergangsgarantier etter artikkel 6(1), så langt andre saksbehandlingsregler følger av lovgivningen om voldgift, av voldgiftsavtalen eller etterfølgende enighet. Det er ikke tvilsomt at konvensjonen anerkjenner slikt avkall, jf. Deweer, Series A No. 35 para. 49 og Kommisjonens avgjørelse i Bramelid og Malmström mot Sverige (8588/79 og 8589/79) DR 38 side 38. I Axelson og andre mot Sverige (11960/86) uttalte Kommisjonen således:

«The Commission notes that insofar as arbitration is based on agreements between the parties to the dispute, it is a natural consequence of their right to regulate their mutual relations as they see fit. From a more general perspective, arbitration procedures can also be said to pursue the legitimate aim of encouraging non-

judicial settlements and of relieving the courts of an excessive burden of cases.»

Det kan heller ikke oppstilles bestemte formkrav. En forutsetning må imidlertid være at voldgiftsavtalen – altså avkallet – er frivillig og informert, jf. forutsetningsvis Domstolens avvinningsavgjørelse i Guido Pastore mot Italia (46483/99). Når den konvensjonsrettslige forutsetningen for å anerkjenne voldgift er samtykke, synes det å følge at voldgiftsretten ikke kan ha kompetanse til avgjøre tvistepunkter som ikke dekkes av samtykket, f.eks. motkrav som faller utenfor voldgiftsavtalen.

I og med at voldgiftsavtalen må oppfattes som et avkall på rettighetene etter artikkel 6(1), er det ikke noen alminnelig forutsetning at en voldgiftsdom skal kunne overprøves ved de alminnelige domstoler med tanke på om saksbehandlingen har foregått i samsvar med artikkel 6(1), jf. Kommisjonens avvinningsavgjørelse i Lila Marianne Nordström-Janzon og Aira Marja Nordström-Lethinen mot Nederland (28101/95), og Domstolens avvinningsavgjørelse i Osmo Suivaniemi og andre mot Finland (317377/96). Parten har frafalt rettighetene etter bestemmelsen, og kan da ikke i neste omgang gjøre slike feil gjeldende. Det må likevel trekkes en yttergrense for tilfeller der saksbehandlingen i voldgiftsretten åpenbart og grovt har vært i strid med artikkel 6(1), uten at dette har hatt hjemmel i lovgivningen eller partenes avtale (ordre public). I motsatt fall ville man gi avkallet virkning også for rettergangsgarantier i artikkel 6(1) som avkallet ikke dekker. Om de ordinære domstoler i slike tilfeller anerkjenner voldgiftsdommen, og eventuelt også tillater den fullbyrdet, foreligger det en etterfølgende bistand som kan bringe staten i ansvar, jf. forutsetningsvis i Kommisjonens avgjørelser i Boss Söhne KG mot Tyskland (18479/91) og i Firma Heinz Schiebler KG (18805/91).

#### 4.4.3 Uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov

EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) gir rett til behandling ved en uavhengig og upartisk domstol («tribunal») opprettet ved lov. Domstolsbegrepet ble utlagt slik i Belilos, Series A No. 132 (para. 64):

«According to the Court's case-law, a «tribunal» is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner (see, as the most recent authority, the judgment of 30 November 1987 in the case of H v Belgium, Series A no.

127, p. 34, § 50). It must also satisfy a series of further requirements – independence, in particular of the executive; impartiality; duration of its members' terms of office; guarantees afforded by its procedure – several of which appear in the text of Article 6 § 1 itself (see, inter alia, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, § 55).»

Det følger av dette at karakteristikken «domstol» etter intern rett verken er nødvendig eller tilstrekkelig. Et organ kan anses som et «tribunal» i konvensjonenes forstand, selv om dette etter nasjonal rett ikke er rubrisert som en domstol. At et organ er gitt betegnelsen «domstol» i intern rett, er på den andre siden ikke ensbetydende med at organet også kan anses som et «tribunal» etter konvensjonene. Det avgjørende er at organet har en judisiell funksjon, med kompetanse til å avgjøre tvisten etter en formalisert saksbehandling.

Uavhengighetskravet relaterer seg i første rekke til forholdet mellom retten og de øvrige statsmakter, i praksis særlig regjering og lavere forvaltning. Det vil ha stor betydning hvordan rettens medlemmer oppnevnes, varigheten av vervet, og hvilke garantier som foreligger mot press utenfra, f.eks. med hensyn til skranker for avskjed og liknende, jf. Cambell og Fell, Series A No. 80 para. 78. I praksis er det også understreket at det generelt vil ha betydning «whether the body presents an appearance of independence», altså en mer objektiv test, sml. også Sramek, Series A No. 84. Rettens uavhengighet må være synbar.

Kravet om upartiskhet – habilitet – skal sikre at retten møter saken med et åpent sinn. En forutinntatt dommer, eller en dommer som mer systematisk favoriserer den ene parten, er ikke upartisk. For å tilfredsstille kravet om upartiskhet er det ikke tilstrekkelig at dommeren subjektivt sett ikke er partisk. Det kreves også at man på mer objektivt grunnlag kan utelukke denne muligheten, jf. f.eks. Piersack, Series A No. 53 og Hauschildt, Series A No. 154 para. 46, sml. også Bårdsen, Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstatering, LoR 2000 side 209 – 227 på side 213. Også her må det altså være synlig at «justice is done».

Både EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) krever at domstolen skal være opprettet ved lov. Heri ligger et krav om at i hvert fall de grunnleggende regler om organisasjon og arbeidsmåte skal følge av loven, og ikke være overlatt til administrativ regulering, jf. Frowein og Peukert, Europäische MenschenRechtsKonvention (1996), side 249 – 250. Det må videre forutsettes at domstolen i praksis fungerer i samsvar med disse lovbestemte

regler. Enhver tilsidesettelse av nasjonale prosessregler er imidlertid ikke konvensjonsrelevant, sml. Lorenzen, Rehof og Trier, Den Europæiske Menneskeretskonvention (1994), side 180. En domstol som mer systematisk og grovt bryter grunnleggende regler for egen organisasjon eller arbeidsmåte, kan derimot vanskelig sies å tilfredsstille EMK artikkel 6(1) og SP 14(1) på dette punktet, jf. Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights (1995), side 239.

#### 4.4.4 Rettferdig rettergang

Det generelle krav til saksbehandlingen ved domstolene etter artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) er at den skal være rettferdig («fair»). Den europeiske menneskerettsdomstolen har ikke gitt noen generell definisjon av hva som ligger i kravet om en rettferdig rettergang, og noen endelig og entydig abstrakt definisjon kan vanskelig gis. Det er tale om en rettslig standard hvis etterlevelse i den enkelte sak vil bero på en konkret vurdering av den samlede saksbehandling frem til endelig avgjørelse av tvisten, jf. Barberà, Messegué og Jabardo, Series A No. 146 og Kostovski, Series A No. 166.

I praksis har det likevel utkrystallisert seg enkelte hovedkomponenter. I Kraska, Series A No. 254-B formulerte Den europeiske menneskerettsdomstolen følgende, allmenne målsetning for kravet om en rettferdig rettergang (para. 30):

«The effect of Article 6 para. 1 is, inter alia, to place the «tribunal» under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessment of whether they are relevant to its decision (see, among other authorities, mutatis mutandis, the Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain judgment of 6 December 1988, Series A no. 146, p. 31, para. 68).»

Det grunnleggende poenget er altså at partene skal ha adekvate og reelle muligheter for å fremføre sin sak, slik at retten på sin side får et forsvarlig grunnlag for å treffe en avgjørelse, jf. Georgiadis, Reports 1997-III side 949 para. 40 og F.R. (7. juli 2001). Dette er ikke til hinder for bevisavskjæring, eller for at retten begrenser argumentasjonen i forhold til det som er relevant for saken, jf. Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis (1997), side 177. Slike tiltak må imidlertid ikke resultere i at en part i realiteten avskjæres fra å gjøre sine krav gjeldende på en objektivt sett formålstjenlig måte.

Artikkel 6(1) forutsetter også at retten setter seg tilstrekkelig inn i saken til å kunne treffe en

forsvarlig avgjørelse, jf. Kraska, Series A No. 254-B. Retten til en rettferdig rettergang er derfor ikke tilfredsstilt dersom retten treffer sin avgjørelse vilkårlig, eller basert på klart mangelfull kjennskap til fremlagt bevismateriale, sml. Reid, A practitioner's guide to the European Convention of Human Rights (1998), side 50 og side 88.

Et helt grunnleggende element i retten til en rettferdig rettergang, er likhetsprinsippet – «equality of arms». Dette går i korthet ut på at en part skal ha en rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten, på vilkår som ikke stiller ham vesentlig dårligere enn motparten, jf. Dombo Beheer, Series A No. 274 (para. 33):

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

Likhetsprinsippet har allmen rekkevidde, og gjelder for alle deler av prosessen, jf. Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights (1995), side 207. Om likhetsprinsippet er tilfredsstilt beror på en sammenlikning mellom partene. Har partene hatt vesentlig samme vilkår, er denne del av rettferdighetskravet oppfylt, jf. Feldbrugge, Series A No. 99. Illustrerende er Krcmar (3. mars 2000) hvor det heter (para. 39):

«In the present case the documentary evidence in issue was not communicated to either of the parties to the dispute before the Constitutional Court. Accordingly, no infringement of equality of arms has been established.»

Kontradiksjonsprinsippet vil imidlertid kunne innebære skjerpede krav med hensyn til retten til å gjøre seg kjent med bl.a. dokumenter i saken, se straks nedenfor.

For så vidt gjelder bevis og bevisføringen, gir likhetsprinsippet føringer på ulike plan. Det forutsetter likestilling mht. å få føre bevis knyttet til et nærmere angitt bevistema, jf. Dombo Beheer, Series A No. 274. Det forutsetter videre at en part gis samme mulighet til å eksaminere vitner i saken, og sakkyndige, som den annen part. Tilsvarende må parten ha tilgang til annet bevismateriale som den annen part legger frem for retten, og gis mulighet for å kommentere og imøtegå dette, jf. Schuler-Zraggen, Series A No. 263, Hentrich, Series A No. 296-A og Kerojärvi, Series A No. 322.

Likhetsprinsippet innebærer også at partene

skal ha samme stilling med hensyn til å fremføre saken, begrunne sitt syn, og til å imøtegå den annen parts argumentasjon, jf. Feldbrugge, Series A No. 99, Ruiz-Mateos, Series A No. 262, Van de Hurk, Series A No. 288 og Werner, Reports 1997-VII side 2495.

Som nevnt har likhetsprinsippet allmenn rekkevidde, og får derfor anvendelse på alle angreps- og forsvarsmidler i rettergangen. Partene må f.eks. ha samme adgang til å være til stede i retten, jf. Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* (1997), side 177. Det vil også være i strid med likhetsprinsippet om retten systematisk behandler ulike anmodninger og begjæringer fra en part vesentlige saktere enn tilsvarende fra den andre parten, jf. *Menneskerettighetskomiteens avgjørelse i Fei mot Colombia* (514/92). Sml. også *Platakou* (11. januar 2001) hvor det ble konstatert krenkelse av likhetsprinsippet hvor bare den offentlige part i saken hadde fått fristutsettelse i forbindelse med rettsferien.

Utenfor prinsippets kjerneområde, er rekkevidden likevel uklar. Det kan f.eks. neppe utledes rett til økonomisk hjelp i forbindelse med saken, med sikte på å kunne sette inn like store ressurser som motparten, eller noe forbud mot at muligheten for å bli tilkjent saksomkostninger bl.a. beror på partsforholdet. Til illustrasjon, se også Rt. 1995 side 613 hvor det var gjort gjeldende at likhetsprinsippet måtte innebære at en part med prosessfullmektig dekket av fri sakførsel, ikke kunne ilegges et større omkostningsansvar enn det han kunne blitt tilkjent om han hadde vunnet saken. Til dette uttalte Kjæremålsutvalget helt generelt:

«Kjæremålsutvalget kan ikke se at det følger av denne bestemmelse eller av det nevnte prinsipp at partene i en sak skal være representert ved like dyre prosessfullmektiger. Enda mindre kan man av bestemmelsen eller prinsippet utlede noe om utmålingen av ansvaret for den annen parts saksomkostninger når man taper saken.»

Retten til en rettfærdig rettergang omfatter som nevnt også kontradiksjonsprinsippet, jf. *Krcmar* (3. mars 2000) hvor det heter (para. 40):

«However, the concept of a fair hearing also implies the right to adversarial proceedings, according to which the parties must have the opportunity not only to make known any evidence needed for their claims to succeed, but also to have knowledge of, and comment on, all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision (see the *Nideröst-Huber v. Switzerland* judgment of 18 February 1997, Reports 1997-I, p. 108, § 24,

and the *Mantovanelli v. France* judgment of 18 March 1997, Reports 1997-II, p. 436, § 33).»

En part skal altså ha adgang til å gjøre seg kjent med, og kommentere alt bevismateriale og all argumentasjon som tilflyter retten. Domstolen fremhevet videre at om retten til kontradiksjon skal være effektiv, må partene også gis den nødvendige tid til å sette seg inn i materialet (para. 42):

«A party to the proceedings must have the possibility to familiarise itself with the evidence before the court, as well as the possibility to comment on its existence, contents and authenticity in an appropriate form and within an appropriate time, if need be, in a written form and in advance.»

Den tilsvarende rettsoppfatning er lagt til grunn i en lang rekke av saker, se f.eks. *Feldbrugge*, Series A No. 99, *Lobo Machado*, Reports 1996-I side 195, *Vermeulen*, Reports 1996-I side 224, *Mantovanelli*, Reports 1997-II side 424, *Van Orshoven*, Reports 1997-III side 1039, *Reinhardt*, Reports 1998-II side 640, *Slimane-Kaid* (25. januar 2000), *Quadrelli* (11. januar 2000), *K.S.* (31. mai 2001) og *K.P.* (31. mai 2001). I *Beer* (6. februar 2001) understrekes det (para. 18):

«What is at stake is the litigants' confidence in the workings of justice, which is based on, inter alia, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file ...»

For så vidt gjelder bevisføring og sakførsel fra den annen parts side, vil likhetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet langt på vei overlappe hverandre. Kontradiksjonsprinsippet har størst selvstendig betydning i relasjon til materiale – bevismessig eller argumentativt – som legges frem for retten av andre enn partene, f.eks. rettsoppnevnte sakkyndige.

Når det gjelder spørsmål knyttet til bevisføring og bevisvurdering i sin alminnelighet, er det konvensjonsrettslige utgangspunktet at dette beror på nasjonal rett, jf. f.eks. *Schenk*, Series A No. 140 para. 46. Forsvarlighetsstandarden i artikkel 6(1) vil imidlertid på flere viktige punkter kunne spille inn også her. Ett aspekt er allerede nevnt, nemlig retten til innsyn i, og kontradiksjon omkring, det bevismaterialet som legges frem for retten, jf. ovenfor. Men også ut over det som følger av likhets- og kontradiksjonsprinsippet, kan artikkel 6(1) gi føringer. Her skal nevnes noen aspekter.

Den generelle forutsetningen i artikkel 6(1) om at en part skal ha reelle muligheter for å føre sin

sak, tilsier at parten må ha mulighet for tilgang til bevis som kan være av vesentlig betydning for saken, men som er i en annens besittelse. Dette støttes også av forutsetningen om at saksbehandlingen skal være egnet til å gi retten et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. I praksis har dette kommet på spissen i tilfeller der det ikke er gitt innsyn i dokumenter som har vært i det offentlige besittelse. For slike tilfeller har domstolen formulert seg nokså kategorisk, i den forstand at nektelse av innsyn i utgangspunktet er konvensjonsstridig, jf. McGinley og Egan, Reports 1998-III side 1334 para. 86 hvor det heter:

«The Court considers that, if it were the case that the respondent State had, without good cause, prevented the applicants from gaining access to, or falsely denied the existence of, documents in its possession which would have assisted them in establishing before the PAT that they had been exposed to dangerous levels of radiation, this would have been to deny them a fair hearing in violation of Article 6 § 1.»

Det kan argumenteres for at spørsmålet kommer i en annen stilling dersom det aktuelle bevismaterialet er i privat besittelse. Den som da har hånd om materialet har – i motsetning til det offentlige – ingen umiddelbare plikter under konvensjonen. Hans nektelse av å gi tilgang til bevismaterialet kan derfor ikke som sådan være i strid med artikkel 6(1). Denne tilnærmingen har nok likevel begrenset rekkevidde. Plikten til å sikre en rettferdig rettergang påhviler uansett retten. Dersom tilgang til bevismateriale er vesentlig for at en part skal ha noen reell mulighet for å fremføre sin sak, vil retten ha et selvstendig ansvar for at parten gis slik tilgang, om nødvendig gjennom pålegg til den som har hånd om det aktuelle bevismaterialet.

Som det fremgår av det siterte fra McGinley og Egan, kan det likevel ikke utledes en absolutt og ubegrenset rett til tilgang til bevis. Nektelse må aksepteres der det kan påvises god grunn («good cause»). Nærmere angivelse av hva som ligger i dette er ikke gitt i praksis, og dette åpne vurderingstemaet overlater atskillig skjønnsmyndighet til den enkelte stat, f.eks. hva gjelder de krav som stilles til spesifikasjon, til bevisets antatte betydning for tvisten og med hensyn til begrensninger av bevisgangen begrunnet i beskyttelse av den annen part eller andre berørte.

At retten tillater ført bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, er ikke i seg selv konvensjonsstridig, jf. Schenk, Series A No. 140 para. 46 og Mantovanelli, Reports 1997-II side 424 para. 34. Dette beror på en mer helhetlig vurdering, bl.a.

basert på hva uregelmessighetene nærmere består i og hvilken posisjon dette bevismaterialet har i forhold til den samlede bevisføring. På den annen side vil ikke en part kunne påstå krenkelse av sin rett til en rettferdig rettergang fordi om en domstol – etter å ha foretatt en slik avveining – avskjærer bevis ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte.

EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) stiller ikke uttrykkelige krav til hvordan bevisføringen skal foregå. Forutsetningen om at retten skal ha et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, innebærer likevel at det for mange praktisk viktige former for bevisføring vil gjelde et krav om umiddelbarhet, f.eks. hva gjelder sentrale vitner knyttet til et omstridt faktum av betydning for utfallet i saken. I saker hvor partenes personlighet og troverdighet kan virke bestemmende for utfallet, vil det også være en forutsetning at partene får anledning til å forklare seg direkte for den dømmende rett.

Kravene til umiddelbar bevisføring henger nøye sammen med spørsmålet om adgangen til å avgjøre saken på grunnlag av skriftlig behandling. EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) regulerer heller ikke dette uttrykkelig, dog slik at formuleringen «hearing» gir klare indikasjoner på at man ser for seg at muntlige forhandlinger skal være det normale. Også praksis viser at det bare rent unntaksvise aksepteres at tvisten – i strid med en parts ønske – avgjøres utelukkende på grunnlag av skriftlig behandling, se f.eks. Fredin, Series A No. 283-A, Fischer, Series A No. 312 og L (27. april 2000). Det kan også vises til Kjæremålsutvalgets kjennelser av 28. mars 2001, Rt. 2001 side 468, og 28. juni 2001, Rt. 2001 side 894. I praksis er det særlig ved bruk av rettsmidler at det kan oppstå problemer med hensyn til middelbar bevisføring og utelukkende skriftlig behandling, og det vises til den nærmere redegjørelsen i kapittel II.12.

Retten til en rettferdig rettergang gir ingen direkte føringer for bevisbedømmelsen eller for hvilke krav som kan stilles til sannsynliggjøring. En forutsetning er likevel at nasjonale regler om dette ikke skaper en ubalanse mellom partene, jf. Komisjonens avgjørelse i G mot Frankrike (11941/86) DR 57 side 100 hvor det heter:

«[T]he Commission considers that Article 6 para. 1 of the Convention does not, as such, regulate the allocation of the burden of proof. A provision laying down, in the context of a civil dispute, a presumption of responsibility may therefore be regarded as infringing the fairness of the trial only if and insofar it can result in an imbalance between the parties.»

For så vidt gjelder de avgjørelser retten tref-

fer, gir ikke artikkel 6(1) uttrykkelige føringer om form eller innhold. Retten til en rettfærdig rettergang innebærer heller ikke en rett til at rettens avgjørelser skal være riktige med hensyn til bevisbedømmelsen eller anvendelsen av nasjonal rett. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen er slik sett ingen ankeinstans med kompetanse til å overprøve nasjonale rettsavgjørelser («fjerdeinstans-doktrinen»), jf. Bårdsen, Krenkelser og klager (1999), side 276–279 med videre henvisninger. For så vidt gjelder det tilsvarende under SP artikkel 14(1) vises til Menneskerettighetskomiteens avgjørelse i van Meurs mot Nederland (215/86), B.D.B mot Nederland (273/88) og R.M mot Finland (301/88).

Et grunnleggende krav etter artikkel 6(1) er likevel at retten begrunner sin avgjørelse, se også kapittel II.21 om rettslige avgjørelser og kapittel II.10 om forliksrådene. Kravet om begrunnelse innebærer ikke at retten er forpliktet til å ta stilling til ethvert anbringende fra en part, jf. Ruiz Torija, Series A No. 303-A (para. 29 og 30):

«The Court reiterates that Article 6 para. 1 obliges the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the Van de Hurk v. the Netherlands judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, para. 61). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to 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 Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.»

Minstekravet er imidlertid at omstendigheter som ville kunne være avgjørende for sakens utfall, må omtales. I den siterte Ruiz Torija var det påstått foreldelse. Retten hadde ikke tatt hensyn til dette, og hadde ikke gitt noen begrunnelse for sitt standpunkt. Unnlåtelsen var i strid med artikkel 6(1). I dommen heter det (para. 30):

«In the absence of such a reply, it is impossible to ascertain whether the Audiencia Provincial simply neglected to deal with the submission that the action was out of time or whether it intended to dismiss it and, if that were its inten-

tion, what its reasons were for so deciding. There has therefore been a violation of Article 6 para. 1.»

Avgjørelser bygger på det prinsipp at det må fremgå av avgjørelsen at retten har vurdert og tatt stilling til partens sentrale anførsler til støtte for sin påstand, og at retten må angi hvorfor den har forkastet disse, sml. også Clayton og Tomlinson, *The Law of Human Rights* (2000), side 653. Av andre avgjørelser følger det videre at den begrunnelse som gis må være egnet til å forklare rettens standpunkt. Som eksempel kan nevnes Georgiadis, Reports 1997-III side 949 hvor retten hadde forkastet et krav om erstatning under henvisning til partens egen grove uaktsomhet, uten å angi nærmere hva retten bygget dette på. Den europeiske menneskerettighetsdomstol fant dette utilfredsstillende, og konstaterte krenkelse av artikkel 6(1):

«41. As to the alleged lack of adequate reasons in the decisions of the military tribunals, it is to be noted that, in discarding the State's liability for the applicant's detention, the domestic courts referred to the applicant's own «gross negligence». In doing so, they repeated the wording of Article 533 para. 2 (see paragraph 22 above) ...

43. . . The lack of precision of this concept, which involves an assessment of questions of fact, required that the courts give more detailed reasons, particularly since their finding was decisive for the applicant's right to compensation.»

Dersom det foreligger begrunnelse fra rettens side, hører det ikke under Den europeiske menneskerettighetsdomstolen å overprøve denne med hensyn til om den er holdbar etter nasjonal rett, jf. det før omtalte «fjerdeinstans-doktrinen». En yttergrense må likevel trekkes for tilfeller der begrunnelsen er så åpenbart uholdbar eller så vilkårlig at dette representerer en klar rettsfornektelse, se i denne retning Dulaurans (21. mars 2000) hvor en anførsel var prekludert som ny i ankeinstansen, på tross av at den vitterlig hadde vært fremsatt tidligere. Domstolen la til grunn at artikkel 6(1) med dette var krenket. Sml. også De Moor, Series A No. 292-A para. 55 hvor det ble konstatert krenkelse av retten til en rettfærdig rettergang fordi begrunnelsen som var gitt ikke var «legally valid».

I tilfeller der saken avgjøres etter bruk av rettsmidler, er det ikke i strid med kravet om begrunnelse at ankeinstansen viser til premissene i lavere instanser, jf. Helle, Reports 1997-VIII side 2911 og

Garcia Ruiz, Reports 1999-I side 87, sml. Merrills og Robertson, Human Rights in Europe (2001), side 103 som fremholder:

«[W]here a higher court finds itself in agreement with the court below it does not have to go out of its way to find reasons of its own. Provided, therefore, it addresses the essential issues and does not merely 'rubber stamp' the findings of the lower court, it is permissible to endorse the latter's reasoning.»

#### 4.4.5 Offentlighet

EMK artikkel 6(1) slår fast at rettergangen skal være offentlig, jf. tilsvarende i SP artikkel 14(1). I praksis har man fremhevet at dette kravet skal tilgodese særlig to formål:

Partenes interesse i å ikke bli utsatt for en hemmelig rettspleie, med den risiko for avgjørelser basert på utenforliggende hensyn som da kan oppstå.

Ønsket om å sikre offentligheten kjennskap til hvordan rettstvister behandles og avgjøres, med sikte på å bygge opp omkring den alminnelige tillit til rettsapparatet.

I B. og P. (24. april 2001) heter det således (para. 36):

«The public character of proceedings protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, a fair hearing, the guarantee of which is one of the foundations of a democratic society (see the Sutter v. Switzerland judgment of 22 February 1984, Series A no. 74, § 26).»

Sml. også Pretto, Series A No. 71 para. 21 og 22, Axen, Series A No. 72 para. 25 og 26 og Sutter, Series A No. 74 para. 26 og 27.

Kravet om offentlig rettergang relaterer seg til rettsmøter, jf. uttrykket «public hearing». En generell rett til dokumentinnsyn for andre enn partene, gir altså ikke artikkel 6(1), jf. Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis (1997), side 172. En fullt ut skriftlig og hemmelig behandling, ville imidlertid ikke være forenlig med bestemmelsens formål, jf. også ovenfor om konvensjonenes krav til at det normalt skal holdes muntlige forhandlinger i saken.

Kravet om en offentlig rettergang innebærer ikke at alle rettsmøter gjennom hele saksbehandlingen skal være offentlige. Også her er det et

spørsmål om saksbehandlingen sett som et hele, jf. Axen, Series A No. 72 para. 27. Det understrekes i denne forbindelse at rettsmøter til avgjørelse av annet enn selve tvisten, mer generelt vil falle utenfor, sml. ovenfor i II.4.4.1 med hensyn til spørsmålet om anvendelsesområdet for artikkel 6(1) og II.12 om rekkevidden av artikkel 6(1) i forbindelse med bruk av rettsmidler. Kjerneområdet for kravet om offentlige rettsmøter er med andre ord rettsmøter til avgjørelse av det krav tvisten gjelder, i norsk rett normalt altså hovedforhandlingen.

Skal offentlighetsprinsippet ha noen realitet, er det en forutsetning at tidspunkt og sted for rettsmøtene er offentlig tilgjengelig i rimelig tid før rettsmøtets start, og at fasilitetene ellers gjør det praktisk mulig å følge forhandlingene, jf. Menneskerettighetskomiteens avgjørelse i van Meurs mot Nederland (215/86). Sistnevnte innebærer ikke en plikt til å gi enhver som ønsker det adgang. Plassmessige forhold kan begrunne begrensninger, og det er tillatelig å utelukke noen under henvisning til f.eks. lav alder, beruselse eller status som vitne. Gjør plassmessige hensyn det nødvendig å begrense antall tilhørere, må det imidlertid påses at pressen får en rimelig andel av de tilgjengelige plasser. Plassmangel skal ikke kunne brukes som begrunnelse for å utelukke pressen i sin helhet.

Det følger uttrykkelig av ordlyden i EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) at det unntaksvis er adgang til å behandle en sak – helt eller delvis – for lukkede dører. Etter førstnevnte gjelder dette hvor hemmelighold er nødvendig av hensyn til moralen, den offentlige orden eller den nasjonale sikkerhet i et demokratisk samfunn, når hensynet til barn og ungdom eller partenes privatliv krever det, eller i den utstrekning det etter rettens mening er strengt nødvendig under spesielle omstendigheter der offentlighet ville skade rettferdighetens interesser. Formuleringen i SP artikkel 14(1) er langt på vei parallell. For en nærmere redegjørelse for de enkelte typetilfeller, vises til van Dijk og van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (1998), side 438 – 442, Frowein og Peukert, Europäische Menschen-RechtsKonvention (1996), side 244 – 248, Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights (1995), side 218 – 221, Lorenzen, Rehof og Trier, Den Europæiske Menneskeretskonvention (1994), side 194 – 196.

Etter ordlyden er det uklart om EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) tillater at visse saks typer etter loven skal behandles for lukkede dører, uten at dette beror på en konkret vurdering av behovet for hemmelighold i den enkelte sak. Eldre praksis ga også en viss støtte for å kreve at beho-



vet for hemmelighold måtte vurderes individuelt, jf. Diennet, Series A No. 325-A para. 34. En klar- gjøring ble imidlertid gitt i B. og P. (24. april 2001) hvor Domstolen fremholdt (para. 39):

«The applicants submit that the presumption in favour of a private hearing in cases under the Children Act should be reversed. However, while the Court agrees that Article 6 § 1 states a general rule that civil proceedings, inter alia, should take place in public, it does not find it inconsistent with this provision for a State to designate an entire class of case as an exception to the general rule where considered necessary in the interests of morals, public order or national security or where required by the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties ... although the need for such a measure must always be subject to the Court's control ...»

Regler av denne typen bør derfor forbeholdes sakstyper der det så å si følger av sakenes egen- art at det er behov for å begrense offentligheten. I andre tilfeller bør spørsmålet om offentlighet bero på forholdene i den enkelte sak.

For så vidt gjelder SP artikkel 14(1) er det antatt at partene ikke disponerer over spørsmålet om offentlighet, se nærmere Nowak, CCPR Com- mentary (1993), side 249. Kravet om offentlighet gjelder med andre ord selv om partene for sin del måtte ha gitt avkall på retten til dette. Det følger derimot av praksis knyttet til EMK artikkel 6(1) at en part kan gi avkall på retten til offentlig behand- ling, slik at lukkede rettsmøter ikke representerer noen krenkelse overfor ham, jf. f.eks. Le Compte, Van Leuven og De Meyere, Series A No. 53 para. 59 og Schuler-Zraggen, Series A No. 263 para. 58. Som nevnt ovenfor skal imidlertid kravet om offentlighet ikke bare ivareta partenes interesser. Det skal også fylle en mer overordnet samfunns- messig funksjon, ved å gi offentligheten mulighet for å skaffe seg kjennskap til hvordan saker behand- les og avgjøres med henblikk på å skape tillit til rettsapparatet og danne grunnlag for kritikk. Det er ikke forenlig med dette å akseptere at partenes disposisjoner skal hindre offentligheten innsyn. I praksis fra domstolen er det derfor tatt den reser- vasjon at lukkede rettsmøter på begjæring fra par- tene bare kan aksepteres dersom ikke viktige sam- funnsinteresser blir skadelidende, jf. bl.a. Håkans- son og Stureson, Series A No. 171 para. 66 («must not run counter to any important public interest»). I denne forbindelse kan det vises til konvensjonens artikkel 10 som bl.a. beskytter informasjonsfrihe- ten, og som i noen grad også vil innebære en rett til

offentlighet omkring rettspleien for andre enn par- tene, f.eks. pressen, jf. Kommisjonens avgjørelse i Atkinson, Crook og The Independent mot Storbri- tannia (13366/87) DR 67 side 244. Om dette vises det også til redegjørelsen for artikkel 10 ovenfor i II.4.3.5 og til drøftelsen av spørsmålet om offent- lighet i forliksrådene, se II.10.

Dommen skal være offentlig. Etter ordlyden i EMK artikkel 6(1) kunne man tenkes å utlede et krav om at dommen skulle leses opp i et offentlig rettsmøte – «pronounced publicly». I praksis har man imidlertid ikke oppfattet bestemmelsen slik, jf. Axen, Series A No. 62 hvor det heter (para. 31):

«However, many member States of the Coun- cil of Europe have a long standing tradition of recourse to other means, besides reading out aloud, for making public the decisions of all or some of their courts, and especially of their courts of cassation, for example deposit in a registry accessible to the public. The authors of the Convention cannot have overlooked that fact, even if concern to take it into account is not so easily identifiable in their working docu- ments as in the travaux préparatoires of the 1966 Covenant (see, for instance, document A/4299 of 3 December 1959, pp. 12, 15 and 19, paras. 38 (b), 53 and 63 (c) in fine).

The Court therefore does not feel bound to adopt a literal interpretation. It considers that in each case the form of publicity to be given to the «judgment» under the domestic law of the respondent State must be assessed in the light of the special features of the proceedings in question and by reference to the object and purpose of Article 6 para. 1.»

Tilsvarende følger av andre avgjørelser, se f.eks. Campbell og Fell, Series A No. 80 para. 91.

Det avgjørende er altså at dommen er offentlig tilgjengelig, f.eks. ved at det på begjæring utleve- res utskrift av den, se f.eks. Sutter, Series A No. 74 para. 34 og Pretto, Series A No. 71 para. 27. Dette er også den ordning som følger mer direkte av ordlyden i SP artikkel 14(1), når det der heter at dommen «shall be made public».

En forutsetning er imidlertid at enhver som ønsker det skal kunne få tilgang til dommen. Dom- stolen har således ikke akseptert ordninger hvor innsyn forutsetter en nærmere angitt, legitim inter- esse hos den som ber om innsyn, jf. Szücs, Reports 1997-V side 2468 para. 41 – 48 og Werner, Reports 1997-VII side 2496 para. 57 – 60, sml. for så vidt gjelder SP artikkel 14(1), Nowak, CCPR Commen- tary (1993) side 253.

Kravet om at dommen skal være offentlig inne- holder ingen uttrykkelige unntak. Visse reservasjo-

ner må imidlertid oppstilles, basert på behovet for beskyttelse f.eks. av mindreårige, partenes privatliv osv., sml. kriteriene i artikkel 6(1) for å avholde lukkede rettsmøter, jf. B. og P. (24. april 2001) para. 45 – 49 hvor Domstolen understreket behovet for å ta hensyn til sammenhengen innbyrdes i artikkel 6(1), og på dette grunnlag aksepterte begrenset offentliggjøring av hensyn til barn og privatliv. Se til sammenlikning SP artikkel 14(1) som uttrykkelig gir adgang til å begrense offentliggjøring der dette er påkrevd av hensyn til mindreårige, eller i ekteskapsaker, i saker om foreldremyndighet eller vergemål for barn.

At slike unntak må oppstilles følger også av sammenhengen med andre konvensjonsbestemmelser, bl.a. retten til privatliv i artikkel 8, jf. Z, Reports 1997-I side 323 para. 113, hvor Domstolen konstaterte krenkelse av denne bestemmelsen fordi en offentliggjort dom inneholdt følsomme helse- og personopplysninger. Det kan da ikke være i strid med artikkel 6(1) om det i slike tilfeller skjer anonymisering i domsgrunnene og eventuelt også i slutningen, og at deler av domsgrunnene unntas offentlighet. Et minimumskrav er imidlertid at av det som offentliggjøres, er det mulig å få kunnskap om hva saken gjelder, og hvilken avgjørelse som ble tatt.

Verken EMK artikkel 6(1) eller SP artikkel 14(1) gir en part mulighet for å frafalle retten til en offentlig dom med virkning for tredjemann.

Det vises også til II.22 om offentlighet og innsynsrett.

#### 4.4.6 Avgjørelse innen rimelig tid

EMK artikkel 6(1) krever at det skal treffes avgjørelse i saken innen «rimelig tid». SP artikkel 14(3)(c) har en slik regel for straffesaker, men ingen tilsvarende, uttrykkelig bestemmelse for sivile saker. I praksis er imidlertid et slikt krav innfortolket i retten til en rettferdig rettergang, jf. Menneskerettighetskomiteens avgjørelse i *Muñoz Hermoza mot Peru* (203/86), hvor det heter:

«With respect to the requirement of a fair hearing as stipulated in article 14, paragraph 1, of the Covenant, the Committee notes that the concept of a fair hearing necessarily entails that justice is rendered without undue delay.»

For ytterligere illustrasjon vises til *González del Rio mot Peru* (263/87), *Fei mot Colombia* (514/92) og *Mukunto mot Zambia* (768/97).

Retten til en avgjørelse innen rimelig tid «underlines the importance of rendering justice without

delays which might jeopardise its effectiveness and credibility», jf. H, Series A No. 162 para. 58. Grunnsynet er altså at «justice delayed is justice denied».

For å avgjøre om kravet er tilfredsstillt, er det nødvendig å ta stilling til når fristen starter å løpe, når den avbrytes, og hvilken tid som kan anses rimelig. Disse tre spørsmålene behandles i nevnte rekkefølge.

Fristen starter normalt sitt løp når tvisten bringes inn for domstolene, jf. *Guincho*, Series A No. 81 para. 29, *Scopelliti*, Series A No. 287, *Muti*, Series A No. 281-C og *Katte Klitsche de la Grange*, Series A No. 293-B. Er det en forutsetning for søksmål at administrative klagemuligheter først er uttømt, starter imidlertid fristen allerede ved at slik klage inngis, jf. *König*, Series A No. 27 para. 27, X, Series A No. 234-C para. 31 og *Olsson*, Series A No. 250 para. 101. Sml. *Erkner og Hofauer*, Series A No. 117-B, *Vallee*, Series A No. 289 og *Schouten og Meldrum*, Series A No. 304. Det samme vil gjelde for andre institusjonaliserte, utenrettslige tvisteløsningsmekanismer hvis bruk er et vilkår for etterfølgende saksanlegg ved domstolene, se *Phocas*, Reports 1996-II side 519. Bruk av frivillige, utenrettslige tvisteløsningsmekanismer innebærer derimot ikke at fristen starter å løpe, jf. *Lithgow*, Series A No. 102 para. 199. Er det en forutsetning for adekvat domstoltilgang at parten får fri sakførsel, kan det argumenteres for at fristen må starte sitt løp ved at det søkes om dette. Avklarende praksis foreligger imidlertid ikke her, jf. H, Series A No. 162 para. 49 hvor Domstolen holdt spørsmålet åpent.

Fristen avbrytes når det foreligger endelig, rettskraftig avgjørelse i saken, jf. *Preto*, Series A No. 71 og *Pugliese*, Series A No. 201. Dette innebærer at den tid som går med til en eventuell ankebehandling, skal regnes med. Dette gjelder også der rettsmiddelbruken har vært begrenset til visse sider av sakskomplekset, f.eks. saksomkostningsspørsmål, jf. *Robins*, Reports 1997-V side 1801. Begjæring av gjenopptakelse tas derimot ikke i betraktning ved vurderingen av om saksbehandlingstiden frem til den rettskraftige, angrepne avgjørelsen har vært rimelig, jf. *Deumeland*, Series A No. 100 para. 77. Bli saken gjenopptatt, starter imidlertid fristen et nytt løp, jf. *Löffler* (3. oktober 2000) para. 19.

Etterlater dommen noe å fullbyrde, skal også tiden frem til fullbyrdelse har funnet sted regnes med, jf. *Di Pede*, Reports 1996-IV side 1376 og *Zappia*, Reports 1996-IV side 1403. I saker mot det offentlige hvor det ikke kan skje tvangsfullbyrdelse, vil fristen først stanse når dommen er etter-

levd av den offentlige part, jf. Hornsby, Reports 1997-II side 495 (para. 40 og 41):

«It would be inconceivable that Article 6 para. 1 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; to construe Article 6 as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention ... Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the «trial» for the purposes of Article 6 ...

41. The above principles are of even greater importance in the context of administrative proceedings concerning a dispute whose outcome is decisive for a litigant's civil rights. By lodging an application for judicial review with the State's highest administrative court the litigant seeks not only annulment of the impugned decision but also and above all the removal of its effects. The effective protection of a party to such proceedings and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities' part to comply with a judgment of that court. The Court observes in this connection that the administrative authorities form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice. Where administrative authorities refuse or fail to comply, or even delay doing so, the guarantees under Article 6 enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose.»

Hvilken saksbehandlingstid som er rimelig, beror på omstendighetene i den enkelte sak, jf. König, Series A No. 27 para. 99. Se også Bårdsen, Avgjørelse av straffesaker innen «rimelig tid», LoR 1997 side 323 – 352 på side 338 – 343. Helt sentrale komponenter vil være følgende:

- sakens kompleksitet, bl.a. hva gjelder bevisetema, bevismaterialets form og omfang, partsforhold og de rettslige spørsmål saken reiser
- hva som står på spill for parten
- partens og prosessfullmektigens bidrag til forsinkelser, f.eks. i form at uthaling eller forsømmelighet
- hva offentlige organer, herunder domstolene, har foretatt seg med sikte på å få saken avgjort

Ved vurderingen vil det selvsagt også måtte tas i betraktning om saken er behandlet i flere instan-

ser, og hvilket omfang behandlingen har hatt i den enkelte instans, se f.eks. Salerno, Series A No. 245-D para. 21.

For så vidt gjelder betydningen av hva som står på spill for parten, viser praksis at enkelte sakstyper påkaller særlig oppmerksomhet med hensyn til rask avvikling. Generelt vil dette gjelde der konsekvensene av å måtte vente på en avgjørelse vil være alvorlige og irreversible, jf. X, Series A No. 234-C. Mer konkret eksempler er saker som:

- involverer barn, jf. H, Series A No. 120 og Hokkanen, Series A No. 299-A.
- knytter seg til partens personrettslige eller sivile status, jf. Bock, Series A No. 150, Taititu, Series A No. 229-I, Masciariello, Series A No. 230-A og Gana, Series A No. 230-H
- gjelder kompensasjon for alvorlig personskade, jf. Martins Moreira, Series A No. 143, Silva Pontes, Series A No. 286-A, A og andre, Reports 1996-I side 85 og Kiefer (28. mars 2000),
- knytter seg til arbeidsforhold, jf. Bucholz, Series A No. 42 para. 52, Obermeier, Series A No. 179 para. 72, Nibbio, Series A No. 228-A, Borgese, Series A No. 228-B og Ruotolo, Series A No. 230-D,
- for øvrig angår spørsmål av vesentlig velferdsmessig betydning for parten, jf. Dewicka (4. april 2000).

Når det gjelder det offentliges ansvar for en rask saksbehandling, har Den europeiske menneskerettighetsdomstolen fremhevet at selv om den nasjonale prosessordningen måtte bygge på et prinsipp om at partene har ansvaret for saksopplegg og fremdrift, har de nasjonale myndigheter – herunder selvsagt domstolene – etter konvensjonen en plikt til å sikre at saken blir avgjort innen rimelig tid, jf. Union Alimentaria Sanders SA, Series A No. 157 para. 35. I så henseende hefter staten for alle involverte statsorgan. Om svikten ligger hos retten eller hos administrativ myndighet er ikke avgjørende. Også den tid som brukes av eventuelle rettsoppnevnte sakkyndige, vil falle inn under statens ansvar, jf. Capuano, Series A No. 119 para. 30 flg., Moreira, Series A No. 143 para. 56 og Moreira de Azevedo, Series A No. 189 para. 74.

I det hele vil den prosessenergi som er lagt for dagen være meget viktig for helhetsvurderingen. Lengre perioder med liten eller ingen fremdrift vil raskt lede til krenkelse dersom det ikke kan pekes på at forholdet hadde en årsak som enten ligger utenfor statens kontroll (force majeure), eller som kan anerkjennes ut fra saken eller hensynet til partene, jf. f.eks. König, Series A No. 27 para. 105 og 110, Eckle, Series A No. 51 para. 84 og 92, Foti-

saken, Series A No. 56 para. 68, Corigliano, Series A No. 57 para. 45 – 47, Guincho, Series A No. 81 para. 36, Moreira, Series A No 143 para. 52, Bunkate, Series A No. 248-B para. 23 og rekken av dommer mot Italia samlet i Series A No. 194 – 197, 228 – 230 og 265.

Dersom det fra rettens side er iverksatt forsinkende tiltak uten partens samtykke, må slike være forsvarlige i forhold til saken og partene. Problemstillingen kan være aktuell f.eks. ved utsettelse som skyldes at saken er forenet med andre saker, for å gjennomføre bevisopptak, for å avvente utfallet av en «pilot-sak», for overføring av saken til annen domstol eller ved skifte av dommer, se f.eks. Neumeister, Series A No. 8 para. 21, Ringeisen, Series A No. 13 para. 110, König, Series A No. 27 para. 110, Foti, Series A No. 56 para. 61, Lechner og Hess, Series A No. 118 para. 53 og 58, Kemmache, Series A No. 218 para. 70, Boddaert, Series A No. 235-D para. 38 og Ruiz Mateos, Series A No. 262 para. 34 – 37.

Et særskilt spørsmål oppstår der retten beslutter å forelegge spørsmål i saken for EFTA- eller EF-domstolen. Flere løsninger er her aktuelle. Man kunne tenke seg at tiden som medgår medregnes, dog slik at det med hensyn til hva som er rimelig saksbehandlingstid, må tas hensyn til at denne fremgangsmåten er benyttet. Alternativt kunne man legge til grunn at den enkelte konvensjonsstat ikke kan holdes direkte ansvarlig for saksbehandlingstiden ved EFTA- eller EF-domstolen, men at det i tilfeller hvor saken forelegges, stilles ytterlig skjerpede krav til fremdrift for øvrig. Endelig kan man velge å se helt bort i fra tiden som løper mens saken står for EFTA- eller EF-domstolen, under henvisning til de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for dette rettergangsskrittet. I Pafitis og andre, Reports 1998-I side 436 la Den europeiske menneskerettighetsdomstolen til grunn denne siste innfallsvinkelen for så vidt gjelder EF-domstolen (para. 95):

«As regards the proceedings before the Court of Justice of the European Communities, the Court notes that the Athens District Court decided on 3 August 1993 to refer a question to the Court of Justice, which gave judgment on 12 March 1996. During the intervening period the proceedings in the actions concerned were stayed, which prolonged them by two years, seven months and nine days. The Court cannot, however, take this period into consideration in its assessment of the length of each particular set of proceedings: even though it may at first sight appear relatively long, to take it into account would adversely affect the system

instituted by Article 177 of the EEC Treaty and work against the aim pursued in substance in that Article.»

Dommen er omtalt bl.a. av Holst-Christensen og Kjølbros, EU-ret & Menneskeret (1998), side 153 flg. Det er ikke grunnlag for å anta at å forelegge saken for EFTA-domstolen, kommer i noen annen stilling.

Svært ofte vil liten fremdrift kunne tilbakeføres til manglende ressurser, restanser osv. Skal slike forhold kunne anerkjennes som unnskyldende, forutsettes at situasjonen er ekstraordinær, og at statens organer har gjort det som rimelig kunne forventes for å avhjelpe forholdet. Tar problemene form av en mer permanent situasjon, vil man ikke kunne unnskyldes seg under henvisning til dette, jf. f.eks. Neumeister, Series A No. 8 para. 21, Burchholz, Series A No. 42 para. 51 og 61, Eckle, Series A No. 51 para. 85 og 92, Foti, Series A No. 56 para. 64 og para. 69, Zimmermann og Steiner, Series A No. 66 para. 29, Guincho, Series A No. 81 para. 38 flg., Milasi, Series A No. 119 para. 18, Moreira, Series A No 143 para. 53, H, Series A No. 162 para. 56 og Nibbio, Series A No 228-A para. 18.

Staten hefter for forhold som har karakter av systemfeil i prosessordningen, jf. Eckle, Series A No. 51 para. 84, Zimmermann og Steiner, Series A No. 66 para. 29, Bagetta, Series A No. 119-B para. 30, Moreira, Series A No. 143 para. 60, Zanghi, Series A No. 194-C para. 21 og Santili, Series A No. 194-D para. 20. Den sivile rettergangsordningen må derfor organiseres slik at kravet om avgjørelse innen rimelig tid, lar seg etterleve i praksis, jf. Zwierzynsky (19. juni 2001), Rajak (28. juni 2001) og Association Ekin (17. juli 2001).

## 4.5 Regulering av forholdet til folkeretten

Tvistemålsutvalget finner det klart at den nye loven bør inneholde en folkerettsreservasjon, dvs. en bestemmelse om at folkerettslige regler som er bindende for Norge skal gå foran de regler som følger av den nye loven. Dette følger i dag av tvistemålsloven § 36 a, som lyder:

«Loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller som følger av overenskomst med fremmed stat».

Ordlyden er identisk med tvangsfullbyrdsloven § 1-4, og – med unntak for en mindre språklig forskjell uten rettslig betydning – straffeprosessloven § 4. Bestemmelsen kom inn i tvistemåls-

loven ved lov av 18. desember 1987 nr. 97. Den direkte foranledningen for vedtagelsen av tvistemålsloven § 36a var Norges tiltrædelse til konvensjonen om bistand ved atomuhell, og spørsmålet om immunitet for bistandspersonell. Bestemmelsen ble imidlertid generelt utformet, og var forutsatt å ha allmenn rekkevidde. Forarbeidene omtaler regelen som en «generell folkerettsreservasjon», «på samme måte som i dag finnes i straffeprosessloven og tvangfullbyrdsloven», se Ot.prp. nr. 49 (1986-87), henholdsvis side 17 og side 3, jf. også side 46.

Bestemmelsen gir mulighet for å sikre at rettsanvendelsen er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser av ulike slag, om nødvendig ved at de løsninger som følger av norsk rett – isolert sett – velges bort, til fordel for det som måtte følge av folkeretten. På viktige områder vil også andre regler gi grunnlag for en slik fremgangsmåte, jf. bl.a. menneskerettsloven § 3, se også lov om immunitet og privilegier for internasjonale organisasjoner mv., av 19. juni 1947 nr. 5. I relasjon til en del andre sentrale regelsett foreligger det derimot ikke uttrykkelig grunnlag for å gi folkeretten forrang ved eventuell motstrid. Eksempler på dette kan være folkerettslige grenser for norsk domsmyndighet, immunitetsregler f.eks. for diplomatisk personell, og menneskerettslige regler som ikke er dekket av menneskerettsloven § 3. En generell folkerettsreservasjon vil fange opp slike folkerettslige regler, og være særlig viktig i tilfeller hvor en mulig motstridssituasjon ikke kan løses på grunnlag av det ulovfestede presumsjonsprinsippet. En slik generell reservasjon vil dessuten gi fleksibilitet i forhold til senere konvensjoner, og man vil redusere behovet for særskilte gjennomføringslover, sml. Ot.prp. nr. 23 (1961-62) side 6 for så vidt gjaldt begrunnelsen for de tilsvarende regler i straffeprosessloven og tvangfullbyrdsloven.

Ordlyden i tvistemålsloven § 36 a er knapp, og løser ikke alle de spørsmål som oppstår i forbindelse med mulige konflikter med folkeretten. Tvistemålsutvalget anser det heller ikke som hensiktsmessig å forsøke å formulere nærmere retningslinjer i den nye lovteksten. Det sentrale er at bestemmelsen anvendes i tråd med sitt formål; å sikre at saksbehandlingen i sivile saker er i samsvar med anvendelige folkerettslige regler. For å oppnå dette vil domstolene måtte ta stilling til det nærmere innholdet i den aktuelle folkerettslige regel – også hvor løsningen er usikker – basert på etablerte, folkerettslige tolkningsprinsipper. Det er ikke forenlig med folkerettsreservasjonens formål å sensurere den folkerettslige regelen gjennom å stille særegne krav til presisjon eller klarhet.

Tvistemålsutvalget anser det som en fordel å utforme folkerettsreservasjon i tvisteloven etter mønster fra tilsvarende reservasjoner i lovgivningen for øvrig, jf. f.eks. tvangfullbyrdsloven § 1-4. Bestemmelsen bør stå helt innledningsvis i loven som et allment forbehold. Det vises til lovutkastet § 1-2.

## 4.6 Annen internasjonal påvirkning på tvisteloven

### 4.6.1 Generelt

Som påpekt under II.4.1, er det også annen påvirkning på prosessretten enn fra internasjonale regler som etter lov får direkte anvendelse her, eller som Norge folkerettslig er forpliktet til å følge opp. Det kan være regler som er anbefalt fulgt av internasjonale organisasjoner, men det kan også være annen og mer indirekte form for påvirkning. Det gode eksemplets innflytelse vil også gjelde på prosessrettens område. På grunn av internasjonaliseringen i handel mv., vil det videre være et press for å gjøre prosessen «gjenkjennelig», dvs. at det i større grad skal være samsvar med regler som det er vanlig å finne for tvisteløsning i andre land.

### 4.6.2 Spenninger i internasjonal prosessrett

Det vil altså kunne være et argument for endringer av prosessregler at disse bedre skal tilpasses det som er vanlig i prosessretten. Nå finnes det ikke en «vanlig» prosessrett om man ser det i et internasjonalt perspektiv. Reglene for sivil tvisteløsning er i sin alminnelighet nasjonale, ikke bare ved at de følger av nasjonal lovgivning, men også ved at det er store ulikheter fra land til land.

På tross av slike variasjoner, har det likevel vært vanlig å foreta en slags todeling mellom kontinental og angloamerikansk prosess. Utvalget skal kort vise til et par elementer som gjerne fremheves som karakteristiske for disse «prosesssystemene».

I kontinental prosess spiller retten en aktiv rolle for om bevis skal innhentes og brukes i saken. Det er først og fremst dette det siktes til når denne prosessformen har vært karakterisert som «inkvisitorisk». Imidlertid har det nok vært en tendens til å overdrive rettens rolle. Selv om retten har stor innflytelse og det avgjørende ord om hvilke bevis som skal føres, vil også partene her ha en sentral rolle. Å si at retten også i dispositive saker har ansvaret for sakens opplysning, er ikke treffende.

I angloamerikansk rett har forholdet vært at det er opp til partene å fremskaffe og føre bevis.

Fremskaffelse av bevis skjer under saksforberedelsen gjennom det som betegnes som discovery eller disclosure. Da får partene tilgang til og innsyn i de dokumentbevis og andre realbevis som måtte finnes, vitner avgir forklaring ved bevisopptak mv., se nærmere II.16.6. Denne bevisinnhentingen skjer stort sett uten rettens medvirkning eller innblanding. Bevisene føres så under hovedforhandlingen.

Forskjellene i rettens store innflytelse på bevisinnhentingen og sakens opplysning, har sammenheng med at det i kontinental sivilprosess ikke er noe skille mellom saksforberedelse og hovedforhandling, mens det i angloamerikansk sivilprosess er et skarpt skille her. Det siste har igjen sin bakgrunn i at man historisk sett i USA og England har hatt jury også i sivile saker.

Både i kontinental prosess og i amerikansk prosess starter sakene med et prosesskriv som minner om vår stevning. Det er imidlertid den forskjell at en stevning i kontinental prosess gjerne vil være bedre faktisk underbygget enn i amerikansk. Der vil den faktiske underbyggingen i mange tilfeller først skje ved at man gjennom discoveryprosessen finner frem til det som måtte være av faktisk grunnlag. I kontinental sivilprosess vil saken etter stevning nærme seg avgjørelse gjennom skriftlige innlegg supplert av ett eller flere rettsmøter, som gjerne vil gjelde begrensede temaer som avgivelse av forklaring fra ett eller flere vitner. Spørsmål om ytterligere bevisføring vil kunne tas opp under saksgangen, f.eks. ut fra det som fremkommer ved de bevis som etter hvert føres. Når retten mener at saken er ferdig til avgjørelse, vil den bli avgjort på grunnlag av det skriftlige materialet og det som måtte være kommet frem i de rettsmøter som er holdt, og som i sammendrag er ført i rettsboken. Samlet sett er denne prosessformen i utpreget grad skriftlig.

I angloamerikansk rett er det derimot et skarpt skille mellom saksforberedelse og hovedforhandling – trial. Dommeren vil ved starten av hovedforhandlingen ofte bare ha en overfladisk kunnskap om tvisten og saksforholdet. I USA vil for øvrig i mange saker de viktigste avgjørelsene bli truffet av en jury. Juryen vil overhodet ikke kjenne saken før hovedforhandlingen. All bevisføring må skje umiddelbart for den dømmende rett. Forklaringer innhentet under discoveryprosessen vil bare helt unntaksvis kunne benyttes som bevis ved rettens prøving av det krav saken gjelder, og da først og fremst for å foreholde vitner uoverensstemmelser mellom forklaringene. Den behandling som ligger til grunn for avgjørelsen, vil være utpreget muntlig og bevisføringen vil være umiddelbar.

De forskjellene som her er nevnt, viser også en annen grunnleggende ulikhet i prosessen. Dom-

meren har tradisjonelt spilt en langt mer aktiv rolle i kontinental prosess enn i angloamerikansk. Billedlig kan man si at dommeren i kontinental prosess sitter i førersetet og bestemmer retning og fart, mens dommeren i angloamerikansk prosess, særlig under saksforberedelsen, bare sitter i baksetet uten særlig innflytelse på hvor det skal kjøres eller på tempoet.

Det har vært en tendens til å se norsk sivilprosess som en del av den kontinentale prosessen, og ikke av den angloamerikanske. Det er utvilsomt riktig at norsk sivilprosess på viktige punkter skiller seg fra det som er typisk for land med angloamerikansk prosess. Vi har f.eks ikke et system med discovery eller disclosure, selv om vi har enkelte fragmenter av det. Videre er det klart riktig at vi i vår prosess har viktige elementer fra kontinental prosess, det gjelder f.eks. vårt system med sakkyn-dige. Vår nåværende tvistemålslov er i høy grad influert fra land med kontinental prosess, spesielt Tyskland og Østerrike. Her er det imidlertid viktig å være klar over at etter at vi fikk vår tvistemålslov i 1915, har prosessen i disse landene beveget seg i retning av en skriftlig prosess med de kjennetegn som er beskrevet.

En forklaring er nok at overgangen til et prosesssystem med muntlighet og bevisumiddelbarhet som bærebjelker, var inspirert av straffeprosessreformen av 1887, hvor innflytelsen fra angloamerikansk prosess var stor. Blant annet ble jurybehandling av skyldspørsmålet innført i betydelig omfang. Det vises til II.2.5. Mens vår sivilprosess har beholdt sin sterke vekt på muntlighet, har tysk prosess utviklet seg i retning av økt vekt på skriftlighet ved at lovens regler om muntlig behandling langt på vei er blitt formalprosedyrer, se nærmere omtale i II.2.6.3.

Det kan ikke være riktig å plassere norsk prosess inn i noen av de to nevnte kategoriene. Det kan likevel være grunn til å peke på at vår sivilprosess nok på mange måter ligger nærmere moderne engelsk prosess, med dets skille mellom saksforberedelse og hovedforhandling og med en høy grad av muntlighet og bevisumiddelbarhet.

Man kunne kanskje plassere norsk sivilprosess innenfor en nordisk prosesstradisjon, se II.2.6.3. Men det er heller ikke helt treffende. Riktignok er det nært slektskap og stor likhet mellom norsk og dansk sivilprosess. Forskjellene til Sverige og Finland er imidlertid betydelig større, selv om ulikhetene er langt mindre i dag enn de har vært tidligere.

### **4.6.3 Tilnærmingstendenser**

Prosessreformer har ført til at karakteristiske for-

skjeller mellom kontinental og angloamerikansk sivilprosess, er blitt mindre. Ved endringer blant annet i de føderale prosessregler i USA er rettens innflytelse over saksforberedelsen økt. Det samme gjelder i enda høyere grad de nye engelske sivilprosessreglene, CPR. Aktiv saksstyring er her et helt sentralt element for konsentrasjon og hurtighet. Det i dag å si at engelske domstoler spiller en tilbaketrasket rolle under saksforberedelsen, er som generell karakteristik misvisende. Retten har også vesentlig innflytelse over prosessen med disclosure, som er den engelske betegnelsen på discovery, og med andre sider ved bevisføringen.

#### 4.6.4 Reformarbeid i sivilprosessen

##### 4.6.4.1 Generelt

Mange land har store problemer med sitt system for tvisteløsning. Domstolsbehandling er for dyrt. Tvister det er et klart behov for å få løst, kan ikke bringes inn for domstolene fordi omkostningene ved det ikke står i noe rimelig forhold til betydningen av tvisten. Et annet gjennomgående problem ved domstolsbehandling er lang behandlingstid og store restanser. Å få løst disse problemene er vanskelig og krever ulike typer tiltak. Flere land har gjennomført endringer i prosessreglene som et ledd i å få domstolssystemet til å fungere bedre og til å få senket domstolsterskelen, slik at tvister som bør kunne løses ved domstolenes mellomkomst faktisk kan bli det. En oversikt over problemer i den sivile rettspleie og pågående reformarbeid i prosessreglene i en rekke land er gitt i *Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Ed. A.A.S. Zuckerman), Oxford, 1999.

##### 4.6.4.2 Den engelske sivilprosessreformen

England har nylig gjennomgått en større reform av den sivile rettspleie. Endringen har i hovedtrekk skjedd i henhold til en utredning foretatt av Lord Woolf, nå Lord Chief Justice of England and Wales. Bakgrunnen for reformarbeidet har vært problemer med kostnader, sen saksbehandling mv. De nye engelske prosessreglene har vært i kraft siden april 1999. Det er grunn til å se på reglene og de erfaringer man har høstet med henblikk på på mulig overføringsverdi til norsk prosess.

Lord Woolf starter sin endelige rapport, avgitt i 1996, med å beskrive de prinsipper et rettssystem må bygge på for å sikre «access to justice» – faktisk mulighet for forsvarlig og rettferdig domstolsbehandling av rettslige krav. Det angis at rettssystemet må:

- «– være rettferdig i sine avgjørelser;
  - behandle partene på en skikkelig og rettferdig måte;
  - ha hensiktsmessige saksbehandlingsregler og en saksbehandling som medfører rimelige omkostninger;
  - behandle sakene med rimelig hurtighet;
  - være forståelig for brukerne av systemet;
  - reflektere behovet til de som bruker det;
  - gi så mye forutberegnelighet og sikkerhet som er mulig;
  - være effektivt;
  - ha tilstrekkelige ressurser og være velorganisert.»

De problemer rettssystemet har, og som må løses om de angitte prinsipper skal kunne ivaretas, beskriver lord Woolf slik (i oversettelse):

«Svakhetene som jeg har identifisert i vårt nåværende system er at det er for dyrt, og at omkostningene ofte overstiger verdien av tvistegenstanden; at det tar for lang tid å få avsluttet sakene, og at systemet innebærer en ulikhet mellom partene: det er mangel på likhet mellom den ressurssterke, rike parten og den ressursvake parten. Det er for usikkert: vanskeligheten med å anslå hva saken vil koste og hvor lenge den vil vare, innebærer en frykt for det ukjente; og dette er uforståelig for mange parter. Fremfor alt er det for fragmentert på den måten det er organisert. Det er ingen med et overordnet ansvar for domstolsadministrasjonen. Systemet er for motsetningsfylt på den måten at saksbehandlingen reelt sett styres av partene og ikke av domstolen. Reglene for saksbehandlingen blir altfor ofte ignorert av partene og ikke fulgt opp av domstolene.»

Hovedelementer i Lord Woolfs rapport, som er reflektert i de nye Civil Procedure Rules (CPR), er blant annet:

- Saker for domstolene skal søkes unngått. Det skal oppfordres til mekling og andre utenrettslige konfliktløsningsmetoder. Søksmål skal mer være en siste mulighet.
- I saker for domstolene skal det skje en stram saksstyring fra domstolenes side med et saksforberedende møte innledningsvis til strukturering av saksforberedelsen. Det fastsettes frister for de enkelte prosesshandlinger og settes rammer for bevisføringen. Generelt skal tiden for behandlingen kortes ned, behandlingen skal gjøres enklere og mer kostnadseffektiv.
- Hensynet til proporsjonalitet mellom behandling og betydningen av tvisten skal tillegges vesentlig vekt.
- Det skal legges opp til en større grad av sam-

- arbeid og mindre konflikter mellom partene i behandlingen av rettstvisten.
- Blant annet i forbindelse med saksforberedende møter skal det partene oppfordres til å forsøke alternativ tvisteløsning.
  - Det stilles krav til åpenhet omkring bevisføringen. Partene skal bli oppfordret til å bruke felles sakkyndige vitner. Retten kan oppnevne sakkyndige.
  - Mangel på samarbeid, forhandlingsvillighet mv. vil blant annet kunne få konsekvenser for omkostningsavgjørelsen i saken.
  - Det skal kunne fremsettes formaliserte tilbud om løsning av tvisten, som kan bli avgjørende for retten og plikten til saksomkostninger.
  - Prosessuell ulikhet mellom en økonomisk ressurssterke parter og økonomisk ressursvake parter skal søkes utjevnet.
  - Kostnadene ved rettssaker skal i sin alminnelighet bli mindre, mer forutsigbare og også i større grad tilpasset den økonomiske verdi og betydning ellers av saken og av dens kompleksitet.
  - Sakene skal allokere til forskjellige «spor» etter kompleksitet og den verdi tvisten gjelder. Det er rom for skjønn med hensyn til hvilket spor domstolen skal henvise saken til. Både ved de generelle regler for behandlingen i de enkelte spor og for allokeringen av den enkelte sak til det spor som skal brukes, er hensynet til proporsjonalitet helt sentralt.
  - Det første sporet er en enkel behandling for småkrav – dvs. krav med en verdi opp til 5000 GBP.
  - Det andre sporet er «the fast track» for saker opp til en verdi på 15 000 GBP, også det med en mer forenklet behandling enn det som var vanlig etter de tidligere regler, og med en behandlingstid på totalt ikke mer enn 30 uker.
  - Det siste sporet – «the multi-track» gjelder for mer komplekse saker og hvor verdien overstiger 15 000 GBP.

Et hvert nytt regelsett vil ha sine innkjøringsproblemer. Etter den informasjon Tvistemålsutvalget har, virker de nye prosessreglene generelt godt, med visse unntak. Vektleggingen av alternativ tvisteløsning har ført til at parter i større grad enn tidligere søker å løse sine tvister utenfor rettsapparatet. Overgangen til en aktiv saksstyring fra retts side har virket – som forutsatt – i retning av en sterkere konsentrasjon av sakene og en raskere behandling. Dommerne er mer forberedt enn tidligere når de møter til hovedforhandling. Det blir av alle sett på som en fordel, ikke bare for å kunne

konsentrere forhandlingene, men også med henblikk på å nå et materielt riktig resultat. Ordningen med formaliserte tilbud til minnelig løsning, såkalte Part 36 Offer, er det generell tilfredshet med. Det har medført at flere saker løses i minnelighet enten før sak eller under saksforberedelsen.

Om den engelske sivilprosessreformen vises også til II.11.5.4.

#### 4.6.4.3 *Nytten for norsk prosess av utenlandske reformer*

Det står for utvalget som klart at man i reformarbeidet med norsk sivilprosess kan dra nytte av de reformer som er foretatt i andre land. Blant annet de endringer som er foretatt i engelsk prosessrett for å effektivisere behandlingen – gjøre den mer kostnadseffektiv og raskere – må tas i betraktning ved de overveielser som ligger til grunn for valg av løsninger for vår prosess. Tilsvarende gjelder for reformer i andre land med de samme mål, hvor de valg som er gjort kan tenkes å gi eksempler til etterfølgelse. For utvalget har også de synspunkter som er kommet frem i notater og materiale fra de utredninger som foregår i Sverige og Danmark vært viktige, særlig gjelder det notater fra det danske Retsplejerådet. Utvalget vil på en rekke steder i innstillingen komme tilbake til valg av løsninger i utenlandsk rett.

#### 4.6.5 **Nasjonale eller internasjonale regler om sivilprosessen?**

Som det fremgår av II.3.2 og foran under II.4, er den internasjonale innflytelse på prosessreglene betydelig. I forlengelsen av denne konstateringen kan det være grunn til å reise spørsmålet om ikke en stor prosessreform ved begynnelsen av det 21. århundre heller bør skje som ledd i en internasjonalisering av prosessretten, og ikke ved en isolert nasjonal prosessreform. J. A. Jolowics reiser dette spørsmålet i *Amicus Curiae, Journal of the Society for Advanced legal Studies, Issue 29, July 2000, side 4 flg.*, i forbindelse med den engelske sivilprosessreformen.

En samordnet eller harmonisert prosessrett vil, ikke minst for brukere som driver grenseoverskridende virksomhet, innebære fordeler. Men det er også slik at en gjennomført harmonisering av prosessretten langt fra bare vil medføre fordeler, se Per Henrik Lindblom, *Progressiv Process, Uppsala 2000, side 459 flg.*

Uansett fordeler og ulemper, må man ved vurderingen av prosessreglene ta utgangspunkt i det



faktum at det for tiden og i overskuelig fremtid, ikke er realistisk med en gjennomført internasjonal sivilprosess, heller ikke innenfor EU og EØS-samarbeidet. Det kan i denne forbindelse nevnes at det innen EU, først ved et privat initiativ og senere med støtte fra Kommisjonen, har vært forsøkt utarbeidet et sett med felles prosessregler. Arbeidsgruppens – den såkalte Stormgruppens – rapport er utgitt 1994 som «Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne, Approximation of Judiciary Law in the European Union». (Dordrecht/Boston/London 1994). Rapporten og de reglene som foreslås, er behandlet hos Lindblom op. cit. side 447 flg., se særlig side 471 – 487, se også Erik Werlauff, Felleseuropeisk procesret, København 2000, side 239 flg. Rapporten og de reglene som foreslås illustrerer til fulle problemene med å lage felles regelsett for sivilprosessen for land med sterkt ulik prosesstradisjon.

Det er lite som tyder på at de regler som er

foreslått i rapporten fra Stormgruppen vil få særlig betydning, heller ikke som grunnlag for noe initiativ om omfattende felles regelgivning innen EU på sivilprosessens område. Det vil imidlertid ikke si at det ikke er aktuelt med mer tematisk avgrenset felles regelgivning, se særlig II.4.2.1 om de vedtak som er gjort innen EU og som kan gi føringer for regelgivning på sivilprosessens område.

Konklusjonen i forhold til det spørsmål som ble stilt innledningsvis i dette punktet, må være at en gjennomgående reform av tvisteløsningsreglene må skje gjennom nasjonal lovgivning. Det er i dag lite som tyder på at en slik reform raskt vil bli «innhentet» av et fullstendig sett med prosessregler, utarbeidet innenfor f.eks. EU eller EØS-samarbeidet. Dertil er ulikhetene i prosess- og domstolstradisjonen i de enkelte land for store. Men det som trolig over tid vil skje, er en tilnærming av deler av prosessen i ulike land, som det for Norge vil være aktuelt å tilpasse seg.

## Kapittel 5

# Gjenstand for søksmål og kravet til søksmålsinteresse

### 5.1 Innledning

Domstolenes oppgave har tradisjonelt vært å løse konkrete rettslige konflikter mellom ulike rettssubjekter. I de enkelte saker vil domstolene ta stilling til de faktiske forhold og avgjøre partenes krav ut fra rettsregler. Det har derimot ikke vært domstolenes oppgave å avgjøre rene interessetvister eller klarlegge faktiske forhold uten at dette skjer som grunnlag for en konkret rettsanvendelse. I vår sivilprosess har denne rammen for domstolenes virksomhet kommet mest direkte til uttrykk i tvistemålsloven § 54. Men det kan sies nokså generelt at domstolenes organisasjon og prosessreglene i sin alminnelighet er utformet nettopp med henblikk på at domstolenes oppgave er å løse konkrete retts-tvister.

Etter utvalgets mening bør man ved utformingen av en ny tvistemålslov, herunder nye regler om søksmålsbetingelser, holde fast ved det tradisjonelle virkeområdet for domstolene. På enkelte punkter, som utvalget kommer tilbake til, kan det imidlertid være grunn til å åpne opp for søksmål eller søksmålsdeltakelse i noe større grad enn nå, mens det på andre områder kan være grunn til en viss innstramming.

Ved utformingen av søksmålsvilkårene er det nødvendig å se disse i lys av Norges internasjonale forpliktelser. Særlig EMK artikkel 6(1) får her betydning. Det følger av bestemmelsen at borgerne skal ha «access to court» i saker om deres borgerlige rettigheter og plikter. Det er dels her et krav om formell – prosessuell – adgang til å få et krav prøvd for domstolene. Dels er det et krav om at regelverk eller omkostninger ved søksmål ikke er slik at muligheten for domstolsprøving faktisk er stengt. Utvalget vil på enkelte punkter nedenfor komme inn på EMK artikkel 6(1) og den betydning bestemmelsen har for søksmålsadgangen. EMK artikkel 6(1) er behandlet mer utførlig i II.4 om menneskerettslige føringer for en ny tvistemålslov.

### 5.2 Gjeldende rett

For å anlegge søksmål er det et krav at søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 53 eller § 54 foreligger. § 53 gjelder fullbyrdelsessøksmål, mens § 54 gjelder fastsettelsessøksmål. Tvistemålsutvalget drøfter i II.5.4.7 om sontringen mellom fullbyrdelsessøksmål og fastsettelsessøksmål bør videreføres.

Tvistemålsloven § 53 regulerer når fullbyrdelsessøksmål kan reises. Hovedregelen er at kravet må være forfalt, med de unntak som fremgår av § 53 nr. 1 til 4. Bestemmelsen stiller ikke opp andre vilkår om rettslig interesse for å reise søksmål, men den gir på dette punkt ingen uttømmende regulering av søksmålssituasjonen. Tvistemålsloven § 54 oppstiller to hovedvilkår for at sak kan anlegges. Det første er at tvistegjenstanden må være et «rettsforhold eller rettighet». Det andre hovedvilkåret er at saksøkeren må ha «rettslig interesse» i saken. Dette er et krav til søksmålssituasjonen. Disse søksmålsvilkårene gjelder også for fullbyrdelsessøksmål selv om det ikke fremgår direkte av § 53. For øvrig vil vilkårene for søksmål etter § 54 stort sett gjelde for alle tvister som behandles ved domstolene også utenfor tvistemålslovens anvendelsesområde.

Søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54 er omfattende behandlet i juridisk teori. De sentrale fremstillingene av nyere dato er Hov III side 88 – 160, Michelsen side 59 – 70, Schei side 253 – 295 og Skoghøy side 255 – 347. Søksmålsbetingelse i tvistemålsloven §§ 53 og 54 er behandlet av Aasland i JV 1967 side 175 – 237. Rettslig interesse er behandlet av Backer i *Rettslig interesse - for søksmål, skjønn og klage* (1984).

Summarisk er hovedtrekkene i gjeldende rett disse:

Tvistegjenstanden må være et rettsforhold. Det innebærer at løsningen av tvisten må avgjøres ut fra rettsregler. Interessetvister og andre tvister av privat karakter kan ikke gjøres til gjenstand for søksmål. En tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om lønn for fremtidig arbeid vil – forutsatt at løsningen ikke beror på tolkning av tariffavtale, annen avtale eller annet rettsgrunnlag – være

en interesseløst og ikke tvist om et rettsforhold. Arbeidstakerens krav på lønn etter at arbeidet er utført vil derimot gjelde et rettsforhold. Det vil da være et rettskrav på lønn som må avgjøres ut fra en tolkning av avtalegrunnlaget. Man kan ikke få dom for en generell og/eller abstrakt rettssetning, men for rettsfølger av et faktisk forhold. Rettslige karakteristikker som eiendomsrett, panterett mv. er rettsforhold. De tjener som en samlebetegnelse for et kompleks av rettsvirkninger som har et noenlunde presist innhold. Andre rettslige karakteristikker kan ha et mer usikkert innhold – f.eks. at et forvaltningsvedtak er ugyldig. Likevel er dette ansett for å utgjøre et rettsforhold. Utover slike tilfeller kan man ikke uten videre kreve dom for at en bestemt rettslig karakteristik passer på et bestemt sett av fakta – f.eks. uaktsomhet eller at en vare var mangelfull ved levering. Søksmål må reises om selve rettsvirkningen, som krav om erstatning, prisavslag osv. Rent faktiske forhold kan man ikke få dom for med mindre det er særlig hjemmel for det. Blant annet rettskraftvirkningen tilsier det. Virkningen av en dom om faktum ville være at den måtte legges til grunn i senere tvister mellom partene hvor vedkommende faktum måtte ha betydning. Virkningene ville ikke være begrenset til det rettsforhold partene og retten hadde for øye da saken ble reist og avgjort. Dommen ville dermed kunne få vidtrekkende og ofte uoversiktlige konsekvenser.

Selv om det ikke kreves at kravet er forfalt, må det vurderes om kravet er såvidt hypotetisk eller usikkert at søksmål ikke bør tillates. Der partenes rettigheter og plikter avhenger av faktiske forhold som ennå ikke er inntrådt, blir grensen mellom rettsforhold og abstrakte rettsproblemer flytende. Dette spørsmålet henger nøye sammen med aktualitetskravet som behandles nedenfor. Det har vært diskutert om et krav som går ut på om saksøkeren har vært utsatt for behandling i strid med EMK skal anses som et rettsforhold det kan gis dom for. Spørsmålet er drøftet i Rt. 1994 side 1244. Utvalget kommer tilbake til dette i II.5.4.6 nedenfor.

I kravet til rettslig interesse ligger et meget omfattende og sammensatt problemkompleks som neppe lar seg presse inn i en formulering som gir noen veiledning av betydning. Enkelte vilkår i begrepet kan skilles ut og drøftes hver for seg, men det må understrekes at dette er en forenkling og kun et hjelpemiddel til systematisering av drøftelsen. Avgjørelsen av om saksøkeren har den tilstrekkelige rettslige interesse i søksmålet må skje ut fra en helhetsvurdering.

De sentrale vilkår som inngår i vurderingen av rettslig interesse er for det første om saksøkeren

har et aktuelt behov for rettslig avklaring. Foreligger det et rettslig spørsmål eller rettsuvisshet av aktuell betydning for parten, må det være adgang til å få avklart dette ved domstolene. Om søksmål kan anlegges dersom saksøkte ikke bestrider saksøkerens krav må bero på en nærmere vurdering. Behovet for avklaring kan endre seg og reduseres underveis. Utfallet i underinstansen og prejudikatsinteressen vil være viktige momenter ved avgjørelsen av om det fortsatt er slikt behov for avklaring at saken skal tas opp til realitetsavgjørelse i ankeinstansen, jf. blant annet Rt. 1990 side 874 og Rt. 1997 side 1983.

I avgjørelsen i Rt. 1998 side 623, som gjaldt søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, formulerte Høyesterett dette slik:

«Generelt vil kravet til rettslig interesse bare være oppfylt dersom en rettsavgjørelse har betydning for saksøkerens rettsstilling. Det må foreligge et klart og aktuelt behov for en rettslig avklaring, jf. Rt 1991 s 1468. Ved vurderingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt, vil de rettsvirkninger som følger av en dom som i tilfelle slår fast i forhold til staten at vedtaket av 24 mai 1995 er ugyldig, være avgjørende.»

For det annet stilles det krav om at saksøkeren har en bestemt, nærmere tilknytning til søksmåls-gjenstanden. I privatrettslige forhold er hovedregelen at søksmålet må gjelde saksøkerens egne rettigheter og plikter overfor saksøkte. Avledete interesser i sakens utfall er utilstrekkelig. Det innebærer at et rettssubjekt, As, kreditorer ikke kan anlegge sak om As rettigheter i forhold til en tredjeperson. Tilsvarende kan ikke en aksjonær i eget navn anlegge sak om aksjeselskapets rettigheter eller plikter. Unntak fra dette må gjøres i visse tilfeller når saksøkeren som deltaker i et rettsfellesskap, f.eks. et ansvarlig selskap eller sameie, går til søksmål om rettsfellesskapets rettigheter eller plikter i forhold til saksøkte. F.eks. vil en flertalls-sameier i eget navn og for egen regning kunne reise søksmål om et sameies rettigheter og forpliktelser, jf. Rt. 1999 side 146. Videre må det gjøres modifikasjoner når rettsforholdet har en ubestemt krets av rettighetshavere. Som eksempel kan nevnes at det er opprettet et legat til fordel for en ubestemt persongruppe som «trengende her steds» e.l. Søksmål vil i et slikt tilfelle kunne anlegges av en kommune som på en eller annen måte har interesse av at rettsforholdet blir oppfylt, og som er en naturlig representant for den tilgodesette gruppen, jf. Rt. 1918 side 449. Søksmål vil neppe kunne anlegges av de enkeltpersoner som mener seg berettiget. Endelig kan nevnes at når søksmålet dreier seg om

rettigheter som tilkommer en større, men nærmere angitt krets av rettighetshavere, vil normalt hver enkelt av de berettigete kunne gå til søksmål. Et eksempel kan være at det er satt av midler til pensjonsfond til ansatte i en virksomhet og det oppstår tvist om pensjonsfondet består eller hvilke midler som inngår i det, jf. Rt. 1934 side 70, Rt. 1934 side 74 og Rt. 1934 side 81.

I offentligrettslige forhold, dvs. saker som knytter seg til utøvelse av offentlig myndighet eller kompetanse, må det også stilles krav om saksøkers tilknytning til søksmålgjenstanden. Søksmål om offentligrettslige rettsforhold kan grupperes i to. For det første gyldighetssøksmål, som gjelder rettmessigheten av konkret eller generell myndighetsutøvelse. For det annet håndhevelsessøksmål, som går ut på å få håndhevet offentligrettslige regler overfor private rettssubjekter eller offentlige organer. Tilknytningskravet kan behandles under ett for ugyldighetssøksmål og håndhevelsessøksmål. Som et generelt og unyansert utgangspunkt kan man si at saksøkeren har tilstrekkelig tilknytning i en sak om foretatt eller unnlatt myndighetsutøvelse hvis han er berørt i en slik grad at det fremtrer som naturlig at han opptrer som saksøker og gjør gjeldende krav bygget på hensyn som tilgodeses av vedkommende forvaltningsbestemmelse. Det innebærer at man ikke trenger å være «part» i den underliggende forvaltningssaken for å opptre som saksøker. Som eksempler kan nevnes at eier av fast eiendom vil kunne reise søksmål om rettmessigheten av utnyttelsen av naboeiendommen. I stor utstrekning vil næringsdrivende – iallfall deres organisasjoner – kunne gå til søksmål om gyldigheten av tillatelser mv. til å drive virksomhet innen vedkommende næring. Det kreves ikke at saksøkeren har en økonomisk interesse i saken, også ideelle interesser er tilstrekkelig til å begrunne søksmålsadgang, jf. Rt. 1961 side 451.

Både i privatrettslige og offentligrettslige forhold gjelder at organisasjoner ikke bare kan gå til søksmål om organisasjonens egen rett eller plikt, men også i stor utstrekning kan gå til søksmål til ivaretagelse av de interesser organisasjonen skal fremme. Det gjelder selv om ikke det enkelte medlem i organisasjon ville hatt slik tilknytning til saken at han kunne anlagt søksmål i eget navn. Det har vært stilt krav til organisasjonens størrelse og representativitet. Langt på vei er dette vilkåret sammenfallende med at organisasjonen må ha partsevne. Rene ad hoc-foreninger har ikke blitt ansett som søksmålsberettigete. På samme måte som organisasjonens formål begrunner søksmålsadgangen, begrenser formålet hvilke anførsler organisasjonen kan gjøre gjeldende, jf. Rt. 1980 side

569. Anførslene og søksmålet fra organisasjonens side må begrenses til de interesser organisasjonen skal fremme.

Saksøktets tilknytning til søksmålgjenstanden vil normalt ikke være til hinder for at sak kan anlegges. At det viser seg at saksøkte ikke er materielt forpliktet, vil lede til frifinnelse og ikke til at søksmålet avvises. I enkelte tilfeller vil saken imidlertid kunne ligge slik an at saksøkeren – selv om hans pretensjoner i det materielle spørsmålet legges fullt ut til grunn – ikke vil ha noen rettslig interesse i dom mot saksøkeren. Et eksempel kan være at sak anlegges mot staten om gyldighet av en kommunes eller fylkeskommunes vedtak. Det vil da være riktig å avvise saken fordi saksøkeren ikke har noen rettslig interesse i dom mot staten.

Ved avgjørelsen av om søksmålsbetingelsene foreligger skal domstolen i utgangspunktet legge saksøkerens pretensjoner om faktum og juss til grunn så lenge det gjelder det materielle spørsmålet. Domstolen må derimot foreta en selvstendig vurdering av det faktum og den juss saksøkeren gjør gjeldende så langt det bare har betydning for søksmålsbetingelsene.

Søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54 er for det alt vesentlige og for de fleste praktiske formål sammenfallende med betingelsene for forvaltningsrettslig klageadgang i forvaltningsloven § 28.

Det finnes en del lovfestete unntak fra kravene i tvistemålsloven § 54. Til dels innebærer unntakene at man kan kreve dom for faktiske forhold, jf. tvistemålsloven § 54 annet alternativ og tvistemålsloven kapittel 28. Et tredje eksempel er adgangen til å få dødsformodningsdom, jf. lov om forsvunne personer § 4. Det finnes videre særregler om søksmåls-situasjonen. Her kan kort nevnes tvistemålsloven § 437 som krever at forvaltningsmessig klageadgang i visse tilfeller må være benyttet før tvisten kan bringes inn for domstolene. Et annet eksempel er rettsendringssøksmål der § 54 stort sett ikke vil være av betydning. Enkelte lovbestemmelser fastsetter særregler om tilknytning til søksmålgjenstanden, jf. blant annet forurensningsloven § 58.

En rekke steder rundt i lovgivningen finner man regler som stiller krav om at søksmål må være reist innen en viss frist. Noen av disse reglene er av prosessuell karakter, jf. blant annet aksjeloven § 5-23 og allmennaksjeloven § 5-23. Andre regler er av materiell karakter, jf. reglene i foreldelsesloven § 2 og §§ 4 til 10. Der reglene er av prosessuell karakter supplerer de normalt reglene i tvistemålsloven § 54.

## 5.3 Oversikt over ordningen i noen andre land

### 5.3.1 Innledning

I de aller fleste land vil man finne regler som avgrensner hva slags tvister som kan bringes inn for domstolene til avgjørelse. Tilsvarende gjelder for internasjonale rettssystemer som den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon og dens domstolsordning, og i EU/EØS-systemet. Langt på vei vil disse avgrensningene være parallelle til de søksmålsbegrensninger som følger av tvistemålsloven § 54, nettopp fordi domstolenes oppgaver i sivile søksmål de fleste steder er å avgjøre konkrete retts tvister.

### 5.3.2 Danmark

Man har i Danmark ingen særskilt lovregulering av søksmålsbetingelsene slik vi har i tvistemålsloven § 54 og § 53. I rettspraksis og juridisk teori har det likevel blitt utviklet krav til søksmålsbetingelsene som likner adskillig på våre og man stiller i dansk doktrin også krav til «retlig interesse», jf. Gomard, *Civilprocessen*, 3 udg. side 290. De relevante momenter ved avgjørelsen av om tilstrekkelig rettslig interesse foreligger er sammenfallende med norsk rett. Det er vanskelig å danne seg noe sikkert inntrykk av om terskelen etter dansk rett avviker fra terskelen etter norsk rett. Også i dansk rett opererer man med et skille mellom fullbyrdeles- og fastsettelsessøksmål («anerkendelsesdom»).

I nyere dansk praksis har manglende tilknytning til tvistegenstanden på saksøkers side i alminnelighet ledet til frifinnelse og ikke til avvisning. Dette er ment å understreke at dommeren både har prøvd om saksøkeren har søksmålskompetanse og fordi spørsmålet om søksmålskompetanse under saken best behandles som en del av realiteten, jf. Gomard side 261 –262.

Søksmål til privat håndhevelse av offentligrettslig reguleringslovgivning har tradisjonelt ikke vært anerkjent i noen særlig utstrekning i Danmark. Nyere lovbestemmelser har endret rettstilstanden vesentlig i retning av å gi berørte borgere søksmålsrett, jf. Gomard side 266. Organisasjoners søksmålsadgang synes å være mindre utviklet i Danmark enn i Norge.

### 5.3.3 Sverige

Svensk rett bygger på en tilsvarende sonndring mellom fullbyrdeles- og fastsettelsessøksmål som

man har i Norge og Danmark. Et grunnvilkår for å anlegge søksmål er at tvisten gjelder rettsforhold - «rättsförhållande», jf. Lindell, *Civilprocessen*, 1998 side 215 og Ekelöf, *Rättegång*, 8 uppl. side 111. Dette synes å innebære det samme som etter norsk rett, blant annet et krav om konkretisering og at det må avgrensnes mot krav om dom for et bestemt saksforhold og krav om dom om abstrakte retts spørsmål. Videre kreves at saksøkeren har en reell uvisshet om rettsforholdet som leder til förfång. I dette ligger at uvissheten vanskeliggjør planleggingen av saksøkerens økonomiske virksomhet eller på annen måte skaper en besværlig utrygghet, jf. Ekelöf side 113. Kriteriet synes å likne mye på kravet til rettslig interesse.

Det ser ut til at norske domstoler på tidligere tidspunkt og i større utstrekning enn danske og svenske domstoler, har åpnet for at representative organisasjoner kan anlegge søksmål om spørsmål av samfunnsmessig betydning, som ikke gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter. Utover dette er det etter Tvistemålsutvalgets syn vanskelig å si noe generelt om de krav danske og svenske domstoler har stilt til søksmåls gjenstand og søksmåls situasjon systematisk avviker fra de krav som er oppstilt i norsk rett.

## 5.4 Utvalgets drøftelser og konklusjon

### 5.4.1 Bør ordningen med søksmålsbetingelser som leder til avvisning hvis de ikke er oppfylt, videreføres?

Etter Tvistemålsutvalgets mening sier det seg selv at man må operere med visse regler om adgangen til å bringe en sak inn for domstolene – herunder hva slags saker, hvem som kan bringe saken inn og krav til søksmåls situasjonen. Som påpekt ovenfor kan dette begrunnes i hensynet til saksøktets interesse i å unngå søksmål og i hva som tradisjonelt og etter hevdvunnen oppfatning har vært domstolenes funksjon – nemlig å avgjøre konkrete rettslige tvister. I tillegg kan det nevnes at hensynet til domstolenes arbeidsbelastning tilsier begrensninger i hva slags tvister som kan bringes inn til avgjørelse. Reglene om hvilke saker som kan tas under behandling ved domstolene, må utformes slik at saker kan prøves for domstolene i en hensiktsmessig form og på en måte som gjør at domstolene får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Rent hypotetiske og abstrakte rettsspørsmål bør ikke kunne bringes inn for avgjørelse av domstolene idet avgjørelsesgrunnlaget regelmessig vil bli dårligere enn når den rettslige tvisten er konkretisert og aktualisert.

Det oppstår likevel spørsmål om det er rasjonelt å beholde noen søksmålsvilkår på den måten at domstolen skal avvise saken hvis prosessforutsetningene ikke foreligger. Grensen mellom avvisningsgrunner på den ene siden og materielle frifinnelsesgrunner på den annen side vil ofte ikke være så problematisk å trekke, men det finnes noen vanskelige grensetilfeller. Særlig spørsmålet om saksøker har tilstrekkelig tilknytning til søksmålsgjenstanden kan være så nært knyttet til det materielle tvistespørsmålet at man kan spørre om det bør lede til frifinnelse, og ikke avvisning, hvis tilstrekkelig tilknytning mangler. Dette har de senere år vært en trend i dansk rett, jf. 5.3.2 ovenfor.

Så lenge avvisningsspørsmålet avgjøres ut fra saksøkerens pretensjoner, vil det kunne innebære at søksmålsbetingelsene ikke er noen effektiv sperre mot uberettigete søksmål. Backer har på denne bakgrunn rettet kritikk mot den tradisjonelle oppfatning. Han har hevdet at avvisning bør skje når spørsmålet om en avvisningsgrunn foreligger eller ikke, egner seg til særskilt løsning, jf. Backer side 27 flg. Ytterligere et alternativ ville være fullt ut å la alle søksmål fremmes. Frifinnelse ville da bli resultatet hvis søksmålet ikke angikk et rettsforhold. Det samme ville bli resultatet hvis saken gjaldt et rettsforhold, men saksøkeren ennå ikke hadde den tilstrekkelig aktuelle interesse i å få dom mot saksøkte, f.eks. fordi kravet ikke var forfalt.

Avgjørelsen av om en sak skal fremmes eller avvises kan av og til være vanskelig og arbeidskrevende for partene og domstolen. Hvis man bruker like lang tid på å avgjøre avvisningsspørsmålet som man ville brukt på å avgjøre realitetsspørsmålet, har man i beste fall ikke vunnet noen ting. Bli resultatet at saken fremmes, kan man ha skaffet seg dobbelt så mye arbeid som nødvendig.

Twistemålsutvalget mener likevel systemet med avvisning hvor søksmålsbetingelser mangler bør videreføres. I det store og det hele fungerer reglene godt. I enkelte saker oppstår det riktignok arbeidskrevende tvister om saken skal avvises eller ikke. Også da vil det ofte være hensiktsmessig først å måtte ta stilling til søksmålsbetingelsene. Hvis de ikke er i orden, bør avgjørelsen være avvisning, som nettopp peker på at det ikke er realiteten som det er tatt stilling til. Dersom det er vanskelig å avgjøre avvisningsspørsmålet uten nærmere belysning av sakens realitet, vil det kunne være hensiktsmessig å foreta en samlet behandling av spørsmålene. Gjeldende tvistemålslov åpner for det. Denne adgangen må videreføres. Men også i slike tilfeller vil det, hvis retten finner at søksmålsbetingelser mangler, være god grunn for å bruke avvisnings-

formen. Også her vil da formen gjenspeile avgjørelsesgrunnen. Det er også et moment av vekt at sontringen mellom avvisningsgrunner og frifinnelsesgrunner har lang tradisjon.

Twistemålsutvalget vil tilføye at i de tilfeller det fremstår som vesentlig enklere å løse realitetsspørsmålet ved at saksøkte frifinnes enn å avgjøre avvisningsspørsmålet, bør retten kunne nøye seg med å avgjøre realitetsspørsmålet. Det kan være tilfellet hvis avvisningsspørsmålet er særlig vanskelig, og saksøkte har påstått både avvisning og frifinnelse. Det er vanskelig å se at det foreligger tungtveiende argumenter for å avgjøre avvisningsspørsmålet i et slikt tilfelle. Riktignok vil rettskraftvirkningen av en avvisningsavgjørelse og en frifinnende dom kunne være noe forskjellige, men forskjellene vil for fastsettelsesdommer neppe ha noen større praktisk betydning i de fleste tilfeller. For fullbyrdelsessøksmål vil det være et hovedskille i rettskraftvirkning mellom de tilfeller der avvisning og frifinnelse skjer fordi kravet ennå ikke er forfalt, og tilfeller av avvisning eller frifinnelse på andre grunnlag. Men også for denne søksmålstypen er den praktiske forskjellen mellom rettskraftvirkningen av avvisning og frifinnelse i de tilfeller som her has for øyet, neppe særlig stor. Reglene om søksmålsbetingelser kan ikke være til hinder for at retten i et slikt tilfelle avgjør tvisten på det enkleste grunnlaget og avsier frifinnende dom. Dette gjelder særlig i de tilfellene det er grunnlag for å avsi en frifinnende dom etter de foreslåtte reglene om forenklet domsbehandling. En regel i denne retning har man allerede for ankedomstolene i straffesaker i straffeprosessloven § 318 annet ledd.

#### 5.4.2 Klart tilskårne regler om søksmålsbetingelsene – er det ønskelig og mulig?

Den nåværende kravet til rettslig interesse er en standard som gir anvisning på en rekke skjønnsmessige avveininger. I grensetilfelle kan det være vanskelig for partene og domstolene å avgjøre om saksøkeren har tilstrekkelig rettslig interesse i søksmålet eller ikke. En klart tilskåret regel om søksmålsbetingelsene ville både styrke forutberegneligheten for partene og kunne bidra til å forenkle domstolens avgjørelse.

Det er ikke lett å utforme en klart tilskåret regel som søksmålsbetingelsene som ikke gjør bruk av de samme skjønnsmessige begrep som ligger innbefattet i de gjeldende regler om rettslig interesse. Man kunne nok ta ut de enkelte begreper, som f.eks. vilkåret om at søksmålet ikke må gjelde fremtidige eller hypotetiske forhold, og gjøre dem

til særskilte vilkår for fremme av søksmålet. Som fremholdt ovenfor må man i dag avgjøre spørsmålet om rettslig interesse foreligger ut fra en helhetsvurdering. Den elastisiteten som ligger i dette, bør etter Tvistemålsutvalgets mening videreføres. Denne elastisiteten er det ikke enkelt å videreføre med skarpere tilskårne regler. I det minste måtte man da innføre omfattende unntaksregler for å fange opp de tilfeller saken bør tillates fremmet selv om enkelte av vilkårene ikke er oppfylt. Om man da ville oppnå noe av den ønskete forenkling, fremstår som tvilsomt.

Tvistemålsutvalget har på denne bakgrunn blitt stående ved at det mest hensiktsmessige er å videreføre søksmålsvilkårene i en slik standardisert form som de har i dag. Bestemmelsen i tvistemålsloven § 54 bør imidlertid av pedagogiske grunner omredigeres fullstendig.

#### **5.4.3 Bør terskelen for å kunne anlegge søksmål endres?**

Når det gjelder terskelen som må være oppfylt før det foreligger tilstrekkelig rettslig interesse, er den etter utvalgets syn etter gjeldende rett ikke særlig høy. Som påpekt i redegjørelsen for gjeldende rett ovenfor, har man i de senere år særlig lagt vekt på behovet for rettslig avklaring ved avgjørelsen av om det foreligger tilstrekkelig rettslig interesse til at søksmålet skal fremmes. Utvalget bemerker her at det oftere vil være hensynet til partenes økonomi, finansiering av søksmål osv. som sperrer for domstolsprøving, enn reglene om kravet til søksmålgjenstand og rettslig interesse.

Søksmålsbetingelsene etter tvistemålsloven § 54 og § 53 består av to elementer; kravet til søksmålgjenstand og kravet til søksmålssituasjon – rettslig interesse. Tvistemålsutvalget legger i alminnelighet til grunn at det ikke kan være noen grunn til å heve terskelen for å reise søksmål. På enkelte områder bør det imidlertid overveies å kreve tvungent prosessfelleskap for å bringe søksmålet inn i en mer hensiktsmessig form. Dette drøftes nærmere nedenfor.

Noen søksmål kan kanskje i utgangspunktet synes nokså håpløse. Tilstrekkelig grunn til å heve terskelen for saksanlegg kan det likevel ikke være. Selv om tilsynelatende håpløse saker – der det er på det rene at kravet er materielt uberettiget – utgjør en spesiell gruppe, kan det etter Tvistemålsutvalgets syn ikke være grunnlag for avvising. Slike saker bør i stedet kunne undergis en forenklet realitetsbehandling. Åpenbart ugrunnete søksmål må heller motvirkes ved regler om alminnelig omkostningsansvar for saksøkeren, regler om forenklet

pådømmelse av saken og begrensninger i ankeadgangen ved at anke til lagmannsrett i slike tilfeller kan nektes. I ekstreme tilfeller har man i praksis frakjent personer prosessuell handleevne hvor de har anlagt et stort antall ugrunnete søksmål, selv om vedkommende ikke er umyndiggjort, jf. Rt. 1995 side 1113 og Rt. 1997 side 1716. Tvistemålsutvalget antar adgangen til dette bør videreføres, se utkastets § 2-2(5) og bemerkninger til bestemmelsen.

Om terskelen for å reise søksmål skal senkes i forhold til gjeldende rett, kan det være større grunn til å diskutere. Etter utvalgets syn bør det fastholdes at tvistegjenstanden må gjelde et rettsforhold. En utvidelse av søksmålgjenstanden til også å omfatte annet enn rettsforhold vil etter utvalgets syn være uheldig. Såvel domstolenes funksjon i samfunnet som tradisjon taler mot at man bør utvide adgangen til å få dom for faktiske forhold. Av de regler man i dag har om dette, er tvistemålsloven § 54 annet alternativ om dokumenters ekthet uten praktisk betydning. Utvalget vil derfor ikke foreslå at den videreføres.

Når det gjelder adgangen til å få dom for abstrakte rettsforhold, er det utvalgets syn at man bør holde fast ved den regel som i dag er utgangspunktet, nemlig at man ikke kan få dom for abstrakte rettsforhold. Domstolenes oppgave må være å løse de konkrete, foreliggende tvister. Utvalget bemerker her at så lenge det foreligger et aktuelt behov for avklaring, vil søksmål kunne anlegges selv om forholdet fortsatt har karakter av fremtidig forhold, jf. f.eks. Rt. 1998 side 300. For så vidt er det en sammenheng mellom aktualitetskravet og behovet for rettslig avklaring. Utvalget påpeker at det har vært en betydelig utvikling på dette området. Enkelte eldre avgjørelser, jf. blant annet Rt. 1967 side 1290 – som gjaldt søksmål for å forhåndsavklare om overdragelse av en andelsobligasjon med tilhørende leierett ville utløse forkjøpsrett fra gårdselskapet – kan synes meget restriktive. Behovet for rettslig avklaring ble tilsynelatende skjøvet i bakgrunnen slik at løsningen var gitt dersom kravet kunne rubriseres som et «abstrakt rettsforhold». Søksmålet måtte da avvises. Dagens rettstilstand vektlegger derimot behovet som det sentrale for om søksmålet skal fremmes eller ikke, jf. Rt. 1998 side 300. Sett i lys av dette er det etter utvalgets syn ikke behov for endringer i gjeldende rett.

Tvistemålsutvalget tilføyer at behovet for rettslig avklaring må vurderes i lys av påstanden. Hva er det saksøkeren ønsker å oppnå med søksmålet, og vil det kunne oppnås slik saken er anlagt? Utvalget kommer noe tilbake til dette nedenfor i II.5.4.5, om rettslig prøving av forvaltningsvedtak.

Også mer abstrakte rettsspørsmål vil etter gjeldende rett i en viss utstrekning kunne prøves for domstolene, men jo lenger man måtte gå i å fjerne domstolen fra en konkret bedømmelse av et individualisert faktum, jo mer vil man miste nyanser og illustrasjonsmateriale. En slik mer abstrakt prøving kan derfor etter gjeldende rett bare skje der det ikke lar seg gjøre på noen hensiktsmessig måte å konkretisere tvisten. Tvistemålsutvalget viser til at Danmarks Højesteret i en dom 12. august 1996 har tillatt fremmet et søksmål fra en gruppe borgere med krav om at loven fra 1993 som åpnet for Danmarks tilslutning til EU, skulle kjennes grunnlovstridig. Højesteret påpekte at tiltredelsen til EU-traktaten innebar overføring av lovgivningskompetanse på en rekke områder som kunne ha inn- gripende betydning for den danske befolkning i sin alminnelighet, og at saksøkerne derfor hadde en vesentlig interesse i å få kravet prøvd. Hensett til dette kunne de vilkår som tidligere var stilt, om at saksøkerne måtte være konkret og aktuelt berørt, ikke gjelde. Utvalget legger til grunn at samme type resonnement ville gjelde for en tilsvarende problemstilling i Norge.

På et særlig punkt kan det være grunn til å revurdere de standpunkter rettspraksis har inn- tatt. Dette kan illustreres ved avgjørelsen i Rt. 1984 side 1488. Norges Dyrebeskyttelsesforbund hadde anlagt sak mot staten ved Landbruksdepartemen- tet og nedlagt påstand om at en forskrift om hold av verpehøner i bur – burhønsforskriften – var ugyldig etter dyrevernloven. Søksmålet var ikke rettet mot noen bestemte eggprodusenter som hadde fått til- latelse til burhønshold. Søksmålet gjaldt dermed et generelt rettsspørsmål. Spørsmålet var imidlertid aktualisert, og det var dette generelle rettsspør- målet det var behov for å få avgjort. Dyrevernför- bundet anla søksmål mot staten med krav om at burhønsforskriften skulle kjennes ugyldig. Søks- målet ble avvist fordi det ble ansett for å gjelde et abstrakt rettsspørsmål og ikke et konkret retts- forhold. Høyesteretts kjæremålsutvalg var enig i lagmannsrettens tilføyelse om at det i praksis var åpnet en viss adgang til å få avgjort abstrakte retts- spørsmål uten tilknytning til konkrete rettstvister, men at minstekravet må være at avgjørelsen er av konkret betydning for bestemte rettssubjekters for- hold. Noen slik konkret betydning ble det av lag- mannsretten lagt til grunn at søksmålet ikke ville ha, formentlig fordi en dom mot staten ikke ville ha noen rettskraftvirkning for de gitte tillatelser om burhønshold. Det medførte at Dyrevernförbundet, for å få saken til å gjelde et konkret rettsforhold, i stedet anla sak mot en enkelt hønseoppdretter med påstand om at hans burhønshold var i strid

med dyrevernloven og måtte opphøre. I denne for- men kunne søksmålet fremmes, jf. Rt. 1987 side 538. Men dette var neppe noen mer hensiktsmes- sig måte å få prøvd tvisten på enn det opprinnelige spørsmålet.

Den første avgjørelsen, Rt. 1984 side 1488, kan tolkes slik at søksmålet ikke kunne rettes mot sta- ten fordi staten ikke selv holdt burhøns. Det kan uttrykkes slik at staten ikke hadde passiv søks- målskompetanse fordi en avgjørelse ikke ville være bestemmende for statens forhold. Etter Tvistemåls- utvalgets syn er en slik betraktning for snever til at den kan lede til avvising av søksmål. Når man skal vurdere om søksmål skal tillates fremmet – altså om det foreligger tilstrekkelig rettslig inter- esse – er det behovet for rettslig avklaring som må være det sentrale. Hvis det er tilstrekkelig behov for rettslig avklaring, må belastningen med å bli saksøkt da naturlig tas av den som har gitt den omtvistete regelen, dvs. staten. I en slik situasjon er det vanskelig å se noen reell begrunnelse for å kreve at også en eller flere eggprodusenter må gjøres til saksøkt ved siden av staten.

Utvalget vil kort tilføyse at EMK artikkel 6(1) stiller visse minimumskrav om «access to court» i saker som gjelder borgeres rettigheter eller plikter. Artikkelen verner enkeltpersoner og etter sikker praksis også private, juridiske personer, jf. Bård- sen, Krenkelse og klager – vilkårene for realitets- behandling ved Den europeiske menneskerettig- hetsdomstolen, side 162 med referanser til praksis fra domstolen. Utenfor bestemmelsen faller offent- lige organer som kommuner og staten. Også EMK krever at det foreligger «dispute», altså en tvist. For å gi artikkel 6(1) anvendelse må man ha «an arguable claim», men det kreves ikke at man nød- vendigvis vil vinne saken. Det er tilstrekkelig at man har «tenable argument». EMK artikkel 6(1) er naturligvis ikke til hinder for voldgiftsavtaler, og EMK tillater i nokså vid utstrekning begrensning- er i domstolsadgangen. Tvistemålsutvalget nøyer seg her med å vise til Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights side 186 og side 196 flg. og drøftelsen i II.4.

#### 5.4.4 Organisasjoners søksmålsadgang

Spørsmålet om organisasjoner kan anlegge søks- mål består av to elementer. Det ene elementet er om organisasjonen har partsevne, se III.2.2.2 og utkas- tets § 2-1 med bemerkninger. Det andre elementet gjelder kravet til rettslig interesse. Der søksmålet gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter, må dette vurderes på samme måte som for andre saksøkere. Men det er i rettspraksis anerkjent at



organisasjoner også kan ha søksmålskompetanse i spørsmål som ikke gjelder deres egne rettigheter og plikter, men i egenskap av å være representant for en interessegruppe. Det er her ikke avgjørende om organisasjonens medlemmer kunne anlagt søksmål i eget navn. Først og fremst er det i de situasjoner de enkelte medlemmer ikke ville hatt tilstrekkelig rettslig interesse i å gå til søksmål det er behov for at organisasjonen kan ivareta de samme interessene. Når et søksmål er anlagt av en organisasjon, må det i drøftelsen av om det foreligger tilstrekkelig rettslig interesse sondres mellom om kravet gjelder organisasjonens egen interesse eller om det er tale om et representativt søksmål, jf. Rt. 1995 side 198.

Det har vært en betydelig rettsutvikling de seneste tiår når det gjelder organisasjoners adgang til å anlegge søksmål med krav som ikke direkte gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter. Denne utviklingen har vært skapt av et foreliggende behov – et søksmålsbehov som domstolene har anerkjent. Fra denne utviklingen kan det være naturlig å trekke frem to avgjørelser. Den første er Rt. 1980 side 569 – Alta-saken. Norges Naturvernforbund anla sak mot staten med påstand om at en kongelig resolusjon om samtykke til statsregulering av Altavassdraget var ugyldig. Høyesteretts avgjørelse markerte et ytterligere gjennomslag for organisasjoners søksmålsadgang. Det ble av Høyesterett særlig pekt på behovet for rettslig kontroll med den offentlige forvaltning. Men ikke en hvilken som helst organisasjon ville ha tilstrekkelig rettslig interesse i søksmål. Saksøkeren må ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålet. Man kan uttrykke dette slik at organisasjonen må ha rimelig grunn til å kreve spørsmålet prøvd av domstolene. Det medfører at organisasjonen må være representativ, og det kan i grensetilfelle innebære at det kan være et moment av betydning om det er andre organisasjoner som er nærmere til å gå til søksmål. Det medfører videre at kravet må ligge innenfor rammen av de interesser organisasjonen skal ivareta. I Alta-saken innebar det også at Naturvernforbundets anførsler og bevis måtte begrenses til å gjelde saksbehandlings- og rettsregler som har betydning i forhold til naturverninteresser.

Avgjørelsen i Rt. 1992 side 1618 gjaldt søksmål fra Framtiden i våre hender og Naturskyddsforeningen i Strömstad mot Saugbruksforeningen A/S og Borregaard Industries Ltd., med krav om erstatning for skade på friluftsområder i Haldenområdet, jf. forurensningsloven § 58. Høyesterett kom til at søksmålene måtte fremmes. Det ble lagt til grunn at de behov som begrunnet Naturvernforbundets søksmålsadgang i Alta-saken, tilsa at søksmål også

måtte kunne fremmes mot private rettssubjekter. For Framtiden i våre hender oppsto et særlig spørsmål om tilknytning til kravet. Spørsmålet var om organisasjonens formål var «så altomfattende at det er for generelt til å kunne tjene som grunnlag for rettslig interesse». Hensett til at bevegelsens formål og arbeid sto i sentral sammenheng med vern av natur, ble organisasjonen av Høyesterett ansett å ha tilstrekkelig rettslig interesse i å gå til søksmål.

Twistemålsutvalget mener de domstolskapede regler om organisasjoners søksmålsadgang er hensiktsmessige og bør videreføres. Utvalget finner ikke grunn til å foreslå noen spesielle endringer her. Utvalget tilføyer at det ikke ønsker å stoppe noen videre utvikling av denne søksmålskompetansen. En eventuell slik utvikling må først og fremst styres av de foreliggende søksmålsbehov. Slike endringer vil da kunne foretas ved justeringer fra domstolenes side.

Twistemålsutvalget tilføyer at et viktig spørsmål i praksis har vært hvilke organisasjoner som skal anses å ha partsevne. I noen grad henger spørsmålet sammen med spørsmålet om organisasjonen har tilstrekkelig rettslig interesse i søksmålet. Det gjelder særlig for organisasjoner som har en mindre fast organisasjonsstruktur, der mange av de samme momenter vil være avgjørende i begge relasjonene. For rene aksjonskomiteer og ad hoc-organisasjoner har søksmål dels vært avvist under henvisning til manglende partsevne, og dels under henvisning til manglende rettslig interesse. Etter utvalgets syn bør de regler man har utviklet i praksis, og som stiller krav til en viss fasthet i organisasjonen mv., videreføres. Utvalget går ikke nærmere inn på dette her, men nøyer seg med å vise til drøftelsen av organisasjoners partsevne i III.2.2 og bemerkningene til utkastets § 2-1. Det tilføyes at hvor en rekke enkeltpersoner rammes på samme måte, vil det kollektive søksmålsbehovet kunne ivaretas gjennom de regler om gruppesøksmål som utvalget foreslår.

#### **5.4.5 Rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser**

##### *5.4.5.1 Innledning*

Ved tvist mellom borgere og stat og kommuner om rettigheter og forpliktelser, gjelder i utgangspunktet de alminnelige krav om rettslig interesse. Disse er behandlet i avsnittene ovenfor.

I stor utstrekning har det vært tillatt at søksmål angis å gjelde vedtakets gyldighet, men det innebærer likevel ikke noe unntak fra den alminne-

lige regel om at søksmålet må kunne få betydning for saksøkerens rettsstilling, jf. f.eks. Rt. 1998 side 623, som gjaldt spørsmål om gyldighet av et vedtak om forkjøpsrett etter konsesjonsloven. Høyesterett tok enstemmig som utgangspunkt at « ... kravet til rettslig interesse [vil] bare være oppfylt dersom en rettsavgjørelse har betydning for saksøkerens rettsstilling. Det må foreligge et klart og aktuelt behov for en rettslig avklaring ...» Hvis saksøkeren påstår dom for ugyldighet, må det likevel altså prøves om det er tilstrekkelig behov for rettslig avklaring.

Utvalget vil understreke at ugyldighet er et samlebegrep, som ikke gir noe entydig angivelse av et bestemt sett med rettsvirkninger. Etter praksis er «ugyldighet» av forvaltningsvedtak ansett for å utgjøre et rettsforhold, jf. redegjørelsen for gjeldende rett i II.5.2 ovenfor. Men det innebærer ikke nødvendigvis at også de vilkår som må stilles til søksmålssituasjon, er oppfylt. Enkelte ganger vil det være opplagt hvilke rettsvirkninger saksøkeren ønsker oppnådd ved søksmålet, f.eks. slik at han ønsker at vedtaket skal oppheves slik at det kan treffes et nytt vedtak som går i hans favør. Andre ganger er dette mindre opplagt. Det gjelder særlig for vedtak som ikke lenger har aktuell betydning, og saksøkeren bare krever dom for ugyldighet, og ikke for erstatning. Domstolene vil her måtte avklare hvilke rettsvirkninger saksøkeren mener å kunne oppnå med søksmålet.

Søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak kan reise særlige spørsmål om hvordan behandlingen bør skje. Dette behandles i II.18. Saker om påstått brudd på menneskerettigheter vil ofte også gjelde gyldigheten av forvaltningsvedtak. Tvistemålsutvalget behandler denne sakstypen i II.5.4.6.

Når tvisten dreier seg om offentlig myndighetsutøvelse, vil myndighetsutøvelsen normalt skje gjennom at forvaltningen treffer et vedtak, enten et enkeltvedtak eller en forskrift. Utgangspunktet for domstolsprøving er da at det er forvaltningens vedtak som kan gjøres til tvistegenstand. For prosesser som skal munne ut i et vedtak, er hovedregelen at man ikke kan anlegge søksmål før forvaltningen har truffet sitt vedtak. Saken kan likevel ligge slik an at det er et klart behov for rettslig avklaring fordi forvaltningen har tatt stilling til det aktuelle spørsmål uten at det er truffet noe vedtak. Om det skyldes at forvaltningsorganet ikke har rukket å treffe noe vedtak eller at organet ikke selv har kompetanse til å treffe noe sanksjonert vedtak, må i denne sammenheng være uten betydning. I slike tilfeller kan søksmål også anlegges før det foreligger noe formelt vedtak, jf. Rt. 1998 side 300.

Tvistemålsutvalget mener rettsstilstanden på dette punkt bør videreføres.

Hensynet til saksøkeren kan tilsi at det er ønskelig med en rettslig avklaring før han foretar en bestemt handling. Det kan f.eks. være spørsmål om å foreta eller unnlate en handling, der en avgjørende faktor vil være om handlingen utløser arveavgift. Meget kan tale for at avgiftsmyndighetene i slike tilfeller burde kunne gi forhåndstilsagn om handlingen vil utløse avgiftsplikt eller ikke, basert på fullstendige opplysninger fra saksøkeren. Det ligger utenfor Tvistemålsutvalgets mandat å foreslå noen lovbestemmelser om dette som er et forvaltningsrettslig, og ikke et sivilprosessuelt spørsmål. Uten regler om bindende forhåndstilsagn er det etter gjeldende rett klart begrenset i hvilken utstrekning man kan anlegge søksmål mot forvaltningen før det foreligger et vedtak, jf. det som er sagt ovenfor. I enkelte tilfeller kan situasjonen ligge slik at søksmål må tillates fremmet. Et eksempel som kan illustrere et slikt behov, er Rt. 1967 side 1270. Søksmålet, som ble nektet fremmet, gjaldt om en fremtidig overdragelse av en andelsobligasjon med tilhørende leierett i en bygård, ville medføre at gårdselskapet gjorde forkjøpsrett gjeldende. Som påpekt ovenfor mener Tvistemålsutvalget at søksmål av denne karakter bør kunne fremmes og at det allerede følger av gjeldende rett, jf. Rt. 1998 side 300. Tilsvarende problemstillinger kan oppstå i forhold til det offentlige, og det er vanskelig å se at ikke regelen her må være den samme. For at et slikt søksmål skal kunne fremmes, må de nærmere omstendighetene – sakens faktum – være på det rene, og må vise at det er et klart og aktualisert behov for rettslig avklaring.

#### 5.4.5.2 *Domstolens oppgave ved prøving av forvaltningsvedtak*

Domstolenes oppgave er å prøve gyldigheten av det omtvistete vedtak. Det uttrykkes gjerne slik at domstolene i saker som gjelder gyldigheten av forvaltningsvedtak utøver legalitetskontroll. Reglene om dette er utviklet i rettspraksis. Med mindre det er særskilt hjemmel for noe annet, kan ikke domstolene prøve vedtakets hensiktsmessighet osv. Enda mindre kan domstolene selv gi dom som de facto innebærer at det treffes et vedtak. Arbeidsfordelingen mellom forvaltning og domstoler tilsier at denne oppgaven tilligger forvaltningen. Noen unntak fra dette er gjort i særlovgivning og utviklet i praksis. Et eksempel fra særlovgivningen er tvistemålsloven § 482, som gir domstolen kompetanse til å avsi dom for at tvangsinngrepet skal opphøre. Et annet eksempel er arbeidsmiljøloven § 67 siste

ledd. Ved tvist om forbigåelse i ansettelsesforhold skal retten etter krav fra den fortrinnsberettigete avsi dom for tilsetting i stillingen. Et tredje eksempel er skattebetalingsloven § 48 nr 6. Som eksempel på et unntak utviklet i rettspraksis, kan nevnes at domstolene i sivile saker om løslatelse fra sikring kan gi saksøkeren dom på at han skal løslates, jf. forutsetningsvis Rt. 1991 side 973 og EMDs avgjørelse i Series A No. 181, den såkalte «Arne»-saken.

I enkelte saker der forvaltningens avgjørelse er lovbundet – såkalte rettsanvendelseskjønn – oppstår spørsmål om domstolene har kompetanse til å avsi dom for realiteten. Saksøkeren nedlegger f.eks. påstand om at han skal tilstås uførepensjon e.l. Etter gjeldende rett har domstolene som hovedregel ikke adgang til å avsi dom for realiteten. En slik påstand vil dermed ikke kunne tas til følge. I enkelte tilfeller er det imidlertid slik at særlovgivningen gir anvisning på noe annet. I de tilfellene forvaltningen har avgjort saken uten å prøve alle kumulative vilkår, er det innlysende hensyn som taler mot at domstolene skal kunne avsi dom for realiteten. Særlig vil en slik regel kunne bidra til at behandlingen av saken svulmer opp. Både saksøkeren og forvaltningen vil i et slikt tilfelle ha et incitament til å legge saken langt bredere opp enn det som er nødvendig for å avgjøre om forvaltningsvedtaket er ugyldig. I alminnelighet må det derfor være klart at domstolene ikke kan gi dom for realiteten i et slikt tilfelle. Man kan tenke seg unntakstilfelle der hele saken står og faller med ett enkelt vilkår, eller der saken er så fullstendig opplyst for domstolene at det vil ha preg av formalisme om retten ikke kan ta stilling til realiteten.

I de tilfellene forvaltningsorganet har prøvd alle sider av saken, og tvisten deretter har blitt behandlet av domstolene, har det i juridisk teori vært antatt at domstolene har kompetanse til å avsi dom for realitetskravet, jf. T. Eckhoff, Forvaltningsrett, 6. utg. side 639. Arbeidsfordelingen mellom domstoler og forvaltning taler i seg selv mot at domstolene skulle hatt kompetanse til å avgjøre realitetsspørsmålet i saken og noen avgjørende rettspraksis til støtte for teoriens standpunkt har ikke foreligget. Høyesterett har derimot i en kjennelse 23. august 2001 i sak 2000/1298 fastslått at domstolene – i ankesak mot avgjørelse i trygderetten – ikke kan gi den private parten medhold i selve kravet på trygd, men bare kan ta stilling til om trygderettens vedtak er korrekt eller ikke. Høyesterett oppsummerer gjeldende rett slik:

«Etter min mening er det ikke grunnlag i norsk rett for en generell regel om at domstolene ved lovbundne forvaltningsvedtak kan gi dom

for realiteten. Jeg vil ikke utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller, f.eks. der noe annet vil være unødig formalisme eller hvis et forvaltningsorgan mot formodning ikke innretter seg lojalt etter en domstolsavgjørelse. Men den klare hovedregelen er den motsatte: Domstolenes kontroll med forvaltningen er innskrenket til legalitetskontroll. Dom på positivt vedtak krever særskilt hjemmel ...»

Tidligere rettspraksis om dette må antas å ha liten interesse etter den avklaringen som nå foreligger fra Høyesterett. For oversiktens skyld kan likevel noen avgjørelser nevnes: I Rt. 1990 side 874 synes det som om spørsmålet ble holdt åpent av Høyesterett. I Rt. 1997 side 877 stadfestet Høyesterett en dom fra lagmannsretten som ga saksøkerne krav på et bestemt beløp i omsorgslønn. Saken gjaldt fullbyrdelse av fylkeslegens vedtak om utbetaling av omsorgslønn, som den forpliktete kommunen ikke hadde etterkommet. Det var i saken ikke reist prosessuelle innvendinger mot utformingen av lagmannsrettens dom.

Etter tvistemålsutvalgets syn bør man holde fast ved den alminnelige regel om at domstolenes oppgave er å prøve lovligheten av forvaltningens vedtak og ikke selv tre inn i forvaltningens sted og treffe realitetsavgjørelsen. Dette gjelder både for forvaltningens diskresjonære skjønn og for de lovbundne avgjørelsene. Med mindre det i den materielle lovgivningen som fastsetter pliktene, rettighetene eller kompetansen er fastlagt at domstolene skal kunne avsi dom for realitetskravet, må domstolens avgjørelse – dersom vedtaket er ugyldig – gå ut på at vedtaket er ugyldig og eventuelt tilkjennelse av erstatning. Unntak bør bare skje der det vil være unødig formalisme å sende saken tilbake til forvaltningen for ny behandling, jf. Rt. 1951 side 19.

#### 5.4.5.3 Hvem skal søksmålet rettes mot

I noen tilfeller kan det oppstå spørsmål om hvem søksmål skal rettes mot. For det første kan det oppstå spørsmål om det organ som har truffet avgjørelsen, må anses som kommunalt eller statlig. Et annet spørsmål oppstår der et underordnet kommunalt organ har truffet et vedtak som etter klage overprøves av et overordnet kommunalt organ, og tilsvarende for underordnede og overordnede statlige organer. Hvilket vedtak skal i disse tilfellene kunne prøves for domstolene? Må man gjøre begge vedtak til gjenstand for søksmålet, eller er det tilstrekkelig å angripe det seneste vedtaket? Er det eventuelt anledning til bare å angripe det underordnede organs vedtak? I forlengelsen av dette opp-

står et tredje spørsmål der det er truffet vedtak av et kommunalt organ som deretter er overprøvd helt eller delvis av et statlig organ. Må søksmålet rettes mot staten, kommunen eller begge? Tilsvarende spørsmål oppstår for fylkeskommunale vedtak. Disse spørsmål er drøftet av Toril Kristiansen Høyland i Lov og Rett 2001 side 195 flg., Schei i Lov og Rett 1981 side 339 flg. og av Skoghøy side 343 flg.

For de fleste offentlige organer byr det sjelden på tvil å avgjøre om de er kommunale eller statlige. Hvis det er sentrale kommunale organer som handler, er det kommunen som innestår rettslig for vedtakene. Handler klart statlige organer, er ansvaret statens. Deler av den regionale og lokale forvaltning ivaretas av organer som har tilknytning både til stat og kommune. Eksempler kan være ligningsnemnder, fylkesskattenemnder og fylkeslandbruksstyrer. For disse organer består tilknytningen til staten i at det er bestemt ved lov at de skal opprettes og hvilke oppgaver de skal ha, og at de er undergitt en viss statlig instruksjonsmyndighet. Mange slike organer treffer avgjørelser som kan påklages til statlige organer. Den kommunale tilknytning består i at det normalt er overlatt til den enkelte kommune eller fylkeskommune å utpeke nemndsmedlemmene. Det kan by på tvil om et slikt organ skal anses som statlig eller kommunalt, og hvem søksmål om nemndens handlinger eller unnlatelser skal rettes mot. For en del nemnders vedkommende er spørsmålet løst i lov, jf. f.eks. skattebetalingsloven § 48 nr. 3 som bestemmer at søksmål etter den loven skal rettes mot staten. Når spørsmålet ikke er løst ved lov, må det foretas en sammensatt vurdering, hvor det blant annet må legges vekt på om de som er ansatt til å ta seg av oppgavene, er ansatt i staten, kommunen eller fylkeskommunen, om det er staten, kommunen eller fylkeskommunen som betaler de utgifter som påløper på vedkommende område, hvor sterk kontroll som utøves av statlige myndigheter, og om vedkommende forvaltningsområde tradisjonelt har vært betraktet som et statlig, kommunalt eller fylkeskommunalt anliggende. Tvistemålsutvalget er enig i at grensdragning etter disse linjer, og som er trukket opp i rettspraksis, jf. blant annet Rt. 1970 side 95 og Rt. 1971 side 907, videreføres.

Når det gjelder de tilfeller der et vedtak av et kommunalt organ er påklaget til et statlig organ, må man etter gjeldende rett sondre mellom erstatnings- og gyldighetssøksmål. For erstatningssøksmål er hovedregelen etter gjeldende rett at krav om erstatning skal rettes mot kommunen hvis det forhold som påstås å utløse erstatningsplikt var tilstede ved førsteinstansbehandlingen, og mot sta-

ten hvis forholdet var til stede ved klagebehandlingen. Hvis feilen går igjen i begge instanser, vil man normalt kunne holde både kommune og stat ansvarlig. Tvistemålsutvalget tilføyer at for erstatningssøksmål vil det være et materielt spørsmål hvem kravet skal rettes mot. Konsekvensen av uriktig å rette kravet mot kommunen i stedet for mot staten, eller omvendt, vil dermed bli at saksøkte frifinnes og ikke at saken avvises.

I gyldighetssaker oppstår spørsmål om man kan kreve dom for ugyldighet av førsteinstansvedtaket, klageinstansvedtaket eller begge, og dernest spørsmål om hvem søksmålet må reises mot. Der klageinstansen opprettholder førsteinstansvedtaket kan man ikke gå til søksmål og kreve bare førsteinstansvedtaket kjent ugyldig. Normalt vil man heller ikke kunne kreve dom for at både førsteinstansvedtaket og klageinstansvedtaket er ugyldig. I noen tilfeller har det vært antatt at saksøkeren likevel kan ha slik særskilt interesse i å få fastslått at førsteinstansvedtaket er ugyldig at han bør kunne kreve dom for det. Det kan være aktuelt hvis klageinstansen bare har begrenset prøvelsesrett, f.eks. at klageinstansen bare kan utøve legalitetskontroll. Rt. 1999 side 496 gjaldt tvist om gyldigheten av kommunalt vedtak om skjenkebevilling. Vedtaket hadde vært klagebehandlet av fylkesmannen som bare hadde kompetanse til å utøve legalitetskontroll, jf. alkoholloven § 1-16 annet ledd. I avgjørelsen ble det lagt til grunn at søksmål måtte kunne reises om kommunens vedtak alene.

Etter Tvistemålsutvalgets mening er det ønskelig med en klar regel på dette feltet. Mye kan tale for at den generelle regelen bør være slik at søksmålet må rettes mot klageorganet. Her kan det påpekes at eventuelle saksbehandlingsfeil ved den kommunale behandlingen kunne være rettet opp ved klagebehandlingen selv om den er begrenset. Det er videre grunn til å påpeke at klageorganet ved behandling av klagen minst vil ha den samme kompetansen som domstolene har. I alle fall gjelder det for alle typer vedtak i den alminnelige norske forvaltningsretten. Utvalget har ikke foretatt noen analyse av om det kan utelukkes at avvikende regler gjelder på begrensede områder, f.eks. innenfor bestemte sakstyper i EØS.

Et ansvar for staten der hvor statlige organer har kontrollmyndighet, vil oppfordre til bruk av de kontrollmuligheter som foreligger og derved medvirke til å sikre en best mulig forvaltning på det lokale plan. Plasseringen av ansvaret hos staten vil dermed kunne ha en preventiv funksjon. Hvis man først skal ha en klar regel som går ut på at søksmålet må rettes mot staten der et statlig organ har foretatt klagebehandling, er det neppe noe behov

for å tillate at søksmål i tillegg kan anlegges om underinstansens vedtak.

En generell regel med dette innholdet kunne f.eks. utformes slik:

*«§ # Hvem søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot*

Søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans.»

Regelen ville innebære at søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak i alle tilfeller måtte rettes mot klageorganet. Oftest vil det være statlig. Staten ville da ikke kunne begjære avvisning fordi den mente søksmålet heller skulle vært rettet mot kommunen, som hadde truffet første instansvedtaket. Motsatt ville regelen innebære at søksmål mot kommunen måtte avvises.

Der det statlige klageorganet kun har kompetanse til å utøve legalitetskontroll er det imidlertid enkelte hensyn som tilsier at søksmålet mer naturlig rettes mot kommunen. Dette hensynet er fremtredende i saker om skjenkebevilling, som langt på vei er rent lokalpolitiske spørsmål. Et annet eksempel der det kan være nærliggende å mene at et søksmål om gyldigheten av et kommunalt vedtak bør rettes mot kommunen, kan være et vedtak som har vært undergitt ex officio-kontroll av fylkesmannen etter kommuneloven § 59 nr. 5 uten at vedtaket har blitt opphevet. Også i disse tilfellene vil saksøkeren kunne vinne frem ved at klageinstansens vedtak oppheves, og at det deretter foretas en ny vurdering av saken i underinstansen. At søksmålet rettes mot klageinstansen, vil ikke innebære at saksøkeren avskjæres fra relevante ugyldighetsgrunner i søksmålet når klageinstansen minst har samme kompetanse til å prøve underinstansens vedtak som det domstolen har. På den annen side vil det nok være mer nærliggende at det er kommunen som saksøkes og svarer for denne typen vedtak av utpreget lokalpolitisk/lokaldemokratisk karakter.

Etter Tvistemålsutvalgets syn er det naturlig at man forsøker å kanalisere denne typen søksmål mot kommunen eller fylkeskommunen, og ikke mot staten.

Hvis man skal ha en regel om at søksmål i disse situasjoner må rettes mot kommunen, blir det nødvendig å avgjøre om kontrollen fra det statlige organ er en legalitetskontroll eller om kontrollorganet har full kompetanse. Det er i enkelte tilfeller enkelt å avgjøre dette. Et eksempel er kommuneloven § 59 nr. 4 som definerer hva lovlighetskontroll etter bestemmelsen innebærer. I andre tilfeller kan dette være vanskeligere. Det er også grunn til å

påpeke at det kan være uklart hvilken kompetanse klageorganet har. Ved at den generelle regelen er at søksmålet alltid skal rettes mot klageorganets vedtak, avskjærer man tvil om hvem søksmålet skal rettes mot i disse tilfellene.

En generell regel om at søksmål alltid rettes mot klageinstansen, er imidlertid ikke til hinder for at annet kan fastsettes i særlovgivningen. Det ville være nærliggende å gi avvikende bestemmelser når det gjelder fylkesmannens legalitetskontroll etter kommuneloven og fylkesmannens klagebehandling av skjenkebevillingssaker etter alkoholloven. Tvistemålsutvalget er kjent med at det i et høringsbrev høsten 1999 fra Sosial- og helsedepartementet om endringer i alkoholloven er foreslått en særlig lovregel om at søksmål om gyldigheten av avslag på skjenkebevillinger skal rettes mot kommunen selv om vedtaket har vært innklaget for fylkesmannen. Kristiansen opplyser i Lov og Rett 2001 side 198, at departementet har lagt forslaget på is for å se spørsmålet i sammenheng med tilsvarende spørsmål for andre typer kommunale vedtak som klagebehandles i staten, og at temaet derfor hører naturlig inn under det pågående arbeidet med revisjon av tvistemålsloven. Tvistemålsutvalget antar slik særregulering kan være aktuell også for andre typer kommunale vedtak der man mener søksmålet bør rettes mot kommunen enn de som her er nevnt, men har ikke foretatt noen analyse av hvilke andre saksfelt dette kan være aktuelt for.

Alternativet til slik regulering som foreslått ovenfor, vil være at man i bestemmelsen – gjennom en generell beskrivelse – skiller ut de sakstyper man mener søksmålet bør rettes mot underinstansen. En bestemmelse som dekker dette kan f.eks. utformes slik:

*«§ # Hvem søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot*

Søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans. Gjelder saken vedtak av kommunen eller fylkeskommunen, kan den reises mot kommunen selv om vedtakets lovlighet etter særlig lovbestemmelse har vært overprøvd av statlig organ.»

Fordelen med å utforme bestemmelsen slik er at man ikke trenger å foreta noen gjennomgåelse av den forvaltningsmessige særlovgivningen. De eksemplene som er brukt ovenfor om fylkesmannens legalitetskontroll etter kommuneloven og etter alkoholloven, vil etter dette forslaget måtte rettes mot kommunen, med mindre ugyldighetskravet er begrunnet med forhold ved fylkesmannens behandling. Ulempen med denne utformin-

gen av bestemmelsen er først og fremst at den gir noe mindre veiledning til brukerne. Den kan også etterlate tvil om hvem som er rett saksøkt i enkelte tilfeller. Rettstekniske hensyn taler derfor i en viss utstrekning mot å utforme bestemmelsen slik.

Utvalget har vært i sterk tvil om hvilken regelutforming som bør velges her. Det understrekes at dette først og fremst er et valg mellom hvilken lovgivningsteknikk som skal brukes for å komme frem til en hensiktsmessig kanalisering av søksmål.

Utvalget har blitt stående ved at man bør velge den første modellen. Det er da lagt avgjørende vekt på brukerhensyn. Innføringen av en slik regel må kombineres med at man gjør de nødvendige endringer blant annet i alkoholloven og kommuneloven, slik at kommunen kan og skal saksøkes i de nevnte sakstypene. Ellers vil den foreslåtte regelen føre for langt og kunne gi uheldige utslag. Ved å gi en regel med dette innholdet vil statsforvaltningen tvinges til å gå gjennomgå eksisterende regler for forvaltningsklage, for å unngå at søksmål som mer naturlig rettes mot kommune og fylkeskommune rettes mot staten. Man vil neppe fremtvinge noen tilsvarende klargjøring fra lovgivers side om man gir en annen generell regel.

Dersom klageinstansens underkjenner førsteinstansvedtaket, må det klare utgangspunktet være at underinstansvedtaket ikke kan prøves, verken alene eller sammen med klageinstansvedtaket. Om søksmålet skal rettes mot stat, kommune eller begge må etter Tvistemålsutvalgets syn avhenge fullt ut av hvilket organs vedtak som er gjort til tvistegenstand.

Tvistemålsutvalget understreker at drøftelsen her gjelder gyldighets søksmål, og ikke gjelder erstatningssøksmål. Som påpekt ovenfor må søksmål om erstatning rettes mot den som påstås erstatningsansvarlig.

#### 5.4.5.4 Regler om tvungent prosessfellesskap

Når offentlige myndigheter treffer vedtak, kan det oppstå faktiske og rettslige virkninger i forhold til den part som direkte begunstiges ved vedtaket og i forhold til andre personer, selskaper osv. som berøres. Enten kan det skyldes at vedtaket dreier seg om fordeling av knapphetsgoder, f.eks. spørsmål om et jordstykke skal tildeles person A eller B som tilleggsjord. Eller det kan skyldes at vedtak som begunstiger én, rent faktisk er til en annens ugunst. Et eksempel på det er at et selskap får oppføre en fabrikk på sin tomt, med de ulemper det kan ha for naboene. En særlig form for vedtak som begunstiger en person på bekostning av en annen, har man i tilsettingssaker, der tilsetting av A sam-

tidig innebærer at B ikke får stillingen. Tilsettingsaker reiser særlige spørsmål, og utvalget vil derfor drøfte dem særskilt til slutt i dette avsnittet.

Både når det gjelder fordeling av knapphetsgoder og for vedtak der andre personer faktisk berøres, kan det oppstå et offentligrettslig trepartsforhold der partene er den begunstigete part, det offentlige, og den eller de parter som ikke ble begunstiget ved vedtaket. Dersom den part som ikke er tilgodesett ønsker å anefekte forvaltningsvedtaket med domskrav på ugyldighet, oppstår det spørsmål om søksmålet kan reises alene mot det offentlige, mot den begunstigete part eller om det må eller kan reises både mot det offentlige og den begunstigete part.

Det vil avhenge av det krav saksøkeren fremmer, og om en gjennomføring av det vil være til hinder for den rett tredjemann er gitt ved vedtaket. Et eksempel for å illustrere dette er at A har fått en byggetillatelse, som naboen, B, mener det ikke er grunnlag for å gi. Hvis saksøkeren, B, vil kreve erstatning av det offentlige fordi det er begått feil da vedtaket ble truffet, griper det ikke inn i As rett til å utnytte byggetillatelsen. Det blir da ikke tale om noe trepartsforhold, og det er ikke grunn til å tvinge A til å delta i en prosess mellom B og det offentlige. Går derimot Bs krav ut på at byggetillatelsen er ugyldig – og det B ønsker å oppnå med sitt krav er å hindre at A får bebygge tomten – er det mye som taler for at A bør trekkes inn i prosessen. Man står her overfor et såkalt offentligrettslig trepartsforhold. B kan ikke oppnå det han ønsker med søksmålet uten at det nødvendigvis vil gå ut over A.

Om søksmål i offentligrettslige trepartsforhold kan anlegges alene mot det offentlige eller om den begunstigede tredjeperson også må trekkes inn i søksmålet, er utførlig drøftet av Falch i Lov og Rett 1999 side 359 flg. Etter avgjørelsen i Rt. 1998 side 623 må det legges til grunn som gjeldende rett at søksmål kan anlegges alene mot det offentlige uten at den begunstigete person også gjøres til saksøkt.

Etter Tvistemålsutvalgets syn er det grunn til å stille spørsmålet om det bør innføres regler om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold. Det kan hevdes at den rettsstilstand som er etablert ved Rt. 1998 side 623 reelt sett bidrar til uheldige løsninger. På et vis kan man medvirke til å gi saksøkeren uriktige forhåpninger om hva han kan oppnå når man tillater at søksmålet kan fremmes kun mot det offentlige. En ugyldighetsdom mot det offentlige vil ikke ha rettskraftvirkning overfor den begunstigete part. Selv om saksøkeren får medhold fullt ut, vil det ikke innebære noe mer enn at det offentlige får plikt til

å vurdere omgjøring. I denne vurderingen vil det være et meget tungtveiende argument om det foreligger en begunstiget part som har innrettet seg etter vedtaket. Det samme gjelder langt på vei selv om domstolen skulle komme til at vedtaket lider av så grove kompetansemangler at det må betraktes som en nullitet. Heller ikke en slik dom vil ha rettskraftvirkning i forhold til den begunstigete part. På mange måter vil derfor den frihet saksøkeren er gitt til å velge om han vil saksøke bare det offentlige eller også den begunstigete part lede til at det er stor usikkerhet om dommens virkninger. Man kan si det slik at forvaltningen – dersom vedtaket kjennes ugyldig – sitter igjen med betydelig grad av frihet til å avgjøre hva som blir det endelige utfall av saken.

I hvilken grad det vil innebære noen merbelastning for saksøkeren om han også må trekke inn den begunstigete part som saksøkt ved siden av det offentlige, kan variere. For domstolen vil det bidra til å bedre sakens opplysning at også den begunstigete gjøres til part i saken. De fleste begunstigete parter vil nok anse det som en merbelastning å bli trukket inn i saken. På den annen side oppnår han at han får komme til orde i saken og avklaring av sin rettslige posisjon. For det offentlige vil det normalt være en klar fordel at den begunstigete part blir trukket inn i saken. Utvalget antar at en regel om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold vil ha den fordel at den på et tidlig tidspunkt tvinger saksøkeren til å tenke gjennom og presisere hva han egentlig ønsker å oppnå med søksmålet. Dette kan tale for at det bør innføres en slik regel.

Et alternativ kan være en regel om at tredjemand skal prosessvarsles, og en rett for saksøkte til å trekke tredjemand inn som part i saken. I alle fall når søksmålet er rettet mot det offentlige, kan det være rimelig at det offentlige tar den merbelastningen det innebærer å trekke ytterligere en part inn i søksmålet. Videre vil det offentlige, som profesjonell part, ha forutsetninger for å vurdere behovet for å trekke inn en tredje part. Man oppnår dermed de fleste fordeler som er fremholdt for en regel om tvungent prosessfellesskap ovenfor, samtidig som noe av ulempene unngås. Ulempen vil først og fremst være at stillingen til den begunstigete tredjemand likevel er utsatt. Dersom den offentlige motparten ikke trekker vedkommende inn i saken, og han heller ikke på annen måte blir gjort oppmerksom på saken, er det en reell mulighet for at hans interesser ikke blir tilstrekkelig ivaretatt ved behandlingen av søksmålet.

Det sentrale poenget, dersom man ikke vil tvinge saksøkeren til å trekke inn den begunsti-

gete tredjemand, blir dermed at vedkommende blir gjort kjent med søksmålet og får anledning til å ivareta sine interesser. Tredjemand vil ha rett til å tre inn i en sak mellom en privat part og det offentlige hvis saksøkerens påstand nødvendiggjør inngrep i denne tredjemanns rettsstilling. Dette følger av de regler som foreslås om subjektiv kumulasjon i lovutkastet kapittel 15. Et tredje alternativ kan derfor være at man pålegger domstolen en plikt til å varsle tredjemand, som da eventuelt får velge om han vil tre inn i saken eller overlate fullt ut til det offentlige å ivareta sine interesser i saken. Som et motstykke til at tredjemand får krav på varsel om saken, kan man tenke seg at dommen får rettskraftvirkning overfor ham enten han velger å tre inn som part i saken eller ikke. Dette tredje alternativet kan godt kombineres med det andre alternativet, slik at det offentlige også gis adgang til å trekke tredjemand inn i saken.

En regel om dette kunne utformes slik:

#### *§ # Prosessfellesskap i trepartsforhold*

Dersom saksøkeren bestrider gyldigheten av et forvaltningsvedtak som innebærer rettigheter for tredjemand, og saksøkeren vil kreve at tredjemand ikke kan utøve rettigheten, skal domstolen varsle vedkommende tredjemand om saken og adgangen til å tre inn i søksmålet etter § 15-3. Når slikt varsel er gitt, blir dommen også bindende for vedkommende tredjemand etter § 21-13. Hvis vedkommende ikke trer inn i søksmålet, kan saksøkte trekke vedkommende tredjemand inn.»

Langt på vei vil de hensyn regler om tvungent prosessfellesskap skal ivareta, være tilstrekkelig dekket ved at domstolen skal varsle tredjepersonen om søksmålet, og den rett vedkommende har til å tre inn i søksmålet etter § 15-3. Problemet som oppstår med den begrensede rettskraftvirkningen kan løses ved at tredjepersonen, der det er gitt varsel om søksmålet, også blir bundet av dommen.

Alternativer til en regel om tvungent prosessfellesskap kan være at man ikke særregulerer spørsmålet, men også for fremtiden utelukkende skal avgjøre spørsmålet utfra om saksøkeren har rettslig interesse i å få fremmet kravet. Det oppstår også med dette alternativ spørsmål om rettstilstanden fra Rt. 1998 side 623 bør videreføres. Tvistemålsutvalget mener imidlertid at det bør skje en lovregulering, nettopp med sikte på å avklare gjeldende rett og gi brukerne veiledning i dette vanskelige spørsmålet.

Tvistemålsutvalget er blitt stående ved at den ryddigste og beste løsningen er at det bør gis en regel som går ut på at dersom saksøkerens doms-

krav, dvs. påstanden, går ut på at tredjepersonen ikke skal kunne utøve den rett som er tilstått ved vedtaket, må saksøkeren også trekke tredjepersonen inn i saken.

Når det gjelder vedtak i tilsettingssaker, kan det være uklart om det foreligger noe egentlig trepartsforhold. Dersom A og B søker samme stilling, og A får stillingen, kan B gå til søksmål mot tilsettingsorganet. Hvis B bare krever erstatning, er det klart at det ikke oppstår noe trepartsforhold. At B tilkjennes erstatning, innebærer ikke noe nødvendig inngrep i at A får beholde stillingen. Men selv om B krever tilsetting i slik stilling som han søkte, kan det være tvil om det oppstår noe trepartsforhold. Det kan jo tenkes at arbeidsgiveren etter arbeidsrettslige regler vil ha plikt til å tilsette B uten hensyn til om A fortsetter i stillingen eller ikke. I et slikt tilfelle kan det synes lite rimelig at B må ta belastningen med å trekke inn A i søksmålet all den tid det er uklart om søksmålet fra B vil få noen betydning for As rettsstilling. Arbeidsgiveren vil i dette tilfellet være nærmere til å vurdere om det etter arbeidsrettslige regler er slik at han må tilsette B ved siden av A. Her kan det tilføyes at saksøkeren, B, ofte i utgangspunktet vil ha en underlegen stilling i søksmåls situasjonen, og at man ikke bør gjøre søksmålsbyrden for ham tyngre enn nødvendig. Det er for enkelte offentlige stillinger klart at man ikke kan ha både A og B ansatt i tilsvarende stilling. Det gjelder f.eks. stillingen som administrasjonssjef i kommunene der man ikke kan ha mer enn én, jf. kommuneloven § 22 nr. 1. Hvis B krever tilsetting i en slik stilling, som A har fått, er det klart at det foreligger et offentlig rettslig trepartsforhold. Etter Tvistemålsutvalgets syn bør en generell regel om at kommunen får anledning til å trekke A inn som part i søksmålet også være anvendelig her. Det kan imidlertid reises tvil om hva rettsvirkningen av en ugyldighetsdom vil være overfor den begunstigete som kan ha arbeidet hos saksøkte i et lengre tidsrom, f.eks. i forhold til regler om oppsigelse mv. Denne siden av spørsmålet egner seg best til å løses i særlov-givningen. Tvistemålsutvalget går for sin del ikke nærmere inn på dette.

Tilsvarende problemstillinger som er drøftet ovenfor kan også oppstå i privatrettslige forhold. Virkningen av en regel om tvungent prosessfelleskap for privatrettslige forhold er vanskeligere å overskue. Utvalget vil derfor ikke foreslå at det innføres en tvingende regel om prosessfelleskap på det området. Spørsmålet om søksmålet skal fremmes må da i stedet avgjøres etter mer alminnelige betraktninger etter lovutkastet § 1-3 om søksmålsadgang.

Noen uttømmende regulering av når det ellers er nødvendig å etablere tvungent prosessfelleskap tar Tvistemålsutvalget ikke sikte på å gi. Hvor grensene ellers skal trekkes for nødvendig prosessfelleskap må etter gjeldende rett avgjøres ut fra betraktninger om søksmålsadgang, jf. lovutkastet § 1-3. Etter Tvistemålsutvalgets syn er det en tilfredsstillende løsning også i fremtiden.

#### **5.4.6 Bør det innføres særlige regler om saker som gjelder krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK og lignende?**

Høyesterett la i Rt. 1994 side 1244 under dissens 3-2 til grunn at det i den foreliggende saken ikke var adgang til å kreve fastsettelsesdom for at det hadde funnet sted krenkelse av EMK. Flertallets begrunnelse synes for det vesentligste å være at man tradisjonelt i Norge ikke har kunnet få dom for at noe er rettsstridig, men bare for virkningene av at rettsstrid foreligger, jf. kravet om rettslig interesse. En fastsettelsesdom som går ut på at EMK har vært krenket, vil ikke i seg selv gi anvisning på konkrete rettsvirkninger. Flertallet synes også ha lagt betydelig vekt på at det var andre adekvate måter å få prøvd spørsmålet om konvensjonsbrudd på. I den konkrete saken hadde saksøkeren også krevd erstatning, og konvensjonsbruddspørsmålet måtte i den sammenheng avgjøres prejudisielt. Flertallet antok at det tilfredsstilte kravet i EMK artikkel 13.

Spørsmålet om det etter norsk rett er eller bør være adgang til å kreve dom for konvensjonsstrid, er drøftet av Jørgen Aall i TfR 1998 side 4 på side 43 – 55. Han påpeker blant annet at det i forhold til konvensjonsorganenes vurderingsmåter er lite naturlig å se spørsmålet om menneskerettighetskrenkelse som et underordnet spørsmål for andre rettsfølger. Videre påpeker han at spørsmålet om konvensjonsbrudd ofte vil være velegnet for selvstendig løsning ved domstolene.

Tvistemålsutvalget har ovenfor i kapittel II.4.3.4 lagt til grunn at EMK artikkel 13 og SP artikkel 2(3) er tilfredsstillt dersom retten tar stilling til spørsmålet om konvensjonskrenkelse i forbindelse med et ugyldighets- eller erstatningssøksmål. Dette gjelder selv om domsslutningen er begrenset til å avgjøre ugyldighets- eller erstatningskravet, så fremt retten har tatt stilling til spørsmålet om krenkelse i domsgrunnene. Hvor saksforholdet er slik at ugyldighets- eller erstatningssøksmål er uegnet, må det derimot som et utgangspunkt være adgang til å få fastsettelsesdom for at krenkelse har funnet sted. Gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 gjelder dette direkte som norsk rett, selv om noe annet skulle følge av tvistemålslovens regler,



jf. Ot.prp. nr 3 (1998-99) hvor departementet fremholdt at «[s]kulle det *etter inkorporasjonen* oppstå en situasjon hvor ... artikkel 13 ... krever rett til domstolsprøving uten at tvistemålsloven § 54 gir en tilsvarende rett, må domstolsprøving tillates.» (uthevet her).

Slik Tvistemålsutvalget ser det, er det imidlertid ikke hensiktsmessig å bygge på en minimumsoppgjørelse av konvensjonene i forbindelse med ugyldighets- eller erstatningssøksmålene. Tillater man først at det avsies fastsettelsesdom for krenkelse i situasjoner der ugyldighets- eller erstatningssøksmål er uegnet, fremstår det som lite konsekvent, og unødig formelt, å stenge for at spørsmålet om krenkelse også avgjøres i domsslutningen der det i tillegg er krevd dom for ugyldighet eller er krevd erstatning. Ved å tillate at det også i slike tilfeller kan kreves fastsettelsesdom for krenkelse, sikrer man dessuten at spørsmålet blir vurdert av retten, selv om søksmålet for øvrig ikke kan føre frem (f.eks. fordi et erstatningskrav er foreldet, eller økonomisk tap ikke er påvist). Det har også en selvstendig og ikke helt uvesentlig symbolsk verdi at konstateringen av krenkelse uansett kommer til uttrykk i domsslutningen. Man vil også mer direkte kunne ta hensyn til utfallet mht. spørsmålet om krenkelse i forbindelse med saksomkostningsavgjørelsen, sml. Høyesteretts avgjørelse av 23. mars 2001 i sak 2000/793 hvor det ble lagt til grunn at EMK artikkel 13 forutsetter at det kan tilkjennes saksomkostninger for den delen av et søksmål som knytter seg til en konstatert konvensjonskrenkelse, selv om et erstatningskrav bygget på krenkelsen ikke fører frem.

Bestemmelsen i utvalgets utkast § 1-3 fastslår at det kan anlegges søksmål om «rettskrav» når saksøkeren har påvist «reelt behov» for å få kravet pådømt i forhold til saksøkte. Spørsmålet om konvensjonen er krenket vil etter utvalgets mening kunne utgjøre et rettskrav. Ved avgjørelsen av om søksmålet skal fremmes, blir det da avgjørende om det er tilstrekkelig behov for at saksøkeren skal kunne få dom for nettopp dette. Utvalget kommer noe tilbake til hva som ligger i dette nedenfor. Det som her er poenget er at den generelle bestemmelsen om søksmålsbetingelsene i utkastet § 1-3 ikke stenger for fastsettelsessøksmål om brudd på EMK. Utvalget anser det derfor unødvendig med en særhjemmel for å tillate slike søksmål.

En vid søksmålsadgang åpner for at åpenbart ugrunnede søksmål vil bli anlagt. Ved klage til den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD) er ordningen slik at det foretas en avsilning av klagegene. Klager som er åpenbart ugrunnede kan avvises fra videre behandling ved domstolen, jf. artik-

kel 35(3). Når det legges til grunn at det kan kreves fastsettelsesdom for brudd på EMK, oppstår spørsmålet om det i norsk rett bør innføres en tilsvarende silingsordning. Høyesteretts mindretall i Rt. 1994 side 1244 var tilbøyelige til å innføre en slik ordning på ulovfestet grunnlag.

Etter Tvistemålsutvalgets syn kan det ikke være grunn til å innføre en slik særregel for søksmål om brudd på EMK eller SP. Generelt kan det sies at denne typen søksmål ofte vil kunne ha vesentlig betydning for saksøkeren, og at det dermed er mindre grunn til å ha særlig regler om «avsiling» av denne typen søksmål enn andre typer søksmål. Når man skal vurdere om det for saker om EMK bør gjelde særlige regler, er det hertil et moment av betydelig vekt at de fleste søksmål vil rette seg mot staten som den forpliktete part etter konvensjonene. Staten bør tåle løst begrunnede søksmål i samme utstrekning som private parter. Tvistemålsutvalget vil her tilføye at denne typen søksmål allerede i lengre tid har kunnet bli reist som erstatningssøksmål for angivelig brudd på EMK uten at det synes å ha medført noen særskilt stor belastning for staten. Utidige søksmål vil forekomme med krav om fastsettelsesdom for brudd på EMK på samme måte som for mange andre typer krav. Søksmål som klart ikke vil føre frem, vil for øvrig kunne avgjøres ved forenklet domsbehandling, jf. § 9-8.

EMK artikkel 35(1) krever – for at EMD skal kunne ta en sak under behandling – at alle nasjonale rettsmidler er uttømt, og at klage fremsettes innen et tidsrom på seks måneder etter at siste avgjørelse ble tatt. Det er et spørsmål om det bør gjelde en tilsvarende frist for fastsettelsessøksmål om konvensjonskrenkelse for norske domstoler, sml. igjen mindretallet i Rt. 1994 side 1244. Slik Tvistemålsutvalget ser det, har regelen liten overføringsverdi, blant annet fordi utgangspunktet for fristens løp under konvensjonen er den endelige nasjonale (retts)avgjørelse. Transformert til en nasjonal søksmålsfrist, måtte friststart knyttes til andre forhold, f.eks. til når den påståtte krenkelsen fant sted, eller til siste administrative avgjørelse relatert til den påståtte krenkelse. Man ville meget lett få et sett av kompliserte og tvisteskapende prinsipper for fristberegning, nokså løsrevet fra de underliggende realiteter.

Etter Tvistemålsutvalgets opplegg vil det derimot gjelde et krav om aktuell søksmålsinteresse også der det kreves fastsettelsesdom for krenkelse av f.eks. EMK. Hvis den angivelige krenkelsen ligger langt tilbake i tid, kan det tilsi at behovet for rettslig avklaring er lite, hvilket – isolert sett – kan tale for avvising. Men saker er forskjellige, og en

alminnelig regel om at søksmålet i et slikt tilfelle ikke skal kunne fremmes, vil etter utvalgets syn være å gå for langt. Det kan f.eks. forekomme at vesentlige omstendigheter omkring den påståtte krenkelsen, ansvarforhold osv. først nylig er avdekket. At det eventuelt avsies dom for konvensjonskrenkelse, har dessuten en oppreisnings- og kontrollfunksjon som ikke nødvendigvis svekkes etter som tiden går.

#### **5.4.7 Skal tvisteloven ha forskjellige regler for fullbyrdeles- og fastsettelsessøksmål?**

##### *5.4.7.1 Innledning. Presisering av problemstillingen*

For å anlegge søksmål, er det et krav at søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 53 eller § 54 foreligger. § 53 gjelder fullbyrdelsessøksmål mens § 54 gjelder fastsettelsessøksmål. § 54 oppstiller to hovedvilkår for at sak kan anlegges, nemlig at tvistegjenstanden må være et «rettsforhold eller rettighet», og at saksøkeren må ha «rettslig interesse» i saken, som er et krav til søksmålssituasjonen. Disse søksmålsvilkårene gjelder også for fullbyrdelsessøksmål selv om det ikke fremgår direkte av § 53.

Det er på det rene at det fortsatt vil være et skille mellom dommer som bare fastsetter hva som er rettsstillingen mellom partene i saken – fastsettelsesdommer – og dommer som skal kunne tvangsfullbyrdes – fullbyrdelsesdommer. Spørsmålet som behandles her er utelukkende om det trengs noen særlig regulering av dette i tvistelovens regler om adgangen til å reise søksmål, og eventuelt i reglene om rettslige avgjørelser.

I forhold til reglene om tvangsfullbyrdelse er det lettvis at noen søksmål og dommer kan omtales som fullbyrdelsessøksmål eller -dommer, og andre søksmål og dommer omtales som fastsettelsessøksmål eller -dommer. I forhold til reglene om tvangsgrunnlag i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 andre ledd, både slik de nå lyder og med den endringen som er foreslått i dem i utvalgets utkast, er det imidlertid ikke nødvendig at tvisteloven må ha et formelt skille mellom fastsettelses- og fullbyrdelsessøksmål eller -dommer. Tvangsfullbyrdelsesloven knytter reglene om alminnelig tvangsgrunnlag til at det foreligger en dom fra en norsk domstol, uten at det i lovteksten oppstilles bestemte vilkår om hva slags dom dette skal være.

Avgjørende for om en dom eller annen rettslig avgjørelse kan tvangsfullbyrdes, er avgjørelsens innhold, eller mer presist om dommens slut-

ning bestemmer at noe skal kunne tvangsfullbyrdes. Domsslutningen må gi anvisning på et pålegg om å betale et pengebeløp, levere en annen ytelse eller foreta, unnlåte eller tåle en eller flere handlinger, jf. Falkanger mfl. side 144. Hvis domsslutningen ikke gir noe slikt pålegg, men bare fastslår et rettighetsforhold, f.eks. at A og ikke B er eier av en eiendom eller gjenstand, vil dommen ikke kunne tvangsfullbyrdes. Regelmessig vil imidlertid domsslutningen også i fastsettelsesdommer ha et element av fullbyrdelsesdom ved at en av partene pålegges å betale saksomkostninger til motparten.

Det er altså utforming av domsslutningen som avgjør om en dom kan tvangsfullbyrdes. Dommen må dessuten være tvangskraftig. Når en dom er tvangskraftig fremgår av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12. Dommen må normalt være rettskraftig, og den oppfyllelsesfristen som er fastsatt i dommen må være oversittet. Reglene om fastsettelse av oppfyllelsesfrist finnes nå i tvistemålsloven §§ 146 flg. I utkastet til ny lov er dette regulert i § 21-7. Heller ikke i forhold til disse reglene er det nødvendig å opprettholde et terminologisk skille i selve loven mellom fastsettelsessøksmål og -dommer og fullbyrdelsessøksmål og -dommer.

Tvistemålsloven § 53 regulerer når fullbyrdelsessøksmål kan reises. Hovedregelen er at kravet må være forfalt, med de unntak som fremgår av § 53 nr.1 til 4. Bestemmelsen stiller ikke opp andre vilkår om rettslig interesse for å reise søksmål, men den gir på dette punkt ingen uttømmende regulering av søksmålssituasjonen og må som nevnt suppleres av tvistemålsloven § 54.

Spørsmålet som gjenstår blir da om det trengs noen særlig lovregulering for å videreføre den adgangen tvistemålsloven § 53 nr. 1 – 4 i dag gir til å anlegge fullbyrdelsessøksmål før et krav er forfalt.

##### *5.4.7.2 Kort oversikt over ordningen i Danmark og Sverige*

Det er redegjort noe for dette i II.5.3 ovenfor. I Danmark har man ingen særskilt lovregulering av søksmålsbetingelsene slik vi har i tvistemålsloven § 54 og § 53, men i rettspraksis og juridisk teori har det likevel blitt utviklet krav til søksmålsbetingelser som likner adskillig på våre. Også i dansk rett operer man med et skille mellom fullbyrdelses- og fastsettelsessøksmål («anerkendelsesdom»).

Svensk rett bygger på en tilsvarende sontring mellom fullbyrdelses- og fastsettelsessøksmål som man har i Norge og Danmark. Vilkårene for fullbyrdelsessøksmål fremgår av RB 13:1, mens fastsettelsessøksmål er regulert i RB 13:2. Et grunnvilkår for å anlegge søksmål av begge typer er

at tvisten gjelder rettsforhold – «rättsförhållande». Videre kreves at saksøkeren har en reell uvisshet om rettsforholdet som leder til förfång. Kriteriet synes å likne mye på kravet til rettslig interesse.

#### 5.4.7.3 *Nærmere vurdering av behovet for videreføring av tvistemålsloven § 53*

Forfalte krav:

At det kan anlegges fullbyrdelsessøksmål om forfalte krav, fremgår bare indirekte av tvistemålsloven § 53 første ledd. Om fullbyrdelsessøksmål ved forfalte krav, vises til Schei side 256 – 257. Det er på det rene at det ikke trengs noen eksplisitt bestemmelse om dette ved siden av den bestemmelsen som allerede er i utkastet § 1-3 om søksmålgjenstand og søksmålsituasjon. Er kravet forfalt og saksøkeren nedlegger påstand om at kravet blir gjort opp, typisk at et pengebeløp blir betalt, vil retten måtte ta påstanden til følge og gi en dom som kan tvangsfullbyrdes.

Uforfalte krav:

Etter unntakene som er oppregnet i tvistemålsloven § 53 nr. 1 til 4, kan fullbyrdelsessøksmål også reises om enkelte krav som ennå ikke er forfalt. Det er mulig å se unntakene som er oppregnet i nr.1 – 4, som en hjemmel for å anlegge søksmål om uforfalte krav, men oppregningen kan også – antitetisk – ses som en begrensning av adgangen til å anlegge fullbyrdelsessøksmål om uforfalte krav. Ordlyden i § 53 første ledd gir assosiasjoner i retning av det siste synspunktet. Slik § 53 nå er utformet har det ingen praktisk betydning å ta stilling til om § 53 nr. 1 til 4 skal ses som en hjemmel, en begrensning eller begge deler.

Nr. 1 gjelder når det er særlig grunn til å frykte at saksøkte vil unndra seg oppfyllelse. Vilkkåret gjelder saksøktes vilje, ikke evne, til senere å gjøre opp kravet.

Nr. 2 gjelder tilleggskrav til en forfalt hovedfordring. Det kan være renter, konvensjonalbot etc. hvor hovedfordringen er misligholdt, og det kan være tilleggskrav etter tvistemålsloven § 7. Alternativet om erstatning som utspringer av det omtvistede rettsforholdet er lite praktisk, i det erstatningskravet som regel vil være forfalt.

Nr. 3 gjelder periodiske ytelser. Minst én termin må være forfalt. Fullbyrdelsesdom kan da også kreves for uforfalte terminer.

Nr. 4 gjelder subsidiære krav. Bestemmelsen har trolig størst praktisk betydning i kausjonsforhold. Bestemmelsen får også anvendelse når saksøkte trekker inn en regresspliktig etter regelen i tvistemålsloven § 69.

Om hva som nærmere ligger i de enkelte unntakene, vises til redegjørelsen hos Hov III side 116 – 118 og Schei side 257 – 258. Når det gis fullbyrdelsesdom for slike uforfalte krav, skal det i domsslutningen angis hvilken betingelse som må inntre eller tid som må gå før dommen kan tvangsfullbyrdes, jf. § 53 andre ledd.

Det som er felles for de situasjonene som er oppregnet i § 53 nr. 1 til 4, er at det foreligger et særlig behov for å få fastslått saksøktes plikt til å yte eller tåle noe selv om plikten ennå ikke er forfalt. I den grad unntakene er praktiske er det først og fremst for betalingsforpliktelser. Motsetningsvis har hovedbegrunnelsen for at saksøker i andre tilfeller ikke kan kreve fullbyrdelsesdom før kravet er forfalt, vært at saksøkeren ikke har behov for dom på fullbyrdelse før det viser seg om kravet vil bli misligholdt, jf. Hov III side 113 – 114.

Som fremholdt av Hov III side 114, kan det stilles spørsmål ved om denne begrunnelsen er tilstrekkelig. Det er adgang til å gå til fastsettelsessøksmål om uforfalte krav hvis man har rettslig interesse i det. Når en først tillater fastsettelsessøksmål, vil det jevnt over ikke bli noen merbelastning av betydning, verken for domstolen eller saksøkte, om man tillater fullbyrdelsessøksmål.

Saksøkerens behov for å få pådømt saken er et helt sentralt vilkår i den alminnelige bestemmelsen om søksmålsituasjonen i utkastet § 1-3. Den vurderingen som lovgiver har foretatt i tvistemålsloven § 53 nr. 1 til 4 om når det normalt foreligger søksmålsbehov, vil retten i hver enkelt sak kunne foreta innenfor rammen av utkastet § 1-3. § 1-3 vil dermed gi en hjemmel for å anlegge fullbyrdelsessøksmål om uforfalte krav dersom det foreligger tilstrekkelig behov for rettslig avklaring. Den foreslåtte bestemmelsen i § 1-3 vil ikke gi en like klar begrensning som tvistemålsloven § 53 nr. 1 til 4 av når det ikke kan anlegges fullbyrdelsessøksmål om uforfalte krav. Om vilkårene for fullbyrdelsessøksmål foreligger vil dermed kunne bli noe mer uklart enn etter dagens regler. Dette er neppe noe stort praktisk problem. Også etter tvistemålsloven § 53 vil søksmål om uforfalte krav måtte avvises dersom de gjelder det som kan kalles et hypotetisk rettsforhold. Grunnvilkåret om behovet for rettslig avklaring i tvistemålsloven § 54 vil derfor avskjære slike søksmål.

Selv om det ikke videreføres en bestemmelse som tvistemålsloven § 53, innebærer det altså ingen fri adgang til å anlegge fullbyrdelsessøksmål om krav som ikke er forfalt. Som i dag må det vurderes om det er behov for rettslig avklaring. Er det ikke noe slikt behov, f.eks. fordi kravet fremstår som hypotetisk, vil det heller ikke etter § 1-3 kunne reises fullbyrdelsessøksmål.

Selv om det ikke videreføres en bestemmelse som tvistemålsloven § 53, innebærer det altså ingen fri adgang til å anlegge fullbyrdelsessøksmål om krav som ikke er forfalt. Som i dag må det vurderes om det er behov for rettslig avklaring. Er det ikke noe slikt behov, f.eks. fordi kravet fremstår som hypotetisk, vil det heller ikke etter § 1-3 kunne reises fullbyrdelsessøksmål.

Ved praktisering av søksmålsvilkårene i § 1-3 for fullbyrdelsessøksmål om uforfalte krav, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i de unntakene som i dag er oppregnet i tvistemålsloven § 53 nr. 1 til 4, men retten vil kunne foreta en noe mer åpen vurdering som dels vil kunne lede til at fullbyrdelsessøksmål fremmes i noe større utstrekning enn det nå følger av § 53.

Fullbyrdelsesdom for annet enn pengekrav, dvs. med påstand om at noen skal tåle eller unnlate noe, er lite praktisk slik tvistemålslovens nåværende regler er sammenholdt med reglene om tvangsfullbyrdelse. Årsaken er at eventuell tvangsfullbyrdelse etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13 oftest ville måttet skje ved at den som er forpliktet, blir pålagt å stille sikkerhet for at plikten blir oppfylt, jf. Skoghøy side 259 – 260. Saksøkeren vil dermed stort sett ha samme nytten av en fastsettelsesdom som fastsetter hva plikten går ut på, selv om den ikke kan tvangsfullbyrdes. Den forpliktete vil da kunne straffes etter straffeloven § 344. Tvistemålsutvalgets utkast til tvisteloven vil ikke innebære noen endring her. En konsekvens av dette vil være at det er svært sjelden det vil foreligge et slikt behov for rettslig avklaring at det kan anlegges fullbyrdelsessøksmål om en uforfalt tåle- eller unnlatelsesplikt.

Tvistemålsutvalget er etter dette, under en viss tvil, blitt stående ved at det ikke er grunn til å videreføre noen bestemmelse som tvistemålsloven § 53 i utkastet til ny lov. Som en konsekvens av dette er det heller ikke eksplisitt opprettholdt noen sondering mellom fastsettelses- og fullbyrdelsessøksmål i lovens bestemmelser.

Tvistemålsloven § 53 annet ledd stiller særlige krav til utformingen av dommen der et fullbyrdelsessøksmål er reist og fører frem før kravet er forfalt. Systematisk hører denne delen av § 53 sammen med reglene om utforming av dommer og særlig reglene om oppfyllelsesfrist. Det vises til den foreslåtte regelen om oppfyllelsesfrist i utkastet og drøftelsen i III.21.9. Det må antas at det fortsatt vil være nokså sjelden det gis fullbyrdelsesdom for et utforfalt krav.

#### **5.4.8 Enkeltstående rettshandlinger bør i noen tilfelle kunne foretas ved de alminnelige domstoler uavhengig av om søksmålsbetingelsene foreligger**

I noen tilfeller kan man allerede i dag få foretatt enkeltstående rettergangsskritt i sivile saker for domstolene. Et eksempel er adgang til å oppta vitneforklaringer etter tvistemålsloven kapittel 16. Når vilkårene i tvistemålsloven § 220 foreligger, må

domstolen medvirke til dette enkeltstående rettergangsskrittet. Også i andre tilfeller kan det være behov for medvirkning fra domstolene til rettergangshandlinger, selv om det ikke foreligger noe søksmål for domstolen. Et eksempel kan være en tvist som er til avgjørelse for en ad hoc-voldgiftsrett, jf. tvistemålsloven kapittel 32, og som reiser spørsmål om fortolkningen av EU/EØS-rettslige regler. Voldgiftsretten har ikke adgang til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Tilsvarende gjelder for voldgiftsretter innen EU. Heller ikke de har adgang til å forelegge tolknings spørsmål for EU-domstolen, jf. den såkalte «Nordsee-saken» (Sak 102/81 Nordsee v Reederei Mond [1982] ECR 1095).

EU-domstolen har i en avgjørelse 1. juni 1999 i sak C-126/97, *Eco Swiss vs. Benetton*, lagt til grunn at en voldgiftsavgjørelse om kartell/konkurranserett må kunne prøves utover det som følger av nasjonal lovgivning dersom det etter nasjonal lovgivning er adgang til å anfekte voldgiftsavgjørelser. Det ble lagt til grunn at en voldgiftsdom som bygger på en uriktig anvendelse av EUs konkurranserettslige regler, kan settes til side som stridende mot ordre public, se nærmere utvalgets innstilling til voldgiftslov. Det er grunn til å regne med at stillingen kan være den samme for norske domstoler, når f.eks. voldgiftsdommer som går ut på fullbyrdelse bringes inn for de alminnelige domstoler som namsretter etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Forholdet til EU/EØS-reglene vil da formentlig kunne tas opp i full bredde, og i den forbindelse kan det være aktuelt å anmode om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen fra namsretten. Dette er av to grunner uheldig, for det første fordi det innebærer en unødig dobbeltbehandling av tvisten og for det annet fordi det innebærer en unødvendig belastning av namsretten. Etter Tvistemålsutvalgets syn bør voldgiftsretten kunne henvende seg til den stedlige tingrett og be den innhente en uttalelse fra EFTA-domstolen. En bestemmelse om dette er inntatt i voldgiftsreglene, og det er gjort en tilføyelse i domstolloven § 51 A.

#### **5.4.9 Bør staten gis en generell adgang til å delta i søksmål som reiser spørsmål om konflikt mellom norsk lov og Norges folkerettslige- og internasjonale forpliktelser eller mellom lov og Grunnlov?**

Et spørsmål som har blitt aktualisert den senere tid er dette: I tvister som gjelder forståelsen og anvendelsen av reglene i EØS-retten og andre av Norges folkerettslige forpliktelser, har staten en

særlig interesse i den lovforståelsen som legges til grunn. Selv om staten ikke er saksøker eller saksøkt i tvisten, vil staten kunne ha en klar interesse i å opptre i saken til ivaretagelse av de offentlige interesser som ligger i en riktig lovanvendelse på dette rettsfeltet. Spørsmålet oppstår da om staten bør få en rett til å tre inn i saken. Tvistemålsutvalget er i sitt mandat særskilt bedt om å vurdere dette spørsmålet.

Tilsvarende regler om intervensjonsadgang for staten finnes i en rekke av de land som har vært EU-medlemmer en stund. Etter det utvalget kjenner til har staten en slik intervensjonsadgang i blant annet England, Frankrike og Tyskland (for forvaltningssaker).

Man har i norsk lovgivning allerede noen spredte bestemmelser som gir staten rett til å tre inn i saker mellom andre parter. Domstoloven § 37 gir staten en særskilt kjæremåls- og ankeadgang, uten hensyn til tidsfrister og regler om ankesum, når en domstol har tatt en sak under behandling som ikke hører under norsk domsmyndighet. Utvalget er ikke kjent med at bestemmelsen har noen betydning i praksis. Et annet eksempel er Høyesterettsloven (plenumsloven) § 5 tredje ledd, som bestemmer at staten skal varsles og kan møte når den samlede Høyesterett skal avgjøre om en bestemmelse er i strid med Grunnloven.

Det er fra statens synsvinkel naturlig å trekke frem tre hensyn som begrunner at staten bør kunne tre inn i saker om forpliktelser etter EØS-avtalen. For det første vil statens lovgivningskompetanse kunne innskrenkes ved utfallet av saken. Hvis loven blir satt til side som stridende mot EØS-avtalen, vil ikke Stortinget kunne avhjelpe ugyldigheten bare ved å vedta den samme loven på nytt. Etter EØS-loven § 2 skal EØS-regelen ha forrang fremfor norsk lov, og situasjonen blir dermed ganske parallell med de situasjoner hvor en lov settes til side som stridende mot Grunnloven.

For det annet er utfallet av saken direkte bestemmende for statens folkerettslige rettigheter og plikter. Saken vil berøre Norges internasjonale rettsstilling. Selv om den autoritative tolkningen av EØS-reglene foretas i EFTA- og EU-organene, vil det være den nasjonale domstolen som avgjør omfanget av forpliktelsene og betydningen for nasjonal rett ved avgjørelse av den konkrete saken for den nasjonale domstolen. Staten har riktignok partsstilling ved avgjørelse av tolkningsspørsmålet f.eks. for EFTA-domstolen, men det vil fortsatt være åpne spørsmål som dreier seg om EØS-rett, og som må avgjøres ved de nasjonale domstolene.

For det tredje kan det påpekes, selv om det nok har mer underordnet betydning, at saksutfallet vil

kunne påvirke hvilke virkemidler staten kan bruke på det aktuelle området. Det kan også tilføyes at det vil kunne bidra til sakens opplysning at staten gis adgang til å tre inn i tvisten.

På den annen side kan det innvendes at tvisten og avgjørelsen av den gjøres mer omfattende enn nødvendig hvis staten trer inn som part. Dersom tvisten forelegges EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse, vil staten kunne opptre i denne saken. Her er altså det nevnte argumentet ikke tilagt avgjørende betydning.

Staten står på dette området i en spesiell stilling. Det er ingen andre som berøres på samme måte som staten. Lovgivningsmyndigheten er en eksklusiv statlig myndighet. På samme måte berøres staten når det gjelder statens traktatsforpliktelser – det er først og fremst tale om en statlig avtaleforpliktelse som det fastlegges omfanget av.

I Rt. 1998 side 1372 er det lagt til grunn at staten etter gjeldende rett ikke har tilstrekkelig rettslig interesse til å kunne tre inn i en verserende tvist som part eller hjelpeintervenient i en sak som gjelder forståelse og anvendelse av reglene i EØS-avtalen. I Rt. 2000 side 1332 la Høyesterett videre til grunn at Høyesterettsloven § 5 tredje ledd heller ikke ga staten hjemmel for å opptre i sak som skulle behandles i plenum, og hvor det var spørsmål om å tolke en lovbestemmelse innskrenkende eller å sette den delvis til side fordi den var i strid med et EØS-direktiv.

Etter utvalgets mening er det ikke grunn til å gi staten en generell rett til å tre inn som part i en tvist som ikke direkte gjelder statens rettigheter og plikter, men som altså angår statens forhold som lovgiver på den måten som er skissert. Det vil føre for langt og kan bidra til en uforholdsmessig komplisert prosess om staten i enhver tvist skulle ha en slik rett, også dersom de prosessuelle rettigheter ble begrenset slik at staten ikke kunne føre bevis, anke mv., men kun opptre for å belyse de rettslige spørsmål. I denne forbindelse er det videre grunn til å peke på at i norsk rett er det avgjørelser av Høyesterett, og ikke de øvrige domstoler, som har prejudikatsvirkning. At en tingrett eller lagmannsrett avsier en dom som tilsier at norsk lovgivning må vike eller tolkes innskrenkende i forhold til EØS-regler, kan selvsagt bli oppfattet uheldig sett fra statens side. Men noe bånd på staten som lovgiver vil ikke dommen føre til, verken faktisk eller rettslig, hvor staten ikke har vært part og derfor ikke har kunnet opptre og anke dommen.

Tungtveiende behov for at staten skal kunne opptre, vil først oppstå hvis avgjørelsen vil ha prejudikatsvirkning og vil kunne få en vesentlig betydning for statens stilling som lovgiver sett i forhold

til regler Norge er bundet av gjennom internasjonalt samarbeid. Det er nettopp for disse tilfellene at det kan være grunn til å la staten opptre i saken. Dette tilsier også at det ikke bør gis noen generell rett for staten til å opptre som en slags hjelpeinter-venient, eller partshjelper etter utkastets terminologi, i saker hvor statens interesser er berørt som angitt. Det bør det bare være adgang til i saker for Høyesterett, og bare i saker der det vil kunne ha vesentlig betydning for statens stilling som lovgiver. Utvalget viser til den foreslåtte regel i § 12-12 og bemerkningene til denne.

Utvalget tilføyer at på samme måte som for EØS-retten vil staten kunne ha interesse av å tre inn i saker som gjelder krenkelse av EMK. Her vil imidlertid staten regelmessig stå som saksøkt. Behovet for en egen regel om rett til å opptre i saker er derfor begrenset. Når det gjelder andre konvensjoner mv., vil staten også i tvister om dem kunne ha interesse av å opptre. Spørsmålet er imidlertid langt mindre praktisk enn for EØS-retten. Den regelen som foreslås i § 12-12, vil også gjelde i slike tilfeller.

Som påpekt har staten etter Høyesterettsloven § 5 tredje ledd rett til å opptre i saker hvor Høyesterett i plenum skal avgjøre om en bestemmelse er i strid med Grunnloven. Utvalget vil samle reglene om Høyesteretts sammensetning i domstolloven og forenkle reglene. Høyesterettsloven er derfor foreslått opphevet. Regelen i § 5 tredje ledd, bør imidlertid opprettholdes og tas inn i tvisteloven, og da i § 12-12, og i straffeprosessloven.

#### **5.4.10 Søksmålsbehov etter enkelte andre konvensjoner mv.**

Utover menneskerettighetskonvensjonene, som er behandlet ovenfor, kan det også på annet, folkerettslig grunnlag tenkes å foreligge en plikt til å ha adgang til rettslig prøving av spørsmål for norske domstoler. I de mange tilfeller vil søksmålsadgang som følger av de någjeldende reglene i tvistemålsloven §§ 53 og 54, og som videreføres i de standardpregete bestemmelsene i utkastet §§ 1-3 flg. være tilstrekkelig for å ivareta påkrevet søksmålsadgang. For enkelte, mer spesielle tilfeller, holder dette imidlertid ikke.

Visse konvensjoner mv. som Norge er tilsluttet, kan oppstille krav til søksmålsadgang som ikke er dekket i disse bestemmelsene. Eksempler på det er Århuskonvensjonen av 1998 og direktivet om forsinket betaling. Det redegjøres noe nærmere for disse nedenfor.

Det vil følge av bestemmelsen i § 1-2 at folkerettslig bestemt søksmålsadgang går foran eventu-

elle begrensninger i §§ 1-3 flg. Dersom konvensjonen, direktivet eller liknende gjennomføres i Norge gjennom egen lov, vil det også følge av den loven at konvensjonens eller direktivets bestemmelser endrer søksmålsadgangen som ellers ville fulgt av de generelle reglene i tvisteloven.

Enkelte ganger vil det kanskje ikke være praktisk at det vedtas en særlov når Norge påtar seg nye folkerettslige forpliktelser. Av hensyn til brukerne kan det da være praktisk at det opplyses om dette i rundskriv fra Justisdepartementet eller liknende.

Et eksempel på en konvensjon Norge er tilsluttet som kan stille større krav til søksmålsadgangen enn det som følger av søksmålsadgangen etter tvistemålsloven og utkastet til tvistelov, er Århuskonvensjonen fra 1998 om offentlighetens rett til miljøinformasjon, som det er forventet at Norge vil ratifisere. Det kan være tvilsomt om de någjeldende regler oppfyller den søksmålsadgangen som kreves etter konvensjonen artikkel 9 nr. 1 og artikkel 9 nr. 2. Etter artikkel 9 nr. 1 kreves at det er adgang til å bringe en innsynsbegjæring som blir oversett eller ignorert inn for en domstol eller annen uavhengig klageinstans. Etter artikkel 9 nr. 2 kreves at det er adgang til å få overprøvet brudd på prosessuelle rettigheter etter konvensjonens artikkel 6. Forholdet mellom de någjeldende regler i tvistemålsloven §§ 53 og 54 og konvensjonen er drøftet i uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling til Miljøverndepartementet av 16. mars 2001.

Et annet eksempel er Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2000/35/EF av 29. juni 2000 om bekjempelse av forsinket betaling i handelsforhold. Det er EFTA-landenes nåværende vurdering at direktivet faller utenfor EØS-avtalens virkeområde, men slik at Norge likevel frivillig kan velge å innlemme direktivet etter en hensiktsmessighetsvurdering. Direktivet stiller blant annet krav til søksmålsadgangen. Videre stiller direktivet andre krav, blant annet om rett til dekning av omkostninger ved inndrivelse av beløp som betales forsinket. Denne siden ved direktivet er formentlig tilstrekkelig ivaretatt gjennom de regler Tvistemålsutvalget har foreslått om rett til dekning av saksomkostninger i forliksrådet, der vanlige inkassoomkostninger kan kreves dekket etter de satser som følger av inkassoloven, og gjennom omkostningsreglene i småkravsprosessen og almenntvistemålsprosessen. Det krav til søksmålsadgang direktivet oppstiller synes derimot ikke å være dekket i de standardpregete bestemmelsene i §§ 1-3 flg. Etter artikkel 3 nr. 5 skal organisasjoner som er offisielt godkjent som representanter for små og mellomstore bedrifter eller har «lovlig interesse» (dansk)/«legitimate interest» (engelsk) i å representere små og

mellomstore bedrifter, enten kunne gå til domstolene eller administrativt få prøvet om standardvilkår for betalingsfrister og konsekvenser av forsinket betaling er klart urimelige. Spørsmålet er om vilkårene er urimelige overfor kreditor etter kriterier som fremgår av artikkel 3 nr. 3. Denne vurderingen ser ut til å skulle foretas helt konkret, slik at «alle sagens omstendigheter ... tages i betraktning». Det kan synes å innebære at den subjektive rettskraftvirkningen er begrenset til partene i det aktuelle kontraktsforholdet. Ordlyden i artikkel 3 nr. 5 synes imidlertid å trekke i retning av at dommen, hvis den går ut på ugyldighet, skal ha videre rekkevidde. Dette er da kanskje en viss utvidet rettskraftvirkning ved at avtalevilkåret, når søksmålet fremmes av en organisasjon som nevnt, skal være ugyldig i alle kontraktsforhold.

Et søksmål av denne typen skiller seg fra søksmål etter de alminnelige søksmålsvilkårene ved at

1. Organisasjonen vil fremme et søksmål om private retts/pliktforhold, men som ikke gjelder organisasjonens egne rettigheter og plikter.

2. Bestemmelsen synes å forutsette at det skal utarbeides en liste over offentlig godkjente organisasjoner som står som saksøkere i søksmålet.

3. Rettskraftvirkningen gjør at søksmålet blir en hybrid mellom et ordinært søksmål om retts/pliktforhold og slik utvidet rettskraft som følger av gruppesøksmål basert på «opt out» prinsippet.

Etter Tvistemålsutvalgets syn er det lite øns-

kelig å formulere de alminnelige, standardpregete reglene om søksmåls-gjenstand og -situasjon slik at de dekker alle de tilfellene som kan følge av konvensjoner og direktiv som nevnt. Både Århuskonvensjonen og forsinket betaling-direktivet har sterkt preg av å gjelde avgrensede sektorer. Så langt det bare innenfor hver av disse sektorene stilles egne og særskilte krav til søksmålsadgang, synes det mer nærliggende å innpasse de nødvendige særregler om søksmåls-situasjon der. Dette kan være tilfellet både for Århuskonvensjonen og for forsinket betaling-direktivet.

Det bør her tilføyes at når det gjelder Århuskonvensjonen, er de krav den stiller mer utførlig drøftet i NOU 2001: 2 Retten til miljøopplysninger. Lovutvalget for miljøinformasjon har der foreslått at tvist om rett til opplysninger fra offentlige organer skal behandles av en særskilt klagenemnd. Se nærmere NOU 2001: 2 side 178 – 182.

At søksmål skal kunne fremmes når det følger av Norges folkerettslige forpliktelser, selv om de alminnelige vilkårene i §§ 1-3 flg. ikke er oppfylt, vil følge av en direkte anvendelse av bestemmelsen i utkastet § 1-2. Det forutsetter imidlertid at den aktuelle konvensjon gir søksmålsrett til den enkelte.

Brukervennligheten vil imidlertid øke vesentlig dersom denne søksmålsadgangen kommer til uttrykk og blir bekjentgjort i f.eks. rundskriv fra Justisdepartementet.

## Kapittel 6

# Plikter før sak reises. Utenrettslig mekling

### 6.1 Betydningen av at tvister løses utenfor domstolene

Som påpekt flere steder i innstillingen, se blant annet II.7.1, løses de fleste tvister i minnelighet ved at partene blir enige om en løsning eller ved at en part ikke ser noe poeng i å forfølge det krav han mener å ha. En løsning i minnelighet vil regulært være den beste løsningen på en tvist. Det vil imidlertid ikke være situasjonen hvis den minnelige løsningen er resultat av press eller ulikt styrkeforhold mellom partene, eller hvis grunnen til at parten avstår fra å reise sak er fordi det vil kreve uforholdsmessige ressurser å få dom for kravet. Generelt sett er det imidlertid ingen tvil om at det er viktig at de fleste tvister løses i minnelighet og uten at sak først er reist. Det er av betydning for partene i de konkrete tvister hvor det oppnås enighet. I et mer overordnet perspektiv er det viktig at parter er innstilt på å løse tvister selv. Generelt vil det blant annet minske risikoen for å bli involvert i retts tvister for domstolene. Videre er det viktig for domstolene at tvister i stor grad løses i minnelighet, og uten at domstolene i det hele bringes inn i saken. Skal domstolene evne og ha ressurser til å løse de saker de får, er det nødvendig at de ikke overleses av tvister som burde vært løst på annen måte.

For utvalget blir det et sentralt spørsmål om det er mulig gjennom regler i tvisteloven å legge til rette for at det kan skapes et klima og en kultur for minnelige løsninger. Etter utvalgets mening er det grunn til å være optimistisk her. Både i Norge og også internasjonalt er det en klar trend i den retning at tvister, om partene selv ikke klarer å løse dem, løses ved utenrettslig mekling eller andre former for alternativ tvisteløsning, se II.7.5.1. Det å gå til sak for domstolene eller for voldgift betraktes mer og mer som en siste utvei, iallfall noe man ikke gjør før andre tvisteløsningsmåter er forsøkt. Dette at domstolene først skal komme inn når andre metoder for tvisteløsning har feilet, ble klart formulert som et mål ved utformingen av de engelske prosessreglene – Civil Procedure Rules (CPR) – som var oppfølgingen av Lord Woolf's Access to Justice, og som for en vesentlig del trådte i kraft 26.

april 1999. Om den engelske sivilprosessreformen vises til II.4.6.4. Utvalget kommer straks tilbake til regler fra denne reformen som skal bidra til å legge til rette for utenrettslig løsning før det kommer til sak. Dette vil være regelsett som, ut fra de hensyn som ivaretas, bør være like aktuelle i Norge som i England.

Andre forhold som viser at det bør kunne være mulig å skape et klima for minnelige løsninger, er den vellykkete forsøksordning man har for rettsmekling. Om denne forsøksordningen, se II.7.6. Riktignok kommer rettsmekling først som ledd i en pågående rettssak, men det er vanskelig å se at partene ikke like gjerne – eller heller – vil forsøke en dyperegående mekling, om det kan legges til rette for det, før sak er oppstått med de merutgifter det i seg selv vil medføre. Videre kan det vises til den ordning med advokatmekling som nå er etablert og til «institusjonsmekling», en «rettsmeklingsordning» som er etablert i regi av Oslo Handelskammers Institutt for Voldgift og Alternativ Tvisteløsning. Også erfaringer fra utlandet tilsier at et system med mekling før sak reises har mye for seg. Slike ordninger er vanlige i mange land. I England har man i senere tid, spesielt etter introduksjonen av de nye CPR, hatt en sterk økning i bruken av utenrettslig mekling før sak reises, og man ser det som en vesentlig del av årsaken til at antallet nye saker for domstolene har vist en markert nedgang.

Viktige elementer i et regelverk som skal sikre et klima og en kultur for minnelige løsninger vil etter utvalgets mening være at partene før sak reises plikter å fremme og grunngi sine krav overfor motparten og klarlegge de faktiske forhold, herunder å opplyse om viktige bevis de er kjent med. Poenget er at partene må få et forsvarlig grunnlag for å vurdere sin rettslige stilling, før og uavhengig av om sak reises. De engelske prosessreglene, gjennom de såkalte «pre-action protocols», sikrer nettopp klarhet i krav og det faktiske grunnlaget for kravet. Utvalget kommer tilbake til dette systemet med pre-action protocols nedenfor under II.6.3. Videre vil det, som påpekt umiddelbart ovenfor, være viktig å få forståelse for at om partene ikke blir enige, vil det svært ofte være langt gunstigere



å koble inn en nøytral tredjemann for å få forsøke å få løst tvisten gjennom utenrettslig mekling. Det er, nettopp for å få fremmet utenrettslig mekling, naturlig å gi et regelsett om slik mekling i tvisteloven. Det vil markere at utenrettslig mekling er et regulært behandlingsledd når det først er kommet til tvist.

Et annet tiltak som har vist seg å gi en høy grad av suksess i retning av å få til minnelige løsninger, er det som etter de engelske sivilprosessreglene kalles Part 36 Offer, som kan gis både før og etter at sak er reist. Dette er formaliserte tilbud om minnelig løsning. Hvis tilbudet aksepteres, vil det innebære at tvisten er løst. Aksepteres det ikke, og den som ikke aksepterer det ikke oppnår noe mer gjennom saken, får det negative konsekvenser for ham, hovedsakelig for retten til å få erstattet og plikten til å betale saksomkostninger. Vi har enkelte elementer av slike regler i vår nåværende lov, se § 174 annet ledd annet punktum annet alternativ. At det også i tvisteloven må være denne type regler, er klart. Men om det bør gis etter mønster av de engelske regler om Part 36 Offer, er en annen sak. Det kommer utvalget tilbake til nedenfor under II. 6.4.

## 6.2 Partenes plikt til å medvirke til at krav og grunnlag avklares

Det er, som påpekt under II.6.1, viktig at det skjer en klarlegging av krav, grunnlag og bevis før sak reises. Klarhet og informasjon vil være forutsetninger for at partene skal kunne bedømme sin rettslige stilling og forsvarlig ivareta sine interesser. Ingen bør være tjent med at en tvist først avklares etter at den er brakt inn for domstolene med de omkostnings- og tidsmessige konsekvenser det vil ha. De fleste parter vil i egen interesse klargjøre sitt krav og grunnlaget for det overfor den de mener kravet kan rettes mot. Men ikke alle opptrer rasjonelt når en tvist er under oppseiling, og det synes riktig å lovfeste generelle plikter om varsel og klargjøring av krav og grunnlag overfor den annen part.

Det er ikke alltid at et krav og dets faktiske grunnlag blir presentert på en korrekt måte. Av flere grunner kan det være uheldig. For den annen side vil en uriktig presentasjon av det faktiske forholdet som ligger til grunn for kravet, ikke behøve å bety noe avgjørende problem. Men det forutsetter at den annen part selv har korrekt informasjon og tilgang på bevis som kan korrigere den faktiske fremstilling som presenteres overfor ham. Problemet vil være større om det ikke er tilfellet. Blant annet for å kunne kontrollere de faktiske forhold,

er det viktig at partene også har en plikt til å opplyse om viktige dokumenter eller andre bevis som de kjenner til, og som de ikke kan vente at den annen part har kjennskap til. Selv om en part har kunnskap til å korrigere en uriktig faktisk fremstilling, kan imidlertid selve det forhold at faktum presenteres uriktig lede til en høyning av konfliktnivået i tvisten.

I enkelte tilfeller er det nødvendig med en sakkyndig utredning for å bringe på det rene om det er grunnlag for noe krav, eller for å bringe klarhet i omfanget av kravet. Partene bør i så fall søke å samarbeide om de nødvendige sakkyndige utredninger. På dette punkt vil det imidlertid erfaringsvis ofte være betydelig uenighet mellom partene dels om sakkyndighet er nødvendig, i tilfelle hva slags sakkyndighet og ikke minst om hvem som bør være den sakkyndige. Utvalget har overveid om det bør gis en regel om plikt til å medvirke til sakkyndige utredninger før sak reises, men er på grunn av muligheten for konflikter på dette punkt, kommet til at en slik regel ikke bør gis. Utvalget tilføyer at det ikke er upraktisk at avtaleforholdet mellom partene, f.eks. en forsikringsavtale, her gir regler partene er pliktige til å følge.

Utvalgets medlemmer Schei, Berg og Moen Borgerud mener at partenes plikt til å klarlegge krav og grunnlag, for bestemte rettsområder skal kunne reguleres nærmere i regler fastsatt ved forskrift, jf. II.6.3. For disse rettsområdene vil forskrift etter mindretallets forslag kunne gi regler om plikt til å medvirke til sakkyndig utredning.

Det er å håpe at regelsettet om plikt til større åpenhet om krav, grunnlag og bevis også før sak reises, samt økt forståelse mer generelt for betydningen av minnelige løsninger, i seg selv vil kunne medvirke til at det skapes en kultur for større åpenhet. Men det er ved disse reglene, som ved prosessregler ellers, grunn til å sette den kraft bak reglene som effektive sanksjoner vil kunne tilføre dem. Den sanksjon som peker seg ut dersom reglene om åpenhet om krav, grunnlag og bevis ikke etterleves, er først og fremst negative virkninger for rett og plikt til saksomkostninger. Er det nærliggende at sak kunne vært unngått ved større åpenhet, er det normalt liten grunn til at den som har holdt tilbake opplysninger, skal få tilkjent omkostninger selv om han vinner frem i saken.

## 6.3 Særlige og spesifiserte krav til klarlegging mv. for avgrensede rettsområder

Som nevnt under II.6.1, har man som ledd i den

engelske sivilprosessreformen, for krav på særlige rettsområder, detaljert regulert partenes plikter til før sak reises til å opplyse om krav og grunnlag og til å bidra til avklaring av de faktiske forhold. Det har skjedd ved vedtakelsen av såkalte pre-action protocols. Disse protokollene, hvor de detaljerte regler er inntatt, er blitt til etter forhandlinger mellom organisasjoner eller representanter for typiske saksøker- eller saksøktegrupper på de aktuelle rettsfelt. De er så vedtatt ved en form for delegert lovgivning. Per i dag har man slike protokoller for krav på fire rettsområder – «clinical negligence», «personal injury», «construction and engineering» og «defamation». Man arbeider med en «general protocol» – altså plikter som skal gjelde mer generelt.

Formålet med «pre-action protocols» er etter de såkalte «practice directions»:

Pre-action protocols outline the steps parties should take to seek information from and to provide information to each other about a prospective legal claim.

The objectives of pre-action protocols are –

(1) to encourage the exchange of early and full information about the prospective legal claim,

(2) to enable parties to avoid litigation by agreeing a settlement of the claim before the commencement of proceedings,

(3) to support the efficient management of proceedings where litigation cannot be avoided.

Som nevnt arbeider man med en mer generell protokoll som skal komme i tillegg til særlige protokoller. Men også i dag utledes det generelle prinsipper av de mer spesifiserte protokoller. I practice directions heter det om dette:

#### PRE-ACTION BEHAVIOUR IN OTHER CASES

4. In cases not covered by any approved protocol, the court will expect the parties, in accordance with the overriding objective and the matters referred to in CPR 1.1(2)(a), (b) and (c), to act reasonably in exchanging information and documents relevant to the claim and generally in trying to avoid the necessity for the start of proceedings.

Den generelle protokollen skal ikke erstatte protokollene på de særlige rettsområder. En generell protokoll må nødvendigvis bli mer uspesifisert, med den usikkerhet det kan gi. En særlig protokoll kan nettopp utformes med henblikk på de spesielle behov for utveksling av informasjon, sakkynndige utredninger mv. som erfaringsmessig reiser seg på det aktuelle rettsområdet.

Etter utvalgets mening er den tanke som ligger bak de engelske pre-action protocols meget god og gir eksempel til etterfølgelse. Den foreløpige evalueringen av sivilprosessreformen indikerer at formålet med slike protokoller, som er gjengitt overfor, i betydelig grad er blitt oppnådd. Krav og faktisk grunnlag klargjøres. Det blir mulig i langt flere tilfeller å få løst saker i minnelighet før den i det hele når domstolene.

Et samlet utvalg mener at det bør gis regler som etablerer plikt til å klargjøre krav, grunnlag og sentrale bevis før sak reises. Et mindretall i utvalget, Schei, Berg og Moen Borgerud, mener at det i tillegg bør gis mer spesifiserte regler for klargjøring og informasjon på spesielle saksområder, fortrinnsvis saksområder med et betydelig antall saker og hvor det er gjennomgående er likeartete spørsmål som krever klarlegging og kanskje sakkynndig utredning. Dette kan f.eks. gjelder tvister om utføringen av bygningsmessige arbeider, tvister om mangelsansvar ved overdragelse av fast eiendom og saker om profesjonsansvar, for bare å nevne noen av mange mulige eksempler. I det hele er det et poeng å få skilt ut hyppig forekommende typer sivile tvister og se på om det er særlige forhold her som bør klarlegges under saksforberedelsen på en bedre måte enn det som gjennomgående gjøres i dag. Er det tilfellet, bør det ligge til rette for en spesifisering av den klarlegging som bør skje før saken eventuelt bringes inn for domstolene.

Når mindretallet ikke har utarbeidet utkast til slike regler for særlige rettsområder, er det fordi vi mener at slike regler bør bli til i et nært samarbeide med representanter for dem som gjennomgående blir parter i de aktuelle typer tvister, som forbruker- og bransjeorganisasjoner. Det vil være naturlig at utkast til slike regler blir til som et resultat av forhandlinger og samarbeid mellom slike representanter. Tvistemålsutvalget er ikke sammensatt slik at det har den ekspertise som skal til for å utforme denne type regler for særlige rettsfelt.

Fordi prosessen med utformingen av reglene vil forutsette at ekspertise på vedkommende fagfelt trekkes inn, og fordi det er snakk om regler på flere saksfelt, og hvor det nok også vil kunne bli snakk om en del relativt hyppige justeringer, bør reglene hos oss – på samme måte som reelt sett også i England – fastsettes ved forskrift. Generelt sett bør man være tilbakeholden med å gi prosessregler i form av forskrifter, men det er her snakk om regler med begrenset rekkevidde og hvor praktiske hensyn med tyngde taler for å fravike det nevnte utgangspunkt for regelgivningen. Utvalgets mindretall foreslår at det gis en forskriftshjemmel for å

gi regler om plikt til å klarlegge krav og grunnlag mv. for bestemte rettsområder. Det vises også til bemerkningene til § 6-3A.

Utvalgets flertall, Bjella, Bårdsen, Helljesen og Nordén, er som nevnt enig i at det gis alminnelige regler for klarlegging av krav, grunnlag og bevis, men er uenig i at det gis en forskriftshjemmel som åpner for særregler på enkeltområder. Flertallet mener at det behov for klarlegging som foreligger, kan ivaretas gjennom de alminnelige reglene. Det mener dessuten at det er uheldig at denne typer regler skal kunne gis ved forskrift.

## 6.4 Formalisert tilbud om minnelig løsning

Som nevnt bør det være et utgangspunkt at den som får et tilbud om minnelig løsning og avslår tilbudet og deretter reiser eller tar til motmæle i en sak, og ikke oppnår noe mer enn han ville fått ved det tilbudet han avsto, selv bør ha den økonomiske risikoen for dette. Det er et rimelig utgangspunkt at han må dekke sine egne prosessutgifter. En del kan tale for at han også må dekke prosessutgiftene for den annen part, slik de engelske reglene er.

Utvalget er likevel kommet til at man ikke bør innføre regler om formaliserte tilbud etter mønster av de engelske reglene, men at man gjennom de alminnelige saksomkostningsregler bør legge opp til at partene har en klar oppfordring til – ut fra økonomisk risiko – å søke saken løst ved å fremsette forslag til minnelig løsning. En slik oppfordring vil parten ha gjennom reglen i § 23-2(3) (b) hvor den som har vunnet kan nektes omkostninger om han «før eller under saken, men før de vesentligste omkostninger var pådratt, har avslått et rimelig forlikstilbud.» Hvis forlikstilbudet som ble fremsatt overfor den som ellers skulle vært tilkjent saksomkostninger, ikke avviker særlig fra sakens resultat, må den praktiske hovedregel bli at omkostninger nektes.

Forskjellen til de engelske regler blir først og fremst at den som på denne måten ikke oppnår mer enn det tilbud han avsto, ikke også uten videre skal betale motpartens saksomkostninger. Men i denne forbindelse er det grunn til å understreke at de engelske reglene om Part 36 Offer, har særlige elementer som gjør det mer rimelig med en regel om at den som avslår et tilbud, også skal betale motpartens omkostninger, om han i saken ikke oppnår mer enn det han var tilbudt. De engelske reglene er nemlig kombinert med en innbetalingsordning til retten. Den som får tilbudet, vet også at pengene er innbetalt til retten, og at saken kan avsluttes ved

at han tar det beløp som står til hans disposisjon. Dette er imidlertid regler utvalget viker tilbake for å innføre hos oss. Her vil det være potensiale for konflikter om vilkår mv. er oppfylt, og det vil være et reelt merarbeid for domstolene å skulle administrere en slik ordning. Et annet forhold som gjør at utvalget viker tilbake for å innføre den engelske regelen om ansvar også for motpartens omkostninger, er at det vil kunne åpne for at parter i urimelig grad kan føle seg presset til å ta et tilbud de har vanskelig for å vurdere om er tilfredsstillende eller ikke.

Utvalgets konklusjon er altså at det ikke bør innføres regler om formaliserte tilbud i tråd med de engelske reglene om Part 36 Offer, men at det mer generelt skal legges vekt på – ofte avgjørende vekt på – ved saksomkostningsavgjørelsen om det var rimelig for en part å avslå et tilbud om minnelig løsning. Utvalget vil legge til at det vil kunne være situasjoner hvor det er lite rimelig at det skal ha den konsekvens for saksomkostningene at den som får tilbudet skal miste sin mulighet for saksomkostninger dersom han avslår tilbudet og så ikke oppnår noe mer i rettssaken. Blant annet vil dette kunne være situasjonen hvis det «hefter» noe ved tilbudet som gjør at den annen part har rimelig grunn til å avslå det. En annen slik situasjon vil kunne være forbrukertvister hvor det er truffet en avgjørelse eller gitt en uttalelse fra en tvisteløsningsnemnd, f.eks. Forbrukertvistutvalget. Her må situasjonen være at en part normalt, uten en særskilt omkostningsrisiko, må kunne avslå et tilbud om minnelig løsning fra den annen part som innebærer en dårligere løsning for ham enn det Forbrukertvistutvalget kom til.

## 6.5 Utenrettslig mekling

Som påpekt under II.6.1, vil mekling før sak reises ofte være en god måte å løse tvister på før de eventuelt bringes inn for domstolene. Domstolene og voldgift bør i mange tilfeller være en siste utvei. Nettopp for å markere utenrettslig mekling som et ordinært ledd i tvisteløsning, og også for å bygge opp under et klima og en kultur for løsninger i minnelighet, mener utvalget at det bør tas inn et regelsett om utenrettslig mekling i tvisteloven. Disse reglene bør naturlig plasseres i sammenheng med regler ellers om plikter og rettigheter før sak reises.

Utvalget understreker at det ikke gir regelsettet om utenrettslig mekling for å etablere en konkurranse til blant annet advokatmekling og visse typer institusjonsmekling. Dette er viktige ordnin-

ger som det er all grunn til å håpe vil få videre anvendelse enn i dag. At det er slike meklingsordninger, er imidlertid ikke tilstrekkelig grunn til ikke å gi regler om utenrettslig mekling i tvisteloven. For det første er det som påpekt grunn til å markere gjennom loven at utenrettslig mekling er en ordinær del av den regulære behandling av tvister, og at det er en behandling som bør komme før tvisten eventuelt bringes inn for domstolene. Deretter kommer at det er visse regler om utenrettslig mekling som ikke godt kan gis på annen måte enn ved lov. Det gjelder regler om taushetsplikt, iallfall om taushetsplikten skal kunne gjøres gjeldende i en etterfølgende rettssak. Partenes avtale om taushetsplikt, eller institusjonelle bestemmelser om dette, vil bare kunne anvendes i en etterfølgende rettssak så langt de har dekning i lovregler om taushetsplikt eller taushetsrett i rettssaker. Noe praktisk problem representerer ikke dette for reglene om advokatmekling eller institusjonsmekling. I regelsettene for disse kan det bestemmes at tvistelovens regler om utenrettslig mekling får anvendelse. Det kan så gis tilleggs- eller avvikende regler innen den meget vide ramme for avtalefrihet som forslaget om regler for utenrettslig mekling åpner for.

Når det gjelder generelle regler om utenrettslig mekling i motsetning til regler om advokatmekling og institusjonell mekling, er det videre grunn til å peke på at de sistnevnte regler er blitt til også ut fra profesjonshensyn. Advokatmeklingen skal legge til rette for utenrettslig tvisteløsning, selvfølgelig til beste for de parter som inngår i slik mekling, men like selvfølgelig til beste for den næringsinteresse som ligger i slik mekling hos advokatene som gruppe. Nå er det imidlertid slik at utenrettslig mekling også bør kunne foretas av andre enn jurister. Mange praktiske tvister gjelder f.eks. bygge- og utbedringsarbeider på fast eiendom. I slike tilfeller vil det kunne være bedre med en fagmann som mekler enn en jurist. For et slikt behov gir regler om advokat- og institusjonsmekling ikke noen fullgod løsning.

Det er videre grunn til å peke på at for mange vil domstolene peke seg ut som et helt spesielt nøytralt tvisteløsningsorgan, og som de bør kunne ha full tillit til når de henvender seg til for å få hjelp til utenrettslig mekling. Utvalget vil foreslå at parter, før sak reises, skal kunne anmode domstolen om å få oppnevnt en mekler fra domstolens utvalg av rettsmeklere. Disse utvalgene er forutsatt å ha en sammensetning av kompetente meklere med forskjellig fagkyndighet. Ulike fagkyndighetsbehov vil derfor være dekket i utvalgene, og parter som henvender seg til retten, bør derfor kunne få opp-

nevnt meklere som er vel egnet for å mekle i den tvisten de er involvert i.

Utvalget har i drøftelsen av rettsmeklingsinstituttet pekt på hensyn som må ivaretas ved rettsmeklingen. Tilsvarende hensyn kommer inn ved utenrettslig mekling. Det er viktig at meklingen skjer nøytralt og uten noen form for utilbørlig press. Det vil ikke si at en rettsmekler overfor en part ikke kan påpeke det urimelige eller det uholdbare i et standpunkt, men det må skje på en saklig og ordentlig måte, og en slik påpeking må selvfølgelig ha et forsvarlig grunnlag fra meklerens side. Utvalget kommer nærmere tilbake til utformingen av reglene i bemerkningene til disse.

En del saker vil ikke kunne bære de utgifter som vil følge med en utenrettslig mekling. For disse sakene vil mekling for forlikrådet være et praktisk alternativ. Behandlingen for forlikrådet vil også etter utvalgets forslag få en noe annen karakter enn i dag for de saker hvor det er en reell tvist. Her vil forlikrådets domskompetanse bli mer begrenset, og forlikrådets primære og egentlige oppgave vil nettopp være å mekle. Det er viktig å utvikle forlikrådenes dyktighet i mekling, slik at meklingsfunksjonen kan ivaretas på en god måte i de sakene hvor de mekler. På den annen side tilsier selve ressursbruken at meklingen for forlikrådet normalt må være relativt enkel med en varighet som bare unntaksvis vil kunne strekke seg opp til to til tre timer, men som vanligvis vil være vesentlig kortere.

## 6.6 Andre regler om rettigheter og plikter før sak reises. Forholdet til tvisteloven kapittel 31

Det regelsett som er inntatt i kapittel 31, bevissikring utenfor rettssak, har berøringspunkter spesielt med de krav til åpenhet og klarlegging som er drøftet under II.6.2 og II.6.3, og som ligger bak utkastets §§ 6-2 til 6-4. Generelt sett har imidlertid reglene i kapittel 31 en annen karakter enn de mer alminnelige bestemmelser om krav til åpenhet og informasjon mellom parter i en tvist som ennå ikke har nådd domstolene. For det første vil rett og krav på bevissikring gjelde både overfor mulige motparter og tredjepersoner, som i en eventuell tvist vil ha status som vitner. På den måten har reglene en videre adresse og et videre siktemål enn de generelle bestemmelser om åpenhet og informasjon. Bevissikringsreglene vil fortrinnsvis være knyttet til spesielle bevis, og slik sett være snevrere enn de generelle åpenhets- og informasjonsregler. De har også en annen karakter ved at bevissikringen vil kunne gjennomtvings ved domstolenes hjelp,

mens sanksjonene om de alminnelige krav til informasjon og åpenhet ikke etterleves, vil være indirekte og knyttet til virkninger for saksomkostningene i en senere tvist for domstolene.

Plasseringen av reglene om bevissikring utenfor rettssak er et rent hensiktsmessighetsspør-

mål. Plasseringen bør skje ut fra hvilke andre regelsett de har sterkest tilknytning til. Etter utvalgets mening er den mest naturlige plassering av disse reglene sammen med de øvrige regler om bevissikring og bevilgang – de regler som gjelder for dette når sak er reist.

## Kapittel 7

# Alternativ tvisteløsning – mekling, rettsmekling og annen alternativ tvisteløsning

### 7.1 Innledning – mekling og rettsmekling

De aller fleste rettslige tvister løses uten at tvisten bringes inn for domstolene. Partene blir enige eller en av dem lar være å forfølge sitt krav. Begge deler vil normalt være gunstige måter å løse tvisten på, forutsatt at resultatet ikke skyldes ulikhet mellom partene i ressurser.

Men også i tvister som er brakt inn for domstolene, er det lang tradisjon for løsning gjennom avtale eller ved at søksmål frafalles. Forliksrådene har som primæroppgave å mekle for å oppnå forlik i rettstvister. Hovedregelen etter tvistemålsloven § 272 er fortsatt at den som vil reise søksmål, først må innkalle sin motpart til mekling i forliksrådet. En rekke saker finner der sin løsning ved forlik. I enkelte saker skal det før sak kan reises foretas mekling av andre enn forliksrådet, jf. ekteskapsloven § 26 og barneloven § 34 tredje ledd. Dette er også med henblikk på at tvisten om mulig skal løses i minnelighet.

Også når saken er brakt inn for de ordinære domstoler, har retten en generell hjemmel for å mekle mellom partene, jf. tvistemålsloven § 99. I enkelte saker vil det være en plikt til å mekle, jf. tvistemålsloven § 422 om ekteskapsaker. Det er ikke uvanlig at det inngås rettsforlik i saker for tingretten og lagmannsretten. Det hender også, men er meget sjelden, at rettsforlik inngås i saker for Høyesterett.

Det er altså ikke slik at partene, når en rettstvist er brakt inn for domstolene, har krav på at saken avgjøres ved dom uten at andre løsningsmuligheter forsøkes. Tvert i mot er hovedregelen i retts-systemet at hvor tvisten er av en slik art at den kan løses gjennom avtale, skal muligheten for minnelig løsning gjennom forlik være undersøkt.

Det er en rekke unntak fra hovedregelen om at mekling skal være forsøkt i forliksrådet før saken kan bringes inn for tingretten ved søksmål, jf. tvistemålsloven §§ 273 og 274. Dels er disse unntakene begrunnet i at de aktuelle saker ikke er undergitt fri rådighet i den forstand at partene ikke kan treffe avtale om det omtvistete rettsforhold, dels

er unntakene begrunnet ut fra en vurdering av at mekling i forliksrådet for de aktuelle sakstyper ikke er hensiktsmessig. En praktisk viktig regel av den siste kategorien er tvistemålsloven § 274 nr. 1 om at mekling for forliksrådet kan unnlates hvor begge parter har vært bistått av advokat, og det i stevningen opplyses at både saksøker og dennes advokat finner det uten hensikt å bringe saken inn for forliksrådet til mekling eller dom. Dette unntaket medfører at tvister av noen betydning i forretningsforhold meget sjelden bringes inn for forliksrådet. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at unntaket ikke er begrunnet i et standpunkt om at mekling eller andre former for tvisteløsning på annen måte enn ved dom er uegnet for denne sakstypen. Det er utelukkende mekling i forliksrådet som er funnet uhensiktsmessig.

Mekling i regi av retten eller forliksrådet har tradisjonelt foregått i eller i tilknytning til rettsmøter og med alle parter til stede. Domstolenes og forliksrådets dømmende oppgave i saken dersom meklingen ikke leder til en minnelig løsning – og også i atskillig grad tradisjon – har satt grenser for hvor langt retten og forliksrådet kan eller vil gå i retning av å forsøke å få til forlik. Retten og forliksrådet har måttet være nøye med å ivareta sin nøytralitet og sin habilitet. I tradisjonell mekling vil retten f.eks. bare i begrenset utstrekning kunne gi uttrykk for standpunkter om sakens rettslige og faktiske spørsmål, og særlig klare vil disse begrensningene være på et innledende trinn av saken.

Dels for å kunne åpne for en mer «dyperegående» mekling, hvor den eller de som foretar meklingen blant annet også søker å klarlegge partenes mer underliggende interesser i tilknytning til den tvist som er oppstått, og å øke partenes innsikt i svakhet og styrke av deres standpunkter i tvisten, ble det ved lov av 6. september 1996 nr. 64 gitt hjemmel for såkalt rettsmekling. Et annet viktig hensyn ved denne ordningen har vært å sørge for at det blir meklet i saker hvor forliksrådet ikke har vært ansett som egnet meklingsinstans, og hvor det derfor har vært etablert unntak fra den alminnelige regel om meklingsplikt. Det har vært gjort forsøk med slik rettsmekling ved flere tingretter,

en skifterett og en lagmannsrett. Utvalget kommer nærmere tilbake til denne ordningen under II.7.6.

## 7.2 Andre alternative tvisteløsningsmetoder

### 7.2.1 Generelt

Det finnes en rekke andre tvisteløsningsmetoder som alternativ til løsning ved dom enn mekling og rettsmekling. De fleste av disse er avgrenset til bestemte kategorier tvister. Nedenfor skal gis en oversikt over noen praktisk viktige former for slik alternativ tvisteløsning. Oversikten er ikke på noen måte uttømmende. En del nemnder mv. for tvisteløsning, særlig for tvister i forbrukerforhold, er noe nærmere behandlet i II.11 om småkravsprosess.

### 7.2.2 Mekling i konfliktråd

Krav som har sammenheng med at en eller flere personer har påført andre en skade, i praksis ved straffbar handling, kan bringes inn for mekling i konfliktråd. Selve meklingsformen er ikke ulik den som praktiseres av forliksrådet. Partene må møte personlig. Partene kan tillates å ha med seg en hjelper. Denne må ikke være advokat. Avtale som inngås vil være bindende, dog slik at partene har en ukes angrefrist. Avtalen er ikke tvangsgrunnlag og har ikke rettskraftsvirkninger. Det er ikke fritak for mekling dersom kravet må inndrives rettslig.

### 7.2.3 Forhandlinger i stillingsvernsaker

Tvister om holdbarhet av oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold skal ikke bringes inn for forliksrådet til mekling. I stedet gir arbeidsmiljøloven § 61 regler om forhandlinger mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Det er korte frister for fremsettelse av krav om forhandlinger, for avholdelse av forhandlingsmøte og for slutføring av forhandlingene. Partene kan la seg bistå av rådgivere. Det bringes ikke inn noen nøytral tredjeperson til å lede forhandlingene. En avtale vil være bindende mellom partene etter vanlige avtalerettslige regler, men vil ikke ha noen form for rettskraftsvirkning.

### 7.2.4 Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling

En del tvister i tilknytning til lovbestemte krav til likestilling kan bringes inn for Likestillingsombudet og deretter for Klagenemnda for likestilling,

se likestillingsloven §§ 10, 11 og 13. Nemnda kan nedlegge forbud mot handlinger i strid med lovens §§ 3 til 8, og gi nødvendige påbud for at lovstridig handling skal opphøre. Kompetansen vil blant annet gjelde ved brudd på kravet om likestilling ved ansettelse og krav til lik lønn for arbeid av lik verdi. Nemndas vedtak kan bringes inn for domstolene.

### 7.2.5 Nemndsbehandling i forbrukersaker mv.

Det finnes en rekke nemndsordninger i forbrukertvister, både bransjeorganer og frittstående nemnder. Viktig er Forbrukertvistutvalget, jf. lov av 28. april 1978 nr. 18. Etter at tvist om forbrukerkjøp eller håndverkstjeneste er behandlet av Forbrukerrådet, kan tvisten bringes inn for Forbrukertvistutvalget. Saksbehandlingen er skriftlig. Sekretariatet lager en innstilling som partene får uttale seg om. Forbrukertvistutvalget treffer så en avgjørelse som blir bindende hvis den ikke bringes inn for retten innen 4 uker. Andre viktige nemnder er nemnder i forsikrings- og bankforhold (Forsikringsskadenemnda og Bankklagenemnda) og Pasientskadenemnda. I svært mange tilfeller vil det her skje klargjøring av tvistene som partene vil akseptere.

### 7.2.6 Oppmannsordninger i entrepriseforhold

Særlig i entrepriseforhold er oppmannsordninger i bruk. Etter NS 3430 punkt 40.2 kan hver av partene inntil overtakelse kreve en tvist avgjort av en oppmann, med mindre sak er reist for domstolene eller voldgift er begjært. Hvis ikke partene blir enige om hvem som skal være oppmann, oppnevnes denne av tingretten. Det er frister for og begrensninger i saksforberedelsen. Oppmannen skal treffe sin avgjørelse, som skal begrunnes, innen 14 dager etter avsluttet saksforberedelse. Avgjørelsen er ikke bindende, og det er ikke noen frist for deretter å bringe saken inn for domstolene. Formålet med denne ordningen er å legge til rette for en minnelig løsning på tvisten.

En annen praktisk oppmannsordning har Norsk Fabrikasjonskontrakt 1992 (NF 92) som er en standardkontrakt for fabrikasjon av større komponenter til olje- og gassvirksomheten på norsk kontinentalsokkel. Reglene om oppmannsordningen finnes i NF 92 punktene 16.3 og 16.4. Den er begrenset til spørsmålet om arbeidet under en omtvistet endringsordre innebærer en endring av leverandørens kontraktsplikter. Det er frister for de enkelte skritt under prosedyren, regler for utpeking av oppman-

nen mv. Oppmannens avgjørelse blir bindende hvis ikke søksmål eller voldgift er reist eller begjært innen 6 måneder.

### 7.2.7 Twister mellom private og forvaltning

I forvaltningssaker vil den private part regulært ha klageadgang, jf. forvaltningsloven § 28. Det er kanskje ikke naturlig å se denne klageadgangen som en konfliktløsningsmåte, men reelt sett vil klageadgangen virke som en måte å redusere søksmålsbehovet på. Dels vil dette skje ved at den private part kan vinne frem under klageomgangen, men også slik at vedtaket, selv om det går i den private parts disfavor, kan fremstå som mer velbegrunnet og derfor i mindre grad innby til å reise sak for domstolene. Mer som et alternativ til sak for domstolene er klageadgangen til Stortingets ombudsmann for forvaltningen. Den klargjøring av saken som klagebehandlingen her vil kunne lede til, kan, selv om ombudsmannen uttalelse ikke skulle gå i den private parts favor, føre til at søksmål ikke anlegges. For trygdesaker er det naturlig å nevne Trygderetten. Dette er et forvaltningsorgan, men behandlingen ligger nær opp til domstolsbehandling. For den part som klager til Trygderetten, vil avgjørelsen fremstå nokså på linje med en rettsavgjørelse. Trygderettens avgjørelse vil ved søksmål kunne bringes inn for lagmannsretten.

### 7.2.8 Twister i forretningsforhold – voldgift mv.

I forretningsforhold brukes voldgift i mange tilfeller, dog slik at utbredelsen varierer fra bransje til bransje. Voldgiftsbehandlingen vil i de fleste tilfeller foregå på nokså samme måte som en behandling for tingretten. En voldgiftsdom vil bare unntaksvis kunne påankes til en «overvoldgiftsrett». En endelig voldgiftsdom vil ha samme retts- og tvangskraft som en tilsvarende dom avsagt av de ordinære domstoler. Om voldgiftsinstituttet og voldgiftsreglene vises til innstillingen om voldgift.

Det er ikke bare tradisjonell voldgift som i forretningsforhold er alternativ til ordinær domstolsbehandling av rettsvister. For det første er det grunn til å minne om at de fleste rettsvister løses ved forhandlinger mellom partene. Det vil selvfølgelig også være tilfellet i forretningsforhold. Her kommer for øvrig også det ofte inn at partene skal eller ønsker å ha forretningsforbindelse også i fremtiden. I slike tilfeller vil partene regulært se seg best tjent med å løse tvisten på annen måte enn ved hjelp av rettsapparatet eller gjennom voldgift. Det er en viss bruk av konfliktløsningsmeto-

der som kan gjennomføres uten at konflikten mellom partene får et alt for tilspisset preg. Dels er slik konfliktløsning institusjonalisert ved at det tilbys av organer som har utenrettslig konfliktløsning som arbeidsfelt, blant annet Forsikringsklagekontoret og Oslo Handelskammers Institutt for Voldgift og Alternativ konfliktløsning. Utenrettslig konfliktløsning kan blant annet være mekling ved bruk av utenforstående nøytral tredjemann eller en «minitrial» hvor partene – gjerne i en form og på en måte som ikke tilspisser forholdet – legger frem saken for en tredjemann og får forslag til en avgjørelse. Andre måter er at en nøytral tredjemann ikke fremmer forslag til løsning, men gir partene en tilbakemelding om sterke og svake sider ved deres standpunkter, prosessrisiko mv., eventuelt gir uttrykk for hvordan han ser på de rettslige og faktiske spørsmål, for derved å legge et bedre grunnlag for forhandlinger mellom partene. I det hele vil man finne en rekke varianter av metoder for utenrettslig løsning. Langt på vei vil dette være varianter som er beslektet med de konfliktløsningsmåter man har ved ADR (alternative dispute resolution – alternativ tvisteløsning) i rettsvister, se nedenfor under II.7.5.

## 7.3 Alternative tvisteløsningsformer – alminnelige reelle hensyn

Hvor partene kan disponere over et rettsforhold ved avtale, vil det i alminnelighet ikke være noe poeng at tvister blir løst ved dom fremfor f.eks. ved mekling og forlik eller gjennom en annen prosess som i mindre grad tilspisser forholdet mellom partene enn domstolsprosessen. Det beste vil i de fleste tilfeller være at partene kommer til enighet, helst før sak er brakt inn for domstoler eller forliksråd, se II.6.1. Som påpekt vil også de aller fleste tilfeller, hvor det oppstår uenighet eller uklarhet i rettsforhold, finne sin løsning ved avtale ved at en part aksepterer den annens syn eller ved at en part avfinner seg med situasjonen uten å sette sitt syn på spissen.

Hvis partene ikke finner en løsning, vil tvisten kunne bli brakt inn for forliksråd og domstoler. Men heller ikke i denne situasjonen vil det regulært være noe poeng for dem å få løst tvisten ved rettsavgjørelse fremfor f.eks. ved rettsforlik. Det viktige vil være å få en avgjørelse hvor sentrale rettferdshensyn – som nøytralitet hos den som treffer eller medvirker til avgjørelsen, kostnads- og tidseffektivitet, ressurslikhet i prosessen og forsvarlighet og materiell rettferdighet – er oppfylt.

Hensynet til nøytralitet kan meget vel ivaretas



hvor tvisten søkes løst ved mekling, eller eventuelt ved andre konfliktløsningsmetoder som er egnet til å fremme en forhandlingsløsning. Det er ingen motsetning mellom nøytralitet og forliksløsning også hvor en tredjemann som medvirker går langt i å gi uttrykk for standpunkter til tvistesporsmål – forutsatt at standpunktene er saklig begrunnet i de opplysninger som foreligger. Hensynet til kostnads- og tidseffektivitet vil ofte bedre kunne ivaretas hvis det tidlig under saken legges opp til en minnelig løsning. Da kan det kuttes inn på en kanskje lang saksforberedelse, og hovedforhandling kan helt unngås. Etter omstendighetene kan besparelsene for partene være meget store. Forsvarlighet og materiell rettferdighet kan være vanskelig å vurdere. Inngås forlik på et tidlig trinn i en komplisert prosess hvor det faktiske forhold til dels er uklart, blir det først og fremst et spørsmål om et forlik er rimelig avpasset prosessrisikoen. Et viktig hensyn her er at den ene parten ikke får et overtak i vurderingsmulighetene eller i forhandlingene på grunn av en vesentlig ulikhet i ressurser.

I mange tilfeller vil det være viktig for partene å nå en minnelig løsning. Det vil kunne ha en betydelig egenverdi selv å ha vært med på å utforme og godta en løsning på en rettsvist sammenliknet med å få løsningen diktert ved dom, selv om dommen i sitt resultat skulle være like favorabel. Det kan f.eks. gjelde i tvister mellom arbeidsgiver og arbeidstakere, mellom naboer eller i forretningsforhold hvor det vil kunne være aktuelt med videre forretningsforbindelse. Det fremtidige forhold vil her kunne bli langt bedre om tvisten løses ved forlik enn ved rettsavgjørelse. Enda viktigere enn på de nevnte rettsområder vil dette være i tvister i familieforhold. En minnelig løsning av spørsmål om hos hvem av foreldrene et barn skal bo fast hos, om samværsordning, bidrag mv. vil oftest være langt å foretrekke fremfor en avgjørelse ved dom.

Situasjonen kan imidlertid ligge annerledes an. Det er f.eks. ikke upraktisk at det kan være viktig å få en avgjørelse fordi det er behov for å få en rettsavklaring av hensyn til andre tvister. Etter omstendighetene kan mekling og rettsforlik være betenkelig hvis partenes ressurser i meklings situasjonen er for ulik. Generelt vil det være et hensyn av vekt at en part ikke skal oppnå særlige fordeler eller lide tap fordi han på grunn av ressursstyrke eller ressurs svakhet i særlig grad evner eller ikke evner å ivareta sine interesser i en mekling.

Det er også et hensyn av vekt ved vurderingen av mekling at mekling for partene kan lede til forgjeves bruk av ressurser og medføre at en endelig løsning av konflikten forsinkes. Det er viktig å ha dette for øye ved utvelgelsen av saker for mekling

og de undersøkelser som i det hele må gjøres for at man skal kunne skaffe seg et grunnlag for en vurdering av om et meklingsforsøk har noen rimelig hensikt. Men det vil også høre med i bildet her at også en forgjeves mekling kan ha en viss verdi for den senere behandling av saken, dels ved at den kan bli bedre opplyst og ikke minst fordi en forgjeves mekling iallfall kan lede til at klart uholdbare anførsler eller unyttige bevistilbud skrelles vekk.

Det er også ved en drøftelse av reelle hensyn grunn til å peke på at en forutsetning for at et forlik skal være å foretrekke i stedet for en dom, vil være at forlikprosessen er gjennomført slik at parten ikke har grunn til å oppfatte forliket som et resultat av noe urimelig press. Utvalget har ikke grunnlag for å tro at dette har vært noe stort problem hvor forlik er inngått for domstolene, men domssamlingene viser at parter i enkelte tilfeller har vært eller har følt seg presset til å inngå forlik. Det sier seg selv at det for tilliten til domstolene er særdeles viktig å unngå slike situasjoner.

Utvalgets hovedkonklusjon er klar: Generelt er forlik en god måte å løse rettsvister på. Det bør legges opp til en saksbehandling som muliggjør inngåelse av forlik hvor sakens karakter tilsier det.

## 7.4 Tradisjonell mekling

Det er ikke grunn til å fjerne regelen om at domstolene på et hvert trinn av saken kan forsøke mekling, jf. tvistemålsloven § 99. Det er viktig at retten har for øye om det bør tas initiativ til forliksmekling fra rettens side. Men når rettsmekling innføres, må det tas med i overveielser om det heller bør foretas rettsmekling enn ordinær mekling.

I tilknytning til en lovfesting av rettens adgang og plikt til å ta opp spørsmålet om mekling eller rettsmekling, er det grunn til å understreke at spørsmålet om det tas initiativ til å få saken løst ved forlik slett ikke bare er avhengig av objektive forhold knyttet til den enkelte sak og dens karakter. Det er nok slik at enkelte sakstyper lettere vil bli løst ved forlik enn andre. Men også subjektive forhold hos de impliserte vil være av betydning. I atskillig grad vil spørsmålet om løsning av en tvist ved forlik være personavhengig. Evnen til smidighet og til å se at også motparten kan ha argumenter for sitt standpunkt, varierer i høy grad. Spørsmålet om hva som i det konkrete tilfellet fremstår som den gunstigste måten å løse en tvist på, vil også kunne vurderes forskjellig fra person til person. Det preg av tilfeldighet – i forhold til sakens objektive side – det kan ha om forlik blir inngått eller ikke, blir ikke mindre ved at også enkelte dommere har meget

forskjellig holdning til om de skal søke å få i stand forlik. Alle som har erfaring av betydning fra rettsaker, vil vite at enkelte dommere er meget aktive – noen kanskje for aktive – med henblikk på å få i stand forlik, mens andre dommere ikke utviser aktivitet overhodet. Slike ulikheter i holdninger og preferanser hos dommere, kan det være vanskelig å utjevne gjennom lovregler. Det er imidlertid å håpe, etter hvert som rettsmekling blir en del av den prosessuelle hverdag, at dette vil skape en generell bevissthet om nytten av å søke og oppnå minnelige løsninger, og på den annen side også i at det er klare grenser for hvor langt en skal gå i å forsøke å oppnå dette.

## **7.5 Forlik eller minnelig løsning gjennom andre metoder enn tradisjonell mekling. Særlig om rettsmekling**

### **7.5.1 Generelt**

Som nevnt under II.7.1 og II.7.2, er det en rekke andre konfliktløsningsmetoder enn tradisjonell mekling som alternativ til konfliktløsning ved dom. Rettsmekling er den formen som ligger nærmest opp til tradisjonell mekling. Hovedforskjellen ligger her først og fremst i at den nøytrale tredjemann som mekler vil gå lenger i meklingsforsøket enn hva som er vanlig ved tradisjonell mekling, og også at selve den mer «tekniske» gjennomføringen, blant annet med separate møter med hver part, oftest vil være en noe annen i rettsmekling.

Men det finnes også andre metoder enn rettsmekling som tar sikte på å legge et grunnlag for en minnelig løsning mellom partene. Det er slike metoder som i angloamerikansk rett går under navnet ADR (alternative dispute resolution) – alternativ tvisteløsning. Vår forsøksordning med rettsmekling er utformet med den amerikanske mediation-metoden som forbilde. USA har vært et foregangsland når det gjelder slike alternative tvisteløsningsmetoder. Dette har vært metoder som har vokst frem dels fordi domstolene har hatt et behov for avlastning. Domstolskøene har vært lange. Domstolene har hatt et voldsomt arbeidspress og har ikke maktet å ta sakene unna på rimelig måte. Partene har derved hatt et uløst behov for raskt å kunne få løst rettstvister. Generelt er det enda mer kostbart med rettstvister der enn hos oss. ADR-metoder har vært rimeligere alternativer. I mange situasjoner har det vært ansett heldig med en partsmedvirkning for å få løst sakene i minnelighet. ADR har også åpnet for løsninger

som har kunnet vektlegge hensyn og interesser hos partene ut over den konkrete tvisten. I USA er det tradisjon for at et stort antall saker løses ved forlik. ADR-metoder har sikret at forlik inngås på et bedre og tryggere grunnlag enn hva som tidligere var tilfellet. Generelt har bruken av ADR ved domstolsbehandling økt folks tilfredshet med rettsystemet.

Vurderingen av bruk av alternative tvisteløsninger bør ikke uten nærmere overveielse utelukke være et spørsmål om opprettholdelse og utforming av en ordning lik den rettsmeklingsordning som nå er innført. Hvis rettsmekling skal opprettholdes som den eneste formen for alternativ tvisteløsning i domstolsprosessen ved siden av tradisjonell mekling, må det være ut fra en vurdering av behov og andre reelle grunner.

Som påpekt er USA foregangslandet og det landet som har gått lengst i å utvikle metoder som skal fremme minnelige løsninger i rettstvister. Utvalget finner som utgangspunkt for en vurdering av hvilke tvisteløsningsmetoder som bør overveies innført i norsk rett, grunn til summarisk å gi en oversikt over ADR metoder i bruk i USA. Det er gjort nedenfor under II.7.5.2 om fremmed rett.

Ovenfor under II.7.2 ble det gitt en generell oversikt over en del ulike konfliktløsningsmetoder. For utvalget er det naturlig først og fremst å vurdere bruk av slike metoder som et ledd i domstolsprosessen, med andre ord bruk av slike metoder som et ledd i under saken å oppnå en minnelig løsning gjennom forlik eller rettsforlik. Som utvalget kommer til under punkt II.7.7 og II.6.5, er det grunn til også å gi et standard regelsett for mekling uavhengig av rettssak, som partene kan vedta skal komme til anvendelse ved mekling, forlikshandlinger mv., jf. §§ 6-6 til 6-9.

### **7.5.2 Bruk av ADR – alternativ tvisteløsning – i fremmed rett, særlig om USA**

#### **7.5.2.1 Generelt**

Alternative tvisteløsninger til løsning ved dom er internasjonalt i sterk fremvekst. Dels har slike metoder vokst frem for å avlaste det ordinære rettsapparatet, men først og fremst har siktemålet vært å finne frem til løsningsmetoder som er bedre tilpasset partenes behov og interesser. Et foregangsland har som nevnt vært USA, og alternative tvisteløsningsmetoder – ADR – der har dannet mønster for den utvikling som har vært i andre land. Det kan nevnes at ved den sivilprosessreformen som nå er satt i kraft i England, er ADR fremhevet som en prinsippal måte å løse rettstvister på.

### 7.5.2.2 *Generelt om bruk av ADR i føderale domstoler i USA*

ADR (alternative dispute resolution) – alternativ tvisteløsning – er systematisk tatt i bruk i det amerikanske rettssystemet særlig de par siste tiår. Å føre sivile rettssaker er meget dyrt i USA, og det er en langsom prosess. Restansene ved mange domstoler er store, og behandlingstiden er til dels meget lang. Forskjellige ADR metoder har vokst frem dels for å fremme raskere og billigere avgjørelser. I USA har imidlertid også et annet hensyn vært vesentlig. Blant annet på grunn av de store omkostningene ved å føre en rettssak gjennom rettssystemet, er det tradisjon for at en meget betydelig andel av de sivile rettssaker avgjøres ved forlik. Dette er en tradisjon som skriver seg fra lang tid tilbake, og som derfor ikke er et resultat av ADR. Men ulike ADR metoder har vært sett på som vesentlige for å sikre partene et bedre grunnlag for å inngå rettsforlik enn de ellers ville hatt. Partene får hjelp fra domstoler og nøytrale tredjemenn som de ellers ikke ville fått.

Når det gjelder USA og bruk av ADR, er det viktig å være klar over at det er store variasjoner mellom de enkelte domstoler. Dels er det ulikheter mellom føderale og statlige domstoler, men det er også ulikheter mellom domstoler innenfor samme domstolskategori i samme stat og også mellom føderale domstoler. Dette må ses i sammenheng med at det ikke er et komplett føderalt regelsett for ADR, i den forstand at saksbehandlingen ikke i detalj er lovregulert ved føderal lovgivning. Av de regler om ADR som er gitt ved føderal lovgivning, er det grunn til å fremheve the Civil Justice Reform Act (1990), som ga domstolene hjemmel til bruk av ADR som ledd i en plan for å forbedre den kostnadsmessige og tidsmessige side ved behandlingen av sivile saker, jf. Title 28, Judiciary and Judicial Procedure §§ 471 flg., særlig § 473(a)(6). Dernest må nevnes Alternative Dispute Resolution Act (1998), jf. Title 28 §§ 651 flg. I § 652 heter det blant annet:

«Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsection (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071 (a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral

evaluation, and, if the parties consent, arbitration.»

Viktig er videre den alminnelige regel om saksforberedende møter – «pre-trial conferences» – i Federal Rule 16. Det er her gitt anvisning på at retten skal ta opp spørsmålet om bruk av ADR og legge til rette for det.

De enkelte domstoler vil gjerne ha detaljerte regler for de ADR-prosesser som er tatt i bruk ved domstolen. Generelt har amerikanske domstoler en ganske vid adgang til selv å supplere de alminnelige saksbehandlingsregler, og en slik adgang er for ADR forutsatt både i the Civil Justice Reform Act (1990) og i Alternative Dispute Resolution Act (1998). Forholdet vil være at såvel bruk av ADR mer generelt, valg av ADR-metoder og utformingen av detaljerte prosessregler om ADR vil variere fra domstol til domstol. En oversikt over bruken av ADR ved de forskjellige district courts i USA er gitt i ADR and Settlement in the Federal District Courts, utgitt 1996 av Federal Judicial Center og CPR Institute for Dispute Resolution. Selv om bruken av ADR stadig er i utvikling, gir boken en oversikt som i hovedtrekk er dekkende også i dag.

Nedenfor skal gis en beskrivelse av de viktigste former for ADR som er i bruk ved amerikanske domstoler.

### 7.5.2.3 *Mediation*

Ved den ADR-metode som benevnes mediation mekler en nøytral tredjepart mellom sakens parter med det formål å nå frem til en avtalt løsning på tvisten. Det er en metode som ikke binder partene, i den forstand at de forpliktes til forslag eller antydninger til løsninger som rettsmekleren måtte fremsette. Det står partene fritt etter fullført mekling å fortsette saken frem til dom. Det som er et vesentlig kjennemerke ved mediation er at et siktemål er å utvide diskusjonsgrunnlaget, og også alternativer for løsning, ut over den – kanskje begrensede – rettsvist saken gjelder.

Rettsmekleren skal under forhandlingene blant annet søke å fremme evnen til kommunikasjon mellom partene, søke å hjelpe partene til å få klarhet i de underliggende interesser i saken, klarlegge styrker og svakheter i hver parts rettslige styrke, få frem konsekvensene for partene ved ikke å komme til enighet og fremsette forslag til løsninger som partene kan akseptere.

Selve rettsmeklingsprosessen vil gjerne dels bestå i fellesmøter mellom parter og advokater og dels i særskilte møter med hver part og advokat.

Hvis det nås frem til avtale, er det noe forskjellig

praksis i domstolene for om rettsmekleren setter opp en komplett avtale, eller bare en skisse med hovedpunkter, og så overlater til partenes advokater å få formalisert avtalen. Hvis enighet ikke oppnås, vil rettsmekleren forsøke å se om det er mulighet til å oppnå enighet på enkelte punkter, iallfall oppnå enighet vedrørende forhold for den videre behandlingen av saken.

Rettsmekling i form av mediation foretas ikke av en som skal dømme i saken. Svært ofte er det knyttet en pool med rettsmeklere til domstolen, og en av disse fungerer som rettsmekler i den konkrete sak. Vanligvis må rettsmeklerne gjennom et treningsprogram, og domstolene søker å evaluere kvaliteten på deres arbeid. I noen domstoler kan såkalte «magistrate judges» være rettsmeglere. Det hender også at en «district judge» gjør tjeneste som rettsmekler.

Formålet med mediation er å finne frem til en løsning på rettsvisten, eller iallfall å få saken forenklet med henblikk på den videre prosess. De fleste domstoler krever av den grunn at parten selv, eller en representant for parten med forliksfullmakt og forlikskompetanse, deltar i rettsmeklingen.

Utvelgelsen av de saker som skal gå til mediation varierer fra domstol til domstol. Noen domstoler har ADR som et obligatorisk ledd i prosessen, og partene er da i utgangspunktet tvunget til å forsøke rettsmekling eller eventuelt en annen ADR-metode som reglene åpner for bruk av. Domstoler som har tvungen ADR, åpner nokså unntaksfritt for at partene skal kunne be om fritak fra ADR hvis de mener at det foreligger sterkere grunner for dette.

Andre domstoler gir adgang til ADR, herunder ofte mediation, etter begjæring fra partene eller etter beslutning fra forberedende dommer, eventuelt en ansatt ADR-ansvarlig ved domstolen, etter en konkret vurdering av den enkelte sak. Andre domstoler igjen kan ha regler om at bestemte saks typer skal gå til ADR, med mulighet for fritak, og gjerne også med mulighet for, etter en konkret vurdering, å inkludere andre typer saker.

Ved den konkrete vurdering av om en sak bør henvises til mediation, og ved utformingen av regler for hvilke saker som skal henvises til mediation, har det blant annet vært vanlig å legge vekt på om saken skal prøves av en jury eller av fagdommeren alene. (For mange kategorier av sivile saker for amerikanske domstoler, både føderale og statlige, vil partene kunne kreve saken behandlet med jury.) For såkalte «bench trials» er det ikke jury, og tvisten prøves fullt ut av dommeren. I slike tilfelle er det tradisjon for at dommeren under de forberedende rettsmøter som holdes i saken, viser

tilbakeholdenhet med å legge opp til eller undersøke mulighetene for rettsforlik. Av den grunn har det for disse sakene vært ansett nyttig at andre enn dommeren på vegne av retten kan forsøke å få til rettsforlik. At saken skal avgjøres etter bench trial, vil derfor bli ansett som et forhold som taler for å vise saken til mediation.

Mer komplekse og store saker vil ofte bli vist til mediation. Dette dels ut fra at slike saker uansett vil kreve en opprydning, og at det i komplekse saker kan være et behov for å søke å få til kreative løsninger som vil være mer omfattende enn en løsning av den konkrete rettsvisten.

Dersom partene i fremtiden fortsatt vil ha kontakt, det kan være arbeidsrettstvister, tvister i løpende kontraktsforhold, familieforhold mv., vil det tale for mediation. Dette ut fra den grunn at en løsning gjennom mediation vil kunne gi partene en løsning der ingen av dem fremstår som tapere eller vinnere, men begge har fått et akseptabelt resultat.

En del saker som gjelder bl.a. miljømessige forhold har vært ansett egnet for mediation. Rent generelt har det også vært lagt vekt på om saken bærer preg av dårlig kommunikasjon partene imellom. I så fall taler dette for at en rettsmekler forsøker å bedre kommunikasjonen, og ved dette får en løsning på tvisten.

Visse sakstyper ekskluderes vanligvis fra ADR. Det er for det første den type søksmål som hos oss ikke vil bli regnet for å være undergitt fri rådighet. Dernest gjelder det saker som avgjøres uten muntlig forhandling og også saker hvor det er selvprosederende parter.

Mediation kan i prinsippet brukes på ethvert trinn av saken, både under innledningen av saksforberedelsen, etter at «discovery» (bevisinnhenting – som er formalisert og kan være meget omfattende og kostbar, se II.16.6) helt eller delvis er fullført og også helt frem til, eller i tilknytning til, hovedforhandlingen – «the trial».

Når det gjelder fordeler ved bruk av mediation, pekes det gjerne på: Det muliggjør en løsning gjennom enighet, og en bredere løsning enn ved dom. En slik, gjerne bred, løsning vil for begge parter kunne innebære en bedre løsning enn det de ville kunne oppnå ved dom. Generelt vil det også være tilfredsstillende for partene at de har greid å løse tvisten gjennom forhandlinger. Generelt er det også av betydning at domstolen kan tilby en slik alternativ løsningsform, som parter i tvister for amerikanske domstoler i økende grad etterspør. Selve den metode som brukes i mediation, innebærer fordeler sammenlignet med mer tradisjonelle rettsforhandlinger, fordi den øker muligheten for avtale.

Som fordel pekes det også gjerne på at partene generelt er fornøyd med tvisteløsningsformen.

Men det fremheves også betenkeligheter ved mediation. For det første uttales det tvil om domstolene vil kanalisere tilstrekkelige ressurser til at mediation kan gjennomføres på skikkelig måte. Det pekes her på at domstolene må ha trenete funksjonærer, og ikke minst at det kreves skikkelig opplæring av rettsmeglerne og evaluering av dem og den ADR-prosess domstolen har.

Det pekes på at for de saker hvor mediation ikke fører til noen løsning, verken helt eller delvis, vil mediation innebære forsinkelse og økte omkostninger for partene. Det vil kunne være en fare for at noen dommere vil vise en sak til mediation, fordi de ikke ønsker saken. I samme forbindelse pekes det på at det vil kunne være en risiko for urimelig press overfor partene om å gjennomgå mediation, og at selve behandlingsmåten vil kunne innebære et element av press for å inngå forlik. Det pekes videre blant annet på at det forhold at rettsmeklere til dels opptrer uten godtgjørelse, eller har en meget beskjeden godtgjørelse, over tid vil kunne svekke kvaliteten på det arbeidet som utføres.

#### 7.5.2.4 Arbitration

«Arbitration» eller «court-annexed arbitration» er en ikke-bindende voldgift avgjort ut fra sakens dokumenter og det som fremkommer under et relativt kort muntlig rettsmøte hvor begge parter får fremføre sin sak. Denne ikke-bindende avgjørelsen skal bygge på faktum slik det fremstår for dommeren og på rettsregler, og ikke rimelighet. Det er opp til partene om de vil akseptere avgjørelsen eller ikke. Hvis de ikke vil akseptere avgjørelsen, må de innen en bestemt tidsfrist be om «trial de novo», dvs. at saken prøves av retten som om arbitration ikke var foretatt. Saken fortsetter da for domstolene. Hvis trial de novo ikke kreves, blir voldgiftsavgjørelsen bindende som dom, og den kan ikke påankes.

Den som er «arbitrator» – voldgiftsmann – i saken er en jurist, som vil tjenestegjøre mot en beskjeden betaling eller uten betaling. Partene kan bli enige om hvem som skal være arbitrator, eller vedkommende kan tas fra et utvalg av voldgiftsmenn som retten har oppnevnt. En slik arbitration holdes vanligvis etter begrenset bevisinnhenting gjennom deler av den saksforberedelsesprosessen som utgjøres av discovery.

En del domstoler har såkalt «mandatory arbitration». Det vil si at en gjennomført arbitration er en obligatorisk del av prosessen. Men det er gjerne mulighet for å gjøre unntak etter begjæring fra

partene, også slik at dommeren i stedet kan vise saken til en alternativ form for ADR, f.eks. mediation. De obligatoriske programmene vil også nok så unntaksfritt være begrenset til bestemte sakstyper. Praktiske saker er erstatningssaker for skade på person eller eiendom hvor tvistegjenstanden ikke overskrider 100 000 - 150 000 USD.

Mange domstoler som ikke har tvungen ADR, vil ofte ha arbitration som ett av de ADR-alternativer partene kan fremsette begjæring om. Studier, blant annet en større studie fra 1990 utført av Federal Judicial Center, fant at partene generelt var fornøyd med denne formen for ADR. De oppfattet avgjørelsesformen som «fair». I denne sammenheng er det grunn til å bemerke at det å gjennomføre en sivil sak for amerikanske domstoler er så dyrt at det er urealistisk i mange saker. I slike tilfelle vil en avgjørelse gjennom arbitration være et alternativ til en avtale som eventuelt kan oppnås gjennom forhandlinger mellom partenes prosessfullmektiger. Det fremheves at ved arbitration får partene «a day in court», hvilket de reelt sett ikke vil få ved vanlig prosess. En løsning gjennom arbitration har en kostnadsmessig gunstig side, og det har også selvfølgelig en gunstig effekt ved at det reduserer domstolenes saksmengde. Generelt har også en løsning gjennom arbitration kontra en løsning ved vanlig dom den fordel at løsningen ofte vil komme langt tidligere.

Men det er også betenkeligheter ved systemet. For det første krever også arbitration-programmer ressurser, og det er reist spørsmål om tilstrekkelige ressurser allokeres til dem. Videre pekes det på en langtidseffekt i forhold til hvordan rettsvesenet oppfattes, ved at partene på mange måter avskjæres adgang til det vanlige rettssystemet. I denne forbindelse trekkes det også gjerne frem usikkerhet omkring kvaliteten på dem som opptrer som voldgiftsmenn. Spørsmålet blir om slike saker av mindre betydning, som da riktignok kan gjelde titusener av USD dollar eller mer, blir «second-class justice».

#### 7.5.2.5 Early Neutral Evaluation

I «early neutral evaluation» (ENE) kommer partene sammen til et møte tidlig under saksforberedelsen. Hver side presenterer summarisk sin sak overfor en nøytral ekspert. Meningen er så at den nøytrale tredjemann skal gi partene sin vurdering av saken. Den nøytrale tredjemann vil også kunne hjelpe partene å bli enige om et opplegg for den videre saksforberedelse og også, om partene ønsker det, forsøke mekling med henblikk på å komme frem til en løsning.

En del domstoler har ADR som et obligatorisk – «mandatory» – element i saksforberedelsesprosessen. ENE kan være en av flere ADR-metoder som benyttes. Partene kan begjære bruk av ENE, men det er dommeren som vil bestemme hvilken ADR-metode som skal benyttes. I andre tilfeller benyttes ADR etter særskilt beslutning av dommeren ut fra en vurdering av den konkrete saken. Det vil da oftest bli lagt vesentlig vekt på partenes synspunkter, både med hensyn til om ADR skal benyttes og ved valget av ADR-metode.

Som påpekt består ikke ENE utelukkende i en evaluering av saken fra den nøytrale tredjeparts side. Det legges også opp til, med mindre partene motsetter seg det, mekling med henblikk på å oppnå et resultat.

Formålet med ENE er sammensatt. Det pekes gjerne på at det får partene på et tidlig tidspunkt av saken til å kommunisere bedre og til å få bedre innsikt i saken sett fra den annen parts side, samt få tilgang til en større del av bevismaterialet. Metoden oppmuntrer parter og advokater til å vurdere sin situasjon, og den nøytrale tredjemanns vurderinger hjelper her til forståelsen. Videre åpnes det også for drøftelser med henblikk på å komme frem til en avtale.

Området for ENE er meget vidt, og ligger ikke langt fra det området hvor mediation brukes. Enkelte saksgrupper, som f.eks. familiesaker, synes imidlertid mer sjelden å bli vist til ENE. Det pekes ofte på at ENE særlig er aktuelt i saker hvor partene ser vesentlig forskjellig på rettslige og faktiske spørsmål.

Advokater og parter skal gjennomgående være fornøyd med denne ADR-prosessen. Det er delte meninger om i hvilken grad metoden fører til reduserte omkostninger og redusert tid til å komme frem til en avgjørelse.

Fordelene ved ENE kan summarisk angis til at advokater og parter lettere forstår styrke og svakhet ved deres sak, og at dette, sammen med meklingsbestrebelse, vil kunne lede til at forlik inngås. Betenkelighetene er omtrent de samme som gjerne uttrykkes i forhold til mediation. Det reises spørsmål ved om de som fungerer som nøytrale tredjemenn, har den tilstrekkelige kvalitet, og om de får en adekvat trening. Særlig sett over tid er man bekymret for kvaliteten på denne tjenesten fra domstolens side. Det pekes også på som en negativ faktor at hvor enighet ikke oppnås, vil ENE utgjøre et ytterligere ledd i en allerede omstendelig saksforberedelsesprosess.

#### 7.5.2.6 *Summary Jury Trial/Summary Bench Trial*

Den fjerde hovedmetoden for ADR utgjøres i amerikanske domstoler av «summary jury trial». Det trekkes ut en egen jury for en slags forenklet og summarisk hovedforhandling. Denne gjennomføres så, og prøvejuryen avsier en kjennelse som ikke er bindende, men som skal være et grunnlag for påfølgende forliksforhandlinger. Det er en variant av denne prosessformen i såkalt summary bench trial. Det er tilfeller hvor saken skal avgjøres av den juridiske dommeren, se II.7.5.2.3. Da vil en annen jurist sitte som prøvedommer og avsi en ikke-bindende avgjørelse etter en slik forenklet prosess. Også ved summary jury trial vil for øvrig situasjonen være at det ikke er den fagdommeren som eventuelt skal sitte som dommer under den reelle hovedforhandlingen, som leder prøveforhandlingen. Bevisføringen i disse tilfellene er forenklet, og de ellers strenge, formelle, reglene følges ikke på noen måte fullt ut. Partenes innlegg er også sterkt forenklet.

Summary jury trial eller eventuelt summary bench trial vil kunne være ett av alternativene enten ved obligatorisk bruk av ADR eller i tilfelle hvor ADR kan besluttes i enkelttilfelle ut fra en vurdering særlig av sakens art og kompleksitet. Metoden brukes gjerne i større saker. Et moment for å velge metoden vil være om det er vesentlig uenighet om faktiske forhold. Videre fremheves det at om én eller begge parter synes å ha et urealistisk syn på saken og hva som kan oppnås med den, kan dette tale for metoden. Det samme gjelder i tilfeller hvor det er sterke følelser i saken fra begge sider. Som momenter mot å bruke metoden vises blant annet til tilfeller hvor det ikke synes å være noen mulighet for forlik og tilfeller hvor saken reiser rettslige, viktige prinsipielle spørsmål. Det er også et moment mot å bruke metoden dersom kvaliteten på advokatene i saken åpenbart er sterkt forskjellig. Det regnes med at advokatene har en vesentlig større innflytelse på avgjørelsen etter en summary jury trial enn på jurykjennelser etter en ordinær gjennomført hovedforhandling.

Som fordeler ved slik summary jury trial, eventuelt summary bench trial, nevnes gjerne at partene raskt vil få en god indikasjon på hva avgjørelsen i saken etter en ordinær forhandling etter all sannsynlighet vil bli. Man unngår lange, unødvendige hovedforhandlinger. Det skapes også et grunnlag for forliksforhandlinger.

Blant svakhetene ved dette systemet pekes det blant annet på at det kan være grunn til å stille spørsmål ved kvaliteten av den avgjørelse som treffes.

Det reises også spørsmål ved hvor store ressurser som egentlig spares.

#### 7.5.2.7 Andre ADR-metoder

Her kan det være grunn til først å nevne såkalte «settlement conferences» – saksforberedende møter med henblikk på å undersøke mulighetene for inngåelse av rettsforlik. Dette blir imidlertid vanligvis ikke betraktet som en ADR-prosess, slike konferanser blir behandlet særskilt nedenfor under II.7.5.2.8.

Det finnes en rekke varianter av ADR-prosesser, mer eller mindre like de hovedtypene som er beskrevet foran. Av disse skal nevnes bl.a.:

«Court minitrial»

Dette er en metode som brukes i relativt komplekse saker. Hver side presenterer på en summarisk måte hovedelementene i sin sak overfor en nøytral tredjemann. Forhandlingen er uformell, vanligvis uten vitner og med uformell bevisføring for øvrig. En slik høring tar vanligvis en til to dager i helt store saker. Den nøytrale tredjemannen forsøker etter at partene har presentert hver sin sak å forhandle frem et forlik. Lykkes ikke det, vil den nøytrale tredjemann gi partene sitt syn på saken. Her kan det være varianter. Den nøytrale tredjemann kan først presentere sitt syn og eventuelt siden forhandle om partene ikke aksepterer det.

«Michigan mediation»

En egen ADR-metode er det som blir kalt Michigan mediation. Dette er en ADR-prosess utviklet i føderale og statlige domstoler i Michigan, derav navnet. Det er en hybrid mellom mediation, case evaluation og court arbitration. Vanligvis presenterer partene sin sak kort for et panel av tre nøytrale oppmenn. Panelet møter så etter presentasjonen av saken med partene og advokatene for hver side separat for å diskutere forlik. Oppnås ikke det, vil panelet avsi sin avgjørelse, eventuelt etter betenkningstid. Partene har så en frist til å vurdere om de vil akseptere avgjørelsen. Hvis de ikke gjør det, må de begjære trial de novo. Begjæres det trial de novo, fortsetter saken til hovedforhandling etter alminnelige regler.

«Settlement weeks»

Særlig en del domstoler som har store restanser, praktiserer såkalte settlement weeks. Domstolen legger da for en periode, f.eks. en uke, annen aktivitet til side og konsentrerer seg om mekling, vanligvis mediation, i saker som er blitt gamle. Dels er det domstolens dommere som er rettsmeklere, men det trekkes også vanligvis inn hjelp fra andre til å gjennomføre rettsmeklingen. For saker hvor forlik ikke oppnås, vil saksforbere-

delsen fortsette og saken eventuelt gå til hovedforhandling.

«Multidoor courthouse»

Multidoor courthouse er et uttrykk som brukes til å beskrive ikke en bestemt ADR-prosess, men det forhold at domstolen har en rekke forskjellige ADR-prosesser som tilbys.

#### 7.5.2.8 Settlement Conferences

Etter Federal Rule of Civil Procedure, Rule 16, skal det holdes «pre-trial conferences». Det kan berammes slike conferences – saksforberedende møter – særlig med henblikk på å forsøke forliksmekling, og konferansene kalles da gjerne settlement conferences. Den som leder det saksforberedende møtet, det kan være dommeren i saken eller en magistrate judge, vil da undersøke mulighetene for forlik, og vil til dels benytte metoder som ligger nær opp til eller reelt er mediation. Det er meget praktisk at slike settlement conferences leder til settlement – rettsforlik.

Om ikke tidligere, så blir nærmest unntaksfritt den pre-trial conference som holdes etter avslutningen av saksforberedelsen for øvrig, gjerne benyttet som settlement conference. Men det er vanlig at det iallfall i større saker holdes flere saksforberedende møter, og svært ofte vil dommeren i alle disse møtene forsøke å undersøke grunnlaget for forlik.

Ved at dommeren forsøker å få til forlik, involveres hun eller han mye i saken på den måten at det vil kunne stilles spørsmål ved deres nøytralitet om saken eventuelt skulle gå til doms. Hvis det derfor berammes spesielle settlement conferences, vil det vanlige være at det er en annen dommer – ofte en «magistrate judge» – som opptrer under konferansen. Alternativet ville være, etter en slik konferanse som ikke leder til forlik, å overføre saken til en annen av domstolens dommere. Svært mange domstoler og dommere ønsker imidlertid ikke at saker som er forberedt av en dommer, skal måtte overføres til en annen dommer for hovedforhandling. Praksis varierer imidlertid noen grad på dette punkt fra domstol til domstol.

#### 7.5.2.9 Nederland – «kort geding»

Kort geding er i Nederland en form for forenklet behandling av sivile rettsvister. Kort geding er utformet med utgangspunkt i reglene om midlertidig forføyning. Det kreves, som ved midlertidig forføyning ellers, at det er et behov for en rask avgjørelse. Men vilkåret om behov for rask avgjørelse er ikke så strengt som det krav til forføy-

ningsgrunn som stilles opp for midlertidig forføyning eller arrest etter norsk rett. Bare unntaksvise kreves det sikkerhet som vilkår for avgjørelse etter kort geding. Behandlingen er rask og uformell. Den er ikke avhengig av at begge parter ønsker saken avgjort ved kort geding. På samme måte som ved midlertidig forføyning etter våre regler, kan en avgjørelse etter kort geding følges opp av et hovedsøksmål. Det er imidlertid regulært ikke noe vilkår at dette gjøres. Det langt vanligste er at tvisten får sin avslutning ved avgjørelsen etter kort geding, med andre ord at avgjørelsen etter kort geding ikke følges opp av noe hovedsøksmål. Slik sett fungerer systemet på mange måter som en minitrial, hvor avgjørelsen aksepteres av partene. Fortsetter saken til ordinær avgjørelse, kan samme dommer lede den videre saksforberedelse og pådømmelse. Det er sagt noe nærmere om kort geding i *Civil Justice In Crisis, Comparative Perspective of Civil Procedure*, Oxford 1999 (Adrian Zuckerman, red.) side 445 – 446.

## 7.6 Forsøksordningen med rettsmekling

### 7.6.1 Reglene

Tvistemålsloven § 99a, som ble tilføyd ved lov 6. september 1996 nr. 64, gir hjemmel for forsøksordning ved enkelte tingretter og lagmannsretter om «utvidet mekling» i saker som er brakt inn for domstolene – såkalt rettsmekling. Forsøksordningen ble etablert ved forskrift av 13. desember 1996 nr. 1144. Ordningen trådte i kraft 1. januar 1997. Den omfattet opprinnelig fem førsteinstanser og en lagmannsrett. Ordningen er senere utvidet til flere domstoler, og per 1. januar 2000 omfattet den Agder lagmannsrett, Asker- og Bærum herredsrett, Indre Follo herredsrett, Nordmøre herredsrett, Oslo byrett, Oslo skifterett, Salten herredsrett, Trondenes herredsrett, Trondheim byrett og Tønsberg byrett.

Saksbehandlingsreglene er gitt ved forskriften av 13. desember 1996 nr. 1144. Retten treffer beslutning om rettsmekling skal foretas eller ikke, jf. forskriften § 2. Det er sagt i bestemmelsen at når søksmål eller anke er kommet inn til retten, og senest når tilsvaret er angitt, skal retten vurdere om rettsmekling skal foretas. Partene skal gis rett til å uttale seg. Det skal ved beslutningen legges vekt på partenes standpunkt, hvilken utsikt det er til forlik og i hvilken utstrekning rettsmeklingen kan føre til en forenkling av saken selv om det ikke oppnås en minnelig løsning på tvisten – iallfall ikke fullt ut.

Beslutningen, enten den går ut på at rettsmekling skal foretas eller ikke, kan ikke påkjæres.

Bak forskriften § 2 ligger en forutsetning om at retten, gjerne forberedende dommer, skal gå skikkelig gjennom saken på et meget tidlig trinn av saksforberedelsen som ledd i arbeidet fra rettens side med å sørge for at behandlingen raskt kommer inn i et tilfredsstillende spor og styres eller iallfall følges med sikte på nødvendig inngripen.

Etter forskriften § 3 skal rettsmekling foretas av en av domstolens dommere eller av «en person med innsikt i rettsmekling og/eller de tvistepunkter saken reiser.» Det er i bestemmelsen gitt hjemmel for at domstolens leder kan utarbeide en liste over personer utenfra som kan være aktuelle som rettsmeklere ved domstolen.

Regler om hvordan meklingen skal gjennomføres er inntatt i forskriften § 4. Det er relativt få bånd av betydning for fremgangsmåten. Generelt er det gitt anvisning på at rettsmekleren bestemmer fremgangsmåten, herunder om det skal holdes meklingsmøter med partene hver for seg eller samlet. Rettsmeklingen foregår utenfor rettsmøter. Dette vil blant annet ha som konsekvens at møtene ikke er offentlige. Bevisføring kan finne sted med partenes samtykke, og da i den utstrekning rettsmekleren finner det hensiktsmessig. Det er regler for føring av protokoll for meklingsmøtene.

Forskriften § 4 siste ledd har regler om taushetsplikt ved rettsmeklingen. Rettsmekler, parter og prosessfullmektig har taushetsplikt tilsvarende den som følger av tvistemålsloven § 284 annet ledd for forliksrådets medlemmer ved mekling der. Om denne bestemmelsen, se Schei side 826.

Rettsmeklerens oppgave er beskrevet i forskriften § 5. Den er å forsøke å forlike partene. Det er uttrykkelig angitt at rettsmekleren kan komme med forslag til løsning av tvisten eller deler av denne. Det må også ligge innenfor rettsmeklerens oppgave etter bestemmelsen å forsøke å forenkle tvisten partene imellom, f.eks. slik at partene gir opp klart uholdbare standpunkter av faktisk karakter eller uholdbare anførsler, selv om dette ikke leder til løsning av noen av de omtvistete krav. I det hele må det ligge innenfor rettsmeklerens oppgave også å bidra til å «rydde» tvisten.

Kommer partene til enighet, kan de be om at avtalen formaliseres som et rettsforlik, jf. forskriften § 6. Dette må gjøres i rettsmøte ledet av en dommer, og etter de vanlige regler for inngåelse av rettsforlik, jf. tvistemålsloven § 285. Blir forlik ikke inngått, fortsetter saksforberedelsen. Vanligvis vil saken da nokså umiddelbart være klar til berømmelse av hovedforhandling. Er det en dommer som har ledet rettsmeklingen, kan hun eller han ikke



delta i den videre behandling med mindre retten finner det ubetenkelig og partene ikke ønsker at det skal skje et skifte av dommer.

Forskriften §§ 8 og 9 har regler om godtgjørelse til rettsmekler, sakkyndige og vitner under rettsmeklingen. En rettsmekler som ikke er dommer, skal ha godtgjørelse. Det er adgang til å fastsette denne ved avtale mellom rettsmekler, parter og retten. Hvis slik avtale ikke er inngått, fastsettes godtgjørelsen etter satsene for fri sakførsel. Hovedregelen er at hver av partene dekker halvparten av utgiftene til rettsmeklingen. Det er adgang til å avtale en annen fordeling eller at retten skal foreta en fordeling etter utfallet av meklingen. Hvis rettsmeklingen ikke avslutter saken, fastsettes omkostningene sammen med sakens samlede omkostninger.

Etter § 10 i forskriften er det etablert en rapporteringsordning for rettsmekling med henblikk på en evaluering av forsøksordningen.

#### 7.6.1.1 *Ordningen i praksis ved prøvedomstolene. Hovedelementer i praktiseringen*

Utvalget innhentet opprinnelig opplysninger fra Asker og Bærum herredsrett og Agder lagmannsrett for å få kjennskap til hvordan prøveordningen med rettsmekling fungerte ved disse embetene. Disse opplysningene ble supplert i et møte i Justisdepartementet 26. mars 2001 hvor det deltok dommere fra samtlige prøveembeter. I dette møtet ble også utvalgets foreløpige skisse til regler om mekling og rettsmekling, som ble sendt ut 4. februar 2000, diskutert. Det ble for øvrig i dette møtet fra deltakerne gitt uttrykk for en entydig positiv holdning til systemet med rettsmekling og at erfaringene med rettsmekling generelt sett er gode.

Antallet saker som rettsmekles varierer en god del fra domstol til domstol. Utvalget har tall for Asker- og Bærum herredsrett. Her ble det i 2000 rettsmeklet i noe over 20% av A-sakene (sivile saker med unntak av skjønn, skifte og tvangsfullbyrdelse). Antallet er betydelig blant annet hensett til at A-sakene også omfatter saker som ikke er undergitt fri rådighet på den måten at partene ved avtale kan disponere over det rettsforhold som tvisten gjelder. Under rettsmeklingsmøtene ble det inngått forlik i 68% av sakene. Tar man med de forlik som i disse sakene ble inngått etter avsluttet rettsmekling, ligger forlikprosenten på 84%. I hvilken grad rettsmeklingen bidro til forlik i denne siste gruppen, vil sikkert variere.

Det er en nokså bred oppfatning i de domstoler som deltar i prøveprosjektet, at rettsmekling iallfall i noen grad fører til flere forlik, og også at forlik

i en del tilfeller inngås på et tidligere stadium av saken enn hva som har vært vanlig. Det er også et generelt inntrykk ved prøveembetene at de parter som deltar i rettsmekling er fornøyd med ordningen og den måten rettsmeklingen gjennomføres på. Dette gjelder selvsagt særlig i de tilfeller hvor rettsmeklingen leder til forlik.

Det er litt forskjellige måter spørsmålet om rettsmekling reises overfor partene på. Det vanligste ser ut til å være at partene tilstiles et brev, som sendes ut sammen med tilsvaret, med spørsmål om de mener saken er egnet for rettsmekling. Hvis en av partene er klart negativ til forliksmekling, mekles det ikke. Men forberedende dommer tar også ofte en telefon til prosessfullmektigene for å klarlegge nærmere om det er slik forliksvilje at rettsmekling har noe for seg.

Det er bare i meget få tilfeller i et par av domstolene hvor det har vært brukt andre enn en av dommerne ved domstolen som rettsmekler. Men der man har brukt andre – det har vært advokater – har erfaringene vært gode. Engasjement for rettsmekling har vært noe varierende blant dommerne ved prøveembetene. Noen av de mindre entusiastiske dommerne har overlatt saker til andre dommere til rettsmekling. Ved noen få anledninger har den dommer som har rettsmeklet hatt en sakkyndig med seg under rettsmeklingen. Dette har skjedd etter avtale med partene. Erfaringene med det har vært gode.

Hvor rettsmeklingen ikke har ført frem, har saken nokså – men ikke helt – unntaksfritt blitt overlatt en av domstolens øvrige dommere til videre behandling. Dette har ikke ledet til praktiske problemer av betydning.

Det synes å være en samstemmig oppfatning at rettsmekleren må kunne foreslå eller antyde mulige løsninger på tvisten som ledd i rettsmeklingen. Derimot synes det å være en del skepsis til at rettsmekleren skal kunne gi uttrykk for det sannsynlige resultat om saken kommer til doms. Rettsmeklingen må ikke gli ut i en «minitrial». Derimot er det en mer positiv holdning til at rettsmekleren skal kunne gi uttrykk overfor partene for synspunkter på styrke og svakheter i deres sak.

Agder lagmannsrett har vært den eneste lagmannsretten i prøveprosjektet. Også der er rettsmekling ansett som nyttig, og det er trolig et potensiale for rettsmekling i lagmannsrettene, men at dette forutsetter at sakene «screenes» nøye.

#### 7.6.1.2 *Evaluering av prøveordningen*

For å gi Tvistemålsutvalget et bedre grunnlag for å vurdere om rettsmekling bør bli et permanent inn-

slag i vår sivilprosess, ble det i samarbeide mellom Justisdepartementet og utvalget foretatt en evaluering av prøveordningen. Evalueringen er foretatt av Richard H. Knoff. Evalueringsrapporten er inn tatt som vedlegg 3 til denne innstillingen.

Det kan ikke være tvilsomt at evalueringen viser at forsøksordningen i hovedtrekk har vært et meget positivt innslag i vår prosess, og at ordningen må gjøres til en integrert – og selvfølgelig del – av prosesssystemet. Evalueringen har for øvrig gitt nyttig kunnskap også for utformingen av reglene for rettsmekling. Utvalget legger til at det er dets oppfatning at etter hvert som rettsmekling blir oppfattet som en selvfølgelig del av prosessen, bør nytten av rettsmeklingsordningen kunne bli enda større enn den har vært innenfor de domstoler som har deltatt i prøveprosjektet.

Knoff oppsummerer sin hovedkonklusjon slik:

«Undersøkelsen bekrefter at rettsmekling i all hovedsak har fungert godt i forhold til både parter, prosessfullmektiger og meklere. Ordningen er tids- og ressursbesparende og fyller etter alt og dømme en funksjon som ikke dekkes av dagens prosessordning og alternative konfliktløsningsinstitutter.

Målt opp mot de krav, suksesskriterier og betenkeligheter som ligger til grunn for evalueringen, er det ingen tvil om at rettsmekling trygt kan innføres som generell ordning, med enkelte presiseringer og tilpasninger.»

## 7.7 Hovedelementer i en permanent rettsmeklingsordning

### 7.7.1 Hvilke sakstyper

I prinsippet kan de fleste sakstyper, forutsatt at partene har fri rådighet i den forstand at de kan inngå avtale om rettsforholdet, være egnet for rettsmekling. Enkelte sakstyper vil nok særlig peke seg ut. Det kan være bygge- og entreprisesaker. I denne type saker vil det ofte være et betydelig behov for opprydding. Det eller de fremsatte krav om prisavslag, mervederlag mv. kan f. eks. være begrunnet i en rekke enkeltposter det er faktisk uklarhet om. En inngående mekling her vil kunne klarlegge tvisten og begrense den til noen få hovedposter. Selv om man ikke skulle få et forlik som omfatter alle hovedposter, kan en mekling som forenkler tvisten likevel lede til en besparelse så vel for parter som for domstol. En annen sakstype hvor tvisteantallet nå synes å være stort og økende er saker om selgers, eventuelt også meklers ansvar, for påståtte

mangler ved overdragelse av hus og leiligheter. Denne type tvister, og også andre tvister om fast eiendom – om grenser, rettigheter, naboansvar etc. – vil kunne være velegnet for rettsmekling.

I familiesaker vil det oftest være særlige sterke grunner for å forsøke å få til forlik fremfor en avgjørelse ved dom. Barneprosessutvalget foreslår i NOU 1998: 17 regler i barneloven § 62, jf. § 60, en mer aktiv mekling fra domstolens side i saker som gjelder barnefordeling og samvær, blant annet slik at sakkyndige trekkes sentralt inn i meklingsprosessen, jf. NOU 1998: 17 særlig side 46. Tvistemålsutvalget vil generelt bemerke at den er enig i det meklingsopplegg Barneprosessutvalget foreslår for denne type tvister, og her vil utvalgets generelle regler om rettsmekling ikke være aktuelle. Men det er også andre typer rettstvister i familieforhold enn barnefordeling og samvær, og da vil den alminnelige ordning med rettsmekling kunne komme inn.

Saker i forretningsforhold vil ofte egne seg for rettsmekling, blant annet ut fra karakteren av tvisten og ut fra den interesse partene ofte har i å bevare et godt forretningsmessig forhold. Her kommer også det inn at i denne type tvister vil det regulært ikke være foretatt noen mekling i forlikrådet.

Det kan ikke generelt sies at rettsmekling er lite aktuelt i saker hvor det offentlige er part, men hvor det likevel er fri rådighet over tvistegjenstanden. Det offentlige er involvert i vidt forskjellig virksomhet. En del tvister vil ha samme karakter som tvister mellom private og vil ha få prinsipielle implikasjoner. Å utforme et generelt unntak fra rettsmekling for tvister hvor det offentlige er involvert, kan det derfor ikke være grunnlag for. Et slikt mer generelt unntak vil for øvrig kunne gi det uheldige signal at for tvister med det offentlige, er det ikke praktisk eller ønskelig at forlik inngås. I denne forbindelse tilføyes det at Knoff i sin evalueringsrapport (side 102) nevner, under «sakstyper som går igjen som lite egnet for rettsmekling», saker der det offentlige er part. De eksempler som nevnes viser imidlertid at det må være overprøving av forvaltningsvedtak som han har for øye. Det kan her også tilføyes at det i det møte som utvalget hadde med dommere fra prøveembetene i rettsmeklingsprosjektet, ble gitt klart uttrykk for at ut fra deres erfaring kunne saker med det offentlige som part være velegnet for rettsmekling.

En del tvister vil reise spørsmål av betydning utenfor den konkrete sak, f.eks. om regelforståelse. I slike saker vil en eller begge parter kunne ha et særlig behov for å få tvisten løst ved dom. Hvis det er tilfellet, bør domstolene ikke legge opp til rettsmekling, eventuelt beslutte dette mot en parts ønske.

Etter utvalgets mening er det ikke grunn til å lovfeste noen regel om at rettsmekling skal begrenses til bestemte sakstyper, ut over et generelt krav om at det rettsforhold som er tvistegenstand, må være undergitt fri rådighet på den måten at partene må kunne bestemme over det ved avtale. Sentralt i utvalgets forslag vedrørende behandlingen for domstolene vil være at retten, gjennom forberedende dommer, skal ha en aktiv saksstyring. Forberedende dommer må som et ledd i sin aktive ledelse av saksforberedelsen ha muligheten for rettsmekling for øye. Retten må blant annet ut fra sakstypen og det konkrete saksforhold vurdere om det bør foretas rettsmekling, og eventuelt reise spørsmålet overfor partene. Skjønnnet over om den enkelte sak egner seg for rettsmekling, vil nok kunne by på tvil, men det må kunne regnes med at domstolene og den enkelte dommer gjennom erfaring etter hvert vil utøve dette skjønnet sikrere. Det er grunn til å nevne at en innføring av rettsmekling i prosessen forutsetter en opplæring av dem som involveres, og at utvelgelsesprosessen og erfaringer fra domstoler som har praktisert rettsmekling, her må komme inn.

### 7.7.2 For hvilke domstoler skal det være mulighet for rettsmekling

Erfaringene så langt fra de tingretter, den skifterett og den lagmannsrett som har praktisert rettsmekling, tilsier at både førsteinstansene og lagmannsrettene bør omfattes av ordningen. Det vil nok sjelden være aktuelt å rettsmekle i lagmannsretten hvis partene har vært gjennom en slik mekling i førsteinstansen, men unntaksvis kan situasjonen ligge annerledes an, f. eks hvis det er fremkommet nye opplysninger som kan stille de fremsatte krav i en annen stilling enn tidligere. Når det gjelder lagmannsrettene, vil for øvrig rettsmekling, sakene sett under ett, være noe mindre aktuelt enn i førsteinstansene, blant annet fordi innslaget av mer prinsipielle saker hvor partene har behov for å få løst saken ved dom, vil være større. Men – som påpekt – også ved lagmannsrettene vil det være saker hvor rettsmekling vil kunne være hensiktsmessig.

For Høyesterett vil rettsmekling meget sjelden være noe aktuelt spørsmål. Både utvelgelsen av sakene, som gjerne vil skje under hensyn til at sakene reiser prinsipielle spørsmål, og det forhold at saken har vært prosedert i to instanser, gjør det lite sannsynlig at forsøk på forlik gjennom rettsmekling vil være riktig eller hensiktsmessig. Men helt unntaksvis kan forholdet ligge annerledes an. De få særtilfellene kan hensyntas ved at Høyesterett,

etter begjæring fra en part og med samtykke fra den eller de øvrige parter, kan vise saken til rettsmekling. I slike tilfeller vil det praktiske være å beslutte rettsmekling og overlate selve meklingen til en rettsmekler med erfaring fra mekling i saker for førsteinstans og lagmannsrett.

Det må også spørres om rettsmekling er egnet ved forlikrådsbehandling. I og for seg er det ikke noe som taler for at rettsmekling skulle være mindre virkningsfullt i forlikrådet enn for de ordinære førsteinstanser. Også i saker for forlikrådet vil det kunne være behov for den mer dyperegående meklingsprosessen som rettsmekling åpner for. Allikevel bør det her ikke åpnes for denne type mekling. Behandlingen ved forlikrådene er, og skal være, meget enkel. Iallfall forlikrådene i de store byene har en sakstilgang som er stor, som også klart setter grenser for hvor store tidsmessige ressurser som kan nedlegges i den enkelte sak. Dertil kommer at en gjennomført rettsmekling forutsetter at den som har hatt rettsmeklingen ikke også kan dømme i saken. Den intensive meklingsprosessen som rettsmekling innebærer, nødvendiggjør at rettsmekleren engasjerer seg i høy grad, herunder at rettsmekleren kan få opplysninger som det er forutsatt at ikke skal bringes videre til motparten. Bare en del av sakene vil egne seg for rettsmekling. Spørsmålet om sakene er egnet forutsetter undersøkelser før rettsmeklingen settes i gang, som det ikke er praktisk at forlikrådet foretar. Det kan også tilføyes at den sammensetning som forlikrådet har, neppe er vellykket med henblikk på å foreta en intensiv rettsmekling. Utvalgets klare konklusjon er at rettsmekling ikke bør foretas for forlikrådet. Skulle begge parter ha et ønske om å få gjennomført en mekling av typen rettsmekling, vil de for øvrig kunne få dette gjennomført som en utenrettslig mekling, altså før saken bringes inn for forlikrådet eller for tingretten.

### 7.7.3 Hvem skal være rettsmekler?

Etter prøveordningen med rettsmekling kan en av domstolens dommere være rettsmekler eller rettsmeklingen kan utføres av en utenforstående med innsikt i rettsmekling eller i de tvistepunkter saken reiser. Etter utvalgets mening er det grunn til å beholde denne ordningen. Det kan selvfølgelig være upraktisk i en del tilfeller, særlig i små domstoler, at en av dommerne er rettsmekler. Rettsmeklingen vil normalt måtte gjøre dommeren inhabil til å fortsette behandlingen av saken om meklingen ikke fører frem, og i mindre domstoler vil dette kunne skape vansker. På den annen side vil dommere kunne ha eller opparbeide seg en særlig

innsikt i rettsmeklingsprosessen som gjør dommeren særlig egnet som rettsmekler. Dommeren vil også, gjennom den saksforberedelse som er gjennomført før meklingen, kunne ha en innsikt i saken som det vil ta tid for en utenforstående å oppnå.

Men det er avgjort ikke grunn til å begrense kretsen av rettsmeklere til domstolens dommere. Også andre, både personer med juridisk utdanning og personer med annen bakgrunn, vil alt etter sakstype og sakens nærmere karakter, kunne være velegnet som rettsmeklere. I prøveordningen har det bare rent unntaksvis vært benyttet andre enn dommere som rettsmeklere. Dette har nok flere grunner, men uansett bør ikke dette forholdet tilsi at ordningen varig begrenses slik at bare dommere er rettsmeklere. Ved domstoler i utlandet hvor det er rettsmeklingsordninger, brukes det med stort hell også – og fortrinnsvis – andre enn dommere som rettsmeklere. Som eksempler på sakstyper hvor utenforstående kan være velegnet som rettsmeklere kan nevnes tvister i forretningsforhold, hvor f. eks en forretningsadvokat eller en bedriftsleder meget vel vil kunne rettsmekle. Et annet eksempel er byggesaker. Her vil det kunne være hensiktsmessig å bruke en bygningskyndig som rettsmekler.

Evnen til å være en god rettsmekler vil i betydelig grad være personavhengig, avhengig av personlighet og personlige kunnskaper. Men for alle vil det være av betydning å være skolert i forhandlinger og i den spesielle rollen det medfører å være rettsmekler. De som skal brukes som rettsmeklere, bør ha innsikt i mekling og forhandlinger. Det er viktig at det legges opp til en adekvat opplæring. I land med mer erfaring i rettsmekling, og særlig da USA, fremheves betydningen av slik opplæring. De fleste domstoler som har en ordning med rettsmekling, stiller krav om gjennomgått obligatorisk kurs, som til dels er ganske omfattende, for rettsmeklerne. Domstoladministrasjonen må sørge for at det lages skikkelige opplæringstilbud for såvel dommere som andre som skal rettsmekle.

#### 7.7.4 Utvalg av rettsmeklere

Etter forskriften § 3 annet ledd kan domstolens leder utarbeide «lister over personer utenfor domstolen som kan være aktuelle som rettsmeklere». I en permanent ordning med rettsmekling bør det være et utvalg av personer som kan brukes som rettsmeklere, og som domstolen trekker på i den enkelte sak hvor det skal rettsmekles. Det er her viktig at det tas med personer som har innsikt og erfaring på ulike felt, som har en personlighet som gjør dem velegnet som ledere av denne spesielle

typen forhandlinger, som er villige til å være rettsmeklere i et rimelig antall saker og som også er villige til å gjennomgå det opplæringstilbud som etableres for rettsmeklere. Det er hensiktsmessig at det er domstollederen ved den enkelte domstol som setter sammen dette utvalget.

At det bør opprettes utvalg av rettsmeklere, bør ikke være til hinder for at domstolene i enkelttilfeller oppnevner personer utenfor utvalget som rettsmeklere, f. eks hvor en saks særlige karakter eller ønske fra partene tilsier dette.

Det kan også reises spørsmål om domstolen bør ha adgang til å vise en sak til rettsmekling til et organ utenfor domstolen, f.eks. konfliktrådet. Det kan tenkes organer med medarbeidere som har opparbeidet en særlig ekspertise som rettsmeklere, enten generelt eller på et spesielt fagfelt, og som det derfor kan være hensiktsmessig om domstolen kan vise saker til rettsmekling til. På den annen side kan domstolen i større grad miste kontrollen med fremdriften av saken om den på denne måten vises til behandling annetsteds. Det kan også anføres at en slik henvisningsadgang kan gi et inntrykk av ansvarspulverisering og ansvarsfraskrivelse fra domstolens side med henblikk på å få en rask og hensiktsmessig løsning på tvisten. Utvalgets konklusjon er at det ikke bør åpnes for at en domstol bør kunne vise en sak til et organ utenfor domstolen for rettsmekling.

#### 7.7.5 Saksbehandlingsregler

I det vesentlige synes de saksbehandlingsregler som er gitt i forskriften av 13. desember 1996 nr. 1144, å være tilstrekkelige og hensiktsmessige, og utvalget tar utgangspunkt i disse reglene ved utformingen av forslag til lovregler om rettsmekling. Det vises til utkastets kapittel 7 og til bemerkningene til bestemmelsene her.

Når det gjelder saksbehandlingsreglene for rettsmekling mer generelt, bemerker utvalget at det er en flytende overgang mellom ordinær mekling og rettsmekling. Men i en rettsmekling vil rettsmekleren kunne utvise et større engasjement og initiativ enn ved vanlig mekling. Det vil være et regulært ledd i rettsmeklingsprosessen å ha separate møter med partene, i motsetning til den vanlige meklingsprosessen som er forutsatt å skulle skje i møter hvor begge sider er til stede. Det er viktig at det er på det rene om det skal foregå en regulær mekling eller rettsmekling, blant annet klarhet i habilitetsforhold for dommeren tilsier det. Utvalget foreslår at rettsmekling forutsetter en formell beslutning om dette.

### 7.7.6 Nærmere om hvor langt rettsmekleren kan gå i meklingen. Pådømmelse av rettsmekleren?

Rettsmeklingen skal være en intensiv, grundig og dyptgående mekling. Rettsmekleren skal trenge inn i tvisten og klarlegge partenes interesser dels i tilknytning til tvistegenstanden, men også mer vidtgående interesser. Det er viktig at rettsmeklingen får partene til å forstå sine interesser i vid forstand, og at rettsmekleren bidrar til å bedre kommunikasjonen mellom partene.

Ved en slik dyperegående mekling, vil rettsmekleren kunne få en inngående kjennskap til tvisten. Fører meklingen ikke frem, må det være klart at rettsmekleren som alt overveiende hovedregel ikke kan fortsette behandlingen av saken og eventuelt også pådømme den. Det kan derimot reises spørsmål om partene, skal kunne fremsette begjæring om at rettsmekleren skal kunne pådømme saken på det grunnlag hun/han har etter rettsmeklingen. Umiddelbart kan en slik mulighet synes besnærende. Man unngår en, kanskje langvarig, videre prosess og får en rask, og etter forholdene billig, avgjørelse etter en enkel behandling. Betenkelighetene kan synes små, forutsatt at ikke rettsmekleren/dommeren sitter med kunnskap i saken som ikke alle parter har kjennskap til, og det er et felles ønske fra partene om at saken skal avgjøres på denne måten.

Det er imidlertid klart at det er tungtveiende argumenter også i mot en slik ordning. Det grunnleggende formål med rettsmekling er jo å skape basis for en minnelig løsning. Det er viktig at partene kan komme frem med synspunkter og argumentasjon uten å måtte tenke på at det de sier ikke skal bli brukt mot dem. Hvis det legges opp til at rettsmeklingen skal kunne brukes som et grunnlag for en pådømmelse fra rettsmeklerens side, vil det kunne lede til at partene, bevisst eller ubevisst, posisjonerer seg og innretter seg med henblikk på denne muligheten. Det kan ha som konsekvens at selve rettsmeklingen ikke forløper som den bør med henblikk en minnelig ordning.

Utvalget har vært i tvil, men er – ut fra de hensyn som er nevnt umiddelbart foran – kommet til at det ikke bør åpnes for at en dommer som har vært rettsmekler, også fortsetter som dommer i saken etter forgyeves mekling.

### 7.7.7 Utgiftene til rettsmeklingen

Rettsmekling vil, som all annen behandling ved domstolene, koste penger. Fører en rettsmekling frem til en minnelig ordning mellom partene, må

det som ledd i denne fastsettes hvem som skal bære utgiftene ved saken, herunder utgiftene til rettsmeklingen. Ofte vil det som ledd i et forlik være naturlig at hver part bærer sine saksutgifter, men situasjonen kan ligge annerledes an.

Men rettsmeklingen krever også ressurser ut over de utgifter partene påføres direkte. Det gjelder først og fremst utgifter til rettsmekler og eventuell helper for rettsmekleren. Utvalget vil sterkt understreke at en fungerende rettsmeklingsordning totalt sett vil innebære ressursbesparelser for det offentlige selv om utgiftene til rettsmekler og helper skulle bli belastet domstolen – altså det offentlige – og ikke partene. Det er klare indikasjoner på at rettsmekling totalt sett fører til flere forlik og derved sparte ressurser for det offentlige. En fungerende rettsmeklingsordning vil også bidra til at forlik oppnås tidligere under saksforberedelsen. Et større innslag av tidlige forlik vil i merkbart grad frigjøre domstolsressurser.

Hovedregelen bør derfor være at partene ikke belastes utgiftene til rettsmekling, ut over de utgifter de selv har til advokat mv. Generelt vil det for øvrig ligge et moment av utgiftsdekning fra partenes side gjennom de gebyrer som betales for behandlingen av saken. Det er også grunn til å peke på at om partene skal betale for en utenforstående rettsmekler, vil det legge et press på retten til utelukkende å benytte en av domstolens dommere som rettsmekler. I så fall vil den praksis som nå er etablert ved prøvedomstolene, at utenforstående sjelden eller nærmest aldri brukes som rettsmeklere, bli sementert. Det vil være meget uheldig. Bare hvor rettsmekleren etter avtale oppnår en godtgjørelse som ligger over satsene for fri sakførsel, kan det være grunn til å la partene bære utgiftene ved rettsmeklingen. Normalt vil dette gjelde forretningsmessige tvister hvor partene kan betale.

### 7.7.8 Rettsmekling og advokatbevilling

Etter advokatforskriften § 8-1 kreves det prosedyrerfaring for å få godkjent praksis som advokatfullmektig for å oppnå advokatbevilling, jf. domstoloven § 220. Vedkommende må ha prosedert tre hovedforhandlinger i sivile saker av et visst omfang. Tvistemålsutvalget har fått tilbakemeldinger om at denne regelen skaper problemer med å få løst rettsaker gjennom minnelige ordninger. Det har vært et klart inntrykk hos flere dommere at den nevnte regelen gjør at enkelte advokatfullmektiger med liten tilgang på saker for domstolene, stiller seg negative til å få løst saker i minnelighet for ikke å gå glipp av en gjennomført hovedforhandling som kan gi grunnlag for advokatbevilling. Dette er et

inntrykk Tvistemålsutvalget ikke har mulighet for å etterprøve. Det utvalget finner grunn til å påpeke, er at en gjennomført rettsmekling bør telle på like linje med en gjennomført hovedforhandling, og at advokatforskriften bør endres slik at en gjennomført rettsmekling teller på linje med en gjennomført hovedforhandling. Å opptre i en forhandlingssituasjon og bringe saken til en positiv løsning gjennom en minnelig ordning, kan være like krevende som å gjennomføre en hovedforhandling. Rettsmekling, som altså er en forhandling ved bruk av en nøytral mekler, er for advokater en like viktig oppgave som å opptre i et hovedforhandlingsmøte.

### **7.8 Skal tvisteloven hjemle andre alternative tvisteløsningsformer enn mekling og rettsmekling?**

Som det er redegjort for ovenfor under II.7.5.2, er det blant annet ved amerikanske domstoler vanlig med flere former for ADR – alternative tvisteløsningsformer – enn rettsmekling. Alt etter sakens karakter har man enten gjennom individuell vurdering eller etter generelle regler vist saken til den av flere ADR former som synes mest hensiktsmessig. Utvalget har vurdert, men har – som utvalget kommer tilbake til avslutningsvis i dette punktet – ikke funnet det riktig, å foreslå innført andre alternative tvisteløsningsformer enn tradisjonell mekling og rettsmekling. En annen sak er at rettsmeklingsordningen også bør kunne ta opp i seg elementer særlig fra én annen kategori ADR.

Grovt regnet kan man si at det i land med flere former for ADR finnes tre slike hovedtyper, med en rekke undervarianter. Det er for det første ulike typer av «court arbitration» – ikke bindende voldgift – og andre «summary trials», hvor det treffes «avgjørelser» av tvisten som partene ikke blir bundet av dersom de innen en fastsatt frist erklærer at de vil være ubundet og begjærer videre behandling av saken. Dernest er det forskjellige typer «neutral evaluation» – nøytral bedømmelse eller evaluering – hvor en oppmann enten gir sin vurdering av hva som vil være det sannsynlige utfall om tvisten går til doms, eller gir en vurdering av styrke og svakheter i partenes sak – i deres rettslige og faktiske anførsler. Slik «neutral evaluation» kan være kombinert med mekling og inngå som et ledd i en meklingsprosess. Den tredje hovedgruppen er forskjellige typer dyperegående mekling hvor mekleren søker å legge grunnlaget for et rettsforlik, også ved å trekke inn forhold utenfor den konkrete tvisten, partenes mer underliggende interesser mv.

Utvalget antar at det ikke er tilstrekkelige grunner til å lovfeste en prosess med ikke-bindende voldgift som alternativ tvisteløsningsform. I USA, hvor denne ordningen først og fremst er utviklet, synes den særlig å være begrunnet i den ganske omfattende og kostbare saksforberedelse man der har, blant annet gjennom reglene om discovery. Også en hovedforhandling i amerikanske sivile saker vil ofte være mer omfattende og kostbar enn en hovedforhandling vil være etter våre regler. Dette har skapt et sterkt behov for en forenklet prosess, og arbitration har vært et svar på dette behovet. Det behov som har lagt grunnlaget for arbitration som ADR i USA, er iallfall ikke i samme grad tilstede i Norge.

Utvalget legger til at det ikke ser bort fra at det i enkelte saker, kanskje særlig saker av forretningsjuridisk karakter, kan være et ønske hos partene om å få gjennomført en «minitrial» med en etterfølgende rådgivende uttalelse fra oppmannen. I den grad et slikt felles ønske fra partene kommer til retten, bør retten være villig til å tilpasse saksforberedelsen og eventuelt etterkomme en anmodning om å bistå ved utvelgelsen av oppmann mv., slik at en minitrial blir mulig. Utvalget ser heller ikke bort fra at en sak kan være av en slik karakter at retten vil ha et grunnlag for å reise spørsmål overfor partene om ikke en slik minitrial vil være hensiktsmessig. Men skal dette gjennomføres, må det være på basis av avtale mellom partene. Utvalget legger til at de saksbehandlingsregler som foreslås for rettsmekling, setter så vidt få skranker for gjennomføringen, at en del typer av minitrial må kunne innpasses ved en enighet mellom partene om gjennomføringen. Men formålet med en slik minitrial må i så fall være at den skal inngå som et ledd i et forsøk på å oppnå en minnelig løsning.

Utvalget har heller ikke funnet grunn til å foreslå «neutral evaluation» som en egen lovfestet metode for tvisteløsning. Men etter omstendighetene vil det kunne være grunn for rettsmekleren, som ledd i meklingen, å gi uttrykk for prosessrisiko og styrke og svakhet i partenes argumentasjon. Mer forsiktig må nok rettsmekleren være med å gi uttrykk for det sannsynlige resultat ved en dom. Her må minstevilkårene være at rettsmekleren har et godt faglig grunnlag for å ha noen mening om et mulig domsresultat, og at et uttrykk for det sannsynlige domsresultat vil fremme mulighetene for et rimelig forlik.

### **7.9 Bør det gis regler om alternativ tvisteløsning også i tilfeller hvor det ikke er reist sak for domstolene?**

---

Generelt sett er det viktig at sivile rettstvister løses uten at partene går til sak for domstolene. De aller fleste tvister vil også løses utenrettslig. Partene blir enige eller en av partene ser ikke tilstrekkelig grunn til å forfølge sitt krav. Som regel vil ikke partene hvor de forhandler eller på annen måte søker å nå frem til enighet, ha noe behov for et regelsett som skal anvendes i forhandlingssituasjonen. Det er imidlertid etter hvert i mange land, også

i Norge, vokst frem enkelte meklingsinstitusjoner som gjennom prinsipper som likner rettsmekling, søker å oppnå enighet mellom partene. Det er ikke utvalgets mening at domstolene bør tilby slik utenrettslig mekling. Derimot er det etter utvalgets mening grunn til å åpne for at private parter kan henvende seg til den lokale domstol med anmodning om å få oppnevnt en rettsmekler fra domstolens utvalg for rettsmeklere. Videre er det grunn til å lage et standard regelsett som parter kan avtale skal komme til anvendelse ved forhandlinger dem i mellom. Disse spørsmålene er nærmere drøftet i II.6.5.

## Kapittel 8

# De enkelte domstolers rolle og funksjon i sivil tvisteløsning

### 8.1 Domstolenes oppgaver – generelt

Domstolenes oppgaver og funksjoner i sivil rettspleie er drøftet generelt under II.3.1. Grovt sett kan oppgavene og funksjonene deles i to. Domstolene skal løse rettstvister for de enkelte involverte, og derved fremme rettssikkerhet for partene. Konkret tvisteløsning er stikkordet. I sivil rettspleie er det nok denne oppgaven for domstolene de fleste umiddelbart vil tenke på. Men domstolene har også en viktig samfunnsmessig funksjon. Tvisteløsningen for domstolene skal virke for at den materielle retten skal slå gjennom. Gjennomslag for den materielle retten i tvisteløsningen vil virke styrende eller handlingsdirigerende i retning av at den enkelte vil innrette seg etter og respektere rettsreglene. Når det gjelder de to hovedfunksjonene i den sivile rettspleie, vises det ellers til tvisteloven § 1-1.

Som påpekt i II.3.1, gir domstolenes og prosessreglenes funksjon klare føringer ved utformingen av tvisteloven. Når det gjelder den konkrete tvisteløsningen – om man vil mikroperspektivet på tvisteløsningen – blir viktige stikkord tilgjengelighet, forsvarlighet, raskhet og økonomi. I forhold til den samfunnsmessige funksjonen – makroperspektivet i tvisteløsningen – blir viktige stikkord rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling, entydighet og konsekvens. Men her er det gjensidighet. Skal den samfunnsmessige funksjonen med å få gjennomført og respektert retten kunne ivaretas gjennom domstolenes tvisteløsning, vil det forutsette en stor grad av tilgjengelighet til rettsapparatet. På den annen side vil blant annet dette med entydighet og konsekvens i rettsanvendelsen også være viktig for partene i den enkelte tvist. Rettssikkerhet er også rett til likebehandling.

### 8.2 Sammenheng mellom prosessregler og administrative og strukturelle sider ved domstolene og deres virksomhet

Ved utformingen av reglene og regelsystemene i tvisteloven må man selvsagt ha for øye hovedfunksjonene ved sivil tvisteløsning for domstolene. Reg-

lene må utformes slik at disse funksjonene ivaretas på en så god måte som mulig. Dette er som nevnt påpekt og drøftet i II.3.1. Men det er også helt nødvendig for at de to hovedfunksjonene kan ivaretas av domstolene, at domstolene har en bemanning, et utstyr og en struktur som gjør det mulig å løse oppgavene fullt ut tilfredsstillende. Prosessreglene er i seg selv viktige for det, men prosessreglene virker i et miljø, og hvordan de virker avhenger i stor grad av dette miljøet. Her er organiseringen og kvaliteten på domstolsarbeidet mer generelt meget viktig.

Twistemålsutvalget skal etter sitt mandat stort sett ikke se på de mer strukturelle sidene ved domstolene. Hvor mange dommere vi skal ha, kvalifikasjonskrav til dommerne, organiseringen ved dommerkontorene, domstolsstrukturen mv. faller utenfor mandatet, med noen unntak som utvalget kommer tilbake til nedenfor under de enkelte domstoler. Men det utvalget er nødt til å gjøre, er å påpeke sammenhenger mellom prosessreglene og strukturelle spørsmål. For det første er det generelle, som allerede er nevnt, at gode prosessregler bare er ett enkelt element ved det å få til tilfredsstillende tvisteløsning for domstolene. Deretter er det slik at visse typer prosessregler gir bestemte føringer for mer administrative og organisasjonsmessige sider ved domstolsvirksomheten. Et praktisk eksempel på det er de regler utvalget forslår om at det i hver sak skal være en forbedrende dommer som aktivt skal styre saksforberedelsen. Dette forutsetter at det internt etableres regler og rutiner for saksfordelingen mellom de enkelte dommere, og at sakene fordeles til de respektive dommere raskt etter at de er kommet inn til domstolen. Som et ledd i den aktive saksstyringen skal dommeren i en del tilfeller holde fjernmøter med partene (oftest prosessfullmektigene). Det forutsetter at retten har utstyr for dette – som for øvrig kan være meget enkelt – og rutiner for hvordan slike møter rent praktisk skal gjennomføres. Et annet eksempel er at prosessdokumenter etter de regler som foreslås, skal inngis elektronisk. Det gis også regler om innsynsrett i dokumentene som i praksis vil forutsette at disse er elektronisk lagret. Dette nødvendiggjør at domstolene har en



moderne utrusting for elektronisk kommunikasjon og lagring. Egentlig skal det være en selvfølge for et fungerende domstolssystem, men det er likevel grunn til å peke på det. Denne typer føringer mellom prosessregler og administrative og utstyrsmessige sider, kommer utvalget tilbake til under II.25 Administrative og økonomiske konsekvenser.

Skal prosesssystemet for domstolene virke godt, må domstolene være skikkelig bemannet. Det må være et velfungerende kontorapparat. Helt sentralt er det at domstolen har et tilstrekkelig antall dommere og ikke minst at kvaliteten på dommerne holder mål. Spørsmål omkring bemanning og utnevneskriterier mv. faller som påpekt utenfor utvalgets mandat. Enkelte sider ved bemanningen er imidlertid en refleks av prosessreglene som det er viktig å være klar over. For det første er det en side ved bemanningen i sakene som vil følge direkte av de regler som foreslås. Det er de regler som gis om lekfolks deltakelse i prosessen som alminnelige eller fagkyndige meddommere. Dernest må det gis regler om hvor mange dommere som skal delta i den enkelte avgjørelse. Den nye regelen for tingretten, at retten i visse saker kan settes med mer enn én fagdommer, jf. § 9-12(4), er her viktig. Men også andre regler om sammensetningen er av betydning, f.eks. den adgang det åpnes for at det skal kunne være et «storkammer» i Høyesterett.

Det er også mer generelle sammenhenger. Utvalgets forslag innebærer en større «tyngde» i behandlingen i første instans – i tingretten – om man ser domstolssystemet under ett. Tingretten vil gjennom småsaksprosessen, få tilført et visst antall saker som det tidligere ikke var mulig å få fremmet for de ordinære domstoler. Saksbehandlingsreglene ellers skal sikre at sakene er bedre forberedt når man kommer frem til hovedforhandling. Behandlingen i ikke så få saker for tingretten, har i dag preg av at tingretten er en «transportetappe» frem til behandlingen i lagmannsretten. Det er en uheldig bruk av ressurser man må bort fra. Den styrkede behandlingen for tingretten, sammen med en innsnevring av muligheten for overprøving av tingrettens dommer, vil i noen grad føre til et økt ressursbehov i førsteinstansene og et redusert ressursbehov i lagmannsrettene. Det vil klart kunne ha føringer for bemanningen i de enkelte instanser.

De sammenhenger det er mellom prosessregler, struktur og administrative spørsmål, kunne tilsi at man foretok en mer samlet vurdering av dette. Det har vært tilfellet med den engelske sivilprosessreformen, hvor første trinn ble satt i verk i 1999. Her vurderte og tilpasset man samtidig prosessreglene, strukturen på førsteinstansdomstolene og

viktige sider ved domstolsadministrasjonen. Det samme er i noen, men likevel langt mindre, grad tilfellet i det pågående reformarbeidet av sivilprosessen i Danmark. Hos oss har vi altså valgt å vurdere disse ulike sidene ved domstolsvirksomheten mer isolert. Det har klare praktiske fordeler, blant annet fordi de enkelte elementer da får mer håndterbare dimensjoner hva gjelder arbeidets omfang. Men det at man ikke tar dette som ledd i ett og samme arbeid, gjør likevel at man ikke må tape av syne den sammenheng som er påpekt. Sammenhengen er viktig.

Utvalget vil nedenfor se noe nærmere på de enkelte domstolers funksjoner og oppgaver. I noen grad vil utvalget også gå inn på viktige forhold i disse domstolenes virksomhet som ikke gjelder selve prosessreglene eller regelutformingene, men som vil være konsekvenser av reglene eller være viktige for at de skal fungere tilfredsstillende.

### 8.3 Forliksrådene – funksjoner og oppgaver

Forliksrådene funksjoner og oppgaver er utførlig beskrevet og drøftet i II.10. Etter utvalgets utkast får forliksrådene fortsatt viktige oppgaver. Det gjelder for det første ved inndrivelsen av pengekrav, i det man på en relativt enkel måte gjør det mulig å få tvangsgrunnlag for ubestridte krav. Forliksrådene opprettholdes som en betydningsfull meklingsinstitusjon. Riktignok blir det frivillig å bringe en sak inn til meklingsforliksrådet, men for en rekke typer krav er det nokså opplagt at forliksrådet fortsatt kommer til å behandle kravene. Det gjelder for det første den mengde krav som fremmes som ledd i en inndrivelsesprosess, og hvor det ikke ventes innsigelser mot kravet, iallfall ikke ut over at det fremsettes anmodninger om avdragsordninger mv. Det er grunn til å regne med at mindre krav i tvistesaker også fortsatt vil bli fremmet for forliksrådene, fordi annen form for tvistebehandling vil bli uforholdsmessig kostbar i forhold til verdien av tvisten. Men småkrav av noen størrelse, krav fra 20-, 30- eller 40 000 kroner vil nok, hvor det er reell tvist, i atskillig utstrekning heller bli fremmet for tingretten etter de nye reglene om småkravsprosess. Småkravsprosessen skal sikre en grundigere og mer betryggende behandling til relativt moderate omkostninger. Når det gjelder forliksrådene domsmyndighet, begrenses denne i tvistesakene hvor det ikke foreligger samtykke fra partene til pådømmelse. Det er flere grunner til denne begrensningen, se II.10.9.

De nye reglene om meklings og dom i forliks-

rådene, vil ikke innebærer noen dramatisk omlegging av forliksrådernes virksomhet eller oppgaver. En forskjell av betydning vil det først og fremst bli for de forliksrådene der det er vokst frem den «kultur», som utvalget påpeker som uheldig, at det nærmest er et nederlag for forliksrådet å ikke avsi dom om meklingen ikke fører frem. Utvalget påpeker visse organisatoriske og strukturelle spørsmål ved forliksrådernes virksomhet i II.10.9.

#### 8.4 Tingrettene – funksjoner og oppgaver

I saker med reell tvist mellom partene, blir tingretten den viktige «førstelinjedomstol». Alle sivile rettstvister hvor den som reiser saken ikke velger å bringe den inn for forliksrådene, skal reises for tingrettene. Det er altså ikke slik hos oss, som i mange land, at større og mer kompliserte saker skal reises for en instans lenger opp i domstolpyramiden. Vi har sett det som viktig å gi tingrettene alminnelig jurisdiksjon, og ikke en domsmyndighet begrenset til visse sakstyper eller til tvister hvor verdien av tvistegjenstanden ligger under en viss maksimumsgrense. Ved gjennomføringen av den såkalte toinstansreformen for straffesaker, som trådte i kraft 1. august 1995, er dette også blitt ordningen for disse sakene.

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå noen endring i det at tingrettene skal ha generell jurisdiksjon. Flere grunner tilsier det. Det gir disse domstolene tyngde, og det bygger opp under deres faglige kompetanse. Det vil dessuten være slik at det først og fremst er de tunge og kompliserte sakene hvor det kan være grunnlag for overprøving etter anke. Da må det være et ledd i domstolpyramiden over førsteinstansen som egner seg som ankeinstans. Det tilsier at også disse sakene starter i tingrettene, slik at ankene kan gå til lagmannsrettene. Det er ikke noe godt alternativ å la sakene starte i lagmannsrettene med henblikk på at anker kan gå til Høyesterett. Hovedoppgaven for Høyesterett må være rettsavklaring og i noen grad rettsutvikling. Skal Høyesterett kunne løse den oppgaven, er det helt nødvendig at denne domstolen ikke får et stort antall anker i saker hvor tvilen ligger på det helt konkrete plan. Dette var en viktig del av begrunnelsen for den toinstansreformen i straffesakene som er nevnt ovenfor. Det kommer for øvrig også det til at behandlingen for Høyesterett tilsier middelbar og ikke umiddelbar bevisføring. For drøftelsen av dette vises til II.13.5. Det vil i mange saker si at Høyesterett vil få et svakere bevismessig grunnlag enn den lavere instansen,

slik at Høyesterett også på den måten vil være lite egnet til å behandle mange anker hvor tyngden ligger på det rent bevismessige. Alt dette støtter opp under tingrettene som førsteinstans, og dermed lagmannsrettene som ankeinstans hvis saken bringes videre.

Utvalget finner grunn til å peke på at det på ulike forvaltningsområder har vært en tendens til å foreslå ordninger for overprøving som innebærer at lagmannsrettene blir førsteinstans. Nokså unntaksfritt har disse forslagene vært preget av sektortenkning og til dels sektorinteresser, uten at man har sett dem i en større sammenheng om hva som bør være tingrettens oppgaver og funksjoner. Typiske argumenter vil være at forvaltningsavgjørelsene er truffet av en «domstolsliknende» nemnd som det er naturlig å se på linje med tingrettene, og at det vil være viktig å få saken raskt avsluttet med en rettskraftig dom. Etter utvalgets mening har disse argumentene oftest liten tyngde. For det første er det grunn til å understreke at en forvaltningsnemnd har særtrekk som vesentlig skiller den fra tingretten, selv om f.eks. regler om muntlighet i det ytre kan gjøre selve gjennomføringen av forhandlingene temmelig lik behandlingen i tingretten. Forvaltningsorganet vil ha sitt virke på et snevert forvaltningsområde. Det gir selvfølgelig kompetanse og innsikt på dette området. Men det gir også en ensidighet i innsikten. Noe av styrken med vår domstolskontroll med forvaltningen ligger i fraværet av spesialisering og i fraværet av vanetenkning knyttet til et bestemt og snevert virkefelt. Domstolene prøver vedtakene i lys av sin generelle erfaring og innsikt. En nemndbehandling kan etter utvalgets mening ikke på noen fullgod måte erstatte dette.

Heller ikke kravet til raskt å nå frem til en rettskraftig avgjørelse behøver å være noe tungt argument for å gjøre lagmannsrettene til førsteinstans. For en rekke lagmannsretter vil forholdet være at de har lengre behandlingstid enn mange tingretter. Det er realistisk å regne med at det gjennomgående vil ta lenger tid å få en dom i lagmannsretten som førsteinstans enn det vil være å få en dom i tingrettene. Nå vil det nok i de aktuelle sakene i alminnelighet være små muligheter for videre anke til Høyesterett, slik at dommene i lagmannsrettene ofte vil bli rettskraftige. Men det kan ta noe tid å få dette avklart hvis anke forsøkes. Mulighetene for å anke i en dom av tingretten vil være større. I den forstand er det riktig at det her ligger en forsinkelsesmulighet. På den annen side vil det selvsagt slett ikke være alle slike avgjørelser som vil bli anket. Som eksempel kan vises til avgjørelser av fylkesnemndene for sosiale saker.

Av de vedtak av fylkesnemndene som blir prøvd av domstolene, er det bare et mindre antall som ankes til lagmannsrett, se nærmere II.19.2.4.3. Dertil kommer at etter de regler som utvalget foreslår, vil det åpnes adgang til å nekte fremmet anker til lagmannsretten hvor retten etter en foreløpig prøving finner at en anke klart ikke vil føre frem. Det er grunn til å tro at denne regelen vil kunne brukes i en del tilfeller av rettslig prøving av vedtak av nemnder, særlig hvor søksmålet for tingretten ikke fører frem. Samlet sett er det grunnlag for å konkludere med at det er mer enn tvilsomt om det å legge disse sakene til lagmannsrettene som førsteinstans vil kunne innebære noen tidsgevinst av betydning. Det er da også utvalgets konklusjon – som det ikke finner tvilsomt – at rettslig prøving av nemndsvedtak, bør skje i tingrettene som første instans. Når det gjelder de spørsmål som er drøftet her, vises det til den mer utførlige drøftelsen i II.19.2.4.3.

Når tingrettene skal være den alminnelige førsteinstans, er det nødvendig å ta noen konsekvenser av det ved utformingen av reglene om behandlingen i tingrettene, ut over det som er gjort i dagens lov. Det gjelder først og fremst i forhold til det at tingrettene kan få enkelte svært tunge og kompliserte saker. Utvalget foreslår at retten i slike saker skal kunne settes med mer enn én fagdommer, se utkastet § 9-12(4). Særlig hvis retten da også settes med fagkyndige meddommere, vil den kunne få en sterk sammensetning som ikke behøver å stå tilbake for sammensetningen i lagmannsrettene.

Regelen om at tingretten i visse saker kan settes med mer enn én fagdommer, kan sies å ha en side til domstolsstrukturen. Det vil være lettere å få til en slik styrket sammensetning i en domstol med flere dommere, sammenliknet med en domstol med få dommere. Men her er for det første det å bemerke at det nok vil være de større tingrettene som vil få de aller fleste av de saker der det er behov for å styrke dommersammensetningen. Dertil kommer at i de relativt få tilfeller slike saker kommer for de små tingrettene, må behovet for en styrket dommersammensetning kunne dekkes ved at det trer inn en dommer i saken fra en annen domstol. Dette har vært brukt ved styrket dommersammensetning i straffesaker, og prinsipielt kan det på dette punkt ikke være noen forskjell til sivile saker som skulle tilsi en annen løsning for disse. En annens sak er at terskelen for å tilkalle en dommer fra en annen domstol for å styrke dommersammensetningen i en sak nok vil – og skal – være høy.

Et sentralt element i utvalgets utkast er en aktiv saksstyring fra rettens side. En slik aktiv saksstyring

er særlig viktig i førsteinstansen. Den aktive saksstyring bør lede til at saken konsentreres om de vesentlige faktiske og rettslige spørsmål. I forbindelse med den aktive saksstyring i tingrettene, er det grunn til også å peke på saksforberedende dommers oppgave med hensyn til rettsmekling. Saksforberedende dommer vil gjennom kontakten med partene kunne legge til rette for rettsmekling. Selv om det er viktig å komme bort fra at det alltid er dommeren som også skal være rettsmekler, vil iallfall situasjonen ofte være at dommeren også vil få denne oppgaven. Av andre trekk ved prosessen i tingretten som det er grunn til å fremheve, er småkravsprosessen. Det er en egen prosess for små krav, men det er en prosessform som heller vil stille større krav til dommerarbeidet enn den vanlige prosess, gjennom den sterke sakskonsentrasjon som må foretas. I det hele understreker de trekk ved prosessen i tingrettene som her er fremhevet, nødvendigheten av at tingrettene har en meget høy grad av effektivitet og kompetanse.

Tingrettene virker i dag i noen grad som en ren saksforberedelsesinstans for lagmannsrettene. Partene tar lett på saksforberedelsen, og man ser ofte at det under selve hovedforhandlingen fremlegges et betydelig nytt materiale som den annen part ikke er kjent med. Disse forholdene vil i seg selv legge opp til en ankesituasjon. Partene vil føle at saken ikke er løst på et fullgodt grunnlag, og de vil se det som en realistisk mulighet at de kan oppnå noe mer gjennom en bedre forberedt ankesak. At en sak vil kunne tjene på en behandling i to instanser, er ikke tvilsomt. En del saker har en slik betydning at det vil være rimelig å få dem overprøvd. Men det man ikke er tjent med, er de tilfeller, som det er grunn til å tro at det ikke er helt få av, hvor det er svak saksforberedelse og gjennomføring, og ikke sakens karakter og betydning, som er bakgrunnen for anken. Det må vi bort fra. Blant annet saksstyringsreglene og de regler som skal hindre at viktige dokumenter mv. overraskende dukker opp først under hovedforhandlingen, skal virke i den retning. Kort sagt må vi komme over på en mer forberedt og kvalitetssikret behandling. Dette, også sett i sammenheng med den adgang lagmannsretten vil ha til å nekte en anke fremmet, se utkastet § 11-13, skal virke slik at flere saker får sin endelige avgjørelse i tingrettene.

Ser man disse elementene under ett – tingrettene som alminnelig førsteinstans uten hensyn til sakens vanskelighetsgrad og viktighet, økt sakstilgang blant annet i form av saker etter småkravsprosessen som en ny og i virkeligheten vanskelig sakstype å behandle, flere saker som får sin endelige avgjørelse i tingrettene og kravene til effek-

tivitet og kompetanse – understreker det betydningen av tingrettene som et «førstelinjeforsvar» i sivil tvisteløsning. Tingrettene er bærebjelken i vårt rettssystem.

En særlig grunn til å understreke tingrettens betydning ser utvalget i det man mer enn fornemmer som en oppfatning, blant annet innenfor deler av den juridiske profesjon, at lagmannsrettene er noe viktigere enn tingrettene. Synet er: I lagmannsrettene kan feil bli rettet opp. Det er derfor her, mer enn i tingrettene, at man må stille kvalitetskrav til arbeidet som utføres – og til dommerne. Utvalget er selvsagt enig i at feil i noen grad kan bli rettet opp i lagmannsrettene. Det er også riktig at det arbeidet lagmannsrettene gjør er viktig, og at kvalitetssikringen overfor tingrettene er av stor betydning. Men det er likevel, i en innbyrdes vurdering av domstolene på de ulike trinn i domstolspyramiden, nødvendig ikke å tape av syne at de aller fleste saker ikke kommer videre fra tingrettene til lagmannsrettene, og at domstolssystemet, ikke minst ut fra ressursbruken, må være slik. Tingrettene har også en meget viktig oppgave etter utkastet, nemlig å gripe fatt i sakene på et tidlig tidspunkt og søke å løse dem i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling. Ved godt dommerarbeide her i samarbeid med partene, vil det i mange tilfeller være mulig å få løst endelig også kompliserte og tunge rettsvister før de kommer langt på sin ferd i domstolssystemet, en ferd som ville vært kostbar for partene og samfunnet. Utvalget er derfor ikke i tvil om den konklusjon at et fungerende domstolssystem i sivil tvisteløsning, forutsetter effektive tingretter som utfører sitt arbeide med høy kvalitet.

## 8.5 Lagmannsrettene – funksjoner og oppgaver

Lagmannsrettene er etter utvalgets utkast i praksis en ren ankedomstol. Sivile saker skal og bør nærmest unntaksfritt starte i tingrettene, på samme måte som straffesaker gjør det etter toinstansreformen. Etter utvalgets utkast vil det være den faktiske forskjell til dagens ankeprøving, at tingrettens saker vil være bedre forberedt med et sikrere avgjørelsesgrunnlag, når saken tas opp til doms. Reelt sett vil det derfor være mer av en overprøving i lagmannsretten etter utkastet enn etter dagens lov.

Det at lagmannsretten er en ren ankedomstol, vil ikke si at ikke arbeidet der er meget viktig. En ankemulighet – så langt den rekker – vil kunne virke slik at feil i den enkelte sak kan bli rettet opp.

Ankemuligheten gir derfor rettssikkerhet for den enkelte part. Men en viktigere side ved et ankesystem er den mer generelle effekt ved at det fremmer kvaliteten på domstolsarbeidet. Det er foran under II.8.4 pekt på at det er meget viktig at tingrettene er effektive og har en høy kompetanse. Kvalitet ved lagmannsrettens overprøving vil i et lengre perspektiv være med å bygge opp under dette, og derved for økt rettssikkerhet og tillit til domstolene. Dette gir igjen føringer for den faglige kompetanse lagmannsrettene og lagmannsrettens dommere må ha.

Sentrale trekk ved behandlingsreglene i lagmannsrettene er blant annet et krav til samtykke for anker med en verdi på ankegjensstanden under 2 G, en adgang til å nekte fremmet anker som klart ikke vil føre frem, en aktiv saksstyring og en noe større åpning for et innslag av skriftlighet som en del av avgjørelsesgrunnlaget i anker over dommer. Dette er sider ved behandlingen i lagmannsretten som stiller krav til dommerkompetanse og dommerskjønn.

Når det gjelder dette med samtykke til anker med verdi under 2 G og adgangen til å nekte en anke fremmet, vil en avgjørelse om ikke å gi samtykke eller en avgjørelse om å nekte anken fremmet, innebære at avgjørelsen i tingretten blir stående. Det er helt nødvendig at en avgjørelse om samtykke treffes etter et forsvarlig skjønn av om det ut fra den behandling og avgjørelse som er truffet, og ikke minst karakteren og betydningen av den aktuelle sak, er rimelig å tillate overprøving. Ved en ankegrense på 2 G, sier det seg selv at det vil være riktig å gi samtykke i en del tilfeller, og i klart flere tilfeller enn etter dagens regler med ankesum på kr 20 000. Lagmannsrettene må være seg bevisst betydningen av denne utvelgelsesprosessen. Problemstillingen blir oftest en noe annen i forhold til nektelsesadgangen. Her er det viktig å sørge for at det er de riktige tilfellene som siles fra, jf. kravet om at det er klart at anken ikke kan føre frem. Som påpekt, blant annet disse sidene ved behandlingen, og også selvfølgelig de krav som stilles til en gjennomført ankeforhandling og en god og forsvarlig dom, stiller betydelige krav til kvaliteten og effektiviteten i arbeidet i lagmannsrettene, ikke minst fra dommernes side.

Samtykke- og silingsregelen har også en annen og mer generell side til behandlingen i lagmannsretten. Domstolsressursene vil alltid måtte være begrensete, og det er viktig at lagmannsrettene ikke oversvømmes av saker som ikke fortjener å bli undergitt en ankebehandling. Det er nødvendig at behandlingen begrenses til de anker som det ut fra sakens karakter og betydning og behandlingen

og avgjørelsen i tingretten, er rimelig at blir overprøvd. Erfaringsmessig er det lett å fokusere på de negative sider ved regler om samtykke og siling, og da gjerne i form av at slike regler innebærer svekket rettssikkerhet. Men det er helt nødvendig å være oppmerksom på at disse reglene også har klare positive virkninger, i den retning av at de er med å sikre kvalitet på de avgjørelser som det er behov for og grunn til å tillate overprøvd. At saker skilles fra, vil virke for at lagmannsretten har ressurser til å gjennomføre en forsvarlig og rask ankebehandling av de saker som fortjener en overprøving. En begrensning i sakstilgangen vil også være helt nødvendig for at lagmannsretten skal kunne avvikle sakene innen rimelig tid. Det er for øvrig grunn til å minne om at samtykke og silingsreglene også har positive sider i forhold til de konkrete parter. De vil være med å sikre at den som har fått rett etter en dom i tingretten, ikke må avstå fra denne retten fordi han ikke har ressurser eller krefter til å ta til motmæle i en kostbar ankeprosess som ikke står i noe rimelig forhold til de verdier saken gjelder.

Behandlingen for lagmannsretten foregår langt på vei på samme måte som behandlingen for tingretten, men slik at ankebehandlingen skal konsentreres om det som skal prøves etter anken og som er omtvistet, jf. § 11-14(1) annet punktum og § 11-18(1) annet punktum. Dersom anken også gjelder bevisbedømmelsen, vil lagmannsretten kunne prøve faktum, og det etter en bevisføring som vil bli gjennomført i det vesentlige på samme måte som for tingretten. Det vil blant annet kunne medføre at lagmannsretten vil høre de samme vitner og motta forklaringer fra de samme parter som for tingretten. At lagmannsretten har en slik kompetanse til å overprøve bevisbedømmelsen, er i seg selv ikke spesielt for vår prosess. Selv om mange land har det systemet at bevisene bare prøves i førsteinstansen – i «trial courts» – er det også mange land som har et system der faktum kan prøves i ankeinstansen. Men det som hittil har vært spesielt for norsk sivilprosess, er at overprøvingen av faktum skjer uten at det er noen form for dokumentasjon av bevisføringen, herunder parts- og vitneforklaringer, i førsteinstansen. Det er derfor meget vanskelig, oftest umulig, å etterprøve om det en part eller et vitne forklarer for lagmannsretten, samsvarer med det som ble forklart for tingretten. I Danmark og Sverige er forholdet det at

det skjer henholdsvis en protokollering av forklaringer og lydopptak, slik at en etterprøving er fullt mulig. I de kontinentale rettssystemer som åpner for overprøving av faktum ved anke, er prosessen gjerne skriftlig, slik at det skjer en protokollering av forklaringer for førsteinstansen, som i utgangspunktet også brukes av ankeinstansen ved dens prøving.

Utvalget ser det som helt klart at om lagmannsretten fortsatt skal kunne overprøve bevisbedømmelsen, hvilket utvalget mener at lagmannsretten skal kunne gjøre hvor ikke anken er eller blir begrenset til rettsanvendelsen og saksbehandlingen, må det skje en dokumentasjon av bevisføringen i tingrettene, jf. utkastets §§ 17-9 og 17-10. Vi er nødt til å komme bort fra dagens prosess som for partene, og for vitner som identifiserer seg sterkt med den ene side i tvisten, kan gjøre det fristende eller iallfall mulig – bevisst eller ubevisst – å tilpasse forklaringer til bevismaterialet ellers i saken for å støtte opp under sin eller sin sides sak.

Oppsummeringsvis er altså lagmannsretten en ren ankeinstans. Ankesystemet og behandlingen i lagmannsretten skal sikre kvalitet i rettspleien. Det vil fremme rettssikkerheten mer generelt og for de enkelte parter. Lagmannsrettens oppgave som ankeinstans stiller store krav til effektivitet og kompetanse i behandlingen.

## 8.6 Høyesterett – funksjoner og oppgaver

Høyesteretts funksjoner og oppgaver er bredt drøftet under II.13. Utvalget viser til denne drøftelsen. Som det fremgår her er hovedoppgavene for Høyesterett å bidra til rettsavklaring, rettsenhet og rettsutvikling. Disse oppgavene må stå helt sentralt ved utformingen av behandlingsreglene. Det gjelder reglene for utvelgelse av de saker som skal behandles av Høyesterett, sammensetningen av Høyesterett i den enkelte ankesak og hvordan ankebehandlingen skal gjennomføres. Utvalget viser til drøftelsene under II.13, se også II.12.10 og 11. At de krav til kvalitet som må stilles for at Høyesterett skal kunne utføre sine oppgaver, nødvendiggjør dommere med en meget høy faglig kompetanse og også et effektivt administrativt apparat med tilstrekkelige ressurser, sier seg selv.

## Kapittel 9

# Viktige behandlingsregler for de enkelte instanser, med særlig vekt på behandlingen i tingrettene

### 9.1 Innledning. Oversikt

I dette kapitlet vil utvalget se på hovedelementer i behandlingsreglene for de enkelte instanser, og da særlig for behandlingen i tingrettene. Behandlingsreglene vil i stor utstrekning være svar på det som er påpekt under II.1 om reformbehovet i sivilprosessen, II.3 om viktige føringer for tvisteloven og II.4 om menneskerettslige og andre internasjonale føringer for tvisteloven. Viktige føringer vil også følge av andre deler av II, ikke minst av II.12 og 13 om overprøving av rettsavgjørelser.

Utvalget vil her ikke gå inn på behandlingen i forliksrådet. Reglene for forliksrådet er utformet med henblikk på pådømmelse av ubestridte krav eller krav som ikke imøtegås i saken, for mekling, først og fremst i mindre og gjennomgående enklere tvister, og i tillegg for en meget begrenset domskompetanse i tvistesaker. Hensynene bak reglene og regelutformingen blir derfor på mange måter andre enn for de alminnelige domstoler ellers. Om de mer prinsipielle sider ved behandlingen i forliksrådet, vises til II.10.

Formålet med II.9 er å gi en oversikt over viktige elementer i de nye behandlingsreglene i tvisteloven, særlig for tingrettene. Det er imidlertid grunn til å understreke at en slik oversikt må bli begrenset og selektiv. Det er f.eks. viktige endringer i bevisreglene som får betydning for behandlingen, som bare så vidt berøres, og det er vesentlige endringer i saksomkostningsreglene som utvalget i denne sammenheng ikke går inn på.

### 9.2 Aktiv saksstyring

Et helt sentralt ledd i tvisteloven er rettens plikt til aktiv saksstyring. En generell regel om dette er gitt i § 5-5. Her er også hjemlet viktige «styringsmekanismer» – rett til å sette frister og treffe de nødvendige avgjørelser om behandlingen. Det vises ellers om denne bestemmelsen til bemerkningene til den. Med den vide ramme for saksstyringen som § 5-5(2) gir, er dette en tilstrekkelig regel for aktiv saksstyring fra rettens side på de ulike trinn av saken. Det

har vært et generelt synspunkt for utvalget at hvor det er gitt mer alminnelige regler, skal det ikke i tillegg til disse alminnelige reglene gis særregler om det samme for de enkelte behandlingstrinn, med mindre det er et spesielt behov for det. Noe annet vil være å gjøre loven samlet sett mer komplisert enn nødvendig, og det vil også kunne lede til motsetningsslutninger som det ikke er grunnlag for.

Når det gjelder rettens plikt til aktiv saksstyring, har utvalget likevel sett det som hensiktsmessig å gi et par regler for visse helt sentrale ledd i den aktive saksstyringen. Det er for to trinn av prosessen hvor aktiv saksstyring er særlig viktig, og hvor det også er behov for å få konkretisert hva saksstyringen skal gå ut på. Det har i denne forbindelse vært av betydning at aktiv saksstyring for mange dommere – og selvsagt også for de som på annen måte er jevnlig involvert i prosesser, først og fremst advokater – vil innebære en omlegging av den vante sakstiltæringen og – om man vil – prosesskulturen.

Den viktigste av særbestemmelsene om aktiv saksstyring, er uten tvil § 9-4. Den innebærer at retten straks tilsvare av gitt, skal drøfte med partene det videre opplegget for behandlingen av saken. Alle sider av betydning ved saksforberedelsen skal gjennomgås. Det skal settes de nødvendige frister. Hovedforhandling skal berammes, og det skal, så langt man kan ha oversikt, også drøftes opplegg og gjennomføring av denne. Kort sagt – innledningsvis i behandlingen skal det struktureres et opplegg for det som skal skje videre i saken. Man skal bort fra dagens ordning med at saken frem til hovedforhandling langt på vei lever sitt eget liv, uten noen form for inn gripen fra rettens side, med de konsekvenser det får for tidsbruk og i noen grad også for omfang av omkostninger som pådras.

For hovedforhandlingen gjelder den særlige saksstyringsregel i § 9-13. Et stikkord her er konsentrasjon. Dette er viktig. Det skjer jevnlig en tids- og ressursbruk under hovedforhandlingen som ikke er nødvendig verken for å sikre en forsvarlig behandling eller for at partene skal få fremføre, og oppleve at de har fått fremført, sin sak på en ordentlig måte.

Aktiv saksstyring skal foretas ved så vel tingrettene som lagmannsretten og Høyesterett. De særlige regler i §§ 9-4 og 9-13 gjelder tilsvarende for anker over dommer, jf. § 11-14(3), § 11-18(1), § 12-8(3) og § 12-11(2). For anker over andre avgjørelser gjelder den generelle plikt til aktiv saksstyring etter § 5-5. Men det er nok likevel i tingrettene at en aktiv saksstyring har størst betydning. For det første er det tingrettene som behandler de aller fleste tvister. Det er relativt sett et fåtall saker som ankes. Det er også et siktemål med tvisteloven å styrke behandlingen i tingrettene for at færre saker skal gå videre til lagmannsrettene, se II.9.4. Uansett vil en aktiv saksstyring i tingrettene kunne bidra til å rydde og klargjøre tvisten, også med gevinst for behandlingen i ankeinstansene. Det vil selvsagt ikke si at ikke aktiv saksstyring også vil være meget nyttig og helt nødvendig også i ankeinstansene, blant annet for å oppnå konsentrasjon og hurtighet i avviklingen. Også der vil det kunne være nødvendig med en strukturering av den videre behandling, f.eks. ved frister og avgjørelser om bevisinnhentning og bevisfremleggelse. Det vil være viktig tidlig under forberedelsen å få fastsatt tidspunktet for ankeforhandlingen.

Domstollederen har plikt til å påse atplikten til aktiv saksstyring etter § 5-5 følges opp, og at mangler ved unnlatt eller mangelfull saksstyring rettes. Partene kan kreve at domstollederen griper inn. Domstollederens beslutning, eventuelt hans/hennes unnlattelse av å gripe inn, kan ankes til lagmannsretten. Disse reglene er viktige for å sikre at systemet med aktiv saksstyring fungerer, både generelt og i den enkelte sak.

### 9.3 Mekling og rettsmekling

Som et ledd i rettens aktive saksstyring, må retten overveie om det er grunn til å ta et initiativ for å få til en minnelig løsning i saken, jf. § 7-1 og § 9-4(2) (a). Dette er et viktig element i rettens arbeid med saken. Ofte vil det å få til en minnelig løsning, være en bedre utgang på saken enn om den avgjøres ved dom. Det kan være personlige relasjoner mellom partene som vil stå seg bedre om minnelig løsning oppnås, eller det kan være hensyn til fremtidige forretningsmessige forbindelser som tilsier det samme. En minnelig løsning vil vesentlig kunne korte tiden frem til avgjørelsen for partene og spare dem for betydelige omkostninger, spesielt hvis den minnelige løsningen kommer på et tidlig trinn av behandlingen.

Ved at retten – forberedende dommer – gjennom sin aktive saksstyring blir kjent med saken,

vil retten ha en helt annen mulighet til å ta initiativ til en minnelig løsning enn etter dagens prosessregime. Det er av stor betydning at retten er seg denne muligheten bevisst og bruker den. Tvisteloven legger opp til at dette skal gjøres, jf. de bestemmelser det er vist til ovenfor. Riktignok er det enkelte saker som ikke ligger an til løsning på denne måten, og det vil også være saker hvor partene har forsøkt grundige former for mekling før sak reises – jf. i denne forbindelse § 6-6. Men at retten i en del tilfeller ikke vil ha oppfordring til å forsøke å få til en minnelig løsning, eller ikke bør forsøke dette, er ikke argument mot et slikt forsøk hvor saken kan ligge an til en løsning i minnelighet.

Når det ellers gjelder mekling og rettsmekling for domstolene og behovet for minnelige løsninger, vises til tvisteloven kapittel 7 og til den mer generelle og prinsipielle behandlingen i II.7. I prinsippet kan det foretas mekling og rettsmekling så vel for tingrettene, lagmannsrettene som for Høyesterett. Det er først og fremst for tingrettene at dette er aktuelt. Men også i lagmannsretten har ordningen vist seg å ha et potensiale.

### 9.4 Behandlingsreglene og konsentrasjon og hurtighet

I II.3.6 er fremhevet hensynet til en konsentrert og hurtig prosess. Konsentrasjon er ivaretatt gjennom en rekke ulike regler i tvisteloven. For det første kommer konsentrasjon inn på et generelt plan gjennom reglene om saksstyring, både den alminnelige regelen i § 5-5 og de særlige regler i § 9-4 og § 9-13. En viktig side ved saksstyringen – og et viktig hensyn bak disse reglene – er nettopp å få konsentrert saken om de sentrale og omtvistete spørsmål. I mer kompliserte saker vil muligheten for å supplere den muntlige behandlingen med skriftlige innlegg om særlig kompliserte rettslige og faktiske spørsmål, også kunne bidra til en konsentrasjon om disse sidene ved saken. Et annet viktig element for å oppnå konsentrasjon, vil være sluttinnleggene etter § 9-10. Videre kan nevnes reglene om begrensning av bevisføringen ut fra hensynet til proporsjonalitet, jf. § 24-8, og ikke minst kombinasjonen av skriftlige vitne- og partsforklaringer med avhør i retten om de særlige punkter som trenger videre oppklaring eller fordykning, jf. § 24-12(2).

Konsentrasjon av behandlingen om de vesentlige og omtvistete spørsmål, vil også normalt lede til en konsentrasjon av saken i tid og derved til en tidsgevinst. Å få til en rask avvikling av saken, er

ofte av stor betydning. En rettslig tvist vil kunne være en betydelig belastning for partene, og for de fleste parter vil det uansett være viktig å få løst tvisten hurtig. Dagens behandling er alt for ofte vesentlig for langsom, og det er et mål at behandlingen etter tvisteloven gjennomgående skal være hurtigere. Som påpekt vil reglene for konsentrasjon kunne ha direkte – og positive – føringer for behandlingstempoet. Tvisteloven har også regler som direkte gjelder behandlingstempoet.

§ 9-4(2)(h) er her viktig. Den bestemmer at hovedforhandlingen, bare hvis særlige grunner gjør det nødvendig, kan berammes til et tidspunkt senere enn 6 måneder etter at stevning ble inngitt. I denne sammenheng er det sentralt at selve berammelsen skal skje i den kontakt forberedende dommer har med partene etter at tilsvaret er inngitt, og da som ledd i den aktive saksstyring der den videre saksgang struktureres. Andre viktige tidsfrister etter tvisteloven vil være 4 måneders fristen etter § 10-4(1) for å ha avsluttet en sak etter småkravprosess, jf. også § 10-4(3) om ukesfristen for å skrive ut en dom som er avsagt muntlig. Det vises videre til § 21-4(5) om frister på henholdsvis 2 og 4 uker for å avsi dom etter at forhandlingene ble avsluttet. Dette er frister som bør være realistiske i et nytt prosessregime med forståelse for og vilje til rask saksavvikling.

De regler om konsentrasjon og hurtighet som det er vist til, vil gjelde så vel for tingrettene, lagmannsrettene som for Høyesterett, ved at bestemmelsene gjelder direkte eller tilsvarende. Når det spesielt gjelder reglene om adgangen til å kombinere muntlig behandling med skriftlige innlegg, er den adgangen noe videre i lagmannsrettene og Høyesterett enn i tingrettene. Konsentrasjon og hurtighet er selvsagt viktig i alle instanser. Men også i denne sammenheng kan tingrettene fremheves, først og fremst fordi hurtighet her vil bety langt mer for systemet som helhet, rett og slett fordi tingrettene behandler en saksmengde mange ganger større enn lagmannsrettens og ytterligere flere ganger større enn Høyesteretts.

## 9.5 Større avklaring under saksforberedelsen

En tilsiktet og viktig effekt av økt saksstyring vil være at sakene i høyere grad skal avklares under saksforberedelsen. Man skal komme bort fra den situasjon man alt for ofte har i dag, at sakene hva angår grunnlag og bevisstoff først avklares under hovedforhandlingen, eventuelt en dag eller to før denne. Dette at partene dukker opp med nye bevis

og eventuelt nye grunnlag på et tidspunkt hvor motparten rent faktisk er avskåret fra å imøtegå det, skaper på flere måter store problemer i prosessen. Det skapes en risiko for uriktige avgjørelser både om de nye grunnlag og bevis tillates, hvilket vil være den vanlige situasjonen, og om det nye nektes. Særlig uheldig vil dette være hvor det rent faktisk ikke vil være mulig å anke avgjørelsen fordi partene ikke ser seg råd til en anke eller tvisten ikke har en slik betydning at en anke kan rettfærdiggjøres ut fra prosessutgiftene. Men det er selvsagt uheldig også hvor det ankes, hvis en anke ville vært unødvendig om det nye grunnlag eller bevisstoff hadde kommet frem tidligere under saksforberedelsen.

Som påpekt skal den aktive saksstyring virke for at grunnlag klargjøres og bevis kommer frem på et tidligere trinn av saken enn hva som til nå ofte har vært tilfellet. En annen viktig regel vil her være bestemmelsen om avsluttet saksforberedelse og sluttinnlegg i § 9-10, og preklusjonsadgangen i § 9-16 om fristen ikke overholdes.

## 9.6 Muntlighet og bevisumiddelbarhet med mulighet for skriftlige og middelbare innslag

I vår prosess er muntlighet og bevisumiddelbarhet, at bevisene føres direkte for den dømmende rett, bærende prinsipper. Det skal det også være etter tvisteloven. Utvalget ser muntlighet og bevisumiddelbarhet som grunnleggende for en god prosessordning, jf. i denne forbindelse formålsbestemmelsen i § 1-1(2) hvor muntlighet og bevisumiddelbarhet er fremhevet.

Muntlighet og bevisumiddelbarhet gjelder ikke for alle trinn og alle sider ved dagens prosessordning. Noe unøyaktig kan det sies å gjelde for hovedforhandlingen og ankeforhandlingen, og derved for behandlingen av tvistegjenstanden i saken. Andre sider ved saken, f.eks. tvist under saksforberedelsen om dokumentfremleggelse, avgjøres etter skriftlig behandling. Også overprøving av enkelte krav som i første instans er behandlet muntlig, skjer skriftlig, f.eks. overprøving av avgjørelser om midlertidig forføyning. I det vesentlige blir dette systemet beholdt i tvisteloven. Men grovt sett kan det nok sies at det legges opp til et noe større innslag av muntlighet i det som i dag er undergitt skriftlig behandling, samtidig som det åpnes for noe større innslag av skriftlige elementer i den prosess som ellers helt ut har vært muntlig. Det er grunn til å understreke at dette ikke er endringer som vil være gjennomgående i prosessen, på den måten at det åpnes for muntlighet for et stort antall av avgjørel-



ser som tidligere ble avgjort etter en rent skriftlig behandling, eller for skriftlige innslag i en flerhet av de saker som nå helt ut behandles muntlig. Den prinsipielle forskjellen mellom tvistemålslovens og tvistelovens regler, er at valget mellom muntlighet og skriftlighet, eller muntlighet med mulighet for skriftlige innslag, i noe større grad enn i dag skal bestemmes ut fra hensynene til en forsvarlig og hensiktsmessig prosess. Det vises ellers til behandlingen under II.3.10 og 11.

Som nevnt er det visse avgjørelser som i utgangspunktet skal treffes etter skriftlig behandling. Det vises til § 9-6(4), § 11-15 og § 12-9. Men det er åpning for å holde muntlig forhandling. Muntlig forhandling skal holdes når «hensynet til lovens formål om rettferdig og forsvarlig behandling tilsier det», jf. § 9-6(4). Om hva som nærmere ligger i denne bestemmelsen, vises til bemerkningene til den. Men det er her grunn til å peke på, at betydningen av den avgjørelse som skal treffes, og behovet for muntlighet og bevisumiddelbarhet for en forsvarlig avgjørelse, vil være helt sentralt. Denne bestemmelsen åpner for en større grad av muntlighet ved avgjørelser under saksforberedelsen enn det som følger av tvistemålsloven. Ressurs- og proporsjonalitetshensyn tilsier at det er klare grenser for det omfang bruk av muntlighet på dette trinn i prosessen kan få. Det er likevel viktig å ha for øye at muntlighet og bevisumiddelbarhet kan være nødvendig for en forsvarlig prosess – og for en prosess som skal ivareta de krav som følger av EMK artikkel 6(1).

Småkravprosessen, som etter utkastet skal gjelde for behandlingen av krav opp til 2 G, og som bør bli en praktisk viktig prosessform, skal være en utpreget muntlig behandling, se § 10-2(3) annet punktum og § 10-3. Det er ikke adgang til å supplere den muntlige behandlingen med skriftlige utredninger. Behandlingen skal være konsentrert og muntlig. Det tilføyes at det er en viss adgang til, med rettens samtykke, å avtale en helt skriftlig behandling av småkrav. Det er en adgang som kanskje ikke vil få så stor betydning.

Også i allmennprosessen er regelen, som etter tvistemålsloven, at tvistegjenstanden skal avgjøres etter muntlig behandling. Men det er etter § 9-9(2) adgang til for partene, med rettens samtykke, å avtale at avgjørelsen skal treffes etter en skriftlig behandling eller etter en kombinasjon av skriftlig behandling og behandling i rettsmøte. Retten skal bare gi samtykke hvis slik skriftlighet gir en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling. Etter § 9-9(3) kan retten i visse tilfeller fastsette at partene skal inngi skriftlige redegjørelser for avgrensede rettslige eller faktiske spørsmål. Vilkårene er

meget strenge og bundet opp til å få et sikrere avgjørelsesgrunnlag samt vilkår om prosessøkonomi. Det vises ellers til vilkårene i bestemmelsen og til bemerkningene til den.

§ 9-9(4) om kronologisk eller annen systematisert redegjørelse for et uoversiktlig faktisk forhold, svarer langt på vei til tvistemålsloven § 317 annet ledd.

Samlet sett åpner disse reglene for et skriftlig innslag i en ellers muntlig prosess som, når systemet ses i sin helhet, bare kan karakteriseres som beskjedent. Utvalget er klar over at det her kan argumenteres for at det burde være en større mulighet for skriftlige innslag og kanskje også at retten burde kunne gi pålegg om skriftlige utredninger ut over den snevre adgang det er etter § 9-9(3) og (4). Utvalget har imidlertid bevisst ønsket å beholde et system der muntlighet for avgjørelsen av tvistegjenstanden i saken, er den helt dominerende behandlingsmåten. Å åpne mer generelt for pålegg om skriftlige redegjørelser, vil kunne lede til en unødig dobbeltbehandling i en del tilfeller, med økte og bortkastete prosessutgifter til følge. En slik dobbeltbehandling ville også kunne forsinke prosessen, og derfor være i strid ikke bare mot hensynet til prosessøkonomi, men også hensynet til hurtighet. Med de avgrensninger og de vilkår som er knyttet til § 9-9(3) og (4), vil skriftlige redegjørelser bare kunne kreves hvor det er særlig behov for det, og hvor avviklingen av saken klart vil kunne vinne på det skriftlige innslaget.

Muligheten for å kombinere muntlighet med skriftlige innslag er noe større i lagmannsrettene enn den er i tingrettene, se § 11-16. Behandlingen av en anke skal på mange måter være annerledes enn en førsteinstansbehandling, nettopp for at ankebehandlingen skal konsentreres om det som er tatt opp i anken, og som det er gitt anketillatelse for, og som er omtvistet. I en ankesak vil man også ha en saksgjennomgang i den dom som er anket. Skriftlige redegjørelser fra partene vil i denne situasjonen kunne bidra til en ytterligere og vesentlig begrensning av den muntlige ankebehandling til de helt sentrale faktiske og rettslige punkter i ankesaken. Det vil igjen kunne bidra til prosessøkonomi både for partene og for en bedre utnyttelse av domstolsressursene. Alternativt vil en redegjørelse for særlig kompliserte spørsmål kunne bidra til et sikrere avgjørelsesgrunnlag.

For Høyesterett er adgangen til skriftlige innslag i den ellers muntlige prosess vesentlig større enn for lagmannsrettene, og det er her endringen er størst i forhold til gjeldende lov, se § 12-10(2). Det er viktig for at Høyesterett kan fylle den funksjon denne domstolen skal ha i vår rettspleie, at sakene

kan konsentreres om de prinsipielle rettsspørsmålene, se blant annet II.13.5 og bemerkningene til § 12-10(2). Skriftlige utredninger om prinsipielle og viktige rettsspørsmål vil føre til at de muntlige forhandlingene om disse spørsmål mer kan gå på en utdyping og klargjøring. I denne forbindelse er det viktig å ta hensyn til at de muntlige forhandlinger i Høyesterett, nettopp for de sentrale rettsspørsmål vil ha atskillig preg av «seminar» med diskusjon og utveksling av synspunkter mellom dommere og advokater. Dette er viktig for kvaliteten på Høyesteretts arbeide – nettopp med henblikk på rettsavklaring og rettsutvikling som er Høyesteretts viktigste funksjoner i rettspleien. Det er grunn til å tro at denne delen av rettens arbeid, for de særlig kompliserte rettsspørsmål, vil kunne bli enda bedre om man har et skriftlig grunnlag som utgangspunkt for diskusjonen og for forberedelsen til saken. Det bør også klart kunne lede til at sakene i høyere grad konsentreres om det sentrale i dem, med en tidskonsentrasjon som gevinst.

Det er også en annen type skriftlige utredninger som vil kunne være aktuell i Høyesterett for å oppnå en konsentrasjon om det sentrale og omtvistete. Vanligvis vil man i Høyesterett i de tidligere dommer i saken ha en saksfremstilling som partene kan vise til i sin muntlige fremstilling. Men hvis disse er mangelfulle på vesentlige punkter, kan det være praktisk at det legges frem en felles saksfremstilling, iallfall en saksfremstilling partene i det vesentlige er enige om, slik at det ikke skjer et vesentlig tidsbruk på den «transportetappe» det er å gi en redegjørelse for det bakenforliggende saksforhold.

En sterkere konsentrasjon om prinsipielle rettsspørsmål bør den enkelte sak tjene på, og det vil muliggjøre at Høyesterett vil kunne behandle flere saker – og derfor i større grad bidra til rettsavklaring – enn etter tvistemålslovens regler.

Bevisumiddelbarhet forutsetter muntlighet. Der hvor saken skal avgjøres etter skriftlig behandling, må derfor bevisene føres middelbart, med mindre det gjelder reelle bevis som følger dokumentene. For Høyesterett skal behandlingen som utgangspunkt være muntlig, men bevisføringen er likevel middelbar, se § 12-10(1) og § 12-11(1). Se her den prinsipielle drøftelsen i II.13.5. Det er på dette punkt ingen endring i forhold til det som følger av tvistemålsloven.

Også for tingretten og lagmannsretten er reglene langt på vei som etter tvistemålsloven, men her er det noen endringer av betydning. For det første vil skriftlige faktiske redegjørelser som inngår i avgjørelsesgrunnlaget, jf. § 9-9(2) til (4) og § 11-16(1), kunne få effekt som skriftlig bevisma-

teriale. I den grad disse fremstillinger ikke bestrides, må retten kunne bygge på dem. Hvis en faktisk fremstilling er bestridt, må det derimot føres bevis, som i utgangspunktet må skje gjennom umiddelbar bevisføring.

En annen og vesentlig endring for bevisføringen i tingretten og lagmannsretten er § 24-12. Bestemmelsen åpner for at skriftlige forklaringer og redegjørelser brukes som bevis, men likevel slik at det er et vilkår at partene gis anledning til å avhøre den som har gitt uttalelsen, og at bruken av redegjørelsen ikke er betenkelig med henblikk på en forsvarlig opplysning av saken. Denne bestemmelsen innebærer en vesentlig omlegging og oppmykning av det forbud mot bruk av skriftlige erklæringer som følger av tvistemålsloven § 197. Det vises nærmere til bemerkningene til § 24-12.

Tvistemålsloven åpner for såkalt fjernavhør av vitner og sakkyndige, jf. §§ 199 a og 248 a med tilhørende forskrift. Tvisteloven har regler om dette i § 24-10, som i noen grad vil innebære en utvidelse av den adgangen det er til fjernavhør etter tvisteloven. I denne forbindelse er det grunn til å minne om at det etter utkastet til tvisteslov ikke lenger er noen geografisk begrensning i møteplikten, men retten kan bestemme at avhøret skal skje gjennom fjernavhør når hensynet til vitnet sammenholdt med den mulige betydningen av vitneprovet og betydningen av saken, gjør det rimelig. Det er videre grunn til å peke på at fjernavhør, og ikke avhør ved bevisopptak, er den primære formen for bevisføring hvis et vitne mv. ikke vil kunne møte under hovedforhandlingen. Et fjernavhør vil som bevismiddel i de aller fleste tilfeller være langt å foretrekke fremfor et avhør ved bevisopptak som dokumenteres. Det vil også regulært være ressursbesparende både for domstolene som helhet og for partene i den konkrete sak.

En form for middelbarhet ligger det også i at rettsmøter i visse tilfeller kan holdes som fjernmøter, jf. § 17-1(2) til (4) og bemerkningene til denne bestemmelsen. Praktiske eksempler på rettsmøter som etter lovutkastet kan holdes som fjernmøter, er rettsmøter i småkravsprosessen, jf. § 10-3(1) annet punktum og møter for drøftelse av saksforberedelse og hovedforhandling, jf. § 9-4(3) og § 9-5(3) annet punktum. I småkravsprosessen vil situasjonen kunne være at saken gjelder små verdier mens ulempene og omkostningene vil være store for en av partene om vedkommende må reise til rettsstedet. Da vil det kunne være praktisk – og mer i tråd med betydningen av saken – om parten får delta via telefon- eller videokontakt med retten, jf. § 17-1(2). Når det gjelder saksforberedelsesmøte etter § 9-4(3), er dette et viktig møte, og

det vil være nødvendig for at retten på forsvarlig måte skal kunne få foretatt den saksstyring som er nødvendig. Men det å kreve at partene skal møte til et ordinært rettsmøte, vil innebære en ressursbruk som mange saker ikke vil kunne bære.

Det innslag i sivil rettergang som bruk av fjernavhør og fjernmøter vil representere, kan tilsynelatende se ut til å innebære en betydelig overgang til en mer middelbar prosess. Det skjer nok prosessføring som i tid er direkte overfor retten, men denne prosessføringen formidles via et medium. I noen grad vil en slik betraktning være riktig, men den største endringen vil i virkeligheten være et betydelig større element av umiddelbarhet. En part, et vitne eller en sakkyndig som i dag har vanskelig for å møte i retten, vil gjerne bli avhørt ved bevisopptak som dokumenteres under hovedforhandlingen. Vanskeligheten ved å møte til fjernavhør, hvor det vil være stor fleksibilitet med hensyn til møtested, vil derimot for de fleste være langt mindre. Et skikkelig gjennomført fjernavhør vil, særlig ved bruk av videoteknikk, i bevisverdi kunne ligge helt opp til et avhør gjennomført direkte for den dømmende rett. Etter hvert som de tekniske mulighetene for overføring forbedres og tilgjengeligheten på gode tekniske overføringsmidler blir større, vil kvaliteten på slik bevisføring stadig kunne bli bedre.

## 9.7 Gjennomføringen av hovedforhandling og ankeforhandling

Reglene om rettens sammensetning under hoved- eller ankeforhandlingen er noe endret for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett. § 9-12 gir regler om sammensetningen i tingretten. Det nye er først og fremst at tingretten i noen saker kan gis en forsterket sammensetning ved at retten settes med mer enn én fagdommer, jf. den nevnte bestemmelsen og bemerkningene til den. I lagmannsretten er det den endring at hvis det skal være med meddommere, skal det være to, jf. § 11-17. Mulighet for fire meddommere vil innebære en ressursbruk de færreste saker vil kunne bære, jf. nærmere om dette bemerkningen til § 11-17. For Høyesterett åpnes det for at retten skal kunne få en forsterket sammensetning ved at det deltar mer enn fem dommere, jf. utkast til ny § 5 fjerde ledd i domstoloven og drøftelsen under II.13.6.

Hovedforhandlingen i tingretten og ankeforhandlingen i lagmannsrett og Høyesterett vil i høy grad likne på hovedforhandlingen og ankeforhandlingen slik vi kjenner den etter tvistemåls-

lovens regler. Men det vil være endringer. Disse er delvis gjennomgått ovenfor under II.9.6, vedrørende muntlighet og bevisumiddelbarhet. Bruk av skriftlige redegjørelser som en del av avgjørelsesgrunnlaget i de saker hvor det er gitt slike, vil klart få betydning for gjennomføringen av hoved- eller ankeforhandlingen. For det som er behandlet skriftlig, blir det først og fremst et spørsmål om supplering og korrigerende. Det skal ikke åpnes for at det først gis en skriftlig redegjørelse, og man så får en fullstendig muntlig reprise på denne under hovedforhandlingen. Videre skal man for tingretten bort fra det vi nå alt for ofte ser med meget omfattende innledningsforedrag med en omfattende gjentakelse i prosedyren. Også mer generelt skal det legges opp til konsentrerte forhandlinger. Det kan fastsettes tidsrammer for partenes innlegg mv., jf. § 9-11(2) tredje punktum og § 9-13(2) fjerde punktum. For øvrig vises for hovedforhandlingen i tingretten til § 9-15 og bemerkningene til denne bestemmelsen.

Langt på vei vil de samme regler gjelde for ankeforhandlingen i lagmannsretten. Men ankeforhandlingen skal konsentreres om det som er tatt opp i anken og som er omtvistet, jf. § 11-18(1) annet punktum. Det er en viktig regel. Alt for ofte blir forhandlingene for lagmannsretten en slags fornyet behandling av saken, og ikke nettopp en anke og et angrep på den dom som er avsagt i tingretten, se II.12.9. Når det ellers gjelder gjennomføringen av ankeforhandlingen for lagmannsretten, vises til § 11-18 og bemerkningene til denne bestemmelsen.

Ankeforhandlingen for Høyesterett bør i langt større grad enn det som er tilfellet i dag, kunne konsentreres om de prinsipielle sider ved de saker som er oppe til behandling, jf. blant annet ovenfor under II.9.6 og II.13.4. Tvisteloven gir mulighet for dette dels gjennom de beskjeringsmuligheter som følger av samtykkeregelen i § 12-5, se særlig § 12-5(2) annet punktum, og den muntlige behandling med en vid adgang til kombinasjon med skriftlige redegjørelser, jf. 12-10(1) og (2), se også (3).

## 9.8 Tvistelovens tilpasning til søksmålsbehovet og behandlingsbehovet for den enkelte sak

Tvisteloven er i større grad enn tvistemålsloven søkt tilpasset ulike søksmåls- og behandlingsbehov. Det gir seg for det første utslag i flere prosessformer. Den viktigste – og generelle – prosessformen vil være allmennprosessen. Også den åpner for en behandling som i høy grad er fleksi-

bel, og som vil kunne tilpasses den enkelte tvist. Allmennprosessen vil gjelde dersom ikke en av de særlige prosessformene skal anvendes. Småkravsprosessen vil være en slags forenklet allmennprosess, generelt tilpasset det at sakene gjelder små krav. Gruppeprosess vil være en egen prosessform, utformet for at en gruppe kan opptre kollektivt i prosessen. Ellers er saker om administrativ frihetsberøvelse en egen prosessform, hvor hovedvekten er lagt på særlig betryggende behandling, hensett til karakteren av det inngrep saken vil gjelde.

Innenfor allmennprosessen skal den aktive saksstyring legge opp til at den enkelte sak behandles slik forsvarlighet, effektivitet og proporsjonalitet tilsier. Nettopp ved at retten griper fatt i saken på et tidlig tidspunkt, vil det kunne legges opp til at behandlingen i større grad tilpasses sakens særlige behandlingsbehov. Den aktive saksstyringen vil ha en tilsvarende betydning også i småkravsprosess, gruppeprosess og ved saker om administrativ frihetsberøvelse. Men for småkravsprosess vil også den aktive saksstyringen få en forenklet form og et mer beskjedent omfang – også saksstyringen må være proporsjonal. I gruppeprosessen vil nok en aktiv saksstyring være enda viktigere enn i allmennprosessen. Her har retten for øvrig også visse kontroll- og godkjennelsesfunksjoner som i seg selv kan gi føringer for saksstyringen, se blant annet §§ 32-9(3), 32-10(2) og § 32-11(3). I saker om administrativ frihetsberøvelse, vil den aktive saksstyring først og fremst ha som mål å sikre en forsvarlig opplysning og behandling av saken, men også at den kan avgjøres hurtig. Ved kollisjon mellom ulike hensyn, vil hensynet til forsvarlig behandling her være det helt sentrale.

Andre viktige regler som skal fremme en behandling som tilgodeser de aktuelle søksmålsbehov og tilpasse saken til det tvisten gjelder, er de øvrige regler om proporsjonalitet. Her kan for det første nevnes § 24-8 om begrensning av bevisføringen ut fra hensynet til proporsjonalitet. Andre slike regler vil være bestemmelser om konsentrasjon av forhandlingene i rettsmøter, herunder hoved- og ankeforhandling, og regler om f.eks. tidsrammer for innlegg mv.

Den største tilpasning i sivilprosessen til de ulike søksmålsbehov og de ulike søksmål, ligger likevel i at det i tillegg til allmennprosessen er en egen småkravsprosess og en gruppeprosess. Nå kan man si at småkravsprosessen ikke er noe fundamentalt nytt, jf. de regler vi i dag har om forenklet rettergang. Imidlertid brukes reglene om forenklet rettergang i praksis nesten ikke. Småkravsprosessen får et langt videre anvendelsesområde.

Den blir den obligatoriske behandlingsformen for krav inntil 2 G. Det er meget snevret unntak fra behandlingsformen, se § 10-1(3), og ingen adgang for partene til å avtale seg bort fra den. Småkravsprosessen er, i motsetning til en forenklet rettergang etter tvistemålsloven kapittel 22 V, en utpreget muntlig prosess. Det er i virkeligheten nettopp en, til dels sterkt forenklet, allmennprosess, utformet ut fra et generelt proporsjonalitetshensyn. Også småkravsprosessen vil selvfølgelig kreve at aktørene i prosessen tar reglene og hensynet bak dem innover seg, for at prosessen skal fungere. Men det er, i motsetning hva tilfellet har vært med reglene om forenklet rettergang, grunn til å tro at småkravsprosessen ikke vil bli oppfattet som noe fremmedelement i prosessen, og som man derfor generelt vil søke å unngå at skal få anvendelse. De innspill og synspunkter utvalget har mottatt på sitt foreløpige notat og regelskisse om småkravsprosess, tilsier avgjort at dette raskt bør kunne bli en akseptert prosessform. Om bakgrunnen for og de prinsipielle sidene ved småkravsprosessen, vises til II.11.

Gruppeprosessen skal tilgodese kollektive søksmålsbehov, der mange er berørt på en likeartet måte, og hvor forening av søksmål gjennom subjektiv kumulasjon ikke gir en like god eller mer hensiktsmessig prosessform. Gruppen er representert ved grupperepresentanten, og gruppen opptrer samlet i prosessen. Om bakgrunnen for og de mer prinsipielle valg i gruppeprosessen, vises til II.17. For enkelthetene vises til regelsettet i kapittel 32 og bemerkningene til bestemmelsene. Grunnen til at gruppeprosess nevnes her, er at gruppeprosessen er ett av mange ledd i tvisteloven som skal ivareta de ulikeartete søksmåls- og behandlingsbehov. Gruppeprosessen vil tilgodese kollektive søksmålsbehov som i dag ikke er tilfredsstillende dekket i tvistemålsloven.

Den siste særegne prosessformen som det er grunn til å trekke frem, er reglene for saker om administrativ frihetsberøvelse, jf. tvisteloven kapittel 33. Dette er en type regler som vi har i tvistemålsloven, jf. tvistemålsloven kapittel 33. Det er en del ulikheter mellom disse regelsettene, men stort sett beholder tvisteloven kapittel 33 hovedtrekkene i tvistemålsloven kapittel 33. Poenget med å trekke reglene frem, er igjen å peke på at det her er særlige behandlingsregler som skal tilgodese spesielle søksmåls- og behandlingsbehov.

## 9.9 Andre viktige regler

Som påpekt under II.9.1, må det i noen grad bli selektivt og begrenset hva som kan tas med i oversikten over tvistelovens behandlingsregler, med særlig henblikk på behandlingen i tingrettene. Fremstillingen må konsentreres om det som er vesentlig og nytt. I tillegg til det som er nevnt foran, og det viktige, men tross alt spesielle punktet som behandles nedenfor under II.9.10, med en økt mulighet for en samordnet behandling av krav om midlertidig forføyning mv. og hovedkrav, skal nedenfor kort nevnes enkelte viktige regler.

Her er det naturlig først å trekke frem to av de grunnleggende reglene i kapittel 5, § 5-1 (3) om rett til kontradiksjon og § 5-4 om rettens veiledningsplikt. Retten til kontradiksjon og til å uttale seg om faktiske og rettslige spørsmål i saken, utvides noe i forhold til det som har vært praksis, og betydningen av denne retten understrekes. Generelt gjelder det at retten ikke kan bygge avgjørelsen på et faktisk og rettslig grunnlag partene ikke har hatt anledning til å uttale seg om. Egentlig burde denne regelen være selvsagt, men den har ikke i alle sammenhenger blitt oppfattet som det. Det vises nærmere til bemerkningene til bestemmelsen.

§ 5-4 innebærer en klarlegging av rettens adgang og plikt til veiledning så vel om saksbehandlingen som de materielle spørsmål i saken. Det vises til bemerkningene til bestemmelsen.

Under hoved- eller ankeforhandling skal det skje en dokumentasjon av de forklaringer som gis, enten ved lydopptak eller ved referat i rettsboken, se §§ 17-9 og 17-10. Dette er en viktig ny regel. Alt for ofte skjer det en endring av forklaringer fra en instans til en annen. Det kan være en bevisst eller ubevisst «tilpasning» til det som ellers kom frem i forrige instans, eller det kan rett og slett skyldes at man husker det annerledes. Det er av stor betydning å kunne kontrollere en forklaring opp mot det som vitnet eller parten tidligere har utalt. De nye reglene åpner for dette, se ellers bemerkningene til de nevnte bestemmelser.

En nyskapning er dom etter forenklet domsbehandling, se § 9-8. Bestemmelsen vil gjelde de klart uholdbare krav, eller der innsigelsene mot kravet er klart uholdbare. Den åpner for en rask pådømmelse etter en enkel behandling. For lagmannsretten vil denne domsadgangen ha en parallell i § 11-13(2) om adgangen til å nekte anker som klart ikke kan før frem. Også denne regelen er ny.

En siste regel det er grunn til å trekke frem, er § 18-2 om allmennhetens innsynsrett i saksdokumentene. Denne regelen er langt på vei en konsekvens av adgangen til i visse tilfeller å bruke skrift-

lige utredninger som en del av avgjørelsesgrunnlaget i saken. De hensyn som ligger bak offentlighet i rettspleien, tilsier at det da må gis innsyn i dette materialet, se II.3.20 og bemerkningene til § 18-2.

## 9.10 Tingrettene som hurtigdomstol. Koordinering med behandlingen av krav om midlertidig forføyning, arrest mv.

I visse situasjoner har partene et særlig behov for en rask avgjørelse, som må gis som en midlertidig forføyning, eventuelt arrest, samtidig som det vil kunne være behov og mulighet for samtidig å få avgjort det underliggende krav – hovedkravet. Også her legges det gjennom utkastet opp til en mer fleksibel prosess enn etter dagens regler, jf. nedenfor om ny § 14-3 A og § 15-3 A i tvangsfullbyrdelsesloven.

Generelt er det viktig at domstolene arbeider raskt, både i sin alminnelighet og i den enkelte sak, se II.3.6. I den forstand legger utkastet til tvistelov opp til at domstolene skal være hurtigdomstoler. I enkelte tilfeller er det behov for en særlig rask avgjørelse, fordi det bare er ved en rask avgjørelse at partenes rettigheter og plikter kan ivaretas. Forholdet kan f.eks. være at en part har leid en eiendom til næring eller bolig for en periode, at det ikke foreligger noe mulig alternativ, og at utleieren nekter å følge avtalen. En dom i ettertid vil ikke sikre at kontrakten blir oppfylt. Den vil bare kunne gi en kompensasjon i form av erstatning, noe som kan være liten trøst for den som har fått sine rettigheter satt til side.

Vårt system i dag er at hvor det foreligger behov for en nærmest omgående eller iallfall meget rask avgjørelse for at partens interesser skal kunne ivaretas, må det treffes en avgjørelse om midlertidig sikring etter tvangsfullbyrdelsesloven tredje del, arrest eller midlertidig forføyning. Nedenfor i drøftelsen vises det stort sett til midlertidig forføyning.

For at det skal kunne gis midlertidig forføyning, må det foreligge en sikringsgrunn etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2. Kravet og sikringsgrunnen må sannsynliggjøres, jf. § 15-6. Reglene om midlertidig forføyning ivaretar behovet for raskt å få en avgjørelse som kan gjennomføres. Disse reglene er gjennomgått relativt nylig i forbindelse med arbeidet med tvangsfullbyrdelsesloven av 1992. De synes å gi en rimelig avveining av partenes interesser hvor en eller begge parter har et særlig behov for en rask avgjørelse.

Det som imidlertid er ulempen med en midlertidig forføyning, og kanskje spesielt der den mid-

lertidige forføyning gir en foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet, er at den midlertidige avgjørelse kan følges opp med fortsatt tvist i hovedsøksmålet eller i et nytt (hoved)søksmål. Det legges til rette for en omkamp. I mange situasjoner er det ikke til å unngå. Når en avgjørelse skal treffes meget raskt, kan situasjonen være at partene ikke har mulighet for å fremskaffe et fullstendig faktisk og rettslig materiale som grunnlag for avgjørelsen. I andre situasjoner, som nok ikke er så få, vil imidlertid forholdet kunne være at partene før forhandlingene om den midlertidige forføyning har alle muligheter for å fremskaffe de bevis og det rettslige materiale som det er aktuelt å føre også i forhold til hovedkravet. Det kan være tilfeller hvor det, tross behovet for hurtig avgjørelse, likevel kan gå noe tid før forhandlingen om dette finner sted. Forholdet kan også være at det er truffet en midlertidig forføyning uten muntlig forhandling, jf. tvangsfullbyrdsloven § 15-7 annet ledd, jf. § 15-10. Det akutte behov for midlertidig avgjørelse kan da være noe dempet. Det kan igjen lede til at den etterfølgende muntlige forhandling ikke skjer så raskt som den ellers ville gjort. I slike tilfeller vil det kunne være mulig fullt forsvarlig å få behandlet og avgjort hovedkravet samtidig med kravet om midlertidig forføyning. En felles behandling og avgjørelse vil fremme god prosessøkonomi, og vil sikre at den midlertidige avgjørelse harmonerer med den endelige.

Twistemålsutvalget mener at prosessreglene bør muliggjøre en samordnet behandling av krav om midlertidig sikring og hovedkravet når dette er tidsmessig mulig og ikke andre tungtveiende hensyn taler mot det. Hvor krav om midlertidig sikring fremmes i en verserende sak for de alminnelige domstoler, vil en slik koordinering ikke kreve noen spesielle lovregler. Situasjonen er annerledes hvor krav om midlertidig sikring først er reist overfor namsretten etter tvangsfullbyrdsloven §§ 14-3 eller 15-3. Da savnes en hjemmel for også å trekke inn hovedkravet til pådømmelse.

Det er klart at det må stilles vilkår for en slik samordning i behandlingen. For det første må en samordning ikke forsinke behandlingen av kravet om midlertidig sikring, slik at formålet med dette kravet ikke kan nås. Dernest må en samordning være forsvarlig også sett i forhold til behandlingen av hovedkravet. Men det må også stilles vilkår ut over dette. En adgang til samordning av krav om midlertidig sikring må ikke innby til «køsniking» ved de domstoler som måtte ha lang behandlingstid, på den måten at en part inngir et krav om midlertidig sikring utelukkende for å få en rask behandling av hovedkravet. Reglene må heller ikke innby til at det fremmes krav om midlertidig sikring for

å få saken behandlet ved de særlige namsretter for derved å få en raskere behandling enn det som er mulig ved de aktuelle tingretter. Det er bakgrunnen for vilkåret i forslaget til nye §§ 14-3 A og 15-3 A i tvangsfullbyrdsloven om at hovedkravet bare skal pådømmes hvor retten ved kravet om midlertidig sikring finner at det er sikringsgrunn.

Utvalget vil tilføye at det kan anføres mot en større adgang til samlet behandling av krav om midlertidig sikring og hovedkrav, at når kravet om midlertidig sikring først er avgjort, vil partene innrette seg etter det. Hovedkravet vil bli ansett for avgjort eller iallfall ikke forfulgt videre. En slik innvending er det nok noe i. Det nederlandske system med «kort geding», som er en midlertidig avgjørelse, sies å ha en slik virkning. Svært ofte vil partene nøye seg med denne avgjørelsen. Det samme vil åpenbart være tilfellet i mange saker med midlertidige avgjørelser i Norge. Men det vil klart også være tilfeller hvor den midlertidige avgjørelse vil bli fulgt opp med et søksmål om hovedkravet.

Den konklusjon utvalget trekker av dette, er at en samordnet behandling bør reserveres for de tilfeller hvor en behandling av hovedkravet ikke vil medføre en særlig mer komplisert behandling enn om kravet om midlertidig sikring var behandlet for seg. Så bredt som enkelte saker om midlertidig forføyning i dag legges opp, vil det trolig være situasjonen i ikke få saker. Det vises ellers til merknadene til forslaget om ny § 14-3 A og ny § 15-3 A i tvangsfullbyrdsloven.

Utvalget vil i forhold til drøftelsen i foregående punkt legge til at det har vært fremkastet som tanke for utvalget at det bør lages en egen «hurtigprosess», innen rammen av en tvistelov, for de tilfeller hvor det er et særlig behov for en rask avgjørelse. Til dette bemerker utvalget at lovutkastet generelt er rettet inn mot en hurtig behandling av sivile tvister for domstolene. Rettens plikt til aktiv saksstyring, men også andre behandlingsregler er her sentrale. Utvalget har lagt til grunn at hovedforhandlingen i en sivil sak skal holdes innen 6 måneder etter at stevning ble inngitt, jf. § 9-4(2) (h). En dom i småkravsprosess skal være avsagt innen 4 måneder etter at stevning ble inngitt, jf. § 10-4(1). I den forstand vil den ordinære prosess på mange måter bli en hurtigprosess.

Å lage en egen prosessordning, i tillegg til en generell prosess hvor hurtig behandling er helt sentralt, for de saker der det måtte være et særlig behov for rask avgjørelse, synes utvalget imidlertid ikke er noen god idé. For det første vil det normalt ikke være vanskelig å få en sak raskt opp hvis begge parter legger til rette for det. Hvis det ikke skjer til fortrenghet for andre viktige oppgaver, ser

utvalget det som en selvfølge at domstolene da vil gjøre sitt for å få saken raskt avgjort. Dertil kommer at også saker som haster vil kunne kreve en saksforberedelse som tar noe tid. At saken haster, er ikke ensbetydende med at den er enkel, verken i faktisk eller rettslig henseende. Partene kan

trene noe tid for en forsvarlig saksforberedelse. Hvis en forsvarlig saksforberedelse fører til at en rettskraftig dom ikke kan komme raskt nok, vil et reelt sikringsbehov hos den som fremmer kravet kunne ivaretas gjennom reglene om midlertidig sikring i tvangsfullbyrdelsesloven.

## Kapittel 10

# Behandlingen i forlikrådet

### 10.1 Forlikrårdsordningen - utvalgets mandat

---

Utvalgets oppdrag i henhold til mandatet er å foreta en fullstendig gjennomgang av tvistemålsloven og tilgrensende prosesslovgivning med sikte på å utarbeide en ny alminnelig sivilprosesslov. Domstolsstrukturen på tingretts nivå, spørsmålet om hvilke førsteinstansdomstoler vi skal ha og hvordan disse skal være organisert, lokalisert og bemannet, har nettopp vært behandlet i Stortinget på grunnlag av Strukturutvalgets innstilling Domstolene i første instans (NOU 1999: 22) og St.meld. nr. 23 (2000-2001).

Også organiseringen av rettspleien på «grunnplanet», som det er blitt vanlig å kalle nivået under tingrett, er i støpeskjeen. Dette omfatter forlikrådene, namsmennene og stevnevitnene. En utredning om temaet ble utarbeidet i 1997, og hovedpunktene i er omtalt i II.10.5.3. Det videre arbeidet har vært stilt i bero. Justisdepartementet har tilkjennegitt at departementet vil arbeide videre med disse spørsmålene om grunnplanet etter at ordningen for domstolsadministrasjonen og strukturen på domstolene i første instans er fastlagt. Dette arbeidet ble påbegynt i juni 2001.

Det er betydelige grenseflater mellom regelverk og struktur. Saksbehandlingsregler og domstolsorganisasjon må gjensidig tilpasses hverandre for at resultatet skal bli vellykket. Med hensyn til hvilke oppgaver forskjellige domstolstyper skal ha ved behandlingen av sivile saker, og hvordan retten skal settes sammen ved behandlingen av den enkelte sak, blir det en overlapping mellom struktur- og regelverksspørsmål. Strukturutvalget foreslo således flere endringer i prosessreglene, blant annet viktige endringer i reglene om forlikrådets meklings- og domskompetanse som også er sentrale temaer for Tvistemålsutvalget.

Enkelte grunntrekk i domstolsorganisasjonen finner Tvistemålsutvalget at man bør ta for gitt. Således legger utvalget til grunn at man vil beholde et hierarkisk system av domstoler med allmenn jurisdiksjon i tre nivåer: tingretter, lagmannsretter og Høyesterett. Det er bred enighet om at dette er

en hensiktsmessig domstolsstruktur for behandling både av straffesaker og sivile saker.

I motsetning til de øvrige alminnelige domstoler har imidlertid forlikrådene ikke andre oppgaver enn førstelinjebehandling av sivile saker. Forlikrårdsordningen har riktignok lang tradisjon hos oss, og den ble senest gjenstand for inngående utredning og evaluering i midten av 1980-årene på grunnlag av Småkravsutvalgets delutredning I (NOU 1982: 40). Den videre behandling av utredningen, som ledet til endringene i tvistemålsloven ved lov av 27. juni 1986 nr. 48, viste at forlikrårdsordningen har bred politisk oppslutning. Dette er også blitt bekreftet ved senere reformer hvor forlikrådets domskompetanse er blitt utvidet. Selv om forlikrårdsordningen ikke er spesielt nevnt i mandatet, finner utvalget at man ved en alminnelig sivilprosessreform vanskelig kan komme utenom å drøfte forlikrådets rolle ved domstolsbehandling av tvistemål på fritt grunnlag.

### 10.2 Kort presentasjon av dagens forlikrårdsordning

---

#### 10.2.1 Forlikrådene som domstoler

I henhold til domstolloven § 1 nr. 5 er forlikrådet en av de alminnelige domstoler. Forlikrådets oppgave er primært å mekle mellom partene i tvistemål med sikte på å oppnå rettsforlik, men rådet kan også på nærmere vilkår avgjøre saken ved dom.

Det er (minst) ett forlikråd i hver kommune, bestående av tre medlemmer og varamedlemmer valgt av kommunestyret. Begge kjønn skal være representert. Medlemmene er formelt sett å anse som dommere, men det stilles ikke andre kvalifikasjonskrav enn aldersgrense på 25 år. Det er ikke noe i veien for å velge jurister som forlikrådsmedlemmer, og dette skjer fra tid til annen. De aller fleste er likevel lekfolk.

Forlikrådene administreres i motsetning til de øvrige domstoler av kommunene, men staten ved fylkesmannen har et tilsynsansvar.

Prosessreglene for forlikrådet er behandlet i standardverkene om sivilprosessen. Det vises til



Hov III side 46 – 59, Schei side 113 – 116 og side 801 – 853 og Skoghøy side 53 – 59 og side 452 – 469. Knut Rønnings bok *Forlikrådet* (1992) er ment som en praktisk håndbok beregnet blant annet på forlikrådsmedlemmer. I tillegg inneholder Justisdepartementets rundskriv om de senere års endringer i rettergangslovgivningen informasjon og synspunkter på tolkningen av nye regler. Det vises til Rundskriv G-164/87 om de deler av endringsloven av 27. juni 1986 nr. 48 som gjelder forlikrådsordningen, Rundskriv G-168/90 om endringsloven av 24. august 1990 nr. 54, Rundskriv nr. G-116/93 om endringsloven av 11. juni 1993 nr. 83 og rundskriv av 12. mai 2000 med orientering om endringsloven av 28. april 2000 nr. 34.

### 10.2.2 Mekling i forlikrådet

Forlikrådet har kompetanse til å mekle i de aller fleste sivile saker. Unntak fra meklingskompetansen finnes for det første for bestemte sakstyper angitt i tvistemålsloven § 273 nr. 1 til 8. De viktigste eksempler er ekteskaps- og barnefordelingssaker mv. (nr. 1) hvor man har et eget meklingsinstitutt, nedstamningssaker (nr. 2) hvor forlik er utelukket, og saker mot det offentlige om offentlig-rettslige forhold (nr. 3). I nr. 7 er det gjort unntak for saker som har vært behandlet av Markedsrådets utvalg for forbrukertvister (Forbrukertvistutvalget). I henhold til forbrukertvistloven (lov 28. april 1978 nr. 18) kan Forbrukertvistutvalget treffe vedtak i saker om forbrukerkjøp og håndverkstjenester. Vedtakene har tvangskraft dersom de ikke blir brakt inn for domstolene. I disse sakene har det på forhånd vært meklet i Forbrukerrådets regi.

Atskillig flere unntak fra forlikrådets meklingskompetanse finnes i særlovgivningen. Et eksempel er tvister om usaklig oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven (lov av 4. februar 1977 nr. 4) § 61 A tredje ledd, hvor det i stedet kan kreves forhandlinger mellom partene.

Meklingskompetanse for forlikrådet er som hovedregel forbundet med meklingsplikt for partene i den forstand at det som vilkår for å reise søksmål ved tingrett kreves at man først har søkt forliksmekling (§ 272). Unntak fra meklingsplikten følger av § 274 hvor det fremgår at mekling ikke er nødvendig i de saker som er nevnt i nr. 1 til 10. Saksøkeren kan da velge om han vil starte med forliksmekling eller bringe saken direkte inn for tingrett. Størst betydning har unntaket i nr. 1 for saker hvor begge parter har vært bistått av advokat, og hvor det opplyses i stevningen at saksøkeren og hans advokat begge finner det uten hensikt å bringe saken inn for forlikrådet. Det gjelder (etter

lovendring i 1990) ikke lenger noe unntak fra meklingsplikten for tvister mellom næringsdrivende. Mange kommersielle tvister vil imidlertid kunne unntas etter advokatregelen.

Saken innledes med forliksklage som foruten partenes navn skal inneholde en kort redegjørelse som er tilstrekkelig til at det krav som er tvistegjenstand blir individualisert. I saker hvor forlikrådet har domskompetanse, se om dette nedenfor, forkynnes klagen for klagemotparten med pålegg om tilsvarende. Hvis klagemotparten ikke gir tilsvarende eller godtar klagerens påstand, kan dom avsies. Utvalget skyter inn at dagens lov bruker betegnelsen «innklagede» på motparten, mens lovutkastet bruker «klagemotparten». I fremstillingen her brukes for enkelthets skyld «klagemotparten» uansett om det er gjeldende lov eller lovutkastet som omtales.

Forlikrådets oppgave under meklingen, som finner sted for lukkede dører, er såvidt mulig å bringe i stand et forlik i samsvar med hva rett og rimelighet tilsier. Parter som er hjemmehørende i kommunen har personlig møteplikt, og de har uten samtykke fra forlikrådet ikke adgang til å la seg bistå av advokat. Parter som bor utenfor kommunen kan møte med forliksfullmektig. Inntil lovendring i 1993 gjaldt et alminnelig advokatforbud i forlikrådet. Nå kan parter som bor utenfor forliksrådsområdet møte med advokat som forliksfullmektig, dersom motparten er varslet om dette. I så fall kan også motparten møte med advokat.

Hvis forlik ikke oppnås, kan saken fortsette med domsforhandling dersom forlikrådet har kompetanse til å avsi dom. Hvis ikke henvises saken til retten.

### 10.2.3 Dom i forlikrådet

Forlikrådets domskompetanse fremgår av tvistemålsloven § 1, supplert av §§ 288 til 294. Generelle vilkår for å avsi dom er at saken ligger innenfor rammen av forlikrådets meklingskompetanse, og at iallfall én av partene møter og forlanger dom. Forlikrådet kan derfor aldri pådømme en sak hvis begge parter motsetter seg det. I tillegg gjelder som generell begrensning at forlikrådet ikke skal avsi dom dersom det finner saken så vanskelig eller lite opplyst at den ikke egner seg for å pådømmes i forlikrådet. Vanskelighetene kan skyldes rettsanvendelsen eller bevisbedømmelsen. Begrunnelsen for unntaket er at forlikrådet er en lekmannsdomstol, og at bevisførselen regulært er meget begrenset.

For øvrig beror domskompetansen på om saken gjelder «formuesverdier» eller ikke. I saker som ikke gjelder formuesverdier kan forlikrådet bare avsi dom når begge parter møter og den annen

part (enn den som krever dom) enten samtykker i at dom avsies eller godtar hovedkravet. Uteblivelsesdom mot klagemotparten er utelukket i slike saker.

I saker om formuesverdier er domskompetansen vesentlig videre. Etter krav fra klageren kan forliksrådet avsi uteblivelsesdom dersom klagemotparten ikke inngir tilsvaret innen fristen eller utelir uten gyldig forfall til mekling eller domsforhandling (normalt samme møte). Klagemotparten kan på sin side ikke forlange uteblivelsesdom dersom klageren skulle utelir, men kan kreve saken avvist eller henvist til retten. Realitetsdom etter skriftlig behandling kan forliksrådet avsi dersom klagemotparten godtar klagerens påstand i tilsvaret. Etter forgierves mekling der begge parter har møtt kan forliksrådet alltid avsi dom etter krav fra én av partene, likegyldig om det er klageren eller klagemotparten.

Tidligere gjaldt det til dels ganske lave beløpsgrenser for forliksrådets domskompetanse. De siste beløpsgrensene bortfalt ved lovendringen i 1993 (lov av 11. juni 1993 nr. 83). Det vises til den historiske oversikten i II.10.3. Nå kan forliksrådet, dersom en av partene krever det, pådømme tvister om millionverdier.

Domsforhandlingen i forliksrådet påbegynnes normalt i samme møte som meklingen. Domsforhandlingen er imidlertid offentlig, og partene kan etter eget valg la seg bistå av prosessfullmektig, som også kan være advokat.

#### **10.2.4 Saksomkostninger**

I utgangspunktet gjelder de ordinære regler i tvistemålsloven kapittel 13 om erstatning for saksomkostninger i forliksrådet, men ved forskrift (kgl. res.) av 23. juli 1993 nr. 768 er det i medhold av tvistemålsloven § 176 tredje ledd gitt regler om maksimalsatser for utmålingen. Klagemotpartens kostnadsansvar er i henhold til § 1 begrenset til rettsgebyret og et beløp lik rettsgebyret for skrive- og klage og andre alminnelige saksomkostninger. Dette innebærer at en part som velger å møte med advokat som prosessfullmektig under domsforhandlingen, som hovedregel ikke vil få utgiftene til advokatsalær dekket selv om han vinner saken og tilkjennes fulle saksomkostninger i henhold til tvistemålsloven § 172 første ledd. Her gjelder det imidlertid et viktig unntak i § 3. Maksimalsatsen gjelder ikke når det er klart at klageren eller dennes prosessfullmektig har hatt nevneverdig mer arbeid med saken enn det som er vanlig i saker for forliksrådet.

Det er verd å merke at kostnader forbundet

med utenrettslig inndrivelse, inkassosalær, ikke regnes som saksomkostninger i prosessuell forstand, men som et eget hovedkrav. De fleste av forliksrådets saker gjelder inndrivelse av ubestridt gjeld etter forutgående inkasso, og klageren vil da i tillegg til saksomkostninger for forliksrådet regulært kunne kreve gebyrmessig erstatning for utenrettslige inndrivingskostnader etter maksimalsatser fastsatt i inkassoforskriften (forskrift 14. juli 1989 nr. 562).

#### **10.2.5 Rettsmidler mot forliksrådets avgjørelser**

Alle forliksrådets dommer kan uten andre begrensninger enn ankefristen påankes til tingrett. Uteblivelsesdommer kan i stedet angripes ved oppfriskning, som innebærer ny behandling av saken i forliksrådet. Til forskjell fra ankesaker ellers behandles anker over forliksrådets dommer etter samme regler som førsteinstanssaker ved tingrett og innledes ved stevning. Det blir derfor en ny realitetsbehandling av saken. Noen adgang til særskilt opphevelse og hjemvisning til forliksrådet på grunn av saksbehandlingsfeil, slik man har for anker over dommer avsagt av tingrett og lagmannsrett, har man ikke.

Rettsforlik i forliksrådet kan imidlertid påankes til opphevelse etter samme regler som rettsforlik inngått for de øvrige domstoler. For øvrig kan enkelte av forliksrådets avgjørelser angripes ved kjæremål til tingrett etter regler i tvistemålsloven § 298. Det gjelder for eksempel avvisningskjennelser og avgjørelser om saksomkostninger.

### **10.3 Historisk oversikt**

Forliksrådene slik vi kjenner dem i dag, ble opprettet som domstoler ved sivilprosessreformen av 1915. Deres røtter strekker seg imidlertid 200 år tilbake i tid til forordningen av 10. juli 1795 om opprettelse av forligelseskommisjoner i Danmark og i Norges kjøpsteder, etterfulgt av forordningen av 20. januar 1797 om opprettelse av tilsvarende organer i Norges landdistrikter. Bakgrunnen var utstrakt misnøye med den skriftlige prosessform som etter hvert var trengt gjennom i praksis ved underrettene. Denne var preget av sendrekting omstendelighet under anvendelse av eventualmaksimen. Det vises om dette til fremstillingen i II.2 om utviklingslinjer i sivilprosessen. I motsetning til forliksrådene var forligelseskommisjonene ikke domstoler og hadde opprinnelig bare kompetanse til å mekle, ikke treffe avgjørelser. En

begrenset domsmyndighet fikk kommisjonene i 1869.

Ved tvistemålsloven av 1915, slik denne lød ved ikrafttreddelsen i 1927, hadde forlikrådene domskompetanse i saker om formuesverdier inntil kr 500, men ved uteblivelse og erkjent gjeld var grensen kr 5 000. I åstedssaker var grensen kr 2 000.

En grundig historisk redegjørelse for ordningen med forligelseskommisjoner og forlikråd fra opprettelsen er gitt av Hans Eyvind Næss i boken *Vel forlikt, Forlikrådene i Norge 200 år 1795-1995*. Boken er et jubileumsskrift i anledning forlikrådenes 200 års jubileum, og forfatteren er formann i Stavanger forlikråd, statsarkivar og rettshistoriker. En konsentrert historisk fremstilling er gitt i *Småkravsutvalgets delutredning I* (NOU 1982: 40) side 19 – 22. Utvalget har ikke funnet det nødvendig å foreta noen selvstendig utredning, men innskrenker seg til et kort supplement til Småkravsutvalgets fremstilling, som er à jour til og med lovendringen av 2. juni 1979.

Bortsett fra enkelte justeringer av beløpsgrensene for domskompetansen, skjedde det lite med forlikrådsordningen før reformen i 1986. Et av de viktigste elementene i reformen var innføring av tilsvarsordning med uteblivelsesvirkning. Dette har medført en vesentlig effektivisering av forlikrådets arbeid. De aller fleste saker avgjøres ved uteblivelsesdom på grunnlag av manglende tilsvarende, se avsnittet om statistikk nedenfor.

I tillegg ble forlikrådets domskompetanse vesentlig utvidet i ikke omtvistete saker, hvor beløpsgrensen ble opphevet ved uteblivelse eller erkjent gjeld. I saker om formuesverdier for øvrig ble grensen for domskompetansen satt til kr 15 000. Opphevelsen av beløpsgrensen for ubestridte gjeldssaker innebar en betydelig avlastning for herreds- og byrettene.

I tillegg nevnes at meklingsplikten ble innskrenket ved innføringen av advokatunntaket i tvistemålsloven § 274 nr. 1, jf. ovenfor i II.10.2. Reformen ble iverksatt suksessivt 1. januar 1987 og 1. januar 1988.

Ved lovendring i 1990 (lov av 24. august 1990 nr. 54) ble beløpsgrensen for domskompetansen i formuessaker hevet til kr 20 000. Av interesse er ellers at området for obligatorisk forliksmekling ble utvidet ved at unntaket for saker mellom næringsdrivende i § 274 nr. 10 ble opphevet.

I 1993 (ved lov av 11. juni 1993 nr. 83) skjedde en ny utvidelse av forlikrådets domskompetanse ved at beløpsgrensen på kr 20 000 for saker om formuesverdier ble opphevet. Næss beskriver dette som den mest radikale endring for forlikrådenes

arbeid siden opprettelsen i 1795 (side 84). Mens forlikrådet i reelle tvistesaker tidligere var en ren småkravdomstol, fikk den nå alminnelig domskompetanse i tvistemål.

I 2000 (ved lov av 28. april 2000 nr. 34) ble det foretatt enkelte endringer i forlikrådets kompetanse og i behandlingsreglene. Ved endring av tvistemålsloven § 273 nr. 3 og tilføyelse av ny § 274 første ledd nr. 10 ble det innført en adgang, men ikke plikt, til forlikrådsmekling i saker mot det offentlige om overveiende privatrettslige forhold.

Det ble også foretatt en klargjøring – og en beskjeden utvidelse – av adgangen til å møte med advokat under meklingen, men hovedregelen om personlig møteplikt og vilkår om samtykke fra forlikrådet til å møte med advokat ble opprettholdt. Videre ble det gitt en uttrykkelig hjemmel for at forlikrådet kan innkalle til mekling selv om klageren i tilsvaret erkjenner kravet.

#### 10.4 Faktisk kunnskap om forlikrådene - statistikk

Næss' bok inneholder atskillig statistikk og opplysninger ellers om ulike sider ved forlikrådenes virksomhet. Av interesse er også Haakon Haraldsens undersøkelse *Forlikrådet som konfliktløser* (Universitetsforlaget 1978). Undersøkelsen ble gjennomført fra 1973 til 1975 ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Den brakte til veie et omfattende og betydningsfullt grunnlagsmateriale for Småkravsutvalgets utredning av forlikrådsordningen, og et konsentrat av undersøkelsen er gitt i innstillingen side 36 – 43.

Som ledd i Tvistemålsutvalgets eget arbeid er det høsten 2000 foretatt to undersøkelser av forlikrådenes virksomhet. Det vises til II.10.8. Rapportene fra undersøkelsene er trykket som vedlegg 4 og 5 til denne innstillingen.

Årlig forretningsstatistikk for forlikrådene utgis av Statistisk Sentralbyrå.

Av i alt 132 052 saker behandlet av forlikrådene i 1998, ble 4 116 saker eller 3,1 % pådømt etter forgjeves mekling. Dette er de dommer som er avsagt i saker hvor det har vært reell tvist. 4 613 saker eller 3,5 % ble forlikt, mens 3 956 eller 3 % ble henvist til retten. De øvrige saker ble enten avvist, hevet eller bortfalt på annen måte (21 329 = 16 %), pådømt ved uteblivelsesdom (88 344 = 67 %) eller pådømt i realiteten etter at klagemotparten godtok klagerens påstand (9 694 = 7,3 %). Bare de 12 685 sakene eller knappe 10 % som enten er forlikt, henvist eller pådømt etter forgjeves mekling kan være reelle tvister. Utvalgets erfaring tilsier imidlertid at

mange av forlikene er betalingsordninger i saker hvor klagemotparten ikke har reelle innsigelser mot kravet, men mangler betalingsevne. De 98 038 saker eller 74 % som er avgjort ved uteblivelsesdom eller dom etter godtatt påstand, gjelder ubestridte krav. I og med at man kan gå ut fra at de aller fleste saker i kategorien avvist, hevet eller bortfalt er saker som faller bort fordi klagemotparten betaler eller kommer til enighet med motparten om en betalingsordning eller liknende, kan man gå ut fra at mer enn 85 % av forlikrådets saker gjelder inndrivelse av krav som ikke er omtvistet. At forlikrådet har denne funksjonen, skyldes at det kreves tvangsgrunnlag for inndrivelse av pengekrav, og at kreditor i mangel av et særskilt tvangsgrunnlag er avhengig av å erverve dom for kravet.

Selv om forlikrådets vesentligste funksjon fremdeles er å fungere som et ledd i innfordringsskjeden, representerer de 8 729 realitetsavgjørelser i tvister ved forlik eller dom et betydelig antall saker. Til sammenligning avgjorde herreds- og byrettene i 1998 12 134 sivile saker (A-saker i henhold til forretningsstatistikken). Statistikken gir ikke lenger noe svar på hvor mange av sakene som tidligere har vært behandlet av forlikrådet. Det er derfor ikke mulig å si noe sikkert om rettsmidelfrekvensen. Undersøkelser som har vært gjort ved enkelte forlikråd og andre opplysninger tilsier imidlertid at forholdsvis få saker bringes videre.

Statistikk over saker behandlet i forlikrådet i 2000, forelå fra Statistisk sentralbyrå i september 2001. Det totale sakstallet var øket til 166 379. Av disse ble 4.368 (2,6%) pådømt etter forgjeves mekling. Antallet forlikte saker var 5 656 (3,4%), mens 3 803 (2,3%) ble henvist til retten. Til sammen utgjør disse tre kategoriene 13.827 saker eller 8,3% av den totale saksmengden. Andelen saker med reell tvist ser dermed ut til å være en del lavere enn i 1998, selv om det absolutte antallet er noe høyere. Den største økningen i forlikrådenes porteføljer fra 1998 til 2000 ser ut til å være saker som avvises, heves eller er bortfalt (opp fra 21 329 i 1998 til 25 349 i 2000) og saker avgjort ved uteblivelsesdom fordi tilsvar ikke er inngitt (opp fra 83 990 i 1998 til 110 279 i 2000).

Utvalget finner det for sitt formål ikke nødvendig å redegjøre inngående for eldre statistisk materiale. Å benytte sammenlignende statistikk som grunnlag for evaluering av forlikrådets funksjon over tid, forutsetter at man korrigerer for virkningen av regelendringer.

Som en kuriositet til illustrasjon av dette poenget nevnes at det i 1895 ble inngått forlik i imponerende 71 916 av 95 326 saker eller ca. 75 %. Av forlikene var imidlertid 61 856 såkalte «sparebank»-

eller «gjeldsbrevforlik». Dette er saker hvor det ikke var tvist, men hvor man benyttet forliksordningen som en formalprosedyre med det formål å gjøre et ubestridt gjeldsbrev eksigibelt. (kilde: Bernhard Getz' foreløpige utredning av grunnlaget for sivilprosessreformen, utgitt 1902, side 10.) En ordning med eksigible gjeldsbrev ble først innført med tvangsfullbyrdelsesloven av 1915 (i denes § 3 nr. 6). Dermed bortfalt behovet for gjeldsbrevforlik, og forliksprosenten sank drastisk etter at sivilprosessreformen av 1915 ble satt iverk, uten at dette har noe med kvaliteten på meklingen å gjøre.

Statistikken skiller først fra 1995 mellom saker pådømt etter forgjeves mekling og saker pådømt etter godtatt påstand. Det er imidlertid en markert tendens i de senere år til at flere reelle tvistemål løses ved dom, mens henvisningsprosenten går ned. En tabell som viser utfallet av forlikrådets behandling av andre saker enn uteblivelsesaker for årene 1990-97 er inntatt i Strukturutvalgets innstilling (NOU 1999: 22) side 28. For forliksprosenten er utviklingen ikke så entydig. I 1980, da saksmengden var den samme som i 1998, ble det inngått forlik i 5 168 av 132 707 saker og i 1975 i 4 524 av 80 303 saker (Tabell gjengitt i NOU 1982: 40 side 32).

## 10.5 Aktuelle reformforslag mv. av betydning for forlikrådene

### 10.5.1 Innledning

Det pågår for tiden atskillig reformarbeid av betydning for forlikrådenes virksomhet. Det gis her en kronologisk ordnet redegjørelse for aktuelle forslag eller planer med vekt på det som særlig har betydning for utvalgets arbeid.

### 10.5.2 NOU 1992: 35 Effektivisering av betalingsinnfordring mv.

Betalingsinnfordringsutvalget avga innstilling i november 1992. Utvalgets mandat var å utarbeide forslag til regler som kan bidra til mer effektiv betalingsinnfordring. I kapittel 4 foreslås innført en ordning med direkte inndrivelse av ubestridte krav. Alle krav som først er presentert skriftlig for debitor, og der debitor senere har mottatt varsel om tvangsinnndrivelse, skal kunne fremmes direkte for namsmyndighetene ved begjæring om utlegg. Slike krav skal være særlig tvangsgrunnlag. Namsmannen skal forelegge begjæringen for debitor med frist for å fremme innsigelser mot kravet. Der-

som innsigelser ikke fremmes, fortsetter utleggs-saken på vanlig måte. Hvis innsigelser fremmes, overføres saken normalt fra namsmannen til forliksrådet, slik at saken fortsetter der i samme stilling som om forliksklage og tilsvar var inngitt.

Forslaget innebærer at forliksrådsbehandling ikke lenger vil være nødvendig i de saker der debitor ikke har innsigelser mot kravet. Det er forutsatt at dette utgjør mer enn 80 % av de sakene som behandles i forliksrådet.

Under den videre behandling av Betalingsinnfordringsutvalgets innstilling i Justisdepartementet ble forslaget om direkte tvangsinndrivelse holdt utenfor arbeidet med proposisjon med den begrunnelse at forslaget vil innebære en vesentlig merbelastning på namsmennene, som stilles overfor store utfordringer for tiden med den nye tvangsfullbyr-delsesloven og gjeldsordningsloven. En del øvrige forslag ble fremmet ved Ot. prp. nr. 77 (1992-93) og resulterte i endringsloven av 11. juni 1993 nr. 83, som er omtalt i II.10.3. Saken ligger fremdeles til vurdering i departementet. Det er grunn til å tro at en videre behandling av forslaget vil finne sted i sammenheng med arbeidet med organiseringen av rettspleien på grunnplanet.

### 10.5.3 Reinskou-utredningen 1997

Daværende lovrådgiver i Justisdepartementets lovavdeling Knut Helge Reinskou avga i februar 1997 enmannsutredningen «Utkast til en fremtidig organisering av den sivile rettspleie på grunnplanet». Av konklusjonene nevnes i korthet at staten i sin helhet bør overta det økonomiske og administrative ansvaret for den sivile rettspleien på grunnplanet, og herunder overta ansvaret for forliksrådene fra samtlige kommuner. Sekretariatsfunksjonen bør legges til det organ i politiet som ivaretar namsmannsfunksjonen (som regel lensmannen). Forslaget i NOU 1992: 35 om direkte tvangsinndrivelse av uimotsagte krav gjennomføres, men for øvrig skal forliksrådsordningen bestå som i dag.

### 10.5.4 Overordnet domstolsadministrasjon mv.

#### 10.5.4.1 NOU 1999: 19 Domstolene i samfunnet

Domstolskommisjonen avga sin innstilling i april 1999. Kommisjonens hovedanliggende er den administrative styring av domstolene. Spørsmål om lekdommerordninger og spesielt forliksrådene er behandlet i kapittel 11. Kommisjonen legger til grunn at en utredning av forliksrådsordningen som sådan faller utenfor kommisjonens mandat, og gir

ikke uttrykk for noe standpunkt til om denne bør opprettholdes. Det henvises til at Strukturutvalget vil vurdere sentrale aspekter ved forliksrådenes virksomhet. Kommisjonen tar heller ikke standpunkt til om ordningen er i samsvar med Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens (EMK) artikkel 6(1), men nevner at problemstillingen er reist av Line Ravlo i Juristkontakt nr. 3/1999 (se nedenfor II.10.7.9)

Kommisjonen tiltrer Reinskou-utredningens forslag om at det administrative ansvar for forliksrådene skal overtas av staten, men er uenig i at sekretariatsfunksjonen på lokalt plan legges til politiet. Etter at lensmannsetaten i de senere år er blitt integrert i politiet, taler det også mot at lensmannen er sekretær. Kommisjonen anbefaler en nærmere utredning av hvilken sekretariatsløsning som er best egnet, og finner det særlig interessant å få vurdert om forliksrådet bør få felles sekretariat med konfliktrådet.

#### 10.5.4.2 Ot.prp. nr. 44 (2000-2001)

Regjeringen fremmet 2. mars 2001 en odelstingsproposisjon utarbeidet av Justisdepartementet med forslag til lovendringer som følge av Domstolskommisjonens utredning. Lovendringene gjelder blant annet spørsmål om sentral domstolsadministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling. Forliksrådene og rettspleien på grunnplanet er ikke behandlet i proposisjonen. Det er i korthet uttalt at endringsforslag knyttet til den sivile rettspleie på grunnplanet reiser en rekke kompliserte spørsmål med sider både mot domstolene, lensmannsetaten og kommunene, hvor endringer på ett område lett vil få konsekvenser for de øvrige. Departementet bebuder at man vil arbeide videre med disse spørsmålene etter at ordningen for domstolsadministrasjonen og strukturen på domstolene i første instans er fastlagt ved behandlingen av St.meld. nr. 23 (2000-2001), se nedenfor i II.10.5.5.2. Det er også vist til at de to undersøkelsene av forliksrådsordningene som er foretatt, se II.10.4, vil inngå i Twistemålsutvalgets vurdering av forliksrådenes plass i behandlingsskjeden for sivile saker (side 26).

Ettersom forliksrådet er et rent lekdommerorgan, er det også av interesse at departementet i proposisjonen side 25 – 26 (punkt 2.7) uttaler at dagens regelverk for valg, oppnevning mv. for lekdommere er svært omstendelig og til dels foreldet. Etter departementets oppfatning er en totalgjennomgang av reglene for valg og uttaking av lekdommere nødvendig for å forenkle dagens regelverk og for å vurdere enkelte sentrale spørsmål ved lekdommerordningen. En slik gjennomgang fore-

tas for tiden av et utvalg som ble oppnevnt våren 2001.

Ved Stortingets behandling av Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) ser det ikke ut til at forlikrårdsordningen er berørt, sml. Innst. O. nr. 103 (2000-2001).

### 10.5.5 Strukturen i tingrettene

#### 10.5.5.1 NOU 1999: 22 Domstolene i første instans

Gjenstanden for Strukturutvalgets utredning er til tross for tittelen ikke forlikrådene, men herreds- og byrettene, som vil endre navn til tingrettene. Utvalgets mandat var spesielt å få utredet spørsmål knyttet til disse domstolenes organisasjon og arbeidsområde med sikte på å oppnå en bedre og mer rasjonell drift. Strukturutvalgets utredning gjelder således i det vesentlige domstolsadministrative, ikke prosessuelle spørsmål. Det var i mandatat tilkjenne gitt at man ikke skulle foreta en større revisjon av gjeldende rettergangslovgivning, men at utvalgets forslag til organisatoriske endringer vil kunne nødvendiggjøre eventuelle mindre endringer i lovverket. Utvalget har fremmet forslag til endringer i forlikrårdsordningen og ellers tilkjenne gitt generelle kritiske synspunkter på sider ved denne. De konkrete forslag presenteres her, mens vurderingene for øvrig omtales i II.10.7.9. nedenfor. Forslagene kan oppsummeres slik:

- Forslaget om enklere betalingsinnfordring for uimotsagte krav (NOU 1992:35 og Reinskou-utredningen) gjennomføres.
- Sivile og politimesige gjøremål i rettspleien bør ikke blandes, og sekretariatsfunksjonen for forlikrådet kan derfor ikke legges til lensmannen.
- Mekling i forlikråd og konfliktråd samordnes, og det vurderes om virksomheten ved disse kan slås sammen på den måten at det etter mønster av den nåværende organisasjonsmodell for konfliktrådene blir opprettet ett meklingskontor på grunnplanet, og at det til dette kontoret blir tilknyttet flere lokale meklere med forskjellig kompetanse. Et meklingskontor vil være et nøytralt forvaltningsorgan – uavhengig både av domstolene, nams- og politimyndighetene, og kan for eksempel tillegges følgende oppgaver:
- Mekling som forutsetning for å gå til søksmål i saker under en viss beløpsgrense, og eventuelt med en begrenset domskompetanse.
- Mekling som alternativ til straffeforfølgning.
- Mekling i andre konflikter.
- Et permanent og landsomfattende rettsmeklingstilbud ved tingrettene må harmoniseres med forlikrådets mekling. Det gjøres unntak

fra kravet om forliksmekling i saker hvor tvistegjenstandens verdi overstiger et visst beløp, for eksempel åtte ganger grunnbeløpet i folketrygden, dvs. ca kr 400 000.

- Forlikrådets domskompetanse begrenses i saker hvor det er reell tvist. Som hovedregel bør forlikrådet bare kunne avsi dom etter krav fra én av partene dersom saken gjelder mindre formuesverdier. Folketrygdens grunnbeløp (ca. kr 45 000) foreslås som grense.

#### 10.5.5.2 St.meld nr. 23 (2000-2001)

I Stortingsmeldingen har Regjeringen gitt uttrykk for sitt syn på domstolsstrukturen i førsteinstans og enkelte andre temaer som er tatt opp i Strukturutvalgets utredning. Utvalgets forslag vedrørende forlikrårdsordningen er imidlertid ikke behandlet under henvisning til at disse spørsmålene vil bli vurdert av Tvistemålsutvalget. Spørsmål som gjelder organiseringen av rettspleien på grunnplanet, er som nevnt ovenfor også holdt utenfor rammen av det aktuelle reformarbeidet vedrørende tingrettene. Det ser heller ikke ut til at forlikrådene ble berørt ved justiskomiteens og Stortingets behandling av Stortingsmeldingen, sml. Innst. S. nr. 242 (2000-2001).

## 10.6 Utenlandske ordninger

### 10.6.1 Generell oversikt

Det har vært vanlig antatt at etableringen av forlikskommisjoner i 1795 skjedde etter mønster av den franske fredsdommerordning innført i 1790 i forbindelse med revolusjonen (slik NOU 1982: 40 side 19), og spredte seg til flere europeiske land. Den franske reform skal igjen være inspirert fra Nederland. Næss er kritisk, og mener å kunne påvise at det dansk-norske forliksvesenet hadde egne røtter (ibid. side 21 – 26 med henvisninger). I de øvrige europeiske land ble imidlertid forlikrårdsordningene avvirket. Norge har vært nokså alene om en ordning med obligatorisk forutgående mekling ved en lekmannsinstitusjon som vilkår for å anlegge søksmål. Den 1. april 2000 ble det imidlertid innført obligatorisk mekling i enkelte småsaker i den tyske delstaten Bayern, se II.10.6.4.

En viss parallell til forlikrårdsordningen skal ifølge Småkravsutvalget (NOU 1982: 40 side 25) finnes i enkelte delstater i USA. Utvalget har ikke funnet grunn til å foreta ytterligere studier.

### 10.6.2 Danmark

I Danmark ble forlikskommissionene beholdt i retsplejeloven av 1916. Det ble etterhvert en sterk opposisjon mot ordningen, og den ble betydelig innskrenket i 1932 ved at den obligatoriske mekling ble opphevet i hele landet, og hele ordningen ble opphevet for København. I 1952 ble forlikskommissionene endelig opphevet i resten av landet. Begrunnelsen var at forlik bare ble oppnådd i 1/6 av sakene, og at meklingen i de øvrige sakene bare medførte tidstap, omkostninger og bryderi. I motsetning til de norske forliksråd fikk de danske kommisjoner aldri domsmyndighet. Utvalget viser for øvrig til omtalen i NOU 1982: 40 side 28 – 29.

### 10.6.3 Island

Island deler i likhet med Norge av historiske grunner rettstradisjon med Danmark. Tidligere var det også på Island faste forliksråd i hver kommune, normalt bestående av lekmenn, og en henvisning av saker til rådene skulle som hovedregel være det første trinn i den sivile rettergang. Ordningen var som i Danmark etter 1932 fakultativ, idet partene kunne avtale å forbigå forlikrådene både før og etter at tvist var oppstått. Etter annen verdenskrig ble dette så vanlig at rådene mistet det meste av sin betydning. I 1981 ble det besluttet å nedlegge forlikrådene og i stedet understreke dommerens alminnelige plikt til forlikforsøk. I forbindelse med den nye sivile rettergangslov i 1991 ble det vurdert å utvide adgangen til forliksprosedyre på ny, og man ble stående ved å utvikle en meklingsfunksjon hos sysselmanen etter ønske fra partene eller om dommeren finner det hensiktsmessig. Partene kan også avtale å henvende seg til sysselmanen med eller uten dommerbistand før anlegg av retts sak. Denne meklingsmuligheten er visstnok nesten aldri brukt.

(Kilde: Innledning om småkravsprosess fra Høyesterettsdommer Hjörtur Torfason på det 35. nordiske juristmøte, Oslo, 18. til 20. august 1999 side 9.)

### 10.6.4 Tyskland

I sin drøftelse av grunnlaget for sivilprosessreformen kunne Getz sitere forarbeidene til den tyske sivilprosesslov (ZPO 1877), hvoretter det i Tyskland angivelig hersket en så fullkommen enighet om forkasteligheten av den obligatoriske forliksmekling, at det ikke var nødvendig å spille mange ord på den. Dette er imidlertid nå i ferd med å endre seg. Den føderale lovgiver har ved en lov-

endring i juli 1998 (§ 15a EGZPO) åpnet adgang for de enkelte delstater til å innføre obligatorisk mekling som vilkår for å gå til søksmål om enkelte småsaker. Aktuell lovgivning i henhold til fullmakten ble satt i kraft i Bayern 1. april 2000.

Anvendelsesområdet er tvister om formuesverdier til en verdi av inntil 1.500 DM, en del mindre tvister i naboforhold og krav bygget på ærekrenkninger som ikke har funnet sted i massemedia. I disse sakene vil saken ikke kunne bringes inn for de alminnelige domstoler før mekling har vært forsøkt ved et offentlig godkjent meklingskontor. Dette vil kunne være advokater, notarier (offentlige tjenestemenn med en del funksjoner av forvaltningsmessig art blant annet omfattende skiftevesen, rettighets- og foretaksregistrering), og meklingskontorer tilknyttet enkelte organisasjoner.

Meklingen finner sted i et ikke offentlig meklingsmøte som partene innkalles til, og hvor saken diskuteres med sikte på å finne frem til en løsning i minnelighet. Mekleren kan her også ha individuelle samtaler med partene og fremsette forslag til løsning. Vitner og sakkyndige kan høres dersom partene er villige til å dekke kostnadene. Et inngått forlik er tvangsgrunnlag. Fører ikke saken til forlik, utstedes en meklingsattest.

For meklingen må klageren betale et fast beløp på 120 Euro (ca. kr 1 000). Partene bærer sine egne kostnader, slik at klageren bare oppnår å få dekket meklingsgebyret fra motparten dersom dette inngår i forliksavtalen.

## 10.7 Forlikrådsordningen under debatt

### 10.7.1 Innledning

Forlikrådsordningen eller sider ved denne har stadig vært omdiskutert i de 200 år ordningen har bestått i vårt land. Debatten har forståelig nok blusset opp i intensitet og dybde i forbindelse med aktuelle reformer. Milepæler i det 19. århundre var kommunaliseringen av forlikrådene i 1842, en reform utvalget ikke går nærmere inn på, og innføringen av domskompetanse i 1869. Mest dyptpløyende har problemstillingene i forrige århundre blitt behandlet ved sivilprosessreformen av 1915 og i tilknytning til Småkravsutvalgets delutredning I i midten av 1980-årene. En ny dimensjon – i tråd med den alminnelige bevisstgjøring i 1990-årene om de krav internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter stiller til norsk prosessordning – er at også forlikrådene har måttet tåle å bli gjenstand for kritisk vurdering i lys av kravet om

rettferdig rettergang – «fair trial» i EMK artikkel 6(1).

Nå er grunnspørsmål om forlikrårdsordningen igjen aktualisert, ikke bare som følge av Tvistemålsutvalgets arbeid med reform av regelverket, men også i forbindelse med at viktige spørsmål om administrasjonen av og strukturen i domstolene er satt på dagsorden ved Domstolskomisjonens og Strukturutvalgets utredninger. For forlikrådenes vedkommende må også utredningene om inkasoprosessen i 1992 og Reinskou-utredningen om rettspleien på grunnplanet særskilt nevnes.

Som bakgrunn for utvalgets egne overveielser i II.10.9 nedenfor finner vi grunn til å redegjøre til dels ganske inngående for tidligere debatt om og vurderinger av forlikrårdsordningen.

### 10.7.2 Domskompetanse for forlikskommissionene

Før sivilprosessreformen var spesielt spørsmålet om innføring av domskompetanse for forlikskommissionene omtvistet. Denne reformen ble drevet igjennom av Stortinget mot regjeringens vilje. Etter at Stortingets lovvedtak om domskompetanse i små gjeldssaker i 1863 og 1866 var blitt nektet sanksjon, ble loven til slutt sanksjonert i 1869. Regjeringen ønsket i stedet en summarisk behandling ved underretten uten forutgående forliksmekling.

Også forslaget om domskompetanse for kommissionene i små åstedssaker, vedtatt av Stortinget første gang i 1871, ble møtt med sanksjonsnektelse før forslaget ble vedtatt som lov i 1880.

Valget mellom lekmannsdomstol og juristdomstol i småsaker er de samme hovedalternativer man står overfor i dag. Det er også en parallell at forliksrådet som lekmannsdomstol har bred politisk oppslutning, mens endringsforslag i årenes løp særlig har kommet fra det juridiske miljø. I motsetning til den gang har imidlertid forlikrårdsordningen i det siste hundreår hatt solid støtte hos fagadministrasjonen i Justisdepartementet.

### 10.7.3 Sivilprosessreformen av 1915

Civilproceslovkommissionens første formann Bernhard Getz var kritisk både til meklingen og den dømmende virksomhet i forlikskommissionene på grunn av kommissionenes manglende juridiske kompetanse. Han fant det meget forklarlig at man under den rådende skriftlige prosessordning innførte forliksmekling, men påpekte at dette ville stille seg vesentlig annerledes under den skisserte rettergangsordning basert på muntlighet. For saker om inndrivelse av ikke bestridt gjeld, foretrakk han

en adgang til direkte inndrivelse ved betalingsforelegg etter mønster av det tyske Mahnverfahren.

Til tross for motforestillingene ble Getz stående ved at man på grunn av datidens vanskelige kommunikasjonsforhold burde beholde en adgang til frivillig mekling ved forliksråd, og med kompetanse til å dømme i gjeldssaker med en verdi inntil kr 200 (Utredninger og utkast til Civilprocesreformen, 1902, side 9 – 14).

I Civilproceskommissionens innstilling av 1907 fikk Getz i det vesentlige gjennomslag for sitt syn på forlikrårdsordningen og betalingsforelegg i gjeldssaker. Under det videre arbeid med reformen i revisjonskomitéen av 1908 og i Justisdepartementet så man imidlertid annerledes på det. Forlikrårdsordningen med obligatorisk mekling og begrenset domskompetanse ble vedtatt slik vi kjenner den. Hovedargumentene var at det ikke var grunn til å erstatte en ordning som gjennom lang erfaring hadde fått en stadig voksende anseelse blant allmennheten med en ny og uprøvet ordning. Man fant ikke grunn til å tvile på forliksrådsmedlemmenes evne til å få i stand forlik i samsvar med rett og rimelighet. I tillegg ble det påpekt at domstolene ellers ville få en betydelig større arbeidsmengde (Ot. prp. nr. 1 for 1910 side 192).

### 10.7.4 Håndheving av forbrukerrettigheter

Etter at det lenge var relativt lite oppmerksomhet om forlikrårdsordningen, ble det i forbindelse med tiltak for å styrke forbrukernes posisjon i 1970-årene, også igangsatt reformarbeid for å styrke forbrukernes muligheter for å vinne frem i tvister med profesjonelle motparter. Dette ledet til opprettelsen av Forbrukertvistutvalget i 1978. I forarbeidene til forbrukertvistloven (lov av 28. april 1978 nr. 18) er forlikrådenes forutsetninger for å avsi dom i kjøpsrettstvister vurdert negativt. Begrunnelsen er i korthet at forlikrådene savner juridiske kvalifikasjoner og i alminnelighet ikke har sakkyn-dige erklæringer å bygge på som ofte er nødvendig i mangelsakene. Spørsmålet om forlikrårdsbehandling av småkrav og forbrukertvister behandles mer fullstendig i II.11 om småkravsprosessen, og utvalget innskrenker seg her til å vise til dette.

### 10.7.5 Forlikrårdsundersøkelsen i 1978

I forlikrårdsundersøkelsen av 1978 gjennomgår Haakon I Haraldsen forlikrådenes meklende og dømmende virksomhet. Han konkluderer på side 132 med at meget taler for å opprettholde meklingen, men at det kan være grunn til å gjennomføre endringer som kan effektivisere den. Haraldsen er



noe skeptisk til nytten av å ha jurist med under meklingen, som det har vært fremsatt forslag om, men mener at det kan være en fordel å velge en jurist, for eksempel en pensjonert dommer eller advokat som formann. I første rekke mener han det er behov for å utvide den personlige møteplikt med siktemål å få til reell mekling i flere saker. I saker om større økonomiske verdier påpeker han at forlik sjelden kommer i stand, og at den obligatoriske forliksmeklingen i slike saker lett blir en formsak og fører til unødig forsinkelse og kostnader. Han mener det uten betenkeligheter kan gjøres unntak fra den obligatoriske mekling i saker hvor tvistegjenstandens verdi er over for eksempel kr 50 000.

Når det gjelder den dømmende virksomheten er Haraldsens konklusjon (side 137):

«Undersøkelsen etterlater imidlertid ingen tvil om at forliksrådene i dag ikke representerer noen hensiktsmessig rettergangsordning for små krav. Er det uenighet om rettslige eller faktiske spørsmål, er det små sjanser for å få saken avgjort i forliksrådet. Ønsker man en rettsavgjørelse i saken, må man være forberedt på en behandling for herreds- eller byretten som kan være både kostbar og tidkrevende.»

Haraldsen vurderer imidlertid forliksrådet for å være et hensiktsmessig apparat for å skaffe kreditor et tvangsgrunnlag.

Av spesiell interesse og relevans for utvalgets arbeid er Haraldsens vurdering av alternativer for utformingen av en småkravsprosess på side 140 flg. Han anfører at et alternativ med basis i forliksrådene forutsetter en omorganisering av disse. Det anses åpenbart at forliksrådet da ikke lenger kan være et rent lekmannsorgan, men vil måtte styrkes med jurist.

### 10.7.6 Småkravsutvalget og reformen av 1986

#### 10.7.6.1 NOU 1982: 40 Forliksrådsordningen

Småkravsutvalget med byrettsjustitiarius i Oslo Aksel H. Hillestad som formann, ble oppnevnt i 1975 med det mandat å utrede spørsmålet om en forenkling av rettergangsreglene først og fremst for saker om mindre økonomiske verdier, og som ledd i dette spørsmålet om forliksrådsbehandling er hensiktsmessig for disse sakene. Mandatet omfattet imidlertid i tillegg en prinsipiell vurdering av hele forliksrådsordningen. Utvalget avga delutredning I om forliksrådsordningen i 1982, mens småkravsprosessen ble behandlet i delutredning II året

etter (NOU 1983: 48 Småkravsprosess). Problemstillingene ble behandlet i sammenheng, men praktiske grunner medførte at utvalget først ble ferdig med avsnittet om forliksrådene, og det samlede utredningsarbeid ble delt i to innstillinger.

Utvalgets hovedkonklusjon var at forliksrådsordningen burde beholdes, men at hovedtyngden av en forenklet rettergang for småkrav ikke kan legges til forliksrådet. Her gjengis hovedpunktene i utvalgets generelle vurdering av forliksrådsordningen. I avsnitt VII.2 på side 58 – 59 oppsummerer utvalget i stikkordmessig form de forskjellige positive og negative trekk ved denne.

Utvalget drøfter dernest i avsnitt 3 side 59 – 65 forskjellige alternative reformveier. Som hovedalternativer vurderes hel opphevelse av forliksrådsordningen, delvis opphevelse av denne og styrking av forliksrådene.

Utvalget påpeker at hel opphevelse av forliksrådet som institusjon vil bryte sterkt med norsk rettstradisjon og -utvikling, men påpeker samtidig at forliksrådet er et særnorsk fenomen, og at et slikt skritt ikke er utenkelig. Det vil imidlertid etterlate seg et tomrom som først og fremst vil skape et presserende problem for inkassosaker. Den mest nærliggende løsning anses å være en ordning med betalingsforelegg som Getz og Civilprosesskommissionen opprinnelig gikk inn for. Tvistesakene må enten overtas av herreds- og byrettene, som i så fall må styrkes, eller av andre spesielle organer, i praksis klagenemnder. Utvalget er kritisk til en slik utvikling.

Under det annet hovedalternativ om delvis opphevelse av forliksrådsordningen skisseres flere modeller. Geografiske forskjeller, enten ved å sløyfe eller tvert om profesjonalisere forliksråd i de større byene, forkastes. Utvalget er også negativ til vesentlige funksjonsbegrensninger, som for eksempel å beholde et amputert forliksråd som ren meklingsinstans eller organ for avsigelse av uteblivelsesdommer.

Under tredje hovedalternativ om å styrke forliksrådene, drøftes særlig spørsmålet om juristdeltakelse, enten ved at rådet tilføres juridisk konsulent som bistilling, eller at formannen er jurist. Juridisk konsulent anses klart uheldig, blant annet fordi en konsultering av utenforstående ville medføre at ansvaret for de standpunkter rådet tar ville bli delt på en lite heldig måte. Et krav om at formannen skal være jurist anses mer nærliggende, og er av Utvalget tatt under alvorlig overveielse. Utvalget fremhever særlig en løsning med en ambulerende juridisk utdannet formann for forliksrådene innen et større distrikt som interessant.

Som fordeler med jurist som formann nevnes

at meklingen trolig blir sikrere og mer effektiv ved at formannen med større autoritet kan fremsette et forlikforslag med utgangspunkt i en realitetsvurdering av tvisten, og at det vil være lettere å pådømme saken. Det ville bety et skritt bort fra forliksrådets nåværende karakter som kommunalt lekmannsorgan i retning av å la det bli en mer profesjonell rettsinstans. Forliksrådene kunne lettere bli den naturlige domstol for småkrav.

Flertallet i utvalget finner likevel tungtveiende motforestillinger. Det fremheves at forliksrådene ble opprettet og har sin styrke i at de er lekmannsorganer med sterk lokal tilknytning og med et rimelig omkostningsnivå. Å gjøre rådet til en mer profesjonell domstol med utvidede oppgaver for eksempel som lokal «småkravdomstol», ville gjøre forliksrådet til en normal førsteinstans i disse sakene. Dette ville igjen medføre økte krav til saksbehandlingen, en mer omfattende saksforberedelse og en mer allsidig bevisføring med den konsekvens at vi vil få forliksråd som føres stadig lenger bort fra de vi nå har. Å overføre til forliksrådene som kommunale instanser noen del av betydning av domstolenes arbeidsoppgaver, anses også betenkelig både av økonomiske, administrative og retts tekniske grunner.

Utvalgets flertall konkluderer side 64-65 med at forlikradsordningen bør opprettholdes, og at det ikke er tilstrekkelig grunn til å ta et annet standpunkt nå enn da spørsmålet ble grundig drøftet ved innføringen av rettergangsordningen av 1915. Flertallet oppsummerer sitt syn slik:

«De argumenter som veide tyngst var formentlig at man her har en institusjon hvor en kan trekke nytte av legfolks erfaring og fornuft i rettspleien, og videre at forliksrådene utgjør en forgrening av enkle og billige rettsinstanser i hver kommune i landet, et moment som må tillegges betydelig vekt i vårt vidstrakte land. Riktignok kan det hevdes at kravet om meglings i forliksrådet, som tross alt er institusjonens hovedoppgave, er et forsinkende moment som kan vekke irritasjon i dagens travelhet. Men det at parter som står i ferd med å kaste seg inn i en rettsstrid med de psykiske og økonomiske belastninger det kan bli, tvinges til først å ta et møte med erfarne folk med en viss autoritet, og la dem prøve å finne en ordening på konflikten, det fremstår for utvalget som en betydelig fordel. En er videre klar over at de sterkt bedrede kommunikasjoner har medført at behovet for en lokal rettsinstans i hver kommune har mistet noe av sin vekt, men etter utvalgets oppfatning har det fortsatt sin store betydning at avstanden til rettsinstansene ikke blir for stor. Det er viktig å minske avstanden også i over-

ført betydning og det kan lettest gjøres gjennom en lokal domstol. En stedlig instans vil lettere kunne innarbeides i folks bevissthet som et naturlig sted å søke hen til når man trenger hjelp i en konflikt som truer med å utvikle seg til en rettssak. Forutsetningen må imidlertid være at det skjer en administrativ utbygging av dem.»

Disse betraktningene gjelder i første rekke forliksrådets meklingsfunksjon. Flertallet vurderer også positivt forliksrådets oppgaver i inkassosaker, men tar til orde for begrenset av domskompetansen i tvister (side 65):

«Men er det tvist, synes forliksrådet etter flertallets mening å være mindre egnet som basis for en løsning av den. Når det således i praksis bare i liten utstrekning avsier dom i reelle tvister, mener utvalget at man må ta dette til etterretning og sløyfe denne funksjon. Tvistesakene bør derfor etter flertallets oppfatning søkes løst av herreds- og byrettene, men for de små sakers vedkommende på en enklere måte enn i dag.»

Det var to dissenser i utvalget om disse spørsmålene. Kjersti Graver, daværende avdelingsleder i Forbrukerrådet, gikk i en bred, prinsipiell drøftelse med utgangspunkt i en analyse av folks rettsbehov inn for å bygge på forliksrådene som førsteinstansdomstol for behandlingen av enklere saker, men med den nødvendige forutsetning at disse styrkes med jurist som formann. Det vises til innstillingen side 65 – 70. Utvalgets medlem skolesjef Edvard Lysnes, selv med erfaring som forliksrådsformann, gikk inn for å opprettholde domskompetansen uendret (side 70).

#### 10.7.6.2 *Den etterfølgende behandling av NOU 1982: 40*

Småkravsutvalgets delutredning om forlikradsordningen ble behandlet i Ot. prp. nr. 47 (1985-86). Det var i høringsrunden bred enighet om at forlikradsordningen burde opprettholdes. Ingen av høringsinstansene gikk inn for opphevelse. Departementet anså dette uaktuelt og sluttet seg til Småkravsutvalgets begrunnelse. Departementet viste til at forliksrådene i 1984 traff realitetsavgjørelse i 113.487 saker, mens herreds- og byrettene samme år bare mottok 596 anker over forliksrådets dommer og rettsforlik, hvilket vil si at bare ca 0,5 % av forliksrådets realitetsavgjørelser bringes inn for høyere rett (side 41).

Twistemålsutvalget knytter til dette den kommentar at selv om regnestykket er riktig isolert

sett, er presentasjonen egnet til å villed. Nesten alle avgjørelsene gjelder uteblivelsesdommer og pådømmelse av ikke omtvistede krav, hvor det ikke var noen grunn til å forvente anke. Et annet sted i proposisjonen (side 62) opplyses at forlikrådene avsa ordinær dom i 870 saker, og målt mot dette tallet blir ankefrekvensen en ganske annen i reelle tvistesaker, selv om en tar hensyn til at noen få anker kan gjelde rettsforlik og noe flere uteblivelsesdommer. På denne tiden var det ikke adgang til oppfriskning av uteblivelsesdommer i forlikrådet.

Det var delte meninger i høringsrunden om hvorvidt forlikrådet burde styrkes med jurist. Blant annet var Dommerforening negativ, mens Advokatforeningen var positiv. Departementet gikk ikke inn for å lovfeste et krav om at formannen skulle være jurist. Argumentene var stikkordmessig; - at forlikrådsordningen i det store og hele har fungert tilfredsstillende, - at krav om jurist vil medføre betydelige merutgifter for det offentlige, - at det mange steder vil være vanskelig å skaffe en egnet jurist, og - at juridisk utdanning ikke er noen garanti for at vedkommende vil egne seg som forlikrådsformann (side 43).

Med hensyn til anvendelsesområdet for meklingsplikten, fikk utvalgets forslag om unntak for saker hvor begge parter har vært bistått av advokat, som senere ble vedtatt som ny § 274 nr. 1, bred oppslutning, men spesielt Advokatforeningen gikk inn for en vesentlig utvidelse av adgangen til å bringe saker direkte inn for herreds- og byrett. Det ble spesielt argumentert med at meklingen i saker hvor forlikrådet ikke har kompetanse til å avsi dom, er en tom formalitet som er forsinkende og fordyrende for partene og virker meningsløs for forlikrådets egne medlemmer. Departementet fremmet utvalgets forslag med en mindre endring (side 58).

Også om forslaget fra Småkravsutvalget flertall om å oppheve forlikrådets kompetanse til å avsi dom i tvistesaker etter krav fra en av partene, var det delte meninger i høringen. Departementet gikk inn for å beholde domskompetansen i tvistesaker, slik mindretallet (Lysnes) hadde gått inn for. Det ble vist til at forlikrådet i 1984 avsa dom i 870 saker, og det var grunn til å tro at et ikke ubetydelig antall av disse ville bli brakt inn for herreds- og byrett i stedet for å stanse i forlikrådet. Utvalgets bemerkninger at vekten av dette argumentet må ses i lys av departementets generelle standpunkt om at det ikke var aktuelt å gjennomføre noen reform som hadde som vesentlig siktemål å bringe flere saker inn for herreds- og byrett.

Justisdepartementets lovforslag ble med ubetydelige endringer vedtatt i Stortinget. I Justisko-

mitéens innstilling (Innst. O. nr. 64 for 1985-86) er det i komitéens merknader (side 7) vektlagt at forlikrådene har en bortimot 200 år gammel historie i norsk rettstradisjon, at de behandler 10 ganger så mange saker som tingrettene, og at ordningen i det store og hele har fungert tilfredsstillende.

### 10.7.7 Utvidelsen av domskompetansen i 1993

Opphevelsen av beløpsgrensen for forlikrådets domskompetanse i tvistesaker ved lovendringen av 11. juni 1993 nr. 83 har vært betegnet som den mest radikale endringen av forlikrådsordningen siden opprettelsen av forlikskommisjoner i 1795. Denne gikk iallfall ikke helt upåaktet hen.

Forslaget ble fremsatt i Betalingsinnfordringsutvalgets innstilling (NOU 1992:35). Det var dissens i utvalget. Flertallets argumenter, gjengitt på side 30, kan oppsummeres slik:

- Forlikrådene har siden tvistemålslovens vedtakelse hatt kompetanse til å avsi ordinære dommer etter krav fra en part når tvisten dreier seg om mindre verdier. Det kan ikke sees at det har vært reist kritikk mot forlikrådenes avgjørelser i slike saker. Er saken for vanskelig, vil forlikrådet i medhold av tvistemålsloven § 294 nr. 4 unnlate å avsi dom. Begrunnelsen for gjeldende beløpsbegrensning på kr 20 000 har vært at forlikrådsmedlemmene normalt ikke har juridisk utdannelse, men tvistemål om mindre verdier kan være like vanskelige som saker om større verdier og ha stor betydning for partene.
- Utvidelse av domskompetansen vil effektivisere meklingen for eksempel ved at en debitor som har dårlig begrunnede innsigelser og bare ønsker å trenere saken, vil være mer innstilt på å finne en minnelig løsning når han ofte vil risikere å få en dom mot seg.
- Alle dommer i forlikrådet kan overprøves ved herreds- og byrett, og ingen av partene er vesentlig dårligere stilt enn om saken var blitt henvist til retten. At søksmålsinitiativet overføres på klagemotparten når det er han som ønsker å angripe forlikrådets dom, er ikke urimelig.

Mindretallet, kontorsjef Erik Roe i Forbrukerrådet, fremholdt i sin dissens særlig (side 31) at en utvidelse av forlikrådenes domskompetanse uten deltakelse av kvalifiserte jurister, vil svekke den allmenne rettssikkerhet og forsterke enrettsulikheter i forhold til den ukyndige part. Han la vekt på at en slik behandling vil være mindre betryggende

enn Forbrukerrådets tvisteløsningstilbud basert på kvalifisert og gratis juridisk bistand til forbrukeren og avgjørelse i klageorganer med særlig kompetanse på spesielle områder.

Forslaget om utvidet domskompetanse ble fremmet av Justisdepartementet i Ot. prp. nr. 77 (1992-93). Det var uenighet om forslaget blant høringsinstansene. NHO, Forbrukerombudet og Forbrukerrådet var blant de som gikk imot utvidelsen. Forbrukerrådet fremholdt blant annet at en utvidelse av forliksrådernes domskompetanse i kombinasjon med adgang til bruk av advokat som fullmektig, i realiteten vil flytte den reelle førsteinstansbehandling fra herreds- og byretten til forliksrådet, og at en slik utvidet domskompetanse forutsetter betryggende saksbehandlingsregler og rutiner samt faglig forsvarlige avgjørelser. Dette ville også innebære at forliksrådene må ha juridisk fagkyndighet, og ville forutsette etablering av egne sekretariater for betryggende behandling av sakene. Forbrukerrådet så også en fare for at forliksrådene med utvidet domskompetanse og adgang for klageren til å møte med advokat i enda større grad vil bli inkassoselskapenes forlengete arm, og at en debitor uten erfaring med prosessen vil få enda større vanskeligheter med å vinne frem (side 9).

Justisdepartementet fant ikke disse innvendingene avgjørende og sluttet seg i hovedsak til begrunnelsen fra Betalingsinnfordringsutvalgets flertall. Departementet bemerket i korthet at rettsikkerhet også innebærer at det skal være mulig å få avgjort en tvist innen rimelig tid og uten for store kostnader, og at en utvidelse av forliksrådets domskompetanse i mange tilfeller nettopp vil medføre en raskere og billigere løsning av rettsvister. Faren for uriktige dommer på grunn av begrenset juridisk kompetanse reduseres av at forliksrådet kan unnlate å avsi dom. For øvrig nevnes at adgangen til å angripe dommen er meget vid, at kostnadene ved anke er vesentlig lavere enn kostnadene ved å anke til lagmannsretten, og at utvidelse av domskompetansen derfor i en del saker vil innebære en reell mulighet for toinstansbehandling.

I Stortingets justiskomiteé (Innst. O. nr. 128 for 1992-93) var det denne gang dissens om forslaget. Flertallet fremhevet fordelene med den raskere og rimeligere behandlingen i forliksråd i forhold til ordinær domstolsbehandling. Ifølge flertallet ville forslaget ikke representere noen fare for rettsikkerheten i form av uriktige dommer, idet forliksrådet har anledning til, og bør oppfordres til, å henvise vanskelige saker til de ordinære domstoler. I tillegg kommer den vide adgangen til å få forliksrådets avgjørelser overprøvet. Flertallet støttet også for-

slaget om å la advokater møte under domsforhandlingen ut fra partenes behov for faglig bistand når mer omfattende saker kan pådømmes. At forliksrådet ved reformen dermed mister sitt lekmannspreg, ga ifølge flertallet grunn til å vurdere om det bør gis tilgang på juridisk ekspertise. På grunn av at en slik omlegging ville nødvendiggjøre en vurdering av organisasjonen, blant annet om det er hensiktsmessig med sammenslåinger eller samarbeid, tok man ikke opp forslag om dette, men forutsatte at ordningen gjennomgås når den har virket en stund.

Mindretallet, SVs representant, ga uttrykk for bekymring over at en utvidelse av domskompetansen uten at en eller flere kvalifiserte jurister skal delta i meklingen, vil svekke den allmenne rettsikkerhet og forsterke enrettsulikhet i forhold til den alminnelige forbruker. Mindretallet delte dessuten Forbrukerrådets frykt for at forliksrådet i enda sterkere grad skal bli inkassoselskapenes forlengete arm.

Debatten i Odelstinget tilførte ikke saken nye momenter.

#### **10.7.8 Synspunkter på virkningene av de senere års reformer**

Som fremstillingen viser, har det i løpet av perioden 1986-93 vært gjennomført meget betydelige endringer i forliksrådsordningen, både når det gjelder kompetanse og saksbehandlingsregler. Noen systematisk undersøkelse av virkningene av disse tiltakene etter mønster av Haraldsens forliksrådsundersøkelse har imidlertid ikke vært foretatt før. Tvistemålsutvalget ble nedsatt. Man har derfor i vesentlig grad vært henvist til å trekke slutninger fra statistisk materiale. Næss (ibid. side 87-94) har kommentert utviklingen og redegjort nærmere for erfaringene ved Stavanger forliksråd. Utviklingen der er at man langt oftere enn før pådømmer saker i stedet for å henvise dem til retten, men at det stadig er svært få saker som bringes videre til byretten. Hans vurdering er meget positiv (side 94):

«Forliksrådene synes i stigende grad å måtte leve opp til det større ansvar som er pålagt dem som en følge av tilsvarsordningen, utvidelsen av domskompetansen og advokatenes møterett ved domsforhandlingen i forliksrådet. Slik sett har endringene av premissene for forliksrådernes arbeid og statens økte satsing på forliksrådene allerede gitt ønskede effekter. Forliksrådernes arbeid representerer en hurtig saksbehandling og jevnt over svært lave kostnader ved behandlingen av sivile tvistemål uten at en av det fremlagte materiale

kan se at dette har gått utover rettssikkerheten.»

Også lovrådgiver Knut Helge Reinskou er positiv i sin utredning om rettspleien på grunnplanet, avgitt februar 1997. Han uttaler at forliksrådene betydning som en reell førsteinstans i sivile retts tvister har økt betraktelig, dels som følge av den utviklingen i faktisk kompetanse og pågangmot ved mange forliksråd som særlig Samarbeidsutvalget for forliksråd og hovedstevnevitner i byene har ære av, og dels som følge av opphevelsen av beløpsgrensen på kr 20 000 for forliksrådets domskompetanse i reelle tvister i formuessaker som bare en av partene ønsker pådømt i forliksrådet.

Utvalget nevner i tillegg at forliksrådsordningen ble debattert på et seminar om rettspleien på grunnplanet som ble arrangert av Den norske advokatforening høsten 1998. I Advokatforeningens temahefte nr. 66 (1999) er det trykket innlegg av formannen i Stavanger forliksråd Hans Eyvind Næss og av byrettsjustitarius Arild Kjerschow.

### 10.7.9 Forliksrådsordningen og menneskerettskonvensjonene

Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) av 4. november 1950 ble sammen med enkelte andre internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter inkorporert som gjeldende norsk lov ved menneskerettsloven (lov av 21. mai 1999 nr. 30). For sivilprosessens område hadde dette ikke så stor betydning, idet det allerede fulgte av tvistemålsloven § 36 a, tilføyd ved lov av 18. desember 1987 nr. 97, at loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.

EMK artikkel 6(1) gir enhver retten til å få avgjort sine sivile retts tvister (saker om borgerlige rettigheter og plikter) ved «en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov». Spørsmål om forliksrådsordningen oppfyller disse vilkårene ble i 1999 tatt opp av universitetsstipendiat Line Ravlo ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, i en artikkel i Juristkontakt (medlemsblad for Norges Juristforbund) nr. 3/99 med tittelen «Forliksrådene – en ordning i samsvar med EMK?». Hun diskuterer spesielt spørsmålet om forliksrådene tilfredsstillende kravet til «domstol» etter artikkel 6(1) og oppsummerer sitt syn slik:

«Forliksrådene kan i dag trolig ikke klassifiseres som domstoler etter EMK artikkel 6. Dette på grunn av mangel på en juridisk prosess. Det

er derfor betenkelig å skulle ha forliksrådsbehandling som vilkår for adgangen til domstolene. En slik ordning kan innebære en krenkelse av den enkeltes rettigheter, da betenkelighetene og ulempene ved forliksrådsbehandling i den enkelte sak kan være uforholdsmessig sett i forhold til formålet med ordningen.

Etter min oppfatning bør hele ordningen med forliksråd revurderes. Dersom man ønsker å opprettholde de positive sidene ved en slik ordning, bør ordningen gjennomføres i andre former enn i dag, slik at hensynet til retten til domstolsbehandling i EMK artikkel 6 blir varertatt. Om ikke annet så burde en behandling gjøres frivillig for de impliserte parter.»

Som nevnt ovenfor i II.10.5.4, er Ravlos artikkel nevnt i Domstolskomisjonens innstilling uten at kommisjonen for sin del tok standpunkt til spørsmålet. Strukturutvalget tok imidlertid problemstillingen opp, se omtalen i neste avsnitt.

Strukturutvalgets mandat omfattet ikke egentlig forliksrådsordningen. Det var forutsatt at Reinskou-utredningen om den sivile rettspleien på grunnplanet skulle legges til grunn for det videre arbeid på dette område. Utvalget var imidlertid gitt i oppdrag å utrede hvilke oppgaver som burde tillegges eller fratras herreds- og byrettene, og man fant derfor foranledning til å vurdere grenseflaten mot forliksrådets saklige kompetanseområde og fremme konkrete forslag om begrensning av meklingsplikten og domskompetansen, omtalt ovenfor i II.10.5.5.1. I tillegg reiste Strukturutvalget (innstillingen side 31 – 32) det grunnleggende spørsmål om forholdet til EMK artikkel 6(1) og den tilsvarende bestemmelsen i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 14(1).

Strukturutvalget uttaler at Den europeiske menneskerettsdomstolen hittil ikke har vært forelagt spørsmålet om en ren lekmanns nemnd kan anses som domstol i konvensjonenes forstand. Det antas at spørsmålet ikke kan besvares generelt, men må avhenge av hvilken type saker organet kan pådømme. For å kunne treffe avgjørelse på forsvarlig grunnlag etter en juridisk prosess, antas at saken ikke kan ha et for stort omfang eller en for høy vanskelighetsgrad.

Strukturutvalget finner at det også kan reises spørsmål ved om saksbehandlingen ved forliksrådene tilfredsstillende kravene om «rettferdig rettergang». I dette ligger etter Menneskerettsdomstolens praksis et krav om at saksbehandlingen har vært kontradiktorisk og forsvarlig, og at dommen er tilstrekkelig begrunnet. Strukturutvalget påpeker at det ikke selv har foretatt noen systematisk undersøkelse av hvordan domsforhandling blir

gjennomført, men at det ut fra enkelttilfeller man er kjent med kan synes som om forlikrådene ikke alltid lever opp til de krav konvensjonene stiller. Som eksempel nevnes at det ved enkelte forlikråd ikke er vanlig med noen egen domsforhandling, men dommer blir ofte avsagt på grunnlag av en kort og summarisk rådslagning etter avsluttet mekling. Ofte blir dommer av forlikrådet også avsagt uten eller med svært mangelfull begrunnelse. En avgjørelse av Hålogaland lagmannsrett 23. april 1996 (uttrykt men tilgjengelig på Lovdata LH 1996-00260 K) nevnes til illustrasjon.

Strukturutvalget reiser også spørsmål om obligatorisk forlikrådsbehandling kan representere en slik forsinkelse i saksbehandlingen at kravet om avgjørelse innen rimelig tid blir krenket.

I tillegg til de prinsipielle innvendingene mot forlikrådets domskompetanse, fremholder Strukturutvalget at domskompetansen bryter med en del av forutsetningene for god meklingsvirksomhet. Det er et alminnelig prinsipp i mange sammenhenger at en mekler ikke skal ha avgjørelsesmyndighet i saken. Dette har betydning for den åpenhet og tillit som er nødvendig for å skape et godt meklingsklima. Ved rettsmekling ved domstolene er dette hensynet ivaretatt ved at det i rettsmeklingsforskriften § 7 er fastsatt at den dommer som har meklet, bare kan delta ved den videre behandling av saken dersom det finnes ubetenkelig og partene ikke ønsker at det skal skje et skifte av dommer.

Strukturutvalget trekker ikke den slutning – som argumentasjonen kunne synes å bygge opp mot – at forlikrådsordningen bør oppheves. Utvalget foreslår imidlertid som nevnt ovenfor i II.10.5.5 at domskompetansen og meklingsplikten begrenses.

I Stortingsmelding nr. 23 om Strukturutvalgets innstilling er spørsmålet om forlikrådsordningens forhold til EMK ikke behandlet. Justisdepartementets domstolavdeling innhentet imidlertid en uttalelse fra Lovavdelingen om spørsmålet. Uttalelsen har den konklusjon at forlikrådene må antas å tilfredsstillende kravet til en uavhengig domstol etter artikkel 6(1), men at det ikke kan utelukkes at retten til rettferdig rettergang kan bli krenket i enkeltsaker, noe som heller ikke kan utelukkes ved de øvrige domstoler. Lovavdelingen påpeker imidlertid at Strukturutvalget ikke har noe empirisk grunnlag for antakelsen om at dette utgjør noe omfattende problem, og at utvalgets innstilling derfor ikke gir grunnlag for å trekke noen slutninger.

## 10.8 Utvalgets faktiske beslutningsgrunnlag

### 10.8.1 Innledning

Utvalget trakk på et tidlig stadium av utredningsarbeidet den konklusjon at det faktiske beslutningsgrunnlaget var for spinkelt, noe som også ble påpekt av Justisdepartementets lovavdeling i uttalelsen som nevnt i foregående avsnitt. Man har altfor lite systematisert kunnskap om hvordan forlikrådene fungerer, og om virkningene av de betydelige endringer i forlikrådsordningen som har vært gjennomført i de siste 10-15 årene, spesielt utvidelsen av domskompetansen i 1993. Utvalget har derfor ved forskjellige tiltak søkt å råde bot på dette.

### 10.8.2 Forlikrådsundersøkelsene

Det viktigste tiltaket har vært gjennomføringen av to undersøkelser av forlikrådsordningen høsten og vinteren 2000-2001 i samarbeid med Justisdepartementets domstolavdeling og Samarbeidsutvalget for forlikrådene og hovedstevnevitnene i byene (SFH).

Den ene undersøkelsen er en brukerundersøkelse rettet mot parter og deres fullmektiger, som har en sak behandlet ved mekling og eventuelt dom i forlikrådet. Denne undersøkelsen er utført av firmaet rhKnoff AS ved organisasjonspsykolog Richard H. Knoff. Knoff har for øvrig også gjennomført en evaluering av forsøksordningen med rettsmekling etter oppdrag fra Justisdepartementet. Den andre undersøkelsen er en kvalitetsundersøkelse som består av en gjennomgang av dommer i tvister, holdt opp mot de formelle kravene til dommers innhold som kan utledes av tvistemålsloven §§ 144 til 146, og kravet til begrunnelse av rettsavgjørelser som er en del av retten til rettferdig rettergang etter Den europeiske menneskerettskonvensjonens artikkel 6(1). Den rettslige holdbarhet av avgjørelsene er ikke vurdert. Domsundersøkelsen er utført Kristin Alstad og Børre W. Lyngstad, som er juridiske utredere i Høyesterett, med bistand fra Knoff for statistisk bearbeidelse av materialet. Resultatene av undersøkelsene blir gjennomgått nedenfor i tilknytning til de problemstillinger som drøftes.

Undersøkelsene er inntatt i sin helhet som vedlegg nr. 4 (brukerundersøkelsen) og 5 (domsundersøkelsen) til denne innstillingen.

Utvalget har ikke prioritert å foreta undersøkelser rettet spesielt mot forlikrådenes virksomhet med inndrivelse av ubestridte krav ved utblyvesdom eller dom etter godkjent påstand. Dette

har sammenheng med at denne delen av forliksrådenes virksomhet nylig har vært utredet av Betalingsinnfordringsutvalget.

### 10.8.3 Andre tiltak

I tillegg har utvalgets medlemmer for å danne seg et personlig inntrykk av behandlingen og forliksrådenes funksjon i praksis, overvært forhandlingene i ett eller to forliksråd og analysert disse erfaringene i møte. Det dreier seg om små og store forliksråd i ulike deler av landet. Dette har gitt et svært nyttig supplement til forliksrådsundersøkelsene.

Utvalget arrangerte i april 2000 et seminar om forliksrådsbehandling og småkravsprosess i Oslo med bred deltakelse. Til bruk for seminardeltakerne ble det utarbeidet et notat hvor en del aktuelle problemstillinger ble presentert i mer skissemessig og nøytral form. I tillegg til de uttalelser som ble avgitt på møtet, har utvalget mottatt enkelte skriftlige høringsuttalelser, blant annet uttalelser fra Forbrukerrådet og NHO.

Utvalget har også under utredningsarbeidet hatt nær kontakt med Samarbeidsutvalget for forliksrådene og hovedstevnevitnene (SFH). I tillegg til samarbeidet om gjennomføringen av forliksrådsundersøkelsene nevnes at deler av utvalget 19. desember 1999 avholdt et møte med representanter for SFH og Oslo forliksråd. Utvalgets medlem Nordén deltok på landsmøtet for forliksrådene i 2000 og i 2001.

## 10.9 Utvalgets syn på hovedspørsmål om forliksrådets oppgaver i rettspleien

### 10.9.1 Innledning

Utvalget behandler i dette avsnittet overordnede spørsmål om hvilke oppgaver forliksrådet bør ha ved behandlingen av sivile saker. Disse oppgavene faller i dag i tre hovedkategorier; mekling, realitetsavgjørelse av tvister ved dom og etablering av tvangsgrunnlag for ubestridte krav ved uteblivelsesdom eller dom etter erkjennelse av kravet. Det er gjensidig sammenheng mellom disse oppgavene, men de kan også i noen grad analyseres isolert. Strengt tatt er det bare den oppgaven å avgjøre tvister ved dom, som etter sin art er en typisk domstolsoppgave.

II.10.10 behandler utvalget den konkrete utforming av reglene for forliksrådsbehandling i en ny sivilprosessordning.

### 10.9.2 Forutsetninger med hensyn til organisasjon og struktur

#### 10.9.2.1 Likevekt mellom formell kompetanse og reelle kvalifikasjoner

Som bemerket innledningsvis i II.10.1 er det nær sammenheng mellom regelverk og organisasjonsstruktur. Dette er ikke minst iøynefallende for et organ som forliksrådet. Hvis forliksrådet skal fortsette som lekmanndomstol, må både den formelle kompetansen, avgjørelsesmyndigheten og behandlingsreglene tilpasses de kvalifikasjoner man med rimelighet kan forvente at rådets medlemmer skal inneha. Kvalifikasjoner kan utvikles ved opplæring og erfaring, og forliksrådenes ytelser kan forbedres ved velfungerende sekretariatsordninger og gode rammebetingelser for øvrig. Man kan likevel etter utvalgets oppfatning ikke komme utenom at et rent lekdommerorgan ikke vil ha forutsetninger for å avgjøre tvister som forutsetter rettsanvendelse av en viss vanskelighetsgrad.

Hvilke krav som bør stilles til dommere, er senest vurdert av Domstolskommissjonen og i Ot. prp. nr. 44 (2000-2001). Som nevnt i proposisjonen på side 91, er det bred enighet om at en dommer må være en dyktig jurist. Dette er utdypet slik:

«I praksis har man anlagt en bred og sammensatt vurdering av de juridiske kvalifikasjonene. Ett element i dette er de teoretiske, juridiske kunnskaper. Et annet element er den praktiske juridiske ferdighet, et godt juridisk skjønn og god dømmekraft, som normalt dokumenteres ved søkerens yrkespraksis. Innbakt i de faglige kravene har det også ligget krav av mer generell art, bl.a. evner til analytisk tenkning og skriftlig og muntlig formuleringsevne.»

Der lekdommere ellers deltar i rettsapparatet, er det for å tilføre domstolen kvalifikasjoner i tillegg til de juridiske, enten fagkunnskap på spesielle områder eller bredere allmennmenneskelige erfaringer. I betraktning av den utstrakte enighet som er konstatert om nødvendigheten av gode juridiske kvalifikasjoner, kan det fortone seg som et paradoks at et rent lekdommerkollegium er gitt alminnelig domsmyndighet. Selv om man velger å videreføre forliksrådet som domstol i formell forstand og betegne forliksrådets medlemmer som dommere, må man å være oppmerksom på at det dreier seg om en vesentlig annen domstolstype enn profesjonsdomstolene, en domstolstype som må ha andre hovedoppgaver enn disse, men som heller ikke kan møtes med de samme krav. Det har lite for seg å stille de samme krav til begrun-

nelse av en forliksrådsdom som til en ordinær dom, slik tvistemålsloven nå gjør. Det er en nokså enkel oppgave å angripe forliksrådene for ikke å ha nødvendige domstolskvalifikasjoner og finne frem til enkeltavgjørelser som er egnet til å underbygge en slik kritikk. Av denne grunn kan det diskuteres om de senere års utvidelse av domskompetansen og sterkere betoning av forliksrådet som alminnelig domstol, har vært vellykket. Det er etter utvalgets oppfatning en sentral problemstilling om ikke kløften mellom formell kompetanse og reelle kvalifikasjoner er blitt for stor.

#### 10.9.2.2 *Styrking av forliksrådenes juridiske ekspertise*

Det er et nærliggende spørsmål om man bør tilføre forliksrådene juridisk kompetanse slik at de utvikles i retning av å bli profesjonsdomstoler. Dette spørsmålet ble grundig vurdert i Småkravsutvalgets utredning fra 1982 og det videre arbeid med forliksrådsreformen i 1986. Bortsett fra en dissens i Småkravsutvalget var det utstrakt enighet om at dette ikke var en riktig vei å gå. Ved utvidelsen av forliksrådets domskompetanse i 1993 ble spørsmålet ikke behandlet på nytt. Stortingets justiskomiteé ga likevel uttrykk for at reformen, på grunn av at det ble alminnelig adgang til å bruke advokat under domsforhandlingen, innebar at forliksrådet mistet sitt lekmannspreg, og at det var grunn til å vurdere om rådet bør tilføres juridisk ekspertise. Det ble forutsatt at ordningen gjennomgås når den har virket en stund.

Utvalget mener at man ikke bør bygge ut forliksrådene til å bli ordinære domstoler med jurist som formann. Dagens domstolshierarki med tre ordinære rettsinstanser er etter vår oppfatning hensiktsmessig. Det må etter de overordnede politiske signaler som er gitt i stortingsmeldingen om strukturen i domstolene i første instans (tingrettene) og Stortingets behandling av meldingen, forutsettes at disse vil beholde en såvidt desentralisert organisasjon at de vil fungere tilfredsstillende som regulær førsteinstans i alle saker. Man bør derfor heller konsentrere ressursene om å gjøre tingrettene til en slagkraftig enhet med mulighet for å tilby god førstelinjes domsbehandling av alle sakstyper, enn å bygge ut en ny domstolstype med mer lokal tilknytning på nivået under. Dette ville i så fall gi et domstolshierarki med fire regulære instanser.

Store avstander og spredt bosetning representerer en ekstra utfordring i deler av landet. Regjeringen og Stortinget har tatt hensyn til dette ved at man i deler av landet har foreslått opprettholdt domstoler med færre antall dommere enn de fire (inklu-

sive dommerfullmektiger) som generelt anbefales som minimumsstørrelse. Også med dagens domstolsorganisasjon er avstandene store ved enkelte embeter, men dette avhjelpes blant annet ved at dommerne både i sivile saker og straffesaker der det er hensiktsmessig, setter rett forskjellige steder i distriktet. Denne praksisen forutsettes videreført der det er nødvendig for å opprettholde et tilfredsstillende servicenivå overfor det rettssøkende publikum. Ny teknologi kan for øvrig motvirke betydningen av avstander, for eksempel ved at man kan ta i bruk videokonferanser.

Det er særlig med sikte på prosessordningen for småkrav at man kunne tenke seg etablert lokale domstoler under tingrettene. Det er imidlertid utvalgets bestemte oppfatning at man heller bør satse på å utvikle en tilfredsstillende prosessordning for småkrav ved den ordinære førsteinstans. Det har i mange år vært meget bred politisk oppslutning om det prinsipielle syn at særdomstoler såvidt mulig bør unngås. Slike bør bare opprettes når meget tungtveiende grunner tilsier det. Lokale domstoler for småkrav ville være i strid med dette synet. Det blir vanskelig å unngå at slike domstoler får et visst B-stempel. De ville bli meget små, faglig isolerte og sårbare enheter, og en del steder må det forventes problemer med å rekruttere kvalifiserte jurister. Etter utvalgets oppfatning lar problemene med høy domstolsterskel for småkrav i dagens prosessordning seg mer tilfredsstillende løse ved nye behandlingsregler for tingretten, enn ved å bygge ut forliksrådene til å bli lokale særdomstoler for småkrav.

Det er også en fare for at man ved å gjøre forliksrådet til fagdommerorgan vil miste det som er forliksrådenes viktigste fortrinn, nemlig evnen til å behandle et meget stort antall små saker på en rask, enkel og uformell måte, med vekt på å finne praktiske løsninger. I samsvar med en slik oppfatning bør tyngden i konfliktløsningstilbudet på grunnplanet legges på mekling, ikke pådømmelse av tvister, men supplert med en viss avgjørelsesmyndighet som utvalget kommer tilbake til.

Alternative løsninger på behovet for juridisk forsterkning av forliksrådene fremstår etter utvalgets oppfatning heller ikke som realistiske. Å styrke sekretariatsfunksjonene med jurist ville innebære en fare for pulverisering av ansvaret for avgjørelsene når dommerne selv ikke er jurister. Enhver form for ad hoc-preget bistand vil være vanskelig å forene med uavhengighetskravet. Heller ikke Småkravsutvalget fant andre realistiske alternativer enn bruk av jurist som formann.



### 10.9.2.3 Andre organisatoriske forhold

#### 10.9.2.3.1 Administrasjonen av forlikrådene

Som nevnt i redegjørelsen for aktuelle reformforslag av betydning for forlikrådene i II.10.5 ovenfor, har det fra flere hold vært fremsatt forslag om at det administrative ansvaret for forvaltningen av forlikrådene bør flyttes fra kommunene til staten ved den sentrale domstoladministrasjon, se II.10.5.3 til II.10.5.5. Twistemålsutvalget mener at dette er et godt forslag. Det er naturlig at forlikrådene gis en formell forankring i den nasjonale sivile domstolsorganisasjonen. Tilknytningen til kommunene er i dag så sterk at dette kan være et uavhengighetsproblem i saker hvor kommunen er part. Det er dessuten ønskelig å foreta en konsolidering og profesjonalisering av virksomheten ved forlikrådene for å sikre et jevnere og bedre tilbud på landsbasis, se nedenfor om regionale forlikråd og om valg av medlemmer. Utvalget legger til grunn at spørsmålet vil inngå i Justisdepartementens videre arbeid med rettspleien på grunnplanet.

#### 10.9.2.3.2 Regionale forlikråd

Resultatene av utvalgets forlikrådsundersøkelser og de opplysninger utvalget ellers har innhentet gjennom sitt arbeid med forlikrådsordningen, tilsier at det er store variasjoner med hensyn til hvor godt forlikrådene fungerer. Personlige kvalifikasjoner hos medlemmene er en svært viktig faktor, enten forlikrådet er stort eller lite. Det er imidlertid klare indikasjoner på at store forlikråd i enkelte henseende fungerer bedre enn de mindre rådene. En viss saksmengde er nødvendig for at medlemmene skal kunne opparbeide kompetanse. Dessuten er gode sekretariatsfunksjoner en nøkkelfaktor. Velfungerende sekretariater er nødvendig for at forlikrådene skal være tilgjengelige, og for å kunne yte publikum den service og veiledning de har krav på. Det er også viktig for å sikre effektiv og rasjonell saksbehandling og nødvendig støtte til forlikrådsmedlemmene i deres arbeid. Spesielt ved utskiftning av forlikrådets medlemmer, representerer sekretariatet kontinuitet ved å sørge for videreføring av opparbeidet kompetanse og gode rutiner.

Selv om det ikke er systematiske forskjeller mellom små og store forlikråd med hensyn til brukernes tilfredshet med behandlingen, viser domsundersøkelsen at de store forlikrådene bedre er i stand til å overholde formelle krav til saksbehandlingen. Dette er gjennomgått i kapittel 13 om gruppeforskjeller. Blant annet viser undersøkelsen at

dommer fra forlikråd som er i kontinuerlig virksomhet, er langt bedre begrunnet enn dommer fra små forlikråd.

En naturlig slutning av disse erfaringene er at man bør gå over til større forlikrådsretter og etablere regionale forlikråd med faste og profesjonelle sekretariater. Forslag om dette har også vært fremsatt fra forlikrådshold, for eksempel av Næss i foredrag på Advokatforeningens seminar om rettspleien på grunnplanet i november 1998. Det vises til Advokatforeningens temahefte nr. 66(1999) side 20.

Regionale forlikråd vil også bedre servicetilbudet til publikum ved at det blir grunnlag for å opprettholde en mer kontinuerlig virksomhet med øket møtehyppighet. I dag holder forlikråd med begrenset saksmengde bare møter en gang hver måned. Dette er for sjelden og kan føre til at forlikrådet blir en propp i systemet.

#### 10.9.2.3.3 Oppnevning av forlikrådsmedlemmer

Utvalget legger til grunn at det er en nødvendig forutsetning for at forlikrådene skal beholde sin legitimitet som organer med lokal demokratisk forankring, at medlemmene direkte eller indirekte er valgt eller oppnevnt av kommunestyrene. Det er likevel ønskelig å gjennomgå reglene for oppnevning for å sikre at man velger ut personer som er særlig skikket til vervet. Det er viktig å understreke at vervet ikke er av politisk art, og at partitilhørighet bør være uten betydning. Et forslag til overveieelse kan derfor være å endre valgperioden slik at oppnevningen av forlikrådsmedlemmer skjer uavhengig av valget av medlemmer til politiske utvalg etter kommunestyrevalget.

En reform med regionale forlikråd vil også gjøre det nødvendig å endre reglene for oppnevningen. Et mulig alternativ til dagens ordning med direkte valg i kommunestyret, kan være at kommunestyret oppnevner et antall kandidater, hvorfra medlemmene utpekes av den sentrale domstoladministrasjonen.

Utvalget fremmer ikke selv konkrete forslag, men forutsetter at dette er spørsmål Justisdepartementet vil arbeide videre med i tilknytning til rettspleien på grunnplanet og i sammenheng med den påbegynte revisjonen av reglene om valg av lekdommere ellers.

#### 10.9.2.3.4 Forlikrådets sammensetning i den enkelte sak

NHO har i sin høringsuttalelse foreslått at forlikrådet bør settes med ett medlem under mekling,

slik som under mekling i konfliktråd og under rettsmekling.

Utvalgets brukerundersøkelse viser at forliksrådets formann gjennomgående oppfattes som aktiv under møtene, mens de øvrige medlemmer har et beskjedent aktivitetsnivå. De oppfattes som «svært aktive» i bare 10-15 % av sakene.

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå noen endringer i dagens forliksrådsordning på dette punkt. At forliksrådets to vanlige medlemmer i møtene gjennomgående oppfattes som atskillig mindre aktive enn formannen, er naturlig på bakgrunn av formannens funksjon som møteleder. Etter utvalgets oppfatning er det nødvendig, hensett til at forliksrådet ikke skal ha noen fagjuridisk kompetanse, å sørge for en viss bredde i rådet med hensyn til erfaringsbakgrunn, holdninger og alder, og også at begge kjønn er representert. Det er viktig å ha noen å diskutere sakene med, og det bidrar til å gi forliksrådet større tyngde og tillit. Flere av utvalgets medlemmer gjorde også under sine besøk av forliksråd den erfaring at det var nyttig og konstruktivt at rådet hadde flere medlemmer. Det er også ønskelig av kontinuitetshensyn at man kan unngå å skifte ut hele rådet under ett. Det kan hevdes at et tremannskollegium ikke passer så godt ved intensiv mekling av den typen som drives i rettsmekling. Etter utvalgets oppfatning er dette imidlertid en meklingsform som under enhver omstendighet er mindre egnet ved forliksrådsbehandling.

Utvalget har oppfattet det slik at det blant forliksrådene hersker enighet om at det bør være tre medlemmer.

Begrunnelsen for at forliksrådet fortsatt bør ha tre medlemmer, er bare gyldig for de saker som behandles i møte. Det er grunn til å vurdere en utvidelse av formannens kompetanse til å avgjøre saken under saksforberedelsen uten å innkalle møte. Dette behandles i II.10.10.9.

Tittelen formann bør for øvrig erstattes av den kjønnsnøytrale betegnelsen leder.

#### 10.9.2.4 Oppsummering

En naturlig avgrensning mellom regelverks- og strukturspørsmål tilsier at utvalget ikke fremmer egne forslag til endringer i reglene om forliksrådets administrasjon og organisasjon, eller om valg av forliksrådsmedlemmer. Utvalget legger vekt på å utforme regler om forliksrådets kompetanse og om saksbehandlingen som har slik fleksibilitet at de så vidt mulig vil kunne gis anvendelse både på dagens kommunale forliksråd og eventuelle regionale forliksråd under statlig administrasjon. En slik fleksibilitet er nødvendig allerede etter dagens ord-

ning som omfatter forliksråd av svært ulik størrelse og karakter.

### 10.9.3 Utvalgets forslag til småkravsprosess

Utvalget foreslår at det blir innført egne prosessregler for tingretten for saker om formuesverdier inntil ca. kr 100 000 (2 G). Siktemålet er å etablere et økonomisk og praktisk tilgjengelig og hensiktsmessig behandlingstilbud for alminnelige forbrukertvister ved tingretten. Dagens ordning med forenklet rettergang har ikke vært vellykket.

Utvalget har i II.11.7 uttalt at det er behov for en slik reform også om dagens forliksrådsordning videreføres. En del saker vil ikke kunne bli avgjort i forliksrådet fordi man ikke oppnår et resultat ved mekling, og saken er for komplisert i faktisk eller rettslig henseende til å egne seg for pådømmelse i forliksrådet. Det er dessuten behov for en reell mulighet for overprøving av de dommer forliksrådet avsier. Ytterligere er det behov for et tilbud om domstolsbehandling av saker som unntas fra forliksrådsbehandling etter dagens regler, for eksempel fordi de har vært behandlet i Forbrukertvistutvalget eller en klagenemnd.

Opplysningene fra forliksrådsundersøkelsene tilsier at svært mange av forliksrådets saker gjelder forholdsvis beskjedne økonomiske verdier. Brukerundersøkelsen tabell 5 viser at tvistegjenstandens verdi oftest lå i området kr 1 – 20 000 (39 %), mens ytterligere 25 % lå i området kr 20 001 – 50 000. I domsundersøkelsen lå hele 76 % av sakene i intervallet inntil kr 50 000 (tabell 3). Det er grunn til å tro at forskjellen skyldes at forliksrådet oftere fant grunnlag for å avsi dom i saker om mindre verdier enn i gjennomsnittet av tvistesaker. Dette bekrefte av at tvistegjenstandens verdi i hele 60 % av domssakene var under kr 20 000.

Dette innebærer at en stor andel av forliksrådernes sakstilfang ligger innenfor anvendelsesområdet for en småkravsprosess ved tingretten. Grenseflaten mellom reglene for forliksrådsbehandling og småkravsprosessen blir en viktig problemstilling som utvalget har for øye under drøftelsen av mekling og domsbehandling i forliksrådet i de neste to avsnitt.

### 10.9.4 Mekling

#### 10.9.4.1 Innledende bemerkninger

Utvalget finner det mest hensiktsmessig å behandle meklingsfunksjonen først. Mekling er forutsatt å være forliksrådernes primære funksjon. Det er en nødvendig forutsetning for å opprettholde

forlikrårdsordningen at kompetansen til å mekle i tvister bør videreføres. Hvis svaret er bekreftende, blir det ytterligere spørsmål om mekling skal være obligatorisk eller frivillig. Dernest blir det spørsmål om hvilken domskompetanse forlikrådet bør ha.

#### 10.9.4.2 *Bør forlikrådet opprettholdes som meklingsinstans?*

Utvalget behandler i dette avsnittet spørsmålet om tilbudet om forliksmekling før saksanlegg ved de ordinære domstolene bør opprettholdes. Hvorvidt mekling bør være obligatorisk eller ikke, behandles i neste avsnitt.

Utvalgets utgangspunkt er at bistand til konfliktløsning i form av mekling på et tidlig stadium av en konflikt, før en ordinær retts sak innledes, er nyttig og viktig, og at dette bør være det offentliges primære konfliktløsningstilbud på trinnet før stevning. For de ca. 4 000 saker som blir forlikt årlig, representerer forliksmeklingen en rask og rimelig løsning av tvisten. Det må derfor kreves gode grunner for å nedlegge dette behandlingstilbudet.

Hvordan forlikrådene fungerer som meklingsinstans, har særlig vært søkt belyst ved den brukerundersøkelsen organisasjonspsykolog Knoph har gjennomført. Innledningsvis er det grunn til å påpeke at Knoph i rapporten punkt 1.3 gjør oppmerksom på at svarprosenten i undersøkelsen var forholdsvis lav, og at funnene må fortolkes med forsiktighet. Man vet ikke hvor representative svarene er. Ifølge Knoph er det ikke usannsynlig at den lave svarprosenten har medført noen skjevheter i negativ retning når det gjelder partenes vurderinger. Det er en viss formodning for at misfornøyde parter har hatt størst behov for å gi uttrykk for sine synspunkter.

Svarene på enkeltspørsmål kan også virke noe paradoksale. Partenes viktigste begrunnelse for å bringe saken inn for forlikrådet er ønsket om å få en rask og billig avgjørelse (fig. 2). For møtefullmektiger (i praksis stevnevitner og inkassobyråers representanter) spiller, ikke overraskende, hensynet til å avbryte foreldelse en stor rolle.

I henhold til fig. 12 er det grunn til å merke seg at ca. halvparten av partene mener at forlikrårdsbehandlingen fungerte mye (23 %) eller noe (22 %) dårligere enn ventet, mens henholdsvis 2 % og 6 % mener den var noe eller mye bedre enn ventet. Svarene varierer ganske mye og forutsigelig med utfallet av saken, se tabell 18. Blant de som fikk saken forlikt, var det en klar majoritet (62 %) som mente at behandlingen var omtrent som ventet, men det var likevel flere som mente at den fungerte

dårligere (23 %) enn at den fungerte bedre (15 %). At partene gjennomsnittlig sett var «sånn passe» fornøyd med forliket, er vel som forventet (fig. 7).

Blant de parter som fikk saken henvist til retten, var det hele 49 % som mente at behandlingen fungerte dårligere, mens 6 % mente at den fungerte bedre enn ventet. Hele 47 % av partene sa seg helt eller delvis uenig i det utsagnet at behandlingen i forlikrådet bidro til en tilfredsstillende løsning, mens 35 % var enige, se fig. 13 side 42. Blant de profesjonelle aktører var vurderingen mer positiv, og blant møtefullmektigene svært positiv.

Årsaken til at det ikke ble forlik, er et viktig punkt som er undersøkt i punkt 4.2. Blant partene er de dominerende årsaker at saken ikke var egnet for mekling, at det ikke ble foretatt reell mekling, at forlikrådets medlemmer ikke var dyktige nok, at det var viktig å få en rettslig avgjørelse, og at det var for mye uklarhet om fakta. For hver av disse begrunnelsene har mellom 40 og 50 % av partene merket av for at det var en svært viktig eller ganske viktig grunn (side 33). Oppfatningen av forlikrådets dyktighet er ganske polarisert blant partene og prosessfullmektigene i henhold til fig. 9. Hele 38 % av partene mener at manglende dyktighet var en svært viktig årsak til at det ikke ble forlik, mens 13 % mener at det var en ganske viktig årsak. Blant prosessfullmektigene er tallene 24 % for svært viktig og 21 % for ganske viktig. 38 % av både parter og prosessfullmektiger mener på den annen side at manglende dyktighet var helt uviktig eller lite viktig. Blant møtefullmektigene er vurderingen atskillig mer nøytral. Her vil man finne de personer som har sterkest tilknytning til forlikrådet, enten som ansatt (stevnevitne) eller fast møtende representant for inkassobyråer. Det skilles ikke i undersøkelsen mellom disse.

Gjennomføringsdelen i kapittel 3 kaster lys over hvordan meklingen faktisk fungerer og hvilke faktorer som bidrar positivt eller negativt. Tidsbruken er behandlet i tabell 10-11 på side 25 – 26. Tyngdepunktet for meklingsdelen synes å ligge i intervallet 16 – 30 minutter og ca. 15 minutter for domsforhandlingen etterpå. Etter utvalgets erfaring skilles det sjelden mellom de to faser, slik at det kan være noe sammenblanding her. Det er viktig at 75 % av partene og nær 90 % av prosessfullmektigene mener at det ble avsatt nok tid. De minst profesjonaliserte forlikrådene brukte gjennomgående lenger tid på meklingen, men uten at dette påvirket partenes vurdering av om det var brukt nok tid (side 26).

Om gjennomføringen av meklingen vises til fig. 4. Partene er gjennomgående mindre fornøyd enn de andre kategoriene, men den eneste skå-

ren som er direkte svak, er partenes vurdering av hvor godt forliksrådets medlemmer har satt seg inn i saken (2,7). Ifølge Knoph er det ganske nøye sammenheng mellom partenes vurdering av dette spørsmålet og hvor tilfreds man er med forliket eller dommen. For øvrig er det en overveiende positiv vurdering av tonen under møtet og aktørenes muligheter for å komme til orde. Det er ikke uventet sammenheng mellom et godt meklingsresultat og oppfatningen av å komme skikkelig til orde (side 28).

Forliksrådets spesifikke bidrag under meklingsdelen er undersøkt i fig. 5. De viktigste bidragene er at forliksrådet tilrettelegger for dialog mellom partene og får frem hva de først og fremst er opptatt av. Det klages sjelden over press for å inngå forlik. Forliksrådet kommer i beskjeden grad med egne løsningsforslag (2.7 i snitt), men dette forekommer langt oftere i saker som forlikes enn i saker som henvises. Som bemerket av Knoph side 28, er det imidlertid vanskelig å vite hva som er årsak og virkning her.

Selv om vurderingen av forliksmeklingen alt i alt må sies å være nokså moderat, er det av betydelig interesse at partene i liten grad mener at forliksrådsbehandlingen forsinket saken, se fig. 14 side 43. 46 % er helt uenig i dette, mens bare 17 % er helt eller delvis enig. Resultatet vurderer imidlertid forutsigelig med resultatet. Av de som fikk saken henvist, var 51 % helt eller delvis enig i utsagnet.

Det er også et klart mindretall i alle de tre respondentgrupper som ville foretrukket at saken gikk rett til tingrett, uten behandling i forliksrådet, se fig. 16 side 46. Hele 53 % av partene er helt uenige i dette utsagnet, og 8 % er delvis uenige. 29 % ville foretrukket at saken gikk til tingrett. Dette gjelder til tross for at de aller fleste partene (61 % i henhold til fig. 15) mener at det burde deltatt en kvalifisert jurist i forliksrådet. Vurderingen varierer med utfallet. Blant de som fikk saken forlikt, er det rimeligvis størst oppslutning om forliksrådsordningen, idet bare 4 % ville fortrukket at saken gikk direkte til tingrett, mens 81 % er helt og 7 % delvis uenig i dette. Selv blant de som fikk saken henvist, og som derfor objektivt sett må antas å ha fått lite igjen for behandlingen, er det imidlertid så mange som 47 % som sier seg helt eller delvis uenig i at saken burde gått for tingrett, mens 44 % er enig i utsagnet.

Knoph gir i punkt 6.3 følgende oppsummering av brukerundersøkelsen:

«Oppsummert tyder funnene fra brukerundersøkelsen på at meklingen oftest gjennomføres på en positiv måte. Partene får som regel tid og anledning til å legge fram sitt syn. Forliks-

rådets medlemmer kunne kanskje være mer aktive med egne løsningsforslag. Mange parter er misfornøyde med de begrunnelser forliksrådet gir i sine domsslutninger, og svært mange parter og prosessfullmektiger mener at forliksrådsbehandlingen forsinket saken. Selv om et mindretall mener at forliksrådsbehandlingen bidro til en tilfredsstillende løsning, er det relativt få som ville foretrukket at saken gikk rett til by- eller herredsrett. Det siste tyder på at forliksrådsbehandlingen har en berettigelse i brukernes øyne, selv om den langt fra alltid løser problemet.»

Utvalgets medlemmer har selv dannet seg et overveiende positivt inntrykk av forliksrådenes mekling. Som regel greier forliksrådet å etablere et godt klima for mekling, og partene får anledning til å legge frem sitt syn. Spesielt er erfaringene gode ved enkelte større forliksråd, hvor meklingsene er profesjonelt og effektivt utført. Mange av forlikene som inngås viser seg imidlertid å være i saker som ikke egentlig er omtvistet, men hvor betalingsmislighold skyldes manglende betalingsvne. Forliksrådet viste seg i disse sakene som et egnet forum for å få partene i tale og inngå avtaler om nedbetalingsordninger o.l. Utvalget kommer tilbake til betydningen av dette under behandlingen av inkassosakene nedenfor.

Også mange av de egentlige tvistesakene som ble behandlet, gjaldt små verdier og enkle saksforhold som det utvilsomt var hensiktsmessig å få løst på dette trinnet. Alt i alt mener utvalget derfor at tilbudet om mekling i forliksrådet bør opprettholdes som et første ledd i behandlingsskjeden for sivile saker.

Det bemerkes at utvalget ikke har vurdert ordningen med mekling i konfliktråd. Ordningen tar primært sikte å være et kriminalpolitisk virkemiddel særlig rettet inn mot unge lovbrøyttere som har gjort seg skyldige i mindre alvorlige straffbare forhold av typen skadeverk og andre personlige krenkelser. Utvalget er kjent med at enkelte konfliktråd også behandler en del sivile saker, men omfanget synes å være varierende. Utvalget har ikke grunnlag for å foreta noen nærmere sammenligning mellom konfliktrådet og forliksrådet som meklingsinstans.

#### 10.9.4.3 *Bør forliksmekling fortsatt være obligatorisk i noen saker?*

##### 10.9.4.3.1 *Innledning*

I dag er forutgående forliksmekling som hovedregel et vilkår for å bringe saken inn for tingrett. Det

er imidlertid en rekke, til dels vidtgående, unntak fra meklingsplikten. Det vises til redegjørelsen for den nåværende ordningen i II.10.2.2.

Problemstillingen er om saksøkeren bør ha valget mellom å bringe saken inn for forliksrådet eller direkte for tingretten. Det kan under ingen omstendighet innføres et krav om samtykke fra begge parter. Det er nødvendig å opprettholde adgangen til å avgjøre saken ved uteblivelsesdom – forfallsdom etter utvalgets forslag til ny terminologi – dersom saksøkte forholder seg passiv ved å ikke inngi tilsvaret eller møte frem. Dersom man fjerner saksøkerens mulighet til å få saken avgjort på denne måten, vil forliksrådsbehandling ikke fremstå som tilstrekkelig attraktivt.

#### 10.9.4.3.2 *Menneskerettslige krav*

Et tilbud om frivillig forliksmekling forut for rettsak reiser ingen problemer av hensyn til menneskerettskonvensjonene. Det kan reises spørsmål om et obligatorisk meklingsledd forut for ordinær domstolsbehandling blir et hinder for partenes tilgang til domstolene, «access to court», som etter Menneskerettsdomstolens praksis ligger implisitt i EMK artikkel 6(1), se blant annet Golder, Series A no. 18 para 26-36 og Airey, Series A no. 32 para 20-28. Allerede i Golder-saken ble det imidlertid akseptert at adgangen til domstolene kan begrenses så lenge det sentrale innholdet i rettigheten ikke hindres. Begrensningene må ivareta et legitimt formål, og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel. Se til dette også Karnov side 3061 – 3062 ved Erik Møse. Utvalget finner det klart at en ordning med obligatorisk forliksmekling av et omfang tilsvarende dagens forliksrådsordning, ikke krenker EMK. Vilkåret ivaretar et legitimt formål, og mange europeiske stater sliter med lang saksbehandlingstid og opphopning av saker i det ordinære domstolsapparatet. Det er derfor utstrakt enighet om at man bør prioritere etablering av alternativer til ordinær domsbehandling ved utenrettslig konfliktløsning som mekling. Behovet for dette ble klart dokumentert på et seminar om alternativ konfliktløsning (ADR) i Europarådets regi i november 1999. Forutsetningen er at den samlede behandlingstiden for saken frem til endelig dom ikke blir så lang at retten til avgjørelse innen rimelig tid i henhold til EMK artikkel 6(1) blir krenket. Med den saksbehandlingstid som er vanlig ved norske domstoler, kan utvalget ikke se at man er i faresonen på dette punkt. Man kan dessuten med enkle virkemidler begrense tidstap i forliksrådet ved å gi partene rett til å kreve meklingen avsluttet og saken henvist til retten der-

som saken ikke er ferdig behandlet innen en viss tid.

Utvalgets konklusjon er derfor at lovgiveren har handlefrihet i spørsmålet om plikten til forliksmekling bør videreføres.

#### 10.9.4.3.3 *Brukerundersøkelsen*

Selv om brukerundersøkelsen tilsier at tilbudet om mekling ved forliksrådet bør opprettholdes, kan utvalget ikke egentlig se at resultatene av undersøkelsen gir noen videre støtte til at forliksmekling skal være obligatorisk i noen saker. Svarene tyder heller på at dette ikke er så viktig. Både blant parter og fullmektiger synes bevisstheten om hvorvidt forliksrådsbehandling er obligatorisk eller ikke, å være forholdsvis lav (tabell 6). Partenes viktigste begrunnelse for å velge forliksrådsbehandling av tvister er ønsket om en rask og billig løsning. En viktig faktor er trolig at tingretten ikke oppfattes å ha noe tilgjengelig tilbud om behandling av tvister om småkrav. Det stemmer også godt med at ankefrekvensen er svært lav (tabell 17), og at partene oppgir prosessomkostningene som viktigste grunn til ikke å anke en dom de er misfornøyd med.

Det er derfor grunn til å tro at partene vil fortsette å velge forliksmekling der dette er hensiktsmessig.

#### 10.9.4.3.4 *Forholdet til forliksrådets domsmyndighet*

Spørsmålet om mekling i forliksrådet bør være obligatorisk i noen saker, kan ikke vurderes helt uavhengig av hvilken avgjørelsesmyndighet forliksrådet har dersom forlik ikke blir oppnådd.

Utvalget har allerede forutsatt at forliksrådet fortsatt skal ha adgang til å avsi dom dersom klagemotparten ikke tar til gjenmæle eller godtar påstanden i forliksklagen. Det er grunn til å tro at en saksøker som regner med at saken vil kunne avgjøres på denne måten, fortsatt vil se seg mest tjent med å bringe saken inn for forliksrådet. Dette vil fortsatt fremstå som den enkleste og billigste behandlingsmåten for kravet. Utvalget forutsetter at kravene til utforming av forliksklagen fremdeles vil være enklere enn kravene til stevningen.

Et annet viktig moment er adgangen til å opptre som prosessfullmektig for saksøkeren eller klageren. I dag har inkassobyråer adgang til å opptre som prosessfullmektig ved inngivelse av forliksklage etter tvistemålsloven § 277 annet ledd annet punktum, men ikke ved stevning til tingret-

ten etter de alminnelige regler i tvistemålsloven § 44 tredje ledd. Utvalget vil ikke foreslå noen endring på dette punkt. Reglene om representasjon vil derfor fortsatt bidra til å kanalisere det helt dominerende antall saker til forliksrådet. Hertil kommer at brukerundersøkelsen viser at møtefullmektigene er den gruppen som rapporterer om størst tilfredshet med forliksrådets behandling. I denne gruppen finner man blant annet inkassobyråenes representanter. Her var det hele 84 % som sa seg «helt uenig» i at saken heller burde gått direkte til tingrett (fig. 16).

#### 10.9.4.3.5 *Forholdet til rettsmekling og utenrettslig mekling etter tvisteloven*

Utvalget foreslår at dagens forsøksordning med rettsmekling ved tingrett og lagmannsrett innføres som permanent ordning. I tillegg har utvalget foreslått at det innføres et tilbud om utenrettslig mekling etter mønster av rettsmeklingsordningen. Det vises til drøftelsen i II.6 og II.7 og de nærmere regler i lovutkastet kapittel 6 og 7. Det oppstår derfor behov for en harmonisering mellom meklingstilbudene med sikte på å unngå overlapping og tids-spille. Det er liten grunn til å gjennomføre en forutgående forliksrådsbehandling i saker hvor det er hensiktsmessig å foreta rettsmekling i tingrett. Strukturutvalget foreslo av denne grunn et generelt unntak fra plikten til forliksrådsbehandling i saker hvor tvistegenstanden overstiger 8 G, som tilsvarer ca. kr 400 000.

Utvalget bemerker at rettsmekling har vist seg som en egnet behandlingsmåte i mange saker hvor verdien av tvistegenstanden er atskillig lavere enn kr 400 000, for eksempel i saker om mangler ved fast eiendom etter avhendingsloven. Det er på den annen side svært få av forliksrådets tvistesaker hvor tvistegenstanden er så høy som kr 400 000. En av årsakene til dette er nok at partene i så fall ofte er bistått av advokat, og at saksøkeren benytter adgangen til å unnlate forliksrådsbehandling etter tvistemålsloven § 274 nr. 1. Etter utvalgets oppfatning vil en alminnelig adgang til frivillig forliksrådsbehandling være best egnet til å sørge for harmonisering mellom ulike meklingsordninger, idet partene vil velge det konfliktløsningstilbud som passer for saken.

Å gi saksøkte rett til å kreve saken behandlet i forliksrådet etter at saksøkeren har tatt ut stevning for tingretten, anser utvalget som uaktuelt. En slik adgang har saksøkte ikke i dag i de saker hvor forliksrådsbehandling er frivillig. Muligheten for å oppnå noe ved forliksrådsbehandling i et slikt tilfelle, vil være svært liten.

#### 10.9.4.3.6 *Forholdet til småkravsprosess*

Hovedtyngden av forliksrådets saker gjelder tvister om verdier under kr 100.000, som dekkes av anvendelsesområdet for utvalgets forslag til småkravsprosess for tingretten. For utvalget fremstår det som helt avgjørende for spørsmålet om obligatorisk mekling bør opprettholdes, om denne løsningen bør velges for småkravssakene. Hvis ikke, gir det liten mening å gjøre mekling obligatorisk i andre saker.

Utvalget er blitt stående ved at de beste grunner taler for å la forliksrådsbehandling være frivillig i de sakene som omfattes av småkravsprosessen. Det etableres gjennom denne prosessordningen et tilbud om rask og kostnadseffektiv konfliktløsning ved tingretten. Også saker om små krav kan reise faktiske og rettslige spørsmål av en slik kompleksitet at det er liten grunn til å tro at saken vil kunne løses endelig i forliksrådet. Mange tvister om reklamasjon i forbrukerforhold er av denne karakter. Noe av begrunnelsen for opprettelsen av Forbrukertvistutvalget ved forbrukertvistloven (lov av 28. april 1978 nr. 18) i 1978 var nettopp at forliksrådene på grunn av manglende juridiske kvalifikasjoner, og den omstendighet at man som regel ikke har sakkyndige erklæringer å bygge på, er lite egnet til å behandle tvister i forbrukerkjøp. Det vises til II.10.7.4. En lignende begrunnelse er gitt for å etablere forsøksordningen med kommunalt husleietvistutvalg i den nye husleieloven (lov av 26. mars 1999 nr. 17), § 12-5. Forbrukerrådet har i forbindelse med tidligere reformer av forliksrådsordningen vært negativt til utvidelse av forliksrådernes kompetanse. Også i sin høringsuttalelse til Tvistemålsutvalget i forbindelse med den aktuelle reformen har Forbrukerrådet tilkjennegitt sterk skepsis til forliksrådernes forutsetninger for å behandle forbrukertvister på en forsvarlig måte.

Det kan riktignok innvendes at obligatorisk forliksrådsbehandling blir mindre betenkelig fra et forbrukersynspunkt dersom domskompetansen begrenses, for eksempel ved å kreve samtykke fra begge parter. Den vesentligste kritikken fra Forbrukerrådet retter seg mot domskompetansen. Betenkelighetene reduseres også ved at det blir enklere og billigere å bringe saken inn for de ordinære domstoler etter reglene for småkravsprosess. Likevel er tids- og kostnadsaspektet en kritisk faktor i saker om mindre krav, og også et vilkår om obligatorisk forliksrådsbehandling vil kunne bli en for høy terskel i saker av en karakter som tilsier at pådømmelse i tingrett etter reglene for småkravsprosess ville vært mest hensiktsmessig.

På den annen side er det mange mindre saker

som overveiende gjelder tvist om relativt oversiktlige faktiske forhold, og som ikke forutsetter komplisert rettsanvendelse. Utvalgets medlemmer observerte selv under sine besøk i forliksråd at mange av tvistesakene var av denne karakter.

Selv om forlikrådsbehandling gjøres valgfritt i saker om småkrav, er det grunn til å tro at mange fortsatt vil velge å bringe saken inn for forliksrådet først, fordi dette alt i alt fremstår som enklere og lettere tilgjengelig. Brukerundersøkelsen tyder på at mange parter vil kvie seg for å bringe saken inn for tingretten, og at de som selvprosederende vil føle seg tryggere i forliksrådet. Selv om ordningen med småkravprosess skulle bli vellykket, vil nok en slik tendens fortsatt gjøre seg gjeldende en god stund.

#### 10.9.4.3.7 Saker mellom næringsdrivende

NHO har i sin høringsuttalelse foreslått at unntaket fra meklingsplikten for saker mellom næringsdrivende, som man hadde inntil 1990, blir gjeninnført. Utvalget mener at et slikt generelt unntak ville være for vidtrekkende hvis meklingsplikten beholdes som hovedregel, men en alminnelig valgfrihet imøtekommer behovet for begrensninger som NHO har tatt til orde for.

#### 10.9.4.3.8 Forholdet til andre former for konfliktløsning

En frivillig adgang til forlikrådsbehandling gjør det etter utvalgets oppfatning enklere å tilpasse forlikrådsbehandling til andre tilbud om konfliktløsning, så som nemndsbehandling av reklamasjonstviser i forbrukerforhold, se redegjørelsen i II.11.3.1 om småkravprosess, mekling gjennom Forbrukerrådets klagesaksbehandling utenfor forbrukertvistlovens område, og konfliktrådsmekling. Dersom man skulle opprettholde et vilkår om mekling forut for saksanlegg, står det klart for utvalget at man måtte anse vilkåret oppfylt ved flere andre former for konfliktløsning enn forlikrådsmekling.

#### 10.9.4.3.9 Avlastning av domstolene

De eneste argumentene av betydning for å beholde obligatorisk forlikrådsbehandling i noen saker, må antas å være hensynet til avlastning av domstolene. Det er grunn til å tro at domstolenes saksmengde vil øke noe dersom forliksmekling blir frivillig. Utvalget regner imidlertid ikke med noen dramatisk økning. Det er allerede i dag mange unntak fra meklingsplikten, slik at denne er temmelig uthult. I de saker som i dag er omfattet av meklingsplik-

ten, er det grunn til å tro at mange fortsatt vil se seg best tjent med å bringe saken inn for forliksrådet først, eller at de vil forsøke en annen form for konfliktløsning så som konfliktråds- eller klagenemndsbehandling. Selv om man skulle opprettholde meklingsplikten, vil enhver sak kunne bringes videre inn for domstolene. Nettopp i de saker hvor saksøkeren ser seg best tjent med å springe over forliksrådet, er det en formodning for at saken allikevel ville havne i tingretten, slik at det bare blir spørsmål om en forsinkelse. Endelig er det en målsetning at tingrettene ved å tilby en tilgjengelig prosessordning for småkrav skal ha en øket mengde av slike saker. Dette er i samsvar med den hovedtanke som senest er uttrykt av regjeringen i Ot.prp. nr. 44 (2000-2001), at domstolene skal være samfunnets viktigste konfliktløser. Utvalget forutsetter at tingrettene etter den strukturreform som planlegges, vil fremstå som større og mer robuste enheter, som vil ha forutsetninger for å håndtere et større tilfang av saker med tilstrekkelig effektivitet. Det vises til II.25.

#### 10.9.4.3.10 Hensynet til effektiv mekling i forliksrådet

Hensynet til forlikrådernes mulighet for å drive effektiv mekling taler i seg selv for at meklingen gjøres frivillig. Forlikrådene vil da få et tilfang av saker hvor klageren har valgt denne behandlingsform, og hvor det må forutsettes at mulighetene for reell mekling er langt bedre enn om han var tvunget til dette. Erfaringen er at meklingen i mange saker i dag oppfattes som en ren formalitet. Dette bringer forliksmeklingen i miskreditt og oppleves som lite meningsfullt av forliksrådets medlemmer selv. Å få dreiet sakstilfanget mot saker som ligger bedre til rette for forlikrådsbehandling, vil gi en positiv tilbakekoplingseffekt ved at forlikrådernes resultater blir forbedret. Det vil styrke interessen for meklingsfunksjonen, virke inspirerende for medlemmene og stimulere til økt kompetanseoppbygging, samtidig som forliksrådet vil fremstå som mer attraktivt som meklingsforum.

#### 10.9.4.3.11 Oppsummering - utvalgets konklusjon

Utvalget er kommet til at mekling i forliksrådet ikke lenger bør opprettholdes som obligatorisk vilkår for saksanlegg ved tingrett i noen saker. Det stemmer best med hensynet til partsautonomi og alminnelige prinsipper for mekling at iallfall den som reiser saken, selv kan avgjøre om det har noe for seg å innkalle motparten til mekling i forliksrådet. Frivillighet vil være egnet til å styrke forliks-

rådets funksjon som meklingsorgan ved at det vil bidra til en sakssammensetning hvor det er større muligheter for å oppnå reelle resultater ved mekling. Frivillighet vil også gi den beste grenseflate mot andre konfliktløsningstilbud, og mot reglene om rettsmekling og småkravsprosess ved de ordinære domstolene. Forliksrådets sammensetning og behandlingsform medfører også begrensninger for hvilken type tvistesaker som er egnet til mekling i forliksrådet.

Utvalget kan ikke se at det er nødvendig av hensyn til arbeidsmengden ved tingretten å opprettholde et vilkår om tvungen mekling.

At meklingen gjøres frivillig, vil også gi et enklere regelverk, idet man ikke lenger har behov for alle unntakene som man nå har i tvistemålsloven § 274. Det vil fortsatt være behov for unntak fra forliksrådets meklingskompetanse som man nå har i tvistemålsloven § 273. Blant annet må det være et vilkår for forliksmekling at saken gjelder rettsforhold partene kan råde over ved avtale. Dette behandles nærmere i II.10.10.3.

## 10.9.5 Forliksrådets domskompetanse

### 10.9.5.1 Generelt om domskompetanse

Domstolenes hovedoppgave er å løse rettslige tvister, selv om domstolene også har andre oppgaver og funksjoner som det er redegjort for blant annet i II.2, II.3 og II.8.

Domskompetanse er myndighet til å avgjøre en rettsvist med bindende virkning for partene. Pådømmelse er en vesentlig annen måte å løse en konflikt på enn mekling. Ved mekling råder partene selv over konflikten, men får bistand av en utenforstående person til å løse den ved avtale seg imellom. Ved pådømmelse er det retten som i kraft av sin myndighet påtvinger partene sin avgjørelse av konflikten. Dette skjer ved hjelp av juridisk metode. Retten bestemmer løsningen av den enkelte tvist ved å anvende generelle rettsregler, skrevne eller uskrevne, på et saksforhold som opplyses for den gjennom bevisførsel. Selv om domstolene også tilbyr mekling, er dette ikke en eksklusiv dommeroppgave. Det er også andre egen-skaper enn de fagjuridiske som er avgjørende for å være en effektiv mekler. Pådømmelse av tvister er imidlertid domstolenes oppgave etter grunnloven. Grunnloven § 88 bestemmer at Høyesterett dømmer i siste instans. EMK artikkel 6(1) og den tilsvarende bestemmelse i SP artikkel 14(1) gir enhver rett til å få avgjort sine tvister om sivile krav ved en uavhengig domstol. Hvilke krav som følger av menneskerettskonvensjonene av spesiell

betydning for forliksrådet, behandles nedenfor i II.10.9.5.3.

### 10.9.5.2 Noen viktige hensyn

Generelle hensyn og prinsipper som skal ivaretas ved utføringen av domstolenes oppgaver er senest formulert av regjeringen i Ot.prp. nr. 44 (2000-2001), proposisjonen om den sentrale domstoladministrasjon mv. på grunnlag av Domstolskommissionens innstilling, i kapittel 5. Spørsmålet er også behandlet i St.meld. nr. 23 (2000-2001) kapittel 5 med spesiell adresse til førsteinstansdomstolene.

I proposisjonen fremheves i punkt 5.2 på side 41 – 42 demokratihensynet, hensynet til at domstolene og domstolsadministrasjonen er i harmoni med vår demokratiske statsform, og i punkt 5.3 på side 42 – 45 hensynet til domstolenes uavhengighet. Kravet til uavhengighet innebærer at domstolene som institusjoner skal være slik organisert at de kan utøve sin dømmende funksjon uten kontroll eller annen irregulær påvirkning fra de andre statsmaktene. Dessuten innebærer det at partene skal kunne stole på at dommeren vil avsi dommen uten bindinger til noen av partene eller andre som gjør at dommen bygger på annet enn sakens fakta og de rettsregler som rettsordenen anerkjenner.

Hensynet til rettsikkerhet i prosessen for domstolene er av særlig betydning for utforming av prosessreglene. Som bemerket i proposisjonen i punkt 5.4 side 45 har dette flere elementer, og noen av dem ligger allerede innbrakt i de hensyn som ble gjennomgått først. I tillegg fremheves følgende elementer som meget viktige hensyn:

- “ – Behandlingen av rettssaker i domstolene må skje innenfor rimelige tidsrammer. Nedkorting av saksbehandlingstiden har fått stor oppmerksomhet i norske domstoler i de senere år, og vi ligger nå blant de fremste domstoler i Europa i denne sammenheng. Opprettholdelse av korte saksbehandlingstider er fortsatt et viktig hensyn.
- Omkostningene ved å få sin sak behandlet ved domstolene er av avgjørende betydning for om folk flest har mulighet for å vinne frem med sin sak. Behandlingsgebyret til staten utgjør en svært liten del av totalomkostningene for partene. Den vesentligste del av omkostningene skriver seg fra advokatsalærer.
- Det er også naturlig å regne kvalitet som et rettsikkerhetskrav. Avgjørelsene må bære preg av faglig høy kvalitet, og nivået bør ikke variere sterkt mellom distrikter eller fra sak til sak. Domstolene bør også overfor



brukerne fremstå som en offentlig institusjon med en god service-holdning.

- Forutberegnelighet er et viktig element i rettssikkerhetsbegrepet. Like saker skal behandles likt, og avgjørelsene må være tilgjengelige for borgerne. I begrepet tilgjengelighet ligger både krav om fysisk tilgjengelighet og om at avgjørelsene er utformet slik at de forstås av folk flest.»

Regjeringen fremhever i punkt 5.5 hensynet til at domstolene må ha folks tillit. En kritisk sans hos folk flest er blitt mer utbredt, og massemedienes kritiske lys på enhver offentlig myndighet har også bidratt til utviklingen. Dermed er samfunnsinstitusjoner i større grad henvist til å søke autoritet og legitimitet for sin virksomhet ved aksept for at virksomheten holder faglig mål. Avslutningsvis heter det under dette punktet:

«Det som kanskje har størst betydning, er den måten den enkelte dommer leder saksforberedelse og hovedforhandling på, hvorledes avhør av parter og vitner gjennomføres eller ledes, hvordan dommeren kombinerer upartiskhet og engasjement for saken og hvordan dommen eller kjennelsen utformes. Av betydning er også dommerens forhold til pressen og måten dommeren representerer domstolen i ulike andre sammenhenger.»

Så lenge forlikrådet er en av de alminnelige domstoler, er det naturlig å vurdere domskompetansen med utgangspunkt i de krav som etter det som er sagt, må stilles til domstolens utøvelse av dømmende virksomhet. Uttalelsene i proposisjonen tar imidlertid sikte på de ordinære domstolene, og som utvalget har fremhevet i II.10.9.2.1, vil forlikrådet ikke kunne etterleve så strenge krav. Det som for utvalget blir en hovedproblemstilling, er i hvilken utstrekning det er forsvarlig, og i tilfelle hensiktsmessig, å legge domskompetanse i tvistesaker til et lekdommerorgan som forlikrådet.

En begrunnelse vil kunne søkes i den praktiske erfaring med forlikrådsordningen, som utvalget vil redegjøre nærmere nedenfor blant annet i tilknytning til de undersøkelser som er gjennomført. Det er også andre eksempler på at praktisk erfaring kan begrunne domstolsordninger som «på papiret» fremstår som prinsipielt problematiske. Dommerfullmektigordningen er et eksempel på dette.

Det kan også vises til forlikrådsordningens lange tradisjon som et demokratisk og folkelig innslag i rettspleien. Som sådan nyter forlikrådene ganske utstrakt tillit. Debatten i forbindelse med reformene i forlikrådsordningen i de siste 20 år illustrerer dette, selv om det også har fremkommet

atskillig kritikk mot sider ved ordningen. Historisk er det ikke vanskelig å se at forlikskommisjonene da de ble opprettet for vel 200 år siden, dekket et behov for å avhjelpe mangler ved prosessordningen ved de ordinære domstoler. Som lekmannsdomstol med sterk lokal forankring bidrar forlikrådet til å minske avstanden mellom domstolsvesenet og det rettsøkende publikum, og til å utbre kjennskapet til lov og rett blant folk flest. Folkeopplysningselementet hadde nok imidlertid større betydning i tidligere tider. Med informasjonsutvekslingen i moderne samfunn baserer folk sitt kjennskap til rettsnormene på andre kilder. Det er grunn til å tro at forlikrådets rolle i rettspleien er mindre tydelig for folk flest enn de øvrige domstoler.

Utvalget ser det slik at vekten av tradisjonshensynet blir begrenset i forbindelse med en slik generell reform av sivilprosessen som man nå skal foreta. Det er mer enn 100 år siden arbeidet med den forrige alminnelige sivilprosessreform ble påbegynt, og gode grunner tilsier at gjennomgripende endringer ikke foretas for ofte. Siktemålet må være å etablere en prosessordning som vil være et tjenlig redskap for flere generasjoner fremover. Dette tilsier at man stiller seg noe friere til etablerte institusjoner og strukturer enn ved slike delreformer som har vært foretatt flere ganger etter at tvistemålsloven trådte i kraft. Betydningen av den historiske tradisjon reduseres også i noen grad av at forlikrådsordningern er særpreget for Norge.

Det kan ikke bestrides at forlikrådene i vesentlig grad fungerer som buffer for den ordinære førsteinstans. En oppheving av forlikrådenes domskompetanse ville åpenbart måtte medføre en betydelig styrking av tingrettene. Dette ville være meget ressurskrevende, både på grunn av behovet for infrastruktur som rettsbygninger og nødvendig personale. Ikke minst er kvalifiserte dommere en ressurs det er knapphet på. Det kan hevdes at landets dommerstand allerede er stor nok, og at det er vanskelig å gjennomføre en større økning av antall dommere uten at dette går på bekostning av kvalitetskravene. Behovet for forsterkninger reduseres riktignok vesentlig dersom forslaget fra Betalingsinnfordringsutvalget om direkte innfordring av ubestridte krav gjennomføres, men også tvistesakene representerer et betydelig antall. Ser man bort fra de saker som henvises, gjenstår det ca 7.000-8.000 årlig som pådømmes eller forlikes i forlikrådet. Dette utgjør om lag 2/3 av tingrettens nåværende sakstilfang. Sakene må riktignok antas å være mindre omfattende og arbeidskrevende enn gjennomsnittet av de ordinære førsteinstanssakene i dag. De aller fleste vil ligge innenfor anvendelses-

området for utvalgets forslag til småkravsprosess. Selv innenfor rammen av en småkravsprosess vil imidlertid tingretten ha vanskelig for å utvikle en behandlingsskultur som gjør det mulig å avgjøre disse sakene like enkelt som i forliksrådet.

Utvalget drøfter disse avveiningsspørsmålene videre i II.10.9.5.7 etter å ha redegjort for menneskerettslige krav og erfaringer med forliksrådets dømmende virksomhet.

### 10.9.5.3 Menneskerettslige krav

#### 10.9.5.3.1 Innledning

EMK artikkel 6(1) og den tilsvarende bestemmelsen i SP artikkel 14(1) gir enhver krav på å få tvister om borgerlige rettigheter og plikter avgjort ved en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov. Utvalget har i II.4 redegjort generelt for hvilke krav bestemmelsen medfører for utformingen av sivilprosessen. Her behandles spesielt problemstillinger av betydning for forliksrådets domskompetanse.

Som nevnt i II.10.7.9, har ulike sider ved spørsmålet om forliksrådsordningens forhold til EMK vært satt på dagsorden de siste årene. Spesielt er det domskompetansen man har rettet søkelyset mot. Strukturutvalget uttalte i sin innstilling (NOU 1999: 22 side 31-32) som del av begrunnelsen for at forliksrådets domskompetanse burde begrenses, at det kunne reises spørsmål ved om forliksrådet som lekdommerorgan oppfylte kravet til domstol i EMK artikkel 6(1), og fant grunn til å tro at saksbehandlingen ikke alltid lever opp til de krav som menneskerettskonvensjonene stiller til rettferdig rettergang. Justisdepartementet har lagt til grunn at disse spørsmålene blir behandlet videre av Tvistemålsutvalget som ledd i utvalgets arbeid med en generell sivilprosessreform som også omfatter forliksrådsbehandlingen.

#### 10.9.5.3.2 «Uavhengig og upartisk domstol»

Menneskerettsdomstolen (EMD) har i flere avgjørelser fastslått at konvensjonens domstolsbegrep, «tribunal» i den engelske originalteksten, er materielt og konvensjonsautonomt. Det samme gjelder begrepet «court» i artikkel 5(4). I dette ligger at det ikke er avgjørende hvilken formell posisjon organet har etter nasjonal rett, se blant annet saken X mot Storbritannia, Series A no. 46 para 53, Campbell og Fell, Series A no. 80 para 76, Lithgow, Series A no. 102, para 201 og Gustafson, Reports 1997-IV side 1149. I den sistnevnte avgjørelsen hvor

den svenske Brottskadenemnden ble godkjent som domstol, heter det i para 45:

«45. The Court recalls that for the purposes of Article 6 para. 1 (art. 6-1) a tribunal need not be a court of law integrated within the standard judicial machinery. It may, like the Board at issue, be set up to deal with a specific subject matter which can be appropriately administered outside the ordinary court system. What is important to ensure compliance with Article 6 para. 1 (art. 6-1) are the guarantees, both substantive and procedural, which are in place (see the Lithgow and Others v. the United Kingdom judgment of 8 July 1986, Series A no. 102, pp. 72-73, para. 201).»

Hvilke materielle krav som nærmere bestemt må stilles for at organet skal være en domstol, er presisert blant annet i Sramek, Series A no. 84 para 36:

«36. Under Austrian law, the Regional Authority is not classified as one of the courts of the respondent State. For the purposes of Article 6 (art. 6), however, it comes within the concept of a «tribunal» in the substantive sense of this expression: its function is to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner (see paragraph 71 of the Commission's report and, mutatis mutandis, the Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, p. 39, para. 76).»

Med dette har man vel fått presisert hva EMD i enkelte tidlige avgjørelser har ment med at organet «must possess a judicial character» eller liknende uttalelser, som i Neumeister, Series A no. 8 para 24.

EMK artikkel 6(1) stiller krav om at domstolen må være uavhengig og upartisk. Uavhengighet ville nok uansett bli ansett som en nødvendig egenskap for en domstol. Slik er domstolsbegrepet i artikkel 5(4) tolket, hvor det ikke er noe uttrykkelig krav om uavhengighet, se bl.a. den ovennevnte sak X mot Storbritannia, hvor uavhengighet i forhold til den utøvende makt og partene i saken fremheves som den viktigste felles egenskap ved domstoler i konvensjonens forstand. EMD har fortolket uavhengighetsvilkåret i en rekke av sine avgjørelser. Det fremgår at avgjørelsen beror på en samlet vurdering, hvor det særlig legges vekt på hvordan medlemmene utnevnes, funksjonstiden, garantier mot ytre press bl.a. i form av sikkerhet mot å bli fjernet fra stillingen, og hvorvidt organet fremtrer som uavhengig. Det vises særlig til Campbell og Fell, Series A no. 80 para 78.

Menneskerettsdomstolen har ikke uttrykkelig drøftet spørsmålet om et rent lekdommerorgan vil tilfredsstillende kravene til en domstol. Det er imidlertid lite som tyder på at medlemmenes formelle kvalifikasjoner tillegges avgjørende vekt. Det er organets oppgaver og funksjonsmåte, at det avgjør saker innenfor sin kompetanse på grunnlag av rettsregler og i henhold til en foreskrevet prosedyre, og dets uavhengighet i forhold til partene og den utøvende makt som er de viktigste kriteriene.

I praksis har EMD godtatt som domstoler mange organer som er nokså langt fra hva vi ville finne det naturlig å karakterisere som domstoler. Det gjelder for eksempel disiplinærorganer for leger og advokater, se *Le Compte, Van Leuven og De Meyere*, Series A no. 43 og *H mot Belgia*, Series A no. 127.

De engelske «Prison Boards of Visitors» ble i *Campbell og Fell* godkjent som uavhengige domstoler. Organet behandlet blant annet illeggelse av disiplinærstraff for innsatte i fengsler, som den aktuelle saken gjaldt. EMD uttalte som en saksopplysning at ingen av medlemmene nødvendigvis måtte være jurister, uten at man synes å ha lagt vekt på dette.

#### 10.9.5.3.3 *Er dagens forliksråd «uavhengige domstoler»?*

Forliksrådenes typisk dømmende oppgaver, saksbehandlingsreglene og reglene om medlemmenes utnevning og funksjonstid mv. i domstoloven, tilsier etter utvalgets oppfatning at dagens forliksråd må aksepteres som uavhengige domstoler etter EMK artikkel 6(1). Kravet til upartiskhet går mer på habiliteten i den enkelte sak. På grunn av forliksrådets sterke forankring i kommunen, kan det reises spørsmål om tilknytningen kan bli for sterk i saker hvor kommunen er part, og om kombinasjonen av verv som sekretær for forliksrådet og partsrepresentant. Dette er imidlertid problemer som kan avhjelpest ved utformingen av saksbehandlingsreglene. Det vises til lovutkastet § 8-7(3) (a) og § 8-11(2) (b).

#### 10.9.5.3.4 «Rettferdig rettergang»

I kravet til rettferdig rettergang, «fair hearing», ligger etter praksis ved EMD blant annet at saksbehandlingen skal være kontradiktorisk og forsvarlig, og dessuten et krav om prosessuell likebehandling av partene («equality of arms»). For øvrig følger det allerede av vilkårene for å kvalifisere organet som domstol etter fremstillingen i forrige avsnitt, at det må treffe sine avgjørelser etter en fore-

skrevet behandlingsmåte på grunnlag av rettsregler («rules of law»).

Den europeiske menneskerettsdomstolen har i flere avgjørelser fastslått at retten til rettferdig rettergang også innebærer at avgjørelsen må gis en fyldestgjørende begrunnelse. Hva dette innebærer, er nærmere gjennomgått i utvalgets drøftelse av rettslige avgjørelser i II.21 med henvisninger til praksis. Sammenfatningsvis kan det sies at man ikke krever at domstolen skal gi et detaljert svar på ethvert argument, men det må iallfall fremgå hvordan bestemte anførsler fra parten er vurdert. Med hensyn til struktur og innhold i domsgrunnene har statene et betydelig spillerom for skjønn.

Utvalgets undersøkelse av forliksrådenes dommer viser at et betydelig antall av avgjørelsene ikke tilfredsstiller de minimumskravene til begrunnelse som kan utledes av EMK artikkel 6(1). Det vises til II.10.9.5.4 nedenfor.

#### 10.9.5.3.5 *Mulighetene for å reparere eventuelle krenkelser*

Menneskerettskonvensjonene bygger på det prinsipp at eventuelle krenkelser av konvensjonen såvidt mulig skal avhjelpest av nasjonalstatene selv, slik at det ikke blir nødvendig å involvere håndhevsorganene på internasjonalt nivå. EMK artikkel 13 bestemmer derfor at enhver skal ha en effektiv prøvingsrett for krenkelser av konvensjonen ved en nasjonal myndighet. Det følger av EMK artikkel 35(1) at alle nasjonale rettsmidler må uttømmes før saken bringes inn for Menneskerettsdomstolen. Hvis krenkelsen blir reparert nasjonalt, har vedkommende ikke lenger offerstatus etter artikkel 34, og en eventuell klage vil bli avvist.

I og med at en part som mener seg utsatt for en konvensjonsstridig behandling ved forliksrådet, vil ha adgang til å bringe saken inn for de alminnelige domstoler, er det grunn til å tro at en eventuell krenkelse vil bli reparert ved den videre behandling på nasjonalt nivå. EMD har for øvrig i flere avgjørelser lagt til grunn at vilkårene i EMK artikkel 6(1) ikke nødvendigvis må oppfylles for alle ledd i behandlingsskjeden for et krav. Et klart uttrykk for dette standpunktet finnes i *Helle, Reports 1997-VIII side 2930 para 46*:

«The Court recalls in this regard that, according to its settled case-law, a violation of Article 6 § 1 of the Convention cannot be grounded on the alleged lack of independence or impartiality of a decision-making tribunal or the breach of an essential procedural guarantee by that tribunal if the decision taken was subject to subsequent

control by a judicial body that has full jurisdiction and ensures respect for the guarantees laid down in that provision (see, for example, the *British-American Tobacco Company Ltd v. the Netherlands* judgment of 20 November 1995, Series A no. 331, pp. 25-26, § 78; and, most recently, the *De Haan v. the Netherlands* judgment of 26 August 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, p. 1393, § 52). «

I tillegg til dommene det er henvist til i avgjørelsen kan det vises til en rekke andre, som *Le Compte, Van Leuven og De Meyere*, Series A no. 43 para 50-51, *Albert og Le Compte*, Series A no. 58 para 29, *Ortenberg*, Series A no. 295 B para 31, *Fischer*, Series A no. 312 para 28 og *Bryan*, Series A no. 335-A para 40.

En nærliggende slutning vil være at EMK ikke krever oppfyllelse av artikkel 6(1) for et førsteinstansorgan som forliksrådet fordi avgjørelsene er undergitt full overprøving ved ordinære domstoler som oppfyller konvensjonens krav. I så fall er det ikke nødvendig å begrunne manglende krenkelse i synspunktet om utnyttelse av nasjonale rettsmidler. Det er imidlertid tvilsomt om standpunktet får anvendelse på forliksrådet. I andre avgjørelser har unntaket forgive vært påberopt fra statenes side, idet EMD har krevet artikkel 6(1) oppfylt også i førsteinstansbehandlingen.

En særlig grundig drøftelse av problemstillingen finnes i *De Cubber*, Series A no. 86 para 31-33. Saken, som var mot Belgia, gjaldt i korthet spørsmål om artikkel 6(1) var krenket i en straffesak der undersøkelsesdommeren i saken senere deltok som dommer under pådømmelsen i første instans. EMD konkluderte med krenkelse fordi domstolen ikke hadde vært uavhengig og upartisk. Spørsmålet var dernest om dette var reparert ved ankebehandlingen, som *De Cubber* ikke hadde noe å innvende mot. Dette ble besvart benektende, idet EMD i denne saken krevet at artikkel 6(1) måtte oppfylles også ved førsteinstansbehandlingen med følgende bærende begrunnelse:

«Article 6 para. 1 (art. 6-1) concerns primarily courts of first instance; it does not require the existence of courts of further instance. It is true that its fundamental guarantees, including impartiality, must also be provided by any courts of appeal or courts of cassation which a Contracting State may have chosen to set up (see the above-mentioned *Delcourt* judgment, Series A no. 11, p. 14 in fine, and, as the most recent authority, the *Sutter* judgment of 22 February 1984, Series A no. 74, p. 13, para. 28). However, even when this is the case it does not follow that the lower courts do not have to

provide the required guarantees. Such a result would be at variance with the intention underlying the creation of several levels of courts, namely to reinforce the protection afforded to litigants. Furthermore, the case-law relied on by the Government has to be viewed in its proper context. The judgments of 23 June 1981, 10 February 1983 and 21 February 1984 concerned litigation which was classified by the domestic law of the respondent State not as civil or criminal but as disciplinary (Series A no. 43, p. 9, para. 11) or administrative (Series A no. 73, pp. 10-14, paras. 17-33); these judgments related to bodies which, within the national system, were not regarded as courts of the classic kind, for the reason that they were not integrated within the standard judicial machinery of the country. The Court would not have held Article 6 para. 1 (art. 6-1) applicable had it not been for the «autonomy» of the concepts of «civil rights and obligations» and «criminal charge». In the present case, on the other hand, what was involved was a trial which not only the Convention but also Belgian law classified as criminal; the *Oude-naarde* criminal court was neither an administrative or professional authority, nor a jurisdictional organ of a professional association (see the above-mentioned judgments, Series A no. 43, p. 23, para. 51, Series A no. 58, p. 16, para. 29, and Series A no. 73, pp. 21-22, para. 56), but a proper court in both the formal and the substantive meaning of the term (Decisions and Reports, no. 15, p. 78, paras. 59-60, and p. 87: opinion of the Commission and decision of the Committee of Ministers on application no. 7360/76, *Zand v. Austria*). The reasoning adopted in the three above-mentioned judgments, to which should be added the *Campbell and Fell* judgment of 28 June 1984 (Series A no. 80, pp. 34-39, paras. 67-73 and 76), cannot justify reducing the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1) in its traditional and natural sphere of application. A restrictive interpretation of this kind would not be consonant with the object and purpose of Article 6 para. 1 (art. 6-1) (see paragraph 30 in fine above).

At the hearings, the Commission's Delegate and the applicant's lawyer raised a further question, concerning not the applicability of Article 6 para. 1 (art. 6-1) but rather its application to the particular facts: had not «the subsequent intervention» of the Ghent Court of Appeal «made good the wrong» or «purged» the first-instance proceedings of the «defect» that vitiated them? The Court considers it appropriate to answer this point although the Government themselves did not raise the issue in such terms. The possibility certainly exists that a higher or the highest court might, in some circumstances, make reparation for an initial violation of

one of the Convention's provisions: this is precisely the reason for the existence of the rule of exhaustion of domestic remedies, contained in Article 26 (art. 26) (see the Guzzardi and the Van Oosterwijck judgments of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 27, para. 72, and Series A no. 40, p. 17, para. 34). Thus, the Adolf judgment of 26 March 1982 noted that the Austrian Supreme Court had «cleared... of any finding of guilt» an applicant in respect of whom a District Court had not respected the principle of presumption of innocence laid down by Article 6 para. 2 (art. 6-2) (Series A no. 49, pp. 17-19, paras. 38-41). The circumstances of the present case, however, were different. The particular defect in question did not bear solely upon the conduct of the first-instance proceedings: its source being the very composition of the Oude-naarde criminal court, the defect involved matters of internal organisation and the Court of Appeal did not cure that defect since it did not quash on that ground the judgment of 29 June 1979 in its entirety.»

Synspunktene fra De Cubber i 1984 er fulgt opp i senere saker, blant annet i rekken av dommer i de engelske krigsrettssakene hvorav den første var Findlay, Reports 1997-I no. 30.

Dommene tilsier etter utvalgets oppfatning at domstolsbetegnelsen forplikter. Når man befinner seg på kjerneområdet for dømmende virksomhet i artikkel 6(1), løsning av privatrettslige tvister og pådømmelse av straffesaker, har partene krav på en behandling ved den domstol som stilles til rådighet som den ordinære førsteinstans som fullt ut må oppfylle kravene i artikkel 6(1). Vesentlige svikt på dette punkt vil neppe kunne rettes opp ved ankebehandling.

Utenfor kjerneområdet for den dømmende virksomhet har man disiplinærorganer og administrative organer med et mer eller mindre judisielt preg hvor en nokså vid tolkning fra EMD av «civil rights and obligations» og «tribunal» fanger opp organer utenfor statens domstolshierarki. På dette området er imidlertid ikke staten forpliktet til å organisere avgjørelsesmyndigheten i førstelinje på en måte som fullt ut oppfyller konvensjonens krav. Her er det avgjørende om partene har rett til etterfølgende overprøving av en domstol med tilstrekkelig bred kompetanse til å prøve faktum og jus. For våre forhold kan man sammenligne med systemet for behandling av forvaltningsklager. Det er ikke i strid med EMK at behandlingen ved overordnet forvaltningsorgan ikke tilfredsstillende artikkel 6(1) så lenge det er adgang til etterfølgende domstolskontroll.

Forlikrådene har etter de utvidelser av råde-

nes kompetanse som senest ble foretatt i 1993, fått preg av å være førsteinstansdomstoler for avgjørelse av sivile krav. De betegnes som domstoler og inngår i statens ordinære domstolshierarki. Dette leder etter utvalgets oppfatning til at behandlingen allerede ved forlikrådet må oppfylle artikkel 6(1). Forlikrådet kan ikke skyte seg inn under privilegiet for disiplinærorganer og administrative organer. Det er synspunktene i De Cubber og Findlay som kommer til anvendelse her, ikke Helle mfl.

Neste spørsmål er da om de feil som begås under forlikrådsbehandlingen er av den art som kan avhjelpes ved anke, eller om krenkelsen er uopprettelig. Dette må anses å være tvilsomt. Av De Cubber para 33 synes det motsetningsvis å kunne utledes at feil som bare relaterer seg til behandlingen av den enkelte sak («bear solely upon the conduct of the first-instance proceedings») kan repareres. Annerledes med strukturelle feil om hvilke det kan sies at «its source being the very composition of the...court» og hvor «...the defect involved matters of internal organisation and the Court of Appeal did not cure that defect since it did not quash on that ground the judgment of 29 June 1979 in its entirety.» Det kan videre vises til De Haan, Reports 1997-IV para 54, der det heter:

«However, the possibility exists that a higher or the highest tribunal may, in some circumstances, make reparation for an initial violation of one of the Convention's provisions (see the De Cubber v. Belgium judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 19, § 33). The Central Appeals Tribunal had the power to quash the decision appealed against on the ground that the composition of the Appeals Tribunal had not been such as to guarantee its impartiality and to refer the case back to the Appeals Tribunal for rehearing if necessary (see paragraphs 36 and 37 above). However, it declined to do so and, as a consequence, did not cure the failing in question.»

Mangelfull begrunnelse og andre brudd på retten til «fair trial» i enkelttilfelle vil typisk høre til den type mangler som etter det som er sagt vil kunne avhjelpes etter anke. Det kan imidlertid hevdes at et lekmannsorgan uten nevneverdig opplæring eller kvalifikasjonskrav til medlemmene ikke er i stand til å forvalte et komplisert prosessuelt regelverk og avgjøre og begrunne saker forsvarlig på grunnlag av rettsregler. Det dreier seg derfor i bunn og grunn om en strukturell feil som består i et gap mellom forlikrådenes formelle kompetanse og reelle kvalifikasjoner som regelmessig må lede til at artikkel 6(1) krenkes i et betydelig antall enkeltsaker. Selv

om krenkelsen kan avhjelpes ved anke, er det uheldig at en part skal være tvunget til et slikt skritt for å unngå å bli bundet av en avgjørelse som ikke oppfyller kravene til rettferdig rettergang.

Hvilke slutninger som videre bør trekkes av dette, behandler utvalget nedenfor, etter at de praktiske erfaringene med forlikrådsordningen er gjennomgått.

#### 10.9.5.4 Utvalgets undersøkelser av forlikrådenes domsmyndighet

Alstad og Lyngstads Domsundersøkelse har særlig hatt som siktemål å undersøke i hvilken utstrekning forlikrådenes avgjørelser tilfredsstillende formelle minstekrav til dommer. Det heter i innledningen i rapportens kapittel 1:

«Siktemålet med undersøkelsen er å skaffe et empirisk grunnlag til bruk for å vurdere om forlikrådenes dommer avsagt i saker etter for-gjeves meglings fyller de formelle krav etter tvistemålsloven §§ 144-146. Det er særlig viktig å undersøke i hvilken utstrekning dommene er begrunnet, og i så fall om begrunnelsen er egnet til å gi partene og andre en forklaring på resultatet. Krav til begrunnelsen kan også utledes fra Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1. Etter praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol må avgjørelsen blant annet fremtre som uttrykk for en rettsanvendelse for at den skal anses basert på en juridisk prosess. Dette er et av flere kriterier som må være oppfylt for å tilfredsstillende kravet til forsvarlig rettergang i artikkel 6 nr. 1.

Undersøkelsen tar imidlertid ikke sikte på noen kritisk fagjuridisk sensur av rettsanvendelsen. Det inngår heller ikke i undersøkelsen å vurdere de gjeldende regler for forlikrådet med sikte på eventuelle endringer.»

Undersøkelsen omfatter et representativt utvalg på 337 dommer fra 48 forlikråd fra hele landet. Om kriteriene for utvelgelse vises til rapporten side 8.

Av tabell 12 fremgår at 15 % av de undersøkte dommene overhodet ikke inneholder noen begrunnelse, 54 % inneholder en begrunnelse, mens 31 % er delvis begrunnet. Terskelen har ikke vært høy, slik at også dommer med temmelig knappe og utilfredsstillende begrunnelser er registrert i «delvis»-gruppen. Tabell 12 inneholder ikke noen vurdering av begrunnelsenes egnethet til å forklare resultatet. Dette er undersøkt i kapittel 8 med resultatene presentert i tabell 13. Utgangspunktet for bedømmelsen har vært de minimumskrav man mener å kunne utlede av EMK artikkel 6(1) etter det som

er sagt ovenfor. Undersøkelsens konklusjon er at 34 % av dommene oppfyller kravet, 44 % gjør det delvis, en gruppe med et nokså stort spenn, mens 21 % av dommene overhodet ikke gjør det. I den sistnevnte gruppen inngår de dommene som overhodet ikke er begrunnet, slik at det i tillegg kommer noen dommer bedømt som delvis begrunnet i tabell 12, men hvor begrunnelsen ikke bidrar til å forklare resultatet. Hvilke kriterier som ligger til grunn for bedømmelsen, er beskrevet på side 22 – 25 i rapporten.

I kapittel 13 om gruppeforskjeller fremkommer det at det er systematiske forskjeller mellom store og små forlikråd. Dommene fra store forlikråd er sjeldnere helt ubegrunnet, og begrunnelsene er bedre. Det vises spesielt til tabell 23-27. Av de største forlikrådene som har vært omfattet av undersøkelsen, er for eksempel bare 5 % av dommene helt ubegrunnet, mens hele 70 % inneholder en begrunnelse som oppfyller kravene i EMK artikkel 6(1) og tvistemålsloven § 144.

I oppsummeringen av undersøkelsens konklusjoner i kapittel 14 gir Alstad og Lyngstad uttrykk for at det er store mangler på de punktene som går på det materielle innholdet i dommen, dvs. først og fremst begrunnelsens kvalitet, men også fremstillingen av sakens gjenstand og partenes påstand og anførsler. Bare i ca. 1/3 av sakene var begrunnelsen fullt ut egnet til å forklare resultatet og kan anses å fylle kravene som utledes av EMK, mens 1/5 av dommene var særdeles mangelfulle på dette punktet. Ca. 1 av 6 dommer hadde store mangler på de øvrige materielle punktene. Resultatene er imidlertid langt bedre med hensyn til fremstilling av sakens gjenstand, ved at det i 6 av 10 saker er fullt ut tilfredsstillende opplyst hva saken gjelder.

Inntrykket fra domsundersøkelsen stemmer etter utvalgets oppfatning ganske godt med Knophs Brukerundersøkelse. Her svarer 40 % at det slett ikke ble gitt en skikkelig begrunnelse for dommen, mens 21 % mener at det absolutt ble gitt en skikkelig begrunnelse, se tabell 14 og fig. 10. Partene vurderer imidlertid dommene atskillig mer kritisk enn fullmektigene. Det er verd å merke seg at 34 % oppgir 4 eller 5 på spørsmålet om det ble gitt en skikkelig begrunnelse. Dette er nøyaktig samme prosentandel som i domsundersøkelsen er ansett å være tilfredsstillende med hensyn til å forklare resultatet. I og med at det er samme materiale som inngår i begge undersøkelsene, kan man konstatere at det iallfall gjennomsnittlig sett er godt samsvar mellom partenes og ekspertenes oppfatning av hva som er en adekvat begrunnelse. For partenes del er det imidlertid grunn til å understreke gjennomsnitt, fordi bedømmelsen varierer

med om man fikk medhold eller ikke, se brukerundersøkelsen side 36.

Utvalgets eget inntrykk fra gjennomgang av en del forliksrådsdommer bekrefter det inntrykk undersøkelsen gir. En del dommer er helt uten begrunnelse og inneholder bare domskonklusjonen, slik forliksrådsdommen i saken som Strukturutvalget refererte til i sin innstilling, jf. II.10.7.9 ovenfor. I andre tilfelle er begrunnelsen såvidt knapp og fragmentarisk at det er jevngodt med intet. Det er imidlertid også flere eksempler på at forliksråd, uten jurist blant medlemmene, gir fullt ut adekvate begrunnelser for sine avgjørelser.

#### 10.9.5.5 Øvrige opplysninger om forliksrådets domsmyndighet

Utvalget har under sitt arbeid mottatt atskillig informasjon om og synspunkter på forliksrådenes domsmyndighet i tillegg til det som er fremkommet gjennom undersøkelsene og utvalgsmedlemmenes besøk av forliksråd. På utvalgets seminar om forliksrådsordningen og småkravsprosess i april 2000 ble det av flere deltakere gitt uttrykk for negative erfaringer med forliksrådenes dømmende virksomhet. Dette gjaldt blant annet representanter for Juss-Buss, Forbrukerrådet og NHO.

Forbrukerrådet og NHO har også i egne høringsuttalelser senere tatt opp forliksrådsordningen. Begge går inn for at forliksrådets domsmyndighet i tvistesaker bør oppheves. Begrunnelsene er langt på vei sammenfallende. NHO fremhever således at risikoen for materielt uriktige dommer er betydelig når forliksrådet ikke besitter formell juridisk kompetanse, og at dette har vist seg å være et problem under dagens ordning, kanskje særlig i saker av liten verdi, hvor de økonomiske hindre for anke til byrett er et problem.

Forbrukerrådet peker på at erfaringene, basert på tilbakemeldingene fra de 19 fylkeskontorene som driver klagesaksbehandling, er negative. Det pekes på at forliksrådene i stor grad mangler tilstrekkelig faglig bakgrunn til å fungere objektivt, og at de ser ut til å mangle kunnskap om grunnleggende prosessuelle og materielle regler. Forliksrådenes praksis, også ved domsavsigelser, ser ut til å være preget av vilkårlighet, uten innsikt i grunnleggende forbrukerrettslige regler. Man risikerer derfor at det avsie dommer i strid med preseptoriske regler til beskyttelse av forbrukeren.

Utvalget viser for øvrig til redegjørelsen i II.10.7 om tidligere synspunkter på forliksrådenes dømmende virksomhet.

#### 10.9.5.6 Særlig om ikke omtvistete krav

Redegjørelsen for statistikk i II.10.4 viser at mer enn  $\frac{3}{4}$  av de sakene forliksrådet behandler, etter alt å dømme gjelder pengekrav som ikke er omtvistet. Etter gjeldende rett er det imidlertid som hovedregel nødvendig med dom for å fullbyrde kravet ved namsmyndighetene. De aller fleste av sakene avgjøres ved uteblivelsesdom fordi klagemotparten ikke inngir tilsvarende. Både 1998 og 1999 utgjør uteblivelsesdommene ved  $\frac{2}{3}$  av forliksrådets samlede avgjørelser.

Som nevnt i II.10.5.2 har Betalingsinnfordringsutvalget i NOU 1992: 35 fremmet forslag om at det blir innført en ordning med direkte innfordring av ubestridte krav ved namsmyndighetene. Både Reinskou-utredningen (se II.10.5.3) og Strukturutvalget (II.10.5.5) har anbefalt at denne reformen gjennomføres. I så fall vil det føre til en meget betydelig reduksjon av forliksrådenes sakstilfang.

Etter det som ble opplyst fra Justisdepartementet ved utvalgets seminar om forliksrådsbehandling og småkravsprosess i Oslo i april 1999, er det i hovedsak hensynet til finansieringen av forliksrådene som er årsak til at Betalingsinnfordringsutvalgets forslag ikke er blitt behandlet videre i Justisdepartementet. Forliksrådene er kommunalt finansiert, og finansieringen skjer ved rettsgebyrene. Hvis gebyrinntektene reduseres vesentlig, vil de måtte kompenseres på annen måte. I praksis vil denne reformen bli behandlet videre i sammenheng med organiseringen av rettspleien på grunnplanet, spesielt spørsmålet om statlig overtakelse av det administrative ansvaret for forliksrådene.

Twistemålsutvalget har for sin del ikke funnet grunn til å foreta noen selvstendig utredning av spørsmålet om det er grunn til å gjennomføre en ordning med direkte inndrivelse som Betalingsinnfordringsutvalget har foreslått, og går heller ikke inn på detaljer i dette utvalgets lovforslag. Twistemålsutvalget tar sikte på å utforme regler som fremmer effektiv og forsvarlig domstolsbehandling også av disse sakene. At det hersker en viss usikkerhet om den fremtidige organiseringen, representerer i og for seg ikke noe problem for regelutforming. Uansett om det blir innført en ordning med direkte innfordring, vil mange av sakene fortsatt starte som vanlige sivile saker, og det vil først etter klagemotpartens reaksjon, eller mangel på sådan, bli avklart om kravet blir bestridt eller ikke. Det er behov for regler som på en enkel måte og på et tidlig stadium skiller inkassosakene fra de reelle tvistesakene og styrer dem inn mot behandlingssporet for tvangsfullbyrdelse.

Etter utvalgets oppfatning er det, som tidligere

forutsatt, klart at man fortsatt bør supplere meklingstilbudet med en adgang til å få saken bindende avgjort i forlikrådet i de tilfellene klagemotparten ikke tar til gjenmæle eller godtar påstanden. Forlikrådet bør derfor fortsatt ha domskompetanse i slike saker.

Det er mulig å forenkle reglene om domsavsigelse ved manglende tilsvar eller når klagemotparten godtar påstanden i klagen uten å kreve innkalt til mekling. Utvalget foreslår at avgjørelsen i disse tilfellene skal kunne treffes av forlikrådets leder uten at det er nødvendig å innkalle til møte. Disse sakene kan derfor behandles kontinuerlig. Det vises til den nærmere utformingen av saksbehandlingsreglene i II.10.10.9.

Hvorvidt man etter en forenkling av behandlingsreglene for forlikrådet, fortsatt mener at det er behov for å innføre en ordning med direkte inndrivelse, blir etter utvalgets oppfatning et hensiktsmessighetsspørsmål hvor svaret bør ses i sammenheng med hvilke oppgaver forlikrådet ellers skal ha. Det kan riktignok hevdes at domstolenes hovedoppgave er å avgjøre tvister, ikke å drive med inkasso av ubestridte krav. På den annen side er forlikrådet som utvalget flere ganger har fremhevet, ikke noen typisk domstol, og en slutning fra hva som er typiske dommeroppgaver har derfor begrenset interesse. Land som Sverige og Tyskland, som har ordninger med direkte inndrivelse som har inspirert forslaget fra Betalingsinnfordringsutvalget, har ikke noen forlikrådsordning. Alternativet i disse landene ville derfor vært at de ordinære domstolene i første instans måtte utføre oppgaven. Stilt overfor et slikt alternativ, ville det klarligvis være å foretrekke å innføre direkte inndrivelse også hos oss. Om man beholder forlikråd med domskompetanse, kan det på den annen side vise seg mest hensiktsmessig fortsatt å benytte forlikrådsbehandlingen til å skille inkassosakene fra tvistesakene og forsyne de førstnevnte med tvangsgrunnlag. En ordning med forfallsdom på grunnlag av manglende tilsvar eller godkjent påstand, behøver ikke være vesentlig mer tungvint å administrere enn et system med betalingsforelegg eller liknende. Dersom det i tillegg skjer en administrativ samordning av forlikrådene og namsmyndighetene, for eksempel ved at både sekretariatet for forlikrådet og namsmannsfunksjonen legges til et nytt uavhengig statlig organ for rettspleien på grunnplanet på regionalt nivå, ville det fremme en ytterligere forenkling og rasjonalisering av saksbehandling og rutiner.

Gjennom sitt arbeid med forlikrådsordningen har utvalget erfart at mange av meklingene og forlikene skjer i saker som ikke egentlig er omtvistet.

Klagemotparten kan ha bestridt kravet på grunn av manglende betalingsevne, eller han har krysset av på skjemaet for tilsvar i feltet for at han ønsker innkalt til mekling selv om han erkjenner kravet. Det ble etablert et uttrykkelig hjemmelsgrunnlag for dette alternativet i tvistemålsloven § 277 fjerde og femte ledd ved lovendringen 28. april 2000 nr. 34. Det vises til Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) punkt 3.8 side 29 – 31.

Utvalgets inntrykk er at forlikrådet har en nyttig funksjon her, ved at man skaper en møteplass mellom partene før tvangsinndrivelsen påbegynnes ved begjæring om utlegg. En slik enkel form for gjeldsmekling ligger godt til rette for forlikrådet. Det påpekes også i Forbrukerrådets høringsuttalelse at et av fylkeskontorene har nevnt at forlikrådene ser ut til å ha et visst grep på å mekle frem betalingsordninger i saker hvor klagemotparten møter. Denne møteplassen bortfaller med direkte innfordring, og det er heller ikke så lett å ivareta funksjonen innenfor rammen av namsmannens arbeid med inndrivelsen. Det legges ikke her opp til at partene skal møtes, og en fordringshaver som allerede har fått tvangsgrunnlag, har trolige svakere incitament til å delta i forhandlinger.

En annen fordel med dagens ordning er at man oppnår en bindende avgjørelse av kravet, og dermed avskjæring av skyldnerens eventuelle innsigelser, før fullbyrdelsen påbegynnes. Betalingsinnfordringsutvalget har av rettssikkerhetshensyn ikke foreslått noen avskjæring av debtors innsigelser ved preklusive frister. Ifølge lovutkastet § 7-6(3) skal saksøkte av namsmannen opplyses om at saken vil bli overført til forlikrådet eller hevet dersom det reises innsigelser mot kravet innen fristen for merknader etter første ledd. Eventuelle innsigelser vil medføre at saken må tilbake til forlikrådet. Det er mulig Betalingsinnfordringsutvalget undervurderer problemene dette kan føre til.

#### *10.9.5.7 Domskompetanse i tvister*

##### *10.9.5.7.1 Når begge parter samtykker*

Utvalgets medlemmer er enige om at det fortsatt bør være en mulighet for å få saken avgjort ved dom i forlikrådet når det etter gjennomført mekling er tvist mellom partene. Forlikrådet bør iallfall ha kompetanse til å pådømme saken dersom begge parter samtykker i dette. Partene kan på bakgrunn av forhandlingene i møtet vurdere om de har tilstrekkelig tillit til forlikrådet, og de vil være kjent med hvilket avgjørelsesgrunnlag forlikrådet har. Når partene samtykker, bortfaller mange av de betenkelighetene som ellers knytter



seg til forliksrådets forutsetninger for å avsi dom. Når domskompetansen bygger på partenes samtykke, får det hele et element av voldgift, som allerede Getz bemerket.

Når partene samtykker, er det heller ikke noen grunn til å knytte domskompetansen til noen beløpsbegrensning.

At forliksrådet med partenes samtykk kan avsi dom i tvister om formueskrav uten beløpsbegrensning, er i samsvar med gjeldende rett.

#### 10.9.5.7.2 *Alminnelige begrensninger i domsmyndigheten*

Etter gjeldende rett har forliksrådet ikke plikt til å avsi dom selv om partene ønsker det. I henhold til tvistemålsloven § 294 nr. 4 skal forliksrådet ikke avsi dom dersom det finner saken så vanskelig eller lite opplyst at den ikke egner seg til å pådømmes i forliksrådet.

En begrensning som dette må videreføres. Forliksrådets manglende juridiske kvalifikasjoner og den relativt summariske behandlingsformen setter grenser for forliksrådets muligheter for å treffe en forsvarlig avgjørelse på grunnlag av gjeldende rett. Selv med partenes samtykke bør forliksrådet ikke avsi dom når avgjørelsen nærmest vil måtte bli vilkårlig. Det anses heller ikke tilrådelig å gi forliksrådet kompetanse til å treffe avgjørelse på grunnlag av rimelighet. Selv om det kan være grunn til å tro at medlemmenes alminnelige rettsfølelse er en viktig faktor i praksis, må det prinsipielt sett fastholdes at dommen skal bygge på gjeldende rett.

Det kan reises spørsmål om vilkårene for å avsi dom bør utformes positivt eller negativt, og om det bør kreves enstemmighet.

Forliksrådene har tidligere vært kritisert for å være for tilbakeholdende med å avsi dom. Etter utvalgets oppfatning er det imidlertid grunn til å tro at enkelte forliksråd etter reformen i 1993 pådømmer for mange saker. Utvalget er kritisk til utviklingen av en kultur der forliksrådene oppfordres til å bruke domskompetansen i større utstrekning, og hvor det regnes som et nederlag å henvise saken til retten. Etter utvalgets inntrykk er en slik tendens merkbart i forliksrådsmiljøet nå. I noen grad kan nok dette forklares med at terskelen til de alminnelige domstoler for tiden er høy på grunn av kostnadsnivået, og at forliksrådsbehandlingen er det eneste reelle konfliktløsningstilbudet for mange av de tvister om mindre verdier som forliksrådet behandler. Innføringen av et reelt tilbud om prosessordning for småkrav i tingrett, vil imidlertid svekke behovet for å presse domsmyndigheten.

Forliksrådets styrke og relative fortrinn ligger i

å kunne behandle et stort antall saker raskt. Saker som ikke ligger til rette for en slik behandling og avgjørelse ved lekdommere, bør henvises til tingretten og ikke gjøres til gjenstand for ordinære rettssaker i forliksrådet. Utvalget ønsker som fremhevet tidligere, ikke å utvikle forliksrådet til å bli en alminnelig domstol på nivået under tingrett i et domstolshierarki av fire instanser. Balansen mellom domsmyndighet og kvalifikasjoner må opprettholdes ved at forliksrådet avstår fra å pådømme annet enn de enkle og oversiktlige saker, hvor de opplysninger forliksrådet får gjennom meklingsmøtet i det vesentlige gir tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag.

Det er best i samsvar med disse synspunktene at vilkårene for å avsi dom angis positivt, ved at forliksrådet finner at det har tilstrekkelig grunnlag for å gjøre seg opp en oppfatning om hva som er en riktig rettslig løsning av tvisten. Det bør også kreves enstemmighet om dette. Den nærmere regelutformingen behandles nærmere i II.10.10.14.

#### 10.9.5.7.3 *Domsmyndighet etter krav fra én part?*

Etter gjeldende rett kan forliksrådet ikke i noe tilfelle avsi dom dersom begge parter motsetter seg det, se tvistemålsloven § 294 nr. 1. Noen endring på dette punkt er det iallfall ikke grunn til å overveie. De vanskelige avveininger knytter seg til spørsmålet om forliksrådet fortsatt bør ha kompetanse til å pådømme saken etter krav fra én part, selv om den annen part motsetter seg det.

De argumenter som taler for å videreføre domskompetanse etter krav fra én part er særlig prosessøkonomiske hensyn og hensynet til å unngå trenering på grunnlag av klart grunnløse innsigelser. Når forliksrådet enstemmig finner tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre saken, kan hver av partene sies å ha en berettiget forventning om å se forliksrådets avgjørelse. Dette vil kunne bidra til en rask og rimelig avgjørelse av saken uten at knappe dommerressurser i tingretten belastes. Selv om den ikke samtykkende part taper saken, er det langt fra sikkert at han vil bringe saken videre inn for tingretten. Han har imidlertid full adgang til å kreve forliksrådets dom overprøvet, og er ikke så mye verre stillet enn om saken var anlagt for tingrett. At søksmålsbyrden blir snudd, representerer likevel en viss ulempe.

Det kan også argumenteres for at et samtykkekrav vil gjøre det mindre attraktivt for saksøkeren å velge forliksrådsbehandling når dette er frivillig. Dette øker risikoen for at dette behandlingsskrittet ikke leder til noe resultat, og derfor medfører spill av tid og kostnader. At forliksrådet kan avsi dom

etter krav fra én part, vil effektivisere meklingen, idet for eksempel en klagemotpart som har dårlig begrunnede innsigelser, vil være mer innstilt på å finne en minnelig løsning når han risikerer å få en dom mot seg. Dette var en del av begrunnelsen for å utvide forliksrådets domskompetanse i 1993.

Det er likevel forbundet med tungtveiende rettsikkerhetsmessige betenkeligheter å gi forliksrådet domsmyndighet i forhold til en møtende part som ikke samtykker i å underkaste seg forliksrådets dom. Dette stiller seg prinsipielt sett vesentlig annerledes enn domskompetanse i forfalls- og samtykketilfellene fordi det gir forliksrådet funksjon som regulær domstol. Både forliksrådets manglende kvalifikasjoner og den enkle saksbehandlingen medfører at elementet av kvalitetssikring blir svakt ivaretatt i en slik prosess. Behandlingen vil vanskelig kunne tilfredsstillende de minimumskrav til rettsikkerhet som det ellers er bred enighet om at man må stille til domstolsavgjørelser. Selv om det er potensiale for kvalitetsheving gjennom tiltak som bedre opplæring og styrket administrativ struktur, må man fortsatt regne med at saksbehandlingen og avgjørelsene i et ikke ubetydelig antall saker ikke vil tilfredsstillende minimumskravene til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6(1). Selv om det kan argumenteres for at slike krenkelser vil kunne avhjelpest ved adgangen til etterfølgende domstolsbehandling, er det som bemerket i redegjørelsen for Menneskerettsdomstolens praksis i II.10.9.5.3.5 noe usikkert hvor langt et slikt synspunkt rekker. Flere avgjørelser av EMD tilsier at når man befinner seg i det sentrale området for EMK artikkel 6(1), må domstolsbehandlingen på hvert trinn tilfredsstillende konvensjonens krav til rettferdig rettergang. Dette må også etter utvalgets oppfatning være en selvfølgelig målsetning ved utformingen av en ny prosessordning for sivile krav.

Det er usikkert hvor stor praktisk betydning et samtykkekrav vil ha for omfanget av forliksrådets dømmende virksomhet. Det er mulig at mange parter vil samtykke fordi de etter å ha deltatt i forliksrådets behandling er interessert i å vite hvordan forliksrådet som uavhengig instans ser på saken, og fordi de som regel vil ha lite å tape ved dette. En part som ikke samtykker kan ha legitime grunner for sitt standpunkt. Han vet for eksempel at saken ikke er tilrettelagt bevismessig fra hans side slik at forliksrådet har et ufullstendig avgjørelsesgrunnlag. En annen mulighet er at forliksrådets medlemmer gjennom meklingen har fremvist en holdning til saken som parten ikke oppfatter som objektiv, eller at en selvprosederende part får inntrykk av at forliksrådet lar seg dupere av motpartens advokat.

Hensynet til gjennomføringen av forliksrådets mekling er et moment som kan trekke i begge retninger. Som bemerket blant annet av Strukturutvalget, er det i strid med moderne prinsipper for mekling at mekleren også skal ha avgjørelsesmyndighet hvis meklingen ikke fører frem. Den psykologiske betydningen av dette elementet kan skade meklingen, idet partene blir mindre åpne og mer tilbøyelige til å benytte meklingen til å posisjonere seg med sikte på en avgjørelse ved dom. Det legger også et bånd på meklerens egen rolle, idet han ikke kan gå så langt i å fremsette løsningsforslag eller gi uttrykk for realitetsvurderinger av partenes anførsler at han blir inhabil til å pådømme saken. Disse momentene begrunner at en rettsmekler etter dagens forsøksordning bare med partenes samtykke kan fortsette som dommer i saken dersom meklingen ikke fører frem. Etter lovutkastet vil rettsmekleren under ingen omstendighet kunne fortsette som dommer, se § 7-7(2). Også forliksrådsmedlemmer har fremholdt overfor utvalget at de i enkelte saker føler seg fri til å gå mer aktivt og intensivt til verks under meklingen når det er avklart at rådet under ingen omstendighet vil komme til å avsi dom i saken.

Partenes adgang til overprøving av forliksrådets dom ved tingrett, er også et argument med begrenset rekkevidde i en del saker. For mindre ressurssterke parter vil det selv innenfor det behandlingsregime utvalget foreslår innført for småkrav, kunne fortone seg som en reell økonomisk og følelsesmessig belastning å anke forliksrådets dom. Ved skjev fordeling av ressursene mellom partene, vil en videreføring av adgangen til å bruke advokat under forliksrådsbehandlingen kunne forsterke ubalansen og øke risikoen for en uriktig avgjørelse til skade for den svake part. Selv om retten må forholde seg nøytralt og objektivt til tvisten og ikke kan opptre som rådgiver for en part, er det forutsatt i utvalgets forslag til småkravprosess at dommeren ved materiell prosessedelse skal bidra til at relevante søksmålsgrunner eller innsigelser kommer frem og medvirke til at argumentasjonen fra selvprosederende parter får en juridisk profil. Denne veiledningen vil parten ikke kunne forvente fra forliksrådets side.

Å gi forliksrådet ensidig domskompetanse kan også medføre ugrunnet ubalanse mellom partene. Utgangspunktet er at forliksrådet primært er et meklingsorgan, og utvalgets medlemmer er enige om at det for klageren bør være valgfritt å benytte dette tilbudet i stedet for å bringe saken direkte inn for tingretten. Begrunnelsen er både at mekling som alminnelig prinsipp bør baseres på frivillighet, og at begrensninger i forliksrådets kvali-

fikasjoner og behovet for samordning med andre konfliktløsningstilbud gjør dette naturlig. Ut fra det overordnede hensynet til prosessuell likebehandling av partene burde ideelt sett også klagemotpartens deltakelse i forlikradsbehandlingen være frivillig. At dette ikke lar seg gjennomføre, skyldes at det er nødvendig å ha muligheten for å etablere tvangsgrunnlag for kravet ved forfallsdom dersom klagemotparten ikke tar til gjenmæle. Dette er en så viktig funksjon ved forlikradsbehandlingen at det gir fyldestgjørende grunn til å fremtvinge klagemotpartens deltakelse ved meklingen. Når klagemotparten derimot møter og tar til gjenmæle, svikter begrunnelsen for ytterligere behandlingstvang. For klageren har det i utgangspunktet vært frivillig å benytte forlikrådet som domstol. Man kan derfor si at han tar en eventuell domskompetanse for forlikrådet etter krav fra klagemotparten med på kjøpet. Vil han ikke utsette seg for denne risikoen, kan han bringe saken direkte inn for tingrett. Ved å kreve samtykke fra klagemotparten til å avsi dom når meklingen ikke har ført frem, gjenopprettes balansen mellom partene på dette punkt. Å videreføre forlikrådets kompetanse til å avsi dom i en tvistesak etter ensidig krav fra klageren, er betenkelig i en situasjon hvor forlikradsbehandlingen er frivillig fra klagerens, men ikke fra klagemotpartens side. Dette er egnet til å svekke grunnlaget for å pålegge klagemotparten plikt til å delta i meklingen.

Man kunne snarere stille spørsmål ved om det bør være nok at klagemotparten krever dom. Når først klageren har valgt å bringe saken inn for forlikrådet og fremtvunget klagemotpartens møte, kan det fremstå som et naturlig motstykke at klagemotparten kan kreve saken avgjort hvis han ser seg tjent med det, for eksempel fordi saksanlegget viser seg å være dårlig fundert og klagemotparten har holdbare innsigelser mot det krav saksøkeren fremmet som «inkassosak». Utvalget foreslår likevel ikke en slik regel. Klageren kan ha god grunn til å forsøke mekling i forlikrådet uten dermed å ha noe ønske om at forlikrådet skal pådømme saken, og en regel som antydte noe annet ville kunne avholde ham fra dette. En slik konsekvens ville være lite forenlig med utvalgets hovedsynspunkt om at meklingen skal være det primære på dette trinnet. Også en klager som har valgt forliksmekling, kan ha fyldestgjørende grunn til å vurdere spørsmålet om samtykke til pådømmelse i lys av hvordan forhandlingene arter seg. Også en slik regel ville dessuten gi prosessuell ubalanse mellom partene.

Etter utvalgets oppfatning veier det også nok så tungt at store representative organisasjoner som

NHO og Forbrukerrådet som representerer typiske partsinteresser på hver sin side i en tvist, begge gir uttrykk for så negative erfaringer med forlikrådets dømmende virksomhet at de går inn for at domskompetansen i tvistesaker blir opphevet.

På den annen side kan det også anføres tungtveiende argumenter mot å gjøre samtykke fra begge parter til et unntaksfritt vilkår for at forlikrådet skal kunne pådømme saken.

Det er behov for at forlikrådet kan avgjøre det som reelt sett er inkassosaker selv om klagemotparten ikke samtykker. Hvis klagemotpartens argumenter har et innhold som tilsier at det er manglende betalingsevne eller betalingsvilje snarere enn reelle innvendinger mot det rettslige eller faktiske grunnlaget for kravet, som gjør at han tar til motmæle, ville det av prosessøkonomiske grunner være svært uheldig om forlikrådet ikke skulle kunne avsi dom. Et vilkår om samtykke fra begge parter ville gi en vrangvillig skyldner muligheten for å spekulere i at fordringshaveren ikke vil påta seg bryderiet og omkostningene ved å gå videre til tingretten. En betydelig del av forlikrådets inkassosaker gjelder små krav mot skyldnere med svak betalingsevne. Det vil derfor ikke sjelden fortone seg tvilsomt for fordringshaveren om det er regningssvarende å investere ytterligere i saken i form av rettsgebyr for stevning og salær til prosessfullmektig.

Det er viktig at en stor del av de enkle og opplagte sakene, og de sakene hvor det ikke er grunn til å vente at det fremsatte krav blir bestridt, blir kanalisert til forlikrådene. Det vil avlaste tingrettene for saker som reelt er inkassosaker og for enklere tvister hvor det ikke er behov for juridisk ekspertise. Risikoen for ikke å få saken pådømt i forlikrådet ved manglende samtykke, kan medføre at unødvendig mange inkassosaker blir anlagt direkte for tingrett, selv om andre forhold vil være egnet til å motvirke dette. Spesielt påpekes lavere rettsgebyr for forlikrådet og manglende adgang for inkassobyråder til å opptre som prosessfullmektig for tingrett. Konsekvensene vil også være mindre enn i dag med de regler som foreslås om småkravsprosess og dom etter forenklet domsbehandling. Men uansett vil det være en ressursbesparelse og forenkling om den som har et slikt krav kan få det avgjort i forlikrådet.

Det er dissens i Twistemålsutvalget om hvordan disse hensyn bør avveies og om hvilken domskompetanse forlikrådene bør ha i saker hvor det er reell tvist om kravet.

Et flertall i utvalget, Schei, Berg, Bjella, Moen, Borgerud, Bårdsen og Nordén, foreslår at forliks-

rådet bør ha kompetanse til å avsi dom etter krav fra en part i de helt opplagte tilfellene. Som kriterium foreslås i lovutkastet § 8-10(2) (b) at klagemotparten i sak om pengekrav ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser. Manglende betalingsevne nevnes som et praktisk viktig eksempel på en uholdbar innsigelse i de typiske inkassosakene. Flertallet har vurdert om også manglende betalingsvilje burde inntas som alternativt kriterium i loven, men finner at dette har et for subjektivt innhold. Det bør ikke være avgjørende hvordan klagemotparten selv bedømmer holdbarheten av sine innsigelser. Det gir en mer treffende og praktisk anvendbar problemstilling å forankre avgjørelsen direkte i en objektiv bedømmelse av holdbarheten av innsigelsene enn i slutninger om skyldnerens motivasjon. Det bør som vilkår for å avsi dom kreves at forliksrådet finner det forsvarlig å sette klagemotpartens innsigelser ut av betraktning som åpenbart uholdbare.

Behandlingen av saken i forliksrådet må være grundig nok til å trekke konklusjonen.

Utvalget foreslår som generelt vilkår for å avsi dom i saker hvor det er tvist, at det er enighet om at grunnlaget er tilstrekkelig og om resultatet, se lovutkastet § 8-10.

Det må legges til grunn at forliksrådene lojalt vil følge regelen, og at vi ikke vil få en situasjon med et stort antall uriktige dommer i disfavør av en part som ikke har samtykket i pådømmelse. Det kan innvendes at forliksrådets manglende juridiske kompetanse vil kunne lede til at rådet tar feil, selv med et slikt kvalifisert krav til avgjørelsesgrunnlaget som er foreslått. At enkelte uriktige dommer kan forekomme, bør likevel ikke helt sette bom for en slik ensidig domskompetanse. I et rettssikkerhetsperspektiv må betenkelighetene ved en uriktig dom mot en klagemotpart som ikke har samtykket, veies mot ulempene for klageren ved ikke å få dom for et åpenbart berettiget krav. Det bemerkes i denne forbindelse at hvor det er avsagt dom etter § 8-10(2) (b), og denne bringes inn for tingretten som endrer dommen, bør den som har brakt dommen inn for retten fritas for rettsgebyr. Klare brudd på begrensningene i domskompetansen vil for øvrig kunne utløse ansvar for det offentlige for partenes saksomkostninger etter utkastet § 23-12.

Flertallet finner ikke tilstrekkelig grunn til å begrense domskompetansen ytterligere ved et kumulativt vilkår om beløpsbegrensning for eksempel til saker hvor verdien av tvistegenstanden er mindre enn 2 G. Med de strenge vilkår som er satt for å avsi dom hvor den ene parten har motsatt seg det, må dette være tilstrekkelig som begrensning.

#### 10.9.5.7.4 Saker om mindre verdier

Utvalget har vurdert om forliksrådet bør ha en videre kompetanse til å pådømme tvister om mindre krav etter begjæring fra én av partene. Strukturutvalget foreslo, til tross for sine tungtveiende innvendinger mot forliksrådets domsmyndighet, at forliksrådet burde gis kompetanse til å avgjøre saker om formuesverdier inntil 1 G, dvs. ca. kr 50 000 etter dagens nivå på grunnbeløpet.

Argumentene for en slik verdigrense er i første rekke at det er særlig viktig å få avgjort tvister om mindre formuesverdier på en enkel, billig og rask måte. De rettssikkerhetsmessige betenkelighetene er også noe mindre når de økonomiske konsekvensene av en uriktig dom vil være begrenset.

Utvalget er delt i synet på dette spørsmålet.

*Flertallet* finner ikke grunn til å foreslå en slik mer generell domskompetanse for små krav. Dette ville, som påpekt i drøftelsene foran, åpne for en domsmyndighet som ikke er tilpasset forliksrådets kvalifikasjoner. Tvister om verdier inntil 2 G, og for den saks skyld også 1 G, gjelder beløp som for den enkelte kan være betydelige, og også i saker om mindre verdier har partene krav på en domstolsbehandling som tilfredsstillende minimumskrav til kvalitet og rettssikkerhet i avgjørelsesprosessen. Det er et paradoks at nettopp fordi hensynet til prosessomkostninger, tid og ressursbruk ellers er særlig kritisk i saker om små krav, så medfører det en øket risiko for at en part vil lide rettstap ved at en uriktig dom i forliksrådet blir stående. Det er også grunn til å minne om at småkravprosessen for tingrettene er utformet nettopp for raskt og rimelig, og med en akseptabel og tilpasset saksbehandling, å kunne avgjøre saker om små krav.

En beløpsgrense er heller ikke særlig treffende med sikte på skille ut saker som er så enkle og oversiktlige at de egner seg for pådømmelse i forliksrådet. Også saker om mindre krav kan reise kompliserte juridiske og faktiske spørsmål, mens saker om betydelige beløp langt fra alltid er særlig vanskelige. Forliksrådsordningen er blitt kritisert i forbrukertvister og husleietvister, hvor også lovgiverens manglende tillit til ordningen har begrunnet opprettelse av konfliktløsende forvaltningsorganer.

Beløpsbegrensning av domskompetansen, som den gang var kr 20.000, ble opphevet ved reformen i 1993. Det kan hevdes å være liten grunn til å foreslå gjeninnført et kriterium som såvidt nylig ble vurdert av lovgiveren som lite egnet.

*Mindretallet* går inn for at forliksrådene bør ha alminnelige domskompetanse i saker hvor verdien av tvistegenstanden er inntil 2 G. Det vises til II. 10.9.5.8.

### 10.9.5.8 Mindretallets syn

Utvalgets medlem Helljesen ønsker at forlikrådene skal ha en noe videre domskompetanse enn flertallet går inn for. Denne fraksjonen har videre et annet syn enn flertallet på spørsmålet om advokater og andre rettshjepere skal ha adgang til forliksrådets møter, og på spørsmål om utmålingen av saksomkostninger i forliksrådet. Standpunktet til disse spørsmålene bør ses i sammenheng og presenteres derfor samlet her. Mindretallet bemerker:

Norge er et lite land og det må være tilstrekkelig med tre domstolsnivåer. Selv om forlikrådene har en lang historie i Norge, må deres fremtid vurderes i forhold til den senere tids utvikling hva angår sivil tvisteløsning. I Norge er det nå et stort antall tviste- og klagemønder som behandler forbrukersaker, næringsaker og et stort antall småsaker. Det blir foreslått en særskilt småkravprosess for saker med tvisteverdi under 2 G. Profesjonell meklingsmekling er innført i domstolene, mens konfliktrådene som rene meklingsorganer utenfor domstolene tilbyr sine tjenester også i sivile tvister. De rene inkassosakene, som utgjør en stor del av forlikrådenes portefølje, er foreslått lagt til namsmennene.

Rettstvistene har skiftet karakter. Partenes generelle kunnskapsnivå er endret, og det stilles større krav til profesjonalitet hos rettshjelpere og dem som skal avgjøre rettstvister. En betryggende og rask saksbehandling samt forutberegnelighet er viktige elementer. På den annen side er det viktig å redusere kostnadene ved tvisteløsning i saker med lav tvisteverdi.

I dette bildet må forlikrådenes oppgave endres. Lovutkastet er preget av tanken om at sivile tvister primært bør forlikes. Forlikrådenes primær oppgave må derfor være et utenrettslig meklingsorgan for tvister på hverdagsnivå og i mellommenneskelige forhold i saker som ikke faller inn under andre tvistenemnder eller som etter lovbestemmelser ikke skal bringes direkte inn for domstolene.

I saker som ikke tåler store utgifter til tvisteløsning, er det viktig at forlikrådene fremstår som et tvisteløsningstilbud med minimale behandlingstgifter og med mulighet for å løse tvistene før de bringes inn for domstolene. Dersom disse sakene ikke løses gjennom forlik, bør forlikrådet ha en domskompetanse. Domskompetansen kan gi forliksrådets meklingsforsøk mer tyngde, samtidig som forlikrådet kan bringe saken til en avslutning også hvor den ikke forlikes. Men da må forlikrådet kunne avsi dom etter begjæring fra en av partene. Utvalget har utarbeidet regler som vil effektivisere behandlingen av småkrav for domstolene. Likevel

vil en domstolsbehandling medføre en eskalering av tvisten og påføre partene relativt store utgifter, uavhengig av om partene kan få alle eller noe av utgiftene dekket av motparten. Det er derfor viktig med en mulighet til å løse slike tvister før de bringes inn for domstolene. Og på dette området har forlikrådene fortsatt en viktig rolle, selv om forlikrådsbehandlingen foreslås som et valgfritt alternativ for saksøkeren.

Det vil være uheldig om ordningen med en ubegrenset domskompetanse for forlikrådene opprettholdes. Da blir forlikrådenes oppgaver sammenliknbart med de ordinære domstoler. Det vil påvirke saksbehandlingen ved forlikrådene slik at den blir mer omstendelig. Den ubegrensede domskompetansen var også begrunnelsen for at advokater og andre rettshjelpere skulle få delta i forlikrådenes møter, noe som sinker og fordyrer saksbehandlingen. Dertil vil en ubegrenset domskompetanse friste forlikrådene til å treffe avgjørelser i saker hvor forlikrådene kan mangle kompetanse. Selv om avgjørelsene likevel kan oppleves som riktige og at partene kan være fornøyd med dem, så er det viktig for tilliten til domstolene generelt at de avgjørelser som treffes er saklige og faglig forsvarlige.

For krav hvor tvistesummen er liten er det likevel så viktig å få en tidlig avgjørelse av tvisten at motforestillingene til en domskompetanse for forlikrådene blir av mindre betydning. Avgjørelsene kan dertil overprøves gjennom en enkel saksbehandling for tingretten uten at partene taper særlig mye ved å gå veien gjennom forlikrådenes behandling.

Forlikrådenes alminnelige kompetanse til å avsi dom etter krav fra en part bør begrenses til saker om formuesverdier hvor tvistegjenstanden er under 2 G. Det er ikke slik at saker over 2 G automatisk innebærer at forlikrådene mangler kvalifikasjoner. Men saker over 2 G har en tvisteverdi som gjør at de tåler belastningen ved en domstolsbehandling bedre enn saker under 2 G. Dertil kommer at skillet ved 2 G benyttes i andre sammenhenger, som grensen for småkravprosessen i tingrettene og grensen for rett til å anke saker inn for lagmannsrettene. Det gir et helhetlig tilbud til saker under 2 G om det også utgjør grensen for forlikrådenes domskompetanse.

I saker om formuesverdier over 2 G, mener mindretallet at forlikrådene bør ha domskompetanse i samme utstrekning som flertallet har foreslått, dvs. ved samtykke, i forfallstilfeller og i inkasso- eller inkassolignende tilfeller etter kriteriet i § 8-10(2) (b). Det vises til mindretallets utkast til § 8-10.

Ved behandlingen av sakene i forlikrådet, herunder småsakene, er det mindretallets forutsetning at advokater og andre rettshjelpere ikke skal møte i forlikrådets møter. Det er de leke meklere som skal møte partene alene for å finne en løsning på tvisten. Nettopp det må være kjernen i forlikrådenes tilbud, og det vil redusere utgiftene ved forlikrådsbehandlingen vesentlig. Rettshjelpere kan bistå partene med å skrive forliksklage og tilsvare, men i møte der saken gjennomgås med tanke på forlik eller domsavsigelse bør rettshjelpere ikke være til stede. Først da vil forlikrådet fremstå som et reelt forliksorgan, hvor det også kan bli avsagt dom med minimale utgifter.

I tillegg til ovenstående bygger mindretallet på den grunnsetning at det er saksøkeren selv som velger om han vil bringe sitt krav inn for forlikrådet til mekling og domsavsigelse der. Vil han hoppe over dette leddet for primært å gjøre nytte av tilbudet om småkravsprosess i tingretten, har han mulighet for det. Men da må partene akseptere at kravet behandles på en enkel måte uten bistand av rettshjelpere i selve forliksmøtet. Dette kan medføre en forskjell i styrkeforholdet mellom partene i forlikrådsmøtene. Men det kan ikke tillegges avgjørende vekt i forhold til de hensyn som taler for en enklest mulig behandling og den umiddelbare kontakt mellom forlikrådene og partene under meklingen.

Det her nevnte er i tråd med de gamle tradisjoner for forlikrådene. Når advokater fikk tilgang til forlikrådene i 1990-årene, skyldes det at forlikrådene fikk en utvidet domskompetanse.

Rettshjelpernes rolle er også begrenset ved nemndbehandling av småsaker. At nemndene har et saksforberedende sekretariat er uten betydning, i det mindretallet forutsetter at forlikrådene i fremtiden vil bli organisert regionvis med et lite sekretariat.

Men dersom rettshjelpere skal møte i forlikrådenes møter, må det være mulig å bli tilkjent reelle saksomkostninger, om enn med visse begrensninger som ved småkravsprosessen. Det er ikke riktig på den ene siden å invitere advokater til forlikrådene, og på den annen side ikke gjøre det mulig for den som har retten på sin side, å få dekket sine utgifter til advokat. Rettshjelpsutgiftene bør likevel begrenses til G/10. Det må også gjelde for de rene inkassosaker, i den utstrekning de fortsatt vil bli behandlet i forlikrådene.

Mindretallets syn er konkret kommet til uttrykk ved alternative forslag i regelutkastet § 8-7, § 8-10 og § 8-13.

## 10.10 Utvalgets syn på utformingen av behandlingsreglene

### 10.10.1 Innledning

Utvalget foreslår at prosessreglene for forlikrådet inntas i et eget kapittel i tvisteloven, se lovutkastet kapittel 8. Ved utformingen er det lagt stor vekt på at dette regelverket skal praktiseres av lekfolk. Reglene bør derfor være formulert i et klart språk og fortrinnsvis gi en fullstendig regulering av spørsmål som forekommer ofte i praksis. I tillegg er det viktig å unngå regler som kan gi opphav til prosessuelle tvister og formelle innsigelser.

Helt på egne ben kan kapitlet imidlertid ikke stå. Det er om ikke kapitlet skal bli altfor omfangsrikt, vanskelig å unngå at de gjennomgående reglene for rettergang i lovutkastets første, femte og sjette del gis anvendelse som supplement til særreglene i kapitlet.

### 10.10.2 Noen hovedsynspunkter på forlikrådsbehandlingen

Som utvalget har vært inne på flere steder i 10.9, består forlikrådsordningens viktigste fortrinn fremfor andre konfliktløsningstilbud i at det er mulig å behandle et stort volum av enkle saker i løpet av kort tid og til lave kostnader for det offentlige og partene. Behandlingsreglene må utformes slik at denne egenskapen videreføres, og man må akseptere at dette går på bekostning av muligheten for en grundig og intensiv behandling av den enkelte sak. Forlikrådsbehandlingen blir derfor nokså grovmasket og er ikke ment å likne på rettsmekling eller en rettssak i de ordinære domstoler. De saker som ikke forholdsvis enkelt lar seg bringe til avslutning ved en praktisk tilnærming og anvendelse av alminnelig rettsfølelse og sunn fornuft, bør styres videre til tingretten uten å bli gjenstand for en dybdebehandling forlikrådet ikke har kvalifikasjoner for. Imidlertid tilsier utvalgets erfaringer at dyktige forlikråd ved hjelp av disse virkemidlene er i stand til å bringe mange saker til avslutning med et rimelig resultat. Utvalget foreslår at det som er intensjonen med forlikrådsbehandlingen formuleres i en innledende bestemmelse i kapitlet, se lovutkastet § 8-1(2).

Det er viktig at forlikrådsbehandlingen går raskt, og spesielt at saker som av ulike grunner må gå videre til tingretten, ikke blir hengende igjen i forlikrådet. Enkelte forlikråd har for lang saksbehandlingstid. Et mål bør etter utvalgets syn være at en sak som går til mekling skal kunne ferdigbehandles innen tre måneder. Saker som avgjøres ved

forfallsdom vil kunne avgjøres på vesentlig kortere tid. Utvalget foreslår at hver av partene skal gis rett til å bringe saken inn for tingretten dersom saken ikke er ferdig behandlet innen seks måneder fra forliksklagen.

En annen konsekvens er at adgangen til å anvende rettsmidler mot annet enn avsluttende realitetsavgjørelser av et krav, enten krav som er tvistegjenstand eller bikrav om saksomkostninger eller rettsgebyrer, innskrenkes i forhold til dagens regelverk. Hvis saken først må bringes inn for tingrett, er det mer hensiktsmessig at den behandles videre der enn at den går tilbake til forliksrådet. Dette gjelder også om forliksrådet har avvist forliksklagen eller hevet behandlingen av saken av en grunn klageren er uenig i. Det er i og for seg beklagelig dersom saksøkeren på grunn av en prosessuell feil fra forliksrådets side er blitt avskåret fra forliksrådsbehandling, men når først så har skjedd og saken står for tingretten, vil det være uforholdsmessig bruk av tid og ressurser, vurdert opp mot sannsynligheten for at forliksrådsbehandlingen vil lede til et endelig resultat, å vise saken tilbake til forliksrådet.

En annen konsekvens av utvalgets hovedsynspunkt er det at det neppe bør være adgang til oppfriskning mot forsømmelser i forliksrådet. Dette behandles i II.10.10.18.3.

Utvalget har i utkastet til regler om gjenåpning, som svarer til gjenopptakelse etter tvistemålsloven, foreslått at begjæringer om gjenåpning av forliksrådets avgjørelser skal behandles av tingretten. Det vises til lovutkastet § 13-1(2).

### 10.10.3 Forliksrådets saklige kompetanse

#### 10.10.3.1 Innledning

At forliksrådsbehandling generelt gjøres valgfritt for klageren, medfører en betydelig regelforenklighet. De mange unntakene man i dag har fra meklingsplikten i tvistemålsloven § 274 kan sløyfes. Det samme kan en rekke spesielle unntak ellers i lovgivningen. En utførlig gjennomgang av regler som vil kunne oppheves som overflødige finner utvalget ikke grunn til å foreta på dette trinn. Dersom utvalgets forslag blir vedtatt, kan dette arbeidet utføres i forbindelse med ikrafttreddelsen.

Det man fortsatt har behov for, er regler om hvilke saker forliksrådet har anledning til å behandle. Etter gjeldende rett er dette regulert i tvistemålsloven § 273 og i spesiallovgivningen. Utvalget gjennomgår først de unntak som gjelder i dag og vurderer hvilke av disse som bør videreføres.

#### 10.10.3.2 Vurdering av gjeldende unntak for spesielle sakstyper

##### 10.10.3.2.1 Familiesaker

Unntaket i tvistemålsloven § 273 nr. 1 for saker etter ekteskapsloven eller barneloven bør videreføres. I stedet for mekling i forliksrådet, gjelder det egne regler om mekling som vilkår for å reise sak i ekteskapsloven § 26 og barneloven § 34 tredje ledd og § 44 a tredje ledd. I saker om separasjon og skilsmisse er det ikke adgang til rettsforlik. Selv det er adgang til å inngå rettsforlik i saker om barnefordeling og samværsrett, er forliksrådsbehandling vanskelig å forene med rettens selvstendige ansvar for sakens opplysning og plikt til å ivareta barnas interesser.

Derimot finner utvalget ikke tilstrekkelig grunn til å opprettholde et generelt unntak for saker om det økonomiske oppgjøret mellom ektefeller eller fraskilte fra frivillig forliksrådsbehandling.

##### 10.10.3.2.2 Farskaps- og nedstamningssaker

Unntaket i tvistemålsloven § 273 nr. 2 må videreføres. Sakene kan ikke forlikes.

##### 10.10.3.2.3 Saker om offentlige tjenestehandlinger mv.

Tvistemålsloven § 273 nr. 3 unntar fra forliksmekling saker som skal behandles etter de spesielle prosessreglene for offentlige tjenestehandlinger i lovens kapittel 30. Bestemmelsen ble senest endret ved loven av 28. april 2000 nr. 34. Tidligere inneholdt tvistemålsloven § 273 nr. 3 et generelt unntak fra forliksrådsbehandling av saker mot det offentlige. Ved lovendringen ble det åpnet en adgang til frivillig forliksmekling i saker om rettsforhold av utelukkende privatrettslig art, hvor det følger av § 435 annet ledd at de spesielle prosessreglene i kapittel 30 ikke får anvendelse.

Utvalget har ikke foreslått videreført de særlige reglene om offentlige tjenestehandlinger i kapittel 30 i et eget kapittel i loven. De fleste av bestemmelsene er ansett overflødige, mens enkelte av reglene er foreslått flyttet til domstolloven og forvaltningsloven. Dette er behandlet i II.18. At et forhold er av utelukkende privatrettslig art, er ikke noe kriterium i de bestemmelser som er foreslått.

I og med at spørsmålet om adgangen til forliksmekling i saker mot det offentlige helt nylig har vært vurdert av lovgiveren, har utvalget ikke funnet tilstrekkelig grunn til å foreslå endringer nå. Det foreslås derfor videreført et generelt unntak

fra forlikrårsbehandling av saker mot det offentlige eller mot offentlige tjenestemenn om forhold som ikke utelukkende er av privatrettslig art.

Det kan reises spørsmål ved om dagens forlikråd på grunn av den administrative tilknytning og reglene om valg av forlikrårsmedlemmer ved kommunestyret medfører at forlikrådet ikke har tilstrekkelig uavhengighet eller upartiskhet i forhold til kommunen i saker hvor kommunen er part. Når situasjonen er at dommerne er valgt for en begrenset periode, og kan gjenvelges av det øverste organet for et rettssubjekt som er part i saken, er utvalget tilbøyelig til å tro at spørsmålet må besvares benektende. Sålenge det vil være valgfritt for klageren å bringe saken inn for forlikrådet, kan likevel ikke dette anses å være noe stort problem i saker som anlegges mot kommunen. En part som ikke har tilstrekkelig tillit til at forlikrådet vil oppføre seg objektivt, vil kunne bringe saken direkte inn for tingrett. Problemet er større i saker som anlegges av kommunen. De alminnelige habilitetsreglene vil riktignok komme til anvendelse, men det dreier seg her om et strukturelt problem hvor løsningen ikke bør bero på om den enkelte motpart fremsetter innsigelse.

Spørsmålet vil kunne stilles seg annerledes dersom tilknytningen til kommunen svekkes ved en reform av administrasjonsordningen og en overgang til regionale forlikråd. Problemet er derfor muligens av midlertidig art. Etter utvalgets oppfatning er den beste løsningen på problemet inntil videre å gi klagemotparten rett til å motsette seg forlikrårsbehandling i saker anlagt av kommunen i forlikrårskretsen med den virkning at kommunen i tilfelle må ta ut stevning for tingretten. Det vises til II.10.10.10.3 nedenfor og lovutkastet § 8-11(2) (b).

#### 10.10.3.2.4 *Saker om gyldigheten av voldgiftsdommer*

Unntaket i tvistemålsloven § 273 nr. 4 for saker om gyldigheten av voldgiftsdommer foreslås videreført. Det kan være spørsmål om unntaket skal plasseres i kapitlet om forlikrårsbehandling eller i tilknytning til prosessreglene for voldgift eller begge steder.

#### 10.10.3.2.5 *Saker om immaterialrettigheter*

Unntaket for saker om patenter og andre immaterialrettigheter i tvistemålsloven § 273 nr. 5 videreføres. Disse sakene er gjennomgående for vanskelige til å egne seg for forlikrårsbehandling. Det er saker hvor behovet for spesialisering har medført at sakene er kanalisert til Oslo byrett i første instans.

#### 10.10.3.2.6 *Saker om fradømmelse av offentlig bevilling mv.*

Unntaket i tvistemålsloven § 273 nr. 6 for saker som i medhold av domstolloven § 230 tredje ledd anlegges av staten ved Advokatbevillingsnemnden til frakjennelse av advokatbevilling, bør videreføres. Det er imidlertid begrenset behov for et unntak fra en alminnelig regel om frivillig forliksmekling i og med at det er utenkelig at Advokatbevillingsnemnden vil velge å anlegge en slik sak ved forlikrådet selv om forliksmekling blir valgfritt.

På samme måte bedømmer utvalget forskjellige andre spesielle unntaksregler fra forliksmekling i saker som anlegges av offentlig myndighet til fradømmelse av retten til å utøve en profesjon som krever offentlig godkjenning eller fradømmelse av offentlig stilling. Det vises til veterinærloven (lov av 10. desember 1948 nr. 3) § 6 tredje ledd første punktum og § 8 fjerde ledd.

#### 10.10.3.2.7 *Saker avgjort av Forbrukertvistutvalget eller Husleietvistutvalget*

Unntakene i tvistemålsloven § 273 nr. 7 og 8 er basert på andre kriterier enn at sakstypen som sådan ikke egner seg for forlikrårsbehandling. Forlikrådet har overlappende saklig kompetanse i de aktuelle sakstyper. Det dreier seg om en regulering av grenseflaten mellom forlikrådene og andre konfliktløsende organer, som er en mer omfattende problemstilling. Denne behandles i II.10.10.6.

#### 10.10.3.2.8 *Rettslig prøving av administrative tvangsvedtak*

Dagens regel i tvistemålsloven § 475 om behandling i tingretten er videreført i lovutkastet § 33-2(2). Forlikrårsbehandling er uaktuelt i disse sakene, som ikke er undergitt fri rådighet. De omfattes også av et generelt unntak for saker mot det offentlige om rettsforhold som ikke er av utelukkende privatrettslig art.

#### 10.10.3.2.9 *Militærnektersaker*

Unntaket i militærnekterloven § 6 første ledd første punktum videreføres. Sakene er ikke undergitt fri rådighet.

#### 10.10.3.2.10 *Domstolsprøving av vedtak om bortvising og utestengning fra universitet og høyskole*

Unntaket i universitetsloven (lov av 12. mai 1995



nr. 22) § 43 nr. 2 videreføres. Sakene er ikke undergitt fri rådighet.

#### 10.10.3.2.11 *Saker om oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold mv.*

Unntakene i arbeidsmiljøloven § 61 A tredje ledd og tjenestemannsloven § 19 nr. 6 bør videreføres. Arbeidsmiljøloven har egne regler om forhandlinger mellom partene forut for saksanlegg. Både tidsaspektet, som er fremhevet i § 61 C siste ledd, og kompleksiteten av disse sakene medfører at utsiktene til å oppnå et resultat gjennom forlikradsbehandling er små. Mekling i tvister av denne art ligger bedre til rette for rettsmekling ved tingretten.

#### 10.10.3.2.12 *Saker om offentlige anskaffelser*

Unntakene i loven av 1992 (lov 27. november 1992 nr. 116) § 4 første ledd første punktum, som ble avløst av § 7 første ledd første punktum i loven av 1999 (lov 16. juli 1999 nr. 69) da den trådte i kraft 1. juli 2001, foreslås videreført.

#### 10.10.3.2.13 *Saker etter arbeidstakeroppfinnelsesloven*

For tvister om retten til oppfinnelser gjort av arbeidstakere etter loven av 17. april 1970 nr. 21 er det hjemlet en spesiell meklingsordning i § 12. Det følger av § 14 at denne meklingen ved søksmål trer i stedet for mekling i forlikrådet. Disse reglene er det ingen grunn til å endre, men det blir behov for en tilpasning av § 14 annet ledd til tvisteloven. Dette kan utstå til arbeidet med ikrafttredelsesloven.

#### 10.10.3.2.14 *Søksmål fra det offentlige om likningsavgjørelse*

Unntaket i ligningsloven (lov 13. juni 1980 nr. 24) § 11-2 nr. 4 videreføres med mindre man finner det unødvendig med en egen hjemmel etter at forliksmekling gjøres frivillig for saksøkeren. Også dette unntaket vil bli fanget opp av et generelt unntak for saker som ikke er undergitt fri rådighet.

#### 10.10.3.2.15 *Odelssaker*

Unntaket i odelslova (lov av 28. juni 1974 nr. 58) § 60 første ledd annet punktum videreføres.

#### 10.10.3.2.16 *Tvist om oppsigelse av avtale om leie av rorbu*

Unntaket i lov av 23. mars 1956 nr. 1 § 4 annet

ledd annet punktum er begrunnet ved henvisning til unntaket fra forliksmekling i tvister om usaklig oppsigelse i husleieloven av 1939 (lov av 16. juni 1939 nr. 6) § 38 første ledd tredje punktum. At unntaket ikke er videreført i den nye husleieloven, kunne tale for at også unntaket i 1956-loven blir opphevet. Det dreier seg imidlertid om tvister i næringsforhold med tilknytning til sesongbetonte fiskerier hvor hensynet til en rask avgjørelse kan være viktig. Utvalget har ikke funnet grunn til å fremsette forslag om opphevelse av bestemmelsen.

#### 10.10.3.2.17 *Svalbardsaker*

Det er ikke forlikråd på Svalbard. Svalbardloven (lov av 17. juli 1925 nr. 11) § 9 første ledd bestemmer at retten skal foreta meklingen i saker hvor forliksmekling er påbudt. I og med at forliksmekling ikke lenger vil være påbudt i noen saker, kan bestemmelsen oppheves.

#### 10.10.3.3 *Utforming av ny hovedregel om saklig kompetanse*

Den ytre ramme for forlikrådetets saklige kompetanse, de sakstyper forlikrådet kan behandle, bør etter utvalgets oppfatning avgrenses på samme måte som tingrettens saklige kompetanse i de sivile saker som kan behandles av tingrettene etter reglene for allmennprosess eller småkravsprosess i tvisteloven. Hovedregelen bør derfor formuleres slik at saksøkeren i disse sakene kan velge å innkalle motparten til mekling i forlikrådet i stedet for å ta ut stevning. Dette foreslås uttrykt i lovutkastet § 8-1(1), sett i sammenheng med § 8-2.

Hovedregelen svarer i realiteten til det som følger av gjeldende rett, men er i tvistemålsloven ikke uttrykt i generell form på denne måten. Regelen innebærer en lovteknisk forenkling ved at antallet spesielle unntak kan innskrenkes betydelig.

Forankringen i tingrettens kompetanse innebærer for det første at de alminnelige regler om saklig domsmyndighet i lovens første kapittel kommer til anvendelse, så som § 1-3 om søksmålsgjenstand og søksmålssituasjon (rettslig interesse). Videre innebærer det en generell avgrensning mot saker som ikke kan behandles av tingretten i første instans enten fordi de eksklusivt hører under særdomstoler som vergemålsretten, jordskifteretten, Arbeidsretten eller Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, eller fordi de behandles direkte av lagmannsretten som første instans, slik som trygderettssaker.

Forankringen i tingrettens kompetanse etter reglene for allmennprosess eller småkravsprosess

i loven her, innebærer for det første en avgrensning mot de saker som behandles av tingretten etter spesielle prosesslover som skifteloven, konkursloven, skjønnsprosessloven og tvangsfullbyrdelsesloven. Disse sakene reises heller ikke ved stevning.

Utenfor forlikrårdsordningen faller også saker som vil bli behandlet etter de spesielle prosessformene for gruppesøksmål og saker om administrative frihetsinngrep i lovutkastets syvende del. Videre avgrenses generelt mot sakstyper som behandles etter spesielle rettergangsregler i særlovgivningen. Dette gjelder ekteskapsaker etter utkastet til rettergangsregler i ekteskapslovens kapittel 5, som etter utvalgets utkast også omfatter de spesielle prosessreglene som nå er inn tatt i tvistemålsloven kapittel 28, og farskaps- og andre slektsskapsaker i barneloven kapittel 4. Her har utvalget foreslått nye regler for slektsskapsaker (nedstamningssaker etter tvistemålslovens terminologi) til erstatning for tvistemålsloven kapittel 29. Også odelssaker behandles etter spesielle rettergangsregler i odelslova kapittel XIV. Det samme gjør saker etter arbeidsmiljøloven eller tjenestemannsloven om gyldigheten av oppsigelse eller avskjed i arbeids- eller tjenesteforhold. Alt dette er unntak som etter gjeldende rett enten følger av oppregningen i tvistemålsloven § 273 eller av spesielle regler i de enkelte lover som er gjennomgått i II.10.10.3.2.

I andre tilfelle kan spesiallovgivningen inneholde enkelte spesielle prosessregler som medfører unntak fra reglene om allmennprosess, men hvor disse er såvidt begrenset at det ikke regnes som særlige prosessformer. Eksempler er reglene om barnefordeling, samværsrett og bidrag i barneloven. Reglene for de saker om immaterialrettigheter mv. som i dag er unntatt fra forlikrårdsbehandling i medhold av tvistemålsloven § 273 nr. 5, jf. II.10.10.3.2.5 ovenfor, medfører ikke at disse sakene behandles etter en egen prosessform. Den omstendighet at de behandles av Oslo byrett i første instans medfører imidlertid at de vil være unntatt fra forlikrårdsbehandling, idet sakene ikke hører under de allminnelige tingretter. Selv uten en slik begrensning, ville det være nærliggende å tolke bestemmelsen om søksmål ved Oslo byrett i patentloven § 63 dithen at det i slike saker ikke skal finne sted noen forutgående behandling i forlikrådet.

En rekke av de unntak i spesiallovgivningen som er gjennomgått i II.10.10.3.2, vil kunne oppheves som overflødige med mindre man av pedagogiske grunner ønsker å beholde dem. Utvalget formulerer ikke noe konkret forslag om endringer av unntaksregler om meklingskompetanse i spesi-

allovgivningen nå. Dette kan mest hensiktsmessig utstå til ikrafttreddelsen, hvor også dagens spesielle regler om unntak fra meklingsplikten må gjennomgås.

#### 10.10.3.4 Unntak som beholdes i tvisteloven

Det er fortsatt behov for enkelte uttrykkelige unntak i tvistelovens regler om forlikrådets kompetanse. Det bør imidlertid ikke foretas noen uttømmende oppregning her. En del unntak bør fortsatt beholdes i særlovgivningen og dekkes ved en generell henvisningsregel. Det siste gjelder særlig sakstyper som forekommer sjelden, eller hvor sannsynligheten for at saken ved en feil vil bli innbrakt for forlikrådet er liten fordi saken anlegges av profesjonelle aktører.

Barnefordelingssaker mv. behandles etter reglene for allmennprosess med enkelte særregler barneloven. Her er det behov for å videreføre et uttrykkelig unntak i tvisteloven. Unntaket formuleres slik at det generelt omfatter familiesaker, men som nevnt i II.10.10.3.2.1 ovenfor, er det ikke tilstrekkelig grunn til å stenge for forlikrårdsbehandling av saker om det økonomiske oppgjøret mellom ektefeller eller fraskilte ved samlivsbrudd.

Saker om offentlige tjenestehandlinger skal etter utkastet behandles etter reglene for allmennprosess i tingretten, og det er behov for å videreføre unntaket i tvistemålsloven § 273 nr. 3.

Unntaket for saker om gyldigheten av voldgiftsdommer i tvistemålsloven § 273 nr. 4 videreføres i tvisteloven.

Etter gjeldende rett er rettsforlik tillagt samme virkning som en rettskraftig dom, og forliket er gjenstand for anke i henhold til tvistemålsloven § 286 annet ledd. Dette gjelder også rettsforlik i forlikrådet, som kan ankes til tingretten. Etter utvalgets forslag til regler om rettsforlik, vil rettskraftvirkningen av rettsforlik bli sterkt begrenset, idet det som alternativ til å videreføre reglene om anke over rettsforlik, åpnes adgang til å kjenne forliket ugyldig i ordinært søksmål. Det vises lovutkastet § 7-10. Forlikrårdsbehandling bør ikke finne sted i slike saker. I lovutkastet § 8-2(1)(c) er det foreslått en felles unntaksregel for saker om gyldigheten av voldgiftsdommer og rettsforlik.

Saker avgjort av eller innbrakt for ulike klagenemnder behandles i II.10.10.6.

Øvrige unntak beholdes i særlovgivningen. Utvalget finner ikke tilstrekkelig grunn til å beholde et eget unntak i tvistemålsloven for de saker om patenter og andre immaterialrettigheter som skal anlegges for Oslo byrett i første instans. Selv om den negative avgrensning av forlikrådets

kompetanse i disse sakene kunne kommet klare frem enn i utkastet til § 8-2(1) første punktum, er risikoen for uriktig saksanlegg liten fordi sakene i praksis alltid reises av profesjonelle aktører.

#### 10.10.4 Stedlig kompetanse

De alminnelige vernetingsreglene i lovutkastet kapittel 4 vil komme til anvendelse. Utvalget foreslår ikke særlige vernetingsregler for forlikradsbehandling, noe som svarer til gjeldende rett. I utkastet til kapittel 4 har utvalget som ny regel foreslått at en sak som anlegges ved feil domstol ikke skal avvises, men henvises til rett domstol. Det vises til § 4-6. Dette bør også gjelde forlikrådet.

#### 10.10.5 Virkningene av at saken er brakt inn for forlikrådet

##### 10.10.5.1 *Litispens*

Utvalget har behandlet reglene om litispens, den kompetansebegrensning at det ikke kan reises en ny sak om et krav som allerede er tvistegjenstand i en verserende sak, og andre virkninger av saksanlegg i lovutkastet kapittel 20 og bemerkningene til kapitlet.

De alminnelige litispensreglene vil også gjelde for forlikrådet, slik at en forliksklage må avvises dersom den gjelder et krav som allerede er tvistegjenstand i en verserende sak for domstolene. Utvalget foreslår også videreført regelen i tvistemålsloven § 63 første ledd om at forliksklagen medfører litispens. Etter utkastet § 20-2(1) er kravet tvistegjenstand for domstolene fra det tidspunkt forliksklage er innkommet til forlikrådet. Litispensvirkningen varer til saken er avsluttet.

Hvis en sak er henvist fra forlikrådet til retten, følger det etter gjeldende rett av tvistemålsloven § 63 tredje ledd at litispensvirkningen består i ett år etter henvisningen. Denne rettsvirkningen foreslås ikke videreført. Når forlikradsbehandlingen er avsluttet uten en rettskraftig avgjørelse ved dom eller forlik, bør det ikke gjelde noe prosessuelt hinder for annen behandling av saken, for eksempel behandling ved Forbrukertvistutvalget. Av denne grunn er det noe misvisende å fortsette å bruke terminologien henvisning til retten. Når forliksmekling ikke skal være obligatorisk i noen saker, har det neppe noen hensikt å benytte henvisning som en egen avgjørelsestype. Utvalget er av den oppfatning at man heller som alminnelig begrep bør bruke uttrykket innstilling av forlikradsbehandlingen i disse tilfellene.

Litispensvirkninger i forhold til klage-

nemndsbehandling og andre konfliktløsningstilbud utenfor domstolene behandles i neste avsnitt.

Det er viktig at saken blir behandlet raskt i forlikrådet. Utvalget har i utkastet § 8-5(1) annet punktum foreslått en alminnelig plikt til å holde rettsmøte innen tre måneder etter at forliksklagen ble inngitt. Hvis forlikrådet ikke innen rimelig tid greier å få behandlet saken, bør hver av partene gis mulighet for å gå videre med saken til tingretten. Utvalget foreslår en seks månedersfrist. En regel om dette er formulert i utkastet § 8-11(4).

##### 10.10.5.2 *Materielle virkninger av saksanlegg*

Også de materielle rettsvirkningene av saksanlegg bør etter utvalgets oppfatning reguleres i det alt vesentlige på samme måte for forlikrådet som for tingretten. Det vises til lovutkastet § 20-3.

#### 10.10.6 Grenseflaten mot konfliktløsning utenfor domstolene

##### 10.10.6.1 *Oversikt over gjeldende regler*

Forholdet mellom forlikradsbehandling og behandling ved klagenemnder og andre tvisteløsende organer utenfor domstolene utgjør etter gjeldende rett et noe uoversiktlig bilde. Utvalget redegjør i II.11.3 om småkravsprosess for ulike former for konfliktløsning utenfor domstolene.

##### 10.10.6.1.1 *Forbrukertvistutvalget*

Tvistemålsloven § 273 nr. 7 bestemmer at saker som er avgjort ved vedtak i Forbrukertvistutvalget ikke er gjenstand for forlikradsbehandling. Dette fremgår også av forbrukertvistloven § 11, hvoretter Forbrukertvistutvalgets vedtak har virkning som rettskraftig dom dersom saken ikke innen fire uker bringes inn for tingrett ved stevning. Det vises til redegjørelsen for ordningen i II.11.3.1.2.

Kompetansebegrensningen for forlikrådet inntreffer allerede når en slik klagesak bringes inn for Forbrukerrådet. Dette følger av litispensregelen i forbrukertvistloven § 15 første ledd.

Forbrukertvistloven § 15 annet ledd inneholder en regel om stansning. Hvis søksmål er reist for de alminnelige domstoler og en part ønsker tvisten avgjort av Forbrukertvistutvalget, kan vedkommende domstol stanse den videre behandling av saken inntil Forbrukertvistutvalgets avgjørelse foreligger. Selv om loven bruker uttrykket «søksmål», gjelder regelen etter forarbeidene også for saker som er innbrakt for forlikrådet. Hvorvidt saken skal stanses eller ikke, er overlatt til rettens

skjønn. Momenter er hvor langt saksbehandlingen er kommet, og sannsynligheten for at saken vil kunne avgjøres av Forbrukertvistutvalget. Saksbehandlingen for Forbrukertvistutvalget er skriftlig, og utvalget kan i henhold til forbrukertvistloven § 8 tredje ledd avvise saken dersom det finner at realitetsavgjørelse ikke kan treffes uten at partene eller vitner forklarer seg muntlig. Også forventet behandlingstid er et moment.

#### 10.10.6.1.2 Husleietvistutvalget

Ved den nye husleieloven (lov av 26. mars 1999 nr. 17) § 12-5 ble det gitt hjemmel for å opprette en forsøksordning med kommunale husleietvistutvalg i enkelte kommuner med kompetanse til å behandle tvister etter loven. Saker avgjort ved vedtak av Husleietvistutvalget ble samtidig ved ny tvistemålsloven § 273 nr. 8 unntatt fra forlikrådsbehandling. Nærmere regler om saksbehandlingen ved Husleietvistutvalget er gitt ved midlertidig forskrift om husleietvistutvalg i Oslo av 28. september 2000 nr. 1020 (Kommunal- og regionaldepartementet. Forskriften trådte i kraft 1. mars 2001, og Husleietvistutvalget i Oslo trådte i funksjon denne dagen.

Husleietvistutvalget kan mekle i saken etter regler om dette i forskriften § 7. Det er her gitt anledning til en mer intensiv mekling etter mønster av forsøksordningen med rettsmekling for domstolene. Forlik har samme retts- og tvangskraft som rettsforlik etter § 9 tredje ledd.

Husleietvistutvalgets vedtak er bindende hvis det ikke bringes inn for retten, etter tilsvarende regler som for Forbrukertvistutvalget, se forskriften § 10. Det gjelder også litispensregler etter forskriften § 13 som innebærer at en tvist som er begjært innbrakt for Husleietvistutvalget senest samme dag som den er krevd avgjort av en domstol, skal avgjøres av Husleietvistutvalget.

Forskriften har ikke regler om stansning av en sak for domstolene som en part ønsker innbrakt for Husleietvistutvalget, slik som for Forbrukertvistutvalget.

Også for saker avgjort av takstnemnd etter husleieloven § 12-2 er det unntak fra forliksmekling, idet det fremgår av tredje ledd at takstnemndas vedtak er bindende dersom det ikke bringes inn for tingretten ved stevning innen to måneder.

#### 10.10.6.1.3 Klage- og reklamasjonsnemnder

Som det fremgår av II.11.3.1.3 finnes det i tillegg en rekke forskjellige klagenemnder på forbrukersektoren. De fleste er private organer, ikke forvaltningsorganer som Forbrukertvistutvalget og Hus-

leietvistutvalget, og er opprettet etter avtale mellom Forbrukerrådet og vedkommende bransjeorganisasjoner. Enkelte av nemndene har imidlertid en indirekte lovmessig forankring.

Av disse nemndene har Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser en spesiell stilling, idet pakke-reiseloven (lov 25. august 1995 nr. 57) kapittel 10 åpner for at nemndas vedtak, når kongen har godkjent vedtektene, blir bindende på samme måte som vedtak av Forbrukertvistutvalget. Det følger av § 10-5 første ledd at sak til overprøving av nemndas vedtak må reises for tingrett, og at mekling i forlikrådet ikke foretas. Nemndas vedtekter er ikke godkjent ennå, slik at reglene i kapittel 10 hittil ikke er aktivisert. Fra Reklamasjonsnemndas sekretariat har utvalget fått opplyst underhånden at det er søkt om godkjennelse, og at saken har vært under behandling i flere år. For tiden ligger saken til vurdering i Næringsdepartementet.

For andre klagenemnder med lovmessig forankring er ordningen at det inntremer mer begrensede rettsvirkninger ved offentlig godkjennelse av vedtektene. Et gjennomgående trekk er at det gjelder unntak fra plikten til forliksmekling, men ikke noe forbud mot dette. I tillegg inntremer helt eller delvis litispensvirkninger i forhold til domstolene for en sak som er under behandling i nemnda. Slik godkjennelse er gitt for nemdene i forsikringssektoren etter forsikringsavtaleloven (lov av 16. juni 1989 nr. 69) § 20-1 og Bankklagenemnda etter finansavtaleloven (lov av 25. juni 1999 nr. 46) § 4, mens spørsmålet etter det utvalget er kjent med, er under vurdering for Boligtvistnemnda etter bustadoppføringslova (lov av 13. juni 1997 nr. 43) § 64 tredje ledd.

I forhold til andre klagenemnder gjelder det ingen regler om litispens eller andre begrensninger i adgangen til forlikråds- eller annen domstolsbehandling. Det er imidlertid vanlig at nemndenes vedtekter inneholder regler om at nemndene ikke behandler saker som er innbrakt for domstolene. Tvistemålsloven § 274 annet ledd inneholder en hjemmel til å bestemme ved forskrift at forlikrådsbehandling ikke skal være nødvendig i saker som har vært behandlet i utenrettslige tvisteløsningsorganer. Denne kompetansen er ikke benyttet.

#### 10.10.6.1.4 Konfliktrådene

Også konfliktrådene kan behandle tvister i sivile saker. Om konfliktrådsordningen vises til II.11.3.2. Heller ikke konfliktrådsloven eller forskriftene inneholder nærmere regler om litispens eller om forholdene til forlikråds- eller annen domstols-

behandling. Mekling i konfliktrådet krever imidlertid begge parter samtykke, og meklerin har kompetanse til å vurdere om saken egner seg. En sak for forlikrådet vil derfor ikke kunne bringes inn for konfliktrådet uten at begge parter er enige om det. Omvendt vil en sak for konfliktrådet i praksis måtte avsluttes dersom en part bringer saken inn for forlikrådet. Konfliktrådsbehandlingen vil kunne kunne ut i en privatrettslig bindende avtale, men avtalen har ikke retts- eller tvangskraft som et rettsforlik for forlikrådet.

#### 10.10.6.2 Saksanlegg etter bindende nemndsvedtak

I de tilfellene et nemndsvedtak i medhold av lov er tillagt bindende virkning dersom saken ikke bringes inn for domstolene, må forlikrådsbehandling fortsatt være utelukket, noe som svarer til tvistemålsloven § 273 nr. 7 og 8 og pakkereiselovent § 10-5 første ledd annet punktum. Dette vil gjelde vedtak av Forbrukertvistutvalget og Husleietvistutvalget, samt vedtak av Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser dersom nemndas vedtak blir offentlig godkjent. Det vil også gjelde for vedtak av takstnemnd etter husleieloven § 12-2. Sakene vil etter utkastet bli behandlet ved de alminnelige tingretter etter allmennprosess eller småkravsprosess, slik at det er behov for et uttrykkelig unntak. En generell unntaksregel foreslås i lovutkastet § 8-2(d).

#### 10.10.6.3 Saksanlegg etter ikke bindende nemndsvedtak

Utvalget ser under noen tvil ikke tilstrekkelig grunn til å foreslå innført et unntak fra forlikrådets meklingskompetanse i de sakene hvor nemndas vedtak ikke er bindende. I og med at vedtakene ikke er bindende, vil det være behov for domstolsbehandling for å få tvangsgrunnlag. I mange tilfeller vil det være avklart at det er en slik tvist mellom partene at forlikrådsbehandling har lite for seg, men i så fall er det grunn til å tro at parten selv vil velge å bringe saken inn for tingretten. For øvrig bør spørsmålet ses i sammenheng med at utvalget foreslår innført en skjønsmessig adgang for forlikrådet til å innstille behandlingen uten å innkalle til møte hvor saken ikke egner seg for forlikrådsbehandling. Det vises om dette til II.10.10.10.

Det som er sagt om ikke bindende nemndsvedtak har også gyldighet for saker som har vært behandlet i konfliktråd.

#### 10.10.6.4 Saker innbrakt for nemnd først

Hvis saken er innbrakt for en nemnd med kompe-

tanse til å treffe bindende vedtak, har behandlingen etter gjeldende rett litispensensvirkning slik at saken ikke kan bringes inn verken for forlikrådet eller de ordinære domstoler. Dette følger av forbrukertvistloven § 15 første ledd, pakkereiselovent § 10-3 og forskriften om husleietvistutvalg § 13 første ledd. Utvalget foreslår ikke noen endring på dette punkt.

For nemndsordningene etter forsikringsavtaleloven, bustadoppføringslova og finansavtaleloven (Bankklagenemnda) gjelder det litispensensregler i dag, selv om vedtakene ikke er bindende. Etter forsikringsavtaleloven § 20-1 annet punktum og bustadoppføringslova § 64 tredje ledd annet punktum er det imidlertid bare parten på næringslivssiden som er avskåret fra å bringe saken inn for domstolen, mens den private part på sin side har adgang til dette. For Bankklagenemnda gjelder begrensningen for begge parter. Utvalget foreslår ikke noen endringer i disse reglene.

Det kan reises spørsmål om det burde gjelde begrensninger i adgangen til forlikrådsbehandling også for saker som er under behandling ved andre klage- eller reklamasjonsnemnder enn de som er særskilt lovregulert. Det mest praktiske tilfelle av konflikt oppstår hvis en næringsdrivende part reiser sak for forlikrådet til inndrivelse av vederlaget for en vare eller tjeneste i et tilfelle hvor kunden har fremsatt klage til en bransjenemnd. Det kan være illojalt å søke vederlaget inndrevet ved søksmål i et slikt tilfelle, og eventuelt også stride mot avtaler som ligger til grunn for opprettelsen av vedkommende bransjenemnd. Nemnda vil ofte være et organ med spesialkompetanse på vedkommende område, og for forbrukeren vil det som regel være en fordel å få saken fullført der.

På den annen side vil et generelt unntak for domstolsbehandling av saker som er under behandling i klagenemnder føre for langt. Det er mange ulike nemnder i virksomhet, og kvaliteten på saksbehandlingen og avgjørelsene kan variere. Det er vanskelig å finne et egnet avgrensingskriterium. Utvalget er blitt stående ved at man ikke bør foreslå generelle begrensninger av adgangen til forlikrådsbehandling eller annen domstolsbehandling av slike saker. Det gir en bedre garanti for betryggende saksbehandling at man på de områder hvor det er ønskelig å knytte større rettsvirkninger til nemndsordningen, etablerer særskilt lovgrunnlag for dette etter den fremgangsmåte som et benyttet blant annet for Bankklagenemnda.

Utvalget vil for øvrig foreslå en skjønsmessig adgang for forlikrådets leder til å innstille behandlingen av en klage uten å innkalle til møte hvis det er åpenbart at saken ikke egner seg til forliks-

rådsbehandling, se lovutkastet § 8-11(1). Denne kompetansen vil kunne benyttes i et tilfelle hvor klagemotparten har brakt saken inn for en klagenemnd.

Mekling i konfliktrådet krever samtykke fra begge parter. Samtykket kan fritt kalles tilbake. Det er derfor ikke behov for en egen litispensensregel.

#### 10.10.6.5 Saker innbrakt for forlikrådet først

Når saken er innbrakt for forlikrådet først, er utgangspunktet at den er tvistegjenstand, og at dette behandlingssporet får prioritet.

Regelen om stansning i forbrukertvistloven § 15 annet ledd representerer det eneste lovbestemte unntaket fra dette idag. Stansningsregelen innebærer at litispensensvirkningen suspenderes. Utvalget foreslår denne ordningen erstattet av en regel om innstilling av forlikrådsbehandlingen i tilfeller hvor klagemotparten krever saken behandlet i Forbrukertvistutvalget eller annen nemnd som kan treffe bindende vedtak. Det vises til II.10.10.10.4 nedenfor.

Etter utvalgets oppfatning er det ikke grunn til å utvide adgangen til stansning eller innstilling til å omfatte annen nemndsbehandling. Spørsmålet må ses i sammenheng med at utvalget foreslår en alminnelig adgang for forlikrådet til å innstille meklingen i tilfeller hvor saken ikke er egnet til mekling. At klagemotparten heller ønsker saken behandlet i en klagenemnd, og at dette fremstår som en mer hensiktsmessig behandlingsform, vil kunne begrunne at forlikrådet innstiller behandlingen. Det er ikke grunn til å beslutte stansning i et slikt tilfelle. Hvis nemnsbehandlingen ikke fører frem, vil det være investert ytterligere tid og innsats på behandlingen av tvisten. Partene bør etter dette stå fritt med hensyn til hvordan de ønsker saken behandlet videre.

Problemstillingen bør også ses i sammenheng med litispensensvirkningen av forlikrådsbehandlingen. Utvalget foreslår å oppheve dagens regel om at saken fortsetter å være tvistegjenstand i ett år etter at den er henvist fra forlikrådet. Det vises om dette til II.10.10.5 ovenfor og lovutkastet kapittel 20. Denne endringen medfører at det etter forgiaves forliksmekling ikke vil gjelde noen formell begrensning av partenes adgang til å bringe saken inn for en klagenemnd. Litispensensvirkningen vil først inntre igjen ved stevning til tingretten.

Vurderingene her er i samsvar med det alminnelige synspunkt at saken ikke skal bli stående i forlikrådet i noe lengre tidsrom, men kunne brin-

ges videre til tingretten dersom den ikke er løst raskt.

### 10.10.7 Forliksklagen

#### 10.10.7.1 Kort om gjeldende rett

Kravene til forliksklagens innhold er ikke særlig strenge etter tvistemålsloven § 277 første ledd første punktum. Klagen skal inneholde partenes navn og «en kort forklaring om sakens gjenstand». Loven sier ikke noe nærmere om hvor utførlig forklaringen skal være. Vanlig oppfatning er at den må være tilstrekkelig til å individualisere det krav som er tvistegjenstand. Gjelder saken et pengekrav, må både fordringens størrelse og grunnlaget for den oppgis. Det er ikke noe krav om at klagen skal inneholde en påstand, men skal uteblivelsesdom kunne avsies, er det nødvendig å nedlegge en bestemt påstand, se tvistemålsloven § 289 annet ledd annet punktum.

Forliksklage kan inngis muntlig eller ved prosesskrift. De alminnelige krav til prosesskrifter i tvistemålsloven §§ 119 flg. kommer derfor til anvendelse.

Ved lovendring i 1990 (lov av 24. august 1990) nr. 54 ble det tilføyet en ny bestemmelse i tvistemålsloven § 277 første ledd tredje punktum: Når forliksklagen inngis som ledd i inkasso, skal eventuell betalingsoppfordring sendt skyldneren etter inkassoloven § 10 jf. § 12 vedlegges.

Fra forlikrådshold er det flere ganger fremholdt at forliksklagene ofte er svært knappe, og at de gir et mangelfullt grunnlag for å forberede mekling. Ofte vedlegges ikke dokumenter som kravet bygger på. Kritikken er gjentatt overfor utvalget i forbindelse med den aktuelle reformen.

#### 10.10.7.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår at betegnelsen forliksklage beholdes som betegnelse på saksanlegg for forlikrådet.

Småkravsutvalget foreslo i sin delinnstilling I om forlikrådsordningen (NOU 1982: 40) at det skulle stilles like strenge krav til forliksklagen som til en stevning. Forslaget fikk imidlertid ikke tilslutning i proposisjonen. Departementets begrunnelse var at ca. 70 % av forliksklagene avgjøres ved uteblivelsesdom, og at en skjerpelse av kravene til forliksklagens innhold for disse sakene innbærer en unødvendig økning av klagerens kostnader. Kostnadene må i de fleste tilfeller endelig bæres av klagemotparten som blir pålagt å erstatte klagerens saksomkostninger. Gevinsten ved å skjerpe kravene ble ansett som marginale i forhold til de

økte kostnadene i uteblivelsessakene. Det vises til Ot.prp. nr. 47 (1985-86) side 50.

Kravene til forliksklagens innhold bør etter utvalgets oppfatning skjerpes noe med sikte å legge bedre til rette for forliksrådets mekling. Dessuten bør vilkårene fremgå uttrykkelig av regelen om forliksklage.

At forliksklagen skal kunne inngis skriftlig ved prosesskrift eller muntlig, foreslås videreført i samsvar med utvalgets forslag vedrørende stevning til tingrett, se lovutkastet § 8-3(1) annet punktum. De gjennomgående reglene om prosesskriv som er foreslått i utkastet kapittel 16, vil komme supplerende til anvendelse, og en uttrykkelig henvisning inntas av pedagogiske grunner. Dette innebærer også at elektronisk forliksklage vil bli det normale. Også inkassobyråer vil sikkert finne det hensiktsmessig å inngi forliksklagen elektronisk. Det dreier seg her om massebehandling av saker hvor potensialet for effektivisering er betydelig.

Utvalget har i utkastet til regler om saksbehandlingen i tingretten § 9-2(2) foreslått en skjerping av kravene til innholdet av stevningen. I forhold til gjeldende rett er det foreslått at stevningen også skal angi det rettslige grunnlaget for kravet, og at bevisoppgave skal være obligatorisk. Den detaljerte oppregningen i § 9-2(2) er supplert av en regel i (3) om at stevningen skal gi grunnlag for en forsvarlig videre behandling av saken for partene og retten. Krav, påstand og faktisk og rettslig begrunnelse skal være slik angitt at saksøkte har tilstrekkelig mulighet for å ta stilling til kravene og til å forberede saken. I § 9-2(4) er det foreslått en forenklet regel blant annet for en part som reiser sak for å få overprøvd nemndsvedtak og dommer av forliksrådet. Det er tilstrekkelig å oversende avgjørelsen til retten, angi den endring som kreves og angi hva som menes å være feil ved avgjørelsen.

Utvalget har vurdert om man burde stille samme krav til forliksklagen som til stevningen. Fordelen med en slik regel ville være at saker hvor det er tvist blir vesentlig bedre tilrettelagt enn i dag. Det blir enklere for klagemotparten å ta til motmæle, og forliksrådets medlemmer får anledning til å sette seg bedre inn i saken før meklingsmøtet. Dette vil fremme kvaliteten på meklingen og styrke tilliten til forliksrådets behandling hos partene. Både evalueringen av forsøksordningen med rettsmekling og Knophs brukerundersøkelse av forliksrådsordningen tilsier at det er en nøkkelfaktor at mekleren har satt seg godt inn i saken. Dessuten ville forliksklagen kunne benyttes som stevning dersom saken senere bringes inn for retten.

På den annen side har motargumentene fra reformen i 1986 fortsatt vekt. I det store flertall av saker er det unødvendig å kreve at forliksklagen skal utformes som stevning. I typiske inkassosaker hvor det ikke er grunn til å forvente innsigelser, blir dette uforholdsmessig, spesielt i betraktning av at kravene til stevningens innhold ytterligere er skjerpet ved utvalgets lovforslag.

Man kan løse dette avveiningsproblemet på to måter; enten å gi egne regler om forenklet forliksklage i inkassosaker, eller å gi regler som fremstår som et kompromiss, idet kravene skjerpes noe i forhold til dagens lov, men uten at kravene er like strenge som for stevning.

Den første løsningen er foreslått for stevningen i inkassosaker i Retsplejerådets utkast til reform av sivilprosessen i Danmark, se lovutkastet § 348 stk. 3 med begrunnelse i Delutredning I side 487 – 488. Utkastet inneholder en alminnelige skjerpelse av kravet til stevningens innhold i § 348 stk. 2 nr. 4, idet stevningen skal inneholde en utførlig gjengivelse av de faktiske og rettslige omstendigheter hvorpå påstanden støttes. I saker hvor saksøkeren har angitt at saksøkte ikke forventes å komme med innsigelser, er det tilstrekkelig at stevningen inneholder en kort fremstilling av de faktiske omstendigheter hvorpå påstanden støttes.

Utvalget har blitt stående ved at det bare bør utformes ett regelsett, og viser til forslaget til regelutforming i § 8-3. Kravene er ikke strengere enn at de relativt enkelt vil kunne oppfylles i inkassosaker.

### 10.10.7.3 Felles forliksklage og begjæring om utlegg

Betalingsinnfordringsutvalgets forslag til regler om direkte inndrivelse av uimotsagte krav ved namsmyndighetene, innebærer en forenkling ved at det ikke blir nødvendig å fremme to begjæringer – først forliksklage og dernest utlegg. Det er imidlertid også mulig å gjennomføre en effektivisering innenfor rammen av en fortsatt forliksrådsbehandling av slike saker ved at begjæring om utlegg kan fremsettes sammen med forliksklagen. Hvis saken ender med dom i klagerens favør, vil han når oppfyllelsesfristen er oversittet, kunne inngi en kort begjæring om at saken skal fortsette som utleggssak. En slik behandlingsmåte vil bli forenklet dersom sekretariatet for forliksrådet legges til samme organ som namsmannen, slik at sakene kan håndteres i et felles elektronisk saksbehandlingssystem.

Det er ønskelig å se en slik reform i sammenheng med det fortsatte arbeidet med organiserin-

gen av rettspleien på grunnplanet og behandlingen av Betalingsinnforordningsutvalgets innstilling. Utvalget fremmer derfor ikke regler om dette nå.

### **10.10.8 Forliksrådets behandling av klagen. Tilsvar**

#### *10.10.8.1 Kort om gjeldende rett*

Første trinn i forliksrådets behandling er en formell kontroll av forliksklagen. De alminnelige reglene om veiledning, frist for retting og om avvisning i tvistemålsloven kapittel 7 gjelder også for forliksrådet. Forliksrådets formann kan alene avsi avvisningskjennelse i medhold av tvistemålsloven § 166.

Hvis saken fremmes, skal forliksrådet forkynne klagen for klagemotparten og enten innkalle partene til møte etter tvistemålsloven § 277 tredje ledd eller gi klagemotparten pålegg om å inngi tilsvar etter § 277 fjerde ledd. Tilsvar skal velges i saker hvor forliksrådet kan avsi uteblivelsesdom, og klageren har krevet dette. Tilsvarsordningen ble innført i 1986 (lov av 27. juni 1986 nr. 26). Om lag 2/3 av forliksrådets saker blir avgjort ved uteblivelsesdom på grunn av manglende tilsvar.

Hvis det ikke er aktuelt å avsi uteblivelsesdom, utferdiges ikke pålegg om tilsvar. Partene innkalles da direkte til mekling.

#### *10.10.8.2 Utvalgets vurdering*

De alminnelige reglene i lovutkastet om formell kontroll med saksanlegg, veiledning, retting av mangelfull prosesshandling og avvisning vil også gjelde forliksrådet. Dette innebærer at gjeldende rett på vesentlige punkter videreføres. Avvisning av forliksklagen vil imidlertid etter utkastet § 22-1 alltid være en subsidiær reaksjon i forhold til pålegg om retting. Reglene om forberedende dommers kompetanse i tvistemålsloven § 166 er videreført i lovutkastet § 21-2(2), og kommer også til anvendelse på forliksrådet. For saker anlagt ved feil verneting, dvs. et forliksråd som ikke er stedlig kompetent til å behandle saken etter reglene i kapittel 4, medfører utkastet § 4-6 en endring. Forliksklagen skal ikke lenger avvises, men henvises til riktig domstol.

Etter utvalgets oppfatning bør det alltid som første skritt kreves tilsvar fra klagemotparten. Regelen bør her være den samme som for småkravprosessen i tingrett. Forliksrådet vil etter utvalgets forslag ha kompetanse til å avsi forfallsdom eller dom på grunnlag av klagemotpartens aksept av påstanden i alle saker innenfor sitt kom-

petanseområde. At klageren ikke har krevet forfallsdom i klagen, vil sikkert bare rent unntaksvis forekomme. Selv om forliksrådet skulle mangle kompetanse til å avsi forfallsdom ved manglende tilsvar, er det ønskelig av hensyn til sakens videre behandling og gjennomføring av meklingen, både av hensyn til klageren og forliksrådet, å ha innhentet klagemotpartens standpunkt før meklingsmøtet. Dessuten må spørsmålet ses i sammenheng med utvalgets forslag om kompetanse for forliksrådet til å innstille behandlingen uten å forsøke mekling.

Tilsvarsfristen bør normalt være to uker, som svarer til praksis i dag. Sakene for forliksrådet er gjennomgående enklere enn sakene for tingretten, hvor utvalget har foreslått tre uker som normalfrist. Forliksrådet må gi klagemotparten nødvendig veiledning. Tvistemålsloven § 277 fjerde ledd inneholder svært detaljerte regler om hvilke opplysninger som skal gis i forbindelse med forkynnelsen av klagen med pålegget om tilsvar. Etter utvalgets oppfatning må det gis informasjon både om hvordan tilsvaret skal utformes, om konsekvensene av ikke å gi tilsvar i tide, og om viktige sider ved saksbehandlingen i forliksrådet ellers, blant annet reglene om mulighetene for å avsi dom etter godkjennelse av påstanden i klagen, og om klagemotpartens rett til å kreve innkalt til meklingsmøte selv om han erkjenner kravet. Veiledningen må tilpasses den omstendighet at klagemotparten i de fleste tilfelle ikke har juridisk bistand. Lovteksten bør imidlertid ikke belastes med en detaljert regulering. Informasjonen vil i praksis få en standardisert utforming.

Reglene om tilsvaret bør kunne utformes etter mønster av utkastet til regler om tilsvar for tingretten i lovutkastet § 9-3, men med en viss forenkling. Det vises til utkastet til regelformulering i § 8-4. Også for tilsvaret kommer reglene om prosesskriv i kapittel 16 supplerende til anvendelse.

### **10.10.9 Dom under saksforberedelsen**

#### *10.10.9.1 Kort om gjeldende rett*

Etter gjeldende rett har ikke forliksrådet kompetanse til å avsi dom under saksforberedelsen. Alle dommer, også uteblivelsesdommer på grunn av manglende tilsvar, må avsies i møte med alle forliksrådets medlemmer til stede. Partene innkalles imidlertid ikke til møtene i de saker hvor det ikke skal mekles, bare avsies dom på grunn av uteblivelse eller på grunnlag av at klagemotparten i tilsvaret har godkjent klagerens påstand uten å kreve innkalt til mekling.



### 10.10.9.2 Utvalgets vurdering

Utvalget bemerker at Småkravsutvalget i sin innstilling NOU 1982: 40 foreslo at forliksrådets formann burde ha kompetanse til å avsi uteblivelsesdom i gjeldssaker ved manglende tilsvarende, se innstillingen side 108. Forslaget fikk imidlertid ikke tilslutning. Justisdepartementet uttalte i proposisjonen at dette i mange tilfeller ikke ville være betenkelig, og at det kunne være en praktisk ordning. Motargumentene var at det er naturlig at alle tre medlemmer av en kollegial domstol deltar i avgjørelsene, at det undertiden kan være vanskelig, spesielt for en ikke-jurist, å avgjøre om de prosessuelle vilkårene for å avsi uteblivelsesdom er til stede, og om saksfremstillingen i klagen tilsier at klagerens påstand er rettslig holdbar. Departementet fant det alt i alt mest betryggende at rådet er samlet om disse avgjørelsene, selv om de fleste saker ikke vil volde tvil.

Utvalget mener at spørsmål om domskompetanse for forliksrådets leder bør tas opp til ny vurdering, og at de beste grunner taler for Småkravsutvalgets forslag. Etter det inntrykk utvalget har dannet seg, medfører rutinene mange steder at forliksmedlemmenes medvirkning er svært begrenset, og at den kollegiale behandlingen ikke innebærer reell kontroll. Uteblivelsesdommene er klaggjort til møtet på forhånd, og medlemmene underskriver i en pause. Det blir ikke satt av tid til noen egentlig behandling av hver enkelt sak.

Etter utvalgets forslag til regler om forfallsdom, som svarer til betegnelsen uteblivelsesdom etter tvistemålsloven, vil det sjelden by på noe problem å avgjøre saken ved manglende tilsvarende. Det vises til utkastet § 22-6. Med hensyn til dommens innhold, innebærer utkastet en viss forenkling. Dommen skal bygge på påstandsgrunnlaget i stevningen med mindre dette fremtrer som åpenbart uriktig. Dette innebærer en mer begrenset materiell prøving fra rettens side enn tvistemålsloven forutsetter.

Det vil etter utvalgets oppfatning spare tid og kostnader, og det må anses tilstrekkelig betryggende at forliksrådets leder gis kompetanse til å avsi dom under saksforberedelsen alene i tilfelle av forfall på grunn av manglende tilsvarende. Det samme gjelder dom i realiteten når klagemotparten i tilsvaret godtar klagerens påstand uten å kreve innkalt til mekling. Forutsetningen er at avgjørelsen ikke byr på tvil. Er det usikkerhet om vilkårene for forfallsdom er til stede, må saken behandles av det samlede forliksråd i møte. En fordel med dette forslaget, er at det vil bidra til å skille ut de vanskelige sakene, slik at disse kan behandles med større oppmerksomhet og grundighet fra rådets side.

### 10.10.10 Innstilling uten mekling

#### 10.10.10.1 Innledning

Etter gjeldende rett har forliksrådet verken av eget tiltak eller etter begjæring fra en part kompetanse til å innstille behandlingen og henvise saken til retten uten å forsøke mekling. Dette har sammenheng med at forliksrådsbehandling er obligatorisk i en del saker.

Det er grunn til å tro at man i en del saker etter tilsvaret vil kunne konstatere at utsiktene til å oppnå noe er så små at de ikke står i forhold til ulempene forbundet med å gjennomføre meklingsmøte. Det er også saker som ikke egner seg til forliksrådsbehandling, selv om klageren har valgt dette. Valget kan skyldes ønske om å oppnå forfallsdom på en enkel måte, mens klagemotparten har innsigelser som ikke har vært kjent. Klagemotparten kan også ha rimelig grunn til å foretrekke at saken undergis behandling ved Forbrukertvistutvalget eller en klagenemnd. Det sistnevnte hensynet ivaretas i dag gjennom bestemmelsen i forbrukertvistloven § 15 annet ledd om adgang til stansning av en sak for domstolene med den begrunnelse at en part ønsker den behandlet av Forbrukertvistutvalget.

#### 10.10.10.2 Innstilling ved manglende løsning innen rimelig tid

Utvalget legger stor vekt på at forliksrådsbehandlingen må være hurtig og effektiv for ikke å representere et unødvendig forsinkende element. Dette er blant annet kommet til uttrykk i utkastet § 8-5(1) annet punktum om berammelse av møte innen tre måneder etter at tilsvaret er mottatt. Som utvalget har bemerkt ovenfor i II.10.10.5.1, bør partene gis mulighet for å gå videre med saken til tingretten dersom den ikke innen rimelig tid blir løst i forliksrådet. Utvalget foreslår en frist på seks måneder som passende. At klageren på denne måten er sikret at hans valg av forliksrådsbehandling ikke vil lede til at saken trekker i langdrag, kan bidra til å gjøre dette behandlingstilbudet mer attraktivt. Klageren vil ikke kunne oppnå det samme ved å trekke saken fra forliksrådet. Dette vil regulært medføre omkostningsansvar etter utkastet § 23-2(1), jf. (2) første punktum og undertiden også andre negative rettsvirkninger.

#### 10.10.10.3 Saker anlagt av kommunen

Som bemerkt ovenfor i II.10.10.3.2.3, kan det reises spørsmål om forliksrådet vil bli møtt med tilstrekkelig tillit i saker anlagt av kommunen i for-

likrådsrettskretsen. Man kunne tenke seg en regel om rett til å kreve overføring til forlikrådet i en nabo-kommune. Utvalget finner imidlertid at de beste grunner taler for å gi klagemotparten en rett til å motsette seg forliksmekling, slik at kommunen i tilfelle må ta ut stevning. Ønsker klagemotparten i stedet behandling ved et annet forlikråd, ligger det innenfor rammen av de alminnelige regler i domstoloven § 38 å fremsette begjæring om dette eller fremsette habilitetsinnsigelse.

#### *10.10.10.4 Saker som ønskes behandlet av nemnd*

Prinsippet for utformingen av litispensregler er at det bare skal versere én sak om samme tema, og at den domstol som først har fått saken til behandling har fortrinnet. Dette prinsippet er i gjeldende rett i noen grad gjennomført også i forholdet mellom forlikrådet og klagenemnder. Det vises til redegjørelsen i II.10.10.6.

Etter utvalgets oppfatning kan en part, i praksis klagemotparten, ha gode grunner for å ønske saken behandlet i Forbrukertvistutvalget eller en klagenemnd fremfor i forlikrådet. Utvalget finner imidlertid ikke at stansning av saken er noe hensiktsmessig virkemiddel på dette trinn. Stansning vil imidlertid fortsatt være aktuelt for saker innbrakt for tingretten. Når saken er under behandling ved forlikrådet, bør den i tilfelle innstilles dersom den etter ønske fra en part heller bør behandles i en nemnd. Hvis nemnda har kompetanse til å treffe bindende vedtak, vil det følge av § 8-2(d) at saken ikke kan fortsette i forlikrådet.

Domstolens kompetanse til å stanse saken i medhold av forbrukertvistloven § 15 annet ledd er fakultativ. Etter utvalgets oppfatning bør klagemotparten gis rett til å kreve saken behandlet i Forbrukertvistutvalget eller annen klagenemnd med kompetanse til å treffe bindende vedtak. Selv om en firkantet regel vil kunne virke mindre rimelig i enkelte tilfelle, bør klagemotpartens, i praksis forbrukerens, rett til å kreve saken overført til nemndsbehandling ikke være overlatt til forlikrådets skjønn. Dette er i samsvar med utvalgets hovedsynspunkt om at saksbehandlingsreglene skal være så klare som mulig.

Utenfor området for bindende nemndsordninger er det ikke foreslått at avsluttet nemndsbehandling skal stenge for å bringe saken inn for forlikrådet, og det er da mindre naturlig å gi en regel om innstilling i tilfelle hvor en part ønsker saken overført til nemnda. Innstilling og henvisning vil imidlertid også i et slikt tilfelle kunne besluttes etter den alminnelige unntaksregelen som foreslås.

#### *10.10.10.5 Innstilling uten mekling i andre tilfeller*

I tillegg til de tilfellene som er nevnt, finner utvalget at forlikrådet bør gis en adgang til å innstille meklingen etter skjønn. Hovedkriteriet bør være at det er åpenbart at saken ikke egner seg for behandling i forlikrådet. Partenes standpunkter vil være et viktig moment, men begjæring fra en part bør ikke oppstilles som nødvendig vilkår for å beslutte innstilling.

Det forutsettes at bestemmelsen skal ha funksjon av en sikkerhetsventil, og at det ikke er intensjonen at forlikrådet skal vise alle saker som synes å fremby en viss kompleksitet fra seg. Kjerneområdet er saker der partene står langt fra hverandre, og hvor saken reiser kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål som ikke vil kunne behandles forsvarlig med de begrensninger forlikrådets enkle behandlingsform representerer. Det vil også være aktuelt å benytte kompetansen til å innstille saken dersom det fremstår som klart mer hensiktsmessig å undergi saken nemndsbehandling først, selv om det dreier seg om en nemnd som ikke har kompetanse til å treffe bindende vedtak. Det kan for eksempel tenkes at klagemotparten i en sak anlagt av en bank til innfordring av et lån, har innsigelser av en viss prinsipiell rekkevidde som bør kunne bringes inn for Bankklagenemnda.

Et annet område er saker hvor det oppstår såvidt kompliserte prosessuelle spørsmål knyttet til forlikrådets kompetanse, for eksempel spørsmål om verneting i internasjonale forhold, om rekkevidden av rettskraft eller om rettslig interesse, at forlikrådet ikke finner forsvarlig grunnlag for å ta standpunkt. Utvalget ønsker ikke at saken skal forsinkes som følge av prosessuelle tvister i forlikrådet. Det bør derfor ikke være adgang til å anke en avvisningskjennelse til tingretten med sikte på å få saken hjemvist til forlikrådet. Det er en bedre løsning å gi forlikrådet kompetanse til å «gå utenom bøygen» og innstille behandlingen, slik at klageren henvises til å ta ut stevning. Det er en premiss for dette standpunktet at utvalget foreslår regler om en småkravsprosess som vil gjøre tingretten til et mer realistisk tilgjengelig alternativ enn hva som er tilfelle i dag.

### **10.10.11 Forlikrådets møte**

#### *10.10.11.1 Bør møtet være et rettsmøte?*

Forlikrådets møte til behandling av saken er et rettsmøte etter den alminnelige definisjonen i domstoloven § 122. Utvalget foreslår ikke noen endring på dette punkt. Så lenge man beholder forliks-

rådet som domstol i formell forstand, er det hensiktsmessig å betegne møtet som rettsmøte. Dette innebærer at de alminnelige regler om rettsmøter i domstoloven og i lovutkastet får anvendelse i den utstrekning det ikke gis særregler.

#### 10.10.11.2 Berammelse og innkalling. Frist

Reglene om innkalling til møte etter gjeldende rett er gitt i tvistemålsloven § 277 tredje og femte ledd. Tredje ledd gjelder hvor forlikrådet innkaller til møte uten å gi pålegg om tilsvaer, mens femte ledd gjelder når klagemotparten i tilsvaret bestrider klagerens påstand, eller – selv om rettidig tilsvaer ikke er inngitt – når vilkårene for uteblivelsesdom ikke er til stede fordi klagemotparten antas å ha gyldig forfall.

I utkastet til regler om småkravsprosess, se § 10-4(1), har utvalget foreslått at rettsmøte til sluttbehandling av saken skal holdes innen fire måneder fra stevningen ble inngitt. Også for forlikrådsbehandling finner utvalget at det bør fastsettes en behandlingsfrist, og at tre måneder er passende. Det er ikke knyttet noen direkte sanksjon til at fristen overskrides. Hvis behandlingstiden overstiger seks måneder, vil imidlertid begge parter etter utvalgets forslag kunne bringe saken inn for tingretten.

Om innkallingen bør de alminnelige regler om innkalling til rettsmøter i utkastet § 17-2 gjelde. Det vil ha forfallsvirkning å utebli fra rettsmøtet. Reglene i (2) om forkynnelse av innkalling med minst to ukers varsel med mindre særlige hensyn tilsier at det settes en kortere frist, og om opplysninger om forfallsvirkning i (4), kommer derfor til anvendelse.

Utvalget har foreslått regler om frist på en uke før møtet for forskjellige prosesshandlinger, nærmere bestemt for begjæring om innstilling uten møte, for varsel om å møte med advokat og for nye bevisstilbud. Partene bør uttrykkelig orienteres om disse reglene ved innkallingen. Det vises til lovutkastet § 8-5(2).

Partenes personlige møteplikt og representasjon behandles nedenfor i II.10.10.11.3 og 10.10.12.

#### 10.10.11.3 Partenes møteplikt

Etter gjeldende rett har en part – eller lovlig stedfortreder – som er bosatt i kommunen og ikke har gyldig forfall, plikt til å møte personlig i forlikrådet, se tvistemålsloven § 278 første ledd første punktum. I saker om formueskrav kan parten likevel møte ved en av sine nærmeste eller ansatte i henhold til § 278 første ledd annet punktum. I tvistemålsloven

§ 278 annet ledd annet punktum er det offentlige som part gitt en alminnelig adgang til å møte med fullmektig i stedet for lovlig stedfortreder.

Et generelt unntak ble innført i § 278 tredje ledd ved endringsloven av 28. april 2000 nr. 34: I saker hvor forlikrådet har innkalt til mekling selv om klagemotparten har godtatt klagerens påstand, har ingen av partene personlig møteplikt.

En part som ikke har personlig møteplikt etter § 278, kan møte med forlikfullmektig etter nærmere regler i § 279. Partenes representasjon under forlikrådsbehandling behandles i sammenheng i II.10.10.12 straks nedenfor.

Utvalgets utkast til alminnelige regler om partenes møteplikt under rettsmøter innebærer at partene ikke har plikt til å møte personlig med mindre retten har bestemt det for det enkelte rettsmøte, se utkastet § 26-1, sammenholdt med § 17-2(3) om innkallingen. Heller ikke ved hovedforhandlingen i saken har parten personlig møteplikt. Partene har imidlertid en alminnelig plikt til å være representert ved hovedforhandlingen og andre rettsmøter for sluttbehandling av saken (blant annet rettsmøter i småkravsprosess) i den forstand at det er en prosessuell forsømmelse som anses som forfall i saken om han ikke møter, se utkastet § 22-4. Hvis parten er pålagt personlig møteplikt, regnes uteblivelsen som forfall selv om det møter prosessfullmektig, se § 22-4(3). Denne ordningen er i samsvar med gjeldende rett. Også for forlikrådet er reglene at en part som ikke har personlig møteplikt fordi han er bosatt utenfor forlikrådskretsen, anses uteblitt dersom han ikke er lovlig representert ved forlikfullmektig.

Etter utvalgets oppfatning er det en viktig forutsetning for å oppnå reell mekling at partene møter personlig. Det må derfor videreføres som hovedregel at partene har plikt til å møte personlig til meklingen.

Parter som ikke har plikt til å møte personlig, vil måtte møte med fullmektig for ikke å ha forfall i saken.

For personlige parter som er prosessdyktige blir hovedregelen at parten selv må møte til meklingen. For parter som ikke er prosessdyktige og for alle upersonlige rettssubjekter påhviler møteplikten den lovlig stedfortreder. Hvem som er lovlig stedfortreder, er foreslått regulert i utkastet § 2-3(2) til (4). Utvalget har foreslått innført en adgang til delegasjon av stillingen som lovlig stedfortreder, som i realiteten innebærer en betydelig utvidelse av kretsen av personer som kan inneha denne funksjonen. Det vises til utkastet § 2-3(4) tredje til femte punktum. Blant annet vil det kunne delegeres til en av de ansatte i et selskap eller et

offentlig organ å møte som stedfortreder. Disse personene møter i dag gjerne som vitner med utvidet rett til å overvære forhandlingene etter tvistemålsloven § 213 annet ledd, og gis i praksis ofte den misvisende betegnelsen partsrepresentanter. Utvidelsen fjerner etter utvalgets oppfatning behovet for særreglene man i dag har i tvistemålsloven § 278 annet og tredje ledd.

Det kan reises spørsmål ved om det er tilstrekkelig grunn til å videreføre regelen om personlig møteplikt for selskaper og andre upersonlige rettssubjekter. Disse partene må i motsetning til fysiske parter nødvendigvis opptre ved en representant. Det vesentlige synes da å være at det møter en person med alminnelig fullmakt til å representere parten. Hvorvidt dette er en lovlig stedfortreder eller en prosessfullmektig, kan hevdes å være av underordnet betydning. Hensynet til prosessuell likestilling mellom partene tilsier imidlertid at den personlige møteplikt for lovlig stedfortreder videreføres. Det må antas å styrke mulighetene for å oppnå en minnelig løsning at det møter en person med fastere tilknytning til parten enn for eksempel en advokat, inkassator eller møtefullmektig som er gitt oppdraget i den enkelte sak.

Som utvalget vil komme nærmere tilbake til i II.10.10.12, vil flertallet ikke foreslå noen begrensninger i adgangen for en part med personlig møteplikt til å la seg bistå av prosessfullmektig under møtet i forliksrådet. Utvalget anser det imidlertid ikke i seg selv ønskelig å utforme reglene slik at de oppfordrer til økt bruk av advokat i forliksrådet, og mindretallet vil forby dette. Det vises til flertallets og mindretallets bemerkninger til § 8-7. En regel om at upersonlige rettssubjekter alltid kan møte med prosessfullmektig, ville kunne medføre at mange velger å la seg representere kun av advokat eller annen ad hoc representant, mens en part med personlig møteplikt på den annen side vil finne det unødvendig eller uforholdsmessig å møte med prosessfullmektig i tillegg til den lovlige stedfortreder, spesielt dersom kostnadene ved dette ikke blir dekket av motparten.

Det er fortsatt behov for begrensninger i møteplikten.

Etter gjeldende rett er møteplikten geografisk begrenset til personer bosatt i forliksrådskretsen. Dette er etter utvalgets oppfatning en urimelig snæver ramme, hensett til at mange kommuner er små og kommunikasjonsforholdene gode. Det er for eksempel liten grunn til at en person bosatt i Bærum, er fritatt for å møte i Oslo forliksråd. Småkravsutvalget foreslo at møteplikten ble utvidet til å omfatte personer bosatt i kommunen eller mindre enn

fem mil fra rettsstedet. Det vises til begrunnelsen i NOU 1982: 40 side 120–121. Utvalget finner en slik grense mindre hensiktsmessig, idet det vil kunne være vanskelig å fastslå hvilken avstand det er fra partens bopel til rettsstedet. I stedet foreslås møteplikten utvidet til å omfatte kommunen og nabokommunen. I kommuner med stor utstrekning kan regelen føre til at møteplikten blir tyngende. Reiseavstanden og kommunikasjonsforholdene antas imidlertid bare rent unntaktsvis å kunne medføre gyldig forfall.

Adgangen til å møte med en person som er fast ansatt i partens tjeneste etter tvistemålsloven § 278 første ledd annet punktum bør videreføres. For upersonlige rettssubjekter vil dette allerede følge av at det etter utkastet § 2-3(4) tredje punktum vil kunne delegeres til den ansatte å være lovlig stedfortreder. Også i saker som gjelder næringsvirksomhet drevet som personlig firma, vil det kunne være uforholdsmessig å kreve at innehaveren skal møte personlig. Behovet for å delegere partsfunksjonen kan være like stort i enkelmannsforetak med mange ansatte som i selskaper. Personlig møteplikt for forliksrådet vil kunne medføre at parten velger å anlegge saken for tingretten.

Derimot bør adgangen for en part med personlig møteplikt til kun å møte ved noen av sine nærstående i saker om formuekrav etter tvistemålsloven § 278 første ledd annet punktum, neppe videreføres. Personer i den krets som er nevnt, vil kunne møte sammen med parten som prosessfullmektig eller medhjelper. Er det forbundet med slike vanskeligheter for parten å møte personlig at dette ikke med rimelighet kan forlanges, vil parten etter de alminnelige regler i utkastet § 17-4 ha gyldig forfall. I så fall er det tilstrekkelig at en av partens nærmeste møter som prosessfullmektig.

Ved endringsloven av 28. april 2000 nr. 34 ble det som ny § 278 tredje ledd i tvistemålsloven gitt en regel om at partene alltid kan møte med fullmektig i saker der det innkalles til meklings etter begjæring fra klagemotparten, når denne i tilsvaret har godtatt klagerens påstand. Utvalget er enig i regelen. I disse sakene er det ikke tvist. Formålet med møtet vil være å undersøke mulighetene for en betalingsordning eller liknende. Det må da for eksempel være tilstrekkelig at klageren er representert ved inkassobyråets representant.

Det vises til forslaget til regelutforming i § 8-6.

#### 10.10.11.4 Hovedsynspunkter på gjennomføringen av møtet

Etter gjeldende rett faller forliksrådets møte i to faser som formelt sett er skarpt atskilt. Først kom-

mer forliksmeklingen. Den skjer etter nærmere regler i §§ 281 – 285. Meklingen går for lukkede dører (§ 284) og forliksrådets medlemmer har taushetsplikt. Under meklingsdelen avgir partene forklaring. Bevisføring kan finne sted, men vitneforklaringer kan bare mottas på dette trinnet dersom partene samtykker (§ 281). Partene må i utgangspunktet møte personlig, og adgangen til bruk av fullmektig, kalt forliksfullmektig, er begrenset i henhold til § 279.

Dersom forlik ikke kommer i stand, kan det kreves dom i forliksrådet i henhold til § 288 a, og domsforhandlingen begynner da i samme møte hvor meklingen ble avsluttet (§ 288 a annet ledd). Domsforhandlingen er offentlig i motsetning til meklingen. Her er adgangen til representasjon ved prosessfullmektig eller rettslig medhjelper mer omfattende enn under meklingen. Blant annet er det fri adgang til å la seg bistå av advokat. Nærmere regler om bevisføring og om gjennomføringen av domsforhandlingen for øvrig er gitt i §§ 290 til 293. Forliksrådets domskompetanse er begrenset i henhold til tvistemålsloven § 1, sammenholdt med § 294.

Etter utvalgets erfaring praktiseres tvistemålslovens regler om oppdeling av møtet mellom forliksmekling og domsforhandling i liten grad. Det synes å være en utbredt oppfatning blant forliksrådets medlemmer at ordningen ikke er hensiktsmessig, og utvalget er enig i dette. Det blir som regel et kunstig skille. I praksis gjennomføres behandlingen i ett sammenhengende møte, og på grunnlag av det som er kommet frem der, avgjør forliksrådet om rådet har grunnlag for å avsi dom eller ikke.

Etter utvalgets oppfatning taler relativt tungtveiende praktiske og prosessøkonomiske hensyn for å endre regelverket slik at det bringes i samsvar med praksis. Saken bør i forliksrådet behandles i ett møte. Dette muliggjør en betydelig forenkling av dagens behandlingsregler. Opphevelse av sondringen mellom mekling og domsforhandling får imidlertid konsekvenser for adgangen til å møte med advokat og annen prosessfullmektig og for spørsmålet om offentlighet under forhandlingene.

I samsvar med hva som praktiseres i dag, og som stemmer med forliksrådets funksjon, bør møtet gjennomføres i en fri, uformell stil. Utvalget ønsker ikke å gi detaljerte regler om en bestemt fremgangsmåte. Etter de alminnelige regler om rettsformannens prosessledelse i domstolloven, vil det være forliksrådets leder som bestemmer fremgangsmåten i den enkelte sak, innenfor den ramme som trekkes opp i § 8-8.

Partene må gis adgang til å fremstille sitt syn på saken og begrunne sitt standpunkt nærmere under veiledning fra forliksrådets leder. Brukerundersøkelsen understreker at det oppleves som meget viktig for partene å føle at de får komme ordentlig til orde. Partenes innlegg vil danne utgangspunktet for vurderingen av grunnlaget for ytterligere dialog og meklingsforsøk fra forliksrådets side.

Forliksrådets mekling bør gjennomføres etter retningslinjene for forliksforhandlinger under rettsmøter ellers, ikke etter retningslinjene for rettsmekling. Det bør således ikke være adgang til separatmøter med partene. I saker hvor det ikke er aktuelt for forliksrådet å avsi dom, enten fordi tvisten er for komplisert eller fordi partene ikke samtykker, bør forliksrådet kunne stå friere i adgangen til å fremsette forslag til løsning og gi uttrykk for synspunkter enn det som følger av habilitetsbegrensningen i lovutkastet § 7-2(1) tredje punktum. Utvalget foreslår imidlertid ikke videreført de spesielle direktivene i tvistemålsloven § 282 slik de er formulert der.

Det er naturlig at dokumentbevis fremlegges og gjennomgås i forbindelse med partenes innlegg. Det bør være en begrenset adgang til ytterligere bevisføring i form av forklaringer fra vitner og åstedsbefaring eller annen granskning i den utstrekning forliksrådet finner grunn til å tillate dette. Bevisføringen omtales nærmere i II.10.10.13.

Utvalget går ut fra at få møter vil strekke seg lenger enn en time. Praksis tilsier at mange saker er enkle og oversiktlige og lar seg behandle forsvarlig innenfor et tidsrom av en halv time. Partene bør kunne motsette seg å bli trukket inn i en langvarig og vidløftig behandling av sakene i forliksrådet. Utvalget foreslår at hver av partene kan kreve behandlingen innstilt dersom et resultat ikke er oppnådd innen tre timer. Med resultat menes at partene har inngått forlik eller at saken er opptatt til doms. Med partenes samtykke kan det imidlertid ikke være noe i veien for at forliksrådet gjennomfører en mer langvarig behandling eller også utsetter saken til et senere møte. Det siste kan være praktisk dersom det viser seg å være behov for ytterligere bevisføring og begge parter ønsker at forliksrådet skal avsi dom i saken.

#### 10.10.11.5 Særlig om offentlighet og innsynsrett

Et spørsmål som krever særskilt overveielse, er om forliksrådets møter skal være åpne eller lukket.

Etter gjeldende rett foregår meklingen for lukkede dører etter tvistemålsloven § 284 første ledd første punktum. Domsforhandlingen er imidlertid offentlig i henhold til tvistemålsloven § 288 a annet

ledd annet punktum, med mindre de alminnelige regler i domstolloven kapittel 7 hjemler unntak. Ingen av unntakene er særlig aktuelle i de sakstyper forliksrådet behandler.

At skillet mellom forliksmekling og domsforhandling oppheves, må etter utvalgets oppfatning få konsekvenser for hva som skal være den alminnelige regel om møteoffentlighet. Det følger av EMK artikkel 6(1) at en rettergang som munner ut i en bindende avgjørelse av partenes rettigheter og plikter, skal være offentlig. I bestemmelsens annet punktum er det angitt kriterier for at pressen og offentligheten kan utelukkes fra forhandlingene. Dette er forholdsvis snevre unntak. Domstollovens alminnelige regler om offentlige rettsmøter antas å være i samsvar med EMK. Hva som mer konkret følger av EMK artikkel 6 på dette punkt er nærmere behandlet i kapittel II.4.

Hovedregelen må etter dette være at forliksrådets rettsmøter er offentlige, og at adgangen til å utelukke offentligheten er begrenset i henhold til domstollovens alminnelige regler om rettsmøter.

Etter utvalgets oppfatning er det i seg selv ønskelig at forliksrådets rettsmøter er offentlige, slik at pressen og allmennheten for øvrig gis mulighet for innsyn i hvordan dette myndighetsorganet utøver sin virksomhet. En slik mulighet for innsyn eksisterer i praksis ikke i dag fordi forliksrådene i så liten grad avholder noen egen domsforhandling. Dommen avsies på grunnlag av meklingsmøtet, som går for lukkede dører.

At forliksforhandlinger i rettsmøter ved domstolene skjer offentlig, er i samsvar med reglene for de øvrige domstoler, og dette er foreslått videreført i lovutkastet § 7-2.

Retten har ikke noen kompetanse til å beslutte lukkede dører med den begrunnelse at forliksforhandlingene skal skjermes mot innsyn. I praksis blir nok imidlertid behovet for diskresjon ivarett ved at forliksforhandlinger henlegges til pauser som ikke er en del av selve rettsmøtet.

For rettsmekling er utgangspunktet det motsatte. Rettsmekling skjer utenfor rettsmøter og er undergitt regler om diskresjon og taushetsplikt. Det vises til lovutkastet § 7-6. Mellom rettsmekling og mekling i rettsmøter er det imidlertid den viktige prinsipielle forskjell at rettsmeklingen ikke kan munne ut i noen bindende avgjørelse, og at offentlighetskravet i EMK artikkel 6(1) ikke får anvendelse.

Utvalget erkjenner likevel at offentlighet for forliksrådets rettsmøter vil kunne påvirke mulighetene for forlik negativt. Det kan reises spørsmål om forliksrådet med partenes samtykke bør gis kompetanse til å beslutte lukkede dører under

meklingen, selv om vilkårene ikke er til stede etter domstollovens kapittel 7. En mulig konsekvens kan være at forliksrådet ikke kan avsi dom i saken. Utvalget finner avveiningen vanskelig. Det følger av etablert praksis ved Menneskerettsdomstolen at en part kan gi avkall på rettigheten til offentlig rettergang i artikkel 6(1), slik at lukkede dører ikke innebærer noen krenkelse av rettighetene til en part som har samtykket i dette. Bestemmelsen om offentlighet i artikkel 6 skal imidlertid ikke bare ivareta partenes eventuelle ønske om offentlighet, men også sikre offentligheten kjennskap til hvordan saker behandles og avgjøres med henblikk på å skape tillit til rettsapparatet og gi grunnlag for kritikk. Domstollovens regler om offentlige rettsmøter ivaretar de samme hensyn. At en part som har samtykket til lukkede rettsmøter, for egen del ikke senere bør kunne beklage seg over at dette er en krenkelse av hans rettigheter etter artikkel 6(1), er en sak for seg. Artikkel 6(1) forutsetter offentlighet med mindre det i henhold til den særskilte unntakshjemmelen i samme bestemmelse er grunnlag for lukkede dører.

For utvalget står det da som vanskelig å forsvare at de allmenne interesser som ligger i offentlighetskravet, likevel skal kunne forspilles ved partenes avtale. Dette er en konvensjonsbeskyttet interesse som partene ikke fritt kan disponere over. Det er grunn til å minne om at prinsippet om offentlige rettsmøter er foreslått uttrykkelig grunnlovsfestet i Ytringsfrihetskommisjonens (NOU 1999: 27) forslag til ny bestemmelse om ytringsfriheten i Grunnloven § 100 femte ledd, som lyder slik:

«Enhver har Ret til Innsyn i Statens og Kommunernes Acter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Loven kan kun sætte slike klarlig definerede Grændser for denne Ret, hvor særligt tungtveiende Hensyn gjøre dette nødvendigt.»

Det vises til nærmere omtale i II.22 om offentlighet og innsynsrett.

Retten til fri informasjonsformidling er også særskilt beskyttet i EMK artikkel 10. Selv om det ikke er avklart i Menneskerettsdomstolens praksis i hvilken utstrekning artikkel 10 sett i sammenheng med artikkel 6(1) vil kunne hjemle en fri referatgang, har det vært hevdet i teorien med støtte i en eldre avgjørelse av Kommisjonen (13366/87 DR 67 side 244) at bestemmelsen vil kunne gis en slik slagvidde (Frowein og Peukert side 392). Også etter utvalgets vurdering er det grunn til at man ved tolkningen av artikkel 10 på dette punktet legger vesentlig vekt på sammenhengen med

offentlighetsprinsippet i artikkel 6(1) og formålet med dette, med den følge at blant annet pressen ikke skal måtte finne seg i å bli utestengt fra rettsmøter til pådømmelse av en tvist fordi partene er enige om at de ønsker det slik. Det vil neppe gi noe effektivt vern for offentlighetens interesser om en beslutning om lukkede dører i tillegg til partenes samtykke forutsetter at forliksrådet finner at lukkede dører er av «vesentlig betydning for en minnelig løsning» eller en liknende uttrykksmåte. Ingen av konvensjonens unntakshjemler synes å kunne gi dekning for lukkede rettsmøter på et slikt grunnlag. Dessuten er forliksrådet lite egnet til å foreta en slik avveining mellom hensynet til partenes og sakens interesser i den enkelte sak og de allmenne interesser som offentlighetsprinsippet er bærer av. Å gi forliksrådet en slik skjønnsmessig adgang, er heller ikke forenlig med det klarhetskrav Ytringsfrihetskommisjonen har foreslått grunnlovsfestet.

Utvalget er etter dette blitt stående ved at man for forliksrådet bør ha samme løsning som for de øvrige domstolene, nemlig at forliksforhandlinger i saker som kan ende med dom foregår i åpent rettsmøte med mindre vilkårene for lukkede dører er til stede etter domstoloven kapittel 7.

Dersom partene etter at det er gjennomført forliksmekling for lukkede dører, likevel har et sterkt ønske om at forliksrådet skal avsi dom i saken, vil det være mulig å gjenta forhandlingen i åpent rettsmøte.

Er det ikke aktuelt for forliksrådet å avsi dom, bør det imidlertid på samme måte som under rettsmekling åpnes adgang til forliksmekling for lukkede dører hvis partene ber om det.

Det vises til lovutkastet § 8-9 (1).

Utenfor rettsmøtene reguleres spørsmålet om offentlighet av reglene om dokumentinnsyn. Tvistemålslovens alminnelige regler om dokumentinnsyn i § 135 er vedtatt endret ved lov av 4. juni 1999 nr. 37, som trådte i kraft 1. september 2001. Reglene er behandlet i II.22 om offentlighet og innsynsrett.

Etter gjeldende rett er adgangen til innsyn forskjellig for forliksmeklingen og domsforhandlingen i forliksrådet. Det følger av tvistemålsloven § 283 tredje ledd at ingen andre enn partene har rett til innsyn i rettsboken fra meklingsmøtet. Den praktiske betydningen er at rettsforlik ikke er offentlig i og med at rettsforlik skal protokolleres i henhold til § 285 første ledd, jf. II.10.10.11.6 nedenfor. Adgangen til innsyn er dessuten mer begrenset enn hva som etter de alminnelige regler ville følge av at saken har vært behandlet for lukkede dører. For domsforhandlingen er det ikke gitt særregler. Adgangen til innsyn i og utskrift av forliksrådets

dommer er derfor den samme som for dommer av de andre domstolene.

Etter utvalgets oppfatning bør de alminnelige reglene om offentlighet og innsynsrett under rettergang også få anvendelse for adgangen til innsyn i og utskrift av rettsbøker, rettsavgjørelser og saksdokumenter ellers i forliksrådet. Det foreligger ikke tilstrekkelig særlige grunner som tilsier at man har større grad av lukkethet rundt saksbehandlingen i forliksrådet. Adgangen til innsyn i rettsbøker, i praksis rettsforlik, bør være den samme i alle rettsinstanser.

#### 10.10.11.6 Protokollasjon

Forliksrådets møter er rettsmøter, og det skal derfor etter gjeldende rett føres rettsbok for forhandlingene, se tvistemålsloven § 283 første ledd. Omfanget av hva som skal protokolleres er imidlertid begrenset etter § 283 annet ledd: Forlikstilbud og erkjennelser innføres bare hvis det kreves av den som har avgitt dem. Andre anførsler eller forklaringer innføres ikke. For domsforhandlingen er det gitt regler i § 295, som innebærer noe mer omfattende protokollasjon.

Inngås rettsforlik, skal dette protokolleres og underskrives av partene i henhold til § 285 første ledd. Formkravene ved inngåelse av rettsforlik gjelder etter henvisningen i § 99 annet ledd tilsvarende ved rettsforlik for de øvrige domstoler.

Etter utvalgets oppfatning bør de alminnelige regler om rettsbokens innhold i lovutkastet § 17-8 også få anvendelse på forliksrådets rettsmøter. Reglene om lydopptak og protokollasjon av forklaringer i §§ 17-9 og 17-10 bør ikke gis anvendelse, mens § 17-11 er uaktuell. Regelen i tvistemålsloven § 283 annet ledd om at forlikstilbud og erkjennelser kan kreves protokollert av den som har avgitt dem, er videreført i lovutkastets regel om rettsmekling i § 7-5(5) tredje punktum, og bør fortsatt gjelde for forliksrådsbehandling. Det er foreslått en generell regel om dette i § 17-8(2) annet punktum. Retten til å kreve protokollasjon er av interesse for en part som ønsker å kunne påberope eget forlikstilbud som premiss for saksomkostningsavgjørelse senere.

#### 10.10.11.7 Fjernmøter

Utvalget går ut fra at det på grunn av kostnadene ikke vil være aktuelt å utstyre forliksrådenes møtelokaler med utstyr for avvikling av fjernmøter. Slik teknikk passer heller ikke så godt for behandlingsformen i forliksrådet, hvor etableringen av direkte kommunikasjon mellom personer som er fysisk til

stede, anses som særlig viktig. Slik lovutkastets kapittel 17 I om rettsmøter er lagt opp, er det ikke nødvendig å gi egne regler for forliksrådet. Det følger av § 17-1 (4) at Domstoladministrasjonen kan gi nærmere regler om en forsøksordning med bruk av fjernmøter under hovedforhandling og andre rettsmøter. Denne hjemmelen vil også gjelde forliksrådets rettsmøter. Utvalget har ikke noe å innvende mot at et slikt forsøk blir gjennomført, for eksempel i saker hvor partene ikke har personlig møteplikt.

### **10.10.12 Fullmektiger og medhjelpere for forliksrådet**

#### *10.10.12.1 Oversikt over gjeldende rett*

Den alminnelige regel i tvistemålsloven § 43 første ledd er at en part har rett til å la seg representere av prosessfullmektig i rettergang. Hvem som kan være prosessfullmektig, er nærmere regulert i § 44. Advokater kan alltid være prosessfullmektig.

Denne hovedreglen gjelder også under saksforberedelsen for forliksrådet ved inngivelse av forliksklage og tilsvare etter tvistemålsloven § 277 annet ledd første punktum, sammenholdt med tvistemålsloven § 277 fjerde ledd i.f. for tilsvare. I tillegg til dem som kan brukes som prosessfullmektiger utenfor søksmål etter tvistemålsloven § 44 tredje ledd, kan personer som har bevilling til å drive inkassovirksomhet etter inkassoloven brukes som prosessfullmektig i saker som gjelder inkassooppdrag vedkommende har for klageren, se tvistemålsloven § 277 annet ledd annet punktum. Videre kan den som har rett til å drive rettshjelpvirksomhet etter domstolloven § 218 annet ledd nr. 1-3 være prosessfullmektig, se § 277 annet ledd tredje punktum.

Under forliksrådets møte er adgangen til å bruke fullmektig eller medhjelper forskjellig for forliksmeklingen og domsforhandlingen.

Tvistemålsloven bruker under meklingen ikke uttrykket prosessfullmektig, men forliksfullmektig. I dette ligger også en realitetsforskjell. Den alminnelige prosessfullmakt omfatter ikke kompetanse til å inngå forlik på vegne av parten. Forliksfullmektigen vil imidlertid ha en slik kompetanse. At retten til å inngå forlik i forhold til parten kan være begrenset ved instruksjoner, er riktignok så. Ingen parter har plikt til å slå av på sitt krav eller på annen måte moderere sitt standpunkt, og det er derfor ikke noe til hinder for å instruere en forliksfullmektig til ikke å gå med på et resultat som avviker fra påstanden.

Småkravsutvalget foreslo en regel i tvistemåls-

loven § 279 om at forliksfullmakten ikke uten særlig begrunnelse i den enkelte sak kan inneholde et alminnelig forbud mot å inngå forlik. Begrunnelsen var at reell mekling i mange tilfeller motvirkes ved at forliksfullmektiger møter med bundet mandat. Det vises til NOU 1982: 40 side 124 – 126. Bestemmelsens rekkevidde var imidlertid noe uklar, og den ble ikke fremmet i proposisjonen.

Reglene i tvistemålsloven §§ 278 og 279, slik de lyder senest etter endringsloven av 28. april 2000 nr. 34, innebærer at partene som hovedregel har plikt til å møte personlig, slik det er fremstilt i II. 10.10.11.3 ovenfor. En part som har plikt til å møte personlig, kan aldri møte med forliksfullmektig, men kan undertiden la seg bistå av en medhjelper. Parter som ikke har plikt til å møte personlig, kan alltid møte sammen med en forliksfullmektig eller en medhjelper, eller la seg representere av en forliksfullmektig, se § 279 annet ledd første punktum, slik bestemmelsen lyder etter lovendringen i 2000.

Hvor bare én part møter med forliksfullmektig eller medhjelper, kan det oppstå en ubalanse som loven tar sikte på å utjevne ved bestemmelsen i tvistemålsloven § 279 annet ledd annet punktum, slik bestemmelsen lyder etter lovendringen i 2000: Dersom en part uten personlig møteplikt møter med medhjelper eller forliksfullmektig, får også parten med personlig møteplikt rett til å bruke en medhjelper til å møte sammen med seg.

I tvistemålsloven § 279 annet ledd tredje punktum er forliksrådet gitt kompetanse til å tillate at en part med personlig møteplikt også i tilfeller hvor han ikke har rett til det etter annet punktum, møter sammen med en medhjelper. Også denne bestemmelse ble innført ved reformen i 2000, men svarte langt på vei til etablert praksis i forliksrådene med formell forankring i domstolloven § 129. Det er i motivene uttrykt at det bør være aktuelt å gi tillatelse der styrkeforholdet mellom partene er ulikt, for eksempel hvor motparten selv er advokat eller hvor en advokat representerer et selskap i egenkap av ansatt. Det samme kan gjelde der en part trenger spesiell støtte i forliksrådet, for eksempel høy eller lav alder eller andre forhold som gjør partens stilling dårligere enn motpartens. Det vises til Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 92.

Hvem som kan være forliksfullmektig eller medhjelper under forliksrådets meklingsmøte, er nærmere regulert i tvistemålsloven § 279 første ledd. Foruten dem som kan være prosessfullmektig ved inngivelse av forliksklage etter § 277 annet ledd, se ovenfor, kan man bruke personer som er ansatt hos en som kan være prosessfullmektig ved inngivelse av forliksklage. Dessuten kan man bruke stevnevitner (nr. 2). Det siste er svært alminnelig.



I mange saker møter stevnevitner som forliksfullmektig for klageren selv om stevnevitnet samtidig er sekretær for forliksrådet i kommunen.

En part som kan møte med forliksfullmektig eller medhjelper, kan bruke en advokat til denne funksjonen. Her gjelder det imidlertid et vilkår om varsling etter tvistemålsloven § 279 tredje ledd første punktum: En part som vil bruke advokat som forliksfullmektig eller medhjelper etter første ledd (parter uten personlig møteplikt), må opplyse om dette i forliksklagen eller i tilsvaret eller i en egen skriftlig underretning som må være sendt både motparten og forliksrådet minst én uke før møtet. I så fall følger det av tredje ledds annet punktum, som ble tilføyet ved lovendringen i 2000, at motparten får rett til å bruke advokat uten å måtte varsle om det på forhånd.

Tidligere var adgangen til å bruke advokat generelt avskåret under forliksrådsbehandling. Allerede forliksloven av 20. juli 1824 hadde advokatforbud. Begrunnelsen for at forbudet ble videreført i tvistemålsloven av 1915 var i korthet at meklingen bør gjøres så billig så mulig. Dette fremheves som en hovedbetingelse for at instituttet kan nå sitt øyemed. Dersom en part alltid må være forberedt på at hans motpart møter med advokat, vil han ofte selv tvinges til å søke advokatbistand. Dersom han ikke gjør det, vil han lett føle seg underlegen og som følge av dette bli tilbakeholden og uvillig til å gå med på en i seg selv rimelig ordning. Også av andre grunner fremheves det som uheldig at forhandlingene i forliksrådet går over til en juridisk prosedyre. Det vises til Ot.prp. nr. 1 (1910) side 199.

Forbudet mot å bruke advokater som forliksfullmektiger under møtet i forliksrådet ble videreført under reformen i 1986, se begrunnelsen i NOU 1982: 40 side 122 – 123, men ble senere opphevet ved reformen i 1993 (lov av 11. juni 1993 nr. 83). Hovedbegrunnelsen var at det kunne medvirke til at flere saker ble løst dersom mer profesjonelle grupper med sterkere tilknytning til partene ble sluppet til som fullmektiger ved siden av stevnevitnene, samtidig som lensmennens adgang til å påta seg betalte fullmektigoppdrag ble innskrenket. Det vises til NOU 1992: 35 side 31 – 33 og Ot.prp. nr. 77 (1992-93) side 10 – 12.

Også adgangen for inkassobyråer til å møte i forliksrådet var tidligere begrenset etter samme kriterier som advokater. Også denne begrensningen ble opphevet i 1993.

Under domsforhandling i forliksrådet gjelder ikke begrensningene i adgangen til å la seg bistå eller representere av prosessfullmektig. Partene har ikke personlig møteplikt til domsforhandlin-

gen, og enhver som kan være forliksfullmektig etter § 279 første ledd, kan også være prosessfullmektig under domsforhandlingen, se § 288 a tredje ledd. Etter lovendringen i 2000 gjelder imidlertid varslingsregelen i § 279 tredje ledd tilsvarende hvis en part vil bruke advokat som prosessfullmektig.

#### 10.10.12.2 Utvalgets vurdering

##### 10.10.12.2.1 Hovedregelen

Utvalgets utgangspunkt er at partene etter lovteksten § 3-1(1) og § 3-7(1) skal ha rett til å la seg representere av prosessfullmektig eller bistå av en rettslig medhjelper etter eget valg i rettergang. Samme alminnelige representasjonsrett har partene i forvaltningssaker etter forvaltningsloven § 12 første ledd. Dette dreier seg om et prinsipp som må gis stor gjennomslagskraft, slik at unntak krever en sterk begrunnelse. Utvalget finner at regelen også må gjelde for alle ledd i forliksrådsbehandlingen. Parten skal ikke være avhengig av forliksrådets tillatelse til å møte med prosessfullmektig eller medhjelper, selv om parten også personlig har møteplikt.

Etter utvalgets forslag til regler om prosessfullmektiger i kapittel 3 skal prosessfullmakten – i motsetning til hva som gjelder i dag – også omfatte kompetansen til å inngå rettsforlik. Det er derfor ikke nødvendig å videreføre betegnelsen forliksfullmektig på den som møter som prosessfullmektig under møtet i forliksrådet.

Spørsmålet er etter dette hvilke begrensninger som skal gjelde for hvem som kan brukes som prosessfullmektig eller medhjelper. En særlig aktuell problemstilling er om det bør være begrensninger i adgangen til å møte med advokat.

Dagens regler om når partene kan møte med fullmektig eller medhjelper, fremstår som så detaljerte og omstendelige at det er vanskelig å tilegne seg meningsinnholdet, også for profesjonelle aktører. Fra forliksrådshold har utvalget mottatt sterke signaler om at reglene må forenkles. Mange mener at erfaringene med å la advokatene slippe til i forliksrådet er overveiende positive, men det er også motforestillinger. Erfaringsmessig er det vanskelig å oppnå forlik hvis én part møter med advokat og den andre uten, fordi parten uten advokat føler seg underlegen og er redd for å bli ledet til å inngå en ugunstig avtale. På den annen side er det ikke hensiktsmessig å la advokaten sitte «på gangen» under meklingen.

Knophs brukerundersøkelse tilsier at det er forskjeller mellom små og store forliksråd i hvilken utstrekning partene gis tillatelse til å møte med

advokat. Store forliksråd tillater oftere at partene møter med advokat. At praksis er forskjellig, er i seg selv en ulempe.

#### 10.10.12.2.2 Særlig om advokater

Forliksrådsbehandlingen har de fleste steder en slik enkel form at advokatbistand i de aller fleste saker er unødvendig, og at kostnadene ikke står i forhold til nytten. Denne rammen for behandlingen foreslår utvalget videreført. Det er derfor ikke noen grunn til å gi regler som virker som incentiv til å bruke advokat. Noe annet er det å forby en part som ønsker det, å la seg bistå av en advokat under møtet, men heller ikke en slik løsning kan anses utelukket. Det er først i nyere tid at advokater har fått anledning til å møte i forliksrådet.

Det er blant utvalgets medlemmer ulikt syn på hvilken løsning som bør velges for adgangen til å møte med advokat i forliksrådet. Flertallet, medlemmene Schei, Berg, Bjella, Moen Borge-rud, Bårdsen og Nordén går inn for at advokatbe-grensningen oppheves, bortsett fra varslingsplik-ten for en part som vil møte med advokat. Flertal-let begrunner sitt standpunkt slik:

Advokater er den gruppe som er best kvalifisert til å opptre som fullmektiger for parter i rettergang, og det skal mye til å nekte en part adgangen til å benytte advokat ved et rettergangsskritt for domstolene, spesielt dersom det er adgang til å bruke dårligere kvalifisert bistand, og merutgiftene ikke kan kreves inndekket av motparten. Økonomiske ressurser er ulikt fordelt i samfunnet. At en part ikke har råd til advokat, har ikke ført til at man på noe annet trinn av domstolsbehandlingen nekter motparten denne adgangen, selv om den relative ulempen ved å møte uten advokat under den gjel-dende prosessordning er større i et ordinært søks-mål for tingrett enn under forliksrådsbehandling. Hensynet til ressursulikhet kan etter utvalgets opp-fatning heller ikke begrunne et advokatunntak for forliksrådet.

At forliksrådet som lekmannsorgan ugrunnet kan la seg imponere av advokater og mangle evnen til å «skille klinten fra hveten» i en argumentasjon ikledd en elegant juridisk språkdrakt, kan man ikke se helt bort fra. Etter gjeldende rett er det imid-ler tid allerede fri adgang til å møte med advokat under domsforhandlingen for en part som varsler om det på forhånd. Betenkelighetene blir redusert med utvalgets forslag til redusert domskompetanse for forliksrådene. Hvis domskompetansen i tvistesaker i annet enn de opplagte tilfellene gjøres avhengig av begge parter samtykke, vil en part som får inntrykk at at forliksrådet lar seg dupere

av motpartens advokat, kunne nekte å samtykke i at det avsies dom.

Det fremste argumentet mot advokatdeltakelse er nok at dette øker kostnadene ved forliksråds-behandlingen for partene, uansett hvordan en saks-omkostningsregel utformes. Det er særlig uhel-dig om den omstendighet at én part velger å møte med advokat, skal lede til at også motparten ser seg tvunget til å engasjere advokat. Mulighetene for forlik er erfaringsmessig også dårligere når bare en av partene har advokat. På den annen side virker det også negativt å nekte en part som øns-ker å bruke advokat, å la seg bistå av advokaten i møtet. Parten vil da være lite tilbøyelig til å gå med på en ordning uten å ha konsultert advokaten først. Når forliksmekling blir frivillig, kan advokat-forbud dessuten avholde en del parter fra å velge forliksrådsbehandling.

Det er også vanskeligere å forsvare et advokat-forbud når skillet mellom forliksmekling og doms-forhandling oppheves, slik utvalget har foreslått.

Et mindretall i utvalget, Helljesen, ønsker å forby bruk av advokat som prosessfullmektig under meklingen, uavhengig av om parten selv har per-sonlig møteplikt eller ikke. Begrunnelsen er i kort-het at forliksrådet skal være et lekmannsorgan, og at bruk av profesjonelle møtefullmektiger fordy-rer og forsinker rettsmøtet. Standpunktet har sam-menheng med mindretallets syn på forliksrådets domskompetanse og er behandlet i sammenheng i II.10.9.5.8 ovenfor. Det vises også til mindretallets alternative forslag til § 8-7 i lovskissen.

#### 10.10.12.2.3 Særlig om stevnevitner

Administrasjonen av forliksråd og stevnevitnefunk-sjon er noe forskjellig organisert i kommunene, men det er en utbredt kombinasjon at stevnevitnet også er sekretær for forliksrådet og/eller leder av forliksrådets kontor. Det har lang tradisjon at stevnevitnet likevel kan møte som fullmektig for en part – i praksis klageren. Dette er en praktisk ord-ning, og det er antakelig derfor den har holdt seg så lenge. Utvalget finner kombinasjonen prinsipi-elt problematisk. Når spørsmålet har vært brakt på bane, har det også fra forliksrådshold vært erkjent at ordningen er betenkelig av hensyn til det inn-trykk som formidles til partene.

I forvaltningssaker gjelder i dag generelt den begrensning etter forvaltningsloven § 12 annet ledd siste punktum at tjenestemann tilsatt ved forvalt-ningsorgan innenfor det forvaltningsområde som saken hører under, ikke kan opptre som fullmek-tig. Begrunnelsen her ligger imidlertid i faren for lojalitetskonflikt.

Etter utvalgets oppfatning kan det ikke forsvareres at tjenestemenn ved forliksrådene samtidig opptrer som prosessfullmektig for en part. Det kan trekkes i tvil om forliksrådet i så fall fremstår som tilstrekkelig uavhengig og upartisk i forhold til kravet i EMK artikkel 6(1). Mennekerettsdomstolen har i en rekke saker fastslått at kravet om upartiskhet også har en objektiv side, og på dette punkt lagt en ganske streng norm til grunn. Dommerne skal ikke bare være upartiske subjektivt sett, men domstolen skal også fremtre utad som upartisk. Det skal ikke herske berettiget tvil om dette. Det vises blant annet til Delcourt, Series A nr. 11 para. 31 og Piersack, Series A nr. 53 para 30.

For den annen part vil den nære tilknytning mellom forliksrådet og motpartens prosessfullmektig lett gi grobunn for mistanke om at sistnevnte har større gjennomslagskraft fordi forliksrådets medlemmer vil være særlig lydhøre for argumentene til en av «sine egne».

De praktiske hensyn som bærer gjeldende praksis, bør etter utvalgets oppfatning kunne ivaretas på annen måte. Et alternativ vil kunne være et utvalg av faste møtefullmektiger som forliksrådet kan henvise partene til å ta kontakt med, eventuelt slik at oppdragene tildeles etter en turnusordning om for eksempel klageren ber om det ved inngivelse av forlikssklagen. Det vises til utkastet § 8-7(6).

#### 10.10.12.2.4 Andre begrensninger?

Utvalgets flertall finner at gjeldende rett i det vesentlige bør videreføres når det gjelder hvem som kan brukes som prosessfullmektig eller medhjelper for forliksrådet. Personkretsen er atskillig videre enn for de ordinære domstoler. Mens adgangen til å bruke andre enn advokater som prosessfullmektig etter lovutkastet § 3-3 er avhengig av rettens tillatelse, riktignok slik at retten i henhold til fjerde ledd normalt bør gi tillatelse til bruk av nære slektninger eller ansatte i næringsvirksomhet tvisten gjelder, foreslås at partene for forliksrådet skal gis rett til å la seg representere av nærstående, inkassobyråer, ansatte og rettshjelpere omfattet av domstolloven § 218 første ledd nr. 1-3. Dette er i samsvar med gjeldende rett etter tvistemålsloven § 277 annet ledd og § 279 første ledd nr. 1.

Andre skikkete myndige personer bør kunne brukes dersom forliksrådet samtykker, men med den begrensning at personer som driver ervervsmessig eller stadig rettshjelpsvirksomhet uten å høre til de kategorier som godtas som prosessfullmektiger, ikke skal kunne brukes. Dette er samme regel som er foreslått som allmenn regel i § 3-3(4)

tredje og fjerde punktum. Forbudet mot «vinkel-skrivere» bør også gjelde for forliksrådet.

Det mindretall som foreslår forbud mot å bruke advokat som møtefullmektig, foreslår en tilsvarende begrensning for annen profesjonell bistand som rettshjelpere og representanter for inkassobyråer.

Det vises til forslaget til regel i utkastet § 8-7 med merknader.

### 10.10.13 Bevis

#### 10.10.13.1 Oversikt over gjeldende rett

Reglene om bevisføring er forskjellige for forliksmeklingen og domsforhandlingen i forliksrådet. Under meklingen kan forliksrådet i henhold til tvistemålsloven § 281 første ledd annet punktum foreta granskning, mens forklaringer fra andre enn partene bare kan mottas med deres samtykke. Under domsforhandlingen gjelder tvistemålslovens alminnelige regler om bevisføring med de begrensninger som følger av § 292. Vitneplikten er begrenset til personer som bor eller oppholder seg i kommunen. For øvrig kan forklaring fra parter, vitner og sakkyndige bare mottas når de gis frivillig. Forliksrådet kan heller ikke pålegge noen å fremlegge skriftlige bevis eller andre ting.

#### 10.10.13.2 Utvalgets vurdering

At gjennomføringen av rettsmøtet i forliksrådet endres, slik at det ikke blir noen formell oppdeling mellom forliksmekling og domsforhandling, får betydning for bevisreglene. Det må ved utformingen av reglene tas hensyn til utvalgets hovedsynspunkter på forliksrådets oppgaver. Intensjonen er at behandlingen skal være enkel og kortvarig. En omfattende bevisføring vil sprengte denne rammen. Ved utformingen av reglene er det en viktig forutsetning om forliksrådet skal kunne avsi dom selv om en part ikke samtykker. Ensidig domskompetanse i tvister forutsetter, for at saksbehandlingen skal være forsvarlig, at en part som ikke samtykker gis visse rettigheter med hensyn til bevisføringen. Domskompetanse med begge parters samtykke gjør regelutformingen enklere, idet partene vil ha kontroll over avgjørelsesgrunnlaget.

At det fortsatt bør være adgang til bevisføring under forliksrådets behandling, er klart nok. I de fleste saker vil det iallfall være noen dokumentbevis. Spørsmålet er hvordan reglene bør utformes. Aktuelle problemer er hvorvidt bevisføring skal være avhengig av forliksrådets samtykke, om det bør gjelde begrensninger for bestemte bevismid-

ler, og om det bør stilles krav til saksbehandlingen for å sikre kontradiksjon.

Utgangspunktet for de øvrige domstoler er fri bevisføring i saker som kan avgjøres ved dom. Dette er videreført i lovutkastet § 24-3. Under rettsmekling gjelder imidlertid ikke dette utgangspunktet. Etter utkastet § 7-5(4) bestemmer rettsmekleren om, og i tilfelle i hvilket omfang, bevisføring skal skje under rettsmeklingen. Bevisføring finner ikke sted uten samtykke av partene og den som i tilfelle må fremlegge bevis eller gi forklaring. Her kan imidlertid saken ikke avgjøres.

For forlikrådsbehandlingen må utgangspunktet være at adgangen til bevisføring er videre enn under rettsmekling, men ikke så vid som under ordinær domstolsbehandling.

Utvalget finner for det første at forlikrådet ikke bør gis kompetanse til å gi bindende pålegg om bevisføring. Slike pålegg forutsetter en overprøvingsadgang utvalget ikke ønsker å åpne for av prosessøkonomiske grunner. Utgangspunktet er derfor at forlikrådet bare kan motta bevis som tilbys frivillig, men ikke pålegge noen å møte eller gi forklaring som vitne, og heller ikke pålegge noen, verken partene eller andre, å fremlegge dokumenter eller andre bevismidler. Forlikrådet bør heller ikke selv kunne oppnevne sakkyndige. Er det behov for dette, egner saken seg i utgangspunktet ikke for forlikrådsbehandling.

Forlikrådet bør imidlertid kunne motta forklaringer fra vitner, herunder sakkyndige vitner, som møter frivillig etter innkalling fra partene. Reglene om fjernavhør bør neppe gis tilsvarende anvendelse. Bevisopptak i sak for forlikrådet er ikke aktuelt. Også åstedbefaring og annen gransking, som etter lovutkastet § 29-3 betegnes bevisundersøkelse, bør forlikrådet ha kompetanse til å foreta. Det kan være praktisk i saker om fast eiendom å kunne behandle saken på åstedet.

Som en generell regel foreslår utvalget at bevisføring utover dokumentbevis, skal gjøres avhengig av forlikrådets tillatelse i det enkelte tilfelle. Tillatelse bør bare gis for bevisføring som antas å være av vesentlig betydning for å få saken avgjort ved mekling eller dom. En adgang til å kreve behandlingen innstilt etter tre timer, vil være et egnet virkemiddel for en part som ikke ønsker å bli involvert i altfor vidløftig behandling i forlikrådet.

Etter utvalgets erfaring er det behov for regler som bedre enn dagens ordning ivaretar hensynet til kontradiksjon og partenes og forlikrådets muligheter for forberedelse til rettsmøtet. Det er ikke uvanlig at partene fremlegger nye dokumenter under møtet i forlikrådet uten at motparten en gang får kopi. Dette kan ikke aksepteres. På den

annen side passer ikke regler om bevisavskjæring for forlikrådet. Bevisavskjæring vil kunne virke for strengt for uprofesjonelle parter, og en part som nektes å føre bevis han mener er av betydning, vil være svært lite tilbøyelig til å inngå noe forlik eller samtykke i at forlikrådet pådømmer saken. Utformingen av reglene beror på en vanskelig avveining. Utvalgets foreløpige standpunkt er at det iallfall bør gjelde en passende frist før rettsmøtet for å tilby vitner eller kreve befarung. Dette er bevisføring som fremstår som ekstraordinær, og som regelmessig vil kreve mer tid enn det som er avsatt. For dokumentbevis må det som en minimumsløsning lovfestes at den annen part skal gis tilstrekkelig tid til å vurdere og imøtegå nye dokumenter som fremlegges i møtet. Hva som er tilstrekkelig, beror på bevisets betydning og forholdene i den enkelte sak. Undertiden kan en kort pause være nok. I andre tilfeller kan det være nødvendig å utsette saken.

Det vises til utkastet til regelformulering i § 8-8(3) til (5).

#### **10.10.14 Forlikrådets domskompetanse**

Forlikrådets domskompetanse etter gjeldende rett er behandlet i II.10.2.3. Utvidelsen av domskompetansen i 1993 er behandlet i II.10.7.7.

Utvalgets syn på domskompetansen er drøftet utførlig i II.10.9.5 Som det fremgår der, er det uenighet om domskompetansen i saker hvor det er tvist. Om selve regelutformingen vises til utkastet § 8-10 og merknadene til denne bestemmelsen.

Nytt i forhold til gjeldende rett er forslaget om at forlikrådets leder skal ha kompetanse til å avsi dom under saksforberedelsen hvis klagemotparten ikke gir tilsvaret eller godkjenner klagerens påstand. Dette er behandlet i II.10.10.9. Det vises til lovutkastet § 8-12(2).

#### **10.10.15 Innstilling av behandlingen etter forges mekling**

Utvalget har i II.10.10.10 behandlet spørsmålet om innstilling av saksbehandlingen uten forsøk på mekling.

Etter gjeldende rett skal saken etter krav fra en part henvises til retten dersom meklingen ikke fører frem, og forlikrådet ikke skal avsi dom. Det vises til tvistemålsloven § 285 annet ledd annet punktum. En avgjørelse om å nekte henvisning kan påkjæres etter § 298 første ledd nr. 1.

Som utvalget nærmere har drøftet ovenfor i II.10.10.5 om litispensens, er det når forlikrådsbehandling gjøres frivillig, og litispensensvirkningen

opphører etter at saken er avsluttet i forlikrådet, ikke tilstrekkelig grunn til å videreføre henvisning til retten som egen avgjørelsestype. Når forlikrådet konstaterer at det ikke synes å være grunnlag for en løsning av saken gjennom mekling eller domsbehandling, er konsekvensen at saken avsluttes. Utvalget foreslår innført den terminologi at dette skjer ved en beslutning om innstilling. Det vises til utkastet til regel om innstilling etter forgyves mekling i § 8-11(3) første punktum. Beslutningen vil etter forslaget til rettsmiddelregler ikke kunne angripes med rettsmidler, se II.10.10.18. Den vil derfor bli rettskraftig og litispendensvirkningen opphøre straks den er avsagt, se § 20-2(2). Virkningen av at foreldelsesfristen er avbrutt, vil imidlertid vare i inntil ett år etter at saken ble innstilt, jf. § 20-3(2).

Det er ikke angitt noen bestemt grense for hvor lenge forlikrådsbehandlingen kan pågå før saken innstilles. Antakelig vil det bare rent unntaksvise være tale om å fortsette behandlingen dersom det ikke oppnås en løsning i løpet av ett møte. Hovedregelen er formulert i utkastet § 8-8(7) hvorefter saken søkes ferdig behandlet i første rettsmøte. Utsettelse besluttet bare dersom det er grunn til å tro at fortsatt behandling vil lede til at saken blir avgjort i forlikrådet ved mekling eller dom. Forlikrådets kompetanse til å utsette saken krysses imidlertid av partenes rett til å sette strek ved å kreve behandlingen innstilt, enten ved å bringe saken inn for tingretten etter seks måneder i henhold til utkastet § 8-11(4) eller etter tretimersregelen som foreslås i § 8-11(3) annet punktum, jf ovenfor i II.10.10.11.4.

### 10.10.16 Forlikrådets avgjørelser

#### 10.10.16.1 Innledning

Etter gjeldende rett gjelder de alminnelige regler om form og fremgangsmåte ved rettslige avgjørelser også for avgjørelser av forlikrådet. Nye alminnelige regler om rettslige avgjørelser er foreslått i utkastet kapittel 21. Kapittel 21 omfattes av de gjennomgående bestemmelser i femte del som i utgangspunktet kommer til anvendelse også i forlikrådet. Spørsmålet er derfor hvilke unntak det er grunn til å overveie for forlikrådsbehandling.

#### 10.10.16.2 Avgjørelsestyper

Etter utkastet § 21-1 er de alminnelige avgjørelsestypene i allmennprosess dom, kjennelse og beslutning, hvilket svarer til gjeldende rett.

Etter utvalgets oppfatning er det ønskelig å

gjennomføre en forenkling for forlikrådet. Realitetsavgjørelser av det krav som er tvistegjenstand bør treffes ved dom også i forlikrådet, jf. § 21-1(1) (a). Dette er en naturlig konsekvens av at forlikrådet beholdes som domstol, riktignok ikke som en alminnelig domstol etter forslaget til endring i domstoloven § 1 annet ledd.

Derimot finner utvalget at øvrige avgjørelser kan treffes ved beslutning, og at man kan greie seg uten mellomformen kjennelse. Dette må ses i sammenheng med utformingen av rettsmiddelreglene, se nedenfor i II.10.10.18, og utvalgets hovedsynspunkter på utformingen av saksbehandlingsreglene i II.10.10.2. Dette gir mulighet for en betydelig forenkling, noe som må anses som en særlig fordel for et lekdommerorgan som forlikrådet.

#### 10.10.16.3 Rettens sammensetning, forberedende dommer

Utkastet § 21-2(1) og (2) foreslås anvendt for forlikrådet, men med en utvidet adgang for forlikrådets leder til å avsi dom under saksforberedelsen som er gjennomgått i II.10.10.9. Det bør sies uttrykkelig at det er forlikrådets leder som har kompetansen som forberedende dommer. Det åpnes ikke for fordeling av denne oppgaven mellom forlikrådets medlemmer. Det følger av § 21-2(2) at forlikrådets leder vil kunne treffe avgjørelse om å avvise saken. Forlikrådet er den eneste kollegiale domstolen hvor forberedende dommer har kompetanse til dette under saksforberedelsen. I de kollegiale ankedomstolene er forberedende dommers kompetanse begrenset etter § 21-2(3).

Beslutning om innstilling av saken etter utkastet § 8-11(1) og (2), samt § 8-11(4) annet punktum vil bli truffet av forlikrådets leder under saksforberedelsen, mens innstilling etter forgyves mekling etter § 8-11(3) vil bli truffet av det samlede forlikråd når avgjørelsen treffes i møte.

#### 10.10.16.4 Rådslagning, avstemning og avsigelse

Utkastets § 21-3 og § 21-4 kan i det vesentlige anvendes for forlikrådet. Forlikrådmedlemmene må regnes som meddommere i relasjon til § 21-3(1) om rådslagning i møte i umiddelbar tilknytning til den muntlige forhandling. I praksis antas bruk av elektronisk signatur ved avsigelsen ikke aktuelt.

Dommen i forlikrådssaker vil bli utformet atskillig enklere enn dommen i saker for de ordinære domstoler. Det vises til II.10.10.16.5 nedenfor. Fristen for avsigelse bør være den samme som i småkravsprosess, nemlig én uke.

Utvalget har vurdert om det bør åpnes adgang

til muntlig domsavsigelse i forliksrådet uten at premissene er skrevet ferdig, slik som foreslått for småkravsprosess utkastet § 10-4(3), men har kommet til at dette bør besvares benektende. En slik adgang er betenkelig i en kollegial domstol, hvor det må holdes rådslagning og avstemning, og hvor gjennomgangen av et formulert utkast til avgjørelse er en viktig garanti for at avgjørelsen stemmer med meddommernes mening.

#### *10.10.16.5 Utforming og begrunnelse*

De alminnelige formkravene i § 21-6(1) til (3) bør også gjelde forliksrådets avgjørelser.

Etter gjeldende rett gjelder de alminnelige reglene om begrunnelse av dommer i tvistemålsloven § 144 første ledd nr. 3 og 4 også for forliksrådet. Bred erfaring, bekreftet ved utvalgets domsundersøkelse som er gjennomgått i II.10.9.5.4, tilsier imidlertid at forliksrådene har vanskelig for å leve opp til kravene i tvistemålsloven og de krav til begrunnelse som etter Menneskerettsdomstolens praksis følger av retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6(1), behandlet i II.10.9.5.3.

Utvalget ser det slik at tvistemålsloven stiller urealistiske krav, og at det må gjennomføres en forenkling. På den annen side må det innskjerpes at de nye reglene som gis, skal følges. Utvalget har foreslått en regel i § 8-12(3) som trer i stedet for de alminnelige regler i § 21-6(4) og (5). Det må gis en kort forklaring av saken gjelder, hvor minimumskravet er at tvistegenstanden individualiseres. Partenes påstander må refereres, med mindre de er protokollert i rettsboken for møtet og denne sendes ut sammen med dommen. Endelig må dommen inneholde en redegjørelse som er egnet til å forklare forliksrådets resultat, hvor det som et minimum må kreves at de momenter av rettslig eller faktisk art som utgjør bærende begrunnelse for forliksrådets standpunkt, er presentert, og hvor det fremgår hvordan viktige anførsler er vurdert. Utover dette foreslås ikke at partenes påstandsgrunnlag skal refereres i et eget avsnitt i dommen.

Kravene til utforming av domsgrunnene svarer til forslaget for småkravsprosess.

Kravene til domsgrunner er søkt utformet slik at det bør være mulig å oppfylle minimumskravene etter EMK artikkel 6(1), dersom bestemmelsen praktiseres og etterleves med omhu i den enkelte sak. Det er viktig å understreke sammenhengen med regelen om forliksrådets domskompetanse i utkastet § 8-10. Hvis saken er så komplisert at forliksrådet ikke tiltror seg å kunne begrunne sin avgjørelse fyldestgjørende, skal rådet ikke dømme i saken.

Det vil heller ikke etter utvalgets utkast til rettsmiddelregler være adgang til å anke en forliksrådsdom til opphevelse på grunn av saksbehandlingsfeil. Mangelfull begrunnelse vil derfor i utgangspunktet ikke medføre direkte prosessuelle konsekvenser. Mer graverende mangler kan imidlertid føre til erstatningsansvar for det offentlige etter den nye regel som er foreslått i utkastet § 23-12.

For beslutninger foreslås ikke i utkastet til alminnelige regler i kapittel 21 noen begrunnelsesplikt, i motsetning til det som gjelder for kjennelser. De avgjørelser som i de øvrige domstoler treffes ved kjennelse, vil etter utkastet bli truffet ved beslutning i forliksrådet, se II.10.10.16.2. For de avgjørelser som avslutter saken, dvs. avgjørelser om avvisning, hevning eller innstilling, finner utvalget at det av hensyn til forsvarlig saksbehandling og partens forståelse av avgjørelsen, at det som et minimum bør kreves at forliksrådet i beslutningen henviser til den lovbestemmelse avgjørelsen er truffet etter.

### **10.10.17 Saksomkostninger**

#### *10.10.17.1 Innledning*

En oversikt over gjeldende regler om saksomkostninger er gitt i II.10.2.4 innledningsvis. I utgangspunktet medfører forskriften av 1993 om maksimalsatser for utmålingen av saksomkostninger i forliksrådet at omkostningsnivået holdes på et lavt nivå, atskillig lavere enn i de ordinære domstolene. Dette må videreføres i de nye reglene. At saken skal kunne avgjøres billig, er fremhevet som et hovedformål med forliksrådsordningen. Knophs brukerundersøkelse tilsier også at lave kostnader utgjør en viktig begrunnelse for å velge forliksrådsbehandling.

#### *10.10.17.2 Vilkårene for å tilkjenne erstatning*

På samme måte som etter gjeldende rett, finner utvalget at de alminnelige vilkår for å tilkjenne en part erstatning for saksomkostninger fra motparten i vanlig prosess, ansvarsgrunnlagene, også bør få anvendelse for forliksrådet. Dette innebærer for eksempel at en part som vinner saken som hovedregel skal tilkjennes saksomkostninger, se § 23-2.

Når saken avsluttes uten resultat ved at behandlingen innstilles etter utkastet § 8-11, bør saksomkostninger ikke kunne tilkjennes for forliksrådet. Dette svarer nærmest til henvisning etter gjeldende rett, hvor det heller ikke tilkjennes saksomkostninger. Innstilling behandles således ikke på samme

måte som hevning. Hvis klageren for eksempel frafaller saken etter at klagemotparten har gitt tilsvaret, har klagemotparten som hovedregel krav på erstatning for saksomkostninger etter hovedregelen i utkastet § 23-2(1), jf. (2) første punktum, når saken heves. Heller ikke for innstilling er det behov for noe uttrykkelig unntak, idet det ikke vil være noen hjemmel for å tilkjenne erstatning etter de alminnelige ansvarsregler i §§ 23-2 til 23-4.

#### 10.10.17.3 Saksomkostninger i beslutning

At forliksrådets avgjørelser etter utkastet skal treffes ved beslutning der formen i dag er kjennelse, innebærer at beslutninger vil kunne inneholde saksomkostningsavgjørelser, som i eksemplet ovenfor. Etter gjeldende rett er beslutninger ikke tvangsgrunnlag, noe som ville representert et problem. I utvalgets utkast til alminnelige regler om rettslige avgjørelser er det imidlertid foreslått at beslutninger skal være alminnelig tvangsgrunnlag. Begrunnelsen er at avgjørelser om å nekte en anke fremmet etter utkastet skal treffes ved beslutning, også når avgjørelsen inneholder en saksomkostningsavgjørelse. Forslaget dekker imidlertid behovet også for forliksrådets beslutninger. Det vises til forslaget til endring i tvangsfullbyrdsloven § 4-1 annet ledd bokstav a med merknader i III.34.

#### 10.10.17.4 Erstatningsutmålingen

Utvalgets flertall har foreslått opphevet begrensningene etter gjeldende rett i adgangen til å møte med advokat i forliksrådet, se II.10.10.12. Det er imidlertid en uttrykkelig forutsetning fra flertallets side at dette ikke skal øke kostnadseksposeringen for motparten.

Utvalget foreslår videreført det prinsipp forskriften om maksimalerstatning er basert på, som innebærer at det fastsettes standardsatser for ulike rettergangsskritt eller utgiftsposter. Dette er et noe annet kriterium enn det som er foreslått for begrensning av saksomkostninger i småkravprosessen etter utkastet § 10-5. Reglene er svært viktige, og de bør ikke minst av hensyn til informasjonsverdien fremgå av loven selv. Utvalget stiller seg dessuten kritisk til innholdet av forskriften på ett viktig punkt, og kommer tilbake til dette nedenfor.

Erstatningen som kan tilkjennes en part, bør for det første omfatte partens egne nødvendige utlegg til rettsgebyr og reiseutgifter i saker hvor han har personlig møteplikt. Dette svarer til gjeldende rett etter forskriften § 1 første ledd nr. 1 og unntaket i § 3 annet ledd.

Etter forskriftens § 1 første ledd nr. 2 kan klageren til dekning av utgifter til skrivning av forliksklage og andre nødvendige saksomkostninger tilkjennes et beløp inntil rettsgebyret. Utvalget foreslår denne satsen videreført i loven for inkassosakene, dvs. de saker der det også kreves erstatning for kostnadene ved utenrettslig inndrivelse. Forliksklagen kan i disse sakene gis en forholdsvis enkel utforming, i det det vil være en formodning for at klagemotparten ikke bestrider kravet, og vil i mange saker kunne standardiseres. I vanlige inkassosaker vil samlet maksimalerstatning for saksomkostninger til klageren således utgjøre 2,5 R, som for tiden tilsvare kr 1 637. Rettsgebyret benyttes også som referanse for satsene for inkassosalær.

I saker som ikke er inkassosaker, vil det kunne være behov for å legge noe mer arbeid i utformingen av forliksklagen og saksforberedelsen. Maksimalsatsen på 1 R foreslås ikke anvendt for klagerens saksforberedelse i disse sakene, og heller ikke for klagemotpartens utgifter til tilsvaret og saksomkostninger ellers under saksforberedelsen. Partene bør likestilles på dette punkt. Det bør imidlertid fastsettes en standardsats som begrensning av saksomkostningenes størrelse.

Utvalget er delt i synet på hvilken norm som skal settes. Flertallet, Schei, Berg, Bjella, Moen Borgerud, Bårdsen og Nordén mener at maksimalsatsen passende kan settes til 4 R, som tilsvare kr 2.620. Årsaken til at satsen settes såvidt høyt, er at utvalget foreslår opphevet den skjønnsmessige unntaksregelen i forskriften om adgang til å tilkjenne høyere erstatning enn standardsatsen. I en del saker som ikke er inkassosaker, vil utarbeidelse av forliksklage eller tilsvaret kunne medføre en del arbeid, og hvor det er rimelig å bruke advokat. Flertallet understreker imidlertid at det dreier seg om et maksimalbeløp, ikke et beløp som rutinemessig skal tilkjennes uten individuell vurdering. Det skal under ingen omstendighet utmåles et høyere beløp enn det som forliksrådet finner er nødvendig i henhold til § 23-5(1). Godtgjørelse for partens eget arbeid vil bare unntaksvis kunne gis etter § 23-5(1) tredje punktum.

Mindretallet, Helljesen, kan bare slutte seg til flertallets forslag til utmålingsregler under den forutsetning at adgangen til å bruke advokat eller annen rettshjelper i forliksrådet opphører i samsvar med mindretallets forslag om dette. Dersom flertallets forslag om fri adgang til bruk av advokat mv. følges, mener mindretallet at partene i rimelig utstrekning må få dekket omkostningene ved dette. Om begrunnelsen vises til II.10.9.5.8 Som sats foreslår mindretallet en tiendedels G, dvs. ca.

kr 5.000 med dagens verdi av grunnbeløpet. Det vises til alternativt forslag til § 8-13.

Utgifter til møtefullmektig dekkes etter forskriften § 1 annet ledd og § 2 med inntil en fjerdedel av rettsgebyret. Utvalget er enig i at utgifter til møtefullmektig bør dekkes for parter som ikke har personlig møteplikt. Dette er en utgift som er nødvendig for å unngå uteblivelse hvis ikke parten skal møte selv. Satsen på ¼ R er imidlertid meget lav. Utvalgets flertall foreslår den forhøyet til inntil halvt rettsgebyr. Dette inkluderer også nødvendig arbeid forbundet med å sette seg inn i saken før møtet og kommunikasjon med parten under saken. Det forutsettes at personene i forliksrådets særskilte utvalg for møtefullmektiger gis godtgjørelse etter denne satsen. Også en part uten personlig møteplikt som velger å møte selv, må kunne kreve møtegodtgjørelse etter denne satsen, som i de fleste tilfelle må antas å være lavere enn reiseutgiftene.

Etter forskriften § 3 første ledd gjelder maksimalsatsen i § 1 første ledd nr. 2 ikke når det er klart at klageren eller dennes prosessfullmektig har hatt nevneverdig mer arbeid med saken enn det som er vanlig i saker for forliksrådet. Overskridelse av maksimalsatsen skal begrunnes særskilt i henhold til forskriften § 3 tredje ledd. Etter det inntrykk utvalget har dannet seg, praktiseres bestemmelsen ulikt av forliksrådene. Enkelte forliksråd synes å gå ut fra at satsen kan overskrides i saker hvor klageren har advokat. I praksis kan unntaket medføre at saksomkostningene kommer opp i betydelige beløp også i saker for forliksrådet. Utvalget er noe i tvil om alle forliksråd er oppmerksom på at adgangen til å overskride maksimalsatsene etter § 3 første ledd ikke gjelder satsen for møtegodtgjørelse etter § 1 nr. 2. Det er således for eksempel ikke hjemmel for å tilkjenne en part uten personlig møteplikt erstatning for merutgiftene ved å møte med advokat som forlikfullmektig.

Forbrukerrådet har i sin høringsuttalelse kritisert rettstiltanden på dette punkt, fordi saksomkostningsansvaret for klagemotparten kan bli meget følbart, og fordi det er risiko for at denne kan bli idømt høyere erstatningsansvar enn lovlig. Som eksempel er det vist til en konkret avgjørelse der forbrukeren som klagemotpart ble dømt til å betale totalt kr 15.700 i saksomkostninger uten begrunnelse, sannsynligvis i strid med maksimalforskriften.

Etter utvalgets oppfatning bør den skjønnsmessige adgangen til å fravike maksimalsatsene etter § 3 første ledd ikke videreføres. Dette stemmer best med utkastet til omkostningsregel i småkravsprosessen og er egnet til å realisere utvalgets mål-

setning om en enkel partsprosess uten behov for bruk av advokat.

Utgifter til bevisføring som for eksempel godtgjørelse til vitner omfattes ikke av forskriften idag, noe som innebærer at de alminnelige regler i tvistemålsloven § 176 kommer til anvendelse. Spørsmålet har liten praktisk betydning, idet vitner svært sjelden føres i forliksrådet. Enkelte forliksråd har imidlertid praksis for dette. Utvalget ser det slik at bevisføring utover dokumentbevis bør være sterkt begrenset i forliksrådet. Det vises til utvalgets alminnelige synspunkter i II.10.10.13 og utkastet § 8-8(4). Utlegg til vitner i de tilfelle vitneføring unntaksvis finner sted med tillatelse fra forliksrådet, bør bæres av den part som har begjært bevisføringen.

#### 10.10.17.5 Erstatningskrav mot det offentlige

Utvalget har i utkastet § 23-12 foreslått en ny regel om erstatningsansvar for det offentlige for saksomkostninger som skyldes feil ved rettens behandling eller avgjørelse, med saksbehandlingsregler i § 23-12(3) til (5). Bestemmelsen må også komme til anvendelse ved forliksrådsbehandling, og vil være egnet til å avdempe uheldige virkninger av forliksrådernes manglende juridiske kvalifikasjoner. Utvalget finner imidlertid at hovedregelen i § 23-12(4) første punktum om at kravet om saksomkostninger fremsettes for den domstol som har begått feilen, ikke er hensiktsmessig når saken er behandlet av forliksrådet. En forsvarlig behandling av erstatningsspørsmålet tilsier at kravet fremsettes for og behandles av tingretten, uansett om selve saken bringes inn for tingretten.

I og med at forliksrådene i dag er kommunale organer, bør det offentliges erstatningsansvar påhvile kommunen, ikke staten.

#### 10.10.17.6 Kostnader ved utenrettslig inndrivelse

Inkassosalær og andre kostnader ved utenrettslig inndrivelse av kravet forut for forliksklagen anses etter gjeldende rett ikke som saksomkostninger i relasjon til tvistemålsloven kapittel 13, men som et eget erstatningskrav som må behandles etter reglene for krav som er tvistegjenstand. Det vises til Rt. 1987 side 1409. Inkassoloven av 1988 bygger på samme synspunkt, se forutsetningsvis § 21, og utvalget har ikke foreslått noen endring på dette punkt. Inkassoomkostninger er imidlertid et så hyppig forekommende krav i forliksrådets saker, at regelen av pedagogiske grunner bør fremgå uttrykkelig også av tvistelovens bestemmelse om saksomkostninger for forliksrådet.



De materielle vilkårene for å kreve erstatning for inkassosalær og andre utgifter ved utenrettslig inndrivelse i inkassoloven, og reglene om maksimalsatser i inkassoforskriften (forskrift 14. juli 1989 nr. 562) fastsatt i medhold av inkassoloven § 20, har utvalget ikke vurdert.

### 10.10.18 Rettsmidler mot forliksrådets avgjørelser

#### 10.10.18.1 Innledning – noen utgangspunkter

Adgangen til å anvende rettsmidler mot forliksrådets avgjørelser er omtalt i II.10.2.5 innledningsvis.

Et hovedsynspunkt ved utformingen av rettsmiddelreglene er at det må være en lav terskel for å angripe forliksrådets realitetsavgjørelser. Dette er nødvendig av rettssikkerhetshensyn fordi hensynet til rask, enkel og billig behandling av et stort antall saker er prioritert ved utformingen av saksbehandlingsreglene for forliksrådet på bekostning av mulighetene for en grundig og dyptpløyende behandling av den enkelte sak. Dette medfører at overprøvingsadgangen i enda større grad må anses som en bærebjelke i kvalitetssikringen enn ved avgjørelser av de ordinære domstolene. Uten en vid overprøvingsadgang er massebehandling av rettssaker ved en lekmanndomstol ikke forsvarlig.

Et annet hovedsynspunkt, som særlig er fremhevet i II.10.10.2 ovenfor og gjentatt under behandlingen av forliksrådets avgjørelser i II.10.10.16, er at forliksrådsbehandlingen skal gi en mulighet for å få saken avgjort raskt uten ordinær rettssak, men at saken ikke må stoppe opp på dette trinnet. Bruk av tid og ressurser på prosessuelle tvister for forliksrådet og rettsmidler mot formalitetsavgjørelser, er i strid med formålet med forliksrådsbehandlingen og bør så langt som mulig unngås. Må saken først videre til tingretten, bør saken heller avgjøres i realiteten der enn å bli vist tilbake til forliksrådet. Anke til opphevelse over saksbehandlingsfeil, bør derfor være utelukket. En part som er misfornøyd med avgjørelsen, må kreve saken realitetsbehandlet i tingretten.

Disse kravene er stort sett ivaretatt i dagens forliksrådsordning, men utvalget mener at de kan gjennomføres med enda større konsekvens, og at rettsmiddelordningen dessuten kan forenkles atskillig. Denne forenklingen står i forbindelse med forslaget i II.10.10.16 om å sløyfe avgjørelsesformen kjennelse under forliksrådsbehandling. Et annet element gjelder adgangen til oppfriskning i forliksrådet, som behandles i II.10.10.18.3.

#### 10.10.18.2 Overprøving av ordinære dommer

Med ordinære dommer menes andre dommer enn forfallsdommer. I praksis vil det være tale om dommer i tvistesaker avsagt etter utkastet § 8-10(2).

Utvalget finner at regelen i tvistemålsloven § 296 bør videreføres, slik at dommen kan kreves overprøvet ved at saken bringes inn for tingretten til behandling etter reglene for førsteinstanssaker. Utkastet til regler om saksbehandlingen i tingrett i kapittel 9 bygger også på dette. Det vises til § 9-1(2). I § 9-2(4) er det foreslått en regel om forenklet stevning blant annet i saker hvor en dom i forliksrådet kreves overprøvd. For anvendelsen av reglene om småkravsprosess er det også likegyldig om saken har vært pådømt i forliksrådet eller ikke, se § 10-1.

Ved utformingen av de ordinære saksbehandlingsreglene i fjerde del har utvalget lagt vekt på at ankeprosessen i større grad enn nå skal være noe annet enn en ny førsteinstansbehandling. Intensjonen er at ankebehandlingen skal ta utgangspunkt i den dommen som kreves overprøvd, og konsentreres om det som hevdes å være uriktig. Man skal unngå å snu hver stein på nytt. Det er derfor misvisende å bruke betegnelsen anke om overprøvingen av forliksrådets dom. Spørsmålet er mest terminologisk, men utvalget foretrekker å unngå ankebegrepet. I stedet foreslås en regelformulering som direkte uttrykker at forliksrådets dom kan kreves overprøvd ved at saken bringes inn for tingretten ved stevning. Dette er også bedre egnet til å fremheve forskjellen mellom dette rettsmidlet og «ekte» anker over enkelte andre av forliksrådets avgjørelser, som det i begrenset utstrekning må åpnes for etter drøftelsen i II.10.10.18.4. Den alminnelige rettsmiddel Fristen på en måned bør imidlertid gjelde for å ta ut stevning.

#### 10.10.18.3 Forfallsdom og oppfriskning

Etter gjeldende rett kan uteblivelsesdommer i forliksrådet angripes ved begjæring om oppfriskning. Når oppfriskning gis, vil partene som regel måtte innkalles til mekling. Avslag på begjæringen om oppfriskning kan påkjæres etter tvistemålsloven § 298 første ledd nr. 1.

Den uteblitte kan imidlertid i stedet for å begjære oppfriskning, velge å anke saken til tingretten til ordinær realitetsbehandling ved stevning, se tvistemålsloven § 297 annet ledd.

Adgangen til oppfriskning mot uteblivelsesdommer i forliksrådet, som man opprinnelig hadde i tvistemålsloven en kort tid etter loven trådte i kraft, ble opphevet i 1935 (lov av 21. juni 1935 nr. 8). Bakgrunnen for endringen var at man mente at reglene

om oppfriskning som da gjaldt, passet mindre godt i forlikrådet fordi de var skrevet for uteblivelsesdommer i tingretten, og at reglene dessuten var «innviklede og vanskelige å praktisere». Det vises til Ot.prp. nr. 23 (1935) side 16. Eneste mulighet ble anke til tingretten ved stevning og full realitetsbehandling etter reglene for førsteinstanssaker.

Adgangen til oppfriskning i forlikrådet ble gjeninnført i 1986 (lov av 27. juni 1986 nr. 48) etter forslag fra Småkravsutvalget. Man mente at situasjonen var endret siden 1935 blant annet ved at større saksmengde og mer uoversiktlige forhold i byene øket risikoen for at forliksklagen og innkallingen ikke kommer frem. Innføringen av prøveordningen med postforkynnelse, som i forlikrådet foregår i vanlig brev uten mottakskvittering, øker sjansen for at en innkalling anses forkynt for klagemotparten uten at den faktisk har nådd frem til vedkommende. Innføringen av en ordning med klagetilsvær med tilsværfrist helt ned til én uke, ble antatt å medføre ytterligere fare for at uteblivelsesdom blir avsagt i tilfeller hvor klagen ikke er kommet frem. Det vises til NOU 1982: 40 side 137 – 138.

Utvalget ser annerledes på dette nå. I utgangspunktet må det antas at utsiktene til å få saken endelig løst i forlikrådet er betydelig mindre hvis klagemotparten krever oppfriskning mot en forfallsdom enn i normalsakene. Prosessøkonomisk er det derfor usikkert om det som kan oppnås ved fortsatt behandling i forlikrådet, står i forhold til økt bruk av tid og ressurser. Hvis det er avsagt forfallsdom på grunn av uteblivelse fra meklingsmøtet, er det dessuten gjerne gått flere måneder.

Dessuten er reglene om oppfriskning etter utkastet kapittel 22 forholdsvis kompliserte og egner seg ikke særlig godt til å bli anvendt av en lekmannsdomstol. Også dagens regelverk er komplisert og medfører risiko for at forlikrådet griper feil. Saken kan da komme inn i et uriktig spor med betydelige prosessuelle komplikasjoner til følge. Dessuten vil det ikke kunne unngås at en part som gis avslag på begjæringen om oppfriskning, fortsatt må kunne bringe avslaget inn for tingretten. I praksis vil dette etter utkastet måtte skje ved anvendelse av reglene for anke over beslutninger og kjennelser, som svarer til kjæremål etter tvistemålslovens rettsmiddelordning. Det vil da bli investert tid og ressurser på en prosesstvist som ikke bringer en løsning av sakens realitet noe nærmere. Når forlikrådet forkynner forliksklager og innkallinger i vanlig brev uten mottakskvittering, er det så liten notoritet over forkynnelsen at det ofte vil være vanskelig å imøtegå klagemotpartens påstand om at brevet ikke er mottatt. Prosedyren om dette spør-

målet i tingretten og med adgang til rettsmidler, vil forsinke saken ytterligere og kreve ressurser til behandling som er uproduktiv. Man kunne skjerpe kravene til forkynnelse i forlikrådet ved å etablere samme regler som for de andre domstolene, men dette ville på grunn av saksmengden medføre et betydelig merarbeid, som i betraktning av det lave antalle oppfriskningsbegjæringene neppe ville stå i forhold til det som kan oppnås. At noen parter får slippe litt billig fra sin forsømmelse, er en omkostning man heller får ta med på kjøpet.

Etter dagens prosessordning er det som hovedregel et vilkår for å anke en uteblivelsesdom eller begjære oppfriskning, at den uteblitte part betaler eller deponerer de saksomkostninger han er idømt. Han blir heller ikke fritatt for å betale saksomkostningene om saken ender med et annet resultat. Dette er ikke videreført i utvalgets forslag til regler om oppfriskning mot forfallsdommer for at ikke terskelen skal bli for høy, og utvalget foreslår heller ikke noen særregler om saksomkostninger i søksmål som gjelder overprøving av forfallsdommer i forlikrådet.

Utvalget foreslår at det eneste rettsmiddel mot forfallsdommer i forlikrådet blir overprøving av saken ved tingretten etter samme regler som for overprøving av ordinære dommer. De negative virkninger forbundet med en slik reform, reduseres betraktelig ved at det samtidig innføres en småkravsprosess med en lavere terskel til tingretten enn i dagens prosessordning.

Utvalgets forslag til regler om oppfriskning tar også opp i seg instituttet oppreisning mot forsømmelser etter reglene i domstoloven kapittel 8. Disse reglene gjelder i dag også for forlikrådet. Utvalget finner imidlertid at man også med fordel kan greie seg uten oppreisningsreglene. I praksis er det vel ved oversittelse av tilsværfristen problemstillingen er mest aktuell. Utvalget finner imidlertid at man er tilstrekkelig hjulpet ved at forlikrådet har kompetanse til å avgjøre direkte om forsømmelsen skyldes gyldig forfall. Hvis det antas at så er tilfelle, tillegges forsømmelsen ingen rettsvirkning uten at det er nødvendig å gi oppfriskning. Det vises til lovutkastet § 8-4(3) annet punktum. Finner forlikrådet på den annen side ikke at det er sannsynlig at klagemotparten har gyldig forfall, avsies forfallsdom. Oppreisning etter domstoloven kan også være aktuelt etter dagens regler hvis en part har oversittet en søksmålsfrist. Problemstillingen antas imidlertid å være lite aktuell for de saker forlikrådet behandler. Søksmålsfrister av prosessuell karakter, hvor det etter gjeldende rett kan gis oppreisning, finnes spesielt ved overprøving av enkelte nemndsvedtak eller andre forvaltningsavgjørelser,

og dette vil være sakstyper som er unntatt fra forliksmekling. Søksmålsfrister i privatrettslige rettsforhold som behandles av forliksrådet, vil gjerne være materielle frister hvor det ikke er adgang til oppreisning. Dette gjelder for eksempel den praktisk viktige søksmålsfristen på tre måneder i oppsigelsesakker etter husleieloven § 9-8.

Utvalget har ikke foretatt en så uttømmende gjennomgang av lovgivningen at man finner å kunne utelukke at spørsmålet om oppreisning for oversittelse av en søksmålsfrist vil kunne oppstå for forliksrådet, men finner at det under ingen omstendighet er noen stor skade skjedd ved at denne muligheten sløyfes. En part som har oversittet fristen og har behov for oppreisning, oppfriskning etter utvalgets utkast, får anlegge saken for tingretten. Anlegges saken for forliksrådet og forliksrådet avviser den på grunn av at fristen er oversittet, får han gå frem på samme måte. Den mulighet som gjenstår er at klagemotparten mener at forliksrådet uriktig har fremmet saken, selv om fristen var oversittet. I så fall er det grunn til å tro at meklingen raskt vil bli avsluttet, med den følge at klageren også under dette alternativet henvises til å ta ut stevning.

Ved oversittelse av fristene for å anvende rettsmidler mot avgjørelser av forliksrådet ved tingretten, kommer reglene om oppfriskning i utkastet § 22-8 til anvendelse. Det vil alltid høre under tingretten å avgjøre begjæringen.

#### 10.10.18.4 Særskilt overprøving av saksomkostningsavgjørelser

Den alminnelige adgang til særskilt kjæremål over saksomkostningsavgjørelser i tvistemålsloven § 181 annet ledd, gjelder også forliksrådets avgjørelser, se § 298 første ledd nr. 2. Utvalget har i utkastet § 23-9 foreslått videreført den alminnelige rettsmiddeladgangen, men slik at saken behandles etter reglene om anke over kjennelser, også om avgjørelsen er truffet ved dom. Dette innebærer at saken behandles skriftlig. Reglene om begrenset kompetanse for ankeinstansen til å prøve lovanvendelsen og saksbehandlingen er videreført.

Utvalget finner at adgangen til å anvende rettsmidler mot forliksrådets saksomkostningsavgjørelser må videreføres i tilfelle selve hovedsaken ikke bringes inn for tingretten. Overprøvingen bør også for tingretten skje etter reglene for anke til lagmannsretten over beslutninger og kjennelser, og ikke ved stevning etter reglene for overprøving av forliksrådets dommer. Begrenset overprøvingskompetanse er imidlertid ikke hensiktsmessig når avgjørelsen er truffet av forliksrådet. Utval-

gets erfaring tilsier at saksomkostningsavgjørelser i forliksrådet sjelden inneholder noen begrunnelse. Dette vil i mange saker representere en saksbehandlingsfeil som medfører at ankeinstansen ikke kan prøve lovanvendelsen. Man risikerer da at avgjørelsen oppheves, slik at omkostningsspørsmålet må behandles på nytt i forliksrådet. Utvalget finner at omkostningsspørsmålet heller bør avgjøres i realiteten i tingretten uten kompetansebegrensningen i § 23-9(3). Dette gjelder imidlertid ikke bare ved anke over saksomkostningsavgjørelser. Det vises til den generelle regel i § 8-14(3) tredje punktum, hvoretter tingretten alltid skal treffe ny realitetsavgjørelse for det som skal prøves i anken.

Samme rettsmiddeladgang vil det måtte være for saksomkostningsavgjørelser truffet ved beslutning, for eksempel en beslutning om avvisning eller om heving av saken fordi klagen trekkes.

#### 10.10.18.5 Overprøving av beslutninger

##### 10.10.18.5.1 Materielle realitetsavgjørelser

Om særskilt overprøving av saksomkostningsavgjørelser i beslutninger vises til det som er sagt i II.10.10.18.4 ovenfor.

Også andre beslutninger som innebærer materielle realitetsavgjørelser må kunne overprøves. Et eksempel er avgjørelser om rettsgebyr, som kan kreves overprøvet etter rettsgebyrloven § 5 bokstav a nr. 1. Rettsmidlet er kjæremål etter gjeldende rett, og må etter utkastet bli anke til tingretten etter reglene for anke over beslutninger og kjennelser.

Fri sakførsel er vel bare en teoretisk mulighet i forliksrådssaker. Det vil derfor neppe forekomme at forliksrådet vil foreta salærfastsettelse som etter dagens regler kan påkjæres til overordnet domstol etter rettshjelploven § 28 a. Skulle en slik avgjørelse bli truffet, vil § 28 a gi tilstrekkelig hjemmel for overprøving, uten at det er nødvendig med en egen regel i tvisteloven.

Tvistemålsloven § 298 første ledd nr. 2 gir, i tillegg til saksomkostningsavgjørelser, adgang til kjæremål mot avgjørelser om straff eller erstatningsansvar i anledning saken. Det siktes her til reglene om rettergangsstraffer og ansvar i anledning rettsaker i domstollovens kapittel 10.

Utvalget er i og for seg enig i at det må være adgang rettsmidler mot slike avgjørelser fra forliksrådet, men finner at forliksrådets kompetanse til å ilegge rettergangsstraffer eller erstatningsansvar for prosessuelle forsømmelser etter domstolloven bør oppheves. Selv om utvalget ellers ikke behandler dette regelsettet, er det tilstrekkelig

grunnlag for å fremsette et slikt forslag for forliksrådet. Det eneste området hvor rettergangs bøter har praktisk betydning er som sanksjon mot vitner som uteblir etter innkalling. Etter utvalgets forslag vil imidlertid forliksrådet ikke kunne utstede bindende pålegg om bevisføring som det kan være tale om å knytte sanksjoner til. For andre forseelser får forliksrådet om man finner det nødvendig, bringe spørsmålet om ansvar inn for tingretten, jf. til sammenligning domstoloven § 213 fjerde ledd om forsømmelser under tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring for namsmannen. Det vises til utvalgets utkast til nytt tredje og fjerde punktum i domstoloven § 213 første ledd. Eventuelt kan forliksrådet foreta innberetning til påtalemyndigheten i henhold til domstoloven § 216 annet ledd. I forholdet mellom partene er de alminnelige sakomkostningsreglene tilstrekkelige. Det vises spesielt til utkastet § 23-4(c) om erstatningsansvar uavhengig av sakens utfall for saksomkostninger påført ved forsømmelser under saken fra motparten. Utvalget har ikke foreslått videreført den spesielle regelen i tvistemålsloven § 280 tredje ledd.

#### *10.10.18.5.2 Avgjørelser om saksbehandlingen*

Beslutninger om saksbehandlingen bør etter utvalgets oppfatning som en nesten unntaksfri regel ikke kunne angripes ved rettsmidler, heller ikke i de tilfellene som er nevnt i tvistemålsloven § 298 første ledd nr. 1. Flere av de avgjørelsestypene som er nevnt bortfaller, og innenfor et prosessregime som foreslått i utkastet, er det ikke tilstrekkelig behov for å åpne for rettsmidler mot avgjørelser om avvisning, stansning eller utsettelse. Hvis avvisningsspørsmålet bringes inn for tingretten,

bør saken behandles i realiteten der og ikke kunne vises tilbake til forliksrådet. Avgjørelser om stansning og utsettelse vil kunne møtes med krav om innstilling av behandlingen etter seksmånedersregelen i § 8-11(4), forutsatt at stansning av saken ikke anses å få virkning for denne fristen.

Man kan likevel vanskelig unngå overprøvningsadgang for enkelte beslutninger. Reglene om retting og tilleggsavgjørelse i utkastet § 21-8 og § 21-9 gjelder også for forliksrådet. Hvis forliksrådet overskrider sin kompetanse etter disse reglene og endrer dommen på en måte som er ulovlig, kan man ikke godt henvise den part dette går ut over til å anlegge søksmål for tingretten. Det mest hensiktsmessige virkemiddel antas å være anke til opphevelse. De hensyn som ellers taler mot adgang til rettsmidler mot saksbehandlingsavgjørelser gjør seg ikke gjeldende i tilfeller hvor saken er avsluttet, og hvor det ikke kreves noen ny behandling av saken i forliksrådet etter at tingretten har skåret bort det ulovlige tillegget.

#### *10.10.18.6 Gjenåpning*

Begjæring om gjenåpning mot avgjørelser av forliksrådet skal etter utkastet § 13-1(2) fremsettes for tingretten. Hvilke avgjørelser som kan gjenåpnes, er regulert i § 13-2. Etter § 13-2(1) kan gjenåpning begjæres mot rettskraftige avgjørelser som har avsluttet behandlingen av et krav. Dette inkluderer avvisnings- og hevningsskjennelser. For slike avgjørelser av forliksrådet er det imidlertid ingen grunn til å tillate gjenåpning. De stenger ikke for at saken bringes inn for tingretten. Gjenåpning bør bare tillates av forliksrådets dommer, og dette er sagt i § 8-14(5).

## Kapittel 11

# Småkravsprosess

### 11.1 Småkravsprosess og «access to justice»

---

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6(1) gir enhver rett til å få avgjort sivile tvistemål (borgerlige rettigheter og plikter) ved en uavhengig og upartisk domstol i henhold til en rettførdig og offentlig rettergang innen rimelig tid. Under nøkkelordet «access to justice» har man i de senere år satt på dagsorden internasjonalt spørsmålet om de nasjonale rettssystemer lever opp til konvensjonens krav om å gi borgerne tilstrekkelig adgang til å få sine rettslige konflikter behandlet og avgjort ved domstolene. Det er vokst frem en felles erkjennelse i mange land av at domstolene er lite egnet til å behandle tvister om formuerettslige interesser av mindre verdi og i det hele de dagliglivets tvister folk flest kommer opp i som forbrukere av varer og tjenester. Årsaken er gjerne at vanlig domstolsbehandling er for komplisert, langvarig og kostbar til å representere et reelt alternativ for behandling av mindre tvister.

Man har i mange land søkt å møte dette behovet ved å utforme enklere og billigere prosessordninger for disse sakene, og slike regler kalles med et stikkord for småkravs- eller småsaksprosess. Man møter her felles avveiningsproblemer. På den ene siden har man behovet for forenkling og kostnadsproporsjonalitet, og på den annen hensynet til kvalitet og rettssikkerhet i konfliktløsningen. Det er et sentralt spørsmål for utvalget om det bør gis slike særlige prosessregler for behandlingen av småkrav, og hvordan disse i tilfelle bør utformes.

Det utvalget behandler her er behandlingsregler for småkrav i tingrettene. Behandlingen ved forliksrådene er drøftet II.10. Det er imidlertid klart det er en sammenheng her. Dersom forliksrådsbehandling generelt sett er et godt svar på det behandlingsbehov som foreligger for småkrav, vil dette redusere behovet for særskilte behandlingsregler for småkrav ved de ordinære domstoler. Som påpekt under II.10, er det imidlertid klare svakheter ved domsbehandling i forliksrådet i reelle tvistesaker. Det er helt nødvendig å begrense denne i forhold til dagens regler, og den som reiser saken bør selv kunne velge om saken skal bringes inn

for mekling i forliksrådet eller direkte inn for tingretten. Det er, slik utvalget ser det, liten tvil om at en mulighet for forliksrådsbehandling ikke er noe fullgodt svar på behovet for behandling av småkrav ved domstolene.

Utenfor denne rammen for utvalgets arbeid faller tvisteløsning ved andre organer som f.eks. nemnder i forbrukersektoren. Forekomsten av slike organer er imidlertid av betydning. Det gjelder både ved behovet for nye tvisteløsningstilbud ved domstolene som småkravsbehandling og ved at man ved utformingen av slike regler kan dra nytte av erfaringene med nemndbehandling.

### 11.2 Domstolsbehandling av små krav – gjeldende rett

---

#### 11.2.1 Forliksrådene

Om forliksrådsordningen vises generelt til II.10.

Slik forliksrådsordningen var utformet i tvistemålsloven av 1915, hadde forliksrådet funksjon av en småkravsdomstol. Domskompetansen var begrenset til saker om mindre beløp. Etter at beløpsgrensen i tvistesaker, som da var kr 20 000, ble opphevet i 1993 (lov 11. juni 1993 nr. 83), er imidlertid tvistegjenstandens verdi ikke lenger noe relevant kriterium for forliksrådets kompetanse. Det er likevel grunn til å tro at forliksrådene i første rekke pådømmer saker om mindre verdier. En av årsakene er at forliksrådet i henhold til tvistemålsloven § 294 nr. 4 skal unnlate å avsi dom og i stedet henvise saken til tingretten dersom rådet finner at saken er så vanskelig eller lite opplyst at den ikke egner seg til pådømmelse. En annen årsak er at partene i saker om større verdier ofte er bistått av advokater før saken bringes inn for domstolene, og at saksøkeren velger å bringe saken direkte inn for tingretten i medhold av tvistemålsloven § 274 første ledd nr. 1. Etter denne bestemmelsen kan forliksmekling unnlates i saker hvor begge parter har vært bistått av advokat, og hvor saksøkeren og dennes prosessfullmektig begge anser det nyteløst å bringe saken inn for forliksrådet for mekling eller domsbehandling.

Strukturutvalget (NOU 1999: 22) har foreslått at forliksrådets domskompetanse i tvistesaker igjen skal begrenses til saker om mindre formuesverdier, og har antydning folketrygdens grunnbeløp som grense. For øvrig har Strukturutvalget under henvisning til Tvistemålsutvalgets arbeid ikke tatt opp småkravsprosessen som tema.

### 11.2.2 Forenklet rettergang ved tingretten

Tvistemålsloven inneholdt opprinnelig ikke noen andre særregler for saker om småkrav enn begrensningen av retten til å anke i saker hvor tvistegenstandens verdi er under en bestemt beløpsgrense. For tiden er grensen kr 20 000. Regler om forenklet behandling ved tingrett ble først innført i tvistemålsloven ved lov av 27. august 1986 nr. 48. Foranledningen var Småkravsutvalgets forslag om egen småkravsprosess i delutredning II (NOU 1983: 48). Forslaget ble ikke fremmet av Justisdepartementet, som i stedet satset på et alternativt regelsett. Det vises til nærmere omtale nedenfor i II.11.6.

Forenklet rettergang var opprinnelig frivillig og forutsatte avtale mellom partene. Ordningen omfattet nesten alle typer sivile saker uten beløpsgrense og kunne derfor ikke karakteriseres som noen egentlig småkravsprosess. Ordningen ble imidlertid ikke brukt. Ved endringslov av 24. august 1990 nr. 54 ble forenklet rettergang gjort obligatorisk for «gjeldssaker» der verdien av tvistegenstanden ikke overstiger kr 20 000, og er dermed blitt en småkravsprosess. Ved ny endringslov av 28. april 2000 nr. 34 er virkeområdet utvidet til å gjelde alle saker om formuesverdier som ikke overstiger kr 20 000.

Reglene er inntatt i §§ 322 til 322 c og er behandlet hos Hov III side 83 – 86, Schei side 892 – 896 og Skoghøy side 492 – 496. Det gis her en kort presentasjon:

Med gjeldssaker menes saker om ensidige forpliktelser til å betale penger, dvs. at kravet ikke – iallfall ikke lenger på det tidspunkt saken reises – er betinget av en motytelse. Også erstatningskrav i kontraktsforhold omfattes, mens krav på erstatning utenfor kontraktsforhold faller utenfor ordningen.

Ved forenklet rettergang er saksbehandlingen som utgangspunkt skriftlig, men hver av partene kan kreve at det avholdes ett rettsmøte til muntlig forhandling. Det er en videre adgang til bruk av skriftlige erklæringer enn ellers, idet slike kan brukes når retten finner det ubetenkelig. Avhør av parter, vitner og sakkyndige kan imidlertid bare skje i rettsmøter som partene innkalles til.

Hvis partene ikke krever rettsmøte, og retten

heller ikke finner det nødvendig av eget tiltak, blir dommen avsagt etter skriftlig behandling. Dommen kan utformes på en enklere måte enn i vanlige saker. Den skal inneholde en angivelse av tvistegenstanden og en kort begrunnelse for resultatet.

Det er ikke egne saksomkostningsregler for saker etter forenklet rettergang, og rettsgebyret er det samme som ellers, dvs. kr 3 600 (fra 1. januar 2000).

En dom avsagt etter obligatorisk forenklet rettergang kan påankes etter samme regler som ellers. I og med at tvistegenstanden i praksis vil være under ankesumsgrensen på kr 20 000, kreves lagmannsrettens samtykke for å fremme anken (§ 359). For dommer der forenklet rettergang er avtalt, gjelder ytterligere begrensninger (§ 322 b).

Saker om forenklet rettergang forekommer i svært liten utstrekning. I henhold til Justisdepartementets årsmelding for 1998 ble bare 71 av 12 134 saker i tingrettene avgjort ved forenklet rettergang. Avtale om forenklet rettergang inngås nesten aldri.

## 11.3 Konfliktløsning utenfor domstolene

---

### 11.3.1 Organer for behandling av forbrukertvister

#### 11.3.1.1 Innledning

Med forbrukertvister siktes til tvister som gjelder erverv av formuesgoder som hovedsakelig er til personlig bruk for erververen eller hans husstand – dette i motsetning dels til tvister mellom næringsdrivende og dels til tvister om andre private rettsforhold. Atskillige forbrukertvister gjelder formuesverdier som langt overstiger de grenser som i praksis har vært aktuelle for anvendelsesområdet for regler om småkravsprosess, f.eks. kjøp av biler og fritidsbåter eller kjøp og oppføring av privatbolig. På den annen side gjelder de fleste forbrukertvister mer beskjedne verdier, og det er særlig forbrukernes problemer med å vinne frem med berettigede krav overfor selgersiden i slike saker som har gitt støtet til utvikling av enklere og mer effektive behandlingsordninger. Det er derfor hensiktsmessig å behandle forbrukertvistene i sammenheng med en småkravsprosess, uten at dette foregriper hvilke løsninger som velges.

#### 11.3.1.2 Forbrukerrådet og Forbrukertvistutvalget

Forbrukerrådet er organisert som et frittstående

forvaltningsorgan med det formål å virke som en uavhengig interesseorganisasjon for alle forbrukere i Norge. Et vesentlig ledd i virksomheten består i å behandle klagesaker fra forbrukere på varer og tjenester.

Formålet med klagesaksbehandlingen i Forbrukerrådet er å bidra til å løse tvister mellom forbrukere og tilbydere av varer og tjenester som ledd i arbeidet med å styrke forbrukernes rettslige stilling.

Forbrukerrådets klagesaksbehandling er desentralisert og lagt til de 18 fylkeskontorene.

Det er bare en forbruker som kan bringe prosessen i gang, noe som skjer ved skriftlig klage. Rådet behandler ikke bare klager mot næringsdrivende på selgertilbydersiden. Også saker mot privatpersoner omfattes. Det er regulært en forutsetning at klageren først har reklamert overfor motparten uten at man har kommet til enighet.

Selv om Forbrukerrådet som nevnt er en interesseorganisasjon for forbrukerne, skal rådet i klagesaksbehandlingen innta posisjonen som en nøytral mekler innenfor rammen av gjeldende rett. Dette er også nedfelt i retningslinjene for klagesaksbehandlingen og i forskriftene til forbrukertvistloven. Meklerrollen er ikke til hinder for at Forbrukerrådet gir uttrykk for en realitetsvurdering av tvisten og fremsetter konkret forslag til løsning. Det fremgår uttrykkelig av retningslinjenes § 2-12 at rådet skal sørge for at partene er gjort kjent med dets syn på gjeldende rett på området og skal gi uttrykk for sitt konkrete standpunkt i saken før den avsluttes. Meklerrollen går med dette lenger enn hva som er vanlig ellers med hensyn til realitetsvurdering av tvisten, og saksbehandlingen muner ut i hva man kan kalle en ikke-bindende avgjørelse. I en del saker har imidlertid Forbrukerrådet ikke mulighet for å foreta noen realitetsvurdering på grunn av bevisvil som ikke kan bringes ut av verden gjennom den skriftlige saksbehandling.

Forbrukerrådet behandler ikke saker som verserer for domstolene, herunder forliksrådet, eller konfliktrådet.

Forbrukerrådet er representert i en del tvisteløsende klagenemnder for forskjellige bransjer. I en del av nemndssakene foretas hele saksforberedelsen av nemndas sekretariat, slik at det ikke finner sted noen forberedende klagesaksbehandling i Forbrukerrådet. Det vises til nærmere omtale nedenfor.

Forbrukerrådet behandler årlig ca. 5 000 skriftlige klagesaker.

Dersom Forbrukerkontoret ikke lykkes med å oppnå en minnelig løsning, og tvisten hører under Forbrukertvistutvalgets myndighetsområde, se

nedenfor, kan begge parter bringe saken inn for utvalget, som kan treffe bindende avgjørelse.

Markedsrådets utvalg for forbrukertvister eller Forbrukertvistutvalget (FTU) ble opprettet ved lov av 28. april 1978 nr. 18 som et sentralt forvaltningsorgan med kompetanse til å treffe vedtak i tvister om forbrukerkjøp av løsøre fra hele landet. I 1991 ble kompetansen utvidet til å gjelde tvister om håndverkertjenester som faller inn under håndverkertjenesteloven av 16. juni 1989 nr. 63. Utvalgets vedtak blir bindende og kan tvangsfullbyrdes hvis vedtaket ikke innen fire uker bringes inn for domstolene ved stevning til tingrett. Forliksrådsbehandling finner ikke sted.

Begrunnelsen for å opprette Forbrukertvistutvalget fremgår av forarbeidene til loven, NOU 1974: 13 og Ot.prp. nr. 55 (1976-77). Det er fremhevet at forbrukernes rettsstilling var styrket med nye materielle rettsregler blant annet om forbrukerkjøp, men at Forbrukerrådet gjennom sin klagesaksbehandling erfarte at forbrukerne ofte hadde problemer med å nå frem overfor selgersiden med berettigete reklamasjonskrav, f.eks. når et produkt lider av mangel. Det ble uttalt at domstolene ikke dekker behovet for konfliktløsning. Forliksrådene ble ansett lite egnet til å behandle tvister i forbrukerkjøp på grunn av manglende juridiske kvalifikasjoner, og at man i alminnelighet ikke har sakkyn-dige erklæringer å bygge på. Om de alminnelige domstoler for øvrig ble det uttalt at behandlingen der holder høy kvalitet, men at omkostningene er til hinder for søksmål (NOU 1974: 13 side 7 og 14). Man ble stående ved å opprette et nytt sentralt organ.

Forbrukertvistutvalget har ti medlemmer. Formannen og nestformannen skal være jurister. Av de øvrige åtte skal halvparten ha særlig innsikt i forbrukersidens og halvparten i selger- eller tjenestetetersidens interesser. Utvalgets første formann var professor dr. juris Kai Krüger. Formann og nestformann er nå amanuensis Trygve Bergsåker og lagdommer Hilde Wiesener Haga. I den enkelte sak deltar tre medlemmer, formann/nestformann og en interesserepresentant fra hver side.

I 1998 behandlet FTU 707 saker, hvorav 606 med realitetsvedtak. Samme år ble 21 saker behandlet av FTU brakt inn for domstolene.

Forbrukertvistutvalget behandler saker som først har vært behandlet som klagesaker i Forbrukerrådet og danner sluttsteinen på Forbrukerrådets behandling av klager innenfor forbrukertvistlovens anvendelsesområde. Begge parter i tvisten kan innen fire uker etter at de er underrettet om at Forbrukerrådet har avsluttet meklingen, bringe tvisten inn for FTU. Saken forberedes da videre av

utvalgets sekretariat, som er organisert uavhengig av Forbrukerrådet.

Saksbehandlingen i Forbrukerrådet og Forbrukertvistutvalget bygger på sentrale prinsipper for domstolsbehandling som kontradiksjons- og disposisjonsprinsippet. I motsetning til domstolene sørger Forbrukerrådet og FTU for sakens opplysning. I mange saker blir det innhentet sakkyndig uttalelse. Behandlingen er gratis, men det har vært diskutert å innføre gebyr. Med forbehold for en adgang til å innkalle sakkyndig til møte i FTU er hele saksbehandlingen skriftlig. På grunn av skriftlighetskravet kan FTU avvise saken dersom utvalget finner at tvisten ikke kan avgjøres uten at partene eller vitner muntlig forklarer seg. I 1998 skjedde dette i elleve av de 606 sakene som ble behandlet.

Som hovedregel kan en part ikke pålegges saksomkostninger til motparten i saker som avgjøres i Forbrukertvistutvalget. Unntak gjelder dersom en part har fremsatt krav som åpenbart ikke kan føre frem. Bestemmelsen benyttes svært sjelden.

Forbrukertvistutvalgets vedtak kan kreves gjenopptatt etter samme regler som i sivile saker ved domstolene (forbrukertvistloven § 14).

For å unngå at en sak samtidig behandles både i domstolene og i Forbrukertvistutvalget, har forbrukertvistloven bestemmelser om litispensvirkninger. Så lenge en tvist er til behandling i Forbrukertvistutvalget – og det anses den å være fra klage til Forbrukerrådet er inngitt – kan den av partene ikke bringes inn for domstolene. På den annen side kan Forbrukertvistutvalget ikke behandle en sak som allerede er til behandling ved domstolene. Dersom en part heller ønsker saken behandlet i Forbrukertvistutvalget, kan domstolen imidlertid beslutte å stanse saken inntil Forbrukertvistutvalgets vedtak foreligger.

FTU har helt siden starten slitt med kapasitetsproblemer og et etterslep av saker. Saksbehandlingstiden har derfor vært lang, ikke sjelden to-tre år fra klagen første gang bringes inn for Forbrukerrådet til endelig vedtak i FTU. Nå ligger saksbehandlingstiden på ca. ett år i FTU, men her kommer Forbrukerrådets mekling i tillegg.

Utenfor forbrukertvistlovens område foreligger for flere sakstyper mulighet for sluttbehandling i særskilte klagenemnder opprettet i samarbeid mellom Forbrukerrådet og vedkommende bransjeorganisasjon(er).

Foreligger ikke mulighet for sluttbehandling i Forbrukertvistutvalget eller en nemnd, må Forbrukerrådet etter forgieves mekling avslutte saken. Forbrukerrådet kan likevel etter konkret vurdering være behjelpelig med å utta forliksklage, men

kan for øvrig ikke opptre som advokat for forbrukeren i en rettssak. I en sak av prinsipiell interesse hvor Forbrukertvistutvalgets vedtak i forbrukerens favør ble brakt inn for domstolene av selgersiden, engasjerte Forbrukerrådet seg som hjelpeintervenient (partshjelper) og finansierte saken som endte med dom i Høyesterett. Det vises til II.11.4.4.

### 11.3.1.3 *Avtalebaserte klagenemnder*

Ved avtaler mellom Forbrukerrådet og bransjeorganisasjoner er det etablert en rekke nemnder som behandler klager fra forbrukere innenfor viktige vare- og tjenesteområder. Enkelte nemnder kan også i en viss utstrekning behandle klager fra næringsdrivende. Avtalene inneholder behandlingsregler som skal sikre nøytral og rettsikker behandling. For tiden er følgende områder dekket av slike nemnder:

- Bank- og finanstjenester (Bankklagenemnda)
- Kjøp og oppføring av bolighus (Boligtvistnemnda)
- Eiendomsmekling
- Elektrisk energiforsyning
- Forsikringstjenester (egne nemnder for skadeoppgjør og avkortning)
- Fotografarbeide
- Gravferdstjenester (begravelsesbyråer)
- Maler- og byggtapetsererarbeid
- Selskapsreiser
- Elektriske husholdningsapparater
- Renseri- og vaskeritjenester
- Skotøy
- Teletorgtjenester
- Telefontjenester (tellerskritt)

I 1998 traff nemndene på disse områder vedtak i 1 681 skriftlige klagesaker. Et større antall ble behandlet skriftlig i sekretariatet uten foreleggelse for nemnda. Saksmengden for de forskjellige nemndene varierer adskillig. Flest saker behandlet Bankklagenemnda med 333, mens Reklamasjonsnemnda for maler- og byggtapetsererarbeid bare behandlet én sak. Den sistnevnte skiller seg fra de øvrige ved å være en rettsmiddelinstans. Nemnda behandler klager på avgjørelser i stedlige skjønnskomiteer.

I de nemndsavtalene som er inngått mellom Forbrukerrådet og bransjeorganisasjonene er det vesentlige fellestrekk, men også enkelte forskjeller.

Nemnda består alltid av en eller flere partsopnevnte representanter, og med en nøytral formann. Formannen skal i de fleste tilfeller være jurist,



undertiden med ytterligere krav som «jurist i dømmende stilling» (Elklagenemnda), eller «oppfylle vilkårene for å være høyesterettsdommer» (Bankklagenemnda).

Regler og rutiner for saksforberedelsen varierer. I enkelte tilfelle skjer forberedende klagesaksbehandling i Forbrukerrådet før saken i mangel av minnelig løsning kan bringes inn for nemnda (eksempler er reklamasjonsnemndene for elektriske husholdningsapparater og for fotografarbeid). I de fleste tilfeller skjer imidlertid saksforberedelsen i sin helhet ved nemndas eget sekretariat.

Behandlingsreglene frembyr mange likhetstrekk med saksbehandlingen for Forbrukertvistutvalget. Som regel kreves at forbrukeren på forhånd har reklamert, eventuelt også skriftlig, uten at partene har kommet til enighet. Saksbehandlingen er som den helt dominerende hovedregel skriftlig, og nemndenes sekretariater sørger for sakens opplysning. En særregel gjelder etter avtalen for den nye Boligtvistnemnda (tvister om kjøp og oppføring av ny bolig, herunder fritidshus, eierseksjon og tilbygg, samt arbeid som utføres direkte som ledd i slik oppføring), hvor nemndas leder i punkt 2.5 «unntaksvis, dersom spesielle forhold tilsier det, kan bestemme at nemnda avholder møte med partene for muntlig behandling». Saker som ikke egner seg til skriftlig behandling, f.eks. på grunn av behov for umiddelbar bevisføring, kan avvises.

Saksbehandlingen er med få unntak gratis for partene. I saker for Boligtvistnemnda pålegges forbrukeren en egenandel tilsvarende rettsgebyret (for tiden 600 kroner) for å få sin sak behandlet. Dersom forbrukeren får fullt medhold i klagesaken, kan egenandelen bli refundert etter beslutning av nemndas formann alene. I tillegg gjelder for denne nemnda at eventuelle kostnader til sakkyndig kan bli belastet partene (punkt 15.4). Sekretariatet kan pålegge klageren å forskuttere utgiftene (punkt 5.3).

Mange nemnder behandler bare saker mot medlemmer av vedkommende bransjeorganisasjon på næringslivssiden. F.eks. behandler Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser bare saker mot medlemmer av Den Norske Reisebransjeforening. I og med at mindre seriøse virksomheter ofte ikke er medlemmer av noen organisasjon, faller disse utenfor.

Nemndenes vedtak er regulært bare rådgivende, men følges som regel av den næringsdrivende. I enkelte tilfeller har parten på næringslivssiden plikt til å melde fra innen en frist dersom han ikke vil oppfylle et vedtak i forbrukerens favør. For nemndene i forsikringsforhold medfører manglende varsel at selskapet blir bundet av vedtaket.

Ofte kan saken kreves gjenopptatt i nemnda på vilkår som er mer liberale enn hva som gjelder for Forbrukertvistutvalget. Et eksempel gir avtalen for Boligtvistnemnda punkt 9, hvoretter en avsluttet sak kan gjenopptas «såfremt nye opplysninger som ikke lett kunne ha vært fremlagt ved første gangs behandling fremlegges, og lederen finner at disse opplysningene kunne ha gitt første behandling av saken et annet utfall».

På enkelte områder er forbrukerens muligheter for å få oppfyllelse styrket ved bestemmelser om garanti for den næringsdrivendes oppfyllelse av sine forpliktelser etter nemndas vedtak. Et eksempel gir avtalen om Reklamasjonsnemnda for maler- og byggtapetsererarbeid § 8, hvoretter Maler- og byggtapetserermestrenes Landsforbund garanterer for oppfyllelsen av sine medlemmers forpliktelser med inntil 100 000 kroner, og også sørger for retting av mangler dersom nemndas vedtak går ut på dette.

Enkelte nemndsavtaler har bestemmelser om foreningsrettslige sanksjoner mot medlemmer som ikke oppfyller nemndas vedtak. Et eksempel gir Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser. Medlemmer av Den Norske Reisebransjeforening er gjennom foreningens vedtekter forpliktet til å følge nemndas vedtak, og kan utsettes for eksklusjon ved manglende oppfyllelse. Med sikte på at prinsipielle saker der foreningen er uenig i nemndas vedtak skal kunne overprøves ved domstolene, kan styret suspendere oppfyllelesplikten.

Ingen av klagenemndene har eksklusiv kompetanse i forhold til Forbrukertvistutvalget. På saksområder der det er overlappende kompetanse, som f.eks. ved klager vedrørende kjøp av elektriske husholdningsartikler eller skotøy, og klager på malerarbeid omfattet av håndverkertjenesteloven, vil saken etter vedtak i nemnda kunne bringes videre inn for Forbrukertvistutvalget. Dette vil kunne være aktuelt hvis forbrukeren ikke gis medhold i nemnda eller hvis motparten nekter å rette seg etter vedtaket.

Noen av de avtalebaserte nemndene er gitt en indirekte lovforankring i den form at loven åpner for at vedtektene for nemnda blir godkjent av Kongen (eller et departement ved delegasjon). Hitil er godkjennelse gitt nemndene på forsikringssektoren i medhold av forsikringsavtaleloven (lov av 16. juni 1989 nr. 69) § 20-1. Rettsvirkningene av godkjennelsen er blant annet at hver av partene kan kreve nemndsbehandling av en tvist, at forsikringsselskapet ikke kan bringe tvisten inn for de alminnelige domstoler så lenge den er til behandling i nemnda, og at saken etter realitetsbehandling i nemnda, kan bringes direkte inn for tingretten.

En tilsvarende ordning har man hjemmel for i Bustadoppføringslova (lov av 13. juni 1997 nr. 43) § 64(3). Den er aktuell for Boligtvistnemnda. Også Bankklagenemnda har nå fått en lovmessig forankring i finansavtaleloven (lov av 25. juni 1999 nr. 46) § 4. Loven trådte i kraft 1. juli 2000. Boligtvistnemnda og Bankklagenemnda har begge søkt om godkjenning av sine vedtekter.

Pakkereiseloven (lov av 25. august 1995 nr. 57) åpner i kapittel 10 adgang til nemndsbehandling med mer vidtgående rettsvirkninger. Offentlig godkjenning av nemndsordningen på området medfører etter § 10-5 at nemndas vedtak får retts- og tvangskraft med mindre partene bringer saken inn for tingretten innen én måned. Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser har søkt om godkjenning av sine vedtekter og får – om søknaden innvilges – kompetanse til å treffe bindende vedtak på samme måte som Forbrukertvistutvalget.

Teletorgrådet har kompetanse til å treffe vedtak som er bindende dersom de ikke bringes inn for domstolene. Vedtakene gjelder imidlertid ikke egentlig tvisteløsning i forbrukerforhold, men snarere utøvelse av disiplinærmyndighet i form av sanksjoner ved overtredelse av regelverket for teletorgtjenester.

#### 11.3.1.4 *Kommunale husleietvistutvalg*

Den nye husleieloven (lov av 26. mars 1999 nr. 17) trådte i kraft 1. januar 2000. I proposisjonen (Ot. prp. nr. 82 for 1997-98) drøftet Kommunal- og regionaldepartementet i avsnitt 16 på side 130 flg. spørsmålet om det burde gjenoprettes en særdomstol for husleiesaker, slik man hadde i Oslo inntil 1989, eller om det burde opprettes tvisteløsende forvaltningsorganer etter mønster av Forbrukertvistutvalget. Spørsmålene ble besvart benektende. Stortingets kommunalkomiteé gikk imidlertid inn for å gi hjemmel for en prøveordning med husleietvistutvalg i en eller flere kommuner, og en bestemmelse om dette ble gitt i lovens § 12-5.

Nemnda skal bestå av en formann med dommerkompetanse og to interesserepresentanter, en fra huseier- og en fra leietakersiden. Vedtakene skal være tvangskraftige med mindre saken bringes inn for tingrett. Forliksrådsbehandling sløyfes.

#### 11.3.1.5 *Andre tvisteløsende nemnder*

Disiplinærnemnden for advokater behandler klager på advokattjenester, og har som navnet tilsier primært andre funksjoner enn å løse tvister. Nemnden behandler imidlertid også klager på salærkrav, og fungerer for så vidt som tvisteløsende nemnd

for brukere av advokattjenester. I klager som gjelder medlemmer av Den Norske Advokatforening er Disiplinærnemnden anneninstans, idet klagen først behandles i foreningens regionale disiplinærutvalg. I motsetning til de bransjenemndene som er omtalt ovenfor, er Disiplinærnemnden et forvaltningsorgan opprettet i medhold av lov (domstolloven § 227) med kompetanse til å treffe bindende vedtak. Disiplinærnemnden behandlet 124 klagesaker i 1998.

For krav som følge av feilbehandling i det offentlige helsevesen, gjelder for tiden en midlertidig erstatningsordning. Norsk Pasientskadeerstatning (NPE) administreres av Kommunal Landspensjonskasse (KLP). Det rettslige grunnlaget for ordningen er en avtale fra 1987 mellom staten og landets fylkeskommuner som sykehuseiere, som senere er utvidet til også å gjelde den kommunale legetjeneste og legevaktordning. Krav under ordningen kan avgjøres av Pasientskadenemnda. Nemndas medlemmer oppnevnes av Kongen, og består av fem medlemmer. Leder og nestleder skal være jurister. To medlemmer oppnevnes etter forslag fra bruker- eller pasientorganisasjoner og ett etter forslag fra eiersiden (Kommunenenes Sentralforbund). Nemndas avgjørelser er bindende for sykehuseierne, men kan fritt bringes inn for domstolene av klageren. Sakene utredes og forberedes av NPE før de legges frem for nemnda.

I 1998 behandlet nemnda 516 saker. En del saker avgjøres av sekretariatet (NPE) etter delegasjon. Sekretariatets vedtak kan i så fall bringes inn for nemnda, som da får funksjon av anneninstans.

NPE og Pasientskadenemnda må formelt sett anses som forvaltningsorganer, og forvaltningsloven får anvendelse på virksomheten, selv om organene ikke har lovmessig forankring.

I Ot. prp. nr. 31 (1998-99) ble det fremmet forslag til ny lov om erstatning ved pasientskader. Utkastet inneholder i kapittel 3 og 4 regler om behandlingen av krav og om klage og domstolsprøving som innebærer at dagens ordning i det vesentlige videreføres og blir permanent. Et interessant aspekt ved forslaget var en tidsbegrenset litispensdsvirkning i forhold til domstolsbehandling i utkastets § 18. Skadelidte skulle først kunne bringe saken inn for domstolene når det er gått 6 måneder etter at han fremmet kravet mot NPE. Sykehuseieren må vente til endelig vedtak i Pasientskadenemnda foreligger.

Pasientskadeloven ble vedtatt 15. juni 2001, men har ennå ikke trådt ikraft. Etter loven § 18 første ledd, må skadelidte og sykehuseieren avvende vedtak i nemnda, før søksmål kan reises.

Noen egentlig småkravsprosessordning er ikke pasientskadeerstatningen. I den någjeldende avta-

lebaserte ordningen faller erstatningskrav under kr 5 000 utenfor. Grensen er i loven foreslått hevet til kr 10 000. Mange erstatningskrav gjelder store beløp, og sakene kan reise kompliserte årsaksspørsmål som krever sakkyndig utredning.

Utvalget gjør oppmerksom på at det også eksisterer en rekke andre tvisteløsende nemnder på forskjellige områder utenfor småkravs- eller forbrukersektoren.

#### 11.3.1.6 Utenrettslig håndheving av forbrukerrettigheter i EU

Kommisjonen vedtok 30. mars 1998 en rekommendasjon om prinsipper for de organer som er ansvarlig for utenrettslig behandling av forbrukertvister i de enkelte land. Bakgrunnen er et økende behov for harmonisert løsning ved forbrukertvister på tvers av landegrensene i det indre marked. I rekommendasjonen anbefales et sett av minimumskriterier som alle slike organer bør følge med hensyn til uavhengighet (independence), åpenhet (transparency), kontradiksjon (adversarial principle), effektivitet (effectiveness), legalitet (legality), frivillighet (liberty) og representasjon (representation).

Med åpenhet menes spesielt at partene må få tilgjengelig informasjon om organets kompetanse, saksbehandlingsreglene, eventuelle kostnader ved behandlingen og eventuell bindende virkning av avgjørelsene. I effektivitetsprinsippet ligger at prosessen skal være tilgjengelig for forbrukeren uten krav om bruk av rettslig representant, at behandlingen skal være gratis eller iallfall forbundet med moderate kostnader, at avgjørelsen skal treffes i løpet av kort tid, og at organet skal ha en aktiv rolle som gjør det i stand til å ta i betraktning alle relevante faktorer. Med legalitet siktes det til at avgjørelsene ikke må være i strid med ufravikelig lovgivning om beskyttelse av partenes rettigheter, og at de må være begrunnet. Med frivillighet siktes det til at avgjørelsene bare kan være bindende for partene dersom de er informert om dette på forhånd og har akseptert det. Forbrukeren må ikke på forhånd, før konflikten har oppstått, være forpliktet til en prosedyre som berøver ham adgangen til domstolene. Representasjonsprinsippet innebærer at partene skal ha rett til å la seg representere eller assistere av en tredjepart på ethvert trinn av prosessen.

### 11.3.2 Konfliktrådene

Ordningen med konfliktråd ble opprettet i 1991 ved lov av 15. mars 1991 nr. 3. Konfliktrådene er forvaltningsorganer med oppgave å megle i tvister som oppstår på grunn av at en eller flere personer

har påført andre en skade, et tap eller en annen krenkelse. Både straffesaker og sivile saker kan behandles, men de sivile sakene utgjør bare ca. 10 % av saksmengden (St.meld. nr. 40 for 1998-99 side 109). I 1998 gjennomførte konfliktrådene mekling i 2 484 sivile saker. De typiske nabokonflikter dominerer, men konfliktrådene har også behandlet familietvister, konflikter på arbeidsplassen, mobbing, ærekrenkelser, husleiesaker og økonomiske saker (kilde: St.meld. nr. 25 for 1999-2000 side 57).

Alle kommuner skal ha konfliktråd, men det er adgang til å opprette felles konfliktråd for flere kommuner, og de fleste er interkommunale. For tiden er landet dekket av 40 konfliktråd. Kommunene eller vertskommunene har det administrative og daglige ansvaret for ordningen, mens staten ved Justisdepartementet har det faglige og økonomiske ansvaret.

Til konfliktrådet er det knyttet meklere for hver kommune, og i den enkelte sak settes rådet normalt med én mekler. Til forskjell fra tvister i forliksrådet krever konfliktrådsbehandling at begge parter samtykker. Det kreves videre at de i all hovedsak er enige om det saksforhold tvisten gjelder. Partene må møte personlig, men kan tillates å møte med medhjelper som ikke er advokat. Behandlingen er rask, enkel og gratis. Målet er å komme frem til en avtale som er realistisk og som begge parter kan være fornøyd med. Dette lykkes i de aller fleste tilfellene (93 % i henhold til stortingsmelding nr. 40). Avtalen representerer ikke en rettskraftig avgjørelse av tvisten og er ikke tvangsgrunnlag, slik som et rettsforlik. Noen kompetanse til å avgjøre saken, slik som forliksrådet, har konfliktrådet ikke.

Etter oppdrag fra Justisdepartementet har Statskonsult evaluert konfliktrådsordningen. Sluttrapporten ble avgitt i oktober 1996. Det anbefales der at en videreutvikling av konfliktrådsordningen ses i sammenheng med organiseringen av namsmannen og forliksrådet. Domstolskommisjonen (NOU 1999: 19) og Strukturutvalget (1999: 22) har begge fremhevet dette som en fruktbar tanke.

## 11.4 Rettshjelp i saker om småkrav

### 11.4.1 Innledning

Ettersom et av de viktigste hindrene for domstolsbehandling av saker om mindre verdier er omkostningene forbundet med prosessen, er det viktig å undersøke hvilke muligheter partene har til å få økonomisk bistand til å gjennomføre saken. Prosessregler og muligheter for kostnadsdekning må

ses i sammenheng når partenes «access to justice» skal vurderes. Hos oss er det to hovedformer for finansiering, fri rettshjelp og rettshjelpsforsikring, som er aktuelle.

I St.meld. nr. 25 (1999-2000), som ble fremmet av Regjeringen 22. desember 1999, har Justisdepartementet foretatt en gjennomgang av ordningene med offentlig fri rettshjelp og trukket opp hovedlinjene for den offentlige rettshjelpspolitikken i årene fremover. Stortingsmeldingen inneholder en redegjørelse for de ulike rettshjelpstilbud i privat og offentlig regi og en analyse av rettshjelpsbehovet basert på forskningsrapporter.

#### 11.4.2 Fri rettshjelp

Etter lov om fri rettshjelp, lov av 13. juni 1980 nr. 35, ytes rettshjelp betalt helt eller delvis av det offentlige i form av fritt rettsråd i saker utenfor rettergang (kapittel III), fri sakførsel under rettergang for domstolene (unntatt forliksrådet) og enkelte forvaltningsorganer (kapittel IV) eller fritak for rettsgebyrer (kapittel V). Fri rettshjelp kan gis av privatpraktiserende advokater eller offentlige advokatkontorer. Det siste har man bare ett av, nemlig Oslo kommunes kontor for fri rettshjelp.

På enkelte områder innvilges fri rettshjelp uten behovsprøving. Eksempler er barnevernsaker og militærnektersaker, men dette er uaktuelt for saker om formuesverdier.

På de områder fri rettshjelp innvilges etter behovsprøving, er støtten undergitt nokså snevre økonomiske betingelser. Grensen går normalt ved en årlig bruttoinntekt på kr 200 000 – 210 000 (avhengig av forsørgelsesbyrde) og en nettoformue på kr 100 000. De lave inntekts- og formuesgrensene medfører at store grupper av befolkningen som økonomisk sett er ute av stand til å dekke sitt rettshjelpsbehov av egne midler, faller utenfor. Det bør også nevnes at søkeren skal betale en egenandel bestående av en grunnandel på kr 300 og en tilleggsandel på 25 % av de totale rettshjelpkostnadene (fratrasket merverdiavgift). Personer med bruttoinntekt under kr 70 000 – 90 000 (avhengig av forsørgelsesbyrde) betaler bare grunnandel. For øvrig er det adgang til å frafalle kravet på tilleggsandel, og dette gjøres ganske ofte. Fri rettshjelp dekker i utgangspunktet ikke saksomkostningsansvar overfor motparten, men det er adgang til å søke særskilt om dette (rettshjelploven § 24(3)).

I tillegg til de økonomiske vilkår kommer at både fritt rettsråd og fri sakførsel i utgangspunktet bare gis innenfor visse prioriterte sakstyper. Med forbehold for husleiesaker, vil de fleste av dagliglivets tvister om mindre formuesverdier og forbru-

kertvister falle utenom dekningsområdet. Riktignok kan både fritt rettsråd og fri sakførsel innvilges av fylkesmannen etter konkret vurdering også utenom det primære dekningsområdet, men vilkårene er da at «det aktuelle problem åpenbart har så stor personlig og velferdsmessig betydning for vedkommende at det etter en samlet vurdering er rimelig at det offentlige yter fri rettshjelp», § 13(3) for fritt rettsråd og § 17(2) for fri sakførsel. For innvilgelse av fri sakførsel skal det dessuten «særlig legges vekt på sakens art, søkerens mulighet til å vinne frem med sin sak og sakens eventuelle prinsipielle interesse». Etter de retningslinjer som følges vil muligheten til å få innvilget fri rettshjelp i småkravssaker og forbrukertvister være meget små, slik at rettshjelpsordningen i praksis er uaktuell som finansieringskilde for slike saker. Stortingsmeldingen bebuder ingen endring i dette.

#### 11.4.3 Rettshjelpsforsikring

Rettshjelpsdekning inngår som element i standardvilkårene for villa-, hjem-, hytte-, bil- og båtforsikringer. Dette gir samlet et betydelig dekningsområde for tvister man kan komme opp i med tilknytning til de formuesgoder forsikringen omfatter. Forsikringen vil normalt dekke utgifter til advokat, rettsgebyr, sakkyndige og vitner.

Det gjelder en øvre grense for erstatningssummen som normalt ligger på kr 80 000 (pr. 1. januar 2000). En viktig begrensning i forhold til prinsipp-saker med flere parter er at det bare blir utbetaling etter rettshjelpsdekningen til én person i hver sak. Det er også ganske høye egenandeler. Normalt er egenandelen kr 2 500-3 000 med tillegg av 20 % av det overskytende.

Rettshjelpsforsikringen dekker ikke ansvaret for saksomkostninger til motparten.

I henhold til Norges Forsikringsforbunds skadestatistikk ble det i 1999 registrert 13 894 skadetilfeller under private rettshjelpsforsikringer, og de samlede utbetalinger utgjorde kr 192,1 millioner.

#### 11.4.4 Offentlig finansiering av forbrukertvister

Forbrukerrådet og Forbrukertvistutvalget er forvaltningsorganer med offentlig finansiering. Tilbudet om gratis klagesaksbehandling, som også inkluderer nødvendige utgifter til sakens opplysning, representerer en statlig subsidiering av tvisteløsningen i disse organene.

I St.meld. nr. 40 (1998-99) om forbrukerpolitikk og organisering av forbrukerapparatet er det opplyst at det kan være aktuelt å gi statlig tilskudd

til prinsipielle rettssaker av betydning for avklaring av forbrukernes rettsstilling, selv om den enkelte sak gjelder små verdier. Hittil er det gitt støtte til én sak. Den gjaldt tvist om en forbrukerkjøpers krav på dekning av reparasjonsutgifter for en videospiller, og kravet var på kr 723,50. Etter at forbrukeren fikk medhold i Forbrukertvistutvalget, og saken var brakt inn for tingretten av leverandøren, erklærte Forbrukerrådet hjelpeintervensjon for forbrukeren, og det ble gitt tilsagn om dekning av saksomkostningene over Barne- og familiedepartementets budsjett. Ved Høyesteretts dom i Rt. 1998 side 774 fikk forbrukeren medhold i kravet, og saksomkostninger ble tilkjent med kr 174.953.

Det er i meldingen opplyst at regjeringen vil benytte adgangen som er innført i Barne- og familiedepartementets budsjett til å gi støtte til flere enkeltsaker i forbrukerforhold, blant annet med sikte på å vurdere hvilke effekter offentlig bistand til denne typen saker vil kunne ha (se side 111).

#### 11.4.5 Kollektive søksmål – gruppesøksmål mv.

Det kan være aktuelt for personer med krav oppstått av samme problem å reise sak sammen etter reglene om kumulasjon og dermed oppnå å dele utgiftene ved saken. Dette, men særlig gruppesøksmål som utvalget foreslår innført som egen søksmålstype, kan gjøre det mulig å finansiere søksmål om krav som hver for seg er for små til å fremmes. Utvalget viser om dette til drøftelsen i II.17.

#### 11.4.6 Frivillige rettshjelpstilbud

Av betydning for det samlede rettshjelpstilbudet, er også ulike tilbud om juridisk rådgivning som drives i privat regi. Advokatvaktordningen i regi av Den Norske Advokatforening er et tilbud som er åpent for alle og som omfatter en halv times gratis konsultasjon. For tiden er vaktordninger etablert 30 forskjellige steder i landet. Et annet eksempel er de rettshjelpstilbud som drives av juridiske studenter. Det er fem slike tiltak i virksomhet: Juss-Buss og Juridisk rådgivning for kvinner (JURK) i Oslo, Jussformidlingen i Bergen, Jusshjelpa i Nord-Norge (Tromsø) og Student Jus Hjelpa i Trondheim.

Det vises for øvrig til St.meld. nr. 25 side 38 – 42.

## 11.5 Småkravsprosess i utlandet

### 11.5.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis har det i de siste 20-30 år vokst frem en økende forståelse for at det er nødvendig å gjøre det enklere for alminnelige mennesker å få løst rettslige tvister på en rettferdig måte ved domstolene eller tilsvarende institusjoner. De første initiativ ble tatt i Europarådets regi i 1970-årene og ledet til en resolusjon vedtatt som Recommendation R(81)7 i 1981. Om behandlingen av små krav heter det i ekspertgruppens utkast til resolusjon som senere ble vedtatt:

«Hvor det gjelder en tvist om en beskjeden pengesum eller verdi bør det gjennomføres en prosedyre som gjør partene i stand til å legge deres sak frem for domstolene uten å gjøre det nødvendig med utgifter som står i misforhold til den verdi det gjelder. For å oppnå dette, bør man overveie å gjennomføre enkle formaliteter, unngå unødvendige rettsmøter og begrense retten til anke.»

Småkravsprosessen var senest tema på det 35. nordiske juristmøte i Oslo i august 1999, der det ble diskutert på grunnlag av et skriftlig innlegg fra referenten, den islandske høyesterettsdommer HjørTUR Torfason. Han tok utgangspunkt i den meget omfattende danske utredning fra 1997 (Småsagsudvalgets betænkning nr. 1341 med tittelen Småsagsproces - Inkassoproses, presentert nedenfor i II.11.5.3).

Sammenfatningsvis uttaler Småsagsudvalget om sine undersøkelser av småkravsprosessordninger i fremmed rett (side 93 – 95) at bildet er noe broket, men at problemstillingen er kjent overalt i Vest-Europa og USA. Spørsmålet om «access to justice», spesielt i forbrukersaker, har vært sentralt i de senere års internasjonale prosessuelle debatt. Prosessordninger for småsaker finnes i nesten alle land.

De vesentligste hindringer for forbrukernes adgang til rettslig konfliktløsning beskrives ofte som tid, psykologisk tilbakeholdenhet og kostnader. Overalt synes konklusjonen å være at domstolsvesenet i sin tradisjonelle form ikke gir en adekvat løsning med hensyn til enkelhet, hurtighet og lave kostnader. I stedet anvendes summariske rettslige prosessformer og utenrettslige tvisteløsningsformer i form av forliksorganer, forskjellige former for voldgift og klagenemnder. Blant hovedelementene i utenlandsk småsaksprosess nevnes obligatorisk forutgående forliksmekling eller «mediation», veiledningsplikt for retten, helt eller delvis

skriftlig saksbehandling, forenklete bevisformer (f.eks. skriftlige vitneforklaringer), bevisbyrdeletelser, forskjellige omkostningsbegrensninger og særregler om advokatmedvirkning, ankebegrensninger og regler om at anke ikke har oppsettende virkning.

I tilslutning til synspunkter i en artikkel av Klaus Viitanen i *Consumer Law Journal* 1995 side 6 flg., bemerker Småsagsudvalget at de egentlige småkravsprosessformer, som særlig kjennes i common law-landene (Small Claims Courts) kan deles inn i en mindre og en mer radikal variant, hvor utviklingen er gått i retning av den radikale. Typiske elementer i førstegenerasjonsformen er (1) en enklere og mer uformell prosessform med utstrakt veiledningsplikt for retten, (2) en «no-cost rule», hvor etter partene uansett utfallet ikke kan kreve saksomkostninger, eller iallfall ikke advokatutgifter, erstattet av motparten, (3) meklingsplikt for retten og (4) begrenset adgang til overprøving ved rettsmidler. Slike ordninger kjennes fra England, USA og Sverige. Annengenerasjonsformen omfatter (1) ytterligere forbud mot advokatmedvirkning og (2) forbud mot bruk av prosessformen til inkassosaker eller saker anlagt av næringsdrivende i alminnelighet. Slike kjennes fra Irland, Australia og USA.

I Danmark ledet Småsagsudvalgets utredning ikke til at Regjeringen fremmet lovforslag for Folketinget. Utredningen har likevel betydelig interesse og Småsagsudvalgets forslag omtales nærmere nedenfor i punkt II.11.5.3. I tillegg omtales regler om småkravsprosess fra Sverige, II.11.5.2, og England, II.11.5.4.

### 11.5.2 Sverige

I Sverige har man ikke hatt spesielle meklingsinstitusjoner av forliksrådstypen. Sakene starter i «tingsrätten», som svarer til vår tingrett, der de som formell hovedregel settes med tre dommere under hovedforhandling. Inkassoprosessen er imidlertid organisert etter mønster av den tyske ordning med betalingsforelegg, som det nå også er fremmet forslag om i Norge.

I Sverige ble det i 1974 innført en spesiell prosessform for behandling av småsaker ved domstolene. Reglene fantes opprinnelig i en egen lov (lag om rättegången i tvistemål om mindre värden, 1974: 8, kalt småmålslagen). I 1987 ble reglene med noen endringer integrert i den alminnelige sivilprosesslov (rättegångsbalken). Dette skjedde i sammenheng med en større sivilprosessreform der de alminnelige prosessregler ble gjort mer fleksible i lys av erfaringene med småmålslagen. Småsaker behandles nå etter de samme regler som vanlige

sivile saker ellers, men enkelte viktige særregler er opprettholdt.

Særreglene får anvendelse i saker der det er åpenbart at verdien av tvistegenstanden ikke overstiger et bestemt beløp, halvparten av det som i Sverige er motstykket til folketrygdens grunnbeløp i Norge, for tiden i overkant av SEK 18 000. Avgrensningen er den samme som etter småmålslagen. De ordinære regler kommer likevel til anvendelse hvis det gjøres sannsynlig at saken gjelder en bakenforliggende tvist om en høyere verdi, eller avgjørelsen er av særlig (synnerlig) betydning for bedømmelsen av andre rettsforhold. Det er ikke adgang for partene til å avtale en annen prosessform.

Særreglene omfatter:

- Saken behandles i tingsrätt av én dommer, mens hovedregelen ellers er tre dommere (1 kap., 3 d §).
- Hovedregelen om at den tapende part skal erstatte motpartens saksomkostninger gjelder med den betydelige begrensning at omkostningsansvaret bare omfatter inntil en times rådgivning etter satsene for rettshjelp, for tiden SEK 1 053 for hver instans (november 1999) samt rettsgebyr (for tiden SEK 450), partens reise- og oppholdsutgifter og utgifter til vitner og oversettelse av dokumenter. Det er forutsatt at utgiftene til juridisk rådgivning bare vil dekke en forhåndsvurdering av grunnlaget for saksanlegg eller bruk av rettsmidler, idet parten forutsettes selv å føre sin sak for retten. Noe forbud mot å bruke advokat under rettsmøtet er det ikke, men det gjør man altså på egen bekostning (18. kap., 8 a §).
- En forbruker kan anlegge sak mot næringsdrivende motpart ved forbrukerens hjemting (10. kap., 8 a §).
- Anke (överklagande) til «hovrätt» krever særskilt tillatelse (prövningstillstånd) dersom tvistegenstandens verdi er inntil et beløp svarende til folketrygdens grunnbeløp, med andre ord det dobbelte av anvendelsesområdet for småkravsreglene ellers.

De mer fleksible saksbehandlingsregler som ble innført i rättegångsbalken i 1987 for alle sivile saker undergitt fri rådighet i forbindelse med at småmålslagen ble opphevet, omfatter blant annet følgende elementer:

- Større valgfrihet mellom skriftlig og muntlig saksforberedelse ved tingsrätt, hvor utgangspunktet tidligere var muntlig forberedelse og adgang til å holde saksforberedende møte pr. telefon (42. kap., 9-11 §§).
- Adgang for tingsrätten til å avgjøre saken uten

hovedforhandling hvis dette ikke begjæres av partene, og retten heller ikke finner det nødvendig av hensyn til sakens opplysning (42. kap., 18 §, 1 stk nr. 5).

- Adgang til å holde hovedforhandling i forenklet form. Dette kan skje i forlengelsen av et saksforberedende møte, eller – om samme dommer sitter i retten – innen 15 dager etter dette. I så fall er det ikke nødvendig å gjenta bevisføringen fra forberedelsen. Om saksforberedende møte holdes per telefon, kan også hovedforhandlingen holdes på denne måten (42. kap., 20 §, 2-4 stk). Etter opplysninger fra dommerne ved Tingsrätten i Handen – en middelsstor tingsrett i Stockholms-området – tar man i småmål særlig sikte på å avgjøre saken på grunnlag av ett rettsmøte. Partene oppfordres derfor i innkallingen til det saksforberedende møte til å medbringe bevis, vitner og dokumenter.
- Forenklinger av ordinær hovedforhandling både i tingsrett og hovrätt ved adgang til telefonhør, og ved en begrensning i muntlighetsprinsippet for dokumentasjon ved at retten kan bestemme at skriftlige bevis skal anses opptatt uten opplesning dersom partene samtykker, rettens medlemmer har lest dokumentene, og det ikke er uhensiktsmessig etter omstendighetene (43. kap., 8 §, 2 og 3 stk).
- Utvidet adgang til å avvise prosessmateriale, anførsler eller bevis, som først fremlegges på et sent tidspunkt (43. kap., 10 §).

Småmålslagen av 1974 inneholdt enkelte mer vidtgående elementer som ikke er opprettholdt etter reformen i 1987. Blant annet gjaldt bestemmelser om utvidet veiledningsplikt for retten ved at det ved hver domstol skulle være en jurist med oppgave å bistå partene med utformingen av stevning og tilsvær og ellers gi råd og opplysninger om fremgangsmåten. Som regel ble denne tjenesten utført av en (rådgivende) dommer, som senere ikke tok del i sakens behandling. Denne rådgivningsvirksomheten ble likevel ansett betenkelig av hensyn til tilliten til rettens upartiskhet, og ble opphevet.

I stedet ble det innført bestemmelser om veiledningsplikt som er felles for små og store saker, og som representerer en mellomløsning. Retten skal, alt etter sakens beskaffenhet, ved forberedelsen virke for at tvistespørsmålene blir klarlagt og at partene angir alt de vil påberope i saken. Retten skal gjennom spørsmål og påpekninger forsøke å avhjelpe utydeligheter og ufullstendigheter i partenes fremstillinger (42. kap., 8 §, 2 stk.). I dette ligger elementer av materiell prosessledelse som særlig vil være aktuell overfor selvprosederende.

Det anses at dommerens oppgave ikke er å fremkalle nye anførsler, men snarere å oversette partenes synspunkter til anførsler.

Skjemaer for stevning og tilsvær fantes etter 1974-loven, men brukes nå lite i praksis.

Utvalget har, blant annet etter samtaler med svenske dommere, inntrykk av at man er tilfreds med de någjeldende regler, og at småkravsprosessen har funnet sin form.

Sammenfatningsvis kan det sies at man i den svenske småkravsprosessen ved hjelp av noen få, men betydningsfulle, særregler og ved å utnytte fleksibiliteten i de alminnelige prosessreglene, har oppnådd en enklere domstolsbehandling enn vanlig.

Ved siden av domstolssystemet har man i Sverige siden 1968 hatt et tilbud om behandling av forbrukertvister i Allmänna reklamationsnämnden, som noe upresist kan beskrives som et motstykke til klagesaksbehandlingen i Forbrukerrådet og Forbrukertvistutvalget. Nemndens vedtak er imidlertid ikke tvangsgrunnlag, men etterleves frivillig i de aller fleste tilfeller.

### 11.5.3 Danmark

Danmarks ordinære prosesslov, retsplejeloven, inneholder ikke særregler for saker om sivile krav av mindre verdi. For så vidt har Danmark ikke noen egen småkravsprosess, og det er de alminnelige prosessregler for behandling av sivile saker ved byrettene som finner anvendelse. I Danmark har man som alternative tilbud om konfliktløsning en rekke nemnder på forskjellige områder, blant annet en alminnelig forbrukerklagenemnd (Forbrugerklagenævnet). Forbrugerklagenævnet tilsværer i hovedtrekk Forbrukertvistutvalget i Norge, men nævnets vedtak er ikke tvangsgrunnlag.

Det har i nyere tid vært gjort tre forsøk på å innføre en småkravsprosess i Danmark.

Retsplejerådet utarbeidet i 1973 (betenkning nr. 698/1973) forslag om forenklet domstolsbehandling i forbrukersaker. Hovedidéen var å innføre en frivillig adgang til å få forbrukersaker behandlet ved byrettene etter en enklere prosessform, der hovedelementene var sterk prosessledelse, normalt uten advokatmedvirkning, mulighet for skriftlig behandling og begrensede ankesmuligheter. Forslaget vant imidlertid ikke alminnelig tilslutning, og ble ikke fremmet. I stedet ledet en samtidig utredning til opprettelsen av Forbrugerklagenævnet i 1975.

Neste forsøk ble gjort i 1979 med Retsplejerådets betenkning nr. 886/1979 om behandling av saker av mindre verdi ved domstolene. Det ble foreslått en forenklet prosessordning for saker ved

byrettene om formuesverdier inntil DKK 10 000, samt saker som tidligere hadde vært behandlet i Forbrukerklagenævnet eller andre godkjente bransjenemnder. Hovedelementene i forslaget var utvidet veilednings- og opplysningsplikt for retten, endog med forslag om opprettelse av et tilbud om gratis rettshjelp ved dommerkontorene, mulighet for bevisføring utenfor rettsmøte, ikke ansvar for motpartens saksomkostninger, og offentlig kostnadsdekning for utgifter til sakens opplysning, f.eks. utgifter til sakkyndige. Det ble fremmet lovforslag for Folketinget i 1980, i det vesentlige på grunnlag av betenkningen, men forslagene om rettshjelp på dommerkontorene og offentlig dekning av utgifter til sakens opplysning ble sløffet. Selv om det var prinsipiell tilslutning til intensjonen om en lettere og billigere adgang for befolkningen til å få avgjort dagliglivets rettskonflikter ved domstolene, ble viktige elementer i forslaget, som den mer aktive dommerrolle og unntaket fra hovedregelen om omkostningsansvar, møtt med kritikk.

Småsagsudvalgets betenkning nr. 1341/1997 representerer det tredje forsøket. Utvalget ble nedsett i 1994 med mandat å utarbeide forslag til regler om forenklet domstolsbehandling av saker om mindre verdier og om forenklet inkassoprosess. Også ordningen med fri rettshjelp og reglene om nemndsbehandling av forbrukertvister var omfattet. Småsagsudvalgets utredning er meget grundig og omfattende, og har vært nyttig for Tvistemålsutvalget ved at man har kunnet trekke vekslers på de fylldige opplysninger om relevant bakgrunnsmateriale, og ved at såvel de brede drøftelser av de prinsipielle problemstillinger som de konkrete forslag til utforming av en småkravsprosess, har gitt inspirasjon. I Danmark har motstanden mot viktige elementer i forslaget også denne gang vært sterk, og det er opplyst at Justisministeriet ikke vil fremme lovforslag på grunnlag av utredningen. Småkravsprosessen er nå gjenstand for fortsatt utredning som ledd i Retsplejerådets pågående utredning av en alminnelig sivilprosessreform.

Sammenfatningsvis konkluderte utvalget med at den gjeldende prosessordning for småsaker er for komplisert, langsom og kostnadskreven, og at saksomkostningene ikke står i forhold til tvistegjenstanden. Problemet illustreres av en betydelig nedgang i sakstallet for domstolene i de senere år, og må antas å innebære at både næringsdrivende og private i ukjent omfang oppgir krav eller innsigelser som de kunne ha fått medhold i ved domstolene. Det er formålet med småkravsprosessen å løse disse problemer ved å gjøre domstolenes behandling av de små saker enklere, hurtigere og billigere.

Kjernen i den småkravsprosess Småsagsudvalgets flertall går inn for er en spesiell saksomkostningsregel og en spesiell veiledningsplikt for dommeren. Disse to hovedelementene utgjør to sider av samme sak. For å redusere omkostningene og forenkle saksbehandlingen søker man å erstatte advokatbistand med økt innsats fra rettens side. Til gjengjeld skal den vinnende part kun kunne kreve erstatning for advokatomkostninger med et lavt maksimumsbeløp.

Småsagsudvalget peker på at de vanskeligheter som ved tidligere forsøk har stilt seg i veien for en småkravsprosess, er ulemper for næringsdrivende ved at man ikke får dekket saksomkostninger fullt ut, ulemper for de parter som etter någjeldende ordning har fri rettshjelp eller retts-hjelpsforsikring, og risiko for kompromittering av rettens upartiskhet. Det påpekes at en småsaksprosess må løse disse problemene på en tilfredsstillende måte for å være gjennomførbar. Det er på mange punkter uenighet blant medlemmene. Ett medlem (Advokatrådets representant) gikk imot hele forslaget om en egen småkravsprosess.

Hovedelementene i Småsagsudvalgets flertallsforslag kan beskrives slik:

1. Anvendelsesområdet for småkravsprosessen er saker for byretten om krav som har en økonomisk verdi av inntil DKK 20 000 (ett medlem stemte for DKK 30 000). Både krav på privat- og offentligrettslig grunnlag er omfattet, men det er gjort generelt unntak fra krav som behandles etter spesielle prosessordninger, blant annet en rekke tvister mot det offentlige som behandles av landsrett som første instans, og boligrettssaker (husleietvister mv.). I tillegg er saker som gjelder mangler ved kjøp av fast eiendom unntatt med den begrunnelse at det ofte er nødvendig med sakkyndig undersøkelse (syn og skjønn), og at sakene ofte er kompliserte. Dessuten er det forutsatt at partene i disse sakene gjerne er dekket av rettshjelpsforsikring. I tillegg omfattes saker behandlet av Forbrukerklagenævnet uansett beløpsgrense. Det bemerkes at Forbrukerklagenævnets kompetanse, i motsetning til det norske Forbrukertvistutvalgets, er begrenset til saker om formuesverdi inntil DKK 24 000. For motorkjøretøyer er grensen DKK 82 000.
2. Partene kan – etter at tvist er oppstått – avtale å anvende henholdsvis småkravsprosess eller alminnelig prosess i saker som skulle vært behandlet etter den annen prosessform. I saker mellom næringsdrivende kan det dessuten inngås forhåndsavtale om anvendelse av småkravsprosess i stedet for alminnelig prosess.



3. En avtale om voldgift er kun bindende hvis den er inngått etter at tvist er oppstått.
4. Etter krav fra en part kan retten henvise en sak fra småkravsprosess til alminnelig prosess hvis saken reiser særlig innviklede faktiske eller rettslige spørsmål eller for øvrig har særlig betydning for en part utover påstanden. Et mindretall foreslo at retten også av eget tiltak skal kunne henvise saken til alminnelig prosess. Dersom saken skifter spor, skal en part kunne frafalle sitt søksmål eller sin innsigelse uten kostnadmessige konsekvenser.
5. Småsaker skal kun behandles av utnevnte dommere eller dommerfullmektiger eller rettsassessorer som oppfyller liknende kvalifikasjonskrav. Det bemerkes at man i Danmark har en noe annen dommerkarriere enn i Norge. Det kvalifikasjonskrav det henvises til, er at vedkommende gjennom midlertidig dommertjeneste (konstitusjon) i landsrett, har vist seg egnet som dommer (retsplejeloven § 42 stk. 4). Begrunnelsen for Småsagsudvalgets forslag er at en summarisk prosessform med skjerpet veilednings- og bistandsplikt og materiell prosessledelse i forhold til selvprosederende parter, og med begrenset ankeadgang, skjerper kravene til dommerens innsikt og rutine. Dommerfullmektiger under grunnutdanning (dvs. med mindre enn 4 års ansiennitet) vil være utelukket fra behandling av småsaker.
6. Det er intensjonen at småkravsprosessen skal kunne gjennomføres uten advokatmedvirkning. Retten pålegges derfor en ganske vidtgående veiledningsplikt. Retten skal gjennom spørsmål til partene så vidt mulig skaffe fullstendig klarhet over sakens faktiske og rettslige grunnlag, og skal oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som etter de foreliggende opplysninger må antas å kunne være av betydning for saken, herunder bevisføringen. Møter en part uten advokat, skal en motpart med advokat ytes den samme veiledning. Det ligger i dette at dommeren skal kunne øve materiell prosessledelse, men uten at man røkter ved grunnprinsippet om at partene har rådighet over hvilke påstander og anførsler de vil fremføre (disposisjonsprinsippet). Også forhandlingsprinsippet – partenes ansvar for bevisføringen – opprettholdes innenfor rammen av veiledningsplikt for retten. Parter uten advokat skal ytes den praktiske bistand de har behov for. Det etableres et sekretariat ved byrettene med sikte på å
  7. kunne yte bedre service. Rent unntaksvis kan retten oppnevne prosessfullmektig, dvs. innvilge fri rettshjelp, for en part som på grunn av personlige egenskaper er ute av stand til å delta i prosessen på egen hånd.
  8. Det brukes standardblanketter for stevning og tilsvaret.
  9. Etter forbilde av dommerens rolle i det engelske «access to justice»-prosjektet skjerpes dommerens ansvar for saksstyring og prosessledelse (case management). Retten pålegges ansvaret for hurtig og hensiktsmessig saksavvikling, og skal i regelen legge en tidsplan for resten av saksbehandlingen allerede etter mottakelsen av tilsvaret. Normalt er det forutsetningen at man greier seg uten ytterligere skriftlige innlegg enn stevning og tilsvaret, og at det kun avholdes ett saksforberedende møte. Som ledd i saksstyringen skal retten etter et skjerpet relevanskriterium avgjøre hvorvidt bevisførsel skal tillates og hvordan beviset skal føres.
  10. Hovedregelen om muntlig prosess opprettholdes, men muligheten for skriftlig behandling utvides, primært ved samtykke fra begge parter.
  11. Det innføres adgang til å anvende nye forenklede bevisformer (telefonavhør, skriftlige parts- og vitneforklaringer og en forenklet form for sakkyndigbevis.)
  12. Retten skal mer aktivt enn i den alminnelige prosess søke å megle forlik, også ved bruk av den eksisterende praksis med å tilkjenne (opplyse) partene hva en dom ville gå ut på. Av rettsikkerhetshensyn skal tilkjenningivelsen være skriftlig og begrunnet dersom en part møter uten advokat.
  13. Det tilstrebes at dommen i småsaker avsies hurtigst mulig. Fristen for domsavsigelse settes til to uker, mens fristen i byrettssaker ellers er seks uker.
  14. Dommen skal avfattes på elektronisk standardblankett. Det gis adgang til å henvise til dokumenter som vedheftes. Rettens begrunnelse skal inneholde en angivelse av bevisresultatet med henvisning til avgjørende punkter i forklaringene, og av innholdet av den rettsregel som begrunner avgjørelsen. Dessuten skal subsumsjonen, den konkrete anvendelse av regelen på bevisresultatet, angis. Disse vilkårene innebærer en viss skjerpelse av kravet til domsgrunner, og dette er begrunnet med at dommen lettere skal forstås av selvprosederende parter, og at den hurtig bør kunne vurderes av en advokat som ikke har tatt del i behandlingen, med sikte på anke.
  15. Hovedregelen i dansk rett om at den tapende part skal erstatte den vinnende parts saksom-

kostninger opprettholdes for småkravsprosessen med en viktig begrensning for advokatutgifter. Erstatning for saksomkostninger kan etter flertallets forslag ikke omfatte advokatutgifter utover utenrettslig rådgivning og bistand med inntil DKK 1 500 inklusive merverdiavgift. Flertallet anser omkostningsregelen for å være et helt sentralt ledd i småsaksprosessen som en beskyttelse av den økonomisk svakeste part, og viser til den engelske og svenske ordning. Et mindretall går imot denne begrensningen for advokatutgifter. I saker mellom næringsdrivende skal partene etter at tvisten er oppstått kunne avtale at alminnelige omkostningsregler skal finne anvendelse.

16. Det foreslås en redusert rettsavgift (rettsgebyr) på 500 kroner for saker innenfor småkravsprosessens anvendelsesområde. Utgifter til sakens opplysning, som sakkyndig- og vitneutgifter, må partene dekke.
17. Partens egne utgifter til reise og opphold til rettsmøte, kopiering av dokumenter og tapt arbeidsfortjeneste, dekkes i alminnelighet ikke som saksomkostninger etter dansk prosess, og det foreslås ikke noe unntak for småsakenes vedkommende.
18. Dommen skal kunne appelleres til landsretten etter reglene om kjæremål i stedet for anke. Dette innebærer at appell ikke har oppsettende virkning, og at behandlingen normalt er skriftlig. Den gjeldende verdigrense opprettholdes etter flertallets forslag, slik at samtykke fra Procebevillingsnævnet kreves når tvistegjenstanden for landsretten ikke overstiger DKK 10 000. Mindretallet foreslo at dommer i småsaker fritt skal kunne påkjæres til landsretten.
19. Det foreslås ingen endringer i reglene om klagenemndsbehandling av småsaker.
20. Muligheten for å innføre bedre forliksinstrumenter i småsaker overveies. Flertallet foreslår innført en adgang for retten til å foreta isolert forliksmekling før søksmål etter skriftlig anmodning fra begge parter. Det forutsettes at adgangen primært vil være av betydning for saker hvor meklingen kan gjennomføres ved et kort rettsmøte, og at saken senere blir behandlet av en annen dommer dersom forliket ikke fører frem. Ett medlem av utvalget foreslår en ordning med advokatbistand til forliksmekling i småsaker, dels ved at advokater beskikkes av retten som meklere etter saksanlegg, og dels ved en tilrettelegging av reglene om offentlig rettshjelp slik at en advokat kan foreta forliksforsøk som utvidet rettshjelp til begge parter, og hjelpe til med sakens forberedelse for retten

om dette mislykkes. Det er enighet i utvalget om at mekling eller mediation av den mer intensive form som svarer til rettsmekling i Norge er av stor interesse, men at dette ville kreve nærmere utredningsarbeid. Rettsmekling anses ikke å ha noen spesiell interesse som alternativ i småsaker.

21. Det foreslås en del endringer i reglene for fri rettshjelp (fri proces) og rettshjelpsforsikringer i småsaker. Advokatomkostninger skal som hovedregel ikke dekkes, mens vilkårene for å få dekket andre utgifter, som utgifter til bevisføringen, utvides ved sløyfing av vilkåret om prosedabilitet, senkning av den veiledende bagatellgrensen fra ca. DKK 2 000-2 500 til DKK 1 000 og overføring av kompetanse til å innvilge fri rettshjelp fra «statsamtene» (tilsvarer fylkesmannen) til domstolen.

Småsagsudvalget fremla også et omfattende utkast til ny prosessordning for inkassosaker. Dette omtales ikke nærmere her.

Det danske Retsplejerådet ga med enkelte endringer, som at unntakene for saker om mangler ved fast eiendom og saker behandlet av Forbrukerklagenævnet burde utgå, sin tilslutning til forslaget om småkravsprosess. Fra annet hold fremkom imidlertid betydelig kritikk. Hovedpunkter i kritikken, som blant annet ble målbåret av Advokatrådet, var at den foreslåtte advokatløse småkravsprosess var forbundet med alvorlige rettssikkerhetsmessige betenkeligheter og forringelse av partenes stilling under prosessen. Det ble vist til at ca. 95% av befolkningen er dekket under en av de eksisterende rettshjelpsordninger, og at kostnadsspørsmålet derfor ikke er så avgjørende som forutsatt av Småsagsudvalget, at utvalget baserer seg på udokumenterte antagelser om en psykologisk barriere mot å oppsøke advokat, at domstolens anseelse ville bli skadelidende, og at tilliten til dommerens nøytralitet ville bli satt på spill ved den utvidede veiledningsplikt dommeren ble pålagt. Det ble innvendt at forholdet til objektivitetsplikten i EMK artikkel 6(1) kunne være problematisk. Det ble også innvendt at man ikke i tilstrekkelig grad hadde utredet alternativer, som introduksjon av alternative konfliktløsningsmodeller. Også andre tunge høringsinstanser, som fagbevegelsen og ervervslivets organisasjoner gikk imot forslaget med det resultat at Justisministeriet ikke fremmet lovforslag på grunnlag av betenkningen.

#### 11.5.4 England og Wales

I England og Wales er det nylig gjennomført en

gjennomgripende reform av sivilprosessen. Nye regler, Civil Procedure Rules (CPR), ble iverksatt 26. april 1999. Grunnlaget for reformen er en rapport med tittelen «Access to justice» som er utarbeidet av Lord Woolf, nå Lord Chief Justice of England and Wales. Hovedelementene i reformen er omtalt under II.4.6.4.2. Her presenteres kort reglene om småkravsprosessen.

Saker om småkrav behandles av County Court, som er den ordinære førsteinstansdomstol.

Det er en bærebjelke i de nye reglene at dommeren etter et felles første stadium med stevning og tilsvarende skal allokere saken til én av tre hovedprosessstyper kalt spor (management tracks). Det er tre spor, «the small claims track», «the fast track» og «the multi-track» (CPR 26.1 p 2). Valget mellom disse avgjøres i hovedsak på grunnlag av dommerens vurdering av tvistegjenstandens verdi, men også andre momenter er relevante i henhold til rule 26.8 p 1, så som sakens kompleksitet, omfanget av muntlig bevisførsel og partenes syn, som kommer til uttrykk i et spørreskjema (allocation questionnaire, se CPR 26.5).

«The small claims track» vil i henhold til CPR 26.6 være normalsporet for saker der tvistegjenstandens verdi ikke overstiger GBP 5 000, eller noe under kr 70 000. Det er enkelte unntak blant annet for husleiesaker, som ikke omtales nærmere. Med partenes samtykke kan også krav om større verdier behandles etter småkravsreglene (rule 26.7 p 3), mens krav uten formuesverdi vil bli allokert til det spor dommeren finner mest hensiktsmessig (CPR 26.7 p 2).

Retten har generell adgang til å flytte saken over til et annet spor (CPR 26.10).

Bestemmelser om saksbehandlingen for saker på småkravssporet er gitt i del 27. Målet er at saken skal behandles raskt og kostnadseffektivt uten advokatbistand og under sterk styring (case management) fra dommerens side. Lord Woolf beskrev i et foredrag på et nordisk seminar i sivilprosess i Oslo 3.-4. november 1999 den prosessordning som her tilbys som «rough-and-ready justice», et begrep som ikke er så lett å oversette, men som iallfall gir assosiasjoner om at det er foretatt en avveining der formalia og maksimal sikkerhet for en riktig løsning har måttet vike for behovet for å oppnå en avgjørelse innen rimelig tid uten saksomkostninger som står i misforhold til verdien av stridens eple.

Saksforberedelsen og hovedforhandlingen foregår på en adskillig enklere og mer uformell måte enn ellers. I CPR 27.2 gjøres det unntak fra en rekke av de ellers gjeldende saksbehandlingsregler, herunder de omfattende og formelle regler

om saksforberedelsen (disclosure and inspection) i del 31 og bevisføringen (evidence) i del 32. Den muntlige tradisjon står meget sterkt i England, og hovedregelen er fremdeles at saken avgjøres etter muntlig forhandling. Det er imidlertid åpnet adgang til rent skriftlig behandling med partenes samtykke (CPR 27.10).

CPR 27.4 gir anvisning på en standard fremgangsmåte som innebærer at hovedforhandlingen holdes innen fire uker fra dommerens beslutning om allokering ble truffet. Det er adgang til å holde saksforberedende rettsmøte etter nærmere regler i CPR 27.6, men intensjonen er at saken skal avgjøres på grunnlag av ett rettsmøte, og dommeren er uttrykkelig pålagt å veie behovet for muntlig saksforberedelse mot partenes kostnader forbundet med dette. Med partenes samtykke kan retten beslutte å la det saksforberedende rettsmøte telle som hovedforhandling, slik at saken straks kan opptas til avgjørelse.

For selve hovedforhandlingen er også den uformelle fremgangsmåte vektlagt. CPR 27.8, (1) til (6) lyder:

- (1) The court may adopt any method of proceeding at a hearing that it considers to be fair.
- (2) Hearings will be informal.
- (3) The strict rules of evidence do not apply.
- (4) The court need not take evidence on oath.
- (5) The court may limit cross-examination.
- (6) The court must give reasons for its decision.

Engelske dommere avsier normalt dommene muntlig ved avslutningen av hovedforhandlingen, og dette kan iallfall forventes å bli regelen for småkravsavgjørelser.

Ankeadgangen er sterkt begrenset i småkravsprosessen (CPR 27.12). Anken går til Court of Appeal, og kan bare begrunnes med at det er begått en vesentlig saksbehandlingsfeil (serious irregularity affecting the proceedings) eller at rettsanvendelsen er uriktig (the court made a mistake of law). Også behandlingen i ankeinstansen er forenklet. Blant annet kan retten forkaste anken uten rettsmøte. Ankefristen er 14 dager.

Saksomkostningsansvaret er begrenset etter nærmere regler i CPR 27.14. Mens hovedregelen i England – i motsetning til i USA – er at den tapende part må erstatte motpartens saksomkostninger, herunder advokatutgifter, er omkostningsansvaret i småkravsprosessen stort sett begrenset til rettens kostnader og partens egne utgifter til reise og opphold, samt vitneutgifter. Tapte arbeidsfortjeneste kan etter de retningslinjer (Practice

directions) som supplerer CPR dekkes med inntil GBP 50 per dag. For utgifter til sakkyndige er grensen GBP 200 for hver. Sakkyndigutgifter søkes for øvrig begrenset ved en bestemmelse i rule 27.5 om at slik bevisføring krever rettens tillatelse. Ytterligere saksomkostningsansvar kan ilegges en part som har «behaved unreasonably».

Småkravsprosessen etter de nye reglene fra 1999 bygger i det alt vesentlige videre på tidligere prosessregler for små krav innført i begynnelsen av 1970-årene under betegnelsen «arbitration» ved County Court. Anvendelsesområdet er imidlertid utvidet fra GBP 3 000 til GBP 5 000. Også «arbitration»-reglene var basert på de samme hovedelementer i småkravsprosessen om uformalitet og fleksibilitet, kort saksbehandlingstid, begrenset kostnadsansvar uten dekning av utgifter til advokat og sterkt begrenset ankeadgang.

Det kan være noe problematisk på grunnlag av CPR å gjøre seg opp en oppfatning om i hvilken utstrekning dommeren vil utøve materiell prosessledelse og annen veiledning til de selvprosederende parter som forutsettes å opptre i småkravssakene, og i hvilken utstrekning han vil drive forliksmekling. Det er forutsatt i de grunnleggende bestemmelser i første del av CPR at retten som overordnet mål skal behandle sakene rettfærdig («justly»). I dette ligger blant annet at balansen mellom partene skal opprettholdes («ensure that the parties are on an equal footing»). Dommeren er også pålagt å drive aktiv saksstyring (CPR 1.4), og herunder blant annet hjelpe partene til å forlike saken. For øvrig inneholder bestemmelsene i CPR 1.4 en rekke direktiver med sikte på å fremme effektiv prosessledelse. Disse generelle bestemmelsene gjelder i alle typer saker.

I henhold til den interessante redegjørelse som er gitt for den engelske småkravsprosessen i praksis før reformen av 1999 i det danske Småsagsudvalgets betenkning (side 107 – 109) vil dommeren ha en mer aktiv rolle (interventionist approach) enn i den ordinære prosess. Dommeren vil veilede partene om prosessreglene og om hovedinnholdet av relevante materielle rettsregler, og stille spørsmål for å klarlegge sakens gjenstand og opplyse saken. Anførsler spiller mindre rolle på det formelle plan. Når det gjelder bevisføring, ytes imidlertid ofte lite eller bare begrenset veiledning, og tanken om en «investigative judge» som selv initierer bevisføring er, etter hva Lord Woolf opplyste på det nordiske sivilprosesseminar, en fremmed tanke. Sammenfatningsvis beskrives «interventionist»-dommeren som en mellomting mellom dommerrollen i den ordinære prosess som er strengt basert på forhandlingsprinsippet, og en inkvisito-

risk dommer som karakteriseres ved en betydelig formell og delvis materiell prosessledelse. Det er ikke grunn til å anta at dommerrollen i småkravsprosessen er forandret med reformen.

Opplysninger om den engelske småkravsprosessen er også gitt i Småkravsutvalgets delutredning II (NOU 1983: 48) side 22 – 23.

## 11.6 Tidligere reformforslag

### 11.6.1 Kort historikk – sivilprosessreformen av 1915

Behandlingen av småkrav er ikke noe nytt sivilprosessuelt problem. I 1860-årene var det sterk strid mellom Konge og Storting om forlikskommisjonene skulle få domsmyndighet. Kongen ønsket i stedet en summarisk prosess ved underrettene og nektet to ganger å sanksjonere Stortingets lovvedtak. Da Stortinget i 1869 for tredje gang vedtok lovforslaget, ble det imidlertid sanksjonert.

Civilprocesskommissionens første formann, riksadvokat Bernhard Getz, viet også småsakene oppmerksomhet i et eget kapittel i sin foreløpige utredning av sivilprosessreformens grunnlag (1898) side 16 – 18. Han tok spesielt avstand fra tanken om lokale lekmanndomstoler for bagatellsaker med den begrunnelse at:

«Vil man da dog henwise smaasager til udelukkende læge domstole, maa dette skje i henhold til den betragtning, at det kan være omtrent ligegyldigt, om deslige sager afgjøres efter lov og ret, naar de blot afgjøres. Dette er imidlertid en opfatning, som ialfald hidindtil ikke synes at have fundet tilslutning hos os, da man saavel i de tilfælde, hvor nu forligskommissionerne har dømmende myndighed, som i de, hvor saadan er foreslaaet tillagt dem, har holdt anke aaben til den almindelige underret. Men herved tabes igjen meget af de fordele, som tilsigtedes opnaaet ved de særskilte bagateldomstole.

Er parterne selv enige om at lade sagen indbringe for en udelukkende læg domstol bortfalder selvfølgelig alle indvendinger derimod. Det spørges da i virkeligheden om voldgift, og ingen kan agte at ville lægge nogen hindring iveien for, at man vælger til voldgiftsmænd, hvem man vil. Men noget ganske andet er det at paatvinge nogen dommere, som vitterligt savner nogen egenskab, uden hvis tilstedeværelse dommens rigtighed vil komme til at bero paa et slumpetræf.»

Getz var i prinsippet motstander av å bygge ut et

domstolsapparat på nivået under tingrett, og foretrakk en forenklet og mer effektiv prosessordning ved disse:

«Thi klarlig maa det i sig selv være en fordel strax at kunne gaa til en rettergang, som baade er rask, billig og paalidelig, og ved hvis resultat det derfor som regel kan blive beroende, fremfor at skabe en ny instans under den sedvanlige underinstans med den følge, at der for mange sager alene føies et nyt rettergangsled til dem, som derved søgtes undgaaede.»

Disse reformtanker vant ikke frem den gang med det resultat at forlikrådene ved rettergangsreformen i 1915 ble beholdt som alminnelig førsteinstans i småsaker.

## 11.6.2 NOU 1983: 48 Småkravsprosess

### 11.6.2.1 Bakgrunnen for Småkravsutvalgets arbeid

Småkravsutvalget under ledelse av byrettsjustitarius Aksel H. Hillestad ble oppnevnt i 1975 med det mandat å utrede spørsmål om en forenkling av rettergangsreglene for visse rettssaker, først og fremst saker om mindre økonomiske verdier, og en revisjon og eventuelt opphevelse av forlikrådsordningen. Utvalget avga først delutredning om forlikrådsordningen i 1982 (NOU 1982: 40) og dernest delutredning II om småkravsprosessen. Utredningene må ses i sammenheng for at man skal få inntrykk av utvalgets samlede forslag til behandlingsskjede for småkrav i forlikråd og tingrett. Her presenteres forslagene i delutredning II om småkravsprosessen. Forslagene i delutredning I vil bli omtalt i et notat om forlikrådsordningen.

Bakgrunnen for opprettelsen av utvalget, slik det fremgår av mandatet, var en utbredt oppfatning om at våre alminnelige rettergangsregler ikke var tilfredsstillende for saker om mindre økonomiske verdier. De uforholdsmessig høye saksomkostningene, og den omstendelige og tidkrevende saksbehandlingen ble fremhevet. Det ble vist til reformarbeidet i våre naboland ved den nye svenske småmålslagen fra 1974 og det danske Retsplejerådets betenkning fra 1973. For Norges vedkommende ble det vist til det verserende forslag om opprettelse av et eget organ for behandlingen av forbrukertvister (NOU 1974: 13), nærmere omtalt ovenfor i avsnitt II.11.3.1.2. Etter Justisdepartementets oppfatning var det prinsipielt ønskelig å finne en løsning for behandlingen av forbrukertvister innenfor det alminnelige domstolssystem, og det var grunn til å utrede spørsmålet om en forenklet rettergang i

tvister om mindre økonomiske verdier på bredere basis, ikke bare for forbrukerkjøp.

### 11.6.2.2 Hovedpunkter i Småkravsutvalgets utredning

Småkravsutvalget arbeid er av betydelig relevans og verdi for Tvistemålsutvalgets arbeid med småkravsprosess. Det dreier seg om et grundig og innsiktsfullt arbeid av relativt ny dato og representerer den eneste dyptpløyende behandling av temaet etter forrige sivilprosessreform. Dette tilsier at en relativt bred presentasjon av utredningen er på sin plass.

Småkravsutvalget drøfter generelle vurderinger i kapittel VI, side 24 – 32. Det tar utgangspunkt i de grunnleggende krav til konfliktløsningen ved domstolene som følger av prinsippet om domstolenes uavhengighet og nødvendigheten av at behandlingsmåten inngir tillit hos partene og folk flest. Det er et viktig krav at domstolene står åpne for alle. Selv om konfliktløsning ved utenrettslige organer kan være et supplement, kan man ikke godta at tvister innen visse saksområder legges til organer utenfor domstolene som ikke på samme måte er sikret uavhengighet, objektivitet og faglig kompetanse. Ut fra Småkravsutvalgets prinsipielle standpunkt legger man ikke opp til retningslinjer som forutsetter at noen saker primært skal behandles av nemnder.

Det pekes på at domstolenes tilgjengelighet er spørsmål som har stått sentralt i Europarådet i mange år. I Norge pekes på tre viktige ledd i denne utviklingen, arbeidet med fri rettshjelp som ledet til loven av 1980, Domstolsutvalgets arbeid med å gjøre domstolene til mer tjenlige organisatoriske enheter som på en bedre måte kan utnytte ressurser og gi et godt servicetilbud (NOU 1980: 12), og som tredje ledd Småkravsutvalgets eget arbeid med prosessreglene.

Småkravsutvalget fremhever at man må unngå at domstolsbehandlingen blir så dyr og omstendelig at folk flest ikke ser seg tjent med å bringe inn mindre tvister for domstolene. Det er vanskelig å oppnå proporsjonalitet mellom sakens verdi, tiden og kostnadene. Dersom omkostningene ved saken er høyere enn den verdi saken gjelder, er det fare for at man resignerer selv om man er overbevist om at saken er godt prosedabel. Dette er uheldig for den som ikke får gjennomført sine rettigheter, og fordi folk får en følelse av at rettsapparatet svikter sine oppgaver innen rettsstaten.

Småkravsutvalget påpeker at det særlig er to forhold som kan foranledige at en tvist man er oppe i ikke bringes inn for domstolene: At kravet

erkjennes å være tvilsomt (enten i seg selv eller av mangel på bevis) og at kravet er av liten økonomisk verdi. Alt tyder på at en rekke av dagliglivets tvister om mindre verdier ikke bringes inn for domstolene fordi terskelen er for høy, og at det er behov for en domstolsbehandling som er enklere og mer uformell enn dagens ordinære ordning. Dette krever både informasjon og veiledning på ulike plan før saksanlegget og en ikke altfor bundet og høytidelig prosess. Videre må man slå fast ønsket om en prosess som er billig og rask såvel for partene som det offentlige. På den annen side må man være oppmerksom på faren ved at en økt tilgjengelig åpner for lite begrunnede søksmål.

Hvilke virkemidler man kan gripe til for å råde bot på manglende tilgjengelig begrenses av at man ikke kan gå på akkord med viktige krav til domstolene. Småkravsutvalget antyder følgende:

- a) Partene må hjelpes til rette i domstolssystemet så tidlig som mulig og hjelpes under prosessen med utforming av anførsler og påstander osv.
- b) Bistand fra advokat under hele prosessen er en for kostbar eksperthjelp. Man bør derfor skape en rettergangsform hvor partene stort sett klarer seg uten advokathjelp, selv om dette stiller store krav til dommerens veiledning og bistand.
- c) Påskynding av saksbehandlingen. Lang saksbehandlingstid er en av årsakene til at partene i småsaker ofte resignerer.
- d) Forlik på et tidlig stadium.
- e) Også øvrige omkostninger for partene bør reduseres. Rettsgebyret må være vesentlig lavere enn det gebyr som skal gjelde for alminnelige saker (kr 1 000 ved rettsgebyrlovens ikrafttreden 1983). En kan også la det offentlige dekke utgifter til sakkyndige.
- f) Forenkling i utforming av dommen.

Småkravsutvalget foreslo innført en småkravsprosess med regler inntatt i nytt kapittel 34 i tvistemålsloven. Sammenfatningsvis kan den foreslåtte prosessordningen beskrives slik:

1. Anvendelsesområdet for småkravsprosessen er tvister som gjelder verdier under en tredjedel av folketrygdens grunnbeløp, dvs. kr 7 260 i 1983 (mer enn det dobbelte i dag). Tvister som ikke gjelder formuesverdier og saker som ikke er undergitt fri rådighet holdes utenfor.
2. Adgang for partene til med rettens samtykke å avtale at småkravsprosessen skal komme til anvendelse i saker med høyere verdi, men ikke omvendt avtale at en småsak skal behandles etter vanlige prosessregler. Retten skal imidlertid kunne henvise en småsak til ordinær prosess dersom utfallet vil få vesentlige økonomiske

eller prinsipielle konsekvenser utover den konkrete tvisten eller dersom en part på grunn av reiseavstand ikke kan møte personlig.

3. Mekling i forliksrådet beholdes, men med nytt unntak for saker som har vært behandlet i klagenemnd. Forliksrådets domskompetanse begrenses slik at det ved tvistesaker kreves samtykke fra begge parter.
4. Stevning settes opp på skjema som også kan brukes ved inngivelse av forliksklage.
5. Behandlingsgebyret for småkravssaker skal være redusert.
6. Saksbehandlingen er muntlig. Tilsvarende ordning med mulighet for uteblivelsesdom benyttes ikke. I stedet innkalles saksøkte direkte til rettsmøte innen fire uker, men med mulighet til å sende inn svarskrift på forhånd.
7. Rettsmøtet gjennomføres uformelt. Det legges opp til at partene møter uten advokat, og at dommeren aktivt veileder partene. Partsforklaringer og bevisførsel finner såvidt mulig sted umiddelbart, slik at dom kan avsies. Kan dom ikke avsies straks, berammes enten et nytt rettsmøte innen fire uker eller det besluttes at dom kan avsies etter supplerende skriftlig forberedelse, f.eks. etter at det er innhentet sakkyndig uttalelse.
8. Dommeren skal legge stor vekt på å forsøke å forlike partene dersom han mener dette er mulig.
9. Retten kan bistå med å innkalle sakkyndige. Omkostningene bæres av det offentlige.
10. Dom avsies primært i tilknytning til selve rettsmøtet og kan da avsies uten skriftlig begrunnelse. I rettsmøtet skal dommeren gi muntlig redegjørelse for hovedpunktene i begrunnelsen. Partene kan innen to uker be om skriftlig begrunnelse som i tilfelle blir en del av dommen. Ved dom etter rettsmøtet gis kort skriftlig begrunnelse.
11. Hovedregelen om tapende parts omkostningsansvar opprettholdes, men med den vesentlige begrensning at erstatning for utgifter til prosessfullmektig bare kan omfatte inntil to timers rådgivning hos advokat i forbindelse med saksanlegget eller spørsmålet om å ta til gjenmæle. Partene forutsettes i normaltilfellene å kunne føre saken selv. Advokatene har imidlertid en viktig veilednings- og avsilingsfunksjon som Småkravsutvalget vil beholde i størst mulig grad.
12. Adgangen til å få fri sakførsel i småkravssaker begrenses for å unngå en ikke ubetydelig bruk av prosessfullmektig. I tillegg til å tilfredsstille de økonomiske betingelser forutsettes at par-

ten ikke er i stand til å prosedere saken på egen hånd til tross for veiledning fra dommeren. Derimot foreslås ingen begrensning i ordningen med fritt rettsråd forut for saksanlegg.

13. Eventuell overprøving skjer etter vanlige regler. På grunn av verdibegrensningen kreves lagmannsrettens samtykke til å fremme anken.

#### 11.6.2.3 *Den videre behandling av Småkravsutvalgets innstilling*

Justisdepartementet tilkjennega i sitt høringsbrev av 21. januar 1986 at Småkravsutvalgets forslag ikke ville bli fremmet. Det ble ansett uaktuelt å innføre en prosessordning med det siktemål at flere saker bringes inn for tingretten. Det ble vist til at domstolene allerede slet med stor saksmengde og lang saksbehandlingstid, og at betydelig ressurstilførsel ikke var realistisk. Departementet mente for øvrig at forslaget ikke gikk nevneverdig lenger i forenklinger enn tvistemålsloven allerede åpnet for, bortsett fra de reduserte krav til domsgrunner. Departementet lanserte i stedet et alternativt forslag om forenklet rettergang ved tingrettene.

Flere høringsinstanser beklaget at man ikke fant rom for å innføre Småkravsutvalgets forslag om ny prosessordning for småkrav, selv om det ville kreve ressurstilførsel til domstolene. For øvrig viser høringsrunden at meningene var delte. Enkelte mente at en vesentlig styrking av forliksrådenes evne til å løse rettstvister burde prioriteres.

Regjeringen fremmet i 1986 en proposisjon (Ot. prp. nr. 47 for 1985-86) basert på Småkravsutvalgets to delutredninger om forliksrådsordningen og småkravsprosessen. Proposisjonen er basert på Justisdepartementets forslag om forenklet rettergang i høringsnotatet. Det ble påpekt at behovet for en småkravsprosess ikke er det samme hos oss som i Sverige og Danmark hvor man ikke har forliksråd som tar hånd om inkassosakene og en vesentlig del av de øvrige tvister som bringes inn for domstolene. Det ble også nevnt at Justisministeriet i Danmark i 1980 fremmet et forslag om småkravsprosess som tilsvarte Småkravsutvalgets forslag, men at dette ble trukket tilbake etter kritikk i Folketinget.

Regjeringens lovforslag ble med små endringer vedtatt i Stortinget. Om behandlingen i Justiskomiteen vises til Innst. O. nr. 64 (1985-86).

## 11.7 **Trenger vi en småkravsprosess?**

Spørsmålet i overskriften må besvares ut fra de funksjoner og oppgaver tvisteloven og domstolene skal ha, se II.3.1. Loven skal fremme rettssikkerhet for den enkelte ved at de kan få sine rettstvister løst ved domstolene. Det er det individuelle perspektivet ved tvisteløsningen. Dernest skal tvisteløsningen ha en mer allmenn funksjon – den materielle retten skal gjennomføres. For små, og også for mer «middelstore», krav er det i dag på det rene at verken det individuelle perspektivet ved tvisteløsningen – at den enkelte skal kunne gå til domstolene og få løst sin rettslige tvist – eller det samfunnsmessige perspektivet – at tvisteløsningen skal sikre gjennomføring av og respekt for den materielle retten, ikke ivaretas. Prosessen må i større grad tilpasses disse tvistene. Domstolene må være åpne og tilgjengelige og gi et reelt tilbud til dem som har et rimelig behov for å få løst sine tvister på en rettferdig måte. Dette er kjernen i begrepet «access to justice» som er innarbeidet i den internasjonale debatt om temaet, og som også dannet utgangspunktet for Småkravsutvalgets reformforslag i 1983.

Denne hovedtanken er uforenlig med en slik begrensende forutsetning som Justisdepartementet i 1986 la til grunn for forrige småkravsreform, nemlig at reformen ikke måtte ha som siktemål å senke domstolsterskelen for å bringe flere saker inn for tingrettene. På den annen side bør man ikke ha noen ambisjon om å fjerne enhver terskel. Det beste er jo at partene løser sine konflikter på egen hånd, og adgangen til domstolene bør ikke gjøres så lett at partene unnlater å gjøre rimelige anstrengelser for å lykkes med dette, eller at det blir for enkelt å trenere inndrivelsen av berettigede krav ved ufunderte innsigelser. Domstolsbehandling vil uansett hvor enkel man greier å gjøre en småkravsprosessordning, være en ressurskrevende konfliktløsningsmetode, og domstolene bør derfor ikke bebyrdes med unødvendige og lite prosessverdige tvister.

Nå må man stille spørsmålet om ikke en småkravsprosess er unødvendig hensett til det nemndsystem som er etablert på en rekke områder. Man må også stille spørsmålet om ikke tvisteløsningsbehovet her i noen grad kan tilgodeses gjennom voldgift. Til det siste bemerkes at når det gjelder småkrav, utgjør privat voldgift blant annet på grunn av omkostningene ikke noe alternativ til domstolene. En reservasjon må gjøres for forsikringssektorens praksis med voldgift ved skadeoppgjør i bilforsikring.

Det viktigste alternativet til domstolsbehand-

ling er de offentlige og private klageordninger og nemnder i forbrukersektoren. Dette tilbudet har etter hvert fått en meget stor utbredelse og dekker de viktigste vare- og tjenestegrupper. Etableringen og utbredelsen av dette konfliktløsningstilbudet skyldes at domstolene ikke anses som et tilstrekkelig alternativ, verken av berørte interessegrupper som Forbrukerrådet eller av lovgiveren selv. Det er mot forlikrådene innvendt at de ikke har kompetanse til å behandle forbrukertvister på en forsvarlig måte uten jurist og uten bruk av sakkyndige. Mot tingrettene er det særlig innvendt at behandlingen er for omstendelig og kostbar. Av disse grunner opprettet man Forbrukertvistutvalget som «spesialdomstol» i saker om forbrukerkjøp i 1978. Senere har utvalget fått utvidet sin kompetanse til også å gjelde saker om håndverkertjenester. I tillegg har det funnet sted en betydelig utbygging av klagenemnder. Det er etablert lovgrunnlag for å gi én av disse (Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser) vedtakskompetanse på linje med Forbrukertvistutvalget. I så fall vil nemnda erstatte forlikrådsbehandling. På andre områder skjer det en utvikling der forlikrådsbehandling i medhold av nye lovbestemmelser erstattes av nemndbehandling uten rettskraftvirkning. Dette er allerede gjennomført for nemndene på forsikringssektoren, og vil komme for Bankklagenemnda og Boligtvistnemnda. På husleiesektoren er det åpnet for en tilsvarende utvikling gjennom prøveordningen med husleietvistutvalg.

Tvistemålsutvalget er enig i at domstolenes konfliktløsningstilbud på området for småkrav og forbrukertvister ikke kan sies å være fullt tilfredsstillende i dag. I saker som reiser juridiske problemstillinger av noen vanskelighetsgrad, er det et problem at forlikrådene mangler slik kompetanse. Det er Tvistemålsutvalgets bestemte oppfatning at behovet for behandling ved domstolene av småkrav ikke forsvarlig kan ivaretas gjennom forlikrådsbehandling. Utvalget viser her til drøftelsen under II.10, særlig II.10.9.5 om den domskompetanse som forsvarlig kan legges til forlikrådet. Behandling av småkrav i reelle tvistesaker for domstolene må skje for tingrettene, og det er med henblikk på denne behandlingen det må utformes en småkravsprosess.

Saksbehandlingen ved tingrettene har gjennomgående blitt vesentlig mer effektiv og rask i de senere år, og vesentlig raskere enn behandlingen i Forbrukertvistutvalget. Ved en del tingretter er gjennomsnittlig saksbehandlingstid i sivile saker 4-5 måneder, og gjennomsnittet for landet ligger i overkant av 6 måneder. Betydningen av effektiv domstolsledelse og hensynet til serviceinnstilling

og brukervennlighet vektlegges også på en helt annen måte i dag enn i 1970- og 80-årene. Det som gjenstår som kjernen i problemet med manglende tilgjengelighet i dag, er kostnadene ved å gjennomføre saken. Man bør ikke gjøre seg noen illusjoner om at det er mulig å snu denne utviklingen uten ganske drastiske tiltak rettet mot prosesskostnadene. I mangel av slike tiltak vil man oppleve et økende press i retning av å løse de rettshåndhevelsesproblemer som melder seg på ulike områder ved å etablere nye tvisteløsende forvaltningsorganer eller andre nemnder.

Det som her er sagt må ikke oppfattes som uttrykk for at utvalget er negativt innstilt til Forbrukertvistutvalget eller andre tvisteløsende nemnder. Tvert om er det utvalgets oppfatning at det med gjeldende prosessordning er et klart behov for alternativ konfliktløsning. Det er også en del fordeler ved nemndbehandling som kan bidra til å gjøre dette til en hensiktsmessig tvisteløsningsmetode. Kombinasjonen av partsrepresentasjon med en velkvalifisert jurist som leder gir en faglig sterk sammensetning og avgjørelser som holder et høyt nivå. Dette bidrar til at både Forbrukertvistutvalget og flere av de sentrale klagenemndene nyter stor tillit, og at avgjørelsene stort sett følges også der nemndas vedtak bare er rådgivende. Ved vurderingen av Bankklagenemndas stilling i forbindelse med den nye finansavtaleloven ble det av denne grunn ansett unødvendig å gjøre nemndas vedtak bindende. Ved det store antall saker som behandles opparbeider nemndene seg en betydelig ekspertise på sine saksområder. Ved analyse av nemndenes praksis er det også adskillig enklere å skaffe seg systematisk kunnskap om hvordan de materielle rettsreglene på de respektive områder fungerer enn når enkeltavgjørelser er spredt i et desentralisert domstolssystem.

Behandlingsreglene bidrar også på viktige punkter til å gjøre nemndbehandling attraktiv for partene. Nemndene sørger selv for at saken blir opplyst blant annet ved innhenting av nødvendige sakkyndige uttalelser. Når det tas i betraktning at behandlingen er gratis og suppleres i forkant ved rådgivning og mekling ved Forbrukerrådets fylkeskontorer og sekretariatene for klagenemndene, er dette alt i alt et godt tilbud som domstolene, uansett hvilke reformer som kan tenkes gjennomført, vil ha vanskeligheter for å konkurrere med.

Nemndsystemet har imidlertid også ulemper som lang saksbehandlingstid ved Forbrukertvistutvalget, bevisvanskeligheter og manglende muligheter for effektiv mekling som følger med den skriftlige prosessform. For alle de klagenemndene som ikke kan treffe bindende vedtak, er det videre



en risiko for at den tapende part ikke vil respektere avgjørelsen. Nemndsystemet kan også møtes med enkelte av de argumenter som generelt fremføres mot særdomstoler fremfor alminnelige domstoler, som faren for sneverhet i rettsanvendelse og bevisvurdering. Her vil de alminnelige domstolene ha fortrinn.

Utvalget har ingen ambisjon om å utvikle en småkravsprosess ved domstolene som vil gjøre nemndsystemet overflødig. For en rekke saker vil nemndbehandling fortsatt være en fullt tilfredsstillende tvisteløsningsmetode, og utvalget legger til grunn at dette tilbudet vil være et viktig supplement til og fungere som avlastning av domstolene. Men utvalget mener bestemt at tvisteløsningen for nemndene ikke gjør domstolsbehandling av småkrav uaktuelt, eller at nemndbehandling bør betraktes som den prinsipielle tvisteløsningsmetode her. For det første er det en rekke småkrav som ikke forsvarlig vil kunne behandles for nemnder med den saksbehandling man der har. Det vil blant annet være «faktumsaker», f.eks. saker om mangler ved bolig som er avhengig av åstedsbefaring og vitneførsel mv. Den samfunnsmessige funksjonen ved tvisteløsning – ved gjennomføring av retten – vil heller ikke kunne bli ivaretatt på en fullgod måte om saker ikke kan bli fremmet for de alminnelige domstoler. Blant annet prinsipielt viktige saker bør bringes videre til domstolene, gjerne med støtte fra interesseorganisasjonene på partsiden. Som påpekt er det også uheldige sider ved nemndbehandlingen, blant annet den tiden det i viktige nemnder tar å få avgjort sakene. Et hovedsynspunkt må være at domstolene skal være åpne for alle som har et rimelig begrunnet behov for å få løst en rettslig tvist. Å stenge domstolene for behandling av små og middelstore krav – de tvister det for «folk flest» er en risiko for å bli involvert i – ville være meget uheldig også av hensyn til domstolenes anseelse og tilliten til dem som samfunnsinstitusjoner. Det inntrykk kunne festne seg at rettsapparatet svikter sine oppgaver.

Utvalgets konklusjon er at tvisteloven må ha egne prosessregler – en småkravsprosess – for behandlingen av små og «middelstore krav». Det er prosessregler som må gjøre det mulig å få behandlet slike krav for tingrettene.

## 11.8 Viktige hensyn og elementer i en småkravsprosess

### 11.8.1 Generelt

Når det gjelder de hensyn som kommer inn ved

utarbeidelsen av en småkravsprosess, blir disse en refleks av de hensyn og føringer som generelt kommer inn ved utarbeidelsen av sivilprosessloven. Det vises til redegjørelsen for dette i II.3. Dette er hensyn som generelt ikke vil bli gjentatt nedenfor. Der vil det bare bli trukket frem hensyn og elementer i prosessen som vil ha særlig vekt i småkravsprosessen.

### 11.8.2 Forenklet behandling og reduserte kostnader. Advokatmedvirkning

Det som det er grunn til særlig å understreke for småkravsprosessen, er at skal man få til en småkravsprosess som fungerer, må den utformes slik at det som i dag er til hinder for å fremme småkrav for de ordinære domstoler, blir endret i tilstrekkelig grad. Det er først og fremst kostnadene ved å føre en sak for domstolene. Behandlingen må gjøres billigere. Kostnadene må dessuten være forutsigbare.

Skal kostnadene kunne reduseres, forutsetter det for det første at selve behandlingen gjøres enklere. Det bør etter utvalgets mening legges opp til en enkel saksforberedelse fulgt opp med ett rettsmøte med en kort og konsentrert behandling. Bevisføringen bør forenkles. Avgjørelsen i saken – dommen – må begrunnes, men det bør kunne gjøres atskillig enklere og mer konsentrert enn det som er vanlig i dommer ellers. Samlet blir behandlingen i småkravsprosessen i utpreget grad muntlig. Behandlingen skal være rask.

Som påpekt blant annet i II.3.5, er det et selvfølgelig mål for prosessen at den skal legge opp til en saksbehandling som er forsvarlig med henblikk på å nå et materielt riktig resultat i saken. Det er også et selvfølgelig mål i småkravsprosessen. Prosessen må være forsvarlig. Men – som også understreket blant annet i II.3.5 og 6 – det må skje en avveining mellom grundig behandling og andre viktige hensyn i prosessen, som blant annet hensynet til proporsjonalitet. En slik avveining – med et betydelig gjennomslag for proporsjonaliteten – er helt nødvendig i småkravsprosessen. Her vil valget stå mellom en forenklet, men rimelig forsvarlig prosess – en «rough and ready» prosess for å bruke det engelske uttrykket, og ingen prosess overhodet. Hvis man ikke klarer å få omkostningene ved behandlingen av små og middelstore krav ned, vil det ikke være grunnlag for å bringe disse kravene inn for domstolene. I denne forbindelse kan det tilføyes at det i rettskjøpsmeldingen (St.meld. nr. 25 for 1999-2000) er opplyst at én dag i retten antas å koste kr 25 000, forarbeid inkludert, og at det i gjennomsnitt brukes kr 33 500 på fri

sakførsel i saker som går for domstolene. I tillegg kommer rettsgebyret til staten på kr 3 600 (fra 1. januar 2000) og utgifter til eventuelle vitner og sakkyndige. Skal saken først behandles i forlikrådet, kommer disse utgiftene i tillegg. I tillegg kommer også risikoen for å måtte betale motpartens saksomkostninger dersom man taper saken. Da kan den samlede regning for en ganske ordinær sak ikke sjelden komme opp i kr 50 000 – eller til dels også vesentlig mer.

Som utvalget kommer tilbake til nedenfor, er det i og for seg ikke noe ønske om at partene ikke bistås av advokat også i småkravsprosessen. I allfall i en del tilfeller vil imidlertid det medføre omkostninger som gjør at parter ikke vil se seg i stand til å fremme saken eller ta til motmæle i den. Det må legges til rette for at partene får både generell veiledning om behandlingen for domstolene og sine rettigheter i prosessen, og at det også skjer konkret veiledning fra rettens side om behandlingen og i noen grad også om de materielle sider ved tvisten. Utvalget viser her til drøftelsen under II. 3.9 og til bemerkningene til § 5-4.

I tillegg til den kostnadsreduksjon som vil kunne oppnås gjennom en forenkling av behandlingen, må det i småkravsprosessen også gjøres noe med omkostningsreglene i seg selv. I alle kjente fungerende småkravsordninger i utlandet inngår som et vesentlig element en regel som begrenser vesentlig de omkostninger som kan kreves dekket, spesielt omkostninger til advokat. Dette er heller ikke en fremmed tanke i Norge. I forlikrådet er omkostningsansvaret begrenset ved forskrift av 1993 (kgl. res. av 23. juli 1993 nr. 768, gitt i medhold av tvistemålsloven § 176 tredje ledd. Innklagedes kostnadsansvar er etter § 1 begrenset til rettsgebyret og et tilsvarende beløp for skriving av klage og andre alminnelige saksomkostnader. Her gjelder det imidlertid et viktig unntak i § 3. Maksimalsatsen gjelder ikke når klageren eller dennes prosessfullmektig har hatt nevneverdig mer arbeid med saken enn det som er vanlig i saker for forlikrådet. Etter det inntrykk utvalget har dannet seg fra samtaler med representanter for forlikrådet, er det vanlig å benytte unntaket i saker der partene under domsforhandling møter med advokat. Ved behandlingen i Forbrukertvistutvalget kan den tapende part bare rent unntaksvis pålegges å betale motpartens saksomkostninger.

Det betydeligste kostnadselementet i rettssaker er advokatutgiftene. Som utvalget nærmere kommer tilbake til nedenfor, er det en stor fordel først og fremst for partene selv, men også for retten, at partene har kompetent juridisk bistand. Det er likevel ikke til å komme fra at denne tje-

nesten ofte koster for mye i forhold til verdien av tvistegjenstanden. Utvalget fremmer ikke forslag som begrenser partenes adgang til å la seg representere ved advokat på ethvert trinn av prosessen. Men når det gjelder behandlingen av småkrav, er det nødvendig å sette et tak på de advokatutgifter som kan kreves dekket. Det må gjøres for å få til en nødvendig proporsjonalitet mellom behandlingsutgifter og krav, og også for å få til forutberegnelighet for et mulig omkostningsansvar.

Også utgiftene til selve domstolsbehandlingen bør begrenses. Et rettsgebyr på kr 3 600 er for småsaker altfor høyt, spesielt når man ser hen til at nemndbehandling er gratis. En viss egenbetaling er riktignok rimelig, men utvalget antar at denne neppe bør være høyere enn ett rettsgebyr (R), for tiden kr 655, for saker med tvistegjenstand under 1 G og 2 R for saker med tvistegjenstand mellom 1 G og 2 G.

Det er en fordel at parter er bistått av advokat. Advokaten vil bidra til å få saken opplyst i faktisk og rettslig henseende og til å få prosessstoffet strukturert og presentert i en fasong som det er lettere for retten å forholde seg til. Advokaten vil dessuten kunne fraråde søksmål eller innsigelser som ikke har rimelig utsikt til å føre frem. Det er også etter vår erfaring lettere å gjennomføre en effektiv forliksmekling når partene er bistått av advokat. Advokaten vil ha større emosjonell distanse til tvisten enn parten selv, og hun eller han vil kunne vurdere mer realistisk og nøkternt sterke og svake sider ved saken og gi parten adekvate råd. Parten selv vil lett kunne overvurdere styrken i egen sak og bli for optimistisk i troen på at han må vinne frem med den versjon han «vet» er riktig. Advokatbistand er, om en ser bort fra kostnadene, egnet til å fremme tilgjengeligheten til domstolene for partene. Det må antas at det for de fleste vil føles langt tryggere å tre inn i rettssalen med advokaten ved sin side enn å skulle stå alene med sin sak.

For en del mennesker vil dette antagelig – til tross for velvillig bistand fra rettens personale – fremstå som så skremmende at de heller vil resignere.

Blant annet ut fra disse hensyn er utvalget kommet til at det vil legges til rette for at partene skal kunne ha en begrenset advokatbistand i saker etter småkravsprosessen, også på den måten at de skal få dekket utgifter til advokat innen gitte rammer, om det ellers er grunnlag for å tilkjenne saksomkostninger. Dette skal muliggjøre en bruk av advokat som er tilpasset betydningen av tvisten, samtidig som det vil skape forutberegnelighet om de saksomkostninger en part kan bli pålagt å dekke i forhold til motparten. Utvalget har vært inne på

om man bør begrense retten til å få dekket advokatutgifter til et par timers rådgivning, slik at partene kan søke råd før sak reises eller i forbindelse med om de skal ta til motmæle i saken. Etter å ha vurdert spørsmålet nærmere, er utvalget kommet til at dette blir en for snever omkostningsdekning i en del tilfeller, og at det er bedre å avpasse retten til å få dekket disse utgiftene i forhold til tvistens betydning – størrelsen av tvistegjenstanden. Utvalget er selvfølgelig klar over at en sak med liten tvistegjenstand kan være like komplisert som en sak med en betydelig tvistegjenstand og derfor i den forstand kreve det samme retshjelpsbehov. Men det er den forskjell, som i småkravsprosessen er helt sentral, at en sak med en tvistegjenstand på kr 100 000 tåler helt andre utgifter enn en sak med tvistegjenstand på kr 5 000. Det er, som utvalget mange ganger har vært inne på, viktig at behandlingen og utgiftene ved den, i langt større grad enn i dag er tilpasset betydningen av tvisten. Det kan for øvrig tilføyes at omkostningsdekning ut fra størrelsen av tvistegjenstanden er velkjent i mange land, som f.eks. England, Tyskland og Nederland. Etter utkastet skal advokatutgifter i småkravsprosessen kunne dekkes med inntil 25% av tvistegjenstanden, i praksis da opp til 25% av 2 G.

Når det gjelder dekningen av utgifter til retts hjelp, bemerker utvalget at det har vært i tvil om ikke taket for dekning bør settes lavere enn til 25% av tvistegjenstanden. 20% har vært det nærliggende alternativet. Når utvalget ble stående ved 25%, skyldes det at vi mener det bør være en mulighet for en rimelig grad av advokatdekning. En rekke av de parter som blir involvert i småkravsprosessen, vil måtte betale merverdiavgift for retts hjelpen, og med det som bakgrunn syntes 20% å kunne bli lite. Utvalget vil tilføye at dersom taket for advokatdekning skulle bli satt enda høyere, vil man raskt nærme seg et nivå hvor hele grunntanken med småkravsprosessen, som en prosess med proporsjonalitet mellom krav og behandling, blir tilsidesatt.

### 11.8.3 Anvendelsesområdet for småkravsprosessen

Området for småkravsprosessen må først og fremst fastlegges ut fra kriterier som begrunner den særlige behandlingsform. Kostnadsaspektet er det sentrale element. Kostnadene ved allmennprosessen blir for store i forhold til verdien av tvisten. Dette tilsier at tvistegjenstandens verdi blir det sentrale avgrensningskriterium. Avgrensning etter tvistegjenstandens verdi er også alminnelig brukt i småkravsprosessen i utlandet.

Spørsmålet blir hvor den øvre grense for småkravsprosessen skal ligge. Her er det grunn til å trekke tråden tilbake til det som er begrunnelsen for de særlige prosessregler – å skape proporsjonalitet mellom betydningen av tvisten og behandlingen av den, herunder omkostningene ved behandlingen. At grensen f.eks. ikke kan ligge under 1 G, i dag (pr. 1. mai 2001) kr 51 360, er åpenbart. Å bruke allmennprosessen for behandlingen av krav under dette beløp, vil være å legge opp til et system der de samlede prosessutgifter ofte, kanskje normalt, vil overstige verdien av tvisten. Men utvalget finner det klart at selv for saker som ligger i området mellom 1 G og 2 G, har man i dag å gjøre med et misforhold mellom betydningen av tvisten og behandlingen av den og omkostningene ved behandlingen. Det er for tvister i denne gruppen meget vanlig at prosessutgiftene samlet overstiger tvistebeløpet. Som system er det uakseptabelt. Dette er for øvrig påpekt av flere som har gitt viktige innspill til utvalget under utvalgets arbeid.

Etter utvalgets mening bør den øvre grense for småkravsprosessen ikke ligge under 2 G. Det vil legge opp til en proporsjonalitet mellom tvist og behandling. Dette vil ikke innebære at en tvist på kr 100 000 skal behandles på nøyaktig samme måte som en tvist på kr 5 000. Også småkravsreglene er fleksible, og omkostningsdekningsregelen som utvalget foreslår, vil gi grunnlag for en klart grundigere behandling av de «store» småkrav enn av de helt små krav. Hovedregelen om anvendelsesområdet for småkravsprosessen er inntatt i § 10-1(2)(a).

Det som kan diskuteres er om «småkravsprosessen» er noen god betegnelse på krav opp mot 2 G. For de fleste er 2 G et betydelig beløp. På den bakgrunn kan man si at «småkrav» ikke passer godt på slike krav. Utvalget er likevel blitt stående ved småkravsprosessen som den betegnelse vi vil bruke på denne prosessformen. Mange av kravene vil være små, og en betegnelse som småkravsprosessen er med på å understreke betydningen av proporsjonalitet mellom krav og utgifter til behandling som sentralt.

Det må åpnes for at småkravsprosessen i noen grad kan få anvendelse også ut over behandlingen av tvister om krav om økonomiske verdier opp til 2 G, samtidig som det må åpnes for at krav som ellers skulle vært behandlet etter reglene for småkravsprosessen, i visse tilfeller i stedet skal behandles etter reglene for allmennprosessen.

Det kan reises spørsmål om småkravsprosessen uten beløpsbegrensning bør gjøres gjeldende for spesielle sakstyper som eksempelvis forbruker-

tvister i alminnelighet, saker avgjort av Forbrukertvistutvalget eller husleiesaker. En vurdering av om det er behov for avvik fra normalordningen for tvister om bestemte kontraktstyper eller rettsforhold ellers, bør ses i sammenheng med de materielle reglene på området, slik man nå har gjort i husleieloven. Utvalget tar ikke sikte på å løse slike spesialprosessuelle spørsmål i tilknytning til utforming av en alminnelig prosessordning for småkrav.

Utvalget ser ikke noen avgjørende betenkeligheter mot at partene skal kunne samtykke i at søksmål som ellers skulle vært behandlet etter reglene for allmennprosess, skal behandles etter reglene for småkravprosess, jf. utkastets § 10-1(2) (b). Derimot mener utvalget at partene ikke bør kunne avtale at krav som skulle vært behandlet etter reglene for småkravprosess, likevel skal behandles etter reglene for allmennprosess. Reglene for småkravprosess er gitt ut fra et proporsjonalitetshensyn, hvor også hensynet til forsvarlig bruk av domstolsressursene er viktig. Dette samfunnsmessige hensynet bør ikke partene kunne sette til side gjennom avtale.

Sakens kompleksitet og betydning for partene utover den konkrete tvist er momenter som kan tilsi at saken bør behandles etter reglene for allmennprosess. Partene må da kunne begjære behandling etter allmennprosess, men kan altså ikke ved avtale bestemme dette. Utvalget antar at også retten av eget tiltak bør kunne beslutte overføring til allmennprosess hvis den finner det uforvarsomt å følge småkravprosessens regler. I og med at behandlingsreglene vil være såvidt fleksible at det skulle være mulig for retten å behandle også ganske intrikate saker med den grundighet de krever, antas det sjelden å være behov for dette, slik at bestemmelsen får funksjon av sikkerhetsventil. For en part som har anlagt et søksmål om et småkrav i tillit til at omkostningsansvaret er begrenset, vil en overføring av saken til allmennprosess kunne være en vesentlig bristende forutsetning for saksanlegget. Etter utvalgets oppfatning bør han i et slikt tilfelle kunne kaste kortene og få saken hevet uten andre konsekvenser enn at han ikke får rettsgebyret refundert.

Utvalgets forslag til alminnelig avgrensning av området for småkravprosess innebærer at saker om rettsforhold uten formuesverdi faller utenfor. Mange slike tvister vil gjelde forhold som ikke er undergitt fri rådighet, og vil allerede av den grunn falle utenfor området for småkravprosess. Saker om ideelle verdier ellers gjelder ofte mer spesielle eller kompliserte spørsmål enn normalt. Hovedbegrunnelsen for småkravprosess,

at tvistegjenstandens verdi ikke forsvarer kostnadene ved en ordinær behandling med advokatbistand, slår da ikke til. Men forholdet kan ligge annerledes an, og utvalget mener at retten bør kunne ha en begrenset adgang til å beslutte behandling etter småkravprosess her, jf. § 10-1(2) (c) og bemerkningene til denne bestemmelsen.

Saker som ikke er undergitt fri rådighet, bør generelt falle utenfor småkravprosess. Det samme gjelder for saker som behandles etter spesialprosess. Med spesialprosess siktes eksempelvis til de særlige rettergangsregler i skifteloven, tvangsfullbyrdelsesloven, skjønnsloven og jordskifteloven. Også saksbehandlingsreglene for overprøving av tvangsvedtak i sosialtjenesteloven, barnevernloven og nåværende tvistemålslovs kapittel 33 er eksempler på spesialprosess, men disse gjelder rettsforhold som uansett faller utenfor området for en småkravprosess. At det på visse saksområder gjelder enkelte bestemte unntak fra de vanlige regler, f. eks. unntak fra vilkåret om forliksrådsbehandling, betyr imidlertid ikke at saken er undergitt spesialprosess. Spesialreglene er gitt ut fra en vurdering av hvilke saksbehandlingsregler som er mest hensiktsmessige på vedkommende område, og det bør i tilfelle vurderes særskilt for de ulike prosessstypene i hvilken utstrekning det er grunn til å gjennomføre forenklinger der tvistegjenstandens verdi er lav eller etter andre kriterier.

Gruppesøksmål bør ikke behandles etter småkravprosess uansett om hvert enkelt krav som er tilsluttet søksmålet ikke overstiger grenseverdien. Hvis et gruppe medlem trer ut av gruppesøksmålet, og slik at vedkommendes krav deretter skal behandles ved individuelt søksmål, får imidlertid reglene om småkravprosess anvendelse hvis det er grunnlag for å behandle kravet etter disse reglene etter § 10-1.

Det danske Småsagsudvalget foreslo et unntak for saker om mangler ved salg av fast eiendom med den begrunnelse at sakene ofte er kompliserte og krever sakkyndig undersøkelse. Utvalget går ikke inn for en slik begrensning, som for øvrig også ble frarådet i Retsplejerådets høringsuttalelse. Disse sakene utgjør et betydelig antall, og erfaringene hittil tilsier at det ofte er et stort problem at prosessomkostningene blir uforholdsmessige i forhold til reklamasjonskravet. Selv om mange riktignok vil ha en rettshjelpsforsikring som dekker slike tvister, er det etter utvalgets oppfatning et klart behov for å kunne behandle disse sakene etter småkravprosess.

## 11.9 Nærmere om enkelte hovedelementer i småkravsprosessen

### 11.9.1 Lovteknikk – hvordan skal de særlige prosessregler gis?

Det er forskjellige måter å gi særregler for småkravsprosess på. For det første kan man gi mer generelle behandlingsregler som passer både for småkrav og behandling av store og kompliserte tvister. Reglene må da være tilstrekkelig fleksible til å fange opp de ulike behandlingsbehov. Det er også mulig for de enkelte ledd i behandlingen, f.eks. i omkostningsreglene, å ta inn særregler der for småkrav. En ytterlighet den annen vei er å gi et omfattende og temmelig uttømmende regelsett for småkrav.

I Sverige og England har man nå løst behandlingsreglene for småkrav lovteknisk på helt forskjellig måte. Mens man i Sverige tidligere hadde reglene for småkravsprosessen i en egen lov, ble det ved den større sivilprosessreform i 1987 gjennomført en syntese, hvor prosessreglene for småkrav ga inspirasjon til en revisjon av den alminnelige prosessordning i rättegångsbalken. Småmålslagen ble opphevet, og man greide seg med noen få særregler. Den svenske småkravsprosessen består derfor i dag dels av noen få, men betydningsfulle særregler, dels i utnyttelsen av fleksibiliteten i de alminnelige regler til å gjennomføre en mer summarisk prosess.

I England har man på den annen side ved sivilprosessreformen i april 1999 gjennomført en mer uttømmende regulering for behandlingen av saker på «the small claims track». Dette har også sammenheng med at de formelle reglene for bevisføring i alminnelige saker ikke skal gjelde i småkravsprosessen.

Utvalget har er blitt stående ved en mellomløsning. Langt på vei er reglene for allmennprosessen gitt tilsvarende anvendelse, men slik at det er gjort unntak og fremhevet forskjeller og hensyn som særlig skal ivaretas ved behandlingen. Der nest er det gitt en særlig omkostningsregel som etter utvalgets mening er meget viktig, og en forutsetning for at småkravsprosessen skal fungere. Etter utvalgets mening er det hensiktsmessig og viktig å samle reglene for småkravsprosessen slik at det understrekes at dette er en egen – og enkel – prosessform. Hos oss er dette av spesiell betydning fordi vi tidligere ikke har hatt noen småkravsprosess som har fungert i praksis.

### 11.9.2 Veiledning, prosessledelse og saksstyring

Særlig for de krav som involverer de helt små verdier, må man regne med et relativt stort innslag av selvprosederende parter. Dette nødvendiggjør som påpekt veiledning fra rettens side både om behandlingen av saken og til også om sakens materielle spørsmål. Rettens plikt til veiledning følger av de generelle regler om veiledning i § 5-4. Utvalget viser til merknadene til bestemmelsen og til II.3.9. Veiledningsplikten er for øvrig fremhevet spesielt for småkravssakene i § 10-2(3).

Skal den nødvendige forenkling og hurtighet i behandlingen oppnås, er det helt nødvendig at saksforberedende dommer utøver en aktiv saksstyring. En sak etter småkravsprosess bør etter utvalgets oppfatning normalt kunne behandles innenfor en tidsramme på fire måneder. Utvalget foreslår at denne normen lovfestes, jf. § 10-4(1). Det bemerkes at enklere og mindre saker bør kunne behandles raskere. Hurtighet i behandlingen vil også understreke og harmonere med den enkelhet og uformellhet som behandlingen skal ha.

### 11.9.3 Stevning og tilsvaret

Krav etter småkravsprosessen bør, som sivile saker etter allmennprosessen, innledes med stevning. Regelen om at stevningen kan inngis muntlig til retten som skal sette den opp skriftlig, jf. § 16-1(2), vil nok ha særlig betydning i småsaksprosessen. Her vil rettens veiledningsplikt komme inn. I allmennprosessen er det adgang til å bestemme at tilsvaret skal avgis i rettsmøte, jf. § 9-5. For småkravsprosessen er det viktig å forenkle saksbehandlingen mest mulig, slik at det bare helt unntaksvis skal holdes mer enn ett rettsmøte, det som holdes avslutningsvis i saken som en forenklet form for hovedforhandling. Derfor bør tilsvaret i småkravssaker unntaksfritt være skriftlig. Men, som påpekt, det skriftlige tilsvaret kan altså etter de vanlige regler fremsettes muntlig for retten, som setter det opp skriftlig, jf. § 16-1(2).

### 11.9.4 Skriftlighet og muntlighet

Twistemålslovens ordning med forenklet behandling bygger på skriftlighet som hovedregel, men med adgang for partene til å kreve rettsmøte. Utvalget ser det som klart at muntlig behandling må være helt sentralt i prosessordningen for småkravssaker, og at skriftlige innslag begrenses til det som er nødvendig ut fra en rasjonell behandling. Muntlig behandling gjør en effektiv veiled-

ning av partene enklere. For forliksmekling er det nødvendig at dommeren får partene i tale. På dette punkt vil en domstolsbehandling av småkrav ha vesentlige fortrinn fremfor den rent skriftlige prosessen i klagenemnder. Også fremmede lands småkravsordninger er basert på muntlighet som bærebjelke.

Rent unntaksvis kan det tenkes at det kan være rasjonelt med skriftlig behandling. Hvis partene i et slikt tilfelle begjærer skriftlig behandling, bør retten kunne beslutte det. Det bør derimot i disse sakene som skal behandles enkelt, og som forutsetningsvis ikke reiser særlig kompliserte spørsmål, ikke være adgang til å ha kombinasjoner med skriftlig og muntlig behandling.

### 11.9.5 Rettsmøte

Som nevnt bør det i småkravssaker så vidt mulig bare holdes ett rettsmøte, og det må da være på det tidspunkt saken er moden for å ferdigbehandles og deretter avgjøres. Rettsmøter er ressurskrevende, ikke minst der partene er representert ved advokat. Det er også viktig at det ene rettsmøtet som holdes konsentreres så langt det er forsvarlig. I § 10-3(2) er det angitt at rettsmøtet, bare hvis særlig sterke grunner foreligger, kan ha en varighet på mer enn én dag. Det understrekes fra utvalgets side at et rettsmøte på én dag ikke skal være noe typisk rettsmøte i småkravprosessen. Mer typisk bør det være med rettsmøter opp til 2-3 timer. Et rettsmøte på én dag må reserveres for småkravssaker i det øvre sjiktet av småkravssaker, de saker der tvistegenstanden ligger opp mot 2 G og som involverer, relativt sett, en noe mer omfattende bevisføring.

Det er i utkastet foreslått at rettsmøtet kan holdes som fjernmøte. Det vil i praksis si at det vil være mulig for den ene parten, om han ønsker det, å delta i rettsmøtet via telefon eller videoteknikk. Det vil kunne være særlig aktuelt hvor parten har lang reisevei og tvisten ikke står i noe rimelig forhold til utgiftene for parten om han må være til stede.

### 11.9.6 Forlikforhandling og rettsmekling

Mekling bør ha en fremtredende plass også i småkravprosessen. Mekling bør kunne gjennomføres både som ordinær mekling og som rettsmekling innenfor rammen av det rettsmøtet som holdes. Men rettsmekling vil nok være mindre aktuelt her enn i allmennprosessen. For det første er det et ressurs spørsmål. I småkravprosessen legges det, nett opp ut fra de verdier tvisten involverer, opp til en relativt enkel behandling. En forgjeves rettsmek-

ling som holdes i tilknytning til rettsmøtet i saken, vil kunne nødvendiggjøre berammelse av et nytt rettsmøte, med de ekstrautgifter det vil medføre. Skal det her holdes rettsmekling, bør iallfall forutsetningen være at det er en annen enn dommeren som rettsmekler, slik at om rettsmeklingen blir forgjeves, kan man fortsette rettsmøtet med dommeren i saken og derved unngå nytt rettsmøte og ny dommer. Rettsmekling før rettsmøtet, fortrinnsvis med en annen mekler enn dommeren, kan nok også være aktuelt. Men igjen blir det et spørsmål om rimelig ressursbruk i forhold til betydningen av tvisten.

Et annet forhold som nok gjør rettsmekling mindre aktuelt i småkravprosessen, er at det der oftere enn i allmennprosessen vil være situasjonen at en av partene er representert ved advokat mens den andre er selvprosederende. Det er ikke noe forbud mot rettsmekling i en slik situasjon, men den mulige mangel på balanse i prosessuell styrke gjør rettsmekling her mindre aktuelt.

Det som derimot i høy grad er aktuelt i småkravprosessen, er tradisjonell mekling. Dommeren må ha for øye muligheten for å komme til enighet både med kontakt med partene under saksforberedelsen og under rettsmøtet. Det er klart at også en tradisjonell mekling gir dommeren atskillig mulighet for å bringe partene nærmere hverandre slik at enighet oppnås, og uten at dommerne selv involveres slik at hun eller han ikke kan dømme om forlik ikke oppnås.

### 11.9.7 Bevis

I småkravssaker, som i saker etter allmennprosessen, vil det regulært være uenighet om sakens faktum. Det er svært sjelden at uenigheten er begrenset til rent rettslige spørsmål. På de punkter der det er uenighet, må faktum fastlegges gjennom bevisføring. I utgangspunktet må de vanlige bevisregler gjelde i småkravprosessen. Det er imidlertid i denne prosessformen grunn til å la proporsjonalitetsprinsippet – forholdet mellom tvist og behandling – og også mulighet for fjernavhør få en særlig gjennomslagskraft. Hvis bevisføringen eser ut eller ellers blir særlig kostbar, vil poenget med småkravprosessen bli borte.

Det er viktig at partene før rettsmøtet varsler om bevisføring. Motparten vil da få mulighet til å føre motbevis, og retten vil kunne ta opp med partene allerede før møtet spørsmål om forenkling og eventuelt beskjæring av bevisførselen. Om slikt varsel vises til § 10-2(3) tredje punktum.

Utvalget foreslår at §§ 9-13 til 9-15 om hovedforhandlingen skal gjelde tilsvarende for rettsmøte i

småkravsprosessen, men at retten gis en generell adgang til å forenkle behandlingen slik at nødvendig konsentrasjon oppnås, jf. § 10-3(2) første punktum. Dette er viktig. Det normale bør være at retten, etter å ha klarlagt krav og påstandsgrunnlag og gått gjennom bebudet bevisføring, raskt styrer forhandlingene mot de springende og omtvistete punktene i saken. I saker med selvprosederende parter må retten gjennom sin veiledning søke å oppnå nødvendig klarhet.

Dommeren bør undersøke muligheten for en minnelig løsning, men regulært gjennom ordinær mekling og ikke rettsmekling. Dette innebærer at dommerens aktivitet må holdes innenfor slike rammer at hun eller han ikke blir inhabil ved videre behandling av saken. I småkravssaker vil det være uheldig av prosessøkonomiske grunner om en annen må overta dommersetet, noe som også ofte vil måtte innebære at den videre behandlingen må utsettes til et nytt rettsmøte.

### 11.9.8 Domsskriving og domsavsigelse

Utvalget mener at dommen i småkravssaker bør kunne utformes på en noe enklere måte enn ellers, slik som ved forenklet rettergang i dag. Det bør legges til rette for at retten avviker og pådømmer flere saker per dag, jf. nærmere § 10-4 og bemerkningene til denne bestemmelsen.

Småkravsutvalget foreslo en adgang til domsavsigelse ved rettsmøtets avslutning med muntlig redegjørelse for hovedpunktene i begrunnelsen, og med adgang for partene til å kreve etterfølgende skriftlig begrunnelse. Dette er en fremgangsmåte for domsavsigelse som man kjenner også fra andre land, både for dom etter småkravsprosess og til dels også for dom etter den alminnelige prosess. Særlig i enklere saker vil en slik fremgangsmåte kunne være aktuell, og utvalget mener det bør åpnes for at dommer etter småkravsprosess kan avsies muntlig ved rettsmøtets avslutning, og slik at det fra dommerens side gjøres rede for hovedpunktene i begrunnelsen. Domsslutningen bør imidlertid utformes skriftlig allerede ved avsigelsen for at det ikke skal kunne oppstå tvil om hva den går ut på. Premissene bør imidlertid kunne skrives ut i ettertid, jf. nærmere 10-4(3) og bemerkningene til bestemmelsen.

### 11.9.9 Kostnadene med saken

Utvalget antar at utgangspunktet også i småkravssaker bør være at den vinnende part kan kreve sine omkostninger med saken dekket av motparten. Men det er viktig å begrense dette, også for å holde

omkostningene på et rimelig nivå tilpasset tvisten, jf. nærmere § 10-5 og bemerkningene til denne bestemmelsen og den generelle drøftelse ovenfor under II.11.8.2 vedrørende dekning av utgifter til advokat.

For å bidra til å senke kostnadsnivået og fremme den økonomiske tilgjengelighet til domstolsbehandling i småkravssaker, må staten være villig til å redusere rettsgebyret. Utvalget antyder at gebyret neppe bør overstige grunngebyret (1 R), for tiden kr 655, for saker opp til 1 G og 2 R for saker mellom 1 G og 2 G.

### 11.9.10 Lekdommere

Når det gjelder lekdommere i sivilprosessen, vises det til den mer prinsipielle drøftelse i II.3.19. I en småkravsprosess, hvor forholdsmessighet mellom behandling og krav, er et helt nødvendig element, kan man vanskelig komme utenom at det ikke skal være med meddommere. Tvistene kan ikke bære den ressursbruk meddommere ville medføre. Det kan for øvrig tilføyes at det i dag er meget sjelden at partene krever retten satt med alminnelige meddommere.

### 11.9.11 Anke

Utvalget finner, med forbehold for en regel i § 11-12(2) som nevnes nedenfor, ikke grunn til å gi egne regler for overprøving av dommer etter småkravsprosess. De alminnelige regler om anke over dommer av tingrettene får derfor anvendelse, se § 10-6. Hovedtyngden av saker som behandles etter småkravsprosess vil være tvister om økonomiske verdier hvor tvistegjenstanden er under 2 G, jf. § 10-1(2) (a). For dommer i disse sakene vil det være nødvendig med samtykke for å kunne anke dommen, jf. § 11-13(1). Men det er grunn til å understreke at samtykke etter den regelen som er foreslått, skal skje i langt større grad enn i forhold til den praksis man i dag har for samtykke til lagmannsrett. Det er kommet til uttrykk i § 11-13(1) annet punktum. Behovet for overprøving, herunder om det synes å være svakheter ved avgjørelsen eller behandlingen, skal stå sentralt i samtykkevurderingen. Lovbestemmelsen legger opp til at lagmannsretten skal føre kontroll med at småkravsbehandlingen holder mål. Det er helt sentralt at lagmannsretten har for øye betydningen av den systemkontroll som her skal utøves.

I forbindelse med samtykkekravet er det grunn til å peke på at lagmannsretten, i stedet for å gi samtykke til anke, etter § 11-12(2) vil kunne oppheve tingrettens dom etter småkravsprosessen

hvis det foreligger vesentlige feil i rettsanvendelsen eller vesentlige feil i saksbehandlingen og fortsatt behandling heller bør finne sted i førsteinstansen. Dette er en regel som vil være egnet til å fremme en reell kvalitetskontroll med småkravsdommer. Lagmannsretten vil, ut fra størrelsen av tvistegjensstanden, kunne kvi seg for å gi samtykke til lagmannsrettsbehandling med den ressursbruk det vil innebære. Det vil da kunne fremstå som langt mer hensiktsmessig å oppheve avgjørelsen til ny behandling i første instans.

Heller ikke for avgjørelser om saksbehandlin-

gen foreslår utvalget egne ankeregler. I småkravsprosessen vil det generelt sett sjelden, og langt sjeldnere enn i allmennprosessen, være aktuelt med avgjørelser om saksbehandlingen. Allerede av den grunn vil det sjelden oppstå spørsmål om anke av slike avgjørelser. En avgjørelse som det vil kunne være aktuelt å anke, vil imidlertid kunne være selve avgjørelsen om at saken skal behandles etter reglene om småkravsprosess, jf. her § 10-1(4). For saksbehandlingsavgjørelser under rettsmøte etter § 10-3 vil særskilt anke være utelukket etter § 11-2(2) og (3).



## Kapittel 12

# Overprøving av rettsavgjørelser. Særlig om anke

### 12.1 Generelt om adgangen til å få overprøvd rettsavgjørelser

---

Det er i dag vid adgang til å få overprøvd rettsavgjørelser. Det gjelder avgjørelser av selve tvistegjengen, som gjerne er truffet ved dom, og det gjelder avgjørelser om behandlingen av saken, truffet ved kjennelse eller beslutning. Både av hensyn til behandlingen og avgjørelsen i den enkelte sak er det viktig med adgang til overprøving. Overprøving medfører kvalitetskontroll med avgjørelsene og skaper derved trygghet for partene for at deres tvist får en riktig avgjørelse og en forsvarlig behandling. I et videre perspektiv fremmer dette kvaliteten på domstolene og domstolsarbeidet. Det er av vesentlig betydning for tilliten til domstolene.

Men selv om adgang til overprøving er viktig både for den enkelte sak og mer generelt, har en vid rett til overprøving også utvilsomt sine utgiftssider. Overprøving krever domstolsressurser, og for partene vil det gjerne nødvendiggjøre økt bruk av advokatbistand med de betydelige merutgifter det kan medføre. I mange saker vil overprøving føre til merutgifter som ikke står i rimelig forhold til den betydning saken har. Det er et viktig hensyn i sivilprosessen at det er proporsjonalitet mellom behandlingen og det krav som skal avgjøres i saken. I en rekke tvister vil det være av stor betydning å få saken avsluttet og avgjort gjort raskt. En overprøving vil kunne føre til lengre behandlingstid.

Begrensninger i overprøvingsadgangen må søkes utformet slik at de generelle – positive – virkninger av overprøvingsadgangen ikke tilsidesettes. Reglene for overprøving må mer allment fremme kvaliteten på domstolenes avgjørelser og saksbehandling. Det er imidlertid grunn til å regne med at det kan foretas vesentlige begrensninger i overprøvingsadgangen, blant annet ut fra proporsjonalitets-hensyn, uten at det behøver å føre til noen allmenn svekkelse av kvaliteten på avgjørelser og på saksbehandling. Dersom f.eks. saksomkostningsavgjørelser som hovedregel kan kreves overprøvd særskilt, vil det kunne støtte opp under større bevissthet om riktig bruk av saksomkostningsreglene, og at omkostningsavgjørelser får en tilfredsstillende begrunnelse. Det vil neppe svekke dette på avgjø-

rende måte dersom det innføres begrensninger i en slik overprøvingsadgang, f.eks. en adgang til å nektet overprøving av mindre omkostningskrav.

### 12.2 Ulike overprøvingssituasjoner – ordinære og ekstraordinære rettsmidler

---

Rettsmidler er fellesbetegnelsen på de prosessuelle redskaper som står til partenes rådighet for å få rettsavgjørelser overprøvd. De problemstillinger som er berørt under II.12.1, har for øye det ordinære rettsmiddel anke – det som i dag er anke og kjæremål. Ordinære rettsmidler er rettsmidler mot avgjørelser som ikke er rettskraftige. Et annet ordinært rettsmiddel er oppfriskning, som er et rettsmiddel mot uteblivelsesdommer – forfallsdommer etter den terminologi utvalget bruker. Hensynene bak dette rettsmidlet er andre enn hensynene bak anke.

De ekstraordinære rettsmidler er rettsmidler mot avgjørelser som er rettskraftige. Det viktigste av disse rettsmidlene er gjenopptakelse eller gjenåpning, som er utvalgets betegnelse på dette rettsmidlet. Hensynene bak gjenåpningsreglene blir delvis andre enn de som kort er skissert under II.12.1. Det er ikke minst i sivile saker et klart behov for endelig å bli ferdig med tvisten. Det er en viktig side ved det at avgjørelsen er rettskraftig at den skal bli stående uten å endres ved nye avgjørelser. Men dette gjelder ikke absolutt. Det kan f.eks. være begått så vesentlige saksbehandlingsfeil, eller det kan være kommet frem så viktig nytt bevismateriale, at det likevel må være riktig for å åpne for en ekstraordinær overprøving gjennom gjenåpning.

Også voldgiftsavgjørelser og avgjørelser ved rettsforlik blir rettskraftige når avgjørelsen er truffet. Avtale om voldgift inngås gjerne ikke minst fordi partene ønsker at det skal treffes en endelig avgjørelse av voldgiftsretten uten mulighet for å fortsette tvisten ved bruk av rettsmidler. Rettsforlik inngås også ofte for å få «satt strek» for tvisten. Disse hensynene må få sentral betydning for den adgang det eventuelt åpnes for å få overprøvd og

satt til side avgjørelser etter voldgift eller rettsforlik.

Den tid som er gått siden avgjørelsen, er også et viktig hensyn ved vurderingen av om det skal åpnes for overprøving. Vi har i dag rettsmiddelfrister for anke og kjæremål og også for rettsmidler som oppreisning og oppfriskning. Partene skal tvinges til innen rimelig tid å ta stilling til om de vil akseptere eller angripe den avgjørelse som er truffet. Dette er en ordning som åpenbart må opprettholdes. Når rettsmiddel Fristen er ute, kan avgjørelsen ikke angripes – den er rettskraftig.

Men unntaksvis kan situasjonen ligge slik an at avgjørelsen likevel bør kunne overprøves. Det kan foreligge særlige forhold knyttet til fristoversittelsen, som tilsier at denne ikke bør få den virkning at den utelukker angrep på den avgjørelse som ønskes overprøvd. Slike regler har vi i dag i oppreisningsinstituttet, jf. domstoloven §§ 153 flg. Utvalget foreslår at disse reglene erstattes av regler om oppfriskning, som får et videre anvendelsesområde enn oppfriskningsbestemmelsene i tvistemålsloven § 346 flg.

Det er langt på vei andre hensyn enn de hensyn som taler for adgangen til å angripe avgjørelsene, som bør være bestemmende for de regler som medfører at fristoversittelser ikke får de vanlige virkninger. Drøftelsen nedenfor har ikke for øye de særproblemer som gjelder mulig «reparasjon» av fristoversittelser.

Drøftelsen under II.12 tar etter dette først og fremst sikte på de avgjørelsestyper og de avgjørelsessituasjoner som i dag er dekket ved rettsmidlene anke og kjæremål. Som utvalget kommer tilbake til under II.12.12, foreslår man for disse et felles rettsmiddel – anke.

### 12.3 Det nåværende rettsmiddelsystem

Hovedlinjene i det nåværende rettsmiddelsystemet er forholdsvis oversiktlige, men det er gjort mange unntak fra disse hovedlinjene. Systemet blir derfor nokså komplisert.

Når retten avgjør det spørsmålet tvisten gjelder, skal det skje ved dom, jf. tvistemålsloven § 137. Tingrettens dom kan ankes til lagmannsretten av partene i saken. Den alminnelige ankefristen er én måned. Ankesummen må være minst kr 20 000 hvis anken gjelder formuesverdier, jf. § 356. Lagmannsretten kan dispensere fra denne grensen. Hvis anken gjelder avgjørelsens innhold, dvs. bevisbedømmelsen eller rettsanvendelsen, vil lagmannsretten avgjøre anken ved dom, jf. § 392 første

ledd. Lagmannsrettens dom kan ankes videre til Høyesterett. Kravet til ankesum er kr 100 000, jf. § 357. Høyesterett har en nokså vid anledning til å nekte anken fremmet, jf. § 373 tredje ledd nr. 1 til 4.

Det er en viss, snever, adgang til å få en anke mot en tingrettsdom behandlet i Høyesterett uten mellomliggende behandling i lagmannsretten. Det kan skje med samtykke fra Kjæremålsutvalget etter § 6 annet ledd. Slikt samtykke gis meget sjelden, og typisk ikke mer enn 1 til 2 ganger i året.

Anken kan også rettes mot saksbehandlingen i den dommen som ankes. En slik begrenset anke, som bare gjelder saksbehandlingen, avgjøres ved kjennelse, jf. § 385 og § 390 første ledd. Rettsmidlet mot en slik kjennelse er anke.

Gjelder anken både saksbehandlingen ved den avsagte dommen og dommens innhold, vil det variere hvordan saken avgjøres. Hvis saksbehandlingsanken ikke fører frem, og det avgjøres særskilt, skal denne anken forkastes ved kjennelse, jf. § 390 annet ledd. Anken mot dommens innhold vil deretter avgjøres ved dom. Fører derimot saksbehandlingsanken frem, kan lagmannsretten likevel avgjøre tvisten ved dom, jf. § 388. For Høyesterett er stillingen noe mer uklar, i alle fall når det gjelder de såkalte absolutte saksbehandlingsfeil, jf. § 384 annet ledd. Om Høyesterett, hvis det foreligger absolutte saksbehandlingsfeil, likevel kan ta saken opp til realitetsavgjørelse, fremgår ikke av loven og det finnes heller ikke klare prejudikater om dette. Er det derimot snakk om relative saksbehandlingsfeil, jf. § 384 første ledd, blir det først aktuelt med opphevelse hvis feilen kan ha innvirket på dommens innhold. Hvis Høyesterett er enig i lagmannsrettens resultat, vil lagmannsrettens dom kunne stadfestes fordi det samtidig kan fastslås at eventuelle feil ikke har virket inn på dommens innhold.

Gjennomgående brukes avgjørelsesformen «stadfestelse» for de tilfellene ankeinstansen har full kompetanse. Er anken eller kompetansen begrenset, for eksempel til å prøve saksbehandlingen, brukes formen at anken «forkastes».

Når retten ikke avgjør det realitetsspørsmålet tvisten gjelder, men likevel avslutter behandlingen av saken eller en del av den, skal det skje ved kjennelse, jf. § 137 annet ledd. Denne legaldefinisjonen angir ikke i alle sammenhenger like klart når formen kjennelse skal brukes, men klare tilfeller er når saken ellet et krav i saken avvises eller heves. Videre regner loven opp en del særlige tilfeller der spørsmål skal avgjøres ved kjennelse. Eksempler på det er avgjørelse ved tvist om intervensjon etter § 77, utsettelse etter § 96 og avgjørelser under

hovedforhandling ved tvist om bevis skal føres eller nektes, jf. § 189 annet ledd.

Rettsmidlet mot kjennelser er kjæremål. Enhver som er «rammet» av avgjørelsen kan påkjære den. Dette favner videre enn bare partene i saken, og kan f.eks. være en som er pålagt å forklare seg som vitne eller utlevere bevis. Kjæremålsfristen er én måned, jf. § 398 første ledd, med et viktig unntak i § 398 annet ledd, for kjæremål fra den som er pålagt å forklare seg, utlevere bevis mv. Her må kjæremål erklæres straks hvis vedkommende er tilstede i retten når pålegget blir gitt, og ellers innen tre dager.

Rettslige avgjørelser som ikke er dommer eller kjennelser, treffes ved beslutning. En beslutning kan påkjæres etter de samme regler som kjennelser. En nedre grense må likevel trekkes mot beslutninger som er rent administrative, og som dermed ikke egentlig er rettsavgjørelser. Et eksempel kan være en beslutning om at hovedforhandling skal holdes i rettssal A og ikke i rettssal B.

Ikke alle kjennelser og beslutninger kan påkjæres. Enkelte unntak følger uttrykkelig av særlige lovbestemmelser. Viktig er § 397 første ledd, som fastslår at kjennelser og beslutninger under hovedforhandlingen ikke kan påkjæres. Andre avgjørelser kan bare påkjæres når de går i en bestemt retning. En nektelse av å utsette en sak kan ikke påkjæres, jf. § 96 annet ledd, mens bestemmelsen ikke forbyr kjæremål når retten har besluttet utsettelse. Ytterligere en særregulering er at det er begrensninger i hvilke feil som kan påberopes mot avgjørelsen. F.eks. kan en saksomkostningsavgjørelse bare påkjæres særskilt med den begrunnelse at den er i strid med loven, jf. § 181 annet ledd. Endelig bør det nevnes at tvistemålsloven § 396 gjør et generelt unntak for kjæremål mot en kjennelse eller beslutning som «etter sin art ... er uangripelig». Formuleringen er lite opplysende, men det tar sikte på avgjørelser med et slikt vesentlig innslag av skjønnsette at overprøving ikke bør finne sted.

Selv om kjæremål er utelukket etter det som er sagt ovenfor, finnes det noen unntak. For eksempel bestemmer § 239 at rettens beslutninger om oppnevning av sakkyndige ikke kan påkjæres. I praksis har dette blitt forstått slik at avgjørelsen om det skal være sakkyndige i saken kan påkjæres, men derimot ikke om det skal oppnevnes én eller to. Rettens personvalg kan ikke påkjæres, men her må det også gjøres unntak: Det følger av § 242 at habilitetsinnsigelser kan prøves i kjæremål. Pretenderes det at den oppnevnte ikke kunne vært oppnevnt fordi vedkommende ikke er sakkyndig, vil også kjæremålet måtte tas under behandling. Endelig vil

saksbehandlingen ved oppnevning kunne prøves ved kjæremål.

Behandlingen av kjæremålet skjer som hovedregel skriftlig, men det kan holdes muntlig forhandling, jf. § 403 tredje ledd. Når kjæremålsinstansen ikke som følge av særlig lovbestemmelse har begrenset kompetanse, vil den kunne prøve både faktum og rettsanvendelsen i den angrepne avgjørelsen. Også skjønnsmessige vurderinger kan overprøves, men her skal kjæremålsinstansen normalt være tilbakeholden.

Retten til kjæremål er som hovedregel og utgangspunkt begrenset til overprøving i én instans. Når lagmannsretten har avgjort kjæremål mot en avgjørelse i tingretten, kan spørsmålet ikke prøves videre. Særlige hensyn gjør at lagmannsrettens avgjørelse av kjæremål i begrenset utstrekning kan overprøves av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Dette er de såkalte «videre kjæremål». Det er da sterkt begrenset hva som kan brukes som kjæremålsgrunn, jf. tvistemålsloven § 404 første ledd.

Anke og kjæremål regnes til det man kaller de ordinære rettsmidlene. Det siste ordinære rettsmidlet er oppfriskning, som er den vanlige måten å angripe uteblivelsesdommer på. I motsetning til dette står ekstraordinære rettsmidler, som er rettsmidler mot dommer som er rettskraftige. I tvistemålsloven har man regler om gjenopptakelse, og i tillegg kommer reglene om oppreisning i domstolloven kapittel 8, som gjør at rettskraftige avgjørelser likevel – når bestemte vilkår foreligger og bestemte tidsfrister er overholdt – kan påankes eller påkjæres. Det er redegjort utførlig for reglene om gjenopptakelse i II.15 om gjenåpning. Oppfriskning og oppreisning er behandlet i III.22.

I andre lover, f.eks. skjønnsprosessloven, skifte-loven, konkursloven og tvangsfullbyrdelsesloven, er det til dels avvikende særregulering. Avgjørelse i disse prosessformene skjer ikke ved dom, selv om de avgjør realitetskravet. Rettsmidlet er likevel i en del tilfeller anke, se f.eks. skjønnsprosessloven § 48 annet ledd, skifteloven § 26 og tvangsfullbyrdelsesloven § 11-34.

## 12.4 Fremmed rett

### 12.4.1 Generelt

De fleste rettssystemer tillater overprøving av viktige avgjørelser i en sak, i det minste av den dom som avgjør tvistegenstanden i første instans. I et system som åpner for slik overprøving blir det spørsmål om hvilke avgjørelser som kan overprøves, når overprøving kan skje, hvordan og under

hvilke vilkår en part kan oppnå overprøving, hvilke spørsmål som kan overprøves, omfanget og intensiteten av overprøvingen og hvilken domstol som skal overprøve avgjørelsen.

Utvalget vil kort gå inn på rettsmiddelsystemene i Danmark og Sverige. Disse har mange likhetstrekk med vårt system. Videre vil utvalget beskrive enkelte viktige elementer i rettsmiddeladgangen i saker for de amerikanske føderale domstoler. Den er illustrerende for rettsmiddeladgangen i de land som har «trial courts». Her er hovedvekten i utpreget grad lagt på behandlingen på førsteinstansen. Der skjer det langt på vei en endelig fastsettelse av sakens faktum, slik at ankeinstansene i hovedsak bare kan prøve sider ved rettsanvendelsen og saksbehandlingen.

#### 12.4.2 Danmark

Danmark har som Norge to ordinære rettsmidler for angrep på rettsavgjørelser – «anke» og «kære». Hva som er gjenstand for anke og hva som er gjenstand for kære, er praktisk talt samsvarende med det som gjelder etter våre regler for anke og kjæremål. Behandlingsreglene er i stor utstrekning tilsvarende våre regler. Det er imidlertid også forskjeller. En betydelig del av sakene starter i landsrettene (lagmannsrettene) eller i Sø- og Handelsretten. For landsretten gjelder det tvister om økonomiske verdier med en tvistegjenstand over DKK 1 million. Men byrettene har også en vidtgående adgang til å vise viktige saker til landsrettene. Sø- og Handelsrettens domsmyndighet er dels saklig avgrenset og dels bestemt etter størrelsen på tvistegjenstanden. En betydelig del av de forretningsjuridiske sakene starter i denne domstolen. For de saker som starter i landsrettene eller i Sø- og handelsretten, er Højesteret ankeinstans, og det er for disse sakene en ubetinget rett til anke. De sakene som behandles i byretten i første instans, kan ankes til landsrettene. For videre anke til Højesteret kreves tillatelse fra Procesesbevillingsnævnet. For saker som starter i landsrettene eller i Sø- og Handelsretten, har partene rett til anke til Højesteret. Utvalget kommer på enkelte punkter nedenfor tilbake til de danske regler.

#### 12.4.3 Sverige

De avgjørelser som kan overprøves ved bruk av ordinære rettsmidler er, med visse unntak, «dommer» og «slutliga beslut». Rettsmidlet omtales som «överklagande». Slutliga beslut vil først og fremst være avgjørelser som avslutter saken på annen måte enn ved dom. Denne begrensningen av retten

til overprøving medfører at prosessledende avgjørelser som hovedregel bare kan angripes som ledd i overprøvingen av den endelige avgjørelse i den sak de gjelder behandlingen av, se nedenfor under II.12.8.3.

Sivile tvister for svenske domstoler starter i tingsrättene. De avgjørelser som er gjenstand for anke, kan ankes derfra til hovrättene. Det er krav til samtykke – dispens – hvor ankegjensstandens verdi ligger under «basbeloppet», per 2000 SEK 36 600, jf. rättegångsbalken 49 kap. 12 §. Det er skriftlig saksforberedelse. Det er klare begrensninger i adgangen til å bringe inn nytt prosessmateriale i forhold til det som var fremlagt for tingsrätten. Hovedreglen er at overprøvingen skjer etter en muntlig hovedforhandling. Den foregår i stor utstrekning som en norsk ankeforhandling. Men man benytter i større grad bevismateriale, også forklaringer, fra behandlingen i tingsrätten, som vil foreligge i dokumenterbar form. Det er klare begrensninger i retten til å trekke inn nye bevis. Hovrätten har en vidtgående adgang til å avgjøre saker etter skriftlig behandling. Det er en utpreget skriftlig tradisjon i de svenske ankeinstansene, og skriftlig behandling brukes i stor utstrekning.

Avgjørelser i hovrättene kan ankes til Högsta domstolen, forutsatt at de er dommer eller slutliga beslut. For at anken skal kunne fremmes, kreves det samtykke. Spørsmålet om samtykke avgjøres av tre dommere, i noen tilfeller én dommer, i Högsta domstolen. Helt sentralt for spørsmålet om samtykke skal gis, er det om saken reiser spørsmål hvor det er behov for rettsavklaring. Behandlingsformen er i praksis omtrent som for hovrättene. I betydelig grad avgjøres saker etter skriftlig behandling.

Sverige har egne forvaltningsdomstoler. Det innebærer at man ikke har gyldighetsprøving av forvaltningsvedtak som ved norske domstoler. Den forvaltningsdomstol som et vedtak bringes inn for, vil normalt kunne prøve alle sider ved vedtaket, også det forvaltningsrettslige hensiktsmessighets-skjønn. Som hovedregel vil et forvaltningsvedtak kunne bringes inn for prøving i lensrättene. Kammerrättene er ankeinstans over avgjørelser i lensrättene. Det er begrensninger i hvilke avgjørelser som uten tillatelse kan bringes videre. Både i lensrättene og kammerrättene deltar gjerne lekdommere ved siden av fagdommere. Øverste forvaltningsdomstol er Regjeringsrätten. Det kreves i de fleste tilfeller samtykke for å få saken inn her.

Behandlingen for forvaltningsdomstolene er vanligvis skriftlig, men forvaltningens motpart kan i visse tilfeller kreve muntlig behandling. Det kan også besluttes muntlig behandling i noen andre

tilfeller. Hvor det er muntlighet, supplerer den muntlige behandlingen det skriftlige avgjørelsesgrunnlaget. Forvaltningsdomstolene har ansvar for sakens opplysning. I utgangspunktet er domstolen bundet av påstandene, men vil kunne fravike disse i favør av forvaltningens motpart.

#### 12.4.4 USA

Når det gjelder hvilke avgjørelser i sivile saker for amerikanske domstoler som kan ankes, er utgangspunktet «the final judgment rule» – at overprøving først kan skje når dom er avsagt i realitetstvist, jf. nærmere om dette under II.12.8.2.

Hvilken domstol som kan overprøve en anke, varierer dels med hvilken domstol som har avsagt den angrepne avgjørelsen, og dels hva slags sak som skal overprøves. For statlige domstoler varierer ankedomstolssystemet fra stat til stat. Noen stater har et to-instans system, andre stater har en domstolspyramide av ordinære domstoler på tre trinn. Nedenfor omtales de føderale domstolene og de saksbehandlingsreglene som gjelder for disse.

Førsteinstantene er The Federal Districts Courts. Disse dekker deler av, i noen tilfeller hele, stater. Anke over avgjørelser i disse vil (med enkelte meget begrensede unntak) høre under US Courts of Appeals, og da under den av disse som har som sitt distrikt også det området vedkommende district court dekker. En avgjørelse fra en slik circuit court kan ankes videre til US Supreme Court, USAs Høyesterett. Det kreves imidlertid, med meget få unntak, anketillatelse – «certiorari» – fra USAs Høyesterett for at anken skal kunne realitetsbehandles der. En slik anketillatelse gis etter et fullstendig diskresjonært skjønn. Dette skjønnet er så fritt at USAs Høyesterett i flere avgjørelser har understreket at det ikke kan trekkes noen slutning fra at anketillatelse ikke er gitt til at den aktuelle rettsavgjørelse var korrekt.

Det er ovenfor nevnt at det som kan påankes, med visse modifikasjoner, bare er den endelige dom i saken. Det er flere ulike vilkår for å få overprøvd dommen. Et viktig vilkår er at det som gjøres gjeldende som ankegrunn, også var påberopt overfor den domstol som har avsagt den angrepne avgjørelsen. For angrep på saksbehandlingen må det være formelt protestert for den underordnede domstol. Dette må fremgå av rettsboken. Også angrep på saken faktiske side og på den rettsoppfatning som er lagt til grunn i dommen, må ha sitt grunnlag i det som var gjort gjeldende for den underordnede rett.

Hvis anken gjelder rettsanvendelsen, prøver retten den angrepne rettsanvendelse fullt ut. Det er

her en forskjell til overprøving av sakens faktiske side. Det er derfor nødvendig å trekke et klart skille mellom faktum og juss, som for øvrig noenlunde tilsvarende skillet mellom faktum og juss i saker for norske domstoler hvor overprøvingsadgangen er begrenset til rettsanvendelsen i motsetning til faktum, som ved anke over overskjønn. For overprøving av faktum bestemmer Federal rule 52:

«Findings of fact, whether based on oral or documentary evidence, shall not be set aside unless clearly erroneous, and due regard shall be given to the opportunity of the trial court to judge of the credibility of the witnesses.»

Bevisbedømmelsen må altså være klart uriktig for at den skal kunne settes til side. USAs Høyesterett har formulert dette vilkåret slik: «when although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with a definite and firm conviction that a mistake has been committed.»

Konkret kan det være vanskelig å avgjøre om vilkåret om klart uriktig bevisbedømmelse er oppfylt. Generelt skal det mer til for å tilsidesette bevisbedømmelsen hvor den i stor grad bygger på umiddelbar bevisføring, som ikke kan foretas i ankedomstolen. Det vises også større forsiktighet i overprøvingen i mer sammensatte og komplekse saker enn i de bevismessige enkle og oversiktlige.

Hvor sakens faktiske side er avgjort av en jury, skal det mer til for å sette denne avgjørelsen til side enn at bevisbedømmelsen er klart uriktig. Vurderingstemaet er «whether a reasonable jury could have reached the verdict».

Ved en del avgjørelser skal dommeren blant annet legge vekt på det som fremstår som rimelig og hensiktsmessig. Det gjelder for en del – også viktige – prosessledende avgjørelser og for avgjørelser om sanksjoner. Dommeren er altså tillagt en skjønnsmyndighet, og det får betydning for overprøvingen. Utgangspunktet er at slike avgjørelser bare kan settes til side ved såkalt «abuse of discretion» – som kanskje best kan oversettes med at avgjørelsen fremtrer som klart urimelig. Men dette er en standard, og standarden vil i atskillig grad variere med hva slags avgjørelse det er som angripes.

## 12.5 Menneskerettslige krav til rettsmidler

### 12.5.1 Oversikt

Menneskerettighetskonvensjonene stiller krav om

adgang til overprøving i straffesaker, se EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 2, SP artikkel 14(5) og Barnekonvensjonen artikkel 40(2)(v). Tilsvarende, uttrykkelige regler finnes ikke for sivile saker. Det kan heller ikke utledes noen rett til overprøving fra de almene regler om rettergangen i sivile saker, jfr. for eksempel Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B para 59. En stat står i utgangspunktet fritt med hensyn til om, og eventuelt i hvilken utstrekning, en rettslig avgjørelse skal kunne angripes ved rettsmidler.

Samtidig følger det av EMK artikkel 6(1) at kravene til en rettferdig rettergang gjelder i den grad det er tale om å treffe en avgjørelse om noens borgerlige rettigheter og plikter. I dette ligger det at så langt slike rettigheter og plikter blir avgjort i forbindelse med bruk av rettsmidler som står til rådighet etter nasjonal rett, må avgjørelsen også i rettsmiddelinstansen være basert på en saksbehandling i tråd med EMK artikkel artikkel 6(1). I Delcourt, Series A No. 11 para 25 heter det således:

«Article 6 para. 1 of the Convention does not, if it is true, compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation. Nevertheless, a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in Article 6 ...»

Det samme er uttalt i flere senere saker, se f.eks. Monell og Morris, Series A No 115 para 54, Ekbatani, Series A No. 134 para 24, Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B para 59, Brualla Gómez de la Torre, Reports 1997-VIII side 2945 para 37 og *Omar*, Reports 1998-V side 1829 para 41.

Prinsippet om at «bordet fanger», vil ha tilsvarende anvendelse i relasjon til retten til en rettferdig rettergang i SP artikkel 14(1), se bl.a. forutsetningsvis Menneskerettighetskomiteens vurdering i *Karttunen mot Finland* (5. november 1992, sak 387/1989). I det hele må man anta at det i det alt vesentlige er samsvar mellom EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1) også når det gjelder rettsmidler. I det følgende vil derfor sistnevnte ikke behandles særskilt.

Det er i første rekke to hovedspørsmål som må besvares for så vidt gjelder rekkevidden av artikkel 6(1) i relasjon til reglene om rettsmidler. For det første hvilke typer avgjørelser bestemmelsen omfatter, se II.12.5.2. For det andre, hvilke krav som stilles til behandlingen i rettsmiddelinstansen i tilfeller der artikkel 6(1) kommer til anvendelse, se II.12.5.3.

Hva gjelder det sistnevnte, fremheves allerede her at kravene i artikkel 6(1) ikke i alle relasjoner vil ha det samme innhold i rettsmiddelomgangen som i forbindelse med behandling og avgjørelse av saken i første instans. Menneskerettighetsdomstolen har i en rekke saker understreket at rettergangen må ses som et hele, og at fordringene i artikkel 6(1) må tilpasses rettsmiddelinstansens funksjon og kompetanse, og arten av den avgjørelse det er tale om å treffe, se f.eks. *Pakelli*, Series A No. 64 para 29, *Bulut*, Reports 1996-II side 346 para 40, *Constantinescu* (27. juni 2000) para 53 og *Tierce og andre* (25. juli 2000) para 95. Så langt det aksepteres slike tilpasninger, blir altså virkningene av artikkel 6(1) kommer til anvendelse avdempet.

I tillegg til de føringer for rettsmiddelsystemet som følger av EMK artikkel 6(1), gir nyere rettspraksis relatert til EMK artikkel 13 grunnlag for å oppstille enkelte særskilte krav til rettsmidler i tilfeller der saksbehandlingstiden påstås å komme i konflikt med kravet om avgjørelse «innen rimelig tid» i artikkel 6(1).

## 12.5.2 Anvendelsesområdet for artikkel 6(1)

Kravene i artikkel 6(1) slår i første rekke inn i relasjon til rettsmidler knyttet til sakens realitet. Kjerneområdet er tilfeller der rettsmiddelinstansen treffer ny realitetsavgjørelse i hele eller deler av saken. I slike tilfeller vil det ikke ha betydning om prøvingen har vært begrenset, for eksempel til lovanvendelsen, jf. *Le Compte, van Leuven og de Meyere*, Series A No 53 para 51. Artikkel 6(1) gjelder imidlertid også i tilfeller der rettsmiddelinstansens behandling kun kan lede frem til opphevelse eller stadfestelse, sml. *Delcourt*, Series A No. 11 para 25 og *Kamasinski*, Series A No. 168 para 100.

Et spørsmål for seg er om artikkel 6(1) også kommer til anvendelse for avgjørelser av om saken skal behandles i rettsmiddelinstansen. For straffesakers vedkommende legger Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, side 137 – 140 til grunn at bestemmelsen ikke gjelder der prøvingen i så hen-seende er begrenset til rent formelle vilkår for retten til å anvende rettsmidlet, f.eks. om rettsmid-delfristen er overholdt eller om rettsmiddelerklæringen er i samsvar med fastsatte krav. Derimot vil artikkel 6(1) komme til anvendelse, hvor det også kan skje en foregrepet realitetsvurdering, typisk med hensyn til utsiktene for at rettsmiddelbegjæringen kan føre frem.

Rettskildematerialet gir neppe grunnlag for å trekke et slikt skille. I flere avgjørelser har Menneskerettighetsdomstolen tvert imot forutsatt at

artikkel 6(1) er anvendelig, selv om rettsmiddelinstansens kompetanse skulle være begrenset til en prøving av formelle vilkår for rettsmiddelbruk, se bl.a. Axen, Series A No. 72 para 28 og Sutter, Series A No. 74 para 30.

Her kan det også pekes på at en sak ikke kan anses som avgjort i forhold til kravet om avgjørelse «innen rimelig tid» i artikkel 6(1), før det foreligger en rettskraftig avgjørelse, se Pugliese II, Series A No. 206-A para 16 og Borgese, Series A No. 228-B para 15. Dette forutsetter at artikkel 6(1) kommer til anvendelse også når det er spørsmål om å avgjøre om saken skal fremmes for rettsmiddelinstansen, se f.eks. H, Series A No. 120 para 70, Menneskerettighetskommisjonens avgjørelse i Augustsson mot Norge (28. februar 1996, sak 21040/92), Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praksis, side 195 og Bårdsen, Avgjørelse av straffesaker innen «rimelig tid», LoR 1997 side 323 – 352 på side 335.

Skillet mellom formelle og materielle forutsetninger for rettsmiddelbruk kan i enkelte tilfeller dessuten være flytende, og er derfor lite egnet som kriterium for å avgjøre om artikkel 6(1) kommer til anvendelse eller ikke.

For så vidt gjelder rettsmidler knyttet til prosessuelle avgjørelser under saken, er rettspraksis begrenset og ikke helt entydig. Det er imidlertid klart at artikkel 6(1) kommer til anvendelse i den grad den prosessuelle avgjørelsen som angripes avslutter saken, typisk i form av avvising, se Quadrelli (11. januar 2000) para 29 – 30. Det samme må gjelde der den angrepne avgjørelse i seg selv angår en persons borgerlige rettigheter og plikter, for eksempel spørsmålet om et vitnes erstatningsansvar grunnet uteblivelse, eller plikt til å underkaste seg granskning.

I teorien har man imidlertid lagt til grunn at artikkel 6(1) kommer til anvendelse også ved angrep på andre prosessuelle avgjørelser under saken, i hvert fall så langt det foreligger en rimelig sammenheng mellom det spørsmålet som avgjøres og avgjørelsen i hovedsaken, se særlig Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praksis, side 134. Et eksempel kan være avgjørelse om bevisavskjæring. Problemstillingen vil imidlertid sjelden oppstå i sin rene form, fordi rettergangen som nevnt ovenfor må betraktes som et hele. En isolert vurdering av saksbehandlingen i forbindelse med rettsmidler over prosessuelle avgjørelser under saken, vil derfor være mindre aktuelt.

Artikkel 6(1) kommer ikke til anvendelse i forbindelse med rettsmidler mot foreløpige avgjørelser, f.eks. i form av midlertidige forføyninger, jf. *APIS a.s. mot Slovakia* (10. januar 2000, sak

39754/98) og *Carreira mot Portugal* (6. juli 2000, sak 41237/98). I begge sakene avviste Menneskerettighetsdomstolen klage over saksbehandlingen i forbindelse med midlertidige forføyninger som uforenlig med konvensjonen *ratione materiae*, altså fordi klagegjensstanden falt utenfor konvensjonens saklige dekningsområde. Dette må som et alminnelig utgangspunkt kunne legges til grunn også for andre avgjørelser som kun innebærer en midlertidig ordning i påvente av en endelig avgjørelse, f.eks. midlertidige avgjørelser i saker om foreldreansvar og daglig omsorg. Når artikkel 6(1) ikke kommer til anvendelse i disse tilfellene, har dette bl.a. den virkning at det ikke er påkrevd med muntlige forhandlinger og umiddelbar bevisføring, selv om rettsmiddelinstansen har kompetanse til å foreta en ny bevisvurdering.

Hva gjelder rettsmidler mot omkostningsavgjørelser, var rettsstillingen tidligere noe uklar. Spørsmålet må nå anses løst ved *Robins, Reports 1997-V* side 1801 para 28 og 29. Her la Menneskerettighetsdomstolen til grunn at artikkel 6(1) omfatter saksomkostningsavgjørelser, også når omkostningsspørsmålet avgjøres særskilt.

Det har neppe noen betydning for anvendelsen av artikkel 6(1) at et rettsmiddel karakteriseres som ekstraordinært. I teorien har likevel enkelte antatt at artikkel 6(1) ikke kommer til anvendelse på avgjørelsen om en gjenopptakelsesbegjæring skal tas til følge, se for straffesakers vedkommende Aall, *Rettergang og menneskerettigheter*, side 145. At behandlingen av en gjenopptakelsesbegjæring faller utenfor artikkel 6(1), har også en viss støtte i eldre praksis fra Menneskerettighetskommisjonen, se bl.a. *X mot Østerrike* (7761/77 DR 14 side 171).

Spørsmålet kan likevel ikke anses som fullt ut avklart med dette. Tvert i mot kan det i hvert fall for sivile saker anføres gode grunner for at artikkel 6(1) bør komme til anvendelse, bl.a. hva gjelder kravene om kontradiksjon og prosessuell likestilling. Det synes f.eks. vanskelig å akseptere at en gjenopptakelsesbegjæring kan tas til følge uten at den annen part i den opprinnelige saken har hatt anledning til å uttale seg om begjæringen og grunnlaget for den, og argumentere for sitt syn på like fot med den part som krever gjenopptakelse. Vilkarlig gjenopptakelse av sivile dommer, vil dessuten kunne ramme tilliten til rettslige avgjørelser så sterkt at dette i seg selv kommer i strid med artikkel 6(1), se *Brumarescu* (28. oktober 1999) para 61 og 62.

Dersom en begjæring om gjenopptakelse tas til følge, kommer artikkel 6(1) til anvendelse på vanlig måte i gjenopptakessaken. Dette følger direkte

av ordlyden, i det rettergangen nettopp leder frem til en (ny) avgjørelse i tvisten.

### 12.5.3 Kravene i artikkel 6(1) i forbindelse med rettsmidler

I den grad artikkel 6(1) kommer til anvendelse i forbindelse med rettsmiddelbruk, er utgangspunktet at den har det samme innhold som for behandling i førsteinstans.

Rettergangen vil imidlertid måtte ses som et hele. Spørsmålet er om vedkommende part samlet sett har fått en rettførdig rettergang. Dette gir rom for enkelte tilpasninger og modifikasjoner av kravene i artikkel 6(1) for rettsmiddelinstansens behandling og avgjørelse, basert på dens funksjon og kompetanse, og arten av de avgjørelser det er tale om å treffe. I hvilken utstrekning det kan gjøres innskrenkninger i forhold til det som gjelder i førsteinstans, kan imidlertid ikke besvares generelt. Løsningene vil falle ulikt ut, avhengig av hvilken rettergangsgaranti spørsmålet gjelder.

For enkelte elementer i artikkel 6(1) vil det i dette henseende ikke være noe rom for begrensninger. Dette gjelder for kravet om at avgjørelsen skal treffes av en uavhengig og upartisk domstol, opprettet ved lov, og kravene om kontradiksjon og likestilling mellom partene.

Også kravet om avgjørelse innen rimelig tid kommer uten videre til anvendelse også for behandlingen i rettsmiddelinstansen, se f.eks. König, Series A No. 27 para 98, Pretto, Series A No. 71 para 30 og Pugliese II, Series A No. 206 para 16. Dette innebærer både at behandlingstiden i rettsmiddelinstansen isolert sett må være rimelig, og at den samlede behandlingstid i alle instanser, må være det.

Ved vurderingen av hva som er rimelig, vil det selvsagt likevel måtte tas i betraktning at saken er behandlet i flere instanser, og hvilket omfang behandlingen har hatt i den enkelte instans, se f.eks. Salerno, Series A No. 245-D para 21. Det skytes inn at en senere begjæring om gjenopptakelse ikke tas i betraktning ved vurderingen av om saksbehandlingstiden frem til den angrepne avgjørelsen har vært rimelig, jf. Deumeland, Series A No. 100 para 77. Blir saken gjenopptatt, starter imidlertid fristen et nytt løp, jf. Löffler (3. oktober 2000) para 19.

I den grad det finnes rettsmidler, vil retten til domstolsadgang også omfatte disse rettsmidlene, se Brualla Gómez de la Torre, Reports 1997-VIII side 2945 para 33. At en konvensjonsstat står fritt når det gjelder å etablere rettsmidler med et gitt innhold, gir den med andre ord ikke en tilsvarende

frihet med hensyn til å gi en part rettslig og faktisk adgang til de rettsmidler som er etablert.

Retten til domstolsadgang er ikke absolutt, heller ikke med hensyn til rettsmidler. Det er adgang til å sette begrensninger, så langt disse har et akseptabelt formål, er proporsjonale i forhold til formålet, og ikke rammer selve kjernen i retten til domstolsadgang, se f.eks. Levages Prestations Services, Reports 1996-V side 1543 para 40 og Manibardo (15. februar 2000) para 36. Sml. Rt. 1999 side 961.

Muligheten for å begrense adgangen til rettsmidler er også videre enn tilfellet er for behandling i førsteinstans. Partene har allerede fått saken behandlet i en instans, og behovet for begrensninger er regelmessig større, og stigende, oppover i instansene. I *Brualla Gómez de la Torre*, Reports 1997-VIII side 2945 para 33 heter det således:

«The Court reiterates that the «right to a court», of which the right of access is one aspect, is not absolute; it is subject to limitations permitted by implication, in particular where the conditions of admissibility of an appeal are concerned, since by its very nature it calls for regulation by the State, which enjoys a certain margin of appreciation in this regard.»

Typiske eksempler på akseptable begrensninger er rettsmiddelfrister og andre formkrav, rettsmiddelgebyrer og ankesum. Det vil også være rom for en materiell siling, basert på utsiktene for å vinne frem, sakens prinsipielle sider og liknende, sml. Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B para 65. Spesielt gjelder dette for landets øverste domstol, hvis oppgave i særlig grad er å ivareta hensynet til rettsenhet og rettsuavvikling.

I det siterte fra Menneskerettighetsdomstolens dom i *Brualla Gómez de la Torre* vises det til at statene har en viss skjønnsmargin på dette området («margin of appreciation»). Den enkelte konvensjonsstats vurdering av behovet for begrensninger er således ikke underlagt en fullstendig prøving ved Menneskerettighetsdomstolen.

Det er også grunn til å understreke av Menneskerettighetsdomstolen ikke prøver rettsmiddelinstansens konkrete anvendelse av nasjonal rett med hensyn til spørsmålet om saken skal fremmes eller ikke, f.eks. ved om en rettsmiddelfrist er oppfylt, eller om saken reiser prinsipielle spørsmål. Under konvensjonens system er det i all hovedsak opp til det enkelte lands egne domstoler å tolke og anvende nasjonal rett, sml. Bårdsen, Krenkelser og klager, side 276 – 279 med videre henvisninger.

Her blir det fra Menneskerettighetsdomstolens side kun tale om en helt ytre prøving, knyttet opp til spørsmålet om rettsmiddelinstansen



klart har misbrukt sin kompetanse, se Frowein og Peukert, Europäische MenschenrechtsKonvention, side 211. Slikt misbruk kan f.eks. bestå i at avgjørelsen er truffet helt vilkårlig, eller er basert på en overdreven formalisme, se Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B para 65, Pérez de Rada Cavanilles, Reports 1998-VIII side 3242 para 47 – 49, Escolano og andre (25. januar 2000) para 38, Dulaurans (21. mars 2000) para 38 og avvisningsavgjørelsen i Vincent (22. juni 2000, sak 48332/99).

For så vidt gjelder selve saksbehandlingen, er det sentrale spørsmålet i hvilken utstrekning man i rettsmiddelomgangen kan lempe på kravet om muntlige forhandlinger. Konvensjonen selv sier ingenting om dette spørsmålet. Rettspraksis viser imidlertid at selv om man opererer med muntlig behandling som utgangspunkt og hovedregel, vil det være rom for begrensninger i forbindelse med bruk av rettsmidler.

Innledningsvis pekes det på at saken vil kunne behandles skriftlig dersom partene samtykker i en slik fremgangsmåte, uttrykkelig eller ved passivitet, se f.eks. Le Compte, van Leuven og de Meyere, Series A No. 43 para 59, Albert og Le Compte, Series A No. 58 para 35, Håkansson og Sturesson, Series A No. 171-A para 67 og Zumtobel, Series A No. 268-A para 34. Spørsmålet i det følgende er hvor langt skriftlig behandling er konvensjonsmessig i tilfeller dette ikke kan baseres på samtykke fra partene.

Spørsmålet om saken skal tas under behandling i rettsmiddelinstansen, vil kunne behandles skriftlig, se Monell og Morris, Series A No 115 para, Helmers, Series A No. 212-A para 36, Fejde, Series A No. 212-C para 31 og Bulut, Reports 1996-II side 346 para 41.

Rettsmidler mot prosessuelle avgjørelser under saken – i den grad slike overhodet omfattes av artikkel 6(1) – vil også kunne behandles skriftlig, jf. Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praksis, side 134.

Rettsmidler over sakens realitet, hvor prøvingen er begrenset til rettsanvendelse eller saksbehandling, kan også behandles skriftlig, jf. Axen, Series A No. 72 para 28, Sutter, Series A No. 74 para 30, Helmers, Series A No 212-A para 36, Fejde, Series A No. 212-C para 31, Constantinescu (27. juni 2000) para 53 og Tierce og andre (25. juli 2000) para 95.

Gjelder prøvingen også faktum med hensyn til sakens realitet, er utgangspunktet derimot at det må avholdes muntlige forhandlinger, jf. Ekbatani, Series A No. 134 para 32 og Lorenzen, Rehof og Trier, Den europeiske Menneskeretskonvention, side 156. Men også her er det visse rom for unn-

tak. I Helmers, Series A No. 212-A para 36 heter det:

«However, even where a court of appeal has jurisdiction to review the case both as to facts and as to law, the Court cannot find that Article 6 always requires a right to a public hearing irrespective of the nature of the issues to be decided. The publicity requirement is certainly one of the means whereby confidence in the courts is maintained. However, there are other considerations, including the right to trial within a reasonable time and the related need for expeditious handling of the courts' case-load, which must be taken into account in determining the necessity of a public hearing at stages in the proceedings subsequent to the trial at first instance.»

Tilsvarende uttalelser finnes i andre saker, se f.eks. i Jan-Åke Andersson, Series A No. 212-B para 27, Fejde, Series A No. 212-C para 31 og Botten, Reports 1996-1 side 123 para 39. I de to førstnevnte dommene ble skriftlig behandling akseptert fordi anken «did not raise any questions of fact or questions of law which could not be adequately resolved on the basis of the case-file».

Hvor langt skriftlig behandling av bevissspørsmål under sakens realitet i rettsmiddelinstansen er forenlig med artikkel 6(1), vil altså etter praksis bero på en konkret vurdering. Det sentrale tema vil være om skriftlig behandling er en egnet fremgangsmåte til å sikre en forsvarlig bevisvurdering. Dette vil vanskelig slå til der den bevisvurderingen som eventuelt skal foretas, for det vesentlige må bygge på parts- og vitneforklaringer, hvor faktum er omstridt, og hvor det derfor kan bli påkrevd å foreta sammensatte avveininger med hensyn til troverdighet og liknende, se f.eks. *Elsholz* (13. juni 2000) para 66, som gjaldt saksbehandlingen i sak om samværsrett, og hvor Menneskerettighetsdomstolen la til grunn at sakens karakter og de sentrale bevissspørsmål tilsa at det måtte holdes muntlige forhandlinger.

I andre tilfeller vil utelukkende skriftlig behandling kunne være kurant. Særlig gjelder dette i saker hvor de sentrale spørsmål f.eks. knytter seg forhold av utpreget teknisk art, talloppstillinger og beregninger, og hvor det vesentlige bevismaterialet f.eks. er dokumentbevis og sakkyndige vurderinger, sml. Schuler-Zraggen, Series A No. 263 para 58.

Siktemålet med kravet om muntlige forhandlinger er altså bl.a. å legge forholdene til rette for en forsvarlig bevisvurdering i rettsmiddelinstansen. Ved valget mellom skriftlig eller muntlig behand-

ling er det derfor vesentlig at man nettopp har for øyet behovet for umiddelbar bevisføring.

Denne sammenhengen mellom muntlighet og umiddelbarhet tilsier videre at konvensjonens krav ikke er oppfylt selv om det avholdes muntlige forhandlinger, dersom dette ikke også innebærer at den bevisføring som utløser kravet om muntlige forhandlinger føres umiddelbart for den dømmende rett. Denne forbindelsen kommer særlig på spissen for behandlingen av ankesaker i Høyesterett, hvor bevisføringen i all hovedsak er – og etter Tvistemålsutvalgets forslag også i fremtiden vil være – middelbar. Som sådan er en slik ordning ikke konvensjonsstridig. Dersom umiddelbar bevisføring må anses vesentlig for en forsvarlig bevisvurdering, må dette imidlertid få betydning, dels for avgjørelsen av om saken overhodet skal fremmes til behandling i Høyesterett, og når det gjelder hvor langt Høyesterett kan gå med hensyn til å fravike den bevisvurderingen som lavere instanser har foretatt på grunnlag av umiddelbar bevisføring. Hensynet til en forsvarlig bevisvurdering vil også kunne tilsi at Høyesterett ikke treffer noen ny avgjørelse, men begrenser seg til å oppheve den påankede dom, sml. for straffesakers vedkommende Botten, Reports 1996-I side 123.

Adgangen til skriftlig behandling i rettsmiddelinstansen innebærer ikke i seg selv en tilsvarende anledning til å gjøre innskrenkninger i offentlighetsprinsippet. Muligheten for hemmelighold vil bero på de uttrykkelige regler om dette i artikkel 6(1). Det kan hevdes at skriftlig behandling rent faktisk resulterer i en svekkelse av offentlighetens mulighet for innsyn, se Skoghøy, side 412. Bruk av ny datateknologi vil imidlertid ikke bare kunne avhjelpe dette, men også bidra til økt tilgjengelighet for mange grupper, herunder for pressen.

## 12.6 Nærmere om hvilke avgjørelser som bør kunne overprøves

De avgjørelser som det kan være aktuelt å åpne for overprøving av, vil være realitetsavgjørelser og viktige avgjørelser om behandlingen av saken og saksomkostningsavgjørelser knyttet til disse avgjørelsene. En del avgjørelser er i dag unntatt fra overprøving ved særlige regler. Det er et generelt unntak for avgjørelser «som etter sin art er uangripelige», jf. §§ 355 og 396. Det som dette unntaket gjelder, er avgjørelser av administrativ karakter og visse skjønnspregete avgjørelser som er lite egnet for overprøving, se Schei side 950 – 951 og Skoghøy side 923 – 924 med henvisninger. Avgjørelser som stort sett er unntatt fra overprøving, eller som bare

kan overprøves i meget begrenset utstrekning, er avgjørelser om valg av behandlingsmåte, f.eks. når og hvordan et krav om avvisning av saken skal avgjøres, jf. § 93 tredje ledd, om forhandlingene skal deles, jf. § 98 tredje ledd, og valg mellom skriftlig og muntlig behandling, jf. som eksempel § 403 tredje ledd annet punktum.

Det er grunn til å holde fast ved at det skal være vesentlige begrensninger i overprøvingsadgangen for slike avgjørelser. Det er også grunn til overveie ytterligere begrensninger. Som utvalget kommer tilbake til under bemerkningene til § 11-3(2), må retten som ledd i saksforberedelsen treffe en del sterkt skjønns- og vurderingspregete avgjørelser. Retten – saksforberedende dommer – får etter de regler utvalget foreslår, en langt mer vidtgående plikt enn i dag til å strukturere og legge et løp for saksbehandlingen. Det vil innebære at retten får en nærhet til og innsikt i saken, særlig gjennom det saksforberedende møte eller fjernmøte som skal holdes etter at tilsvaret er inngitt. Saksforberedende dommer vil gjennom denne nærhet og innsikt kunne få et bedre grunnlag enn en rettsmiddelinstans til å treffe en god avgjørelse vedrørende saksbehandlingen, særlig ved avgjørelser som ikke først og fremst er basert på regelforståelse, men på en konkret avveining av hva som er hensiktsmessig og nødvendig.

For realitetsavgjørelser i saker som gjelder økonomiske verdier, er reglene om ankesum, se tvistemålsloven §§ 356 og 357, den vesentligste begrensningen i adgangen til overprøving. Det må fortsatt være slik at det er beløpsmessige grenser for hva som uten samtykke kan bringes videre til lagmannsretten – iallfall til full overprøving – og til Høyesterett. For saker som ikke har betydning ut over den konkrete avgjørelsen av den økonomiske tvisten, må det kreves en betydelig omtvistet verdi for at parten skal ha krav på å få dem overprøvd. Dagens krav til ankesum er etter utvalgets mening alt for lavt og ikke på noen måte tilpasset det proporsjonalitetshensyn som må ivaretas i prosessen.

En annen sak er at det også i tvister som gjelder begrensete verdier, men som har interesse ut over den konkrete avgjørelsen, må det være mulighet for full overprøving. For anke til Høyesterett kan man si at betydningen av verdien av ankegenstanden er underordnet. Det helt sentrale kriteriet for spørsmålet om det kan være grunnlag for anke må være den betydning en avgjørelse fra Høyesterett vil kunne ha for rettsavklaring og rettsutvikling.

## 12.7 Full eller begrenset overprøving

At det foreligger en rett til overprøving, tilsier ikke uten videre at den instans som skal foreta overprøvingen, skal kunne prøve den aktuelle avgjørelse fullt ut. Det kan være grunn til å overveie om overprøvingsadgangen bør begrenses, f.eks. slik at bare visse sider av avgjørelsen kan prøves, som saksbehandlingen eller rettsanvendelsen. En annen begrensning kan være at retten umiddelbart etter å ha fått saken med krav om overprøving, kan foreta en rent foreløpig prøving av om en full overprøving har utsikt til å lykkes. Om rettsmidlet ikke har utsikt til å føre frem, kan det nektes. Her foretar retten altså en foreløpig realitetsprøving av saken, men denne foregår innledningsvis i saksbehandlingen og på grunnlag av dokumentene. Hvor den foreløpige prøvingen gir lagmannsretten grunnlag for å konkludere med at det er klart at anken ikke vil føre frem, kan anken nektes. Det må vurderes om denne type mer begrenset overprøving vil være tilfredsstillende for visse avgjørelser.

## 12.8 Skal overprøving av avgjørelser om behandlingen skje ved særskilt overprøving eller som ledd i prøvingen av realitetsavgjørelsen?

### 12.8.1 Problemstillingen

Selv om det åpnes for overprøving av avgjørelser om behandlingen av saken, er det ingen selvfølge at disse skal kunne angripes før det er truffet realitetsavgjørelse i saken. En avgjørelse f.eks. om å nekte å oppnevne sakkyndig, kan tenkes angrepet gjennom et selvstendig rettsmiddel rettet mot denne avgjørelsen, og da under saksforberedelsen rett etter at avgjørelsen om oppnevning er truffet. Men en slik avgjørelse kan også tenkes angrepet som et ledd i en anke over realitetsavgjørelsen i saken, og da som angrep på saksbehandlingen som lå til grunn for denne. Som utvalget kommer tilbake til nedenfor under II.12.8.4, kan det anføres argumenter for og mot begge løsninger.

### 12.8.2 Rettssystemer med «the final judgement rule» – særlig om amerikansk prosess

I amerikansk, som i enkelte andre lands sivilprosess, gjelder «the final judgment rule» – at overprøving ved rettsmidler først kan skje når dom er avsagt i realitetstvisten. Det er grunn til – som et

utgangspunkt for en vurdering av om en slik regel bør gjelde hos oss – å se på dette systemet.

En avgjørelse kan altså etter den regel som er beskrevet ovenfor, først angripes med rettsmidler – nedenfor i dette punktet betegnet som anke – når retten har avsagt endelig dom i saken. Spørsmålet er her for det første hva som er endelig dom – final judgment. Dette har i amerikansk rettspraksis vært angitt som en avgjørelse som «ends the litigation on the merits and leaves nothing for the court to do, but execute the judgment». Hos oss kunne utgangspunktet vært formulert slik at retten ikke har noen ytterligere realitetsavgjørelse å treffe i saken.

Det er viktig å kunne avgjøre hva som utgjør en slik endelig dom. Dersom det ikke foreligger en endelig dom, må en eventuell anke avvises av ankedomstolen. Foreligger det en endelig dom, må den derimot behandles etter de regler som gjelder for anker. At det foreligger en endelig dom, vil også innebære at de frister som gjelder for den ankende part for å angripe dommen, begynner å løpe.

Formålet bak the final judgment rule har betydning, dels fordi det gjennom praksis er etablert unntak for enkelte helt spesielle tilfeller hvor formålet ikke slår til, og dels fordi de lovbestemte unntak fra hovedregelen gjerne har vært begrunnet med at formålet tilsier unntak. Flere grunner er anført for regelen. Først og fremst fremheves prosessøkonomi og prosesseffektivitet. De fleste angrep på en avgjørelse fører ikke frem. Ved spørsmål om en eventuell feil i en prosessledende avgjørelse er av betydning for realitetsavgjørelsen, kan det være viktig å se denne prosessledende avgjørelsen i sammenheng med saksforberedelsen og hovedforhandlingen i sin helhet. Den part som den prosessledende avgjørelsen går imot, kan vinne saken i realiteten og derfor ikke ha behov for å få overprøvd saksbehandlingen. At prosessledende avgjørelser ikke kan overprøves særskilt, har dessuten den fordel at en eventuell overprøving ikke vil forsinke fremdriften av saken.

Motargumentet mot the final judgment rule er imidlertid åpenbart. En vesentlig feil i saksbehandlingen som først blir gjort til gjenstand for overprøving etter endelig dom, vil kunne ha som resultat at saken må behandles på nytt, mens en regel om særskilt overprøving kunne lede til at feilen var blitt rettet opp før realitetsprøvingen. En del stater i USA har nettopp ansett det siste argumentet for avgjørende, og tillater i utstrakt grad særskilt overprøving av prosessledende avgjørelser før endelig dom avsies. Men for de føderale domstoler, og også i svært mange stater, gjelder the final judgment rule, jf. for de føderale domstoler U.S.C.A. § 1291.

Hva som er the final judgment, har skapt særlige vanskeligheter i tilfeller av objektiv eller subjektiv kumulasjon. Foreligger det her endelig dom først når alle krav er avgjort eller dom er avsagt mot alle parter? Eller skal endelig dom regnes for hvert krav eller hver part? Det er i rule 54(d) gitt adgang til overprøving av avgjørelse av ett av flere krav eller avgjørelse av ett krav mot en av flere parter. For å unngå tvil om det foreligger adgang til overprøving, må domstolen sertifisere at endelig avgjørelse foreligger. Ankeinstansen vil imidlertid kunne overprøve om det er rimelig grunn til å tillate særskilt anke.

Det er visse, meget begrensede, generelle unntak fra the final judgment rule utviklet gjennom rettspraksis. Det gjelder helt særlige tilfelle hvor en feil vil kunne ramme en part særlig hardt og hvor den ikke vil kunne rettes opp etter endelig avgjørelse, se om dette Fridenthal, Kane og Miller, Civil Procedure, St. Paul 1999, side 608 – 611.

Det er også visse lovbestemte unntak. Etter Federal rule 23(f) kan appelldomstolen tillate at en avgjørelse av om et klagesøksmål skal sertifiseres, kan overprøves særskilt.

Et generelt, men meget begrenset unntak fra the final judgment rule, er gitt i U.S.C.A. § 1292(b). Denne bestemmelsen lyder:

«(b) When a district judge, in making in a civil action an order not otherwise appealable under this section, shall be of the opinion that such order involves a controlling question of law as to which there is substantial ground for difference of opinion and that an immediate appeal from the order may materially advance the ultimate termination of the litigation, he shall so state in writing in such order. The Court of Appeals which would have jurisdiction of an appeal of such action may thereupon, in its discretion, permit an appeal to be taken from such order, if application is made to it within ten days after the entry of the order: Provided, however, That application for an appeal hereunder shall not stay proceedings in the district court unless the district judge or the Court of Appeals or a judge thereof shall so order.»

Som det fremgår er det flere vilkår for unntak, og bestemmelsen tolkes snevert.

Det kan også nevnes at det er en begrenset adgang til overprøving av prosessledende avgjørelser gjennom såkalte writs of mandamus, se om disse unntakene Fridenthal, Kane og Miller side 613 – 618.

Det er ikke bare i amerikansk føderal sivilprosess at det praktiseres en regel om at avgjørelser

om saksbehandlingen må angripes som et ledd i angrepet på realitetsavgjørelsen, og da først etter at denne dommen er truffet. Men amerikansk prosess er illustrerende for systemer hvor dette er gjennomført temmelig konsekvent, og det viser unntak det er nødvendig å gjøre samt problemer reglene skaper i praksis.

### 12.8.3 The final judgment rule i svensk prosess

Svensk prosess har – tilsynelatende – en final judgment rule. De rettslige avgjørelser som kan kreves overprøvd er dommer og såkalte «slutliga beslut», jf. rättegångsbalken 49 kap. 3 § første ledd. «Slutliga beslut» er etter rättegångsbalken 17 kap 1 § «beslut varigenom rätten annorledes än genom dom skiljer saken från seg.» Det vil blant annet være avgjørelse om avvisning eller heving, men slutliga beslut gjelder også en del andre avgjørelsestyper, se Peter Fitger, rättegångsbalken 49:12 – 49:13. Andre beslutninger enn slutliga beslut kan bare kreves overprøvd sammen med dommen eller det «slutliga beslut». Disse beslutningene må altså tas opp som ledd i anken over dommen eller det «slutliga beslut». Det er imidlertid en del unntak fra denne reglen, ved at det er åpnet for særskilt overprøving av enkelte beslut (som hos oss dels ville være kjennelser og dels beslutninger), se rättegångsbalken 49 kap. 4 5 og 7 §§. Det gjelder blant annet avgjørelser som pålegger fremleggelse eller tilgang til bevis, og avgjørelser som innebærer at fremdriften av saken forsinkes unødige. Det er også unntak i andre lover, se om dette Peter Fitger, rättegångsbalken 49:15 – 49:17.

Unntakene gjør at det etter svensk rett nok åpnes for en større adgang til særskilt overprøving av saksbehandlingsavgjørelser enn det som er tilfellet i prosesssystemer med en temmelig rendyrket final judgment rule. Men det er likevel klart at i Sverige stenger man i en helt annen grad enn det vi gjør for særskilt overprøving som nevnt. Det vil ikke si at ikke saksbehandlingen i underinstansen kan kreves overprøvd, men at dette – som hovedregel – må skje som ledd i angrepet på dommen eller f.eks. avvisningsavgjørelsen (det slutliga beslut). Vi må, ikke minst i lys de svenske regler, stille spørsmålet om det fortsatt bør være samme meget vide adgang til å foreta særskilt overprøving av prosessledende avgjørelser som det er i dag.

### 12.8.4 En final judgment rule i norsk sivilprosess?

Det ville bryte med vår prosessstradisjon om vi

skulle innføre en final judgment rule – at angrep på behandlingen av saken måtte utstå til og inngå som et ledd i angrep på realitetsavgjørelsen – iallfall om en slik regel ble innført som en nokså konsekvent og unntaksfri regel. Det er viktig å sørge for at feil kan bli rettet opp underveis slik at de ikke får innvirkning på realitetsavgjørelsen. En mindre korleksjon kan da føre til at man ikke behøver å foreta det mer – en total ny behandling av saken. Dette bør iallfall tilsi at vi ikke innfører en regel som stenger for enhver særskilt overprøving av prosessledende avgjørelser. Men på den annen side har også tids- og forsinkelsesaspektet vekt. Bruk av særskilt rettsmiddel mot prosessledende avgjørelser vil i høy grad kunne forsinke fremdriften av saken. At man ikke finner grunnlag for generelt å innføre en regel om at prosessledende avgjørelser ikke kan angripes særskilt, bør ikke tilsi at man ikke nøye overveier om det bør gjøres begrensninger i denne adgangen.

Det er også andre hensyn som kan tilsi at adgangen til særskilt overprøving av prosessledende avgjørelser begrenses. For enkelte avgjørelsestyper kan det være lettere i ettertid, når saksbehandlingen er brakt til ende, å avgjøre forsvarligheten av dem. Det gjelder blant annet for enkelte avgjørelser om skriftlig eller muntlig behandling. Også avgjørelser som isolert sett ikke er så viktige, kan det være vanskelig å prøve i en særskilt overprøving, mens det kan være enklere når de ses i sammenheng med behandlingen for øvrig. Det kan tenkes å gjelde for visse typer avgjørelser om bevisføringen.

Konklusjonen blir at det ikke bør innføres en generell regel om at prosessledende avgjørelser bare kan overprøves sammen med den dom eller kjennelse de gjelder. Det er derimot grunn til, ut fra ulike hensyn, å innføre begrensninger i adgangen til særskilt overprøving eller i de grunner for overprøving som kan gjøres gjeldende.

## 12.9 Overprøving, ikke fornyet behandling

En overprøving av en avgjørelse vil svært ofte i praksis innebære en helt ny prøving av det aktuelle tvistes spørsmål, nærmest uavhengig av at det er truffet en avgjørelse og at det er den som er gjenstand for overprøving. Særlig tydelig vil dette gjerne være når det er avgjørelsen av selve tvistegjenstanden som overprøvingen gjelder. På mange måter kan vi si at vi da står overfor en fornyet eller fullstendig ny behandling og ikke en prøving av den avgjørelse som er angrepet. Forholdet blir rent

faktisk på samme måte som ved fullstendig anke i straffeprosessen, altså en anke som omfatter også bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Retten skal da foreta «en fullstendig ny behandling av saken så langt den er henvist», jf. straffeprosessloven § 331 første ledd. Dette er en regel som er vel begrunnet i straffeprosessen når siktede skal få prøvd spørsmålet om skyld en gang til. Spørsmålet om skyld eller ikke vil normalt forutsette en føring av alle de bevis som kan ha betydning for denne avgjørelsen. Ved ny prøving av skyldspørsmålet, må bevisføringen derfor gjentas fra grunnen av. I sivile saker vil det, hvor det er anket over bevisbedømmelsen, ofte være ett eller noen av mange punkter i det faktiske forhold som er omtvistet. Gjelder anken rettsanvendelsen, vil den også gjerne rette seg mot ett av flere rettslige spørsmål som er oppe. En saksbehandlingsanke behøver overhodet ikke ha tilknytningspunkter til sakens realitet, det kan f.eks. være spørsmål om habilitet for en dommer på grunn av tilknytning til en av sakens parter.

Uansett ankegrunn, er det viktig at ankebehandlingen i sivile saker konsentreres om det anken gjelder og – og det er særdeles viktig – det som er omtvistet mellom partene. Alt for ofte er situasjonen – som nevnt – at partene, særlig i anker over realiteten, legger overprøvingen opp som en fullstendig ny behandling. Det er kostnadsdrivende og medfører unødig beslag av domstolsressurser. Det er viktig ved utformingen av reglene om overprøving at disse tvinger behandlingen inn mot en overprøving, ikke en fullstendig ny prøving. Dette gjelder alle ledd av behandlingen – rettsmiddelerklæringen, forberedelsen, den muntlige behandling og de skriftlige innlegg som måtte inngå som et ledd i avgjørelsesgrunnlaget. Også ved overprøving må retten ha en aktiv saksstyring. En viktig del av denne saksstyringen må nettopp være å sørge for at behandling rettes inn mot det som det gjøres gjeldende er feil ved den avgjørelse som er angrepet, og det som i denne sammenheng er omtvistet.

## 12.10 En-instans eller to-instans overprøving?

For avgjørelser som det er grunn til å tillate overprøvd, må spørsmålet stilles om overprøving bør kunne skje mer enn én gang, med andre ord om avgjørelser av tingretten bør kunne overprøves først i lagmannsretten og så i Høyesterett. Settes fokus på den enkelte sak og hensynet til at denne skal bli forsvarlig og korrekt avgjort, bør rett til overprøving i én instans være tilstrekkelig. Svakheter i behandling og avgjørelsesgrunnlag vil da

kunne bli rettet opp i lagmannsretten. Også hensynet til mer generelt å sikre forsvarlig behandling i tingrettene – utføre en kvalitetskontroll med disse domstolene – synes langt på vei ivaretatt om retten til overprøving begrenses til overprøving i én instans – lagmannsrettene. Det er grunn til å anta at den kvalitetskontroll lagmannsrettene utøver overfor tingrettens saksbehandling og avgjørelser, vil smitte over på lagmannsrettens egen behandling, og på den måten fremme kvaliteten på behandling og avgjørelser også der.

Det som taler for å kunne få overprøvd en avgjørelse ikke bare i lagmannsretten, men også ved videre anke til Høyesterett, er sjelden hensynet til behandlingen av den konkrete sak. En videre ankerett må først og fremst begrunnes i at domstolene har oppgaver og funksjoner også når det gjelder rettsavklaring og rettsutvikling. Det må ivaretas av den domstol som virker i siste instans – Høyesterett, og Høyesterett har nettopp i rettsavklaring og rettsutvikling viktige oppgaver. Selvfølgelig har Høyesterett, for de enkeltsaker som er henvist, en like viktig oppgave i å sørge for at disse blir behandlet forsvarlig og riktig. Men utvelgelsen av sakene til Høyesterett bør, som utvalget kommer tilbake til, ikke først og fremst skje av hensynet til behandlingen av og avgjørelsen i den konkrete sak. Behandlingsreglene må være slik at fokus blir på de prinsipielle sidene ved saken.

I tillegg til rettsavklaring og rettsutvikling på de enkelte rettsfelt, har Høyesterett også en viktig oppgave i å utøve en kvalitetskontroll med domstolene mer generelt – en kvalitetskontroll som supplerer den kontrollen som her utøves av lagmannsrettene. En slik kvalitetskontroll tilsier imidlertid heller ikke noe system med en generell adgang til videre prøving av lagmannsrettens avgjørelser i Høyesterett.

Det gjøres gjeldende i en del anker til Høyesterett at det er viktig at Høyesterett retter opp feil i lagmannsrettens avgjørelse. Det er en riktig betraktning på den måten at det mer allment er av betydning at feil i domstolssystemet unngås og om mulig rettes opp. Videre har betraktningen vekt på den måten at utvelgelsen av saker for Høyesterett også må skje med det for øye at domstolen skal kunne gi viktige og mer generelle signaler til de øvrige domstoler om saksbehandlingen.

Men hensynet til å få rettet opp feil ved lagmannsrettens behandling og avgjørelser, synes vanskelig å kunne begrunne en mer allmenn rett til videre overprøving av lagmannsrettens avgjørelser. En slik overprøvingsrett vil for det første ofte stå i motstrid til proporsjonalitetshensynet – at omfanget av behandlingen skal stå i et rimelig forhold til

betydningen av tvisten. Dernest vil den kollideres med det viktige hensynet til rask behandling. Men viktigere er det at en vid adgang til overprøving av lagmannsrettens avgjørelser ville måtte medføre at Høyesterett måtte bli en langt større domstol, med klare negative virkninger for Høyesteretts mulighet for å fylle sine viktige funksjoner med å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. For å sikre kvaliteten på lagmannsrettens behandling og avgjørelser vil det for øvrig vært langt mer adekvat å tilføre lagmannsrettene økte ressurser, enn å søke å oppnå dette gjennom en utbygging av Høyesterett.

Hovedregelen i dag er reelt sett at det foreligger en rett til å få prøvd en sak i to instanser, med andre ord at avgjørelsen kan overprøves én gang. Det gjelder også for prosessledende avgjørelser. Riktignok kan i prinsippet enhver dom i lagmannsretten ankes til Høyesterett hvis ankegjensstanden overstiger kr 100 000. Høyesteretts kjæremålsutvalg har imidlertid en vid adgang til å nekte anker i sivile saker fremmet til Høyesterett, slik at realiteten er at retten til videre anke fra lagmannsretten er meget begrenset. For kjennelser og beslutninger som er gjenstand for kjæremål, er hovedregelen at det ikke er adgang til videre kjæremål. Begrensningen er satt nettopp ut fra hensynet til at Høyesteretts hovedoppgaver er rettsavklaring og rettsutvikling.

En prøving i to instanser samsvarer også med det system man finner i de fleste land, hvis ikke adgangen til overprøving er ytterligere begrenset. I Sverige har partene ikke ankerett til Högsta Domstolen eller Regjeringsrätten. De er avhengig av særskilt tillatelse for å få anken prøvd. I Danmark er det en ankerett til Danmarks Høiesteret når det gjelder dommer i saker som har startet i landsrettene (lagmannsrettene) eller i Sø- og handelsretten. Men Danmarks Høiesteret er nærmeste overordnede domstol til disse domstolene, og ankeretten innebærer da ikke annet enn at avgjørelsene kan overprøves i én instans. For saker som starter i byrettene, er det nødvendig med tillatelse for å kunne kreve overprøving av landsrettens ankeavgjørelser. Det er med andre ord ingen rett til tre-instansbehandling. Det skal for øvrig tilføyes at ankeordningen i Danmark er under vurdering, nettopp fordi den generelle adgangen til å anke dommer avsagt i saker hvor landsrettene eller Sø- og handelsretten er første instans, harmonerer dårlig med de oppgaver Danmarks Høiesteret har for rettsutvikling og rettsavklaring.

I svært mange land vil den øverste domstol være en prejudikatsdomstol. Nokså unntaksfritt – og som denne oppgaven for den øverste domstol forutsetter – kreves det tillatelse for å få fremmet

anken for denne domstolen. I de aller fleste tilfeller innebærer det at rett til overprøving er begrenset til overprøving i én instans.

### **12.11 Retten til overprøving og behandlingsreglene må utformes under hensyn til domstolenes oppgaver og funksjoner i rettspleien**

Bemerkningene under II.12.10 leder over til et generelt synspunkt: Det er nødvendig å se den enkeltes rett til overprøving og reglene for overprøvingen i sammenheng med domstolenes oppgaver og funksjoner. Dersom man mener – som Tvistemålsutvalget gjør i tråd med en nokså allment akseptert oppfatning hos oss – at en hovedoppgave for Høyesterett skal være å fremme rettsavklaring og rettsutvikling, må ankerreglene innrettes slik at det blir mulig for Høyesterett å oppfylle disse oppgavene. Det forutsetter at det legges til rette for at prinsipielt viktige saker kan bli behandlet av Høyesterett, og at behandlingen innrettes slik at fokus vil bli nettopp på de prinsipielt viktige spørsmålene. Dette gir føringer dels for utvelgesreglene av saker til Høyesterett og dels for reglene om hvordan de henviste sakene skal behandles. Utvalget kommer tilbake til dette under II.13.

### **12.12 Ett ordinært rettsmiddel?**

Vi har i dag to ulike ordinære rettsmidler, anke og kjæremål. De avgjørelser som er gjenstand for anke, er etter § 355 dommer og de kjennelser hvor det er særskilt bestemt at rettsmidlet er anke, se nærmere Schei side 948 – 949 og Skoghøy side 836 – 837. Gjenstand for kjæremål er kjennelser ellers og beslutninger. Det er en del unntak fra kjæremålsadgangen, både av mer generell karakter og spesielle unntak, se nærmere Schei side 1052 – 1055 og 1056 – 1058 og Skoghøy side 919 – 924. Det er forskjeller i behandlingsreglene for de to rettsmidlene. Inntil endringen ved lov 28. april 2000 nr. 34 var det en vesentlig forskjell i fristene for henholdsvis anke og kjæremål. I dag er fristene den samme – én måned. Det finnes, som utvalget kommer tilbake til under bemerkningene til § 11-5, enkelte unntak fra månedsfristen. Hovedforskjellen ved behandlingsreglene har vært at ankesaker avgjøres etter muntlig behandling, mens i kjæremålssaker er behandlingen skriftlig. Dette gjelder imidlertid ikke unntaksfritt.

Det er grunn til å overveie om det er rasjonelt

fortsatt å ha to typer ulike rettsmidler basert på skillet mellom forskjellige kategorier avgjørelser, eller om ett rettsmiddel er tilstrekkelig. Svaret på dette er ikke umiddelbart gitt, og vurderingen må nødvendigvis bli sammensatt. Det som er klart er at overprøvingen av rettslige avgjørelser må tilpasses de spørsmål retten må ta stilling til ved overprøvingen. Overprøving av f.eks. en avgjørelse om å nekte å oppnevne sakkyndige må bli temmelig forskjellig fra en overprøving av avgjørelsen av tvistegjenstanden i en tvist hvor retten må vurdere og ta stilling til et komplisert og sammensatt faktum. Men i andre situasjoner kan samme behandlingsform passe for svært ulike kategorier avgjørelser, avgjørelser hvor rettsmidlene og behandlingsreglene i dag er forskjellige. Det er f.eks. ikke uten videre gitt at behandlingsreglene behøver å være svært ulike for overprøving av realitetsavgjørelser, også når disse nødvendigvis gjør bevisbedømmelse, og for overprøving av mer kompliserte avgjørelser om dokumentfremleggelse eller bevisfritak eller bevisforbud eller for overprøving av avgjørelser om avvísning av søksmål mv.

Utvalget er kommet til at de ulike behandlingsbehov som foreligger kan ivaretas fullgodt med ett rettsmiddel, hvor behandlingsreglene gir tilstrekkelig fleksibilitet slik at enkle spørsmål kan behandles enkelt, og mer kompliserte og viktige spørsmål kan undergis en grundigere behandling. Det understrekes at utvalget ikke med dette legger opp til en behandling som gjennomsnittlig er mer komplisert enn i dag. Men reglene vil åpne for en mer fleksibel behandling tilpasset den enkelte tvist. Det kan på mange måter sies å innebære en videreføring av det proporsjonlitesprinsipp som må ha stor betydning i en moderne prosess. En slik mer fleksibel prosess vil også harmonere bedre med den dommerstyring av saksbehandlingen og fremdriften av saken som de nye reglene forutsetter. En styrt prosess er etter utvalgets mening like selvfølgelig i rettsmiddelomgangen som for førsteinstansen. Det som det kanskje kan være grunn til å tro, er at en økt fleksibilitet gjennomsnittlig sett vil åpne for en noe enklere overprøving av de avgjørelser som i dag overprøves ved anke. Generelt er det ikke grunn til å vente en mer komplisert behandling av det som i dag avgjøres ved kjæremål – og det er viktig. Men en økt fleksibilitet ved behandlingen kan nok, ved angrep på særlig kompliserte og viktige prosessledende avgjørelser i saker som også betyr mye, lede til at disse undergis en grundigere behandling, f.eks. en noe økt bruk av muntlighet, enn det som er tilfellet i dag.

At kjæremål er et eget rettsmiddel i straffeprosessen, bør neppe være et avgjørende argument

mot en samordning av rettsmidlene anke og kjæremål i sivilprosessen, dersom det der gir en gevinst av betydning – ved forenkling og bedre totaloversikt over reglene. Etter utvalgets mening er det tilfellet. Men etter utvalgets mening er det grunnlag for også i straffeprosessen å ha ett rettsmiddel – anke, og slik at det også der vil oppnås en samordningsgevinst, se II.26.

### **12.13 Hva skal det ordinære rettsmiddel kalles?**

Det oppstår spørsmål om hva det ordinære rettsmiddel skal benevnes som. Det synes klart at kjæremål iallfall ikke er noe godt alternativ. Kjæremål er et begrep de færreste utenfor juristverden kjenner, og det er neppe noe tap at uttrykket kuttes ut i lovspråket. Anke er et vesentlig mer velegnet uttrykk. Det gir trolig for de fleste den – riktige – mening at en avgjørelse bringes inn for overprøving i en høyere instans. For svært mange er nok anke et uttrykk som også i dag ikke bare er knyttet til dommen i saken, men til avgjørelser mer generelt. I media er det vanlig å se anke brukt også om det som er kjæremål i strengt juridisk forstand.

Utvalget er kommet til at anke bør brukes som betegnelse på det ordinære rettsmiddel. At begrepet i dag av jurister forbindes med angrep på dommen i saken – avgjørelsen av det krav søksmålet gjelder – og ikke f.eks. på angrep på prosessledende avgjørelser, er ikke noe tungtveiende argument mot bruk av anke i en videre betydning. Det er vanskelig å se at en omlegging av språkbruken kan skape praktiske problemer. Det er, iallfall for de jurister som har sin virksomhet rettet inn mot domstolene, grunn til å tro at den endrete begrepsbruken fort vil bli en vane.

Utvalget tilføyer at det også har overveid begreper som klage og appell. Klage har nå festnet seg som uttrykk for administrativ overprøving, og bør reserveres for dette. Appell ville vært et bedre alternativ, men uttrykket har neppe den innarbeidelse som anke – som utvalget altså har festet seg ved som det beste.

### **12.14 Det bør utformes ett regelsett for anke til lagmannsrett og et eget regelsett for anke til Høyesterett**

I dag er det gitt felles regelsett for anke til lagmannsretten og Høyesterett, men slik at det er inn tatt enkelte særregler for Høyesterett. Tilsvarende gjelder for reglene om kjæremål. Dette er en lov-

teknikk som meget vel kan overføres til den nye tvisteloven. Men utvalget er likevel kommet til at det mest hensiktsmessige er å ha et regelsett for anke til lagmannsretten og samle reglene for anke til Høyesterett i et eget kapittel, men slik at det der i betydelig utstrekning vil kunne vises til reglene for anke til lagmannsrett. Det vil gi en oppfordring til nøye å tenke igjennom de særspørsmål anker til Høyesterett reiser og regulere disse spesielt, og også til at man får en oversikt over særreglene for anke til Høyesterett.

### **12.15 Innhold av avgjørelsen og ikke formen er avgjørende for bruk av rettsmiddel**

Dersom en avgjørelse gis uriktig form, f.eks. dom i stedet for kjennelse, blir virkningen av avgjørelsen som om riktig form var benyttet. Kravet til begrunnelse blir som om den hadde hatt riktig form. Det rettsmiddel skal brukes som ville vært riktig om korrekt form var brukt, se Schei side 467 – 469 og Skoghøy side 705 – 707.

Ved et skille mellom anke og kjæremål er det en reell risiko for at om avgjørelsen får en uriktig form, kan parten bli forledet til å bruke uriktig rettsmiddel. Det vil også være en risiko for at rettsmiddelininstansen undergir rettsmidlet en uriktig behandling. Muligheten for å bruke feil rettsmiddelfrist er nå eliminert ved den felles rettsmiddelfrist som ble innført ved lov 28. april 2000 nr. 28. Men fortsatt vil det, også etter utvalgets utkast om et felles rettsmiddel, være en risiko for at uriktig behandlingsmåte blir benyttet ved den videre behandling dersom avgjørelsen gis uriktig form. Behandlingsreglene for anke over dommer vil på enkelte punkter avvike fra behandlingen av anker over kjennelser og beslutninger. Først og fremst vil det være at anker over dommer som hovedregel skal undergis muntlig behandling mens anke over kjennelser og beslutninger skal behandles skriftlig. Men når det gjelder reglene om muntlig eller skriftlig behandling, er det mulighet for unntak begge veier. Og unntaksmulighetene gir grunn til å tro at behandlingen for overprøvingen av den aktuelle avgjørelse, selv om den skulle ha feil form, vil være tilpasset det behov for betryggende behandling som foreligger.

### **12.16 Ankegjensstand og ankegrunnene**

Gjensstand for anke kan etter utvalgets utkast være



rettslige avgjørelser – dvs. dommer, kjennelser og beslutninger. Men det er gjort visse unntak fra ankeadgangen, dels ved generelle regler om at enkelte kategorier avgjørelser er unndratt fra overprøving, § 11-2(2), og dels ved særregler i forbindelse med spesielle avgjørelser, jf. som eksempel § 11-13(5) siste punktum.

Det er grunn til å understreke at det at en avgjørelse ikke kan ankes, ikke er ensbetydende med at det saksbehandlingsspørsmål som er løst ved avgjørelsen ikke kan brukes som ankegrunn. Typisk vil de saksbehandlingsavgjørelser som ikke kan ankes etter § 11-2(2) kunne brukes som ankegrunn mot dommen i saken. Hvis saksbehandlingen på det aktuelle punkt heller ikke skal kunne gjøres gjeldende som ankegrunn, må det bestemmes særskilt. Et eksempel her gir § 11-13(5) siste punktum. Enten det er truffet en formell avgjørelse om ikke å nekte en anke fremmet etter § 11-13(2), eller saken er fremmet uten noe formell beslutning eller uten at spørsmålet overhodet har vært overveid, kan verken den eventuelle beslutningen eller saksbehandlingen ankes eller brukes som ankegrunn.

### **12.17 Protest mot prosesshandlinger, eventuelt anke over saksbehandlingsavgjørelse, som vilkår for anke?**

Etter § 9-6(2), som gjelder tilsvarende ved anke eller gjenåpning, har en part plikt til å fremsette innsigelser mot prosesshandlinger, f.eks. bevisføring, parten er uenig i. Innsigelse må etter bestemmelsen fremsettes så snart parten har mulighet for det. Hvis den fremsettes senere, kan den, etter bestemmelsens annet punktum, «bare gjøres gjeldende hvis parten ikke var kjent med at det var grunnlag for å gjøre innsigelse og det vil være urimelig om den ikke kan påberopes.» Hovedregelen etter denne bestemmelsen er altså at parten må gjøre innsigelser mot prosesshandlingen, altså de deler av saksbehandlingen som han er uenig i. Gjør han ikke det, mister han retten til å motsette seg rettergangsskrittet. Det må også følge av dette at parten ikke ved anke eller som ankegrunn kan angripe saksbehandlingen på det aktuelle punkt.

Som det fremgår av det som er gjengitt av § 9-6(2), kan det at parten var ukjent med at det var grunnlag for å motsette seg prosesshandlingen, gi grunnlag for å fremsette innsigelsen senere. Men hva hvis prosesshandlingen foretas, det føres f.eks. bevis parten kan motsette seg ført og parten er stadig utvitende om muligheten for å reise innsi-

gelser. Kan parten da senere anke over realitetsavgjørelsen på det grunnlag at det ble begått saksbehandlingsfeil? Også dette må løses ut fra den regel som følger av § 9-6(2). For at det skal være noe grunnlag for en anke, må det for det første være unnskyldelig at parten ikke kjente at det var grunnlag for innsigelse. Det vil bare kunne være tilfellet dersom parten ikke er representert ved advokat. Dernest må det være urimelig om innsigelsen ikke kan påberopes. Spørsmålet om urimelighet må vurderes i lys av at feilen først gjøres gjeldende i en anke, med de ulemper det medfører. Skal det være grunnlag for å gjøre gjeldende slike feil gjennom en anke, må det først og fremst være i tilfeller hvor prosesshandlingen kan ha hatt vesentlig betydning for avgjørelsen i saken og hvor retten har tilsidesatt sin veiledningsplikt overfor parten.

Hvor en part protesterer mot en prosesshandling fra den annen part, må retten treffe en avgjørelse om prosesshandlingen skal tillates. En slik avgjørelse vil kunne ankes innen den ramme som er gitt i §§ 11-2 og 11-3. Det oppstår spørsmål om en part må anke over en slik avgjørelse eller om parten i stedet kan gjøre det aktuelle saksbehandlingsspørsmål gjeldende som ankegrunn i en saksbehandlingsanke over realitetsavgjørelsen.

Det som må være helt klart er at hvor parten ikke har hatt mulighet for å anke avgjørelsen, den er f.eks. truffet under hovedforhandlingen, kan han ikke være avskåret fra å bruke den som ankegrunn over realitetsavgjørelsen i saken. Det samme må gjelde hvor anke var avskåret ut fra en praktisk betraktning. Det ville f.eks. ikke vært mulig å få behandlet anken før hovedforhandlingen. Men generelt må det gjelde at parten ikke kan være avskåret fra å bruke som ankegrunn en saksbehandling han har reist innsigelse mot, selv om han kunne ha anket selve saksbehandlingsavgjørelsen. Noe annet ville tvinge frem en utstrakt bruk av rettsmidler under saksforberedelsen, med det press i retning av forsinkelse en slik ordning ville medføre. Skulle det kunne tenkes unntak, måtte det være i forhold til særlig viktige saksbehandlingsavgjørelser, og hvor det var på det rene at særskilt anke ikke ville medføre forsinkelse av saken. Men å formulere en slik unntaksregel, kan det etter utvalgets mening ikke være grunn til.

Et annet spørsmål er om det at saksbehandlingsavgjørelsen er anket særskilt, og at anken er avgjort under saksforberedelsen, er til hinder for at saksbehandlingsspørsmålet også tas opp som ankegrunn i en anke over realitetsavgjørelsen i saken. Det blir et spørsmål om lagmannsretten, og Høyesterett i anke til Høyesterett, er bundet av henholdsvis lagmannsrettens og Høyesteretts – anke-

utvalgets – tidligere avgjørelse i den særskilte anke over saksbehandlingsavgjørelsen, jf. for Høyesterett någjeldende § 391. Se om spørsmålet Schei

side 1044 og Skoghøy side 743 – 744. Spørsmålet er løst i utkastets § 21-10(2), se bemerkningene til den bestemmelsen.

## Kapittel 13

# Anke til Høyesterett

### 13.1 Høyesteretts oppgaver

Som påpekt under II.12.10 og II.12.11, må den enkeltes rett til å anke en avgjørelse til Høyesterett, og i det hele ankeregulene for Høyesterett, ses i sammenheng med Høyesteretts oppgaver og funksjoner. Dette var sentralt da tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 4 ble endret ved lov 23. mai 1981 nr. 24, og fikk den ordlyd bestemmelsen nå har. Bakgrunnen for endringen var å få en avlastning av Høyesterett slik at Høyesterett skulle ha mulighet for å kunne konsentrere seg om store og viktige prinsipielle saker og bruke den nødvendige tid på disse. I brev av 18. juli 1979, hvor Høyesterett tok opp spørsmålet om lovendring, ble det uttalt:

«Hovedoppgaven for landets øverste domstol er å vareta rettsenheten og å lede rettsutviklingen på områder hvor lovgivningen ikke strekker til. Denne hovedoppgave kan Høyesterett bare makte dersom prosesslovgivningen gir mulighet for at retten kan bruke den nødvendige tid til behandlingen av de saker som har størst betydning for rettsenheten og rettsutviklingen. I saker av denne art vil advokatene og dommerne ofte ha et stort forberedende arbeid, og det er viktig at Høyesterett har tid til rolig overveielse og til å forme domsgrunnene på beste måte før avgjørelsen blir truffet. Det er også viktig at sakene kan bli avgjort uten unødige opphold.» (Ot. prp. nr. 41 (1980-81) side 4).

Departementet var enig i dette og uttalte blant annet at «Med det betydelige ansvar Høyesterett har for rettsutviklingen, er det etter departementets mening viktig at domstolene får rimelig tid til overveielser både når det gjelder resultatet og premissene i slike saker.» (Ot. prp. nr. 41 side 7). Også Justiskomiteen sluttet seg til forslaget som ble vedtatt.

At Høyesteretts hovedoppgave ligger innenfor det å bidra til å skape rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling, er senere kommet til uttrykk en rekke ganger, og i dag er det neppe uenighet om at Høyesteretts hovedoppgave ligger her. Det kan fra den senere tid blant annet vises til Ot. prp. nr. 1 (2000-2001) side 48, hvor det heter:

«Høyesterett dømmer i siste instans og er ankeinstans for avgjørelser truffet i lavere instanser. Høyesteretts hovedmål er å arbeide for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Dette innebærer en konsentrasjon om prinsipielle retts spørsmål og retningsgivende avgjørelser.»

At en hovedoppgave for Høyesterett er å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling, betyr selvsagt ikke at behandlingen av den enkelte sak ikke må innrettes slik at den er betryggende med henblikk på å nå en materielt riktig avgjørelse. Men utvelgelses- og behandlingsreglene må utformes med den nevnte hovedoppgaven for øye – slik at det blir mulig for Høyesterett å oppfylle den.

Det er grunn til å trekke frem at i land som har en tredjeinstans som Norges Høyesterett, vil det være en hovedoppgave for domstolen å virke for rettsavklaring og rettsutvikling. Det vil da være regler for utvelgelsen av ankesakene som nettopp sikrer at de viktige sakene når frem til behandling, mens de mindre viktige sakene blir silt fra. Dette gjelder f.eks. i Sverige for Högsta Domstolen hvor det kreves dispens – tillatelse – for å få en anke fremmet, og det gjelder for Danmarks Højesteret i alle tilfeller hvor domstolen er tredjeinstans. Det kan ellers, når det gjelder tredjeinstansens oppgaver og silingen av anker, vises til rekommandasjon fra Ministerkomiteen i Europarådet vedrørende anke i sivile saker – R(95)5 – hvor det blant annet heter: «Appeals to the third court should be used in particular in cases which merit a third judicial review, for example cases which would develop the law or which would contribute to the uniform interpretation of the law.»

Som påpekt under II.12.10, ville også en mer alminnelig rett til anke til Høyesterett nødvendiggjøre at Høyesterett hadde langt flere dommere enn i dag. Det ville åpenbart ha negative virkninger for oppfyllelsen av den hovedoppgave Høyesterett har i å virke for rettsavklaring og rettsutvikling. Ved et større antall dommere vil det bli vanskeligere å holde en enhetlig linje i viktige retts spørsmål. Prejudikatverdien av de enkelte avgjørelsene vil bli svekket. Å åpne for en vid ankeadgang, ville også være i dårlig samsvar med den proporsjona-

litetstankegang som bør gjennomsyre prosessen. Dersom man mer generelt vil styrke behandlingen av den enkelte sak, synes det også langt bedre å tilføre lagmannsretten økte ressurser med henblikk på å heve kvaliteten på behandlingen der.

### 13.2 Oppgaver for Høyesteretts ankeutvalg

Høyesteretts kjæremålsutvalg har to hovedoppgaver i sivilprosessen. Det er å være rettsmiddelinstans for de rettslige avgjørelser som er gjenstand for kjæremål etter tvistemålsloven § 396, og å avgjøre om de rettsavgjørelser som etter § 355 kan ankes til Høyesterett, skal tillates eller nektes fremmet etter § 373 tredje ledd. Kjæremålsutvalget har langt på vei parallelle oppgaver innenfor straffeprosessen.

Etter Tvistemålsutvalgets mening er det ikke grunn til å gjøre endringer i disse oppgavene for utvalget. Anker i de kategorier avgjørelser som tidligere ble overprøvd gjennom kjæremål, og hvor det fortsatt skal være adgang til særskilt overprøving, og siling av de avgjørelser som også tidligere var gjenstand for anke, bør høre under utvalget som det hensiktsmessige avgjørelsesorgan.

Det er derimot, som Tvistemålsutvalget kommer tilbake til avslutningsvis under dette punktet, grunn til å gjøre to endringer for det som i dag er Høyesteretts kjæremålsutvalg. Det er for det første at dette utvalget ikke bør opprettholdes som egen domstol, men ses på som en ordinær del av Høyesterett, og da Høyesterett satt med tre dommere i den enkelte sak. Det er imidlertid grunn til å gi Høyesterett med en slik sammensetning en egen betegnelse, som ut fra de avgjørelser som Høyesterett skal treffe med tre dommere, bør være ankeutvalget.

En del avgjørelser om saksbehandlingen i saker for de lavere domstoler kan bli brakt inn for Høyesterett (ankeutvalget). Prosesstyrende avgjørelser kan bli brukt som ankegrunn ved anke over den endelige avgjørelse i saken. Men det er også i mange tilfeller adgang til å anke særskilt over saksbehandlingsavgjørelser, se drøftelsen foran under II.12.8. Slike overprøvningsmuligheter bør det fortsatt være, likevel slik at adgangen til særskilt overprøving bør snevres noe inn. Skal særskilt overprøving kunne skje i et omfang av betydning, kan avgjørelsene ikke treffes av Høyesterett i avdeling. Det ville innebære en ressursbruk som ville måtte gå ut over andre og viktigere oppgaver. Høyesterett satt som ankeutvalg peker seg da naturlig ut som overprøvingsinstans. Alternativet ville være å

legge avgjørelsen til én enkelt dommer. Det er aktuelt for prosesstyrende avgjørelser i saker som er til behandling i Høyesterett. Der vil også den dømmende rett ha mulighet for en faktisk overprøving av den prosesstyrende avgjørelsen i forbindelse med behandlingen av saken i Høyesterett. Men enedommeravgjørelser i Høyesterett ved overprøving av avgjørelser av lagmannsretten, vil iallfall normalt ikke være tilfredsstillende.

Enkelte av de prosesstyrende avgjørelser som bør kunne ankes til Høyesterett (ankeutvalget), er prinsipielt sett særlig viktige. For disse bør det fortsatt være adgang for ankeutvalget til å bestemme at saken skal avgjøres av Høyesterett i avdeling. Om Høyesteretts sammensetning ved den enkelte avgjørelse, se nærmere II.13.6.

Det at det er viktig at en del avgjørelser om saksbehandlingen i saker for de underordnede domstoler, skal kunne ankes til Høyesterett (ankeutvalget), er imidlertid ikke ensbetydende med at dette må gjelde alle avgjørelser eller alle sider ved avgjørelsene. Adgangen til overprøving bør avhenge av betydningen av den enkelte avgjørelseskategori, betydningen av den konkrete avgjørelsen og muligheten for at en anke kan føre frem, jf. blant annet prinsippet om proporsjonalitet mellom behandling og det som behandles.

Den andre oppgaven for Høyesteretts kjæremålsutvalg etter dagens regler er, som nevnt, å foreta utvelgelsen av de anker som skal behandles av Høyesterett. Det er helt avgjørende for at Høyesterett skal kunne fylle sin funksjon med å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling, at utvelgelsen av sakene er utformet med dette for øye. Det er nødvendig at saker hvor betydningen av saken utelukkende ligger på det konkrete plan, og hvor en avgjørelse derfor ikke kan gi viktige føringer mer allment for rettsanvendelsen, ikke når frem til behandling i Høyesterett, med mindre særlige hensyn likevel taler for det. På den annen side er det av betydning at saker hvor avgjørelsen vil kunne gi føringer som nevnt, faktisk når frem til prøving i Høyesterett.

Måten utvelgelsen skjer på varierer fra land til land. I USA deltar i prinsippet alle dommerne i den føderale Høyesterett ved utvelgelsen av sakene der, og slik at det kreves at 4 (av 9) dommere går inn for at anken skal behandles. Det er imidlertid et meget stort antall saker som ankes til USAs Høyesterett, og den enkelte dommer vil være helt avhengig av det arbeidsgrunnlag dommerens juridiske assistenter utarbeider om ankesakene. De aller fleste saker en dommer der stemmer for å nekte behandlet, vil dommeren reelt ikke, eller bare i meget begrenset grad, ha kunnskap om. Om systemet for utvelgelse av saker til USAs Høyeste-

rett, se William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, særlig side 263 flg.

I andre jurisdiksjoner vil det være en eller flere, men allikevel bare et lite mindretall av den øverste domstolens dommere, som avgjør om anken skal behandles. I Sverige kan dispens – samtykke – gis eller nektes noen ganger av en enkelt dommer, andre ganger av tre dommere.

Danmark har et system for utvelgelse som internasjonalt sett er helt spesielt. Der gis anketillatelse av Procesbevillingsnævnet, i realiteten en spesialdomstol. Når Danmark står alene med en slik ordning, må det ses i sammenheng med at oppgaven med å velge ut de saker som skal fremmes til ankebehandling, er et sentralt ledd i det å fremme rettsutvikling og rettsavklaring. Det er like viktig å velge ut sakene som å få dem avgjort og begrunnet. Velges ikke de rette sakene ut, blir det ingen avgjørelse med begrunnelse som kan bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. En nasjonal høyesterett som ikke kan velge ut sakene, blir – internasjonalt sett – bare en «halvveis» høyesterett. At Høyesterett dømmer i siste instans, sml. vår Grunnlov § 88, blir for det flertallet av anker som må siles bort, ingen realitet når det er et annet organ som treffer silingsavgjørelsen. Den danske ordningen må forstås i den historiske sammenheng den hører hjemme. Avgjørelsen av om det skulle gis tillatelse til anke ble tidligere truffet av Justisministeriet. Det var en ordning som ikke lot seg forene med grunnleggende prinsipper om domstolenes uavhengighet. I den situasjon kan det være forståelig at man byttet ut ett organ – Justisministeriet – med et annet organ som iallfall prinsipielt sett måtte fremtre som langt bedre enn det man erstattet.

Det er utvalgets konklusjon at utvelgelsen av sakene for Høyesterett fortsatt bør høre under Høyesterett, og da hensiktsmessig Høyesterett satt med tre dommere som ankeutvalg. Det bør, iallfall ikke annet enn rent unntaksvis, være grunnlag for at disse avgjørelsene kan treffes av en enkelt av Høyesteretts dommere. Det er som påpekt viktig at det skjer en best mulig utvelgelse.

Å la spørsmålet om tillatelse til anke bli avgjort av et større antall dommere enn i dag, ville etter utvalgets mening ikke være noen god ordning. Det ville måtte gå ut over Høyesteretts andre oppgaver. Dagens ordning med at avgjørelsen treffes av tre dommere synes å være en rimelig balansert bruk av ressurser holdt opp mot behovet for forsvarlighet i avgjørelsene. I denne forbindelse minnes det også om den sikkerhet som ligger i at en nektelse etter dagens regler krever enstemmighet, en ordning utvalget mener bør videreføres i forhold til et krav om samtykke til anke. Det kan imidlertid nevnes at

kravet om enstemmighet neppe er nødvendig for at det reelt sett skal kreves at dommerne i utvalget er enige om å nekte samtykke. Dersom en av dommerne ønsker saken behandlet i Høyesterett, ville de to øvrige ganske sikkert, uansett stemmereglene, ha bøydd seg for det.

Som påpekt foran i dette avsnittet kan Tvistemålsutvalget ikke se at det er grunn til at Høyesteretts kjæremålsutvalg – etter Tvistemålsutvalgets terminologi ankeutvalget – skal være egen domstol. Høyesteretts ankeutvalg er rett og slett Høyesterett satt med tre av Høyesteretts dommere, på samme måte som Høyesterett i avdeling er Høyesterett satt med fem dommere. Behandlingsmåten i kjæremålsutvalget er, i motsetning, til behandlingen i avdeling, skriftlig. Men at det i seg selv skulle gi noen grunn til at utvalget skal være en egen domstol, er vanskelig å se. Forskjellen i behandlingsmåte vil for øvrig i noen grad bli mindre etter utkastet til tvistelov. Det blir større mulighet for skriftlige innslag i behandlingen av anker over dommer. For anker over kjennelser og beslutninger som skal avgjøres av utvalget, åpnes det for en begrenset adgang til å holde muntlige forhandlinger. Det som derimot lovteknisk kan være hensiktsmessig, er å bruke en særlig betegnelse på Høyesterett i de tilfeller hvor retten skal settes med tre dommere. Tvistemålsutvalget mener, som påpekt, at betegnelsen her bør være Høyesteretts ankeutvalg, i og med at anke blir det felles rettsmiddel for det som etter tvistemålsloven var anke og kjæremål. Det tilføyes her at overgang til anke som ett rettsmiddel også foreslås for straffeprosessen. Det vises til forslag til § 4 i domstolloven.

### 13.3 Nektelse eller samtykke?

Dagens utvelgelsesordning for anker til Høyesterett har som utgangspunkt en ankerett, forutsatt at kravet til ankesum etter § 357 er oppfylt. Men fra denne hovedregelen åpner § 373 tredje ledd, i fire nærmere angitte tilfeller, likevel for å nekte anken fremmet til Høyesterett. De fire tilfellene hvor Høyesterett kan nekte en anke fremmet, er hvor kjæremålsutvalget enstemmig

- «1. finner det klart, at anken ikke vil føre frem,
- 2. eller finner at anken ikke vil kunne gis medhold uten at Høyesterett fraviker den påankede avgjørelse i et punkt hvor det antas å ha vært av vesentlig betydning, at retten har hatt høve til umiddelbart å høre forklaringer av parter eller vitner eller til å foreta en granskning, som ikke kan foretas av Høyesterett,

3. eller finner, at den ankende part ikke har sannsynliggjort, at det er uten hans skyld at nye påberopte beviser som under punkt 2 nevnt ikke har vært ført umiddelbart for den rett som har dømt i saken,

4. eller finner at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold gir grunn til at anken blir prøvd av Høyesterett.»

De viktigste nektelsesgrunnene er nr. 1, 2 og 4. Etter nr. 1 foretas det altså en foreløpig prøving, og kjæremålsutvalget må konkludere med det er klart at anken ikke vil føre frem. Det kreves en høy grad av sannsynlighet for dette. Nr. 2 gjelder de tilfellene hvor Høyesterett ikke kan komme til et annet resultat enn lagmannsretten uten å måtte fravike en bevisbedømmelse hvor det har vært av verdi for lagmannsretten å foreta bevisvurderingen etter en umiddelbar bevisføring som Høyesterett ikke kan foreta. Å åpne for ankeprøving i et slikt tilfelle, ville kunne innebære at man erstattet en god og forsvarlig behandling av bevisene og bevisføringen med en mindre god.

Nr. 4 er en nektelsesgrunn av en helt annen karakter enn de øvrige. Den går direkte på det som er kjernen i Høyesteretts oppgave – å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. Svært mange av de anker til Høyesterett som blir nektet, blir i dag nettopp stoppet etter dette alternativet. I årene 1998 og 1999 ble i alt 425 og 415 sivile saker anket til Høyesterett. Trekker man ut de ankesaker ut hvor det ble søkt om tillatelse til direkte anke fra by- eller herredsrett eller om anke uavhengig av ankesum, og de anker som ble avvist eller hevet i kjæremålsutvalget, var det for de to årene i alt 381 og 374 anker som ble vurdert etter § 373 tredje ledd. Av disse ble henholdsvis 286 og 270 helt eller delvis nektet fremmet.

For de anker som helt ut ble nektet fremmet, fordeler nektelsesgrunnlagene seg prosentvis slik:

	1998	1999
nr. 1	25%	23%
nr. 2	6%	6%
nr. 3	0,4%	
nr. 4	32%	34%
nr. 2 + 4	24%	24%
nr. 1 + 4	4%	4%
nr. 1 + 2	0,4%	1%
nr. 1 + 2 + 4	0,4%	

Ulike kombinasjoner der anken for en del nektes etter én bestemmelse, for andre deler etter én eller to andre bestemmelser:

1998:	8%
1999:	8%

Av de sistnevnte tilfeller var det begge år godt under en fjerdedel hvor nr. 4 ikke ble brukt for noen av delene av anken.

Oversikten viser at nr. 4 er det dominerende nektelsesgrunnlag. Av de anker som fullt ut ble nektet fremmet, og hvor nektelsesgrunnlagene ikke var splittet i forhold til ulike rettslige grunnlag for anken eller for ulike krav, var det bare henholdsvis 32% og 30% av tilfellene hvor nr. 4 ikke ble brukt, enten alene eller i kombinasjon med andre nektelsesgrunnlag.

Alternativet til en utvelgesesordning med utgangspunkt i en ankerett, og med adgang til å gjøre unntak, vil være en generell regel om at det kreves samtykke for å få en anke fremmet for Høyesterett, eventuelt med en angivelse av momenter av betydning for samtykkevurderingen. Forskjellen på disse to utvelgesesmåtene vil først og fremst være hvor bundet retten er i nektelsesvurderingen. Med de kriterier som § 373 tredje ledd gir anvisning på, kan det sies at forskjellen blir mer formell enn reell.

Men likevel – det sentrale element i avgjørelsen av om en ankesak skal behandles av Høyesterett, om anken reiser prinsipielle rettsspørsmål som har betydning utenfor den konkrete avgjørelsen, kommer best til uttrykk om begrensingsreglen utformes slik at det kreves samtykke for å anke til Høyesterett. Denne regelene bør da gi uttrykk for, som et viktig moment for vurderingen, om anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den konkrete saken, jf. utkastets § 12-5. Dette vil ikke si at sakens prinsipielle betydning er det eneste momentet i vurderingen av om samtykke skal gis. Hvor saken betyr særlig mye for den ankende part, og det er nærliggende at lagmannsrettens avgjørelse er uriktig, vil det være et forhold av vekt for å gi samtykke.

Etter straffeprosessloven § 323 kreves samtykke fra Høyesteretts kjæremålsutvalg for at en anke i straffesak skal kunne fremmes for Høyesterett. Samtykke skal bare skal gis «når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken prøvd i Høyesterett.» Avgjørelser i straffesaker vil for samfunnet, og ikke minst dem de angår, gjennomgående være viktigere enn avgjørelser i sivile saker. Når det er et generelt vilkår om samtykke for å få en straffesak fremmet for Høyesterett, er det vanskelig å begrunne at ikke det samme bør gjelde i sivile saker.

Det kan nevnes at regler om samtykke – og

da i motsetning til en ordning med en ankerrett som hovedregel, men med en mulighet for likevel å nekte i nærmere angitt tilfeller – også er vanlig i de fleste land som har en mulighet for prøving av tre instanser. Det gjelder Sverige og Danmark, for de tilfeller hvor Danmarks Højesteret vil være tredjeinstans.

Det som er drøftet om samtykke ovenfor, er først og fremst skrevet med sikte på de avgjørelser som i dag er gjenstand for anke, hovedsakelig realitetsavgjørelser av det som er tvistegjenstanden i saken. De avgjørelser som i dag overprøves ved kjæremål, vil, etter de reglene utvalget foreslår, stort sett kunne ankes, men slik at behandlingsreglene langt på vei vil samsvare med dagens regler for behandlingen av kjæremålssaker. Også hvor det skjer en anke over en avgjørelse som gjelder behandlingen av saken, f.eks. en avgjørelse om oppnevning av sakkyndige, bør det være en mulighet for å sile bort anker. Men hensynene for en siling blir delvis andre. Her er det for det første et moment at en full behandling av en anke over en saksbehandlingsavgjørelse, oftest vil kreve langt mindre ressurser enn en anke over en dom. Det er også av betydning at denne typer anker normalt vil være klare for avgjørelse når de tas under behandling av kjæremålsutvalget. Når det gjelder behovet for ankeprøving, vil et system med overprøving av saksbehandlingsavgjørelser kunne kontrollere og fremme kvaliteten på saksbehandlingen i lagmannsretten og domstolene mer generelt. Men dette bør ikke lede til at det overhodet ikke er adgang til å stoppe anker over kjennelser og beslutninger. Det er tilfeller hvor en full behandling ikke kan forsvares ut fra et proporsjonalitetshensyn, og det er tilfeller hvor det er behov for raskt å kunne stoppe en anke som ikke har noe for seg. Utvalget foreslår i § 12-6 en begrenset adgang til nekte fremmet anker over kjennelser og beslutninger.

Både ved samtykke til anke over dommer og til nektelse av anker over kjennelser og beslutninger, bør det være adgang til å begrense et samtykke eller en nektelse. Om dette vises nærmere til bemerkningene til henholdsvis § 12-5 og § 12-6.

### 13.4 Full prøving, revisjon eller kassasjon

Under dette punktet vil Tvistemålsutvalget drøfte om Høyesterett bør ha kompetanse til å prøve ikke bare lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse, men også bevisbedømmelsen – slik at Høyesterett, om en bevisanke tas til følge, kan legge et annet saksforhold til grunn enn lagmannsretten.

Videre drøftes om Høyesterett, forutsatt at retten skal ha kompetanse til å prøve også det faktiske saksforholdet, bør ha adgang til umiddelbar bevisføring. Det siste forutsetter muntlig behandling, men et behov for umiddelbar bevisføring vil være et argument for en slik behandlingsform. Drøftelsen begrenses foreløpig til de anker som etter utvalgets utkast gjelder anke over dommer, men merk her at domsdefinisjonen er noe annerledes enn etter gjeldende lov, se § 21-1.

I ankesaker i dag har Høyesterett full prøvingskompetanse. Retten kan prøve sakens faktum, rettsanvendelsen og saksbehandlingen i den lavere instansen. Muligheten for overprøving av faktum begrenses imidlertid av at bevisføringen for Høyesterett i det vesentlige er middelbar – forklaringer fra parter og vitner må skje gjennom dokumentasjon av skriftlige opptegnelser av disse forklaringene.

En så vid kompetanse som Høyesterett har er ingen selvfølge for et lands øverste domstol. En rekke lands høyesteretter har en begrenset kompetanse når det gjelder prøvingen av faktum. Det kan være at det faktiske saksforhold som er lagt til grunn i den påankete avgjørelse, overhodet ikke kan overprøves, eller det kan være begrensninger i adgangen til å sette underinstansens bevisbedømmelse til side. Begrensningene kan være slik at den øverste domstol, som f.eks. i Frankrike, blir en kassasjonsdomstol. Ved konstatering av feil i saksbehandling eller rettsanvendelse vil domstolen måtte oppheve – kassere – den påankete avgjørelse og vise saken til fortsatt behandling og ny avgjørelse ved den underordnede domstol.

I Sverige og Danmark har henholdsvis Högsta Domstolen og Danmarks Højesteret en kompetanse ved prøving av anker i tvistemål som ligger nær opp til den kompetanse Norges Høyesterett har, dog slik at prøving av faktum i saker for Högsta domstolen kan være uaktuelt hvor samtykket til prøving er begrenset til prejudikatsspørsmål. I spesielle tilfeller vil disse domstolene kunne foreta umiddelbar bevisføring, men det er mer en formell enn en reell mulighet.

Hos oss har det ikke alltid vært betraktet som noen selvfølge at Høyesterett skal kunne prøve også det faktum som lagmannsretten har lagt til grunn i sin dom. Etter reglene i tvistemålsloven av 1915, slik disse var ved lovens vedtakelse, var Høyesterett det som ble kalt en revisjonsdomstol. En anke til Høyesterett kunne bare grunnes på rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Denne ordningen trådte aldri i kraft. Ved lov om midlertidige forandringer av rettergangsordningen av 13. juli 1925 ble det fastsatt at anke til Høyesterett fort-

satt kunne gjelde også faktum, og at bevisføringen – som før – skulle være middelbar. Det var forutsett at dette spørsmålet – og også andre sider ved ankeordningen – skulle tas opp til ny vurdering etter noen år. Denne vurderingen ble i første omgang foretatt av Ankeordningskomiteen av 1934, som i hovedtrekk foreslo den ankeordning vi har i dag, og som ble vedtatt ved lov 21. juni 1935 nr. 8. Dagens ordning skiller seg fra den som ble vedtatt i 1935 først og fremst ved at nektelsesgrunnene etter § 373 tredje ledd er blitt utvidet.

Regelen i tvistemålsloven, slik den var ved vedtakelsen i 1915, om at Høyesterett ikke skulle kunne prøve den underordnete retts fastsettelse av saksforholdet, var utelukkende og uttrykkelig begrunnet med at bevisføringen for Høyesterett måtte være middelbar. Høyesterett ville da, om den kunne prøve faktum, få et dårligere grunnlag for sin bevisbedømmelse enn den rett som hadde truffet den påankete avgjørelse. Som Ankeordningskomiteen av 1934 peker på (innstillingen side 18), rekker denne begrunnelsen iallfall ikke lenger enn til å nekte overprøving av bevisbedømmelsen hvor umiddelbar bevisføring var viktig.

Hvor bevisbedømmelsen bygger på dokumentbevis eller andre bevis enn parts- og vitneforklaringer eller åstedsbefaring, kan betydningen av umiddelbar bevisføring ikke begrunne en regel om at Høyesterett ikke skal kunne overprøve sakens faktum. At det normalt vil være lite rimelig at Høyesterett etter middelbar bevisføring skal kunne tilside-sette en bevisbedømmelse basert på umiddelbarhet, hvor umiddelbarhet er viktig, bør ikke føre lenger enn til at Høyesterett må vise stor forsiktighet med å tilside-sette den faktiske vurderingen, og til at man – som Ankeordningskomiteen foreslo – gir en regel om rett til å nekte anker hvor hensynet til umiddelbar bevisføring er vesentlig.

Et annet hensyn, som også Ankeordningskomiteen er inne på (innstillingen side 18), er at det er vanskelig å trekke grensen mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse, og at begrensningen kan lede til unødig formalisme både hos domstolen og advokatene. At det kan være vanskelig å trekke en grense som nevnt, er nok riktig. På den annen side viser erfaringen blant annet med Høyesteretts begrensede kompetanse i anke over overskjønn, at grensen mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse stort sett er håndterbar.

Ved vurderingen av den kompetanse Høyesterett bør ha ved overprøving av dommer, er det grunn til å ta et annet utgangspunkt for vurderingen enn det som ble gjort i forarbeidene til den opprinnelige ankeordningen i loven fra 1915. Som påpekt av Ankeordningskomiteen, kan ikke hensy-

net til bevisumiddelbarhet begrunne en regel som helt unndrar bevisbedømmelsen fra overprøving i Høyesterett. Skal det innføres en slik begrensning, må det begrunnes ut fra at dette er nødvendig for at Høyesterett på best mulig måte skal kunne løse sin hovedoppgave med rettsutvikling og rettsavklaring, eller iallfall at det ikke er noe behov for at Høyesterett skal kunne prøve faktum for at denne hovedoppgaven skal kunne løses helt ut tilfredsstillende.

Ved vurderingen her er det nødvendig å trekke tråden til de regler som gis om samtykke til anke. Det er etter den regelen som foreslås, angitt at «Samtykke kan begrenses til enkelte krav og til enkelte ankegrunner, herunder til nærmere konkrete påberopte feil i rettsanvendelsen, saksbehandlingen eller det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.» Denne regelen skal muliggjøre at anken kan skjæres til, slik at ankeprøvingen konsentreres om de prinsipielt viktige sider ved saken. Anken kan begrenses til rettsanvendelsen, og også til f.eks. en av flere rettslige anførsler. Prinsipielt sett innebærer dette ikke noen endring i forhold til dagens system med nektelse av anker. Her vil en anke kunne nektes delvis, og også slik at man nekter prøving av bevisbedømmelsen og bare slipper frem en enkelt rettslig anførsel til prøving.

Ved et samtykke som er begrenset til rettsanvendelsen eller til deler av rettsanvendelsen, er det bare denne som skal prøves av Høyesterett. Faktum prøves da ikke. Spørsmålet om Høyesterett generelt bør ha kompetanse til å prøve sakens faktum, får i slike tilfeller ingen betydning. En prøving begrenset til rettsanvendelsen vil forutsette at det er klart hvilken rettsoppfatning lagmannsretten har lagt til grunn, eller iallfall kan ha lagt til grunn. Hvis Høyesterett i et slikt tilfelle kommer til at den rettsanvendelse som er lagt til grunn, er eller kan være uriktig, må dommen oppheves og ny realitetsavgjørelse treffes av lagmannsretten. Hvis rettsanvendelsen er riktig, blir dommen stående.

Det vil altså være opp til Høyesterett – ankeutvalget – i det konkrete tilfellet å skjære til en anke slik at kun rettsspørsmålene, eller bare noen av disse, kommer til overprøving i Høyesterett. Etter Tvistemålsutvalgets mening er det først og fremst gjennom denne tilskjæringen at behovet for at Høyesterett skal kunne konsentrere seg om de prinsipielle rettsspørsmålene ivaretas. Skulle man gå lenger og helt unnta det faktiske saksforhold fra overprøving, måtte det være fordi adgangen til tilskjæring av saken til rettslige spørsmål ikke vil bli brukt i tilstrekkelig grad eller at det aldri vil være begrunnet at Høyesterett overprøver det faktiske saksforholdet.



Det første alternativet her, at tilskjæringsmuligheten ikke vil bli brukt i tilstrekkelig grad, kan det argumenteres for med en viss styrke. Som påpekt gir nektelsesreglene vidtrekkende muligheter for tilskjæring. De brukes i noen grad, men likevel i langt mindre utstrekning enn det et fokus på de prinsipielle sidene i sakene kunne gi grunn til. Å ha en sikker formening om hvorfor dette er tilfellet er ikke mulig. Men det synes nærliggende at det spiller en rolle at det formelle utgangspunkt er en ankerett, og at det er nektelsen som skal vurderes i forhold til reglene. I den regel utvalget foreslår, er det samtykket – henvisningen – som positivt må vurderes, og et viktig vurderingstema vil her være om saken gjelder spørsmål som har betydning utenfor saken selv. Ved samtykket, og derved avgrensningen av ankesaken for Høyesterett, skal fokus derfor nettopp være på de prinsipielle retts spørsmål.

Et faktisk forhold som nok kan ha spilt en rolle for den manglende tilskjæring som har skjedd av ankesakene i kjæremålsutvalget, er at tilskjæring kan kreve ganske inngående analyser og vurderinger. Arbeidsmengden i kjæremålsutvalget er i perioder meget stor. Det kan med dette som bakgrunn være forståelig at det er problemer med å finne plass til tid for en avgrensning som nevnt. På den annen side vil en større grad av tilskjæring også innebære en frigjøring av ressurser som i dag går til en bredere behandling også av de rent bevismessige sidene ved sakene. En slik frigjøring av ressurser bør kunne veie opp for merarbeidet med å begrense ankene – og vel så det.

Selv om Høyesteretts hovedoppgave ligger på rettsavklaring og rettsutvikling, vil det kunne være tilfeller hvor det likevel kan være behov for å vurdere også de faktiske forhold i saken, og hvor det er rimelig at Høyesterett kan gjøre det. For det første kan en avgjørelse av det faktiske forhold bero på de beviskrav – det krav til sannsynlighet – som stilles. Riktignok vil dette kravet til bevis være en del av rettsanvendelsen, men det vil være vanskelig både å foreta en overprøving av om det riktige kravet er lagt til grunn, og å formulere det riktige rettslige krav til bevis, uten at det skjer sammen med en konkret bevisbedømmelse. Det er også tilfeller ellers hvor rettsanvendelsen kan være så sammenføydd med bevisbedømmelsen at det vil være utilfredsstillende å avgrense en anke mot bevisbedømmelsen. Det vil også kunne tenkes enkeltsaker hvor det vil være rimelig å tillate ankeprøving i Høyesterett selv om tyngden av saken ligger på det bevismessige. Det kan f.eks. gjelde i sak av meget stor betydning for partene, og hvor det er grunn til å

stille spørsmål ved riktigheten av lagmannsrettens dom.

Utvalgets konklusjon er at reglene om at det kreves samtykke til anke til Høyesterett meget langt på vei åpner for en hensiktsmessig tilskjæring av ankene – en tilskjæring til de prinsipielle rettsspørsmålene – og at det ikke bør innføres en regel om at Høyesterett i anker over dommer ikke har kompetanse til å prøve bevisbedømmelsen. Det er opp til ankeutvalget å bruke de vidtgående muligheter for tilskjæring som samtykkeregelen åpner for. Å avgrense Høyesteretts kompetanse mot prøving av det faktiske saksforhold i de påankete avgjørelsene, ville nok i større grad sikre at sakene ble konsentrert om rettsspørsmålene – og også saksbehandlingsspørsmål det er behov for å få Høyesteretts standpunkt til. Det ville imidlertid, som påpekt, ha uønskete virkninger om Høyesterett helt skulle bli avskåret fra å ta stilling til sakens faktum.

Når det gjelder muligheten for å konsentrere ankesakene om de prinsipielle rettsspørsmålene, vil utvalget også peke på at utkastet åpner for en blandet muntlig og skriftlig prosess ved ankebehandlingen ved overprøving av dommer. Det vises her til utkastet § 12-10(2) jf. (1). Bruk av dette bør i betydelig utstrekning kunne lede til en konsentrasjon som nevnt om de viktigste rettsspørsmålene eller i det minste til de spørsmål – faktiske og rettslige – som er omtvistet. Samlet sett bør dette gi Høyesterett, herunder ankeutvalget, gode redskaper for hensiktsmessig og tidsrasjonell konsentrasjon og behandling av anker over dommer.

Som påpekt innledningsvis i dette punktet, har drøftelsen foran vært begrenset til anke over dommer. Ankekapitlene, som altså etablerer ett felles rettsmiddel for angrep på dommer, kjennelser og beslutninger, i den grad kjennelser og beslutninger kan overprøves særskilt, gir visse særregler for anke over dommer. Den viktigste er hovedregelen om muntlig behandling, se §§ 11-16(1) og 12-10(1). De avgjørelser som skal være dommer, vil gjennom den definisjon av dommer som vil bli gitt i kapitlet om rettslige avgjørelser og eventuelle supplerende bestemmelser, nettopp være viktige avgjørelser hvor det foreligger behov for særlig grundig og forsvarlig behandling. Anker over kjennelser og beslutninger av lagmannsretten, stort sett de saker som nå er gjenstand for kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg, skal fortsatt avgjøres av Høyesterett satt med tre dommere i ankeutvalget, og behandlingsformen skal være skriftlig, med mindre anken unntaksvis vises til avgjørelse i Høyesterett i avdeling og det da besluttes muntlig behandling.

Selv om anker over kjennelser og beslutninger gjennomgående vil være mindre viktige enn anker over dommer, mener Tvistemålsutvalget at ankeutvalget fortsatt bør ha kompetanse til å prøve det faktiske saksforhold i avgjørelsene, med et – vesentlig – unntak, som i dag, for videre anke.

De fleste kjennelser og beslutninger vil gjelde saksbehandlingsspørsmål. Kjernen i avgjørelsene vil gjerne være hensynet til forsvarlig eller hensiktsmessig saksbehandling. Hvis man først åpner for overprøving av dette, bør en overprøving også innebære en prøving av faktum – med unntak for videre anke. En annen sak er at det ikke er grunn til å åpne for overprøving av alle kategorier kjennelser og beslutninger. Både ut fra proporsjonalitetshensyn og andre hensyn bør det innføres ulike begrensninger i overprøvingsadgangen, se blant annet §§ 11-2(2), 11-3(2) og (3), 11-13(5), 12-4 og 12-6 og bemerkningene til disse bestemmelsene.

### 13.5 Umiddelbar eller middelbar bevisføring for Høyesterett?

Hvis det først legges til grunn at Høyesteretts kompetanse ved overprøving av dommer ikke skal avgrenses mot prøving av bevisbedømmelsen, oppstår spørsmålet om hvordan bevisføringen for Høyesterett skal skje, først og fremst om bevisføringen skal være umiddelbar – med avhør av parter og vitner direkte for Høyesterett – eller om den som i dag skal være middelbar. Innvendingen mot umiddelbar bevisføring i Høyesterett vil nok først og fremst være at dette er for tidkrevende, og at det ikke er rimelig at Høyesterett bruker vesentlige ressurser på dette, jf. det som er fremhevet om Høyesteretts hovedoppgave. En slik betraktning har tyngde, selv om den vil ha mindre vekt i dess sterkere grad samtykke til anke blir begrenset til rettsanvendelsen eller deler av denne. Da blir det ingen bevisbedømmelse å overprøve. Det er også grunn til å vektlegge at en umiddelbar bevisføring for Høyesterett nok gjennomgående vil gi et svakere avgjørelsesgrunnlag enn en slik umiddelbar bevisføring for de øvrige domstoler, spesielt når den skjer for førsteinstansen. Bevisene – ikke minst forklaringene – blir dårligere etter hvert som tiden går og – dessverre – også i noen tilfeller med muligheten for parter og vitner til å tilpasse sin forklaring til forklaringene fra andre. Men ikke alle umiddelbare bevis behøver å forringes med årene. Det kan f.eks. gjelde for et åsted.

De fleste oppfatter nok dagens ordning med middelbar bevisføring for Høyesterett som en selvfølge. Det er også en ordning som gjelder for de

fleste lands øverste domstoler, iallfall som den praktiske hovedregel, hvis det i det hele er adgang til bevisføring om det faktiske saksforhold. Terje Wold tok i et foredrag i Den norske advokatforening i 1969 til orde for at det burde kunne skje umiddelbar bevisføring for Høyesterett med parts- og vitneforklaringer og åstedsbefaring, se artikkel i Jussens Venner 1970 side 208 flg. Hans begrunnelse synes først og fremst å være at det er viktig for tilliten til Høyesterett at Høyesterett ved behandlingen av saker hvor umiddelbar bevisføring er viktig, kan foreta slik bevisføring. Bevisbedømmelsen blir sikrere.

Det kan være riktig, som Terje Wold fremhever, at bevisbedømmelsen også i noen saker for Høyesterett kunne bli bedre ved umiddelbar bevisførsel. Men som påpekt, betydningen av umiddelbar bevisføring svekkes etter som tiden går. Kanskje viktigere for et godt faktisk avgjørelsesgrunnlag i Høyesterett, er det å sikre at bevisene for de lavere instanser, og da først og fremst for tingretten, kan bevares for mulig bruk i senere instanser, se §§ 17-9 til 17-11. Dertil kommer at ved sentrale bevis hvor umiddelbar bevisføring er viktig, vil i det minste bevisresultatet være nedfelt i de tidligere dommer. Er det noen rimelighet å legge opp til en full overprøving av dette ved en tredje prøving i Høyesterett? Mye taler etter utvalgets mening for at det er bedre å holde fast ved at Høyesterett kan prøve faktum, og da etter middelbar bevisføring, men at det skal vises stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette en bevisbedømmelse hvor det har vært av betydning å høre parter og vitner. Den siste begrensningen er for øvrig også viktig fordi EMK artikkel 6(1) setter grenser for prøvingen av bevisbedømmelsen hvor prøvingen skjer gjennom middelbar bevisføring, se foran under II.12. 5.3. Muligheten for å overprøve bevisvurderingen i Høyesterett vil i slike tilfeller få preg av en forsvarlighetskontroll, og det synes også å være en rimelig avgrensning for en tredjeinstansprøving av sakens faktum.

Den viktigste grunnen til at bevisføringen for Høyesterett ikke bør være umiddelbar, er likevel at det vil være vanskelig å forene med den hovedoppgave det er for Høyesterett å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. Det ville gi et merkelig signal om Høyesteretts oppgaver hvis det åpnes for en bevisføring som gjennomgående vil være langt mer tidkrevende enn en middelbar bevisføring, som kan konsentreres i større grad. Men viktigere enn signaleffekten ville det selvsagt være at Høyesterett faktisk ville måtte bruke en større del av sin tid på konkret bevisbedømmelse. Her hører det hjemme at umiddelbar bevisføring for Høyeste-

rett også måtte få virkninger for selve opplegget av ankeforhandlingen. Selv om ankeforhandlingene i enkeltsaker i Høyesterett kan ta lang tid – og for lang tid – er det trolig likevel hensiktsmessig for tidsbruken at alt bevisstoffet finnes ved forhandlingenes begynnelse, slik at bevisføringen kan integreres i ett hovedinnlegg fra partene (advokatene).

Tvistemålsutvalgets konklusjon er at dagens regel med middelbar bevisføring for Høyesterett ved muntlig ankebehandling bør beholdes. Hovedargumentet er at dette i større grad vil føre til en konsentrasjon om de prinsipielle sider ved ankesakene, og at det ikke vil være rimelig å åpne for den bruk av Høyesteretts knappe ressurser som en adgang til umiddelbar bevisføring vil lede til.

Det er i dag en adgang til å avhøre rettsoppnevnte sakkyndige direkte for Høyesterett – og også som alternativ en adgang til telefonavhør av dem. Denne adgangen bør beholdes. Når det først oppnevnes sakkyndige i saker for Høyesterett, vil deres utredninger gjerne stå helt sentralt, og det vil da kunne være viktig at de kan avhøres av Høyesterett.

Spørsmålet om bevisumiddelbarhet vil ikke oppstå hvor anke over kjennelsen eller beslutningen behandles skriftlig. Da må bevisføringen være middelbar. For de anker som vises til behandling i Høyesterett, er det ikke grunn til å ha andre bevisføringsregler enn de som gjelder for anker over dommer. Heller ikke her bør det være aktuelt med bevisumiddelbarhet.

Som påpekt under II.12.10, bør det ikke være noen alminnelig adgang til prøving i tre instanser. Det bør gjelde for de avgjørelser som treffes ved dommer, og det bør – desto mer – gjelde for de generelt sett mindre viktige avgjørelser som treffes som kjennelser eller beslutninger. Men lagmannsrettens avgjørelser av anker over kjennelse og beslutning i tingretten, kan reise generelle lovtolkingsspørsmål som det kan være grunn til å åpne for prøving av. Det kan også være grunn til å åpne for kontroll og prøving av saksbehandlingen i lagmannsretten. Det som derimot ikke bør tillates i en videre anke, er overprøving av det faktum lagmannsretten bygger på i sin avgjørelse av anke over kjennelser eller beslutninger. Med mindre man da unntok fra ankeadgangen større grupper med avgjørelser, ville en rett til videre anke, med full prøvingsadgang også av faktum, fullstendig sprengte enhver rimelig kapasitet for Høyesterett (ankeutvalget) og virke sterkt negativt for Høyesteretts muligheter for å løse sine andre oppgaver. Det er utvalgets standpunkt at tvistemålsloven § 404 gir en tilfredsstillende løsning på det overprøvingsbehov som foreligger ved videre kjæremål, og utval-

get vil beholde denne reglen for videre anke over kjennelser, jf. utkast § 12-4.

### 13.6 Høyesteretts sammensetning i den enkelte ankesak

Som påpekt er det en hovedoppgave for Høyesterett å bidra til rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling. Prosessreglene er helt sentrale for at denne oppgaven skal kunne ivaretas. Reglene for utvelgelse må sikre at de prinsipielle ankesakene henvises til behandling, og at de mindre viktige skilles fra. Behandlingsreglene må gi grunnlag for at de prinsipielle spørsmål kommer frem og står i fokus ved Høyesteretts behandling og avgjørelse.

En viktig del av reglene om behandlingen av saker for domstolene, er reglene om rettens sammensetning i den enkelte sak. Utvalget har tatt opp disse reglene der utvalget har funnet grunn til det. Det er blant annet vurdert og foreslått regler om at tingrettene i visse tilfeller bør kunne settes med mer enn én fagdommer. Videre har utvalget vurdert og foreslått regler om bruken av lekdommere – fagkyndige så vel som «alminnelige» – i tingrettene og lagmannsrettene.

Etter utvalgets mening bør man også se på sammensetningen i Høyesterett, og da ut fra problemstillingen om dagens sammensetning er tilfredsstillende med henblikk på at Høyesterett på best mulig måte skal kunne løse sin hovedoppgave med rettsavklaring og rettsutvikling. I denne forbindelse er det også grunn til å peke på at det i senere tid er startet en debatt om dette. Utvalget viser til foredrag av Carsten Smith ved det alminnelige dommermøtet i Bergen i mai 2000, som er gjengitt i artikkel i Juristkontakt nr. 6/2000, side 8 flg., særlig side 13.

Videre er det grunn til å peke på at nasjonale høyesteretter i andre land har en annen sammensetning enn den norske, og ikke minst at det mange steder er åpnet for at domstolens sammensetning kan variere blant annet med betydningen av saken.

Reglene om Høyesteretts sammensetning er tatt inn i domstoloven og i Høyesterettsloven – eller plenumsloven – av 25. juni 1926 nr. 2. I noen grad har det preg av tilfeldighet om et sett behandlingsregler er tatt inn i domstoloven, eventuelt i særlovgivning, eller i tvistemålsloven. Det gjelder også for reglene om rettens sammensetning i den enkelte sak. Som påpekt finnes disse for Høyesterett utenfor tvistemålsloven. Slik er det langt på vei også for de andre domstolene, men likevel slik at tvistemålsloven §§ 323 til 326 gir regler om en viktig side ved sammensetningen – bruk av med-

dommere. I den kgl. res. om nedsettelse av Tvistemålsutvalget er det angitt at Tvistemålsutvalget «gis i oppdrag å forta en fullstendig gjennomgang av tvistemålsloven og tilgrensende prosesslovgivning». Det er i resolusjonen, og også i mandatet, sagt at revisjonen ikke skal «omfatte en alminnelig gjennomgang av domstolloven, skjønnsloven og tvangsfullbyrdelsesloven». Utvalget oppfatter dette slik at regler som det er naturlig å se i sammenheng med en gjennomgang av tvistemålsloven, kan og bør tas opp. Det er grunn til å vise til at det i mandatet er fremholdt at utvalget skal ha for øye at rettergangsreglene skal tjene til å løse domstolens oppgaver i den sivile rettspleie. Rettsavklaring er uttrykkelig nevnt. Tvistemålsutvalget mener at spørsmålet om Høyesteretts sammensetning med henblikk på at Høyesterett kan fylle denne oppgaven, er noe utvalget kan og må vurdere.

I den enkelte sak som behandles i en av Høyesteretts to avdelinger, er det med 5 av domstolens 19 dommere. I den enkelte sak som avgjøres av kjæremålsutvalget, er det med 3 dommere. I særlig viktige saker kan Høyesterett settes i plenum, slik at alle dommere deltar. Men det skjer meget sjelden, selv om antallet de aller siste årene har vært økende.

I den enkelte sak som behandles i avdeling, vil tre dommere som stemmer for samme resultat, utgjøre et flertall. Det medfører at 3 av Høyesteretts 19 dommere kan treffe en avgjørelse i avdeling som vil få prejudikateffekt. Teoretisk vil det være mulig at det bare er disse tre dommerne som innen Høyesterett deler det rettslige syn som er lagt til grunn i dommen, selv om det neppe vil forekomme ofte. Derimot er det realistisk å regne med at i en del tilfeller hvor Høyesterett i en sak deler seg 3-2, ville et flertall av Høyesteretts dommere vært enig med mindretallet om saken hadde vært behandlet i plenum. Det samme kan selvfølgelig være tilfellet i saker hvor det bare er en dommer som dissenterer og også i saker hvor de 5 dommerne i avdelingen er enige. Men muligheten for at flertallets, eventuelt hele avdelingens syn, ikke ville bli delt av et flertall av Høyesteretts dommere, vil nok være vesentlig mindre enn i tilfeller med dissens 3-2.

Når det gjelder dissensfrekvensen i Høyesterett, kan det nevnes at det i perioden 1995-1999 var det dissens i henholdsvis 18,6%, 23%, 24,8%, 17,4% og 26,5% av avgjørelsene i de sivile sakene i avdeling. Av de saker hvor det var dissens, var det de samme årene to av de fem dommere som dissenterte i henholdsvis 56%, 41%, 50%, 75% og 36% av tilfellene. Det tilføyes at tallene er noe unøyaktig i det totalantallet saker også omfatter de meget få tilfellene der Høyesterett var satt i plenum. Pro-

sentandelen av 3-2 dissenser er derfor for enkelte år noe større enn de tall som her er oppgitt.

Som Carsten Smith påpeker i nevnte artikkel, kan det svekke autoriteten ved avgjørelsene at det i en del saker er en realistisk mulighet for at det syn som er lagt til grunn i en sak, ikke ville bli delt av et flertall av alle dommere i Høyesterett. Dette kan i negativ grad smitte over på prejudikateffekten av avgjørelsene, og derved avgjørelsens rettsavklarende virkning. Usikkerhet omkring spørsmålet om et rettslig syn som er lagt til grunn i en avgjørelse av Høyesterett, vil bli opprettholdt i senere saker for Høyesterett, vil kunne få betydning for holdningen til prejudikatet også i lavere rettsinstanser, og for advokatene når de skal gi sine klienter råd om prosessrisikoen. Det er grunn til å legge til at det spørsmål som her er diskutert, i høy grad henger sammen med det generelle spørsmål om hva som skal til for at Høyesterett fraviker en tidligere avgjørelse. Noen analyse av dette, som ville kreve en ganske omfattende forskning, har utvalget ikke hatt mulighet for å foreta. Det er utvalgets inntrykk – et inntrykk utvalget har fått forståelsen av at deles av ganske mange – at terskelen for å fravike tidligere avgjørelser nok ligger lavere i dag enn den har gjort i tidligere perioder. Det følger for øvrig også av dette at det behov for å styrke Høyesteretts sammensetning i den enkelte sak som det redegjøres for nedenfor, i noen grad vil kunne reduseres om det fra Høyesteretts side utvises noe større tilbakeholdenhet med å fravike tidligere avgjørelser.

Generelt ville det gi større tyngde til de enkelte avgjørelser om det ble en økt sannsynlighet for at den rettsoppfatning som ble legges til grunn, deles av et flertall av Høyesteretts dommere. Det vil kunne skje ved at et relativt større antall av Høyesteretts dommere deltar i den enkelte sak. Det er grunn til å se på om og hvordan dette kan gjennomføres og hvilke andre virkninger det vil kunne få.

Vil man styrke Høyesteretts sammensetning i den enkelte sak, kan det tenkes gjort på ulike måter. Før utvalget går inn på dette, kan det være grunn til å se på for hvilke kategorier avgjørelser det kan være behov for en styrket sammensetning. Det er her grunn til også å trekke inn de avgjørelser som etter utvalgets forslag skal treffes av Høyesteretts ankeutvalg (kjæremålsutvalg). For disse avgjørelsene, som i dag treffes av tre dommere, kan det synes nærliggende at risikoen for at det kan bli bygget på en rettsoppfatning som ikke stemmer med flertallsoppfatningen i Høyesterett, er enda større enn ved avgjørelser i avdeling, hvor det deltar fem dommere.

De avgjørelser som etter utvalgets utkast er lagt til Høyesterett ved ankeutvalget, er (a) avgjørelser om det skal gis samtykke til anke over dommer, jf. utkastet §§ 12-5(3), og (b) avgjørelser av anker over kjennelser og beslutninger, jf. § 12-1(2). Avgjørelser om samtykke til anke over dommer innebærer ikke at ankeutvalget skal ta stilling til og avgjøre viktige rettsspørsmål. Det ankeutvalget skal gjøre, er å plukke ut først og fremst de avgjørelser som reiser slike rettsspørsmål, men altså uten at utvalget avgjør dem. Spørsmålet om i hvilken retning rettsspørsmålet skal løses, vil ikke være avgjørende ved spørsmålet om samtykke skal gis. Det som er fremholdt foran som hovedargumentet for å styrke Høyesteretts sammensetning ved de ankelte avgjørelser, slår derfor ikke til ved avgjørelser av om samtykke til anke skal gis.

Argumentet for en styrket sammensetning også ved avgjørelser av om samtykke til anke skal gis, måtte i tilfelle være at man da sikret en grundigere vurdering av hvilke anker som bør behandles av Høyesterett. I andre land er det vanlig med ordninger som i Norge, at det er et mindre antall dommere som treffer disse avgjørelsene. Unntaket er USA. Der deltar alle dommerne også ved avgjørelsen av hvilke saker som skal slippe inn. Det medfører at hver dommer iallfall i prinsippet må sette seg tilstrekkelig inn i de flere tusen saker som årlig ankes inn for USAs Høyesterett, til at de kan gjøre seg opp en mening om saken fortjener å bli henvises til behandling. Realiteten er at den enkelte dommer er helt avhengig av de notater om sakene som deres juridiske sekretariat setter opp, og at samtykkespørsmålet for iallfall svært mange saker avgjøres uten at dommeren har særlig kjennskap til dem, se også II.13.2 ovenfor.

Det amerikanske systemet med at alle dommere skal delta i utvelgelsen av sakene, er det liten grunn til å overføre til norsk rett. Det synes å være en bedre løsning at et mindre antall dommere avgjør samtykkespørsmålet og kan bruke den tid som er nødvendig for å sette seg grundig inn i de enkelte sakene. Som påpekt er dette den ordning som er vanlig internasjonalt. Tre dommere, som vi har i Høyesteretts kjæremålsutvalg, synes å være en balansert sammensetning sett i forhold til behovet for grundighet holdt opp mot hensynet til rasjonell bruk av Høyesteretts dommerressurser.

Den andre hovedgruppen av avgjørelser i sivile saker som er lagt til Høyesterett ved ankeutvalget, er som nevnt anker over kjennelser og beslutninger av lagmannsrettene. Det avgjøres i dag årlig 250-280 kjæremål i sivile saker i Høyesteretts kjæremålsutvalg. Dette vil i det vesentlige være overprøving av prosessstyrende avgjørelser i de lavere

domstoler. Det er som påpekt viktig at det er en slik adgang til overprøving, selv om adgangen til særskilt overprøving bør begrenses i forhold til dagens regler, se blant annet II.12.6, II.12.8.4 og bemerkningene til § 11-3. Selv om adgangen til overprøving av de nevnte avgjørelser begrenses noe, vil overprøvingsadgangen fortsatt være temmelig vid. Noen av de avgjørelser som her blir truffet, vil være viktige. Mange vil ikke være det. Etter utvalgets mening vil det være en ressursbruk som ikke står i et rimelig forhold til den gjennomsnittlige betydning av sakene, om alle Høyesteretts dommere skulle delta i disse avgjørelsene, og det selv om det åpnes for siling av anker ved at de under gitte vilkår kan nektes fremmet, jf. § 12-6. Skulle alle Høyesteretts dommere delta i de avgjørelser som etter utkastet skal høre under Høyesterett satt med tre dommere i ankeutvalget, måtte det medfører at silingen av disse ankene måtte skje i et helt annet omfang enn det som det er lagt opp til etter utkastets § 12-6. Det måtte gis en samtykkeregulering som den som er gitt for anker over dommer, og det kunne bare gis samtykke for et lite antall anker over kjennelser og beslutninger.

Utvalget mener det gir en bedre løsning at anker over kjennelser og beslutninger fortsatt skal avgjøres av Høyesterett satt med tre dommere – i ankeutvalget. Rettsspørsmål ved prosessstyrende avgjørelser vil gjerne dukke opp i mange saker. Ser ankeutvalget at det for disse avgjørelsene foreligger en praksis i ankeutvalget som ikke er konsekvent, eller ser utvalget at rettsspørsmålet er viktig, og at det kanskje bør løses annerledes enn i tidligere praksis, har ankeutvalget mulighet for å vise saken til avgjørelse i Høyesterett i avdeling for å få en rettsavklaring. Dette er en mulighet ankeutvalget også vil ha etter Tvistemålsutvalgets utkast, og henvisningen vil også kunne skje til en slik styrket sammensetning av Høyesterett som foreslås ved anker over dommer.

Det er altså utvalgets konklusjon at sammensetningen av retten ikke generelt bør styrkes ved de avgjørelser som gjelder (a) spørsmålet om samtykke til anke over dommer eller (b) avgjørelser av anker over kjennelser og beslutninger i lagmannsretten. De avgjørelser som har stått i fokus ved spørsmålet om sammensetningen bør styrkes, har vært de viktigste avgjørelsene – dommene.

For å oppnå størst mulig tyngde i avgjørelsene av anker over dommer, og de anker over kjennelser og beslutninger som blir henvist til Høyesterett, ville det ideelle vært om alle Høyesteretts dommere deltok ved avgjørelsen av den enkelte sak. Men en slik ordning er etter utvalgets mening ikke realistisk. Oppgavene som er nevnt foran, med å velge

ut de saker som skal fremmes for Høyesterett, og å avgjøre de kjennelser og beslutninger som er gjenstand for overprøving, er tidkrevende. Hvis de samme dommere som skal utføre disse oppgavene, også skal være med i avgjørelsen av samtlige ankesaker som er henvist til Høyesterett, ville antallet ankesaker som kunne behandles i Høyesterett måtte reduseres i en grad som ville være uakseptabel.

Mer realistisk ville det vært å ha kun én avdeling, med en styrket sammensetning i forhold til i dag, og ett ankeutvalg. Avdelingen burde da ha 7, eller kanskje helst 9 dommere. Det måtte være minimum 4 dommere i ankeutvalget, slik at det fortsatt deltar 3 dommere i den enkelte avgjørelse, og ytterligere minst 3 dommere. Det kan i denne forbindelse blant annet pekes på det betydelige arbeid som foregår i etterkant av den muntlige behandlingen av saken, og på dommernes arbeid med å forberede ankesakene, som for øvrig etter utvalgets forslag vil bli langt mer omfattende enn i dag. Ved en slik ordning som nevnt ville henholdsvis 7 av 14 eller 9 av 16 dommere delta i de avgjørelser som blir truffet av Høyesterett. Fortsatt ville det bli slik at en rettsoppfatning som kun deles av et mindretall av Høyesteretts dommere, vil kunne bli lagt til grunn i Høyesteretts dommer, men risikoen vil være redusert.

Det kan for øvrig tilføyes at Høyesterett hadde en ordning med kun én avdeling inntil 1905, jf. lov 4. februar 1905. Da ble ordningen med to avdelinger innført. Den var etter loven av 1905 forutsatt å være midlertidig – for 5 år, men har gått over til å bli permanent. Forarbeidene til loven av 1905 er, for innføringen av systemet med to avdelinger, relativt snau. Men det er klart at man så ordningen med to avdelinger som en ren nødløsning for å nedarbeide en helt ekstraordinær restanse.

Hvilke konsekvenser vil en overgang til én avdeling ha? Antallet behandlede anker over dommer vil måtte gå ned. Rent umiddelbart kunne det ligge nær å vente en halvering. Men i denne forbindelse er det grunn til å peke på at de behandlingsregler som ellers foreslås, bør kunne ha en motsatt effekt for antallet saker som kan behandles. Med et system med anketillatelse, i stedet for den nektelsesordning som man har i dag, må det ventes en større tilskjæring av ankesakene til de mer prinsipielle spørsmål, som også vil gi en mulighet for tidsmessig å konsentrere behandlingen av sakene. En annen endring, som bør kunne føre til konsentrasjon og tidsgevinst i sakene, er den bruk av skriftlige redegjørelser for faktiske og rettslige spørsmål som det åpnes for. På den annen side vil de endrete saksbehandlingsregler som foreslås,

kreve mer arbeid av dommerne under saksforberedelsen. Når det gjelder de skriftlige redegjørelser som er nevnt foran, bør bruk av slike redegjørelser, som påpekt, totalt sett medføre en tidsgevinst. Men tidsgevinsten ved at de muntlige forhandlinger kan konsentreres, vil i noen grad spises opp av den tid som det tar for dommerne til å sette seg grundig inn i materialet før forhandlingene. Det er også grunn til å bemerke at om det deltar flere dommere i den enkelte sak, vil domskonferanser og rådslagninger ta lengre tid enn om det hadde vært med færre dommere.

Samlet sett bør Høyesterett dersom man gikk over til et system med én avdeling, kunne behandle noe flere anker over dommer enn det som i dag avgjøres av en av Høyesteretts to avdelinger. Det er imidlertid klart at det ville måtte bli en meget betydelig reduksjon av det totale behandlede anker i forhold til i dag. Som utvalget kommer tilbake til, vil det derfor ikke gå inn for et system med én avdeling i Høyesterett.

Et alternativ til et énavdelingssystem, er å beholde de to avdelingene, men slik at viktige saker blir behandlet med en styrket dommersammensetning. I dag kan Høyesterett som kjent settes i plenum, blant annet når to eller flere av rettsens medlemmer vil avgjøre en sak i strid med en rettsoppfatning Høyesterett har lagt til grunn i en tidligere sak eller vil bygge avgjørelsen på at en lov mv. er i strid med Grunnloven, jf. lov 25. juni 1926 nr. 2 §§ 1 og 2. Plenumsbehandling har tidligere skjedd relativt sjelden, under én gang per år. Men det har vært en økende tendens til bruk av plenum de par siste årene. Det er ikke urealistisk at dette gir uttrykk for en tendens – at det vil bli en økende mengde særlig viktige saker, hvor det er nødvendig med en styrket sammensetning av Høyesterett.

Plenumsbehandling er selvfølgelig ideelt med henblikk på at avgjørelsen skal få særlig tyngde, men det kan ikke legges skjul på at en domstol med 19 dommere, ut fra praktiske og ressursmessige hensyn, ikke er noe ideelt forum. Under plenumsbehandling, herunder de omfattende rådslagninger og domskonferanser som hører med, vil for øvrig forholdet være at Høyesteretts øvrige oppgaver vil kunne måtte ligge nede. Av saker for ankeutvalget vil det bare være mulig å få unna et begrenset antall i tillegg til de saker som haster og må behandles omgående.

I stedet for eller i tillegg til plenumsbehandling kan det tenkes et system med «storkammer», med f.eks. 9, 11 eller 13 dommere, som kunne brukes i særlig viktige saker. En avgjørelse fra et storkammer vil gi mer tyngde enn en vanlig avdelingsav-

gjørelse i dag og være mindre ressurskrevende, men ha mindre tyngde enn en avgjørelse etter plenumsbehandling.

Både Danmark og Sverige har ordninger med storkammer. Högsta Domstolen kan i viktige saker besluttes satt med 9 dommere eller i plenum, jf. rättegångsbalken 3 kap. 5. Det er imidlertid vanligere med bruk av plenum enn et storkammer som nevnt. Retsplejeloven § 2 a bestemmer at Danmarks Høyesteret skal settes med «mindst 5 dommere.» Denne bestemmelsen brukes som hjemmel for i viktige saker å sette retten med et større antall dommere. Det vanlige er, hvor man går ut over det normale antallet på 5 dommere, at retten settes med 7 dommere. Alternativet er 11 dommere, som bare brukes i meget få saker – i sakstyper hvor Norges Høyesterett gjerne settes i plenum.

Brukes et storkammer i mange saker, vil også det i merkbart grad måtte gå ut over det samlede antall saker som kan behandles, og med større virkning dess flere dommere som deltar. Dersom et storkammer brukes i annet enn meget få særlig viktige saker, vil også det kunne få den negative virkning at man får et skille mellom «a- og b-avgjørelser». «Omkampsmuligheten» i nye saker om spørsmål som tidligere bare har vært behandlet i ordinær avdeling, vil nok for aktørene i rettslivet kunne fremstå som mer nærliggende enn med dagens avdelingsavgjørelser. Bruk av storkammer for å heve prejudikatverdien av et større antall avgjørelser, er derfor neppe noen god løsning. Det kan imidlertid være en god løsning om det begrenses til noen få og særlig viktige saker.

Selv om det åpnes for storkammerbehandling, bør det nok imidlertid være en mulighet for plenum i saker av helt eksepsjonell betydning. Som eksempel kan vises til den sak Danmarks Høyesteret avgjorde ved dom 6. april 1998. Den gjaldt om Danmarks tilslutning til EU, som var vedtatt etter en bestemmelse som svarer omtrent til vår grunnlovs § 93, skulle kjennes grunnlovsstridig, i den forstand at tilslutningen skulle vært gjort ved ordinær grunnlovsendring. Hvis vi tenker oss en tilsvarende sak i Norge, bør den avgjøres av Høyesterett i plenum.

En alternativ måte å styrke Høyesteretts sammensetning på ved den enkelte avgjørelse, er å øke antallet dommere som deltar i hver sak, i praksis til 7. Det ville i noen grad styrke den enkelte avgjørelse, men vil også måtte få betydning for saksavviklingen i avdelingene dersom ikke antallet dommere i Høyesterett også blir økt. Etter utvalgets mening er det klart at antallet dommere i Høyesterett ikke bør økes. Det vil isolert sett virke i retning av at det blir relativt færre av domstolenes

dommere som er med på den enkelte avgjørelse. Effekten av ytterligere to dommere i hver sak i avdeling – fire til sammen i de to avdelingene – vil som påpekt måtte bli at et betydelig antall færre saker ville kunne behandles, enn med en sammensetning på fem dommere i hver sak. Den styrkede sammensetning vil i noen grad bygge opp under prejudikatverdien av avgjørelsene, men utvalget er – under en viss tvil – av den oppfatning at denne begrensede virkningen ikke oppveier ulempen med færre behandlede saker.

Dersom man åpner for en styrket sammensetning av Høyesterett, kan det være grunn til å reise spørsmålet om det som et motstykke bør være adgang til å bestemme at Høyesterett i enkelte anker over dommer skal settes med bare tre dommere. Det kan argumenteres med at dette vil være hensiktsmessig hvor betydningen av saken først og fremst ligger på det helt konkrete plan, men hvor det likevel kan være vanskelig ikke å gi samtykke til anke. Utvalget mener det ikke bør gis regler for noen slik «minisammensetning». Høyesterett bør ha en sammensetning som gir tyngde, og det bør ikke åpnes for at også mindre viktige saker kan henvises fordi kvaliteten på behandlingen kan reduseres. Det minnes her om det som tidligere er sagt om Høyesteretts oppgaver i rettspleien.

Oppsummeringsmessig vil utvalget bemerke at det generelt ville være en fordel å styrke autoriteten ved Høyesteretts avgjørelser ved at et relativt større antall av domstolens dommere deltar i den enkelte avgjørelse. Det er som påpekt urealistisk at alle Høyesteretts dommere skal delta i behandlingen av den enkelte ankesak. Et system med én avdeling og et ankeutvalg ville være en bedre løsning, men det ville likevel ha så negative effekter for antallet saker som kan behandles, at utvalget er blitt stående ved ikke å ville gå inn for det. Her peker utvalget på at en slik ordning også ville måtte gjelde for straffesakene, og Høyesterett bør neppe avgjøre færre straffeankersaker enn hva tilfellet er i dag. For de sivile sakene kan det nok innvendes at en del av de saker som i dag henvises til Høyesterett, uten særlige negative følger godt kunne fått sin endelige avgjørelse i lagmannsrettene. Det er grunn til å minne om at nærmest uansett hvordan Høyesteretts virksomhet organiseres og hvordan sammensetningen skal være i den enkelte sak, må de aller fleste saker ende opp med dom i lagmannsretten. Men totalt sett vil virkningene av å ha bare én avdeling være for inngripende. Utvalget vil heller ikke anbefale at man går over til 7 dommere i den enkelte sak i avdelingene. Derimot vil utvalget anbefale at det åpnes for at Høyesterett kan settes i et storkammer – som bør ha 11 dommere. Det er

forutsatt at et slikt storkammer kan behandle de fleste av de saker som i dag går i plenum, og noen ganske få saker i tillegg. Adgang til plenumsbehandling bør beholdes for de ganske få saker som er av helt ekstraordinær viktighet, først og fremst saker som reiser grunnlovsspørsmål og spørsmål om konflikt med internasjonale regler hvor avgjørelsen vil kunne ha særlig stor betydning.

Ved endring av reglene om Høyesteretts sammensetning i de enkelte saker, oppstår spørsmålet om hvor disse reglene skal tas inn. En mulighet er å endre Høyesterettsloven av 26. juni 1926 nr. 2, eventuelt foreslå denne opphevet og ta reglene inn

i en ny lov. En annen mulighet er å føye til de nødvendige bestemmelser i domstoloven i tilknytning til domstoloven §§ 5 og 6. Etter utvalgets mening bør reglene om Høyesteretts sammensetning samles, slik at man på ett sted i lovverket finner reglene om hvordan Høyesterett skal sammensettes i den enkelte sak. Det tilsier at reglene tas inn i domstoloven, og at Høyesterettsloven av 1926 oppheves. De nødvendige særregler om behandlingen hvor Høyesterett settes som storkammer eller i plenum, tas inn i tvisteloven og straffeprosessloven i reglene om ankebehandlingen.



## Kapittel 14

# Rettskraft

### 14.1 Innledning

#### 14.1.1 Problemstilling - terminologi

Rettskraft er betegnelsen på den egenskap ved en dom eller annen rettsavgjørelse at den er en endelig eller bindende løsning eller normering av det rettsforhold som er sakens tema. Det er et fellesprosessuelt begrep som brukes både i sivile saker og straffesaker. Rettskraftreglene etter gjeldende rett blir fremstilt i II.14.2. Først vil utvalget i innledningen redegjøre for noen viktige problemstillinger og forklare den terminologi som er vanlig å bruke ved fremstilling av rettskraftreglene.

#### 14.1.2 Formell rettskraft

At en dom er rettskraftig, innebærer at den er endelig i den forstand at den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler som anke eller kjeremål, eller oppfriskning hvis det dreier seg om en uteblivelsesdom. Dette markerer sakens avslutning og uttrykkes ved at dommen har formell rettskraft. Tvistemålsloven har regler om formell rettskraft i § 161.

#### 14.1.3 Materiell rettskraft

Motstykket er den materielle rettskraft som sikter til dommens betydning som bindende norm for fremtidige saker. Den bindende virkningen viser seg på to måter: Rettskraftens negative side innebærer at en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort, skal avvises. Allerede den omstendighet at kravet er tvistegjenstand i en verserende sak, medfører for øvrig at en ny sak om kravet skal avvises. Den prosessuelle betegnelse på dette er litispensens, et ord av latinsk opprinnelse som betyr at saken «henger». Litispensensvirkningen varer fra saken blir anlagt til dommen er formelt rettskraftig. Dernest overtar den negative rettskraftvirkningen. Litispensens vil bli behandlet i III.20 om rettsvirkninger av saksanlegg.

Rettskraftens positive side innebærer at dommen er bindende og skal legges til grunn av retten uten ny realitetsprøving dersom samme rettsfor-

hold blir tema i en ny sak mellom samme parter som også gjelder noe annet. Et eksempel til illustrasjon: I sak én har A fått medhold i at han i forhold til B er eier av et skogstykke. I sak to krever A erstatning av B for ulovlig hugst. Det skal da i sak to legges til grunn som bindende avgjort at A eier skogstykket. Dette temaet får B ikke adgang til å ta opp igjen.

Synonymt med negativ og positiv rettskraft taler man om rettskraftens avvissings- og prejudisialfunksjon. Det siste uttrykket henspiller på at det rettsforhold som er avgjort i sak én, får såkalt prejudisiell betydning for avgjørelsen av et krav som er tvistegjenstand i sak to. I eksemplet ovenfor er spørsmålet om hvem som eier skogstykket et prejudisielt rettsforhold i sak to, fordi det er nødvendig å ta standpunkt til spørsmålet som premiss for avgjørelsen av det erstatningskravet som er direkte tvistegjenstand.

Som alminnelig regel er det bare det krav som er tvistegjenstand, og som retten har tatt stilling til i domsslutningen, som er rettskraftig avgjort, mens rettens standpunkt til prejudisielle spørsmål og andre uttalelser i domspremissene (begrunnelsen) ikke er bindende. Som hovedregel er dommen bare bindende for sakens parter, ikke for andre. Det kan undertiden være tvilsomt hva som er rettskraftig avgjort ved dommen, og hvem dette er bindende for. Dette vil bli gjennomgått i II.14.2 om gjeldende rett. Den materielle rettskraftens objektive side (hva) og dens subjektive side (hvem) er stikkordene for disse problemstillingene.

#### 14.1.4 Ikke bare dommer har rettskraft

Hittil har fremstillingen vært konsentrert om dommer avsagt av domstolene. Også endel andre avgjørelser er tillagt rettskraftvirkning, blant annet voldgiftsdommer og rettsforlik og endog enkelte forvaltningsavgjørelser. Også utenlandske dommer er i stor utsrekning tillagt rettskraftvirkning her i landet. Hvilke avgjørelser som har rettskraftvirkning gjennomgås nærmere i fremstillingen av gjeldende rett i II.14.2.

#### 14.1.5 Andre virkninger av dommen enn rettskraften

Dommer har andre rettsvirkninger enn rettskraften, og som ikke må forveksles med denne. Nærmest beslektet er tvangskraften, som er den virkning at dommen kan tvangsfullbyrdes ved namsmyndighetene. Som hovedregel er det den sammenheng mellom rettskraft og tvangskraft at en dom ikke kan tvangsfullbyrdes før den er (formelt) rettskraftig. Det viktigste unntak er dommer om betalingsforpliktelser som kan fullbyrdes ved begjæring om utlegg straks betalingsfristen på to uker er utløpt, selv om ankefristen ikke er ute, og selv om dommen skulle bli påanket. Det vises til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12. Fullbyrdelsen kan imidlertid ikke gjennomføres endelig ved tvangssalg før dommen er blitt rettskraftig. En viktig gruppe dommer, fastsettelsesdommene, avgjør bare om en bestemt rettighet eller et rettsforhold er til eller ikke er til, uten å pålegge noen konkrete handleplikter. Disse dommene har rettskraft, men ingen tvangskraft. Skal den berettigede oppnå namsmyndighetenes bistand til å få gjennomført sin rett, må han i en ny sak kreve fullbyrdelsesdom for et konkret påbud eller forbud. Rettsordenen har imidlertid andre sanksjoner som kan bygge opp under respekten for en fastsettelsesdom. Et eksempel er straffeloven § 344 som setter straff blant annet for den som fortsetter å utøve en rett som er fratatt ham ved endelig dom.

En dom kan være et bevismiddel som i faktisk henseende blir tillagt stor betydning for løsningen av en annen sak, selv om den ikke har rettskraftvirkning i sak to. Sett at en kausjonist er blitt frifunnet med den begrunnelse at fordringen som det er stillet kausjon for, er bortfalt. Det er enighet om at denne dommen ikke er bindende (materielt rettskraftig) i en ny sak som fordringshaveren reiser mot hovedskyldneren som ikke var part i sak én. Dommen vil imidlertid kunne bli et tungtveiende bevismoment. Beviskraft og rettskraft er egenskaper som gjensidig utelukker hverandre. Om en dom bare tillegges beviskraft, vil jo motbevis være mulig. Om det som er rettskraftig avgjort blir det imidlertid ingen bevisføring, og dommen skal legges til grunn uansett om den virker riktig eller ikke.

En dom kan også anses å være bindende i en annen betydning av ordet, ved at den generelle rettsoppfatning domsresultatet er begrunnet med legges til grunn i senere saker. Dette kalles prejudikatverdien og sikter til domspremissenes betydning som rettslig argument ved løsningen av tilsvarende rettsspørsmål i andre saker. Etter vår retts-

tradisjon er det bare Høyesteretts avgjørelser som har prejudikatverdi, mens enhver endelig dom, om det så er en uteblivelsesdom i forlikrådet, har den samme rettskraft.

#### 14.1.6 Kort historikk

At rettsavgjørelser må være bindende, står for oss som så selvfølgelig at vi oppfatter det nærmest som en iboende egenskap ved disse avgjørelsene. Slik har det imidlertid ikke alltid vært. Utviklingen av rettskraftregler og en ordnet instansrekkefølge i rettspleien begynte i Danmark-Norge på 1600-tallet. Ankeordningen hvilte opprinnelig på den oppfatning at den tapende part kunne klage over dommen til dommerens overordnede. Ved enhver appell var det nødvendig også å stevne den underordnede dommer som risikerte å bli gjort økonomisk ansvarlig for dommen. Det er derfor ikke så vanskelig å forstå at dommerne vegret seg mot å dømme i vanskelige saker, ikke minst når man tar i betraktning at den ordinære førsteinstans opprinnelig var et lekmannskollegium.

Det var også vanlig at dommerne for å unngå ansvar forsynte dommene med den reservasjon at de bare skulle gjelde inntil annerledes måtte bevise eller liknende. Dette var de såkalte «uendelige» dommer som den følgende tids lovgivning søkte å bekjempe. Et forbud mot uendelige dommer ble først gitt ved en forordning i 1633 og videreført i Christian Vs Norske Lov 1687 1-5-12 (første bok, femte kapittel, artikkel 12):

«Dommerne maa ingen Uendelige Domme udstæde med disse Ord: Uden det anderledis kand afbevises, havis i Minde, aftalis, forstaaais, bevisis og andre dislige Uendeligheder.»

Rettskraftregler i mer moderne forstand var utviklet i praksis og teori før tvistemålsloven av 1915. Om vi skal ha rettskraftregler, er ikke en aktuell problemstilling. Det er tilstrekkelig å peke på at domstolene ikke ville fylle sin funksjon som samfunnets konfliktløser, hvis partene ikke hadde sikkerhet for de posisjoner som er etablert ved en dom. Motargumentet er risikoen for at uriktige avgjørelser skal bli stående. Denne risikoen ville imidlertid ikke bli eliminert ved en vid adgang til ny sak fordi bevisene gjerne svekkes etter som tiden går. At det er behov for en sikkerhetsventil i tillegg til den ordinære ankeadgang, er det imidlertid enighet om. Etter vår prosessordning er det både i sivile saker og straffesaker det ekstraordinære rettsmiddel gjenopptakelse som fyller denne funksjonen. Adgangen til gjenopptakelse i sivile saker

er imidlertid atskillig snevrere enn i straffesaker fordi man er mindre villig til å akseptere risikoen for en uriktig straffedom. Adgangen til gjenopptakelse, er behandlet i II.15. Som ny betegnelse på rettsmidlet har utvalget foreslått gjenåpning.

Det er viktig å være oppmerksom på sammenhengen mellom rettskraftreglene og reglene om gjenåpning. Gjenåpningsreglene representerer en begrensning av dommens bindende virkning. Regelsettene må harmoniseres slik at de gir en hensiktsmessig avgrensning mellom omstendigheter som omfattes av rettskraften, men som kan påberopes som grunnlag for gjenåpning, og omstendigheter som kan påberopes i et nytt søksmål. I II.14 og II.15 om rettskraft og gjenåpning har utvalget spesielt drøftet disse problemene i tilknytning til spørsmålet om betydningen av nye faktiske omstendigheter som inntreffer etter dommen.

## 14.2 Gjeldende rett

### 14.2.1 Oversikt

Rettskraftsspørsmål er nokså fragmentarisk regulert i tvistemålsloven. En kort lovtekst i § 163 skjuler en betydelig underskog av til dels vanskelige problemstillinger, som man er henvist til rettspraksis og juridisk litteratur for å få nærmere kunnskap om. Rettskraft er behandlet i de alminnelige sivilprosessuelle fremstillingene. Det vises til Hov I side 323 – 371, Schei særlig side 512 – 529 og Skoghøy side 751 – 827. En eldre spesialfremstilling er Torstein Eckhoffs avhandling *Rettskraft* fra 1945. Det er gitt enkelte ytterligere henvisninger i fremstillingen nedenfor.

Foreløpig konsentreres fremstillingen om dommers rettskraft. Andre avgjørelsers rettskraftvirkning behandles til slutt.

Utvalgets foreløpige standpunkt er at man i det alt vesentlige bør videreføre gjeldende rett forankret i en nokså knapp lovtekst, og at det er vanskelig å komme utenom at mange detaljsspørsmål knyttet til rettskraftens rekkevidde fortsatt må henvises til videre utvikling i rettspraksis og teori. Rettskraftreglene er i det vesentlige ulovfestet og er derfor nokså vanskelig tilgjengelige. Det kan ofte være tvilsomt både hva som er riktig løsning i enkelttilfeller, og hvordan reglene systematisk bør fremstilles. Utvalget ser derfor et klart behov for å redegjøre inngående for sitt syn på rettstilstanden. Denne redegjørelsen vil i tillegg til å tjene som grunnlag for vurdering av reformbehovet, tjene som motiver til fortolkningen av utvalgets forslag til nye rettskraftregler. Utvalget knytter en del egne vurderinger til

gjennomgangen av gjeldende rett, men supplerer denne del av fremstillingen i II.14.4.

### 14.2.2 Formell rettskraft

Tvistemålsloven har regler om den formelle rettskraft for dommer i § 161 første ledd: En dom er rettskraftig når den ikke uten oppreisning eller tillatelse kan angripes gjennom anke eller begjæring om oppfriskning.

De fleste dommer blir rettskraftige først når ankefristen er gått ut. Den alminnelige ankefrist er nå én måned. Høyesteretts dommer kan ikke påankes og blir derfor rettskraftige straks. At dommen ikke uten tillatelse kan angripes ved anke, tar sikte på saker hvor verdien av tvistegjenstanden er under bestemte beløpsgrenser, kr 20 000 ved anke fra tingrett til lagmannsrett og kr 100 000 ved anke fra lagmannsrett til Høyesterett (tvistemålsloven §§ 356 og 357). Dommen blir da rettskraftig straks den er avsagt.

Uteblivelsesdommer kan også angripes med begjæring om oppfriskning, som innebærer en fortsatt behandling av saken i samme instans. Fristen er én måned. Dette gjelder også høyesterettsdommer.

En part som har oversittet fristen for anke eller oppfriskning, vil etter reglene i domstolloven §§ 153 flg. kunne begjære oppreisning mot oversittelse av fristen. At dette er mulig, hindrer ikke at dommen blir rettskraftig. Reglene om oppreisning mot fristforsømmelser er omtalt i III.22.2 om forsømmelser i rettergangen.

### 14.2.3 Materiell rettskraft

#### 14.2.3.1 Oversikt

Tvistemålsloven inneholder i § 163 første ledd en alminnelig regel om den negative side av den materielle rettskraften: Reises det et nytt søksmål om et krav som er avgjort ved rettskraftig dom, skal retten avvise det av eget tiltak. Rettskraftens positive side, at dommen skal legges til grunn som bindende i nye saker mellom de samme parter og andre krav, er ikke uttrykt i generell form i loven. Den er imidlertid forutsatt i flere av lovens bestemmelser og er sikker rett.

#### 14.2.3.2 Formelle minimumskrav

For at en dom skal bli tillagt rettskraftvirkninger overhodet, må den oppfylle visse formelle minimumskrav. Enkelte grove mangler ved avgjørelsen vil medføre at den blir ansett som en nullitet som

partene kan la være å respektere uten at det er nødvendig å bringe dommen ut av verden gjennom anke. Dommen er f.eks. avsagt av en av kontorpersonalet ved domstolen. Derimot blir dommen ikke en nullitet om den er avsagt av en dommerfullmektig uten nødvendig bemyndigelse. Dette er en saksbehandlingsfeil som i tilfelle vil lede til at dommen oppheves etter anke.

Som en nullitet må avgjørelsen også regnes hvis den er kommet bort, eller hvis den er så uklar at det selv ved tolkning ikke er mulig å finne ut hvordan saken er avgjort. Slike feil forekommer heldigvis ikke ofte i det praktiske rettsliv, og utvalget vil ikke beskjeftige seg ytterligere med dette. Det vises til fremstillingen hos Skoghøy side 763 – 768.

#### 14.2.3.3 Når inntreer den materielle rettskraften?

Den materielle rettskraften inntreer når dommen blir formelt rettskraftig. Dette fremgår av tvistemålsloven § 161 annet ledd. Rettskraften bortfaller igjen dersom det etter utløpet av den ordinære ankefrist blir gitt oppreisning mot forsømmelsen. Dette fremgår av domstolloven § 158 første punktum, hvoretter oppreisning innebærer at saken settes tilbake i samme stilling som før forsømmelsen. Selv om det ikke uttrykkelig er sagt, må det samme gjelde dersom det blir gitt samtykke til å fremme en anke om verdier under beløpsgrensene i tvistemålsloven § 356, eller dersom dommen blir besluttet gjenopptatt.

I tvistemålsloven § 162 første ledd er retten gitt kompetanse til å beslutte at den materielle rettskraften etter begjæring foreløpig skal bortfalle dersom en (formelt) rettskraftig dom angripes ved anke eller begjæring om oppfriskning eller gjenopptakelse. Begrunnelsen er at det ikke er grunn til å anse dommen bindende i andre saker dersom det er sannsynlig at den vil bli endret. Det er derfor den positive rettskraftvirkningen bestemmelsen tar sikte på. I praksis har det størst betydning om tvangskraften kan suspenderes, og dette er det gitt nærmere regler om i § 162 annet ledd.

#### 14.2.3.4 Unntak for sakstyper med begrenset negativ rettskraft

I enkelte typer saker er det gjort innskrenkninger i den ordinære negative rettskraften som følger av tvistemålsloven § 163, idet det er adgang til å reise ny sak uten at de strenge vilkårene for gjenopptakelse er til stede. Et viktig eksempel er saker etter barneloven (lov av 8. april 1981 nr. 7) om foreldreansvar, hvem barnet skal bo fast hos, samværsrett og bidragsplikt. Selv om det er avsagt rettskraftig

dom i en slik tvist, står det partene fritt å reise ny sak med krav om endring (§§ 39, 47 og 57). Det samme gjelder når det er inngått rettsforlik. Det gjelder riktignok den begrensning at retten i den nye saken ikke skal endre den fastsatte ordning med mindre særlige grunner taler for det, men retten må ta saken opp til realitetsbehandling. Heller ikke dommer om overprøving av administrative tvangsmidler i helse- og sosialsektoren har vanlige negative rettskraftvirkninger. Her gjelder det etter tvistemålsloven § 486 første ledd at ny sak ikke kan reises før det er gått ett år siden forrige sak ble rettskraftig. Dette er for eksempel aktuelt i barnevernssaker.

Det er også andre eksempler, og utvalget tar ikke sikte på en uttømmende fremstilling.

At dommer i slike saker ikke har vanlige rettskraftvirkninger, skyldes at temaet i sakene avviker adskillig fra ordinære sivile rettsvister. Dommen fastsetter fremtidige ordninger som kan ha lang varighet, og vurderinger av hva som for eksempel antas å være til barnets beste står i forgrunnen.

#### 14.2.3.5 Hva er rettskraftig avgjort?

##### 14.2.3.5.1 Temaet

Under temaet rettskraftens objektive grense behandles spørsmålet om hva som er bindende avgjort ved dommen. Man kan i praksis gå ut fra at grensen er den samme enten det er tale om den negative eller positive side av den materielle rettskraften, men det blir en forskjell i de saker hvor dommen ikke har ordinær negativ rettskraftvirkning, se II.14.2.3.4. Vi ser bort fra dette i det følgende.

##### 14.2.3.5.2 Dommen som norm – domsslutningen som utgangspunkt

Det karakteristiske ved en dom og andre typer typer rettsavgjørelser er kort uttrykt at retten trefrer en avgjørelse av saken ved å anvende et sett av generelle normer – skrevne skrevne og uskrevne rettsregler – på et konkret saksforhold. I dette saksforholdet inngår det for øvrig ofte ikke bare rent faktiske størrelser, men også normative elementer som for eksempel avtaler eller forvaltningsvedtak. Avgjørelsen munner ut i en domsslutning som er en individuell norm som bindende fastlegger rettsstillingen mellom partene med hensyn til det krav eller rettsforhold som er brakt inn for retten som sakens tema eller tvistegjenstand.

Tradisjonelt er det i teoretiske fremstillinger vanlig å sondre mellom på den ene siden konsti-

tutive dommer hvor avgjørelsen innebærer en tilstøtt rettsendring, f.eks. at partene blir skilt, og på den annen side deklarativer dommer hvor retten bare fastslår hva som allerede er rettsstillingen mellom partene, for eksempel at A eier en eiendom. Vi legger ikke vekt på denne sonderingen her. Også deklarativer dommer utgjør et nytt og selvstendig normativt grunnlag for rettsforholdet som bindende fastslår hvordan rettsstillingen skal være heretter. Det er et karakteristisk trekk ved dommer i rettsendringssaker at de ofte er tillagt utvidet rettskraft, men det er en annen sak.

Hvem normen er bindende for, er et spørsmål om rettskraftens subjektive grenser som behandles i II.14.2.3.6. Hvilket innhold normen har, er prinsipielt et spørsmål om tolkning av dommen, på samme måte som man også må tolke avtaler og andre privatrettslige disposisjoner for å finne ut hvilket meningsinnhold de har.

Det har i rettspraksis utkrystallisert seg relativt klare retningslinjer for hvordan dommer skal tolkes. Utgangspunktet må tas i domsslutningen. Det er bare det krav eller rettsforhold som retten har tatt stilling til i domsslutningen, som er rettskraftig avgjort. Retten skal i slutningen ta uttrykkelig standpunkt til alle krav som er tvistegjenstand i saken, det vil si at partene har brakt dem inn for retten med påstand om dom.

Et eksempel fra rettspraksis er Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1992 side 1341. I en tidligere sak mellom de samme parter avgjort i Høyesterett (Rt. 1987 side 173), hadde A i henhold til påstanden fått medhold i at han hadde rett til å løse eiendommen gnr. 246 bnr. 1 på odel. Motparten B reiste ny sak med påstand om rett til å løse gnr. 246 bnr. 1 og gnr. 247 bnr. 1 på odel. Det nye søksmålsgrunnlag var at A tidligere hadde fraskrevet seg odelsretten til begge brukene. Søksmålet om 246/1 ble avvist som rettskraftig avgjort. I dommen fra 1987 hadde Høyesterett i premissene i tilknytning til odelsloven § 14 lagt til grunn at 246/1 og 247/1 var smeltet sammen til én eiendom. I så fall kunne Bs krav heller ikke føre frem for 247/1. Det var imidlertid ikke grunnlag for å gjøre unntak fra regelen om at bare det som var uttalt i domsslutningen var bindende avgjort, og saken kunne derfor ikke avvises for så vidt gjaldt 247/1.

#### 14.2.3.5.3 Prejudisielle rettsforhold

For å avgjøre et krav som er tvistegjenstand, må retten ofte ta standpunkt til andre rettsforhold som har betydning for avgjørelsen uten selv å være tvistegjenstand. Rettens standpunkt til slike såkalte prejudisielle rettsforhold blir ikke rettskraftig avgjort.

For å illustrere dette kan man snu på rekkefølgen mellom de saker om skogparsellen som ble brukt som eksempel i II.14.1.3. Hvis A i den første saken krever erstatning for ulovlig hugst, vil spørsmålet om hvem som er eier av parsellen være et prejudisielt rettsforhold som ikke blir rettskraftig avgjort. Selv om retten gir A medhold i erstatningskravet med den begrunnelse at han er eier, hindrer dette ikke B i å anlegge en ny sak med påstand om fastsettelsesdom for at han er eier. A kan imidlertid unngå dette dersom han i sak én i tillegg til å kreve fullbyrdsdom for erstatningskravet, også krever fastsettelsesdom for at han er eier. I så fall blir også spørsmålet om eiendomsretten rettskraftig avgjort i første sak. Noe tilsvarende gjelder om ulike innsigelser fra saksøkte. Om B i saken om erstatning for hugst påstår seg frifunnet med den begrunnelse at han har en bruksrett som gir ham rett til å hugge ved på As eiendom, er dette også et prejudisielt rettsforhold som ikke blir bindende avgjort ved dommen, enten retten gir ham medhold eller ikke. B kan imidlertid reise motsøksmål og nedlegge påstand om bruksretten. I så fall blir rettsforholdet tvistegjenstand.

Det kan bidra til å lette forståelsen av denne sonderingen mellom prejudisielt og rettskraftig avgjorte rettsforhold dersom vi trekker en parallell til reglene om fremgangsmåten ved avstemningen når det er flere dommere i retten. Hvert selvstendig krav som er tvistegjenstand utgjør ett voterings tema. Det stemmes under ett over resultatet, ikke over ulike begrunnelser for dette. I saken om erstatning for hugst stemmes det derfor direkte over erstatningskravet. Hvis retten har tre dommere, kan det være at én mener at A er eier, mens B har hugstrett, en annen at B er eier, og en tredje at B verken har eiendomsrett eller bruksrett, men at As erstatningskrav er foreldet. I så fall blir resultatet at B frifinnes for erstatningskravet ved enstemmig dom. Noe mer enn selve erstatningskravet er ikke bindende avgjort selv om det av domspremissene vil fremgå at rettens flertall mener at A er eier.

En reservasjon må gjøres for innsigelser som er så nær knyttet til hovedkravet at de må anses som argumenter mot dette som ikke støtter seg til et selvstendig rettsforhold. Det vises til eksempel J nedenfor hvoretter kjøperens krav på prisavslag på grunn av mangel ved salgsgjenstanden anses å tilhøre samme rettsforhold som selgerens krav på kjøpesummen.

For den innsigelse at et pengekrav er bortfalt eller redusert ved motregning, inneholder tvistemålsloven § 163 annet ledd den særregel at motkravet blir rettskraftig avgjort for det beløp som etter dommen skal bringes i motregning, men ikke for

et eventuelt overskytende beløp. Fører motkravet ikke frem, blir intet rettskraftig avgjort om dette.

#### 14.2.3.5.4 *Tolkningsprinsipper*

I tillegg til å bringe på det rene hvilket rettsforhold som er tvistegenstand, er det nødvendig å fastslå hva som konkret er avgjort med hensyn til dette. Hvis det er tvil om hva retten har ment, kunne man kanskje tenke seg å spørre dommeren. Det er det imidlertid ikke adgang til. Det er sikker rettspraksis for at en dommer ikke kan føres som vitne om hva dommen går ut på. Dommen skal derfor tolkes objektivt. En annen løsning kunne bli en felle for en part som har unnlatt å anke dommen i tillit til en naturlig forståelse av den. Domsslutningen må om nødvendig sammenholdes med dommens premisser og med partenes anførsler og argumentasjon. Er dommen frifinnende, vil man alltid måtte gå til øvrige deler av dommen for å finne svar. Mer sekundært kan det også være aktuelt å trekke inn underordnede retters dommer i samme sak og partenes argumentasjon i prosesskrifter. Det er imidlertid viktig å understreke at dette materiale bare skal benyttes til å klargjøre innholdet av den norm retten har fastsatt, ikke holdbarheten i avgjørelsen.

#### 14.2.3.5.5 *Twist om dommens tolkning*

Den negative rettskraften etter tvistemålsloven § 163 første ledd er ikke til hinder for at det er prosessuell adgang til å reise ny sak om fortolkningen av en dom. Et illustrerende eksempel gir Høyesteretts dom i Rt. 1996 side 1480, som gjaldt tolkningen av Høyesteretts egen dom i Rt. 1988 side 1327 om omstøtelse av en kunstgave. Det var twist mellom fondet som gavemottaker og giverens konkursbo om omfanget av den kunstsamling det var gitt dom på omstøtelse av. I Høyesterett var det dissens om tolkningsspørsmålet.

#### 14.2.3.5.6 *Hvilket tidspunkt er rettskraftvirkningen knyttet til?*

Utvalget har tidligere fastslått at de materielle rettskraftvirkningene inntreffer på det tidspunkt dommen blir formelt rettskraftig. Et annet spørsmål er på hvilket tidspunkt rettsstillingen blir bindende fastlagt ved dommen. Det er enighet om at rettskraften knytter seg til det tidspunktet da saken opptas til doms. Hva rettsstillingen var før eller etter dette tidspunkt, blir i prinsippet ikke rettskraftig avgjort. I den utstrekning en part måtte ha rettslig interesse av det, kan han i en ny sak gjøre gjeldende at rettsstillingen var annerledes. Han må i så fall pre-

tendere at det er skjedd en endring av betydning i mellomtiden. Retten kan avvise saken hvis pretensjonen etter prøving av saksanlegget fremstår som åpenbart uholdbar, men må ellers fremme saken til realitetsavgjørelse.

Denne tidsmessige avgrensning av rettskraften svarer til grensene for tvangskraften etter tvangsfullbyrdelsesloven (lov av 26. juni 1992 nr. 86) § 4-2 annet ledd: Mot et krav som er fastslått ved et alminnelig tvangsgrunnlag, kan det under fullbyrdelsen bare gjøres gjeldende innvendinger som støtter seg til omstendigheter som er oppstått så sent at de ikke kunne vært påberopt før avgjørelsen.

#### 14.2.3.5.7 *«Samme krav» - generelle synspunkter*

Rettskraften etter tvistemålsloven § 163 første ledd omfatter bare det samme krav som ble avgjort i sak én. Man stilles derfor i sak to overfor et identitetsproblem. Tilsvarende identitetsproblemer oppstår i andre relasjoner. Ved litispensens er det etter tvistemålsloven § 64 spørsmål om «samme tvistegenstand» som i en verserende sak. Etter tvistemålsloven §§ 58 – 60 er det spørsmål om utvidelse av saken med nye krav eller utvidelse av påstanden med hensyn til samme krav i første instans, mens tvistemålsloven § 366 gjelder adgangen til å utvide påstanden eller fremme nye krav for ankeinstansen. Ut fra konsekvens- og harmonihensyn kan man gå ut fra at vurderingstemaet vil være det samme i disse relasjonene. Den nære sammenheng mellom litispensens og negativ rettskraft er påpekt tidligere. Og hvis en utvidelse av prosessmaterialet i en ankesak blir nektet etter § 366 med den begrunnelse at man står overfor et nytt krav, kan man rimeligvis ikke anse kravet rettskraftig avgjort ved dommen.

Hvorvidt man i det enkelte tilfelle står overfor to krav eller en endring i av søksmålsgrunnlaget innenfor rammen av samme krav, kan by på adskillig tvil. Det har utkrystallisert seg retningslinjer i praksis for løsningen av noen typetilfeller. Utvalget kommer tilbake til noen av disse typetilfellene nedenfor, men skal først si noen ord om den generelle tilnæringsmåten.

Avgjørelsen av om man står overfor ett eller flere krav eller rettsforhold, vil måtte skje på grunnlag av en totalbedømmelse av flere forhold. Det viktigste momentet er nok om de rettsfølger som gjøres gjeldende er kvalitativt ulike. Om rettsfølgene er kvalitativt like, begge grunnlag munner for eksempel ut i et pengekrav, vil det være et viktig moment i hvilken utstrekning de kan kumuleres, det vil si gjøres gjeldende ved siden av hverandre. Kumulasjonsadgang tilsier at man står overfor flere

krav. Krav som er alternative, slik at det ene utelukker det annet, vil lettere bli ansett for å utgjøre samme rettsforhold. Det er også et moment, om enn mindre viktig, hvorvidt det er vesensforskjell mellom de faktiske vilkårene som må foreligge for at kravet skal inntre. Endring av det rent rettslige grunnlaget for kravet innebærer på den annen side ikke at det skifter identitet. Et ytterligere moment er om de interesser rettsreglene tar sikte på å beskytte, i det vesentlige er de samme. Dessuten har tradisjonell oppfatning en viss vekt.

Ved avgjørelsen av om man står overfor samme eller forskjellige krav er det realitetene som teller, ikke den formelle utforming av påstanden. Når et krav er endelig avgjort, er det for eksempel ikke adgang til å omgå rettskraften ved å reise en ny sak med krav om erstatning fordi motparten ved å gi falsk forklaring forårsaket en uriktig avgjørelse (Rt. 1993 side 10). Riktig fremgangsmåte er å begjære gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 407 nr. 1.

Det kan reises spørsmål om totalbedømmelsen skal skje konkret, med forankring i den påstand og argumentasjon parten gjør gjeldende i den enkelte sak, eller om grensen skal trekkes mellom typer av krav etter generelle kriterier. I Høyesteretts dom i Rt. 2000 side 199, hvor flertallet kom til at krav om erstatning og prisavslag for mangler etter lov om avhending av fast eiendom må anses som forskjellige krav, ble det uttalt at dette må gjelde generelt, uansett om saksøkeren i den enkelte sak krever dekket de samme tapsposter med de samme argumenter. Dommen er nærmere omtalt i eksempel K nedenfor.

#### 14.2.3.5.8 «Samme krav» – eksempler fra ulike rettsområder

- A) Krav om å være innehaver av rettigheter som eiendomsrett, bruksrett, panterett osv. regnes som forskjellige krav. Her er rettsvirkningene kvalitativt ulike. Dette gjelder selv om rettsforholdene kan være nokså nær beslektet. Et krav om fiskerett i en elv kan for eksempel være begrunnet med at man er innehaver av en særrett til fiske i elven (servitutt) som ligger til den eiendom man eier, eller på at det i kraft av lokal sedvanerett gjelder en kollektiv rett til fiske for dem som bor i et bygdelag. Dette vil være forskjellige krav.
- B) At det gjøres gjeldende svært ulike omstendigheter, for eksempel kjøp og hevd som påstandsgrunnlag for et krav om eiendomsrett til en gjenstand, endrer ikke kravets identitet. Det samme gjelder andre rådighetsretter, mens man for
- pengekrav og andre fordringer må foreta en mer nyansert vurdering.
- C) At det gjøres gjeldende forskjellige påstandsgrunnlag for at en avtale eller et forvaltningsvedtak er ugyldig, vil i de fleste tilfelle ikke forhindre at det blir samme rettsforhold. Begrunnelsen er at rettsvirkningene av ugyldighet stort sett er de samme uansett grunnlag, nemlig at vedtaket eller disposisjonen ikke er bindende eller virksomt. Hvis man i sak én ikke har fått medhold i at et vedtak om byggetillatelse er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil, kan man ikke reise en ny sak med krav om at vedtaket er ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger eller at skjønnsutøvelsen er for urimelig. Et beslektet eksempel gir Høyesteretts dom i Rt. 1979 side 342. Krav om at et forelegg etter bygningsloven § 114 om riving av et ulovlig oppført byggverk var ugyldig, ble ansett som samme rettsforhold som et subsidiært krav om at forelegget skulle oppheves fordi det var urimelig. Høyesterett så dette som forskjellige anførsler til støtte for det krav at forelegget skulle underkjennes.
- Det er likevel antatt i teorien at det mellom enkelte ugyldighetsgrunner er så stor forskjell med hensyn til faktiske vilkår og de interesser som ivaretas, at det dreier seg om forskjellige rettsforhold, for eksempel umyndighet og bedrageri.
- D) Et krav om at en avtale skal settes til side (lempe) i sin helhet i medhold av den generelle bestemmelsen om urimelige avtaler og avtalevilkår i avtaleloven § 36 vil være samme rettsforhold som et krav om at avtalen skal kjennes ugyldig etter andre bestemmelser i avtaleloven, dersom det er de samme faktiske omstendigheter som påberopes. Rettsfølgen er den samme, og endring av det rettslige grunnlaget for et krav, endrer ikke rettsforholdets identitet. Annerledes dersom kravet om tilsidesettelse etter § 36 er begrunnet med at avtalen er blitt urimelig på grunn av den uventede utviklingen etter at avtalen ble inngått, eller kravet etter § 36 ikke går ut på hel tilsidesettelse, men bare på revisjon av avtalen. Et eksempel til illustrasjon gir kjøremålsutvalgets kjennelse i Rt. 2000 side 138.
- E) Etter de samme retningslinjer som nevnt under D må man foreta den undertiden noe problematiske grenseoppgangen mellom krav basert på alminnelige avtalerettslige regler om ugyldighet på den ene side, og på den annen side krav basert på regler om mislighold i spesielle kontraktsforhold, for eksempel kjøpslovens (lov av 13. mai 1988 nr. 27) § 39 om heving av kjø-

pet på grunn av mangel som medfører vesentlig kontraktsbrudd. Rettsvirkningene av heving faller i det alt vesentlige sammen med rettsvirkningene av at avtalen er ugyldig. Dersom samme omstendighet påberopes som grunnlag for ugyldighet og heving, for eksempel at selgeren kan bebreides for ikke å ha gjort kjøperen oppmerksom på en skjult feil ved en bruktbil, dreier det seg etter utvalgets oppfatning om samme rettsforhold. Annerledes dersom kjøperen krever heving på grunn av en feil som oppsto i ettertid.

- F) At avskjed og oppsigelse i arbeidsforhold er forskjellige rettsforhold, er lagt til grunn i avskjeds-saken i Rt. 1982 side 1721 og i oppsigelsessaken i Rt. 1996 side 481, begge i relasjon til tvistemålsloven § 366 om nye krav for ankeinstansen. Hovedbegrunnelsen er at rettsvirkningene av avskjed og oppsigelse er kvalitativt forskjellige selv om arbeidsforholdet i begge tilfeller bringes til avslutning.
- G) Ugyldighet og erstatningsansvar er forskjellige rettsforhold. Det gjelder enten det dreier seg om gyldigheten av avtaler, andre privatrettslige disposisjoner eller av forvaltningsvedtak.

Denne regelen må iallfall gjelde uten unntak når dommen går ut på ugyldighet fordi ugyldighet aldri er noen tilstrekkelig betingelse for erstatningsansvar. I en eventuell ny sak med krav om erstatning, vil spørsmålet om gyldigheten være et prejudisielt rettsforhold hvor dommen i sak én har positiv rettskraft, men hvor retten må avgjøre om ytterligere vilkår for erstatning som ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap er oppfylt.

Hvis det i sak én omvendt blir lagt til grunn at avtalen eller vedtaket er gyldig, vil nok en ny sak med krav om erstatning utelukkende begrunnet med at avtalen likevel er ugyldig, bli avvist fordi spørsmålet anses rettskraftig avgjort. Det kan for eksempel vises til kjennelsen i Rt. 1993 side 1606. Dette lar seg vanskelig forene med den generelle regel utvalget har hevdet. Hvis først ugyldighet og erstatning er forskjellige rettsforhold, må dette gjelde uansett hvilket resultat man kommer til i gyldighetsspørsmålet. Etter dette skulle erstatningskravet i sak to bli fremmet og avgjort i realiteten ved frifinnelse. Utvalget mener at resultatet kan forklares ut fra en særregel om avledet objektiv rettskraft, men dette er unektelig nokså komplisert. Utvalget drøfter spørsmålet videre i et eget avsnitt nedenfor.

- H) Krav om heving av en avtale og erstatning for

mislighold av avtalen er forskjellige rettsforhold.

- I) Vederlagskrav i kontraktsforhold er som utgangspunkt et annet rettsforhold enn motpartens krav på erstatning på grunn av mislighold av samme kontrakt. Se for eksempel Rt. 1966 side 505 hvor saksøkeren i sak én fikk medhold i sitt krav på betaling for transport av stolper, men hvor motparten av Høyesteretts kjæremålsutvalg fikk medhold i at han i sak to kunne kreve erstatning for to stolper som var skadet i transporten. Erstatningskravet kunne vært gjort gjeldende som innsigelse i sak én, men i og med at innsigelsen støttet seg til et annet rettsforhold enn vederlagskravet, var innsigelsen ikke rettskraftig avgjort. Dette er i samsvar med det som er sagt generelt om prejudisielle rettsforhold og innsigelser ovenfor i II.14.2.3.5.3. Se til sammenligning Rt. 2000 side 1420 nedenfor.
- J) Selgerens krav på betaling av kjøpesummen er som utgangspunkt samme rettsforhold som kjøperens krav om prisavslag, idet prisavslagskravet anses som en innsigelse mot vederlagskravets størrelse, og ikke som et motkrav knyttet til et selvstendig rettsforhold. Ialffall er det oppslutning om denne løsningen i teorien, og den har fått tilllutning i Rt. 2000 side 1420: Søksmål fra et bilverksted med krav om betaling for utført reparasjon ble avvist i medhold av litispendensregelen i forbrukertvistloven § 15 fordi kunden hadde brakt krav om erstatning/prisavslag for reparasjonen inn for Forbrukerrådet. Kjæremålsutvalget la vekt på at realiteten i bileierens klagesak for Forbrukerrådet var at han mente at verkstedet ikke hadde krav på fullt vederlag fordi reparasjonen var mangelfullt utført.
- K) Kjøperens krav på prisavslag for mangel ved en fast eiendom etter avhendingsloven (lov av 3. juli 1992 nr. 93) § 4-12 er et annet rettsforhold enn krav på erstatning for de samme mangel ett § 4-14. Ialffall ble denne rettsoppfatningen lagt til grunn av flertallet i Høyesteretts dom i Rt. 2000 side 199. Mindretallet mente at det dreide seg om samme rettsforhold. Problemstillingen gjaldt tvistemålsloven § 366 og ankemotpartens adgang til å påberope bestemmelsen om erstatningsansvar som nytt subsidiært grunnlag for sitt krav for Høyesterett, men både flertallet og mindretallet la til grunn at grensen ville blitt trukket på samme måte i forhold til rettskraften. Flertallet la vekt på at kravene riktignok ikke er kvalitativt ulike, men at det er vesentlige forskjeller mellom vilkårene for prisavslag



og erstatning, og at beregningsreglene er forskjellige.

Mindretallet fremhevet at kjøperen hadde reist fullbyrdelsessøksmål for å få dekket kostnadene ved utbedring av mangelen, et beløp som i byretten og lagmannsretten ble fastsatt til kr 180 000 på grunnlag av reglene om prisavslag, og fant at kravet ikke endret identitet ved at det subsidiært ble bygget på reglene om erstatning. Det ble lagt vekt på at rettsfølgen er den samme, at kravene må ses i sammenheng og at de tradisjonelt har vært behandlet under ett i forbindelse med slike krav. Det er ikke ualminnelig at et pengekrav kan grunnes på både subjektive og objektive forhold, og det kan i det hele være nødvendig å ta stilling til nokså ulike grunnlag innenfor samme krav.

Utvalget anser det identitetsspørsmålet som forelå i saken meget tvilsomt. Både flertallet og mindretallet hadde gode argumenter for sitt syn. Dommen er nå prejudikat for hvordan spørsmålet må løses etter gjeldende rett. Utvalget finner for sin del at flertallets løsning har de beste grunner for seg. I tillegg til de momenter som var fremme i dommen, kan det pekes på en systembetragtning: Hvis et krav på prisavslag er en innsigelse som er så nær knyttet selve vederlagskravet for varen eller tjenesten at disse kravene utgjør samme rettsforhold (eksempel J), mens et erstatningskrav derimot er et annet rettsforhold enn vederlagskravet (eksempel I), kan ikke godt prisavslag og erstatning være samme rettsforhold. Man må enten velge side for prisavslagskravet eller anse det som et tredje, selvstendig rettsforhold.

- L) Et krav på erstatning for samme skade er samme rettsforhold uansett hvilket ansvarsgrunnlag som gjøres gjeldende for eksempel ulovfestet objektivt ansvar, skyldansvar eller arbeidsgiveransvar. Her er rettsfølgen identisk, slik at det er naturlig å si at man står overfor samme fordring selv om vilkårene er ulike.
- M) Krav på erstatning for usaklig oppsigelse etter arbeidsmiljøloven (lov av 4. februar 1977 nr. 4) § 62 er etter Rt. 1999 side 2016 et annet rettsforhold enn krav på erstatning og oppreisning for ærekrenkelse etter skadeserstatningsloven § 3-6. Kjæremålsutvalget uttalte dessuten at det kunne stilles spørsmål ved om det overhodet ville vært adgang til å prøve ærekrenkelseskravet i en sak etter arbeidsmiljølovens prosessordning. Om en konkret avgjørelse av et vanskelig grensespørsmål i tilknytning til litispensens, se Rt. 1999 side 1177.
- N) Krav på oppreisning for ikke-økonomisk tap

etter skadeserstatningsloven § 3-5 er et annet rettsforhold enn krav på erstatning for økonomisk tap eller ménerstatning som følge av samme handling. Vilåorene for ansvar er forskjellige. Selv om rettsfølgene (pengekrav) ikke er kvalitativt forskjellige, er rettsvirkningene ulike med hensyn til kravenes omfang og beregningsmåte. Kravene kan dessuten kumuleres. Også erstatning for økonomisk tap ved personskade og ménerstatning må regnes for forskjellige krav.

På den annen side ble det i Rt. 1982 side 1093 lagt til grunn at en ulovlig avskjediget arbeidstaker som i sak én var blitt tilkjent kr 5 000 i erstatning for ikke-økonomisk skade i medhold av arbeidsmiljøloven § 66 nr. 5, ikke kunne reise en ny sak med krav om ytterligere erstatning for lønn og feriepenger etter samme paragraf. Dette skyldes at erstatningen for ulovlig avskjed etter § 66 nr. 5 skal fastsettes til det beløp retten under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene for øvrig finner rimelig. Samme bestemmelse omfatter således både økonomisk og ikke-økonomisk tap, og kravet måtte anses avgjort i sin helhet.

- O) Oppdeling av krav. Avgjørelsen om erstatningskravet for ulovlig avskjed i forrige eksempel illustrerer en generell problemstilling knyttet til rettskraftvirkningene av avgjørelser om deler av et krav som det ellers er naturlig å betrakte som ett rettsforhold. Hvorvidt saksøkeren i forhold til saksøkte har rett til å kreve deloppfyllelse, beror på de regler som gjelder for vedkommende rettsforhold. I prosessuell henseende vil rettskraftvirkningene av en dom om deler av et krav bero på om delene kan individualiseres eller ikke. Det er mulig hvis de knytter seg til ulike tidsperioder eller tapsposter.

Problemstillingen er særlig aktuell i saker om erstatning for personskade. I praksis er det antatt at det er adgang til å dele opp erstatning for lidt inntektstap og tap i fremtidig erverv, slik at domstidspunktet vil utgjøre skjæringspunktet. Forutsetningen er at saksøkeren i første sak uttrykkelig har begrenset påstanden til en del av kravet. Hvis ikke må man gå ut fra at kravet er avgjort i sin helhet, slik at det ikke kan reises ny sak. Avgjørelsen i Rt. 1982 side 1093 som ble nevnt i forrige eksempel, viser at spesielle utmålingsregler kan lede til at adgangen til oppdeling blir avskåret som følge av at individualisering ikke er mulig.

Konsekvensen av at en lovlig oppdeling er foretatt, er at dommen i første sak ikke retts-

kraftig avgjør noe om resten av kravet. Dette er selvsagt når kravet er tatt til følge. Man kunne imidlertid reise spørsmål om ikke en frifinnende dom begrunnet med at det overhodet ikke eksisterer noe erstatningskrav, burde være til hinder for at det reises ny sak om en annen del av kravet. Dette vil jo ikke kunne tas til følge uten at man fraviker resultatet i sak én. Det er likevel alminnelig antatt at det er adgang til ny sak, og at spørsmålet om vilkårene for erstatning foreligger kan prøves fullt ut i sak to. Dette standpunktet er også best i samsvar med den alminnelige regel at rettskraftvirkningene ikke omfatter de rettsfakta som utgjør betingelser for kravet.

Et eksempel gir avgjørelsen i Rt. 1996 side 1324. I straffesak mot A for forsikringsbedrageri etter brann i en garasje ble det gitt dom for forsikringsselskapets sivile erstatningskrav på tilbakebetaling av et akontobeløp på kr 15 000. Dommen ble av Høyesteretts kjæremålsutvalg ikke ansett til hinder for at A i en ny sivil sak mot forsikringsselskapet fremmet krav på forsikringsoppgjør for garasjen, riktignok slik at han måtte finne seg i at det var endelig avgjort at de 15 000 kroner skulle gå til fradrag i erstatningen. Denne del av kravet var endelig avgjort.

- P) Hovedkrav og tilleggskrav. Forrige eksempel gjaldt oppdeling av krav, hvor de enkelte delene er sideordnet. I andre tilfelle kan krav forholde seg til hverandre som hovedkrav og tillegg (aksessorium) til dette. Krav på renter er et viktig eksempel. Her er løsningen at en dom som gir saksøkeren medhold i hovedkravet, ikke har rettskraftvirkninger for plikten til å betale renter, heller ikke forsinkelsesrenter, av kravet. Rentekravet kan derfor gjøres gjeldende i ny sak, se forutsetningsvis Rt. 1996 side 150 hvor det ble avgjort at en fullbyrdsdom for krav på saksomkostninger ikke utgjør tvangsgrunnlag for morarenter av kravet. Krav på rentesrente anses imidlertid ikke som et aksessorium til rentekravet, men som en del av dette (Rt. 1993 side 373). Det kan derfor ikke reises ny sak med krav om rentesrente.

Hvis utfallet i første sak blir at hovedkravet ikke består, vil et krav på renter av dette nødvendigvis ikke føre frem. I så fall vil ny sak om renter bli avvist som rettskraftig avgjort. At rettskraftvirkningen av en dom blir forskjellige avhengig av utfallet av saken, minner om situasjonen med erstatningskravet til slutt i eksempel G. Utvalget mener også her at løsningen bør forankres i en regel om avledet objektiv rettskraft som behandles i et eget avsnitt nedenfor.

- Q) En annen problemstilling er om den tapende part kan reise ny sak med en mindre vidtgående påstand enn i første sak. Ofte vil rettsforholdet ikke endre identitet selv om kravets omfang reduseres. Innenfor rammen av partenes påstander vil retten måtte vurdere om kravet delvis fører frem. Hvis første sak er lagt opp slik at retten bare har hatt kompetanse til å avgjøre om saksøkeren har det bestemte krav han gjør gjeldende, vil det kunne reises ny sak. Problemstillingen kan være aktuell i grensetvister. I Rt. 1978 side 1564 ble det lagt til grunn at en dom i en grensetvist som frifinner for en bestemt grensepåstand, ikke er til hinder for at det anlegges en ny sak med en mindre vidtgående påstand, riktignok med det forbehold at det ikke må være tale om en så bagatellmessig tilbaketrekning at det reelt må sies å være identitet mellom den gamle og nye påstand. Dessuten ble det tatt forbehold for det tilfelle at dommen i første sak i realiteten har tatt standpunkt til eiendomsretten for hele tvisteområdet. I mange grensetvister vil dette være tilfelle. Saksøkte påstår ikke bare frifinnelse, men nedlegger sin egen grensepåstand. I så fall vil den grense retten trekker innenfor rammen av påstandene, rettskraftig avgjøre hvor grensen mellom partenes eiendommer går.

- R) I rettsendringssøksmål vedrørende person- og familierettslige forhold gjelder de ordinære rettskraftreglene med betydelige modifikasjoner. Avgjørelser i flere sakstyper på dette område har ikke ordinære negative rettskraftvirkninger, men det er også unntak fra den positive side ved den materielle rettskraften. I skilsmisssaker er det enighet om at en dom som forkaster en påstand om skilsmisse, bare med rettskraft har avgjort at den konkrete skilsmissegrunn ikke fører frem. At krav om skilsmisse på grunnlag av separasjon etter ekteskapsloven § 21 eller § 22 er forkastet, er derfor ikke til hinder for å reise en ny sak med krav om skilsmisse på grunn av overgrep etter § 23 selv om de handlinger som påberopes i tid ligger forut for den første dommen. Skilsmisssaker endrer derfor identitet med påstandsgrunnlaget, i motsetning til det som gjelder for rettighets-søksmål i henhold til eksempel A.

#### 14.2.3.5.9 Særlig om identitetsspørsmål ved fullbyrdsdommer

I fremstillingen hittil har det ikke vært fokusert spesielt på sontringen mellom fastsettelsesdommer, dommer som fastslår om en bestemt rettighet eller

et rettsforhold er til eller ikke er til, og fullbyrdesdommer, dommer som gjelder en handleplikt til å gjøre, tåle eller unnlate noe. Gjennomgangen av eksemplene ovenfor omfatter begge typer dommer uten at fremstillingen der tilsier at det blir noen prinsipielt begrunnet forskjell. I praksis blir det likevel en forskjell ved tolkningen. Ved fastsettelsesdommer fremgår det gjerne mer direkte av slutningen hvilket rettsforhold som er avgjort. Ved fullbyrdesdommer må man gå til premissene, idet f.eks. en betalingsdom ikke sier noe om hvilket pengekrav betalingsplikten gjelder. Ved en frifinnende fastsettelsesdom vil det imidlertid også være nødvendig å gå til premissene for å bringe på det rene hvilket krav saksøkte er frifunnet for.

Som en alminnelig regel er det vanlig å si at en fullbyrdesdom for et pengekrav har samme rettskraftvirkning som en fastsettelsesdom om eksistensen av den fordringen betalingsforpliktelsen gjelder. Avgjørelsen om erstatningskravet i Rt. 1982 side 1093, nevnt i eksempel N ovenfor, illustrerer dette. Hva som er samme og hva som er forskjellige fordringsrettigheter, må så avgjøres etter de kriteriene som er gjennomgått ovenfor.

#### 14.2.3.5.10 Særlig om utleverings- og fravikelsesdommer

Det er etter gjeldende rett uklart og omtvistet hvor omfattende rettskraftvirkninger som knytter seg til fullbyrdesdommer om plikt til å fravike en eiendom eller utlevere en ting. Det som er direkte tvistegenstand i slike saker, er retten til besittelsen av objektet. Retten til besittelse vil i sin tur være forankret i en eller annen rettighet. Besittelse av objektet inngår som rettsvirkning av en rekke ulike rettighetstyper; eiendomsrett, totale bruksrettigheter som leie, lån, tomtefeste og forpaktning og sikkerhetsrettigheter som håndpant, brukspant og tilbakeholdsrett. Problemstillingen er om man også i disse tilfellene skal anse en dom på utlevering/fravikelse for å være en rettskraftig avgjørelse av den underliggende rettighet som besittelseskravet er forankret i. Noen avklaring har dette spørsmålet ikke fått i rettspraksis, og det kan jo tyde på at det ikke har så stor betydning. En forklaring kan være at partene, hvor de underliggende rettighetsforholdene er omtvistet, sørger for at disse blir endelig avgjort ved å nedlegge særskilt påstand om fastsettelsesdom. En annen mulighet er at den tapende part resignerer, slik at det ikke blir satt på spissen om rettighetsspørsmålet er rettskraftig eller bare prejudisielt avgjort. I prosessteorien har spørsmålet imidlertid vært omtvistet i flere generasjoner, både hos oss og i nabolandene. Det vises

til Eckhoff, Rettskraft side 71 – 72, Hov I side 334, Skoghøy side 791 – 792 og Schei side 523 med henvisninger til annen norsk og nordisk litteratur.

Etter utvalgets oppfatning taler de beste grunner for å anse besittelsesspørsmålet for å være et selvstendig rettsforhold i disse tilfellene, mens det bakenforliggende rettighetsforholdet bare anses prejudisielt avgjort. Løsningen blir den samme som når et erstatningskrav bygges på eiendomsrett. Besittelsen er en posisjon som nyter rettsordenens beskyttelse uavhengig av hvilket rettsgrunnlag den har. Det kan vises til straffeloven § 392 og § 395 om straff for å krenke noens besittelse til henholdsvis løsøre og fast eiendom. Det kan derfor forsvares å regne besittelsen som et selvstendig rettsforhold når tvisten ved partenes påstander direkte bare gjelder denne. Partene vil, om de ønsker det, kunne få det underliggende rettighetsspørsmålet avgjort ved å nedlegge påstand om fastsettelsesdom. Det vil ellers kunne variere atskillig hvilken vekt partene har lagt på rettighetsspørsmålene og hvor grundig disse er behandlet i dommen. Hvis disse likevel skal være rettskraftig avgjort, kan dommen bli tillagt for stor betydning. Å la rettskraftsspørsmålet bero på om retten i den enkelte sak har tatt stilling til det prejudisielle rettighetsspørsmål på en betryggende måte, slik Gomard gjør seg til talsmann for for i dansk rett, se Civilprocessen, 4. utgave, 1994 side 587 – 589, synes å gi for liten klarhet og forutberegnelighet.

Identitetsspørsmålet bør løses på samme måte med hensyn til rettskraften som med hensyn til avstemningsreglene når retten har flere dommere. Å trekke slutninger fra reglene om avstemningsmåten, slik enkelte forfattere har gjort, er imidlertid å begrunne noe som er usikkert med noe annet som ikke er sikrere. Problemstillingene kan likevel gjensidig belyse hverandre. Etter utvalgets oppfatning er det reelt sett den beste løsning at man anser kravet på utlevering for å være ett voteringstema, slik at stemmer for å ta et krav til følge på ulike grunnlag legges sammen. Anser man det prejudisielle rettighetsspørsmålet rettskraftig avgjort, vil forskjellige grunnlag, eiendomsrett, bruksrett og så videre, være forskjellige krav i prosessuell forstand slik at det må stemmes særskilt over hvert grunnlag. Hvis dommerne vil ta kravet til følge på forskjellig grunnlag, får dette den litt pussige konsekvens at saksøkte likevel må frifinnes.

Konsekvensen av at det underliggende rettighetsspørsmålet ikke anses endelig avgjort i fullbyrdesdomsspørsmålet, er at det er adgang til å få dette prøvet i ny sak. Det oppstår da spørsmål om hva som blir konsekvensene hvis A etter å ha blitt dømt til å utlevere tingen til B i sak en, får medhold i

sak to i et krav om at han er eier av tingen. Også dette er omtvistet i teorien. Etter utvalgets oppfatning er den beste løsning å anse dommen i eienomsrettsspørsmålet som en etterfølgende rettsstiftende kjensgjerning som kan gi grunnlag for å reise en ny sak om besittelsen. Denne løsningen gikk Eckhoff inn for i Rettskraft side 119 – 120, og i samme retning i svensk rett Ekelöf, Bylund og Boman, Rättegång III (6. opplag 1994) side 139 – 140. Å legge til grunn at begge dommer har ordinær rettskraftvirkning ved siden av hverandre, slik at A må la B beholde besittelsen av tingen, mens han i alle andre relasjoner skal anses som eier av den, virker ikke som noen tiltalende løsning. Adgangen til å reise ny sak ved etterfølgende omstendigheter behandles i et eget avsnitt nedenfor.

#### 14.2.3.5.11 *Avledet rettskraft for betinget avgjorte rettsforhold*

I eksempel G om ugyldighet og erstatningsansvar er det sagt at dette er forskjellige rettsforhold. En dom som bare gjelder gyldigheten av et forvaltningsvedtak, vil derfor i henhold til hovedregelen ikke rettskraftig avgjøre noe om erstatningsplikten, og vil heller ikke stenge for at dette prøves i en ny sak. I erstatningssaken vil det være et prejudisielt spørsmål om vedtaket var gyldig, og for avgjørelsen av dette vil dommen i første sak ha positiv rettskraft. Er vedtaket gyldig, og det ikke er påberopt noen andre grunnlag for erstatningskravet, blir saksøkte derfor frifunnet. Det følger likevel av Rt. 1993 side 1606 at hovedregelen ikke følges fullt ut. Dersom det ved dommen i første sak blir avgjort at vedtaket var gyldig, vil en ny sak med krav om erstatning utelukkende begrunnet med at vedtaket likevel var ugyldig, bli avvist etter tvistemålsloven § 163 første ledd som rettskraftig avgjort.

I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1993 side 1606 var saksforholdet i korthet at en byråsjef, som hadde fått sine arbeidsoppaver endret i forbindelse med en omorganisering i et departement, reiste sak etter arbeidsmiljøloven med krav om at oppsigelsen av henne skulle kjennes ugyldig (sak én). Hennes pretensjon var at omorganiseringen innebar en endringsoppsigelse. Ved Kjæremålsutvalgets kjennelse i sak én ble det endelig avgjort at saken ikke skulle fremmes etter arbeidsmiljølovens prosessordning fordi hun ikke var oppsagt.

Byråsjefen anla da sak to etter tvistemålslovens ordinære prosessordning med påstand om at omorganiseringsvedtaket var ugyldig. Staten ble frifunnet for dette kravet, og dommen ble påanket.

Mens saken sto for lagmannsretten, anla byråsjefen sak tre for Oslo byrett med påstand om at oppsigelsen av henne skulle kjennes ugyldig, og om erstatning begrenset oppad til kr 100 000.

Kjæremålsutvalgets kjennelse gjaldt et videre kjæremål over lagmannsrettens kjennelse om å avvise sak tre i sin helhet. Kjæremålsutvalgets kom enstemmig til at saken med rette var avvist for så vidt gjaldt kravet om at oppsigelsen skulle kjennes ugyldig. Ved kjennelsen i sak én var det rettskraftig avgjort at hun ikke var oppsagt, og det var de samme faktiske forhold som ble påberopt i begge saker. Erstatningskravet ble imidlertid tillatt fremmet under dissens 2-1. Det samlede kjæremålsutvalget la til grunn at hun ikke kunne fremme et erstatningskrav etter arbeidsmiljøloven § 62 begrunnet i at hun var urettmessig oppsagt. Begrunnelsen var at «dette er en konsekvens av at det er rettskraftig avgjort at det ikke foreligger noen oppsigelse». Erstatningskravet var imidlertid ikke alene begrunnet med at det forelå en ulovlig endringsoppsigelse, men også med at det forelå et ugyldig forvaltningsvedtak i forhold til henne i forbindelse med omorganiseringen i departementet. Flertallet la til grunn at dette kravet ikke var rettskraftig avgjort, og at det heller ikke var litispending etter tvistemålsloven § 64 på grunn av den verserende sak to, idet det kun var gyldigheten av vedtaket, ikke erstatningskravet knyttet til dette, som var tvistegjenstand i sak to.

Mindretallet kom til at erstatningskravet måtte avvises i sin helhet, enten man bygget på at det var rettskraftig avgjort eller, som lagmannsretten, at byråsjefen ikke hadde rettslig interesse i å prøve det.

Etter utvalgets oppfatning er det ikke tvil om at Kjæremålsutvalgets kjennelse bygger på at ugyldighetsspørsmålet og erstatningsspørsmålet er forskjellige rettsforhold. Det viser seg særlig i synet på litispendingsspørsmålet. Erstatningskravet i sak tre begrunnet med at vedtaket om omorganisering var ugyldig, ble fremmet til tross for at gyldighetsspørsmålet var tvistegjenstand i sak to. Hvis sak tre i stedet var blitt reist etter en endelig frifinnende dom i sak to, må det imidlertid følge av kjennelsen at saken ville bli avvist. Dette kan ikke forklares med at grensene for hva som er samme forhold må trekkes forskjellig i relasjon til litispending- og rettskraftreglene, eller at hva som er samme forhold beror på hvilket resultat man kommer til. Det er derfor etter utvalgets oppfatning ikke til å komme utenom at avgjørelsen i sak én er tillagt rettskraftvirkninger for et annet rettsforhold enn det som var tvistegjenstand, slik at det dreier seg om et særlig tilbygg til reglene om den materielle rettskraftens

objektive side. Man kan mest treffende tale om avledet rettskraft.

Etter samme modell kan man etter utvalgets oppfatning treffende beskrive forholdet mellom hovedkrav og tilleggskrav i eksempel P.

Vilkåret for å tillegge en dom avledet rettskraft for rettsforhold som ikke var tvistegenstand, synes å være at det består den spesielle rettslige kobling mellom rettsforholdene at de utgjør ledd i en kjede der avgjørelsen i det ene ledd med logisk nødvendighet betinger avgjørelsen i det neste. I en sak om erstatning for usaklig oppsigelse, er det en nødvendig betingelse for erstatning at det har funnet sted en oppsigelse. Det er imidlertid ikke en tilstrekkelig betingelse, idet det for å kreve erstatning også gjelder tilleggsvilkår. Dommen i oppsigelsesspørsmålet vil derfor bare bestemme utfallet av erstatningskravet dersom det blir avgjort at det ikke foreligger en oppsigelse, eller iallfall ikke en ugyldig sådan. Noe tilsvarende gjelder om forholdet mellom hovedfordring og renter, med mindre grunnlaget for at hovedfordringen ikke består, er at den er innfridd uten at rentekravet er dekket.

Hvorvidt det består en slik logisk nødvendighet at avvising kan skje, beror på hva som er påstandsgrunnlaget i sak to. Det er bare hvis erstatningskravet i sak to utelukkende baseres på et forhold som er rettskraftig avgjort i motsatt retning, at det er grunnlag for avvising.

Unntaksregelen om avledet rettskraft kan ikke være begrenset til ugyldighetstilfellene og saker om forholdet mellom hoved- og tilleggskrav. Den må også gjelde hvor et krav om fullbyrdsdom kun begrunnes med en rettighet som det er rettskraftig avgjort i forhold mellom partene at saksøkeren ikke har.

Anvendelsesområdet for denne unntaksregelen om avledet rettskraft må antas å være begrenset til rettsforhold som utgjør ledd i en kjede, selv om det kan være en like sterk logisk forbindelse mellom rettsforholdene i enkelte andre tilfelle. I eksempel O om delkrav er det således antatt at en dom om en del av et erstatningskrav begrunnet med at vilkårene for erstatningsansvar ikke er til stede, ikke er til hinder for å reise en ny sak om en annen del av kravet. Forskjellen er at spørsmålet om vilkårene for erstatningsansvar foreligger, ikke anses som et eget rettsforhold som er bindende avgjort i sak én. Her holder man seg til hovedregelen om at rettskraftvirkningene ikke omfatter det som er avgjort om enkelte rettsfakta som utgjør premisser for avgjørelsen. Avgjørelsen i første sak tillegges derfor heller ikke prejudisiell betydning i sak to.

Etter utvalgets oppfatning er det en god løsning å avvise sak to i tilfeller som kan sammenliknes med

saksforholdet i Rt. 1993 side 1606. Selv om det etter teorien om rettskraftens begrensning til «samme krav» kan synes mest korrekt å fremme saken til realitetsavgjørelse ved frifinnelse etter reglene om positiv rettskraft, er det prosessøkonomisk en stor fordel å avvise. Dette gjelder spesielt etter gjeldende prosessordning hvor man ikke har noen prosedyre for forenklet realitetsavgjørelse av åpenbart ubegrunnede krav. Utvalget mener imidlertid at resultatet like gjerne kunne vært begrunnet med manglende rettslig interesse, slik lagmannsretten hadde gjort i den aktuelle saken. Når reglene om positiv rettskraft bestemmer løsningen av et rettsforhold, kan det vanskelig anses å foreligge en slik rettslig uklarhet som tilsier at saksøkeren har aktuell rettslig interesse i å bringe spørsmålet inn for retten. I disse tilfellene vil det dessuten være forholdsvis enkelt å konstatere at saksøkerens pretensjon er åpenbart uholdbar, slik at det vil følge av en tradisjonell anvendelse av bestemmelse om rettslig interesse i tvistemålsloven § 54 at saken må avvises.

Utvalget kommer noe tilbake til spørsmålet om forholdet mellom rettskraft og rettslig interesse i II.14.4.3.1.

#### 14.2.3.5.12 *Ny sak på grunnlag av etterfølgende momenter*

Mange rettsforhold er dynamiske i den forstand at de endrer seg over tid. Det er rettsstillingen når saken opptas til doms som blir bindende fastslått. Gjøres det som påstandsgrunnlag i en ny sak gjeldende at rettsstillingen er endret som følge av kjensgjerninger inntruffet etter dommen i sak én, må den nye saken realitetsprøves. Hvis saksøkte frifinnes for et krav om fullbyrdsdom for et pengekrav med den begrunnelse at kravet ikke er forfalt, er det ikke noe til hinder for å anlegge en ny sak når forfallstidspunktet inntreffer. Dette er et etterfølgende rettsfaktum. Undertiden brukes terminologien «frifinnelse for tiden» for å markere den begrensede rettskraftvirkningen av en slik dom, men dette er ikke nødvendig.

Ved avgjørelsen av hvor bindende en dom er, må rettskraftreglene ses i sammenheng med reglene om gjenopptakelse. Disse regelsettene er harmonisert slik at de samlet gir en hensiktsmessig regulering av adgangen til ny prøving av saken, og slik at samme forhold ikke kan påberopes både som grunnlag for gjenopptakelse og ny sak. Derimot kan man ikke utelukke at et argument verken gir adgang til gjenopptakelse eller ny sak.

Domstidspunktet, eller rettere det tidspunkt saken ble opptatt til doms, markerer grensen i tid

for reglene om gjenopptakelse. Gjenopptakelse kan etter tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6 bare kreves på grunnlag av kjensgjerninger som forelå på domstidspunktet, men som parten var ukjent med. Nye bevis kan begrunne gjenopptakelse også om beviset er ervervet senere, men forutsetningen er at beviset angår en kjensgjerning som forelå tidligere. Et eksempel er en ny sakkyndig utredning om brannårsaken i en sak om forsikringsbedrageri, eller en DNA-prøve som utelukker en person som er blitt dømt til farskap. Nye bevis kan ikke begrunne ny sak om et forhold som er rettskraftig avgjort. Reglene om gjenopptakelse er derfor uttømmende for å få avgjørelsen overprøvet av denne grunn. Utvalget ser her bort fra muligheten for å få oppreisning for oversittelse av ankefristen.

Nye rettsregler eller endret rettsoppfatning kan aldri begrunne gjenopptakelse, men kan i enkelte tilfelle begrunne en ny sak. Lovgiveren kan, innenfor den grunnlovsmessige skranke mot å gi lover tilbakevirkende kraft i Grunnloven § 97, endre rettstilstanden ved å regulere innholdet av rettigheter eller rettsforhold på en annen måte enn før. Det gjelder også rettighetsspørsmål avgjort ved dom, og tvister om dette kan prøves i nytt søksmål. Derimot er det vanlig antatt at dette ikke gjelder når det bare er rettsoppfatningen som er endret, for eksempel ved en ny høyesterettsdom som løser spørsmålet på en annen måte. For adgangen til gjenopptakelse vises det særlig til Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1996 side 1313.

I plenumsdom i Rt. 1996 side 521 (Lenadommen) fravek Høyesterett rettsoppfatningen i en høyesterettsdom i Rt. 1993 side 409 (Malvikdommen) i et spørsmål om reguleringsplanens betydning for utmåling av ekspropriasjonserstatning. En part i et tidligere overskjønn begjærte gjenopptakelse av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse om å nekte anken over overskjønnet fremmet med den begrunnelse at lagmannsretten hadde basert overskjønnet på den rettsoppfatning i Malvikdommen som ble fraveket i Lenadommen. I dette fikk han ikke medhold. Kjæremålsutvalget uttalte at «... den omstendighet at Høyesterett i en dom gir uttrykk for en annen oppfatning av et rettsspørsmål enn den det er bygget på i en tidligere avgjørelse, ikke er gjenopptakelsesgrunn etter tvistemålsloven § 407. Det kan heller ikke av Grunnloven eller alminnelige rettsprinsipper utledes at endret rettsoppfatning skal være gjenopptakelsesgrunn.»

Det vil i tilfeller som dette heller ikke være adgang til ny sak.

Det er mulig at rettskraftsreglene ikke vil være til hinder for å anlegge en ny sak med virkning for fremtiden dersom det, f.eks. som følge av vesent-

lige endringer i samfunnsforhold og holdninger, ny lovgivning på beslektede områder eller nye internasjonale konvensjoner, skjer er en endring av hele rettskildet bildet på området. Det vises om dette særlig til Skoghøy side 811. Et eksempel kan være det nye synet på samenes rettigheter som urbefolkning som er vokst frem i nyere tid på grunnlag blant annet av ILOs urbefolkningskonvensjon (ILO-konvensjon nr. 169 av 27. juni 1989 som ble ratifisert av Norge 19. juni 1990 og trådte i kraft fra 5. september 1991), vedtakelsen av Grunnloven § 110 a og Samerettsutvalgets arbeid. Spørsmålet er tvilsomt, og utvalget foreslår heller ingen særlig lovregel om dette.

#### 14.2.3.5.13 Særlig om *bristende faktiske forutsetninger for dommen*

I en del saker vil retten på grunn av det rettsforhold som er temaet for avgjørelsen, måtte vurdere påregneligheten av en fremtidig begivenhet eller utvikling. Typiske eksempler er saker om utmåling av erstatning for tap i fremtidig erverv eller fremtidige merutgifter ved personskade etter skadeserstatningsloven § 3-1 og erstatning for ulemper på ekspropriasjonens gjenværende eiendom ved ekspropriasjonserstatningsloven § 8. Det følger av vurderingstemaets natur at utviklingen fra tid til annen blir annerledes enn retten la til grunn som premiss for avgjørelsen uten at man av den grunn kan si at avgjørelsen var uriktig ut fra forholdene på domstidspunktet. Som en felles betegnelse kan man si at dommen i disse tilfellene er bygget på *bristende faktiske forutsetninger*. Spørsmålet er da hvilke muligheter partene har til å angripe en rettskraftig dom av denne grunn. Problemstillingen og terminologien er vel kjent fra kontraktsretten, hvor adgangen til endring eller bortfall av avtaleforpliktelser på grunn av irregulær utvikling eller *bristende forutsetninger* i medhold av generelle ulovfestede regler har spilt en sentral plass. I avtaleloven § 36, som ble tilføyet i 1983, har man fått en generell bestemmelse om lemping – endring eller bortfall – av avtaler på formuerettens område som det er urimelig å gjøre gjeldende. Det vises til eksempel G i II 14.2.3.5.8 ovenfor. Avtaleloven § 36 dekker både opprinnelige og etterfølgende forhold, og overflødiggjør i det alt vesentlige de ulovfestede reglene.

I motsetning til det som gjelder for rettsforhold normert ved avtale, har man ingen alminnelige regler og heller ingen utviklet gjennomgående teori om rettskraftens begrensning ved *bristende forutsetninger* for dommer eller andre rettsavgjø-

relser. Høyesteretts praksis gir i liten grad muligheter for induksjon av generelle regler. De enkelte avgjørelsene er temmelig konkret begrunnet uten å være eksplisitt forankret i noe bestemt normsystem som referanseramme og argumentasjonsmønster. Enkelte av avgjørelsene lar seg heller ikke så lett forene. Slik utvalget ser det, hersker det derfor betydelig usikkerhet på området.

Ett alternativ ville være å anse bristende forutsetninger omfattet av reglene om gjenopptakelse. I Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1957 side 1244 i spørsmål om gjenopptakelse av et overskjønn inntok rettens flertall dette standpunktet, og begrunnet det generelt med at tvistemålsloven § 407 nr. 6 med nye kjensgjerninger eller bevis også sikter til kjensgjerninger eller bevis oppstått etter skjønnet. Problemstillingen var i korthet at kostnadene ved å flytte en hyttebebyggelse som følge av vassdragsregulering ble vesentlig høyere enn den erstatning overskjønnet hadde fastsatt. Standpunktet kunne forutsetningsvis ha en viss støtte i enkelte eldre rettsavgjørelser. I sin generelle form er standpunktet fraveket i senere høyesterettspraksis. Det vises spesielt til Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelser i Rt. 1973 side 242 og Rt. 1997 side 685, samt kjennelsen i Rt. 1999 side 1916 i en kjæremålssak henvisning til avdelingsbehandling i Høyesterett. En mer holdbar betraktningssmåte ville være å anse den nye omstendigheten som bevis for at rettens bedømmelse på domstidspunktet var uriktig. Heller ikke et slikt syn er det imidlertid lett å opprettholde i lys av begrunnelsen for de senere avgjørelser.

Rt. 1973 side 242 gjaldt et veiskjønn der grunneierens krav på innløsning av et areal på 5,1 dekar ble nektet med den begrunnelse at det ville kunne bebygges. To år senere vedtok bygningsrådet at arealet ikke skulle legges ut til utbyggingsformål. Grunneierens begjæring om gjenopptakelse ble forkastet med den begrunnelse at det dreide seg om en etterfølgende kjensgjerning. Det var ikke noe nytt bevis for at at skjønnet var uriktig at utviklingen tok en annen retning enn forutsatt. En omstendighet som skal begrunne gjenopptakelse, må ha foreligget som en realitet da avgjørelsen ble truffet, men uten å være kjent.

Rt. 1999 side 1916 gjaldt begjæring om gjenopptakelse av et naturfredningsskjønn med den begrunnelse at landbruksmyndighetene ikke tillot utnyttelse av en grusforekomst på eiendommen utenfor det areal som var fredet. Staten hadde anført, og lagmannsrettens flertall i overskjønnet hadde lagt til grunn, at tillatelse ville bli gitt. Begjæringen om gjenopptakelse ble med støtte i avgjørelsene fra 1973 og 1997 forkastet med den begrun-

nelse at det dreide seg om en kjensgjerning oppstått etter avgjørelsen.

Utvalget er enig i den løsning at etterfølgende omstendigheter som nevnt faller utenfor anvendelsesområdet for reglene om gjenopptakelse etter tvistemålsloven. Gjenopptakelse er rettsmidlet mot avgjørelser som viser seg å være uriktige på grunn av omstendigheter som forelå, men var ukjent, da avgjørelsen ble truffet. Når retten er henvist til å basere sin avgjørelse på en vurdering av påregneligheten av en fremtidig utvikling eller begivenhet, gir ikke det at utviklingen tar et annet løp avgjørende holdepunkter for at vurderingen i avgjørelsesøyeblikket var uriktig eller uforsvarlig. Fristene for å begjære gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 408 ville også vært urealistisk korte dersom gjenopptakelse skulle kunne kreves på grunn av endrete forhold, særlig den absolutte fristen på fem år fra domstidspunktet. En ulempe er dessuten at gjenopptakelse innebærer at den nye realitetsbehandlingen finner sted ved den domstol som avsa dom i siste instans. Sammenliknet med gjenopptakelse fremstår derfor adgang til å reise ny sak som en bedre løsning i den utstrekning dette er mulig etter gjeldende rett. I den nye tvisteloven vil man imidlertid kunne utforme reglene om gjenopptakelse, eller gjenåpning som utvalget foreslår som ny betegnelse, slik at de gir en hensiktsmessig regulering også av adgangen til å få dommen underkjent på grunn av bristende forutsetninger. Utvalget kommer tilbake til spørsmålet i II.15.6.4.10.

Man kan imidlertid ikke fra den omstendighet at endrete forhold faller utenfor anvendelsesområdet for reglene om gjenopptakelse, trekke den slutning at det er adgang til ny sak. Det kan ikke utelukkes at det verken etter det ene eller det annet regelsett er grunnlag for å angripe dommen. Således gir verken uriktige eller bristende rettslige forutsetninger for dommen grunnlag for gjenopptakelse eller ny sak. Det er ingen selvfølge at det gjelder en annen løsning for bristende faktiske forutsetninger.

I prosesslitteraturen er det alminnelig oppslutning om det syn at nye faktiske omstendigheter vil kunne gjøres gjeldende i ny sak med den begrunnelse at de utgjør nye rettsfakta. Inntil helt nylig har imidlertid standpunktet hatt svak forankring i rettspraksis. I en eldre avgjørelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1934 side 1134 ble ny sak om erstatning for ervervstap etter en trafikkulykke med støtte i nye legeerklæringer avvist under dissens i et tilfelle hvor det saksøkte forsikringselskap to år i forveien var blitt frifunnet i en overrettsdom. Overrettens begrunnelse var at det den gang

ikke var gjort sannsynlig at skadelidte ville lide noe varig ervervstap når han skulle begynne å forsørge seg selv. Foranlediget av saksøkerens argumentasjon er imidlertid både flertallets og mindretallets premisser forankret i den kanskje noe mindre treffende problemstilling om at overrettsdommen skulle tolkes som en «frifinnelse for tiden» slik at erstatningskravet ikke var forfalt. Betraktningmåten nytt rettsfaktum ble ikke drøftet. Det er mulig at flertallet har forutsatt at det ville være adgang til gjenopptakelse slik Retstidendes redaksjon har gått ut fra i sammendraget av kjennelsen. Avgjørelsen har vært kritisert i teorien som mener at ny sak burde vært tillatt i et slikt tilfelle.

Kjennelsen i Rt. 1957 side 1244, nevnt ovenfor, er fra flertallets side blant annet begrunnet med at det ville være urimelig om det ikke skulle være adgang til gjenopptakelse i et slikt tilfelle. Forutsetningen synes da å være at meromkostningene ved flyttingen av hyttebebyggelsen ikke ville gitt adgang til nytt skjønn. Heller ikke mindretallet er inne på dette.

I avgjørelsene i Rt. 1973 side 242 og Rt. 1997 side 685 der det ble avgjort at man er utenfor anvendelsesområdet for gjenopptakelse, er det ikke uttalt noe om at det ville være adgang til ny sak. I kjennelsen i Rt. 1999 side 1916 om naturfredningsskjønnet uttalte imidlertid en fraksjon i flertallet på fire dommere i et obiter dictum, det vil si en uttalelse om et rettsspørsmål som det ikke var nødvendig for avgjørelsen å ta stilling til, at det i dette tilfelle kunne anlegges ny sak.

Som begrunnelse ble det blant annet nevnt at Høyesteretts kjæremålsutvalg i sin tidligere kjennelse om å nektet anken over overskjønnet fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 (fordi det var klart at anken ikke kunne føre frem), uttalte at fylkeslandbruksstyrets vedtak ikke var endelig, og at skjønnet hadde som forutsetning at det skulle gis adgang til grusuttak på egen eiendom. Det var nærliggende å oppfatte uttalelsen dithen at det ved brudd på forutsetningen ville kunne kreves fortsatt skjønn. Slik saken nå stod, etter at statens egen forutsetning om at det ville bli gitt dispensasjon fra forbudet i jordloven § 9 hadde sviktet, måtte grunneieren ha krav på ved et nytt skjønn å få fastsatt erstatning ut fra den forutsetning at uttak av grus ikke kunne skje med mindre vedtaket om å nekte dispensasjonen ble omgjort.

Det er imidlertid på ingen måte uproblematisk å åpne for at bristende faktiske forutsetninger for en dom eller en annen rettsavgjørelse, kan gi grunnlag for ny sak. De alminnelige regler om rettskraftens objektive grenser er ikke utformet med sikte på å hanskes med slike problemer. Når man tillat-

ter ny sak om etterfølgende kjensgjerninger, tar dette som nevnt tidligere sikte på nye rettsstiftende kjensgjerninger – rettsfakta – som begrunner at rettsstilstanden er endret i tiden etter dommen. Den omstendighet at det etter en dom om erstatning for fremtidig tap inntreffer noe som representerer et avvik fra premissene for erstatningsutmålingen, er ikke noe typisk rettsfaktum i denne forstand. Det ville klarligvis føre for langt om ethvert avvik skulle kunne begrunne ny sak, og om endog saksøkerens pretensjon om nye rettsfakta skulle være tilstrekkelig med mindre den var åpenbart uholdbar.

Problemet skyldes at det som utvalget har påpekt ovenfor i tilknytning til betydningen av ny rettsoppfatning, ikke er noe faktisk fenomen som i seg selv er et rettsfaktum. Dette forutsetter en rettsregel som tillegger fenomenet rettslige konsekvenser. Når de prosessuelle regler om rettskraftens grenser har som vilkår for ny sak at kravet bygger på et nytt rettsfaktum, forutsetter det derfor regler utenfor rettskraftreglene selv, men som denne kan kobles til, om betydningen av endrete forhold. Rettskraftreglene kan ikke fylle denne funksjonen uten at normen blir sirkulær: Om det er adgang til ny sak, beror på om det foreligger et nytt rettsfaktum. Et nytt rettsfaktum foreligger dersom det inntreffer noe som ikke er rettskraftig avgjort. Å dekretere at en endret utvikling representerer et nytt rettsfaktum som gir grunnlag for ny sak, uten å gjøre seg opp en bevisst oppfatning om eksistensen og det nærmere innholdet av regler om endring av forpliktelser fastsatt ved dom, blir lite annet enn et rent postulat. Dette problemet er etter utvalgets oppfatning ikke viet tilstrekkelig oppmerksomhet hittil.

Reglene om gjenopptakelse fyller den funksjon å regulere vilkårene for å kjenne en rettskraftig dom «ugyldig» på grunn av villfarelse eller uriktige faktiske forutsetninger, og utgjør et motstykke til de avtalerettslige reglene om ugyldighet eller lemping etter avtaleloven § 36 på grunn av slike omstendigheter. I og med at gjenopptakelsesreglene i motsetning til avtaleloven § 36 ikke gjelder bristende faktiske forutsetninger, må man finne forankring i andre regler for dette.

For rettsforlik er situasjonen enklere enn for dommer. Rettsforlik er etter gjeldende rett tillagt samme materielle rettskraft som dommer. Rettsforlik er imidlertid også avtaler og har på sett og vis en dobbelt bindende kraft, både materiellrettslig og prosessrettslig. Avtaleloven § 36 kommer direkte til anvendelse på rettsforlik på formuerettens område og gir derfor en slik referanseramme for den prosessuelle avgjørelse om rettskraftens



avgrensning mot nye rettsfakta i en ny sak som er etterlyst ovenfor. Man har av denne grunn heller ikke hatt spesielle metodiske problemer med å hankses med slike saker i praksis. Kjennelsen i Rt. 1987 side 1154 (Høyesteretts kjæremålsutvalg) gir et illustrerende eksempel på dette.

I en sak om husleievilkår i 1964 ble det inngått rettsforlik. Huseieren anla i 1985 ny sak med krav om oppregulering av leien i medhold av avtaleloven § 36 på grunn av senere stigning i markedsleien og opphevelse av husleiereguleringen. Saken ble fremmet. Kjæremålsutvalget uttalte at når det kreves endringer på grunnlag av endrete faktiske forhold etter at forliket ble inngått, må dette iallfall som et utgangspunkt anses som et nytt krav. Realitets spørsmålet om utviklingen har ført til en endring i den rettslige situasjon, må det da tas standpunkt til i den nye sak. Ved avgjørelsen av avvisnings spørsmålet må saksøkerens pretensjoner legges til grunn slik at det er tilstrekkelig å ta standpunkt til om det er åpenbart uholdbart å hevde at avtaleloven § 36 kan komme til anvendelse.

Et annet eksempel, hvor resultatet ble avvisning, er kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1992 side 1177, hvor flertallet la til grunn at saksøkerens pretensjon om rett til endring av et rettsforlik om felleseieskifte var åpenbart uholdbar.

På enkelte saksområder gjelder det særregler om utvidet adgang til endring av det som er fastsatt ved rettskraftig dom eller rettsforlik. Dette kan oppfattes som unntak fra den negative rettskraft, og er i dette perspektivet behandlet ovenfor i II.14.2.3.4. Eksempler er saker om barnefordeling, samværsrett og bidrag etter barneloven § 39 annet ledd, § 47 tredje ledd og § 57 og saker om underholdsbidrag til ektefelle ved samlivsbrudd etter ekteskapsloven § 84. I den utstrekning endring er begrunnet med etterfølgende omstendigheter, behøver man imidlertid ikke oppfatte dette som unntak fra hovedregelen om rettskraftens avgrensning mot nye rettsfakta, men som en anvendelse av denne, se Schei side 525 – 526. Her innebærer de liberale reglene om endringsadgang at nær sagt alt som måtte kunne gjøres gjeldende av nye faktiske forhold, vil være nye rettsfakta. Det felles vurderingstema i de saker som er nevnt, hvorvidt «særlige grunner» taler for endring, medfører imidlertid at avgjørelsen vil bli truffet på grunnlag av en samlet vurdering av gamle og nye omstendigheter, og det er heller ikke noe formelt til hinder for å reise ny sak under påberopelse av forhold som ble oversett ved den første avgjørelsen.

En regel som gir retten adgang til å bestemme at en forpliktelse skal falle bort på grunn av etterfølgende omstendigheter, er ekteskapsloven § 68.

Bruksrett til felles bolig ved samlivsbrudd faller bort når hensynet til ektefellen eller barnas behov ikke lenger gjør bruksrett rimelig. Bestemmelsen gjelder også når bruksretten er fastsatt ved dom.

Et eksempel fra et annet saksfelt er regelen i vassdragsloven av 15. mai 1940 nr. 3 § 136 nr. 1 om rett til erstatning ved tilleggs skjønn for skader voldt ved arbeid eller anlegg i vassdraget som ikke ble medtatt i ekspropriasjonsskjønnet og ikke skyldes at anlegget er brukt i strid med forutsetningene for avståelsen. Se Rt. 1976 side 766.

I andre tilfeller må generelle regler om adgang til endring av løpende forpliktelser i bestående rettsforhold tolkes slik at de kommer til anvendelse uansett om forpliktelsen bygger på ordinær avtale, rettsforlik eller rettsavgjørelse. Et eksempel gir tomtefestelovens regler om endring av festeavgift jf. loven § 15, eller endring eller bortfall (omskiping eller avskiping) av servitutter ved lensmannsskjønn etter servituttloven §§ 5 – 7, jf. § 18.

Et annet eksempel på materiellrettslige regler som også får anvendelse på forpliktelser fastsatt ved rettskraftige dommer, er reglene om tilbakesøking av pengeforpliktelser etter de ulovfestede pengekravsrettslige reglene som kalles *condictio indebiti*. Disse vil som regel hindre tilbakesøking i svært mange tilfelle hvor et erstatningsoppgjør er mottatt i god tro. Selv om rettskraftreglene i utgangspunktet må være nøytrale i den forstand at bristende forutsetninger må kunne representere nye rettsfakta enten det er til gunst eller skade for skadelidte, vil retten som ledd i avgjørelsen av om saken skal fremmes, måtte vurdere om saksøkerens pretensjon om rett til tilbakesøking er åpenbart uholdbar på grunn av reglene om *condictio indebiti*. I bekreftende fall må saken avvises, se Skoghøy side 815.

I andre tilfelle kan det være spørsmål om analogisk (tilsvarende) anvendelse av avtalerettslige regler på forpliktelser fastsatt ved dommer. Det må antas at avtaleloven § 36 vil kunne anvendes analogisk på løpende forpliktelser i kontraktsforhold også når plikten bygger på en rettskraftig dom og ikke på avtale. At bestemmelsen etter behov vil kunne anvendes analogisk, er forutsatt i dens motiver, se Ot.prp. nr. 5 (1982-83) side 26. I saken om husleieregulering i Rt. 1987 side 1154 nevnt ovenfor, er det således grunn til å tro at resultatet både materielt og prosessuelt ville blitt det samme om leien var fastsatt i en dom og ikke et rettsforlik. Utenfor kontraktsrettens område vil imidlertid en slik analogi ikke være mulig. Det er blant annet uaktuelt i de praktisk viktige eksemplene om erstatning for fremtidig tap ved personskade eller ekspropriasjon. Man starter med temmelig blanke ark

hvis man skal gi regler om revisjon av dommer på grunn av endrete forhold.

Det hittil eneste eksempel fra Høyesteretts praksis på at ny sak på grunn av bristende forutsetninger for en rettskraftig avgjørelse er blitt fremmet, eller rettere sagt forutsatt fremmet, er flertallsvotumet i Rt. 1999 side 1916 som utvalget flere ganger har vært inne på. Flertallets standpunkt er imidlertid ikke begrunnet ved henvisning til noen generelle regler om adgang til å endre forpliktelser fastsatt ved rettskraftige avgjørelser i alminnelighet eller eventuelle særlige regler for skjønn. Det er heller ikke formulert vilkår for slik endring. Det er derfor ikke mulig å abstrahere noen bestemt regel fra flertallets premisser. Standpunktet fremstår som rent konkret begrunnet i de spesielle omstendigheter som forelå, og hvor også kjæremålsutvalgets tidligere begrunnelse for å nekte anken over overskjønnet fremmet inngikk.

Kjennelsen i Rt. 1963 side 115 er ikke noe eksempel på det utvalget kaller bristende forutsetninger. Det dreiet seg i den saken om nytt skjønn på grunn av brudd på en bindende skjønnsforutsetning ved en veiekspropriasjon om at veivesenet skulle opparbeide to nye avkjørslers. Slike skjønnsforutsetninger er, i motsetning til de premisser for erstatningsutmålingen som det var tale om i Rt. 1999 side 1616, bindende vilkår for eksproprianten, og brudd på disse er etterfølgende rettsfakta på samme måte som mislighold av andre forpliktelser.

Utvalget er for sin del enig i at det bør være adgang til ny sak under slike betingelser som forelå i Rt. 1999 side 1616. Det dreiet seg her om en vesentlig bristende forutsetning for skjønnet som på grunn av statens anførsler og posisjon som ekspropriant, lå nær opp til en skjønnsforutsetning uten å være formelt bindende. Når det også var staten selv, riktignok ved et annet departement, som sørget for å bryte forutsetningen, ville det vært kvalifisert urimelig ikke å tillate eksproprianten å få erstatningsutmålingen prøvd i ny sak. Det er all grunn til å tro at vilkårene for gjenopptakelse ville vært til stede etter tvistemålsloven § 407 nr. 6 dersom reglene om gjenopptakelse hadde kommet til anvendelse, idet den nye kjensgjerningen åpenbart ville ledet til et annet resultat. Denne slutning kan man også trekke av at Høyesterett ikke begrenset sin obiteruttalelse til å gjelde det prosessuelle spørsmål om adgangen til ny sak, men også avgjorde det materielle spørsmål om hvilken virkning Landbruksdepartementets manglende dispensasjon fra jordloven skulle tillegges i den nye sak. Dette minner om situasjonen ved gjenopptakelse hvor vilkårene er så strenge at premissene for en avgjørelse

om å tillate gjenopptakelse nærmest automatisk bestemmer utfallet av den gjenopptatte sak slik at avgjørelsene kan treffes samtidig. Som eksempel på dette kan det vises til Høyesteretts dom i Rt. 1998 side 1549 om gjenopptakelse av en sak om brannforsikring.

Selv om man som nevnt ikke kan trekke noen generelle slutninger fra avgjørelsen i Rt 1999 side 1916, tilsier reelle hensyn at det må stilles strenge krav til grunnlaget for å sette en rettskraftig dom til side på grunn av bristende forutsetninger. Det kan argumenteres med de alminnelige innrettelseshensyn som ligger til grunn for rettskraftreglene, og med konsekvens- og harmonibetraktninger både i forhold til de meget strenge vilkår for gjenopptakelse på grunn av det beslektede fenomen uriktige faktiske forutsetninger, og den ganske snevre adgang til å rokke ved avtaleforpliktelser på grunn av endrete forhold etter avtaleloven § 36 eller den ulovfestede forutsetningslæren. Det må rimeligvis stilles minst like strenge krav til grunnlaget for å revidere et erstatningsoppgjør i en dom som for å endre et rettsforlik eller en utenrettslig avtale.

Det kan iallfall fastslås negativt at ny sak ikke kan komme på tale dersom den nye omstendighet ikke en gang kan anses som noen bristende forutsetning, enten fordi den må anses å være irrelevant, eller fordi den ikke ligger utenfor rammen av de muligheter retten må anses å ha vært oppmerksom på og tatt høyde for i avgjørelsen, og som derfor klarligvis ikke kan være noe nytt rettsfaktum. Et eksempel på at ny sak ble avvist i et slikt tilfelle gir Kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1998 side 1301. Det er ikke som premiss for avgjørelsen uttalt at saksøkerens pretensjon var åpenbart uholdbar, men beskrivelsen av saksforholdet tilsier at det har vært grunnlag for en slik karakteristikk. Et annet eksempel, hvor en voldgiftsdom ble opphevet på grunn av at saken skulle vært avvist som rettskraftig avgjort ved en tidligere voldgiftsdom mellom samme parter, gir Høyesteretts dom i Rt. 1983 side 461.

Etter utvalgets oppfatning er det behov for uttrykkelig regulering av vilkårene for å reise endringssak på grunn av bristende forutsetninger i slike tilfeller. Det kan imidlertid diskuteres om dette bør gjøres ved generelle bestemmelser i en ny tvistemålslov eller ved nye materielle regler for de rettsforhold hvor problemstillingen har betydning, for eksempel i skadeserstatningsloven og ekspropriasjonsersstatningsloven. Til fordel for den sistnevnte løsningen taler at det er nærliggende å overveie om regler om revisjon av erstatningsoppgjør også bør gjelde for oppgjør basert på avtale, slik som ordningen er for personskadeerstatning

i dansk rett. Utvalget kommer tilbake til problemstillingen i II.14.4 nedenfor, og i II.15 om gjenåpning.

#### 14.2.3.6 *Hvem er dommen bindende for?*

##### 14.2.3.6.1 *Oversikt*

Svaret på spørsmålet i overskriften angir de subjektive grenser for den materielle rettskraften. I II. 14.2.3.5 ble de objektive grenser for rettskraften gjennomgått; spørsmålet om det nærmere innhold av den norm som fastsettes ved dommen. Den subjektive rettskraften beskriver hvilke rettssubjekter denne normen er bindende for. At normen er bindende, betyr at den er gyldig og gis anvendelse for vedkommende rettssubjekt enten det er til gunst eller ugunst for ham.

Den subjektive rettskraften er behandlet i de alminnelige sivilprosessuelle fremstillingene som det er gitt en generell henvisning til innledningsvis. I tillegg er den subjektive rettskraften særskilt behandlet i artikler av Gunnar Aasland i Jussens Venner 1988 side 211 flg. og av Stig Gunleiksrud i Jussens Venner 1995 side 65 flg.

##### 14.2.3.6.2 *Hovedregel: Dommen er kun bindende for partene*

Det er en selvfølge at dommen er bindende for partene i saken uten at dette uttrykkelig er sagt i tvistemålsloven. En forutsetning er at parten overhodet eksisterer og har partsevne.

En part som ikke har vært lovlig innkalt eller har hatt gyldig forfall, kan begjære gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 406, jf. § 408 annet ledd annet punktum, innen ti år fra dommen ble avsagt. Bestemmelsen tilsier at dommens rettskraft også omfatter parter som ikke har visst om saken fordi retten ved en feil ikke har innkalt dem (noe annerledes Skoghøy side 767). Den vide adgangen til gjenopptakelse reduserer imidlertid konsekvensene av dette, slik at den bindende kraft blir begrenset. Utenlandske dommer har, som utvalget senere kommer tilbake til, ofte rettskraft her i landet, men man kan ikke overprøve avgjørelsen med rettsmidler her. Derfor må avgrensningen av dommens bindende kraft skje direkte ved begrensninger i rettskraften. Et eksempel gir Luganokonvensjonen, jf. lov av 8. januar 1993 nr. 21, artikkel 27 nr. 2, hvoretter en dom ikke skal anerkjennes dersom det er en uteblivelsesdom, og saksøkte ikke fikk forkynt stevningen eller tilsvarende prosesskrift i tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar.

Ved avgjørelsen av hvem som er parter, er den

formelle partsbetegnelse i dommen avgjørende, ikke hvem som har den reelle interesse, økonomisk eller på annen måte, i saken.

For andre enn partene er også hovedregelen klar, dommen er ikke bindende for dem. Dette er en naturlig følge av individets autonomi (selvbestemmelsesrett) som i prosessen er gjennomført ved disposisjons- og forhandlingsprinsippet og ved kontradiksjonsprinsippet, som inngår som sentralt element i kravet til rettfærdig rettergang. Ved forberedelsen av sivilprosessreformen i 1915 ble det ansett som så selvsagt at dommen ikke er bindende for andre enn partene, at det var unødvendig å si det i loven, se utkast til lov om domstolenes ordning, 1902, side 117. Et eksempel fra nyere rettspraksis er kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1999 side 792.

I visse tilfeller får dommen likevel rettskraftvirkning for andre. Det dreier seg dels om unntak om utvidet rettskraft på bestemte saksområder av avgjørelser som er bindende for alle, eller alle innenfor en kategori av rettssubjekter, dels om unntak om avledet rettskraft i tilfeller hvor tredjemanns rettsstilling prejudisielt betinges av avgjørelsen av et rettsforhold mellom sakens parter. Terminologien benyttes her bare som et pedagogisk hjelpemiddel ved beskrivelsen av gjeldende rett, det er ikke tale om rettslige begreper som man kan trekke slutninger fra ved løsningen i enkelttilfeller. Noen krystallklar grense er det heller ikke mellom utvidet og avledet rettskraft – idet systematikken beror på hensiktsmessighetsbetraktninger. Man befinner seg i et noe uoversiktlig rettslig landskap der det i prosesslitteraturen ikke hersker full enighet om hvilket begrepsapparat man skal orientere seg etter. Løsningen av enkeltspørsmål er også undertiden omtvistet.

##### 14.2.3.6.3 *Utvidet rettskraft*

Avgjørelser om person- og familierettslig status vil ofte ha utvidet rettskraft. Flere lovbestemmelser slår fast at avgjørelsen «virker for og mot alle og skal legges til grunn i alle forhold hvor spørsmålet har betydning» (tvistemålsloven § 424 første ledd om ekteskapsaker) eller benytter seg av liknende formuleringer. Det vises til reglene om farskaps- og nedstammingsaker i barneloven § 27 og tvistemålsloven § 432, og om dødsformodningssaker (lov av 23. mars 1961 nr. 1 om forsvunne personer mv. § 10). Selv om det ikke uttrykkelig er sagt, må det samme antas å gjelde saker om umyndiggjøring og saker om gyldigheten av adopsjon.

I flere av de sakstyper som er nevnt, er rettsforholdet spesielt ved at dommen er nødvendig for

å etablere de rettsvirkninger det er tale om. I en skilsmissecsak blir partene skilt som følge av dommen. Samme virkning har for øvrig en skilsmissebevilling fra fylkesmannen. Dommen stadfester ikke en parallell norm som gjaldt på forhånd, slik det gjerne vil være ved de fleste rettighetssøksmål. Dette faktum må andre respektere på samme måte som de må akseptere at partene gifter seg, uten at man av den grunn finner det naturlig å tale om rettskraftvirkninger av en vigsal.

Et fellestrekk ved disse sakene hvor avgjørelsene får utvidet rettskraft, er at disposisjons- og forhandlingsprinsippet ikke gjelder. For at det skal være forsvarlig å tillegge dommen utvidet rettskraft, har retten ansvaret for å sørge for at saken blir tilstrekkelig opplyst, uten å være bundet av partenes anførsler og påstander. I farskapssaker hvor hver mann som kan være far til barnet er parter i saken i tillegg til mor og barn, skal retten av eget tiltak trekke inn som part enhver kandidat som den måtte få kjennskap til (barneloven § 17).

Nær beslektet med sakstyper med utvidet rettskraft er sakstyper med utvidet partsforhold, hvor alle medlemmer av en beskrevet kategori eller klasse av rettssubjekter anses som parter og får sin rettsstilling avgjort uansett om de faktisk har opptrådt i prosessen. Dette er formelt sett ikke et unntak fra regelen om at dommen bare binder partene, men resultatet blir det samme. Et praktisk eksempel er saker om mortifikasjon av omsetningsgjeldsbrev og andre verdipapirer etter mortifikasjonsloven (lov av 18. desember 1959 nr. 1), hvor alle mulige rettighetshavere til dokumentet er saksøkt. Hvis dokumentet blir mortifisert ved dom «gjeld det ikkje lenger» (§ 10). Hensynet til mulige rettighetshavere ivaretas ved regler som pålegger retten kontroll med det materielle grunnlaget for saksanlegget og varsel ved offentlig kunngjøring (§ 7 første og annet ledd).

Utvidet partsforhold og offentlig kunngjøring ved såkalt allmannastevning brukes som lovteknisk virkemiddel i enkelte saker som gjelder rettigheter til fast eiendom som berører en større krets av potensielle rettighetshavere, og hvor det av hensyn til hva man kan kalle rettsforholdets enhet er nødvendig å foreta et generaloppgjør. Et viktig eksempel inneholder loven om bygdeallmenninger § 1-8, sammenholdt med § 1-7: Når det ved forliksklage eller stevning skal reises sak mot et større eller et ubestemt antall bruksberettigete i en bygdeallmenning, kan saken reises mot de bruksberettigete i allmenningen uten angivelse av navn. Disse innkalles da ved offentlig kunngjøring. Samme adgang gjelder etter bestemmelse av Kongen i skjønn etter vassdragsreguleringsloven § 16

nr. 1 annet ledd, som viser til bygdeallmenningsloven, og for saker som behandles av Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms (lov av 7. juni 1985 nr. 51) § 12. Kommisjonen er en særdomstol, en dømmende kommisjon på lagmannsrettsnivå som har til oppgave å «ordne rettsforholdene mellom staten og andre vedrørende høyfjellsområder og andre utmarksområder i Nordland og Troms fylker», § 1.

I likhet med hva som gjelder i saker med utvidet rettskraft, vil det også i sakene med utvidet partsforhold gjelde unntak fra disposisjons- og forhandlingsprinsippet ved at retten må ha hensynet til ukjente rettighetshavere for øye ved å sørge for at saken blir fyldestgjørende opplyst og riktig avgjort (utmarkskommisjonsloven §§ 13 og 14).

Tilsvarende elementer av generaloppgjør og utvidet rettskraft i kombinasjon med offentlig kunngjøring vil man kunne få i enkelte jordskiftesaker, men rettskraftvirkningene av jordskifte er et spesialprosessuelt tema utvalget ikke går inn på i detalj. Det knyttes noen merknader til problemstillingene nedenfor i II.14.2.3.7.7.

Et fellestrekk ved de eksemplene på utvidet rettskraft eller utvidet partsbegrep som er nevnt, er at det ikke består noe organisert rettsfellesskap, undertiden intet fellesskap overhodet, mellom kretsen av de rettssubjekter som blir bundet av avgjørelsen. Hvor det på den annen side foreligger et slikt organisert fellesskap, som et selskap, vil ofte sammenslutningen bli regnet som et eget rettssubjekt med selvstendig partsevne og kompetanse for tillitsmenn til å disponere med bindende virkning for medlemmene i fellesskapsanliggender. I så fall vil dommer mot fellesskapet ofte ha positiv rettskraft i forhold til medlemmene, men dette kan anses som et eksempel på avledet rettskraft ved prosessuell representasjon.

Det er enkelte eksempler på at avgjørelser er tillagt utvidet rettskraft bare dersom utfallet går i én retning. Et eksempel er aksjelovene (lover av 13. juni 1997 nr. 44 og 45) § 5-24 hvoretter en dom som fastslår at et vedtak av generalforsamlingen er ugyldig eller som endrer beslutningen, har virkning for alle med rett til å reise slike søksmål (blant annet aksjonærene og medlemmer av styre eller bedriftsforsamling). Derimot er en dom som frifinner selskapet for ugyldighetspåstand, ikke til hinder for at andre reiser søksmål.

Selv om det ikke er uttrykkelig angitt i loven, er det antatt at en dom som går ut på at en rettighet oppnådd ved registrering i et offentlig register kjennes ugyldig, virker i alle relasjoner. Et eksempel er varemerke- og patentrettigheter. Rettsvirkningene av slike rettigheter er knyttet til registreringen, og

når denne kjennes ugyldig i søksmål etter varemerkeloven § 25 eller patentloven § 52, kan ikke godt rettigheten være beskyttet i forhold til noen, men ikke andre tredjemenn. Derimot vil en dom som frifinner patentinnehaveren i et ugyldighets-søksmål ikke ha rettskraftvirkninger for andre.

Det som er sagt om slike gyldighetssøksmål, gjelder ikke saker om gyldigheten av forvaltningsvedtak i alminnelighet. Det gjelder her ikke noen regel om utvidet rettskraft. En dom som f.eks. kjenner en byggetillatelse ugyldig i sak mellom naboen og det offentlige, er ikke bindende i forhold til den som ble innvilget byggetillatelsen. For å være sikker på å oppnå det man ønsker, f.eks. å få revet en garasje på naboeiendommen, er det derfor i slike offentligrettslige trepartsforhold nødvendig å rette søksmålet både mot det offentlige og mot den begrunstigete part. Hvorvidt man kan ha rettslig interesse i å rette et søksmål kun mot det offentlige i et slikt tilfelle, og om det er grunn til å innføre regler om nødvendig prosessfellesskap, drøftes av utvalget i II.5 om krav til søksmålsgjenstanden – rettslig interesse.

#### 14.2.3.6.4 Avledet subjektiv rettskraft

Selv om en avgjørelse ikke har utvidet rettskraft, må tredjemann i vid utstrekning respektere og kunne påberope seg at en dom gir en bindende avgjørelse av rettsforholdet mellom dem som var parter i saken. En treffende betegnelse på dette er avledet rettskraft (se Skoghøy side 822). At dommen tillegges slike virkninger for andre enn partene, kan forklares med at tredjemann også måtte respektere en avtale dem imellom om det samme. Om partenes rettsforhold blir normert autonomt ved avtale, eller heteronomt ved dom, bør være uten betydning for tredjemann.

Reglene om avledet rettskraft dekker flere innbyrdes ganske ulike forhold. I enkelte typetilfelle faller det naturlig å tale om en prosessuell representasjon som er begrunnet i et bestemt rettslig interessefellesskap. Fellesskapet kan oppstå ad hoc i tilknytning til en enkelt transaksjon eller være av mer permanent karakter. I andre tilfelle er det snarere tale om en rettslig refleksvirkning av at et prejudisielt rettsforhold er avgjort i første sak. Det er i første rekke et hensiktsmessighetsspørsmål hvordan man velger å systematisere de enkelte reglene. Fellesnevneren er at materielle rettsregler på vedkommende område begrunner at tredjemann er bundet av, eller kan påberope seg, en avgjørelse som fastlegger rettsforholdet mellom partene i saken.

I den situasjon at det under saken skjer en over-

dragelse av den ting etter rettighet som er tvistegjenstand, har avhenderen og erververen en felles søksmålsinteresse i forhold til motparten. Dette er i tvistemålsloven § 65 bygget ut til en regel om prosessuell representasjon. Etter § 65 første ledd vil erververen kunne tre inn som part, og i så fall vil dommen få direkte rettskraft for ham. Det følger imidlertid av annet ledd at dommen blir bindende for erververen selv om saken fortsetter mellom de opprinnelige parter.

Tvistemålsloven § 65 er en regel med vid rekkevidde. Den omfatter overdragelse både fra saksøkeren og saksøkte, og såvel overdragelse av hele tvistegjenstanden som stiftelse av begrensede rettigheter i denne. Ikke bare avtaleervert, men også overdragelse ved ekspropriasjon, tvangsfullbyrdelse, odelsløsning og såkalt *cessio legis* omfattes. Det siste er betegnelsen blant annet på overføring av fordringer som skjer når en kausjonist ved å innfri kreditors krav trer inn i dennes fordring mot hovedskyldneren.

I tvistemålsloven § 65 tredje ledd er det tatt forbehold for det tilfelle at tredjemann som suksessor kan påberope seg en bedre materiell rettsstilling enn sin rettsforgjenger i kraft av regler om såkalt ekstinktivt (utslettende) godtroervert. Gjeldsbrevloven § 15 fjerde ledd er et eksempel på en uttrykkelig regel om ekstinksjon av rettigheter fastsatt ved dom. Hvis ihendehaveren avhender et omsetningsgjeldsbrev, kan utstederen ikke gjøre gjeldende mot erververen at kravet er bortfalt eller endret ved dom. Det er imidlertid bare rettskraftvirkningen av selve dommen som går tapt etter denne bestemmelsen. Hvis dommen er begrunnet med en innsigelse som er beskyttet mot godtroende tredjemann, f.eks. at gjeldsbrevet er forfalsket (gjeldsbrevloven § 17), er denne innsigelsen i behold og kan gjøres gjeldende i en ny sak. Ved overdragelse av løsøre og fast eiendom vil ekstinksjon av en rett ervervet ved dom kunne skje etter henholdsvis godtroervertsloven § 1 og tinglysningsloven §§ 20 til 21 og 27.

Tvistemålsloven § 65 omfatter ikke rettighetsovergang ved arv eller gjeldsforfølgning. Arvinger kommer aldri i noen bedre stilling enn arvelateren og blir bundet av en dom mot arvelateren. Det samme gjelder gjenlevende ektefelle i uskiftet bo. For tvangskraften følger dette av tvangsfullbyrdsloven § 4-8. Partens kreditorer er i utgangspunktet også bundet av en dom mot ham, men rettsvernsreglene kan føre til at også en rettighetsposisjon som bygger på en rettskraftig dom går tapt, f.eks. dersom en dom for en rettighet til en fast eiendom ikke er tinglyst. For tvangskraften er dette kasuistisk kommet til uttrykk i tvangs-

fullbyrdelsesloven § 4-9 i forhold til debitors konkursbo.

Om tvistemålsloven § 65 vises særlig til Schei side 319 – 322.

Det som er bestemt om avledet rettskraft i tvistemålsloven § 65 annet og tredje ledd, gjelder etter sikker rettsoppfatning tilsvarende dersom suksjonen først skjer etter rettskraftig dom i saken. Her kan ikke løsningen støttes på en representasjonsbetraktning, men følger av at erververen må respektere at dommen bindende har avgjort rettsforholdet mellom partene med mindre en ekstinksjonsregel kommer til anvendelse. Regelen gjelder også om tredjemann uten å utlede sin rett fra noen av partene, på annen måte er avhengig av dommen i første sak, som når han saksøkes med krav om erstatning for skade på den eiendommen som var tvistegenstand.

En kasuistisk regel om suksisjon ved gjeldsfølgning er bestemmelsen i tvangsfullbyrdelsesloven § 10-9 fjerde ledd. Når en fordringshaver som har fått tvangsdekning i et pengekrav ved å få det anvist til innkreving, reiser søksmål mot skyldneren til innkreving av fordringen, er dommen bindende også for den opprinnelige fordringshaver som er saksøkt under tvangsfullbyrdelsen, og for andre rettighetshavere i kravet. Mens det i tvistemålsloven § 65 annet ledd er avhenderen som er den prosessuelle representant, er det imidlertid i tvangsloven § 10-9 fjerde ledd erververen. Det er naturlig i kraft av at anvisningen gir ham fortrinnsrett til å benytte fordringen til dekning av sitt krav mot den opprinnelige kreditor. Allerede utlegget i fordringen gir panthaveren kreditorposisjon.

I selskapsforhold har det tidligere vært et sterkt omdiskutert spørsmål hvorvidt en dom mot et ansvarlig selskap har rettskraft for de enkelte selskapsmedlemmene uten at disse har vært parter i saken mot selskapet. Det vises spesielt til Gunleiksrud side 107 – 116, Skoghøy side 823 – 826 og artikkel i Lov og Rett 1996 side 263 flg. I Høyesteretts dom i Rt. 1995 side 95, som også inneholder en grundig redegjørelse for teorien på området, ble det lagt til grunn at rettsstillingen før tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 var at en dom mot selskapet verken har retts- eller tvangskraft i forhold til selskapsmedlemmene. Ved tvangsfullbyrdelsesloven § 4-10 ble dommen mot selskapet tillagt tvangskraft mot selskapsmedlemmer som har solidarisk ansvar for selskapsforpliktelsene etter selskapsloven § 2-4 eller annen bestemmelse om direkte ansvar for selskapsforpliktelsene. Høyesterett la til grunn at dette også ville måtte tillegges virkning for rettskraften. Standpunktet er bekreftet i Kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1997 side 1202. At dommen

mot selskapet skal legges til grunn som bindende i forhold til en deltaker i en senere sak, er likevel ikke til hinder for at han kan gjøre gjeldende særskilte innsigelser han måtte ha, og som ikke kunne vært gjort gjeldende på selskapets hånd, f.eks. at kreditor i henhold til selskapsloven § 2-35 annet ledd må anses å ha fritatt ham for ansvaret ved uttreden av selskapet.

Utvalget er enig i den løsning som nå følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-10 og Rt. 1995 side 95. Den er riktignok ikke i samsvar med hovedregelen om prosessuell uavhengighet i solidariskydnerforhold, som utvalget kommer tilbake til nedenfor, men er en naturlig følge av de kompetanseregler som gjelder i selskapsforhold, hvoretter deltakerne er bundet av de avtaler og andre disposisjoner selskapet ved sine organer foretar.

I andre typer interessefellesskap følger det av egne regler om prosessuell representasjon at en dom mot fellesskapet vil være bindende også for deltakerne.

I eierseksjonssameier følger det av eierseksjonsloven § 43 tredje ledd at styrelederen kan saksøke og saksøkes med bindende virkning for sameierne i saker som faller innenfor styrets materielle kompetanse til å forplikte sameierne i første ledd første punktum: Saker som gjelder felles rettigheter og plikter, gjennomføringen av styrets eller sameiermøtets vedtak, og rettigheter og plikter som angår fellesareal og fast eiendom for øvrig.

I reinbeitedistrikt er distriktsstyret ved lederen i henhold til reindriftsloven § 8 annet ledd tillagt kompetanse til å representere reinbeitedistriktets interesser og kan blant annet inngå forlik, saksøke og saksøkes på vegne av reieneierne i distriktet i felles anliggender. Bestemmelsen om prosessuell representasjon for distriktet er naturlig i betraktning av at retten til reindrift er en kollektiv bruksrett som ligger til reindriftnæringen som sådan. Det er mulig at et slikt særegent interessefellesskap kunne begrunnet avledet rettskraft også uavhengig av særregelen i reindriftsloven.

Høyesterett drøftet i en dom i Rt. 1997 side 1608 om retten til reinbeite i et område av Riast/Hylling reinbeitedistrikt nord for Aursunden, spørsmålet om rettskraftvirkningene av en tidligere høyesterettsdom fra 1897 hvor reieneierne ble kjent uberettiget til å la rein beite i deler av tvisteområdet. På grunneiersiden var det klart at dommen var bindende for suksessorne til de partene i saken fra 1897. På reieneiernes side ble utgangspunktet vanskeligere som følge av at retten til reindrift er en kollektiv rettighet som ikke er gjenstand for vanlig privatrettslig suksisjon på den enkelte reieneiers hånd. Saken fra 1897 gjaldt opprinnelig 27 reieneiere, men

bare to av disse var igjen som parter for Høyesterett. Rettskraftsspørsmålet kom opp i ren form fordi reineierne ikke pretenderte at det var skjedd noen endring i rettsstilstanden etter dommen fra 1897. Det ble med andre ord ikke påberopt nye rettsfakta, men argumentert med at dommen fra 1897 i lys av nye opplysninger og bevis om eldre samisk bosetning i området var uriktig. Høyesteretts flertall på fire dommere uttalte at det forhold at beiteretten tilligger reindriftsnæringen som sådan, gir grunnlag for den slutning at dommer som gjelder beiterettens utstrekning i et område må gis bindende virkning for alle som utøver næringen, ikke bare de som dommen direkte angår. Vilkåret for dette måtte imidlertid være at de som var parter i saken var tilstrekkelig representative for næringen. På dette punkt var saken mangelfullt opplyst, slik at flertallet vek tilbake for å bygge på reglene om rettskraft. I stedet kom flertallet til samme resultat etter en konkret bevisbedømmelse der dommen fra 1897 ble tillagt stor beviskraft. Flertallets uttalelse om rettskraften er av denne grunn bare et obiter dictum, ikke nødvendig for resultatet. Mindretallet avgjorde imidlertid saken på rettskraft, og stemte som konsekvens av sitt syn for oppheving av lagmannsrettens dom for den aktuelle del av tvisten.

Det rettskraftsspørsmålet som forelå i Riast/Hylling-saken må anses som tvilsomt. Høyesteretts syn kritiseres av Skoghøy side 818. Han argumenterer med at det ikke mellom reindriftsutøvere innbyrdes gjelder noen større grad av gjensidig representasjonsrett enn i forholdet mellom andre yrkesgrupper, og at det mellom bruksberettigede i en allmenning ikke gjelder noen tilsvarende regel om avledet rettskraft.

Utvalget tar for sin del ikke noe bestemt standpunkt til hvordan dette rettskraftsspørsmålet stiller seg etter gjeldende rett. Det er uaktuelt for saker der reindriftsloven § 8 annet ledd kommer til anvendelse.

Et dødsbo er også et interessefellesskap mellom arvingene, og et dødsbo under offentlig skifte er eget prosesssubjekt. Etter skifteloven § 22 annet ledd siste punktum er skifterettens avgjørelse av krav mot et bo under offentlig skifte bindende for alle loddeiere, ikke bare den loddeier som har bestridt kravet og i denne egenskap var part i tvisten.

Andre rettsforhold hvor prinsippet om avledet rettskraft ved representasjon får anvendelse er kommisjon, hvor en avgjørelse i sak mellom kommisjonæren og dennes medkontrahent vil bli tillagt rettskraftvirkning også mot kommittenten. Det vises til Eckhoff side 186 – 187. Om skipsførerens

kompetanse til å opptre som saksøker i saker som gjelder skipet, vises til sjøloven § 137.

I tilfeller hvor en dom på grunn av regler om avledet rettskraft vil være bindende for tredjemann, vil tredjemann også ha rett til å intervenere i saken som sterk hjelpeintervenient etter tvistemålsloven § 79 første ledd. Interessefellesskapet vil i så fall få sitt prosessuelle motstykke i reglene om nødvendig prosessfellesskap i § 72 annet ledd, slik at den enes prosesshandlinger kommer de andre til gode. Utvalget har i III.15 om kumulasjon, hjelpeintervensjon mv. foreslått at instituttet sterk hjelpeintervensjon sløyfes som overflødig ved siden av utkastets § 15-3, hvoretter tredjemann vil kunne slutte seg til søksmålet som part.

I andre rettighetsforhold hvor det opptrer flere rettssubjekter på samme side uten at det består noen materiell kompetanseregulering om representasjon dem i mellom, er hovedregelen at en dom mot en medberettiget eller forpliktet, ikke uten særlig hjemmel har avledet rettskraft for de øvrige. På rettighetssiden gjelder denne regelen både når interessene i rettigheten er delt parallellt, som i vanlige tingsrettslige sameier etter sameieloven, og når de er delt funksjonelt, som når det er stiftet begrensede rettigheter i eiendommen. En særregel er likevel tvistemålsloven § 83 om avledet rettskraft for den opprinnelig saksøkte besitteren av en gjenstand i en sak som etter hans anmodning er overtatt av hjemmelsmannen (*nominatio auctoris*).

Også partene i ordinære samskyldnerforhold, saker hvor to eller flere hefter fullt ut for samme krav, er uavhengige. At en samskyldner er frifunnet, er ikke formelt til hinder for at kreditor kan gå til ny sak mot de andre samskyldnerne. Dette er også en parallell til hva som gjelder om betydningen av en avtale mellom kreditor og en av skyldnerne.

Kausjon skiller seg fra andre samskyldnerforhold ved at kravet etter forholdet mellom de tre parter endelig skal påhvile hoveddebitor. Dette begrunner at enkelte avgjørelser i forholdet mellom kreditor og hoveddebitor betinget avgjør kausjonistens rettsstilling på en måte som han må kunne påberope seg i sin favør. Det gjelder for eksempel når hoveddebitor frifinnes fordi hovedfordringen er ugyldig eller bortfalt ved betaling, motregning, foreldelse eller andre grunner. Noen bindende rettspraksis om spørsmålet foreligger riktignok ikke, og meningene er delte i prosessrettsorientert, se Skoghøy side 827 med henvisninger. Til fordel for denne oppfatningen taler at en frivillig avtale mellom kreditor og hoveddebitor om bortfall eller reduksjon av kravet, ville medført en tilsvarende reduksjon av kausjonistens ansvar.

#### 14.2.3.6.5 Særlig om kollektive interesser

Felles for de typetilfelle av avledet rettskraft som er gjennomgått i II.14.2.3.6.4 er at det består et interessefellesskap eller annen rettslig relasjon mellom partene som begrunner at en dom som betinget avgjør tredjemanns rettsstilling, tillegges avledet rettskraft som en prosessuell parallell til den omstendighet at tredjemann ville måtte akseptert, eller kunne påberopt seg, en avtale mellom partene om det samme.

Om det i mangel av en slik parallell disposisjonsrett kan statueres avledet rettskraft, volder tvil. Når det er tale om kollektive rettigheter som det enkelte rettighetssubjekt ikke selv kan disponere over, må utgangspunktet antas at dommen i en sak mot én pretendent, ikke kan tillegges rettskraftvirkninger for andre. Dette ville i altfor stor grad gjøre deres rettsstilling utsatt, og det bryter med hovedhensynet om parallellitet mellom materiell rådighet og avledet rettskraft. Hvorvidt partene fremtrer som mer eller mindre representative for gruppen, vil i mange tilfelle være vanskelig å vurdere, noe dommen i Rt. 1997 side 1608 illustrerer. Det kan også undertiden være vanskelig å avgjøre hvem som er søksmålsberettiget.

På enkelte spesielle området er behovet for å få avgjort med bindende virkning rettsforhold for en større krets av rettighetshavere i én sak, løst ved bestemmelser om utvidet partsforhold i kombinasjon med offentlig kunngjøring og utvidet plikt for retten til å sørge for sakens opplysning og en materielt riktig avgjørelse. Bygdeallmenningsloven § 1-8 og enkelte andre bestemmelser av liknende karakter som det er vist til ovenfor i avsnittet om utvidet rettskraft, er eksempler på dette. Disse bestemmelsene må for øvrig anses å gi støtte til den oppfatning at avgjørelsene, for eksempel om bruksretten i en allmenning, uten et slikt lovgrunnlag, ikke ville hatt avledet rettskraft for andre enn partene.

Bedre holdepunkter for avledet rettskraft kunne man kanskje ha hvis en representativ organisasjon opptrer som part, slik det er adgang til, f.eks. et grunneierlag eller en lokal jeger- og fiskerforening, eller en kommune i sak om allemannsrettigheter som tilkommer alle kommunens innbyggere. Det kan imidlertid virke rimeligere å tillegge en dom som fastslår at rettigheten eksisterer, bindende virkning til fordel for kretsen av rettighetshavere enn en dom hvor kommunen taper. For å sette det på spissen kan man tenke seg at det blir avsagt uteblivelsesdom mot kommunen. I så fall virker det nokså iøynefallende uheldig om konsekvensen skulle bli at allemannsretten er tapt. Dette

har også sammenheng med spørsmålet om materiell disposisjonsadgang. At kommunen anerkjennes som part i saker om allemannsrettigheter, kan i en viss forstand oppfattes som en prosessuell reserveløsning. Det er behov for at noen kan forsvare vedkommende rettighet i saker der det har betydning, som mot private grunneiere eller mot det offentlige ved ekspropriasjon og naturinngrep. Man kan ikke av kommunens partsevne i disse tilfellene trekke den slutning at kommunen også ville kunne disponere over rettigheten ved avtale.

Spørsmålet må også ses i sammenheng med hvilke regler som generelt gjelder om rettskraftvirkningene i saker der organisasjoner eller foreninger opptrer som part i søksmål til ivaretagelse av interesser som det ligger innenfor rammen av foreningens formål å fremme. Etter gjeldende rett er det en ganske vid adgang til slike søksmål. Dette er nærmere behandlet i II.5 om søksmålsbetingelser og rettslig interesse. Utgangspunktet må i henhold til hovedregelen om rettskraftens subjektive rekkevidde være at avgjørelsen bare binder foreningen selv, men verken medlemmene eller eventuelle andre foreninger som måtte være kvalifisert til å reise sak. Det er alminnelig enighet om at foreningen ikke har adgang til å reise sak om medlemmenes individuelle rettsforhold, og foreningen vil heller ikke ha noen materiellrettslig kompetanse til å disponere over disse. Avgjørelsen kan derfor ikke tillegges noen rettskraft i en sak mellom foreningens motpart og et medlem av foreningen. For motparten kan dette være problematisk å forholde seg til, og det er ikke til å komme fra at man kan risikere motstridende rettsavgjørelser. Som regel vil imidlertid problemene være små. En dom i foreningens favør vil i praksis få samme nytte for medlemmene som om avgjørelsen var bindende for dem ved at motparten vil måtte etterleve dommen. Fører søksmålet ikke frem, vil dommens bevis- og prejudikatverdi i praksis være et hinder mot nye søksmål.

De generelle reglene om rettskraftvirkningene i foreningssøksmål må også gjelde i tilfeller hvor foreningen ivaretar en kollektiv rettighet for medlemmene som disse enkeltvis ikke kan disponere over ved avtale.

Slike kollektive rettigheter, som regel stiftet ved alders tids bruk eller lang tids hevd etter hevdsloven § 8 annet ledd, har mye til felles med generelle rettsregler med et begrenset geografisk anvendelsesområde. Det kan bli en nokså flytende grense mot slike generelle regler som forankres i lokal sedvanerett. Det er en sikker løsning at det som i en dom, uansett partsforhold, blir uttalt om innholdet av lokal sedvanerett som premiss for eksisten-



sen av rettigheter, ikke vil ha noen rettskraft, bare beviskraft og prejudikatverdi. Dette gjelder for alle typer av avgjørelser om generelle rettsspørsmål og gir seg blant annet uttrykk ved at domsslutningen i en sak hvor noen får medhold i at en forskrift er ugyldig, bare går ut på at forskriften ikke er bindende for NN, eller en liknende uttrykksmåte.

Illustrerende for problemstillingen er Høyesteretts dom i Rt. 1995 side 644 om streifbeiterett for geiter i Balsfjord. Høyesterett fant det (side 650) avgjørende om den langvarige bruk som hadde vært utøvet, ga grunnlag for å fastslå en rett til felles utmarksbeite ut fra lokal sedvane eller alders tids bruk. Spørsmålet ble besvart bekreftende, og Høyesterett fant det i likhet med lagmannsretten mest dekkende å si at beiteretten hadde sitt utspring i lokal sedvanerett, men med den tilleggsbemerkning at «...når alle de eiendommer sedvaneretten gjelder, har utøvet bruken i alders tid, slik tilfellet i stor grad er her, vil begrepene lokal sedvanerett og alders tids bruk gli over i hverandre, jf. dommen i Rt. 1912 side 433.»

#### 14.2.3.7 Hvilke avgjørelser har rettskraft?

Fremstillingen hittil har vært konsentrert om dommer i sivile saker, men det vil ha fremkommet at også andre avgjørelser eller normeringer av partenes rettsforhold er tillagt rettskraft, positivt og negativt.

##### 14.2.3.7.1 Realitetskjennelser

Samme rettskraft som dommer har de realitetsavgjørelser av krav som treffes ved formen kjennelse, for eksempel kjennelser i skiftetvister etter skifte- loven § 23 nr. 1 og konkursloven (lov av 8. juni 1984 nr. 58) § 150. Det har ikke betydning for rettskraften om tvisten behandles som ordinær skiftetvist i skifteprosessens former eller ved overføring til søksmåls former etter allmenn prosess etter skifte- loven § 30 eller konkursloven § 154. Samme rettskraft som dommer har også kjennelser om materielle bikrav som saksomkostninger. Avgjørelser under tvangsfullbyrdelse kommer i en særstilling og omtales særskilt nedenfor.

##### 14.2.3.7.2 Formalitetskjennelser og -beslutninger

Prosessledende kjennelser og beslutninger har ikke materielle rettskraftvirkninger i den forstand at de er tillagt noen bindende virkning utover den aktuelle sak. Tvistemålsloven § 163 første ledd omfattes derfor ikke av oppregningen i § 164 tredje ledd og § 165 tredje ledd. Slike avgjørelser har med

mindre det er hjemmel for annet, bare bindende virkning for vedkommende instans. Også den formelle rettskraft er modifisert gjennom regler om adgang til omgjøring hvis ingen «ervert rett» er til hinder. Avgjørelser under saksforberedelsen er normalt heller ikke bindende under hovedforhandlingen, med mindre de etter kjæremål er stadfestet av høyere rett.

Adgangen til omgjøring av prosessledende avgjørelser anses tradisjonelt ikke som et spørsmål om rettskraft. Problemstillingen behandles ikke videre her, men i II.21 om rettslige avgjørelser.

Avvisningskjennelser har ordinær formell rettskraft, i den forstand at de etter kjæremålsfristens utløp, eller straks hvis de ikke kan påkjæres, bindende avgjør at saken ikke skal behandles videre i vedkommende instans. Av denne grunn kan slike kjennelser gjenopptas etter tvistemålsloven § 415. Det samme gjelder hevingskjennelser og kjennelser av Høyesteretts kjæremålsutvalg om å nekte å fremme en anke etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd. De materielle rettsvirkninger av slike avgjørelser blir imidlertid meget begrenset, slik at det kan diskuteres om det er hensiktsmessig å bruke denne terminologien overhodet. Kjennelser som avviser eller nekter å fremme en anke, innebærer at den påankete avgjørelsen blir rettskraftig, og den materielle rettskraftsvirkningen beror da på dommen, ikke på kjennelsen.

Kjennelser som avviser en sak fra første instans, må etter utvalgets oppfatning antas å innebære en bindende avgjørelse av at det ikke er adgang til søksmål på det samme eller et så tilnærmet identisk grunnlag at det må anses som samme saksanlegg. Som regel har problemstillingen liten betydning fordi det er grunn til å tro at saken uansett ville bli avvist av samme grunn, men spørsmålet kommer på spissen hvis retten i sak nr. 2 er uenig i avgjørelsen av avvisningsspørsmålet. Det kan ikke utelukkes f.eks. i et tvilsomt spørsmål om rettslig interesse. En kjennelse som avviser en sak på grunn av manglende rettslig interesse, kan ikke omgjøres av retten selv, og utvalget ser det slik at en ny stevning må avvises med mindre det (ikke åpenbart uholdbart) pretenderes å ha funnet sted endringer av betydning i mellomtiden. Skoghøy mener at avvisningskjennelser ikke har rettskraftvirkninger, og begrunner dette blant annet med at de grunner som kan lede til avvisning vanskelig kan ses på som krav eller rettsforhold (side 759 – 760). Imidlertid er det utvilsomt et rettsforhold – et prosessuelt sådant – om en part har rett til å få fremmet et søksmål. At et slikt prosessuelt rettsforhold blir bindende avgjort ved en avvisningskjennelse, er en naturlig slutning fra den omstendighet at

kjennelsen er gjenstand for gjenopptakelse. Rettskraftvirkningen kan imidlertid ikke utstrekkes til å omfatte noe annet enn den avvisningsgrunn avgjørelsen bygger på. Denne avgrensning med hensyn til hva som er «samme rettsforhold» stemmer med reglene om voringstemaet i flermannsretter, hvoretter det skal stemmes særskilt over hver avvisningsgrunn, se Schei side 475 og behandlingen av dette temaet II.21 om rettens avgjørelser. At kjennelsen ikke avgjør noe om det materielle rettsforhold saksanlegget gjaldt, er en selvfølge.

Problemstillingen ble reist, men ikke løst, i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1995 side 1823 (burhøns III), der mindretallet – i tilslutning til det staten hadde anført – uttalte at det kunne være nærliggende å anse avvisningsspørsmålet, som gjaldt rettslig interesse, rettskraftig avgjort ved Kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1984 side 1488, der et tilnærmet identisk søksmål fra Dyrebeskyttelsen om gyldigeten av burhønsforskriftene ble avvist. Spørsmålet kom ikke på spissen, idet det var enighet om at lagmannsrettens kjennelse om å fremme søksmålet, måtte oppheves.

Utvalgets syn er på linje med mindretallets. Fler-tallet uttalte seg ikke om rettskraftsspørsmålet.

Også kjennelser som avviser en anke har rettskraftvirkninger som må avgrenses på samme måte.

For kjennelser om avvisning på grunn av feil verneting gjelder det enkelte særregler etter domstoloven § 35, både når det gjelder tidspunktet for inntreden av rettskraften og med hensyn til avgjørelsens bindende kraft. Det vises til nærmere omtale i III.4 om vernetingsreglene.

Hevingskjennelser er aldri i seg selv formelt til hinder for å reise en ny sak, men adgangen kan være stengt av andre grunner – som når saken heves på grunn av et rettsforlik, eller en påanket dom blir rettskraftig etter heving av en ankesak. Er saken hevet på grunn av at saksanlegget frafaller, vil det kunne følge av tvistemålsloven § 67 at kravet er frafalt, men dette er et realitetsspørsmål som må prøves i den nye sak. Av det som er sagt kan man imidlertid ikke trekke den slutning at kjennelsen ikke har rettskraftvirkning. Det prosessuelle spørsmål en hevingskjennelse avgjør, er om saken skal behandles videre i samme instans. Rettskraftig avgjort blir det derfor bare at så ikke er tilfelle. Hvorvidt en ny sak skal fremmes eller avvises, er et annet tema.

Heller ikke kjennelser som avgjør anker eller kjæremål over saksbehandlingen, har rettskraftvirkninger for fremtidige saker. Avgjørelsene vil imidlertid i atskillig utstrekning bindende avgjøre det aktuelle saksbehandlingsspørsmål for videre behandling av samme sak. At rettsmiddelinstan-

sens avgjørelse i henhold til tvistemålsloven § 394 annet ledd er bindende ved den nye behandling i førsteinstans etter oppheving og hjemvisning av saken, følger naturlig av underordningsforholdet, og er ikke en rettskraftvirkning. Imidlertid vil avgjørelsen av saksbehandlingsspørsmålet også være kunne være bindende ved senere behandling i rettsmiddelininstansen. Av § 391 følger at Høyesterett under sin prøving av en saksbehandlingsanke ikke er bundet ved avgjørelser som er truffet ved kjæremål. Motsetningsvis følger at lagmannsretten og tingretten, og også Høyesteretts kjæremålsutvalg selv, som formelt sett er en annen domstol enn Høyesterett (domstoloven § 1 nr. 1 og 2), vil være bundet av sin avgjørelse av saksbehandlingsspørsmålet dersom dette i en senere sak blir tvistegjenstand i en ankesak. Her er det imidlertid nødvendig å være nøye med hvilket prosessuelt rettsforhold som er sakstema i forskjellige instanser. Det som er endelig avgjort, er bare spørsmålet om det er begått en saksbehandlingsfeil ved underordnet rett. Hvis samme problemstilling, f.eks. om vitneplikt, kommer opp for lagmannsretten under en anke over dommens innhold, er den forrige avgjørelse ikke bindende. Dette skyldes at saksbehandlingen i lagmannsretten alltid vil være et annet prosessuelt rettsforhold enn saksbehandlingen i tingretten. Det vises om problemstillingen til Schei side 1044 og Skoghøy side 743 – 744. At sakstemaet endrer seg fra instans til instans, viser seg også ved de videre kjæremål hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg har begrenset kompetanse etter tvistemålsloven § 404 første ledd. Hvis lagmannsrettens avgjørelse i et kjæremål av et saksbehandlingsspørsmål ved tingretten blir påkjært videre på grunn av feil tolkning av en lovforskrift, er det lagmannsrettens lovanvendelse, ikke tingrettens saksbehandling, som er tvistegjenstand for kjæremålsutvalget i det videre kjæremål. Hvis lagmannsrettens avgjørelse i et slikt tilfelle blir opphevet og hjemvist på grunn av feil tolkning av en lovforskrift, er det ikke truffet noen endelig avgjørelse av det saksbehandlingsspørsmål som var tvistetema for lagmannsretten. Den rettsoppfatning kjennelsen bygger på er heller ikke bindende for kjæremålsutvalget i et nytt kjæremål, noe som gir partene en mulighet for «omkamp».

Et interessant eksempel gir kjennelsen i Rt. 2000 side 381 i et kjæremål overført til avdelingsbehandling. Problemstillingen gjaldt spørsmålet om utgangspunktet for fristen for å påanke en forliksrådsdom som etter begjæring var rettet. I sin første kjennelse la Kjæremålsutvalget til grunn at ankefristen var oversittet og opphevet derfor herreds- og lagmannsrettens avgjørelser om å fremme saken. Saken ble imidlertid hjemvist til herredsret-

ten for avgjørelse av begjæring om oppreisning. Da herredsretten og dernest lagmannsretten avviste saken, og spørsmålet på ny ble brakt inn for Høyesteretts kjæremålsutvalg, ble kjæremålet overført til avdelingsbehandling. Det ble her lagt til grunn (side 386) at siden kjæremålsutvalget i sin forrige kjennelse ikke traff noen avgjørelse om å avvise saken, men bare opphevet lagmannsrettens kjennelse, kunne spørsmålet om hvorvidt ankefristen var oversittet, ikke anses rettskraftig avgjort. Her forutsettes det for øvrig at en kjennelse om avvisning ville hatt rettskraftvirkning. I realiteten fravek Høyesterett for øvrig kjæremålsutvalgets rettsoppfatning og kom til at ankefristen ikke var oversittet. Et annet eksempel gir kjæremålsutvalgets avgjørelse i Rt. 1999 side 1066.

Om rettskraftvirkningene av formalitetsavgjørelser vises ellers til Eckhoff, *Rettskraft* side 338 – 349.

#### 14.2.3.7.3 *Kjennelser om midlertidige avgjørelser av materielle krav*

Det er mange eksempler fra forskjellige saksområder på at domstolene kan treffe midlertidige realitetsavgjørelser med hensyn til det krav som er tvistegenstand eller for å sikre gjennomføringen av dette. Det generelle regelverk om dette er tvangsfullbyrdslovens regler om arrest og midlertidige forføyninger som behandles etter prosessformen namsprosess og som det knyttes noen merknader til nedenfor. Andre eksempler er midlertidige avgjørelser om foreldreansvar, hvem barnet skal bo fast hos, samværsrett og bidrag etter barneloven og om bruksrett til tidligere felles bolig etter ekteskapsloven. Disse avgjørelsene har begrenset rettskraftvirkning, idet de under forholdsvis liberale betingelser kan endres. Dette gjelder imidlertid også de avsluttende realitetsavgjørelsene av disse rettsforholdene.

Rettskraften av kjennelser etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 i spørsmål om en arbeidstaker skal fratrukke eller gis rett til å stå i stillingen mens tvisten om oppsigelsen verserer for domstolene, beror etter rettspraksis på utfallet av avgjørelsen. At arbeidsgiveren ikke har fått medhold i en begjæring om fratreden, er ikke ansett å være til hinder for at han kan fremme ny begjæring senere hvis det pretenderes at spørsmålet nå bør bedømmes annerledes. Det vises til Rt. 1989 side 225 hvor spørsmålet ble tatt opp på nytt for lagmannsretten i ankesaken vedrørende oppsigelsen, og i mer generell form kjæremålsutvalgets utrykte kjennelse av 21. april 1999 i sak lnr. 227 K /1999 og ny avgjørelse i samme saksforhold i Rt. 1999 side 1227, hvor det ble lagt

til grunn at dette også gjelder når arbeidstakeren i en tidligere kjennelse har fått medhold i et krav om gjeninntreden etter § 61 nr. 4 tredje ledd. I Rt. 1999 side 1158 er det videre avgjort at arbeidsgiveren kan fremme kravet på nytt for tingretten i tilknytning til hovedforhandlingen, selv om lagmannsretten tidligere har forkastet en begjæring om fratreden under saksforberedelsen. Hvis kjennelsen omvendt går ut på at arbeidsgiveren får medhold i kravet om fratreden, stiller saken seg annerledes. En slik avgjørelse er ansett å være til hinder for at arbeidstakeren i samme sak kan fremme et krav om gjeninntreden, se Rt. 1992 side 550. I Rt. 1994 side 1522 (dissens) ble samme løsning lagt til grunn i et tilfelle hvor arbeidstakerens begjæring om gjeninntreden etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 tredje ledd var forkastet. Spørsmålet ble av flertallet løst direkte etter tvistemålsloven § 163 første ledd. Det ble dessuten avgjort at kravet ikke endrer identitet ved at arbeidstakerne i stedet forankrer det i tvangsfullbyrdsloven kapittel 15 om midlertidig forføyning.

#### 14.2.3.7.4 *Rettsforlik*

I tillegg til de alminnelige fremstillinger av sivilprosessen som det er henvist til innledningsvis, nevnes at rettskraftvirkninger av rettsforlik er inngående behandlet i Jo Hov, *Rettsforlik* (1976).

Rettsforlik har i henhold til tvistemålsloven § 286 første ledd, jf. § 99 samme rettskraft som dommer. De er i en viss forstand enda mer bindende i og med at rettsforlik ikke er gjenstand for gjenopptakelse. Med hensyn til adgangen til å reise ny sak på grunn av etterfølgende omstendigheter, kan vurderingen av hva som er nye rettsfakta i praksis bli forskjellig for rettsforlik og dommer, fordi materielle rettsregler om lempning av avtaler på grunn av endrete forhold, særlig avtaleloven § 36, kommer til anvendelse på rettsforlik, mens man ikke har alminnelige regler om revisjon av dommer.

Hvorvidt man bør opprettholde rettskraftvirkninger av rettsforlik, drøftes i II.21 om rettsforlik.

#### 14.2.3.7.5 *Voldgiftsdommer*

Voldgiftsdommer har rettskraft i senere sivile saker etter samme regler som dommer avsagt av domstolene, mens forlik inngått under en voldgiftssak har samme rettskraft som rettsforlik. Det vises til tvistemålsloven § 464 annet og fjerde ledd. Voldgiftsdommer kan ikke gjenopptas, men rettskraftvirkningene begrenses av adgangen til å få kjent dommen ugyldig i søksmål for tingretten når visse alvorlige feil foreligger. Det vises til tvistemålslo-

ven §§ 467 til 469. Det er grundigere redegjort for disse reglene i innstillingen om voldgift. For øvrig vises om rettskraftvirkningene av voldgiftsavgjørelser særlig til Mæland, *Voldgift* (1988), side 18 flg. og side 184 flg.

#### 14.2.3.7.6 *Skjønn*

De realitetsavgjørelser som treffes etter skjønnsprosess, har samme rettskraftvirkninger som avgjørelser etter allmenn sivilprosess i tvistemålsloven. Skjønnsloven § 2 inneholder en en bloc henvisning til tvistemålsloven som også omfatter § 163. En del eksempler som er drøftet i den alminnelige fremstillingen ovenfor, gjelder nettopp skjønn. De nokså vanskelige spørsmål om den objektive rettskraftens avgrensning mot adgangen til ny sak om etterfølgende kjensgjerninger er særlig aktuelle i skjønn som gjelder utmåling av fremtidstap.

Det vises om rettskraftvirkningene av skjønn til Fleischer, *Skjønnsprosessen* (1980), side 94 flg. og Dragsten og Vislie, *Skjønnsloven* (1984), side 314 om ekspropriasjonsskjønn.

Ved et ekspropriasjonsskjønn avgjøres rettskraftig ikke bare hvilken erstatning eksproprianten skal tilkjennes, men også at eksproprianten har rett til å overta gjenstanden. Dette innebærer at også retten til ekspropriasjon blir endelig avgjort, og at et gjennomført skjønn er til hinder for at gyldigheten av ekspropriasjonsvedtaket angripes i en senere sivil sak. For øvrige spørsmål vises til fremstillingen hos Fleischer.

#### 14.2.3.7.7 *Jordskifte*

Jordskifte er i likhet med skjønn en sivil spesialprosess. Jordskifteloven har i § 97 en henvisningsregel til tvistemålsloven som med reservasjonen «så langt dei høver», omfatter tvistemålsloven kapittel 12, hvor § 163 om rettskraft er plassert. Dommer og rettsforlik i tvister for jordskifteretten, f.eks. dommer i grensegangssaker, har samme rettskraftvirkninger som dommer i vanlige sivile saker. I tillegg har jordskifteprosessen i § 17 a og § 17 b en egen form for materielle realitetsavgjørelser som kalles rettsfastsettende vedtak. Denne avgjørelsestypen ble innført ved endringslov av 18. desember 1998 nr. 84. Formen rettsfastsettende vedtak skal benyttes der jordskifteretten treffer avgjørelse om grenser eller om rettigheter og plikter for partene ellers uten at det er slik åpen tvist at avgjørelsen må treffes ved dom. Det kan for eksempel være at partene er enige, eller – hvilket ofte skjer i praksis – at de er usikre og ønsker å overlate avgjørelsen til jordskifteretten uten å nedlegge klare påstander slik de

må når det er tvist. Det vises om bestemmelsene til Ot. prp. nr. 57 (1997-98) side 66 – 71 og Austenå og Øvstedal, *Jordskifteloven* (3. utgave, 2000), side 134 – 142. Rettsfastsettende vedtak etter § 17 a kan påankes til lagmannsretten i henhold til § 61 annet ledd, slik bestemmelsen lyder etter lovendringen i 1998. Også slike vedtak må anses å ha rettskraftvirkning på linje med dommer og rettsforlik.

Om rettskraftvirkninger av avgjørelser i jordskifteprosessen vises ellers til Austenå og Øvstedal side 86 – 87 og side 318 – 319. Det bemerkes spesielt at før en endring av jordskifteloven i 1991 (lov 7. juni 1991 nr. 25) kunne også prejudisielle avgjørelser om rettsforholdene i jordskiftefeltet få rettskraft utover det som ellers ville følge av alminnelige regler. Dette hadde sammenheng med rettsmiddelsystemet. Det vises om dette til Austenå og Øvstedal side 318. For forståelsen av eldre rettspraksis er det viktig å være oppmerksom på dette. Et eksempel gir kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1981 side 1023 hvor spørsmålet om eiendomsretten til et grunnstykke som ved jordskifte var tillagt B, ble ansett rettskraftig avgjort ved jordskifterettens grensebeskrivelse og lotting. Innføringen av avgjørelsestypen rettsfastsettende vedtak ved lovreformen i 1998 innebærer at mulighetene for å treffe rettskraftige avgjørelser i saker hvor det ikke er tvist, utvides igjen, men med saksbehandlingsregler som sikrer større grad av notoritet med hensyn til hva som blir avgjort.

#### 14.2.3.7.8 *Tvangsfullbyrdelse*

Tvangsfullbyrdelse (eller namsprosess) er også en sivil spesialprosess. Tvistemålsloven § 163 første ledd ligger innenfor rammen av den generelle henvisningsregelen i tvangsfullbyrdesloven § 6-1 første ledd, men gjelder med betydelige modifikasjoner. Om rettskraftvirkninger av avgjørelser under tvangsfullbyrdelse, vises til Falkanger, Flock og Waaler, *Tvangsfullbyrdesloven*, side 249 – 252 og side 278 – 279 i tilknytning til reglene om namsmyndighetenes adgang til å omgjøre avgjørelser under tvangsfullbyrdelse.

Det er sikker rett at avgjørelser om å fremme eller ikke fremme en begjæring om tvangsfullbyrdelse, selv om det er tvist, i liten grad er tillagt rettskraftvirkninger. Avgjørelser om å fremme fullbyrdelsen på et trinn, f.eks. ved utlegg, er ikke til hinder for at saksøkte senere kan fremme innsigelser mot en senere begjæring om tvangssalg som like gjerne kunne vært gjort gjeldende mot utleggsforretningen. En særlig begrensingsregel er tvangsfullbyrdesloven § 7-26 siste punktum, hvoretter partene ikke kan klage over valg av utleggsgjen-

stand senere enn en måned etter at de ble underrettet om utlegg. Dette begrensede spørsmålet vil derfor bli rettskraftig avgjort, slik at det f.eks. ikke under en senere begjæring om tvangssalg kan fremsettes innsigelse om dette.

Når det begjæres tvangsfullbyrdelse på grunnlag av et såkalt særlig tvangsgrunnlag, kan saksøkte i henhold til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 tredje ledd fremsette enhver innvending som kunne vært satt frem under et søksmål. Hva som er særlige tvangsgrunnlag, fremgår av henvisningen i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 tredje ledd. Praktisk viktige eksempler er gjeldsbrev med klausul om adgang til direkte inndrivelse (såkalte eksigible gjeldsbrev) og en rekke offentlige skatte- og avgiftskrav som etter særskilt lovhjemmel er direkte tvangsgrunnlag for utlegg (det man tidligere kalte krav med utpantingsrett). Namsmyndighetene må hvor kravet bestrides, fullt ut prøve saksøktes innsigelser i realiteten, men spørsmålet blir bare prejudisielt og ikke rettskraftig avgjort under fullbyrdelsen. Tvangsfullbyrdelsesloven § 6-6 tredje ledd åpner imidlertid for at det omtvistete rettsforholdet i en tvist som er overført til søksmåls former etter første ledd, blir brakt inn til bindende avgjørelse. Bare da blir kravet rettskraftig avgjort.

Enkelte avgjørelser under tvangsfullbyrdelse har sterkere rettskraftvirkninger enn det som her er sagt. Alle de ulike typene avgjørelser vil ikke bli gjennomgått her. Et praktisk eksempel er dog kjennelser om å stadfeste et bud på tvangssalg av fast eiendom, som innebærer at eiendomsretten med rettskraftvirkning blir overført til kjøperen (tvangsfullbyrdelsesloven §§ 11-30 og 11-31), mens oppgjøret mellom de berettigete blir bindende avgjort ved fordelingskjennelsen (tvangsfullbyrdelsesloven §§ 11-36 og 11-37). I samsvar med de alminnelige reglene om subjektiv rettskraft er stadfestelsen ikke bindende for en tredjemann som gjør gjeldende at han eide eiendommen helt eller delvis før tvangssalget, uten å ha blitt varslet eller trukket inn som part. Han vil kunne gjøre sin eiendomsrett gjeldende ved søksmål etter tvangsfullbyrdelsesloven § 11-40. Fører dette frem, vil rimeligvis dommen representere et etterfølgende nytt rettsfaktum som gir grunnlag for tilbakesøking av kjøpesummen. Søksmål om tilbakesøking kan fremmes i henhold til tvangsfullbyrdelsesloven § 11-40 annet ledd. Tilsvarende regler gjelder etter tvangsfullbyrdelsesloven § 8-21 ved tvangssalg av løsøre.

Kjennelser om arrest etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 14 og midlertidig forføyning etter tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 15 har begrensede rettskraftvirkninger. Reglene om opphevelse

i tvangsfullbyrdelsesloven § 14-14 og § 15-11 innebærer at saksøkte kan kreve arresten eller forføyningen opphevet, blant annet dersom det settes frem nye bevis eller det foreligger endrete forhold som godtgjør at kravet eller sikringsgrunnen ikke er til stede. Det ligger ikke i uttrykket «godtgjør» noe mer enn at det må sannsynliggjøres at vilkårene for forføyningen ikke lenger er til stede.

#### 14.2.3.7.9 Straffesaker

Det er et sivilprosessuelt problem hvilken rettskraftvirkning avgjørelsen i en straffesak skal legges i en senere sivil sak hvor temaet i straffesaken har betydning. Motstykket er at det er et straffeprosessuelt problem hvilken virkning en dom i en sivil sak har i etterfølgende straffesak. Rettskraften for dommer og andre avgjørelser i straffesaker er spesielt behandlet i Eckhoff, *Rettskraft*, side 295 – 337 og i Andenæs, *Straffeprosessen bind 1* (2. utgave 1994), side 391 – 403 med hovedvekt på rettskraft i senere straffesaker.

#### *Sivile krav avgjort i straffesak*

Utvalget bemerker først at det etter regler i straffeprosessloven § 3, sammenholdt med kapittel 29, er adgang til å behandle enkelte sivile krav – såkalte borgerlige rettskrav – i straffesaken. Det gjelder først og fremst krav fra fornærmede eller andre som er blitt skadelidt ved den straffbare handling. Den realitetsavgjørelse som i straffesaken treffes av det sivile kravet, får i utgangspunktet samme rettskraftvirkning som om avgjørelsen var blitt truffet i en sivil sak. Det er likegyldig om kravet er fremmet av påtalemyndigheten på vegne av fornærmede (straffeprosessloven § 427) eller av fornærmede selv (straffeprosessloven § 428).

Det er likevel enkelte særregler. Blant annet hjemler straffeprosessloven § 432 første og annet ledd en videre adgang til oppdeling av pådømmelsen av et sivilt rettskrav enn det er adgang til i sivilprosessloven, idet retten kan gi dom for et beløp den finner godtgjort. I så fall er dommen ikke til hinder for at det reises ny sak om det overskytende. I tillegg innebærer straffeprosessloven § 434 spesielle begrensninger av den formelle rettskraften. Dersom det ved anke eller gjenopptakelse i straffesaken skal foretas en ny prøving av bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, kan partene etter § 434 første ledd kreve ny behandling også av sivile krav. I ankesaker hvor det ikke skjer en slik fullstendig behandling av skyldspørsmålet, det vil si ved anker over straffutmåling, saksbehandling eller lovanvendelse, kan det bare rent unntaksvis

skje noen overprøving av avgjørelsen av det sivile kravet.

Etter straffeprosessloven § 435 kan avgjørelsen av det sivile kravet påankes særskilt etter tvistemålslovens regler, og denne del av saken fortsetter da som ordinær sivil sak i ankeinstansen.

Siktedes krav på erstatning og oppreisning etter strafforfølgning i medhold av straffeprosessloven kapittel 31 er sivilrettslige krav som bare kan behandles i straffeprosesens former. Avgjørelsen av slike krav har samme rettskraft som om avgjørelsen var truffet i en sivil sak. Det samme gjelder avgjørelser som i straffesaken treffes om bikrav som saksomkostninger.

### *Avgjørelsen av straffekravet*

Spørsmålet er dernest hvilken virkning avgjørelsen av selve straffekravet, eller andre krav som etter straffeprosessloven § 2 skal behandles i straffeprosesens former (sikring, inndragning og mortifikasjon av ærekrenkelse), får i en senere sivil sak. Problemstillingen kan være aktuell i mange situasjoner. En mulighet er at fornærmede i sivil sak krever erstatning eller oppreisning for en krenkelse eller skadevoldende handling som saksøkte enten er domfelt eller frifunnet for i straffesaken. En annen mulighet er at forsikringsselskapet nekter å utbetale forsikringssummen for en skadet gjenstand til tross for at forsikringstakeren er blitt frifunnet for forsikringsbedrageri, og forsikringstakeren reiser sivil sak mot selskapet. Et tredje eksempel er sak etter barneloven hvor moren nekter faren samvær med barnet på grunn av mistanke om seksuelle overgrep som faren er frifunnet for i straffesak.

Spørsmålet om hvilken virkning avgjørelsen av straffekravet har, oppstår også i de tilfellene et sivilt krav pådømmes i selve straffesaken.

Tvistemålsloven hadde opprinnelig i § 186 tredje ledd en bestemmelse om rettskraft for fellende avgjørelser:

«Avhænger en avgjørelse av, om en straffbar handling er øvet, er retten bundet ved en rettskraftig fældende dom i straffesaken.»

Bestemmelsen var hentet fra den østerrikske sivilprosesslov. I motivene ble den begrunnet med at det under henvisning til den betryggende behandling og vide adgang til gjenopptakelse i straffeprosessen ville være lite rimelig å tilstede en hel ny prosess om den straffbare handling, for eksempel i en dertil knyttet erstatningssak (Getz' Udredninger og Udkast til Civilprocesreformen, 1902 side 142). Bestemmelsen ble opphevet igjen i

1935 (lov 21. juni 1935 nr. 8). Begrunnelsen var den gang i korthet at bestemmelsen hadde voldt store fortolkningsproblemer i praksis, spesielt etter at «automobilsaker er blitt så hyppige», og departementet antok at den uten skade kunne oppheves, se Ot. prp. nr. 23 (1935) side 15.

Selv om man ikke har noen lovbestemmelse som løser spørsmålet, er det sikker rettsoppfatning at avgjørelsen i en straffesak ikke er bindende i en senere sivil sak med mindre det er uttrykkelig hjemmel for annet. Det gjelder etter Høyesteretts praksis endog når et sivilt krav avgjøres i straffesaken på grunnlag av den samme bevisføring, se nærmere omtale av Rt. 1999 side 1363 nedenfor i tilknytning til uskyldspresumsjonen.

Et eksempel på en slik unntakshjemmel er tvistemålsloven § 412 fjerde ledd: Et straffbart forhold som vedkommende er frifunnet for, kan ikke påberopes som grunnlag for gjenopptakelse hvis frifinnelsen er grunnet på en benektende avgjørelse av skyldspørsmålet (og ikke f.eks. på at forholdet er foreldet). Et annet eksempel er straffeloven § 249 nr. 4 a som omtales nærmere nedenfor.

Dette resultatet følger i og for seg av de alminnelige regler om rettskraftens rekkevidde som er gjennomgått ovenfor i II.14.2.3.5 og 2.3.6. Straff er et annet rettsforhold enn krav på erstatning, oppreisning, samværsrett, skilsmisse eller andre rettsforhold som kan være tvistegenstand i sivile saker. Dessuten er partsforholdet regelmessig forskjellig i straffesaken og den sivile saken, idet fornærmede ikke er part i en offentlig straffesak. En fellende straffedom kan likevel bli tillagt stor beviskraft i en senere sivil sak om samme tema.

Til tross for denne klare hovedregel om straffedommers manglende rettskraft i sivile saker, har det i nyere rettspraksis vært reist spørsmål om bestemmelser i internasjonale menneskerettskonvensjoner som er integrert i norsk rett ved menneskerettsloven av 1999, kan medføre enkelte begrensninger eller modifikasjoner.

### *Særlig om uskyldspresumsjonen, EMK artikkel 6(2)*

Hvilken virkning en frifinnende straffedom kan ha for behandlingen av et sivilt krav på erstatning eller oppreisning, er i nyere rettspraksis blitt drøftet i lys av den såkalte uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6(2): «Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.» Bestemmelsen gjelder etter praksis ved Den europeiske menneskerettsdomstolen iallfall i en viss utstrekning også etter at det er avsagt frifinnende dom, blant annet i saker der siktede krever erstatning for uberettiget strafforfølgning.

Det vises til dom av 25. august 1993 i Sekanina-saken, Series A No. 266-A, og dom av 21. mars 2000 i saken Asan Rushiti.

Etter Menneskerettsdomstolens oppfatning i Rushiti-saken er formålet med uskyldspresumsjonen vidtrekkende, nemlig:

«... to protect the accused against any judicial decision or other statements by State officials amounting to an assessment of the applicant's guilt without him having previously been proved guilty according to law» (para 31).

Av dette følger i henhold til Menneskerettsdomstolen at etter frifinnende straffedom, vil enhver uttalelse om skyld eller fortsatt mistanke være uforenlig med artikkel 6(2). Det heter i dommen par 31:

«The Court cannot but affirm the general rule stated in the Sekanina judgment that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible. The Court, thus, considers that once an acquittal has become final - be it an acquittal giving the accused the benefit of the doubt in accordance with Article 6 § 2 - the voicing of any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons of the acquittal, is incompatible with the presumption of innocence.»

Uttalelsene må leses i lys av det spørsmål saken gjaldt, og da særlig at de aktuelle (østerriske) erstatningsreglene var så tett koblet til spørsmålet om strafferettslig mistanke at avgjørelsen av erstatningsspørsmålet måtte oppfattes som en følge av, til dels også en bestanddel av, avgjørelsen av straffespørsmålet. Det var denne sammenhengen som brakte artikkel 6(2) til anvendelse, sml. også Sekanina para 22.

Den parallelle problemstillingen i norsk rett vil oppstå i tilfeller der en frifunnet nektes erstatning fra staten etter straffeprosessloven § 444, fordi det ikke er gjort sannsynlig at han ikke har foretatt den handling han var siktet for. Domstolens uttalelser er generelle og vidtrekkende, og innvarsler kanskje en viss skjerpelse, sml. også uttalelsene i denne retning i Ot.prp. nr. 4 (2000-2001) Om lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling mm. hvor det på side 22 heter at det etter dommen er «vanskelig å trekke en klar konklusjon for uskyldspresumsjonens rekkevidde».

En bred fremstilling av uskyldspresumsjonen med spesiell vekt på dens betydning i saker om erstatning til siktede er gitt i Uggerud, Erstatning

etter straffeforfølgelse (1998), side 159 – 210 og med rettspolitiske synspunkter på side 369 – 381.

Etter utvalgets syn kan man ikke av Menneskerettsdomstolens dom i Rushiti-saken trekke den slutning at fornærmede er avskåret fra å reise erstatningssøksmål i tilfeller der den påstått ansvarlige tidligere er frifunnet for straff for den handling som begrunner erstatningskravet. Dette ville representere et vesentlig inngrep i fornærmedes rett etter artikkel 6(1) til domstolsbehandling av sitt sivile krav. I motsetning til hva som gjelder i saker hvor den som er frifunnet krever erstatning av det offentlige for uberettiget strafforfølgning, må man i saker hvor fornærmede fremmer sitt erstatningskrav mot den påstått ansvarlige foreta en avveining mellom interesser som begge er beskyttet av konvensjonen. Menneskerettsdomstolen kan ikke anses å ha tatt standpunkt til om uskyldspresumsjonen i artikkel 6(2) kommer til anvendelse i et slikt tilfelle.

I dommen i Rt. 1996 side 864 fant Høyesterett det klart at artikkel 6(2) ikke er til hinder for at den som er fornærmet ved en handling, kan kreve erstatning eller oppreisning av den påståtte skadevolder selv om vedkommende er frifunnet for straff. Det ble lagt til grunn at domstolen i en slik sak kan bygge på at saksøkte faktisk har begått den handling han er frifunnet for, og videre at konvensjonsbestemmelsen – om den overhodet gjelder for behandlingen av slike krav – ikke er gått for nær så lenge det ikke gis uttrykk for uenighet i avgjørelsen om straff eller reises tvil ved den. Dette standpunktet er fulgt opp og utdypet i Rt. 1999 side 1363 (Karmøy-saken) som har gitt foranledning til alminnelig offentlig debatt om temaet.

Saksforholdet i dommen i Rt. 1996 side 864 var i korthet at tiltalte i en straffesak i lagmannsretten ble frifunnet for tiltale om seksuelle overgrep (straffeloven § 192 og § 195) etter at lagretten (juryen) hadde svart nei på skyldspørsmålene. Fornærmede ved bistandsadvokaten opprettholdt likevel det krav på oppreisning hun hadde fremmet i straffesaken. Ved lagmannsrettens dom ble tiltalte frifunnet også for oppreisningskravet. Denne avgjørelsen ble truffet av de tre fagdommerne. Etter anke fra fornærmede over denne avgjørelsen kom Høyesterett – som i dette spørsmålet hadde full kompetanse til å prøve bevisbedømmelsen – til at fornærmedes krav på oppreisning måtte tas til følge. Avgjørelsen har som premiss at det var «en klar sannsynlighetsovervekt» for at det påståtte overgrep hadde funnet sted.

Forholdet i Karmøy-saken var i korthet at tiltalte i herredsretten ble dømt til 14 års fengsel for overtredelser av straffeloven § 233 første og

annet ledd, straffeloven § 229 og straffeloven § 193 (drap, legemsbeskadigelse og utuktig omgang med bevisstløs person), begått mot en 17 år gammel pike. Han ble også dømt til å betale fornærmedes foreldre oppreisning med kr 100 000. Etter fullstendig ankebehandling ble han i lagmannsretten ble frifunnet for straff i samsvar med lagrettens benektende svar på skyldspørsmålene. Ved lagmannsrettens – fagdommernes – enstemmige dom ble imidlertid herredsrettens avgjørelse av oppreisningsspørsmålet stadfestet. Av begrunnelsen fremgår at lagmannsretten fant det tilstrekkelig sannsynliggjort at tiltalte hadde begått de handlinger han var frifunnet for.

I Rt. 1999 side 1363 behandlet Høyesterett tiltaltes anke over lagmannsrettens avgjørelse av oppreisningskravet. I anke over saksbehandlingen ble det gjort gjeldende at det ikke er prosessuell adgang etter straffeprosessloven til å avgjøre oppreisningskravet i motsatt retning av straffekravet i et slikt tilfelle. I anke over rettsanvendelsen ble det gjort gjeldende at lagmannsrettens avgjørelse var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6(2). Saksbehandlingsanken ble forkastet under dissens tre mot to etter en omfattende prinsipiell drøftelse fra flertallets og mindretallets side.

Mindretallet fant det best i samsvar med uskyldspresumsjonen at retten ikke kan stemple tiltalte sivilrettslig som gjerningsmann i samme domsslutning som den frifinner ham strafferettslig som dette. Flertallet fant ikke grunnlag for en slik innskrenkende fortolkning av straffeprosessloven. Ved behandlingen av rettsanvendelsesanken fant flertallet at EMK artikkel 6(2) ikke var krenket. Etter flertallets oppfatning kom bestemmelsen neppe til anvendelse i en sivil sak mellom skadelidte og tiltalte. Vilkåret for å konstatere krenkelse måtte i så fall være at retten som begrunnelse for avgjørelsen av det sivile kravet, foretok en strafferettslig skyldkonstatering.

Utvalget påpeker at dissensen i Høyesteretts dom i Karmøysaken gjaldt det straffeprosessuelle spørsmål om det samtidig som tiltalte frifinnes for straff, er adgang til å avgjøre oppreisningskravet i motsatt retning med den begrunnelse at han likevel er gjerningsmann. Mindretallet var ikke inne på at det skulle gjelde noen begrensning av fornærmedes adgang til å fremme sitt oppreisningskrav i egen sivil sak, og markerte heller ikke noen uenighet i avgjørelsen i Rt. 1996 side 864.

Utvalget oppsummerer sin redegjørelse for gjeldende rett med at avgjørelsen av straffekravet ikke kan antas å være bindende for avgjørelsen av fornærmedes erstatningskrav. Det kan imidlertid være rimelig å lese Menneskerettsdomstolens dom

i Rushiti-saken slik at det legges bånd på rettens frihet til å begrunne erstatningsansvar når saksøkte er frifunnet. Begrunnelsen må ikke utformes på en måte som innebærer konstatering av straffeskyld, og heller ikke slik at vedkommendes uskyld trekkes i tvil. I praksis vil det stille store krav til presisjon og ryddighet ved utformingen av domsbegrunnene. Dette gjelder ikke minst fordi man normalt må anvende skjerpede beviskrav («klar sannsynlighetsovervekt») for å tilkjenne fornærmede erstatning for handlinger saksøkte tidligere er frifunnet for i straffesak, se f.eks. Rt. 1996 side 864.

Hovedproblemstillingen i Karmøy-saken har nylig vært utredet av professor Jon T. Johnsen i NOU 2000: 33 Erstatning til ofrene hvor tiltalte frifinnes for straff. I Justisdepartementets mandat ble det uttrykkelig fastsatt at utredningen skal legge til grunn det syn som kom til uttrykk fra Høyesteretts flertall i Karmøydommen, og at resultatet er i forenlig med de forpliktelser som følger av menneskerettskonvensjonene. Det ble forutsatt at Stortinget har handlefrihet i spørsmålet om hvilke regler som bør gjelde for spørsmålet, slik at utredningen skulle behandle spørsmålet om hvordan reglene på området bør utformes.

Utredningens hovedkonklusjon på side 146 er at det ikke er grunn til å foreta vesentlige endringer av dagens adgang til å idømme erstatning ved frifinnelse. Adgangen til å pådømme det sivile kravet i straffesaken foreslås ikke begrenset, og det legges til grunn at en frifinnende straffedom ikke vil medføre noen begrensninger for fornærmedes adgang til å fremme sitt krav i sivil sak. Det tas til orde for en endring av den bevisbyrderregel som er gitt anvendelse i rettspraksis, at det kreves «klar sannsynlighetsovervekt» for å ilegge erstatning etter frifinnelse for straff. For øvrig anbefales en bedre pedagogisk utforming av domspremissene når siktede dømmes til erstatning for en handling han er frifunnet for, med sikte på spesielt å forklare hvorfor ileggelse av erstatning ikke rokker ved frifinnelsen.

Hvorvidt det innenfor rammen av utvalgets arbeid bør overveies endringer i rettstilstanden, kommer utvalget tilbake til i II.14.4.3.4.

#### *Beskyttelse mot dobbel straff etter EMK Protokoll 7*

EMK syvende tilleggsprotokoll inneholder i artikkel 4(1) et forbud mot å straffe samme person to ganger for samme straffbare handling. I den norske oversettelse har bestemmelsen denne ordlyd:

«Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats



domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent for eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.»

Syvende tilleggsprotokoll trådte i kraft for Norge 1. januar 1989. Artikkel 4(1) må anses som en regel om straffedommers rettskraft og forbyr ny straffesak om samme straffbare handling med mindre vilkårene for gjenoptakelse er til stede etter artikkel 4(2) eller ny straffesak reises til fordel for domfelte. Et tilsvarende forbud mot dobbel straff inneholder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966 artikkel 14(7). Også denne konvensjonen er gjeldende norsk rett. Bestemmelsen får naturlig nok i første rekke betydning i senere saker som behandles i straffeprosessens former. Konvensjonens uttrykk straffesak («criminal proceedings» i den engelske teksten) og straffbar handling («offence») tolkes imidlertid konvensjonsautonomt. Dette betyr at innholdet av begrepene beror på en tolkning av konvensjonen selv, uten at det er avgjørende hvilke sanksjoner som i den enkelte medlemsstat behandles i sivil eller straffeprosessens former. Problemstillingen kan derfor være aktuell i saker om overprøving av administrativt ilagte sanksjoner som etter konvensjonene kan bli ansett som straff selv om de i Norge behandles i sivilprosessens former.

I plenumsdom om tilleggsskatt i Rt. 2000 side 996 reiste Høyesterett spørsmål om administrativ ileggelse av tilleggsskatt etter straffesaken er i strid med Protokoll 7 artikkel 4(1). Saken gjaldt direkte spørsmålet om ileggelse av forhøyd tilleggsskatt med 60% for forsettlig skatteunndragelse etter ligningsloven § 10-2(1) jf. § 10-4(1), var skjedd i strid med EMK. Avgjørelsen tar ikke stilling til om ordinær tilleggsskatt med 30% skal anses som «straff» i konvensjonens forstand.

Spørsmålet om det har betydning om den administrative reaksjonen ilegges før eller etter en straffesak om det samme forholdet, ble undergitt utførlig behandling av Høyesterett med henvisning blant annet til Den europeiske menneskerettighetsdomstolens praksis og internasjonal juridisk teori på området, men uten at drøftelsen munnet ut i noen klar konklusjon. På grunn av at tilleggsskatten måtte falle bort på annet grunnlag, fant Høyesterett det ikke nødvendig å ta bestemt standpunkt til spørsmålet, men i et obiter dictum ble det gitt uttalelser som kan tolkes slik at en forutgående ileggelse av administrativ reaksjon ikke vil stenge for senere straffesak.

I Rt. 2001 side 85 sluttet Høyesteretts kjæremålsutvalg seg til dette standpunktet. Lagmanns-

retten hadde avvist en straffesak med den begrunnelse at det ville være i strid med EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4(1) (forbud mot dobbeltstraff) å straffe de to når det allerede var ilagt forhøyet tilleggsskatt. Kjæremålsutvalget konkluderte med at lagmannsrettens kjennelse bygget på uriktig rettsanvendelse og avsa kjennelse som gikk ut på at straffesaken fremmes for lagmannsretten.

Tvistemålsutvalget finner heller ikke grunnlag for noen annen konklusjon på dette punkt enn at rettstilstanden er usikker, og at rekkevidden av de aktuelle konvensjonsbestemmelser vil måtte avklares i rettspraksis, nasjonalt og ved EMD. Det ligger ikke til rette for noen særskilt regulering gjennom reglene om rettskraft i sivile saker.

### *Særlig om ærekrenkelsessaker*

Ærekrenkelsessaker gir opphav til enkelte spesielle problemstillinger. Her gjelder for det første den særregel i straffeloven § 249(4) (a) at det i en ærekrenkelsesak ikke er adgang til å føre sannhetsbevis for en beskyldning om en straffbar handling som noen er frifunnet for ved endelig innenlandsk eller utenlandsk dom. Den suppleres av § 249(5) hvoretter avskjæring av sannhetsbeviset medfører at det heller ikke er adgang for tiltalte (saksøkte) til å føre bevis for at han har trodd eller hatt grunn til å tro at beskyldningen var sann, slik at han kan oppnå straffrihet i medhold av § 249(3). Bestemmelsene kommer etter rettspraksis (Rt. 1968 side 499 og Rt. 1970 side 1019) til anvendelse ikke bare i ærekrenkelsessaker som behandles i straffeprosessens former, men også i sivile saker med krav om erstatning eller oppreisning i medhold av skadeserstatningsloven § 3-6. Det har tradisjonelt vært vanlig å oppfatte bevisforbudet som en rettslig bivirkning, ikke en rettskraftvirkning av straffedommen. Som bemerket av Skoghøy side 762, kan man imidlertid like gjerne tale om en spesiell regel om positiv rettskraft, idet bestemmelsene medfører at man i ærekrenkelsessaken uprøvd må legge til grunn at beskyldningen er usann og ikke fremsatt i aktsom god tro.

Straffeloven § 249(4) (a) har vært omtvistet og kan i enkelte tilfeller føre til så paradoksale og urimelige løsninger at Andenæs, Spesiell straffrett (1971), side 142, sa at den bare kan opprettholdes så lenge den ikke blir brukt. Bestemmelsen har imidlertid vært brukt en sjelden gang. Det vises om bestemmelsen til Andenæs og Brattholm, Spesiell strafferett (3. utg. 1996), side 231 – 235.

Et tema som har fått offentlig oppmerksomhet de senere år, er den risiko fornærmede løper for

å bli utsatt for ærekrenkelsessak fra den som blir anmeldt som gjerningsmann. Problemstillingen er særlig blitt aktuell i voldtektssaker. Høyesteretts kjæremålsutvalg avgjorde i Rt. 1998 side 540 at det ikke var grunnlag for å avvise et privat injuriersøksmål fra den påståtte gjerningsmannen under henvisning til at fornærmedes anmeldelse ikke var ferdigbehandlet av påtalemyndigheten. Den aktuelle saken endte med at straffesaken ble henlagt, mens fornærmede ved herredsrettens dom i ærekrenkelsessaken ble dømt til å betale den anmeldte oppreisning med kr 30 000 og saksomkostninger med kr 150 000 (Eiker og Modum herredsretts dom av 3. mai 1999 som er rettskraftig).

Det har vært en utstrakt oppfatning at risikoen for å bli utsatt for ærekrenkelsessak fra den anmeldte, innebærer en urimelig tilleggsbelastning for fornærmede i alvorlige sedelighetssaker. Som den ovenfor omtalte saken viser, oppstår problemet ikke bare når gjerningsmannen blir frifunnet i straffesak, men også når en anmeldelse blir henlagt av påtalemyndigheten. Det er derfor ikke noe rent rettskraftspørsmål.

I de nye reglene om seksuallovbrudd som ble vedtatt ved endringslov til straffeloven 11. august 2000 (lov 11. august 2000 nr. 76), er det i § 208 inntatt en bestemmelse som beskytter fornærmede eller en av hans eller hennes nærmeste mot å bli trukket til ansvar i ærekrenkelsessak av gjerningsmannen etter en anmeldelse for voldtekt eller annen alvorlig sedelighetsforbrytelse. Bestemmelsen ble tatt inn i loven under stortingsbehandlingen, se Innst. O. nr. 92 (1999-2000) side 14 – 17. Regjeringen gikk for sin del ikke inn for såvidt vidtgående endringer nå, men ønsket å avvente behandlingen av Ytringsfrihetskommisjonens innstilling (NOU 1999: 27) og Straffelovrådets forslag til endringer i injurielovgivningen (NOU 1995: 10). Problemstillingen er behandlet i Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) side 40 – 45.

Straffelovrådets innstilling omhandler ikke de problemstillingene som er tatt opp her.

Ytringsfrihetskommisjonen har imidlertid i sitt forslag til ny grunnlovsbestemmelse om ytringsfriheten i § 100 foreslått en bestemmelse i annet ledd tredje punktum hvorefter ingen skal kunne holdes rettslig ansvarlig for at en påstand er usann når den er fremsatt i aktsom god tro. Hvis forslaget blir vedtatt, blir det nødvendig å endre straffelovens ærekrenkelsesregler – i det minste bevisforbudet i § 249 nr. 5.

Om det kan være grunn til å foreslå endringer i rettsstilstanden innenfor rammen av Tvistemålsutvalgets arbeid, drøftes noe nærmere i II.14.4.3.4.

#### 14.2.3.7.10 Utenlandske dommer mv.

##### Oversikt

Det følger av alminnelige prinsipper om nasjonal suverenitet at utenlandske dommer ikke har rettskraft eller tvangskraft her i landet med mindre dette er hjemlet i intern rett.

Som alminnelig regel gjelder at Norge bare anerkjenner utenlandske dommer, forlik eller andre avgjørelser som rettskraftige i den utstrekning dette enten er forankret i en overenskomst (konvensjon) med en eller flere fremmede stater om gjensidig anerkjennelse av rettsavgjørelser, eller partene har inngått en gyldig avtale om å velge verneting i utlandet. Det er vanlig å bruke uttrykket prorogasjon som betegnelse på slike vernetingsavtaler. Tvistemålsloven inneholder alminnelige bestemmelser om konvensjonsalternativet i §§ 167 til 168 og prorogasjonsalternativet i § 168 a.

Om de alminnelige regler om rettskraftvirkninger av utenlandske avgjørelser vises til Schei side 538 – 543 og Skoghøy side 31 – 44 der rettskraftspørsmålene behandles i en generell fremstilling av norske sivilprosessreglers geografiske anvendelse. Det vises videre til Dolva, Anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske dommer, i Jussens Venner 1977 side 389-412 og Rognlien, Luganokonvensjonen, internasjonal domsmyndighet i sivile saker, den alminnelige oversikt i del A side 19 flg. For en historisk fremstilling med redegjørelse for norsk rett før tvistemålsloven og emnets behandling i tvistemålslovens forarbeider, vises til Eckhoff, Rettskraft, side 350 flg.

##### *Tvistemålsloven §§ 167 og 168*

Tvistemålsloven §§ 167 og 168 bestemmer ikke direkte hvilke utenlandske rettsavgjørelser som anerkjennes som rettskraftige her i landet. Reglene er etter sitt innhold fullmaktsbestemmelser som gir Kongen kompetanse til å slutte overenskomster med fremmede stater om at rettskraftige dommer og enkelte andre rettsakter skal ha bindende virkning her i riket. At kompetansen tilligger Kongen, står ikke i loven, men dette følger av Grunnlovens bestemmelser om traktatmyndighet i § 26. Reglernes betydning som fullmaktsregler må ses i lys av grunnlovsbestemmelsen. Poenget er i korthet at retten til å slutte overenskomster med fremmede stater tilligger Kongen som enerett (prerogativ) i forhold til Stortinget i henhold til § 26 første ledd. Stortingets samtykke er imidlertid nødvendig etter annet ledd i saker av særlig viktighet, og i alle tilfelle dersom iverksettelse av

overenskomsten nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning. Å gjennomføre konvensjoner om rettskraft for utenlandske avgjørelser ville kreve lovendring. Tvistemålsloven §§ 167 og 168 medfører at særskilt samtykke fra Stortinget etter Grunnloven § 26 annet ledd ikke er nødvendig når regjeringen slutter konvensjoner innenfor rammen av disse reglene.

Forutsetningsvis må det imidlertid også anses å følge av §§ 167 og 168 at utenlandske rettsakter som nevnt skal tillegges rettskraft i den utstrekning det følger av overenskomst. Norge har inngått flere slike overenskomster, dels generelle, dels spesielle for bestemte rettsområder. Den mest vidtrekkende er Luganokonvensjonen som omtales nærmere nedenfor.

Tvistemålsloven §§ 167 og 168 fikk det vesentligste av sitt nåværende innhold fastlagt som ledd i arbeidet med den nordiske sivilprosesskonvensjonen av 1932 (konvensjon mellom de fem nordiske land om anerkjennelse og fullbyrding av dommer av 16. mars 1932)

Opprinnelig inneholdt § 167 en bestemmelse om adgang til å slutte overenskomst med fremmede stater om at rettskraftige avgjørelser av utenlandske domstoler om borgerlige krav skulle ha rettskraft her i riket. Adgangen til anerkjennelse var imidlertid begrenset ved detaljerte regler om at utenlandsk verneeting ikke ble anerkjent i en rekke tilfeller. I § 168 var det gitt en tilsvarende regel om adgang til å slutte overenskomst om tvangsfullbyrdelse av avgjørelser som etter § 167 ble anerkjent som rettskraftige, samt av utenlandske offentlige forlik. Fremgangsmåten var imidlertid tungvint, idet saksøkeren i henhold til § 168 annet ledd måtte anlegge eget søksmål i Norge for å erverve fullbyrdsdom (eksekvatorsøksmål). Ved dette søksmålet kunne riktigheten av den utenlandske rettsavgjørelse ikke prøves.

Formålet med reglene i §§ 167 og 168 var i første rekke å åpne adgang til gjensidig anerkjennelse av dommer avsagt i de nordiske land. Ved de forhandlinger som ble ført om dette etter at rettergangsreformen var trådt i kraft 1. juli 1927, viste det seg imidlertid ikke mulig å oppnå enighet om en konvensjon basert på de norske reglene som var vedtatt, og dette ledet til at de ble endret på vesentlige punkter ved lov av 10. juni 1932 nr. 2 og 4. Konvensjonen ble dernest ratifisert ved kgl. res. 30. juni 1932. En rekke av skrankene for anerkjennelse i § 167 ble sløyfet. Vilkåret om eksekvaturdom i § 168 ble erstattet av en adgang til direkte fullbyrdelse ved begjæring til namsretten etter en enkel prosedyre. Bestemmelsen om dette ble flyttet til tvangsfullbyrdsloven av 1915 § 3 nr. 10.

Det vises om dette til Ot. prp. nr. 18 (1932) side 5 til 7 og innstilling av 30. april 1931 fra de norske delegerte til konvensjonsforhandlingene.

Sivilprosesskonvensjonen av 1932 ble i forholdet mellom de nordiske land unntatt Island erstattet av sivilprosesskonvensjonen av 11. oktober 1977, som er utfyllt med parallellover, se for Norges vedkommende den nordiske domslov av 10. juni 1977 nr. 71. 1932-konvensjonen gjelder etter dette bare i forhold til Island. Både 1932- og 1977-konvensjonene har nå stort sett mistet sin betydning på grunn av Lugano-konvensjonen.

Tvistemålsloven § 167 første ledd første punktum, slik bestemmelsen nå lyder, gir hjemmel for at Norge ved overenskomst med fremmed stat kan vedta at rettskraftige avgjørelser truffet av dens domstoler i saker om «borgerlige krav», skal ha bindende virkning her i landet. Med «borgerlige krav» menes privatrettslige krav, i motsetning ikke bare til straffeprosessuelle krav, men også til offentligrettslige krav på skatter og avgifter og andre forvaltningsrettslige rettsforhold. At dommen har bindende virkning, innebærer at den tillegges materiell rettskraft i positiv og negativ henseende på linje med innenlandske dommer. I praksis er det ofte viktigere om dommen tillegges tvangskraft, det vil si at den kan tvangsfullbyrdes her i landet. Det er nær sammenheng mellom rettskraft og tvangskraft, slik at de utenlandske dommene som tillegges rettskraft, også kan fullbyrdes her. En parallel bestemmelse om tvangskraft er nå gitt i tvangsfullbyrdsloven § 4-1 annet ledd bokstav f.

Tvistemålsloven § 167 fikk i 1977 tilføyd et liti-spendensalternativ i første ledd annet punktum, idet traktatkompetansen ble utvidet til å gjelde regler om plikt for norske domstoler til å avvise eller stanse et søksmål når det i utlandet allerede verserer sak mellom de samme parter om samme krav og avgjørelsen vil ha rettskraft her.

Som alminnelig begrensning gjelder etter tvistemålsloven § 167 annet ledd at utenlandske rettsavgjørelser ikke kan anerkjennes i de søksmål som etter tvistemålsloven § 23 første ledd nr. 1 bokstav a eller b kan behandles ved fast eiendoms verneeting. Dessuten kan utenlandske avgjørelser ikke anerkjennes dersom dette ville stride mot norske ufravikelige rettsregler eller mot ærbarhet. Dette er i samsvar med en anerkjent internasjonal-privatrettslig unntaksregel for fremmede rettsregler eller rettsavgjørelser som er i strid med «ordre public», det vil si med grunnleggende prinsipper for rettsordningen i den stat hvor det fremmede rettsgrunnlaget blir påberopt. Dette er et snevert unntak.

Etter tvistemålsloven § 168 er fullmaktsrege-

len for rettsavgjørelser i tvistemålsloven § 167 gitt tilsvarende anvendelse for fremmede staters forvaltningsavgjørelser, utenlandske offentlige forlik og utenlandske voldgiftsavgjørelser.

Betydningen av forvaltningsalternativet er begrenset som følge av den generelle begrensning til privatrettslige krav. Det har sammenheng med at det i den nordiske sivilprosesskonvensjonen av 1932 i artikkel 2 nr. 1 ble bestemt at enkelte avgjørelser av overeksekutor i Sverige og Finland i gjeldsaker er likestilt med rettskraftige dommer, en ordning som er videreført i den nordiske domsloven av 1977 (lov 10. juni 1977 nr. 71 om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettsens område) § 2. Bestemmelsen vil i fremtiden kunne være aktuell i forhold til utenlandske tvisteløsende forvaltningsorganer av tilsvarende type som Forbrukertvistutvalget. Luganokonvensjonen inneholder ikke bestemmelser om rettskraft for forvaltningsavgjørelser, men inneholder regler om tvangskraft for såkalte autentiske offentlige dokumenter i artikkel 50. Dette tar sikte på notarialbe-kreftede dokumenter etter kontinental rett.

Forliksalternativet har atskillig større praktisk betydning for tvangskraften enn rettskraften, fordi det visstnok ikke er alminnelig i utlandet at rettsforlik er tillagt rettskraft, slik de er hos oss, bare tvangskraft. Når offentlige forlik ble inntatt i tvistemålsloven § 168, har det sammenheng med at forlik inngått for forlikskommisjon eller domstol ble anerkjent som rettskraftige etter den nordiske sivilprosesskonvensjonen av 1932 artikkel 2 nr. 2. Norske rettsforlik ble dermed anerkjent som rettskraftige også i de øvrige konvensjonsstater. Dette har nå kun historisk interesse. I den nordiske domsloven av 1977 anerkjennes rettsforlik bare som tvangskraftige, ikke som rettskraftige, se lovens § 4 annet ledd bokstav a. Samme begrensning har Luganokonvensjonen i artikkel 51.

Voldgiftsalternativet ble tilføyd i 1960 (lov 2. juni 1960 nr. 1) i forbindelse med New York-konvensjonen av 10. juni 1958 om internasjonale voldgiftsavgjørelser. Før konvensjonen ble tiltrådt av Norge ble utenlandske voldgiftsavgjørelser i rettspraksis anerkjent som rettskraftige når visse betingelser var oppfylt, mens tvangskraft forutsatte særskilt fullbyrdessøksmål i Norge. Det ble ved endringsloven samtidig gitt en regel om tvangskraft i tvangsfullbyrdelsesloven av 1915 § 3 nr. 10. Det vises om bakgrunnen til Ot. prp. nr. 37 (1959-60) side 5 til 7. New York-konvensjonen har stor praktisk betydning. Den er hittil (oktober 2000) tiltrådt av 125 land (ifølge muntlig opplysning fra Utenriksdepartementets rettsavdeling), herunder de land Norge har størst handelssamkvem med.

Det er vanlig at konvensjoner om rettskraft for utenlandske avgjørelser blir gjennomført i norsk rett ved egen lov. Luganokonvensjonen er et eksempel på dette. Det er da loven, og ikke tvistemålsloven §§ 167 og 168 som regulerer rettskraftsvirkningene, og som i kraft av å være særregler går foran tvistemålslovens alminnelige regler ved eventuell motstrid.

Til tross for fullmaktene i §§ 167 og 168 har man også fulgt den praksis å innhente Stortingets særskilte samtykke (ratifikasjon) ved inngåelse av særlig viktige traktater. Ved gjennomføringen av den nordiske domslov i 1977 ble det således i tillegg til lov nr. 71 gitt enn egen lov (lov 10. juni 1977 nr. 72) om ratifikasjon av konvensjonen. Ved gjennomføringen av Luganokonvensjonen er Stortingets samtykke gitt i selve gjennomføringsloven som § 2.

#### *Tvistemålsloven § 168 a – vedtatt vernetting*

Tvistemålsloven § 168 a ble tilføyet ved endringslov av 26. juni 1992 nr. 86 i forbindelse med ny tvangsfullbyrdelseslov, og gir rettskraft til avgjørelser truffet ved partsvedtatt utenlandsk vernetting. Bestemmelsen svarer til tidligere ulovfestet rett. I tillegg til det alminnelige «ordre public»-unntak etter annet ledd, oppstilles fire kumulative vilkår for anerkjennelse etter første ledd: Vernetingsavtalen må gjelde et bestemt søksmål eller søksmål som springer ut av et bestemt rettsforhold (for eksempel et varig kontraktsforhold). Avtalen må inngås eller bekreftes skriftlig, må ikke stride mot ufravelige vernetingsregler og må gjelde et rettsforhold som er undergitt partenes frie rådighet.

#### *Luganokonvensjonen*

Den mest generelle og vidtrekkende konvensjonen om anerkjennelse av utenlandske rettsavgjørelser mv. er Luganokonvensjonen. Konvensjonen ble vedtatt 16. september 1988 av de 18 stater som den gang var medlemmer av EU og EFTA og ble gjennomført i norsk rett ved lov av 8. januar 1993 nr. 21 (Luganoloven). Konvensjonen trådte i kraft for Norge 1. mai 1993. Etter lovens § 1 gjelder konvensjonen direkte som norsk rett. Luganokonvensjonen er en parallellkonvensjon til Brusselkonvensjonen av 1968, som gjelder mellom medlemslandene i EU. Den er ikke begrenset til rettskraft, men gjelder domsmyndighet (internasjonalt vernetting), anerkjennelse og tvangsfullbyrdelse av rettsavgjørelser, og etablerer et felleseuropeisk juridiksjonsområde. Dette området utvides ved at også andre europeiske nasjoner kan tiltre konvensjonen. Polen tiltrådte konvensjonen med virkning fra 1. februar

2000, mens Ungarn og Tsjekkia vil komme komme med snart.

Om konvensjonen vises generelt til kommentarutgavene til Stein Rognlien (1993) og Lennart Pålsson (1992). Det vises også til Henrik Bulls kommentarer til Luganolovent og konvensjonen i Karnov norsk kommentert lovsamling (1999) side 2313 til 2328 og til Schei side 144 til 148. Konvensjonens betydning for norske domstolers domskompetanse i internasjonale forhold er omtalt i III.4 om stedlig domsmyndighet – vernetingssspørsmål.

Konvensjonen gjelder etter artikkel 1 første ledd på privatrettens område («civil and commercial matters» i den engelske teksten). Krav vedrørende skatter, avgifter og andre forvaltningsrettslige rettsforhold er holdt utenfor, slik som etter tvistemålsloven § 167. Etter uttrykkelig bestemmelse i artikkel 1 annet ledd gjelder konvensjonen heller ikke i hva som noe upresist kan betegnes som familie- og personstatussaker, konkurs- og insolvenssaker, sosiale trygdesaker og voldgift.

Reglene om retts- og tvangskraft er gitt i Luganokonvensjonens tredje del, hvor artikkel 25 inneholder en felles definisjon av hvilke typer rettsavgjørelser som omfattes, mens artikkel 26 til 30 gjelder rettskraft. Artikkel 31 til 45 gjelder tvangskraften og omtales ikke nærmere her, mens noen felles saksbehandlingsregler er gitt i artikkel 46 til 49.

I henhold til artikkel 26 første ledd skal en dom avsagt i en konvensjonsstat (opphavsstaten) anerkjennes i de andre konvensjonsstatene (mottakerstater) uten noen særskilt prosedyre. Begrepet «dom» skal etter artikkel 25 tolkes konvensjonsautonomt, det vil si at dets innhold bestemmes av konvensjonen selv, uten at det er avgjørende hvilke formelle betegnelser de ulike medlemsland bruker på sine rettsavgjørelser. Det bemerkes særskilt at rettsforlik eller forvaltningsavgjørelser ikke er tilagt rettskraftvirkning etter konvensjonen, slik det er hjemmel for i tvistemålsloven § 168. Artikkel 50 om autentiske offentlige bekreftede dokumenter, og artikkel 51 om rettsforlik hjemler bare tvangskraft.

Det fremgår ikke uttrykkelig hva som menes med «anerkjennes» i konvensjonens artikkel 26 («recognised» i den engelske teksten). Det er likevel ikke tvilsomt at dette betyr at dommen skal tillegges materiell rettskraft, positivt og negativt. For den positive rettskraftvirkningen fremgår dette også av artikkel 29, hvorefter retten ikke i noe tilfelle kan overprøve realitetsavgjørelsen i en utenlandsk dom. Den negative rettskraftvirkning er som i norsk rett supplert i forkant med en litispensregel i artikkel 21.

Som fremstillingen ovenfor for norsk rett viser, kan det ikke sjelden være tvilsomt hvilken rekkevidde rettskraftvirkningene av en dom har. Både når det gjelder rettskraftens objektive og subjektive grenser, er det også forskjeller mellom konvensjonsstatene innbyrdes.

For anvendelsen av den tilsvarende bestemmelse i Brusselkonvensjonen har Europadomstolen lagt til grunn at rettskraftvirkningene beror på opphavsstatens, ikke mottakerstatens regler, og dette må også legges til grunn for Luganokonvensjonen. Man kan derfor ikke ved avgjørelsen av et rettskraftsspørsmål knyttet til en fransk dom i Norge, uten videre gå ut fra at grensen skal trekkes på samme måte som i forhold til en norsk dom.

I tillegg til at rettskraftvirkningene av den utenlandske dom kan prøves i forbindelse med spørsmålet om avvisning eller i forbindelse med en verserende sak der avgjørelsen får prejudisiell betydning, åpner konvensjonen for å få særskilt avgjort om dommen vil bli anerkjent. I henhold til konvensjonens artikkel 26 annet ledd kan enhver med rettslig interesse («interested party» i den engelske teksten) bringe spørsmålet om anerkjennelse inn for retten til avgjørelse etter den fremgangsmåte som gjelder ved begjæring om fullbyrdelse. For Norges vedkommende innebærer det at spørsmålet kan bringes inn for namsretten.

Konvensjonens artikkel 27 og 28 oppstiller unntak fra rettskraften. Artikkel 27 nr. 1 inneholder det alminnelige «ordre public»-forbehold. I og med at konvensjonen omfatter land fra samme kulturkrets, vil dette neppe ha særlig aktualitet. Artikkel 27 nr. 2 gjelder unntaket for uteblivelsesdommer hvor saksøkte ikke har fått forkynt stevningen i tilstrekkelig tid til å kunne forberede sitt forsvar. Dette unntaket er kort omtalt ovenfor. Artikkel 27 nr. 3 og 5 gjelder tilfeller hvor dommen i opphavsstaten gjelder et rettsforhold som er rettskraftig avgjort i mottaksstaten. Artikkel 27 nr. 4 gjelder tilfeller hvor dommen prejudisielt har avgjort et person- eller familiestatusforhold mv. i strid med mottakerstatens internasjonale rettsvalsregler. Artikkel 28 første ledd gjelder den feil at dommen er avsagt i strid med konvensjonens egne ufravikelige vernetingsregler i artikkel 7 til 15 om særskilt vernetting for forsikringsaker og forbrukertvister, samt de spesielle reglene om eksklusive vernetting i artikkel 16. Artikkel 28 oppstiller også enkelte andre unntak som utvalget ikke går inn på her. Det vises til Pålsson side 204 til 206 om henvisningen til artiklene 54B tredje ledd, 57 fjerde ledd og 59.

Luganokonvensjonen tillater som nevnt ovenfor ikke at domstolene i mottakerstaten overprøver realitetsavgjørelsen til domstolen i opphavsstaten

(artikkel 29). Konvensjonen går også svært langt i å erklære den avgjørelse opphavsstatens domstol har truffet med hensyn til sin egen kompetanse for bindende, både når det gjelder anvendelsen av konvensjonens egne bestemmelser om internasjonal domsmyndighet og anvendelsen av rent nasjonale kompetanseregler, selv om disse faller utenfor konvensjonens ramme for øvrig. Det vises om dette til artikkel 28 tredje og fjerde ledd. Domstolen i mottakerstaten kan imidlertid bedømme blant om dommen er avsagt i strid med eksklusive vernetingsbestemmelser for eksempel i saker om fast eiendom.

#### *Andre generelle domskonvensjoner*

De nordiske domskonvensjonene av 1932 og 1977 er omtalt ovenfor. Disse konvensjonene ble i likhet med de bilaterale konvensjonene vi hadde med Storbritannia fra 1961, med Forbundsrepublikken Tyskland fra 1977 og med Østerrike fra 1984, erstattet av Luganokonvensjonen så langt den rekker. Det vises til oppregningen i artikkel 55. For rettsforhold som ikke reguleres av Luganokonvensjonen og for dommer avsagt før Luganokonvensjonen trådte i kraft for Norge, vil imidlertid de eldre konvensjonene fortsatt kunne ha aktualitet.

I og med at de eldre generelle domskonvensjonene har tapt det meste av sin praktiske betydning etter Luganokonvensjonen, omtales disse ikke nærmere her. Det vises til fremstillingen hos Rognlien side 25 til 59. Om forholdet mellom de nevnte konvensjonene og Luganokonvensjonen vises særlig til Rognlien side 110 til 112 og Pålsson side 51 til 52.

#### *Familierett*

Luganokonvensjonen gjelder ikke familierettslige forhold. På dette området er Norge imidlertid part i flere konvensjoner som innebærer anerkjennelse av utenlandske avgjørelser.

Mellom de nordiske land gjelder fremdeles en konvensjon av 6. februar 1931 om ekteskap, adopsjon og vergemål. Konvensjonen gjelder med lovs kraft her i riket etter kunngjøring av Kongen i medhold av lov 19. desember 1969 nr. 75 om gjennomføring av nordiske konvensjoner om visse internasjonal-privatrettslige forhold § 1. Det er fremforhandlet en endringsoverenskomst av 25. februar 2000 som nylig har vært gjenstand for høring på grunnlag av et høringsnotat fra Justisdepartementet av 7. desember 2000.

Norge anerkjenner i stor utstrekning utenlandske statusavgjørelser på familierettens område, også i forhold til land hvor dette ikke har

dekning i en gjensidig konvensjon. Det vises til lov av 2. juni 1978 nr. 38 om anerkjennelse av utenlandske separasjoner og skilsmisser.

Ved lover av 8. juli 1988 nr. 72 og 73 ble Europarådskonvensjonen av 20. mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar mv. og Haag-konvensjonen av 25. oktober 1980 om internasjonal barnebortføring gjennomført i norsk rett. Europarådskonvensjonen innebærer at konvensjonsstatenes avgjørelser om foreldreansvar og samværsrett gjensidig vil bli anerkjent og fullbyrdet.

Norge er part i flere konvensjoner om anerkjennelse og fullbyrdelse av avgjørelser om underholdsbidrag, hvorav den mest omfattende er Haag-konvensjonen av 2. oktober 1973.

For fastsettelse av farskap er det ikke gitt generelle regler om godkjenning av utenlandske rettsavgjørelser. I henhold til barneloven § 67 annet ledd kan bestemmelser om anerkjennelse inntas i forskrift, i konvensjon, eller vedtas for det enkelte tilfelle. I medhold av denne bestemmelsen er det gitt regler om anerkjennelse av nordiske farskapsavgjørelser ved forskrift av 20. november 1981 nr. 8950.

#### *Multinasjonale spesialkonvensjoner*

Spesielt på transportrettens område har man konvensjoner som også inneholder bestemmelser om anerkjennelse av avgjørelser avsagt i avtalestatene. Det gjelder f.eks. konvensjoner om internasjonal godsbeholdning på vei, internasjonal jernbanetraffikk og om ansvaret ved oljesøl fra skip. Det vises til fremstillingen hos Dolva side 407 til 410 og spesielt om forholdet mellom slike konvensjoner og Luganokonvensjonen til Rognlien side 113 til 116.

#### *14.2.3.7.11 Avgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstolen*

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har i henhold til Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950 (EMK) artikkel 34 kompetanse til å behandle klager som private rettssubjekter retter mot en stat. Det følger av EMK artikkel 46 at Domstolens avgjørelser er bindende for staten dersom det konstateres krenkelse. Det er imidlertid en folkerettslig bundethet det her er tale om, ikke rettskraft i prosessuell forstand. Det er heller ikke vanlig å drøfte rettsvirkningene av Domstolens avgjørelser i Norge i et rettskraftperspektiv. Spørsmålet om tvangskraft er lite aktuelt fordi staten vil være den privates motpart, og det ikke er anledning til tvangsfullbyrdelse mot staten.

Det kan likevel reises spørsmål om rettskraftvirkningene av en dom av EMD dersom samme rettsforhold gjøres til gjenstand for ny sak for norske domstoler.

Forutsetningen for at rettskraftspørsmålet skal oppstå, er at det virkelig er identitet mellom det rettsforhold EMD har avgjort og det rettsforhold som foreligger til avgjørelse i en sak for norsk domstol. Det rettsforhold EMD først og fremst tar standpunkt til, er om konvensjonen er krenket. I tillegg kan Domstolen i medhold av EMK artikkel 41 treffe avgjørelse om erstatning til den krenkede part. Etter etablert praksis omfatter dette tre kategorier; økonomisk tap som følge av krenkelsen, saksomkostninger for nasjonale domstoler og behandlingen ved EMD og ikke-økonomisk tap. Det vises om EMK artikkel 41 generelt til Bårdsen, Oppreisningserstatning ved Den europeiske menneskerettsdomstolen, i TfR 2000 side 211 flg.

Kompetansen til å idømme erstatning etter EMK artikkel 41 er diskresjonær og tilkommer eksklusivt EMD selv. EMK artikkel 41 er således ikke noe eget ansvarsgrunnlag som kan gjøres gjeldende ved nasjonale domstoler som supplement til ellers gjeldende materielle erstatningsregler, selv om konvensjonen ved menneskerettsloven av 1999 er gjort til direkte gjeldende norsk rett. Det er videre et såvidt særegent ansvarsgrunnlag at et krav avgjort av EMD i medhold av EMK artikkel 41 som utgangspunkt vil måtte anses å være et annet rettsforhold enn et krav på grunnlag av ansvarsregler i nasjonal rett. Det blir derfor etter utvalgets oppfatning ikke aktuelt å tillegge disse avgjørelsene rettskraftvirkninger. At avgjørelsen ved EMD likevel vil kunne få betydning, f.eks. for utmålingen av erstatning i en etterfølgende norsk erstatningssak, er en annen sak.

Det vil derfor i praksis være selve hovedspørsmålet om konvensjonen er krenket, som det vil kunne være aktuelt å tillegge rettskraft. Problemstillingen vil f.eks. kunne oppstå dersom en part reiser erstatningssak i Norge på grunn av en konvensjonskrenkelse som er konstatert av EMD.

I praksis vil Domstolens avgjørelse i et slikt tilfelle bli lagt til grunn som bindende prejudikat, slik at det ikke får noen praktisk betydning om man tillegger den rettskraft i prosessuell forstand eller ikke. Rettskraftspørsmålet kan imidlertid tenkes å komme på spissen dersom et spørsmål om konvensjonskrenkelse er løst forskjellig av Høyesterett og EMD, og dette spørsmålet får prejudisiell betydning i en ny sak, f.eks. en sak om erstatning for konvensjonskrenkelsen. Dette vil neppe forekomme ofte, men risikoen for slik motstrid øker noe dersom spørsmålet om hvorvidt konvensjons-

krenkelse har funnet sted, anses å være et selvstendig rettsforhold som kan prøves i søksmål for norske domstoler. Utvalget har i drøftelsen om søksmålsbetingelser og rettslig interesse i II.5.4.6 gitt uttrykk for at slike søksmål i en viss utstrekning må kunne fremmes etter at menneskerettsloven ble vedtatt. Skulle det oppstå motstrid, mener utvalget at løsningen etter gjeldende rett må være at den norske rettskraftige avgjørelse av spørsmålet må legges til grunn så lenge denne ikke er endret. Noe annet ville være å tillegge EMD rollen som «fjerdeinstans», det vil si som øverste ledd i en nasjonal domstolspyramide. Dette ville stride mot grunnleggende prinsipper om forholdet mellom nasjonale rettssystemer og det felleseuropeiske rettsystem som er etablert ved EMK. Selv om disse systemene i vesentlige henseender er integrert, særlig ved at EMK ved menneskerettsloven er gjort til direkte gjeldende nasjonal rett, rokker ikke dette ved Høyesteretts posisjon etter Grunnloven § 88 som den øverste domstol i det nasjonale domstolspyramide.

Selv om dette synet opprettholdes av konstitusjonelle grunner, vil Norge etter EMK artikkel 46 være forpliktet til å rette seg etter EMDs dom. En rettskraftig norsk dom som er til hinder for dette, vil i nødvendig utstrekning måtte gjenopptas. Den adekvate fremgangsmåte i eksemplet ovenfor vil derfor være å begjære gjenopptakelse. Som ledd i begjæringen vil det kunne kreves midlertidig opphevelse av rettskraften etter tvistemålsloven § 162 første ledd, som foreslås videreført i utkastet § 21-12(2).

For gjennomføringen av konvensjonen i norsk rett har adgangen til gjenopptakelse på grunn av konvensjonsstrid atskillig større betydning enn rettskraften. Tvistemålsloven inneholder i § 407 nr. 7 en bestemmelse hvorefter gjenopptakelse kan kreves «når avgjørelsen antas direkte eller indirekte å bygge på en forståelse av folkeretten eller en traktat som avviker fra den forståelse som en internasjonal domstol i samme saksforhold slår fast som bindende for Norge, og denne forståelse antas å burde føre til en annen avgjørelse.» Det er reist spørsmål om adgangen til gjenopptakelse går langt nok. Justisdepartementet fremmet i et høringsnotat av 17. april 1996 forslag om en utvidelse av adgangen til gjenopptakelse. Hittil har dette ikke blitt fulgt opp.

Europarådet vedtok 19. januar 2000 en rekommandasjon (Recommendation No. R (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights). Rekommandasjonen inneholder blant annet en oppfordring til med-

lemslandene om å gjennomgå sine nasjonale retts-systemer og sørge for at det foreligger adekvate muligheter for gjenopptakelse av saker i tilfelle hvor EMD har konstatert krenkelse av konvensjonen. Rekommandasjonen inneholder ikke noe om rettskraft, og etter det utvalget kjenner til er det en ukjent tanke at EMDs avgjørelser skulle ha direkte rettskraftvirkninger i medlemslandene.

Utvalget ser det som en viktig oppgave å legge forholdene til rette for at den som har fått medhold i en sak mot Norge ved EMD effektivt får gjennomført sine rettigheter. Utvalgets foreløpige standpunkt er imidlertid at dette mest hensiktsmessig bør gjøres ved gjenopptakelse, ikke ved å gi avgjørelser av EMD direkte rettskraftvirkning. Utvalget behandler problemstillingen videre i kapitlene om gjenåpning av saken, se særlig II.15.6.4.9 om gjenåpning ved brudd på folkeretten og utkastet til lovregler i § 13-3(1) (d) og § 13-4(b).

#### 14.2.3.7.12 Forvaltningsvedtak

Også enkelte forvaltningsvedtak er etter særskilt lovbestemmelse tillagt rettskraftvirkning på linje med dommer. Det gjelder for eksempel avgjørelser av Forbrukertvistutvalget i medhold av forbrukertvistloven § 11 tredje ledd. Et annet eksempel er bygningsmyndighetenes forelegg om plikt til å etterkomme pålegg eller forbud i henhold til plan- og bygningsloven § 114, dersom søksmål ikke er reist innen fristen på 30 dager, se § 114 annet ledd annet punktum.

### 14.2.4 Rettens håndhevelse av rettskraftreglene

#### 14.2.4.1 Formelle rettskraftregler

Reglene om når den formelle rettskraft inntre, er i praksis regler om rettsmiddelfrister. Rettsmiddelfristene håndheves av retten av eget tiltak. Partene kan imidlertid innenfor den ramme sivilprosessuelle regler i tvistemålsloven og domstolloven setter, indirekte påvirke spørsmålet om når rettskraften inntre ved å frafalle adgangen til å anvende rettsmidler, vedta en avsagt dom eller vedta en forkortelse, men ikke forlengelse, av de ordinære rettsmiddelfrister. Det vises til nærmere omtale i tilknytning til reglene om frister i lovutkastet kapittel 22.

#### 14.2.4.2 Materielle rettskraftregler

Det følger av tvistemålsloven § 163 første ledd uttrykkelig at rettskraftens negative side skal hånd-

heves av retten av eget tiltak ved avvisning av en ny sak mellom de samme parter om samme tvistegenstand. Samme regel gjelder i straffeprosessen etter straffeprosessloven § 51 første ledd. Skulle retten feilaktig ha pådømt forholdet på ny, følger det av tvistemålsloven § 383 annet ledd, jf. § 384 annet ledd nr. 4 og § 386, at ankeinstansen av eget tiltak skal oppheve dommen og avvise saken. Feilen gir også grunnlag for gjenopptakelse i henhold til tvistemålsloven § 407 nr. 5.

Partene har ikke adgang til å frafalle rettskraften med den virkning at spørsmålet kan bringes inn for retten på ny. De kan imidlertid i den utstrekning tvisten gjelder et rettsforhold undergitt fri rådighet, ved avtale endre den rettsnorm som er fastslått ved dommen eller ensidig frafalle en rett parten er tilkjent. Slike disposisjoner bedømmes som ordinære etterfølgende rettsfakta. Hvorvidt partene kan avtale at spørsmålet bringes inn til avgjørelse ved voldgift, er omtvistet. Det vises til Skoghøy side 774 (bekreftende) og Eckhoff, Rettskraft, side 201 (benektende). Etter utvalgets oppfatning taler de beste grunner for at den negative rettskraftvirkningen er den samme for voldgift som for domstolsbehandling. Dersom partene likevel avtaler at saken skal behandles på ny ved voldgift, og at de skal bøye seg for den derav følgende avgjørelse, får dette virkning som en etterfølgende utenrettslig endringsavtale. Voldgift i prosessuell forstand blir det således ikke.

Det er alminnelig antatt at også reglene om rettskraftens positive side skal håndheves av retten av eget tiltak, uavhengig av hvordan partene stiller seg til spørsmålet. Dette synes også å stemme best med Luganokonvensjonens artikkel 29, hvorefter retten ikke i noe tilfelle kan overprøve realiteten i den dom som er avsagt.

Hvorvidt partene ved avtale kan bestemme andre rettskraftvirkninger enn de alminnelige, er uklart og omtvistet i teorien. Det vises spesielt til Skoghøy side 773 med henvisninger og Eckhoff, Rettskraft, side 197 til 199. Utvalget går ikke nærmere inn på denne problemstillingen, som ikke er spesielt praktisk.

## 14.3 Fremmed rett

### 14.3.1 Innledning

Rettskraften – den bindende virkning – må som tidligere nevnt oppfattes som en nødvendig egenskap ved dommer. At dommer er forsynt med rettskraft, antas å være et universelt fenomen uten at utvalget har noen fullstendig oversikt over dette. Brussel-



og Luganokonvensjonen forutsetter også en betydelig grad av fellesskap med hensyn til rettskraftregler, selv om det kan være ulikheter med henhold til rekkevidden i forskjellige henseender. Noe inngående studium av fremmed rett finner utvalget ikke at det er behov for å foreta på dette område, men innskrenker seg her til en kort omtale av rettskraftreglene i våre naboland Sverige og Danmark i neste avsnitt. Sammenlikningen viser at det er betydelige likhetstrekk, noe som blant annet skyldes at rettskraftreglene i de tre skandinaviske land har felles røtter i tysk og særlig østerriksk sivilprosess.

Gruppesøksmål («class actions») etter den modell som anerkjennes i USA og noen få andre nasjoner (Canada, Australia og Brasil), og som vurderes innført i Sverige, innebærer at avgjørelsene tillegges en vesentlig videre materiell rettskraftvirkning enn i ordinære søksmål. En viktig egenkap ved gruppesøksmål i denne form er at avgjørelsene er bindende for alle med krav som faller innenfor den kategori som omfattes av søksmålet. Brasils variant av gruppesøksmål særkjenner ved en skjev rettskraftregel, idet avgjørelsen i gruppesøksmålet bare er bindende til gunst, men ikke til skade for gruppe medlemmene. Gruppesøksmål er behandlet i II.17 om kollektive søksmål og drøftes ikke nærmere her.

### 14.3.2 Sverige og Danmark

En alminnelig regel om rettskraft for dommer i sivile saker i Sverige er gitt i rättegångsbalken 17:11. Bestemmelsen anses å omfatte både den positive og negative siden ved den materielle rettskraft, selv om bare avvisningsfunksjonen er uttrykkelig nevnt i tredje ledd. Om reglens innhold vises til Ekelöf, Bylund, Boman, Rättegång III (sjette opplag 1994), side 102 – 154.

Den danske retsplejelov bruker ikke ordet rettskraft og inneholder ingen alminnelige bestemmelser om den materielle rettskraft. Den materielle rettskraften forutsettes imidlertid blant annet i retsplejeloven § 223 a, motstykket til tvistemålsloven § 167, hvorefter Justisministeren er gitt kompetanse til å gi bestemmelser om at utenlandske dommer mv. skal ha bindende virkning i Danmark. Det følger også av dansk retspraksis og teori at det finnes alminnelige rettskraftregler. Om gjeldende dansk rett vises til Gomard, Civilprocessen (4. utg 1994), side 559 – 599.

På samme måte som hos oss er en kort lovtekst (Sverige) eller knapt noen lovtekst (Danmark) supplert av en omfattende teori og rettspraksis der rettskraftreglens nærmere rekkevidde og innhold drøftes. Behandlingen i de norske, svenske

og danske standardverkene fremviser en betydelig parallellitet i behandlingen av enkeltspørsmål. Det er få betydelige eller systematiske forskjeller. Imidlertid gjelder i Sverige og Danmark på samme måte som hos oss at reglens innhold på mange punkter er uklare og omdiskuterte. I det følgende nevnes enkelte problemstillinger.

I Danmark har rettsforlik ikke materiell rettskraftvirkning, bare tvangskraft. Sverige benytter en noe annen formell ordning enn rettsforlik. I henhold til rättegångsbalken 17:6 kan partene fremsette begjæring om at deres forlik stadfestes av retten ved dom. Den materielle rettskraftvirkningen av en slik dom er noe usikker. Högsta Domstolen har fulgt den praksis at en part som vil angripe forliket kan velge mellom å begjære gjenopptakelse («resning»), hvorefter dommen anses å ha rettskraft, og å anlegge ny sak i første instans, hvorefter dette ikke er tilfelle. Det vises til Ekelöf, Edelstam, Boman, Rättegång V (7. opplag 1998), side 73.

Rettskraftvirkningene for motkrav som uten selvstendig påstand bringes i motregning mot saksøkerens krav, er videst i Sverige. Rättegångsbalken 17:11 st. 2 bestemmer at dommen har rettskraft i den utstrekning motkravet er prøvet, uten at det er avgjørende hvilket resultat prøvingen får. Etter vår tvistemålslov § 163 annet ledd er motkravet bare rettskraftig avgjort for det beløp som etter dommen skal bringes i motregning. I Danmark, hvor man ikke har noen lovbestemmelse om spørsmålet, synes hovedregelen å være at motkravet ikke blir rettskraftig avgjort, uansett hvilket resultat domstolen kommer til, men det kan tenkes unntak (Gomard side 580 – 581).

Skjæringspunktet mellom hvilke nye omstendigheter som kan prøves i ny sak og hvilke som bare kan påberopes som grunnlag for gjenopptakelse, synes å være noe annerledes i Danmark. En part som etter dommen blir oppmerksom på «anbringender» (rettsfakta) av betydning for saken som han ikke kjente og ikke kunne ha oppdaget til slik tid at de kunne vært påberopt i saken, kan anlegge ny sak dersom forholdet er av vesentlig betydning for saken, og fastholdelse av dommen ville være til betydelig skade for parten (Gomard side 584). Etter tvistemålsloven § 407 nr. 6 ville forholdet bare kunne påberopes som grunnlag for gjenopptakelse. Retsplejelovens vilkår for «ekstraordinær genoptagelse» i § 399 er formulert noe annerledes.

I dansk erstatningslov (lov 1986-09-08 nr. 599) er det i § 11 gitt en uttrykkelig regel om et spørsmål som hos oss volder betydelig tvil: En avsluttet sak om erstatning for varig mén eller tap av ervervs-evne kan etter begjæring fra skadelidte tas opp til revisjon («genoptas» i den danske tekst, som ikke

må forveksles med vårt prosessuelle begrep gjenopptakelse) hvis det inntreffer en uforutsett forringelse av skadelidtes helbredstilstand, som ville ha betinget en vesentlig høyere méngrad eller tap av ervervsevneprosent. Bestemmelsen gjelder både erstatningsoppgjør ved avtale og dom.

I dansk rett tilsier Gomards fremstilling på side 586 – 589 at rettskraftvirkningene for prejudisielle spørsmål kan være mer omfattende enn i Norge. Som en generell retningslinje sies det at dommen er bindende både for de spørsmål som direkte er avgjort ved dommen, og de spørsmål den har tatt stilling til på et betryggende grunnlag. Det foretas en helhetsvurdering der spørsmålet er om det er forsvarlig å avskjære ny prøving (Gomard side 589).

I spørsmålet om domstolene skal håndheve rettskraftreglene av eget tiltak, synes holdningen i Danmark å skille seg noe ut. Der har man imidlertid ikke en uttrykkelig lovbestemmelse om avvisning slik som i Norge og Sverige. Gomard antar likevel (side 599) at en ny sak om samme tvistegjenstand som hovedregel skal avvises *ex officio*, men at saken neppe bør avvises hvis ingen av partene påstår avvisning og et ønske om fornyet prøving er rimelig begrunnet, for eksempel ved at det påberopes nye anførsler eller ny rettspraksis. Det antas at en tidligere dom ikke skal tillegges positiv rettskraftvirkning med mindre dette blir påberopt.

## **14.4 Reformbehov – utvalgets vurderinger**

### **14.4.1 Alminnelige bemerkninger**

At det fortsatt er behov for rettskraftregler, er såvidt selvfølgelig at det ikke er nødvendig å drøfte dette nærmere. Spørsmålet er hvordan reglene skal innrettes. Enkelte generelle synspunkter fremheves allerede her.

Hensynet til kontinuitet, sammenheng i tid, har større vekt for rettskraftreglene enn for de fleste øvrige deler av sivilprosessen fordi reglene virker fremover i tid uten noen bestemt begrensning. Endrete rettskraftregler påvirker den bindende kraft for rettsavgjørelser og dermed etablerte posisjoner på en måte som kan gi opphav til tilbakevirkningsproblemer. Det er riktignok hevdet i teorien at forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97 ikke er til hinder for å gi nye regler som begrenser eller opphever rettskraftvirkningene av tidligere avgjørelser (Skoghøy side 47). Standpunktet er begrunnet ved henvisning til en avgjørelse fra kjæremålsutvalget i Rt. 1953 side 318. Avgjørelsen

gjaldt oppheving av fristen for gjenopptakelse av farskapssaker, og det er usikkert hvilke generelle slutninger kjennelsen gir grunnlag for. Å utvide rettskraftvirkningene slik at en eldre dom blir bindende for nye rettssubjekter, kan det iallfall ikke være anledning til. Selv om nye regler bare gis virkning for avgjørelser truffet etter ikrafttredelsen, er det i seg selv en ulempe å måtte operere med forskjellige regelsett for avgjørelser før og etter et bestemt tidspunkt.

Utvalget nevner også det internasjonale aspektet. Norge deltar gjennom Luganokonvensjonen i et felleseuropeisk rettslig rom basert på prinsippet om gjensidig anerkjennelse av dommer. Selv om rettskraftreglene ikke er harmonisert på detaljplanet, gjør viktige fellestrekk seg gjeldende, og det er ønskelig å utforme reglene slik at man fortsatt holder seg i hovedstrømmen.

### **14.4.2 Formell rettskraft**

Det er ikke nødvendig å bruke uttrykket formell rettskraft i loven. Det er imidlertid grunn til å videreføre en bestemmelse tilsvarende tvistemålsloven § 161 første ledd om når de materielle rettskraftvirkningene inntreffer. Dette bør fortsatt være ved utløpet av ordinære rettsmiddefferster.

Etter utvalgets oppfatning er det ikke tilstrekkelig grunn til å opprettholde dagens særregel for det tilfelle at dommen ikke uten tillatelse kan påankes, et alternativ som sikter til reglene om samtykke til anke uavhengig av ankesum i tvistemålsloven § 356. Det vises til II.14.2.2 ovenfor. Området for en samtykkeordning er foreslått utvidet i II.12 om rettsmiddelreglene. Utvalget finner at de beste grunner taler for at rettskraftvirkningene først inntreffer når ankefristen er ute, eller om dommen påankes, når ankesaken er endelig avgjort. Regelverket blir enklere med en slik ordning, og man unngår å måtte treffe avgjørelser om suspensjon av rettskraften.

Det vises for øvrig til merknadene til lovutkastet § 21-12.

### **14.4.3 Materieell rettskraft**

#### *14.4.3.1 Positiv og negativ rettskraft*

I motsetning til hva som er tilfelle etter tvistemålsloven, bør også rettskraftens positive side (prejudisialfunksjonen) fremgå av en alminnelig bestemmelse om hva det innebærer at dommen er rettskraftig. Dette er foreslått i lovutkastet § 21-13(2).

Det kan snarere stilles spørsmål ved om det er nødvendig å opprettholde en egen bestemmelse om negativ rettskraft, det vil si om rettskraft som

avvisningsgrunn som man nå har i tvistemålsloven § 163 første ledd. Langt på vei vil nok samme løsning følge ved anvendelse av den alminnelige regel om rettslig interesse som vilkår for søksmål. Hvis det foreligger en dom som bindende avgjør det rettsforhold som er sakens tema, vil det vanligvis ikke herske en slik uklarhet om rettslige posisjoner som gir saksøkeren aktuell rettslig interesse i et nytt saksanlegg. Er det omtvistet hva som er bindende avgjort, f.eks. fordi dommen er uklar eller fordi det påberopes at rettsstillingen er endret ved rettsfakta som er inntrådt etter dommen, har saksøkeren etter vanlige kriterier rettslig interesse i et nytt saksanlegg. I disse tilfellene er det etter rettspraksis akseptert at det er adgang til ny sak, til tross for den kategoriske formulering i tvistemålsloven § 163 første ledd.

Selv om det er en sammenheng mellom reglene om negativ rettskraft og rettslig interesse, er utvalgets standpunkt at negativ rettskraft bør holdes som egen avvisningsregel. Ikke minst hensynet til klarhet og kontinuitet tilsier dette. Å løse avvisningsspørsmålet utelukkende ved hjelp av en generell regel om søksmålsbetingelsene ville innebære et betydelig skifte av fokus. En indirekte regulering av rettskraftens avvisningsfunksjon ville gjøre regelen mindre tydelig, og det vil være fare for at flere søksmål blir fremmet til realitetsavgjørelse. Selv om det for sluttresultatet kan ha mindre betydning om saken avvises eller avgjøres i realiteten med samme utfall som i forrige sak, taler prosessøkonomiske hensyn normalt for å velge avvisning hvor vilkårene for dette er til stede, og dette gir den mest effektive håndhevelse av rettskraften. I lovutkastet § 21-13(3) er det inntatt en negativ rettskraftregel. Etter utvalgets oppfatning kan det være grunn til å betone sammenhengen mellom rettskraft og rettslig interesse noe sterkere enn hva som i dag er vanlig, og utkastet er formulert med sikte på dette. Det vises ellers til merknadene til betemmelsen.

#### 14.4.3.2 Hva er rettskraftig avgjort?

Med hensyn til hva som er rettskraftig avgjort – den objektive rettskraften – er utvalget kommet til at rettstilstanden som har festnet seg på grunnlag av tvistemålsloven bør videreføres uten endringer av betydning. Det er derfor utførlig redegjort for utvalgets syn på gjeldende rett i II.14.2.3.5. Utvalget anser det ikke hensiktsmessig å forsøke å foreta en mer detaljert regulering i lovteksten, bortsett fra at særregelen om motkrav i tvistemålsloven § 163 annet ledd foreslås sløyfet. Det vises til merknadene til lovutkastet § 21-13.

På samme måte som etter gjeldende rett, vil

spørsmålet om hva som er samme krav eller samme rettsforhold, begreper som her brukes med samme meningsinnhold, måtte løses ved en avveining hvor flere momenter er viktige. Det vises spesielt til II.14.2.3.5.7. Også i den nye lov vil problemstillingen ha betydning i flere relasjoner, og grensen vil, med forbehold for helt spesielle unntak, måtte trekkes på samme måte. At anvendelsen av en slik avveiningsregel må by på tvil i grensetilfeller, er ikke til å komme utenom. Dette gir likevel ikke tilstrekkelig grunn til å foreslå en mer detaljert regulering.

Utvalget har drøftet og gitt uttrykk for egne synspunkter på enkelte spørsmål som etter gjeldende rett er usikre og omdiskutert. Dette gjelder for eksempel spørsmålet om rettskraftens rekkevidde ved utleverings- og fravikelsesdommer som er behandlet i II.14.2.3.5.10. Utvalget er likevel blitt stående ved ikke å foreslå en uttrykkelig regulering i loven, slik at den videre rettsutvikling også på dette punkt overlates til rettspraksis.

I tillegg til at rettskraften omfatter det krav som direkte er avgjort som tvistegenstand, gir rettspraksis grunnlag for å operere med et visst tilbygg, slik at rettskraften også utstrekkes til enkelte rettsforhold hvor løsningen med nødvendighet betinges av dommen. I II.14.2.3.5.11 er dette drøftet under overskriften avledet rettskraft for betinget avgjorte rettsforhold. Utvalget foreslår imidlertid ikke noen uttrykkelig lovregulering av dette. Avvisning kan i disse tilfellene også begrunnes med manglende rettslig interesse.

Ved utforming av rettskraftreglene må man spesielt overveie grenseflaten mot reglene om gjenåpning, som utvalget foreslår som ny betegnelse på gjenopptakelse, slik at dommens bindende virkning alt i alt blir hensiktsmessig regulert. Reglene om gjenåpning er behandlet i II.15. Utvalgets standpunkt er at tvistemålslovens avgrensning i § 407 nr. 6 er hensiktsmessig iallfall for så vidt gjelder prosessmateriale (retts- og bevisfakta) som forelå på det tidspunkt saken ble tatt opp til doms. Slike forhold vil bare kunne påberopes som grunnlag for gjenåpning, og vil derfor være omfattet av rettskraften.

Et vanskeligere tema er adgangen til å reise ny sak på grunn av omstendigheter inntruffet etter dommen. Problemstillingen kommer særlig på spissen når retten i dommen har tatt stilling til sannsynligheten av en fremtidig utvikling slik som i saker om erstatning for tap i fremtidig innteksttap. Utvalget har behandlet spørsmålet inngående i redegjørelsen for gjeldende rett i II.14.2.3.5.12, særlig under stikkordet bristende faktiske forutsetninger for dommen. Det er dessuten behandlet i drøftelsen av gjenåpning i II.15.6.4.10.

Utvalgets konklusjon er at det ikke bør foretas en nærmere regulering av adgangen til ny sak i alminnelige prosessbestemmelser om rettskraft. Hvis adgangen til revisjon av dommer på grunn av endrete faktiske forutsetninger skal løses ved prosessuelle virkemidler, er det etter utvalgets oppfatning bedre å gjøre dette gjennom reglene om gjenåpning enn ved egne rettskraftregler. Et utkast til lovregel er skissert i II.15.6.4.11 om gjenåpning. Ved bruk av instituttet gjenåpning blir det lettere å harmonisere vilkårene for å angripe dommer på grunn av henholdsvis uriktige og bristende faktiske forutsetninger, fenomener som er nær beslektet. De hensyn som særlig taler mot å bruke instituttet gjenopptakelse etter gjeldende rett, som knappe frister og hensynet til instansrekkefølgen, kan uansett ivaretas ved utformingen av reglene om gjenåpning.

Som alternativ eller supplement til regler om gjenåpning på grunn av etterfølgende forhold kan man også tenke seg nye materielle regler som knytter rettsvirkninger til en endret utvikling. Det vil her gjøre seg gjeldende forskjellige hensyn på ulike rettsområder og for ulike typer av krav. Det vil regelmessig være grunn til felles behandling av spørsmålet om vilkårene for endring bør være annerledes for krav som er fastsatt henholdsvis ved avtale og dom. For så vidt gjelder erstatningsoppgjør, melder det seg også spørsmål om endring skal kunne kreves både til gunst og ugunst for skadelidte og om behovet for tidsfrister utover de alminnelige foreldelsesfristene. I Danmark er adgangen til revisjon av personskadeerstatning – ménerstatning og erstatning for tap i fremtidig erverv – særskilt regulert i personskadeerstatningsloven § 11, se ovenfor II.14.3.2, og utvalget mener at dette i lovteknisk henseende iallfall fremstår som en klart bedre løsning enn en regulering gjennom rettskraftsreglene. En tilsvarende bestemmelse vil kunne inntas i den norske skadeserstatningsloven, mens f.eks. vilkårene for revisjon av erstatning ved ekspropriasjon bør reguleres i ekspropriasjonsersatningsloven. Det ligger utenfor rammen av utvalgets mandat, og utvalget er heller ikke sammensatt med sikte på å utrede endringer i materielle erstatningsregler. Utvalget har likevel i II.15.6.4.11 om gjenåpning, formulert et forslag til illustrasjon av hvordan revisjonsregler i skadeserstatningsloven kan tenkes utformet.

#### 14.4.3.3 *Hvem er dommen bindende for?*

Etter utvalgets oppfatning er det ingen grunn til å endre dagens hovedregel om at dommen er bindende for partene i saken og kun dem. Det vises om

begrunnelsen til redegjørelsen for gjeldende rett i II.14.2.3.6.2. Hovedregelen om subjektiv rettskraft er foreslått uttrykt i § 21-13(1) første punktum.

Utvalget finner heller ikke grunn til å endre gjeldende særregler om utvidet rettskraft for avgjørelser på spesielle rettsområder, som for eksempel saker om person- og familierettslig status. Det vises til redegjørelsen for gjeldende rett i II.14.2.3.6.3. Det kan reises spørsmål om lovteksten burde inneholde en uttrykkelig reservasjon for hva som måtte være bestemt ved annen lov, men utvalget finner ikke tilstrekkelig grunn til dette.

Det følger av redegjørelsen for gjeldende rett i II.14.2.3.6.4 at tredjemann i mange tilfeller må respektere, og kunne påberope seg, at en dom gir en bindende avgjørelse av rettsforholdet mellom dem som var parter i saken. I tvistemålsloven har man enkelte kasuistiske regler om dette, f.eks. i § 65 om overdragelse av tvistegenstanden. For spesielle rettsområder har man egne lovregler om prosessuell representasjon, og i andre tilfeller følger løsningen av rettspraksis, eller er anbefalt i juridisk teori. Utvalget behandler problemstillingene i II.14.2.3.6.4 avledet subjektiv rettskraft. Disse dekker innbyrdes nokså forskjellige forhold, men de har likevel den fellesnevner at den avledete rettskraft er begrunnet med tredjemanns forhold til en part. I juridisk teori har det vært hevdet at tredjemann må respektere en avgjørelse av et rettsforhold ved dom, i samme utstrekning som han på grunn av sitt forhold til en part måtte ha respektert en tilsvarende normering foretatt ved avtale mellom partene i saken. Standpunktet inntas av Aasland, Gunleiksrud og Skoghøy, og hevdes for svensk retts vedkommende av Ekelöf, Bylund og Boman. Det er nærmere redegjort for problemstillingen i utvalgets drøftelse av gjeldende rett.

Etter utvalgets oppfatning er det mulig – og hensiktsmessig – å gi en generell regel om avledet rettskraft som de mange enkeltanvendelser av avtalesynspunktet kan forankres i, jf. utkastet § 21-13(1) annet punktum. Bestemmelsen vil fange opp både gjeldende regler om suksesjon i tvistemålsloven § 65 annet og tredje ledd og regler om avledet rettskraft i selskaper og sammenslutninger. Det vises til redegjørelsen for gjeldende rett og merknadene til lovskissen.

Utvalgets forslag til bestemmelse om avledet rettskraft er ment å innebære en kodifisering og videreføring av gjeldende rett, som i hovedsak er ulovfestet, uten at noen vesentlig realitetsendring er tilsiktet. Det antas imidlertid ikke å være tilstrekkelig behov for å videreføre de spesielle reglene om såkalt *nominatio auctoris* i tvistemålsloven §§ 81 til 83.

I redegjørelsen for gjeldende rett i II.14.2.3.6.5 har utvalget bebudet at man vil komme tilbake til spørsmålet om det er behov for en nærmere regulering av rettskraftens subjektive rekkevidde ved søksmål fra representative organisasjoner og søksmål om kollektive rettigheter. Uten en slik særregel ville spørsmålet om rettskraftens rekkevidde bero på den alminnelige regel i utkastets § 21-13 (1). Forholdet mellom foreninger og deres medlemmer tilsier at foreningen regulært mangler kompetanse til å disponere over medlemmenes rettsforhold. Medlemskapet kan derfor ikke begrunne en slutning om avledet rettskraft for medlemmene av en dom i en sak der bare organisasjonen er part. Utvalget finner heller ikke at det er tilstrekkelig tungtveiende grunner for en bestemmelse om utvidet rettskraft for foreningssøksmål. Utvalget kjenner ikke til at dagens rettskraftregler har medført spesielle komplikasjoner i praksis. Foreningssøksmål vil gjerne gjelde krav om fastsettelsesdom om gyldigheten av vedtak eller om lovligheten av bestemte handlinger eller tiltak. I slike søksmål vil virkningene av en dom i organisasjonens favør faktisk komme medlemmene til gode ved at motparten retter seg etter dommen. Det er derfor ikke noe særlig behov for å tillegge avgjørelsen utvidet rettskraft. Fører søksmålet ikke frem, vil dommens bevis- og prejudikativ virkning ofte hindre nye søksmål. En enkeltperson som er berørt på en måte som gir ham rettslig interesse, bør imidlertid ikke være formelt avskåret fra å få spørsmålet prøvet i egen sak.

Større behov for utvidet rettskraft er det etter utvalgets oppfatning i saker om rettigheter som tilhører et kollektiv, eller hvor det ellers foreligger et interessefelleskap som i praksis nødvendiggjør at spørsmålet løses i samme retning for en flerhet av rettssubjekter. I Riast/Hylling-saken (Rt. 1997 side 1608) gikk Høyesterett relativt langt i forutsette at en dom om retten til reindrift i en sak hvor enkelte reindriftsutøvere var parter, ville ha rettskraft for næringen som sådan. Dersom spørsmålet skulle løses etter bestemmelsen om avledet rettskraft i lovsykkissen § 21-13(1) annet punktum, ville ordlyden tale mot at dommen fra 1897 er bindende for dagens utøvere av næringen.

Det kan reises spørsmål om man burde gi en særregel om utvidet rettskraft for avgjørelser om kollektive rettigheter i tilfeller hvor saken er ført av en organisasjon eller enkeltperson som anses tilstrekkelig representativ for gruppen av rettighetshavere. Dette ville bli en form for gruppesøksmål med utvidet rettskraftvirkning. Utvalget anser spørsmålet for å være vanskelig, men heller foreløpig til at behovet for en kollektiv løsning ikke bør

dekkes ved hjelp av rettskraftreglene. Det synes å være en mer hensiktsmessig løsning å gi regler om nødvendig prosessfelleskap eller om utvidet partsforhold i kombinasjon med allmannastevning etter mønster av bygdeallmenningsloven § 1-8. Man vil da kunne gå skrittvis og nyansert til verks og tilpasse reglene til de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende for ulike typer av rettsforhold. Slike bestemmelser passer best i lovgivningen om de aktuelle typer rettigheter, f.eks. sameieloven, servitutloven og lovene om jakt og innlandsfiske, ikke i en alminnelig prosesslov. Det ligger utenfor rammen av utvalgets oppdrag å fremme konkrete forslag til slike regler.

#### 14.4.3.4 Hvilke avgjørelser har rettskraft?

Etter utvalgets oppfatning er det grunn å stille spørsmål ved om rettsforlik fortsatt bør ha rettskraftvirkning, eller om de bare bør være tvangskraftige. I utlandet er det, etter det utvalget kjenner til, ikke vanlig at rettsforlik tillegges rettskraft. Spørsmålet må ses i sammenheng med hvordan rettsmiddeleglene for rettsforlik bør utformes. Utvalget drøfter spørsmålet mer inngående i II.22 om rettsforlik.

For øvrig ser utvalget ikke grunn til å foreslå endringer i dagens rettstilstand med hensyn til hvilke avgjørelser som tillegges rettskraft. Det vises til redegjørelsen i II.14.2.3.7. Som nevnt der vil rettskraftvirkningene i praksis bli svært forskjellige for dommer og andre realitetsavgjørelser på den ene siden og avgjørelser om avvisning og prosessuelle spørsmål ellers på den annen side. Rettskraftsreglene er utformet med sikte på dommer og andre endelige realitetsavgjørelser av det krav som er tvistegjenstand, og gjelder med betydelige modifikasjoner for prosessuelle avgjørelser og midlertidige avgjørelser med hensyn til tvistegjenstanden.

Utvalget finner ikke tilstrekkelig grunn til å foreta en regulering i loven av hvilke avgjørelser som har rettskraft eller av rettskraftvirkningene av ulike typer avgjørelser. En reservasjon gjøres for utenlandske avgjørelser mv. hvor utvalget i det vesentlige foreslår videreført dagens regler om rettskraft i tvistemålsloven §§ 167 til 168 a. Det vises til merknadene til utkastet § 21-14.

Utvalget har i redegjørelsen for gjeldende rett ovenfor i II.14.2.3.7.11 konkludert med at dommer av Den europeiske menneskerettsdomstolen riktignok er bindende for Norge, men at det formelt sett er en annen form for bundethet enn rettskraft det her er tale om. Spørsmålet om rettskraft for Domstolens avgjørelser og de problemer som kan

oppstå dersom det skulle være motstrid mellom en rettskraftig norsk dom og en dom av EMD om samme rettsforhold, bør vurderes i sammenheng med reglene om adgang til gjenåpning av norske dommer på grunn av påstått folkerettsstrid. Dette er behandlet i II.15.6.4.9 om gjenåpning og utkastet § 13-3(1) (d) og § 13-4(b).

Om rettskraftvirkningene av avgjørelser i straffesaker bemerker utvalget spesielt:

Utvalget har ovenfor i II.14.2.3.7.9 blant annet redegjort for spørsmålet om domstolenes behandling av et sivilt krav om erstatning eller oppreisning på grunn av en handling saksøkte er frifunnet for i straffesak. Det vises spesielt til det som er behandlet under stikkordet uskyldspresumsjonen. Selv om høyesterettsdommene i Rt. 1996 side 864 og Rt. 1999 side 1363 i vesentlig grad har bidratt til rettsavklaring, erkjennes det at problemstillingen gir opphav til vanskelige rettspolitiske avveininger mellom effektiviteten av en frifinnende straffedom for tiltalte og fornærmedes muligheter for å forfølge et berettiget krav. Det er videre knyttet usikkerhet til hvilken holdning Den europeiske menneskerettsdomstolen vil innta.

Tyngdepunktet i problemet ligger likevel etter utvalgets oppfatning på den straffeprosessuelle side. Det mest presserende spørsmål er om fornærmedes krav bør kunne pådømmes i straffesaken når tiltalte frifinnes for straff, et spørsmål som var gjenstand for sterk dissens i Høyesteretts dom i Karmøysaken (Rt. 1999 side 1363). I sin utredning i NOU 2000: 33, omtalt ovenfor i II.14.2.3.7.9 i tilknytning til uskyldspresumsjonen, har professor Jon T. Johnsen konkludert med at det ikke bør foretas noen begrensninger av fornærmedes adgang til å få kravet behandlet i straffesaken.

Utvalget anser det for sin del ikke aktuelt, eller ønskelig, å fremme noe forslag om begrensning av fornærmedes rett til å fremme sitt krav mot den påståtte gjerningsmann i egen sivil sak. Dette ville innebære en uholdbar svekkelse av fornærmedes rettsstilling. Som bemerket av førstvoterende som talsmann for flertallet i Karmøydommen:

«Dersom domstolene i en sivil sak ikke skulle ha adgang til å legge til grunn at den som er frifunnet for en straffbar handling, har begått handlingen, ville frifinnelsen frata den som måtte være krenket eller ha lidt skade ved handlingen muligheten til å få prøvd krav som vedkommende måtte ha mot tiltalte. Dette ville etter mitt syn støte an mot den grunnleggende bestemmelse om rett til rettfærdig rettergang i artikkel 6 nr. 1»

Utvalget tilføyer at også andre momenter, som

ulik bevisbyrde og krav til kvalifisert flertall for å kjenne tiltalte skyldig til straff, taler mot å gi en frifinnende straffedom en slik slagvidde. I alvorlige straffesaker hvor skyldspørsmålet i lagmannsretten avgjøres av en lagrette, kreves det således at minst syv av ti lagrettemedlemmer finner tiltalte skyldig (straffeprosessloven. § 372 første ledd). I vanlig straffesaker som behandles med meddomsrett (tre fagdommere og fire lekdommere) i lagmannsretten, kreves det at minst fem av syv dommere finner tiltalte skyldig (straffeprosessloven § 35 første ledd). For avgjørelsen av sivile krav gjelder alltid flertallsprinsippet, også når det sivile krav pådømmes i straffesaken (straffeprosessloven § 35 annet ledd). Tiltalte kan derfor bli frifunnet for straff selv om et flertall mener at tiltalte har begått handlingen, og at vilkårene for erstatning er til stede.

Hertil kommer de problemene som skyldes at vilkårene for straff, erstatning og oppreisning er forskjellige på en rekke punkter. Det gjelder både med hensyn til subjektiv skyld, betydningen av at gjerningsmannen er utilregnelig og betydningen av enkelte objektive straffrihetsgrunner. Til illustrasjon skal sinnsyke frifinnes for straff etter straffeloven § 44, men er etter skadeserstatningsloven § 1-3 som hovedregel erstatningsansvarlige. Om en frifinnende straffedom er begrunnet med at tiltalte ikke har begått handlingen eller med at andre vilkår for straff mangler, vil i enkelte tilfeller fremgå av premissene, men all den stund hele skyldspørsmålet er ett voteringstema, blir det ikke avgjort særskilt. Selv om en frifinnelse er enstemmig, kan rettens medlemmer ha ulike begrunnelse. I lagrettesaker gis det ikke i dommen noen begrunnelse for avgjørelsen av skyldspørsmålet utover en henvisning til lagrettens svar (straffeprosessloven § 40 første ledd). Det vil derfor aldri fremgå av dommen om frifinnelsen bygger på at tiltalte ikke har begått handlingen eller på at andre vilkår for straff mangler.

I ærekrenkelsessaker er det spesielt forbudet mot å føre sannhetsbevis for en beskyldning noen er frifunnet for ved endelig dom, og det tilknyttede forbudet mot å føre bevis for at den som fremsatte beskyldningen var i god tro (straffeloven § 249(4) (a) og § 249(5), som medfører bindende begrensninger i en etterfølgende sivil sak. Som bemerket ovenfor, er regelen omdiskutert. Utvalget finner det nærliggende at reglene undergis kritisk gjennomgang, men finner det ikke hensiktsmessig å gjøre dette som ledd i utvalgets arbeid med sivilprosessreformen. Bestemmelsen kan vanskelig ses isolert, men må vurderes i lys av reglene om ærekrenkelser for øvrig, spesielt reglene om hvilke krav som ellers stilles til sannhetsbevi-

set i ærekrenkelsessaker og betydningen av god tro hos den som har fremsatt beskyldningen.

Hovedtyngden i problemstillingen ligger derfor på den strafferettslige og straffeprosessuelle side, idet de fleste ærekrenkelsessaker foreløpig behandles som private straffesaker. Dette vil riktignok endre seg dersom Straffelovrådets forslag i NOU 1995: 10 Reformen innen injurielovgivning blir fulgt. Rådet foreslår der enstemmig å avskaffe adgangen til å reise privat straffesak om ærekrenkelsener, og at mortifikasjonsinstituttet – adgangen til å få kjent beskyldningen død og maktesløs – blir overført til behandling i sivilprosessuelle former etter regler i et nytt kapittel 34 i tvistemålsloven. Disse spørsmålene, og andre sider ved reglene om ærekrenkelsener, vil bli behandlet videre i Justisdepartementet på grunnlag av Straffelovrådets utredning og Ytringsfrihetskommisjonens innstilling (NOU 1999: 27). Det vises om dette bl.a. til det som er uttalt i Ot. prp. nr. 28 (1999-2000) på side 40 – 41 om adgangen til å reise ærekrenkelsessak etter anmeldelse for voldtekt. Utvalget viser videre til at Regjeringen 1. september 2000 fremmet stortingsmelding (St.meld. nr. 42 for 1999-2000) om Ytringsfrihetskommisjonens innstilling. Meldingen er begrenset til en kort redegjørelse for kommisjonens grunnlovsforslag og de rettslige

konsekvensene av de alternative utkast med det siktemål å foreta en teknisk og praktisk tilrettelegging for Stortingets videre behandling av saken. Det er bebudet en grundigere analyse og vurdering av de problemstillingene kommisjonens innstilling reiser i ny stortingsmelding i første halvdel av kommende stortingsperiode.

Det som i den senere tid har fremstått som det mest presserende problem, hensynet til fornærmede i alvorlige sedelighetssaker, er nå inntil den mer omfattende revisjon av ærekrenkelsesreglene som er bebudet, løst av lovgiveren ved vedtakelsen av straffeloven § 208 den 11. august 2000.

#### 14.4.3.5 *Suspensjon av rettskraften*

Tvistemålsloven § 162 inneholder en bestemmelse om midlertidig opphevelse av rettskraften i første ledd, mens annet ledd gjelder tvangskraften og tredje ledd gjelder foregrepet tvangskraft. Utvalget antar at bestemmelsen om rettskraft bør videreføres. I lovutkastet har utvalget som § 21-12(2) inntatt en bestemmelse som kun gjelder suspensjon av rettskraften. Regelen har en viss saklig sammenheng med tidsaspektet som reguleres i (1). Utsatt og opphevet tvangskraft behandles i II. 21.14.

## Kapittel 15

# Gjenåpning

### 15.1 Innledning

#### 15.1.1 Gjenopptakelse som rettsmiddel

Det er en vid adgang for partene til å kreve rettsavgjørelser overprøvd. Slik bør det også være. Overprøving medfører kvalitetskontroll med avgjørelsene og gir partene trygghet for at deres tvist får en forsvarlig behandling og et riktig resultat.

Rettsmidler er fellesbetegnelsen på de prosessuelle redskaper som står til partenes rådighet for å få rettsavgjørelser overprøvd. Etter dagens prosessordning er de ordinære rettsmidlene mot avgjørelser i sivile saker anke og kjæremål til overordnet domstol. Mot uteblivelsesdommer kan partene dessuten begjære oppfriskning, som innebærer en fortsatt behandling av saken ved samme instans.

Utvalget har i II.12, om overprøving av rettsavgjørelser drøftet utkast til nye regler om de ordinære rettsmidler og foreslått en del viktige endringer i forhold til tvistemålslovens ordning. Blant annet er det foreslått at anke skal være eneste ordinære rettsmiddel mot dommer, kjennelser og beslutninger. Rettsmidlene mot uteblivelsesdommer er behandlet i III.22 om feil og forsømmelser i rettergangen. Adgangen til oppfriskning av saken ved samme domstol foreslås beholdt, men med en del endringer.

Selv om retten til overprøving av avgjørelser er viktig av hensyn til rettssikkerheten, ville domstolene ikke fylle sin funksjon om ikke behandlingen ledet frem til en endelig og bindende løsning av partenes konflikt. Bruk av de ordinære rettsmidlene er derfor gjort betinget av frister. Den alminnelige frist for anke, kjæremål og oppfriskning er nå én måned (etter endringslov av 28. april 2000 nr. 34). Etter at fristene er utløpt, eller saken er avgjort av øverste rettsinstans, er avgjørelsen rettskraftig. I dette ligger at den er bindende for partene og må respekteres av dem. Den kan eventuelt også tvangsfullbyrdes. Reglene om dommers rettskraft er behandlet i II.14.

En rettskraftig dom kan bare i svært begrenset utstrekning kreves overprøvd.

Avgjørelsen kan da som regel bare angripes ved

det ekstraordinære rettsmiddel gjenopptakelse, som innebærer en ny behandling av saken ved den samme domstol.

Det er adgang til gjenopptakelse både i sivile saker og i straffesaker, men vilkårene er strengere i sivile saker, hvor hensynet til en part som har vunnet saken og innrettet seg etter avgjørelsen taler mot at saken tas opp på ny.

I straffesaker er det særlig viktig å forvise seg om at ingen blir uskyldig dømt, mens hensynet til motpartens – påtalemyndighetens – behov for innrettelse ikke veier like tungt. Også sivile saker kan imidlertid gjelde spørsmål av stor betydning for partene, mens ikke alle straffesaker er like viktige. Til illustrasjon vil nok de fleste mene at det er langt verre å bli urettmessig nektet forsikringsutbetaling for et nedbrent bolighus eller erstatning for en invalidiserende skade enn å bli urettmessig ilagt bot for en trafikkforseelse. Det ville vært støtende om det ikke også i sivile saker var en mulighet for å få korrigert en dom f. eks. hvis det dukker opp avgjørende bevis for at dommen er uriktig, eller det viser seg å være begått alvorlige feil under saksbehandlingen. Så vel hensynet til den part som er blitt skadelidende, som tilliten til domstolsapparatet tilsier at man ikke kan greie seg uten en sikkerhetsventil.

#### 15.1.2 Kort historikk

Et rettsmiddel mot rettskraftige avgjørelser forutsetter pr. definisjon regler om rettskraft, som ble utviklet i dansk-norsk rett på 1600-tallet. Før dette stadium lå botemidlet mot uriktige rettsavgjørelser i adgangen til på ny å bringe tvisten inn for samme domstol.

En adgang til gjenopptakelse av sivile saker avgjort ved rettskraftig dom ble hos oss først innført ved sivilprosessreformen av 1915.

Den eldre prosessordning kjente kun rettsmidlet appell (anke) til overordnet domstol, som til gjengjeld hadde et meget vidt anvendelsesområde. De alminnelige ankefrister var meget romslige etter Norske Lov (Kong Christian Vs Norske Lov av 15. april 1687), nemlig seks måneder fra underrett til overrett (NL 1-6-10) og atten måneder fra



overrett til Høyesterett (NL 1-6-12). Ved en lovreform i 1892 (lov av 4. juni 1892 nr. 1) ble imidlertid fristene forkortet til henholdsvis tre og seks måneder. I enkelte tilfeller som nå ville begrunnet gjenopptakelse, var det adgang til anke uten frist. Et eksempel er anke grunnet på at dommen uten den ankende parts kjennskap var ervervet ved uredelighet fra motpartens side, (Norske Lov 1-6-15).

Det rettsmiddel som stod til rådighet for en part som ville angripe en rettskraftig dom, var å søke om bevilling til oppreisning mot oversittelse av ankefristen. Med tiden utviklet det seg den ordning at alle som søkte om det, mot å betale et fastsatt gebyr automatisk ble innvilget oppreisning av administrasjonen (amtmanden) inntil tre år etter dommen. Dette svekket dommens rettskraft. Ved 1892-loven ble det foretatt en innstramning, idet oppreisning (av Justisdepartementet) heretter bare kunne gis hvis særegne omstendigheter talte for det (§ 40). Det ble vektlagt om søkeren stod i fare for å lide rettstap, og om oversittelsen av fristen kunne legges vedkommende til last (Hagerup, Den norske Civilproces II, 1899, side 63 – 65).

Reglene om oppreisning mot fristforsømmelser har ideologiske røtter i eneveldets tankegods. Kongen stod over lovene og kunne dispensere fra dem i enkelttilfelle. Ved utarbeidelsen av Grunnloven så man av den grunn med så stor motvilje på instituttet at det i Grunnloven § 95 ble bestemt at «Ingen Dispensationer, Protektorier, Moratorier eller Opreisninger maa bevilges, efterat den nye alminnelige Lov er sat i Kraft.» Med loven siktet man til den nye alminnelige sivil- og kriminallov som etter Grunnloven § 94 skulle utarbeides i løpet av de nærmeste årene etter 1814. Prosjektet ble ikke fullført for sivilrettens del. Forbudet mot individuelle dispensasjoner er ikke tatt på ordet, og er blitt tolket slik at det er tilstrekkelig at loven inneholder nødvendig hjemmel for å gjøre unntak. Om den historiske bakgrunn vises ellers til Egge, Arven fra eneveldet, i Den dømmende makt bind I (1964) side 27 flg.

Ved sivilprosessreformen i 1915 ble oppreisningsinstituttet videreført i domstoloven §§ 153 og 154, men med den viktige endring at kompetansen til å gi oppreisning ble overført fra forvaltningen til domstolene. Lengstefristen på tre år gjelder fremdeles i henhold til § 154 annet ledd.

Da arbeidet med ny sivilprosesslov ble påbegynt i 1891, var gjenopptakelse nettopp innført som ekstraordinært rettsmiddel i straffesaker, idet straffeprosessloven av 1887 (lov av 1. juli 1887 nr. 5) trådte i kraft året i forveien. Regler om gjenopptakelse var gitt i kapittel 30, og dannet på flere punkter mønster for tvistemålsloven.

For øvrig viser tvistemålslovens forarbeider betydelig innflytelse fra kontinental europeisk rett, spesielt reglene om Wiederaufnahme i den tyske sivilprosesslov av 1877 og den østerrikske sivilprosesslov av 1898. Etter mønster av sontringen mellom Nichtigkeitsklage og Restitutionsklage i den tyske lov sondret Getz i sitt første utkast (1902) mellom krav om underkjennelse av dommen på grunn av inhabilitet og andre vesentlige saksbehandlingsfeil fra rettens side, og opphevelse av dommen på grunn av at den var uriktig i resultatet (motiver til revidert utkast kap. XXVI side 159 – 160). Hvis dommen ble underkjent eller opphevet, var gjenopptakelse betegnelse på den nye realitetsbehandling av saken. Denne oppdelingen ble senere forlatt (Ot.prp. nr. 1 for 1910 side 246 – 252). I tvistemålsloven ble betegnelsen gjenopptakelse brukt om rettsmidlet i sin helhet.

De fleste av reglene har stått uendret siden loven ble vedtatt. Enkelte av lovendringene omtales i II.15.2 i redegjørelsen for gjeldende rett. Den trolig viktigste endringen skjedde i 1985 (lov av 14. juni 1985 nr. 71) da den nye straffeprosessloven (lov av 22. mai 1981 nr. 25) trådte i kraft. Det ble da bestemt at en begjæring om gjenopptakelse både i sivile saker og straffesaker skal behandles av andre dommere enn dem som behandlet saken forrige gang.

## 15.2 Gjeldende rett

### 15.2.1 Oversikt - kilder

Tvistemålsloven har regler om gjenopptakelse i kapittel 27. Reglene er i litteraturen behandlet i standardverkene om sivilprosess. Det vises til Hov I, side 483 – 506, Schei side 1087 – 1119 og Skoghøy side 957 – 972.

### 15.2.2 Hvilke avgjørelser som kan gjenopptas

I tillegg til dommer kan som alminnelig regel også kjennelser som innebærer en avslutning av saken eller en selvstendig del av den gjenopptas (tvistemålsloven § 415). Dette omfatter blant annet kjennelser som avviser eller hever en sak, forkaster eller nekter en anke fremmet, eller opphever en avgjørelse. Etter praksis kan også en beslutning om å nekte å gi samtykke til anke uten hensyn til ankeegenstandens verdi gjenopptas, se Rt. 1996 side 488 og Rt. 1997 side 1906. Også mange avgjørelser etter de spesielle prosesslovene kan gjenopptas. Det vises til skjønnsprosessloven § 40, jordskiftelo-

ven § 97 første ledd bokstav b og tvangsfullbyrdesloven § 2-12. Kjennelser om å åpne konkurs kan gjenopptas etter konkursloven § 152 tredje ledd.

«Så langt de passer» gjelder reglene om gjenopptakelse også for de vedtak i forbrukertvister som treffes av Forbrukertvistutvalget (forbrukertvistloven § 12). Dette er en konsekvens av at vedtakene er tillagt samme retts- og tvangskraft som dommer dersom saken ikke bringes inn for domstolene.

Rettsforlik og voldgiftsavgjørelser kan ikke gjenopptas.

På enkelte områder er rettskraftvirkningene av avgjørelser begrenset ved at det gjelder en videre adgang til å reise ny sak. Et viktig eksempel er saker etter barneloven om foreldreansvar, daglig omsorg, samværsrett og bidrag (barneloven §§ 39, 47 og 57). Selv om dommer i disse sakene kan gjenopptas etter de vanlige reglene, er behovet for dette lite i betraktning av den vide adgangen til å reise ny sak.

### 15.2.3 Grunner for gjenopptakelse

De viktigste grunnene for gjenopptakelse faller i to hovedkategorier, nye faktiske opplysninger og forskjellige rettergangsfeil i vid forstand.

Det vanligste grunnlaget for gjenopptakelse i praksis er at det påberopes nye opplysninger. Vilrårene for gjenopptakelse av denne grunn er etter tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6 at det opplyses en ny kjensgjerning eller skaffes frem et nytt bevis som alene eller i forbindelse med det som tidligere er fremført, åpenbart måtte ha medført en annen avgjørelse.

Etter rettspraksis må det dreie seg om faktiske omstendigheter, bevis eller rettsstiftende kjensgjerninger (påstandsgrunnlag etter utvalgets terminologi) som forelå som en realitet da saken ble opptatt til doms, men som man var ukjent med. Omstendigheter som er kommet til i ettertid kan ikke begrunne gjenopptakelse, med mindre det dreier seg om opplysninger som belyser at avgjørelsen var uriktig da den ble truffet, f. eks. en ny DNA-prøve i en farskapssak. En ny sakkyndig erklæring kan gi grunnlag for gjenopptakelse selv om den ikke bygger på nytt materiale, men den må tilføre saken noe nytt i forhold til det som forelå forrige gang. Det samme gjelder endret bevisføring ved hjelp av ny teknologi (Rt. 1998 side 1549).

Den kjensgjerning eller det bevis som påberopes må foreligge på det tidspunkt gjenopptakelse begjæres. Det er ikke adgang til å begjære gjenopptakelse med sikte på at man som ledd i behandlingen av begjæringen skal erverve beviset, f. eks.

ved å få retten til å beslutte at det skal tas DNA-prøver i en farskapssak. Det vises til illustrasjon til Høyesteretts plenumsdom i Rt. 1998 side 219.

Etterfølgende omstendigheter kan ikke begrunne gjenopptakelse, men kan på visse vilkår gi grunnlag for ny sak. Det gjelder for det første hvis det gjøres gjeldende at rettsstillingen mellom partene er endret som følge av rettsstiftende kjensgjerninger inntruffet i ettertid, men muligens også hvis det skjer endringer i faktiske forhold som utgjør vesentlige forutsetninger for dommen. At rettstilstanden endres generelt, f. eks. ved en ny høyesterettsdom som fraviker et tidligere prejudikat, gir ikke grunnlag for gjenopptakelse, se Rt. 1996 side 1313. En nærmere redegjørelse for når nye omstendigheter kan begrunne gjenopptakelse eller ny sak er gitt i drøftelsen av rettskraft i II.14.2.3.5.12.

Vilkåret for gjenopptakelse på grunn av nye kjensgjerninger eller bevis er etter praksis meget strengt. I «åpenbart» ligger at det må være helt klart at domsresultatet nødvendigvis ville ha blitt et annet om opplysningen hadde foreligget før dommen, og det uten hensyn til om retten var satt med de samme eller andre dommere. At det er en høy grad av sannsynlighet for at dommen er feil, er altså ikke nok. Det vises særlig til dommen i Rt. 1998 side 1549.

I straffesaker er det til sammenlikning tilstrekkelig at nye omstendigheter eller bevis «synes egnet til» å føre til frifinnelse eller avvisning mv. I dette ligger etter praksis at en rimelig mulighet er nok, uten at det kreves så mye som sannsynlighetsovervekt.

Til de rettergangsfeil som kan begrunne gjenopptakelse hører bl. a. at en dommer var inhabil eller ikke hadde dommerkompetanse (§ 405) eller at noen av de medvirkende i saken har begått straffbare handlinger (§ 407 nr. 1, 2 og 3). At motparten eller et vitne har gitt falsk forklaring, er et eksempel som dekkes. Det er et vilkår for gjenopptakelse at forholdet antas å ha hatt betydning for avgjørelsen. Det gir også grunnlag for gjenopptakelse at en fraværende part ikke har vært lovlig innkalt eller hadde gyldig forfall (§ 406).

Et spesielt grunnlag for gjenopptakelse er tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 7 om avgjørelser som er i strid med folkeretten. Bestemmelsen behandles nærmere i avsnitt II.15.3.2.1 nedenfor i tilknytning til omtalen av noen aktuelle reformforslag på dette området.

### 15.2.4 Andre vilkår – frister

Adgangen til gjenopptakelse er begrenset ved flere

andre vilkår. Et negativt vilkår av stor betydning er regelen i tvistemålsloven § 407 annet ledd annet punktum: En part som begjærer gjenopptakelse etter paragrafen må gjøre sannsynlig at han verken kjente eller burde skaffet seg kjennskap til vedkommende omstendighet tidligere, slik at han kunne påberopt denne under sakens behandling eller ved bruk av ordinære rettsmidler. Etter praksis er partene pålagt en nokså streng undersøkelsesplikt med sikte på å sørge for at relevant materiale blir presentert. Et illustrerende eksempel gir kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1999 side 1991, som gjaldt begjæring om gjenopptakelse av Høyesteretts dom i Rt. 1998 side 1510 i en sak om mangler ved salg av fast eiendom.

Adgangen til gjenopptakelse er dessuten begrenset ved frister etter nærmere regler i tvistemålsloven § 408. Begjæringen må fremsettes innen tre måneder etter at parten fikk vite om gjenopptakelsesgrunnen. Lengstefristen er fem år regnet fra dommen ble avsagt, men ti år for en part som begjærer gjenopptakelse etter § 406 fordi han ikke var innkalt eller hadde gyldig forfall. Det er enkelte unntak fra fristene. De gjelder ikke i militærnektersaker (lov av 19. mars 1965 nr. 3 § 7), hvor det også er andre unntak. Lengstefristen gjelder ikke i farskaps- og nedstamningssaker, hvor hensynet til å oppnå en riktig avgjørelse gjør seg gjeldende med særlig styrke.

På enkelte områder er det fastsatt ytterligere begrensninger. Det kan f. eks. ikke begjæres gjenopptakelse av avgjørelser som er truffet under skifte- og konkursbehandling etter at bobehandlingen er avsluttet ved sluttutlodning (skifteloven § 28 annet ledd og konkursloven § 153 tredje ledd).

### 15.2.5 Saksbehandlingen

Begjæringen om gjenopptakelse avgjøres av den samme domstol som traff den avgjørelsen som angripes, men av andre dommere (tvistemålsloven § 409 første ledd og § 411). Er det foretatt full realitetsbehandling av kravet i flere instanser, må begjæringen fremsettes for den øverste instans. Dersom ankeinstansen bare har behandlet begrensede sider av saken, som f. eks. ved anke over saksbehandlingen, kommer det an på om grunnlaget for gjenopptakelse retter seg mot realitetsavgjørelsen eller saksbehandlingen ved ankeinstansen. For en mer detaljert redegjørelse, herunder om situasjonen når Høyesteretts kjæremålsutvalg har nektet en anke fremmet etter reglene i tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 til 4, vises til Schei side 1106–1107, og utvalgets vurderinger i II.15.6.3.2 nedenfor. Etter lovendring 28. april 2000 nr. 34, som trådte

i kraft 1. juli 2000, følger det nå av tvistemålsloven § 415 nytt andre punktum, at gjenopptakelsesbegjæringer mot kjæremålsutvalgets nektelse av en anke, alltid skal rettes mot lagmannsrettens dom og fremsettes for lagmannsretten. Det gjelder likevel ikke hvis gjenopptakelsesgrunnen er feil ved kjæremålsutvalgets saksbehandling. Høyesteretts kjæremålsutvalg har i en avgjørelse 2. juli 2001 (sak nr. 2001/846) lagt til grunn at gjenopptakelsesbegjæringen også må fremsettes for lagmannsretten når kjæremålsutvalget delvis har nektet en anke fremmet.

Nærmere formkrav og regler om hva begjæringen skal inneholde, er gitt i tvistemålsloven § 409 annet ledd og § 410, som i flere henseender svarer til kravene til en ankeerklæring.

Første ledd i behandlingen er en foreløpig prøving av begjæringen etter reglene i tvistemålsloven § 412. På dette trinnet kan begjæringen avvises hvis det er åpenbart at den er for sent fremsatt eller at den er beheftet med andre formelle mangler. Begjæringen kan også avgjøres i realiteten hvis det er åpenbart at den ikke kan føre frem. Er vilkårene for en avsluttende avgjørelse ikke til stede, må retten enten henvise begjæringen til hovedforhandling eller foreløpig beslutte bevisopptak. Kriteriet «åpenbart» i § 412 første ledd er det samme som i § 407 første ledd nr. 6. Vilåret for å forkaste begjæringen under den innledende prøvingen er at retten finner at behandling av begjæringen i hovedforhandling nødvendigvis vil føre til at den blir forkastet, f. eks. fordi det påberopte materialet ikke vil kunne lede til den konklusjon at avgjørelsen er åpenbart uriktig. Det vises spesielt til Rt. 1998 side 219.

Etter loven er det ikke noe krav at motparten skal høres før begjæringen avgjøres på det innledende stadium, (tvistemålsloven § 413 første ledd), men det er vanlig at hans uttalelse innhentes med mindre det er helt opplagt at begjæringen må avvises eller forkastes.

Retten har adgang til å foreta bevisføring som ledd i den innledende prøving av begjæringen hvis dette er nødvendig for å ta standpunkt til henvisningsspørsmålet. Eksempler på dette gir avgjørelsene i Rt. 1999 side 1826 og Rt. 2000 side 1188. I den sistnevnte kjennelsen besluttet kjæremålsutvalget selv at det skulle oppnevnes sakkyndig på dette trinn i en sak som stod for lagmannsretten.

For å avvise eller forkaste begjæringen etter tvistemålsloven § 412 første ledd kreves for Høyesteretts kjæremålsutvalg enstemmighet (tvistemålsloven § 413 annet ledd), mens det ikke gjelder et slikt krav for de øvrige domstoler. Avgjørelser om å henvise eller forkaste begjæringen må tref-

fes av den samlede rett. Dreier det seg om en sak behandlet med meddommere, må meddommere også tilkalles til den foreløpige prøving av begjæringen etter tvistemålsloven § 412 første ledd.

Avgjørelser om å avvise eller forkaste begjæringen treffes ved kjennelse, som kan påkjæres etter de vanlige regler for dette. En beslutning om henvisning til hovedforhandling kan ikke påkjæres (tvistemålsloven § 413 fjerde ledd). En beslutning om bevisopptak kan etter praksis påkjæres på grunnlag av feil i rettsanvendelsen (Rt. 1998 side 219), mens den skjønnsmessige vurdering av om det bør besluttes bevisopptak, neppe kan overprøves.

Henvises saken til hovedforhandling, finner denne sted etter reglene for ankesaker (tvistemålsloven § 414 annet ledd). Dette forutsetter at det er en dom som begjæres gjenopptatt eller en kjennelse som er gjenstand for anke. Dreier det seg f. eks. om en kjennelse avsagt etter kjæremål, må også gjenopptakelsesbegjæringen kunne behandles skriftlig etter reglene for dette. Retten prøver fullt ut om de formelle og materielle vilkårene for gjenopptakelse er til stede, uten å være bundet av henvisningsbeslutningen. Ofte finner det sted en felles behandling av begjæringen og av realiteten i den saken som er begjært gjenopptatt, slik at retten om den tar begjæringen til følge, straks går over til å behandle den gjenopptatte sak. Når det kreves gjenopptakelse på grunn av nye bevis, følger det av vilkårene for gjenopptakelse at det ofte vil være klart hva den nye realitetsavgjørelsen må gå ut på. Dommen i brannforsikringssaken i Rt. 1998 side 1549 er et eksempel. Det er imidlertid også adgang til å dele behandlingen, slik at retten først tar standpunkt til begjæringen.

Avgjørelser truffet etter hovedforhandling kan angripes med rettsmidler etter de vanlige regler for dette. Det vises til Schei side 1118.

### 15.2.6 Andre rettsmidler mot rettskraftige avgjørelser

Rettskraftige avgjørelser kan i enkelte tilfeller overprøves på annen måte enn ved gjenopptakelse.

Etter domstoloven §§ 153 til 154 kan en part som har forsømt en rettsmiddelfrist begjære oppreisning mot forsømmelsen inntil tre år etter at avgjørelsen ble avsagt. Før tvistemålsloven var oppreisning eneste mulighet for å få en rettskraftig dom overprøvd, jf. II.15.1.2 ovenfor.

Et mer spesielt tilfelle er omhandlet i domstoloven § 37: Hvis en sak er tatt til behandling til tross for at den ikke hører under norsk domsmyndighet, kan staten ved anke til Høyesterett eller

kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg få avgjørelsen opphevet uten at det gjelder noen frist. Det er derfor ikke nødvendig å gå veien om gjenopptakelse. Et eksempel er at retten ved behandlingen av en sak om internasjonale forhold har oversett at den etter Lugano-konvensjonen har eksklusivt verneting i utlandet.

Hvis et sivilt krav er pådømt i en straffesak etter reglene i straffeprosessloven kapittel 29, kan avgjørelsen av det sivile kravet påankes særskilt etter reglene i tvistemålsloven, Partene kan også begjære gjenopptakelse i sivilprosessens former, se straffeprosessloven § 435. Selv om dette ikke er gjort, kan det sivile kravet behandles på nytt i forbindelse med anke eller gjenopptakelse i straffesaken etter nærmere regler i straffeprosessloven § 434.

## 15.3 Aktuelle og vedtatte reformforslag

### 15.3.1 Hvem som skal behandle begjæringer om gjenopptakelse

#### 15.3.1.1 Bakgrunnen for den nåværende ordning

Hvem som skal behandle begjæringer om gjenopptakelse i straffesaker, har i den siste tiårsperiode vært et sterkt omdiskutert tema. Spørsmålet har nå funnet sin løsning for straffesakene, jf. lov av 15. juni 2001 nr. 63, som omtales nærmere nedenfor. Gjenopptakelse i sivile saker er blitt viet liten oppmerksomhet.

Den ordning som inntil nå har vært gjeldende, både i straffesaker og i sivile saker, har vært at spørsmålet om gjenopptakelse avgjøres av andre dommere ved samme domstol som traff den første avgjørelsen. Opprinnelig var regelen tvert om at begjæringen fortrinnsvis burde avgjøres av de samme dommere som hadde dømt i saken. Begrunnelsen var at disse som regel vil ha best forutsetninger for å vurdere om grunnlaget for gjenopptakelse er til stede. Det blir hos oss, om en ser bort fra forsøket med lydopptak i straffesaker som nå pågår ved enkelte domstoler, ikke dokumentert ved stenografi eller opptak hva som finner sted under hovedforhandlingen. Derfor kan det for andre dommere være vanskelig å ta standpunkt til om et moment er nytt eller hvilken betydning det bør tillegges i lys av det øvrige bevismaterialet.

Den någjeldende ordning ble vedtatt i straffeprosessloven av 1981. Da loven trådte i kraft 1. januar 1985, ble samme regel innført i sivilprosessens. Begrunnelsen var i korthet at det kan være

vanskelig for de dommere som har dømt i saken å se helt uhildet på de nye bevis, og at det iallfall er naturlig om det tar seg slik ut for den part som har begjært gjenopptakelse.

### 15.3.1.2 Justisdepartementets høring i 1996

I høringsbrev 17. april 1996 tok Justisdepartementets lovavdeling opp spørsmålet om hvem som skal behandle gjenopptakelsesbegjæringer. Straffesakene var viet størst oppmerksomhet. Bakgrunnen for høringen var i korthet at forslag om reformer på området hadde vært fremsatt ved flere anledninger i Stortinget.

Departementet foreslo ikke noen endring av prosessordningen for sivile saker. I høringsbrevet på side 13 ble det som begrunnelse uttalt:

«I sivile saker vil motparten ofte være en privatperson. Hvis den som har fått medhold ved en rettskraftig dom i en sivil sak skal måtte forsvare dommen for en annen domstol som førsteinstans i tilfelle gjenopptakelse begjæres av den tapende part, kan dette lett virke fordyrende. En endring av reglene kan her føre til balanseforskyvning mellom partene. Dette kan særlig ramme mindre ressurssterke og økonomisk svakerestilte mennesker som i utgangspunktet har fått rett ved en dom som er blitt rettskraftig. For den som ønsker å begjære gjenopptakelse vil en eventuell obligatorisk regel om behandling for en sideordnet domstol kunne få tilsvarende skadefølger.»

### 15.3.1.3 Justisdepartementets høring i 1999

Under høringen i 1996 fikk forslaget om behandling ved sideordnet domstol av gjenopptakelsesbegjæringer i straffesaker størst oppslutning. Det ble likevel ikke fremmet noe lovforslag. I stedet foreslo departementet i et nytt høringsbrev av 15. mars 1999 at det burde opprettes en særlig klagerett for behandling av begjæringer om gjenopptakelse i straffesaker etter mønster av ordningen i Danmark. Særdomstolen skulle ha syv medlemmer. Dersom klageretten tok begjæringen til følge, skulle saken behandles på ny av samme domstol som avgjorde saken første gang.

Departementet drøftet i høringsbrevet (side 6 – 7) om klageretten også burde behandle begjæringer om gjenopptakelse i sivile saker, men med negativ konklusjon. Det ble særlig lagt vekt på at overføring til et sentralisert klageorgan ville medføre vesentlige ulemper i sivile saker. Behandlingen ved klageretten måtte være skriftlig, mens behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer i sivile saker

etter gjeldende rett som regel er muntlig. Departementet oppsummerte sitt syn slik (side 6):

«Hvis begjæringer om gjenopptakelse skal behandles av en sentralisert klagerett, vil en hovedregel om muntlig forhandling ikke kunne gjennomføres av både praktiske og økonomiske grunner. En regel om muntlig forhandling ville dessuten kunne medføre en urimelig balanseforskyvning mellom partene dersom de har ulike ressurser. Samtidig vil muntlig forhandling kunne være så avgjørende for en part at dennes utsikter til å vinne frem blir alvorlig redusert dersom forhandlingene er skriftlige.»

Departementet foreslo, med ett unntak, at begjæringer om gjenopptakelse i sivile saker fortsatt skulle behandles ved den domstol som har avsagt den angrepne dom. Unntaket gjaldt dommer av forliksrådet. Som følge av regelen i tvistemålsloven § 411 om at retten må settes med nye dommere, er det ofte nødvendig å innkalle varamedlemmer til forliksrådet med liten erfaring til å behandle gjenopptakelsesbegjæringer. Departementet foreslo derfor at begjæringer om gjenopptakelse av forliksrådets avgjørelser legges til tingretten.

### 15.3.1.4 Justisdepartementets høring i 2000

Høringsbrevet av 1999 inviterte ikke egentlig til fortsatt diskusjon om valg av hovedalternativ, men i første rekke til synspunkter på det konkrete forslag til utforming av behandlingsreglene. Et klart flertall av høringsinstansene var likevel mer eller mindre kritiske til opprettelsen av en særlig klagerett, og det ble heller ikke fremmet noen proposisjon på grunnlag av forslagene i høringsnotatet fra 1999. Ved høringsbrev av 14. juli 2000 sendte Justisdepartementet på høring et nytt forslag om hvem som skal behandle begjæringer om gjenopptakelse av straffesaker. Det ble her fremmet to alternative forslag med tilhørende lovutkast. Alternativ 1 var basert på behandling ved sideordnet domstol etter saksbehandlingsregler som lå nær opp til de dageldende regler, men som noe sterkere fremhevet rettens plikt til å sørge for sakens opplysning ved å innta en mer aktiv rolle enn det som er vanlig ved behandlingen av straffesaker ellers. Alternativ 2 var basert på at begjæringen om gjenopptakelse behandles av en gjenopptakelseskommissjon, et forslag som på vesentlige punkter er inspirert av ordningen i England. Kommisjonen skulle organiseres som et uavhengig forvaltningsorgan og ikke som en særdomstol som i tidligere forslag. Kommisjonen skulle ha fem medlemmer og være tverr-

faglig sammensatt. Kommisjonen avgjør om saken skal gjenopptas eller ikke, og har hovedansvar for å klarlegge sakens faktiske og rettslige sider før den treffer avgjørelse. Avgjørelsen skal treffes ved kjennelse, som kan påkjæres til lagmannsretten på grunnlag av saksbehandlingsfeil eller feil tolking av en lovforskrift. Bevisbedømmelsen eller skjønnsmessige vurderinger skal ikke kunne overprøves. Dersom saken gjenopptas, skal saken henvises til behandling ved en domstol som er sideordnet den rett som avsa den angrepne dom, med mindre siktede ønsker henvisning til samme domstol.

I høringsnotatet på side 42 – 44 drøftes spørsmålet om kommisjonen også bør behandle begjæringer om gjenopptakelse av sivile saker. Om dette uttalte departementet:

«Kompetansen til Den Særlige Klageret i Danmark og til Kommisjonen for overprøving av straffesaker i England er begrenset til straffesaker.

Justisdepartementet foreslo i høringsbrevet fra 1999 at klagerettens kompetanse skulle begrenses til å behandle begjæringer om gjenopptakelse av straffesaker. Få høringsinstanser uttalte seg om dette spørsmålet under høringsrunden i 1999.

Argumentene for å overlate behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer i både sivile saker og straffesaker til det samme særskilte organet, er i det alt vesentlige de samme som dem som gjorde seg gjeldende ved det tilsvarende spørsmålet om klagerettens kompetanse. Som departementet pekte på i høringsnotatet fra 1999, er det en fordel at reglene er så like som mulig i straffeprosessen og sivilprosessen. Det manglende straffeelementet kan nok føre til at behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer i sivile saker som regel ikke involverer like sterke følelser som når det gjelder gjenopptakelse av straffesaker, men også resultatet av en sivil sak kan være av meget stor betydning for den enkelte.

I høringsbrevet fra 1999 var departementets forslag om ikke å la en særskilt klagerett også ta stilling til gjenopptakelse av sivile saker, hovedsakelig begrunnet med at en særskilt klagerett bare i begrenset grad ville anvende muntlige forhandlinger. Det ble pekt på at etter gjeldende rett skjer behandling av gjenopptakelsesbegjæringer i sivile saker – med unntak for begjæringer som behandles av Høyesteretts kjæremålsutvalg – etter muntlig forhandling, såfremt begjæringen ikke avvises eller forkastes, jf. tvistemålsloven § 414 annet ledd jf. §§ 377 og 329. Departementet konkluderte med at å legge behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer til en sentralisert klagerett

ville medføre vesentlige ulemper i sivile saker. For den enkelte vil muntlig forhandling også kunne være av stor betydning for hans utsikter til å vinne frem. I forlengelsen av dette ble det fremhevet at dersom begjæringer om gjenopptakelse skal behandles av en sentralisert klagerett, vil en hovedregel om muntlig forhandling ikke kunne gjennomføres av både praktiske og økonomiske grunner. En regel om muntlig forhandling vil dessuten kunne medføre en urimelig balanseforskyvning mellom partene dersom de har ulike ressurser. Samtidig vil muntlig forhandling kunne være så avgjørende for en part at dennes utsikter til å vinne frem blir alvorlig redusert dersom forhandlingene er skriftlige.

Disse argumentene gjør seg også gjeldende i vurderingen av om en kommisjon bør avgjøre om en sivil sak skal gjenopptas, og tilsier at begjæringer om gjenopptakelse i sivile saker fortsatt bør behandles av den domstol som har avsagt den angrepne dommen. I samme retning trekker at den selvstendige undersøkende rolle kommisjonen er tiltenkt harmonerer dårlig med tradisjonelle grunnprinsipper for tvistemål, og da særlig disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet. Med disposisjonsprinsippet sikter departementet blant annet til at partene i sivile saker i stor grad har herredømme over søksmålsgjensstanden; det er opp til partene selv å avgjøre om det skal reises sak, og domstolene må holde seg innenfor de krav og rettsforhold som partene bringer inn til avgjørelse. Med forhandlingsprinsippet menes at det er partene som har hovedansvaret for å fremskaffe det faktiske grunnlaget for domstolens avgjørelse, og at domstolen ikke kan bygge på et annet faktisk grunnlag enn det som har vært påberopt av partene under hovedforhandlingen. Den offentlige debatt har heller ikke etterlatt inntrykk av at det er noe stort behov for å endre reglene om gjenopptakelse av sivile saker, og den sammensetning en kommisjon vil få med sikte på straffesaker, vil ikke egne seg uten videre for sivile saker.

Justisdepartementet finner på denne bakgrunn at begjæringer om gjenopptakelse i sivile saker fortsatt behandles i hovedsak av den domstol som har avsagt den angrepne dommen, jf. tvistemålsloven § 409 første ledd, og ikke av kommisjonen. Dersom alternativet om å legge behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer til sideordnet domstol legges til grunn, står spørsmålet i en annen stilling. Det sterkeste argumentet mot å legge også behandlingen av gjenopptakelsesbegjæringer i sivile saker til en sideordnet rett, er at dette vil virke fordyrende for den parten som fikk medhold ved den angrepne dommen.

Departementet vil heller ikke foreslå noen endring i regelen om at Høyesteretts kjære-

målsutvalg skal behandle gjenopptakelsesbegjæringer i tilfelle den angrepne dommen er avsagt av Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 413 annet ledd. Departementet vil imidlertid følge opp forslaget fra høringsrunden i 1999 om å gjøre unntak fra hovedregelen i tvistemålsloven § 409, slik at begjæringer om gjenopptakelse av dommer avsagt av forliksrådet i stedet skal fremsettes for tingtten. Dermed vil tingretten også behandle saken på nytt dersom begjæringen tas til følge, jf. tvistemålsloven § 414.»

#### 15.3.1.5 Forslaget i Ot. prp. nr. 70 (2000-2001)

I Ot. prp. nr. 70 (2000-2001) foreslo Justisdepartementet en revisjon av straffeprosessloven kapittel 27, i samsvar med alternativ 2 i høringsnotatet nevnt ovenfor. Departementet foreslo at det skulle opprettes en egen kommisjon som skal behandle begjæringer om gjenopptakelse av straffesaker. Kommisjonen skal selv ha ansvar for å utrede sakens faktiske og rettslige sider, og avgjør om gjenopptakelse skal tillates.

Videre foreslo departementet at brudd på Norges folkerettslige forpliktelser i noe større utstrekning enn etter gjeldende rett, skulle gi rett til gjenopptakelse. Det ble foreslått endringer både i straffeprosessloven og tvistemålsloven. Forslaget til endring i tvistemålsloven § 407 nr. 7 omtales noe nærmere nedenfor. Det ble imidlertid ikke foreslått noen endringer i reglene om hvilken instans eller hvilket organ som skal behandle gjenopptakelsesbegjæringer i sivile saker.

Justiskomiteen sluttet seg til departementets forslag, jf. Innst. O. nr. 114 (2000-2001). Endringene ble vedtatt ved lov 15. juni 2001 nr. 63. Tidspunktet for ikrafttredelse er ikke fastsatt.

### 15.3.2 Gjenopptakelse ved brudd på folkeretten

#### 15.3.2.1 Bakgrunn – om lovendringen i 1969

I omtalen av grunnene for gjenopptakelse etter gjeldende rett på side 5 har utvalget kort nevnt bestemmelsen i tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 7 om gjenopptakelse ved brudd på folkeretten. Bestemmelsen ble vedtatt i 1969 (lov av 14. februar 1969 nr. 9). Den gir en part krav på gjenopptakelse

«... når avgjørelsen antas direkte eller indirekte å bygge på en forståelse av folkeretten eller en traktat som avviker fra den forståelse som en internasjonal domstol i samme saksforhold slår fast som bindende for Norge, og denne forstå-

else må antas å burde føre til en annen avgjørelse.»

En likelydende bestemmelse ble innført i straffeprosessloven som § 391 nr. 2.

Om bakgrunnen for regelen fremgår det av motivene, spesielt Ot.prp. nr. 51 (1967-68) side 21 – 27, at en internasjonal domstol ikke er noen revisjonsdomstol overfor norske domstolers avgjørelser med kompetanse til å oppheve eller endre disse. Kommer den internasjonale domstol til et annet resultat enn de norske domstoler, innebærer dette at man får to avgjørelser, som hver for seg er gyldige etter sitt system, men som blir stående ved siden av hverandre. Det antas å ligge utenfor det praktisk mulige å gjennomføre et enhetlig system i den forstand at nasjonale og internasjonale domstoler skal bygge på det samme rettslige grunnlag, og at internasjonale domstoler skal ha alminnelig revisjonsmyndighet når det gjelder de nasjonale domstolers avgjørelser. Å åpne adgang til å gjenoppta norske domstolers avgjørelser som følge av avgjørelser truffet av internasjonale domstoler, innebærer imidlertid at man gjør noe for å bygge bro mellom systemene, og er et skritt på veien (side 23).

Adgangen til gjenopptakelse er etter bestemmelsen undergitt forholdsvis snevre vilkår. Det kreves at den internasjonale domstolens avgjørelse som sådan må være folkerettslig bindende for Norge. Dette vilkåret er for tiden oppfylt blant annet for dommer av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), Den Internasjonale Domstolen i Haag og EFTA-domstolen, men problemstillingen vil i praksis nesten utelukkende oppstå i forhold til dommer av EMD. På den annen side faller blant annet uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité om brudd på FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter utenfor.

Videre må den norske rettsavgjørelsen bygge på en tolkning av folkerettslige regler som kan konstateres å være uriktig dersom den internasjonale domstolens avgjørelse følges. At saksbehandlingen er konvensjonsstridig, er ikke nok. Denne begrensningen fremgår uttrykkelig av forarbeidene (proposisjonen side 27). Avgjørelsen må dessuten være truffet «i samme saksforhold». I dette ligger at den internasjonale domstolen har avgjort en sak som gjelder det samme saksforhold som i den sak som er begjært gjenopptatt, selv om partsforholdet ikke behøver å være identisk. At dommen gjelder et helt analogt (tilsvarende) saksforhold, gir ikke grunnlag for gjenopptakelse. Dette er i samsvar med den alminnelige regel om at endret rettsoppfatning ikke gir grunnlag for gjenopptakelse (pro-

posisjonen side 26 – 29). Det vises til illustrasjon til avgjørelsene i straffesaker i Rt. 1992 side 698 og Rt. 1998 side 495.

Utvalget kjenner ikke til at noen sak hittil er blitt gjenopptatt i medhold av tvistemålsloven § 407 annet ledd nr. 7 eller straffeprosessloven § 391 nr. 2.

### 15.3.2.2 Justisdepartementets høring i 1996

I høringsbrevet av 17. april 1996, som er omtalt i II.15.3.1.2 ovenfor, behandlet Justisdepartementet på side 16 – 25 også spørsmålet om gjenopptakelse ved brudd på traktatbestemmelser om menneskerettigheter. Høringsbrevet munnet ut i alternative forslag til nye bestemmelser om gjenopptakelse i tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 8 og straffeprosessloven § 391 nr. 3. Forslagene bygger på at også traktatstridig saksbehandling skal gi grunnlag for gjenopptakelse. Dessuten ble det foreslått at gjenopptakelse også skal tillates på grunnlag av avgjørelser eller uttalelser fra organer som håndhever menneskerettighetskonvensjoner uten at de kan karakteriseres som «domstoler».

Etter alternativ 1 til ny tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 8 skulle gjenopptakelse kunne kreves

«når avgjørelsen eller saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen antas direkte eller indirekte å bygge på en forståelse av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon eller FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter som avviker fra den forståelsen Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Europarådets ministerkomité eller FNs menneskerettighetskomité i samme saksforhold har lagt til grunn i klagesak mot Norge, og det må antas at avviket kan ha hatt innflytelse på avgjørelsen og at ny prøving kan føre til en annen avgjørelse.»

Utvalget bemerker at den rolle Europarådets ministerkomité hadde ved behandlingen av klager etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) er falt bort etter at den nye domstolsordningen i henhold til Protokoll 11 trådte i kraft i 1998.

Alternativ 2 hadde i tillegg med FNs torturkomité og FNs rasediskrimineringskomité, men svarer ellers til alternativ 1.

Forslaget om å tillate gjenopptakelse på grunn av traktatstridig saksbehandling er begrunnet blant annet ved henvisning til forslaget i NOU 1993:18 om gjennomføring av internasjonale menneskerettskonvensjoner i norsk rett. Utvalget bemerker at dette forslaget nå er blitt gjennomført ved menneskerettsloven i 1999. I motivene til menneske-

rettsloven er det opplyst at departementet arbeider med en egen proposisjon om adgangen til gjenopptakelse ved konvensjonsstridig saksbehandling etter høringen, se Ot. prp. nr. 3 (1998-99) side 54.

Både de gjeldende bestemmelser i tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 7/straffeprosessloven § 391 nr. 2 og forslagene i høringsbrevet er kommentert i Bårdsen, Execution of Strasbourg and Geneva decisions in Norway og Barkhuysen mfl., International studies in human rights vol. 57 (1999), side 115.

Ved den samme lovendring som nevnt ovenfor, om en særlig kommisjon til behandling av gjenopptakelsesbegjæringer i straffesaker, ble det vedtatt en endring i tvistemålsloven § 407 nr. 7. Den nåværende § 407 nr. 7 ble ny § 407 nr. 7 bokstav a. Her ble det ikke foretatt endringer bortsett fra at uttalelser fra FNs menneskerettskomité i klagesaker mot Norge likestilles med dommer fra internasjonale domstoler. § 407 nr. 7 bokstav b er en nyskaping, som innholdsmessig svarer til det refererte forslaget til ny § 407 nr. 8 ovenfor. Bestemmelsen innebærer at gjenopptakelse også kan skje hvor et håndhevingsorgan har funnet at saksbehandlingen er konvensjonsstridig. Vilkåret for at en saksbehandlingsfeil skal kunne føre til gjenopptakelse, er at feilen – den konvensjonsstridige saksbehandlingen – kan ha virket bestemmende på avgjørelsens innhold. I tillegg er det vilkår om at gjenopptakelse må være nødvendig for å bøte på den skaden som feilen har medført. Lar skaden seg ikke reparere, eller er skaden allerede reparert, vil gjenopptakelse på dette grunnlag være utelukket. Gjelder det f.eks. rent økonomiske interesser, vil den som har fått full erstatning ikke kunne kreve gjenopptakelse. Gjelder saken urettmessig nektelse av samvær med barn, vil skaden kunne repareres ved at samvær tillates.

### 15.3.3 Lengstefristen for å begjære gjenopptakelse

Fire medlemmer av Stortingets justiskomité fremsette 7. mai 1997 (dok. nr. 8: 84 for 1996-97) et privat lovforslag om unntak fra lengstefristen på fem år i tvistemålsloven § 408 annet ledd for å kreve gjenopptakelse av dommer i sivile saker.

Forslaget var begrunnet med at fristen kan gi seg urimelige utslag i særskilte tilfelle, hvor det virker støtende at det ikke skulle være åpning for å gjenopprette skaden ved en uriktig dom. Det ble som eksempel vist til en sak hvor en familie ved Høyesteretts dom ble nektet forsikringsdekning for et nedbrent bolighus med den begrun-



nelse at et familiemedlem hadde tent på. I ettertid fremkom det sikre opplysninger om at en person utenfor familien hadde tent på. Fordi femårsfristen var utløpt, kunne imidlertid domstolens avgjørelse om å frifinne forsikringsselskapet ikke gjøres om.

Ifølge forslagsstillerne er det likevel behov for en avveining mellom hvor alvorlige forhold saken gjelder, og den merbelastning en gjenopptakelse vil være for sakens parter og domstolene. Det er vist til at strafferammen for en forbrytelse kan gi en veiledning for hvor alvorlig lovgiver ser på et forhold, og forslagsstillerne kan tenke seg at f. eks. alle forhold som kan medføre en straff på fengsel to år eller mer, bør omfattes av utvidelsen. Det ble uttalt at et aktuelt forslag kunne være å endre § 408 annet ledd slik: «Femårsfristen gjelder likevel ikke i de tilfeller en dom bygger på at parten har begått en straffbar handling som kan medføre fengsel i mer enn 2 år.»

Det ble fremmet følgende forslag:

«Stortinget ber Regjeringen fremlegge forslag om en endring av reglene om gjenopptakelse i tvistemålsloven kapittel 27, slik at en dom som uriktig bygger på at en part har begått en straffbar handling unntas fra fristreglene i § 408 annet ledd.»

Ved Stortingets vedtak 18. juni 1997 ble forslaget oversendt Regjeringen.

Tvistemålsutvalget er i sitt mandat bedt om å vurdere spørsmål knyttet til rettskraft og gjenopptakelse, og det er særskilt vist til dette forslaget. Det vises til utvalgets vurderinger i II.15.6.4.12 nedenfor.

## 15.4 Utenlandsk og internasjonal rett

### 15.4.1 Innledning

Av tvistemålslovens forarbeider fremgår at reglene om gjenopptakelse, i likhet med vesentlige deler av loven ellers, er inspirert av tysk og østerriksk sivilprosess, hvorfra også betegnelsen på instituttet («Wiederaufnahme») er hentet. I engelsk rett er rettsmiddelordningen vesentlig forskjellig som følge av at man ikke gjør bruk av sondringen mellom ordinære og ekstraordinære rettsmidler som hos oss. Utvalget har begrenset sine undersøkelser av reguleringen i andre land til Sverige og Danmark. I tillegg omtales reglene om gjenopptakelse for EFTA-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen.

### 15.4.2 Sverige

Det institutt som i Sverige nærmest svarer til gjenopptakelse har betegnelsen «resning», og er regulert i rättegångsbalken (RB) kapittel 58. Reglene er behandlet i Lars Welamson, Rättegång VI (1994), side 208 – 241, som redegjørelsen her er basert på. Reglene er i utgangspunktet felles for straffesaker og sivile saker, men med en del særregler for de enkelte sakstyper. Utvalget omtaler bare ordningen for tvistemål. Rettsmidlene mot avgjørelser ved forvaltningsdomstolene behandles ikke.

Utgangspunktet er innen den ordinære domstolsprosessen at alle rettskraftige avgjørelser kan angripes ved begjæring om resning (RB 58:1 og 58:10), men anvendelsen av rettsmidlet forutsetter at det fyller en praktisk funksjon. Den gis derfor ikke resning mot prosessledende avgjørelser etter at saken er avgjort ved dom.

Begjæring om resning fremsettes til overordnet domstol, altså til hovrätt dersom begjæringen retter seg mot en avgjørelse av tingsrätt, og til Högsta domstolen dersom det dreier seg om en avgjørelse av hovrätt eller av Högsta domstolen selv (RB 58:4).

De grunner som kan føre til resning i tvistemål er omhandlet i RB 58:1 og svarer langt på vei til gjenopptakelsesgrunnene hos oss.

Den praktisk viktigste grunnen er påberopelse av en omstendighet eller bevis som ikke tidligere har vært fremført (RB 58:1 p. 3). Bestemmelsen utgjør motstykket til vår tvistemålslov § 407 første ledd nr. 6, men har en videre rekkevidde, idet også etterfølgende omstendigheter omfattes. Kravet til bevisverdien av det nye materialet er også mindre strengt. Det er tilstrekkelig at den nye omstendighet eller bevis sannsynligvis («sannolikt») ville ledet til en annen avgjørelse om den hadde vært kjent (Welamson side 225 – 227).

En betydelig forskjell i forhold til norsk rett er at det også gir rett til resning at dommen er basert på åpenbart uriktig lovanvendelse (RB 58:1 p. 4). I dette ligger at dommen klart og uimotsigelig fremstår som uriktig. Fristen er imidlertid så kort som seks måneder regnet fra dommen ble rettskraftig. Lovanvendelse er et snevrere begrep enn rettsanvendelse. At dommen strider mot fastlagt praksis ved Högsta domstolen, gir ikke grunnlag for resning (Welamson side 230 – 234).

Fristen for resning er – med unntak av tilfellene av feil lovanvendelse nevnt ovenfor – ett år fra parten fikk kjennskap til den grunnen som påberopes (RB 58:4 p. 2). Det gjelder ikke lengstefrister som for gjenopptakelse etter vår tvistemålslov § 408.

En begjæring om resning behandles i hovedsak etter reglene for rettsmidler mot beslutninger

(överklagande av beslut), som er det rettsmiddel som nærmest kan sammenliknes med kjæremål etter vår nåværende prosessordning. Behandlingen er normalt skriftlig, men det er adgang til å foreta muntlig avhør av en part eller andre om dette er nødvendig for sakens opplysning (RB 58:6 p. 2, jf. 52:11 og 56:11). Blir begjæringen tatt til følge, skal saken som regel henvises til ny behandling ved den domstol som sist dømte i saken, men retten kan selv treffe realitetsavgjørelse umiddelbart dersom saken er åpenbar (RB 58:7).

Ved siden av resning har svensk rett en egen type ekstraordinært rettsmiddel som er betegnet «klagan över domvilla». En rettskraftig dom kan etter klage oppheves av overordnet domstol på grunn av domvilla. Regler om dette er gitt i RB kapittel 59 1 til 5 §§ og er behandlet av Welamson, op. cit. side 242 – 253. Domvilla er betegnelsen på enkelte vesentlige rettergangsfeil. Grunnene for domvilla er blant annet slike saksbehandlingsfeil som at saken av underinstansen er pådømt til tross for at det manglet en prosessforutsetning som rettsmiddelinstansen skal ta hensyn til av eget tiltak (RB 59:1 p. 1), eller at det er avsagt dom i forhold til en fraværende part som ikke har vært lovlig innkalt (RB 59:1 p. 2). En generell bestemmelse er RB 59:1 p. 4 som retter seg mot annen grov rettergangsfeil som kan antas å ha innvirket på sakens utfall, og som klageren enten har vært forhindret i å påberope under sakens behandling eller hatt gyldig grunn til å unnlate å gjøre gjeldende. Om hva som regnes som grov rettergangsfeil vises til fremstillingen hos Welamson side 249 – 252.

Fristen for å klage over domvilla er normalt seks måneder fra dommen ble rettskraftig. I fraværstilfellene (RB 59:1 p. 2) løper fristen fra parten fikk kjennskap til dommen (59:2 p. 2).

### 15.4.3 Danmark

Danmark har for sivile saker regler om «extraordinær genoptagelse» og «extraordinær anke» i retsplejeloven (rpl.) § 399, som utgjør de prosessuelle motstykker til tvistemålslovens regler om gjenoptakelse. «Genoptagelse» er på den annen side betegnelsen på det ordinære rettsmiddel mot utblivelsesdommer som svarer til oppfriskning hos oss.

Extraordinær genoptagelse benyttes mot avgjørelser av Højesteret. Under samme vilkår kan Højesteret tillate extraordinær anke over en dom avsagt av landsret eller byret etter utløpet av en frist på ett år. Det bemerkes at den alminnelige ankefrist er fire uker fra byret til landsret og åtte uker fra landsret til Højesteret. Etter regler i rpl. § 372

annet ledd fjerde punktum kan imidlertid ankeinstansen unntaksvis gi tillatelse til anke i inntil ett år etter dommen.

Etter rpl. § 399 første ledd er det tre kumulative vilkår for extraordinær genoptagelse:

Det må anses for overveiende sannsynlig at saken uten søkerens feil har vært uriktig opplyst, og at saken etter en gjenopptakelse vil få et vesentlig annet resultat. Videre må det anses for gitt at søkeren kun på denne måten vil kunne unngå eller opprette et tap som er inngripende for ham, og endelig må omstendighetene for øvrig i høy grad tale for gjenopptakelse.

Retsplejeloven inneholder ellers lite av regler for behandlingen av begjæringen. Det er etter § 399 tredje ledd overlatt til Højesteret å bestemme hvordan en begjæring om ekstraordinær gjenoptakelse eller anke skal behandles, og om lovens alminnelige regler skal fravikes ved den nye behandling av saken.

Om bestemmelsene vises til Gomard, Civilprocessen, 4. utg. 1994, side 538 – 539. Han nevner at Højesteret bare i meget få tilfelle har gitt tillatelse til ekstraordinær anke.

Gjenopptakelse av straffesaker behandles i Danmark som nevnt ovenfor under omtalen av tilsvarende norske forslag i II.15.3.1.3, av særdomstolen Den Særlige Klageret, omhandlet i rpl. § 1 a. Denne domstolen har for øvrig også andre oppgaver, som ikke omtales her. Klageretten har tre faste dommere, én fra hver instans. I saker om gjenopptakelse av en straffesak tiltres retten av ytterligere to medlemmer, hvorav én skal være advokat og én skal være universitetslærer i rettsvitenskap eller annen jurist med særlig vitenskapelig utdanning.

### 15.4.4 EFTA-domstolen

EFTA-domstolen er opprettet som ledd i EØS-avtalen, som er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven (lov av 27. november 1992 nr. 109). Hvilke oppgaver domstolen har i håndhevingen av EØS-avtalen fremgår av del IV i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA).

De materielle vilkårene for gjenopptakelse av en dom av EFTA-domstolen fremgår av artikkel 40 første ledd i vedtektene for domstolen, som er fastsatt i Protokoll 5 til ODA. Gjenopptakelse kan kreves dersom det «fremkommer opplysninger om en faktisk omstendighet av avgjørende betydning som forut for domsavsigelsen var ukjent for domstolen og den part som begjærer gjenopptakelse.»

Vedtektene suppleres av regler om saksbehand-

lingen som er gitt i Rettergangsordning for EFTA-domstolen av 4. januar 1994 (RO), hvor artikkel 92 til 94 gjelder gjenopptakelse.

Fristen for å begjære gjenopptakelse er tre måneder fra parten fikk kjennskap til den omstendighet som påberopes (RO artikkel 92), mens lengstefristen er 10 år (vedtektene artikkel 40 tredje ledd).

Det vises for øvrig til kommentar av Christiansen i Karnov (1999) side 2269 og side 2285.

Det er grunn til å bemerke at vilkårene for gjenopptakelse og behandlingsreglene for EFTA-domstolen svarer helt til tilsvarende regler i vedtektene og rettergangsordningen for EF-domstolen (vedtektenes artikkel 41 til 42 og RO artikkel 98 til 100), som derfor vil være av interesse ved tolkningen. Om disse vises til Christiansen, EF-domstolen og Fellesskapets prosessrett (1994), side 366 – 379.

#### 15.4.5 Den europeiske menneskerettsdomstolen

Den europeiske menneskerettskonvensjon inneholder ikke uttrykkelige regler om gjenopptakelse av Menneskerettsdomstolens dommer. Domstolens prosedyrereglement (i kraft fra 1. november 1998) inneholder imidlertid slike regler (Request for revision of a judgment). Artikkel 80(1) angir vilkårene, og lyder:

«A party may, in the event of the discovery of a fact which might by its nature have a decisive influence and which, when a judgment was delivered was unknown to the Court and could not reasonably have been known to that party, request the Court, within a period of six months after that party acquired knowledge of the fact, to revise that judgment.»

### 15.5 Menneskerettslige krav til reglene om gjenopptakelse

#### 15.5.1 Oversikt

Utvalget har i II.12.5 gitt en redegjørelse for hvilke krav menneskerettskonvensjonene stiller til en rettsmiddelordning. Det er lagt spesiell vekt på hva som kan utledes av EMK artikkel 6(1) og den tilsvarende bestemmelse i SP artikkel 14(5). Som nevnt der stiller konvensjonene ikke noe bestemt krav om at det skal være adgang til å få overprøvd rettsavgjørelser i sivile saker, men blir det truffet avgjørelse om noens borgerlige rettigheter og plikter i forbindelse med overprøving ved rettsmidler som

står til rådighet etter nasjonal rett, må også avgjørelsen i rettsmiddelinstansen oppfylle kravene blant annet til rettferdig og offentlig rettergang som kan utledes av konvensjonene. Det følger imidlertid av konvensjonsorganenes praksis at kravene ikke i alle relasjoner vil være de samme i rettsmiddelomgangen som ved behandlingen i første instans.

Som nærmere omtalt i II.12, har det neppe noen betydning for anvendelsen av EMK artikkel 6(1) at et rettsmiddel i nasjonal rett karakteriseres som ekstraordinært. Det har vært hevdet i teorien at artikkel 6(1) bare gjelder selve gjenopptakelsesaken, og ikke ved den forutgående avgjørelse av om begjæringen skal tas til følge. Utvalget finner ikke denne sontringen avgjørende. En beslutning om å tillate gjenopptakelse av en sak som er rettskraftig avgjort, innebærer i realiteten at avgjørelsen er opphevet, og at det skal finne sted en ny behandling. Dette har så stor betydning for partenes rettslige posisjoner at det som alminnelig utgangspunkt er grunn til å stille de kvalitetskrav til saksbehandlingen som følger av artikkel 6(1). For eksempel synes det vanskelig å akseptere at en begjæring om gjenopptakelse skal kunne tas til følge uten at motparten har hatt anledning til å uttale seg om begjæringen og grunnlaget for den, og til å argumentere for sitt syn på linje med den part som krever gjenopptakelse. Dette strider mot grunnleggende krav til kontradiksjon og prosessuell likestilling (prinsippet om equality of arms) mellom partene i prosessen.

#### 15.5.2 Europarådets rekommandasjon R (2000) 2

Europarådets ministerkomité vedtok 19. januar 2000 en rekommandasjon om gjenopptakelse (re-examination or reopening) av saker på nasjonalt nivå som følge av dommer av EMD. Rekommandasjonen tar utgangspunkt i at medlemsstatene etter EMK artikkel 46 har plikt til å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er parter i. Det påpekes at dette kan innebære plikt til å ta i bruk andre virkemidler enn erstatning som sikrer at krenkelsen gjenoprettes ved at den krenkede part så vidt mulig stilles i samme posisjon som før krenkelsen. Det er opp til de nasjonale myndigheter å avgjøre hvilke virkemidler som er best egnet til å oppnå gjenopprettelse innenfor rammen av sine rettsystemer, men det påpekes at Ministerkomitéens erfaring med overvåkning av gjennomføringen av Domstolens avgjørelser, viser at gjenopptakelse av en sak har vist seg å være den mest effektive metoden.

Medlemslandene oppfordres på denne bak-

grunn til å gjennomgå sine nasjonale rettssystemer med sikte på å sørge for at det er tilstrekkelige muligheter for gjenopptakelse av en sak i tilfeller hvor EMD har konstatert at en krenkelse har funnet sted. Dette gjelder spesielt hvor den krenkede part fortsatt utsettes for alvorlige negative følger som ikke kompenseres adekvat ved erstatning, og hvor EMD har funnet at den påklagete nasjonale rettsavgjørelse enten etter sitt innhold er i strid med EMK («the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention») eller krenkelsen består i en så vesentlig saksbehandlingsfeil at det gir opphav til alvorlig tvil med hensyn til utfallet («the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of»).

## 15.6 Utvalgets vurderinger, reformbehov

### 15.6.1 Gjenåpning som ny betegnelse av rettsmidlet

Utvalget behandler i II.15.6 enkelte problemstillinger av betydning ved utformingen av nye regler om gjenopptakelse av sivile saker. Andre spørsmål og spesielt detaljutformingen av reglene behandles i merknadene til lovutkastet i III.13.

Utvalget finner det klart at det er nødvendig å beholde et rettsmiddel mot rettskraftige avgjørelser med den funksjon av sikkerhetsventil som reglene om gjenopptakelse har i tvistemålsloven. Gjenopptakelse er imidlertid etter utvalgets oppfatning ikke noe velklingende ord. Tvistemålslovens betegnelse etter datidens språkbruk var gjenoptagelse. Endringen bærer preg av en noe halvhjertet tilnærming til moderne rettskrivning. En annen variant er gjenopptaking som brukes i militærnekteloven § 7. En forenkling ville vært gjenopptak. Utvalget foretrekker imidlertid gjenåpning som ny betegnelse. Ordet er såvidt likt gjenopptakelse at det snart vil bli innarbeidet og alminnelig kjent. Det gir riktige assosiasjoner om å åpne en lukket og avsluttet sak. Det svarer også direkte til det engelske ord for gjenopptakelse, «reopening», som blant annet er brukt i Justisdepartementets uoffisielle oversettelse til engelsk av straffeprosessloven. Det tilsvarende verbet blir gjenåpne.

Hvis begjæringen om gjenåpning blir tatt til følge, skal det finne sted en ny realitetsbehandling av saken. For å skille de to fasene fra hverandre, foreslår utvalget betegnelsen gjenåpningssak på fase 2.

Det bør foretas en tilsvarende endring av begrepsbruken i straffeprosessloven.

I den videre fremstilling benyttes gjenåpning ved omtalen av utvalgets eget forslag, mens gjenopptakelse brukes når det refereres til gjeldende rett.

### 15.6.2 Hvem skal behandle begjæringer om gjenåpning?

#### 15.6.2.1 Om forholdet mellom sivile saker og straffesaker

Hvem som skal behandle begjæringer om gjenåpning, har som redegjørelsen i II.15.3.1 viser, vært gjenstand for omfattende høringer og er nå endelig avgjort for straffesakenes del.

Utvalget tar til etterretning at Justisdepartementet i høringsnotatene av 1996, 1999 og 2000 har foreslått at dagens behandlingsordning for gjenåpning av sivile saker opprettholdes, riktignok med den beskjedne endring at gjenåpning av forliksrådets avgjørelser legges til tingrettene. Dette forslaget ble også vedtatt ved lov 15. juni 2001 nr. 63. Utvalget oppfatter riktignok høringsnotatet av 2000 dit hen at departementet stiller seg noe mer åpen enn tidligere for å velge sideordnet domstol også i sivile saker dersom dette alternativet velges for straffesakene.

#### 15.6.2.2 Nytt sentralt organ for begjæringer om gjenåpning?

Etter utvalgets oppfatning er det ikke aktuelt å foreslå at gjenåpningsbegjæringer i sivile saker skal legges til et nytt sentralisert organ, selv om en slik behandlingsordning for gjenåpning i straffesaker nå er vedtatt. Det vises til departementets argumentasjon i høringsnotatene av 1999 og 2000, se særlig gjengivelsen av høringsnotatet av 2000 ovenfor. Utvalget oppsummerer sitt syn slik:

Ved en sentral instans ville dagens hovedregel om muntlig forhandling av praktiske og økonomiske årsaker ikke kunne opprettholdes. Terskelen for å beslutte muntlig forhandling ville sannsynligvis komme til å ligge høyt. Muntlig forhandling vil kunne være av avgjørende betydning for en parts utsikter til å vinne frem. Muntlig forhandling ved et sentralt organ ville dessuten kunne medføre en urimelig forskyvning i balansen mellom parter med ulike økonomiske ressurser til rådighet, og gjøre det urimelig byrdefullt å forsvare den posisjonen parten har oppnådd ved en endelig dom.

I sivile saker medfører vilkårene for gjenåpning at man ofte kan treffe ny realitetsavgjørelse på

grunnlag av den samme forhandling hvor begjæringen avgjøres, se redegjørelsen for gjeldende rett i II.15.2 ovenfor. Det kan ikke komme på tale å gi et sentralt organ for behandling av begjæringer om gjenåpning kompetanse til også å treffe realitetsavgjørelse i den gjenåpnete sak, særlig ikke dersom dette organet organiseres som et forvaltningsorgan. Den gjenåpnete sak ville derfor måtte behandles på ny ved en ordinær domstol. Dette er en løsning som i prosessøkonomisk henseende er vesentlig dårligere enn dagens ordning.

Om en sentral klagerett eller kommisjon for behandling av begjæringer om gjenåpning blir organisert som særdomstol i henhold til departementets høringsnotater fra 1996 og 1999 eller som et forvaltningsorgan i henhold til høringsnotatet fra 2000, er etter utvalgets oppfatning et mindre vesentlig spørsmål. For utvalget fremstår det likevel umiddelbart som lite naturlig hensett til alminnelige prinsipper for kompetansefordelingen mellom domstoler og forvaltning, å legge en oppgave med så klart judisielt preg til forvaltningen. Domstolskommisjonen (NOU 1999: 19 side 372 – 373) og Domstolsstrukturutvalget (NOU 1999: 22 side 42 – 43) har riktignok begge på prinsipielt grunnlag uttalt seg negativt til opprettelsen av særdomstoler. Samme syn har lovgiveren tilkjennegitt ved behandlingen av flere lovforslag de senere år, og som det er vist til i utredningene. Man unngår imidlertid ikke de prinsipielle motforestillingene mot særdomstoler ved å betegne organet som et forvaltningsorgan dersom dette med hensyn til oppgaver, sammensetning, saksbehandlingsregler og rettsmidler bærer alle særdomstolens kjennetegn.

Utvalget finner det klart at begjæringer om gjenåpning i sivile saker fortsatt bør behandles av de alminnelige domstoler.

### 15.6.2.3 Gjenåpning av forliksrådets avgjørelser

Utvalget er enig i Justisdepartementets forslag i høringsnotatet av 1999, gjentatt i notatet av 2000, og vedtatt som lov 15. juli 01, om at begjæringer om gjenåpning av forliksrådets avgjørelser bør gå til tingrettene. Dette forslaget er aktuelt uansett hvilken domskompetanse forliksrådene skal ha i fremtiden, fordi endringen iallfall vil få virkning for avgjørelser etter den nåværende prosessordning. Om begjæringen fører frem, bør fortsatt behandling av gjenåpningssaken også skje ved herreds- og byretten.

### 15.6.2.4 Gjenåpning av Høyesteretts avgjørelser

Begjæringer om gjenåpning av avgjørelser av

Høyesterett, herunder Høyesteretts ankeutvalg, bør fremsettes til Høyesterett og der behandles av ankeutvalget (som tilsvarende det nåværende kjæremålsutvalget). Etter tvistemålsloven § 413 annet ledd er kompetansen til å avgjøre begjæringen delt mellom utvalget og Høyesterett i saker avgjort av Høyesterett. Kjæremålsutvalget kan i saker som er avgjort av Høyesterett avvise eller forkaste begjæringen i medhold av tvistemålsloven § 412 første ledd dersom utvalget enstemmig finner det klart at begjæringen ikke kan føre frem. Er det ikke grunnlag for en slik negativ avgjørelse, må begjæringen henvises til Høyesterett.

Etter utvalgets oppfatning bør kompetansen til å avgjøre begjæringen om gjenåpning direkte legges til ankeutvalget. Hvis begjæringen tas til følge, bør gjenåpningssaken behandles etter de vanlige regler for sakstypen, se lovutkastet § 13-8. Dette innebærer at gjenåpningssaken skal behandles av Høyesterett dersom det er en høyesterettsdom som er besluttet gjenåpnet. Dersom ankeutvalget finner behov for muntlig forhandling, eventuelt også felles forhandling om begjæringen og om realitetsavgjørelsen i gjenåpningssaken, vil utvalget kunne henvise saken til avdeling i henhold til den alminnelige adgang til dette etter § 12-9(4) eller selv holde muntlig forhandling etter § 12-9(3). Dette følger av at utvalget foreslår at reglene om anke over beslutninger og kjennelser skal gis tilsvarende anvendelse ved behandlingen av en begjæring om gjenåpning, se II.15.5.5.3 nedenfor og lovutkastet § 13-8. Dette gir tilstrekkelig fleksibilitet.

Etter utvalgets oppfatning er det i enkelte tilfeller et så sterkt behov for umiddelbar bevisføring i form av avhør av parter eller vitner, at det er vanskelig å etablere et fullgodt grunnlag for avgjørelsen i avdeling eller ankeutvalget. Utvalget mener at det bør gis hjemmel for ankeutvalget til å bestemme at begjæringen om gjenåpning, i tilfelle også gjenåpningssaken, skal henvises til behandling ved lagmannsrett. Det må i tilfelle være ved en lagmannsrett som er sideordnet den lagmannsrett som behandlet saken forrige gang. Behovet for umiddelbar bevisføring vil kunne øke noe som følge av forslaget i lovutkastet § 13-5(3).

Selv om det bryter noe med alminnelige prinsipper for instansrekkefølgen, mener utvalget at dette ikke er spesielt betenkelig all den stund ankeutvalget vil ha primærbehandlingen av begjæringen, og at det er etter «delegasjon» fra Høyesterett at lagmannsretten behandler saken i første instans. Lagmannsrettens avgjørelse av begjæringen vil på vanlig måte kunne overprøves fullt ut av Høyesterett. I enkelte tilfeller hvor utvalgets utkast åpner for gjenåpning på grunn av etterfølgende faktiske

omstendigheter, ville det antakelig etter gjeldende rett være adgang til å reise ny sak for første instans.

En konkret henvisningsregel er utformet i lovutkastet § 13-8(5).

#### 15.6.2.5 *Gjenåpning ved overordnet domstol?*

I og med at gjenåpning er et rettsmiddel som trer i stedet for de ordinære rettsmidler anke og kjæremål når dommen er blitt rettskraftig, kunne det være en nærliggende løsning å legge kompetansen til å beslutte gjenåpning til den alminnelige rettsmiddelinstansen.

For straffesaker ble denne løsningen som nevnt tidligere foreslått i Straffeprosesslovkomitéens forslag fra 1969, men forslaget fikk ikke tilslutning da. I Justisdepartementets høringsnotat av 1996 er dette alternativet vurdert negativt med samme begrunnelse som ble gitt den gang. Det vises til II.15.3.1.1 og II.15.3.1.2.

Etter utvalgets oppfatning er det, med unntak av avgjørelser av forliksrådet som nevnt i II.15.6.2.3, ikke noen god løsning å legge kompetansen til å behandle begjæringer om gjenåpning i sivile saker til overordnet domstol. Det er en uheldig ordning at begjæringer om gjenåpning av lagmannsrettens avgjørelser i tilfelle må behandles av Høyesteretts ankeutvalg i første instans. Dette kan møtes med mange av de samme argumenter som forslaget om behandling ved et nytt sentralt organ. Også hensynet til Høyesteretts arbeidsbyrde og til muligheten for toinstansbehandling av begjæringen, taler mot en slik løsning.

Det er for øvrig også hensyn som taler mot at gjenåpning av tingrettens avgjørelser skjer ved lagmannsretten. At saken er endelig avgjort i første instans, kan skyldes at tvistegenstanden har begrenset verdi, og at samtykke til ankebehandling er nektet. Saken kan også være avgjort ved småkravprosess etter utvalgets forslag om innføring av en slik prosessordning. I de tilfellene gjenåpning kreves på grunn av nye bevis, vil det ofte være prosessøkonomisk hensiktsmessig å foreta en felles behandling av begjæringen og av sakens realitet. Det er ressurskrevende og stemmer mindre godt overens med den ordinære behandlingsmåten for saken, at gjenåpning uansett sakens betydning skal finne sted ved lagmannsretten med full adgang til overprøving ved Høyesteretts ankeutvalg. Hensynet til rettssikker behandling er tilstrekkelig ivaretatt ved adgangen til å anke tingrettens kjennelse til lagmannsretten.

Behandling ved overordnet domstol egner seg bedre når det kreves gjenåpning på grunn av saksbehandlingsfeil. Her vil den nye realitetsbehand-

ling, om begjæringen fører frem, kunne henvises til tingretten etter samme mønster som når en dom etter anke oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil. Disse tilfellene er imidlertid i klart mindretall.

#### 15.6.2.6 *Gjenåpning ved samme eller sideordnet domstol?*

De hovedalternativer som gjenstår er etter dette enten å beholde dagens ordning, hvoretter begjæringen behandles av andre dommere ved samme domstol, eller å legge behandlingen til en annen domstol på samme trinn.

Utvalget er i og for seg enig med Justisdepartementet i at spørsmålet om gjenåpning i sivile saker ikke har vært gjenstand for den samme offentlige interesse som straffesaker, og har ikke registrert nevneverdig kritikk mot dagens ordning. Dette kan nok ha sammenheng med den meget sterke medieinteresse for behandlingen av domfeltes begjæring om gjenåpning i enkelte alvorlige straffesaker de senere år. Som nevnt innledningsvis kan mange sivile saker gjelde spørsmål av stor betydning for partene. Det er en erfaring som deles av dem som har sitt virke i rettsapparatet, at mange parter som mener seg utsatt for urett ved en uriktig rettsavgjørelse i en sivil sak, opplever meget sterke følelsesmessige reaksjoner på dette og ikke vil slå seg til ro med avgjørelsen. Det kan også være noe tilfeldig at ikke riktigheten av rettsavgjørelser og spørsmål om gjenåpning i sivile saker er blitt gjenstand for offentlig interesse i større grad enn hittil. Etter utvalgets oppfatning er det like viktig i sivile saker som i straffesaker å behandle begjæringer om gjenåpning på en måte som nyter partenes og allmennhetens tillit.

Etter utvalgets oppfatning er det ikke grunn til å tvile på at domstolene behandler begjæringer om gjenåpning like upartisk og objektivt som andre saker. At dommerkollegers avgjørelser overprøves, hører til dagens orden. Dette er noe embetsdommere er fortrolige med.

I de vanligste tilfellene, hvor gjenåpning kreves på grunnlag av nye omstendigheter eller bevis, innebærer gjenåpning heller ikke noen kritikk av den dommen som er avsagt.

Kreves det gjenåpning på grunn av alvorlige saksbehandlingsfeil, endog straffbare handlinger begått av dommeren i saken, vil det kollegiale forhold naturligvis kunne bli mer prekært. De alminnelige habilitetsregler gjelder også på dette trinn. En beskyldning om straffbar eller klanderverdig atferd fra en kollegas side vil kunne utgjøre en slik særegen omstendighet som er egnet til å svekke tilliten til dommerens uhildethet, og som leder til

at dommeren er inhabil i henhold til domstoloven § 108. Etter praksis legges det ved habilitetsvurderingen særlig vekt på hvordan forholdet er egnet til å virke utad, i forhold til partene og allmennheten. I tilfeller hvor det reises habilitetsinnsigelse mot alle eller de fleste av dommerne ved en domstol, er det hjemmel i domstoloven § 119 første ledd for å overføre saken til en annen domstol. Det er også adgang etter generelle regler i domstoloven § 38 til å overføre saken til sideordnet domstol når «særlige grunner gjør det påkrevd eller hensiktsmessig». Adgangen til overføring er foreslått videreført av utvalget. Den generelle adgangen til å overføre saken til en sideordnet domstol ved habilitetsinnsigelser, reduserer betenkelighetene ved å beholde dagens ordning. På den annen side viser dette at behandling av saker ved sideordnet domstol når dette er ønskelig av hensyn til tilliten til domstolens uhildethet, ikke er noen systemfremmed ordning. Ved lov av 28. april 2000 nr. 34 ble tvistemålsloven § 438 endret slik at søksmål mot en lagdommer om en dommerhandling skal reises ved sideordnet lagmannsrett i stedet for Høyesterett.

Utvalget ville neppe uavhengig av de aktuelle reformdiskusjoner og -forslag på straffeprosessens område ha fremmet forslag om å legge behandlingen av begjæringer om gjenåpning i sivile saker til sideordnet domstol. Temaet er imidlertid satt på dagsorden, og det er nå valgt en ny prosessordning for straffesaker som innebærer at begjæringen om gjenopptakelse avgjøres av et annet organ enn den domstol som avsa dommen. Hovedbegrunnelsen for dette standpunktet, hensynet til partenes og allmennhetens tillit til at avgjørelsene treffes etter en uhildet vurdering, har samme gyldighet for sivile saker som straffesaker. Det er også en god løsning at det blir noe større avstand mellom den som treffer en avgjørelse i første instans og den som overprøver avgjørelsen. Overprøving av rettsavgjørelser bør som alminnelig ordning fortrinnsvis skje ved en annen domstol enn den som først traff avgjørelsen. En endring av prosessordningen for straffesaker med den begrunnelse som gis for reformen, vil i seg selv være egnet til å svekke tilliten til den någjeldende behandlingsordning for sivile saker.

Sideordnet domstol bør foretrekkes fremfor samme domstol selv om det nå opprettes en sentral kommisjon for gjenåpning i straffesaker. Her er det – i motsetning til i forslaget om særlig klagerett fra 1999 – slik at behandlingen av den gjenåpnede straffesak skal finne sted ved sideordnet domstol, slik at kongruenshensynet delvis blir ivaretatt på denne måten, jf. straffeprosessloven § 400.

### 15.6.3 Hvilke avgjørelser skal kunne gjenåpnes?

#### 15.6.3.1 Avgjørelser som etter sin art kan gjenåpnes

Utvalget finner at anvendelsesområdet for rettsmidlet gjenåpning i hovedsak bør være det samme som for gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 405 og § 415. Instituttet må imidlertid tilpasses de endringer som foreslås av utvalget i de alminnelige rettsmiddelregler. I og med at anke foreslås som alminnelig rettsmiddel, mens kjæremål sløyfes, må adgangen til gjenåpning avgrenses etter andre kriterier enn i tvistemålsloven § 415.

En begjæring om gjenåpning bør bare kunne rettes mot de avgjørelser som endelig har avsluttet domstolens behandling av saken eller en selvstendig del av den. Dette omfatter for det første ordinære dommer, og dernest de kjennelser som avgjør et krav i realiteten. Det omfatter dessuten kjennelser om avvisning eller hevning av saken.

Også en beslutning om å nekte en anke fremmet eller om å nekte å gi samtykke til å fremme en anke til realitetsbehandling i de tilfellene lagmannsretten eller Høyesteretts ankeutvalg har kompetanse til dette, bør kunne gjenåpnes. At disse avgjørelsene kan gjenåpnes, er i samsvar med gjeldende rett etter tvistemålsloven § 415, se II.15.2.2 ovenfor.

Et annet spørsmål er hvilken avgjørelse begjæringen skal rettes mot når det har vært brukt rettsmidler. Dette behandles i II.15.6.3.2.

Det er ikke grunn til å tillate gjenåpning av prosessledende avgjørelser. Etter at saken er avgjort, vil partene ikke ha rettslig interesse i å begjære særskilt gjenåpning av disse avgjørelsene. Så lenge saken er under domstolsbehandling bør den bindende virkning av prosessledende avgjørelser på forskjellige nivåer reguleres av regler om omgjøring. Det er heller ikke grunn til å beholde dagens særregel om gjenopptakelse av alle avgjørelser av Høyesteretts ankeutvalg.

De midlertidige realitetsavgjørelser som behandles etter tvistemålsloven, vil etter gjeldende rett ikke være gjenstand for gjenopptakelse, med mindre avgjørelsen er truffet av Høyesterett eller Høyesteretts kjæremålsutvalg. Dette følger av den alminnelige regel i tvistemålsloven § 415 fordi slike kjennelser er gjenstand for kjæremål, ikke anke. Til gjengjeld er rettskraftvirkningene som regel begrenset ved at det er en videre adgang til omgjøring eller endring av avgjørelsene enn ellers. Det vises til utvalgets drøftelse i rettskraftavsnittet, II.14.2.3.4 og II.14.2.3.7.3.

For kjennelser om arrest og midlertidig sikring etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 14 og 15 følger det av tvangsfullbyrdelsesloven § 2-12 at avgjørelsene ikke kan gjenopptas. Forføyningene kan imidlertid begjæres opphevet eller endret på vilkår som er mer liberale enn vilkårene for gjenopptakelse, se tvangsfullbyrdelsesloven § 14-14 og § 15-11.

Midlertidige avgjørelser bør etter utvalgets syn ikke kunne angripes ved gjenåpning. Problemstillingen er uaktuell etter at hovedsaken er endelig avgjort. Så lenge saken er under behandling, bør den bindende virkning av slike avgjørelser reguleres av regler om adgang til omgjøring. Dette gir en mer hensiktsmessig saksflyt, spesielt når man tar i betraktning at utvalget har foreslått at gjenåpningsbegjæringer skal behandles av sideordnet domstol. Det ville f. eks. være upraktisk om en begjæring om gjenåpning av en foreløpig avgjørelse skulle behandles av en sideordnet tingrett i et tilfelle hvor hovedsaken er anket og står for lagmannsretten.

Utvalget har ikke foretatt noen inngående vurdering av om vilkårene for omgjøring på alle områder er tilfredsstillende utformet. Når det gjelder midlertidige avgjørelser i stillingsvernsaker etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4, kan det reises spørsmål om adgangen til ny prøving i enkelte tilfeller er for snever. Det vises til II.14.2.3.7.3 om rettskraft. Utvalget foreslår heller ikke noen særregel for avgjørelser av Høyesterett. Den generelle adgangen til gjenopptakelse av høyesterettsavgjørelser i tvistemålsloven § 415 har svært liten praktisk betydning for midlertidige avgjørelser og er ikke utformet med henblikk på disse.

Oppfriskning er etter lovutkastet til regler om feil og forsømmelser i rettergangen det eneste rettsmiddel mot forfallsdommer (uteblivelsesdom etter tvistemålsloven) og forfallskjennelser (blant annet kjennelser om avvisning på grunn av fristoversittelse eller enkelte andre forsømmelser fra saksøkerens side som etter utkastet anses som forfall i saken). En avgjørelse som forkaster en begjæring om oppfriskning innebærer derfor en definitiv avslutning av domstolsbehandlingen av kravet. Dette tilsier etter utvalgets oppfatning at det bør åpnes adgang til gjenåpning av en slik avgjørelse. I mange tilfeller vil det riktignok være tilstrekkelig med en adgang til å begjære gjenåpning av selve forfallsavgjørelsen. Særskilt gjenåpning av oppfriskningskjennelsen er imidlertid aktuelt i tilfeller hvor det knytter seg alvorlige saksbehandlingsfeil som f. eks. inhabilitet til denne. Adgangen til oppfriskning vil i en del tilfelle bero på en skjønnsmessig vurdering, og denne vurderingen bør kunne

overprøves også i et tilfelle hvor den tapende part først blir kjent med forholdet etter at avgjørelsen er rettskraftig.

Etter lovutkastet § 13-2(1), sammenholdt med § 13-2(3) foreslås en adgang til gjenåpning av kjennelser som forkaster en begjæring om oppfriskning, avgrenset etter retningslinjene her.

I forhold til avgjørelser etter de spesielle prosesslovene må det forutsettes at anvendelsesområdet for gjenåpning blir det samme som for gjenopptakelse etter tvistemålsloven. Utvalget er ikke kjent med at det foreligger spesielle reformbehov.

#### 15.6.3.2 Særlig om saker behandlet i flere instanser

Dersom kravet har vært behandlet i flere instanser, må utgangspunktet fortsatt være at begjæringen om gjenåpning skal rettes mot ankeinstansens avgjørelse, jf. tvistemålsloven § 409 første ledd tredje punktum. Parten vil i så fall sjelden ha noen rettslig interesse i å begjære gjenåpning av avgjørelsen i førsteinstans. Dette gjelder fullt ut dersom ankedomstolen har truffet den siste realitetsavgjørelse med hensyn til kravet, eller hvor begjæringen retter seg mot saksbehandlingen i ankeinstansen.

Har overprøvingen vært begrenset til enkelte sider ved saken, må det foretas en mer nyansert vurdering. Her kommer det an på om begjæringen gjelder en grunn som lå innenfor rammen av ankebehandlingen, eller gjelder en side ved saken som ikke kunne prøves der, f. eks. fordi ankedomstolen hadde begrenset kompetanse ved overprøvingen. Har lagmannsretten f. eks. forkastet en anke over saksbehandlingen, og gjenåpning begjæres på grunn av en feil ved det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, er det byrettens dom begjæringen må rettes mot.

En alminnelig regel om dette tilsvarende tvistemålsloven § 409 første ledd tredje punktum er inntatt i lovutkastet § 13-2(2).

Etter liknende retningslinjer må man bedømme de tilfellene hvor ankedomstolen har nektet anken fremmet eller avslått å gi samtykke til anke når dette er nødvendig. I samtykketilfellene har parten aldri noe rettskrav på å få anken fremmet. Med mindre det er saksbehandlingen i ankeinstansen som angripes, bør begjæringen rettes mot dommen i første instans. Etter samme retningslinjer bør man bedømme beslutninger av Høyesteretts ankeutvalg etter § 12-6 i lovutkastet om å nekte fremmet en anke over en kjennelse eller beslutning fordi det ikke er tilstrekkelig grunn til at anken blir prøvd. Det som her er sagt, svarer til den løsning som er lagt til grunn i rettspraksis for tilfeller hvor en anke til Høyesterett er nektet fremmet i medhold



av tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 2 eller nr. 4, se Rt. 1992 side 947 og Rt. 2000 side 1234.

Har Høyesterettskjæremålsutvalg derimot nektet anken fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 fordi utvalget finner det klart at anken ikke vil føre frem, er det en realitetsvurdering som er foretatt. I rettspraksis har det tidligere vært lagt til grunn at en part i så fall kan begjære gjenopptakelse av kjæremålsutvalgets avgjørelse, men at han også kan velge å rette begjæringen mot lagmannsrettens dom. Etter endringen av tvistemålsloven § 415 ved lov 28. april 2000, skal gjenopptakelsesbegjæringene også i disse tilfellene fremsettes for lagmannsretten. Spørsmålet får etter utvalgets utkast til ankereregler imidlertid ikke lenger aktualitet for anke til Høyesterett, fordi dette nektingsgrunnlaget ikke foreslås videreført på dette trinn. Isteden forskyves problemstillingen til anker til lagmannsrett. Utvalget har i lovskissen § 11-13(2) foreslått at lagmannsretten skal kunne nekte anken fremmet ved beslutning dersom lagmannsretten finner det klart at anken ikke kan føre frem og verken sakens betydning for partene eller andre forhold med tyngde taler for at anken likevel fremmes for lagmannsretten.

Etter utvalgets oppfatning er den beste løsning at en gjenåpningsbegjæring på grunn av nye bevis eller andre forhold ved behandlingen i førsteinstansen rettes mot dommen i førsteinstansen og ikke mot beslutningen om nektelse. Det vil gjerne være enklere å vurdere det grunnlag som påberopes i forhold til en begrunnet dom enn en ubegrunnet beslutning om nektelse. Dessuten gir reglene om gjenåpning av dommen den beste regulering av vilkårene for å få en rettskraftig avgjort sak tatt opp på ny. Vilkaene for å nekte anken fremmet av realitetsgrunner er strenge, fordi avgjørelsen innebærer at man avskjærer adgangen til vanlig realitetsbehandling i en ordinær overprøvingssituasjon, før dommen er rettskraftig. Når saken først er endelig avgjort, gir det et mindre treffende vurderingstema for avgjørelsen hvorvidt nye opplysninger leder til at det ikke lenger er klart at anken ikke kan føre frem. Dette kan lett føre til at terskelen for å ta saken opp på ny blir for lav, sammenliknet med vilkårene for å angripe dommen i første instans. For adgangen til gjenåpning av bevisgrunner bør det være uten betydning om dommen har vært påanket og nektet fremmet etter § 11-13(2) eller om den ikke har vært påanket overhodet.

Et utkast til regel om gjenåpning av beslutninger om å nekte anke er gitt i § 13-2(3), som også gjelder kjennelser som forkaster en begjæring om oppfriskning.

En annen situasjon oppstår hvis en begjæring

om gjenåpning rettes mot en dom eller kjennelse som har opphevet en påanket avgjørelse, f. eks. på grunn av en saksbehandlingsfeil. Etter tvistemålsloven § 415 er det adgang til gjenopptakelse av kjennelser som opphever en dom i ankesak, fordi kjennelsen er gjenstand for anke etter § 385 annet ledd. Dersom det allerede har blitt fullført en ny realitetsbehandling av saken ved underinstansen, har det imidlertid i teorien vært hevdet at det vil være meningsløst bare å begjære opphevelseskjennelsen gjenåpnet, og at angrepet samtidig må rettes mot den nye avgjørelsen i førsteinstans (Hov I 485 – 486). Spørsmålet er ikke avklart i rettspraksis, noe som tilsier at problemstillingen ikke har særlig stor praktisk betydning.

Etter utvalgets oppfatning bør en avgjørelse om opphevelse ikke kunne gjenåpnes etter at det har funnet sted en ny realitetsbehandling av kravet. Når det først har funnet sted en ny realitetsbehandling, bør saken fortsette i dette behandlingssporet slik at den tapende part i tilfelle henvises til å benytte rettsmidler mot denne. Dette gjelder selv om avgjørelsen om opphevelse skulle være beheftet med saksbehandlingsfeil. Det blir i overkant spissfindig, og vil ofte kunne bli urimelig i forhold til motparten, om det i et slikt tilfelle skulle være mulig å vekke den første avgjørelsen til live igjen ved å gå veien om gjenåpning av avgjørelsen om å oppheve den.

Inntil det eventuelt har blitt truffet ny realitetsavgjørelse, bør man imidlertid etter utvalgets oppfatning ikke stenge for muligheten til å gjenåpne ankeinstansens avgjørelse om opphevelse på grunn av saksbehandlingsfeil ved denne. Dersom avgjørelsen etter gjenåpning endres, slik at den påankede dommen eller kjennelsen blir stående, vil en påbegynt ny behandling av saken bli å heve. Utvalget viser til regelen i utkastet § 13-2(4).

## 15.6.4 Vilkaene for gjenåpning

### 15.6.4.1 Alminnelige synspunkter

Utvalgets utgangspunkt ved regelutformingen er de samme synspunkter som ble presentert innledningsvis ved omtalen av gjenopptakelse som rettsmiddel i II.15.1.1: Skal domstolene fylle sin funksjon som konfliktløser, er det nødvendig at konflikter også virkelig blir løst en gang for alle. Prosessreglene må derfor utformes slik at de, hensett til hvilke ressurser tvistens betydning gjør det forsvarlig for partene og samfunnet å investere i behandlingen, gir best mulig sikkerhet for et riktig resultat etter ordinær behandling. Det som blir løsningen ved en rettskraftig dom, må partene slå seg til ro med

i forvisning om at det er endelig. En vid adgang til å ta saken opp igjen, ville undergrave hele idéen med rettskraft som nødvendig egenskap ved domstolsavgjørelser. Det er jo heller ikke noen garanti for at resultatet blir riktigere neste gang, eller at partene vil være mer tilbøyelige til å akseptere den nye dom. En alminnelig erfaring er tvert om at bevisene svekkes med tiden, og at sannsynligheten for et materielt riktig resultat synker.

Vilkårene for gjenåpning av en endelig avsluttet sak må derfor fortsatt være snevre og i alminnelighet forbeholdt unntakstilfeller hvor det ville vært støtende om det ikke var en mulighet for overprøving. På det generelle plan er det neppe noen uenighet om at det må være slik. Likevel kan det nok spores en tendens til at man er mindre villig til å akseptere det man oppfatter som urimelige utslag i enkelttilfelle. Det er et vanlig dilemma ved utformingen av generelle regler at man må veie hensynet til forutberegnelighet og konsekvens ved regelansendelsen mot muligheten for å komme frem til det resultat som i det enkelte tilfelle fortoner seg mest rimelig og rettfærdig.

På kontraktsrettens område har balansen de senere årene vippet mot konkret rimelighet. Det klareste uttrykk for dette er vedtakelsen i 1983 av avtaleloven § 36, en bestemmelse som gir domstolene helt generell kompetanse til å øve rimelighetssensur med avtaler og avtalevilkår. Tvistemålslovens regler om gjenopptakelse kan på den annen side oppfattes som rigide og «firkantet» og gir ikke rom for skjønnsmessige avveininger mellom partene i den enkelte sak. Når adgangen til å få saken gjenopptatt etter tvistemålsloven er stengt etter fem år, er dette uttrykk for en interesseavveining på det generelle plan.

Slik utvalget ser det, må vilkårene for gjenåpning fortsatt bero på en avveining mellom slike status quo-hensyn som begrunner rettskraftreglene, og hensynet til den part som er blitt skadelidende ved en uriktig dom. Innrettelseshensynet får normalt større vekt jo lengre tid som går.

På den annen side slår ikke innrettelseshensynet til i alle saker. En part som har oppnådd en uriktig dom i sin favør ved hjelp av falske bevis, har ikke noen beskyttelsesverdig posisjon. Men situasjonen kan være forskjellig også for parter som i god tro har vunnet saken. For en person som har mottatt og forbrukt et pengebeløp, vil det gjerne være en større belastning å måtte betale beløpet tilbake etter en tid, enn ikke å få medhold i kravet første gang. Det er i den materielle sivilrett mange eksempler på regler som beskytter en faktisk posisjon også i tilfeller hvor denne ikke svarer til en virkelig rett. De ulovfestede reglene i pengekravs-

retten om oppgjørskorreksjon og tilbaksøkning av ytelsel betaleren ikke var forpliktet til (*condictio indebiti*), beskytter mottakeren mot å måtte betale tilbake beløp som er mottatt og forbrukt i god tro. At rettigheter kan gå tapt hvis de ikke håndheves, gir reglene om hevd og om foreldelse av fordringer eksempler på. En posisjon som er basert på en rettskraftig dom, vil det knytte seg særlig sterke forventninger til.

Slike innrettelseshensyn vil gjerne ha mindre vekt i forholdet mellom et ressurssterkt upersonlig, offentlig eller privat, rettssubjekt som vinnende part mot en enkeltperson i egenskap av forbruker, klient, pasient eller en liknende underlegen rolle. I saken som foranlediget det private lovforslaget omtalt i II.15.3.3, ville vel de færreste finne det urimelig om forsikringsselskapet ved gjenåpning av saken ble dømt til å utbetale brannforsikringen selv om mer enn fem år var gått siden selskapet ble frifunnet i den første saken.

Heller ikke bevishensynet, mulighetene for å få saken korrekt opplyst, er entydig. Enkelte bevismidler svekkes ikke med tiden. Ny teknologi kan også gi tilgang til bevis som gir et sikrere avgjørelsesgrunnlag enn det som forelå da saken ble behandlet. DNA-analyser av biologisk materiale er et eksempel på dette.

Det lar seg ikke gjøre å utforme skarpt tilskårne generelle vilkår for gjenåpning i sivile saker, uten at reglene vil gi seg utslag som kan oppfattes som urimelig i enkelttilfelle. Tvistemålslovens regler om gjenopptakelse møtes også med kritikk på dette punktet. Til sammenlikning gir de danske reglene, omtalt ovenfor i II.15.4.3, anvisning på en mer sammensatt helhetsvurdering som også inneholder skjønnsmessige elementer. Utvalgets vurdering er likevel at det riktignok kan være grunn til å lempe vilkårene for gjenåpning på enkelte punkter, men at adgangen til gjenåpning fortsatt bør knyttes til bestemt formulerte kriterier og ikke bero på en konkret avveining fra rettens side.

#### 15.6.4.2 *Nærmere om forholdet mellom gjenåpning og oppfriskning*

Drøftelsen i foregående avsnitt viser at det er en sammenheng mellom de materielle vilkårene for gjenåpning og fristene for å gjøre disse gjeldende. Tvistemålslovens regler om gjenopptakelse preges i liten av grad av dette, idet fristen med svært få unntak er fem år uansett hvilken grunn som påberopes. Reglene om gjenopptakelse må imidlertid ses i sammenheng med adgangen til å få en rettskraftig dom overprøvd ved å få oppreisning mot oversittelse av ankefristen. Etter gjeldende rett er

dette mulig inntil tre år etter at dommen ble avsagt (domstoloven § 154 annet ledd). I hele tre av de fem årene gjenopptakelse kan kreves, er det altså overlapping mellom rettsmidlene.

Oppreisningsinstituttet avdemper derfor i noen grad de strenge vilkår for gjenopptakelse etter tvistemålsloven. Denne effekten inntreffer imidlertid ikke for avgjørelser av Høyesterett eller Høyesteretts ankeutvalg, ettersom disse ikke kan angripes med rettsmidler. Etter utvalgets oppfatning er dette en skjevhet som vanskelig lar seg begrunne ut fra domstolens ulike funksjoner.

Domstolovens regler om oppreisning er nærmere omtalt i utvalgets drøftelse av feil og forsømmelser i rettergangen. Vilkårene for oppreisning etter domstoloven er mindre strenge og knyttet til mer skjønnsmessige kriterier enn vilkårene for gjenopptakelse etter tvistemålsloven. I henhold til domstoloven § 153 første ledd har en part krav på å få oppreisning dersom han gjør sannsynlig at forsømmelsen verken kan legges ham selv eller hans lovlige stedfortreder eller prosessfullmektig til last. Dersom særlige omstendigheter taler for det, kan parten innvilges oppreisning selv om oversittelsen av fristen kan legges parten eller noen han må identifiseres med til last, så lenge forsømmelsen ikke var forsettlig. Ved de uaktsomme forsømmelser må retten derfor foreta en avveining mellom partenes interesser.

Etter rettspraksis er det noe usikkert i hvilken utstrekning det vil være adgang til oppreisning i tilfeller hvor parten først blir klar over det forhold han vil påberope seg etter at fristen for anke eller kjæremål gikk ut. Flere avgjørelser av Høyesteretts kjæremålsutvalg bygger på den generelle oppfatning at en en fristoversittelse ikke er forsettlig hvis parten var ukjent med grunnlaget for å angripe avgjørelsen. Det vises til Rt. 1959 side 1380, Rt. 1960 side 443 og Rt. 1991 side 1372. I en uttrykt kjennelse av 19. oktober 1999 (Inr. 552 K/1999) har imidlertid kjæremålsutvalget etter alt å dømme fraveket denne rettsoppfatningen. Det ble i denne avgjørelsen lagt til grunn at uvitenhet om en faktisk omstendighet av betydning for realiteten i saken ikke medfører at fristoversittelsen ikke anses forsettlig. Gjenopptakelse var derfor eneste mulighet. Standpunktet er ikke begrunnet utover en henvisning til Skoghøy side 526, jf. side 523. Skoghøy har tatt til orde for at bare uvitenhet om en saksbehandlingsfeil eller ugyldighetsgrunn vil kunne gi grunnlag for oppreisning, mens det ville føre for langt om manglende kjennskap til faktiske eller rettslige omstendigheter som er av betydning for avgjørelsen av realitetene i saken, skal kunne begrunne oppreisning. Problemstillingen er også

behandlet av Bøhn, Domstoloven (2000), side 478 – 481.

Etter utvalgets oppfatning er det ikke lett å utlede ved hjelp av forsettskriteriet i domstoloven § 153 at adgangen til etter fristutløp å påberope anke- eller kjæremålsgrunner parten har vært uvitende om, er forskjellig for saksbehandlingsfeil og feil ved avgjørelsens innhold. Etter utvalgets oppfatning er forsett ikke velegnet som kriterium ved oppreisning. I utkastet til nye regler om feil og forsømmelser i rettergangen er dette vilkåret foreslått sløyfet.

I lovutkastet kapittel 22, om feil og forsømmelser i rettergangen, har utvalget foreslått at lengstefristen for oppfriskning, som etter utkastet er betegnelsen på det felles rettsmiddel mot prosessuelle forsømmelser som også dekker oppreisning etter domstoloven, forkortes vesentlig. Oppfriskning skal bare være mulig i en periode på én måned etter at fristen for prosesshandlingen utløp. Etter utløpet av denne tilleggsfristen skal adgangen til å ta saken opp igjen uttømmende reguleres av reglene om gjenåpning. Den betydelige overlapping i tid mellom reglene om oppreisning og gjenopptakelse etter gjeldende rett har historiske årsaker som det er redegjort for i II.15.1.2. Før tvistemålsloven var oppreisning det eneste rettsmiddel mot rettskraftige dommer. Da gjenopptakelse ble innført, ble likevel ikke fristen for å begjære oppreisning innsnevret. Rettsmidlene har nå en unødvendig stor grenseflate. Adgangen til å ta saken opp igjen av grunner parten først er blitt oppmerksom på etter utløpet av ankefristen, bør primært reguleres av reglene om gjenåpning. Når forsettskriteriet foreslås sløyfet som vilkår for oppfriskning, blir det enda viktigere å forkorte tidsfristen.

#### 15.6.4.3 Det kritiske tidspunkt

Spørsmålet er om man ved utformingen av vilkårene for gjenåpning bør ha situasjonen da den angrepne dommen ble avsagt for øye, eller om man bør velge forankring i gjenåpningstidspunktet.

Tvistemålslovens regler om gjenopptakelse fokuserer ensidig på det første av disse tidspunktene. Bare omstendigheter som forelå som en realitet da saken ble avgjort, gir grunnlag for gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6. Betydningen av nye bevis og av saksbehandlingsfeil beror på en isolert vurdering av forholdets historiske betydning for avgjørelsen uten å trekke inn det som måtte ha skjedd i ettertid. Dette historiske perspektivet kan passe i straffesaker, men det blir etter utvalgets oppfatning for snevert i sivile saker, hvor tidsmomentet og etterfølgende forhold kan

lede til at bedømmelsen av hvilke virkninger selv en åpenbar feil bør tillegges, kan bli en annen på et senere tidspunkt.

Vilkårene for gjenopptakelse etter tvistemålsloven synes ved sin neglisjering av dette dynamiske elementet å være i disharmoni med de materielle sivilrettslige reglene som er nevnt i II.15.6.4.1. Dette kan medføre komplikasjoner i saker hvor gjenopptakelse medfører at man ripper opp i festnede forhold. Det er viktig å være oppmerksom på at prosessreglene ikke begrunner noe avvik fra de sivilrettslige reglene. Det som er rettskraftig avgjort ved dommen, er rettsstillingen mellom partene på det tidspunkt saken opptas til avgjørelse. Hvis det oppdages et nytt bevis som tilsier at avgjørelsen var åpenbart uriktig, kan saken gjenopptas med den følge at retten legger til grunn at rettsstillingen var en annen. Sett nå at dette leder til at saksøkte frifinnes for et krav han var dømt til å betale. Dette er ikke ensbetydende med at han har krav på å få beløpet tilbake fra saksøkeren dersom dommen var oppfylt. Det står saksøkeren fritt å gjøre gjeldende at tilbakesøkningskravet ikke kan føre frem fordi han har mottatt og forbrukt beløpet i god tro. I forhold til dommen er dette etterfølgende rettsfakta som ikke dekkes av dommens rettskraft. Om saksøkeren gis medhold, har saksøkte likevel ikke oppnådd noe. Reglene om rettslig interesse vil kanskje kunne sette en stopper for enkelte klare tilfeller, men vil ikke være noe effektivt prosesshinder. Utvalgets forslag i utkastet § 13-5(3) er ment å ivareta de hensynene som er nevnt her. Det foreslås som alminnelig regel at gjenåpning ikke finner sted dersom det, blant annet på grunn av tidsforløpet og betydningen av at motparten i god tro har innrettet seg etter dommen, må antas at en gjenåpning av saken ikke vil lede til en endring av betydning for parten.

#### 15.6.4.4 *Bør en hvilken som helst endring være tilstrekkelig?*

Etter ordlyden i tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6 stilles det ikke noe krav til betydningen eller størrelsen av den endring som vil kunne oppnås ved gjenopptakelse. Det er nok at resultatet med sikkerhet kan fastslås å ville blitt et annet. Teorien er likevel samstemt i å innfortolke et vilkår om at avgjørelsen ville avveket ikke uvesentlig fra den gamle (Hov I side 491 – 492, Schei side 1099 og Skoghøy side 964). Utvalget foreslår dette lovfestet som vilkår for gjenåpning, se utkastet § 13-5 (3). Det er ikke intensjonen å foreslå noe bestemt krav til verdien av tvistegjenstanden i likhet med det som gjelder som vilkår for anke. At resultatet

endres fra medhold til ikke medhold i et krav, er en endring av betydning selv om kravet er lite. En bagatellmessig justering av et erstatningsbeløp eller en grense mellom to eiendommer, er imidlertid ikke nok.

Hvis det innføres adgang til gjenåpning også på grunn av etterfølgende faktiske forhold, er det grunn til å kreve en mer vesentlig endring. Det vises om dette til II.15.6.4.11.

#### 15.6.4.5 *Minimumskrav til betydningen av en gjenåpningsgrunn*

Etter gjeldende rett stilles det forskjellige krav til sannsynlighet for at et forhold som påberopes som grunnlag for gjenopptakelse, har hatt betydningen for det utfall saken fikk. Gjenopptakelse på grunn av nye kjensgjerninger eller bevis etter tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6 forutsetter at avgjørelsen åpenbart, dvs. nødvendigvis, ville blitt en annen dersom forholdet hadde vært kjent da saken ble behandlet. For gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 405 på grunn av blant annet inhabilitet hos dommeren, kreves det bare at det er grunn til å anta at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen. I dette ligger at en reell mulighet er nok, uten at det kreves så mye som sannsynlighetsovervekt. Et sted imellom ligger tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 1 og 3, hvor det som vilkår for gjenopptakelse på grunn av slike straffbare forhold kreves at «det er grunn til å anta at dette har hatt innflytelse på avgjørelsen». I dette ligger et krav om sannsynlighetsovervekt. Samme vilkår gjaldt opprinnelig ved gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 405. Endringen skjedde i 1985 i forbindelse med ikrafttreddelsen av straffeprosessloven av 1981, der § 390 stiller det samme krav til reell mulighet for gjenopptakelse av denne grunn.

Etter lovendringen i 1985 er det blitt dårlig sammenheng mellom tvistemålsloven § 405 og § 407 nr. 1 og 3. Det bør ikke stilles strengere krav til sannsynliggjøring av årsakssammenheng ved gjenåpning på grunn av at dommeren har gjort seg skyldig i en straffbar handling med hensyn til saken, eller på grunn av at motparten har gitt falsk forklaring, enn det kreves når dommeren var inhabil. Det ville vært mer nærliggende at en eventuell forskjell gikk den andre veien. Slik er det også i straffesaker, hvor det følger av straffeprosessloven § 391 nr. 1 at gjenopptakelse til gunst for siktede på grunn av slike straffbare handlinger som er omfattet av tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 1, kan kreves «med mindre det kan anses utelukket at dette har innvirket på dommen til skade for siktede».

Etter utvalgets oppfatning bør det som nedre

grense for gjenåpning på grunn av rettergangsfeil kreves at det er en rimelig mulighet for at forholdet har hatt betydning, dvs. at avgjørelsen ville blitt en annen dersom feilen ikke var begått. Utvalget finner det imidlertid ikke nødvendig å foreslå en egen regel om dette i tillegg til den alminnelige begrensingsregel i lovutkastet § 13-5(3). Hvis det ikke er en rimelig mulighet for at forholdet hadde betydning for avgjørelsen, vil det måtte antas at en ny behandling av saken ikke vil lede til en endring av betydning.

For gjenåpning på grunn av nye bevis eller andre feil ved avgjørelsens innhold, er det fortsatt grunn til å stille strengere krav til betydningen av gjenåpningsgrunnen. Utvalget kommer tilbake til dette nedenfor i II.15.6.4.10.

#### 15.6.4.6 *Forhold som har eller kunne vært påberopt under saken*

##### 15.6.4.6.1 *Hovedregel*

Gjenåpning skal bare kunne kreves på grunn av nye omstendigheter. Forhold som har vært påberopt under sakens ordinære behandling, men uten å føre frem da, kan heller ikke gi adgang til gjenåpning. En alminnelig regel om dette er inntatt i lovskissen § 13-5(1) første punktum. Hvilken betydning det skal tillegges at forholdet har vært påberopt i anke som er nektet, eller i begjæring om oppfriskning, behandles nærmere nedenfor i II.15.6.4.6.2 og II.15.6.4.6.3.

Heller ikke forhold som vedkommende burde ha påberopt under sakens ordinære behandling forrige gang, bør gi adgang til gjenåpning. Dette svarer til gjeldende rett som er kommet til uttrykk i tvistemålsloven § 405 annet ledd, § 406 annet punktum og § 407 annet ledd annet punktum. I lovskissen § 13-5(2) er denne alminnelige skranke for gjenåpning foreslått videreført. Prinsippet gjelder både forhold som kunne vært påberopt under behandlingen av saken i samme instans, og forhold som kunne vært påberopt ved bruk av rettsmidler. I den utstrekning prosessreglene tillater det, bør sakens normale behandlingsspor ha fortrinn, mens gjenåpning som ekstraordinært rettsmiddel er subsidiært.

##### 15.6.4.6.2 *Nærmere om forholdet til anke*

Har parten unnlatt å påberope forholdet i anke, bør adgangen til gjenåpning være avskåret også i de tilfellene anken bare kunne fremmes med samtykke fra ankeinstansen. Dette er i samsvar med gjeldende rett. Som utvalget straks kommer til, sten-

ger det riktignok ikke for gjenåpning at samtykke til anke nektes. Poenget er at parten har adgang til å gjøre forholdet gjeldende på sakens normale behandlingsspor. Selv om han ikke har noe rettskrav på å få det realitetsbehandlet der, går retten til å påberope feilen tapt om han ikke en gang forsøker.

Hvis parten derimot har påberopt forholdet i anke, men uten å oppnå at anken ble fremmet til ordinær realitetsbehandling, følger det av rettspraksis at man må foreta en nyansert vurdering. Dersom anken er avvist på grunn av manglende ankesum, eller samtykke til anke uavhengig av ankegenstandens verdi er nektet i medhold av tvistemålsloven §§ 356 til 357, er adgangen til gjenopptakelse i behold. Det vises til Rt. 1994 side 548 og Schei side 1100. Det samme gjelder dersom anken er nektet fremmet i medhold av tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 2 på grunn av betydningen av bevisumiddelbarhet eller etter § 373 tredje ledd nr. 4 på grunn av at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold gir grunn til at anken blir prøvd av Høyesterett. I enkelte tidligere avgjørelser har det vært lagt til grunn at det ikke er adgang til gjenopptakelse hvis anken har vært nektet fremmet etter § 373 tredje ledd nr. 4, men standpunktet har vært kritisert i teorien (Schei side 1102 – 1103). I kjennelse av 6. oktober 1999 (518K/1999) avgjorde kjæremålsutvalget at adgangen til gjenopptakelse av lagmannsrettens dom er i behold i et slikt tilfelle. Det ble ikke uttalt at man fravek de tidligere avgjørelsene, men dette var utvilsomt tilsiktet.

På den annen side stenger det for gjenopptakelse av lagmannsrettens dom at Høyesteretts kjæremålsutvalg har nektet anken fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1 eller nr. 3. Ved nektelse etter nr. 1 har kjæremålsutvalget ved å finne det klart at anken ikke kan føre frem, realitetsbehandlet den grunn som var påberopt. Grunnlaget for nektelse etter nr. 3 er at parten ikke har sannsynliggjort at det var uten hans skyld at nye påberopte beviser ikke ble ført for lagmannsretten. Det følger da av avgjørelsesgrunnlaget at bevisene kunne vært gjort gjeldende under sakens behandling for lagmannsretten, slik at tvistemålsloven § 407 annet ledd annet punktum stenger for gjenopptakelse.

Utvalget er enig i de løsninger som er lagt til grunn i rettspraksis i anketilfellene. Disse må imidlertid tilpasses utvalgets forslag til anke regler. Etter dette utkastet er det i allmennprosess bare når lagmannsretten har nektet anken fremmet i medhold av § 11-13(2) fordi det finnes klart at den ikke vil føre frem, at beslutningen vil stenge for gjenåpning av tingrettens dom.

Forutsetningen for at adgangen til gjenåpning skal være i behold etter at anken er nektet fremmet, er at parten ikke burde gjort grunnlaget gjeldende allerede under den ordinære behandlingen i førsteinstansen med den følge av retten til gjenåpning er forspilt i medhold av § 13-5(2).

#### 15.6.4.6.3 *Forholdet til oppfriskning*

Forholdet til rettsmidlet oppfriskning etter utkastet til regler om feil og forsømmelser i rettergangen krever en særlig drøftelse fordi dette rettsmidlet har fått et annet innhold etter utkastet enn det har etter tvistemålsloven. Oppfriskning etter reglene i lovutkastet kapittel 22 må karakteriseres som et alminnelig rettsmiddel mot de prosessuelle forsømmelser som medfører at saken avsluttes til ugunst for den forsømmelige part enten ved at hans saksanlegg avvises ved forfallskjennelse etter § 22-5 eller at saken avgjøres i realiteten ved forfallsdom etter § 22-6.

Etter tvistemålsloven er oppfriskning et ordinært rettsmiddel mot uteblivelsesdommer. En part som kunne begjært oppfriskning, har hatt mulighet for å gjøre feilen gjeldende under saken og kan ikke begjære gjenopptakelse. Dette er sagt uttrykkelig i tvistemålsloven § 406 annet punktum, som spesielt gjelder uteblivelsestilfeller, men må antas å gjelde som generell begrensning. Etter utkastet må løsningen bli den samme når parten har unnlatt å begjære oppfriskning mot en forfallsdom.

Etter gjeldende rett er det derimot ikke til hinder for gjenopptakelse at et forhold også kan påberopes som grunnlag for oppreisning for oversittelse av ankefristen, eller fristen for å begjære oppfriskning mot en uteblivelsesdom. Som nevnt ovenfor, overlapper disse rettsmidlene hverandre. Spørsmålet stiller seg etter utvalgets oppfatning annerledes når anvendelsesområdet i tid for rettsmidlet oppfriskning innskrenkes til én måned etter utløpet av den ordinære rettsmiddelfrist, slik det er foreslått i § 22-9 i lovkissen. Oppfriskning får i disse tilfellene funksjon av et tilbygg til de ordinære rettsmiddelfristene som gjør det mulig i en kort periode etter utløpet av disse å bringe saken tilbake på sitt normale behandlingsspor. Det er da etter utvalgets oppfatning best i samsvar med grunntanken om dette behandlingssporets fortrinn, at oppfriskning må forsøkes først. Det gir også den lovteknisk enkleste løsningen at forhold som burde vært påberopt ved begjæring om oppfriskning, alltid stenger for senere gjenåpning. Regelen blir dermed den samme som ved anke. Dette fremgår uttrykkelig av utkastet til § 13-5(2).

Neste spørsmål er hvilken betydning det skal

tillegges at oppfriskning nektes når forholdet har vært påberopt. Dette kan sammenliknes med situasjonen når samtykke til anke nektes eller en anke nektes fremmet, jf. II.15.6.4.6.2 ovenfor. Selv om vilkårene for oppfriskning og gjenåpning ikke er kongruente, og oppfriskning er undergitt en mer skjønnsmessig vurdering etter § 22-8(1) i lovutkastet, er det etter utvalgets oppfatning ikke tenkelig at adgangen til gjenåpning vil rekke lenger og gi en part rett til ny prøving av saken i tilfeller hvor vilkårene for oppfriskning ikke finnes å være til stede. Hensett til at en avgjørelse om å forkaste begjæringen om oppfriskning vil kunne overprøves fullt ut, finner utvalget at de beste grunner taler for at et endelig avslag på en oppfriskningsbegjæring bør stenge for gjenåpning på samme måte som når en anke er nektet fremmet av realitetsgrunner. Lovutkastet § 13-5(1) annet punktum er ment å dekke dette, idet grunnen i et slikt tilfelle anses forkastet ved den ordinære behandling av saken.

#### 15.6.4.7 *Gjenåpning på grunn av feil ved rettergangen*

Utvalget ser ikke grunn til å foreslå vesentlige endringer i reglene om hvilke saksbehandlingsfeil eller andre feil ved rettergangen som kan begrunne gjenåpning. Det vises til kommentarene til lovutkastet § 13-3.

Det fremgår ikke av tvistemålsloven hvilken grad av sannsynlighet som kreves for å legge til grunn at det er begått en straffbar handling, når dette påberopes som grunnlag for gjenopptakelse. Det er vanlig antatt at det må foreligge en rimelig sannsynlighetsovervekt for dette når spørsmålet prejudisielt avgjøres ved prøvingen av begjæringen om gjenopptakelse. Det vises til Rt. 2000 side 1285 om tilsvarende tema ved begjæring om gjenopptakelse av straffesak etter straffeprosessloven § 391 nr. 1. Etter utvalgets oppfatning kan det være betenkelig av hensyn til uskyldspresumsjonen, som blant annet er vernet i EMK artikkel 6(2), at en domstol som begrunnelse for å tillate gjenåpning uttaler at en bestemt person «har begått» en straffbar handling uten at vedkommendes straffeskyld er konstatert. Betenkelighetene forsterkes ved at man krever mer enn sannsynlighetsovervekt for å legge dette til grunn. Utvalget foreslår derfor å bruke mistanke om straffbar handling som kriterium. Ved å kreve skjellig grunn til mistanke forankres vurderingen i et tema som er velkjent i straffeprosessen. Det ligger i dette etter etablert rettsoppfatning et krav om sannsynlighetsovervekt for begått straffbar handling, men ikke noen kvalifisert sådan.

Samme kriterium er for øvrig brukt som vilkår for konkursskarantene etter konkursloven § 142 første ledd nr. 1.

Utvalgets forslag til regler om gjenåpning på grunn av mistanke om straffbare handlinger i forbindelse med saken er utformet i lovskissen § 13-3(1) (b) og (c).

Etter tvistemålsloven § 412 fjerde ledd vil et straffbart forhold vedkommende er frifunnet for, ikke kunne påberopes som grunnlag for gjenopptakelse. Straffedommen har derfor en begrenset rettskraftvirkning for dette spørsmålet. Utvalget er enig i begrensningen, som foreslås videreført i lovskissen § 13-3(2). En fellende straffedom vil ikke være formelt bindende, men vil være et svært tungtveiende bevismoment hensett til den atskillig strengere bevisbyrde i straffesaken.

Etter tvistemålsloven § 412 tredje ledd kan retten henstille til påtalemyndigheten om å innlede undersøkelse av beskyldninger om straffbare forhold som påberopes som grunnlag for gjenopptakelse, og utsette behandlingen av begjæringen i påvente av utfallet. Dette er en saksbehandlingsregel som er foreslått videreført i utkastet § 13-8(2) annet punktum.

Utvalget har vurdert om adgangen til å begjære gjenåpning på grunn av en beskyldning om straffbar handling bør gjøres betinget av at parten ved å anmelde forholdet til politiet først har gjort sitt for å sørge for avklaring av grunnlaget for mistanken. Dette måtte i tilfelle avbryte fristen for gjenåpning, slik at den først løper fra det tidspunkt det foreligger en avgjørelse.

Utvalget anser spørsmålet noe tvilsomt. Et krav om anmeldelse kan bidra til å få grunnlaget for gjenåpning bedre avklart på forhånd. Anmelderansvaret vil kunne hindre enkelte ufunderte beskyldninger. På den annen side kan det ha uheldige virkninger å fremtvinge anmeldelser. Dette kan medføre øket publisitet om saken og forsterke skadevirkningene for den som uberettiget utsettes for beskyldningen. Erfaringsmessig er det grunn til å tro at beskyldninger om straffbare handlinger som grunnlag for gjenåpning sjelden vil ha noe for seg, og en ikke ubetydelig andel vil formodentlig kunne forkastes summarisk etter regelen som er foreslått i utkastet § 13-9. For motparten må det som regel antas å være en fordel så tidlig som mulig å bli kjent med at parten vil begjære gjenåpning.

Utvalgets foreløpige standpunkt er at det ikke bør oppstilles et generelt vilkår om anmeldelse forut for begjæring om gjenåpning på grunn av straffbar handling. Det gjelder heller ikke noe slikt vilkår for å begjære gjenopptakelse av en straffesak på grunn av straffbar handling. Man er til-

strekkelig hjulpet med rettens adgang til å anmode om etterforskning. Behandlingen av gjenåpningsbegjæringen vil kunne stanses inntil resultatet av anmodningen foreligger.

Utvalget foreslår en regel om adgang til gjenåpning dersom det i klagesak mot Norge for internasjonalt organ er konstatert at saksbehandlingen har krenket menneskerettighetene, som er i samsvar med den nylig vedtatte tilføyelsen i tvistemålsloven § 407 nr. 7 bokstav b. Spørsmålet om gjenåpning på grunn av brudd på folkeretten behandles samlet i II.15.6.4.9 nedenfor.

Hvilke krav som bør stilles til betydningen av en feil, er behandlet i II.15.6.4.5.

#### 15.6.4.8 Uriktig rettsanvendelse

At dommen er basert på feil rettsanvendelse, gir etter gjeldende rett ikke grunnlag for gjenopptakelse. Dette gjelder både når dommen er uriktig ut fra det rettskildebildet som forelå da den ble avsagt, og når rettskildebildet har endret seg i ettertid, f. eks. på grunn av en ny høyesterettsdom. Det vises til II.15.2.3 ovenfor og behandlingen av dette temaet i II.14.2.3.5.12, om rettskraft. Som nevnt i drøftelsen av rettskraft, vil det med forbehold for rene unntakstilfeller heller ikke være grunnlag for ny rettssak i slike tilfeller.

En straffesak kan i medhold av straffeprosessloven § 392 første ledd gjenopptas til gunst for domfelte «når Høyesterett har fraveket en lovtolkning som den tidligere har lagt til grunn, og som dommen bygger på.» Retten skal vurdere om det er tilstrekkelig grunn til gjenopptakelse uten at domfelte har noe rettskrav på dette. Vurderingstemaet er etter forarbeidene om det ville virke støtende om dommen blir stående etter at Høyesterett har skiftet mening, se Straffeprosesslovkomitéens innstilling (1969) side 343 og Bjerke og Keiserud side 943 – 944. I tillegg gjelder det etter straffeprosessloven § 392 annet ledd en generell regel om gjenopptakelse til gunst for domfelte «når særlige forhold gjør det tvilsomt om dommen er riktig, og tungtveiende hensyn tilsier at spørsmålet om siktetes skyld blir prøvd på ny».

At avgjørelsen bygger på korrekt rettsanvendelse, er noe som etter utvalgets oppfatning må søkes oppnådd ved sakens ordinære behandling. Det ville svekke dommens egenskap av endelig løsning av tvisten sterkt dersom uriktig rettsanvendelse i alminnelighet skulle begrunne gjenåpning. At rettsanvendelsen er feil, er en omstendighet partene i tilfelle må gjøre gjeldende ved anke.

I sivile saker finner utvalget ikke at det bør gis regler om gjenåpning i tilfeller som nevnt i straffe-

prosessloven § 392. I straffesaker gjelder regelen bare til gunst for domfelte, og er begrunnet i de særlige rettfjerds- og rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende på dette området. I sivile saker er partskonstellasjonene såvidt forskjellige at det ikke godt lar seg gjøre å formulere en generell regel til gunst for én part. I sivile saker om temaer der spesielle hensyn tilsier at adgangen til ny prøving bør være videre, er dette lovteknisk gjennomført ved at rettskraftvirkningene er begrenset ved regler om adgang til å reise endringssak. En regel som straffeprosessloven § 392 første ledd ville i sivile saker medføre at enkelte høyesterettsdommer gis tilbakevirkende kraft for rettskraftig avgjorte saker. Dette vil kunne ha nokså store og uoversiktlige konsekvenser og vil kunne virke som en sperre mot ønskelige reformer.

#### 15.6.4.9 Gjenåpning ved brudd på folkeretten

Det vises til redegjørelsen for problemstillingen i II. 15.3.2 og II.15.5.2. Spørsmålet om hvilken adgang det bør være til gjenåpning av avgjørelser i tilfelle av brudd på folkeretten drøftes videre her. Det vises også til II.14 om rettskraft, der spørsmålet om rettskraftvirkningene av avgjørelser av Den europeiske menneskerettsdomstolen er behandlet i II. 14.2.3.7.11 og II.14.4.3.4.

Twistemålsloven § 407 første ledd nr. 7 gir i dag bare rett til gjenopptakelse av avgjørelser som er basert på uriktig anvendelse av folkeretten og bare når dette er konstatert av en internasjonal domstol eller FNs menneskerettskomité i en avgjørelse i sak mot Norge. Etter lovendringen 15. juni 2001 kan det også gi grunnlag for gjenopptakelse at saksbehandlingen ved norsk domstol har vært i strid med en folkerettslig regel Norge er bundet av. Ved vurderingen av endringsbehov er det også grunn til å sondre mellom avgjørelser som etter sitt innhold er basert på uriktig rettsanvendelse, og avgjørelser som er truffet etter en konvensjonsstridig saksbehandling.

##### 15.6.4.9.1 Uriktig anvendelse av folkeretten

Utvalget finner det klart at adgangen til gjenåpning ved folkerettsbrudd iallfall må videreføres i de tilfellene tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 7 omfatter. Bestemmelsen må anses å oppfylle retningslinjene i Europarådets rekommandasjon R (2000) 2 for de tilfellene hvor den påklagete nasjonale avgjørelsen etter sitt innhold er i strid med en dom av Den europeiske menneskerettsdomstolen. Det som er mer problematisk er femårsfristen for gjenopptakelse etter tvistemålsloven § 408 annet ledd, som

kan være utløpt når saken er ferdig behandlet ved EMD. Fristen vil imidlertid bli foreslått forlenget, se II.15.5.4.11 og lovskissen § 13-6.

Utvalget er enig i den nylig vedtatte lovendringen, som gjør at adgangen til gjenåpning er utvidet til også å omfatte uttalelser fra FNs menneskerettskomité i klagesaker mot Norge. Dette er naturlig i lys av at komitéen behandler individuelle klagesaker etter FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP), og at denne konvensjonen ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 er gjort til gjeldende norsk rett. Selv om menneskerettskomitéens uttalelser ikke er folkerettslig bindende for Norge slik som en dom av EMD, er det grunn til å tro at uttalelsen vil være så tungtveiende at forskjellen ikke bør være avgjørende for retten til gjenåpning.

Departementet ga i notatet av 1996 uttrykk for tvil om utvidelsen også burde omfatte uttalelser fra FNs torturkomité eller FNs rasediskrimineringskomité og utformet et alternativt forslag basert på dette. Etter utvalgets oppfatning er det best i samsvar med de avveininger som ble foretatt ved menneskerettsloven, at disse ikke inkluderes foreløpig. For de områdene konvensjonene dekker, må de generelle konvensjonene EMK og SP antas å gi et fullgodt vern. Dersom ytterligere konvensjoner blir inkorporert senere, er det naturlig å vurdere en utvidelse av adgangen til gjenåpning.

Det kan reises spørsmål ved om den vesentlige begrensning at det må foreligge en avgjørelse i samme saksforhold, bør opprettholdes. Dette vilkåret fremgikk uttrykkelig av § 407 nr. 7 før lovendringen 15. juni 2001, og det følger av forarbeidene at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring selv om vilkåret ikke lenger står like klart i § 407, jf. Ot. prp. nr. 70 (2000-2001) side 71. Utvalget er kommet til at svaret bør bli bekræftende. En alminnelig adgang til gjenåpning som følge av brudd på folkeretten, eller mer begrenset, ved brudd på de menneskerettskonvensjonene som er inkorporert som norsk rett, ville føre for langt. Innenfor rammen av det nasjonale domstolssystemet bør den alminnelige regel om at uriktig rettsanvendelse ikke gir grunnlag for gjenåpning, slå gjennom. Begrunnelsen for at man gjør unntak og tillater gjenåpning når det ved behandling på internasjonalt nivå er konstatert en krenkelse, er at staten har plikt til å sørge for effektiv gjennomføring av avgjørelsen på nasjonalt plan ved å rette krenkelsen der dette er mulig.

Det ville i og for seg vært ønskelig å ha en mulighet for å rette krenkelsen i forkant og følger også av EMK artikkel 13 at staten er forpliktet til å stille til rådighet et effektivt redskap (effective



remedy) mot krenkelser på nasjonalt nivå. Denne plikten er vanskelig å oppfylle fullt ut i de tilfellene krenkelsen skjer ved domstolsbehandlingen. Partenes krav på tilgang til et effektivt redskap mot menneskerettsbrudd ved selve domstolsbehandlingen må primært ivaretas ved utformingen av reglene om de ordinære rettsmidler. Disse reglene gjør det mulig å få overprøvd alle rettsspørsmål, også spørsmål om folkerettens anvendelse, ved Høyesterett. Det kan ikke antas å følge av EMK art. 13 at en part i tillegg har krav på å få en pretensjon om krenkelse realitetsbehandlet ved gjenåpning. En slik revisjonsordning ville svekke domstolsavgjørelses rettskraftvirkning vesentlig. Selv om begjæringer som ikke har noe for seg, vil bli forkastet i realiteten, vil en alminnelig adgang til å få begjæringen behandlet kunne påføre motparten atskillig ulempe og kostnader.

En regel om gjenåpning på grunn av uriktig anvendelse av folkeretten etter mønster av tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 7 er foreslått i utkastet § 13-4(b).

#### 15.6.4.9.2 Konvensjonsstridig saksbehandling

Utvalget er enig i at det er behov for en adgang til gjenåpning også i tilfeller hvor saksbehandlingen er konvensjonsstridig, slik tvistemålsloven § 407 nr. 7 bokstav b nå åpner for. Dette er i samsvar med Europarådets rekommandasjon R (2000) 2 omtalt i II.15.5.2. I henhold til rekommandasjonen bør det være adgang til gjenåpning dersom krenkelsen består i en så vesentlig saksbehandlingsfeil at det gir opphav til alvorlig tvil med hensyn til utfallet av saken.

Adgangen til gjenåpning på grunn av saksbehandlingsfeil bør avgrenses etter samme kriterier som adgangen til gjenåpning av avgjørelser som bygger på uriktig rettsanvendelse. Som vilkår for gjenåpning bør det kreves at krenkelse er konstatert i individuell klagesak mot Norge i samme saksforhold. For tiden er problemstillingen bare aktuell for avgjørelser av EMD og FNs menneskerettighetskomité. I praksis vil det særlig være ved brudd på retten til rettferdig rettergang (fair trial) i EMK artikkel 6 eller SP artikkel 14 at behovet for gjenåpning oppstår. I § 13-3(1)(d) er det foreslått en bestemmelse med dette innholdet. Avgrensningen av virkeområdet svarer til den nåværende tvistemålsloven § 407 nr. 7 bokstav b.

Spørsmålet om gjenåpning bør tillates ved menneskerettsstridig saksbehandling på nasjonalt plan, uten at krenkelse er konstatert på overnasjonalt nivå, bør etter utvalgets oppfatning besvares på samme måte som for avgjørelser som etter sitt inn-

hold hevdes å krenke folkeretten. I utkastet § 13-3 har utvalget spesifisert direkte hvilke rettergangsfeil som bør begrunne gjenåpning. Flere av disse feilene er også av en slik karakter at de representerer brudd på EMK artikkel 6.

#### 15.6.4.10 Nye opplysninger om faktiske forhold

Kjerneområdet for reglene om gjenåpning er nye opplysninger om faktiske forhold som er egnet til å underbygge at dommen var uriktig. Vilkaene for gjenopptakelse etter tvistemålsloven følger av § 407 første ledd nr. 6, som er omtalt i II.15.2.3. Ved utformingen av nye regler er det særlig grunn til å vurdere både avgrensningen til faktiske forhold som forelå som en realitet på det tidspunkt avgjørelsen ble truffet, og kravet til betydningen av det nye materialet.

Som påpekt særlig i drøftelsen av rettskraft i II.14, må reglene om gjenåpning og om adgangen til ny sak om forhold som ikke omfattes av rettskraften tilpasses hverandre slik at reglene gir en hensiktsmessig samlet regulering av rettsavgjørelses bindende virkning. Når det påberopes en ny omstendighet som grunnlag for endring av den rettsstilling som følger av en rettskraftig dom, er i utgangspunktet tre muligheter åpne; at forholdet dekkes av rettskraften, men gir grunnlag for gjenåpning, at forholdet ikke omfattes av rettskraften og kan gjøres gjeldende i nytt søksmål, og endelig at forholdet verken gir grunnlag for gjenåpning eller ny sak. Nye rettslige argumenter faller med få unntak i den siste kategorien.

Utvalget finner det klart at det iallfall ikke er grunn til å innskrenke adgangen til gjenåpning på grunn av nye opplysninger i forhold til gjeldende rett. Det er mer nærliggende å stille spørsmål om ikke adgangen er for snever, spesielt når man tar hensyn til at adgangen til oppfriskning (oppreisning etter domstolloven) innskrenkes. Det vises til II.15.6.4.2 om sammenhengen mellom de materielle vilkårene og fristene for gjenåpning.

For opplysninger om faktiske forhold som forelå som en realitet da saken ble avgjort, enten det er tale om rettsstiftende kjensgjerninger (rettsfakta eller påstandsgrunnlag etter terminologien i lovutkastet § 5-2) eller nye bevis, er utvalgets standpunkt at adgangen til gjenåpning bør utvides noe, også i tid, idet dagens lengstefrist på fem år bør forlenges og de materielle vilkårene lempes noe. Om fristen vises til II.15.6.4.12 og lovutkastet § 13-6.

Etter utvalgets oppfatning er det for strengt å kreve at de nye opplysninger, sammenholdt med det materiale som forelå i saken fra før, nødvendigvis må lede til en endring. Det er tilstrekkelig

å kreve en høy grad av sannsynlighet for dette. Utvalget foreslår som nytt kriterium at avgjørelsen høyest sannsynlig ville blitt en annen.

Itråd med de generelle synspunkter i II.15.6.4.1, II.15.6.4.3 og II.15.6.4.4 bør det imidlertid ikke være tilstrekkelig at avgjørelsen på det tidspunkt den ble truffet, ville blitt en annen. Saken bør ikke kunne gjenåpnes dersom det må antas at en ny behandling vil lede til en endring av betydning, også hensett til tidsforløpet og motpartens innrettelse etter dommen. Det vises til forslaget om tilleggsvilkår i § 13-5(3) og merknadene til den bestemmelsen.

Et forslag til ny regel om gjenåpning på grunn av nye opplysninger om faktiske forhold som forelå på avgjørelsestidspunktet er formulert i lovutkastet § 13-4(a).

#### 15.6.4.11 Særlig om etterfølgende omstendigheter

Etter gjeldende rett vil etterfølgende omstendigheter ikke gi grunnlag for gjenåpning, men kan i visse tilfelle påberopes i ny sak. Det vises til II.14.2.3.5.12 om rettskraft.

Etter utvalgets oppfatning er ikke rettstilstanden fullt ut tilfredsstillende på dette området. Det vises til vurderingene i II.15.4.3.2. En svakhet i seg selv er at adgangen til ny sak etter gjeldende rett er meget usikker. Det er bare én høyesterettsavgjørelse som uttrykkelig bygger på at det er adgang til nytt søksmål. I kjennelsen i Rt. 1999 side 1916, som er omtalt i II.14.2.3.5.13, ga fire av dommerne uttrykk for den forutsetning at det ville være adgang til å reise ny sak i et tilfelle hvor gjenopptakelse av et naturfredningsskjønn ble nektet på grunn av at det var en etterfølgende omstendighet som ble påberopt. Standpunktet var rent konkret begrunnet.

I juridisk teori har det vært vanlig å søke veiledning i den alminnelige lære om at rettskraften ikke omfatter etterfølgende rettsfakta. Dommen avgjør med bindende virkning rettsstillingen mellom partene på det tidspunkt saken opptas til avgjørelse. Faktiske omstendigheter som etter dette tidspunkt endrer rettsstillingen, omfattes ikke av rettskraften og kan gjøres gjeldende i en ny sak uten at man går den forrige dommen for nær. Denne avgrensning av rettskraften i tid er naturlig, og utvalget foreslår ikke noen endring for så vidt.

Synspunktet nye rettsfakta gir imidlertid liten veiledning i de tilfellene dommen er basert på en vurdering av fremtidige forhold, og denne vurderingen viser seg ikke å holde stikk. Som utvalget inngående har drøftet II.14 om rettskraft, mangler man i dag alminnelige rettsregler om betydningen

av endrete forhold eller bristende forutsetninger for forpliktelser fastsatt ved dom. Utvalget har i drøftelsen av rettskraft gitt uttrykk for at problemet ikke hensiktsmessig kan løses ved hjelp av rettskraftreglene, men at man kan tenke seg enten en utvidelse av adgangen til gjenopptakelse etter tvistemålsloven eller nye materielle rettsregler om revisjonsadgang på de mest aktuelle områder. Man kan også tenke seg en kombinasjon.

Utvalget er i sterk tvil om hvilken løsning som bør foretrekkes. Fordelen med en regulering gjennom reglene om gjenåpning, er at reguleringen blir generell, slik at man unngår ubegrunnet forskjellsbehandling mellom beslektete typer krav på ulike rettsområder. Det er også saklig sett en sammenheng mellom reglene om adgang til revisjon av dommer på grunn av uriktige faktiske forutsetninger, som tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6 i dag direkte gjelder, og en adgang til revisjon på grunn av bristende faktiske forutsetninger. I avtaleloven § 36, som er den alminnelige regel om revisjon av avtaleforpliktelser på formuerettens område, sondres det ikke mellom opprinnelig og etterfølgende forutsetningssvikt. Denne bestemmelsen vil komme til anvendelse på rettsforlik på formuerettens område. En regulering gjennom gjenåpningsreglene gir også bedre mulighet for å sile fra de begjæringer som ikke har noe for seg, og som bør stanses på et tidlig tidspunkt, enn de alminnelige prosessreglene som innebærer at saksøkerens pretensjon om faktiske forhold av betydning for søksmålsadgangen, skal legges til grunn med mindre pretensjonen er åpenbart uriktig.

Utvalget har nedenfor skissert hvordan en slik generell regel om gjenåpning kunne vært utformet og innpasset som et nytt alternativ i lovutkastet § 13-4:

#### «§ 13-4 Gjenåpning kan begjæres

... hvis et avvik fra bestemte forutsetninger som avgjørelsen etter rettsforholdets art bygger på om fremtidige faktiske forhold, tilsier at avgjørelsen åpenbart ville blitt en vesentlig annen, og tungtveiende hensyn tilsier at parten gis adgang til å kreve avgjørelsen endret.»

På den annen side gir materielle revisjonsregler mulighet for mer skreddersydd og nyansert regulering av vilkårene for endring av avgjørelser av krav på bestemte rettsområder, og gjør det mulig å se vilkårene for revisjon av dommer i sammenheng med vilkårene for endring av oppgjør basert på avtale mellom partene. Generelle regler om gjenåpning på grunn av etterfølgende omstendigheter, innebærer en prinsipiell utvidelse av anvendelsesområdet for det ekstraordinære rettsmiddel

gjenåpning som kan vise seg å ha utilsiktede konsekvenser fordi det ikke er mulig å overskue alle typer rettsforhold og situasjoner hvor regelen kan bli påberopt. Resultatet kan derfor bli en uheldig uthuling av dommers bindende kraft, ikke minst hvis fristen for å begjære gjenåpning samtidig forlenges, noe som kan være en naturlig konsekvens. De eksempler utvalget har drøftet, hvor det kan være behov for en adgang til gjenåpning, gjelder utmåling av erstatning for fremtidstap, hvor man vil kunne gi materielle revisjonsregler.

Disse motforestillingene har vekt. Utvalget har derfor under tvil blitt stående ved ikke å fremsette et forslag til en generell regel om gjenåpning på grunn av etterfølgende omstendigheter.

Det er en vesentlig premiss for utvalgets standpunkt at det finnes andre måter å løse disse problemstillingene på. Etter utvalgets syn ville det være uheldig om man, som alternativ til en generell gjenåpningsregel, nøyer seg med bare å videreføre dagens uklare rettsstilstand der man for å unngå altfor urimelige utslag tillater nytt søksmål i enkelttilfelle, uten forankring i formulerte vilkår, og uten at man har det prosessuelle apparat behandlingsreglene for gjenåpning stiller til rådighet for å skille klinten fra hveten på et tidlig trinn.

Det ligger utenfor rammen av utvalgets mandat å utrede materielle regler om revisjon av blant annet erstatningsoppgjør for personskaade. Utvalget er heller ikke sammensatt med sikte på å gjennomføre en selvstendig utredning av dette temaet. Med dette forbeholdet vil utvalget likevel skissere et utkast til tilføyelser i skadeserstatningsloven for å illustrere hvordan en slik bestemmelse kan tenkes utformet. Forslaget har den danske personskaadeerstatningslov (lov 1986-09-08 nr. 599) som forbilde.

### § 3-1 Erstatning for skade på person

Nytt femte ledd:

Et avsluttet oppgjør om erstatning for tap i fremtidig erverv eller utgifter som personskaaden antas å påføre skadelidte i fremtiden, kan kreves opptatt til ny behandling hvis det på grunn av uforutsett forverring av skadelidtes helse må antas at han vil ha krav på en vesentlig høyere erstatning.

### § 3-2 Menerstatning

Nytt syvende ledd:

Et avsluttet oppgjør om menerstatning kan kreves opptatt til ny behandling hvis det på grunn av uforutsett forverring av skadelidtes helse må antas at han vil ha krav på en vesentlig høyere menerstatning.

De skisserte reglene vil gi en generell adgang

til endring av erstatningsoppgjør uavhengig av om oppgjøret er fastsatt ved utenrettslig avtale, rettsforlik eller dom. Utkastet hjemler bare endring til fordel for skadelidte. Denne begrensningen vil normalt falle sammen med hva som vil følge av alminnelige regler om oppgjørskorreksjon, iallfall dersom erstatningen er forbrukt. Vilråene for revisjon er at det har inntrådt en uforutsett forverring av skadelidtes helse, og at det må antas – dvs. at det er klar sannsynlighetsovervekt for – at han av denne grunn vil ha krav på en vesentlig høyere erstatning.

Den rettspraksis utvalget har vist til ovenfor viser at problemstillingen også er aktuell der det ved skjønn er utmålt erstatning for fremtidig ulempe, for eksempel i forbindelse med fredningsvedtak eller annen rådgighetsbegrensning. Også på dette feltet bør det skje en regulering av adgangen til å kreve ny behandling når vesentlige forutsetninger for erstatningsfastsettelsen viser seg ikke å slå til. Utvalget formulerer imidlertid ingen konkret skisse til regulering av dette.

### 15.6.4.12 Fristene for gjenåpning

Utvalget går inn for å videreføre ordningen med to sett frister som må overholdes for å få gjenåpnet en sak. Det må for det første gjelde en relativt kort frist for å fremsette begjæring om gjenåpning etter at parten er blitt klar over den omstendighet han begrunner begjæringen med. Etter tvistemålsloven § 408 første ledd er fristen tre måneder, men fristen begynner først sitt løp når parten har fått slik kunnskap og slike bevis for forholdet at det kan nytte å gjøre det gjeldende (Schei side 1104).

Utvalget er kommet til at fristen bør forlenges til seks måneder, men at uaktsomhet bør sidestilles med positiv kunnskap. I praksis kan det ofte være vanskelig å avgjøre når parten hadde aktuell kunnskap om gjenåpningsgrunnen. Spørsmålet blir da om han i minst seks måneder har hatt slik informasjon tilgjengelig at han burde ha skaffet seg nødvendig kunnskap. At også uaktsomhet utløser fristen, kan anses som en forlengelse av den relativt strenge undersøkelsesplikt parten har i forbindelse med bruk av rettsmidler. Omstendigheter som han burde gjort gjeldende ved anke eller begjæring om oppfriskning, kan ikke senere påberopes som grunnlag for gjenåpning, se utkastet § 13-5(1) som viderefører gjeldende rett i tvistemålsloven § 407 annet ledd annet punktum.

Seks måneder er også fristen for å fremsette klage til Den europeiske menneskerettsdomstolen etter at nasjonale rettsmidler er uttømt, og for å begjære revisjon av en dom av EMD.

Etter gjeldende rett løper fristen for gjenåpning

selv om parten først forsøker å angripe en rettskraftig avgjørelse gjennom begjæring om oppreisning for oversittelse av ankefristen eller samtykke til anke uavhengig av ankesum. Etter utvalgets utkast til regler om rettskraft, se § 21-12 og merknadene til denne, opprettholdes ikke bestemmelsen i tvistemålsloven § 161 første ledd om at avgjørelsen er rettskraftig straks i de tilfellene en anke bare kan fremmes med samtykke. Rettskraften vil etter utkastet først inntre når ankefristen er utløpt, eller når anken er avgjort ved at samtykke er nektet. Først fra dette tidspunkt vil fristen for å begjære gjenåpning tidligst begynne sitt løp.

I de tilfellene parten kan gjøre forholdet gjeldende ved å begjære oppfriskning, bør fristen for gjenåpning av samme grunn først begynne sitt løp når det er endelig avgjort at oppfriskningsbegjæringen ikke fører frem. Slik lovskissen § 13-1(1) sml. også § 13-5(2), er utformet, fremgår det med tilstrekkelig tydelighet at det overhodet ikke vil være adgang til å begjære gjenåpning før adgangen til å angripe avgjørelsen med ordinære rettsmidler er uttømt. Noe behov for å innta en uttrykkelig bestemmelse om dette i § 13-6(1), skulle det dermed ikke være.

Tvistemålsloven § 408 første ledd annet punktum har en særregel for de tilfellene begjæringen er grunnet på en straffbar handling. Fristen begynner da sitt løp når den skyldige er domfelt ved rettskraftig dom. Utvalget foreslår regelen videreført i § 13-6(1) annet punktum.

Tvistemålsloven § 408 første ledd tredje punktum inneholder en henvisning til § 360 annet ledd. Den er ikke nødvendig etter utvalgets utkast til regler om retting av mangelfulle prosesshandlinger i lovutkastet § 22-1. Begjæringen skal ikke avvises før det er gitt adgang til retting.

I henhold til tvistemålsloven § 408 annet ledd gjelder det en alminnelig lengstefrist på fem år for å begjære gjenåpning. Fristen har vært kritisert for å være for kort, slik at mulighetene for å få endret en uriktig avgjørelse avskjæres i tilfeller hvor dette er støtende. Det vises til redegjørelsen for et privat lovforslag i II.15.3.3. Femårsfristen er også for kort i tilfeller hvor saken er brakt inn for Den europeiske menneskerettsdomstolen.

Utvalget er enig i at lengstefristen bør forlenges, men finner ikke grunn til å foreslå noen særregel for det tilfelle at en dom uriktig bygger på at en part har begått en straffbar handling av en viss grovhet, som det private lovforslaget går ut på. Forslaget ville for øvrig heller ikke ha hjemlet gjenåpning etter ordinært fristutløp i den saken som foranlediget forslaget, idet resultatet var begrunnet med at et familiemedlem, ikke en part, hadde begått en straffbar handling. Etter utvalgets oppfatning bør

heller den alminnelige lengstefristen forlenges til ti år.

Ti år er lengstefristen for gjenopptakelse av dommer av EFTA- og EU-domstolen. Ti år er også fristen for foreldelse av krav fastsatt ved dom.

Unntaket fra lengstefristen for å begjære gjenopptakelse i farskaps- og nedstamningssaker foreslås videreført, men flyttet til prosessreglene i barneloven.

## **15.6.5 Behandlingsreglene**

### *15.6.5.1 Gjenåpningsdomstolen*

Utvalget har i II.15.6.2 drøftet hvilken domstol som skal behandle begjæringer om gjenåpning – og i tilfelle gjenåpningssaken dersom begjæringen tas til følge. Det vises til drøftelsen der og lovutkastet § 13-1(2) til (4).

### *15.6.5.2 Begjæringen*

Det vises til lovskissen § 13-7. De formelle krav til begjæringen er utformet etter mønster av utkastet til regler om stevningen i § 9-2 og om anke i § 11-9. I samsvar med disse reglene foreslås at begjæringen skal kunne inngis skriftlig eller muntlig, og at det ikke lenger skal være noe vilkår at en skriftlig begjæring er inngitt eller medundertegnet av advokat. Det bør ikke gjelde noe unntak for begjæringen til Høyesteretts ankeutvalg. Høyesterett har, i motsetning til de øvrige domstoler, en stab av juridiske utredere som er kvalifisert til å utføre en slik oppgave.

### *15.6.5.3 Den videre saksbehandling*

Etter utvalgets oppfatning er tvistemålslovens behandlingsregler for gjenopptakelse ikke spesielt hensiktsmessige. Det er for lite fleksibelt at begjæringen må henvises til full hovedforhandling med mindre det er åpenbart at den må avvises eller forkastes etter § 412 første ledd. Dette fører antagelig til at kompetansen til å forkaste begjæringen etter denne bestemmelsen presses i lengste laget, og at det i større utstrekning enn forutsatt legges opp til en kontradiktorisk behandling med bevisføring for § 412-avgjørelsen treffes.

Etter utvalgets oppfatning er det en bedre løsning at man i den utstrekning det er mulig avgjør begjæringen om gjenåpning særskilt, før man i tilfelle behandler gjenåpningssaken. Dette svarer til straffeprosesslovens ordning. Behandlingen bør primært kunne være skriftlig, men med mulighet for muntlig forhandling og umiddelbar bevis-

føring der dette er ønskelig. Behandlingsreglene for anker over beslutninger og kjennelser er godt egnet for formålet. I lovkissen er det derfor foreslått i § 13-8(1) at dette regelsettet skal gis anvendelse så langt det passer. Det vises til kommentarene til bestemmelsen.

Dersom saken gjenåpnes, er det naturlig at de alminnelige reglene for sakstypen får anvendelse. Dette stemmer med gjeldende rett etter tvistemålsloven § 414 annet ledd, der denne regelen er uttalt for dommer. En bestemmelse om dette er foreslått i lovtkastet § 13-8(3).

Når prosessøkonomiske hensyn tilsier at det bør forhandles i fellesskap om begjæringen om gjenåpning og om det materielle krav som er tvistegenstand, bør retten ha adgang til å bestemme felles behandling, slik det er adgang til etter tvistemålsloven § 414. Dette kan være ønskelig i tilfeller hvor det er nødvendig å bedømme betydningen av nye bevis i lys av den samlede bevisføring i saken. I utkastet § 13-8(4) har utvalget foreslått en regel om dette.

For begjæring om gjenåpning av avgjørelser ved Høyesterett har utvalget funnet behov for enkelte særregler om adgang til å henvise saken helt eller delvis til lagmannsretten. Om dette vises til II.15.6.2.4 og lovtkastet § 13-8(5).

Med den normale behandlingsordning som er foreslått for gjenåpningsbegjæring, blir det mindre behov for en regel om forenklet behandling tilsvarende tvistemålsloven § 412 første ledd. Erfa-

ringsmessig fremsettes det likevel et antall kvalifisert grunnløse begjæring. Det er også noen som aldri slår seg til ro med det utfallet saken fikk, og som gjentatte ganger fremsetter nye begjæring på samme grunnlag. Utvalget mener derfor at det er behov for en adgang til å kunne avvise eller forkaste begjæring om gjenåpning uten ytterligere behandling, dvs. uten at begjæringen forelegges motparten, og har utformet et forslag i lovtkastet § 13-9. Bestemmelsen forutsettes å bli reservert for de tilfellene hvor det er klart at det ikke er behov for ytterligere opplysninger, slik at anvendelsesområdet blir snevrere enn for tvistemålsloven § 412 første ledd, slik denne bestemmelsen er blitt praktisert.

Det vil følge av den generelle henvisning i lovtkastet §13-8(1) at begjæringen vil bli avgjort ved kjennelse, som er gjenstand for anke etter de alminnelige reglene om dette. Utvalget ser ikke noe behov for særregler om dette.

Det følger av § 21-12(2) at den domstol begjæringen om gjenåpning bringes inn for, vil kunne bestemme at rettskraften foreløpig skal bortfalle for den avgjørelse som er angrepet. Dette er i samsvar med tvistemålsloven § 162 annet ledd, som også gir adgang til suspensjon av tvangskraften. Utvalget vil også foreslå videreført adgangen til å beslutte midlertidig bortfall av tvangskraften ved bruk av rettsmidler, herunder begjæring om gjenåpning, men kommer tilbake til spørsmålet om plasseringen i drøftelsen av rettslige avgjørelser.

## Kapittel 16

### Bevis

#### 16.1 Bevis og bevisregler i sivilprosessen – noen utgangspunkter

Reglene om bevis i sivilprosessen er de regler som har betydning for fastleggelsen av det faktum avgjørelsene skal bygges på. Det er regler om retten – eventuelt plikten – til å føre bevis, om de enkelte bevismidler, om bevisføringsmåten og om bevisbedømmelsen.

Noen ganger brukes uttrykket bevis også om materiale som kan belyse innholdet av rettsregler, se tvistemålsloven § 191. Etter utvalgets mening er en slik språkbruk ikke heldig. Fremskaffelse og bedømmelsen av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er en helt annen prosess, og som hviler på andre hensyn, enn den prosessen fremskaffelsen og bedømmelsen av rettskildematerialet innebærer. Utvalget vil reservere begrepet bevis og bevisregler om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget og reglene for fremskaffelse og bedømmelse av dette. Det vil ikke si at man ikke også må ha regler om tilveiebringelse av materiale til å fastlegge rettsreglene innhold. Utvalget behandler dette i forbindelse med de generelle regler om rettens forhold til partenes prosesshandlinger.

I enkelte tilfeller vil det kunne være vanskelig å trekke skille mellom faktum og juss – mellom materiale til belysning av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget og materiale til belysning av rettsreglene. For saksbehandlingen vil slike grenseproblemer neppe volde særlige problemer, se nærmere om dette under bemerkningene til § 24-1.

Reglene om bevis er viktige. Det hjelper ikke en part at han har et faktisk grunnlag for det krav som fremmes, dersom retten ikke kan bygge på dette faktum. Det vil kunne være situasjonen f.eks. hvor parten er rettslig avskåret fra å føre bevis for det faktiske forhold på grunn av regler om bevisforbud eller hvis han er avskåret fra å føre beviset – f.eks. et dokument – fordi motparten sitter med det og ikke opplyser om det, kanskje fordi han ikke plikter å gjøre det. Det er også tenkelig at regler om bevisbedømmelsen kan medføre at retten må bygge på et annet faktum enn det korrekte, og selv

om det korrekte faktum skulle være i samsvar med bevis som er ført.

Rettsregler om bevis kan altså føre til at det blir lagt et annet faktum til grunn for avgjørelsen enn det som er korrekt. Ved utforming av rettsreglene om bevis, må man ha for øye at bevisreglene generelt må fremme materielt riktige avgjørelser. Det skal tungtveiende grunner til for å gi regler om bevis som skaper en risiko for at avgjørelsen i saken kan bli bygget på et uriktig faktisk grunnlag. Men, som utvalget kommer til, idealet om bevisregler som helt ut sikrer et fullstendig bevisgrunnlag og en korrekt bevisbedømmelse, må i noen grad vike for andre hensyn som også er viktige å ivareta i prosessen. Det gjelder blant annet enkelte regler om bevisforbud ut fra personvern-hensyn eller andre tungtveiende hensyn, og det gjelder begrensninger i bevisføringsretten gitt ut fra hensynet til proporsjonalitet mellom omfang av saksbehandlingen og sakens betydning og i noen grad også ut fra hensynet til å skape likhet mellom partene i prosessen.

Vår prosess kan, når det gjelder bevis, sies å hvile på to grunnleggende utgangspunkter. Det er prinsippet om fri bevisføring og prinsippet om fri bevisbedømmelse.

Prinsippet om fri bevisføring innebærer at partene har rett til å føre de bevis de ønsker. Denne regelen er ikke kommet direkte til uttrykk verken i tvistemålsloven eller i straffeprosessloven, men det er helt klart at det gjelder en hovedregel om fri bevisføringsrett, sml. Rt. 1990 side 1008 for straffeprosessens vedkommende. Det er som nevnt foran unntak fra denne hovedregelen, foruten lovfestede unntak også enkelte ulovfestede. Men unntakene er likevel ikke så omfattende at hovedreglen ikke innebærer en realitet. Generelt sett må det kunne sies at det som er stilt opp av unntak er begrunnet i tungtveiende hensyn, og at det som er den formelle hovedregel også er den reelle.

I prinsippet om fri bevisbedømmelse, eller fri bevisvurdering, ligger at retten etter en fri vurdering av de bevis som er ført i saken, dvs. gjennom den delen av saksbehandlingen retten skal bygge avgjørelsen på, avgjør hvilket saksforhold som skal legges til grunn for avgjørelsen.

Motsetningen til fri bevisbedømmelse er en bundet bevisbedømmelse der det gjennom lovregler er gitt anvisninger for bevisbedømmelsen, f.eks. den vekt enkelte bevis skal tillegges. Det er noen unntak fra regelen om fri bevisbedømmelse, blant annet slik at retten uten prøving skal legge til grunn et bestemt faktum, jf. som eksempel § 344 om fastsettelse av saksforholdet i uteblivelsesdommer, sml. utkastet § 22-6(2) – forfallsdommer etter utvalgets terminologi.

Noe annet enn prinsippene for bedømmelsen av bevisene er de krav til bevis som må stilles for at et bestemt faktisk forhold skal legges til grunn for avgjørelsen. Som det vil bli redegjort for under II.16.3, er hovedregelen at retten skal legge til grunn det mest sannsynlige faktum for avgjørelsen. Men dette fravikes i en del tilfeller av forskjellige grunner. Det stilles da opp krav om en mer kvalifisert sannsynlighet for at retten skal kunne bygge på et bestemt faktum. Men også i tilfeller hvor det kreves kvalifisert sannsynlighet for et faktum for at dette skal legges til grunn ved avgjørelsen, skal retten anlegge en fri bevisvurdering. Det som er situasjonen i slike tilfeller, er at retten, selv om den finner det aktuelle faktum mest sannsynlig, likevel ikke skal bygge avgjørelsen på det hvis kravet til kvalifisert sannsynlighet ikke er oppfylt. Utvalget kommer noe mer tilbake til problemstillingene omkring bevisvurdering, bevisbyrde og beviskrav under II.16.4.

Dagens regler om bevis er samlet i en egen del av loven, med et kapittel om alminnelige regler om bevisføring og bevisvurdering, egne kapitler om de ulike bevismidler og et kapittel om bevisopptak utenfor rettssak. I det store og hele er dette en hensiktsmessig systematikk og oppbygging av bevisreglene. Som utvalget kommer tilbake til, er det imidlertid grunn til også å gi reglene om bevisforbud og bevisfritak i et kapittel med generelle regler. I dag står de i kapitlet om vitnebevis. Men de er alminnelige regler i den forstand at de ikke bare gjelder for ett bevismiddel – vitnebevis, men generelt. En plassering av disse reglene i et kapittel med generelle bestemmelser, vil skape bevissthet om at de gjelder generelt, og ikke er knyttet til ett bestemt bevismiddel.

En annen viktig endring og utbygging av de alminnelige regler om bevis, som etter utvalgets mening bør gjøres, er å gi mer generelle og vidtgående regler om begrensninger i bevisføringsadgangen ut fra hensynet til proporsjonalitet – at det skal være et rimelig forhold mellom grundigheten av og omkostningene ved behandlingen, sammenliknet med den betydning tvisten har for partene, se utkastet § 24-8.

I sammenheng med en regel om begrensning i bevisføringsadgangen ut fra hensynet til proporsjonalitet, er det også grunn til å nevne at dette hensynet må få større betydning enn nå for karakteren av de bevis som kan føres og for bevisføringsmåten. I høyere grad enn i dag bør det ut fra nevnte hensyn være adgang til f.eks. å fremlegge såkalte utenrettslige erklæringer, jf. tvistemålsloven § 197, og det bør være en videre adgang til fjernavhør av parter og vitner.

I angloamerikansk rett er det regler om såkalt discovery, i de nye engelske prosessreglene kalt disclosure. Disse reglene gir partene mulighet for å få tilgang til bevismateriale i deres favør som motparten sitter med eller har kjennskap til – og som han kanskje er den eneste som har kjennskap til. Vi har elementer av dette i §§ 250 og 251. Særlig i amerikansk rett går reglene om discovery meget langt, og de legger omfattende plikter på partene, med negative virkninger i form av sterkt økte omkostninger og forsinkelser i fremdriften av saken. Utvalget vil under II.16.6 komme nærmere tilbake til reglene om discovery/disclosure. For utvalget er det klart at det ikke er aktuelt å overføre disse reglene til norsk prosess. Men det man bør forsøke, er å gi enklere og mindre omfattende og mindre kostnadsdrivende regler som i rimelig grad sikrer innsyn og åpenhet omkring bevisene, slik at de hensyn som ligger bak regelsettene om discovery/disclosure ivaretas et godt stykke på vei, men uten de åpenbare negative sider som disse reglene har.

Partsforklaringer er i dag plassert utenfor den delen av tvistemålsloven som gjelder bevis. Det er en plassering som bør endres. Etter sin karakter er en partsforklaring klart nok et bevis, og hører systematisk hjemme blant de øvrige bevismidler, se utkastet kapittel 26.

Det bør gjøres en god del endringer i reglene om de enkelte bevismidler. Utvalget kommer tilbake til dette under redegjørelsen for hvert bevismiddel.

Tvistemålsloven har i dag et kapittel om bevisopptak utenfor rettssak, jf. kapittel 20. Slike regler om bevissikring kan det være et behov for, men det kan være grunn til å gi mer generelle regler om bevissikring og klarlegging av bevis utenfor rettssak, se utkastet kapittel 31.

## 16.2 Menneskerettslige føringer for reglene om bevis – allment

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) inneholder ingen uttrykkelig regulering av

spørsmål knyttet til bevis og bevisføring i sivile saker. Flere av konvensjonens bestemmelser har imidlertid betydning. Det samme gjelder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP). Reguleringen er imidlertid for det helt vesentlige sammenfallende. Utvalget tar derfor utgangspunkt i EMK. På en rekke punkter nedenfor i notatet vil utvalget komme tilbake til føringer som EMK har gitt for utformingen av bevisreglene. Her skal bare knyttes noen bemerkninger av mer generell art, i tillegg til de generelle bemerkningene om menneskerettslige føringer for sivilprosessen som er gitt under II.4.

Helt sentralt står artikkel 6(1), med sitt krav om rettferdig rettergang, sml. SP artikkel 14(1): Reglene om bevis må være slik at de gir partene rimelige muligheter for å presentere sin sak gjennom bevisstilbud og bevisføring, se f.eks. Kraska, Series A No. 254-B og Dombo Beheer B.V., Series A No. 274. Det må være mulighet for kontradiksjon omkring bevisføringen (herunder krysskaminasjon av vitner og sakkyndige), se f.eks. Feldbrugge, Series A No. 99 og Hentricht, Series A No. 296-A. Reglene må dessuten sikre at en part ikke kommer i en vesentlig dårligere posisjon enn motparten med hensyn til muligheten for å presentere sin sak gjennom bevisføringen, og med hensyn til innsyn i det bevismaterialet som legges frem for retten («equality of arms»), se f.eks. Dombo Beheer B.V., Series A No. 274 og Kerojärvi, Series A No. 322. Om disse forhold vises det for øvrig til van Dijk og van Hoof side 428 – 438 og Harris, O'Boyle og Warbrick side 202 – 215. Det vises til II.4.3.

For så vidt gjelder de mer konkrete regler om bevis, bevisføring, bevisbedømmelse og beviskrav, står konvensjonsstatene i utgangspunktet fritt, jf. Schenk, Series A No. 140. Det gjelder f.eks. ikke noe generelt krav om bevisumiddelbarhet. Om middelbar bevisføring er konvensjonsstridig, vil bero på den generelle rettferdighetsstandard, jf. også Skoghøy side 410.

Visse yttergrenser følger likevel. Undertiden vil konvensjonen gjøre bevisavskjæring nødvendig, f.eks. hva gjelder bevis som er ervervet på en ulovlig eller klart illojal måte. Bevisforbud kan også være påkrevd for å hindre at bevisføringen i unødig grad rammer privatlivet til en part eller et vitne, jf. artikkel 8 (sml. SP artikkel 17).

I noen tilfeller vil konvensjonen dessuten forde at en part eller et vitne fritas fra plikten til å forklare seg. Det såkalte selvinkrimineringsforbudet er et eksempel i så måte, jf. artikkel 6(2) (sml. SP artikkel 14(2)). Fritak kan også være nødvendig av hensynet til partens eller vitnets privatliv, jf. artikkel 8. Hensynet til konvensjonens vern av

privatlivet tilsier undertiden også at bevisføringen må skje uten offentlighet, og at man må utvise spesiell varsomhet når det gjelder bevisføring i form av granskning av person. Endelig pekes det på at hensynet til privatlivet i artikkel 8 undertiden krever at en part gis tilgang til dokumenter og annet bevismateriale, f.eks. i det øyemed å avklare årsaks- og ansvarsforhold i forbindelse med helseskader.

For så vidt gjelder mindreårige parter og vitner, vises det også til FNs Barnekonvensjon (20. november 1989) artikkel 3. Bestemmelsen foreskriver en allmenn plikt til å ha barnets beste for øyet, herunder i forbindelse med tiltak iverksatt ved domstolene. Reglene om avhør av barn og om granskning må utformes og praktiseres med dette for øyet, særlig med henblikk på å sørge for at barnet ikke utsettes for uforholdsmessige eller uakseptable påkjenninger i sitt møte med rettsapparatet.

### 16.3 Nærmere om den frie bevisvurdering

Rettslige regler vil knytte virkninger til visse fakta. Skal et krav basert på en rettsregel kunne føre frem, må det kunne legges til grunn at de faktiske forutsetninger for å anvende regelen er til stede. Bevisføringen i en sak vil kunne etterlate et usikkert og sammensatt eller kanskje motstridende inntrykk av hva som er det faktiske forhold. I en sak om hevd av rettigheter kan det f.eks. være sprikende vitneforklaringer og kanskje også motstridende inntrykk fra åstedsbefaringen. Bevisene må da evalueres med henblikk på at saksforholdet som skal legges til grunn for avgjørelsen, kan fastsettes. Dette er bevisbedømmelsen. Vår rett bygger, som påpekt under II.16.1, på prinsippet om den frie bevisbedømmelse. Det er kommet til uttrykk i tvistemålsloven § 183, som lyder:

«Naar ikke andet er bestemt ved lov, avgjør retten etter en samvittighetsfuld prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen, hvilket saksforhold som den skal legge til grund for dommen.»

Bestemmelsen er i dag helt selvfølgelig, og den var heller ikke ny ved tvistemålsloven av 1915. I straffeprosessen gjelder også prinsippet om fri bevisbedømmelse, men noen regel om dette er ikke gitt i straffeprosessloven. Det er fordi regelen har vært ansett som selvsagt, jf. Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197.

I straffeprosessen kreves det som kjent en meget høy grad av sannsynlighet for skyld for at



tiltalte kan dømmes. I sivilprosessen vil det gjelde som en hovedregel at retten skal bygge resultatet på det faktiske forhold den finner mest sannsynlig, men også her er det viktige unntak, slik at det i mange tilfeller kreves en mer kvalifisert sannsynlighet for et faktisk forhold for at dette skal kunne legges til grunn for avgjørelsen. Men prinsippet om fri bevisbedømmelse gjelder også i disse tilfellene. Tvistemålsloven § 183 er, på samme måte som den ulovfestede tilsvarende regel i straffeprosessen, en regel for bevisbedømmelsen og ikke for beviskravet.

At bevisbedømmelsen er fri innebærer, som påpekt under II.16.1, at det ikke er regler for den vekt enkelte bevis skal tillegges. Hvor det er gitt slike vektregler, er bevisbedømmelsen bundet. I gammel norsk rett var det f.eks. krav om at bevis måtte føres på bestemte måter eller at beviset måtte føres med et minste antall vitner for at retten skulle kunne legge et faktisk forhold til grunn.

I en moderne sivilprosess er prinsippet om fri bevisbedømmelse en selvfølge. At dette også må kunne legges til grunn i en ny tvistelov er klart. Spørsmålet er egentlig bare om denne regelen er så selvfølgelig at det ikke er grunn til å lovfeste den, jf. situasjonen i straffeprosessen. Selv om regelen ville måtte legges til grunn også uten å kunne forankres i en konkret lovregel, antar imidlertid utvalget at den bør tas med som ett av flere bærende prinsipper om bevis som inntas i kapitlet med de alminnelige reglene om bevis. I gjeldende lov er det imidlertid enkelte regler som må ses som konkrete anvendelser av hovedreglen om fri bevisbedømmelse, og det er også noen regler som i større eller mindre grad avviker fra denne hovedregelen. Generelt gjelder etter utvalgets mening at der retten skal foreta en bevisbedømmelse, skal bevisbedømmelsen være fri. Det er vanskelig å se at det er grunnlag for å fravike dette. Hvis spesielle bevis bør tillegges en særlig vekt, må det være fordi det konkrete bevis etter sin karakter nettopp har en slik særlig vekt. Det kan derimot være situasjoner hvor det kan være nødvendig at retten ikke foretar noen bevisbedømmelse, men uprøvd eller bare etter en meget begrenset prøving, skal legge et faktum til grunn. Slike regler, som f.eks. gjelder det faktum retten skal bygge på i forfallsdommer (uteblivelsesdommer), vil det være grunn til å beholde. Realiteten er imidlertid at disse reglene ikke innebærer noe innhogg i den fri bevisvurdering. Det skjer ingen reell prøving av faktum.

Retten skal etter § 183 foreta bevisbedømmelsen etter en samvittighetsfull prøving av hele handlingen og bevisføringen. Det er bare de bevis som er ført i saken, og da i den delen av saksbe-

handlingen som avgjørelsen skal treffes på grunnlag av, som retten kan ta hensyn til. Det vil i saker som skal avgjøres etter muntlig forhandling, si bevis som er ført under den muntlige forhandlingen. Bevis som i slike saker kun er fremlagt eller tilbudt under den skriftlige saksforberedelse, men som ikke er ført under den muntlige forhandling, kan retten ikke trekke inn i bevisvurderingen. For saker som skal avgjøres etter skriftlig behandling, er det de bevis som er ført under denne, retten skal trekke inn i bevisbedømmelsen.

At hele «forhandlingen» inngår som grunnlag for bevisbedømmelsen, innebærer at også faktiske opplysninger retten får på annen måte enn gjennom det som i lovens del om bevis er tatt med som bevismidler, må trekkes inn. Det har blant annet den praktiske konsekvens at partsforklaringene inngår i bevisbedømmelsen. Partsforklaringer er som nevnt under II.16.1, ikke tatt med blant bevismidlene. Det er en lite god lovsystematikk, men tross systematikken er det helt klart at dette er et bevismiddel på samme måte som blant annet vitneforklaringer er det.

Det er bare bevis i saken, inklusive sak som er forent til felles behandling, som det kan tas hensyn til. Det innebærer at dommeren som hovedregel ikke kan bygge på kunnskap om saksforholdet han har fått på annen måte. Slik kunnskap kan for øvrig etter omstendighetene gjøre vedkommende dommer inhabil til å pådømme saken.

Men det er visse praktiske unntak fra dette at det bare kan bygges på bevis og kunnskap retten har fått i saken. Dommeren vil og må for det første kunne bygge på vitterlige kjensgjerninger. Der nest vil dommeren kunne bygge på sin mer generelle viten og kunnskaper, og også i atskillig grad på spesifikk fagkunnskap, noe som vil kunne være helt sentralt i saker som reiser fagkyndige spørsmål i bevisbedømmelsen, og hvor det er oppnevnt fagkyndige meddommere. Avgrensningen av hva som er vitterlige kjensgjerninger og hvilken viten som dommeren har og som ikke er fra bevisføringen i saken, men som likevel kan trekkes inn i bevisvurderingen, er ikke alltid enkel. Den sentrale problemstilling må være om det er betenkelig med henblikk på å nå et korrekt bevisresultat eller ut fra hensynet til kontradiksjon at vedkommende forhold trekkes inn i bevisvurderingen uten at det har vært anledning til å føre bevis i saken om riktigheten av det. Se nærmere om disse spørsmålene som her er behandlet Hov I side 249 – 250, Schei side 631 og Skoghøy side 647 – 648.

Innrømmelser en part gjør under saken kan, etter tvistemålsloven § 184, jf. § 185, legges til grunn uten bevis. Situasjonen er imidlertid at hvis

det foreligger en innrømmelse, vil dette selvfølgelig i seg selv være et bevis – og vanligvis et sterkt bevis. Men regelen har en viss betydning på den måten at det ikke er nødvendig at innrømmelsen kommer under selve forhandlingen for at den skal kunne legges til grunn. Det vil være tilstrekkelig at den er fremsatt under saksforberedelsen. § 184 oppfattes også slik at en innrømmelse skal ses på som et særlig sterkt bevismoment, se Hov I side 248. På dette punkt gir regelen altså i noen grad anvisning på en mer bundet bevisbedømmelse. Nå er situasjonen at hvor en part innrømmer et faktisk forhold – som da vil være i den annen parts favør – vil dette regulært måtte tillegges betydelig vekt i bevisvurderingen, rett og slett fordi det vil være meget sannsynlig at et slikt erkjent faktum er riktig. Men for å slutte dette trenger man ikke noen regel som den som er inntatt i § 184, og hvis situasjonen unntaksvis skulle ligge slik an at det i seg selv ikke er spesielt sannsynlig at det faktum som er erkjent også er riktig, er en regel som den i § 184 ikke tilstrekkelig godt begrunnet. Når det nærmere gjelder §§ 184 og 185, vises til Schei side 634 – 637 og Skoghøy side 649 – 651.

Formodninger trekkes ofte inn i bevisbedømmelsen. Det skilles mellom «naturlige formodninger» og «lovsformodninger». Det første er i virkeligheten alminnelige erfaringssetninger, f.eks. at overdragelse av fast eiendom skjer på grunnlag av skriftlig avtale, jf. Hov I side 250. Lovsformodninger er lovbestemmelser om at et faktum skal legges til grunn med mindre det etter den øvrige bevisføring må legges til grunn noe annet. I en del tilfeller er slike lovsformodninger ikke annet enn det som hadde måttet legges til grunn også etter prinsippet om fri bevisbedømmelse. Men andre regler må oppfattes slik at de krever en sannsynlighetsovervekt for å bygge på et annet faktum enn det som er presumert i bestemmelsen, se her Hov I side 271 og Skoghøy side 651 – 652. Det er også noen såkalte «uavbeviselige lovsformodninger», altså at et faktum skal legges til grunn uten mulighet for å føre motbevis. I virkeligheten er dette materielle rettsregler ikledd formen av bevisregel, se Augdahl, Civilprosess, side 110.

Utvalgets oppfatning er, som nevnt, at tvisteloven bør inneholde en regel om fri bevisvurdering, jf. utkastet § 24-2(1). Som påpekt er det en del enkeltregler i dagens lov som gir mer begrensede regler som ikke sier annet enn det som ville følge av hovedreglen, og det er også enkelte regler som – iallfall tilsynelatende – i noen grad legger opp til en mer bundet vurdering enn det som skulle følge av regelen om fri bevisbedømmelse. Slike regler er det etter utvalgets mening ikke grunnlag for å

oppretholde. En lovfesting av spesialanvendelser av hovedregelen om fri bevisbedømmelse har generelt lite for seg, og avvik fra regelen om fri bevisbedømmelse er det vanskelig å kunne se noen holdbar begrunnelse for. En annen sak er, som påpekt, at det kan være behov for regler om at et visst faktum skal legges til grunn uten prøving eller etter en meget begrenset prøving, f.eks. at det som er påberopt ikke strider mot vitterlige kjensgjerninger, se tvistemålsloven § 344 annet ledd og utkastet § 22-6(2). Men her skjer det ikke noen egentlig bevisvurdering.

#### **16.4 Den frie bevisvurdering og bevisklarhet, beviskrav og bevisbyrde**

Bevisbedømmelse er ofte vanskelig. De faktiske forhold i en sak kan være belyst ved en rekke bevis. Det kan være dokumenter i form av brev mellom impliserte før tvisten. Det kan være vitneforklaringer som er uklare eller motstridende, og det kan være et åsted som ikke entydig peker mot et bestemt bevisresultat. Vitneforklaringer vet man at kan være dårlige bevis, selv om den enkelte forklaring fremføres klart og med sikkerhet. Den menneskelige hukommelse kan svikte, og den er selektiv. En vitneforklaring kan være avgitt mot bedre vitende, eller iallfall slik at den som forklarer seg ikke tar de nødvendige reservasjoner. Dokumentbevis kan være utformet med tanke på en mulig fremtidig tvist, og derfor reelt sett være en posisjonering fra partens side. Slike mulige svakheter kan gjøre bevisbedømmelsen særlig vanskelig. Å stille opp regler for bevisbedømmelsen – gjøre den bundet – er ikke egnet til å gjøre bevisvurderingen sikrere, tvert i mot. Noen bedre løsning enn å stille dommeren fritt i bevisbedømmelsen, slik at bevisene skal vurderes samlet, grundig og samvittighetsfullt, er det ikke.

I saker med en sammensatt, og kanskje vanskelig bevisbedømmelse, vil bevisbedømmelsen kunne være begrunnet nærmere, og da ofte slik at kvaliteten på bevisene bedømmes mer generelt, og at det så foretas en konkret bevisbedømmelse som munner ut i et konkret bevisresultat for de avgjørende faktiske forhold. Som et eksempel her kan vises til Rt. 1998 side 1565 (side 1570 – 1571). Det pekes der blant annet på at opplysninger «fra parter eller vitner med binding til partene som er gitt etter at tvisten er oppstått, og som står i motstrid eller endrer det bildet som mer begivenhetsnære og uavhengige bevis gir, vil det oftest være grunn til å legge mindre vekt på, ...». Slike mer generelle

betraktninger om bevisbedømmelsen, representerer ikke noe unntak fra regelen om fri bevisbedømmelse. De generelle betraktningene er uttrykk for alminnelige erfaringssetninger og alminnelige betraktninger ellers som ikke binder ved bevisvurderingen, men som det vil være naturlig å ta i betraktning dersom det ikke skulle være holdpunkter for at det i det konkrete tilfelle forholder seg annerledes.

Ved vurderingen av sannsynligheten av et faktum, er det viktig å sondre mellom teoretisk og konkret sannsynlighet for vedkommende faktum. Ved spørsmål om årsak til skadetilføyelse, vil årsaksvurderingen måtte avgjøres ved en vurdering av den mest sannsynlige årsak av de mulige skadeårsaker som foreligger. Det var problemstillingen i Rt. 1992 side 64 (P-pilledom II). Generelt – teoretisk – var det meget liten risiko for at bruk av P-pille skulle forårsake trombose og død. Men når situasjonen først var at det forelå slik trombose med dødsfølge, ble problemstillingen om bruk av P-pillen var mer nærliggende enn andre forhold som kunne ha slik følge. Se om dette Hov I side 255 – 256 og Skoghøy side 675 – 677.

Hvor en rettsfølge er avhengig av flere kumulative eller alternative betingelser, vil det ved avgjørelsen av om betingelsene er til stede, kunne være av betydning om de ulike betingelser skal ses som ett bevistema eller om de skal vurderes isolert, som ulike bevistemaer. Hovedreglene må være at ved kumulative eller alternative betingelser må hver betingelse vurderes for seg, altså være særskilte bevistemaer. Ved ulike tvilspunkter som refererer seg til samme betingelse, må disse vurderes samlet, som ett bevistema. Om disse spørsmålene se Skoghøy side 669 – 675 og Hov I side 280 – 283.

Bevisbedømmelsen vil i mange tilfeller kunne være usikker. Spørsmål som oppstår da, var om hvilke krav til bevis som må stilles for at et faktisk forhold kan legges til grunn for avgjørelsen. Hovedregelen er at retten skal bygge på det mest sannsynlige faktum, se her Hov I side 263 flg., Schei side 631 – 633 og Skoghøy side 654 flg. En sentral avgjørelse hvor dette er kommet til uttrykk er Rt. 1992 side 64 (P-pilledom II).

Teoretisk vil det være mulig at to bevisalternativ er like sannsynlige. I prosessteorien har det vært stilt opp regler for hvilket faktum retten skal bygge på i slike situasjoner, blant annet at man skal bygge på status quo-prinsippet, se Skoghøy side 658 med henvisning til annen litteratur. I praksis vil nok retten, hvor det er vanskelig å avgjøre hvilket av flere bevisalternativer som er det mest sannsynlige, likevel velge et faktum som – alt tatt i betraktning – er det mest sannsynlige.

Men i mange situasjoner er beviskravet skjerpet, slik at det kreves en kvalifisert sannsynlighet for at et bevisresultat skal kunne legges til grunn. Et slikt skjerpet beviskrav kan følge av de materielle regler, jf. som eksempler kjøpsloven § 27(1) («godtgjøre») og § 62(1) («klart») – se andre eksempler hos Skoghøy side 663. Det er også noen krav til kvalifisert sannsynlighet som må utledes av mer alminnelige prinsipper for krav til bevis. Det er for det første tilfeller hvor et resultat i en retning har særlige belastende konsekvenser for parten, spesielt i de tilfeller hvor det stempler parten som uheldig, og i enda sterkere grad hvor det innebærer at parten har begått en grovere straffbar handling, se Schei side 632 – 633 og Skoghøy side 664 – 666. Dernest kan kvalifisert sannsynlighet bli krevd ut fra hensynet til bevissikring. En part har mulighet for å sikre bevis, men gjør det ikke. Eller situasjonen kan være at en part ved sin opptreden, som han kan bebreides, har skapt den uklare bevissituasjonen, se nærmere Hov I side 268 – 269, Schei side 632 og Skoghøy side 668 – 669.

I forbindelse med beviskrav brukes ofte uttrykket bevisbyrde. Uttrykket benyttes i noe forskjellig betydning. Ofte brukes det som et uttrykk for at det foreligger et krav om kvalifisert sannsynlighet for at et visst faktum skal kunne legges til grunn for avgjørelsen. Den part som er avhengig av at dette faktum legges til grunn for at han skal kunne vinne frem i tvisten, sies da gjerne å ha bevisbyrden for dette. Men bevisbyrde kan også brukes uavhengig av krav om kvalifisert sannsynlighet, og da slik at den part som er avhengig av at et visst faktum legges til grunn, sies å ha bevisbyrden for dette. Det er ikke aktuelt i en tvistemålslov å bruke et begrep som bevisbyrde, og utvalget går derfor ikke nærmere inn på dette begrepet, og heller ikke på om det i tilfelle burde erstattes av andre begreper – som f.eks. begrepet tvilsrisiko.

Som påpekt under II.16.1, er det grunn til også i tvisteloven å ha med en regel om fri bevisbedømmelse, selv om regelen nok anses for så selvfølgelig at den ville bli lagt til grunn uansett. I gjeldende lov er det ingen generell regel om beviskravet eller det som skal være bevistemaet ved vurderingen. Utvalget kan heller ikke se at det bør gis slike regler i den nye loven. Som påpekt vil hovedregelen være at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn. Men de materielle regler som skal anvendes, kan gi anvisning på noe annet, og det vil også være mer generelle prinsipper for bevisbedømmelsen som vil innebære reelle unntak fra hovedreglen. Det vil være vanskelig å regelfeste dette på noen uttømmende og god måte. En hovedregel om at retten skal bygge på det mest sann-

synlige faktum, vil måtte ta høyde for unntak i en grad som gjør at den neppe vil gi særlig veiledning ut over det som ville følge av kjernen i bestemmelsen – som for øvrig i dag vil bli oppfattet som selvfølgelig. Hva som skal være bevistemaet i de konkrete vurderingene, må bestemmes ut fra de regler som skal anvendes. Generelle prosessregler her vil neppe være til særlig hjelp hvis det først er tvil om valg av bevistema.

### 16.5 Nærmere om den frie bevisføringsrett og avgrensningen av denne

Den klare hovedregel er at partene må ha en fri bevisføringsrett, de må kunne føre de bevis de ønsker. Et slikt utgangspunkt er selvsagt, se utkastet § 24-3(1). Et positivt utfall i en sak vil for en part være avhengig av at det legges et nærmere bestemt faktum til grunn. I den grad dette faktum ikke er gitt gjennom vitterlige kjensgjerninger eller ikke er akseptert av motparten, vil det måtte belegges gjennom bevisføring. Det vil være parten det går ut over om det nødvendige faktum ikke godtgjøres gjennom bevisføringen. Både dette, og den nøytrale rolle retten skal spille, tilsier at det er partene som må fremskaffe bevis og føre dem, og et naturlig motstykke til partenes plikter her er en korresponderende rett til å føre bevisene. Dertil kommer at inngrep i den frie bevisføringsrett, vil medføre en begrensning i bevismaterialet som igjen kan gi en risiko for at et uriktig faktum vil bli lagt til grunn, med et uriktig resultat i partens disfavør som konsekvens.

Men en regel om en fri bevisføringsrett kan ikke gis uten begrensninger. For det første må det være den begrensning at bevis som det vil være klart at ikke vil kunne få betydning for den avgjørelse som skal treffes, må kunne nektes, sml. tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 1 til 3. I slike tilfeller vil en begrensning i bevisføringsretten ikke skape noen risiko for uriktige avgjørelser. Bevisføringen vil kort sagt være unødvendig. Men det er klart at det må være begrensninger ut over dette. Vi har i dag en del regler om bevisforbud og rett til å nekte å gi opplysninger eller gi tilgang til opplysninger. Som eksempler kan her nevnes bevisforbudet for betroelser til lege, prest, advokat mv. og retten til å nekte å gi tilgang på opplysninger om forretnings- eller driftshemmelighet. Slike regler må også føres videre i tvisteloven. En annen sak er at det nå må foretas en vurdering av disse begrensningene, hvor hensynet til en fullstendig klarlegging av bevismaterialet må veies opp mot de hensyn som kan bære

begrensningene i bevisføringsretten. Det er en del begrensninger i den frie bevisføringsrett som ikke er lovfestet, men som bygger på rettspraksis. Det må selvfølgelig også vurderes om disse begrensningene skal opprettholdes. I tilfelle de opprettholdes, må det vurderes om begrensningene skal inntas i loven eller om de fortsatt skal gjelde i ulovfestet form. Som en generell betraktning må det være riktig å ta slike begrensninger inn i loven, og derved få synliggjort dem. Men å få lovregulert uttømmende de bevisforbuds- og bevisfritaksregler som i dag følger av ulovfestede regler, er kanskje ikke mulig.

I tillegg til de begrensninger i bevisføringsretten som følger av forbuds- og fritaksreglene, mener utvalget at det bør innføres en begrensning ut fra proporsjonalitet – at bevisføringen i større grad enn nå søkes tilpasset betydningen av saken. Alt for ofte ser man, også i saker av begrenset betydning, en oppblåst bevisføring. En viss rett til beskjæring av slik bevisføring har man i dag i tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 6, men det er grunn til å gå lenger. En beskjæring av bevisføringen må imidlertid selvfølgelig veies mot andre hensyn enn hensynet til prosessøkonomi. Hensynet til forsvarlig saksbehandling vil være helt sentralt. Utvalget viser til utkastet §§ 24-7 og 24-8 og drøftelsene av disse bestemmelsene.

### 16.6 Skal det gis regler med elementer av discovery/disclosure i norske bevisregler?

#### 16.6.1 Hva er discovery/disclosure

«Discovery», eller «disclosure», som er uttrykket som nå brukes i engelsk prosesslovgivning, kan unøyaktig sies å være regler om bevisavklaring og bevisatilgang under saksforberedelsen, og hvor disse reglene går langt i å sikre slik avklaring og tilgang. Dette er kjent fra angloamerikansk rett, og uttrykkene discovery og disclosure brukes nettopp om denne bevisavklarings- og bevisatilgangsprosessen i prosessreglene der. Mange andre lands prosesssystemer vil også ha elementer av bevisavklaring og bevisatilgang slik det finnes i reglene om discovery og disclosure, men de er gjerne langt mindre omfattende enn det som finnes i engelsk og amerikansk prosess, og i land ellers som har sitt prosesssystem med forbilde i engelsk prosess. Dette gjelder også for norsk prosess.

#### 16.6.2 Discovery i amerikansk sivilprosess

Discovery brukes i amerikansk sivilprosess om

den adgang og de måter/metoder en part, eventuelt en potensiell part, har til å oppnå tilgang til og opptegnelse og avklaring av bevis av betydning for hans sak. Denne adgangen til i detalj å få tilgang til og nedtegnet f.eks. parts- og vitneforklaringer under saksforberedelsen og til å få avklart faktiske tvistepunkter, går langt videre enn den relativt begrensede adgang det er til dette under saksforberedelsen etter norsk sivilprosess.

Discovery skal tjene tre hovedformål. For det første sikrer det relevant bevismateriale til hovedforhandlingen. På dette punkt vil discovery tjene de samme formål som hos oss i dag ivaretas gjennom reglene i tvistemålsloven kapittel 19 om skriftlige bevis (plikten til dokumentfremleggelse), kapittel 16 om vitneførsel utenfor hovedforhandling og kapittel 20 om bevisopptak utenfor rettssak. Men tilgangen til slikt bevismateriale etter reglene for discovery er, som det fremgår nedenfor, langt videre enn hos oss.

Det neste hovedformål er å bringe klarhet i hvilke spørsmål som rent faktisk er omtvistet mellom partene. Denne klarleggingen er nyttig blant annet fordi saken da blir konsentrert om det omtvistete. Men denne klarleggingen kan også føre til at det blir mulig å avgjøre saken gjennom en rettslig avgjørelse uten hovedforhandling, gjennom «summary judgment» eller «dismissals» (summarisk pådømmelse eller avvisning). Klarlegging for partene av de faktiske forhold blir også ansett vesentlig med henblikk på å kunne oppnå en minnelig løsning på saken.

Et tredje og meget viktig hensyn er at en part får tilgang til bevismaterialet parten på annen måte ikke ville fått kjennskap til. Det kan være kunnskap om vitner eller dokumenter av betydning for saken, dels dokumenter motparten måtte ha og dels dokumenter tredjepersoner måtte være i besittelse av.

Det fremheves også gjerne at et formål med discovery er gjennom nedtegnelse av forklaringer å få hindret uriktige, eventuelt falske forklaringer, direkte for den dømmende rett. Ved at forklaringer nedtegnes under saksforberedelsen som et ledd i discovery, vil vitner kunne foreholdes punkter i sin forklaring for retten hvor de har forklart seg annerledes under saksforberedelsen.

#### 16.6.2.1 *Bevistilgangen gjennom discovery*

Federal rule 26(b) gir regler om omfanget av discovery. Hovedregelen er angitt i 26(b)(1). Denne regelen lyder:

«(1) In General. Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, which is

relevant to the subject matter involved in the pending action, whether it relates to the claim or defense of the party seeking discovery or to the claim or defense of any other party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. The information sought need not be admissible at the trial if the information sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.»

Nokså generelt kan det altså sies at discovery omfatter alt som kan tenkes å være relevant i forhold til det tvisten gjelder. I rettspraksis er bestemmelsen også tolket meget vidt.

#### 16.6.2.2 *Unntak*

Men det er enkelte unntak fra hovedregelen. Her kan det først være grunn til å nevne et punkt hvor det ikke er etablert unntak. Etter føderale regler, og også etter reglene i mange stater, er det ikke adgang til å føre bevis for om en part i en erstatningssak er forsikret mot eventuelt ansvar. Bakgrunnen er at en opplysning om dette vil kunne tenkes å influere på juryens avgjørelse av om ansvar foreligger, eventuelt på juryens utmåling av erstatningsbeløp, ikke minst på utmåling av såkalt punitive damages. Til tross for dette bevisforbudet, kan det likevel kreves opplyst som ledd i «the discovery» om, og i tilfelle i hvilket omfang, en part er forsikret. Bakgrunnen for dette er at denne opplysningen vil kunne være av betydning ved rettens forsøk på å få i stand forlik mellom partene.

Det er unntak for såkalte «privileged matters». Dette gjelder f.eks. opplysninger lege - pasient og klient - advokat. Dette er begrensninger vi i norsk sivilprosess har i tvistemålsloven § 205. Videre er det et viktig unntak for det som kalles «work-product». Unntaket for dette følger av Federal rule 26(b)(3). Det gjelder dokumenter som er utarbeidet med henblikk på saken, herunder informasjon innhentet av en advokat under hans saksforberedelse. Grensene for dette work-product-unntaket er ikke klare i enhver henseende, og det er en omfattende praksis om det. Unntaket er for øvrig ikke absolutt. Det kan gis adgang til discovery også i forhold til work-product-materiale om parten som søker discovery «as substantial need of the materials in the preparation of the party's case and that the party is unable without a new hardship to obtain the substantial equivalent of the materials by other means».

Utredninger fra sakkyndige vitner skulle etter

ordlyden i rule 26(b) (3) falle inn under bestemmelsen. Det er imidlertid gitt en særlig regel for deres utredninger i rule 26(4), som i vesentlig grad avviker fra den generelle work-product-bestemmelsen. Noe unøyaktig kan man si at denne bestemmelse gir adgang til discovery i forhold til visse eksperter utredninger, forutsatt at de skal gi vitneforklaring under saken. For eksperter som ikke skal avgi vitneforklaring gjelder, i prinsippet tilsvarende regler som for work-product ellers, jf. Federal rule 26(4) (c).

#### 16.6.2.3 *Mandatory disclosure – bevis en part skal gi opplysning om*

Federal rule 26(1) har regler for såkalte «initial disclosures». Etter disse reglene er parten pliktig til, innen 10 dager etter et møte partene skal holde tidlig under saksforberedelsen for å diskutere opplegget for discovery, å opplyse navn, adresse mv. på alle de personer parten kjenner til som må antas å ha informasjon om omtvistete faktiske forhold av betydning for saken. Videre må det opplyses om, enten gjennom oversending av kopi eller ved beskrivelse av innhold, de dokumenter, data-opplysninger mv. som parten har i sin besittelse eller har «control of», og som kan være relevante for klarleggelsen av fakta av betydning for avgjørelsen. Det er også visse andre opplysninger som skal gis.

Senere under saksforberedelsen, men minst 90 dager før det fastsatte tidspunkt for hovedforhandlingen, må en part som vil føre sakkyndige vitner, oppgi disse og oversende motparten en skriftlig rapport undertegnet av det sakkyndige vitnet som skal inneholde «a complete statement of all opinions to be expressed and the basis and reasons therefore».

Det kan tilføyes at berettigelsen av disse reglene om automatisk disclosure er sterkt omtvistet, og at en rekke stater ikke har slike regler, eller har regler som er vesentlig mer begrenset enn reglene i Federal rules.

#### 16.6.2.4 *Depositions*

«Deposition» er et bevisopptak av en part eller et vitne. Dette er ansett som den mest nyttige, og også den mest kostnadskreven, av de måter bevis-tilgang og bevissikring gjennom discovery skjer på. Bevisopptaket skjer av en court officer som har autorisasjon til å foreta slike rettergangsskritt. Bevisopptaket kan gjelde alt som er relevant for saken, og partene eller vitnene må svare på alle slike spørsmål med mindre det er grunnlag for å

gjøre unntak etter reglene f.eks. om taushetsplikt, advokat – klient, fritaksregler ved selvinkriminering mv. Begge siders advokat vil regulært være til stede og stille spørsmål til vitnene etter reglene for henholdsvis «examination» og «cross-examination».

Ulempen ved depositions er først og fremst omkostningene. Partene blir belastet salær til advokater, godtgjørelse til vitner og de må betale ugifter til f.eks. renskrivning. I store saker med svært mange vitner kan omkostningene ved depositions bli meget betydelige.

Til en viss grad er det også brukt depositions basert på skriftlige spørsmål fra begge sider. Det foregår på den måten at den advokat som har begjært bevisopptaket, utarbeider spørsmål som han sender til motpartens advokat, og som så utarbeider krysseksaminasjonsspørsmål. Dette kan igjen foranledige nye spørsmål og nye krys-spørsmål. Dette materialet sendes så til den domstol hvor bevisopptaket skal skje. Vitnet møter der og gir svar på de spørsmål som er stilt, og dette protokolleres. Denne adgangen til deposition basert skriftlige spørsmål, brukes i liten utstrekning.

#### 16.6.2.5 *Interrogatories*

«Interrogatories» er en serie med skriftlige spørsmål som det gis skriftlige svar på, og som så signeres under ed. Dette brukes hvor én part vil stille spørsmål til den annen part. Det vanlige er at det er partens advokat, som etter å ha innhentet opplysninger fra sin part, skriver svarene, eller iallfall lager et utkast til svar, og at parten så undertegner. Den part som skal svare, har en viss plikt til å foreta undersøkelser før svar avgis. Spørsmålene kan derfor gjelde forhold også ut over det parten har personlig kjennskap til.

#### 16.6.2.6 *Requests for admission*

En del av discovery-prosessen er det som kalles «requests for admission». Dette er et skriftlig spørsmål fra en part til en annen med anmodning om at han aksepterer visse faktiske forhold. Formålet med dette er å klarlegge hva som er omtvistet mellom partene. Den som får et slikt spørsmål må gi et svar under ed, hvor parten enten aksepterer eller benekter det angitte faktiske forholdet, eller angir hvorfor han helt eller delvis ikke har mulighet for å ta stilling til spørsmålet.

#### 16.6.2.7 *Discovery av dokumenter og ting*

En part har en generell rett til, med de begrens-

ninger som det tidligere er gjort rede for, å få se dokumenter og andre ting den annen part har i sin besittelse eller har kontroll over. Dette materialet skal parten få tilgang til uten at det er nødvendig med noen beslutning om dette fra rettens side. Dette følger av Federal rule 34. I utgangspunktet vil også en part få tilgang til dokumenter og annet bevismateriale en tredjepart er i besittelse av eller har kontroll over, jf. Federal rule 34(c) sammenholdt med Federal rule 45. Men her er det en kontroll fra rettens side for å unngå at dette blir urimelig byrdefullt.

#### 16.6.2.8 *Medisinske og psykiske undersøkelser*

I visse saker vil en parts psykiske eller mentale helse være spørsmål av vesentlig betydning. Dette gjelder f.eks. i erstatningssaker med krav om erstatning for skade på person. Retten vil etter begjæring kunne treffe en avgjørelse om at parten skal fremstille seg for undersøkelse hos motpartens medisinske eksperter. Det er imidlertid strenge krav for dette. Det er ikke nok at beviset må være relevant. Det må være av vesentlig betydning. En slik undersøkelse kan ikke gjennomføres ved tvang.

#### 16.6.2.9 *Misbruk, kontroll, tvister mv.*

Discovery kan for partene være omfattende og meget omkostningskrevende. Både depositions og interrogatories åpner for misbruk. Den økonomisk sterke part kan kreve depositions i betydelig omfang, også i forhold til perifere vitner, og på den måten kanskje gjøre det umulig for den økonomisk svakere motpart å forfølge saken. En part kan sende stadig nye og mer omfattende spørsmålskrift til motparten gjennom de såkalte interrogatories. Å svare kan være meget arbeidskrevende, og kan også medføre betydelige omkostninger ved at parten må konsultere advokat, eksperter mv.

I utgangspunktet skal discovery-prosessen gjennomføres uten at retten skal føre kontroll med den. Men det er adgang for partene til å be om rettens avgjørelse, om de mener at det fremsettes uberettigete eller urimelige krav i denne bevisinnhentingsprosessen.

Først kan det være grunn til å nevne at partene etter Federal rule 26(f) har plikt til å møtes for å drøfte hvordan discovery skal gjennomføres. Dette møtet skal finne sted minst 14 dager før det første saksforberedende møte i saken – «the scheduling conference», jf. Rule 16(b). I den «scheduling order» som retten skal utstede etter denne bestemmelsen, skal det fastsettes en frist for å avslutte discovery, og det kan også fastsettes begrensninger

i omfanget av discovery, slik at det settes en øvre grense på antall depositions and interrogatories og på den lengde disse kan ha.

Hvis en part mener at motparten fremsetter krav som er sjikanøse eller unødvendig byrdefulle, kan han fremsette en begjæring om såkalt «protective order» fra rettens side. Retten kan her treffe bestemmelser om begrensninger og også om gjennomføringsmåte. Det er også regler om sanksjoner mot den part som misbruker reglene, eller mot en part som uten rimelig grunn ikke medvirker i discovery-prosessen.

Men uansett disse virkemidler fra rettens side, er det klart at discovery er meget byrdefullt og meget kostnadskrevende i mange saker. Den positive siden ved denne prosessen – som ikke skal undervurderes særlig i mer kompliserte og større saker – er at prosessen sikrer partene en god innsikt i sakens faktiske side før en hovedforhandling. Det er i denne forbindelse grunn til også å fremheve at disse reglene i stor grad sikrer en part mot å bli overrumplet under hovedforhandlingen av nye bevis fra den annen side.

### 16.6.3 **Disclosure/discovery i engelsk sivilprosess**

Ved den engelske sivilprosessreformen som trådte i kraft i april 1999, ble reglene om discovery endret på viktige punkter. Endringene gjaldt først og fremst for plikten til å opplyse om og gi tilgang til dokumentbevis. I de nye prosessreglene kalles reglene om opplysning om dokumenter nå disclosure. Tidligere ble dette betegnet som discovery. Plikten til å opplyse om dokumenter må holdes atskilt fra plikten til å gi tilgang til det – inspection. Vanligvis vil en part ha rett til tilgang til et dokument den annen part har oppgitt som en del av sin plikt til disclosure, men dette gjelder ikke uten unntak.

I sin utredning, som dannet grunnlaget for den engelske sivilprosessreformen, uttalte Lord Woolf, at ukontrollert discovery var en av to hovedfaktorer som bidro til et unødvendig høyt omkostningsnivå i sivile saker. Tidligere var da også plikten til å opplyse om og gi tilgang til dokumenter meget vid – nærmest ubegrenset hvis dokumentet på noen måte kunne sies å ha en interesse for saken, selv om den var fjern og svært liten. Dette bygget blant annet på den rettsoppfatning som kom til uttrykk i *Compagnie Financiere et Commerciale du Pacifique v Peruvian Guano Co (1882) QBD 55*.

En part vil ha plikt til å opplyse om dokumenter i den grad det følger av beslutninger av retten. Dokumentbegrepet er for øvrig meget vidt, og omfatter alt som innebærer lagring av opplysninger. Plik-

ten til å opplyse innebærer at parten må erklære – «disclose» – at dokumentet eksisterer eller har eksistert. Et dokument parten har opplyst om etter disse reglene, har motparten som hovedregel krav på å få tilgang til – «to inspect». Det er visse unntak fra dette, blant annet for tilfeller hvor parten ikke lenger har tilgang til dokumentet, hvor en tilgang til dokumenter vil medføre ulemper eller utgifter som ikke står i rimelig forhold til det tvisten gjelder (proporsjonalitetsbegrensning) og hvor regler om taushetsrett eller taushetsplikt fritar for innsyn.

En rekke enkeltregler gir retten kompetanse til å utstede en ordre om disclosure. Det er tilfeller hvor opplysningen om dokumentene og innsyn i dem vil kunne ha betydning for avgjørelser om saksbehandlingen og for klarleggingen av faktum med henblikk på avgjørelse av det materielle krav saken gjelder. Hvis ikke den ordre retten utsteder sier noe annet, gjelder plikten såkalt «standard disclosure». Det er for det første dokumenter den parten som ordren rettes mot selv vil påberope seg. Disse må det opplyses om og gis tilgang til. Dernest er det dokumenter som har en uheldig virkning («adversely affect») for partens sak eller en annen parts sak eller er til støtte for en annen parts sak.

En part som har fått en ordre om standard disclosure mot seg, plikter å foreta en rimelig undersøkelse («reasonable search») for å finne frem til relevante dokumenter. Det er i reglene (CPR 31.7) angitt nærmere hva som ligger i rimelige undersøkelser. Blant annet proporsjonalitetssynspunkter kommer inn her. En part som ikke foretar eller som begrenser undersøkelser ut fra proporsjonalitetshensyn, eventuelt av andre grunner, må opplyse om og begrunne dette nærmere.

Retten kan også gi ordre om en mer omfattende disclosure enn det som følger av reglene for standard disclosure, men det er forutsatt å skje bare unntaksvis. Retten kan for øvrig også begrense ordren i forhold til det som ville følge av reglene om standard disclosure. Det kan f.eks. være aktuelt foreløpig å konsentrere behandlingen om ett av flere spørsmål, og det vil da være aktuelt å begrense plikten til å opplyse om dokumenter og retten til dokumentinnsyn til dokumenter som gjelder det aktuelle temaet.

Plikten til disclosure består gjennom hele saken. At parten først sent under saksbehandlingen, og kanskje lenge etter at han har etterkommet en ordre om disclosure, kommer over et dokument, fritar ham altså ikke for å gjøre oppmerksom på det.

Som påpekt er hovedregelen at et dokument som parten har opplyst om gjennom discovery, har motparten krav på å få tilgang til. Men dette gjelder ikke uten unntak.

I visse tilfeller kan en part oppnå en ordre om disclosure overfor en potensiell motpart også før sak er startet. Formålet med disse reglene er å gi partene mulighet for å bedømme sin rettslige posisjon og også å legge til rette for løsninger – rettferdige løsninger – uten at det blir nødvendig å gå til domstolene. Det må foreligge bevis for at det er nærliggende at det kan være en tvist som må løses ved søksmål mellom den som reiser kravet om innsyn og den kravet rettes mot, og at det er ønskelig at kravet etterkommes for at partene skal kunne handle fornuftig med henblikk på at det blir tvist eller med henblikk på å kunne løse tvisten utenrettslig.

Et krav om disclosure kan også rettes mot en som ikke er part i en sak. Men generelt er vilkårene strengere enn for slike krav mot motparten. Regler om standard disclosure gjelder ikke i disse tilfellene. Den aktuelle ordre skal spesifisere de dokumenter det pliktes opplyst om og eventuelt gis tilgang til.

Generelt kan det sies at reglene om disclosure gir en part en vid adgang til bevismateriale motparten, og også i atskillig grad tredjepersoner, siter med. Det er også regler som sikrer innsyn i de bevis som vil bli ført gjennom vitneforklaringer som går langt lenger enn våre regler. Hos oss vil det foreligge en plikt til å opplyse om hva som skal godtgjøres ved forklaringen, jf. § 188 første ledd – sml. utkastet § 24-6(2), noe som i realiteten ikke innebærer særlig mye mer enn at det må opplyses om hvilke faktiske forhold vitnet skal forklare seg om. Regelen etter engelsk rett er, som hos oss, at i saker som avgjøres etter muntlig behandling skal forklaringer avgis direkte for den dømmende rett. Det er imidlertid den vesentlige forskjell at det i svært mange tilfeller foreligger plikt til før hovedforhandlingen å fremlegge en vitneerklæring – «witness statement» – som skal inneholde det vitnet skal forklare – og kan forklare seg om – ved hovedforhandlingen. (CPR 32.4(1) «A witness statement is a written statement signed by a person which contains the evidence which that person would be allowed to give orally.») Blant annet fordi det er begrenset hvor mye vitnet kan gå utenfor de emner som er dekket i vitneerklæringen, legges det tradisjonelt mye arbeid i utformingen av denne. Gjennom vitneerklæringene får de øvrige parter et detaljert innsyn i de bevis de varslete forklaringer utgjør.

#### 16.6.4 Discovery/disclosure i norsk sivilprosess?

Reglene om discovery/disclosure vil nok fra en



norsk synsvinkel virke omstendelige, og det er ikke tvil om at discoveryprosessen i høy grad er omkostnings- og tidkrevende. Utenfor det anglo-amerikanske rettsområde er systemet som nevnt ikke innført, selv om man finner elementer av denne prosessen andre steder – også hos oss. Å skulle innføre discovery i norsk prosess i det omfang man kjenner dette særlig fra amerikansk rett, men også fra engelsk rett, kan etter utvalgets mening ikke komme på tale. Det vil bryte fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer effektiv – også kostnadseffektiv – sivilprosess. Det er imidlertid viktig når man ser på de norske bevisreglene, å erkjenne at det angloamerikanske systemet med discovery ivaretar viktige hensyn. De sikrer en part tilgang til og innsyn i de bevis motparten sitter med. Det kan føre til at bevis som ellers ville blitt holdt skjult, faktisk blir ført, med den virkning at saken får et annet – og riktig – materielt utfall. Åpenhet om de bevis en part vil føre, herunder innholdet av forklaringer som skal gis, gjør også at motparten vil ha større mulighet for å forberede egen bevisføring. En sentral problemstilling ved utformingen av våre nye regler om bevis må være å se på om de hensyn som fremmes gjennom de angloamerikanske regler om discovery/disclosure, kan ivaretas, iallfall et stykke på vei, på en enklere måte og på en måte som ikke i særlig grad er kostnadsdrivende eller har andre negative virkninger. Utvalget mener at dette er mulig. Som et par eksempler kan nevnes at kravet om individualisering av reelle bevis bør lempes i forhold til nåværende praksis, se utkastet § 29-6. Det vil der ved åpnes for en noe større grad av dokumentinnsyn enn det som følger av dagens regler. Videre bør kravet til å opplyse om hva et vitne skal forklare seg om skjerpes, se utkastet § 24-6(2). Det vil også gi økt forhåndsinnsett i bevisene og derved større muligheter for å føre motbevis. En åpning for i større grad å fremlegge utenrettslige erklæringer – skriftlige forklaringer – vil også føre til økt forhåndsinnsett i bevisene.

## 16.7 Bevistilbud og bevisføring. Når avgjørelser skal treffes

Et bevistilbud angir, som det følger av uttrykket, partens tilbud om å føre beviset. Det kan skje ved at parten oppgir vitner som skal føres og hva de skal forklare seg om. Dette vil da være et tilbud – bevistilbud – om å føre de aktuelle vitner. Oftest vil bevistilbud bli fremsatt under saksforberedelsen, men i noen tilfeller kan de også komme først under hovedforhandlingen. Selve bevisføringen for vit-

nene skjer når vitnene forklarer seg for den dømmende rett, eventuelt når parten dokumenterer bevisopptak av vitnene eller skriftlige forklaringer de har avgitt.

Som det er redegjort for under II.16.1 og II.16.3 til 5, har partene som hovedregel en fri bevisføringsrett. De kan føre de bevis de ønsker. Denne retten er imidlertid ikke ubegrenset. Begrensningene er ulike. De er blant annet slik at bare bevis som kan ha betydning for avgjørelsen skal tillates ført, at det kan skje begrensninger ut fra proporsjonalitetshensyn og at bevis skal eller kan nektes ført når bevisføringen vil krenke blant annet tungtveiende hensyn som tilsier hemmelighold. Skal slike begrensningsregler fullt ut kunne nå sitt formål, må de gjelde ikke bare for selve bevisføringen, men gi tilsvarende begrensninger i retten til å fremsette bevistilbud. Det vil hjelpe lite – i forhold til de hensyn som bærer bevisforbudsregelen – å nekte en part å føre et dokumentbevis som inneholder opplysninger som hemmeligholdes av hensyn til rikets sikkerhet, dersom forbudet ikke også rammet det å tilby – legge frem – dokumentbeviset. Tilsvarende vil skaden langt på vei være skjedd om det skjer en beskjæring av en oppgitt vitneførsel, men hvor dette først skjer etter at vitnene er møtt frem og skal avgi sin forklaring. Skal en beskjæring ut fra en proporsjonalitetsbetraktning fullt ut nå sitt formål, må avgjørelsen kunne treffes i tilknytning til at bevistilbudet er fremsatt og ikke først under hovedforhandlingen. På dette stadium av saken må avgjørelse om avskjæring kunne treffes av forberedende dommer, jf. den alminnelige regel om forberedende dommers kompetanse i § 21-2. Det forberedende dommer da avgjør, er at bevistilbudet skal nektes. I praksis vil dette oftest medføre at beviset ikke vil bli ført, men normalt kan partene reise spørsmålet på nytt for den dømmende rett, jf. § 21-10.

I denne forbindelse er det grunn til å peke på det mer alminnelige hensyn at det er viktig at det så langt mulig skjer en avklaring av tvister om bevisføringen under saksforberedelsen. Generelt er tyngdepunktet i sakene i noen grad skjøvet over fra hovedforhandlingen til saksforberedelsen, spesielt gjennom den aktive saksforberedelse som retten skal drive for å oppnå avklaring og konsentrasjon.

At spørsmålet om å nekte bevistilbudet ikke er reist under saksforberedelsen, vil som hovedregel ikke medføre at beviset ikke kan nektes ført under hovedforhandlingen. Men situasjonen kan ligge annerledes an. Proporsjonalitetsvurderingen, jf. § 24-8, kan f.eks. meget vel tenkes å falle ulikt ut om innsigelsen først reises under hovedforhand-

lingen og ikke allerede i forbindelse med at bevis-tilbudet fremsettes.

### **16.8 Overprøving av avgjørelser om bevis-tilbud og bevisføring**

Mange avgjørelser om bevisføringen vil kunne være viktige og etter omstendighetene avgjørende for utfallet av den materielle tvisten. Når det er tvist om bevisføringen under saksforberedelsen, mener utvalget at avgjørelsen bør treffes i form av kjennelse med de muligheter det medfører for overprøving, se her § 11-3. At avgjørelsen skal treffes i form av kjennelse, følger av § 21-1 (2) (d).

Den nåværende hovedregel om at prosessstyr-ende avgjørelser, herunder avgjørelser om bevisføringen, som treffes under hovedforhandlingen, ikke kan angripes særskilt, men kun som ledd i angrep på saksbehandlingen av tvistegenstanden i saken, beholdes, jf. § 11-2(2).

### **16.9 De enkelte endringer. Særlig om bruk av utenrettslige dokumenter**

På en rekke punkter foreslås større og mindre endringer i forhold til dagens regler. Enkelte av endringene er omhandlet eller berørt foran. De øvrige vil bli kommentert i tilknytning til de enkelte bestemmelser. Utvalget finner imidlertid grunn til å peke spesielt på én endring. Etter tvistemålsloven § 197 kan såkalte utenrettslige erklæringer, dvs. skriftlige erklæringer som er laget med henblikk på saken, ikke fremlegges uten motpartens samtykke eller det ikke er mulig å foreta avhør av den

som har gitt erklæringen. Det er flere grunner til denne regelen. Sentralt står hensynene til bevisu-middelbarhet, muntlighet og kontradiksjon.

§ 197 går imidlertid etter utvalgets mening alt for langt i å forby fremleggelse av skriftlige forklaringer. Mange vitner skal forklare seg om relativt vanskelig tilgjengelig stoff der det rett og slett er et behov for partene til å sette seg inn i forklaringen på forhånd. I mange tilfeller vil forklaringerne være omfattende. Skriftlige forklaringer vil da kunne muliggjøre at en muntlig tilleggsforklaring vil kunne konsentreres om enkelte viktige punkter i forklaringen. Hensynet til konsentrasjon er viktig med henblikk på å få ned omkostningene ved behandlingen. Konsentrasjon vil kunne gi grunnlag for spart tid og derved for sparte omkostninger. Hvis man skal få til en kombinasjon av skriftlighet og muntlighet, vil et forbud som det i § 197 gjøre dette meget vanskelig. Særlig i større og mer kompliserte saker vil en kombinasjon av skriftlighet og muntlighet kunne være hensiktsmessig.

Det er imidlertid viktig ved en oppmyking av regelen i § 197 at man har for øye at behandlingen må være forsvarlig. Av særlig betydning er det at hensynet til kontradiksjon ivaretas. Det kan ikke åpnes for, uten i rene unntakstilfelle, at det fremlegges skriftlige forklaringer der den annen part ikke får mulighet for å avhøre den som har gitt erklæringen. Utvalget foreslår at hovedregelen i § 197 snus. Det blir adgang til å fremlegge utenrettslige erklæringer, men den annen part skal da ha anledning til å avhøre den som har gitt erklæringen, jf. § 24-12 og bemerkningene til denne bestemmelsen. Hensynet til kontradiksjon ivaretas da, og de deler av forklaringene som anses som særlig viktige vil bli utdypet i forklaringen for den dømmende rett.

## Kapittel 17

**Kollektive og kollektivt pregete søksmål. Gruppesøksmål****17.1 Kollektive eller kollektivt pregete søksmål – generelt**

En handling, en tilstand, et offentlig vedtak mv. kan berøre en rekke rettssubjekter på samme eller liknende måte. Disse kan ha et behov for å få prøvd rettslig krav oppstått på grunn av dette. Det vil kunne være nødvendig eller hensiktsmessig for de berørte å kunne opptre samlet – kollektivt – eller iallfall sammen med noen av de andre som er berørt på samme måte. Også fra et samfunnsmessig – ikke minst et samfunnsøkonomisk – synspunkt vil det kunne være hensiktsmessig og riktig med et slikt kollektivt søksmål til ivaretagelse av fellesinteresser, hvor også særspørsmål for de individuelle parter kan få en forsvarlig behandling. Alternativer vil kunne være en rekke enkeltsøksmål med økte omkostninger både for den enkelte og samfunnet eller at berørte parter ikke ser seg i stand til å forfølge sine rettskrav. Det vil kunne lede til rettstap for dem selv og ha negative samfunnsmessige konsekvenser ved at materielle regler ikke blir gjennomført ved hjelp av domstolsapparatet, jf. II.3.1.

Hvor flere parter har samme type krav på mer eller mindre det samme grunnlag mot samme, eventuelt også mot likeartete parter, vil og bør fellesspørsmål ofte kunne løses samlet eller iallfall koordinert. Det er viktig at regler for dette utformes med henblikk på at de enkelte parter, både de som er berørt på samme eller likeartet måte og deres motparter, får sine krav avgjort på betryggende måte, og at reglene er slik at tilgangen til domstolene blir reell. Prosessøkonomi må stå sentralt for å få det til.

**17.2 Ulike typer kollektive søksmål. Særlig om gruppesøksmål/ klassesøksmål – «class actions». Definisjoner og begreper**

Søksmål til ivaretagelse av de mer kollektive interesser kan tenkes på flere måter. Det kan være tradisjonell subjektiv kumulasjon, hvor flere parter går sammen om søksmål mot en saksøkt eller hvor flere saksøkes, f.eks. hvor flere naboer anlegger

søksmål mot en bedrift for miljøskader. Det kan videre være individuelle søksmål som forenes for at de felles interesser kan ivaretas samlet, f.eks. hvor flere selvstendige søksmål fra naboer forenes til felles behandling og avgjørelse. Søksmål hvor en forening, organisasjon eller et offentlig organ opptrer til ivaretagelse av kollektive interesser, vil også kunne ha et preg av kollektivt søksmål og tjene de samme formål.

En type kollektive søksmål har vært noe fremme i offentlig debatt de siste årene. Det er gruppesøksmål eller klassesøksmål – «class actions» – for å bruke den amerikanske terminologien. Noen entydig og allmenngyldig definisjon på gruppesøksmål er det ikke. Hovedelementet ligger i at det føres et søksmål for eller mot en avgrenset gruppe rettssubjekter, som helt eller i vesentlig grad er berørt på samme måte. Gruppen opptrer som en enhet for alle fellesspørsmål. Gruppesøksmålet føres av en representant for gruppen. Det enkelte gruppemedlem behøver ikke å opptre i saken.

Reglene for gruppesøksmål – gruppeprosess – kan være slik at de som omfattes av gruppen, blir bundet av en avgjørelse uten hensyn til om de positivt har sluttet seg til søksmålet, og uten hensyn til om de i det hele kjenner til at det er anlagt sak. Slike gruppesøksmålsregler er blant annet gitt i USA, både gjennom føderale regler og i regler for enkeltstater, i Australia og i de stater i Canada som har gruppeprosess. Oftest, men ikke alltid, vil det imidlertid i slike tilfeller være en adgang for gruppemedlemmer til å melde seg ut av søksmålet – «opt out» – og da med den virkning at avgjørelsen ikke binder dem, men heller ikke gir dem noen rettighet.

Det er også tilfeller hvor en avgjørelse i et gruppesøksmål kun blir bindende for de gruppemedlemmer som positivt har sluttet seg til søksmålet – «opt in». De regler som nå er innført i England bygger på dette prinsippet. Det samme gjelder regler som er foreslått for Skottland – som for øvrig har et eget rettssystem i forhold til det engelske. Det opprettes da gjerne, ved beslutning av retten, et register over de rettssubjekter som etter påmelding omfattes av gruppen. Selve påmeldingen er

gjort enkel, og gruppesøksmålet søkes gjort kjent gjennom ulike former for varsel til aktuelle gruppe-medlemmer. I fremstillingen nedenfor vil det, hvor det er et poeng å sondre, bli søkt klargjort om det er gruppesøksmål som forutsetter påmelding for at avgjørelsen skal bli bindende for vedkommende det snakkes om, eller om det er gruppesøksmål som binder uten hensyn til påmelding.

Gruppeprosess er først og fremst kjent i anglo-amerikansk rett. Dette rettsinstituttet oppsto i England gjennom equitysystemet og har røtter tilbake til slutten av 1600-tallet. Rettsinstituttet har i særlig grad fått en praktisk anvendelse i USA og i de senere år også i noen delstater i Canada og i Australia. De amerikanske reglene og i noen grad også reglene i England, Canada og Australia gjennomgås nedenfor under II.17.3.

I Sverige ble det i 1994 avgitt en offentlig utredning om gruppeprosess, se SOU 1994: 151 Grupp-rättegång. Utredningen konkluderte med – under dissens fra to av de sakkyndige i utredningsutvalget – at det i svensk rett burde innføres regler om gruppesøksmål og ga forslag til slike regler. Det svenske forslaget bygger på «opt out» prinsippet – at alle som omfattes av gruppen blir bundet av søksmålet uten hensyn til om de positivt slutter seg til dette eller ikke. Dersom de ikke skal bli bundet, må de melde seg ut av søksmålet – «opt out». Den svenske utredningen er nærmere omtalt nedenfor under II.17.4.

I norsk rett er gruppesøksmål som egen søksmålskategori ukjent, selv om vi har en rekke søksmål og søksmålstyper med et kollektivt preg hvor fellesinteresser ivaretas og det sikres en koordinert løsning. Vi har også noen få særtilfeller hvor andre enn partene i søksmålet kan bli bundet gjennom såkalt utvidet rettskraft, jf. som eksempel aksjeloven § 5-24(1) og allmennaksjeloven § 5-24(1).

I Norge har forslag om innføring av gruppeprosess blant annet vært tatt opp i Stortinget gjennom et forslag fra stortingsrepresentant Anne Helen Rui, jf. Innst. S. nr. 62 (1995-96). Krav om slike regler har også vært fremsatt av Forbrukerrådet, og i St.meld. nr. 40 (1998-99) angir departementet gruppesøksmål som et aktuelt tiltak for å styrke forbrukernes stilling.

Den bærende idé i gruppeprosess er at hvor en handling, virksomhet, tilstand mv. berører en gruppe personer, selskaper mv. på en relativt ensartet måte, og medlemmene i gruppen har et behov for å få en rettslig avklaring av sin posisjon i forhold til den som volder dem skade, vil dette ofte best kunne skje gjennom en samordning av fellesinteressene i ett søksmål for gruppen som helhet.

Ved vurderingen av om regler om gruppepro-

sess bør innføres i norsk rett, eller om man bør forsøke å tilgodese de kollektive hensyn ved andre typer søksmål, er det grunn til å se på de erfaringer man i andre land har med gruppeprosess. Særlig er det grunn til relativt nøye å gå inn på regelverk og praksis i USA. Det er her man har den lengste og bredeste erfaring med moderne gruppesøksmål. Rettsinstituttet har gjennomgått en vesentlig utvikling i det 20. århundre, og det er en betydelig rettspraksis som illustrerer spørsmål som oppstår i praksis.

## 17.3 Utenlandsk rett

### 17.3.1 Generelt om utenlandsk rett

Fremstillingen om utenlandsk rett vil bli konsentrert om USA. Det er flere grunner til denne konsentreringen om amerikansk rett. Den sentrale er, som påpekt, at det først og fremst er USA som har bred erfaring med gruppeprosess.

### 17.3.2 USA

#### 17.3.2.1 Innledning

Amerikansk praksis vedrørende class actions har sitt utgangspunkt i equitysystemet som er en del av arven fra den engelske rettstradisjonen. Men class actions har i det 20. århundre spilt en langt større rolle i USA – både i enkeltstater og i det føderale rettssystemet – enn i England. Redegjørelsen nedenfor vil i hovedsak bli begrenset til de føderale regler. Disse har for øvrig dannet mønster for reglene i en lang rekke enkeltstater. Når det nedenfor snakkes om amerikansk gruppeprosess, gjelder det de føderale regler i USA.

Det er omfattende litteratur om gruppeprosess etter amerikansk rett. Et standardverk er Herbert B. Newberg & Alba Conte, *Newberg on Class Actions*, 3. utgave 1992 med senere oppdateringer. Det er her utførlige henvisninger til, og til dels gjennomgang av, den meget omfattende rettspraksis, både fra føderale og statlige domstoler. Videre kan det vises til Wright, Miller and Kayne, *Federal Practice and Procedure*, volume 7A, St. Paul, Minn, 1986 med senere oppdateringer. Dette er en meget omfattende kommentarutgave til prosessreglene, hvorav det vesentlige av bind 7A gjelder Federal Rule 23 – den føderale prosessregel for gruppesøksmål. Det refereres til boken nedenfor som Wright mfl.

Av interesse sett fra et lovgivningssynspunkt er de undersøkelser som er gjort omkring grup-

pesøksmål, blant annet i regi av Federal Judicial Center, se som eksempel Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts, Thomas Willging m.fl., Federal Judicial Center, 1996 – heretter benevnt Empirical Study 1996. Av betydelig interesse er videre Report of the Advisory Committee on Civil Rules and the Working Group on Mass Torts to the Chief Justice of the United States and the Judicial Conference of the United States, avgitt 15. februar 1999, heretter benevnt Report of the Advisory Committee 1999. Rapporten med vedlegg belyser de problemer amerikanske domstoler har hatt med å håndtere såkalte «mass torts» eller «masseerstatningskrav» som gruppesøksmål, og til dels også som individuelle søksmål. Dette er tilfeller der et meget betydelig antall rettssubjekter reiser krav om erstatning grunnet på en enkelthendelse, f.eks. en ulykke, eller en likeartet serie av hendelser eller eksponering, f.eks. bruk av samme legemiddel.

Det er imidlertid grunn til å understreke at gruppesøksmål i USA er noe langt mer enn bare gruppesøksmål vedrørende såkalt mass tort. I Empirical Study 1996, som gjaldt en studie av gruppesøksmål for fire district courts over en to-års periode (1. juli 1992 – 30. juni 1994), og hvor man hadde avgrenset mot mass tort, ble det sertifisert – godtatt – 152 gruppesøksmål. Det ble, eventuelt i kombinasjon med andre krav, gitt erstatning til klassemedlemmer i en lang rekke av disse sakene. Median av individuell erstatning i sakene i de fire domstolene varierte fra USD 315 til USD 528, maksimum varierte fra USD 1 505 til USD 5 331 per klassemedlem. Som det pekes på i undersøkelsen, tilsier størrelsen av disse erstatningene at sakene vanskelig ville kunne vært fremmet som individuelle søksmål.

### 17.3.2.2 Vedtakelsen av Federal Rule 23 i 1938

Et vesentlig sprang i rettsutviklingen av gruppeprosessen skjedde ved vedtakelsen av Federal Rule 23 i 1938 (FR 23-1938). Bestemmelsen anga tre ulike klasser for gruppesøksmål. Kategoriene var bestemt ut fra karakteren av rettsforholdet mellom de enkelte gruppelemmer og karakteren av deres rettigheter i forhold til motparten. De tre kategoriene gruppesøksmål ble betegnet som «true», «hybrid» and «spurious» class actions. I et «true» søksmål hadde gruppelemmene rettigheter som er avhengige av hverandre. I et «hybrid» søksmål hadde gruppelemmene interesse i f.eks. den eiendom eller rettighet som søksmålet gjaldt. Det kunne f.eks. være kreditorers krav om likvidasjon av et selskap. Den tredje grup-

pen, «spurious actions», gjaldt tilfeller hvor det ble fremmet krav med «common questions of law or fact». Den ble brukt blant annet for erstatningskrav. For den siste gruppen hadde dommen imidlertid ikke rettskraft for andre enn dem som uttrykkelig var angitt som parter. Noe gruppesøksmål i den mening begrepet vanligvis brukes i USA, var det derfor ikke snakk om, jf. blant annet Charles Alan Wright, Law of Federal Courts, 5. utgave 1994, St. Paul, Minn side 513.

Selv om FR 23-1938 innebar en vesentlig rettsutvikling for class actions i USA, reiste bestemmelsen en rekke vanskelige tolkningsspørsmål, og de rammer regelen ga ble ansett for å være utilfredsstillende. Når det nærmere gjelder FR 23-1938 vises til Wright mfl. side 15 – 41. En oversikt over FR 23-1938 finnes også hos Lindblom, Gruppptalan side 120 – 124.

### 17.3.2.3 Federal Rule 23 - 1966

Federal Rule 23 ble meget vesentlig endret i 1966. Når det nedenfor vises til Rule 23 eller bare 23, er det denne regelen det siktes til. Endringen i 1966 dannet grunnlaget for en voldsom økning i antallet klassesøksmål, og også for andre grupper av virkelige gruppesøksmål enn tidligere. Det gjaldt blant annet masseerstatningskrav, hvor en mengde personer, eventuelt også upersonlige rettssubjekter, er voldt skade ved en enkelt skadevoldende handling eller ved en skadevoldende tilstand over en viss tid.

### 17.3.2.4 Rule 23 i hovedtrekk

#### 17.3.2.4.1 Grunnvilkår

Rule 23(a) stiller opp grunnvilkår for class actions. Bestemmelsen lyder:

«(a) Prerequisites to a Class Action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.»

Etter ordlyden er det altså fire grunnvilkår for å reise et gruppesøksmål. (1) Det er et krav til antall «medlemmer» i klassen – «numerosity». Antallet må være så stort at det reelt sett ikke lar seg gjennomføre i praksis – «is impracticable» – at alle slut-

ter seg til søksmålet gjennom subjektiv kumulasjon eller forening av søksmål til felles behandling. (2) Gruppesøksmålet må reise faktiske eller rettslige spørsmål som er felles for gruppen – «common questions». (3) Den som reiser søksmålet på vegne av gruppen må selv ha et krav som er typisk for klassen som sådan – «typicality». (4) Det siste grunnvilkåret er at den eller de gruppemedlemmer som reiser søksmålet må gjøre det på en måte som fullt ut ivaretar gruppens interesser – «fairly and adequately protect the interests of the class.»

De to første vilkårene gjelder begge karakteren av søksmål og krav. De to siste vilkårene fokuserer ikke på karakter av krav og søksmål, men på den som reiser søksmålet på vegne av gruppen. Det er imidlertid klare sammenhenger mellom de to første vilkårene knyttet til karakter av søksmål og krav og vilkårene knyttet til den som reiser søksmålet. Lettest er dette kanskje å se ved kravet til typicality sammenholdt med vilkåret om commonality. Likhet i faktum og juss vil måtte være til stede for at den som reiser søksmålet skal kunne ha et typisk krav. Men det er også sammenheng mellom de to første vilkårene knyttet til karakteren av kravene og det siste vilkåret om at den som reiser saken må kunne ivareta klassens interesser på en skikkelig måte. Et sentralt element ved denne vurderingen vil nettopp være at hans interesser gjennom kravet om likhet er sammenfallende med gruppen.

Det angis ofte to ytterligere grunnvilkår for anvendelse av Rule 23 – i samsvar med det som følger av rettspraksis. Det må for det første være en klasse. De som er berørt må være lett identifiserbare. Dessuten må den som reiser søksmålet være medlem av gruppen. En som selv ikke har et krav, kan ikke reise et gruppesøksmål. For så vidt gjelder det siste, følger det av grunnvilkår (3) ovenfor om at den som reiser søksmålet selv må ha et krav som er typisk for gruppen. Vilkaåret om at det må være en klasse – som uomtvistelig er et vilkår – følger implisitt av grunnvilkår (1) kravet om et stort antall medlemmer – numerosity – og grunnvilkår (2) kravet til fellesskap i faktiske eller rettslige spørsmål. Det er nok imidlertid likevel et poeng tankemessig å peke på at det må foreligge en klasse – «the existence of a class», blant annet for å få frem at en presis definisjon og en klar avgrensning vil kunne være sentralt ved spørsmålet om gruppesøksmål skal kunne aksepteres. Se om disse vilkårene Wright mfl. side 115 – 150 og også Lindblom, Gruppptalan side 180 – 183 og SOU 1994: 151 A side 277 – 278.

#### 17.3.2.4.2 De tre hovedkategorier class actions i Rule 23

I tillegg til å fylle grunnvilkårene i Rule 23(a), må søksmålet for å kunne utgjøre et gruppesøksmål falle innenfor en av tre hovedkategorier, den ene 23(b)(1) med to undergrupper. Disse er i Rule 23(b) angitt slik:

«(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy.»

Rule 23(b)(1)(A) er først og fremst praktisk hvor gruppen er saksøkt. Det gjøres f.eks. gjeldende at saksøkeren har rett til å drive en bestemt virksomhet i forhold til gruppen. Vilkaåret er at det er en risiko for at ulike dommer vil kunne skape en rettstilstand det for saksøkeren vil bli vanskelig å forholde seg til. Rule 23(b)(1)(B) ser denne situasjonen fra gruppemedlemmenes synspunkt. Et individuelt søksmål fra en av de berørte vil ved presedensvirkningen reelt sett kunne avgjøre deres krav eller hindre dem i å gjøre sine interesser gjeldende. Rule 23(b)(2) er utformet først og fremst med henblikk på den søksmålsgruppen som omfatter ulike tilfeller av civil rights, f.eks. søksmål grunnet på diskriminering ut fra rase eller kjønn. Søksmålet vil etter ordlyden regulært være et fastsettelsessøksmål med f.eks. krav om forbud mot en viss virksomhet, men bestemmelsen vil også kunne omfatte krav på erstatning. Bestemmelsen er meget

praktisk og har dannet grunnlag for et betydelig antall klassesøksmål. Rule 23(b)(3) er også meget viktig. Det er nok for øvrig den bestemmelsen som reiser de langt fleste og største problemer i praksis. Den kan gjelde fastsettelsessøksmål med krav om forbud, men også – og her oppstår de største problemene – krav om erstatning. Bestemmelsen gir anvisning på sterkt skjønsmessige vurderinger. De felles rettslige og faktiske spørsmål saken reiser overfor medlemmene i klassen, må være dominerende – «predominant» – i forhold til spørsmål som kun gjelder enkeltmedlemmer i klassen. Videre må gruppesøksmål fremstå som den beste måten – «superior to other available methods» – å få avgjort saken på.

The Advisory Committee on Civil Rules har formulert hovedtanken bak 23(b)(3) slik:

«Subdivision (b)(3) encompasses those cases in which a class action would achieve economies of time, effort, and expense, and promote uniformity of decision as to persons similarly situated, without sacrificing procedural fairness or bringing about other undesirable results.»

Det er ikke likegyldig hvilken av klassene et gruppesøksmål hører hjemme i. Saksbehandlingsreglene er andre, og på flere måter mer tyngende, for b(3) søksmål enn for de øvrige kategorier.

#### 17.3.2.4.3 Nærmere om grunnvilkårene i Rule 23(a)

##### *Numerosity – vilkåret om antall gruppemedlemmer*

Det kan ikke stilles opp et absolutt krav til antall medlemmer i gruppen. Som Wright m.fl. side 510 peker på, har en domstol f.eks. nektet å akseptere som klasse et tilfelle hvor den berørte gruppen var på minst 350 mens en annen domstol har akseptert som klasse en gruppe på 25. Newberg on Class actions side 3 – 25 legger til grunn ut fra drøftelsen i U.S. Supreme Courts avgjørelse i General Telephone Co v EEOC, 446 US 318, 330 (1980) at «the difficulty inherent in joining as few as 40 class members should raise a presumption that joinder is impracticable, and the plaintiff whose class is that large or larger should meet the test of Rule 23(b)(3) on that fact alone.» Her pekes det på som det sentrale at det er et spørsmål om det er praktisk mulig at den enkelte på individuell basis slutter seg til søksmålet.

Det er i prinsippet ingen øvre grense for antallet som kan være i gruppen. Gruppen vil kunne utgjøre tusener, titusener, hundretusen eller mer. Men her kan andre krav være til hinder for et gruppesøks-

mål, blant annet kravene om «manageability» og kravet om at «a class action is superior to other available methods for fair and efficient adjudication» for søksmål etter 23(b)(3) – som slike massesøksmål regulært vil være, jf. nærmere nedenfor.

##### *Common questions – vilkåret om felles faktiske og rettslige spørsmål*

Rule 23(a)(2) krever at det er felles rettslige eller faktiske spørsmål i forhold til gruppen. Det er her en sammenheng med kravet i 23(a)(1) om at kumulasjon ikke er en praktisk løsning – uten slik sammenheng ville ikke subjektiv kumulasjon vært et spørsmål overhodet. Den underliggende begrunnelse for class actions i slike tilfeller formulerer U.S. Supreme Court på denne måten i General Telephone v Falcon, 457 US 147, 155 (1982):

«The class device was designed as «an exception to the usual rule that litigation is conducted by and on behalf of the individual named parties only». Califano v Yamasaki 442 US 682, 700-701. Class relief is «peculiarly appropriate» when the «issues involved are common to the class as a whole» and they «turn on questions of law applicable in the same manner to each member of the class.» Id. at 701. For in such cases, «the class device saves the resources of both the courts and the parties by permitting an issue potentially affecting every [class member] to be litigated in an economical fashion under Rule 23.»

Det er ikke noe krav om ensartethet for alle spørsmål. Det er nok at ensartethet eksisterer for ett spørsmål. Som påpekt i Newberg on Class Actions side 3-50 er kravet om commonality heller et krav om kvalitet enn et krav om kvantitet. Utgangspunktet formuleres her slik side 3-51: «When the party opposing the class has engaged in some course of conduct that affects a group of persons and gives rise to a cause of action, one or more of the elements of that cause of action will be common to all of the persons affected.» Et slikt fellesskap i faktum og juss kan det f.eks. være i tilfeller av krav grunnet på diskriminering ut fra rase eller kjønn eller gyldighet av offentlige regler. Likheter utelukkende i rent rettslige spørsmål uten noen sammenheng ellers mellom partenes krav, gir ikke grunnlag for gruppesøksmål.

At det er individuelle spørsmål for hver part, er ikke til hinder for at vilkåret om commonality er oppfylt. Spørsmålet om en bestemt handling fra saksøkte kan gi rettslig grunnlag for erstatning overfor gruppen, vil f.eks. ofte ikke være ensbetyd-

ende med at det enkelte gruppe medlem har krav på erstatning. For den enkelte kan det være forhold som utelukker dette, men det er altså ikke til hinder for gruppeprosess. Meget praktisk vil det kunne være at erstatningens størrelse vil måtte bero på individuelle forhold og ikke kan avgjøres i gruppesøksmålet.

#### *Typicality – vilkåret om at den som reiser søksmålet må ha et krav som er typisk for gruppen*

Det er altså et vilkår om at den som reiser saken må ha et krav som er typisk for gruppen. Her er for det første å merke at dette innebærer at den som reiser saken må tilhøre gruppen. Som understreket av U.S. Supreme Court i flere avgjørelser, blant annet i *General Telephone Co v Falcon*, 457 US 147 (1982), «... a class representative must be part of the class and possess the same interest and suffer the same injury as the class members.» Men den som reiser gruppesøksmålet må altså ikke bare være medlem av gruppen, han må ha et krav og være rammet på en måte som er typisk for gruppen. I den samme avgjørelsen pekes det på at «the typicality test» skal vise at saksøktens påståtte handlinger mv. i forhold til den som reiser søksmålet ut fra det anførte har skadet ham på tilsvarende måte som de øvrige medlemmer av gruppen er skadet, jf. nærmere Newberg on Class Actions side 3-111 flg.

#### *Adequacy of representation – vilkåret om adekvat representasjon*

Det er et vilkår for gruppeprosess etter Rule 23 at de som reiser søksmålet på vegne av gruppen «will fairly and adequately protect the interests of the class.» Dette kravet må ses i sammenheng med den grunnlovsbestemte rett etter 14 Amendment til «due process of law». Det er blant annet krav til at den som representerer klassen ikke må ha interesser i konflikt med gruppen for øvrig. En rekke forhold kan her være relevante, blant annet om han er involvert i annet søksmål hvor han har interesse i å forfølge synspunkter på tvers av klassens interesser. Videre er det krav om at den som reiser søksmålet, engasjerer nødvendig juridisk bistand som kan gjennomføre saken på en skikkelig måte, se nærmere den utførlige drøftelsen av vilkåret om adekvat representasjon hos Newberg on Class Actions side 3-125 flg.

#### *17.3.2.4.4 Nærmere om de tre hovedkategorier class actions i Rule 23*

Anvendelsesområdet for de tre hovedkategorier

gruppesøksmål etter Rule 23(b) kan nok være klar for det som kan sies å utgjøre kjernen i de tre kategorier, men de ytre rammer for anvendelsesområdene er uklare og til dels omtvistet. Det er for øvrig på det rene at det er til dels betydelig overlappning mellom anvendelsesområdene. I utgangspunktet har man sett reglene i 23(b)(1)(A) og (B) som mer avgrensede – «naturlige» – gruppesøksmål og 23(b)(3) som en mer generell regel. Som påpekt er det av betydning om søksmålet må klassifiseres under 23(b)(3) og ikke en av de øvrige kategoriene. Saksbehandlingsreglene blir da til dels andre.

23(b)(1), som altså er delt i to underkategorier, er utformet for å hindre at gruppe medlemmene eller den eller de som er aktuelle saksøkere eller saksøkte i forhold til gruppen, skal kunne bli skadelidende gjennom dommer avsagt i enkeltsaker sammenliknet med dom i gruppesøksmål. En skadevolder eller et forvaltningsorgan som har gitt en regel ville f.eks. kunne bli skadelidende ved at det avsies dommer bygget på ulike krav til handlemåte. Et gruppe medlem vil, ved dommer i individuelle søksmål fra andre, gjennom presedensvirkningen, kunne oppleve at hans krav reelt blir avgjort i det første søksmålet, hvor han ikke deltar.

Dette, som er hovedelementene i begrunnelsen for regelen, slår imidlertid til for de fleste gruppesøksmål, også de som er klassifisert under 23(b)(3). Det felles rettslige spørsmål, som gjerne er en del av kjernen nettopp for klassifiseringen etter 23(b)(3), ville gjennom individuelle søksmål kunne skapt en risiko for motstridende avgjørelser eller – sett fra gruppe medlemmenes side – for avgjørelser som negativt kunne påvirke deres muligheter for å nå frem med søksmål. Det som synes å være på det rene er at selv om de fleste – kanskje alle – 23(b)(3) søksmål ut fra ordlyden, og også ut fra kjernen i begrunnelsen, skulle gå inn under 23(b)(1), kan den sistnevnte bestemmelse ikke gis et slikt anvendelsesområde. Det er imidlertid omdiskutert, og praksis er ikke entydig, hvordan den nærmere avgrensning skal skje. Det synes å være på det rene at det ved kategoriseringen her aksepteres at det utøves et til dels noe fritt skjønns fra domstolens side.

Newberg on Class Actions side 4-26 til side 4-29 peker på følgende elementer som sentrale ved bestemmelsen av «the most likely candidates for being successfully certified as a Rule 23(b)(A) class...» Det er: (1) Sakene som gjelder handlinger, praksis mv. fra en part som etter lov eller annet rettsgrunnlag er forpliktet til å behandle alle klasse medlemmer likt. (2) Hvor kravet er en kombinasjon av forbud, ugyldighet mv. og erstatning. Er det kun krav om forbud mv., vil det vanligvis bli rubrisert



under 23(b) (2), men kan også bli akseptert under 23(b) (1) (A). Et rent erstatningssøksmål vil derimot vanligvis bare bli akseptert som 23(b) (3) søksmål. (3) Hvis det allerede eksisterer individuelle søksmål eller det er sannsynlig at slike vil bli reist av andre parter, øker det muligheten for aksept for klassesøksmål etter 23(b) (1) (A). (4) Enkelte søksmål vil gå inn under både b(1) (A) og b(2), eventuelt også b(1) (B). Søksmålet vil da kunne bli akseptert – sertifisert – som et søksmål etter alle tre eller en av kategoriene. (5) Rule 23(b) (3) gir mulighet for medlemmer av klassen til å melde seg ut av søksmålet – «opt-out». Ved klassifiseringen har det til dels vært lagt avgjørende vekt på at man ønsket en enhetlig avgjørelse for alle berørte og derfor ikke ønsket «opt-outs».

Rule 23(b) (2)-gruppesøksmål ble utformet med henblikk på søksmål vedrørende civil rights – borgerrettigheter – hvor det ble fremmet fastsettelses-søksmål eller krav om bestemte tiltak. Gruppesøksmål av denne typen har hatt et meget stort omfang i USA, men det er helt klart at Rule 23(b) (2) ikke er begrenset til søksmål om civil rights. Bestemmelsen har vært anvendt for en rekke andre typer søksmål, f.eks. søksmål vedrørende prisdiskriminering og andre antitrustsøksmål. Rule 23(b) (2) gjelder etter ordlyden søksmål hvor det fremmes krav om fastsettelsesdom eller pålegg om tiltak mv. Men bestemmelsen er også gitt anvendelse hvor det i tillegg er fremmet pengekrav som enten er grunnet på regler om equity eller hvor pengekravet, f.eks. krav om erstatning, er sekundært i forhold til kravet om fastsettelsesdom eller pålegg. Se nærmere om anvendelsesområdet Newberg on Class Action side 4-37 til side 4-75. Rule 23(b) (3) åpner for skjønsmessige vurderinger av spørsmålet om «predominance» og «superiority». Denne bestemmelsen har et vidt anvendelsesområde. Det tas sikte på søksmål som naturlig og nødvendig tilsier en løsning for alle impliserte av det felles spørsmål.

Det er altså et krav etter bestemmelsen at det felles rettslige og faktiske spørsmål skal være dominerende i forhold til spørsmål som kun gjelder de enkelte medlemmer. Som det ble understreket av Advisory Committee i dets kommentar til regelen, det er nettopp det at det felles spørsmål dominerer som vil kunne gjøre det prosessøkonomisk med klassesøksmål. Det er ikke helt enkelt å angi generelt hva kravet til predominance innebærer. At det foreligger en rekke spørsmål, hvor det bare er ett eller få som er felles, er ikke i seg selv nok til å utelukke predominance. Heller ikke den tid som relativt sett vil gå med til behandlingen av felles-spørsmålet eller spørsmålene sammenliknet med de spørsmål som ikke er felles, er et avgjørende kri-

terium. Kriterier som «the overriding» eller «central question» har vært brukt, uten at det gir særlig veiledning ut over ordlyden i bestemmelsen. Men at det spørsmål som skal kunne gi grunnlag for predominance må være helt sentralt ved prosessen, synes klart.

Det er for øvrig ikke upraktisk at gruppesøksmålet aksepteres kun for ett eller eventuelt et par felles spørsmål, nettopp for at man skal unngå konflikt med kravet til predominance, jf. i denne forbindelse Rule 23(c) (4) og Manual for Complex Litigation side 222 – 223. De øvrige spørsmål sakene reiser vil da måtte avgjøres gjennom individuelle søksmål. Nærmere om vilkåret om predominance, se Newberg on Class Actions side 4-81 til side 4-106. I slike tilfeller vil klassesøksmålet kunne begrenses til spørsmålet om ansvarsgrunnlag eller til deler av dette. Men blant annet U.S. Supreme Courts avgjørelse i *Amchem Products Inc. v Windsor*, 521 U.S. 591 (1997), viser at det ikke alltid er nok at det eksisterer klare og vesentlige felles spørsmål. Saken var en stor asbestsak, hvor sertifisering – godkjenning – som klassesøksmål ble nektet blant annet fordi vilkåret om predominance ikke ble ansett for oppfylt. Trolig innebærer så vel *Amchem Products Inc. v Windsor* som U.S. Supreme Courts avgjørelse fra 1999 i *Ortiz v Fibreboard Corporation* at det iallfall for masseerstatningssaker hvor skaden utvikles over tid, som i asbestskadesakene, og hvor sertifisering søkes for tilfeller både hvor skaden har materialisert seg og for tilfeller hvor skaden vil vise seg i fremtiden, vil være vanskelig å få godkjenning for at saken skal behandles som gruppesøksmål.

Det er videre et krav om at gruppeprosess skal være den beste måten å løse det felles spørsmål på – kravet til superiority. Det blir et spørsmål om sammenlikning med alternativer – f.eks. intervenasjon, subjektiv kumulasjon, forening av søksmål, bruk av testsaker mv. Også ved denne vurderingen kan det tas i betraktning at gruppesøksmålet kan begrenses til ett eller noen av de spørsmål saken reiser. Ved svært store grupper vil intervenasjon eller annen form for subjektiv kumulasjon kunne være en mindre praktisk løsning. Ved gruppesøksmål om økonomisk kompensasjon, hvor den enkeltes krav er meget lite, har U.S. Supreme Court fastslått at individuelle søksmål eller former for subjektiv kumulasjon ikke er noe praktisk alternativ. En eller flere testsaker kan være et bedre alternativ enn class actions i visse tilfeller. I amerikansk prosess er det imidlertid i denne sammenheng et reelt problem at ca 95% av alle reiste sivile søksmål avgjøres på annen måte enn ved dom, et meget betydelig antall av disse gjennom ulike typer avtaler – «settlements».

Rule 23(b) (3) gir i annet punktum anvisning på fire forhold som skal trekkes inn i vurderingen av kravet til «superiority». Denne delen av bestemmelsen lyder:

«The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.»

Det er på det rene at bestemmelsen ikke er uttømmende. Også andre forhold kan tas i betraktning. Det er det fjerde forholdet som er angitt – «manageability» – «the difficulties likely to be encountered in the management of a class action» – som først og fremst er blitt trukket frem som begrunnelse for at et gruppesøksmål ikke er «superior». Til dels har dette kriteriet vært trukket frem selvstendig, uten noen sammenlikning med de problemer alternativene til gruppesøksmål kunne reise, men den dominerende oppfatning er at spørsmålet om den praktiske håndterbarheten av et gruppesøksmål ikke kan ses uavhengig av alternativene. At et gruppesøksmål vil være komplisert å behandle, er ikke i seg selv grunn til å nekte akseptere det, like lite som et individuelt søksmål kan nektes på et slikt grunnlag. Størrelsen av klassen er ofte blitt brukt som grunnlag for å motsette seg sertifisering av søksmålet. I noen tilfeller har det vært nektet aksept for gruppesøksmål på et slikt grunnlag. Men vanligvis vil det forhold at gruppen er meget stor, tale for at gruppesøksmål aksepteres. Hvor saken gjelder små krav for den enkelte, må spørsmålet om manageability ses i lys av at gruppesøksmålet kan være den eneste måten å forfølge kravene på. Om et gruppesøksmål vil bli komplisert å behandle i slike tilfeller, vil det derfor vanskelig kunne være tilstrekkelig som grunnlag for å nekte sertifisering. Om vurderingen av kravet til superiority, herunder de fire faktorer som er spesielt nevnt i Rule 23(b) (3), se Newberg on Class Action særlig side 4-106 til side 4-178.

#### 17.3.2.4.5 Underklasser

Rule 23(c) (4) åpner for såkalte underklasser. Bestemmelsen lyder:

«(4) When appropriate (A) an action may be

brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.»

Denne bestemmelsen angir altså for det første at gruppesøksmålet kan bli tillatt for et mer begrenset spørsmål enn det som er tatt opp gjennom kravet om gruppesøksmål. Det er i seg selv ikke noen etablering av en undergruppe, men kun en begrensning av gruppesøksmålet, og dermed også gjerne av gruppen. Men bestemmelsen gir også adgang til å etablere flere undergrupper, med hver sine karakteristika, og dermed dele den opprinnelige klassen opp i flere undergrupper. Dette kan være aktuelt hvor det ellers ville være motstridende interesser mellom undergrupper i klassen. Blant annet har det i enkelte saker som gjelder mass torts vært operert med en egen gruppe for de berørte der skaden på domstidspunktet – eller i praksis heller på avtaletidspunktet – har materialisert seg. Spørsmålet om oppdeling i flere grupper/undergrupper er behandlet blant annet i Manual for Complex Litigation side 219 – 221.

#### 17.3.2.5 Saksbehandlingsregler mv.

##### 17.3.2.5.1 Generelt

Retten er i gruppeprosessen gitt et langt større ansvar for fremdrift og behandling av saken, enn det som ellers gjelder ved behandlingen av sivile saker. Regler om dette er gitt i Rule 23(c), (d) og (e). Bakgrunnen er først og fremst at det regulært vil være en rekke gruppedlemmer som ikke har særskilt representasjon i saken. Det er nødvendig at deres interesser ivaretas. Sakens virkninger for gruppedlemmene er også bakgrunnen for at rettslige skritt, hvor partene ellers ville hatt fri rådighet, er gjort avhengig av rettens godkjenning. De som opptrer i gruppesøksmålet, vil f.eks. ikke kunne inngå rettsforlik eller frafalle søksmålet uten at dette godkjennes av retten. Det er for øvrig en rekke saksbehandlingsregler – spesielt regler om varsel – i forbindelse med slike avgjørelser som skal beskytte de fraværende gruppedlemmene.

##### 17.3.2.5.2 Sertifisering

Det skal treffes en særskilt avgjørelse om søksmålet skal aksepteres som gruppesøksmål eller ikke. Avgjørelsen skal treffes så snart som mulig etter at søksmålet er reist. Vanligvis vil spørsmålet

om sertifisering bli avgjort etter et rettsmøte med muntlig forhandling, uten at det er pålagt gjennom noen bestemt lovregel. En del domstoler har lagt til grunn at sertifisering ikke kan nektes uten at det har vært muntlig forhandling om spørsmålet, se Manual for Complex Litigation side 216 – 217. Den må treffes innenfor de lovbestemte vilkår som er stilt opp i Rule 23(a) og (b). Disse er delvis temmelig skjønnsmessige. Det er ikke upraktisk at søksmålet ikke aksepteres som gruppesøksmål for den gruppen søksmålet er angitt å gjelde, men at gruppen snevres inn eller at det etableres flere undergrupper, jf. i denne forbindelse Rule 23(c) (4). Slik innsnevring av klassen eller etablering av underklasser vil være praktisk hvor det er aktuelle eller potensielle interessekonflikter mellom ulike grupper innen den større klassen.

En godkjennelse kan gjøres avhengig av oppfyllelse av visse vilkår. Det er f.eks ikke uvanlig at gruppesøksmål aksepteres under vilkår at gruppens juridiske representasjon styrkes, eventuelt at det skaffes representasjon for bestemte undergrupper av gruppemedlemmer, f.eks. for dem som den senere utvikling vil vise at er skadet gjennom miljøfarlige stoffer – eksempelvis asbest. Retten er ansett for å ha en vid – diskresjonær – myndighet til å bestemme hvem som skal føre gruppesøksmålet på gruppens vegne og gruppemedlemmer som skal fungere som gruppens representanter. Retten er ikke pliktig til å gi noen forrang til den advokat som melder seg først. Retten har også en vid skjønnsmessig adgang til under saken å frata en advokat hans posisjon som advokat for gruppen eller deler av den og overlate denne oppgaven til andre. Denne vide kompetansen må ses i lys av det faktum at i et gruppesøksmål vil det være en rekke klassemedlemmer som ikke opptrer. Deres interesse i en skikkelig behandling av saken ut fra prinsipper om «due process of law» må ivaretas. Adgangen for retten til å velge advokater og til å skifte ut advokater må videre ses i lys av de forpliktelser advokaten har til å holde gruppemedlemmer orientert om saken, være tilgjengelig for dem mv.

Amerikanske prosessregler for saksforberedelsen er langt mer kompliserte enn våre, spesielt gjennom reglene om discovery, se II.16.6.2. En del av den fremskaffelse av bevis som skjer gjennom discovery ved blant annet depositions og interrogatories, kan det være nødvendig å foreta før spørsmålet om sertifisering som gruppesøksmål avgjøres. Det vil regulært gjelde fremskaffelse av bevis nettopp som grunnlag for den vurdering retten må gjøre av om vilkårene etter Rule 23(a) og (b) er oppfylt.

Det er viktig å være oppmerksom på at et meget

betydelig antall rettstvister avgjøres gjennom forlik. Dette gjelder også gruppesøksmål. Det er ikke uvanlig at det reises gruppesøksmål utelukkende for å få inngått et rettsforlik partene er blitt enige om før saken bringes inn for retten. Det er akseptert at det kan sertifiseres slike «settlement class actions». Disse sakene og forlikene har imidlertid i en del tilfeller, ikke minst for såkalte mass torts, skapt særlige problemer, og vilkårene for sertifisering har her vært strenge.

En avgjørelse om at gruppesøksmålet godtas – sertifiseres – er ikke til hinder for at retten eller partene senere under saken tar opp igjen spørsmålet om vilkårene for gruppesøksmål foreligger. Det kan f.eks. være tilfeller hvor det er satt vilkår for sertifiseringen, og det er spørsmål om disse vilkårene er oppfylt. Men selv utenfor slike tilfeller kan spørsmålet om sertifisering vurderes på nytt senere under prosessen, og en slik ny vurdering kan lede til at sertifiseringen trekkes tilbake med den konsekvens at søksmålet ikke kan fortsette som gruppesøksmål. Et annet resultat kan bli en begrensning av klassen eller en oppdeling av den i flere underklasser. Som påpekt i Manual for Complex Litigation side 215, kan en slik gjenåpning av sertifiseringsspørsmålet skape betydelige prosessuelle problemer. Det advares derfor mot at man ser på den sertifiseringsavgjørelsen som treffes så snart som mulig etter at prosessen er innledet, som en foreløpig avgjørelse.

Det er etter amerikansk prosess en viss adgang til å avgjøre realiteten i saken etter en helt summarisk prosess, blant annet ved såkalt dismissal on the merits eller summary judgment. Ved dette blir man blant annet kvitt uholdbare søksmål uten å måtte gå gjennom den til dels meget omstendelige saksforberedelsesprosess som ellers gjelder, se II. 3.17. Det er i noen grad omtvistet om det er adgang til å treffe en slik realitetsavgjørelse før spørsmålet om sertifisering avgjøres, men det synes som om dette aksepteres iallfall i tilfeller hvor en slik avgjørelse ikke kan ha negative virkninger for mulige gruppemedlemmer. Empirical Studies 1996, se side 29 – 32, viser at det ble truffet avgjørelser vedrørende motions to dismiss og motions for summary judgment i en rekke tilfeller før spørsmålet om sertifisering var avgjort. Men det var her vesentlige variasjoner mellom domstolene.

### 17.3.2.5.3 Gruppedefinisjon – betydningen av entydig avgrensning av gruppen

Det er helt nødvendig at retten ved sertifiseringen definerer gruppen entydig. Dette fordi det må fastslås hvilke rettssubjekter som har rettigheter etter

en avgjørelse, hvilke rettssubjekter som avgjørelsen er bindende for og hvilke parter som i 23(b)(3) saker har krav på varsel – notice, jf. 23(c)(2). Det understrekes i Manual for Complex Litigation side 217 – 218 at det er viktig å være presis ved angivelsen og å bygge denne på entydige og objektive kriterier, som eksempel nevnes de personer eller rettssubjekter som innenfor et angitt tidsrom har kjøpt et produkt fra en bestemt leverandør eller fabrikant. Men, som praksis viser, det å beskrive en gruppe entydig, er ikke alltid lett, se nærmere Manual for complex Litigation side 217 – 219.

#### 17.3.2.5.4 Notice – varsel

For gruppesøksmål etter Rule 23(b)(3) er det særlige krav til varsel til gruppemedlemmene. Rule 23(c)(2) lyder:

«(2) In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel.»

Videre er det en alminnelig regel om varsel, som ikke er begrenset til saker etter Rule 23(b)(3), i 23(d). Denne varslingsregelen lyder:

«(d) Orders in Conduct of Actions. In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action;»

Det er dessuten en generell varslingsregel etter 23(e) til gruppemedlemmene i tilfeller hvor grup-

pesøksmålet kan bli «dismissed» – noe unøyaktig – avvist eller forlikt. Denne bestemmelsen lyder:

«(e) Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.»

Varslingsreglene må ses i lys av at avgjørelsen i gruppesøksmålet binder gruppemedlemmene. Det er derfor viktig å sikre varsling slik at gruppemedlemmene kan ivareta sine interesser i søksmålet. Det er retten som varsler i de tilfeller hvor det gis varsel. I dette ligger ikke at det er retten som må gjøre det praktiske ved varslet, foreta utsendelse, innhentelse av nødvendig materiale for å fremskaffe opplysninger om hvem varsel må sendes til mv. Men varslet sendes ut som varsel fra retten, og det er retten som fastlegger innhold, bestemmer når varsel skal sendes mv.

Rule 23(c)(2) gjelder altså varsel ved gruppesøksmål etter 23(b)(3) – og bare for disse søksmålene. Det skal her gis varsel i forbindelse med sertifisering. Vanligvis vil det bli krevd individuelt varsel, men dette gjelder ikke absolutt. Varslet skal regulært gis umiddelbart etter sertifisering. Bestemmelsen angir hovedinnholdet av varselet, se om spørsmålet om hvorledes varsel skal gis Newberg on Class Actions side 8-6 til side 8-14. Hovedregelen er at hvor det er praktisk mulig å fremskaffe navn og adresse til de individuelle gruppemedlemmene, skal dette gjøres, uten hensyn til kostnader ved varslet – som kan bli meget store ved denne type søksmål med meget store klasser. Formidable omkostninger ved individuelle varsel fritar ikke for dette. En sentral avgjørelse her er U.S. Supreme Courts avgjørelse i Eisen v Carlisle & Jacquelin, 417 US 156 (1974).

Varslet skal angi at vedkommende har rett til å melde seg ut av saken – opt out. Det skal gis en frist for dette. Varslet skal gi beskjed om at om vedkommende ikke trer ut av saken, vil han bli bundet av avgjørelsen. Dessuten skal det angis at han kan opptre i saken gjennom advokat. Selv om det ikke fremgår direkte av bestemmelsen, er det forutsatt at varslet skal gi opplysninger om søksmålet, se Manual for Complex Litigation side 225 – 227. Opplysningene om søksmålet skal sikre at vedkommende har grunnlag for å vurdere om han bør melde seg ut av søksmålet eller om det er grunn for ham til å opptre i saken.

Rule 23(c)(2) gjelder etter ordlyden bare for klassesøksmål etter 23(b)(3). Det er imidlertid i

noen grad omtvistet om det kan grunnes en plikt til varsel også til andre kategorier gruppesøksmål som vilkår for sertifisering. Dette har særlig vært fremme hvor gruppesøksmålet er klassifisert under andre kategorier, men hvor søksmålet også omfatter krav på erstatning, se Newberg on Class Actions side 8-17 til 8-20. Manual for complex litigation antyder en slik plikt i noen tilfeller, men angir ikke anvendelsesområdet for dette ut over at det her ikke er plass for noen generell regel, se side 224. En mer avgrenset varslingsplikt til de tilfeller der det foreligger et særlig behov kan grunnes på regel i 23(d) om at retten plikter å gi varsel til gruppe medlemmene når dette er nødvendig for å beskytte gruppe medlemmenes interesser.

Rule 23(e) fastslår generelt at det må gis varsel hvis det oppstår spørsmål om å avvise saken eller det ønskes inngått forlik. Det er i praksis stilt opp visse unntak fra denne plikten hvor avvisning – dismissal – ikke vil ha negative rettsvirkninger for klasse medlemmene, se Newberg on Class Actions side 8-58 til side 8-62. Varslet skal inneholde det krav/forslag om avvisning som foreligger eller innholdet av forliket. Når det nærmere gjelder innholdet av orienteringen om forslag til forlik, beskrives dette i Manual for Complex Litigation slik:

«The notice should announce the proposed settlement and state that, if approved, it will bind all class members. It should

- describe the essential terms of the proposed settlement;
  - disclose any special benefits provided to the class representatives;
  - provide information regarding attorneys' fees (se supra section 24.1);
  - indicate the time and place of the hearing to consider approval of the settlement, and the method for objecting to (or, if permitted, for opting out of) the settlement;
  - explain the procedures for allocating and distributing settlement funds, and, if the settlement provides different kinds of relief for different categories of class members, clearly set out those variations; and
- prominently display the address and phone number of class counsel  
and the procedure for making inquiries.»

Etter 23(e) skal varslet gis «in such manner as the court directs». Det er altså ikke krav til «the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort», som etter 23(c) (2). I tilfeller hvor det tidligere er gitt individuelt varsel, som f.eks etter sertifiseringen

av 23(b) (3) søksmål, vil det imidlertid normalt bli krevd individuelt varsel etter 23(e).

Som påpekt påligger det også retten en generell plikt til varsel av gruppe medlemmene når dette synes nødvendig for at deres interesser skal ivaretas på en rimelig måte i saken. Kravet om varsel i slike tilfeller er et utslag av den alminnelige regel om «due process». I atskillig grad vil vurderingen av om det er nødvendig å gi varsel etter denne bestemmelsen bero på et skjønn, men det vil ikke si at domstolen står fritt. Det skal utøves et forsvarlighets skjønn – som kan være gjenstand for overprøving. Det er en rekke tilfeller hvor varsel etter 23(d) (2) vil bli krevd, f.eks. ved såkalt desertifisering, hvilket vil si at retten tilbakekaller sin godkjenning av gruppesøksmålet for hele eller deler av gruppen. Et annet eksempel vil være utskillelse av eller oppdeling i undergrupper. Slike rettslige skritt vil kunne ha vesentlig betydning for gruppe medlemmene, og varslet må beskrive disse konsekvensene. Innholdet av varslet skal være slik at parten skal kunne ivareta sine interesser på en adekvat måte. Det er i disse tilfellene ingen hovedregel om individuelt varsel. Se om varsel etter 23(d) (2) Manual for Complex Litigation side 229 – 230 og Newberg on Class Actions side 8-48 til side 8-54. Empirical Study 1996 påviste en rekke vesentlige mangler ved domstolenes praktisering av varslingsreglene. I noen tilfeller ble det ikke gitt varsel slik som påkrevet, i andre tilfeller ga ikke de varslete partene tilstrekkelige relevante opplysninger, se side 49 – 52 og side 62 – 64.

Omkostningene ved varslet til gruppe medlemmene i forbindelse med sertifisering av Rule 23(b)-(3)-søksmål skal som den store hovedregel bæres av den eller de som reiser klassesøksmålet. Det vil oftest si den advokat som opptrer, og som fører saken på grunnlag av prinsippet om «no cure no pay, if cure good pay». Omkostningene ved varsel kan bli formidable, og de kan i seg selv være til hinder for at søksmål reises eller fremmes. Det er visse, men sterkt begrensede, muligheter til i noen tilfeller å velte dette omkostningene over på den annen part eller å dele omkostningene. For tilfeller hvor varsel kreves ved sertifisering for andre søksmål enn etter Rule 23(b) (3) påligger disse alltid den eller de som reiser søksmålet. Ved forlik – som er meget praktisk i disse sakene – vil forliket unntaksfritt ta stilling til disse omkostningene.

Skal varsel kunne gis, må gruppe medlemmene så langt som mulig identifiseres ved navn og adresse. Også omkostningene ved fremskaffelsen av disse opplysningene, vil i store gruppesøksmål kunne bli formidable. For disse utgiftene, som er nødvendige for å kunne gi varslet, er det noe

andre omkostningsregler enn for omkostningene ved varslet for øvrig. Også her er utgangspunktet at utgiftene dekkes av den eller de som reiser søksmålet, i praksis deres advokat(er), men mulighetene for å velte omkostningene over på motparten er større. For denne delen av varslingsomkostningen er det omkostningsreglene for «discovery» – fremskaffelse av faktisk bevismateriale – som anvendes. Om omkostningsspørsmålene – som er helt vesentlige for muligheten til å føre gruppesøksmål – se Newberg on Class Actions side 8-20 til side 8-31.

#### 17.3.2.5.5 *Settlements – rettsforlik*

Som nevnt er det meget vanlig at sivile søksmål ender med rettsforlik. Dette gjelder også gruppesøksmål. De parter som opptrer på vegne av gruppen, har ikke fri rådighet til å inngå rettsforlik. Et forlik skal godkjennes av retten. Dette er ikke ment å være en formalitet. Det er forutsatt at retten skal foreta en realitetskontroll av om forliket på en god måte avgjør gruppemedlemmenes interesse i søksmålet. Det skal f.eks. sikres at ikke forliket urimelig tilgodeser visse gruppemedlemmer, f.eks. de som opptrer, i forhold til andre. Som praksis blant annet for såkalte mass tort class actions viser, stilles det strenge krav til rettens vurdering og til det materiale som må fremskaffes for at denne vurderingen skal kunne utøves forsvarlig.

Det er ikke uvanlig at det søkes sertifisert et gruppesøksmål utelukkende for at det skal kunne inngås rettsforlik. Dette har vært søkt gjort blant annet i noen meget store søksmål vedrørende mass torts. Det må da fra rettens side for det første vurderes om vilkårene for gruppesøksmål etter 23(a) og 23(b) er oppfylt, og så – forutsatt at det første sett med vurderinger faller ut i gruppesøksmålet favør – må forliket realitetsvurderes. En annen ting er at ved den skjønnsmessige vurderingen etter 23(b)(3) vedrørende kravet til «superiority» kan det være av betydning at det er et rettsforlik som ønskes inngått.

Godkjennelsesprosessen er en to-leddet prosess. Representanten(e) for gruppen(e) og motparten(e) sender forslaget til forlik til retten. Retten foretar så en foreløpig «fairness evaluation» av forslaget til forlik. Behandlingen her kan skje på grunnlag av dokumenter og eventuelt på rettsforhandlinger som har vært holdt tidligere. Det kan også på dette stadiet holdes et rettsmøte hvor retten kaller inn prosessfullmektiger og parter og foranlediger bevisføring, f.eks. avhør av rettsoppnevnte sakkyndige. Dette kan gi grunnlag for den konklusjon at forliket ikke kan danne grunnlag for

godkjennelse fra rettens side. Hvis retten derimot mener at det kan være grunnlag for godkjennelse, skal den gi partene varsel om forlikforslaget og gi muligheter for gruppemedlemmene og eventuelle andre til å fremsette innsigelser mot forslaget. Det vil så bli holdt et rettsmøte til behandling av spørsmålet. Det er i praksis lagt til grunn at de som fremmer forslaget har en bevisbyrde med hensyn til å vise at «the settlement is fair, adequate and reasonable.» Denne bevisbyrde har i forhold til enkelte forlik vedrørende mass torts vært stilt meget høyt. Retten har en plikt til meget grundig å gå inn i realiteten i forliket. Igjen er det hensynet til fraværende gruppemedlemmer som er det bakenforliggende hensyn.

Helt særlige krav til godkjennelsesprosessen stilles i saker som søkes fremmet som gruppesøksmål utelukkende for å få aksept for et forlik som er inngått. Her vil gruppemedlemmer før forliket inngås kunne være i en situasjon hvor de ikke har hatt noen mulighet til å påvirke prosessen. Det vil være en større risiko enn ellers for at et forlik i et slikt tilfelle ikke ivaretar alle gruppemedlemmers interesser på en fair måte. Praksis for mass torts viser at det kan være meget vanskelig å få aksept for et slikt forlik. Men reglene åpner for en mulighet for å få godkjennelse for et forlik som er inngått allerede når gruppesøksmålet reises. Slik godkjennelse er gitt i mange saker. Fra mange stilles det spørsmål ved den mulighet retten har til å øve en reell kontroll ved denne type forlik, se nedenfor. Om godkjennelsesprosessen se Manual for Complex Litigation side 236 – 240 og side 243 – 244.

Dommens/rettsforlikets bindende effekt på de som er gruppemedlemmer ved avsigelsen

En dom eller et rettsforlik i et gruppesøksmål blir bindende for dem som er gruppemedlemmer ved avgjørelsen. Dette er nettopp bakgrunnen for adgangen til å fratse gruppesøksmålet i saker etter Rule 23(b)(3). Ved å tre ut av søksmålet vil parten kunne forfølge sitt krav i et individuelt søksmål. De strenge kravene til varsling er gitt for at denne retten til å tre ut, og derved til å kunne forfølge saken, på annen måte, skal være en realitet.

#### 17.3.2.5.6 *Omkostninger*

Den vanlige regel om saksomkostninger i amerikansk prosess er at hver part bærer sine egne omkostninger uten hensyn til utfall, se II.20.5. Det er visse unntak fra dette utgangspunktet for særlige omkostninger. Det er også unntak på den måten at en part som sanksjon for tilsidesettelse av plikter under saken, kan bli pålagt å dekke omkostninger

for motparten. Men som den store hovedregel vil en part, selv om han vinner saken fullt ut, ikke kunne kreve den annen part for det vesentligste av sine saksomkostninger, som er utgifter til prosessfullmektig. I gruppesøksmål vil godtgjørelsen til prosessfullmektig bli fastsatt av retten oftest til en prosentdel av verdien av det som tilkjennes, etter prinsipper som gjelder hvor det i individuelle søksmål er avtale om såkalt contingency fee. Det innebærer at advokaten ikke får betalt eller dekket utgifter advokaten har forskuttert i klassesøksmålet med mindre søksmålet – i praksis erstatnings-søksmålet – fører frem. Til gjengjeld vil advokaten da vanligvis være sikret god betaling hvor det er tatt høyde for nettopp at advokaten kan måtte føre saker hvor utgifter og salær ikke dekkes, se også II.20.3.

Om omkostninger ved varsel – notice – se II.17.3.2.5.4.

#### 17.3.2.6 *Masseerstatning – mass torts – som klassesøksmål*

##### 17.3.2.6.1 *Generelt om masseerstatningssøksmål i USA*

Såkalte mass torts har tiltrukket seg mye oppmerksomhet de par siste tiår. Dels har dette vært fordi en del saker har vært spektakulære på den måten at de har angått svært mange, har dreiet seg om krav på titalls eller hundretalls millioner dollar og har fått en omfattende medieomtale. Men sakene har i USA også fått betydelig oppmerksomhet fra et rent juridisk synspunkt fordi de har reist meget vanskelige rettslige og praktiske spørsmål for domstoler og parter.

Mass torts har gjerne vært brukt om erstatningskrav fra mange og hvor den enkeltes krav utgjør betydelige beløp. Mass torts kan praktisk sett deles inn i to hovedgrupper. For det første den kategorien der mange rammes gjennom samme hendelse, typiske eksempler er flyulykker og sammenrasning av bygninger. Den andre hovedgruppen er der skaden skjer ved spredning av skadelige produkter, f.eks. legemidler eller det skjer en miljøforurensning over tid. Her er det flytende overganger, som f.eks. hvor asbest er brukt i bygninger og volder skade over tid overfor dem som eksponeres for de skadelige stoffene. Noe egentlig rettslig poeng – iallfall ikke fra et prosessuelt synspunkt – har det ikke vært å foreta noen bestemt kategorisering. Fra en mer praktisk synsvinkel er det på det rene at masseerstatningskrav gjennomgående er lettere å håndtere hvor sakene er oppstått ved en enkeltstående hendelse. Blant annet

vil det da være lettere å identifisere gruppe medlemmene enn hvor skaden har utviklet seg eller oppstått over tid.

En rekke forhold har gjort masseerstatningskrav i USA vanskelig å håndtere. Det har i mange tilfeller vært reist en rekke saker, til dels med mange parter på begge sider, med innbyrdes sammenheng, for forskjellige domstoler, ofte både i føderale og statlige domstoler. At skadene har rammet i forskjellige stater, har igjen ledet til at forskjellige materielle regler har fått anvendelse, både ansvarsregler, utmålingsregler og foreldelsesregler. I en del tilfeller har det vært usikkert om skadelidte – forutsatt ansvar i vidt omfang – vil kunne dekke kravene, og det har av den grunn vært konkurrerende grupper om begrensede midler. Ofte har sakene reist kompliserte spørsmål om årsakssammenheng. I flere tilfeller av eksponering av giftige stoffer har skadevirkningene – eller mulige skadevirkninger – først vist seg mange år etter at eksponeringen opphørte. Særlige vanskeligheter har foreligget i forhold til såkalte «future claimants» – hvor eventuell skade først vil vise seg senere. Sakene har neppe blitt enklere å behandle med den temmelig kompliserte saksforberedelsesprosess det er i amerikansk sivilprosess.

For å kunne håndtere sakene har det i størst mulig grad vært søkt å overføre sakene til én enkelt domstol. Det har vært mulig hvor bare føderale domstoler har vært involvert. Også i tilfeller hvor sakene har versert både for føderale og statlige domstoler har det imidlertid i en del tilfeller skjedd konsentrasjon av deler av saksforberedelsen for en enkelt domstol. Videre har det vært lagt meget stor vekt på en aktiv rolle i saksforberedelsen fra domstolens side. En del masseerstatningsaker har medført en meget sterk belastning på rettssystemet. Erstatningssaker for asbestskader var en periode så mange en del steder og med så mange parter at rettssystemet ikke maktet å ta dem unna. I Manual for Complex Litigation vises det til to uttalelser fra Judge Parker i *Cimino v. Raymark Indus. Inc.*, 751 F. Supp. 649, en stor asbestskadesak, om nødvendigheten av samordning og omlegging av prosedyren for at ikke saksøker med 100% sikkerhet skal bli faktisk utelukket fra å få sin sak prøvd for domstolene. Judge Parker pekte i denne forbindelse på at 448 av saksøkerne i saken døde mens de ventet på å få sin sak avgjort. Dette tilfellet gjaldt imidlertid som nevnt en stor asbestskadesak, og disse sakene har – også for så vidt gjelder tiden for å få behandlet dem – voldt særlig store problemer for domstolene, se Willging side 12 – 14.

Det har vært trukket frem som fenomen at mas-

seerstatningssaker har en slags innebygget dynamikk, se blant annet Report on Mass Tort Litigation side 16 – 21. Det forhold at det reises masseerstatningssøksmål som da gjerne samordnes i stor stil, enten gjennom subjektiv kumulasjon, forening av saker eller ved klassesøksmål, skaper en «elastisitet» som medfører at det blir reist saker eller krav for domstolene som ellers ikke ville blitt reist. Dette har vært formulert slik at «if you build a highway, you will have a traffic jam.» Denne effekten med at det reises flere saker, har såvel positive som negative sider. Det kan føre til at vesentlige og reelle krav blir fremmet og avgjort, men det kan også åpnes for at uholdbare krav blir «med på lasset». Et annet forhold som tilsier at potensielle saksøkere slutter seg til en allerede oppstartet prosess, er at saksøkte kan ha begrensede midler til å dekke kravene. Da gjelder det ikke å komme bakerst i køen, men tvert i mot være med mens det ennå er noe å hente. Det har også vært trukket frem at slike samordnete masseerstatningskrav vil kunne ha en tendens til å fremtvinge forlik med høyere erstatning enn hva som ville vært tilfelle om sakene hadde vært ført som individuelle saker.

Det er en del advokatfirmaer som har spesialisert seg på mass torts. Det er en rekke eksempler på at dommer eller forlik i slike saker som har hatt mange parter har resultert i advokatsalærer som er meget høye – til dels titalls millioner dollar. Selve dette fenomenet med advokater som har meget sterke interesser i å føre slike masseerstatningssaker, er en reell faktor for omfanget av sakene. Men det understrekes også at i mange tilfeller må størrelsen av advokatsalærer ses på bakgrunn av at advokatene kan bli sittende med meget store utgifter om saken ikke fører frem – i visse saker kan det dreie seg om millioner av dollar, se Report of the Advisory Committee 1999 side 44. I forbindelse med godtgjørelse til advokatene er det også grunn til å nevne at i mange saker er det sterke motsetninger mellom advokater som i utgangspunktet skulle befinne seg på samme side. Retten kan utpeke advokater for klassen eller for undergrupper i klassesøksmål eller i masseerstatningssaker i sin alminnelighet. Videre vil retten kunne utpeke noen få av de advokater som opptre til forskjellige «managing committees», med de muligheter for økt fortjeneste som det vil gi for disse advokatene.

#### 17.3.2.6.2 Masseerstatningssøksmål som gruppesøksmål

Ved endringen av Rule 23 i 1966 uttalte Advisory Committee at masseerstatningskrav var uegnet som gruppesøksmål etter Rule 23(b)(3), som er

den bestemmelse som ellers vanligvis ville ligge nærmest for anvendelse. Det heter i uttalen:

«A «mass accident» resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses of liability, would be present, affecting the individuals in different ways. In these circumstances an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried.»

Dette er imidlertid en linje som ikke er blitt fulgt, iallfall ikke på den måten at den har hindret søksmål fra å bli reist som gruppesøksmål. En annen sak er at en rekke slike søksmål er nektet sertifisering, men mange har også vært akseptert som gruppesøksmål, noen eksempler er nevnt i Manual for Complex Litigation side 324 – 325. Hovedtrekk og hovedsynspunkter på denne utviklingen er i Report on Mass Tort Litigation side 38 – 39 beskrevet slik:

«Class Actions. When Civil Rule 23 was revised in 1966, it was thought that even the opt-out class established by new subdivision (b)(3) would seldom if ever be suitable for single-event mass accidents. There was no thought that the mandatory class provision of subdivision (b)(1) might be used, and no thought that dispersed mass torts might be fit into the class-action mold. The pressures to dispose of large-scale claims have led to attempts to adapt Rule 23 to these unforeseen uses. These attempts have met with varying acceptance, and increasingly have been criticized as undermining traditional values of individual representation and participation. The criticisms question the adequacy of notice and representation, insist that the ability to opt out is essential, and doubt the ability to participate meaningfully in hearings to measure the fairness of proposed settlements. At the same time, others maintain the class actions, including judicial review of the terms and distribution of settlements, provide more adequate representation for individual claimants than may result from formally individual attorney-client relationships. Class actions also are offered as the only hope for achieving global resolution, with arguments that the Amchem decision has raised undesirable barriers to certification and settlement.»

Forlik i store gruppesøksmål har særlig i de senere år hatt store problemer med å bli godkjent av domstolene. Særlige problemer har det vært i de tilfeller hvor forliket har omfattet såkalte future



claimants – altså parter hvor skaden på forlikstidspunktet ikke har materialisert seg. To avgjørelser av U.S. Supreme Court er her helt sentrale. Det er *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 og *Ortiz v. Fibreboard Corporation* fra 1999. Om den første dommen se Willging, *Mass Torts Problems & Proposals* blant annet side 25 og side 31 – 37, se også side 116 – 118.

En rekke av dommene i de større sakene om masseerstatning er instruktivt gjennomgått i vedlegg D i *Report on Mass Tort Litigation*. Det er der også angitt om søksmålene er anlagt som klasse-søksmål og i tilfelle om de er blitt sertifisert.

### 17.3.2.7 Andre generelle forhold av interesse

I mange tilfeller vil erstatning også i søksmål det er på tale å føre i gruppeprosess, måtte utmåles individuelt. Dette kan imidlertid føre til at de individuelle forhold anses så vidt dominerende at sertifisering nektes. Men det er eksempler på at spørsmålet om erstatningsplikt er avgjort ved gruppesøksmål, og at utmålingen deretter har skjedd ved individuelle vurderinger i forhold til hvert grupped medlem. Men det er også en rekke tilfeller hvor erstatning har vært utmålt til gruppen som helhet og så fordelt etter skjematisk prinsipper som bare delvis reflekterer den enkeltes tap. Det er eksempler på at erstatningen er gått til andre enn den egentlige gruppen. Her kan nevnes en avgjørelse fra California fra 1967 hvor et drosjeselskap ble tilpliktet å betale erstatning fordi selskapet gjennom en årrekke hadde krevd for høy betaling av kundene. Den del av erstatningsbeløpet på USD 1 400 000 som ikke gikk med til å dekke advokatsalæret på USD 450 000, ble «betalt» ved at selskapet de påfølgende år måtte senke sine priser i forhold det de ellers kunne tatt i betaling. Den gruppe som nøt godt av erstatningen, var altså de fremtidige drosjebrukere, mens den gruppen som hadde lidt tapet var de fortidige brukerne. Selv om det åpenbart var atskillig overlapping mellom disse to gruppene, sier det seg selv at grupped medlemmene delvis var forskjellige.

Sider ved rettsinstituttet class actions er kritisert i USA, selv om kritikken ikke på noen måte er enstemmig og i atskillig grad vil avhenge av hvilket juridisk ståsted man har. Synspunktene vil f.eks. lett bli andre når de formuleres av en advokat som gjerne opptrer på vegne av grupper som anlegger gruppesøksmål, enn når de formuleres av advokater som representerer de selskaper mv. som gruppene saksøker. Av synspunkter som fremheves også av dommere som har bred erfaring med gruppesøksmål, kan nevnes:

Gruppeprosess vurderes som et nyttig rettsinstitutt ved krav om såkalt injunctive relief – dom om forbud eller krav om bestemte handlinger mv. i forhold til en gruppe, f.eks. ved påstått diskriminering. Rettsinstituttet kan også være nyttig i saker vedrørende securities, f.eks. hvor det rettes krav mot megler grunnet i mangelfulle opplysninger i prospekt vedrørende aksjeemisjon, hvor det i liten grad er individuelle forhold hos medlemmene i klassen som kan få betydning for ansvarsspørsmålet eller for utmåling av den enkeltes krav. Men hvor det er små krav hos den enkelte, vil de generelle innvendingene mot klassesøksmål av denne typen gjelde – jf. nedenfor, og hvor det er store krav, vil disse kunne håndteres gjennom samordning av søksmålene.

Selv om grunntanken bak gruppeprosess var god, er vurderingen at det er et ikke ubetydelig misbruk av instituttet, og det er sider ved instituttet som er vanskelig håndterbart med henblikk på en forsvarlig avgjørelse av saken. Gruppesøksmål kan sies å ha en særlig berettigelse hvor en rekke personer har lidt en skade, men hvor den enkeltes krav er for lite til at det kan gjøres gjeldende i et individuelt søksmål. Men også gruppesøksmål av denne typen har klare negative sider. Et resultat av et slikt søksmål vil bli at hver enkelt saksøker – om saken vinnes eller det inngås forlik om erstatning – gjennomgående vil få en bagatellmessig erstatning. Den som vil sitte igjen med gevinsten er advokatene for klassen – eller rettere advokatene for begge sider. De vil være sikret betydelige salærer. Det er en rekke advokatfirmaer som har spesialisert seg på klassesøksmål for saksøkere. De oppnår ofte å få til forlik som – for dem selv – er meget gunstige, men for de angivelig berørte gir liten uttelling. Deler av den juridiske profesjon er kommet i vanry. Gruppesøksmål som først og fremst tjener advokatenes interesser er en faktor i dette bildet. Dette har også en side til det at det amerikanske samfunn er sterkt søksmålsfiksert – at man ikke kan lide noen form for skade eller ubehag uten å se seg om etter noen å saksøke.

Et annet negativt trekk ved gruppeprosessen, som påpekes av dommere, er ubehaget ved å være dommer i en sak hvor en rekke parter reelt sett ikke er representert i prosessen, men hvor de altså blir bundet ved forlik eller dom. Det er klassesøksmål hvor partene ikke er kjent med at de er involvert i saken, eller at de ikke har forståelse av hva saken innebærer. Selv om dommeren etter reglene skal ha dette for øyet – at alle har adekvat representasjon – vil det være vanskelig å følge opp i praksis. Særlig uttalt blir dette hvor advokatene for begge sider fremlegger et rettsforlik for godkjennelse av

retten. Det kan for øvrig også gjøres hvor saken anlegges nettopp for å få rettens aksept av et inngått forlik. Rettens mulighet for å føre kontroll med forliket, på den måten at det innebærer en god, eller iallfall akseptabel, løsning for alle involverte, og f.eks. ikke særlig favoriserer enkelte parter, vil kunne være meget vanskelig. Det vil også kunne være meget vanskelig å føre reell kontroll med det arbeidet advokatene for klassen har nedlagt og derfor kunne vurdere hvilket salær som kan aksepteres som rimelig.

Ett særlig forhold trekkes frem i forbindelse med forlik. Det er det «interessefellesskapet» som kan foreligge mellom prosessfullmektigene for begge sider. Hovedinteressen til den advokat som representerer gruppen kan være raskt å få avsluttet saken, som advokaten ofte vil være initiativtaker til, gjennom forlik og derved utbetaling av salær og dekning av utgifter. Også saksøkte vil kunne ha en interesse i raskt å få løst saken på denne måten. Et forlik godkjent av retten, vil nemlig ha rettskraftsvirkning for gruppen og derved blokkere for fremtidige søksmål med krav ut over det som følger av forliket. Denne felles interessen, og de begrensede muligheter retten i mange tilfeller vil ha med å føre reell kontroll med forliket, setter retten i en vanskelig situasjon og er betenkelig ut fra mer overordnede rettssikkerhetsmessige hensyn.

I tilfeller av økonomisk store krav fra en rekke saksøkere, og særlig i tilfeller hvor det er individuelle forhold av betydning for det den enkeltes krav, vil det gjennomgående ikke være noen fordel med gruppesøksmål. Alternativet som prosessreglene åpner for, å samle søksmålene ved en enkelt domstol og koordinere behandlingen av dem, gir en mer praktisk løsning. Da kan man få skilt ut testsaker hvor de aller fleste gjennomgående faktiske og rettslige spørsmål (reelt sett) kan finne sin avgjørelse. Når testsakene er avgjort, vil de øvrige brikker falle på plass. Slik samordning er blitt brukt i en rekke store erstatningssaker med krav etter ulykker, skade fra farlige stoffer (asbest) etc. Håndteringen, sakenes kompleksitet tatt i betraktning, har gjennomgående vært god. Enkelte tilfeller har nok tatt svært lang tid. Men det har vært i meget kompliserte saker med svært mange parter og hvor de individuelle forhold også hadde variert i betydelig grad. Det gjaldt blant annet noen av de mange asbestsaker. Men å behandle denne type saker som gruppesøksmål, er gjennomgående ikke noe praktisk alternativ.

### 17.3.3 Canada

I de fleste provinser og for de føderale domstoler

gjelder regler om gruppeprosess som langt på vei samsvarer med de engelske. To provinser – Ontario og Quebec – har moderne lovgivning som på mange punkter tilsvarende Federal Rule 23 i USA, men som er bygget opp på en annen måte. Avgjørelser i gruppesøksmål vil binde de rettssubjekter som omfattes av gruppedefinisjonen, uten hensyn til om disse positivt har sluttet seg til søksmålet. Som eksempel på slik lovgivning på provinsnivå kan det vises til Ontarios Class Proceedings Act fra 1992, som trådte i kraft 1. januar 1993. Det er en meget detaljert lov med 39 paragrafer med en rekke underpunkter. Hovedvilkårene for sertifisering er nedfelt i paragraf 5. Denne bestemmelsen lyder:

#### «Certification

5. (1) The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

(a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;

(c) the claims or defences of the class members raise common issues;

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and

(e) there is a representative plaintiff or defendant who,

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and

(iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.»

Felles spørsmål - common issues - er nærmere definert slik i paragraf 1:

«common issues» means,

(a) common but not necessarily identical issues of fact, or

(b) common but not necessarily identical issues of law that arise from common but not necessarily identical facts;»

Paragraf 5 sammenholdt med definisjonen av common issues i paragraf 1 samsvarer meget langt på vei med grunnvilkårene for gruppeprosess i Federal Rule 23(a), bortsett fra med hensyn til kravet om antall gruppede medlemmer. Etter Ontarios regler er det tilstrekkelig at klassen består av to eller flere personer.

Også paragraf 6 inneholder viktige regler med hensyn til vilkårene for sertifisering. Bestemmelsen lyder:

«Certain matters not bar to certification

6. The court shall not refuse to certify a proceeding as a class proceeding solely on any of the following grounds:

1. The relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues.

2. The relief claimed relates to separate contracts involving different class members.

3. Different remedies are sought for different class members.

4. The number of class members or the identity of each class member is not known.

5. The class includes a subclass whose members have claims or defences that raise common issues not shared by all class members.»

Det som her først og fremst fastslås, er at det er individuelle forhold knyttet til gruppe-medlemmer ikke er tilstrekkelig til å nekte sertifisering. Også på dette punktet er det samsvar med Federal Rule 23. Men det er klart det er grenser for hvilke forskjeller som kan aksepteres. Men den grensen synes først og fremst å bli bestemt ut fra vilkåret i paragraf 5(d) om at gruppeprosess skal være den beste måten å løse fellesspørsmålene på – «be the preferable procedure for the resolution of the common issues.»

Det er regler om underklasser og om utforming av beslutningen om sertifisering. Videre er det bestemmelser om rett for klassemedlemmer til å melde seg ut av søksmålet – «opt out». Det vil bli satt vilkår, først og fremst frister, for slik uttreden. For å sikre muligheten for å tre ut og også for å gi mulighet for påvirkning og informasjon ellers for gruppe-medlemmer, er det detaljerte regler om varsel fra retten til klasse-medlemmene. Retten er forutsatt i høy grad å styre prosessen og føre kontroll med prosessfullmektiger og representanter for klassen og et forlik må godkjennes av retten for at det skal få rettskraftsvirkninger for klassen. Et klassesøksmål som er sertifisert – godtatt av retten – vil ikke kunne heves uten rettens godkjennelse.

Det er detaljerte regler om bevisføringen, som i noen grad avviker fra reglene for bevisføring i individuelle søksmål. Blant annet er det regler om føring av statistiske opplysninger som bevis for å få fastsatt den totale erstatning eller for å få fordelt erstatningen til de enkelte gruppe-medlemmer. I denne forbindelse kan det nevnes at retten har adgang til å fastsette erstatningen kollektivt, til gruppen som sådan, eller til de individuelle med-

lemmer av gruppen. Tilkjennes erstatningen kollektivt, kan det treffes bestemmelser om at den videre fordelingen skal fastsettes ut fra et gjennomsnitt eller prinsipper om forholdsmessighet. Det er også regler om hvordan en overskytende erstatning skal anvendes.

Det er detaljerte regler om saksomkostninger. Det er adgang til å inngå avtale med prosessfullmektigen om at godtgjørelse for henne/ham er avhengig av at saken vinnes (contingency fee). En slik adgang er det ikke for individuelle søksmål. Det er opprettet et fond for gruppesøksmål, som det kan søkes om støtte fra. Fondet kan yte støtte for andre utgifter enn gruppens utgifter til advokat. Fondet vil også kunne dekke de omkostninger gruppen blir pålagt å betale motparten. Vinnes saken, har fondet rett til forlods å få dekket sine utlegg. Fondet har også rett til en viss prosentandel av den erstatning som tilkjennes.

Reglene for gruppeprosess i Quebec er langt på vei samsvarende med reglene i Ontario. I motsetning til i Ontario kan en gruppe kun opptre som saksøker, ikke som saksøkt. Også i Quebec er det et særlig fond for gruppesøksmål. En del av fondets midler er tilskudd fra staten. Fondet yter støtte blant annet ut fra en vurdering av utsiktene til at søksmålet kan føre frem. Fondet kan dekke gruppens (representantens) saksomkostninger og også omkostninger som motparten tilkjennes. Omtrent 70% av alle gruppesøksmål føres med fondsstøtte.

Av gruppesøksmål ført i Canada etter ovennevnte regler kan nevnes

- Erstatningssøksmål fra 2400 innbyggere i La Baie med krav om erstatning for lidt skade som følge av utslipp ved aluminiumsproduksjon. Kravet gjaldt en kollektiv erstatning på CAD 21 millioner fordelt med CAD 25 000 på hver huseier og CAD 5000 på hver leietaker i området.
- Erstatningssøksmål fra 703 pasienter mot fagforening for manglende pleie i forbindelse med ulovlig streik. Gruppen ble tilkjent en kollektiv erstatning på CAD 1,1 millioner.
- Et reiseselskap på 95 personer fikk ikke plass på det hotellet de var lovet i Acapulco. Gruppen fikk tilkjent ca. CAD 50 000.

(Kilde SOU 1994: 151)

### 17.3.4 Australia

De fleste delstater har lovgivning og praksis omtrent tilsvarende den engelske. To delstater har imidlertid gjennom nyere lover utvidet adgangen til gruppeprosess. Videst adgang er det etter de

føderale regler. Her er det gitt en ny lov i 1991. De australske føderale reglene skiller seg fra de føderale regler i USA og fra reglene i Ontario og Quebec på en del punkter, men det er også vesentlige sammenfallende trekk. Mest iøynefallende er den forskjell det at det etter de australske regler ikke kreves noen særskilt sertifiseringsbeslutning. Dette er imidlertid mer en form enn en realitet. Det stilles opp krav for at søksmål skal kunne gå som gruppesøksmål, og en domstol vil måtte vurdere om disse kravene er oppfylt. Gruppen må være saksøker. Det er et vilkår at gruppen må bestå av minst 7 personer. Kravene må støttes på lignende eller tilsvarende omstendigheter. Gruppeprosess må være effektivt og egnet prosessuelt. De antatte omkostningene ved gruppesøksmål må ikke overstige de antatte samlede omkostninger ved individuelle søksmål.

En erstatning kan tilkjennes med et samlet beløp, men dommen må da angi en fremgangsmåte for fordelingen av erstatningen. Blir det noe igjen etter fordelingen, skal det returneres saksøkte.

### 17.3.5 England

Som nevnt oppsto gruppeprosess som rettsinstitutt i England. I dette århundre har imidlertid rettspraksis utviklet seg slik at rettsinstituttet har fått liten betydning. Den bestemmelse som hjemler gruppesøksmål har vært fortolket meget restriktivt. For krav som grunnes på kontrakt, kreves det at kontrakten er den samme, at det ikke er tale om individuell utmåling og at alle spørsmål i saken er felles. Hvis ikke angivelsen av gruppen i seg selv klart angir hvem som er omfattet, må gruppe medlemmene identifiseres ved navn. Det vil f.eks. gjelde i tilfeller av produktskader. (Kilde: SOU 1994 : 151 A side 274 – 277)

Det er nå gitt nye regler for gruppeprosess. Disse er bygget opp vesentlig annerledes enn de amerikanske reglene i Federal Rule 23. De bygger også på et fundamentalt annet utgangspunkt, nemlig at gruppe medlemmene positivt må slutte seg til søksmålet for at de avgjørelser som treffes skal bli bindende for dem.

### 17.3.6 Sammenfatning av utenlandsk rett. Oppsummering av problemstillinger som utenlandsk rett illustrerer

Gruppeprosess finnes bare i land med angloamerikansk rettstradisjon, dvs. land som fører sin rettstradisjon tilbake til prinsippene for equity og common law. Rettsinstituttet er utviklet gjennom equity systemet. Moderne lovgivning om gruppesøksmål

finnes nå i USA, England, Ontario og Quebec og i de føderale prosessregler i Australia.

Et – selvfølgelig – grunnvilkår som går igjen overalt, og som er selve begrunnelsen for rettsinstituttet, er at saken skal reise fellesspørsmål for gruppe medlemmene. Kravet til likhet, og i hvilken grad man aksepterer at saken reiser individuelle spørsmål, varierer. Videre er det et gjennomgående krav at gruppen skal kunne identifiseres, uten at det for de land som har moderne lovgivning innebærer at det enkelte gruppe medlem skal kunne utpekes før sak kan reises. Det er gjennomgående et krav om at det skal være fordeler ved at søksmålet føres som gruppesøksmål, og at den som fører saken på vegne av gruppen evner å representere gruppen på fullgod måte. Det er videre et nokså generelt trekk at domstolene er forutsatt å føre kontroll med prosessen i langt høyere grad enn hva tilfellet er ved individuelle søksmål. Nokså allment i moderne lovgivning, men ikke unntaksfritt, er at det er adgang til å tre ut av søksmålet. I enkelte tilfeller er det også regler om inntreden – opt in. Finansieringen av søksmålene varierer. I USA vil det gjennomgående være contingency fee pregete ordninger, altså at advokaten bare får betalt hvis søksmålet fører frem og da ofte med et betydelig beløp, gjerne en prosent av den tilkjente erstatning. Det er også i Ontario åpnet for slike ordninger. I Quebec og Ontario er det etablert fondsordninger som økonomisk letter adgangen til gruppesøksmål.

Det er et trekk av betydelig interesse ved de gruppesøksmål som gjelder erstatning, at erstatning kan tilkjennes gruppen som sådan til dels uten noen egentlig beregning av den samlede skade for de individuelle gruppe medlemmer, og at også fordelingen av erstatningen til gruppe medlemmene kan skje temmelig skjematisk og ut fra andre prinsipper enn den skade den enkelte skadelidte har lidt. I USA, Ontario og Quebec vil også erstatningen kunne anvendes på annen måte i de skadelidtes interesse enn ved utbetaling til dem. I noen tilfeller vil erstatningen kunne anvendes til fordel for andre enn gruppe medlemmene.

## 17.4 Forslaget i SOU 1994:151

### 17.4.1 Innledning

Sverige har, som Norge, ikke regler om gruppeprosess. Men i 1994 ble det i Sverige fremmet forslag til lov om gruppeprosess. Utredningen er inntatt i SOU 1994: 151. Utreder var professor Per Henrik Lindblom og sekretær var hovrättsrådet Roberth

Nordh. I tillegg deltok 10 sakkyndige. Innstillingen er avgitt under dissens fra to av de sakkyndige, som ikke fant grunnlag for å foreslå innført regler om gruppesøksmål. Nedenfor skal helt summarisk gjengis noe av de hensyn som trekkes frem i utredningen og hovedelementer i forslaget.

#### **17.4.2 Bakgrunn, behov mv. som utredningen peker på**

Dagens postindustrielle samfunn har en annen sosial, næringsmessig og miljømessig struktur enn den som rådde da rättegångsbalken ble gitt. Materielle regler, men kanskje enda mer prosessuelle regler, er utformet uten hensyn til denne samfunnsutviklingen. F.eks. på forbruker- og miljørettens område berøres i dag store grupper mennesker på en annen måte enn tidligere hvor inngrep mv. var rettet mot mer tradisjonelle, individuelle rettigheter og angikk enkeltpersoner. Skal forbruker og miljøinteresser kunne vernes gjennom søksmål, må det åpnes for massesøksmål. Et tilsvarende behov kan det være hvor grupper utsettes for diskriminering.

Farlige produkter, større ulykker og bruk av uhederlige forretningsmetoder nevnes som eksempler der mange kan bli rammet. Alle som blir rammet kan ha likeartete krav mot en eventuell ansvarlig. Felles for disse tilfellene er at de på mange måter kan sies å være kollektive, diffuse og fragmentariske. Et krav vil være kollektivt når det snarere tilkommer en gruppe enn det individuelle gruppelem. Et eksempel er det seriøse næringslivs krav på at markedsføring skal være vederheftig og i samsvar med god markedsikk. Men et krav kan også sies å være kollektivt i de tilfeller hvor mange enkeltindivider har samme eller et likeartet krav mot en annen. Diffuse krav foreligger når det er klart at noen har handlet på en måte som gir grunnlag for krav, men hvor det kan være vanskelig å fastslå hvem som har krav, eventuelt hvilke krav som foreligger. Dette kan f.eks. være aktuelt ved større miljøulykker. Ved kollektive krav er det ikke uvanlig at den enkeltes krav utgjør et lite beløp. Kravet vil være fragmentarisk. Men kravene samlet til dem som berøres kan være betydelige. Dette leder over til sontringen mellom krav som er eller ikke er individuelt prosessbare. Dersom prosessutgiftene ved forfølgningen av et krav overstiger verdien av kravet, er det ikke individuelt prosessbart.

Beskyttelsen av kollektive, diffuse og fragmentariske krav aktualiserer nye prosessuelle spørsmål. Slike krav angår ikke bare mange, men reiser også sosialpolitiske spørsmål som forutsetter en

bred interesseavveining som ikke lett lar seg innordne i krav fremmet gjennom individuelle søksmål. Vanskelighetene med å få igjennom slike krav har dels sammenheng med de materielle rettsregler, men også med økonomiske, psykologiske, kunnskapsmessige og sosiale faktorer. Et tradisjonelt prosessuelt regelsystem som er utformet for topartstvister, kan medføre uoverstigelige hindringer for å få gjennomdrevet slike krav.

Et samfunn har behov for at visse handlingsmønstre etterleves. Det kan være nødvendig å knytte sanksjoner til handlingsnormer for å få disse etterlevet. Det må utformes regler som effektivt og rettferdig sikrer at den materielle retten blir gjennomført. Et sanksjonssystem må bygge på den grunnsatsen at en lov eller forskrift som gis skal etterleves og sanksjoneres, om nødvendig med tvang. Av mulige tvisteløsningsmekanismer er muligheten til å få saken prøvd ved domstol den mest betydningsfulle. De prosessuelle reglene er av helt sentral betydning for den materielle rettens gjennomslagskraft.

For å få løst rettslige konflikter på en måte som ivaretar både hensynet til den enkelte og mer brede samfunnshensyn, er det nødvendig med en prosessordning som er billig, enkel og hurtig. Risikoen for å bli utsatt for en prosess, spiller en viktig rolle som incitament til frivillig å innrette seg etter de spilleregler som følger av den materielle retten. Muligheten for å gå til en domstol har en handlingsdirigerende funksjon, både generelt og i det enkelte tilfellet. For at prevensjonen skal kunne virke, kreves det ikke mange saker. Det at det finnes en realistisk mulighet til å gå til sak, vil i mange tilfeller være tilstrekkelig.

Nyere lovregler har svært ofte sterkt skjønsmessige regler i form av rammeregler og general-klausuler. Det er viktig at disse reglene utkrystalliseres nærmere gjennom domstolsavgjørelser. Økt tilgang til domstolsapparatet vil muliggjøre dette på viktige områder som forbrukerrett og miljørett.

Prosessøkonomi er av stor betydning. Rettergangen må være så billig som mulig, både for parter og samfunnet. Det er videre viktig at det ikke blir gjentatte prosesser med utgangspunkt i mer eller mindre de samme forhold.

Det er av betydning at det legges til rette for rettsbeskyttelse i form av domstolsadgang også i tilfeller hvor en liten skade rammer mange. For samfunnet er det like ille at mange lider en liten skade som at færre lider større skader. At prosesssystemet ikke åpner for søksmål ved små krenkelses mot mange, vil fremme useriøse forretningsmetoder, skade konkurransen, motvirke miljøskadelige investeringer, fremme produksjon av dårlige

produkter og i det hele være til skade for folks rettsoppfatning. Det vil skape grobunn for den oppfatning at samfunnet aksepterer skadevoldende handlinger så lenge disse ikke straffesanksjoneres eller den enkeltes skade er liten.

På forskjellig måte kan terskelen for å gå til domstolene også ved individuelle søksmål senkes. Dette kan skje blant annet ved en forenkling av rettergangssystemet, gjennom rettshjelp, rettshjelpsforsikring mv. Regler om samordning av søksmål, såkalte pilotsaker – testsaker – mv. kan også ha en effekt. Tvisteløsning – og handlingspåvirkning – vil også i noen grad kunne skje ved at det er utenrettslige tvisteløsningsorganer. Visse grovere handlinger vil også kunne motvirkes gjennom straffelovgivning og straffesanksjonering.

Men dette er ikke nok til å sikre det tvisteløsningsbehov som foreligger. For å ivareta dette behovet på en god måte, foreslås en ordning med gruppesøksmål. Dette «for å tåpe igen luckorna i rättsskyddet» og gi samtlige eller flertallet av mennesker med samme eller likeartete krav realistiske muligheter til å gjøre sin rett gjeldende. Gruppeprosessen må fylle de funksjoner som prosessordninger generelt skal fylle – dvs. reparasjon, prevensjon, rettsutvikling og prosessøkonomi. Det pekes på at disse målene i noen grad kunne tenkes nådd gjennom en utvikling av systemet med testsaker – pilotmål – men at gruppeprosess vil være en langt bedre ordning. Det pekes på at ordningen må utformes slik

- at personer som utsettes for rettskrenkelser og i dag ikke har mulighet for å føre sak oppnår kompensasjon for sin skade,
- at prosessen får en handlingsdirigerende funksjon også hvor de enkelte krav er så små at ingen ellers ville tatt bryet og omkostningene med å føre sak,
- at domstolene får tilstrekkelig grunnlag for de brede interesseavveininger som er nødvendige for rettsavklaring og rettsutvikling og
- at de felles rettslige og faktiske spørsmål avgjøres så hurtig, billig og enkelt som mulig slik at parter og domstoler sparer tid og omkostninger.

### 17.4.3 Hovedpunkter i forslaget

Den svenske utredningen angir i SOU 1994: 151 A side 18 – 19 i 15 punkter hovedinnholdet i lovforslaget. Disse punktene er:

- att grupptalan skall föras av en gruppföreträdare som kan vara en enskild medborgare, en organisation (i konsument- och miljömål) eller en representant för staten eller en kommun,

- att grupptalan skall kunna föras vid allmän domstol, vid fastighetsdomstol enligt miljöskyddslagen och miljöskadelagen samt i Arbetsdomstolen enligt jämställdhetslagen,
- att grupprättegång skall tillåtas endast om talan inte bättre eller lika väl kan föras i någon annan ordning (t.ex. i form av pilotmål) och om vissa andra särskilda processförutsättningar är för handen,
- att stora krav skall ställas på gruppföreträdarens och ombudets lämplighet att föra grupptalan,
- att en dom i grupprättegången skall gälla för och mot gruppmedlemmarna som om de varit parter i målet,
- att gruppmedlemmar på kändesidan skall kunna lämna gruppen under rättegången och därmed bli obundna av domen,
- att gruppmedlemmarna på lämpligt sätt skall underrättas om processen, om rätten att lämna gruppen samt om viktiga beslut och processhandlingar i grupprättegången,
- att en gruppmedlem skall kunna intervensera och därmed få ställning av part i grupprättegången,
- att en gruppmedlem skall ha rätt att överklaga domen,
- att rätten skall utöva en aktiv formell och materiell processledning,
- att en förlikning som ingås av gruppföreträdaren förutsätter rättens godkännande för att bli gällande mot gruppmedlemmarna,
- att domstolen skall kunna döma ut en gemensam ersättning att fördelas mellan gruppmedlemmarna genom ett särskilt utdelningsförfarande efter rättegången då svaranden och domstolen inte behöver medverka,
- att sedvanliga principer om ansvar för rättegångskostnader skall gälla även i en grupprättegång,
- att gruppmedlemmarna inte skall vara ansvariga för rättegångskostnader utom i vissa fall, samt
- att ombudsarvodets storlek skall kunna fastställas enligt ett «riskavtal» mellan gruppföreträdaren och ombudet (däremot avstyrker vi införande av provisionsarvoden av amerikansk modell).»

### 17.4.4 Proposisjon

Arbeidet med en proposisjon om gruppesøksmål har nå pågått en tid i Sverige. Av forskjellige grunner har dette trukket ut. Det er grunn til å vente at en proposisjon vil bli fremlagt i desember 2001.

## 17.5 Hvilke former for kollektive eller kollektivt pregete søksmål bør velges?

### 17.5.1 Utgangspunkter

Når mange har krav på et likeartet grunnlag, vil det ofte tilsi kollektive løsninger. Både hensynet til det enkelte rettssubjekt som er berørt og samfunnet vil tale for dette. Prosessøkonomi vil være et sentralt hensyn både individuelt og samfunnmessig. De enkelte berørte – på begge sider – vil kunne ha interesse i at fellesspørsmål behandles og avgjøres under ett for alle. En slik behandling vil gjerne være langt billigere enn om det samme spørsmål må avgjøres i en rekke prosesser. Der som fellesspørsmål behandles i én sak i stedet for mange, vil det også kunne settes inn større ressurser ved denne avgjørelsen enn det som ville vært tilfelle ved en oppsplitting i en rekke enkeltsaker. I en del tilfeller vil det også kunne tenkes at søksmål bare vil være mulig om det kan skje kollektivt. De enkeltes krav kan være så små at det ikke er forsvarlig med individuelle søksmål – kravene er ikke individuelt prosessbare for å låne et uttrykk fra den nevnte svenske utredningen. En kollektiv løsning vil her være nødvendig for i det hele å kunne få en avgjørelse ved domstolene.

Et hensyn av vekt, som både har adresse til de enkelte berørte og til samfunnet, er å unngå flere avgjørelser av reelt det samme spørsmål som innbyrdes ikke samsvarer godt. For den som skal etterleve avgjørelsene, kan det gi motstridende signaler det blir vanskelig å forholde seg til. For den som har behov for å påberope seg avgjørelsene av hensyn til egen rett, vil dette kunne skape usikkerhet. For samfunnet vil slik disharmoni mellom avgjørelser kunne medføre et press på domstolene med nye saker eller det kan medføre at berørte gir opp, og at de materielle regler derfor ikke etterleves.

Samfunnmessig vil det selvsagt være en fordel om ressurser kan spares gjennom et kollektivt eller kollektivt preget søksmål. For samfunnet vil sparte ressurser også ha en side til utnyttelsen av domstolsressursene. Generelt vil en konsentrasjon gjennom færre søksmål innebære en sparing av knappe ressurser for domstolene som da kan utnyttes til andre saker, og det vil også kunne være sparte ressurser blant annet til fri rettshjelp som kan få annen utnyttelse. For samfunnet er det også viktig at prosessreglene er slik at de medvirker til en etterlevelse av de materielle regler som er gitt på de forskjellige rettsområder. Prosessreglene har en handlingsdirigerende funksjon. I seg selv vil det være et tungtveiende hensyn at prosessreglene

bidrar til å gjøre de materielle krav prosessbare, se II.3.1. Hvor den enkelte berørtes krav er lite, vil et kollektivt søksmål ofte kunne være den eneste muligheten for å forfølge kravene for domstolene. Det er imidlertid grunn til å understreke at det åpenbart finnes tilfeller hvor mange er berørt på samme måte hvor en adgang til et kollektivt eller kollektivt preget søksmål, nærmest uansett form, ikke vil være tilstrekkelig til at kravene blir reist for domstolene. Også kollektive og kollektivt pregete søksmål vil forutsette at noen ser seg tjent med å ta initiativ til søksmålet. Dess mindre den enkeltes krav er, i dess større grad vil det forutsette at det er ordninger som muliggjør utgiftsdekning for den som reiser det kollektive eller kollektivt pregete søksmål.

Generelt vil det altså være et hensyn av vesentlig vekt at det hvor mange berøres på likeartet måte, kan skje en kollektivt preget løsning av fellesspørsmål, og at de kollektive løsninger er slik at de materielle krav, selv hvor kravet for den enkelte er lite, kan bli fremmet for domstolene. Som påpekt under II.17.2, er det en rekke former for kollektive eller kollektivt pregete søksmål. Det kan være tradisjonell subjektiv kumulasjon. Noen naboer rammes av en miljøskadelig virksomhet og reiser sammen søksmål mot den bedrift som driver virksomheten. Denne type kollektivt preget søksmål kan nettopp være naturlig og hensiktsmessig hvor kretsen av berørte er begrenset til noen få. Som utvalget kommer tilbake til nedenfor under II.17.5.2, er det også eksempler på subjektiv kumulasjon med et stort antall parter hvor denne søksmålsformen ikke har skapt praktiske problemer av betydning, men tvert i mot vært et godt svar på det kollektive søksmålsbehov som forelå.

Løsning av fellesspørsmål har også i betydelig utstrekning skjedd ved søksmål fra organisasjoner og foreninger og i noen grad fra forvaltningsorganer. Til dels har også kollektive interesser som organisasjoner og foreninger har stått for fremme av, vært ivaretatt gjennom hjelpeintervensjon fra foreningens side. En hjelpeintervensjon – parts-hjelp etter utvalgets utkast – vil kunne være mer «prekær» sett fra organisasjonens side, men ofte har de kollektive behov kunnet ivaretas på en tilfredsstillende måte gjennom slik intervensjon.

Det må vurderes om de kollektive søksmålsbehov er tilfredsstillende ivaretatt gjennom de søksmålsteknikker som er skissert foran eller om de bedre kan ivaretas gjennom andre søksmålstyper. Det som det her er naturlig å vurdere, er først og fremst gruppesøksmål. Nå er, som tidligere understreket, gruppesøksmål og gruppeprosess ikke entydige begreper. Et vesentlig skille vil være mel-

lom gruppesøksmål som forutsetter positiv tilslutning fra den som skal bli bundet, og gruppesøksmål som binder uten hensyn til tilslutning og kanskje også uten hensyn til kjennskap til søksmålet. Den første gruppen kan ved noen utforminger nærme seg tradisjonell subjektiv kumulasjon, iallfall hvis kumulasjonsreglene kombineres med regler om varsel til mulige berørte og register over tilsluttede parter. Det er viktig ved vurderinger omkring gruppesøksmål og gruppeprosess og de behov denne prosessformen kan ivareta, å ta i betraktning at det ikke er en eller to klart avgrensede søksmålskategorier det er snakk om.

Generelt er det også viktig ikke å drøfte spørsmålet om hvilken prosessform eller søksmålstype som er den beste for løsning av kollektivt pregete tvister, som et gjennomgående og alminnelig spørsmål. Det er mange søksmålskategorier med kollektivt pregete problemer og sider. Spørsmålet om hvilken søksmålstype som er den beste må ses i lys av den søksmålskategori man står overfor i det enkelte tilfelle. Når tre naboeiendommer utsettes for en miljøkrenkelse, er det ikke på noen måte gitt at løsningen på det kollektive søksmålsbehov bør være den samme som hvor 1000 mennesker har kjøpt samme type forbruksartikkel beheftet med en likeartet feil.

### 17.5.2 Nærmere om søksmålskategorier og behov

Som påpekt er det ved vurderingen av hvordan rettstvister med et kollektivt preg hensiktsmessig skal kunne løses, grunn til å drøfte dette i forhold til ulike søksmålskategorier. En kategorisering kan foretas på forskjellig måte. Et praktisk viktig skille, som kan danne utgangspunktet for en drøftelse, går mellom erstatningssøksmål på den ene side og krav om fastsettelsesdom eller forbudsdom på den annen side. Eksempler på den siste kategorien er at det offentlige pålegger en gruppe næringsdrivende visse byrder disse mener er uhjemlet eller at en bedrift får en utslippstillatelse som virker inn på miljøet i et område. Andre eksempler er at et selskap har en markedsføring andre næringsdrivende eller forbrukere ser som villedende, eller at en bedrift stiller uhjemlede krav som vilkår for ansettelse eller buker et ulovlig grunnlag for avskjed, f.eks. diskriminering ut fra rase, kjønn, religion mv.

For søksmål med krav om fastsettelsesdom eller forbudsdom er gruppesøksmål en meget viktig søksmålstype i USA. Blant annet fra dommerhold der gis det uttrykk for at dette kanskje er den kategori hvor det er størst behov for en ordning med gruppesøksmål. Det er for øvrig også den

type gruppesøksmål i USA som nok volder færrest problemer i praksis. Hos oss har det iallfall ikke først og fremst vært denne søksmålstypen som har stått i fokus i debatten om gruppesøksmål bør innføres. Det er flere nærliggende grunner til dette. Helt sentralt er trolig at det norske samfunn er gjennomorganisert med vid søksmålsadgang for foreninger og organisasjoner. Foreninger, ideelle organisasjoner, fagorganisasjoner og næringsorganisasjoner på ulike felt søker å fremme fellesinteresser. Vårt rettssystem anerkjenner en søksmålsadgang for slike foreninger og organisasjoner til ivaretagelse av de interesser de skal fremme, jf. Hov III særlig side 149 – 152, Schei side 282 – 284 og Skoghøy særlig side 331 – 336. Hvor det er krav om å bringe til opphør eller rette opp markedsføring, mangelfulle forbrukertjenester o.l., er det flere organer, dels offentlige eller halvoffentlige og dels bransjemessige, som har sin virksomhet rettet mot dette. Her kan det være særlig grunn til å nevne Markedsrådet og Forbrukerrådet, jf. lov 16. juni 1972 nr. 47. Søksmålsretten for organisasjoner har vært gjenstand for en gradvis utvidelse de siste tiår, og er i dag videre enn i svært mange land. Utvalget foreslår ingen begrensninger i denne søksmålsretten.

Hvis det i det konkrete tilfelle ikke er en organisasjon eller forening med søksmålsrett, vil det kollektive søksmålsbehov kunne ivaretas gjennom regler om subjektiv kumulasjon. Det vil nok først og fremst være praktisk hvor det ikke er for mange berørte. Det er videre grunn til å nevne at det i en del tilfeller er akseptert at uorganiserte interessegrupper samlet går til sak. Formelt vil dette skje gjennom kumulasjon av søksmål. For de fleste praktiske formål vil det være én sak. Det kan i denne forbindelse tilføyes at hvor en rekke personer utgjør en interessegruppe og samlet går til sak gjennom reglene om kumulasjon, vil det, ved avgjørelsen av om de har tilstrekkelig rettslig interesse, kunne være grunnlag for å legge vekt på den samlede interesse de har i søksmålet, se Schei side 284 – 285. Også offentlige organer, kommuner mv. vil i en del tilfeller kunne gå til søksmål til ivaretagelse av en gruppes rettigheter. I tillegg vil det, hvor den enkelte er berørt i særlig grad, være en rett til individuelt søksmål.

Langt på vei vil nok det kollektive søksmålsbehov, i forhold til ugyldighets- og fastsettelses-søksmål, være dekket på en rimelig måte gjennom de nåværende søksmålsteknikker. Spesielt er som påpekt søksmål fra organisasjoner og foreninger en praktisk søksmålstype. Riktignok vil en dom hvor organisasjonen er saksøker – på vanlig måte – bare ha rettskraft mellom de formelle partene, og ikke



uten videre for den berørte gruppen som sådan. Dette vil imidlertid normalt være en mer formell enn en reell innvending. En dom i organisasjonens favør vil en motpart vanskelig kunne se bort fra på den måten at han ikke respekterer dommen overfor de enkeltpersoner organisasjonen representerer.

De tilfeller vi har hatt hvor uorganiserte grupper har søkt å opptre, viser imidlertid at de nåværende regler for kollektive søksmål ikke dekker de behov som foreligger. For det første blir ikke gruppen her part. Det vil kunne være uklarer om hvordan gruppen skal behandles f.eks. ved saksomkostningsavgjørelser, rettskraftsvurderinger mv. Her vil en formalisert grupperettergang kunne være et bedre alternativ. Om dette søksmålsbehovet alene er nok til å innføre gruppesøksmål som en egen søksmålstype, kan nok være tvilsomt. På den annen side synes det iallfall ikke å være grunn til å unnta fastsettelses- og ugyldighets søksmål fra en ordning med gruppesøksmål om det ellers innføres.

Utvalget ser så på erstatningssøksmål. Adgangen til å fremme søksmål med krav om erstatning hvor flere har krav på det samme eller et likeartet grunnlag, er på vesentlige punkter annerledes enn ved forbuds- eller fastsettelsessøksmål hvor flere er rammet på tilsvarende måte. Et erstatningskrav må etter vår nåværende prosess fremmes av den som har kravet. En forening kan f.eks. ikke fremme krav på erstatning for tap enkeltmedlemmer har lidt. I enkelte tilfeller er det særlig hjemmel for at organisasjoner mv. kan fremme et krav om erstatning for skade som rammer et fellesskap, jf. forurensningsloven § 58 første og tredje ledd. Men en slik søksmålsadgang, hvor det ikke er organisasjonen selv som har lidt tapet, krever særlig hjemmel.

De behov som foreligger for en felles – kollektiv – løsning hvor flere har erstatningskrav på det samme eller et likeartet grunnlag, må nå løses gjennom forening av krav ved subjektiv kumulasjon eller ved at flere anlagte saker forenes til felles behandling. Det sentrale spørsmål er om behovene for kollektive løsninger ivaretas tilfredsstillende ved disse reglene, eventuelt ved utvidelse av kumulasjonsadgangen og adgangen til samordnet behandling og pådømmelse av flere søksmål, eller om behovene bare eller bedre kan ivaretas gjennom regler om gruppesøksmål. For drøftelsen kan det være grunn til å foreta en inndeling mellom de tilfeller hvor skaden for den enkelte er så betydelig at det vil være forsvarlig også med individuelle søksmål, og de tilfeller hvor mange rammes, men hvor skaden for den enkelte er så liten at det ikke vil være økonomisk forsvarlig eller mulig å forfølge kravet gjennom et tradisjonelt individuelt søksmål. Utvalget ser først på de søksmål som øko-

nomisk forsvarlig kan fremmes som individuelle søksmål – søksmål som er individuelt prosessbare. Et behov for gruppeprosess må her begrunnes i at et slikt rettsinstitutt prosessøkonomisk eller på annen måte gir en bedre løsning enn individuelle eller andre typer kollektivt pregete søksmål.

Hvis individuelle søksmål med samsvarende faktisk og rettslig grunnlag, f.eks. med bakgrunn i den samme ulykke, blir behandlet uten at det tas hensyn til at det eksisterer andre søksmål på samme rettslige og faktiske grunnlag, er det helt klart at gruppesøksmål med enhetlig behandling vil ha mange fordeler. Samlet vil det kunne skje en betydelig forenkling av bevisføring og rettslig argumentasjon. Dette skjer da i én sak – gruppesøksmålet – og ikke i en rekke individuelle saker. Prosessøkonomisk er dette gunstig. Risikoen for motstridende avgjørelser vil videre bli eliminert. Det vil også være fordeler med gruppesøksmål sammenliknet med individuelle søksmål for hvert gruppemedlem som behandles særskilt i tilfeller hvor det faktiske og rettslige grunnlaget ikke fullt ut, men i det vesentlige, er det samme. Da vil man ofte kunne løse fellesspørsmål for gruppen og så eventuelt behandle individuelle spørsmål for det enkelte gruppemedlem. Men fordelene ved gruppesøksmål kontra individuelle søksmål fra et hvert gruppemedlem vil bli mindre dess større forskjeller det er i de faktiske og rettslige grunnlag for hvert gruppemedlem.

Langt på vei vil man kunne oppnå en koordinert behandling gjennom regler om subjektiv kumulasjon. Kumulasjonsadgangen vil være vid etter de generelle kumulasjonsregler som utvalget foreslår for krav med vesentlig likhet i det faktiske og rettslige grunnlag, se utkastet §§ 15-2 og 15-3. Det vil i slike tilfeller være mulighet for å overføre likeartete saker til én domstol. Saker vil kunne samordnes i en felles saksforberedelse. Bevisføringen vil praktisk sett bli felles. Det vil kunne benyttes samme sakkyndige. I den grad det er praktisk, vil kravene og sakene kunne pådømmes samlet. Det kan i denne forbindelse nevnes at domstolene opp gjennom årene har behandlet mange saker med til dels et betydelig antall parter og hvor fellesspørsmål er løst felles. Av eksempler på slike saker med mange parter, og hvor det dels er fellesspørsmål og dels særspørsmål for den enkelte part, f.eks. med hensyn til erstatningsutmåling, kan nevnes flystøysakene, spesielt fra 1970- og 1980-årene. Av andre praktiske sakstyper kan nevnes skjønn, som for enkelte skjønns vedkommende kan ha hundrevis av parter og hvor det både er mer gjennomgående faktiske og rettslige spørsmål og individuelle spørsmål knyttet til den enkelte part.

Konklusjonen må være at de kollektive løsningsbehov for erstatningskrav som er så store at de kan forfølges gjennom individuelle søksmål, iallfall langt på vei kan ivaretas gjennom regler om subjektiv kumulasjon. Men det er, som utvalget kommer til nedenfor, visse mangler ved de nåværende regler. Her kan det for det første pekes på at graden av koordinering kan bli lettere og større i et formalisert gruppesøksmål. Gruppen vil opptre samlet og ved én prosessfullmektig. Det vil samlet sett normalt kunne bli en rimeligere prosess. Et gruppesøksmål vil også normalt kreve en mindre involvering av den enkelte part. Grupperepresentanten vil handle på vegne av gruppen. Det kan medføre en senkning av søksmålsterskelen også i tilfeller hvor den enkeltes krav er stort nok til å gi grunnlag for et individuelt søksmål. I denne forbindelse kan det også være grunn til å peke på at et gruppesøksmål kan gjelde tvister som for gruppe medlemmene angår et varig kontraktsforhold. Gruppesøksmål vil f.eks. kunne være aktuelt hvor tvisten gjelder om en bank har gitt for kort varsel om renteforhøyelse. Den enkelte kunde vil her kunne vike tilbake for et individuelt søksmål, selv om tvisten gjelder atskillige tusen kroner, for ikke å stille seg selv i et uheldig lys overfor sin bankforbindelse med henblikk på mulige fremtidige låneavtaler. Terskelen for å slutte seg til et gruppesøksmål, vil nok av de aller fleste i denne relasjon bli betraktet som atskillig mindre.

Også hensynet til effektiv utnyttelse av domstolsressursene kan tilsi at det åpnes for gruppesøksmål. Slike søksmål vil nok som påpekt ofte gi en større grad av koordinering, og derfor være ressursbesparende, sammenliknet subjektiv kumulasjon med et stort antall parter.

Utvalget ser så på de erstatningskrav hvor det enkelte krav er så lite at det i praksis ikke blir eller kan bli forfulgt for domstolene. Generelt må det betraktes som uheldig om krav som er rettslig godt forankret ikke kan forfølges for domstolene. Det vil føre til at formålet med reglene, f.eks. om beskyttelse av forbrukere, ikke nås. For slike krav er det samfunnsmessig viktig å senke søksmålsterskelen slik at kravene kan fremmes og avgjøres, se særlig drøftelsen under II.3.1. Skal man få det til, må mange, kanskje et flertall av et stort antall kravshavere, gå sammen i ett søksmål. Våre nåværende regler om kumulasjon vil nok gi en mulighet for samordning, men ved små krav for den enkelte viser praksis – eller rettere mangelen på praksis – at denne søksmålsmuligheten er helt utilstrekkelig. Søksmålsterskelen må senkes betydelig, og det må gjøres ved andre søksmålsteknikker.

Gruppesøksmål peker seg ut som svaret på

det angitte søksmålsbehovet. Ved utformingen av en slik gruppesøksmålsordning synes det å være grunn til særlig å legge vekt på: Reglene må sikre at mange av de berørte blir med. Terskelen for å bli med må være lav. Man kan tenke seg automatisk «medlemskap» i gruppen – at man positivt må tre ut for ikke å bli med. En annen måte er å sørge for varslings til berørte og en enkel måte å slutte seg til gruppen på. Videre er det helt sentralt at den økonomiske belastning for den som slutter seg til søksmålet, er liten.

Det er utvalgets konklusjon at det bør åpnes for gruppesøksmål for bedre å ivareta de kollektive søksmålsbehov som foreligger. Men gruppesøksmål er, som påpekt tidligere, ikke noe entydig begrep. Slike søksmålsordninger kan gis vidt forskjellige utforming. Konklusjon om at det bør innføres en ordning med gruppesøksmål, må ses i sammenheng med hovedelementene i en slik prosessordning.

### **17.5.3 Nærmere om hovedelementer i en gruppeprosess**

#### *17.5.3.1 Området for gruppesøksmål*

Gruppeprosess vil åpenbart ha større aktualitet på enkelte rettsområder enn andre. I land som har erfaring med gruppeprosess, har denne prosessformen blant annet vært anvendt i forbrukersaker, herunder i saker om produktansvar, saker om miljøskader og saker om ulike typer diskriminering. Det vil trolig bli slik at gruppeprosess i Norge, om det åpnes for det, særlig vil være aktuelt for noen sakstyper, blant annet de som er nevnt umiddelbart foran. Men etter utvalgets mening er det ikke grunnlag for å begrense anvendelsesområdet for gruppeprosess. Hvis disse prosessreglene skulle være klart uhensiktsmessige for enkelte saks kategorier, vil man ha den nødvendige sikkerhetsventil i at gruppeprosess bare skal anvendes når denne søksmålsformen fremstår som den mest hensiktsmessige.

#### *17.5.3.2 Hvem skal kunne anlegge gruppesøksmål?*

Hvem skal kunne anlegge et gruppesøksmål? Det må for det første være de rettssubjekter som er berørt slik at de kunne fremmet sine krav i individuelle søksmål. Men skal det også åpnes for gruppesøksmål fra foreninger, organisasjoner og offentlige organer med regler av den typen som i den svenske utredningen er gitt om «offentlig grupptalan» eller «organisationstalan»? På dette punktet er

utvalget kommet til at det bør åpnes en slik adgang for organisasjoner mv. til å anlegge gruppesøksmål. Det gjelder også i tilfeller hvor det enkelte gruppedlems krav er et krav på økonomisk godtgjørelse. Oftest vil nok kravene i gruppesøksmål være relativt små krav. Initiativet til søksmål vil da regulært komme nettopp fra organisasjoner og foreninger. Det vil være tilslørende for realiteten om organisasjonen skulle være henvist til å skyve frem et enkelt gruppedlem og la vedkommende ta initiativet. Med den utforming regelsettet for gruppesøksmål har, blant annet reglene om grupperepresentant og omkostningsansvar, kan utvalget ikke se at det er betenkelig å gi organisasjoner og foreninger adgang til å reise gruppesøksmål. Det vises for øvrig til bemerkningene til § 32-3(1).

### 17.5.3.3 *Gruppesøksmål skal være et alternativ*

En prosessform som gruppesøksmål kan ikke tre i stedet for den adgang vi nå har til individuelle søksmål, og heller ikke i stedet for muligheten til koordinering av krav gjennom subjektiv kumulasjon. Parter bør ikke tvinges til å fremme sine krav gjennom et gruppesøksmål dersom de selv ikke ser seg tjent med det. Med en viss reservasjon for enkelte typer gruppesøksmål etter de amerikanske føderale regler i Rule 23, er det også helt generelt slik at en part har herredømmet over om han vil være med i gruppesøksmålet eller ikke. Hvis han ikke er med i gruppesøksmålet, kan han fremme sitt krav i et individuelt søksmål. Men en helt annen sak er at det forhold at det er reist et gruppesøksmål, eller også andre individuelle søksmål med likeartete krav, må kunne få betydning for den som reiser et eget søksmål. Det kan f.eks. meget vel være slik at det er hensiktsmessig å samle alle slike søksmål med likeartete krav for én domstol, og det kan også være slik at den aktuelle domstol må kunne bestemme i hvilken rekkefølge de enkelte saker skal behandles. Ved et slikt valg vil det kunne være rimelig for domstolen å prioritere den sak som er kollektiv ved at en rekke krav er koordinert gjennom gruppesøksmål eller på annen måte.

### 17.5.3.4 *Økonomiske hensyn. Omkostninger mv.*

De økonomiske hensyn står helt sentralt i gruppeprosessen. Generelt skal et gruppesøksmål sikre god prosessøkonomi – at kravene skal kunne behandles med lavere omkostninger enn om de hadde vært fremmet i individuelle søksmål. For de krav som ikke er individuelt prosessbare, må omkostningene ved et gruppesøksmål være så lave

at ikke også disse utelukker at kravene forfølges rettslig. Hovedregelen for tilkjennelse og ileggelse av saksomkostninger er, og skal etter utvalgets utkast være, at den som vinner saken skal tilkjennes saksomkostninger hos den som taper, se II. 20.5. Dette bør også gjelde som hovedregel i kollektive søksmål, herunder gruppesøksmål. Hvis man generelt finner det rimelig at den som utsettes for et søksmål som ikke har tilstrekkelig grunnlag skal tilkjennes saksomkostninger, er det ikke lett å begrunne at noe annet må gjelde hvor den vinende part har en hel gruppe mot seg.

Med reservasjon for de tilfeller at det er en økonomisk sterk organisasjon eller forening som reiser gruppesøksmålet, vil omkostningsrisikoen for egne og motpartens saksomkostninger lett føre til at søksmål ikke blir reist. Det er i denne sammenheng viktig å ha for øye at det ved krav som ikke er individuelt prosessbare i virkeligheten langt på vei er overordnede samfunnsmessige behov som søksmålet fra gruppen skal tilgodese, nemlig at det skal være mulig å få fremmet slike krav for domstolene. Det tilsier at samfunnet må påta seg en betydelig del av omkostningene ved at slike søksmål føres. Det er avgjørende at reglene for fri sakførsel tilpasses gruppesøksmålene. Det tilsier at det åpnes for fri sakførsel uten hensyn til inntektsgrenser hvor mange har likeartete, men små erstatningskrav, eller hvor mange utsettes for virkninger av en tilstand de mener er ulovlig, men hvor virkningen for den enkelte er liten. Fri sakførsel må i disse tilfellene også kunne dekke motpartens omkostninger.

Noen land har fondsordninger som skal muliggjøre gruppesøksmål. Det bygges da opp fond blant annet ved at de grupper som vinner frem i gruppesøksmål må avstå noe av de erstatninger som tilkjennes til fondet. Det er slike fondsordninger blant annet i provinser i Canada. Utvalget er skeptisk til å innføre slike fondsordninger i Norge, med det klare utgangspunkt vi har om at det kun er det økonomiske tap som skal erstattes. Realistisk sett vil det kunne bli vanskelig å bygge opp fond av betydning. En enklere ordning ville det være om det offentlige, hvor gruppen ble tilkjent erstatning, kunne få rett til en viss prosentandel av erstatningen, f.eks. 10%, som et motstykke til en særordning for retten til fri sakførsel. Det beste vil imidlertid være om fri sakførsel gis uten at det stilles denne type vilkår om andel i erstatningen.

I noen land som ikke har tilfredsstillende retts-hjelpsordninger, f.eks. USA, er det, for å muliggjøre søksmål fra personer som ikke selv kan dekke utgiftene til advokat, etablert såkalte «contingency fee» ordninger, se II.20.3. Slike ordninger er vanlig

blant annet i erstatningssaker. Et tilsvarende system anvendes helt regulært i gruppesøksmål. Prinsippet er at en advokat påtar seg å føre saken på det vilkår at om den tapes, får han ingen godtgjørelse for nedlagt arbeid og oftest heller ikke for utgifter ellers. Til gjengjeld vil advokaten hvis saken vinnes ha rett til en ganske betydelig del av den erstatning som tilkjennes, ofte 30-50%. Slike ordninger muliggjør søksmål fra ubemidlede, men har flere klart uheldige sider. Prinsipielt er det betenkelig at advokaten får en så sterk personlig økonomisk interesse i utfallet ut over godtgjørelse for nedlagt arbeid. Selve søksmålet vil i slike tilfeller kunne være grunnet på advokatens og ikke klientenes interesser. Det vil også være uheldig at advokaten får en del av erstatningen, som jo vil være utmålt ut fra skadelidtes forhold. I amerikanske forhold med regler om «punitive damages», som ofte vil resultere i betydelige erstatninger ut over rent økonomisk tap, er kanskje ikke denne innvendingen, at skadelidte ikke får hele erstatningen, så tungtveiende. Det vil den imidlertid klart være hos oss, hvor erstatningen skal utmåles ut fra skadelidtes økonomiske tap. En prosentandel for advokaten av den erstatning som tilkjennes, vil da ha som resultat at skadelidte vil sitte igjen med et betydelig udekket tap. I England er det nylig innført adgang for advokater i en del typer saker til å påta seg oppdrag på såkalt «conditional fee» basis. Også dette innebærer at salær bare kan kreves hvis saken vinnes. Forskjellen til den amerikanske ordningen med contingency fee er at det er vesentlig mer begrenset hva som kan kreves i salær når saken vinnes, og at salæret ikke utgjør en prosentvis andel av den erstatning som tilkjennes. Særlig av den grunn er systemet med conditional fee mindre betenkelig enn ordningen med contingency fee. Men rent generelt er slike ordninger ingen fullt tilfredsstillende måte å finansiere søksmål på.

Utvalget understreker det som tidligere er påpekt, at hvis det innføres gruppeprosess for å tilgodese det samfunnsmessige behov som ligger i at krav som tilkommer en gruppe, også hvor kravene er små, skal kunne følges for domstolene, så tilsier det at samfunnet støtter opp om søksmålsmuligheten gjennom en ordning med fri sakførsel. Dersom grupper i det vesentlige skulle bli henvist til ordninger av typen conditional fee for å kunne forfølge sine krav, vil dette fra samfunnets side innebære en fraskrivelse av sitt ansvar for å legge til rette for domstolsbehandling av krav som nevnt.

Et forhold til kan det være grunn til å trekke frem i forbindelse med en drøftelse av omkostninger og omkostningsdekning. Ved individuelle søksmål vil det ofte opptre flere prosessfullmekti-

ger. Ved kollektive søksmål bør det i utgangspunktet være én prosessfullmektig som representerer de kollektive interesser. Opptrer det flere prosessfullmektigheter for en gruppe, må retten kunne oppnevne en av dem for ivaretagelse av fellesinteressene. Nødvendiggjør særspørsmål for enkeltparter egen prosessfullmektig for disse spørsmålene, må omkostninger for dette kunne kreves dekket om det ellers er grunnlag for tilkjennelse av saksomkostninger.

Det er et viktig spørsmål hvem som på vegne av gruppen skal ha rett til og ansvar for saksomkostninger. Utvalget er her kommet til at det eneste praktiske er å knytte ansvaret utad til grupperepresentanten. Her må man for det første ha i minne at praktisk sett vil grupperepresentanten ofte være en organisasjon som fremmer gruppesøksmålet på vegne av sine medlemmer. Å knytte ansvaret for omkostninger til grupperepresentanten vil generelt sett kunne virke for at det blir en representant som har styrke til å gjennomføre denne oppgaven på en god måte. Alternativet måtte være å knytte omkostningsansvaret til de enkelte gruppedlemmer. Det ville stille gruppens motpart i en temmelig håpløs situasjon hvis det ble snakk om å gjøre et omkostningsansvar gjeldende.

En annen sak er at det i det interne forhold i gruppen må åpnes en mulighet for at grupperepresentanten av gruppedlemmene skal kunne kreve dekning for utgifter, og også for at grupperepresentanten skal kunne tilkjennes en viss godtgjørelse av dem. Men slike regler må selvfølgelig utformes slik at de blir praktikable. Utvalget forslår at retten etter begjæring skal kunne bestemme at det som vilkår for registrering som gruppedlem kan settes at gruppedlemmene skal ha et fastsatt maksimumsansvar for omkostninger. Det kan også bestemmes at maksimumsbeløpet skal innbetales før registrering. Ved dette kan grupperepresentanten sikres midler til å gjennomføre gruppesøksmålet, og omkostningsrisikoen for gruppedlemmene avklares tidlig. For de tilfellene hvor de som har krav innenfor rammen av gruppesøksmålet blir gruppedlemmer uten registrering, bør det derimot etter utvalgets mening ikke være anledning til å kreve at gruppedlemmene skal være ansvarlig for de saksomkostninger som påløper for grupperepresentanten eller for noen godtgjørelse til ham.

#### 17.5.3.4.1 Skal gruppesøksmål baseres på tilslutning? Opt in eller opt out?

Ved en ordning med gruppeprosess må det på ett punkt foretas et prinsipielt valg som har en rekke

føringer for enkeltspørsmål og enkeltregler. Skal man ha regler for gruppesøksmål hvor alle som faller innenfor en nærmere definert gruppe er med i søksmålet og blir bundet av avgjørelsen, med mindre de har meldt seg ut av saken? Alternativet er å ha en tilslutningsordning, hvor alle som har krav som faller innenfor den ramme som er trukket opp for gruppesøksmålet kan slutte seg til det, og slik at de da, men også bare da, blir bundet av de avgjørelser som treffes. Begge hovedløsninger vil forutsette en ordning med varsel til de berørte, for at de skal ha mulighet til henholdsvis å melde seg ut – «opt out» – eller melde seg inn – «opt in» – i søksmålet.

Fordelen med en gruppeprosess som er basert på et utmeldingsprinsipp, er først og fremst at man ikke risikerer at noen mister rettigheter fordi de ikke kjenner søksmålet. Den enkelte spares også for bryet med å måtte melde seg på. I atskillig grad vil risikoen for at berørte ikke er orientert om søksmålet kunne minskes ved varselregler, men erfaringer fra blant annet USA tilsier at det kan være vanskelig å nå alle, og det kan også være vanskelig å få gitt et varsel som alle forstår. Noen som ville ønsket å være med kan derfor bli stående utenfor. I denne forbindelse må det imidlertid minnes om at et gruppesøksmål ikke i seg selv vil stenge for individuelle søksmål. Er det vesentlig for en som ikke er klar over gruppesøksmålet å forfølge kravet, vil han alt ha en oppfordring til å reise individuelt spørsmål. Er kravet hos vedkommende part lite, vil det også ha mindre betydning for ham å få det forfulgt på individuell basis. Ved små krav kan nok det samfunnsmessige hensyn i å opprettholde reglenes handlingsdirigerende funksjon i noen grad tale for at en dom blir bindende uten hensyn til påmelding for alle som har krav, nettopp fordi kravene ellers ikke vil bli forfulgt. Særlig vil det være tilfellet hvor også en dom i gruppens favør kan oppfylles uten noe engasjement fra det enkelte gruppemedlem. Det kan f.eks. være situasjonen hvor det er gitt dom for at en forhøyelse av samtaleavgift for bruk av telefon er iverksatt for tidlig, eller at det er gitt for kort varsel ved generelle rentehevinger i en bank.

I norsk rettstradisjon har det alltid vært opp til den enkelte om han eller hun vil fremme krav for domstolene. Mange har, selv om de har hatt velbegrunnede krav, foretrukket ikke å gå til domstolene for å få kravene pådømt. Dette har sikkert hatt forskjellige grunner, men for mange har det åpenbart hatt en egenverdi å kunne avgjøre om de skulle bli parter i en sak for domstolene eller ikke. Utvalget kan ikke se at det er grunn til å endre denne valgfriheten. Det tilsier at det uansett om det skulle bli

valgt en opt out løsning – en løsning med at man blir gruppemedlem også uten positiv tilslutning – må være en adgang til å melde seg ut.

Nå kan det spørres om adgangen til utmelding er tilstrekkelig til å ivareta valgfriheten til å være med i gruppesøksmålet eller ikke. Skal det være en realitet i en utmeldingsadgang, forutsetter det at de berørte er kjent med søksmålet. Det kan være problemer med å få gitt et varsel som når frem til de aktuelle gruppemedlemmene, eller et varsel som gruppemedlemmene oppfatter betydningen av. En slik situasjon er negativ på to måter. Dommen kan gi et resultat gruppemedlemmer er meget misfornøyd med. Når det skjer i en sak de ikke har kjent til eller ikke har hatt mulighet for å øve innflytelse på, vil det kunne virke negativt for tilliten til domstoler og rettssystem. Særlig uttalt vil en slik virkning kunne være hvor det inngås et rettsforlik som for hvert enkelt gruppemedlem medfører en bagatellmessig erstatning, og hvor de eneste som får betaling av noen betydning blir advokatene. Verre vil det for øvrig være at en slik dom parten oppfatter som negativ, vil stenge for et eget søksmål fra ham.

Hvilke konsekvenser man for norsk rett bør trekke av erfaringene fra USA på dette punkt, kan være tvilsomt. Erfaringen vil nok være et argument mot et mer allment prinsipp om opt out – krav til utmelding for ikke å bli bundet. Men det norske samfunn er langt mindre og mer oversiktlig enn det amerikanske. Det bør være realistisk hvis man ønsker å åpne for gruppesøksmål basert på utmeldingsprinsippet, bedre å få til varsling som når frem og tjener sitt formål.

En annen erfaring fra USA viser at det kan være vanskelig å få beskrevet gruppen entydig, med den konsekvens at det for en del rettssubjekter kan være uklart om de faller innenfor gruppen eller ikke. Situasjonen kan være at en del rettssubjekter feilaktig tror eller ikke tror at de omfattes av gruppen og gruppesøksmålet. Generelt sett er det selvfølgelig ikke uvanlig med regler og definisjoner som gir avgrensningsspørsmål og problemer. Men i forhold til regler om gruppesøksmål basert på prinsippet om utmelding, kan det få mer uheldige virkninger enn det som er vanlig. Hvis en person feilaktig tror at han er med i et gruppesøksmål, kan resultatet være at han lar være å forfølge et krav på individuell basis, noe som blant annet gjennom regler om foreldelse kan ha rettstap til følge. Tror vedkommende feilaktig at han ikke er med i gruppesøksmålet, vil det, fordi han ikke innen en gitt frist har meldt seg ut, kunne hindre ham i å forfølge saken på individuell basis, i tilfeller hvor han ville sett seg tjent med det.

Domstolene har i de land som har åpnet for

gruppesøksmål, en plikt til å føre kontroll med prosessførselen til den som opptrer som prosessfullmektig og representant for gruppen, nettopp for å sørge for at hensynene til de gruppemedlemmer som ikke deltar aktivt i saken, blir ivarettatt på skikkelig måte. Særlig påkrevd vil slik kontroll kunne være når det ønskes inngått rettsforlik, ikke minst i saker som anlegges som gruppesøksmål nettopp for at rettsforlik skal kunne inngås. Det er imidlertid grunn til å stille spørsmål om domstolenes kontroll her vil kunne bli mer formell enn reell. Det vil kunne bli en meget vanskelig oppgave for dommeren i noe kompliserte saker å gjøre seg opp en velbegrunnet mening om f.eks størrelsen av en totalerstatning for en gruppe er en «riktig», «rimelig» eller «rettferdig» størrelse. Reelt sett vil retten kunne være henvist til de bevis partene fører i den felles interesse i å få forliket godtatt. I et lengre perspektiv kan det være uheldig for tilliten til domstolene at de pålegges oppgaver i prosessen som ikke kan forventes løst tilfredsstillende.

I USA har man saksomkostningsregler som legger til rette for gruppesøksmål basert på et prinsipp om «opt out» – utmelding. Der er, som nevnt, den klare hovedregel at hver av partene uansett utfall av saken må bære sine egne saksomkostninger. Et medlem av en gruppe vil derfor ikke risikere å bli ilagt omkostninger til motparten om gruppen taper. Risiko for egne omkostninger vil det heller ikke være for det enkelte gruppemedlem. Det er, som det er redegjort for foran, et gjennomført system at advokater får fastsatt sin godtgjørelse av retten, og at utmålingen skjer etter samme prinsipper som ved contingency fee. Advokaten forskutterer utgifter, og han får bare dekket disse og får bare salær om saken vinnes. Til gjengjeld vil godtgjørelsen til advokaten da kunne bli meget god og vil ofte utgjøre en betydelig del – 1/3 eller mer – av det gruppen tilkjennes. Systemet med at hver part bærer sine utgifter kombinert med godtgjørelse til advokaten bare hvis søksmålet fører frem gjelder ikke bare for gruppesøksmål, men for erstatnings-søksmål generelt. Det er også dette utvalgs synspunkt at omkostningsreglene ved gruppesøksmål og andre typer søksmål i utgangspunktet bør være de samme. Å innføre omkostningsregler som i USA, anser imidlertid utvalget som uaktuelt. Hovedregelen om ansvar for saksomkostninger for den part som taper, bør opprettholdes – også for søksmål hvor det opptrer en gruppe. En motsatt regel, at hver part skal bære sine omkostninger, ville frita partene for ansvar ved å trekke andre inn i en kanskje kostbar prosess.

En viktig virkning av at søksmål reises vil være at foreldelsesfristen avbrytes. Det synes nærlig-

gende at et gruppesøksmål bør være fristavbrytende for gruppen som helhet fra det tidspunkt det fremsettes krav om gruppesøksmål. Baseres reglene om gruppesøksmål på et prinsipp om påmelding, vil denne virkningen opprettholdes for de gruppemedlemmer som melder seg på. Dette bør gjelde også hvor retten unntaksvis gir tillatelse til påmelding etter utløpet av fristen. Forutsetningen må da være at foreldelse ikke ville vært inntrådt mellom fristen for påmelding og det tidspunkt kravet om påmelding ble fremsatt. Melder gruppemedlemmer seg ut av grupperegisteret, må foreldelse igjen begynne å løpe fra utmeldingen. For de som ikke melder seg på, bør gruppesøksmålet ikke få noen betydning for foreldelsen for deres krav.

Godtas ikke søksmålet som gruppesøksmål, bør hovedregelen være at det ikke får betydning for foreldelsen, med mindre det innen en gitt frist tas nytt skritt til å få foreldelsen avbrutt.

Den virkning at søksmålet vil være fristavbrytende for gruppen, og de nærmere regler her, vil neppe være tungtveiende ved valget mellom en gruppesøksmålsordning basert på påmelding eller en ordning basert på utmelding. De nødvendige særregler for foreldelse hvor det reises gruppesøksmål må tas inn i foreldelsesloven. Utvalget viser til forslag til ny § 15 A her.

En omfattende adgang til gruppesøksmål hvor gruppemedlemmer blir bundet uten hensyn til om de har sluttet seg til søksmålet, ville i erstatningssaker, iallfall i en del tilfeller, måtte lede til at en erstatning måtte tilkjennes gruppen som sådan med en senere fordeling til de enkelte gruppemedlemmer, eventuelt etter ytterligere rettsavgjørelse. Videre vil erstatning i saker hvor gruppemedlemmer blir bundet uten å ha sluttet seg til saken, kunne bli vanskelig å fastsette blant annet fordi det kunne være usikkerhet om omfanget av gruppen. I situasjoner hvor det individuelle tap varierer, ville det kunne være nødvendig å gi egne materielle erstatningsregler hvor individuell utmåling ble byttet ut med en standarderstatning. Etter omstendighetene vil det også kunne bli spørsmål om særlige regler om vilkår for erstatningsplikt, herunder kravet til årsakssammenheng. En vid adgang til gruppesøksmål basert på at utmelding er nødvendig for ikke å bli bundet, vil på disse måtene kunne gi føringer for den materielle erstatningsrett – føringer som det vil være delte meninger om berettigelsen av.

Utvalgets konklusjon er, som tidligere påpekt, at det bør åpnes for gruppesøksmål i vår sivilprosess. Ut fra de hensyn som er påpekt foran, mener utvalget at gruppeprosessen som hovedregel bør bygges på prinsippet om påmelding – opt in. Den enkelte berørte må positivt slutte seg til søksmålet

for å bli gruppelem og derved bli bundet av den avgjørelse som treffes.

Men utvalget mener at det også bør åpnes for en begrenset adgang til gruppesøksmål basert på prinsippet om utmelding – opt out. Den enkelte berørte må da melde seg ut av gruppen for ikke lenger å være gruppelem og bli bundet av avgjørelsen. Arbeidet med lovutkastet på dette punkt, herunder alle de innspill utvalget har mottatt underveis, har overbevist utvalget om at en gruppeprosess som unntaksfritt bygger på et prinsipp om påmelding, ikke er et adekvat svar på det kollektive søksmålsbehov som foreligger. Det gjelder de tilfeller hvor den enkeltes krav ikke er individuelt prosessbart, med andre ord hvor man ut fra de omkostninger som er involvert ikke kan vente at søksmål vil bli reist. Dette gjøres til et vilkår for gruppesøksmål etter prinsippet om utmelding. Det skal videre etter utvalgets forslag være et vilkår at det ikke knytter seg forhold til den enkeltes krav som nødvendigvis gjør særskilt behandling. Utvalgets forslag forutsetter ingen endringer av de materielle erstatningsregler.

Praktiske eksempler på søksmål som vil kunne tenkes anlagt som søksmål hvor de berørte må melde seg ut for ikke å bli bundet, vil være søksmål om innslagstidspunktet for generelle forhøyelser på renter av banklån og tidspunktet for forhøyelser av teletakster. Medhold for gruppen i gruppesøksmålet vil medføre at vedkommende bank eller telesekskap vil bli dømt til å tilbakeføre merbelastning i renter eller avgifter i et gitt tidsrom. Selskapene vil selv ha oversikt over kunder og derved kunnskap til å gjennomføre dommen i forhold til gruppelemmene. Med den avgrensning utvalget har gitt for gruppesøksmål basert på et prinsipp om utmelding, kan utvalget ikke se at det er prinsipielle innsigelser av betydning mot den. At det er behov for en slik ordning, viser blant annet utspill fra banker om at de ikke uten videre vil føle seg bundet av uttalelser fra bankklagenemnda vedrørende adgang til renteforhøyelser. I denne forbindelse er det også grunn til å legge til at rent prinsipielt bør det være en praktisk adgang til å bringe slike saker inn for domstolene uansett hva bankklagenemnda skulle komme til. Her vil et gruppesøksmål basert på det nevnte prinsipp om utmelding være et adekvat svar på det kollektive søksmålsbehov. Forbrukerrådet peker seg ut som en naturlig grupprepresentant i slike søksmål.

Nå kan man reise spørsmålet om ikke gruppesøksmål mot banker og forsikringsselskap kan ivaretas fullgodt etter en opt in modell – at man positivt må slutte seg til søksmålet for å bli bundet av avgjørelsen. Om de generelle hensyn for eller

mot opt in eller opt out – et krav om positiv tilslutning eller et krav om utmelding for ikke å bli bundet – vises til den generelle drøftelsen foran. Det utvalget her vil peke på er at det åpenbart vil være en rekke bankkunder som vil være engstelig for å slutte seg til en sak mot «sin» bank, selv om de f.eks. har vært utsatt for en urettmessig rentebelastning. Det kan være kunder med utsatt økonomi som føler at de i fremtiden vil kunne ha behov for en bankforbindelse, og som er redde for å bli stemplet som «vanskelige». De våger derfor rett og slett ikke å forfølge sitt krav gjennom en positiv tilslutning til et gruppesøksmål. I slike tilfeller vil et gruppesøksmål basert på et opt out prinsipp være en nødvendighet for at krav blir forfulgt i en utstrekning som er rimelig.

## 17.6 Gruppesøksmål og litispensens

Under utvalgets arbeid med gruppeprosessen er det reist ulike spørsmål omkring slike søksmål og litispensensvirkninger. Det er i utkastet ikke særlige regler om litispensens for gruppesøksmål. Det vil si at de alminnelige regler vil gjelde.

Ser vi på hovedtypen av gruppesøksmål etter utvalgets forslag – gruppesøksmål som forutsetter positiv tilslutning fra de som skal bli bundet – gir de vanlige litispensensregler adekvate løsninger. At det foreligger individuelle søksmål, vil ikke være til hinder for gruppesøksmål. De som har reist individuelle søksmål, vil kunne slutte seg til gruppesøksmålet om de frafaller det individuelle søksmålet, med mindre frafallet gjøres slik at de oppgir kravet. Et reist gruppesøksmål vil heller ikke være til hinder for individuelle søksmål, men er vedkommende gruppelem, må han da tre ut av gruppesøksmålet.

De gruppesøksmål som er basert på prinsippet om utmelding – at man må melde seg ut for ikke å bli bundet – er heller ikke problematiske i forhold til de alminnelige litispensensregler. Foreligger det et individuelt søksmål, stenger ikke det for et gruppesøksmål. Den som er part i et individuelt søksmål har ved det markert at han ikke hører hjemme i gruppesøksmålet. Det må likestilles med det å melde seg ut av gruppen, jf. utkastet § 32-8(4). Anlagt gruppesøksmål hvor utmeldingsprinsippet får anvendelse kan heller ikke stenge for individuelle søksmål. Den som ønsker å anlegge individuelt søksmål, kan melde seg ut av gruppesøksmålet – registrere at man ikke er gruppelem.

Når det gjelder søksmål ved utenlandske domstoler, er regelen at de bare vil kunne ha litispensens

densvirkninger hvis dommen blir bindende her i landet. En praktisk meget viktig regel om litispensens ved søksmål for utenlandsk domstol finnes i Luganokonvensjonens artikkel 21. I det store og hele blir de problemstillinger som skapes ved litispensens forårsaket av søksmål for utenlandsk domstol, de samme som de problemstillinger som foran er skissert for litispensens som følge av søksmål for norsk domstol.

### **17.7 Gruppesøksmål og internasjonalt forum mv.**

Et annet spørsmål som har vært fremme i utvalgets arbeid med regler om gruppesøksmål, er hva som her skal gjelde om internasjonal kompetanse. Så lenge de som er med som gruppe-medlemmer er hjemmehørende i Norge, oppstår det ikke noe slikt problem. Er de hjemmehørende i utlandet, blir det imidlertid et spørsmål om internasjonal kompetanse.

Hvis de som bor i utlandet kunne anlagt individuelt søksmål for norske domstoler, synes det klart at et gruppesøksmål her også må kunne omfatte utenlandske gruppe-medlemmer – det gjelder både opt in-søksmål og opt out-søksmål. Det ville for øvrig i visse sammenhenger kunne oppstå spørsmål om en avgrensing mot utenlandske gruppe-medlemmer kunne være i strid med forpliktelses til likebehandling blant annet etter EØS-regler, særlig uttalt ville det bli i opt in-modellen.

Men de som ikke kunne anlagt individuelt søks-

mål i Norge, skal de likevel få være med som gruppe-medlemmer i gruppesøksmål her – det være seg i et opt in eller et opt out-søksmål? Problemstillingen vil kunne være aktuell f.eks. i forhold til forbrukerverneting etter § 4-4(7). Forbrukere slutter avtale med næringsdrivende i et annet land (f.eks. Tyskland). Søksmål vil kunne anlegges i Norge. Dette er anerkjent etter Luganokonvensjonens artikkel 14. Søksmålet må kunne gå som gruppesøksmål for forbrukere generelt som er hjemmehørende i Norge, hvis de øvrige vilkår for gruppesøksmål foreligger. En forbruker som er bosatt i Danmark og inngår en avtale med den samme næringsdrivende om et tilsvarende produkt som har tilsvarende mangel, må anlegge individuelt søksmål i Danmark om han da ikke velger den næringsdrivendes hjemting. Han kan ikke saksøke eller slutte seg til søksmål i Norge som saksøker. Det er ikke noen kumulasjonsregel i Luganokonvensjonen som gir norske domstoler internasjonal kompetanse i et slikt tilfelle. Merk i denne forbindelse at konneksitetsregelen i Luganokonvensjonens artikkel 22, ikke er en slik forumregel ved kumulasjon. Den krever at den første domstol er kompetent til å behandle det krav som er brakt inn for domstol nr. 2 for at den virkning som er angitt i artikkel 22 annet ledd skal inntre.

Etter utvalgets mening må man trekke den konsekvens med hensyn til krav om internasjonalt forum, at gruppesøksmål for norske domstoler skal begrenses til gruppe-medlemmer hvor norske domstoler ville hatt kompetanse ved individuelt søksmål. Dette følger av utkastets § 32-2(2).



## Kapittel 18

# Rettslig prøving av forvaltningsvedtak

### 18.1 Generelt om rettslig prøving av forvaltningsvedtak

Domstolene kan etter vår forfatning prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak uansett hvilket forvaltningsnivå vedtaket er truffet på. Om hva domstolene kan prøve, vises til fremstillingene av alminnelig forvaltningsrett, se blant annet Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 6. utgave, Oslo 1997, side 637 flg. Det bemerkes at EMK for visse typer vedtak vil stille krav til omfanget og intensiteten i prøvingen, se Jørgen Aall i *TfR* 1998, særlig side 93 flg.

I forhold til det antall forvaltningsvedtak som årlig treffes, er det klart at det er relativt få vedtak som bringes inn for domstolene til rettslig prøving. Likevel utgjør forvaltningssakene en viktig del av domstolenes saker. Domstolskontrollen og adgangen for den enkelte til å få gyldigheten av vedtak prøvd for domstolene, er et viktig ledd i rettsstaten og i den enkeltes rettssikkerhet. En rekke av de avgjørelser domstolene, særlig Høyesterett, har avsagt innefor forvaltningsretten, har trukket opp rammer for forvaltningens virksomhet, blant annet i den forstand at krav til skjønnsutøvelse, saksbehandling, vilkår for erstatning ved feil mv. er avklart nærmere.

En del land har et domstolssystem med forvaltningsdomstoler. Saken kan da bringes oppover i forvaltningsdomstolssystemet, gjerne til en høyeste forvaltningsdomstol. Ofte vil forvaltningsdomstolene kunne prøve alle sider ved saken, også det frie forvaltningsskjønn. Men det vil kunne være begrensninger her. Blant andre Sverige, Finland, Frankrike og Tyskland har slike forvaltningsdomstoler. Danmark og England har derimot et system som er nokså likt vårt, med rettslig prøving av forvaltningsvedtak for de alminnelige domstoler.

Det ligger utenfor Tvistemålsutvalgets mandat å vurdere en overgang fra dagens ordning, med en adgang til å få prøvd forvaltningsvedtak for de alminnelige domstoler, til et system med forvaltningsdomstoler. Men utvalget vil generelt bemerke at det ser klare motforestillinger mot et slikt system – uten at vi vil gå inn på dette. Utvalget tar som en gitt premiss at rettslig prøving av forvaltningsved-

tak skal skje for de vanlige domstoler ved en prøving, omtrent som vi i dag kjenner den. Det som for utvalget derfor blir det sentrale, er å finne frem til behandlingsregler som gir rimelig adgang til domstolsprøving, og som sikrer en hensiktsmessig og forsvarlig behandling av de vedtak som bringes inn til rettslig prøving.

Utvalget legger til at det, særlig i det siste tiår, har vært en tendens til å legge avgjørelsen av spesielt inngripende vedtak til særlige nemnder, med en saksbehandling som ikke er ulik behandlingen ved tingrettene. Det faller utenfor utvalgets oppgave å vurdere hensiktsmessigheten av dette, herunder om det bør opprettes nye slike nemnder med kompetanse innenfor særlige forvaltningsområder. Men det faktum at vedtaket som overprøves er truffet av en slik nemnd, kan tenkes å få betydning for saksbehandlingsreglene for domstolene ved overprøvingen. Særlig har det vært fremhevet at når vedtaket er truffet av en «domstolsliknende» nemnd, bør en sak for de ordinære domstoler starte i lagmannsretten som første instans. Dette er et synspunkt som relativt ofte har vært fremme, men som utvalget er fundamentalt og prinsipielt uenig i. Utvalget kommer tilbake til dette nedenfor under II.18.3.

Tvistemålsloven har i et eget kapittel, kapittel 30, regler om saker om offentlige tjenestehandlinger. Under II.18.2 vil utvalget drøfte disse reglene, og om det bør gis et slikt eget kapittel også i tvisteloven. I tvistemålsloven kapittel 33 er det gitt regler om overprøving av administrative vedtak om frihetstap og andre tvangsinngrep. Dette er særlig inngripende vedtak hvor rettssikkerhet for den vedtaket retter seg mot, gjør seg gjeldende med helt spesiell tyngde. Det er utvalgets klare oppfatning at det for overprøving av disse vedtakene er behov for viktige særregler ved et eget kapittel. Det vises til drøftelsen under II.18.2 om de prinsipielle spørsmålene og de viktige valgene her og til bemerkningene til de enkelte regler i utkastets kapittel 33.

## 18.2 Et eget kapittel for saker om offentlige tjenestehandlinger?

### 18.2.1 Gjeldende rett

Tvistemålsloven kapittel 30 gjelder saker om offentlige tjenestehandlinger, og dekker i henhold til § 435 første ledd søksmål om lovmessigheten av avgjørelser truffet under utøving av offentlig tjeneste, og forpliktelser i den offentlige tjeneste eller erstatningskrav i anledning rettsstridig forhold i tjenesten.

Reglene kommer også til anvendelse i tilfeller der private organer eller organisasjoner utøver forvaltningsmyndighet. Søksmål om forhold av utelukkende privatrettslig art faller imidlertid som sådan utenfor, jf. § 435 annet ledd.

Det viktigste området for reglene i dette kapitlet er søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak, herunder også om plikt til endring eller omgjøring, jf. § 435 første ledd nr. 1. Dessuten dekkes blant annet søksmål om plikt til å treffe vedtak, og om forvaltningens eller den enkelte tjenestemanns erstatningsansvar, jf. § 435 første ledd nr. 2.

Reglene er imidlertid ikke begrenset til administrativ myndighetsutøvelse, men omfatter også søksmål knyttet til rettslige avgjørelser, jf. særlig §§ 436 og 438.

Kapittel 30 oppstiller for det første enkelte særlige prosessforutsetninger: Det er bestemt at søksmål etter § 435 første ledd nr. 1 bare kan reises mot angjeldende forvaltningsorgan, mens søksmål etter nr. 2 også kan reises mot den enkelte tjenestemann.

Det kan ikke reises erstatningssøksmål i anledning av en rettslig avgjørelse med mindre den er opphevet eller forandret, eller tjenestemannen er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen, jf. § 436.

Et forvaltningsorgan kan bestemme at søksmål ikke skal kunne reises med mindre den private part har uttømt den administrative klageadgang, jf. § 437 første ledd. Forvaltningsorganet kan også bestemme at søksmål må reises innen seks måneder etter melding, jf. § 437 annet ledd.

For det andre gjelder det særlige regler for søksmål mot dommere, jf. § 438. Søksmål mot medlemmer av Høyesterett skal behandles direkte av Høyesterett. Regelen gjelder imidlertid bare dommers administrative plikter, i det erstatningsansvar som nevnt i § 435 første ledd nr. 2 hører under Riksrettens kompetanse.

Tidligere skulle også søksmål mot lagdommere behandles direkte for Høyesterett. Etter endring ved lov av 28. april 2000, i kraft 1. juli 2000, skal søks-

mål mot medlem av lagmannsrettene nå behandles i lagmannsretten, se nærmere Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 79 – 80. Det samme gjelder søksmål mot medlem av tingrett.

Saker som dette behandles etter reglene om førsteinstans så langt de passer, jf. § 438 annet ledd, sml. Rt. 1989 side 604.

For det tredje gjelder det særlige vernetingsregler i søksmål som dekkes av kapittel 30, jf. § 439. Søksmål etter § 435 første ledd nr. 1 kan reises i den rettskrets der vedkommende offentlige myndighet som har truffet avgjørelse i saken i en tidligere instans, har sitt sete. Søksmål etter § 435 første ledd nr. 2 kan reises der hvor søksmål reises eller kunne vært reist mot vedkommende offentlige tjenestemann. Begge regler innebærer en utvidelse i forhold til de alminnelige regler om vernetting, slik de følger av dagens lov.

For det fjerde gjelder det en særlig regel om varsel til tjenestemannens foresatte, og om foresattes rett til å tre inn i saken, jf. § 440.

For det femte er det i § 440a bestemt at regelen om oppfyllelsesfrist i tvistemålsloven § 146 ikke gjelder i saker etter § 435 første ledd, bortsett fra erstatningssaker.

Det følger av tvistemålsloven § 273 nr. 3 at saker som dekkes av kapittel 30 ikke skal behandles i forliksrådet.

### 18.2.2 Utvalgets vurderinger

Kapittel 30 inneholder etter Tvistemålsutvalgets vurdering en god del regler som det ikke er grunn til å videreføre:

For det første er de særskilte vernetingsreglene i § 439 overflødige, hensett til Tvistemålsutvalgets forslag om endring i reglene om vernetting for statlig og fylkeskommunal myndighet, se utkastet § 4-4(8).

For det annet er det liten reell grunn til å opprettholde de særlige instansreglene for søksmål mot dommere i § 438. Søksmål mot dommere bør etter Tvistemålsutvalgets mening behandles på linje med søksmål mot andre offentlige tjenestemenn, dog med unntak for de saker mot høyesterettsdommere som av konstitusjonelle grunner skal behandles ved Riksrett, se nærmere Schei side 1150.

For det tredje er dagens regel i § 437 ikke en helt hellig form for regulering av søksmålsadgangen hva gjelder administrative vedtak, i det den overlater til det enkelte forvaltningsorgan en meget vid og ubestemt adgang til å kreve bruk av administrative klagemuligheter før det reises gyldighets- eller erstatningssøksmål, og til å sette søksmålsfrist.

Tvistemålsutvalget peker i denne forbindelse på at dagens regler på dette sentrale punktet avviker fra det som i sin tid ble foreslått av Forvaltningskomiteen, se innstillingen fra Forvaltningskomiteen side 362 – 366, og som siden også ble vedtatt som lov, se Ot.prp. nr. 26 (1961-62) side 4 – 6 og lov av 9. mars 1962. Her var utgangspunktet at kravet om uttømming av administrativ klageadgang, og søksmålsfristen, gjaldt i alle tilfeller. I forbindelse med vedtakelsen av forvaltningsloven ble dette imidlertid endret, slik at disse vilkår for søksmål bare skulle gjelde der det aktuelle forvaltningsorganet hadde gitt parten særskilt melding om dette, se Ot. prp nr. 38 (1964-65) side 88 – 89 og Ot.prp. nr. 27 (1968-69) side 60 – 63.

Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det normalt en fordel om den administrative klageadgangen er uttømt før søksmål reises, slik det som regel også skjer i praksis i dag. Dersom den forvaltningsmessig behandlingen foregår i et rimelig tempo, vil et krav om forutgående klagesak heller ikke utgjøre noen uakseptabel merbelastning for parten. I mange tilfeller tar imidlertid klagebehandlingen lang tid. Et krav om uttømming av administrative klagemuligheter vil da kunne representere en uforholdsmessig søksmålsbegrensning. I denne forbindelse er det også grunn til å minne om at hvor administrativ klage er en søksmålsbetingelse, vil den tiden som går med til klagebehandlingen måtte regnes som en del av saksbehandlingstiden i forhold til kravet om avgjørelse innen rimelig tid i EMK artikkel 6(1), jf. f.eks. Menneskerettighetsdomstolens dom i König, Series A No. 27 para 98 og van Dijk og van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, side 444.

De mer graverende tilfellene vil kunne fanges opp av en regel som den man finner i dagens § 437 første ledd i.f.: Søksmål kan likevel reises dersom det er gått mer enn seks måneder siden klagen ble fremsatt, og det ikke skyldes forsømmelser fra klagerens side at klageinstansen ennå ikke har truffet noen avgjørelse. En slik regel blir imidlertid nokså sjablonmessig, og avspeiler ikke variasjonsbredden i de ulike typer forvaltningsavgjørelser.

Tvistemålsutvalget anser det derfor ikke som ønskelig å innføre et allment krav om uttømming av administrative klagemuligheter. Samtidig er det prinsipielt uheldig at kompetansen til å avgjøre om det skal stilles vilkår av denne typen, ligger hos det enkelte forvaltningsorgan. En bedre løsning er at spørsmålet om administrativ klage som vilkår for søksmål, og en eventuell søksmålsfrist, uttrykkelig reguleres i den lov som hjemler vedtaket. En slik reguleringsform øker forutberegneligheten for den private part, og bidrar til at spørsmå-

lene vurderes mer helhetlig på lovgivernivå, blant annet under iaktakelse av behovet for slike søksmålsbetingelser og hvor effektive klagemuligheter som foreligger på det aktuelle området. Dette er for øvrig en ordning som allerede følges på enkelte forvaltningsområder, se f.eks. børsloven § 7-3, hvor dette vilkåret nettopp står i sammenheng med et effektivt system for klagebehandling.

I forvaltningsloven § 27 tredje ledd tredje punktum er det bestemt at dersom det av særlov følger at søksmål er betinget av forutgående klage, og eventuelt at sak må reises innen en bestemt frist, skal parten gis melding om dette sammen med underretningen om vedtaket. Denne ordning bør opprettholdes. For så vidt gjelder unnlatt varsling, la Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1985 side 671 til grunn av lovbestemte søksmålsfrister likevel løper. Etter Tvistemålsutvalgets oppfatning blir hensynet til den private part da dårlig ivaretatt, i det slike vilkår for søksmål kan virke som en felle. Avgjørelsen i Rt. 1997 side 1272 gjaldt et noe annet spørsmål, men gir likevel visse holdepunkter for å tro at lovbestemte frister som den private part ikke er informert om, ikke etter gjeldende rett vil avskjære enhver mulighet for å få reist søksmål.

Når det etter forvaltningsloven § 27 tredje ledd, er et ubetinget krav om at det gis varsel om særlige vilkår for søksmål, bør konsekvensen av unnlatt varsling være at disse vilkårene ikke kommer til anvendelse overfor parten. En slik regel er i samsvar med den som i dag gjelder i tilfeller der et forvaltningsorgan har brukt sin kompetanse etter tvistemålsloven § 437.

For det fjerde er det etter Tvistemålsutvalgets oppfatning ikke grunn til å videreføre den særskilte regel om varsel og om intervensjon i § 440. Her bør man falle tilbake på de alminnelige regler om partshjelp mv., jf. utkastet kapittel 15.

Det kan reises spørsmål ved om bestemmelsen om oppfyllelsesfrister i § 440 a bør videreføres. Bestemmelsen ble vedtatt ved endringslov av 9. mars 1962 nr. 1. Bestemmelsen sier at tvistemålsloven § 146 om oppfyllelsesfrister ikke gjelder saker etter § 435 første ledd, bortsett fra i saker om erstatningskrav. Systematisk hører den hjemme sammen med andre regler om oppfyllelsesfrister. Utvalget har i II.21.9 drøftet om det er grunn til å videreføre bestemmelsen. Konklusjonen der er at utvalget ikke kan se grunn til at domstolene ikke skal kunne sette oppfyllelsesfrist i andre fullbyrdes søksmål om offentlige tjenestehandlinger enn saker om erstatningskrav. Det foreslås derfor ikke videreført noen bestemmelse som den nåværende tvistemålsloven § 440 a.

For det sjette kan man sløyfe dagens § 436

andre punktum. Bestemmelsen sier at det ikke kan reises andre søksmål enn erstatningssøksmål i anledning rettslige avgjørelser. Med dette stenges det altså for særskilt søksmål om rettmessigheten av rettslige avgjørelser. Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det ikke behov for å si dette uttrykkelig. Disse begrensningene følger allerede av sammenhengen med rettsmiddelsystemet og av reglene om rettskraft.

Enkelte av reglene i kapittel 30 bør imidlertid videreføres. Dette gjelder for det første reglene om adgangen til å reise erstatningssøksmål knyttet til rettslige avgjørelser i dagens § 436 første punktum.

Et spørsmål som i dag er noe uavklart, er om søksmålsbegrensningene i § 436 bare kommer til anvendelse i tilfeller der det er adgang til bruk av rettsmidler som gir en reell overprøving av den rettslige avgjørelsen. Hensynet til sammenheng i regelverket kan i og for seg tilsi en slik løsning. Begrunnelsen for § 436 er at rettslige avgjørelser skal angripes ved rettsmidler, ikke gjennom etterfølgende søksmål. Dette slår ikke til hvor det ikke finnes rettsmidler, eller hvor de rettsmidler som finnes ikke gir en reell mulighet for prøving i forhold til de spørsmål som står sentralt i en etterfølgende erstatningssak. I slike tilfeller kan det synes lite rimelig å avskjære muligheten for etterfølgende erstatningssøksmål.

Dette perspektivet innebærer imidlertid i sin ytterste konsekvens at enhver rettslig avgjørelse, på et hvert trinn, viktig og uviktig, burde kunne etterprøves, enten gjennom rettsmidler eller ved etterfølgende søksmål. Både av prinsipielle og praktiske grunner er dette ugjenomførbart. Å legge avgjørende vekt på denne dimensjonen ved sammenhengen mellom adgangen til rettsmiddelbruk og muligheten for etterfølgende erstatningssøksmål, ville dessuten være å overse at søksmålsbegrensningene utgjør en grunnleggende forbindelse i prosessordningen, som virker sammen med – og støtter opp under – andre vesentlige elementer.

Tvistemålsutvalget peker særlig på at søksmålsbegrensningene skal hindre omgåelse av lovens regler om rettsmidler: Adgang til å reise erstatningssøksmål i tilfeller der den omtvistete avgjørelse ikke er opphevet eller endret, gir mulighet for «omkamp» om spørsmål som etter lovens system forutsettes å være endelig løst, med de begrensninger som følger av adgangen til å begjære gjenoptakelse. Desto lenger man går i å tillate slike søksmål, desto mer vil man undergrave de grenser for rettsmiddelbruk som av ulike årsaker bør stilles opp. Slik sett har dagens regler også en side mot reglene om rettskraft.

Tvistemålsutvalget understreker også at det ved utformingen av reglene om rettsmidler er lagt stor vekt på at avgjørelser som av hensyn til partene eller av andre grunner bør kunne overprøves, også vil kunne overprøves. Å avgrense adgangen til etterfølgende erstatningssøksmål etter de linjer som følger av dagens regler, kan derfor vanskelig tenkes å komme i konflikt med tungtveiende rettssikkerhetshensyn. Tvistemålsutvalget er derfor blitt stående ved at dagens ordning for det vesentlige bør videreføres.

I enkelte tilfeller vil likevel den begrensede muligheten for å reise erstatningssøksmål i anledning av en rettslig avgjørelse kunne være mindre velgrunnet. Ett eksempel er den problemstillingen som tas opp i Konkursrådets anbefaling av 16. november 1998, om forholdet mellom EMK og reglene om fengsling av konkursdebitor i konkursloven § 105: Hvor debtors rettslige interesse i å få prøvd skifterettens fengslingsavgjørelse gjennom kjæremål faller bort fordi debitor løslates, vil han kunne stå uten mulighet for å anfekte fengslingen og kreve erstatning for urettmessig fengsling. Dette kan komme i strid med retten til å kreve erstatning for uhjemlet frihetsberøvelse i artikkel 5(5), og retten til domstolsadgang i henhold til EMK artikkel 6(1). Fra Konkursrådets anbefaling hitsettes:

«Tvistemålsloven § 436 bestemmer at erstatningssøksmål mot staten eller offentlig tjenestemann ikke kan reises basert på at en tidligere avgjørelse var ulovmessig eller rettsstridig, med mindre avgjørelsen er opphevet, forandret, eller tjenestemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen. I de fleste tilfelle vil ikke denne bestemmelsen være problematisk i forhold til EMK. Normalt vil det ha foreligget en reell overprøvelsesadgang da den tidligere avgjørelse ble truffet, og det kan da ikke være konvensjonsstridig at man ikke på fritt grunnlag skal kunne få prøvet det samme spørsmålet på nytt.

Tvml § 436 er etter sin ordlyd ikke til hinder for et fastsettelsesøksmål med påstand om at fengslingen har vært i strid med EMK artikkel 5. Etter at menneskerettsloven nå er vedtatt og har trådt i kraft, må det være adgang til å kreve dom for konvensjonsstrid, Schei, *Tvistemålsloven med kommentarer*, 2 utg 1998 side 270. Kjennelsen i Rt 1994 s 1244 gir på dette punkt neppe lenger uttrykk for gjeldende rett.

Høyesteretts kjæremålsutvalg påpekte i Rt 1997 side 1998 at rekkevidden av tvistemålsloven § 436 kan være uklar. Problemet oppstår særlig der det ved den tidligere avgjørelse ikke forelå noen formell overprøvelsesadgang, men

også der det nok har vært en formell, men ingen reell prøvelsesadgang.

Det fremstår som tvilsomt om adgangen til rettslig prøving er tilstrekkelig i de tilfeller skyldneren er løslatt før rettsmiddeladgangen er uttømt, og kjæremålet dermed er avvist pga. manglende rettslig interesse. Om det i et slikt tilfelle overhodet er mulig å fastholde kjæremålet for å få prøvet om fengslingen var urettmessig, f.eks. ved å formulere dette som et erstatningskrav eller krav om fastsettellesdom, måtte etter gjeldende norsk rett anses usikkert inn-til vedtakelsen av menneskerettsloven. Uansett må en slik prosessordning anses uhensiktsmessig. For den som har vært fengslet vil det være vanskelig å skaffe seg den nødvendige oversikt over prosessordning om erstatningskrav innenfor den korte frist som eventuelt gjelder for kjæremål. Dette kan tenkes å komme i konflikt med EMKs krav til klart og sammenhengende system for rettslig prøving.

Konkursrådet antar det er grunn til å overveie om det bør innføres regler etter mønster av straffeprosessloven kapittel 31 om adgangen til i disse tilfellene i ettertid å få prøvet lovligheten av fengsling.»

Den problemstillingen Konkursrådet reiser, knytter seg altså spesifikt til forholdet mellom konkursloven § 105 og EMK artikkel 5(5) og 6(1). Tvistemålsutvalget er enig i at dagens ordning ikke synes tilfredsstillende, og kommer tilbake til Konkursrådets forslag nedenfor.

Spørsmål av liknende karakter kan imidlertid også oppstå mer generelt, i tilfeller der domstolene treffer avgjørelser som siden faller bort, og hvor den som rammes har mistet sin rettslige interesse i å angripe avgjørelsen ved rettsmidler. Mulige eksempler på slike avgjørelser er – foruten fengsling etter konkursloven § 105 – fengsling forvaring av vitne i henhold til tvistemålsloven § 203, jf. bestemmelsen i utkastet § 27-5, og midlertidige avgjørelser etter barnelova § 38 og ekteskapsloven § 92. Situasjonen kan også oppstå i relasjon til avgjørelse om midlertidig sikring i henhold til tvangsfullbyrdelsesloven tredje del (arrest og midlertidig forføyning). Erstatningsregelen i tvangsfullbyrdelsesloven § 3-5 vil bare i begrenset grad avhjelpe problemet, dels på grunn av vilkårene for erstatning og dels fordi den kun gir adgang til å reise krav om erstatning mot saksøkeren, ikke mot det offentlige. Situasjonen vil også kunne oppstå der et omtvistet forvaltningsvedtak omgjøres mens saken står for retten, eller en sak av andre grunner blir gjenstandsløs, med den virkning at den heves eller avvises.

Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det i en

del tilfeller uheldig at bortfall av den rettslige interesse i forbindelse med rettsmiddelbruk også medfører at saksbehandlingen så langt helt unndras prøving i form av etterfølgende erstatningssøksmål. Til dette kommer at dagens regulering gjør muligheten for rettslig etterprøving avhengig av tilfeldigheter. Har den aktuelle avgjørelsen ikke falt bort, vil den som rammes både kunne anvende rettsmidler mot avgjørelsen, og deretter kreve erstatning dersom den blir opphevet eller endret. Har avgjørelsen derimot falt bort, vil den som rammes verken kunne bruke rettsmidler eller kreve erstatning, selv om det skulle kunne påvises graverende og erstatningsbetingende feil.

Tvistemålsutvalget har vurdert ulike løsninger, blant annet kasuistisk regulering i tråd med det som er foreslått av Konkursrådet for så vidt gjelder fengsling etter konkursloven § 105. Det er imidlertid vanskelig å helt overskue hvilke typer avgjørelser det i tilfelle bør gis slike regler om. Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det grunn til å løse spørsmålet mer allment. Dette kan gjøres ved å utvide adgangen til erstatningssøksmål i forhold til dagens regel i tvistemålsloven § 436, slik at søksmål også kan reises i tilfeller der den påstått erstatningsbetingende avgjørelse er falt bort, med den virkning at den som rammes av avgjørelsen ikke har hatt anledning til overprøving gjennom rettsmidler, eller hvor den aktuelle avgjørelsen er falt bort fordi parten har mistet sin rettslige interesse i overprøving.

Dette vil også omfatte saker om fengsling etter konkursloven § 105, i tilfeller der debitor ikke har fått overprøvd avgjørelsen om fengsling fordi han ble løslatt før det kunne treffes noen avgjørelse i rettsmiddelinstansen. Tvistemålsutvalget understreker imidlertid at dette ikke fullt ut imøtekommer de endringsbehov som er drøftet av Konkursrådet. Rådet legger opp til et mer vidtrekkende system, blant annet slik at det også vil kunne reises erstatningssak i tilfeller der debitor har brukt rettsmidler, uten å oppnå opphevelse eller endring. I Konkursrådets forslag til ny § 105 b første ledd i konkursloven, heter det:

«Den frihetsinnskrenkningen var rettet mot kan uten hinder av tvistemålsloven § 436 anlegge erstatningssøksmål mot staten begrunnet med at pålagte frihetsinnskrenkninger var i strid med konkursloven § 105»

Tvistemålsutvalget er enig i at mye kan tale for at det etableres en særlig erstatningsordning knyttet til frihetsinnskrenkninger med hjemmel i konkursloven § 105. På samme måte som Konkursrådet, ser Utvalget det slik at disse reglene eventuelt bør

tas inn i konkursloven, ikke i den nye tvistemålsloven. Tatt i betraktning de vurderinger og konkrete forslag som allerede er fremsatt av Konkursrådet, finner Tvistemålsutvalget for sin del ikke grunn til nærmere utredninger om hvordan slike regler bør utformes, eller til å foreslå konkrete regler.

I noen tilfeller vil det kunne fremstå som mer hensiktsmessig å begjære omgjøring av den midlertidige avgjørelsen, fremfor å anvende rettsmidler mot den, se f.eks. ekteskapsloven § 93. Av hensyn til konsekvens, kunne det da være nærliggende å utvide adgangen til etterfølgende erstatningssøksmål slik at den også omfatter tilfeller der en begjæring om omgjøring ikke blir behandlet eller avgjort, fordi den midlertidige avgjørelsen har bortfalt. I praksis ville imidlertid en slik regel mangle selvstendig betydning: Dersom rettsmiddelbruk er avskåret på grunn av bortfall, vil vedkommende som rammes av avgjørelsen heller ikke ha rettslig interesse i å begjære omgjøring. Tvistemålsutvalget foreslår derfor ikke en slik utvidelse.

Det sier seg selv at denne bestemmelsen ikke forsvarer et eget kapittel i den nye loven. Utvalget foreslår at dagens § 436 overføres til de materielle ansvarsreglene i domstolloven kapittel 10, som nytt § 200 tredje ledd.

Når de særlige reglene om disse sakene ikke videreføres i et eget kapittel, er det heller ikke nødvendig å videreføre § 435 som angir reglenes anvendelsesområde.

Regelen i § 435 annet ledd er rett nok av en noe annen karakter, i det den er til hinder for at søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak rettes mot den tjenestemann som har truffet vedtaket. Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det imidlertid ikke behov for en særskilt bestemmelse om dette. Krever saksøkeren dom for at et forvaltningsvedtak er ugyldig, følger det allerede av kravet om rettslig interesse at søksmålet må avvises så langt det måtte være rettet mot tjenestemannen personlig.

### **18.3 Regler i utkastet av særlig betydning for rettslig prøving av forvaltningsvedtak**

Det er som påpekt under II.18.2, ikke grunn til å gi et eget kapittel om rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Rettslig prøving av forvaltningsvedtak vil forsvarlig og hensiktsmessig kunne skje innenfor rammen av de ordinære behandlingsregler, dog slik at utkastet har noen få regler som bare gjelder ved prøving av forvaltningsvedtak. Utvalget vil nedenfor trekke frem disse reglene og andre reg-

ler som vil være av særlig betydning ved prøving av forvaltningsvedtak.

Som påpekt treffes en del vedtak av nemnder og da ofte etter en behandling som i det ytre kan synes å ligge relativt nær opp til behandlingen ved tingretten. Det har i forhold til slike nemndsvedtak vært argumentert med at behandlingen her trer i stedet for behandlingen i tingretten, og at saken derfor logisk sett hører hjemme for lagmannsretten når sak til rettslig prøving reises. Dette er utvalget som nevnt sterkt uenig i på et prinsipielt grunnlag. Utvalget viser her til drøftelsen under II.8.4 og II.19.2.4.3. Det er altså i utkastet ingen regel om at søksmål om forvaltningsvedtak som er truffet i kollegialt organ etter muntlig behandling og umiddelbar bevisføring, skal anlegges for lagmannsretten.

Utkastets kapittel 1 har en prinsipielt viktig regel om rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Det gjelder § 1-5 om hvem søksmål om gyldigheten av offentlige vedtak skal rettes mot. § 1-5(1) gjelder det tilfellet at et søksmål gjelder gyldigheten av et forvaltningsvedtak som har vært behandlet i flere instanser, og § 1-5(2) gjelder spørsmål om prosessfellesskap i såkalte trepartsforhold. § 1-5 skal sikre et naturlig og hensiktsmessig partsforhold ved prøving av forvaltningsvedtaket. Det vises til bemerkningene til regelen.

En regel som vil kunne være av praktisk betydning, ikke minst for forvaltningen ved rettslig prøving av forvaltningsvedtak, er § 2-3(4) om adgangen til å delegere kompetansen for lovlig stedfortreder for upersonlig rettssubjekt. Denne regelen er ny. Det vises til bemerkningene til bestemmelsen.

Det er foreslått en særlig vernetingsregel for saker mot staten og fylkeskommuner, se § 4-4(8). Søksmål mot staten kan anlegges ved saksøkerens alminnelige verneting, og søksmål mot fylker kan anlegges ved den domstol i fylket der saksøkeren har sitt alminnelige verneting. Bestemmelsen er foreslått blant annet for å senke søksmålsterskelen og for å minske den ulikhet i prosessuell stryke som det ofte vil være i disse tilfellene.

§ 5-4 har regler om prosessuell og materiell veiledningsplikt. Disse reglene gjelder generelt og ikke spesielt for rettslig prøving av forvaltningsvedtak. I sin alminnelighet kan de heller ikke sies å være viktigere her enn i andre typer sivile rettstvisiter. Grunnen til at § 5-4 nevnes, er at bestemmelsen vil kunne være viktig i de tilfeller hvor en ressurs svak part, som ikke er representert ved advokat, i prosessen står overfor et forvaltningsorgan som da normalt vil fremstå som klart mer ressurssterkt.

Verken i reglene for behandlingen i tingretten eller for ankebehandling, er det regler det synes

nærliggende å fremheve spesielt for rettslig prøving av forvaltningsvedtak. Forvaltningssaker vil kunne være meget kompliserte både faktisk og rettslig, men de vil også kunne være meget enkle med et oversiktlig og ubestridt faktum og med et rettslig spørsmål som kan være enkelt i problemstillingen. Både reglene for tingretten og ankereglene er slik utformet at behandlingen kan tilpasses den konkrete tvisten, slik at det kompliserte behandles grundig og det lette på en mer enkel måte.

Småkravsprosessen får i prinsippet også anvendelse i forhold til rettslig prøving av forvaltningsvedtak, forutsatt at tvisten om vedtaket må ses som en tvist om økonomiske verdier og partene har fri rådighet over tvisten. Dette vil ofte være tilfellet, blant annet ved mange vedtak om offentlige ytelser eller tillatelser, likningsvedtak mv. Det er adgang til å gjøre unntak fra småkravsprosessen, slik at behandling i stedet skal skje etter allmennprosess, hvis hensynet til forsvarlig behandling nødvendigvis gjør dette. Men det understrekes at det ikke er grunnlag for noen nærmest automatisk anvendelse av denne regelen at tvisten gjelder gyldigheten av forvaltningsvedtak. Mange forvaltningssaker er ikke spesielt kompliserte, og helt generelt gjelder det også på dette saksområdet at det er viktig å tilpasse behandlingen til betydningen av tvisten.

Det er ikke gitt egne saksomkostningsregler hvor det offentlige er part. Det vil si at det offentlige i utgangspunktet har den samme rett til å bli tilkjent saksomkostninger som en privat part, og også har det samme omkostningsansvar. Men det at det er et forvaltningsvedtak som er sakens gjenstand, vil nok likevel kunne være av betydning ved omkostningsfastsettelsen. Selv om en del saker om forvaltningsvedtak som påpekt vil kunne være enkle, vil innslaget av slike saker med vanskelige rettslige og faktiske spørsmål nok være betydelig. Det vil kunne tilsi at det relativt ofte vil kunne være grunnlag for å anvende unntaksregelen i § 23-2(3), jf. særlig § 23-2(3) (a), og da først og fremst i favør av den private part. Også en god del av forvaltningssakene vil reise spørsmål av prinsipielle betydning, som det er viktig for forvaltningen å få domstolens avklaring på. Det vil i seg selv være et moment for å anvende § 23-2(3) i favør av den private part. Det minnes i denne forbindelse om at oppregningen i § 23-2(3) (a) og (b) ikke er uttømmende.

Også § 23-11 om plikt til å stille sikkerhet for mulig ansvar for saksomkostninger gjelder i prinsippet på vanlig måte ved prøving av forvaltningsvedtak. Det offentlige kan, under de vilkår som er skissert, kreve at saksøker som ikke har bopel i Norge stiller sikkerhet for mulige saksomkostning-

ger. Men iallfall i forhold til en del typer forvaltningsvedtak, vil de vilkår som er gitt i § 23-11, ofte gjøre det lite aktuelt for det offentlige å fremme slik krav, se til illustrasjon Rt. 1999 side 961.

Bevisforbudsreglene gjelder uten hensyn til hva som er sakens gjenstand. Men reglene i §§ 25-1 til 25-3 vil nok være særlig aktuelle i saker om prøving av forvaltningsvedtak. Det er regler om bevisforbud om opplysninger om rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, bevisforbud om drøftelser i regjeringskonferanser og bevisforbud om forhold undergitt lovbestemt taushetsplikt. Når det gjelder den nærmere avgrensningen av bevisforbudet etter disse reglene, vises til kommentarene til dem. Det minnes om at bevisforbudet om drøftelser i regjeringskonferanser ikke fritar for en fullstendig opplysning og forklaring om grunnlaget for det aktuelle vedtaket.

Gruppesøksmålsreglene er ikke spesielt utformet med henblikk på prøving av forvaltningsvedtak. Men et forvaltningsvedtak kan berøre mange, og hvis de øvrige vilkår for gruppesøksmål foreligger, kan de berørte reise gruppesøksmål.

#### 18.4 Bør saksanlegg kunne tillegges suspensiv virkning?

Når det i medhold av lov er truffet et forvaltningsvedtak eller det på annen måte er hjemmel for å pålegge noen å tåle, unnlate eller utføre en handling, oppstår det spørsmål om saksanlegg fra den forpliktetes side bør kunne lede til at plikten blir suspendert. Spørsmålet har først og fremst praktisk betydning der det er fattet et forvaltningsvedtak som kan iverksettes. Problemstillingen blir da om søksmål fra den forpliktete – enten automatisk eller etter beslutning fra retten – skal lede til at plikten suspenderes inntil saken er avgjort av domstolen.

Det synes nokså innlysende at det ikke kan være aktuelt med noen hovedregel om at plikten til å etterkomme forvaltningsvedtak skal suspenderes ved saksanlegg. Dette ville invitere til trening og skade samfunnets interesse i at regelsettene overholdes. Derimot kan det være grunn til å drøfte spørsmålet om retten – etter en vurdering av saksøkerens risiko for å bli påført uopprettelig skade og det offentliges interesse i at regelsettene overholdes – bør kunne bestemme at søksmålet skal tillegges suspensiv virkning.

Twistemålsloven inneholder ingen generelle regler om at retten kan beslutte at gjennomføring av forvaltningsvedtak som er gjenstand for domstolsprøving, kan utsettes. I enkelte lover er det likevel

særbestemmelser om dette. Det gjelder søksmål om gyldigheten av vedtak av ulike disiplinærmyndigheter som gjør at retten til å utøve en profesjon bortfaller, jf. domstoloven § 230(1) siste punktum om tilbakekall av advokatbevilling og helsepersonelloven § 71 annet ledd annet punktum om tilbakekall eller begrensning av autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning for helsepersonell.

Beslektete regler finnes for søksmål om brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, se den någjeldende lov av 27. november 1992 nr. 116 § 4 annet ledd, som vil bli erstattet av lov av 16. juli 1999 nr. 69 § 7 annet ledd, når den trer i kraft. Inntil det er inngått kontrakt mellom det offentlige og en tilbyder, vil domstolene ha en inngrepskompetanse hvis det er reist søksmål om lovligheten av det offentliges beslutninger under anskaffelsesprosedyren. Inntil kontrakt er inngått vil det også være adgang til å begjære midlertidig forføyning, jf. 1992-loven § 5 og 1999-loven § 8. Etter at kontrakt er inngått, er det imidlertid ikke adgang til å beslutte midlertidig forføyning, og domstolene har heller ikke annen inngrepsmyndighet til rådgighet. Domstolenes kompetanse er da begrenset til å gjelde erstatningsspørsmål, jf. NOU 1997: 21. Reglene om inngrepsmyndighet og midlertidig forføyning er tatt med i loven for å oppfylle Håndhevelsesdirektivet; et EU-direktiv som pålegger medlemsstatene å treffe nødvendige foranstaltninger for å sikre en rask og effektiv behandling av overtreddelse av reglene i vare-, bygg- og anleggsdirektivene. Utformingen av klageordningen overlates til medlemsstatene, jf. Ot.prp.nr. 97 (1991-92) side 8, andre spalte. Slik 1992-loven er utformet, synes det som inngrepsmyndigheten i § 4 annet ledd ikke innebærer at søksmålet kan gis suspensiv virkning, men at suspensiv virkning forutsetter at det er begjært midlertidig forføyning i samsvar med § 5. Inngrepsmyndigheten i § 4 annet ledd sier da bare noe om hva en dom i saken kan gå ut på. Tilsvarende gjelder for 1999-loven §§ 7 og 8. Dette ser også ut til å være oppfatningen i praksis. De avgjørelser som foreligger fra Høyesteretts kjæremålsutvalg om midlertidige avgjørelser i saker om offentlige anskaffelser, gjelder avgjørelser etter reglene for midlertidig forføyning, se Rt. 2000 side 1076 og Rt. 2001 side 473.

Twistemålsloven har bestemmelser om at kjæremål kan gis oppsettende virkning i § 400. Et vilkår for å anvende bestemmelsen er at det foreligger en avgjørelse av retten som kan iverksettes eller en avgjørelse av retten det er spørsmål om å utsette virkningen av. Det vises til Schei side 1064. Det kan derimot ikke gis oppsettende virkning mot iverksettelse av forvaltningsvedtak. Et unntak fra dette

følger av de någjeldende regler i tvistemålsloven kapittel 33, om rettslig prøving av administrative vedtak om bruk av tvang. I lovutkastet er regelen videreført i § 33-2(3).

Det tilføyes at spørsmålet om søksmål skulle ha oppsettende virkning, ble drøftet utførlig av Forvaltningskomiteen i dens innstilling. I innstillingen side 367 – 368 ble det konkludert slik:

«1. Det kan ikke tilrådes å gi bestemmelser i en alminnelig lov om vilkårene for at klage til domstolene over forvaltningens vedtak skal ha oppsettende virkning.

2. Når en forvaltningsavgjørelse bringes inn for retten bør vedkommende forvaltningsmyndighet hvor den finner det rimelig og forsvarlig etter begjæring kunne beslutte at avgjørelsen helt eller delvis ikke skal tre i kraft før dom er avsagt i saken eller inntil endelig dom foreligger.

3. Det bør kunne settes vilkår for utsettelsen, likesom hensyn bør tas til den betydning det kan ha at den enkelte ikke påføres uopprettelig skade eller at hans status og rettigheter blir opprettholdt så lenge saken ikke er avgjort. Nektet utsettelse skal vedtaket grunnlig.»

Skal saksøkeren få suspendert virkningen av et forvaltningsvedtak inntil det foreligger en rettslig avgjørelse av saksøkerens krav, må det enten skje ved at forvaltningen ved avtale går med på å utsette iverksettelse av vedtaket eller ved at saksøkeren begjærer midlertidig forføyning etter reglene i tvangsfullbyrdsloven kapittel 15. Vilrådene for midlertidig forføyning er for det første at saksøkeren sannsynliggjør at han har et hovedkrav og videre at han sannsynliggjør at det foreligger en sikringsgrunn, jf. § 15-6. Av § 15-2, som angir sikringsgrunnene i bokstav a og b, følger at midlertidig forføyning bare kan besluttes når det er nødvendig. Det følger videre av § 15-2 annet ledd at ulempen for saksøkte ved midlertidig sikring ikke må være disproportjonal med saksøkerens interesse i å få midlertidig forføyning. Samlet sett vil dette lede til at dersom saksøkeren ikke vil lide annet enn formuesskade, vil midlertidig forføyning ofte være utelukket fordi den skaden saksøker måtte bli påført fullt ut vil kunne gjenopprettes gjennom tilkjennelse av erstatning.

Innenfor EU har spørsmålet om suspensiv virkning av søksmål kommet opp i saker der det hevdes at nasjonal lovgivning er i strid med fellesskapsretten. EF-domstolen har fastslått at de nasjonale domstoler kan suspendere håndhevelsen av en nasjonal regel der den måtte være i strid med EU-retten, jf. Gulmann og Hagel-Sørensen, EU-ret, 3. udg. København 1995. Prejudikatet er Factorta-



mesaken, C-213/89. Det britiske House of Lords hadde forelagt spørsmål om tolkningen av retten til fri etablering mv. for EF-domstolen, for å avgjøre om en lov om registrering av fiskefartøyer som var gjennomført for å forhindre spanske fiskere i å fiske på britisk kvote, var forenlig med fellesskapsretten. Det bemerkes at etter de gjeldende engelske regler kunne det ikke gis midlertidig forføyning i saker mot «the Crown». En lov som var vedtatt av Parlamentet, måtte håndheves så lenge en rettssak verserte, selv om retten skulle være i begrunnet tvil om loven var forenlig med EU-retten. EF-domstolen uttalte at den effektive virkning av Romatraktatens artikkel 177 ville bli svekket så fremt den nasjonale domstol, som utsetter en sak for å avvente uttalen fra EF-domstolen, ikke kan treffe foreløpige forholdsregler. Følgelig måtte den nasjonale domstol unnlate å anvende nasjonale regler som hindret at søksmålet kunne gis oppsettende virkning.

Rettsstillingen er en annen i Norge enn den britiske. Krav mot staten kan ikke tvangsfullbyrdes, men de kan sikres ved midlertidig forføyning, jf. tvangsfullbyrdesloven § 1-2 første ledd. I hovedsak gjelder det samme for krav mot kommuner og fylkeskommuner, jf. § 1-2 annet ledd.

Andre fremstillinger om suspensiv virkning av søksmål når tvisten gjelder nasjonale reglers forhold til fellesskapsretten og Factortamesaken er f.eks. Hjalte Rasmussen, EU-ret i kontekst, København 1998, side 264 og 483, Kepteyn and van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities, Dodrecht 1998, side 85 og Lenaerts and Arts, Procedural Law of the European Union, London 1999, side 67.

Med bakgrunn i Factortamesaken har Høyesteret i Danmark i enkelte avgjørelser, på ulovfestet grunnlag, bestemt at søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak skal tillegges suspensiv virkning. De nærmere vilkårene er fastlagt i praksis. I UfR 2000 side 1203 uttalte Høyesteret således at «kriterierne for at tillægge opsættende virkning synes at være parallelle i dansk og fællesskabsretlig praksis. Det kræves, at gennemførelsen af den anfægtede afgørelse vil medføre alvorlig og uoprettelig skade, at der er rimeligt grundlag for påstanden om ugyldighed, og at hensynet til den klagende overstiger det offentliges/EU's interesse i at se afgørelsen gennemført uden opsættelse.» (side 1208). Professor dr. juris Erik Werlauuff har i en artikkel tatt til orde for at man burde innføre en generell lovbestemmelse i Danmark som ga domstolene adgang til å tillegge et søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak oppsettende virkning. Artikkelen er inntatt i Juristen nr. 3 – 2001 side 77 flg. Det vises særlig til artikkelen side 81 – 82.

Det er ikke gitt at reglene i EU-retten, som krever at søksmål i visse tilfelle kan tillegges suspensiv virkning, får anvendelse etter EØS-avtalen. EFTA-domstolen har i en rådgivende uttalelse til den islandske Høyesterett lagt til grunn at enkelte fellesskapsrettslige prinsipper får anvendelse i EØS selv om de ikke eksplisitt er omfattet av EØS-avtalen med vedlegg. Det vises til sak E-9/97 Sveinbjörnsdottir der EFTA-domstolen kom til at «the Contracting Parties to the EEA Agreement are obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive incorporated into the EEA Agreement» (punkt 2 i den rådgivende uttalelsen). Domstolens resonnement var at prinsippet om ansvar for staten, som i EU-retten var fastslått i sakene C-6/90 og C-9/90 Francovich med flere, og i senere praksis fra EU-domstolen, fulgte med «på kjøpet» da EØS-avtalen ble inngått. På denne bakgrunn kan det ikke utelukkes at også den EU-rettslige regelen om suspensiv virkning av søksmål vil bli ansett som en del av EØS-avtalen. For de saksområder som faller innenfor EØS-avtalen kan Norge i såfall være forpliktet til å ha regler om suspensiv virkning av søksmål på de vilkår som er omtalt ovenfor. For tiden må det imidlertid være riktig å anse dette som et forholdsvis åpent spørsmål.

Vilkårene etter norsk rett for å få midlertidig forføyning er kort nevnt ovenfor. For det første må saksøkeren sannsynliggjøre et hovedkrav. Videre må det sannsynliggjøres at det foreligger en sikringsgrunn. Også etter den EU-rettslige regel må det skje en viss sannsynliggjøring av hovedkravet. Det kan her vises til slik Høyesteret i Danmark har utviklet regelen om suspensiv virkning på ulovfestet grunnlag, nemlig at det er rimelig grunnlag for påstanden om ugyldighet. Tvistemålsutvalget antar kravet om sannsynliggjøring av et hovedkrav ikke stiller strengere beviskrav enn at norske domstoler kan beslutte midlertidig forføyning i de tilfeller EU-retten måtte kreve det. Det er neppe grunnlag for å statuere noen lavere bevisterskel i Factortamesaken og etterfølgende praksis.

Som tidligere nevnt er det ytterligere og kumulative vilkår etter EU-retten, nemlig at saksøkeren vil lide uoprettelig skade, og at det utfra en interesseavveining mellom saksøkerens og det offentliges interesser er grunn til å beslutte suspensiv virkning. Tvangsfullbyrdesloven § 15-2 har nærmere bestemmelser om sikringsgrunn. I de tilfeller EU-retten gir anvisning på at det skal kunne gis suspensiv virkning av søksmål, må det legges til grunn at det vil foreligge sikringsgrunn etter § 15-2 bokstav a og muligens også etter bokstav b. De krav EU-retten stiller til oppsettende virkning,

ser dermed ut til å være godt og fullt ut dekket av de norske reglene om midlertidig forføyning. Det foreligger dermed neppe noen internasjonale forpliktelser som kan tilsi ny regulering av dette spørsmålet i tvistemålsloven.

Det gjenstår spørsmål om det likevel er behov for å innføre regler om at domstolen kan beslutte suspensiv virkning av at det anlegges sivil sak om et krav. Her kan det først konstateres at dersom kravet er et pengekrav, vil det kunne sikres med arrest etter tvangfullbyrdelsesloven kapittel 14. Det går likevel ikke hvis kravet rettes mot stat eller kommune, jf. § 1-2. For alle praktiske formål vil nok dette ha liten betydning. Det må påregnes at staten og kommuner vil gjøre opp pengeforpliktelser, de er ilagt ved dom av norske domstoler. Dersom kravet gjelder noe annet enn pengeforpliktelser, vil kravet kunne sikres ved midlertidig forføyning. I alle tilfeller der det kan anlegges søksmål om gyldigheten av et offentlig vedtak, og vedtaket gir anvisning på noe som skal iverksettes av forvaltningen eller pålegger saksøkeren å utføre noe bestemt, vil det formelt være adgang til å begjære midlertidig forføyning for å få utsatt iverksettelsen eller suspendert plikten inntil vedtakets gyldighet er fastslått i en dom.

Vilkårene for å beslutte midlertidig forføyning er behandlet ovenfor. Tvistemålsutvalget mener disse vilkårene gir en adekvat regulering for de situasjoner det er behov for å suspendere virkningen av forvaltningsvedtak ved søksmål.

Begjæringen om midlertidig forføyning kan og skal fremsettes for den domstolen som har hovedsaken til behandling dersom søksmål allerede er reist, jf. § 15-3 annet ledd. Det innebærer at det heller ikke vil være store praktiske ulemper for saksøkeren ved å begjære midlertidig forføyning. Riktignok vil nok en begjæring om midlertidig forføyning normalt utformes mer utførlig hvis den

innsendes alene, enn om man bare kunne begjært suspensiv virkning i stevningen ved saksanlegg. På den annen side ville det uansett bli nødvendig å redegjøre utførlig for hvorfor søksmålet skulle gis suspensiv virkning, og den reelle forskjellen til en begjæring om midlertidig forføyning blir dermed ikke stor. Hvis begjæringen om midlertidig forføyning fremsettes samtidig med at det tas ut stevning, er det praktisk og ikke noe formelt til hinder for at stevningen og begjæringen inngår i det samme dokumentet.

Tvistemålsutvalget har etter dette ikke kunnet påvise noe behov som kan berettige at det utformes egne regler i tvistemålsloven om suspensiv virkning av søksmål.

I de situasjoner det kan tenkes å være et krav etter EØS-avtalen at et søksmål gis suspensiv virkning, vil det dekket fullt ut av reglene om midlertidig forføyning. Disse reglene vil også ellers være tilstrekkelig til å dekke behov for en umiddelbar avgjørelse for å sikre et (hoved)krav som går ut på noe annet enn penger.

Selv om regler i tvistemålsloven om suspensiv virkning av søksmål nok kunne utformes forholdsvis enkelt, sml. f.eks. professor Werlauffs skisse til en dansk bestemmelse om dette i den nevnte artikkelen, vil det være en regelteknisk fordel å ikke ha egne regler om dette. Det skaper klarere linjer og bedre oversikt om man nøyer seg med den reguleringen som er i tvangfullbyrdelsesloven kapittel 15. Tvistemålsutvalget er også i andre sammenhenger blitt stående ved at reglene om midlertidig forføyning er best egnet til å ivareta behovet for særlig rask avgjørelse for å sikre eller hindre gjennomføring av en handling. Utvalget har drøftet dette i forbindelse med regler om foregripet tvangskraft og i forbindelse med om det skal innføres særlige regler for saker som krever en spesielt hurtig behandling.

## Kapittel 19

**Andre særlige prosessformer. Rettslig prøving av administrative tvangsvedtak****19.1 I hvilken grad bør tvisteloven ha regler om særlige prosessformer?****19.1.1 Oversikt**

Med særlige prosessregler menes her rettergangsregler for bestemte typer tvister, hvis innhold i større eller mindre grad avviker fra tvistemålslovens alminnelige regler.

Tvistemålslovens femte del har særlige prosessregler for ekteskapssaker (kapittel 28), nedstamningssaker (kapittel 29), saker om offentlige tjenestehandlinger (kapittel 30), og saker om overprøving av administrative vedtak om frihetstap og andre tvangsinngrep (kapittel 33). Loven inneholdt tidligere også særskilte regler om veksel saker (kapittel 31). Disse ble opphevet i forbindelse med den nye tvangsfullbyrdsloven av 1992, fordi den gjør vekslar og sjekker til direkte tvangsgrunnlag, se § 7-2 b) og c).

Reglene i tvistemålsloven kapittel 30 om offentlige tjenestehandlinger, er behandlet i II.18.2 ovenfor.

I tillegg inneholder tvistemålslovens femte del reglene om voldgift (kapittel 32). Dette er imidlertid ikke prosessregler for bestemte sakstyper, men angir reglene for en særskilt form for tvisteløsning. Det vises til utvalgets innstilling om voldgift.

Straffelovrådet har foreslått at mortifikasjonsaker skal behandles i sivilprosessens former, etter særlige rettergangregler fastsatt i et nytt kapittel 34, se NOU 1995: 10 Reformar innen injurielovgivingen side 59 – 60 og side 74 – 79. Spørsmålet henger imidlertid nøye sammen med oppfølgingen av Ytringsfrihetskommisjonens innstilling i NOU 1999: 27, bl.a. mht. den nærmere utforming av mortifikasjonsinstituttet. Tvistemålsutvalget har derfor ikke funnet det hensiktsmessig å gå inn på forslaget.

De særskilte rettergangsreglene i lovens femte del utgjør ingen fullstendig regulering for de respektive sakstyper. Så langt noe annet ikke følger av de aktuelle særreglene i femte del, kommer lovens alminnelige bestemmelser i første til fjerde

del til anvendelse, jf. for eksempel Rt. 1958 side 1290 og Rt. 1969 side 381. For saker som behandles etter kapittel 33, gjelder dessuten i tillegg reglene i kapittel 30.

Tradisjonelt har man oppfattet reglene i lovens femte del som særlige prosessformer. Dette har utelukka at det i slike saker trekkes inn krav som skal behandles kun etter de alminnelige regler, jf. dagens vilkår om at alle krav må kunne behandles i samme prosessform, jf. § 55 første ledd, § 56 andre ledd og § 68, sml. også de særskilte bestemmelser om dette for ekteskapssaker og nedstamningssaker i henholdsvis § 421 og § 431 Det er heller ikke anledning til å kumulere et krav som skal behandles etter ett av kapitlene i femte del, med et krav som skal behandles etter reglene i et annet kapittel i denne delen, jf. Rt. 1980 side 1670 (kapittel 30 og 33). De samme begrensninger gjelder for mot søksmål.

For så vidt gjelder reglene om offentlige tjenestehandlinger (kapittel 30), har teorien lagt til grunn at disse ikke bør oppfattes som en særskilt prosessform: Dels har det vært vist til at reglene ikke lenger avviker så vesentlig fra de alminnelige regler at kumulasjon skulle innebære noe praktisk problem. Dels har det vært vist til et sterkt reelt behov for kumulasjon, typisk i såkalte «offentlig-rettslige trepartsforhold», hvor det bl.a. av hensyn til rettskraftsreglene kan være behov for at et søksmål reises både mot det offentlige og en privat motpart, se nærmere bl.a. Hov III side 32 – 33, Schei side 1143 og Skoghøy side 338. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 2000 side 1195 forutsetter også at det vil være adgang til slik kumulasjon.

Utenfor tvistemålsloven finnes en betydelig mengde spesialregler. Dels er det tale om mer eller mindre rene prosesslover, for eksempel:

- skjønnsprosessloven (1. juni 1917 nr. 1)
- arbeidstvisteloven (25. mai 1927 nr. 1).
- jordskifteloven (21. desember 1979 nr. 77)
- utmarkskommisjonsloven (7. juni 1985 nr. 51)
- tvangsfullbyrdsloven (26. juni 1992 nr. 86)

Svært ofte er imidlertid de særlige prosessreglene

inntatt sammen med materielle regler, dels med nokså utførlige rettergangsregler for saker hvor disse materielle reglene kommer til anvendelse, og dels bare med enkeltstående regler av prosessuell art, for eksempel knyttet til partsevne, søksmålsfrister osv.

Av de mange lover som inneholder sivilprosessuelle regler, integrert med materiell regulering, nevnes her som eksempler:

- umyndiggjøringsloven (28. november 1898)
- vergemålsloven (22. april 1927 nr. 3)
- skifteloven (21. februar 1930)
- skattebetalingsloven (21. november 1952 nr. 2)
- lov om forsvunne personer (23. mars 1961 nr. 3)
- militærnekerloven (19. mars 1965 nr. 3)
- odelsloven (28. juni 1974 nr. 58)
- arbeidsmiljøloven (4. februar 1977 nr. 4)
- forbrukertvistloven (28. april 1978 nr. 18)
- reindriftsloven (9. juni 1978 nr. 49)
- ligningsloven (13. juni 1980 nr. 24)
- barnelova (8. april 1981 nr. 7)
- konkursloven (8. juni 1984 nr. 58)
- selskapsloven (21. juni 1985 nr. 83)
- børsløven (17. juni 1988 nr. 57)
- ekteskapsloven (4. juli 1991 nr. 47)
- sosialtjenesteloven (13. desember 1991 nr. 81)
- bygdeallmenningsloven (19. juni 1992 nr. 59)
- gjeldsordningsloven (17. juli 1992 nr. 99)
- barnevernloven (17. juli 1992 nr. 100)
- sjøloven (24. juni 1994 nr. 39)
- smittevernloven (5. august 1995 nr. 55)
- eierseksjonsloven (23. mai 1997 nr. 31)
- aksjeløven (13. juni 1997 nr. 44)
- allmennaksjeløven (13. juni 1997 nr. 45)
- lov om interkommunale selskaper (15. januar 1999 nr. 2)
- husleieløven (26. mars 1999 nr. 17)
- psykisk helsevernloven (2. juli 1999 nr. 62)
- helsepersonelloven (2. juli 1999 nr. 64)

I en del av disse lovene er det sagt at de særlige rettergangsreglene må suppleres med de alminnelige regler i tvistemålsloven, se for eksempel barnelova § 14 og konkursloven § 149. Med mindre noe annet følger av den enkelte lov selv, må man imidlertid uansett falle tilbake på de alminnelige regler i tvistemålsloven.

I hvilken grad spesiallovgivningens prosessregler også utgjør særlige prosessformer, med den virkning dette har for muligheten til kumulasjon og motsøksmål, må bero på en tolkning av hvert enkelt regelsett.

I noen tilfeller er spørsmålet om kumulasjon og motsøksmål uttrykkelig regulert i den aktuelle

særlov, se for eksempel arbeidsmiljøloven § 61 A og barnelova § 16.

I andre tilfeller vil løsningen måtte bero på noe friere overveielser: Er det kun tale om begrensete, enkeltstående regler – for eksempel om partsevne, søksmålsfrister eller liknende – må den alminnelige regel være at man ikke har å gjøre med en særlig prosessform. Ved mer vidtrekkende regulering av rettergangen i den aktuelle særlov, vil løsningen kunne bli den motsatte. Særlig gjelder dette når særreglene bestemmer at retten skal sammensettes på en annen måte enn vanlig, eller hvor det for øvrig er så store forskjeller mht. hvordan saksbehandlingen skal foregå at en felles behandling ville være upraktisk.

For så vidt gjelder Tvistemålsutvalgets syn på hvordan vilkårene for kumulasjon i dette henseende bør utformes i den nye loven, vises det til III.15.

### 19.1.2 Allmenne synspunkter på forholdet til de særlige prosessregler

Forholdet mellom særlige prosessregler og tvisteløven aktualiserer spørsmål på ulike plan.

For det første i hvilke grad det er behov for særlige regler, eller om særreglene helt eller delvis kan erstattes av den nye lovens alminnelige bestemmelser.

For det andre om eventuelle særregler kan gis som mer enkeltstående unntak og liknende i den nye lovens alminnelige regler eller i annen lovgivning, eller om det er mest hensiktsmessig å gi et samlet sett av særlige prosessregler for bestemte typer saker.

I den grad det er ønskelig med en samlet, særskilt regulering, oppstår endelig spørsmålet om plassering: Skal man søke å samle mest mulig av spesialprosessen i en egen del om særlige rettergangsformer i den nye tvistemålsloven, eller bør de særlige prosessformene så langt som råd holdes utenfor den nye loven?

Internasjonalt er det ikke noe klart mønster mht. om man har særlige rettergangsregler i den alminnelige prosesslov, eventuelt for hvilke saker man har slike regler. Det kan nevnes at man i dansk rett har særlige rettergangsreglene for ekteskapsaker og saker om foreldremyndighet, farskap, vergemål, administrativ frihetsberøvelse og adopsjon uten samtykke, i retsplejeløven kapittel 42 til 43b. Den nye engelske prosessloven inneholder visse særregler for bl.a. ærekrenkelsessaker (Part 53), og for saker om rettslig prøving av offentlig myndighetsutøvelse (Part 54).

Løsningen for norsk retts vedkommende beror

på en rekke hensyn, så som utformingen av de alminnelige reglene i den nye loven, arten og omfanget av den ønskete særregulering, og hensynet til oversikt og sammenheng i regelverket. Det vil også måtte legges vekt på at tvisteloven bør være en alminnelig prosesslov, ikke en heldekkende og fullstendig sivilprosessuell regulering.

For det man kan kalle særlige prosesslover (tvangsfullbyrdsloven, skjønnsprosessloven, jordskifteloven, utmarkskomisjonsloven og arbeidstvisteloven), synes det ikke å være aktuelt med andre tilpasninger enn det som måtte følge av at det gis en ny tvistelov. Dette er regelverk som står på egne ben, og som ikke bør innarbeides i den nye loven. Det ligger utenfor Tvistemålsutvalgets mandat å foreslå mer vidtrekkende endringer av de særlige prosesslovene.

De problemstillinger som er skissert ovenfor, gjelder derfor de særlige prosessregler i tvistemålslovens femte del, og for de prosessregler man finner integrert med materielle regler i annen lovgivning.

Fra et rent prosessuelt ståsted kan det hevdes at det som gir best oversikt, er en mest mulig samlet regulering også av spesialprosessen i tvisteloven. Dette ville også kunne gjøre det lettere å oppnå konsistens i forbindelse med senere revisjoner, enn tilfellet er når prosessregler er spredt rundt i lovverket. Det er også mulig at man kunne funnet frem til enkelte fellesregler for spesialprosessen, ut over de som følger av at tvistelovens alminnelige regler ligger i bunnen.

Tvistemålsutvalget er likevel skeptisk til å søke mest mulig av spesialprosessen innarbeidet i tvisteloven. Dels ville man i de alminnelige regler måtte gi en rekke unntak og særregler, og dermed gjøre loven mer kompleks. Dels ville man måtte foreta en nokså betydelig påbygning av det som i dag er lovens femte del, uten at dette nødvendigvis skapte noen større klarhet eller oversikt. Etter Tvistemålsutvalgets vurdering ville det dessuten være nokså lite å hente mht. mer allmenne fellesregler for spesialprosessen: De aktuelle reglene er i hovedsak så tett knyttet til den enkelte sakstype, at det er lite rom for generalisering, i hvert fall ikke uten at man dermed også ville forspille poenget med å ha særlige regler.

For Tvistemålsutvalget er det også tungtveiende at en omplassering av de særlige rettergangsreglene fra spesiallovgivningen til tvisteloven ville medføre at man brøt forbindelsen med de materielle regler som de særlige prosessreglene er knyttet til, og i dag står sammen med. Dette ville svekke oversikten og tilgjengeligheten. Særlig gjelder det hvor den prosessuelle reguleringen i spesiallovgiv-

ningen er begrenset til noen få, enkeltstående særregler. Det er imidlertid også mer generelt en fordel om særlige rettergangsregler som utelukkende refererer seg til materielle regler i en bestemt lov, plasseres nettopp i den aktuelle loven.

Tvistemålsutvalget ser det altså slik at i den grad det er behov for særlige sett av rettergangsregler, bør disse i størst mulig grad holdes utenfor tvisteloven. Dette gjelder ikke bare de særlige regler som allerede i dag er plassert andre steder. Tvistemålsutvalget er av den oppfatning at også de særregler som i dag følger av kapittel 28 og 29 (ekteskapsaker og nedstamningssaker), bør helt eller delvis flyttes til andre lover, se nærmere III.34.6 og III.34.9. Reglene i dagens kapittel 33 (rettslig prøving av administrative tvangsvedtak) bør derimot beholdes i den nye tvisteloven, se nærmere om dette i II.19.2 nedenfor. Som tidligere nevnt er reglene i kapittel 30, om offentlige tjenestehandlinger, behandlet i II.18.2 ovenfor.

Et spørsmål for seg er om det kan tenkes en annen form for felles, særskilt regulering av visse grupper av saker, nemlig de sakene som tradisjonelt karakteriseres som indispositive. Dagens lov inneholder en rekke enkeltstående særregler for saker der partene mangler fri rådighet, for eksempel knyttet til rettens forhold til partenes prosesshandlinger, partenes adgang til å la tvisten løses ved rettsforlik eller voldgift, og til å kreve uteblivelsesdom. Hovedlinjene i denne reguleringen tenkes videreført i den nye loven, og det kan spørres om man bør gi loven en annen innretning enn i dag. En mulighet ville være å ha et eget kapittel om de indispositive sakene, hvor det dels ble angitt når partene mangler rådighet, og dels gitt regler om de ulike virkningene av rådighetsmangler.

Det er grunn til å understreke at det ikke er noen direkte sammenheng mellom sondringen dispositive og indispositive saker, og skillet mellom særlige og alminnelige rettergangsregler. Mange av de typisk indispositive sakene er rett nok underlagt særskilt prosessuell regulering, enten i tvistemålslovens femte del, eller i spesiallovgivningen. Dette gjelder for eksempel umyndiggjøringssaker, farskapsaker og andre nedstamningssaker, ekteskapsaker, og saker om rettslig overprøving av administrativt ilagt frihetsberøvelse og annen tvangsbruk. Denne særlige reguleringen trer imidlertid ikke i stedet for reglene om indispositive saker i tvistemålslovens alminnelige del, men representerer ytterligere påbygninger foranlediget av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for den enkelte sakstype.

En felles regulering av de indispositive sakene vil derfor ikke – i hvert fall ikke i vesentlig grad – kunne erstatte de særlige rettergangsreglene for indispositive saker i spesiallovgivningen, eller i tvistemålslovens femte del. Det ville i første rekke være tale om å samle de bestemmelsene om indispositive saker som i dag følger av tvistemålslovens alminnelige regler, kombinert med at man kunne ta ut de nokså få særreglene i spesialprosessen som langt på vei sier det samme, og erstatte disse med en henvisning til fellesreglene om indispositive saker.

Tvistemålsutvalget stiller seg tvilende til nytten av en slik regulering. Det er til dels store forskjeller innbyrdes mellom saker der partene mangler rådighet, fra de nærmest fullt ut indispositive, til saker som bare har visse indispositive elementer, eller hvor rådigheten kun er begrenset for en av partene. Rettsvirkningene av en eventuelt manglende rådighet vil også kunne være nokså ulike, dels avhengig av hvilke rådighetsmangler som foreligger og dels mht. hvilke prosessuelle virkninger rådighetsmangelen skal gis, se nærmere merknaene til § 5-2 i III.5. En samlet, felles regulering av disse sakene ville derfor enten måtte bli meget omfattende og kompleks, til dels utpreget kasuistisk, eller så generell at den ikke ville gi den avklaring som nok bør tilstrebes om man går inn på en slik form for regulering.

Tvistemålsutvalget peker også på at skillet mellom dispositive og indispositive saker ikke alltid er et godt kriterium mht. hvilken saksbehandling som skal følges. I noen relasjoner kan andre forhold enn manglende rådighet – for eksempel styrkeforholdet mellom partene, eller begrensede ressurser på begge sider – tilsi at man helt eller delvis bør følge prinsippene for indispositive saker, for eksempel mht. rettens plikter knyttet til bevisføringen eller til materiell prosessledelse.

For å unngå at man kom i en uheldig «enten-eller-situasjon», måtte derfor de særskilte regler om indispositive saker også kunne komme i hvert fall delvis til anvendelse i saker der partene i og for seg har fri rådighet. Vurderingen av når dette bør skje vil imidlertid måtte være så konkret og skjønnsmessig, at det neppe lar seg gjøre å regulere forholdet med noen grad av klarhet. Man måtte la det være opp til retten å bestemme at reglene helt eller delvis skulle få anvendelse, basert på omstendighetene i den aktuelle saken.

Slik Tvistemålsutvalget ser det, ville en slik formalisering ikke bidra vesentlig til klargjøring, eller til en mer hensiktsmessig prosessordning. Behovet for smidige regler og mer glidende overganger kan etter Tvistemålsutvalgets syn ivaretas bedre

gjennom utformingen av de alminnelige regler. Som eksempel nevnes utkastet § 5-4 (om rettens veiledningsplikt), og § 24-3(2) (om iverksettelse av bevisføring fra rettens side).

## 19.2 Rettslig prøving av administrative tvangsvedtak

### 19.2.1 Innledning

Lovgivningen gir i en viss utstrekning forvaltningen adgang til bruk av tvang overfor person, også utenfor strafferettspleien. Tvangstiltak kan settes inn for eksempel overfor alvorlig sinnslidende eller psykisk utviklingshemmete, personer med alvorlig og smittefarlig sykdom, og rusmisbrukere. Tvangstiltak kan også settes i verk overfor foreldre/barn i tilfeller hvor det foreligger sviktende omsorg fra foreldrene, eller alvorlige atferdsproblemer hos barnet.

Tvangens art og intensitet vil kunne variere betydelig i de ulike sammenhenger. I mange tilfeller er det imidlertid tale om svært inngripende tiltak, for eksempel i form av frihetsberøvelse, omsorgsovertakelse, tvungen medisinsk undersøkelse og medisinerer osv. Rettsikkerhetsmessige hensyn gjør seg derfor gjeldende med tyngde. Dette forsterkes av at vilkårene for bruk av ulike typer tvangstiltak ofte er skjønnsmessige, og i stor grad knyttet an til faglige vurderinger og diagnoser. Det er dessuten et gjennomgående trekk at tvang typisk rammer mennesker som på ulike måter har svake ressurser, og som derfor ofte også har begrensede muligheter for å ivareta egne interesser.

Tvangstiltak av den typen det her er tale om, treffes i første omgang på administrativt nivå. Det er derfor avgjørende at den forvaltningsmessige behandlingen lever opp til strenge rettsikkerhetskrav. En betryggende administrativ saksbehandling er likevel ikke tilstrekkelig. Det er også nødvendig at det er regler om domstolskontroll med tvangstiltak som gir adekvate rettsikkerhetsgarantier.

I den gjeldende tvistemålslov gir kapittel 33 særlige rettergangsregler for domstolsbehandling av saker om administrative tvangsvedtak. Reglene omtales nærmere straks nedenfor i II.19.2.2. En viktig dimensjon i tvangssaker er hensynet til menneskerettighetene. De sentrale føringene i så henseende for så vidt gjelder domstolsbehandling, gjennomgås nedenfor i II.19.2.3, med særlig vekt på spørsmålet om rettslig overprøving av administrative vedtak om frihetsberøvelse, jf. EMK artikkel

5(4). Utvalgets hovedvurderinger følger deretter i II.19.2.4 nedenfor. Utkast til regler med bemerkninger er inntatt i III.33.

## 19.2.2 Gjeldende rett

### 19.2.2.1 Oversikt

Twistemålsloven kapittel 33 gjelder saker om rettslig overprøving av administrative vedtak om frihetstap og andre tvangsinngrep. Reglene kom inn i tvistemålsloven ved lov av 19. juni 1969 nr. 52. Viktige forskjeller fra saker som behandles etter de alminnelige regler og kapittel 30, er bl.a. et krav om særlig rask avgjørelse (§ 478), at retten prøver alle sider av saken (§ 482), og at staten bærer alle kostnader (§ 483). Et vesentlig siktemål med reglene er å ivareta de særlig sterke rettssikkerhetsbehov som gjør seg gjeldende i saker om bruk av administrativ tvang og frihetsberøvelse.

Så langt ikke noe annet følger av kapittel 33, gjelder også kapittel 30 og lovens alminnelige regler. Kapittel 33 foreskriver en særlig prosessform. Dette har den virkning at det i en sak som skal behandles etter disse reglene, ikke kan trekkes inn krav som skal behandles etter de alminnelige regler, eller krav som skal behandles etter de øvrige kapitler i lovens femte del, jf. for eksempel Rt. 1980 side 1670.

### 19.2.2.2 Anvendelsesområde

Reglene gjelder ikke uten videre administrative tiltak som har karakter av frihetsberøvelse eller tvang. De kommer kun til anvendelse der adgangen til overprøving etter kapittel 33 er uttrykkelig foreskrevet gjennom den lov som gir hjemmel for det aktuelle tiltaket, jf. § 474 og Rt. 1991 side 973. Det følger av samme bestemmelse at med mindre den aktuelle forvaltningslov sier noe annet, gjelder kapittel 33 bare vedtak om bruk av tvang, ikke vedtak om å unnlate tvang, se nærmere Schei side 1196 – 97.

Etter gjeldende lovgivning kommer kapittel 33 til anvendelse ved domstolsbehandling av følgende vedtak:

a) Fylkesnemndas vedtak om tvangstiltak overfor rusmisbrukere etter sosialtjenesteloven § 6-2 og § 6-2a (tilbakeholdelse av rusmisbrukere i institusjon, og tilbakeholdelse av gravide rusmisbrukere), jf. § 9-10 sjette ledd, sammenholdt med § 9-1. Etter endring av § 9-10 ved lov av 4. juni 1999 nr. 35 er kommunen gitt adgang til å reise sak. Dette bygger på en forutsetning om at kommunen kan reises søksmål også i tilfeller der fylkesnemnda

har kommet til at det ikke skal brukes tvang, se nærmere Ot.prp. nr. 61 (1997-98) side 27 – 29.

b) Vedtak om tvangstiltak overfor personer med psykisk utviklingshemming etter sosialtjenesteloven § 6A-4 andre ledd bokstav b og c og tredje ledd (atferdsendrende tiltak og omsorgstiltak), og § 6A-5 (tekniske innretninger for varsling), som er overprøvd av fylkesmannen etter § 6A-7, se § 6A-9 femte ledd. Dette vil også måtte omfatte tilfeller der fylkesmannens vedtak er stadfestet av fylkesnemnda, etter klage i henhold til § 6A-8 tredje ledd, jf. Kjønsstad, Bernt, Kjellevold og Hove, Sosial trygghet og rettssikkerhet (2000) side 292.

I henhold til § 6A-16 slik den ble vedtatt gjaldt disse reglene midlertidig frem til 1. januar 2002. Siktemålet med tidsavgrensningen var å sikre at erfaringene med loven blir evaluert grundig. I Ot. prp. nr. 62 (2000-2001) er det foreslått at prøveperioden utvides med ytterligere to år, dvs. til 31. desember 2003. Twistemålsutvalgets vurderinger og forslag er basert på at reglene videreføres.

c) Fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven § 7-2, se § 7-1 bokstav i som gir sosialtjenesteloven § 9-10 tilsvarende anvendelse for slike vedtak, sml. Rt. 1995 side 599. Dermed dekkes et meget vidt spekter av tiltak, så som pålegg om hjelpetiltak etter § 4-4, forbud mot flytting av barn etter § 4-8, gjennomføring av medisinsk undersøkelse og behandling av barn etter § 4-10, saker om behandling av barn med særlige behandlings- eller opplæringsbehov etter § 4-11, saker om omsorgsovertakelse etter bl.a. § 4-12, saker om tiltak for barn med atferdsvansker etter § 4-24, klager over en rekke midlertidige vedtak, og klager over vedtak etter § 4-17 om flytting av barn.

Etter praksis og teori er det noe uavklart om tvistemålsloven kapittel 33 også gjelder vedtak om å ikke anvende tvang, eventuelt vedtak om at tvangen skal opphøre, se bl.a. Rt. 1993 side 1443, Rt 1993 side 1588 og Rt. 1995 side 2000, Innjord i Tjomsland (red.), Saksbehandlingen ved domstolene i Barnevern og omsorgsovertakelse (1997) side 134 og Lindboe, Barnevernrett (1998) side 239. Bakgrunnen er den begrensning som ligger i § 474 når det der heter at reglene i kapittel 33 kommer til anvendelse ved rettslig prøving av «vedtak om frihetstap eller andre administrative tvangsinngrep».

Som påpekt ovenfor, vil imidlertid noe annet kunne følge av den lov som bringer kapittel 33 til anvendelse. Ordlyden i barnevernloven § 7-1 bokstav i er helt generell hva gjelder fylkesnemndas vedtak, hvilket tilsier at det ikke kan oppstilles et unntak i tråd med det som direkte følger av § 474. Dette støttes også av at det i mange tilfeller er gode reelle grunner til å la vedtak om ikke å bruke tvang

og om opphør, omfattes av det som kan prøves etter reglene i kapittel 33, sml. Schei side 1197, for eksempel vedtak om tilbakeføring av omsorg. Et slikt vedtak representerer formelt sett at tvungen opphører, men kan overfor barnet representere et betydelig inngrep. Det er i alle tilfeller klart at kommunen kan reise sak i tilfeller der fylkesnemnda har kommet til at tvang ikke skal anvendes, eller skal opphøre, jf. sosialtjenesteloven § 9-10 første ledd slik den lyder etter endringen ved lov av 4. juni 1999 nr. 35, se Ot.prp. nr. 61 (1997-98) side 27 – 29.

d) Kontrollkomisjonens vedtak om innleggelse eller nektelse av utskrivning innenfor det psykiske helsevern. Tidligere fulgte dette av lov om psykisk helsevern § 9, se § 9a, som etter praksis også dekket vedtak om tvungent ettervern, jf. Rt. 1993 side 249. Retten til overprøving etter kapittel 33 gjaldt også sikringsdømte som ble innlagt på psykiatrisk institusjon etter straffeloven § 39 nr. 1, se Rt. 1984 side 1175. Andre sikringsvedtak falt derimot utenfor, jf. Rt. 1991 side 973.

Psykisk helsevernloven av 2. juli 1999 nr. 62 har med virkning fra 1. januar 2001 erstattet lov om psykisk helsevern. Den nye lovens § 7-1 lyder:

«Kontrollkomisjonens vedtak i sak om videre undersøkelse, etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern etter §§ 3-8 og 3-9, kan av pasienten eller hans eller hennes nærmeste bringes inn for retten etter reglene i lov av 13. august 1915 om rettergangsmåten for tvistemål kapittel 33. Det samme gjelder kontrollkomisjonens vedtak om overføring til døgnopphold i institusjon, jf. §§ 4-10 og 5-4.»

Bestemmelsen i § 5-4 gjelder klage til kontrollkomisjonen over vedtak om overføring til døgnopphold i institusjon for den som er dømt til tvungent psykisk helsevern etter straffeloven § 39.

e) Smittevernemndas vedtak om tvang (legeundersøkelse og isolering i sykehus) etter smittevernloven kapittel 5, jf. § 5-9, med henvisning til sosialtjenesteloven § 9-10 første, andre, fjerde og femte ledd (skal antagelig være første, andre, fjerde, femte og sjette ledd, se nærmere nedenfor II.19.2.4.2).

I henhold til § 7-5 første ledd er smittevernemnda den av fylkesnemndene som departementet utpeker, i dag fylkesnemnda for sosiale saker i Oslo og Akershus. I tillegg bestemmer § 5-9 at hastevedtak etter § 5-8, jf. § 5-2, truffet av kommunelegen er omfattet (tvungen undersøkelse og kortvarig isolering).

f) Den 9. mars 2001 ble Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) om endringer i straffelovens regler om sær-

reaksjoner godkjent i statsråd. Her foreslås det bl.a. regler om tvungen omsorg som reaksjonsmiddel overfor lovbrutere som er psykisk utviklingshemmete i høy grad, og som derfor ikke kan straffes. Vilkårene for å idømme særreaksjonen tvungen omsorg er de samme som for å idømme særreaksjonen overføring til tvungent psykisk helsevern, jf. straffeloven § 39 slik den lyder i henhold til lov 17. januar 1997 nr. 11.

Et spørsmål har vært hvilke regler som skal gjelde for saksbehandlingen i disse sakene, herunder mht. muligheten for etterfølgende rettslig prøving. Forslaget til nye regler løser ikke dette direkte. I stedet er det gitt forskriftshjemler hvor Kongen kan bestemme hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde, herunder i hvilken utstrekning rettslig prøving skal kunne skje etter reglene i tvistemålsloven kapittel 33, se § 39a femte og sjette ledd.

Departementet har annonsert at forskriftene vil gå ut på at avgjørelser om tvungen omsorg skal kunne bringes inn for retten etter tvistemålsloven kapittel 33 i samme utstrekning som det er vedtatt for overføring til tvungent psykisk helsevern i lov 17. januar 1997 nr. 11, jf. psykisk helsevernloven §§ 7-1 og 5-4.

### 19.2.2.3 Saksbehandlingsregler

For saker som skal behandles etter kapittel 33 gjelder det en del viktige særregler. Tvistemålsutvalget begrenser seg her til å gi en oversikt. For en mer inngående behandling av enkeltregler, vises til Schei side 1194 – 1215.

Det pekes på at redegjørelsen i all hovedsak gjelder de regler som fremgår av kapittel 33. Unntak fra disse følger undertiden av de lover som bringer reglene i kapittel 33 til anvendelse, se for eksempel sosialtjenesteloven § 6A-9 og § 9-10, og barnevernloven § 7-1 bokstav i.

Enkelte av reglene knytter seg til spørsmålet om søksmålsbetingelser:

- Søksmål kan bare reises av den som tvangsinngrepet er rettet mot, jf. § 476 første ledd første punktum.
- Person over 15 år kan reise søksmål på egen hånd dersom vedkommende er i stand til å forstå hva saken gjelder, jf. § 476 første ledd annet punktum.
- Vergen kan reise sak på vegne av en umyndig, og en ektefelle på vegne av den andre, jf. § 476 annet ledd.
- Søksmålet skal reises mot staten ved det departementet som angjeldende forvaltningsområde hører under, jf. § 476 tredje ledd.



- Søksmål reises i den rettskrets der saksøkeren er i samsvar med vedtaket, eller ved saksøkerens (tidligere) hjemting, jf. § 475 første ledd.
- Saken kan som en hovedregel bare realitetsbehandles dersom saksøkeren først har benyttet den administrative klageadgangen fullt ut, jf. § 475 andre ledd.
- Av rettspraksis følger at om sak anlegges etter at vedtaket er opphevet, skal søksmålet avvises. Oppheves vedtaket mens saken står for retten, skal saken normalt heves, jf. Rt. 1982 side 1088, Rt. 1982 side 1499, Rt. 1982 side 1789, Rt. 1989 side 75 Rt. 1991 side 1222 og Rt. 1994 side 1340.
- Når en dom som fastsetter eller stadfester et tvangsinngrep har blitt rettskraftig, kan det ikke reises ny sak før ett år er gått, jf. § 486. Fristen gjelder selv om saksøkeren kan påberope seg nye forhold, hvilket begrenser søksmålsadgangen i forhold til det som ville ha fulgt av de alminnelige rettskraftsreglene. Hvor langt det kan kreves at saken først er behandlet administrativt, er noe usikkert. I Rt. 1994 side 1699 ble det imidlertid lagt til grunn at nytt søksmål om omsorgsovertakelse ikke kunne reises før spørsmålet først hadde vært behandlet på nytt i fylkesnemnda. I teorien har man antatt at det samme må gjelde andre tvangsvedtak etter barnevernloven, og at det også bør være grunnlag for å oppstille dette som en almen regel, se nærmere Schei side 1215.

Kapittel 33 oppstiller videre visse regler om saksanlegg og virkningene av dette:

- Søksmål innledes ved at saksøkeren krever saksanlegg overfor den myndighet som har truffet vedtaket om tvang, jf. § 476 tredje ledd. Det gjelder således ikke noe krav om formell stevning eller lignende.
- Søksmål har ikke oppsettende virkning, med mindre retten bestemmer noe annet, jf. § 477. Nærmere retningslinjer for når det bør gis oppsettende virkning, er ikke gitt i loven.

Tvistemålsloven kapittel 33 har ikke særskilte regler om rettens sammensetning. Sosialtjenesteloven § 9-10 annet ledd fastsetter imidlertid at tingretten skal settes med to meddommere oppnevnt av dommeren, jf. også § 6A-9 fjerde ledd. Det samme gjelder i barnevernsaker, jf. barnevernloven § 7-1 bokstav i og i saker etter smittevernloven, jf. § 5-9. Derimot er det ikke egne regler om meddommere i saker etter psykisk helsevernloven, jf. § 7-1.

Ved anke til lagmannsretten i saker etter sosialtjenesteloven skal denne settes med to fagkyndige dommere og to lege dommere, jf. § 9-10 fjerde

ledd. Dette gjelder tilsvarende for saker etter barnevernloven, jf. § 7-1 bokstav i, og saker etter smittevernloven, jf. § 5-9. Derimot er det ikke egne regler om meddommere i saker etter § 6A-9, eller i saker etter psykisk helsevernloven.

Om selve saksbehandlingen gjelder vesentlige modifikasjoner i forhold til de alminnelige regler, særlig:

Saken skal prioriteres, og behandles så hurtig som mulig, jf. § 478.

- Saken behandles for lukkede dører, jf. § 479 annet ledd. Ved lov av 4. juni 1999 nr. 37 ble det dog åpnet for at retten kan beslutte behandling for åpne dører dersom saksøkeren ber om det. Bestemmelsen trådte i kraft 1. september 2001.
- Retten kan utelukke saksøkeren fra å være til stede under visse deler av forhandlingene, eller helt unnlate å kalle ham inn, dersom hans nærvær ikke er tilrådelig på grunn av alder eller helsetilstand, jf. § 481 annet ledd. På samme vilkår kan retten bestemme at saksøkeren ikke skal gis innsyn i sakens dokumenter, jf. tredje ledd.
- Utenrettslige forklaringer og erklæringer kan brukes når retten finner dette ubetenkelig, jf. § 481 fjerde ledd.
- Retten skal prøve alle sider av saken, og er ikke bundet av det partene gjør gjeldende, jf. § 482.
- Retten har ansvaret for sakens opplysning, jf. § 481 syvende ledd.

Det gjelder særlige regler om dekning av kostnader i saker som behandles etter kapittel 33. Staten bærer alle kostnader ved saken, dog slik at en kommunal part bærer sine egne kostnader, jf. sosialtjenesteloven § 9-10 femte ledd, slik den lyder etter endring av 4. juni 1999 nr. 35. Ansvar for saksomkostninger pålegges ikke uten at særlige grunner taler for det, jf. § 483. Til dette kommer at retten på eget initiativ skal innvilge fri sakførsel uten behovsprøving til den tvangsvedtaket retter seg mot, jfr, rettshjelploven § 19 nr. 2.

Tidligere skulle anke over by- eller herredsrettens dom i saker etter kapittel 33 behandles direkte for Høyesterett. Ved lov av 29. april 2000, i kraft fra 1. juli 2000, ble § 485 første ledd opphevet, slik at man nå følger den ordinære instansrekkefølgen. Dette har allerede vært ordningen for vedtak som skal overprøves etter sosialtjenesteloven, jf. § 9-10 fjerde ledd, og – gjennom henvisninger til sosialtjenesteloven § 9-10 fjerde ledd – også for vedtak etter barnevernloven og smittevernloven. I forbindelse med endringen av § 485 ble det i Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 40 forutsatt at den nye ordningen mht. anke derfor bare vil ha praktisk betyd-

ning for tvangssaker med hjemmel i lov om psykisk helsevern og den nye psykisk helsevernloven. I tillegg kommer imidlertid saker om overprøving av tvangstiltak overfor psykisk utviklingshemmete i henhold til sosialtjenesteloven § 6A-9. Her er det ikke gitt egne regler om anke, men foretatt en generell henvisning til tvistemålsloven kapittel 33, se femte ledd.

### 19.2.3 Menneskerettslige dimensjoner

#### 19.2.3.1 *Allment*

Saker om administrativ frihetsberøvelse og annen tvangsbruk mot person, aktualiserer særlige spørsmål i forhold til menneskerettslige regler. Vesentlige deler av disse knytter seg rett nok til de materielle vilkår for bruk av tvang. Slike spørsmål faller det utenfor Tvistemålsutvalgets mandat å gå nærmere inn på.

På viktige punkter stilles det imidlertid også – direkte eller indirekte – krav til saksbehandlingen, herunder til rettslig overprøving av administrative vedtak om tvangsbruk. I mange tilfeller følger slike allerede av det generelle kravet om rettferdig rettergang i SP artikkel 14(1) og EMK artikkel 6(1), for eksempel i saker om omsorgsovertakelse og liknende, jf. O, H, Series A No. 120, W, B og R, Series A No. 121, Eriksson, Series A No. 156 og Olsson II, Series A No. 250 og Keegan, Series A No. 280. Også retten til et effektivt, nasjonalt rettmiddel ved påstand om konvensjonskrenkelse etter EMK artikkel 13, vil kunne ha betydning i tvangssaker. Tvistemålsutvalget går ikke nærmere inn på disse mer allmenne reglene her, men viser til den generelle redegjørelsen for de menneskerettslige aspekter ved ny tvistelov i II.4.3 og 4.4.

Bruk av tvang vil etter sin natur representere en begrensning av den personlige autonomi for den tvungen retter seg mot. Som sådan vil tvangsbruk derfor falle innenfor det menneskerettslige vernet om individets selvbestemmelsesrett, integritet, privat- og familieliv, slik dette kommer til uttrykk bl.a. i EMK artikkel 8, sml. også SP artikkel 17.

Om tvang likevel kan aksepteres som konvensjonsmessig, beror på flere forhold. Etter EMK artikkel 8(2) er det et minstekrav at tvangen er hjemlet i lov («law»/«loi»): Vedtaket må være truffet med basis i et nasjonalt, anerkjent rettsgrunnlag, og hjemmelen må være så presist utformet at den gir tilstrekkelig forutberegnelighet. Så langt er dette krav av materiell art.

Integrert i lovskravet ligger det etter praksis fra Menneskerettighetsdomstolen imidlertid også visse forutsetninger om den man kan kalle «sys-

temrettssikkerhet». Ved vurderingen av om et gitt tvangstiltak har hjemmel i «law»/«loi», vil det være av betydning om vedtaket er truffet på grunnlag av betryggende saksbehandling, og er gjenstand for adekvat, rettslig etterprøving. Begrunnelsen ligger i lovskravets formål; å hindre administrativ vilkårlighet. Særlig hvor vedtaket er basert på skjønn, vil muligheten for rettslig kontroll med om skjønnet er utøvet innenfor forsvarlige rammer, derfor kunne være vesentlig, se for eksempel Gillow, Series A No. 109 para. 51 og Olsson I, Series A No. 130 para. 62. Sistnevnte gjaldt sak om omsorgsovertakelse, og ett av spørsmålene var om de aktuelle vedtakene hadde hjemmel i «law»/«loi», slik artikkel 8(2) krever. Domstolen aksepterte at så var tilfelle, med følgende begrunnelse:

«The Swedish legislation applied in the present case is admittedly rather general in terms and confers a wide measure of discretion ... On the other hand, the circumstances in which it may be necessary to take a child into public care ... are so variable that it would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality ... Moreover, in interpreting and applying the legislation, the relevant preparatory work ... provides guidance as to the exercise of the discretion it confers. Again, safeguards against arbitrary interference are provided by the fact that the exercise of nearly all the statutory powers is either entrusted to or is subject to review by the administrative courts at several levels ... Taking these safeguards into consideration, the scope and the discretion conferred on the authorities by the laws in question appears to the Court to be reasonable and acceptable for the purposes of Article 8.»

Det er vanskelig å angi generelt hva som i denne sammenhengen kreves av den etterfølgende domstolskontrollen, og hvilken selvstendig betydning denne fordringen vil ha ved siden av de konvensjonsbestemmelser som mer direkte gir rett til domstolsbehandling. Dette vil bl.a. bero på hvilken type vedtak det er tale om, og utformingen av det aktuelle hjemmelslov.

For Tvistemålsutvalget er et ikke nødvendig å ta nærmere stilling til disse spørsmålene. Det vesentlige er den klare føringen som ligger i forutsetningen om at administrative tvangsvedtak skal være undergitt rettslig kontroll. Sammenholdt særlig med kravene til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6(1) og SP artikkel 14(1), kan man si at det sentrale, allmenne menneskerettslige poenget i tvangssaker for så vidt gjelder det prosessuelle, er at den som rammes i praksis skal ha tilgang til en rask, betryggende og tilstrekkelig inngående

domstolsprøving. For saker om omsorgsovertakelse følger et slikt krav også uttrykkelig av Barnekonvensjonen artikkel 9(1).

I det følgende redegjøres det nærmere for to viktige særrområder for så vidt gjelder tvangsbruk. For det første tvang i form av frihetsberøvelse (II.19.2.3.2). For det andre tvang overfor barn (II.19.2.3.3).

### 19.2.3.2 Tvang i form av frihetsberøvelse

#### 19.2.3.2.1 Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 5 beskytter retten til frihet. Bestemmelsen tar som utgangspunkt at frihetsberøvelse er forbudt, jf. artikkel 5(1) første punktum. På nærmere, uttømmende angitte, vilkår kan frihetsberøvelse likevel aksepteres.

Et generelt krav etter artikkel 5(1) er at frihetsberøvelsen skjer på grunnlag av, og i samsvar med, nasjonal rett («law»/«loi»). Dernest gir artikkel 5(1) (a) til (f) en oppregning av de enkelte situasjoner hvor konvensjonen godtar frihetsberøvelse. Av interesse her er særlig:

- d) som gjelder tvangsanbringelse av barn for å føre tilsyn med oppdragelsen eller for å fremstille vedkommende for kompetent rettslig myndighet, og
- e) som dekker frihetsberøvelse i forbindelse med sykdomsbekjempelse, på grunn av rusmisbruk eller sinnslidelse, og overfor løsgjengere.

For den frihetsberøvede oppstiller artikkel 5(2) til (5) bestemte minimumsrettigheter. Artikkel 5(2) til (3) stiller krav i forbindelse med pågrepelse og varetektsfengsling (informasjon om grunnlaget for pågripelsen, og rettsikkerhetsgarantier i forbindelse med varetektsfengsling).

Artikkel 5(4) gjelder for enhver frihetsberøvet, og gir ham rett til å bringe spørsmålet inn for en domstol, for at denne hurtig kan treffe avgjørelse mht. om frihetsberøvelsen er lovlig, eventuelt beordre vedkommende løslatt dersom den ikke er det. Endelig oppstiller artikkel 5(5) krav om at den som har vært utsatt for frihetsberøvelse i strid med artikkel 5, skal ha mulighet for å oppnå erstatning.

I forhold til den nye tvistelovens regler om tvangssaker er det i første rekke artikkel 5(4) som er av betydning, og da mht. spørsmålet om rettslig overprøving av administrativt ilagt frihetsberøvelse. I bestemmelsen heter det:

«Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take pro-

ceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.»

Den uoffisielle norske oversettelsen lyder:

«Enhver som er pågrepet eller berøvet sin frihet, skal ha rett til å anlegge sak slik at lovligheten av frihetsberøvelsen raskt skal bli avgjort av en domstol, og at hans løslatelse blir beordret dersom frihetsberøvelsen er ulovlig.»

Bestemmelsen skal hindre at frihetsberøvelse utelukkende beror på administrativ avgjørelse: Gjennom muligheten for etterfølgende domstolsprøving skal den frihetsberøvede vernes mot administrative overgrep og kunne oppnå løslatelse der frihetsberøvelsen ikke er lovlig, se for eksempel Menneskerettighetsdomstolens uttalelser om regelens formål i Engel og andre, Series A No. 22 para. 58 og Bozano, Series A No. 111 para. 54.

Artikkel 9(4) i SP oppstiller en nokså parallel regel:

«Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful.»

Den uoffisielle norske oversettelsen av denne bestemmelsen lyder:

«Den som berøves friheten ved arrest eller på annen måte, skal ha rett til å bringe saken inn for en domstol, for at denne uten opphold kan ta stilling til lovligheten av frihetsberøvelsen, og beordre ham løslatt dersom frihetsberøvelsen ikke er lovlig.»

Det må antas å være innholdsmessig samsvar mellom EMK artikkel 5(4) og SP artikkel 9(4). I det følgende tas det derfor utgangspunkt i EMK artikkel 5(4).

Bestemmelsen aktualiserer særlig to allmenne avgrensningsspørsmål. For det første må det avgjøres hvilke tiltak som er frihetsberøvelse i denne bestemmelsens forstand (II.19.2.3.2.2). For det andre må man trekke grensen i tid, særlig hva gjelder betydningen av løslatelse (II.19.2.3.2.3).

I tilfeller der artikkel 5(4) kommer til anvendelse, stilles det krav om adgang til rettslig overprøving (II.19.2.3.2.4 og II.19.2.3.2.5), det stilles krav til domstolens prøvingskompetanse (II.19.2.3.2.6), til saksbehandlingstiden (II.19.2.3.2.7) og til

muligheten for å oppnå løslatelse dersom frihetsberøvelsen finnes ulovlig (II.19.2.3.2.8). Artikkel 5(4) stiller også krav om mulighet for ny prøving med rimelige intervaller (II.19.2.3.2.9).

#### 19.2.3.2.2 Frihetsberøvelse

I innledningsordene til artikkel 5(1) angis det beskyttede rettsgode som den personlige frihet. I den engelske konvensjonsteksten brukes formuleringen «liberty and security of person». Den franske konvensjonsteksten taler om «la liberté et à la sûreté», uten presiseringen «personlig».

Språklig sett er dette både vidtrekkende og vagt. En betydelig innsnevring og presisering følger imidlertid når dette leses sammen med bestemmelsen som en helhet: I artikkel 5(1) andre punktum heter det at ingen skal bli berøvet sin frihet uten i nærmere angitt tilfeller («No one shall be deprived of his liberty save in the following cases ...»/«Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants ...»). I artikkel 5(2) til (5) tales det om arrest eller tilbakeholdelse («arrest»/«arrestation» og «detention»/«detention»). I den norske, ikke-autoritative, oversettelsen brukes her uttrykkene «pågrepelse» og «frihetsberøvelse». Artikkel 5(4) gir på nærmere vilkår gir rett til løslatelse («release»/«libération»).

Foruten sammenhengen internt i artikkel 5, gir også konvensjonen sett som et hele støtte for å begrense rekkevidden i forhold til de vidtrekkende innledningsordene. En rekke elementer i den personlige frihet, integritet og autonomi er beskyttet i andre bestemmelser, for eksempel artikkel 3, 4, 8 til 12 og artikkel 2 i fjerde tilleggsprotokoll. Det er da lite naturlig at også artikkel 5 dekker dem.

Den europeiske menneskerettsdomstolen slo også tidlig fast at det beskyttede rettsgode etter artikkel 5 ikke er den personlige frihet i sin alminnelighet. Vernet gjelder den fysiske frihet; «individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person», jf. Engel og andre, Series A No. 22 para. 58. Formulert negativt kan man si at frihet i den forstand uttrykket brukes i artikkel 5 er fravær av arrest eller tilbakeholdelse, jf. Trechsel, Liberty and Security of Person, i MacDonald, Matscher og Petzold (red.), The European System for the Protection of Human Rights (1993) side 277 – 344 på side 282. For så vidt gjelder det nærmere anvendelsesområdet for artikkel 5(4), er det jo nettopp arrest eller tilbakeholdelse som bringer bestemmelsen til anvendelse.

Uttrykkene arrest og tilbakeholdelse er autonome. Det avgjørende er altså ikke det navn man har satt på tiltaket i nasjonal rett, men realitetene.

I teorien har man gjerne sagt at frihetsberøvelse i den forstand uttrykket brukes i artikkel 5 foreligger der offentlig myndighet treffer tiltak som medfører at en person mot sin vilje, over en minimum av tid må oppholde seg på et avgrenset område, og med maktbruk kan hindres i å forlate stedet, se nærmere bl.a. Frowein og Peukert, Europäische MenschenrechtsKonvention (1996) side 77 og Trechsel side 285.

Samtidig er det grunn til å poengtere at Domstolen ikke har ønsket å gi noen definisjon av begrepet frihetsberøvelse. Tvert i mot har den en rekke ganger understreket at spørsmålet må vurderes med utgangspunkt i den konkrete situasjonen. Sentrale kriterier vil være tiltakets art, varighet, virkninger og måten det ellers gjennomføres på, jf. Engel og andre, Series A No. 22 para. 59, Guzzardi, Series A No. 39 para. 92 og Ashingdane, Series A No. 93 para. 41. I Riera Blume og andre (14. oktober 1999) para. 28 heter det således:

« In order to determine whether someone has been deprived of his liberty within the meaning of Article 5, the starting-point must be his concrete situation, and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question (see the following judgments: Engel and Others v. the Netherlands, 8 June 1976, Series A no. 22, p. 24, §§ 58-59; Guzzardi v. Italy, 6 November 1980, Series A no. 39, p. 33, § 92; and Amuur v. France, 25 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, p. 848, § 42).»

På den ene siden må man trekke grensen mot inngrep i bevegelsesfriheten som eventuelt rammes av artikkel 2 i fjerde tilleggsprotokoll. Se for eksempel Engel og andre, Series A No. 22 para. 58:

«As pointed out by the Government and the Commission, it does not concern mere restrictions upon liberty of movement (Article 2 of Protocol no. 4).»

På den andre siden må man trekke grensen mot tiltak som kan stå i sammenheng med en eventuell frihetsberøvelse, men som ikke i seg selv representerer en slik, for eksempel tvangsmedisinering, postsensur, arbeidsplikt osv. I forhold til slike tiltak vil dog andre konvensjonsregler komme inn i bildet, etter forholdene bl.a. artikkel 3, 4 og 8.

I norsk rett, må det legges til grunn at i hvert fall følgende tvangstiltak må anses som frihetsberøvelse i konvensjonens forstand:

- Tilbakeholdelse av rusmiddelmissbrukere i institusjon, jf. sosialtjenesteloven §§ 6-2 og 6-2a.

- Tilbakeholdelse i institusjon av barn som har vist alvorlige atferdsvansker, jf. barnevernlova § 4-24.
- Tvungent psykisk helsevern i form av døgnopphold på institusjon, jf. psykisk helsevernloven § 3-1.
- Tvungen isolering av smittede personer, jf. smittevernloven §§ 5-2 og 5-3.
- Tvungen omsorg etter straffeloven § 39a.

At frihetsberøvelsen er basert på et forutgående samtykke, medfører ikke uten videre at man er utenfor dekningsområde for artikkel 5, jf. De Wilde, Ooms og Versyp, Series A No. 12 para. 65 og Frowein og Peukert side 72. Forutsetningen for å tillegge forhåndssamtykke betydning vil være at samtykket er informert, avgitt uten press, at frihetsberøvelsen har et akseptabelt formål og ikke er for langvarig. Det må også stilles krav om at den som frihetsberøves – på grunn av alder og sjelelig helse – har de nødvendige forutsetninger for å forstå rekkevidden av sitt forhåndssamtykke, jf. Trechsel side 286 – 287. Mangler slike forutsetninger hos vedkommende selv, vil vergens samtykke dog kunne være tilstrekkelig, se Nielsen, Series A No. 144.

Tvistemålsutvalget legger til grunn at reglene om tvangstiltak basert på forutgående samtykke etter sosialtjenesteloven § 6-3, barnevernlova § 4-26 og psykisk helsevernloven § 2-2 tilfredsstillende de forutsetninger artikkel 5(4) her oppstiller. Det er imidlertid grunn til å understreke at man i praksis er i et grenseland, bl.a. fordi situasjonen ofte vil være slik at om vedkommende ikke samtykker, vil det i stedet bli besluttet tvangstiltak.

### 19.2.3.2.3 *Virkningene av at frihetsberøvelsen opphører*

Av ordlyden og av bestemmelsens formål har man så vel i praksis som i teorien trukket den slutning at artikkel 5(4) ikke gjelder etter at frihetsberøvelsen har opphørt, se X mot Sverige (klagenr. 10230/82), DR 32 side 303, W mot Sverige (klagenr. 12778/87), DR 59 side 158 og R mot Storbritannia (klagenr. 25527/94), 29. november 1995. Slik også van Dijk og van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (1998) side 381, Harris, O'Boyle og Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights (1995) side 145, Lorenzen, Rehof og Trier, Den Europæiske Menneskeretskonvention (1994) side 134, Reid, A Practitioner's Guide to The European Convention of Human Rights (1998) side 355 og Trechsel side 320.

Bestemmelsen gir altså rett til rask domstolsprøving mht. om en frihetsberøvelsen er lovlig, med sikte på å oppnå løslatelse. Den gir derimot ikke noen rett til domstolsprøving mht. om en avsluttet frihetsberøvelse var lovlig, sml. også Aall, Domstolsadgang og domstolsprøving, TfR 1998 side 1 – 181, på side 21 – 22.

Når retten til overprøving opphører ved løslatelse, har det som praktisk konsekvens at artikkel 5(4) heller ikke vil være anvendelig ved (gjenstående) frihetsberøvelse som er så kortvarig at kravet om domstolsprøving uansett ikke ville kunne gjennomføres før løslatelse, selv med en meget rask behandling, sml. Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis (1997) side 120, Frowein og Peukert side 134 – 135, Harris, O'Boyle og Warbrick side 146, Lorenzen, Rehof og Trier side 134 og Trechsel side 289. Illustrerende er Kommisjonens avgjørelse i X og Y mot Sverige (klagenr. 7376/76), DR 7 side 125, som gjaldt politieskorte i forbindelse med effektivering av utvisningsvedtak. Kommisjonen mente at det forelå frihetsberøvelse, men at kravene i artikkel 5(4) ikke kunne komme til anvendelse i slike tilfeller. Sml. også Fox, Campbell og Hartley, Series A No. 182 para. 44. Det er ikke klart hvor kort frihetsberøvelsen må være for å komme i denne kategorien. I teorien er det antydning tre døgn eller kortere, se Frowein og Peukert side 135. Det er imidlertid grunn til å anta at dette vil variere noe, alt etter frihetsberøvelsens grunnlag og karakter.

Et spørsmål i denne forbindelse er når frihetsberøvelsen kan anses opphørt, med den virkning at retten til domstolsprøving etter artikkel 5(4) faller bort. Sikkert er det at frihetsberøvelsen vedvarer så lenge vedkommende holdes tilbake, eventuelt underlegges nye frihetsberøvende restriksjoner av annen karakter. Like sikkert er det at frihetsberøvelsen må anses opphørt dersom vedkommende løslates fordi tvangsvedtaket løper ut, oppheves eller omgjøres.

Løsningene er mer usikre i tilfeller der det foreligger et tvangsvedtak, samtidig som vedkommende for tiden faktisk er på frifot. For så vidt gjelder flukt, følger det av praksis at artikkel 5(4) fremdeles gjelder, jf. Van der Leer, Series A No. 170-A og Keus, Series A No. 185-C. Tross en ulovlig ervervet faktisk «frihet», er vedkommende rettslig sett å anse som frihetsberøvet, jf. også Harris, O'Boyle og Warbrick side 145 i note 3. De samme synsmåter må antagelig legges til grunn der et vedtak om frihetsberøvelse foreløpig ikke er effektivt.

Permisjoner, eller tillatelse til andre kortvarige fravær fra institusjonen, kan heller ikke anses som løslatelse, jf. Kommisjonens rapport i L mot Sverige

(klagenr. 10801/84), 3. oktober 1988 para. 74. Det kan dog tenkes at vedkommende har så utstrakt frihet for eksempel mht. å forlate institusjonen, at man ikke kan tale om frihetsberøvelse i konvensjonens forstand, se til illustrasjon Nielsen, Series A No. 144 para. 67 til 73.

Derimot må det antas at prøveløslatelse medfører at vernet etter artikkel 5(4) faller bort, jf. Kommisjonens rapport i L mot Sverige (klagenr. 10801/84), 3. oktober 1988 para. 75 og Harris, O'Boyle og Warbrick side 145 og Trechsel side 320. I Van der Leer, Series A No. 170-A la Domstolen dog til grunn at om den frihetsberøvede begjærer seg løslatt og deretter flykter, vil en etterfølgende beslutning om prøveløslatelse bare få betydning dersom han er gjort kjent med denne.

Løslatelse vil imidlertid ikke sette alle rettighetene i artikkel 5(4) ut av spill: Har det allerede gått for lang tid fra begjæringen om løslatelse ble fremsatt, avhjelpest ikke dette ved at vedkommende settes fri. Begjæring om løslatelse utløser altså rett til enten å bli løslatt raskt, eller til å få en rask domstolsavgjørelse mht. frihetsberøvelsens lovlig- het, se Kommisjonens rapport i Zamir (klagenr. 9174/80), DR 40 side 42 (59).

At anvendelsesområde for de ulike komponentene i artikkel 5(4) varierer, kommer også til syne i tilfeller der begjæringen om løslatelse fører frem: Selv om behandlingen av begjæringen ikke tilfredsstilte kravene i artikkel 5(4), vil vedkommende normalt da mangle status som «offer» for den eventuelle krenkelse dette måtte representere. En klage til Menneskerettighetsdomstolen vil derfor bli avvist i henhold til artikkel 35(2) jf. artikkel 34 som uforenlig med konvensjonen *ratione personae*, jf. W mot Sverige (klagenr. 12778/87), DR 59 side 158, sml. X mot Storbritannia (klagenr. 9403/83), DR 28 side 235 (238). Dette gjelder imidlertid ikke dersom den påståtte krenkelsen ligger i at avgjørelsen om løslatelse ikke er truffet innen de tidsrammer som artikkel 5 (4) oppstiller, sml. Kommisjonens rapport i Zamir (klagenr. 9174/80), DR 40 side 42 (59).

Praksis knyttet til artikkel 5(4) er på dette punktet sammenfallende med den man finner under artikkel 6: Ved frifinnelse (straffesaker), eller hvor parten vinner frem (sivile saker), vil vedkommende mangle status som «offer» for krenkelse av rettergangsgarantiene i artikkel 6, med mindre disse er av en slik art at de har fått skadefølger for ham som ikke kan anses bortfalt gjennom dommen i hans favør. Lang saksbehandlingstid er det viktigste eksempelet på slike skadefølger. Om disse spørsmål, se nærmere Bårdsen, Krenkelser og klager (1999) side 220 – 224.

#### 19.2.3.2.4 Retten til overprøving

Retten til rettslig prøving i artikkel 5(4) forutsetter at nasjonal rett stiller til rådighet en mulighet for å angripe vedtaket om frihetsberøvelse som sådan, se for eksempel Singh, Reports 1996-1 side 280 para. 69 og Varbanov (5. oktober 2000) para. 60. Det må være tale om en reell og effektiv overprøvingsmulighet, hvilket forutsetter at det er rimelig sikkerhet for at overprøvingsadgangen eksisterer i praksis, og at den frihetsberøvede har faktisk anledning for å gjøre bruk av denne, se bl.a. R.M.D., Reports 1997-VI side 2003 para. 47 til 54, Sakik og andre, Reports 1997-VII side 2609 para. 53 og Soumare, Reports 1998-V side 2201 para. 43.

Artikkel 5(4) foreskriver rett til prøving ved en domstol («court»/«cour»). Etter praksis behøver dette ikke være en domstol i klassisk forstand, integrert i det ordinære domstolsapparatet, jf. Weeks, Series A No. 114 para. 61. Det må imidlertid være tale om et organ med en domstols karakteristika, sml. De Wilde, Ooms og Versyp, Series A No. 12 para. 76. I dette ligger det at organet må være uavhengig i forhold til den øvrige forvaltning og sakens parter, og må ha kompetanse til å treffe rettslig bindende avgjørelser, herunder knyttet til spørsmålet om løslatelse, se X, Series A No. 46 og nedenfor i II.19.2.3.2.8. Det må legges til grunn at fylkesnemndene oppfyller kravene til en domstol i artikkel 5(4), se bl.a. Søvig, Tvang overfor gravide rusmiddelbrukere (1999) side 106 og Andreassen, Fylkesnemndsbehandling av barnevernsaker i et menneskerettslig perspektiv (2000) side 70. Se også uttalelsene i NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester side 325.

I teorien har man lagt til grunn at Artikkel 5(4) ikke gir rett til direkte domstolsadgang, se bl.a. van Dijk og van Hoof side 387 og Harris, O'Boyle og Warbrick side 155 i note 9. Et krav om forutgående administrativ klage, er således ikke i seg selv uforenlig med bestemmelsen. Denne tolkningen har også en viss støtte i rettspraksis, jf. i denne retningen Sanchez-Reisse, Series A No. 107 para. 45. Om uttømming av klageadgang er et vilkår for domstolsbehandling, får imidlertid dette betydning i relasjon til fristen for behandling og avgjørelse, se nedenfor i II.19.2.3.2.7.

Ordlyden i artikkel 5(4) sier svært lite om hvilke krav som stilles til saksbehandlingen. I praksis har man imidlertid – med utgangspunkt i forutsetningen om at saken skal avgjøres ved en domstol – etablert et allment krav om at saksbehandlingen må være betryggende, tatt i betraktning hva som står på spill for parten, jf. for eksempel De

Wilde, Ooms og Versyp, Series A No. 12 para. 76 og Weeks, Series A No. 114 para. 61.

Kravene til en rettfærdig rettergang i artikkel 6(1) vil kunne gi en viss veiledning, men er ikke uten videre avgjørende, se Winterwerp, Series A No. 33, Assenov og andre, Reports 1998-VIII side 3264 para. 162, sml. også van Dijk og van Hoof side 386 og Frowein og Peukert side 139. Bl.a. vil behovet for en rask avgjørelse kunne tilsi andre løsninger enn det som ville ha fulgt om man la avgjørende vekt på hensynet til sammenheng med artikkel 6(1), sml. for eksempel Winterwerp, Series A No. 33 para. 60 og Wassink, Series A No. 185-A para. 32 til 34. Det gjelder ikke noe krav om offentlig saksbehandling etter artikkel 5(4), se Harris, O'Boyle og Warbrick side 151. I mange slike saker vil tvert i mot vernet om privat- og familielivet i artikkel 8 kunne tilsi at offentligheten ikke gis innsyn i saken.

Det vil imidlertid kreves av den frihetsberøvede får anledning til å forklare seg og til å tale sin sak, enten selv eller gjennom en stedfortreder, jf. bl.a. Winterwerp, Series A No. 33 para. 60, Singh, Reports 1996-I side 280 para. 68 og 69, Hussain, Reports 1996-I side 252 para. 59 til 61 og Assenov og andre, Reports 1998-VIII side 3264 para. 162.

Artikkel 5(4) er ikke forstått slik at den gir rett til muntlige forhandlinger i et hvert tilfelle, se Sanchez-Reisse, Series A No. 107 para. 47 som gjaldt frihetsberøvelse etter artikkel 5(1) (e) (utlendingslovgivningen). Praksis viser likevel at muntlige forhandlinger kan være påkrevd av hensyn til å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, se Bouamar, Series A No. A 129 para. 60, som gjaldt frihetsberøvelse etter artikkel 5(1) (d) (mindreårige).

Saksbehandlingen må bygge på kontradiksjon og ellers være basert på likestilling mellom partene, jf. De Wilde, Ooms og Versyp, Series 12 para. 78, Sanchez-Reisse, Series A No. 107 para. 51, Toth, Series A No. 224 para. 84, Grauzinis (10. oktober 2000) para. 31, Wloch (19. oktober 2000) para. 125 og Kawka (9. januar 2001). Herunder må den frihetsberøvede ha tilgang til sakens dokumenter, jf. Weeks, Series A No. 114 para. 66, Lamy, Series A No. 151 para. 29 og Nikolova (25. mars 1999) para. 58. Dog vil man måtte akseptere at partens innsyn begrenses der dette er påkrevd av hensyn til vedkommendes helsetilstand eller lave alder, jf. Reid side 295. En forutsetning må da være at partens stedfortreder eller prosessfullmektig får dokumentinnsyn, jf. kontradiksjons- og likhetsprinsippet.

Den frihetsberøvede har rett til å la seg bistå av advokat, om nødvendig på det offentliges regning, se Bouamar, Series A No. 129 para. 60. Er vedkommende på grunn av alder eller helsetilstand ikke i

stand til å ta de nødvendige skritt i så henseende, har retten et selvstendig ansvar for å besørge advokatbistand, jf. Megyeri, Series A No. 237-A para. 23.

Artikkel 5(4) gir ikke rett til rettsmidler mot rettsavgjørelse mht. om frihetsberøvelsen er lovlig, jf. Grauslys (10. oktober 2000) para. 53. Dersom det finnes rettsmidler i nasjonal rett, må imidlertid også disse i prinsippet tilfredsstillende kravene i artikkel 5(4), jf. Toth, Series A No. 224 para. 84, Navarra, Series A No. 273-B para. 28 og Grauzinis (10. oktober 2000).

#### 19.2.3.2.5 «Inkorporeringsdoktrinen»

Det følger av Domstolens praksis at retten til overprøving etter artikkel 5(4) er oppfylt der det er en domstol som har truffet vedtaket om frihetsberøvelse i første instans, forutsatt at dette har skjedd på grunnlag av en saksbehandling i samsvar med kravene i bestemmelsen, se De Wilde, Ooms og Versyp, Series A No. 12 para. 76, Engel, Series A No. 22 para. 77 og Wassink, Series A No. 185-A og Varbanov (5. oktober 2000) para. 58.

Dette er mest praktisk der frihetsberøvelsen er basert på fellende straffedom, jf. artikkel 5(1) (a). Man har imidlertid lagt til grunn at det samme gjelder andre former for frihetsberøvelse, jf. Winterwerp, Series A No. 33, sml. Danelius side 115 – 116, Harris, O'Boyle og Warbrick side 151 og Trechsel side 320 – 322. Dette innebærer antagelig at artikkel 5(4) er oppfylt allerede gjennom første gangs fylkesnemndsbehandling, se dog nedenfor i II.19.2.3.2.9 om retten til ny prøving med rimelige intervaller.

#### 19.2.3.2.6 Omfanget av prøvingen

Etter ordlyden i artikkel 5(4) gjelder retten til domstolsprøving spørsmålet om frihetsberøvelsens lovliggjørelse («the lawfulness»/«la légalité»). Dette inkluderer både spørsmålet om vilkårene for frihetsberøvelse er til stede i faktisk og rettslig henseende, og den saksbehandlingen vedtaket er basert på, jf. for eksempel X, Series A No. 46, Chahal, Reports 1996-V side 1831 para. 127 til 129, Nikolova (25. mars 1999) para. 58 og Çakici (8. juli 1999) para. 104. Det omfatter også de faglige vurderinger som ligger til grunn for vedtaket. Gjelder saken for eksempel frihetsberøvelse på grunn av psykiske lidelser, må retten således også kunne prøve om frihetsberøvelsen er medisinsk begrunnet. Frihetsberøvelse av psykisk syke etter artikkel 5(1) (e) er bare lovlig i slike tilfeller, se Winterwerp, Series A No. 33 para. 39 og Varbanov (5. oktober 2000). Vur-

deringen må knytte seg til situasjonen når saken avgjøres ved retten.

Etter praksis krever artikkel 5(4) derimot ikke en fullstendig overprøving av hensiktsmessighets-skjønnnet. I Singh, Reports 1996-1 side 280 para. 65 heter det således:

«The Court recalls that Article 5 para. 4 does not guarantee a right to judicial control of such scope as to empower the «court» on all aspects of the case, including questions of expediency, to substitute its own discretion for that of the decision-making authority; the review should, nevertheless, be wide enough to bear on those conditions which, according to the Convention, are essential for the lawful detention of a person subject to the special type of deprivation of liberty ordered against the applicant (see, inter alia, the above-mentioned Weeks judgment, p. 29, para. 59, the E. v. Norway judgment of 29 August 1990, Series A no. 181-A, p. 21, para. 50, and the above-mentioned Thynne, Wilson and Gunnell judgment, p. 30, para. 79).»

Foruten de avgjørelser som det er vist til i det siterte, kan det også vises til tilsvarende formuleringer i bl.a. van Droogenbroeck, Series A No. 50 para. 49, Toth, Series A No. 224 para. 87, Chahal, Reports 1996-V side 1831 para. 127 til 129 og Aerts, Reports 1998-V side 1939 para. 54. Det er grunn til å understreke at den skjønnsfrihet det er tale om, bare får betydning der retten finner at vilkårene for frihetsberøvelse er til stede, også tatt i betraktning bl.a. hensynet til om tiltaket er nødvendig og forholdsmessig, jf. X, Series A No. 46, Weeks, Series A No. 114 para. 59, Grauslys (10. oktober 2000) para. 53 og Frowein og Peukert side 141.

Retten til overprøving refererer seg til vedtaket om frihetsberøvelse som sådan. Artikkel 5(4) gir ikke rett til rettslig prøving av vedtak knyttet til selve gjennomføringen, for eksempel spørsmålet om lokalisering, jf. Ashingdane, Series A No. 93 para. 52. Innholdet i frihetsberøvelsen vil imidlertid kunne ha betydning for vurderingen av om frihetsberøvelsen overhode er lovlig, typisk fordi et for hardt regime gjør tvangstiltaket uforholdsmessig og dermed ulovlig. I sistnevnte relasjon må retten ha kompetanse.

#### 19.2.3.2.7 Saksbehandlingstiden

Etter artikkel 5(4) skal avgjørelse i saken treffes «raskt» («speedily»/«a bref délai»). Dette er langt strengere enn kravet om avgjørelse innen «rimelig tid» i artikkel 6(1).

Fristen løper fra det tidspunkt den frihetsberøvede begjærer seg løslatt, se Bezicheri, Series A No. 164 para. 20 og Van der Leer, Series A No. 170-A para. 35. Er det et vilkår for rettslig overprøving at vedkommende først har utnyttet administrative klagemuligheter, vil også tiden som går med til klagebehandlingen måtte regnes med, se Sanchez-Reisse, Series A No. 107 para. 54.

Etter ordlyden avbrytes fristen når det treffes avgjørelse ved retten. Etter praksis avbrytes imidlertid fristen først når den frihetsberøvede (eller hans prosessfullmektig) får meddelt avgjørelsen og dens begrunnelse, jf. Koendjibiarie, Series A No. 185-B para. 28. Angripes avgjørelsen med rettsmidler, vil kravet om rask avgjørelse også gjelde for rettsmiddelinstansen, jf. Navarra, Series A No. 273-B para. 28. I slike tilfeller vil man ikke bare måtte vurdere saksbehandlingstiden for hver instans isolert, men også om den samlede saksbehandlingstiden er tilfredsstillende.

Hva som er «raskt» beror på forholdene i den enkelte sak, jf. Sanchez-Reisse, Series A No. 107 para. 55. Det vil måtte tas hensyn til frihetsberøvelsens art, sakens kompleksitet, den frihetsberøvedes eget forhold, og den prosessenergi som er lagt for dagen fra domstolens og andre myndigheters side. En stat vil ikke bli hørt med at behandlingstiden skyldtes resursknapphet og restanser, ferieavvikling og liknende, se nærmere Harris, O'Boyle og Warbrick side 155 – 158 med henvisninger til praksis. Staten har også ansvaret for at eventuelle sakkyndige gjennomfører sine oppdrag innenfor de tidsrammer artikkel 5(4) setter, jf. Musial (25. mars 1999) para. 46.

På denne bakgrunn lar der seg ikke gjøre å angi noen alminnelig og mer eksakt frist. Det er imidlertid på det rene at saksbehandlingstiden i en instans normalt må være begrenset til noen ganske få uker, sml. Frowein og Peukert side 143. I E, Series A No. 181-A ble således Norge dømt for en saksbehandlingstid ved byretten på ca. åtte uker, i en sak som gjaldt overprøving av vedtak om sikring.

#### 19.2.3.2.8 Retten til løslatelse

For det tilfellet at retten kommer til at frihetsberøvelsen ikke er lovlig, gir artikkel 5(4) den frihetsberøvede rett til løslatelse. I dette ligger det et krav om at domstolen skal kunne avsi dom for løslatelse, jf. Van Droogebroek, Series A No. 50 para. 51, Weeks, Series A No. 114 para. 64.

For å oppfylle dette kravet, er det ikke tilstrekkelig at domstolen kan kjenne det frihetsberøvede vedtaket ugyldig. Dommen må kunne gå ut



på at vedkommende skal løslates, og avgjørelsen må normalt gis foregripet virkning, jf. E, Series A No. 181-A para. 62, sml. også Aall, Domstolskontroll med frihetsberøvende sikringstiltak – En kommentar til «Arne-dommen», JV 1990 side 349 – 358 på side 356 – 357, Andenæs, Norge for den europeiske menneskerettighetsdomstol, LoR 1991 side 67 – 77 på side 74 – 75 og Søvig side 107 – 108.

#### 19.2.3.2.9 Retten til ny prøving med rimelige intervaller

Menneskerettighetsdomstolen har i sin praksis lagt til grunn at artikkel 5(4) gir den frihetsberøvede rett til ny prøving av frihetsberøvelsens lovlighet med rimelige intervaller, jf. Winterwerp, Series A No. 33 para. 55, X, Series A no. 46 para. 52 og Luberti, Series A No. 75 para. 31. Dette har særlig betydning for muligheten til å sette karensperioder for adgangen til å reise ny sak.

Hva som ligger i standarden «rimelige intervaller», er ikke særlig klart. En viss indikasjon får man imidlertid av Herzegfalvy, Series A No. 242-B para. 77. Her la domstolen til grunn at intervaller mellom prøvingen på henholdsvis femten måneder og to år, var for lang tid, mens en periode på ni måneder var innenfor det rimelige, sml. Oldham (26. september 2000). Det er grunn til å anta at en karensperiode på inntil ett år vil aksepteres, sml. Trechsel side 324.

Om konvensjonen tillater at det gjelder et helt generelt hinder for ny sak i karensperioden, er imidlertid noe uklart. Kommisjonen har ved ett tilfelle lagt til grunn at det må være adgang til å reise ny sak før karensperiodens utløp dersom det klart foreligger forhold som tilsier en endring, se M mot Vest-Tyskland (klagnr. 10272/83), DR 38 side 104. I den grad spørsmålet er drøftet, er dette også lagt til grunn i teorien, se Harris, O'Boyle og Warbrick side 153 og Clayton og Tomlinson (red.), *The Law of Human Rights* (2000) side 509 – 510.

Retten til ny prøving med rimelige intervaller gjelder også i tilfeller der det var en domstol som traff det opprinnelige vedtaket om frihetsberøvelse, se ovenfor i II.19.2.3.2.5 og X, Series A No. 46 para. 52.

#### 19.2.3.3 Særlige om bruk av tvang overfor barn

Barnekonvensjonen artikkel 3 krever at barnets beste skal være det styrende hensyn i alle relasjoner som angår det. Dette gjelder selvsagt også i tvangssaker som involverer barn. Artikkel 11(2) gir barn rett til å bli hørt i saker som angår det, direkte eller gjennom foreskrevet representant.

Det gjelder også enkelte regler som mer spesifikt knytter seg til bruk av tvang. I saker om omsorgsovertakelse krever Barnekonvensjonen artikkel 9(1) at vedtaket skal være underlagt rettslig kontroll. Ved behandlingen skal alle involverte ha anledning til å delta, og herunder gjøre sitt syn gjeldende, jf. artikkel 9(2).

Artikkel 37(d) gir barn som er frihetsberøvet rett til juridiske assistanse, og rett til å få frihetsberøvelsens lovlighet prøvd ved en domstol eller annen kompetent, uavhengig og upartisk myndighet. Avgjørelsen skal treffes uten utsettelse («prompt»). Bestemmelsen er for det vesentlige parallell med EMK artikkel 5(4) og SP artikkel 9(4).

Barnevernloven § 4-24 gir hjemmel for frihetsberøvelse av barn som har vist alvorlige atferdsvansker bl.a. gjennom «alvorlig eller gjentatt kriminalitet». Frihetsberøvelsen har i disse tilfellene ikke et pønalt formål, og kan derfor i seg selv neppe anses som strafferettslig i relasjon til EMK artikkel 6, SP artikkel 14 og Barnekonvensjonen artikkel 40. Uskyldspresumsjonen i de nevnte bestemmelsene gjør seg likevel gjeldende, i den forstand at også barn er beskyttet mot konstatering av straffeskyld på annen måte enn gjennom rettergang og dom i samsvar med de ulike konvensjonskrav til saksbehandlingen i straffesaker. Av dette har man i norsk teori trukket den slutning at det ved vurderingen av om det foreligger alvorlige atferdsvansker i form av gjentatt eller alvorlig kriminalitet, må stilles de samme krav til bevis for straffeskyld som i straffesaker, jf. Ofstad og Skar, Barnevernloven side 170 – 172, Kjønstad, Bernt, Kjellevoll og Hove side 429 i note 47 og Andreassen side 56. Det samme er lagt til grunn i Ot.prp. nr. 61 (1997-98) side 33 og i NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge side 166.

Tvistemålsutvalget er enig i at dette er en naturlig slutning å trekke, ut fra dagens utforming av barnevernloven § 4-24. Fra et menneskerettslig perspektiv er dette likevel ikke en helt tilfredstillende ordning. Poenget med uskyldspresumsjonen i denne relasjonen er at det offentlige enten må reise straffesak og dermed få konstatert vedkommendes eventuelle skyld, eller må behandle vedkommende som uskyldig. Om man frihetsberøver noen under henvisning til «omfattende eller alvorlig kriminalitet», er det lite treffende å si at vedkommende behandles som uskyldig hva gjelder de straffbare forhold som begrunner frihetsberøvelsen. Legges det også et strengt beviskrav til grunn, kan en avgjørelse om tvangstiltak på grunnlag av «alvorlig eller gjentatt kriminalitet» meget lett måtte leses slik at straffeskyld er funnet bevist. Til dette kommer at et strengt beviskrav kan komme

til å stenge for tiltak som reelt sett er velgrunnete, og slik sett komme i konflikt bl.a. med hensynet til barnets beste på lengre sikt.

Etter Tvistemålsutvalgets syn ligger ikke løsningen i å sikre prosessregler for denne sakstypen som tilfredsstillende de konvensjonskrav som gjelder for straffesaker. Tvert i mot er det – også gjennom de saksbehandlingsregler som gjelder – grunn til å tone ned koblingen mellom barnevernloven § 4-24 og det strafferettslige regime. Etter utvalgets mening kan dette best gjøres ved å endre formuleringene i barnevernloven § 4-24, slik at man unngår den direkte koblingen mellom tvangsbruk etter bestemmelsen og spørsmålet om straffeskyld. Utvalget fremmer imidlertid ikke noe konkret forslag i så henseende.

Europarådets konvensjon om gjennomføring av barns rettigheter (25. januar 1996, i kraft fra 1. juli 2000) inneholder viktige regler om barnets prosessuelle stilling, også av betydning for tvangsvedtak, bl.a. om barnets rett til informasjon og til å uttale seg, rett til bistand i saken og til å utøve partsrettigheter, om rettens plikt til å påse at saken er tilstrekkelig opplyst, til å treffe avgjørelse raskt m.m., se særlig artikkel 3 til 9. Denne konvensjonen er imidlertid ikke tiltrådt av Norge.

## 19.2.4 Utvalgets vurderinger

### 19.2.4.1 Allment

Tvistemålsutvalget finner det klart at det er behov for særlige rettergangsregler for tvangssaker. Reglene vil dekke nokså ulike typer tiltak, hjemlet i forskjellige forvaltningslover. Det synes da som den beste løsningen at disse tas inn i et eget kapittel i tvistemålsloven, slik ordningen også er i dag.

Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det også grunn til å videreføre hovedinnholdet fra dagens regler. Her nevnes spesielt at retten ikke er bundet av partenes prosesshandlinger, dens ansvar for sakens opplysning, dens kompetanse til å prøve alle sider av saken, og prinsippet om offentlig dekning av kostnadene. Viktig er også kravet om prioritering av slike saker og hurtig avgjørelse, jf. i den forbindelse EMK artikkel 5(4), SP artikkel 9(4) og Barnekonvensjonen artikkel 37(d). I relasjon til det siste anser Tvistemålsutvalget det ikke som førstestjenlig å sette noen bestemt lengstefrist: Kravene til hva som er tilstrekkelig rask saksbehandling, vil bl.a. bero på sakstypen. Det vil også kunne være store variasjoner innenfor hver sakstype mht. hvilket tempo som er mulig og forsvarlig.

Forholdet mellom særreglene for tvangssaker og lovens alminnelige regler, er tenkt som i dag:

Så langt noe annet ikke følger uttrykkelig eller forutsetningsvis av særreglene, beror saksbehandlingen på de alminnelige regler. I tvilstilfeller må man legge avgjørende vekt på om de aktuelle saksbehandlingsregler er forenlig med særreglenes formål, å sikre en forsvarlig, rask, reell og tilstrekkelig inngående prøving. Av den grunn vil for eksempel reglene om forenklet domsbehandling i § 9-8 ikke være anvendelige for tvangssaker.

### 19.2.4.2 Anvendelsesområde

Etter gjeldende rett kommer kapittel 33 til anvendelse der dette er særskilt bestemt i den lov som hjemler vedtaket, jf. ovenfor i II.19.2.2.2. Tvistemålsutvalget mener at det fortsatt bør være slik at anvendelsesområdet for de særlige reglene er uttrykkelig regulert ved lov, og ikke beror på en konkret vurdering av det enkelte vedtakets karakter.

Etter Tvistemålsutvalgets vurdering er det ikke grunn til å foreta endringer hva gjelder anvendelsesområdet for særreglene, i forhold til det som i dag dekkes av tvistemålsloven kapittel 33. Utvalget har i denne forbindelse særskilt vurdert tvangstiltak basert på forutgående samtykke, og spørsmålet om overprøvningsmuligheter i tilfeller der vedkommende bestrider at vilkårene for tilbakeholdelse på slikt grunnlag er til stede, for eksempel fordi samtykke ble avgitt under press eller fordi vedkommende ikke var kompetent til å gi noe bindende samtykke, sml. ovenfor i II.19.2.3.2.2. Tvistemålsutvalget ser det som påkrevd at den som er frihetsberøvet på grunnlag av samtykke, gis adekvate muligheter for å anfekte at det foreligger et bindende samtykke. Det bør imidlertid ikke gis særregler for slike saker i tvistemålsloven. Det er tale om forholdsvis kortvarige tiltak, hvor rettslig prøving rent praktisk vil være vanskelig å gjennomføre før grunnlaget for frihetsberøvelsen i alle tilfeller bortfaller. Behovet for overprøvningsmuligheter må derfor i første rekke ivaretas gjennom administrative kontroll- og klagemekanismer, se for eksempel psykisk helsevernloven § 2-2 femte ledd. Liknende regler bør vurderes for frihetsberøvelse basert på forhåndssamtykke hjemlet i sosialtjenesteloven § 6-3 og barnevernloven § 4-26. Utvalget fremmer imidlertid ikke konkrete forslag om slike endringer.

Om reglene i kapittel 33 kommer til anvendelse, beror som tidligere nevnt på den lov som hjemler det aktuelle vedtaket. Direkte henvisninger til tvistemålsloven kapittel 33 finnes i sosialtjenesteloven § 6A-9 og § 9-10, og psykisk helsevernloven § 7-1. Gjennom henvisning til sosialtjenesteloven § 9-10, følger det dessuten indirekte av barnevernloven

§ 7-1 bokstav i og smittevernloven § 5-9, at også nærmere angitte vedtak etter de nevnte lover kan angripes for retten gjennom reglene i tvistemålsloven kapittel 33. Enkelte av de hjemmelslovene som direkte eller indirekte viser til tvistemålsloven kapittel 33, inneholder dessuten selv særlige prosessregler som delvis trer i stedet for dem som følger av kapittel 33.

Denne lovgivningsteknikken har sine svakheter: Oversikten tapes lett, noe som ikke bare kan svekke brukervennligheten, men som også kan gi opphav til kjedelige forglemmelser i forbindelse med lovrevisjoner. Illustrerende i så måte er at man i forbindelse med tilføyelsen av et nytt fjerde ledd i sosialtjenesteloven § 9-10 i 1999, med en tilsvarende forflytning av tidligere fjerde og femte ledd, til nytt femte og sjette ledd, glemte å oppdatere henvisningen i smittevernloven 5-9. Sistnevnte viser fremdeles til § 9-10 første, andre, fjerde og femte ledd, mens det formentlig burde ha vært vist til § 9-10 første, andre, fjerde, femte og sjette ledd.

Disse forhold kunne tale for at man i stedet tok sikte på å gi en uttømmende angivelse av anvendelsesområdet i tvisteloven selv, og at også de særregler for enkelte typer tvangsvedtak som måtte være nødvendige, ble inntatt der, sammen med fellesreglene for tvangsvedtakene. Tvistemålsutvalget er imidlertid i tvil om dette alt i alt er hensiktsmessig. Reglene ville lett bli nokså vidløftige, og det er ikke gitt at en fullstendig regulering i tvisteloven er det som gir størst tilgjengelighet fra et brukersynspunkt.

På ett punkt er det imidlertid grunn til å gjøre en endring: Om de særlige prosessreglene for tvangssaker kommer til anvendelse, bør komme til uttrykk direkte i den aktuelle hjemmelsloven, ikke indirekte, via henvisninger til andre hjemmelslover, som i sin tur igjen viser til de særlige reglene i tvisteloven. Dette tilsier visse endringer i forhold til barnevernloven § 7-1 bokstav i og i smittevernloven § 5-9. Tvistemålsutvalgets generelle syn på dette spørsmålet har også en side mot den lovgivningsteknikk som er valgt i relasjon til spørsmålet om rettslig overprøving av tvungen omsorg med hjemmel i straffeloven § 39a, se nærmere Ot.prp. nr. 46 (2000-2001), omtalt ovenfor i II.19.2.2.2. Det er ønskelig at departementet vurderer å gi en nærmere regulering i lovs form.

I forbindelse med den nye psykisk helsevernloven var det opprinnelig foreslått en viss utvidelse av virkeområdet for tvistemålsloven kapittel 33. Fra forarbeidene til § 7-1 hitsettes (Ot.prp. nr. 11 (1998-99) side 139 – 140):

«I høringsutkastet foreslo departementet en

begrenset utvidelse av adgangen til å prøve saker etter tvistemålsloven kap 33.

Utvidelsen besto for det første i et forslag om at domstolsbehandling av saker om overføring til opphold i eller til andre tiltak under ansvar av institusjon som nevnt i § 3-1, også skal skje etter særreglene i tvistemålsloven kap 33. Begrunnelsen for dette er at reglene for domstolsbehandling ikke skal være forskjellige avhengig av om pasienten er undergitt tvungent psykisk helsevern etter lovutkastets kapittel 3 eller om pasienten har fått dom på overføring til tvungent psykisk helsevern som strafferettslig særreaksjon. Høringsrunden gir grunnlag for en videreføring av dette forslaget, men departementet vil i § 7-1 foreslå å begrense prøvingsadgangen etter tvistemålsloven kap 33 til der det er vedtatt overføring fra tvungent psykisk helsevern uten døgnopphold i institusjon, og til døgnopphold i institusjon. Det er spesielt disse vedtakene som føles byrdefulle for pasienten. Loven blir da også i overensstemmelse med de lovendringer som allerede er vedtatt. Det vises til Innst O nr 34 (1996-97).

For det andre foreslo departementet en begrenset utvidelse av søksmålsadgangen til også å omfatte saker om etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, selv om det tvungne vernet er opphørt. Dette under forutsetning av at saken var brakt inn for domstolen mens vedtaket fortsatt består. Begrunnelsen for dette var at det etter dagens praksis ikke er adgang til å få prøvet tvangsvedtaket etter tvistemålsloven kap 33, med mindre tvangsvedtaket fortsatt står ved makt, jf Rt 1982 s 1088 og Rt 1982 s 1789. Pasienten har i disse tilfellene anledning til å kreve ordinær domstolsbehandling, men det forhold at saken må behandles på vanlig måte, og ikke etter de særlige rettergangsreglene i tvistemålsloven kap 33, kan føre til at det ikke blir mulig for pasienten å oppnå en rask rettslig avklaring. At domstolene er avskåret fra å prøve alle sider av saken, og at parten kan risikere omkostningsansvar ved den ordinære domstolbehandlingen, vil i noen tilfeller kunne føre til at pasienten unnlater å bringe saken inn for domstolene. I høringsutkastet § 7-1 annet ledd foreslo departementet at hvor sak først er reist, kan pasienten kreve å få dom for den aktuelle tvangsbruk, selv etter at tvangen er opphørt.

I høringsrunden har bl a Statens helsetilsyn og Regjeringsadvokaten vært kritiske til å gi særreglene i tvistemålsloven kap 33 anvendelse etter at tvangsvedtaket er opphørt.

Departementet ser at den rettsikkerhetsmessige verdi som ligger i at institusjonene vet at deres avgjørelser kan bringes inn for domstolene, kan svekkes når saken stanses ved tvangens opphør. Behovet for rask avklaring

er selvsagt størst når tvangen pågår, men etter departementets syn kan pasienten også i ettertid ha et legitimt behov for en relativt hurtig rettsavgjørelse for at et tvangsinngrep er ulovlig, enten for å forebygge nye inngrep eller for å forhindre at et vedtak om tvungent psykisk helsevern begrenser hans eller hennes yrkesmessige muligheter på områder hvor dette med urette anses som diskvalifiserende.

Departementet vil imidlertid særskilt framholde det dilemmaet som vil kunne oppstå ved den foreslåtte utvidelsen ved at disse sakene skal prioriteres på lik linje med barnevernsaker, barnefordelingssaker, midlertidige forføyninger og fremmedsaker. Et annet hensyn er at det i høringsrunden, blant annet fra Regjeringsadvokaten, ble stilt spørsmål ved den reelle verdien av en slik utvidelse, sett i sammenheng med at det vil være vanskelig for domstolen i ettertid å skulle etterprøve en skjønnsutøvelse.

Departementet finner å måtte legge vesentlig vekt på disse hensyn, og har etter en ny helhetsvurdering kommet til å ville gå bort fra høringsutkastet på dette punkt ...

Når det gjelder personer som er dømt til tvungent psykisk helsevern som en særreaksjon, så kommer spørsmålet om rettslig etterprøving i en noe spesiell stilling. Spørsmål om opphør av reaksjonen og prøveløslatelse kan være gjenstand for rettslig prøving etter lovutkastets § 5-7, jf strl §§ 39b, 39f og 39g. I forhold til denne problematikken kommer ikke bruk av tvistemålslovens kap 33 inn i bildet, selv om den gjør det i forhold til overføringer til døgnopphold i institusjon.

#### Andre vedtak

Departementet har også vurdert spørsmålet om det også for andre inngripende vedtak enn vedtak om etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern, for eksempel vedtak om tvangsbehandling, burde åpnes for domstolskontroll etter tvistemålsloven kap 33. Departementet vil med hensyn til dette vise til de anførsler som kom fra Regjeringsadvokaten den gang da en slik utvidelse ble foreslått av Lovutvalget. Regjeringsadvokaten mente at det ikke er særlig aktuelt å gjøre omfattende endringer i tvistemålsloven kap 33. Det ble bl a anført at det kan reises spørsmål ved om domstolene bør settes til å overprøve faglige skjønn fullt ut og således utføre forvaltningsoppgaver. Domstolenes særlige styrke ligger i kontroll av saksbehandlingen og lovanvendelsen.

Departementet har på denne bakgrunn konkludert med at det knytter seg usikkerhet til hvorvidt rettsikkerheten for pasientene vil bli større ved en utvidelse av søksmålsadgangen. Et ytterligere argument mot en slik utvidelse er at domstolene fra før er tillagt mange sakstyper som hastesaker, slik at en utvidelse av særreg-

lene vil kunne gjøre prioriteringen vanskelig. Departementet har derfor etter en helhetsvurdering besluttet ikke å ville fremme forslag om at søksmålsadgangen også skal omfatte f eks tvangsbehandlingsvedtak.

Departementet vil imidlertid bemerke at andre vedtak enn vedtak om etablering eller opprettholdelse av tvungent psykisk helsevern kan bringes inn for domstolene, men ikke etter de særlige rettergangsreglene i tvistemålsloven kap 33. Kravet om rettslig interesse etter tvistemålsloven § 54 vil som oftest være oppfylt i disse sakene, slik at det kan reises sak om lovligheten av de aktuelle tvangsinngrep i henhold til tvistemålslovens alminnelige rettergangsregler. Med mindre kontrollkommisjonens vedtak inneholder det som må anses som feil i henhold til læren om myndighetsmisbruk, vil domstolenes prøvingsrett for disse vedtakene være begrenset av kontrollkommisjonens frie skjønnskompetanse. Dersom det hefter feil ved saksbehandlingen eller lovanvendelsen, vil imidlertid domstolene også kunne prøve disse sidene av vedtaket.»

Tvistemålsutvalget legger dette til grunn. Utvalget er også enig med departementet i at tilfeller der tvangen opphører etter at sak er anlagt, ikke bør behandles på samme måte som saker der tvangen fremdeles er en realitet, særlig hva gjelder kravene til saksbehandlingstid og rekkevidden av domstolskontrollen. Utvalget finner likevel grunn til å fremheve at det har sine betenkeligheter at saker der tvangen opphører mens saken står for retten, skal avvises eller heves, slik praksis er i dag, se ovenfor i II.19.2.2.3. Den som har vært rammet av tvangen er da henvist til å reise ny sak etter de alminnelige regler, bl.a. med tidstap og risiko for kostnadsansvar. I praksis vil disse forhold lett oppleves som store hindre, og medføre at vedkommende unnlater å forfølge saken. Det er ikke bare uheldig for den det gjelder, men også lite tilfredsstillende sett i en bredere rettssikkerhetsperspektiv, noe departementet også fremhevet i det ovenfor siterte fra Ot.prp. nr. 11 (1998-99).

Tvistemålsutvalget har på denne bakgrunn vurdert en løsning hvor den private part kan begjære saken overført til videre behandling og avgjørelse etter de alminnelige regler, med sikte på å få det opprinnelige vedtaket kjent ugyldig og eventuelt bli tilkjent erstatning. Utvalget har imidlertid blitt stående ved at en slik ordning ikke bør innføres. Slike regler ville lett måtte bli nokså kompliserte, bl.a. fordi tvistegenstanden endres og fordi en eventuell overføring til videre behandling etter de alminnelige regler ville kunne forekomme på et meget sent stadium, for eksempel i tilfeller der vedtaket

faller bort etter at hovedforhandlingen er startet. En slik ordning kunne også virke unødig tvisteskapende.

Etter Tvistemålsutvalgets syn vil det være et bedre tiltak om muligheten for fri saksførsel utvides for etterfølgende ugyldighets- eller erstatnings-søksmål knyttet til tvangsvedtak. Det foreslås derfor at rettshjelploven § 18 utvides, slik at retten kan innvilge fri saksførsel også i slike saker. For vedtak om frihetsberøvelse er en slik regel dessuten ønskelig av hensyn til EMK artikkel 5(5), for å øke den reelle muligheten for å få tilkjent erstatning.

Det vil i prinsippet være en forutsetning for etterfølgende ugyldighets- eller erstatningssøksmål at kravene til søksmålssituasjonen i § 1-3 er oppfylt. Dette er uproblematisk for så vidt gjelder eventuelle krav om erstatning. Der det kun kreves dom for at tvangsvedtaket var ugyldig, rettsstridig eller liknende, må det tas som utgangspunkt at det ved administrative vedtak av denne typen ikke kan stilles særlig strenge krav til den rettslige interesse, sml. Rt. 1978 side 1571 hvor Kjæremålsutvalget fremhevet at i en sak «som gjelder en rettslig vurdering av et offentligrettslig tvangsinngrep i den personlige integritet, kan det være grunn til ikke å stille særlig strenge krav for fremme av fastsettelsessøksmål etter tvistemålsloven § 54». At det likevel må oppstilles noen krav, illustreres ved Høyesteretts kjennelse 19. september 2001 i sak 2000/1406, som gjaldt spørsmål om avvisning av søksmål der saksøkeren krevde dom for opphevelse av kontrollkommissjonens vedtak om ikke å ta klage over tvangsinnleggelse etter daværende lov om psykisk helsevernloven (av 28. april 1961 nr. 2) § 3 til følge. Høyesterett fastslo at den oppreisning av rent moralsk karakter saksøkeren ville oppnå ved en dom i sin favør, ikke ga tilstrekkelig rettslig interesse. Saksøkeren måtte sannsynliggjøre at en dom i hans favør også ville få andre virkninger for ham av betydning for vurderingen etter § 54.

Det vises for øvrig til Tvistemålsutvalgets allmenne vurderinger knyttet til spørsmålet om krav til søksmålssituasjonen, hvor det bl.a. forutsettes at det vil være adgang til å reise sak med krav om fastsettelsesdom for at ens rettigheter bl.a. etter EMK har vært krenket, se særlig II.5.4.6.

#### 19.2.4.3 Forholdet til fylkesnemndene. Instansordningen

En betydelig del av de vedtak som i dag dekkes av tvistemålsloven kapittel 33, er truffet av fylkesnemndene, se oversikten ovenfor i II.19.2.2.2. Tall-

messig er det saker etter barnevernlova som dominerer.

Fylkesnemndenes rolle ble vurdert av Strukturutvalget, se NOU 1999: 22 Domstolene i første instans side 61. Her konkluderes det med at fylkesnemndene bør opprettholdes som uavhengige, statlige forvaltningsorganer. Strukturutvalget fant heller ikke grunn til å overføre noen av fylkesnemndenes oppgaver til domstolene. Det samme er lagt til grunn av Justisdepartementet i St.meld. nr. 23 (2000-2001), hvor dette begrunnes med at fylkesnemndene antas å styrke rettssikkerheten i den offentlige forvaltning, og samtidig avlaster domstolene.

På denne bakgrunn foreslår ikke Tvistemålsutvalget endringer av fylkesnemndsordningen som sådan. Spørsmålet er hvordan man skal utforme reglene om forholdet mellom fylkesnemndene og domstolene, særlig hva gjelder den instansordning som bør gjelde for disse sakene når de bringes inn for retten.

Etter gjeldende rett skal søksmål etter kapittel 33 i alle tilfeller starte i tingretten, herunder i saker som gjelder overprøving av fylkesnemndenes vedtak, jf. tvistemålsloven § 475 første ledd. Det samme følger også uttrykkelig av sosialtjenesteloven §§ 6A-9 og 9-10 og smittevernloven § 5-9.

Tidligere skulle anker over by- eller herredsstens dom behandles direkte i Høyesterett, dog slik at dette etter særskilt bestemmelse i sosialtjenesteloven § 9-10 fjerde ledd ikke gjaldt saker etter sosialtjenesteloven. Gjennom innbyrdes henvisninger var det samme bestemt for saker etter barnevernloven og smittevernloven. Etter endring ved lov av 29. april 2000, i kraft fra 1. juli 2000, ble dette vedtatt som den generelle ordningen, slik at de alminnelige instansregler om anke gjelder for alle saker etter kapittel 33, også tvangsvedtak etter den gamle lov om psykisk helsevern og etter nye psykisk helsevernloven. Det samme vil være tilfelle for tvangstiltak overfor psykisk utviklingshemmete med hjemmel i sosialtjenesteloven kapittel 6A, jf. ovenfor i II.19.2.2.3. Om bakgrunnen for endringen heter det i Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 40:

«Departementet gjorde i høringsbrevet 6 mars 1996 framlegg om å endre ankeordninga etter tvistemålslova kapittel 33 ...

Etter tvistemålslova § 485 går anker over herads- eller byrettens avgjerder etter tvistemålslova kapittel 33 direkte til Høgsterett. I og med at lagmannsretten er ankeinstans etter sosialtjenestelova § 9-10, er det likevel berre for avgjerder etter psykiatrilovgjevinga at Høgsterett er direkte ankeinstans. I høringsbrevet

gjorde departementet framlegg om at tvistemålslova § 485 skulle endrast slik at lagmannsretten generelt skal vere ankeinstans etter tvistemålslova kapittel 33.

Bakgrunnen for endringa var at Høgsterett i brev til Justisdepartementet 18 juni 1987 tok til orde for at ordninga med direkte anke til Høgsterett etter tvistemålslova kapittel 33 burde avskaffast. Grunngevinga til Høgsterett var at føring av bevis for denne i stor grad vil skje middelbart, altså ikkje direkte for Høgsterett, noko som tilseier at Høgsterett vil vere varsam med å fråvike førsteinstansen si bevisvurdering. Høgsterett hadde først og fremst barnevernsakene i tankane, sjølv om framlegget var generelt utforma. På bakgrunn av desse synspunkta frå Høgsterett og seinare lovendringar på dei fleste rettsområde der reglane i tvistemålslova kapittel 33 vil gjelde, gjorde departementet såleis framlegg om at ordninga med direkte anke til Høgsterett etter § 485 vert avskaffa.

Alle høyringsinstansane som uttaler seg om spørsmålet står framlegget. Desse er Sosial- og helsedepartementet, Statens helsetilsyn, Borgarting lagmannsrett, Hålogaland lagmannsrett, Oslo byrett, Trondheim byrett, Regjeringsadvokaten, Den norske Dommerforening og Den Norske Advokatforening. Statens helsetilsyn uttaler at framlegget truleg vil:

«... styrke rettssikkerheten til de som er utsatt for tvangsinngrep at anke går til lagmannsretten. En slik endring vil også innebære mulighet til overprøving i et ekstra ledd.»

Departementet meiner at framlegget bør følgjast opp og viser til grunngevinga i høyringsbrevet, jf ovanfor.»

Spørsmålet er om den ordning som nå er etablert, skal videreføres som den er, slik at alle saker om rettslig prøving av administrative tvangsvedtak altså starter i tingretten, og deretter kan ankes til lagmannsrett og eventuelt Høyesterett. Av betydning her er det at man i NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge, har foreslått en endring for så vidt gjelder søksmål om fylkesnemndas vedtak etter barnevernloven. Forslaget går ut på at disse sakene skal starte i lagmannsretten, med mulighet for anke til Høyesterett (innstillingen side 238). Begrunnelsen er i korthet at saksbehandlingen ved fylkesnemndene anses som så betryggende at man av hensyn til en rask saksbehandling frem til endelig avgjørelse, bør kunne hoppe over den ordinære førsteinstans. Det heter også (innstillingen side 196):

«Dette vil i noen grad sikre ro og forutsigbarhet for barnet. Det vil ikke innebære noen vesentlig innskrenkning i foreldres rettssikkerhet, at de mister herreds- eller byrett som instans

ved overprøvelse. Etter forgieves å ha brakt en sak inn for lagmannsretten, eventuelt også for Høyesterett, vil foreldre i omsorgsovertakelsessaker, etter ett år, kunne kreve ny sak i fylkesnemnda jf. § 4-21.»

Forslaget er i samsvar med det som i sin tid ble foreslått av Sosialtjenesteutvalget, se NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv. side 301. Dette ble imidlertid forkastet av Sosialdepartementet, se Ot. prp. nr. 29 (1990-91) side 138 – 139. Departementet viste bl.a. til at:

«På denne måten unngås det at fylkesnemnda får karakter av særdomstol. Departementet antar at herreds- eller byretten gjennomgående vil kunne behandle sakene hurtigere enn lagmannsretten. Det er videre grunn til å tro at en del sakene ikke vil bringes videre til lagmannsrett, eventuelt Høyesterett.»

Forholdet til andre vedtak truffet av fylkesnemndene er ikke vurdert i forbindelse med forslaget i NOU 2000: 12. Etter Tvistemålsutvalgets syn er imidlertid vanskelig å komme utenom at om man først mener at fylkesnemndenes vedtak i barnevernsaker skal overprøves direkte ved lagmannsretten, bør også øvrige vedtak truffet av fylkesnemndene behandles slik.

Saksbehandlingen ved fylkesnemndene ligger tett opp til domstolenes. Fra et rettssikkerhetssynspunkt er det derfor ikke åpenbare betenkeligheter knyttet til å hoppe over den ordinære førsteinstans, dersom andre grunner taler for en slik løsning. Var det slik at det alt vesentlige av disse sakene ble brakt inn for lagmannsrettene gjennom anke over tingrettens dom, ville hensynet til en raskere endelig avgjørelse og den samlede ressursinnsatsen, tilsi at sakene burde starte i lagmannsretten. Statistikken viser imidlertid at ankefrekvensen er forholdsvis moderat: I 2000 innkam det i alt 616 saker om administrative tvangsvedtak for by- eller herredsrettene, hvorav 393 var barnevernsaker. Lagmannsrettene mottok samme år i alt 130 saker om administrative tvangsvedtak, hvorav 98 var barnevernsaker.

Tids- og ressursaspektet er således ikke noe vesentlig argument for at disse sakene bør starte i lagmannsretten. Tvert i mot gir statistikken grunnlag for å anta at for de saker som blir endelig avgjort etter behandling i én rettsinstans – og det er som nevnt det store flertallet – vil behandlingen kunne skje raskere ved tingrettene, enn ved lagmannsrettene, sml. også Ot.prp. nr. 29 (1990-91) side 138 – 139. Følger man den alminnelige instansordningen, vil antallet ankesaker for lagmannsret-

tene også kunne reduseres noe i fremtiden, ved at lagmannsretten på nærmere vilkår kan nekte samtykke til anke, se utkastet § 11-13(2). Hensynet til de private parter, taler også for at saken starter i tingretten, fremfor i lagmannsrett. Reiseavstandene blir for mange kortere, tersklene for søksmål kanskje noe lavere, og det vil i prinsippet være mulig med prøving av saken i tre rettsinstanser, i tråd med det som er ordningen i andre sivile saker, sml. begrunnelsen for å oppheve regelen i tvistemålsloven § 485 om direkte anke til Høyesterett i Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 40.

Fylkesnemndene er forvaltningsorganer, og deres vedtak er forvaltningsvedtak. Med noen få unntak er fylkesnemndene også første, administrative instans. På dette siste punktet skiller fylkesnemndene seg for eksempel fra Trygderetten. Det skal etter Tvistemålsutvalgets vurdering svært mye til for å akseptere at organer av denne typen – om ikke formelt, så i realiteten – integreres i domstolssystemet, ved at deres avgjørelser kan bringes direkte inn for lagmannsretten. Tvistemålsutvalget finner i denne forbindelse grunn til å peke på at en slik endring kunne bidra til et økt press for tilsvarende ordninger i forhold til andre, høyt spesialiserte forvaltningsorganer. Foruten de prinsipielle betenkelighetene ved dette, ville en slik utvikling også kunne bidra til å svekke tingrettenes stilling, og være vanskelig å forene med lagmannsrettenes oppgaver som ankedomstoler.

I den grad det er ønskelig med en omlegging, må dette skje åpent og i tråd med grunnfestete prinsipper om skillet mellom administrative og dømmende organer. Tvistemålsutvalget går ikke nærmere inn på de aktuelle alternativene i så måte; at fylkesnemndenes oppgaver overføres til domstolene i første instans, eller at fylkesnemndene omdannes til særdomstoler. Utvalget er ikke sammensatt med sikte på å vurdere slike mer gjennomgripende revisjoner av beslutningssystemet innenfor helse- og sosialsektoren, og legger – som nevnt innledningsvis – til grunn de føringer som allerede er gitt av Strukturutvalget og Justisdepartementet, slik disse kommer til uttrykk i henholdsvis NOU 1999: 22 og St.meld. nr. 23 (2000-2001).

#### 19.2.4.4 Rettens sammensetning

Tvistemålsloven kapittel 33 inneholder ikke regler om rettens sammensetning. De enkelte hjemmelsover anviser imidlertid bruk av meddommere i stor utstrekning, jf. ovenfor i II.19.2.2.3.

Etter Tvistemålsutvalgets oppfatning bør disse reglene gjøres mer generelle, slik at tingretten alltid skal settes med meddommere, uavhengig av

tvangsvedtakets karakter, og også uavhengig av om partene krever meddommere. Allerede sammensetningen i de forvaltningsorganer hvis vedtak skal prøves, tilsier en slik forsterkning av retten. Tvangssakenes tema er dessuten svært ofte knyttet opp til sammensatte vurderinger og avveininger både av faglig og allmennmenneskelig art, og hvor meddommere – fagkyndige og lege – hver på sin måte, vil kunne yte vesentlige bidrag. I relasjon til det siste, er det grunn til å peke på at retten har full kompetanse i disse sakene. Dette innebærer bl.a. at retten skal prøve den faglige skjønnsutøvelsen som ligger til grunn for det omtvistete vedtaket, og eventuelt også selv treffe nytt vedtak. Tvistemålsutvalget antar også at bruk av meddommere i tvangssaker vil bidra til å styrke avgjørelsens legitimitet, både ovenfor den som rammes, og i samfunnet for øvrig.

Tvistemålsutvalget er blitt stående ved at retten som hovedregel bør settes med to meddommere, og at det bør være opp til retten å avgjøre om en eller begge skal være fagkyndige. Fra tid til annen kan det imidlertid være ønskelig med en ytterligere forsterket sammensetning, for eksempel fordi saken er spesielt vanskelig eller dreier seg om tvangsvedtak med uvanlig vidtrekkende konsekvenser. I slike tilfeller bør det for tingretten åpnes for at retten settes med i alt 4 meddommere, hvorav to er fagkyndige. Spørsmålet avgjøres av retten, men det bør legges betydelig vekt på partenes oppfatning.

Etter utvalgets vurdering bør det også delta meddommere ved anke til lagmannsretten. Etter gjeldende lovgivning skal lagmannsretten i mange av disse sakene settes med fire meddommere, i tillegg til de tre juridiske dommere. Etter Tvistemålsutvalgets vurdering bør antallet meddommere i lagmannsretten begrenses i forhold til dette, slik at man i tillegg til de juridiske dommere setter retten med to meddommere. Om dette skal være fagkyndige meddommere bør overlates til lagmannsretten selv om avgjøre i den enkelte sak, avhengig av hvor stort behov det konkret er for å sette retten med fagkyndige meddommere. Finner den saksforberedende dommer at retten bør settes både med fagkyndige og lege meddommere, bør det dessuten være adgang til å sette retten med en av hver.

En utstrakt bruk av fagkyndige meddommere har sine betenkeligheter. Antallet fagkyndige som kan gjøre tjeneste er begrenset, og det kan derfor vise seg vanskelig å få tvangssakene avvirket innenfor de tidsrammer som loven forutsetter. Til dette kommer at det er en risiko for at det er den samme gruppe personer som går igjen som hen-

holdsvis sakkyndige medlemmer av fylkesnemndene, og som fagkyndige meddommere i tingretten og i lagmannsrettene, med de prinsipielle betenkeligheter dette innebærer. Inhabilitetsreglene i domstolloven § 108 vil bare i begrenset grad avhjelpe dette. For å sikre en reell og uavhengig rettslig prøving, anser Tvistemålsutvalget det derfor påkrevd at sakkyndige som står i fylkesnemndenes utvalg ikke skal kunne brukes som fagkyndige meddommere. Den samme regel bør gjelde for personer som står i utvalget for smittevernnemnda, eller som er medlemmer av en kontrollkomisjon for det psykiske helsevern, se forslaget til ny § 33-4(3). Regelen bør imidlertid ikke være begrenset til de fagkyndige meddommere, men også omfatte fagdommere og meddommere som ikke er fagkyndige.

#### 19.2.4.5 Søksmålsfrist

Tvistemålsloven kapittel 33 inneholder ingen frist for å reise søksmål. For vedtak truffet med hjemmel i sosialtjenesteloven gjelder det derimot en søksmålsfrist på to måneder, beregnet fra den dag da den som kan reise sak fikk melding om vedtaket, se § 6A-9 tredje ledd og § 9-10 tredje ledd. Det samme vil da gjelde for søksmål om vedtak truffet med hjemmel i barnevernloven, jf. § 7-1 bokstav i, som viser til sosialtjenesteloven § 9-10, herunder til fristregelen i tredje ledd. I smittevernloven § 5-9 er der derimot ikke vist til sosialtjenesteloven § 9-10 tredje ledd, og her gjelder det følgelig ikke noen søksmålsfrist. Heller ikke psykisk helsevernloven § 7-1 inneholder noen søksmålsfrist.

Tvistemålsutvalget ser ikke nå grunn til å revurdere spørsmålet om behovet for søksmålsfrister for de enkelte vedtakstyper. Dagens regler foreslås derfor videreført, også slik at fristreglene følger av den enkelte særlov, ikke av de allmenne reglene for tvangssaker som tas inn i den nye tvistemålsloven.

Det fremgår av forarbeidene til sosialtjenesteloven at søksmålsfristen på to måneder ble valgt under henvisning til den alminnelige ankefristen som den gang gjaldt, se NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester mv. side 301 og Ot.prp. nr. 29 (1990-91) side 139. I forbindelse med at den alminnelige ankefrist ble forkortet til en måned, var man inne på spørsmålet om dette også burde medføre en forkortelse av ulike søksmålsfrister, bl.a. fristen i sosialtjenesteloven § 9-10 tredje ledd. Departementet fant imidlertid ikke grunn til å vurdere dette spørsmålet i «denne omgang», se Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 22.

Den opprinnelige koblingen mellom søksmåls-

fristen og den alminnelige ankefrist tilsier i og for seg at søksmålsfristen i sosialtjenesteloven § 9-10 forkortes tilsvarende. Utvalget har likevel ikke funnet å ville foreslå en slik endring nå. Spørsmålet om søksmålsfristens lengde bør vurderes ut fra hvilken tid som saklig sett er formålstjenlig. Det er ikke gitt at den alminnelige ankefristen er fullt ut treffende i så henseende.

#### 19.2.4.6 Behandling av andre krav i samme sak

Etter dagens regler er det ikke adgang til å trekke inn andre krav i en sak som skal behandles etter tvistemålsloven kapittel 33, for eksempel krav om erstatning på grunn av urettmessig frihetsberøvelse. Slike krav må eventuelt behandles i særskilt sak, etter de alminnelige regler.

Tvistemålsutvalget har vurdert en oppmykning her, sml. regelen i den danske retsplejelov § 469, stk. 6 hvor det heter:

«Krav om erstatning af det offentlige for ulovlig frihetsberøvelse skal efter begjæring pådømmes under sagen om frihetsberøvelsens lovlighed. Retten kan dog utskyde erstatningsspørgsmålet til behandling efter avgjørelsen om frihedsberøvelsens lovlighed.»

Utvalget har imidlertid blitt stående ved at det ikke er tilrådelig å åpne for dette. Siktemålet med de særlige reglene er å få en avgjørelse i forhold til selve tvangsvedtaket. De regler som foreslås for saksbehandlingen, prøvingstema og prøvingsintensitet, er tilpasset dette. For den private part ville en regel om at eventuelle erstatningskrav kunne trekkes inn, i og for seg være en fordel, særlig mht. omkostningsspørsmålet. En slik regel ville imidlertid virke unødig tvisteskapende, og bidra til å vidløftiggjøre saken.

Etter Tvistemålsutvalgets syn bør derfor eventuelle erstatningskrav behandles som egen sak etter de alminnelige regler, slik ordningen også er i dag. Kostnadsspørsmålet bør også løses etter de alminnelige regler, kombinert med adekvate regler for fri sakførsel, se ovenfor i punkt II.19.2.4.2 og forslaget til endring av rettshjelploven § 18.

#### 19.2.4.7 Dommens virkninger

Dersom retten kommer til at et tvangsvedtak ikke kan opprettholdes, står vedtaket etter dagens regler ved lag til det foreligger rettskraftig dom, med mindre retten bestemmer at dommen skal ha foregripet tvangskraft i henhold til tvistemålsloven



§ 148. Regelen i § 477 gir dessuten retten adgang til å bestemme utsatt effektivering av det omtvistede vedtaket. Avgjørelse om dette kan treffes på et hvert trinn, herunder i forbindelse med avgjørelsen av hovedsaken og ved anke, jf. Rt. 2000 side 1530. Før ankesaken er oversendt ankeinstansen ligger kompetansen hos den rett som har avsagt dommen. Etter dette tidspunkt avgjøres spørsmålet i ankeinstansen, se nærmere Schei side 1205.

Etter Tvistemålsutvalgets oppfatning er det grunn til å ha en særlig regel om foregripen virkning for tvangssakene, se utkastet § 33-9. Særlig gjelder dette i forhold til saker om frihetsberøvelse, hvor EMK artikkel 5(4) forutsetter at vedkommende skal løslates dersom retten finner at frihetsberøvelsen ikke er lovlig. Dette innebærer også en forutsetning om at dommen normalt gis foregripen virkning, jf. i første rekke E, Series A No. 181-A, sml. ovenfor i II.19.2.3.2.8.

Tvistemålsutvalget ønsker imidlertid ikke å begrense en slik regel til saker som gjelder frihetsberøvelse. Utgangspunktet i alle tvangssaker bør være at dersom retten finner at det ikke er grunnlag for tvangstiltaket, så skal dette også falle bort umiddelbart. Det bør likevel være adgang til å bestemme at dommen ikke skal ha umiddelbar virkning, i tilfeller der det foreligger særlige tungtveiende grunner, se § 33-9(2). Det ligger i sakens natur at en slik unntaksbestemmelse må anvendes med stor varsomhet. Men regelen kan for eksempel være aktuell i barnevernsaker hvor det er knyttet mer enn vanlig usikkerhet til hva som er det beste for barnet, og hvor det av hensyn til mest mulig ro og stabilitet kan være grunn til å avvende rettskraftig dom før man for eksempel iverksetter flytting og lignende tiltak som bare med store belastninger kan reverseres.

#### 19.2.4.8 Adgangen til å reise ny sak

Etter gjeldende lov er det noe uavklart om ny administrativ prøving er et vilkår for ny sak. Dette er i praksis lagt til grunn for saker etter barnevernloven, jf. Rt. 1994 side 1669. I teorien er det også tatt til orde for at et slikt vilkår bør innfortolkes i

tvistemålsloven § 486 om karenstid, jf. Schei side 1215.

Tvistemålsutvalget mener at det bør gjelde et slikt generelt vilkår, og foreslår at dette kommer direkte til uttrykk i loven. Dette vil også gjøre det unødvendig å ha en særskilt karenstid fastsatt i tvisteloven, slik tilfellet er i dag, se tvistemålsloven § 486. Avgjørende for adgangen til å reise nytt søksmål vil være om saken er behandlet på nytt administrativt, etter begjæring eller ex officio. I denne forbindelse pekes det på at det for de vedtak som har en slik varighet at ny sak fremstår som praktisk, gjelder det uansett karenstid for den administrative behandlingen. Av barnevernloven § 4-21 andre ledd følger det at en part ikke kan kreve ny sak om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse dersom saken har vært behandlet av fylkesnemnda eller domstolene de siste tolv månedene. I psykisk helsevernloven § 6-4 åttende ledd er det fastslått en karenstid på seks måneder siden forrige klage til kontrollkommissjonen. Når den allmenne karenstiden i tvistemålsloven § 486 ikke videreføres, bør det gjøres en tilføyelse i psykisk helsevernloven, slik at karenstiden der også gjelder i saker som har vært behandlet ved domstolene, sml. den tilsvarende regel i barnevernloven § 4-21.

Når ny administrativ behandling stilles som vilkår for ny sak, avtar antagelig behovet for regelen i § 486 andre ledd om forenklet saksbehandling i tilfeller der retten finner at det ikke foreligger nye opplysninger eller bevis av betydning. Allerede etter gjeldende rett har bestemmelsen et snevert virkeområde, i det en rimelig mulighet for at det foreligger nye opplysninger eller bevis av betydning er tilstrekkelig til å utelukke summarisk behandling, jf. Schei side 1215. Etter Tvistemålsutvalgets syn er det liten grunn til å videreføre denne bestemmelsen, dels tatt i betraktning at den nye administrative behandlingen i praksis ofte vil tilføre saken noe nytt, og dels tatt i betraktning de muligheter for en sakstilpasset behandling som følger av utvalgets forslag til alminnelige saksbehandlingsregler, og som også kommer til anvendelse i tvangssakene.

## Kapittel 20

# Saksomkostninger, omkostningsdekning og omkostningsnivå

### 20.1 Innledning – ulike hensyn og problemstillinger

Temaet saksomkostninger i sivile søksmål reiser en rekke vanskelige og sammensatte spørsmål og problemstillinger. Dette er dels grunnleggende problemstillinger, f.eks. om en part bør ha ansvar for motpartens saksomkostninger, og i tilfelle i hvilke situasjoner og for hvilke omkostninger. Men det er også – det som iallfall kan synes å være – mer «teknisk» pregete spørsmål, som hvordan reglene kan og bør utformes slik at de er enkle å praktisere og i seg selv ikke blir prosesskapende. Det siste kan illustreres med dagens regler. De er til dels kompliserte å håndtere i praksis, og saksomkostningsavgjørelsene er i stor grad gjenstand for bruk av rettsmidler.

En rekke hensyn har betydning ved utformingen av saksomkostningsreglene. Det er nødvendig å ha for øye at saksomkostninger – og saksomkostningsregler – i mange sammenhenger må antas å ha viktige handlingsdirigerende virkninger. Slike virkninger kan være fra det helt grunnleggende, at risiko for å bli ilagt et betydelig omkostningsansvar ved søksmål kan føre til at parter avstår fra å reise sak. Det vil være uheldig dersom sakene er vel fundert, og det er et behov for å få løst tvistene. Men det kan ha den gode virkning at dårlig funderte saker ikke blir forfulgt for domstolene. Det kan også virke slik at partene søker å få løst sine tvister uavhengig av rettsapparatet, noe som vil være en god ordning hvis det ikke innebærer at en part får utnyttet situasjonen på urimelig måte.

Det kan også vises til en mer begrenset effekt av saksomkostningsregler. I mange saker vil det kunne påløpe betydelige omkostninger under saksforberedelsen gjennom ulike prosesshandlinger. Det kan f.eks. være tvister om dokumentfremleggelse, avskjæring av bevis, avvisning av krav mv. Her vil det være et valg mellom omkostningsregler som går ut på at omkostningene ved slike rettergangsskritt skal avgjøres særskilt, og da gjerne etter utfallet av vedkommende prosessuelle tvist, og omkostningsregler som går ut på at omkostningene skal inngå i de mer generelle saksomkostninger, og gjerne avgjøres ut fra utfallet av de krav

som utgjør den egentlige tvistegjenstand i saken. En regel som den først nevnte, vil i høyere grad enn den andre kunne minske lysten for partene til under saksforberedelsen å fremme krav om rettergangsskritt som det ikke er grunnlag for, og tilsvarende dempe lysten for partene til på uholdbart grunnlag å motsette seg prosessuelle krav.

Ved vurderingen av den handlingsdirigerende effekt av saksomkostningsreglene, er det viktig å være oppmerksom på at virkningene av et omkostningsansvar vil kunne være svært ulikt for partene. For en forretningsdrivende vil slike omkostninger ofte være regulære driftsutgifter. De vil være fradragberettiget på linje med andre utgifter, og kan være av liten betydning i den totale drift. For andre parter vil utgiftene kunne være meget følelige og kanskje ødeleggende.

Selv om risiko for omkostninger kan ha en effekt i å holde uholdbare krav borte fra domstolsapparatet, er det likevel, som påpekt flere steder i utvalgets utredning, viktig at domstolsterskelen ikke blir for høy. Dette hensynet er sentralt når saksomkostningsreglene vurderes. Et annet viktig hensyn er at reglene må være «rettferdige». Ett element her – vil mange mene – vil være at den som er nødt til å gå til domstolene for å få sin rett akseptert, og som vinner frem i søksmålet, normalt må kunne kreve at den som har nødvendiggjort søksmålet, dekker omkostningene. Men i rettferdighetsvurderingen, og hvor langt den bør føre til at den som vinner saken får dekket saksomkostningene, må det tas i betraktning at bakgrunnen for søksmål kan være vidt forskjellig. Et søksmål kan mer eller mindre være foranlediget av opptreden fra den som vinner saken. Det kan bero på at partene før saken ikke har hatt skikkelig kontakt med henblikk på å komme frem til enighet. Slike forhold kan tilsi at det bør gjøres unntak fra en hovedregel om at den som vinner saken har krav på å få dekket sine omkostninger. Enkelte «maktstrukturer» driver virksomhet som ut fra virksomhetens karakter tilsier at de vil komme i konflikter med andre, og at det vil bli behov for rettsapparatets hjelp for å få avklart rettigheter og plikter. Det kan tale for at den som driver virksomheten i noen grad bør ta omkostningene ved sakene

som en driftsutgift, til dels uavhengig av sakens utfall.

Et viktig hensyn ved utformingen av reglene er at de bør være enkle. Det er et hensyn som generelt kommer inn ved regelutforming, og det gjelder i høy grad for saksomkostningsreglene. Nokså generelt må det kunne sies at dagens regler om saksomkostninger ikke er så enkle som ønskelig er. De reiser en rekke vanskelige tolkningsspørsmål, og reglene er i betydelig grad prosesskapende. Men, som utvalget kommer til, reglene må til dels ha en ganske høy detaljeringsgrad, og det er her ikke så lett å forenkle uten at det går ut over andre vesentlige hensyn, som f.eks. forutberegnelighet i avgjørelsene. Det er også et annet aspekt ved dagens regler som gjør reglene mer kompliserte enn de kan se ut til. En del viktige regler for omkostningsfastsettelsen fremgår ikke av reglene selv, men er nedfelt i en omfattende rettspraksis. Å gjøre saksomkostningsreglene uttømmende slik at de kan forstås fullt ut uten å måtte ses i lys av andre rettskilder – som rettspraksis – er knapt gjørlig. Men det er likevel enkelte viktige regler for omkostningsfastsettelsen som i dag er ulovfestet, og som bør regelfestes.

Et vesentlig hensyn ved utformingen av saksomkostningsreglene er behovet for forutberegnelighet. Det er viktig for partene så langt som mulig å kjenne prosessrisikoen. Det vil generelt fremme at de foretar rasjonelle valg i prosessen.

Tre av de viktige hensynene ved utformingen av saksomkostningsreglene kan altså sammenfattes i stikkordene rettferdighet/rimelighet, enkelhet og forutberegnelighet. I noen grad vil disse hensynene være sammenfallende, men, som allerede nevnt, de vil også i atskillig grad kunne være motstridende. F.eks. vil rettferdighet og forutberegnelighet hver for seg kunne virke sammen med hensynet til enkelhet. Saksomkostningsreglene kunne utformes som et meget enkelt regelsett dersom fastsettelsen og utmålingen ble overlatt til det som retten fant rimelig. Det samme kunne gjøres om man ble stående ved en regel om at en part som vant saken i det vesentligste, unntaksfritt hadde krav på saksomkostninger, men også bare da, og at alle omkostninger som var påløpt skulle erstattes om det var grunnlag for å tilkjenne omkostninger. Problemet med det første regelsettet som er skissert, er at det blir meget liten forutberegnelighet i omkostningsfastsettelsen. Hva som er rimelig vil kunne være skjønnsbestemt og avhengig av subjektive vurderinger som vil variere fra person til person. Problemet med det andre regelsettet er at det vil åpne for løsninger som til dels vil kunne være sterkt urimelige.

Som tidligere påpekt er tvistemålslovens saksomkostningsregler kompliserte og i atskillig grad prosessdrivende. Tvistemålsutvalget mener det er viktig å gjøre noe med dette. På den annen side vil en høy grad av enkelhet i regelverket, som påpekt ovenfor, ha en betydelig pris, enten ved at reglene i mange tilfeller vil kunne gi sterkt urimelige løsninger i enkelttilfeller eller ved at forutberegneligheten ved omkostningsavgjørelsen vil bli dårlig. Tvistemålsutvalget mener at man ikke kommer utenom å utforme saksomkostningsreglene i lys av så vel rimelighet, som forutberegnelighet og av at regelsettet ikke må bli for komplisert.

Ved reglene om utmåling av saksomkostninger kommer til dels de samme hensyn inn som ved reglene om når saksomkostninger skal tilkjennes. Men det er også andre hensyn. Ett av disse er at omkostningsreglene ikke bør utformes slik at den kostnadsspiralen som har kjennetegnet sivile søksmål de siste årtier, ytterligere skyter fart. I det hele vil det være viktig å ha for øye hensynet til behovet for å dempe omkostningspresset. Men på den annen side må dette avveies mot det hensyn som ofte er helt sentralt, at den som tilkjennes saksomkostninger vanligvis bør få dekket sine reelle utgifter til prosessen. En begrensning synes særlig å være aktuell i forhold til dagens regler. Det er en proporsjonalitetsbegrensning. Det bør være et vilkår for å få dekket en omkostning at det har vært rimelig å pådra den hensett til betydningen av saken. Det vil si at det ikke er nok at en omkostning var nødvendig i den forstand at dette leddet i saksopplegget til parten vil støtte opp under hans sak – omkostningene må også stå i rimelig forhold til det saken gjelder.

Når det gjelder saksomkostningsreglenes betydning for omkostningsnivået generelt og i den enkelte sak, er det likevel grunn til å understreke at det ikke bare er, kanskje heller ikke først og fremst, gjennom disse reglene at omkostningsnivået skal søkes dempet. Dette bør særlig søkes oppnådd ved utformingen av behandlingsreglene ellers. Disse bør, så langt det er forenlig med krav til forsvarlig saksbehandling, legge opp til en kostnadseffektiv behandling hvor omkostningene står i et rimelig forhold til de verdier saken gjelder.

Det er altså en rekke hensyn som kommer inn ved utformingen av saksomkostningsreglene. Det oppstår på mange punkter viktige valg mellom ulike regler, hvor én regel ikke vil være mer objektivt riktig enn en annen. Valget må treffes ut fra hensyn av den type som er skissert foran. Som påpekt vil disse hensynene kunne være motstridende. Det er viktig å være seg dette bevisst ved regelutformingen og ved vurderingen av reglene.

## 20.2 Dagens regler om saksomkostninger

Twistemålslovens regler om saksomkostninger anvendes for alle typer tvister som helt eller delvis behandles etter tvistemålslovens regler, dersom det for den aktuelle typen tvist ikke er gitt andre saksomkostningsregler. Om «forvaltningsliknende» avgjørelser er lagt til domstolene, må utgangspunktet være at tvistemålslovens regler får anvendelse, med mindre det er gitt egne omkostningsregler, jf. som eksempel på dette tinglysingsloven § 10 fjerde ledd. Det kan også være grunnlag for å ilegge staten omkostningsansvar etter analogi fra forvaltningsloven § 36, jf. Rt. 1997 side 1251 som gjaldt ileggelse av konkurskarantene. Karantenen ble etter kjæremål opphevet av lagmannsretten og staten ble holdt ansvarlig for omkostningene ved kjæremålet. Det er en forutsetning at avgjørelsen er av rent forvaltningsmessig karakter, jf. Rt. 1999 side 1595. Tvangsavvikling av et selskap etter reglene i aksjeloven er av slik karakter, jf. Rt. 1999 side 1079, men derimot ikke konkursåpning etter reglene i konkursloven, jf. Rt. 1999 side 1118. En analogisk anvendelse av forvaltningsloven § 36 åpner for en nyansert bedømmelse av hver sak, jf. Rt. 1999 side 1595 og Rt. 1999 side 1079. Det er etter gjeldende rett ingen hjemmel for å ilegge staten omkostningsansvar der feil en domstol gjør pådrar sakens parter ekstra omkostninger, med mindre det – som påpekt ovenfor – er avgjørelser av rent forvaltningsmessig karakter eller forholdet omfattes av erstatningsreglene i domstolloven §§ 200 og 201. Twistemålsutvalget vil i avsnitt II.20.8 nedenfor drøfte om det bør innføres noen hjemmel for dette.

Reglene om saksomkostninger er inntatt i tvistemålsloven kapittel 13. Det finnes i loven også enkelte andre, spredte regler om eller av betydning for saksomkostninger, uten at det redegjøres for disse her. Av reglene i kapittel 13 gjelder §§ 169 til 171 utgifter til rettergangsskritt. § 169 gjelder hvilken av partene som er ansvarlig overfor retten, § 170 gjelder betalingstidspunkt, virkninger av ikke-overholdelse mv., mens § 171 gjelder fordeling av utgifter til rettergangsskritt mellom partene. De sentrale regler om utgifter til rettergangsskritt står i rettsgebyrloven av 17. desember 1982 nr. 86. Dels regulerer disse regelsettene de samme spørsmål på samme måte. F.eks. bestemmer § 169 at den part som begjærer et rettergangsskritt foretatt, skal utrede kostnadene ved det, mens rettsgebyrloven § 2 bestemmer at rettsgebyret betales av den som har begjært det foretatt.

Twistemålsutvalget har i avsnitt II.20.3 nedenfor

foreslått at det som i dag er regulert i tvistemålsloven §§ 169 til 171 ikke tas inn i en ny tvistelov, men i rettsgebyrloven. Det redegjøres noe for §§ 169 til 171 i forbindelse med de foreslåtte endringer i rettsgebyrloven.

Twistemålsloven §§ 172 til 182 regulerer partenes ansvar for, og rett til, saksomkostninger. For en part som er innvilget fri sakførsel etter rettshjelploven, vil eventuelt saksomkostningsansvar overfor motparten ikke dekkes av bevillingen til fri sakførsel. Det kan i unntakstilfelle og etter særskilt søknad gjøres unntak fra dette slik at også påløpt omkostningsansvar dekkes, jf. rettshjelploven § 24 tredje ledd. Justisdepartementet har i St.meld. nr. 25 (1999-2000) punkt 12.4.8 opplyst at det føres en restriktiv praksis i disse sakene. Justisdepartementet har i praksis lagt til grunn at bare den part som har fri rettshjelp kan inngi søknad etter § 24 tredje ledd, og ikke også den part som har blitt tilkjent saksomkostninger. Det fremgår av St.meld. nr. 25 (1999-2000) at departementet vil foreslå en lovendring, slik at motparten får en selvstendig rett til å søke om dekning.

Skal en part tilkjennes saksomkostninger, må han nedlegge påstand om dette, jf. tvistemålsloven § 85. Det er også parten som plikter å dekke saksomkostninger som ilegges, og ikke f.eks. en lovlig stedfortreder eller en prosessfullmektig som opptre for parten. Herfra har det i praksis vært gjort unntak dersom et selskap er part som er uten evne til å dekke saksomkostningene og nærmere angitte subjektive forhold kan legges den/dem som opptrådte på vegne av selskapet til last, jf. Schei side 547 med videre henvisninger.

De sentrale materielle regler om saksomkostninger er tvistemålsloven §§ 172 til 175. Hvilken bestemmelse som skal anvendes beror på sakens utfall. Saksomkostninger vurderes under ett for avgjørelsen av samtlige av de krav som er tvistegjenstander i saken. Hovedsøksmål og motsøksmål vurderes imidlertid hver for seg. Det samme gjelder anke og motanke, kjæremål og motkjæremål. Er det ellers flere saker som behandles samlet og/eller flere parter, skal vilkårene for og utmåling av saksomkostninger vurderes for hver enkelt sak og hver enkelt part. Rett til saksomkostninger dekker som hovedregel alle partens kostnader ved behandlingen av saken, herunder også behandling av prosessuelle krav, sidekrav mv. Unntak fra hovedregelen må imidlertid gjøres. Dersom et avvisningsspørsmål påkjæres, skal saksomkostninger for behandlingen av dette for alle instanser avgjøres særskilt og ut fra utfallet av avvisningskravet. Tilsvarende unntak gjelder når prosessledende kjennelser påkjæres. Utgiftene ved kjæremålet skal

da avgjøres særskilt og utfra utfallet av kjæremåls-saken, se Schei side 549 med videre henvisninger. Omkostninger for sidekrav, f.eks. krav om midlertidig avgjørelse etter barnelova § 38, midlertidig forføyning mv., skal etter praksis avgjøres utfra utfallet av sidekravet. For en sak som behandles i flere instanser, skal omkostningene vurderes selvstendig for hver instans, og ikke under ett for flere instanser. Den overordnede domstol skal ved fastsettelsen av omkostninger for den underordnede domstol legge sitt materielle resultat til grunn, jf. Rt. 1992 side 725. Vurderingen av sakens utfall må da skje mot partenes påstander i underinstansen. Vurderingen av om unntaksbestemmelser, f.eks. i § 172 annet ledd skal anvendes, kan imidlertid falle ulikt ut for førsteinstansen og ankeinstansen. Dersom saken avgjøres av flere dommere, skal hver dommer ta stilling til saksomkostningsspørsmålet ut fra sitt standpunkt til tvistegenstanden.

Twistemålsloven § 172 første ledd får anvendelse når en av partene har tapt saken «fullstendig». Hovedregelen er da at vedkommende skal pålegges å dekke motpartens saksomkostninger, jf. § 172 første ledd. Motsetningsvis innebærer det at den part som har vunnet «fullstendig» har krav på å bli tilkjent saksomkostninger. Etter unntaksregelen i § 172 annet ledd kan den tapende part fritas fra å dekke motpartens saksomkostninger slik at hver av partene bærer sine egne omkostninger. Det er etter § 172 ikke adgang til å tilkjenne delvise saksomkostninger. I noen få, særegne tilfeller kan en part som har tapt saken fullstendig tilkjennes saksomkostninger, jf. § 173.

Utgangspunktet er at en part har tapt saken fullstendig når motparten har fått medhold i alle krav som er fremsatt og i samsvar med sin prinsipale påstand. Taper den ene parten praktisk talt fullt ut, men dog slik at han vinner på et mindre punkt, er saken ikke tapt fullstendig. Domsresultatet skal sammenholdes med påstand i stevning og tilsvarende med eventuelle senere utvidelser. Det er ikke tilstrekkelig at resultatet er i samsvar med påstanden slik den lyder etter at krav er frafalt eller redusert. Om den vinnende part får et like godt resultat ved at den subsidiære påstanden tas til følge som om den prinsipale påstanden hadde ført frem, er uten betydning, jf. Rt. 1998 side 374. Har parten imidlertid nedlagt alternative påstander i et tilfelle hvor det er rimelig å oppfatte påstandene slik at de gir ham like mye, må hovedregelen i § 172 kunne anvendes om parten får medhold i en av påstandene. Bestemmelsen om forgjeves anke eller kjæremål i § 180 første ledd må forstås på samme måte som «tapt fullstendig» i § 172 første ledd.

Er det nedlagt påstand om erstatning etter ret-

tens skjønn kan saken være fullstendig tapt i lovens forstand for motparten, selv om parten ikke får sitt krav akseptert med den maksimalbegrensning som er angitt, jf. blant annet Rt. 1994 side 1018 og Rt. 1985 side 505. Slik skjønsmessig utmåling innen en øvre grense er mest praktisk ved pengekrav. Forutsetningen for at saken i et slikt tilfelle kan anses vunnet fullt ut selv om parten ikke får medhold i maksimalbeløpet, må være at det reelt er en skjønsmessig avgjørelse som er krevet. Omfatter erstatningskravet flere poster og parten ikke får medhold i at erstatningen skal dekke alle disse postene, vil han ikke ha vunnet saken fullstendig, jf. Rt. 1964 side 1081.

Har parten flere grunnlag for sitt krav, er saken vunnet fullstendig om et av grunnlagene fører frem selv om de øvrige grunnlag forkastes av retten. Bli rettsvirkningen av avgjørelsen forskjellig avhengig av hvilket grunnlag som tas til følge må regelen være at parten bare har vunnet fullstendig om han får medhold i det grunnlaget som innebærer de gunstigste rettsvirkningene for ham.

§ 172 annet ledd gjør unntak fra hovedregelen i første ledd. Den tapende part kan fritas for å betale saksomkostninger dersom et av tre alternative vilkår er tilstede. Om slikt fritak skal innrømmes avgjøres etter rettens skjønn. De alternative vilkårene er

- at saken var tvilsom, eller
- at utfallet skyldes nye omstendigheter som først kom til den tapende parts kjennskap under hovedforhandlingen, eller
- at den vinnende part kan bebreides at det kom til sak.

Unntaksbestemmelsen i § 172 annet ledd er uttømmende, jf. blant annet Rt. 1987 side 1142. Dersom ingen av vilkårene er oppfylt, skal den vinnende part tilkjennes saksomkostninger. Det er da ikke anledning til å legge vekt på om den ene part f.eks. er vesentlig mer ressurssterk enn den annen part eller liknende.

Vilkåret om at saken var tvilsom gjelder både tvil om faktum og tvil om rettsregler. Tvilen må være kvalifisert – «fyldestgjørende». Avgjørende er om retten finner saken tvilsom. Det er et krav om årsakssammenheng – tvilen må ha gjort det rimelig å reise sak. Hvis tvilsmomentet kan bebreides den tapende part, kan det ikke være riktig å fritta ham fra omkostningene. I kravet om at det er saken som må være tvilsom, ligger også at retten ikke kan la være å tilkjenne saksomkostninger hvor den bygger avgjørelsen på et tvilsomt grunnlag, men hvor det er andre grunnlag uten momenter av tvil av betydning som saken kunne vært avgjort på.

Vilkåret om nye omstendigheter tar sikte på nye bevis. Det gjelder ikke tilfeller hvor den vinnende part kommer med nye rettslige synspunkter, jf. Rt. 1996 side 1040 og Rt. 1994 side 1380. Det er et subjektivt vilkår at den tapende part er uten skyld i at han ikke var kjent med bevisene fra før. Etter ordlyden gjelder unntaksbestemmelsen bare når den tapende part ble kjent med de nye bevisene under hovedforhandlingen. Men bestemmelsen må også kunne få anvendelse under saksforberedelsen dersom den tapende part straks gir seg når han blir kjent med opplysningene/bevisene, se Schei side 565 og Skoghøy side 989.

Det tredje alternativet i § 172 annet ledd får anvendelse når det helt eller delvis kan legges den vinnende part til last at det er kommet til sak. Det kan f.eks. være tilfellet når den vinnende part ikke på forhånd har gitt motparten opplysning om faktiske forhold av betydning for saken eller den vinnende part kan bebreides at han ikke i tide foretok det som var nødvendig for å avklare rettsforholdet mellom partene. At den vinnende part ikke har akseptert voldgift eller annen tvisteløsning utenom de ordinære domstoler, gir ikke grunnlag for å anvende denne unntaksbestemmelsen, jf. Rt. 1997 side 288.

§ 173 er en unntaksregel fra hovedregelen i § 172 første ledd. Bestemmelsen åpner for at en part som har tapt saken fullt ut kan tilkjennes saksomkostninger. Vilkårene er at det kan bebreides saksøkeren at det kom til sak, og at saksøkte straks godkjenner kravet. Skjer godkjennelsen senere, kan den tapende part bare fritas for omkostningsansvar etter § 172 annet ledd. Det er etter ordlyden ikke adgang til å tilkjenne delvise saksomkostninger.

Når en sak dels er vunnet og dels er tapt, reguleres omkostningsansvaret av § 174. Dette er tilfellet når ingen av partene har tapt saken fullstendig, jf. § 172 og redegjørelsen ovenfor. Hovedregelen etter § 174 første ledd er at hver av partene bærer sine omkostninger. Blant annet innebærer det at den part som etter §§ 169 til 171 og reglene i rettsgebyrloven har dekket gebyrer til retten, utgifter til sakkyndige mv., ikke kan velte disse omkostningene over på motparten.

§ 174 annet ledd åpner for å gjøre unntak fra hovedregelen, slik at den ene part pålegges å dekke hele eller deler av motpartens omkostninger. Denne regelen er angitt i § 174 annet ledd første punktum. I annet punktum nevnes tre momenter det særlig skal legges vekt på, men dette er ikke noen uttømmende oppregning. Også andre forhold kan gi grunnlag for unntak fra hovedregelen. Retten er dermed stilt friere ved omkostningsavgjørel-

sen enn etter § 172. Den underordnede domstols skjønnutøvelse kan ikke overprøves ved kjæremål, med mindre skjønnnet er grovt urimelig eller vilkårlig. Dersom avgjørelsen er bygget på at en av de særlige grunnene som er nevnt i annet ledd er tilstede eller ikke er tilstede, kan det imidlertid overprøves. Det er da rettsanvendelsen som kan overprøves. Kjæremålsinstansen vil oftest være avskåret fra å prøve bevisene, jf. § 181 annet ledd annet punktum.

De særskilt nevnte grunner i § 174 annet ledd er at parten har bare fått medhold i tvistepunkter av liten betydning, at parten har avslått et rimelig forlikstilbud eller at rettssaken eller de vesentlige utgifter er voldt ved de tvistepunkter parten har tapt. Det vil ved vurderingen etter annet ledd ofte stå sentralt hvor mye parten har oppnådd i forhold til sin påstand. I motsetning til etter § 172 kan det ikke oppstilles noen bestemt regel om at det ved avgjørelsen etter § 174 annet ledd skal tas utgangspunkt i påstanden i stevningen eller i påstanden på et senere stadium av saken. Avgjørelsen må bero på en samlet vurdering i den enkelte sak, jf. Rt. 1991 side 53.

Kravene til begrunnelse for omkostningsavgjørelsen avhenger av avgjørelsens utfall. Ved anvendelse av hovedregelen i § 172 første ledd er det tilstrekkelig å henvise til bestemmelsen. Det samme gjelder normalt ved anvendelsen av hovedregelen i § 174 første ledd, men likevel slik at det må fremgå at det her ikke er noen automatikk i at saksomkostninger ikke skal tilkjennes. Kravene til begrunnelse skjerpes når unntaksreglene anvendes.

Dersom saken ender uten dom, f.eks. at den avvises eller at søksmålet heves, reguleres omkostningsspørsmålet av § 175. Blir saken hevet fordi partene er forlikt eller fordi partene i fellesskap begjærer det, reguleres omkostningsspørsmålet av § 175 tredje og fjerde ledd. Hovedregelen ved forlik er at partene bærer sine egne omkostninger. Partene kan avtale at retten skal treffe avgjørelsen etter skjønn. Heves saken etter felles begjæring, uten forlik, kan hver av partene kreve at retten skjønnsmessig avgjør omkostningsspørsmålet. Ved en slik skjønnsmessig avgjørelse vil retten stå temmelig fritt med hensyn til hvilke momenter som skal vektlegges. Både betraktninger om sannsynlig domsutfall og rene rimelighetsbetraktninger vil kunne være relevante. Avgjørelsen kan gå ut på at den ene parten tilkjennes fulle eller delvise saksomkostninger eller at omkostninger ikke tilkjennes. I prinsippet kan avgjørelsen påkjæres, men i praksis vil det ikke være noe særlig kjæremålsinstansen kan prøve, jf. § 181 annet ledd.

Når saken heves eller faller bort av andre grun-

ner enn de to ovennevnte, er hovedregelen i § 175 første ledd at saksøkeren skal erstatte saksøktets saksomkostninger. Unntak fra dette omkostningsansvaret kan gjøres i to tilfeller: Enten hvis utfallet skyldes omstendigheter som ikke kan legges saksøkeren til last eller at det forelå slik kvalifisert tvil at det var rimelig å anlegge saken. «Retts spørsmålets tvilsomhet» gjelder det prosessuelle grunnlag for å avvise eller heve saken. Tvil om det materielle krav som er fremsatt er derfor ikke relevant, jf. Rt. 1994 side 93 og Rt. 1966 side 1545. Saksøkeren kan i enkelte spesielle tilfeller tilkjennes saksomkostninger, jf. § 175 annet ledd. Det gjelder når det er helt på det rene at forpliktelsen har bestått, men den er falt bort ved etterfølgende omstendigheter. Retten står meget fritt ved vurderingen av om saksøkeren bør tilkjennes saksomkostninger etter § 175 annet ledd.

Dersom den rettslige interesse i søksmålet faller bort etter at det er avsagt dom i underinstansen skal en eventuell anke avvises og saken heves. Det synes å følge av Rt. 1997 side 1983 at omkostningsavgjørelsen for de underordnede domstoler – som er avgjort etter §§ 172 og/eller 174 – blir stående, mens avgjørelsen for ankeinstansen skal skje etter § 175 jf. § 180 første ledd. I tidligere praksis var det lagt til grunn at omkostningsspørsmålet for samtlige instanser da skulle avgjøres etter § 175, jf. Rt. 1970 side 1535.

Utmåling av tilkjente saksomkostninger skal skje etter § 176. En part som er tilkjent fulle saksomkostninger har krav på å få dekket alle sine nødvendige omkostninger i anledning saken. Det gjelder rettsgebyrer, utgifter til prosessfullmektig, reise/opphold mv. Tapte arbeidsfortjeneste som følge av at parten er tilstede under hovedforhandlingen dekkes ikke, jf. Rt. 1968 side 702. I en viss, men temmelig begrenset utstrekning, vil en part kunne kreve godtgjørelse for eget arbeid med saken. Forutsetningen er at parten har hatt et meget omfattende arbeid med saken. Har parten prosessfullmektig vil det normalt ikke være grunnlag for også å dekke partens egen arbeid. Se Schei side 580 – 581 og Skoghøy side 1014 – 1015.

Det som skal erstattes er utgifter «i anledning saken». Det omfatter forberedelse og gjennomføring av prosessen. Dette vil også innbefatte omkostninger som er påløpt i forbindelse med forlikstrøftelser med sikte på å unngå rettssak. Utgifter til forutgående forvaltningsmessig behandling av saken kan derimot ikke medtas, med mindre og så langt dette arbeidet har kommet direkte til nytte under rettssaken.

Utgiftene må ha vært «nødvendige». I dette ligger både at det utførte arbeidet var relevant i

forhold til saken og at salærkravet ikke er urimelig høyt, jf. Rt. 1976 side 885. Har den vinnende part f.eks. pådratt ekstra omkostninger fordi vedkommende har skiftet prosessfullmektig, må det vurderes konkret om det var nødvendig å skifte prosessfullmektig. Retten må i sin vurdering av omkostningskravets størrelse operere med et visst slingringsmonn. Dersom den part som ilegges omkostningsansvaret uttrykkelig har erklært at det ikke er noen innvendinger mot kravets størrelse, vil retten normalt ikke redusere omkostningskravet av eget tiltak. Har parten ikke uttrykkelig akseptert kravets størrelse eller protestert mot det, varierer det nok atskillig fra dommer til dommer om retten av eget tiltak – og med hvilken intensitet – vurderer om omkostningene var nødvendige.

§ 176 annet ledd bestemmer at en part som krever seg tilkjent saksomkostninger skal inngi en saksomkostningsoppgave. Denne regelen ble innført ved lovendring i 1973 for å gi retten et sikrere grunnlag å fastsette omkostningsansvaret utfra. Dersom det ikke inngis saksomkostningsoppgave, skal omkostninger ikke tilkjennes, jf. § 179 annet ledd. Plikten til å inngi omkostningsoppgave gjelder ikke i saker som avgjøres etter skriftlig behandling, jf. § 176 annet ledd tredje punktum.

I medhold av § 176 tredje ledd er det gitt forskrifter om maksimalsatser for saksomkostninger i forliksrådet.

Har en part fri sakførsel skal salæret til partens prosessfullmektig utmåles etter de timesatser som gjelder for dette, jf. rettshjelploven § 3. Prosessfullmektigen kan ikke kreve ytterligere salær av klienten eller motparten. Saksomkostninger skal i disse tilfellene tilkjennes det offentlige, jf. rettshjelploven § 25.

Hvis en part pådrar motparten omkostninger ved utilbørlig eller forsømmelig forhold, kan parten uten hensyn til sakens utfall pålegges å erstatte motparten de kostnadene dette har medført, jf. § 177. Det er opp til rettens skjønn å avgjøre om slikt omkostningsansvar skal ilegges hvis vilkårene er oppfylt. Vilkårene er strenge og reglene er lite brukt i praksis.

Når det er flere parter i en sak skal, som tidligere nevnt, saksomkostningsspørsmålet avgjøres særskilt for hver enkelt part. Regelen følger av § 178 første ledd. § 178 gjelder subjektiv kumulasjon, og ikke når det er flere saker som er forenet til felles behandling etter tvml § 98. Når flere parter og/eller hjelpeintervenient(er) skal betale saksomkostningene, skal retten foreta en fordeling etter § 178 annet ledd. Fordelingen må skje blant annet utfra interessen i saken til den enkelte part, om enkelte av partene ved sitt prosessopplegg har

bidratt særlig til å pådra motparten(e) omkostninger mv. Retten står imidlertid ikke helt fritt i vurderingen, se blant annet Rt. 1993 side 841, Schei side 593 og Skoghøy side 1007 – 1008 med videre henvisninger. Dersom de parter som ilegges omkostningsansvar hefter solidarisk for tvistegjenstanden, skal de ilegges solidarisk ansvar for saksomkostningene. Solidaransvar for saksomkostninger kan også ellers ilegges, men begrenset til det hver part må antas å ville ha blitt ansvarlig for om det ikke hadde vært prosessfellesskap. Er det flere parter som tilkjennes saksomkostninger, er det overlatt til retten etter skjønn å avgjøre om hver skal tilkjennes et bestemt beløp eller om de skal tilkjennes saksomkostninger i fellesskap.

Tidspunktet for saksomkostningsavgjørelsen følger av § 179 første ledd. Avgjørelsen treffes når saken avsluttes. For sidekrav og prosessledende avgjørelser som er gjenstand for særskilt kjæremål er utgangspunktet – som er forutsatt i § 179 første ledd tredje punktum – at omkostningene skal avgjøres særskilt og i kjæremålssaken. Unntak fra dette kan gjøres når retten finner at den «ikke kan avgjøre kostnadsspørsmålet særskilt for denne delen». Det er tilfellet der omkostningene må ses i sammenheng med utfallet av en senere avgjørelse. Vilkåret har dog i praksis ikke blitt tolket og anvendt som noen vesentlig skranke for adgangen til utsettelse, jf. Schei side 596 og 599 og Skoghøy side 1018. Regelen i § 179 første ledd tredje punktum er bare en regel om tidspunktet for omkostningsavgjørelsen, og ikke om i hvilken utstrekning avgjørelsen av ulike deler av saken kan og skal ses i sammenheng. § 179 første ledd annet punktum stiller visse krav til utforming av omkostningsavgjørelsen. Dette må suppleres med det som er sagt om krav til begrunnelse ovenfor i tilknytning til §§ 172 flg.

Saksomkostninger i anke- og kjæremålssaker er regulert i § 180. Hvis anken eller kjæremålet ikke har vært forgjeves kommer reglene i §§ 172 til 179 til anvendelse, jf. § 180 annet ledd. Ved forgjeves anke eller kjæremål skal den ankende/kjærende part som hovedregel ilegges omkostninger for rettsmiddelininstansen. Tilsvarende gjelder forgjeves begjæring om gjenopptakelse, jf. § 414 annet ledd jf. § 180. Som den helt klare hovedregel er en anke forgjeves hvis den forkastes, underinstansens avgjørelse stadfestes ved at anken nektes fremmet eller at det ikke gis samtykke til anke uten hensyn til ankegjenstandens verdi. Hvis selve anken avvises, er det § 180 annet ledd jf. § 175 som skal anvendes. Om kjæremål har vært forgjeves må vurderes på samme måte som ankesaker. Når rettsmiddelininstansens avgjørelse går ut på at underinstansens avgjørelse oppheves og saken hjemvises, kan det

anlegges ulike betraktningmåter med hensyn til om rettsmiddelet har ført frem eller ikke. Visse hovedsynspunkter har utkrySTALLISERT seg i praksis for ulike typer saker og opphevelsesgrunner, se Schei side 604 – 607.

Selv om rettsmiddelet har vært forgjeves, kan parten fritas for omkostningsansvar etter unntaksregelen i § 180 første ledd annet punktum. Det må da foreligge «særlige omstendigheter». Det skal mer til for å gjøre unntak etter denne bestemmelsen enn etter § 172 annet ledd.

Rettsmiddeladgangen for saksomkostningsavgjørelser er regulert i § 181 første og annet ledd. Når «saken selv» bringes inn for en høyere instans har denne instansen ved sin avgjørelse full kompetanse til å prøve underinstansens omkostningsavgjørelse. Rettsmiddelininstansen skal da fastsette omkostningene særskilt for hver instans utfra sitt eget materielle resultat. Ankesaken anses ikke bragt inn for en høyere instans dersom anken nektes fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd eller det ikke gis samtykke etter §§ 356 eller 357. Der en ankesak bringes inn og saken deretter faller bort, har det i praksis blitt lagt til grunn at saken ikke anses brakt inn etter § 181 første ledd, jf. Schei side 573 – 574 og side 611 med henvisninger til praksis. Høyesteretts kjæremålsutvalg har i én avgjørelse, Rt. 1999 side 849, lagt til grunn at det må foretas en konkret bedømmelse av om saken skal anses bragt inn for rettsmiddelininstansen, avhengig av hvor langt saksbehandlingen på det tidspunkt har kommet for ankeinstansen. Det kan reises spørsmål ved om denne kjennelsen er riktig. Det vises til bemerkningene til § 23-2 nedenfor.

Ved særskilt kjæremål mot saksomkostningsavgjørelsen bestemmer § 181 annet ledd at kjæremålsinstansen har begrenset kompetanse. Den kan bare prøve om avgjørelsen er i strid med loven. Det er lovanvendelsen for saksomkostningsavgjørelsen, og ikke for tvistegjenstanden, som kan prøves. Retten kan etter praksis også prøve om det er saksbehandlingsfeil ved avgjørelsen. En ganske praktisk type saksbehandlingsfeil her er at begrunnelsen for saksomkostningsavgjørelsen er utilstrekkelig. Der avgjørelsen beror på et skjønn kan selve skjønnet ikke overprøves i et kjæremål, med mindre det er klart uforsvarlig eller liknende, jf. Schei side 612 – 613. Ved videre kjæremål over saksomkostningsavgjørelser gjelder i tillegg kompetansebegrensningene i tvistemålsloven § 404 første ledd. Ved særskilt saksomkostningskjæremål kan underinstansens bevisbedømmelse normalt ikke overprøves, med mindre den bare knytter seg til saksomkostningsspørsmålet, jf. § 181 annet ledd annet punktum. Vilkåret om at saken er avgjort



«ved dom» er i praksis tolket sterkt utvidende til også å omfatte realitetskjennelser, men derimot ikke for kjennelser om avvisning eller heving av saken, jf Schei side 613 – 614.

§ 181 tredje ledd bestemmer at prosessfullmektigen har rett til å få utbetalt tilkjente saksomkostninger direkte til seg, så langt de skal dekke hans utlegg og salær i saken. Klientens øvrige kreditorer kan ikke ta beslag i disse midlene, jf. § 181 tredje ledd annet punktum. Bestemmelsen er ikke til hinder for at den part som er ilagt saksomkostninger motregner andre krav i de tilkjente saksomkostningene, jf. Rt. 1997 side 1270.

En utenlandsk saksøker kan etter § 182 pålegges å stille sikkerhet for saksomkostninger han kan bli ilagt. Vilkårene er at vedkommende ikke «bor her i riket» og at saksøkte begjærer sikkerhetsstillelse. Det er en preklusjonsregel i § 182 annet ledd: Saksøkte må fremsette slik begjæring før frist for tilsvarende eller anketilsvarende utløper. Det gjelder vesentlige innskrenkninger i retten til å kreve sikkerhetsstillelse som ikke fremgår direkte av § 182. Praktisk viktig er § 182 siste ledd. Det følger blant annet av Sivilprosesskonvensjonen av 1. mars 1954 at det ikke kan kreves sikkerhetsstillelse fra saksøkere bosatt i land tilknyttet konvensjonen. Tilsvarende må det antas å følge av regelen om ikke-diskriminering i EØS-avtalen artikkel 4 at det ikke kan kreves sikkerhet av saksøkere hjemmehørende i andre EØS-stater. Etter lovendring 15. juni 2001 nr. 58, fremgår dette nå av § 182 første ledd tredje punktum Endelig bør det påpekes at krav om sikkerhetsstillelse kan stride mot kravet om «access to court» i EMK artikkel 6(1). I et slikt tilfelle kan sikkerhetsstillelse heller ikke kreves, jf. Rt. 1999 side 961. Hvilke skranker EMK oppstiller her drøftes nærmere i avsnitt II.20.10 nedenfor.

### 20.3 Hva skal reguleres i reglene om saksomkostninger

«Saksomkostninger» kan brukes i litt ulik betydning. Det kan brukes om alle de omkostninger partene har i et søksmål. Det kan brukes i tilknytning til de regler som er gitt om en parts rett til å kreve dekket sine omkostninger fra den annen part, og det kan også brukes om regler om partenes plikt overfor retten til å innbetale gebyrer og til å dekke rettens omkostninger ved behandlingen. I tvistemålsloven kapittel 13 om saksomkostninger er det regler både om de omkostninger parten plikter å betale retten, og de omkostninger parten kan pålegges å dekke overfor motparten. Begge deler må selvfølgelig lovreguleres. Men etter utvalgets

mening er det bedre å ta reglene om partens plikt overfor retten til å betale omkostninger inn i rettsgebyrloven. Da blir reglene om betaling til retten samlet i én lov. Dette medfører at det som i dag er regulert i tvistemålsloven §§ 169 til 171, ikke tas inn i tvisteloven, men altså i rettsgebyrloven. Tvistelovens saksomkostningsregler vil da gjelde partenes omkostningsansvar og omkostningsrett overfor hverandre. Utvalget vil imidlertid foreslå at partene unntaksvis kan kreve at det offentlige dekker deler av deres saksomkostninger. Det gjelder i enkelte tilfeller hvor omkostningene er pådratt ved feil fra rettens side. Regler om dette har utvalget funnet naturlig å plassere i tvistelovens saksomkostningskapittel, og f.eks. ikke sammen med reglene om betaling til retten i rettsgebyrloven.

Tvistemålsloven regulerer i liten grad forholdet mellom advokat og klient. Dette gjelder også advokatens krav på, og klientens plikt til å betale, godtgjørelse for bistand. I utgangspunktet er forholdet mellom klient og advokat et kontraktsforhold. Rettigheter og plikter vil bli bestemt etter kontraktsrettslige regler og regler for god advokatskikk og salærberegning. Prisen for advokattjenester varierer sterkt. Timeprisene vil vanligvis variere mellom kr 1 000 og kr 2 500, men det er variasjoner både oppad og nedad. Timeprisen og betalingsbetingelser skal klargjøres av advokaten ved oppstart av oppdraget, men det gjøres ikke alltid. Faktisk medgått tid vil være av like stor betydning for klienten som advokatens timepris. Selv om advokaten forsøker å angi denne, vil det ofte kunne knytte seg betydelig usikkerhet til hvilket omfang et advokatoppdrag vil kunne få. Det er liten tvil om at kostnadene ved advokatbruk, og risikoen for at disse kostnadene kan bli store, er en vesentlig årsak til at mange ikke oppsøker advokat selv om de har et rettshjelpsbehov, se her St.meld. nr. 25 (1999-2000) Om fri rettshjelp.

Dersom en klient er misfornøyd med den bistand en advokat gir eller med det salærkrav advokaten gjør gjeldende, kan klienten klage til Disiplinærnemnda, jf. domstolloven § 227. Er vedkommende advokat medlem av Den norske advokatforening, skal klagen først avgjøres av foreningens regionale disiplinærnemnd. Disiplinærnemnda består av fem medlemmer, en dommer som leder, to advokater og to medlemmer som ikke er advokater eller dommere. Finner nemnda at salæret er satt for høyt, fastsetter den salæret til det som er et «rimelig og nødvendig salær».

Tvistemålsloven har i § 52 en regel som regulerer en side ved advokatens salærberegning. Denne regelen kommer utvalget tilbake til nedenfor. Men det klare utgangspunkt i dagens lov er, som påpekt,

at tvistemålsloven ikke regulerer forholdet mellom prosessfullmektig og part hva rett og plikt til godtgjørelse angår. Etter utvalgets mening bør denne ordningen opprettholdes. Noe annet ville være å sette honorarberegning for prosessfullmektiger – i praksis advokater – i en særstilling sammenliknet med andre grupper av tjenesteytere. I denne forbindelse er det naturlig å peke på at kontrollen med advokaters salærberegning er styrket vesentlig de siste årene nettopp ved den klageretten til Disiplinærnemnda som er angitt ovenfor.

Utvalget legger til at det er klar over at det er fremkommet kritikk mot sammensetningen av de regionale disiplinærnemnder. Utvalget ser det ikke som naturlig ut fra sitt mandat å gå inn på denne kritikken ut over å bemerke at kontrollen med salærberegningen, som påpekt, samlet sett er blitt vesentlig styrket, og at Disiplinærnemnda som det overordnede klageorgan har en god sammensetning som bør gi tillit til avgjørelsene.

Ett spørsmål vedrørende advokaters salærberegning kan det være grunn til å nevne spesielt. I en del land er det vanlig med ordninger hvor advokater avstår fra salær, og også ofte dekker utgifter i prosessen, hvis et søksmål ikke fører frem. Fører søksmålet derimot frem, får advokaten et meget betydelig honorar. I USA, hvor dette er vanlig, vil honoraret ofte bestå i en vesentlig andel av den erstatning som tilkjennes. Ordninger hvor salæret utgjør en del av det beløp parten tilkjennes, betegnes gjerne «contingency fee». Ellers brukes «conditional fee» – betinget salær – som betegnelse på de tilfeller hvor utfallet av saken er en betingelse for at advokaten skal kunne kreve salær av klienten, men hvor salæret ikke er avhengig av eller utgjør en del av partens krav.

Det er viktig å være oppmerksom på sondringen mellom contingency fee og conditional fee. Den første er altså knyttet til det kravet som fremmes. Advokaten får, om kravet fører frem, en rett til en del av kravet. Ved conditional fee, er det retten til salær som er betinget. Advokaten får bare salær om kravet fører frem, men da gjerne et høyere salær enn et normalsalær, salæret får en «uplift». Men advokaten vil ikke få noen andel av det krav som fremmes. I mange land finnes det regler om forbud mot å inngå avtaler basert på contingency fee eller conditional fee. Vanligst er forbud mot contingency fee, men en del land har også regler som rammer avtaler om conditional fee. Den negative side ved slike avtaler er først og fremst at det er uheldig at prosessfullmektigen får en personlig økonomisk interesse, som kan være meget betydelig, i utfallet av saken. Særlig uttalt vil dette være ved avtaler om contingency fee. En annen negativ side ved et slikt

system, vil kunne være at advokatene konsentrerer seg om saker det ut fra deres forretningsmessige interesser er viktig å få hånd om, og ikke om saker det for den enkelte part er av stor betydning å få prøvd. Den positive siden ved systemer som nevnt er at prosessutgiftene blir finansiert, og at parten sikres en adgang til domstolsprøving han ellers kanskje ville vært avskåret fra.

I England var det lenge forbud mot å inngå avtaler om contingency fee eller conditional fee. Forbudet mot contingency fee eksisterer fortsatt, men fra 1995 er det åpnet for avtaler om conditional fee. Dagens regler er gitt gjennom The Conditional Fee Agreements Regulations 2000. Det stilles blant annet krav til skriftlighet og begrunnelse for den «uplift» som skal beregnes. Som utvalget kommer tilbake til under II.20.4, har det engelske systemet med conditional fee langt på vei kommet i stedet for omkostningsdekning gjennom fri sakførsel.

I Norge vil det være i strid med Advokatforeningens etiske regler å inngå en avtale om contingency fee. Det vil derimot ikke i seg selv være i strid med reglene med en avtale om conditional fee, forutsatt at den er rimelig balansert. Men ut over det at det ikke er noe forbud mot avtaler om betinget salær – som altså vil innebære at salær bare kreves hvor oppdraget for klienten fører frem – er det heller ikke særlige regler om slike avtaler. Her må man falle tilbake på alminnelige prinsipper for salær- og omkostningsberegning, nok også slik at det må være plass for et element av «uplift».

Det er utvalgets oppfatning at tvisteloven, på samme måte som tvistemålsloven, ikke – eller iallfall bare i liten grad – skal regulere forholdet mellom advokat og klient hva retten til godtgjørelse angår. Utvalget finner av den grunn at det i tvisteloven ikke er naturlig å gi regler f.eks. om adgangen til å inngå avtaler om betinget salær. Slike regler vil høre hjemme blant regler ellers om salærberegning og i noen grad også i det etiske regelverk som nå er hjemlet i Advokatforskriften. Men det bemerkes, med Justisdepartementet og Advokatforeningen som spesielle adressater, at med den fokus som det etter hvert har blitt på dette systemet, er det grunn til å se på om det bør gis et regelsett om betinget salær eller om de generelle regler man har er tilstrekkelige. Det som vil kunne være uheldig, er om det vokser frem et system med betinget salær – conditional fee – uten at de ulike sidene ved det er vurdert på skikkelig måte i forhold til regelverket.

Tvistemålsloven § 52 åpner som nevnt for at retten, etter begjæring, skal kunne fastsette det salær og den utgiftsdekning en prosessfullmektig kan kreve av sin part. Så vel parten som prosess-

fullmektigen kan kreve dette. Men det kan avtales at det ikke skal være en slik adgang til å kreve rettens fastsettelse. Utvalget har vurdert nøye om denne ordningen bør opprettholdes, og er kommet til at den ikke bør det. Her bemerkes for det første at bestemmelsen brukes i meget liten utstrekning. Men det avgjørende for utvalget har vært at det nå er etablert et klagesystem hvor en klient kan få fastsatt det salær han plikter å betale sin advokat. Disiplinærnemnda, eventuelt først den regionale disiplinærnemnd, kan nedsette et urimelig salær. Disiplinærnemnda – som for øvrig har et flertall medlemmer som ikke er advokater – vil generelt sett få meget god kompetanse i bedømmelse av salærkrav, og en slik nemnd vil på mange måter få et bedre grunnlag for overprøving enn det en domstol vil få. Domstolen vil nok kjenne deler av saken bedre, men det vil først og fremst være knyttet til behandlingen i retten. Utvalget ser den kontroll- og klageordning som er etablert gjennom Disiplinærnemnda som tilfredsstillende, og mener ut fra det at den regel vi i dag har i § 52, ikke bør beholdes.

#### **20.4 Saksomkostningsreglene og ordninger med fri rettshjelp, rettshjelforsikring og annen støtte til å dekke prosessutgiftene**

Det er på flere måter berøringspunkter mellom tvistelovens saksomkostningsregler og reglene for fri rettshjelp, rettshjelforsikring, rettshjelp fra organisasjoner, særlige grupper som gir rettshjelp mv. Utvalget vil komme tilbake til enkelte slike berøringspunkter i drøftelsene nedenfor. Som et eksempel på et slikt berøringspunkt, kan nevnes at konsekvensene for en part av ikke å få dekket sine utgifter som saksomkostninger, eller ved å bli pålagt å betale motpartens saksomkostninger, blir helt andre om parten får disse utgiftene dekket gjennom fri rettshjelp, rettshjelforsikring eller gjennom støtte fra fagorganisasjon mv. Kunnskap om rettshjelpsordninger er derfor viktig ved vurderingen av konsekvensene av ulike saksomkostningsregler. Men situasjonen vil uansett være at en rekke parter i søksmål vil falle utenfor rettshjelpsordninger, eller rettshjelpsordningene vil bare i begrenset utstrekning dekke deres omkostninger. I for sterk grad å fokusere på rettshjelpsordninger ved utformingen av saksomkostningsreglene, vil derfor kunne være å utforme regler som passer best for dem som allerede har støtte i prosessen gjennom fri sakførsel eller rettshjelforsikring eller på annen måte, og som derved blir særlig uheldig for dem som faller utenfor slike ordninger.

Når utvalget er inne på rettshjelpsordninger mer generelt, er det grunn til å understreke det generelle og viktige forhold at tilgang til fri rettshjelp for mange er helt avgjørende for å kunne fremme – berettigete – krav for domstolene. Det faller utenfor dette utvalgs mandat og oppgave å gå gjennom regler og systemer for fri rettshjelp. Enkelte aspekter ved fri rettshjelp er imidlertid utvalget inne på noen steder i innstillingen. Generelt vil utvalget legge til at tvisteloven vil kunne sikre en bedre, og i en del tilfeller rimeligere, behandling av sivile rettstvister. Kostnadseffektive behandlingsregler vil kunne bidra til å senke søksmåsterskelen. Men selv med behandlingsregler utformet med hensynet til å begrense omkostningene for øye, vil et sivilt søksmål kunne bli meget omkostningskrevende for partene. Gode rettshjelpsordninger vil derfor fortsatt være helt nødvendig for å sikre den «vanlige kvinne og mann» tilgang til domstolene for løsning av rettstvister det er rimelig at blir løst med domstolenes hjelp. Når det gjelder ordninger med fri rettshjelp i dag, viser utvalget til St.meld. nr. 25 (1999-2000) Om fri rettshjelp.

Når det gjelder sammenhengen mellom tilgang til rettsapparatet og fri rettshjelp, er det også grunn til å nevne systemet med betinget salær – conditional fee, jf. ovenfor under II.20.3 Finansiering av søksmål ved conditional fee-avtaler vil kunne gi en tilgang til rettsapparatet til parter som ikke selv vil kunne finansiere søksmålet og som ikke vil kunne oppnå finansiering gjennom fri rettshjelp, rettshjelforsikring og liknende ordninger. I England har conditional fee langt på vei tatt over for fri sakførsel. Det er imidlertid grunn til å utvise forsiktighet med en overgang fra en ordning med fri sakførsel til et system med betinget salær. Betinget salær kan passe for visse søksmål. Det vil imidlertid også for sakstyper hvor systemet «passer», kunne lede til et skjevt utvalg av saker sett i forhold til de saker som fortjener domstolsbehandling. For visse sakstyper vil systemet klart ikke passe. Det gjelder først og fremst de sakene der tvistegenstanden er slik at parten ikke vil kunne dekke utgiftene til advokat selv om han skulle vinne. Ved en sammenlikning med det engelske systemet, er det for øvrig grunn til å være oppmerksom på at der hvor conditional fee har overtatt for fri sakførsel, hadde man tidligere et meget generøst system for fri sakførsel. Systemet kom kostnadmessig helt ut av kontroll. Ordningen kunne rett og slett ikke opprettholdes. Forholdet ligger annerledes an i Norge. Selv om ordningen med fri sakførsel har vært forbedret de senere år gjennom en viss økning av inntektsgrensene, er det fortsatt meget store grupper som faller utenfor, og det er til dels en ganske høy terskel

for å få fri sakførsel selv om inntektsvilkårene er oppfylt. Det er også grunn til å minne om at systemet med betinget salær har sine klare prinsipielle betenkeligheter ved den egeninteressen advokaten får i utfallet. Dette bør mane til stor forsiktighet med å la en ordning med fri sakførsel, helt eller delvis, erstattes av systemer med betinget salær – conditional fee.

## 20.5 Når bør en part kunne kreve saksomkostninger av motparten

De land som har regler om at en part kan kreve sine saksomkostninger dekket av motparten, vil i praksis normalt knytte dette til vilkår om at den som tilkjennes omkostninger, helt eller delvis må ha vunnet saken. Men det er internasjonalt sett ingen selvfølge at den som vinner saken som hovedregel skal ha dekket sine saksomkostninger. «The American Rule» benyttes ofte som betegnelse på den regel at partene i et søksmål, eventuelt med visse begrensede unntak, hver bærer sine omkostninger uansett utfallet av saken. Det er den ordning som gjelder for de aller fleste sivile søksmål i USA, både etter statlige og føderale prosessregler. «The American Rule» brukes gjerne som motsetning til «the English Rule» – eller «the indemnity rule» – som nettopp betegner en hovedregel som den vi har i tvistemålsloven – at den som taper saken plikter å betale den vinnende parts saksomkostninger.

Det som kan tale for en regel som «the American Rule», er at en slik regel, iallfall delvis, er med på å senke søksmålsterskelen. Parten vil ha større sikkerhet mot å bli sittende med et kanskje ødeleggende omkostningsansvar hvis han taper saken. I den forstand fremmer en slik regel også partenes forutberegnelighet. Men for den som har en god sak, vil en regel som nevnt klart ha en negativ side i forhold til søksmålsterskelen. Parten ser at han vil sitte igjen med store omkostninger selv om han vinner frem i søksmålet. En annen negativ side ved «the American Rule» er at den er prosessdrivende, og i noen grad også åpner for en viss grad av «utpresning», eller iallfall utnyttelse av situasjonen av den som reiser et kanskje ugrunnet søksmål. Det er dyrt å føre en sivil sak. En regel om at hver part bærer sine omkostninger uten hensyn til utfallet i saken, vil innby til at saker kan anlegges med henblikk på at den som saksøkes kan være villig til å gi noe, selv om dette ikke er reelt begrunnet ut fra en mulighet for at søksmålet kan føre frem, rett og slett for å spare store saksomkostninger. Det er en ganske utbredt oppfatning i USA at søksmålsretten uten omkostningsansvar, har slike virkninger.

Utvalget er kommet til at hovedregelen om at den som vinner saken har krav på å få dekket sine saksomkostninger fra motparten, bør beholdes. Dette er en hovedregel som finnes i svært mange land, blant annet i våre naboland Sverige og Danmark, se henholdsvis rättegångsbalken kapittel 18, særlig hovedregelen i 1 §, og retsplejeloven kapittel 30, særlig hovedreglen i § 312 annet ledd. Hovedregelen er begrunnet i det som er nevnt foran, og som mange nok betrakter som en grunnleggende rettferdighetstanke, at den som må gå til domstolene for å få sin rett respektert, og som vinner frem i søksmålet, bør kunne kreve dekket omkostningene av den som krenker eller bestrider retten. Bare fulle omkostninger vil kunne reparere på den urett som er begått.

Men den regel som er skissert om en rett for den vinnende part til å få dekket sine omkostninger, bør ikke gjelde unntaksfritt. Den grunnleggende rettferdighetstanke som ligger bak hovedregelen, vil i en del tilfeller ikke passe til den faktiske situasjon. Det vil f.eks. gjelde hvor saksøkeren har et medansvar for at det ble nødvendig med sak. I denne forbindelse minnes det om de plikter partene har etter lovutkastet kapittel 6 til klargjøring av krav, grunnlag og bevis, og til dels også opplysning om bevis, samt at det normalt bør være gjort forsøk på å få løst tvisten i minnelighet før sak reises for tingretten. Har den som senere vinner en sak for domstolene tilsidesatt disse pliktene, vil det kunne gi grunnlag for å nekte ham dekning av saksomkostningene. De hensyn som bærer hovedregelen om omkostningsdekning, slår ikke lenger til.

Men det er også behov for unntak ut over dette. Det kan f.eks. være situasjonen ved miljøskadelig virksomhet, og hvor saken reelt sett gjelder en grensetrekning mellom den miljøskade som må aksepteres og den som det kan kreves tiltak mot eller erstatning for. Selv om saken her helt skulle ende i favør av bedriften som forurenser, er det – ut fra rettferdighetsbetraktninger – ikke gitt at bedriften bør tilkjennes saksomkostninger. Mer generelt kan det reises spørsmål om det ikke bør åpnes for betydelige unntak fra hovedreglen hvor den parten som vinner har en interesse ut over den konkrete tvist. Det er også andre situasjoner hvor det bør åpnes for unntak. Utvalget kommer tilbake til dette under II.20.6, og i forbindelse med bemerkningene om de konkrete reglene for ansvar for saksomkostninger.

Det er også situasjoner hvor det mer generelt kan være grunnlag for unntak fra en hovedregel om rett til omkostningsdekning for den vinnende part. Det kan være situasjoner med ulikhet i prosessstyrke, hvor den svake part har en særlig grunn

til å se rettens avgjørelse i tvisten, se nærmere nedenfor under II.20.6.

Hovedregelen om rett til saksomkostninger er knyttet til at parten har vunnet saken. Det oppstår, som utvalget kommer til i forbindelse med utforming av hovedregelen, en rekke spørsmål i tilknytning til en slik regel. Ett av de mange spørsmål er om saken må være fullstendig vunnet, slik at tap bare på bagatellmessige punkter, utelukker anvendelse av regelen. Et alternativ vil være at saken i det vesentlige er vunnet. Utvalget er blitt stående ved å knytte hovedregelen til et slikt vilkår om vesentlig vunnet, og ikke til et vilkår om fullstendig seier som nevnt.

Det må imidlertid også reises spørsmål om en part bør kunne kreve saksomkostninger fra motparten ut over de tilfeller hvor saken i det vesentlige er vunnet av parten. Mot en mer alminnelig regel om omkostningsdekning i slike tilfeller, kan det innvendes at i disse situasjonene vil begge parter ha oppnådd noe og tapt noe av betydning i søksmålet. Det synes da i typetilfellene vanskelig å begrunne at den ene fremfor den andre bør ha rett til saksomkostninger. Men situasjonen kan ligge annerledes an, blant annet ut fra slike hensyn som begrunner unntak fra hovedregelen om rett til omkostninger hvor saken i det vesentlige er vunnet. Det bør derfor i noen grad åpnes for omkostningsdekning for en part, også i situasjoner hvor saken ikke i det vesentlige har ført frem for ham. Utvalget kommer tilbake til dette i forbindelse med de konkrete reglene.

I enkelte helt spesielle situasjoner vil det kunne være rimelig at en part får dekket sine saksomkostninger, eller deler av disse, helt uavhengig av utfallet i saken, altså også hvor parten i det vesentlige taper saken. Utvalget kommer tilbake til dette under bemerkningene til § 23-4.

## 20.6 Særlige sakstyper eller prosessituasjoner

Som påpekt ovenfor under II.20.5, er det visse sakstyper eller søksmålssituasjoner hvor det mer generelt kan være grunnlag for å gjøre unntak fra de alminnelige omkostningsregler. Under arbeidet med saksomkostningsreglene var utvalget inne på to slike regler. Det var for det første en regel om saksomkostninger i prinsipielle saker – saker hvor utfallet av saken for den ene part hadde betydning ut over den konkrete tvist. Dernest var det en særlig regel for visse forbrukertvister.

At en sak er prinsipiell, kan føre til en økning av prosessomkostningene, særlig gjennom bruk av

sakkyndige. Tvisten kan f.eks. gjelde erstatning for skadevirkninger ved bruk av en medisin, og hvor sakens utfall står og faller med vanskelige og usikre spørsmål om årsakssammenheng. Særlig den sak-søkte legemiddelfabrikanten vil her kunne ha interesse av å kaste nær sagt ubegrensete midler inn i saken ved klarleggelsen av årsaksspørsmålet. Det vil kunne medføre behov for den annen side til å engasjere motekspertise, med store utgifter som konsekvens. Dersom den part som hadde den prinsipielle interessen her vant, og etter hovedregelen da skulle tilkjennes saksomkostninger, åpnet den bestemmelsen som utvalget vurderte for å frita den annen part for dette. Det var også en begrenset åpning for at den tapende part i disse situasjonene kunne tilkjennes de meromkostninger som var voldt nettopp ved at saken var prinsipiell.

Utvalget mener fortsatt at de hensyn som ligger bak en bestemmelse som nevnt er viktige. Når utvalget likevel har valgt ikke å fremme forslag til en slik bestemmelse, har det flere grunner. De generelle unntaksregler i §§ 23-2(3) og 23-3 gir etter utvalgets mening, tilstrekkelig hjemmel for å frita en tapende part for merutgifter som følge av et større prosessopplegg foranlediget av de prinsipielle sidene ved saken i de tilfeller hvor det vil være rimelig. Det minnes også om at de grunner som er nevnt i § 23-2(3) ikke er uttømmende. Når behovet for unntak for omkostninger som har sin bakgrunn i sakens betydning for den ene part, kan ivaretas gjennom de mer generelle reglene, mener utvalget at de hensyn som taler for at regelverket ikke skal bli for komplisert, må være avgjørende. Men det er da helt avgjørende at retten ved omkostningsfastsettelse har for øye de hensyn som taler for at den som har den prinsipielle interesse i søksmålet, selv må dekke de merutgifter som nettopp er foranlediget av dette.

Som påpekt var det også, hvis sterke grunner talte for det, en viss åpning for at den tapende part skulle kunne tilkjennes omkostninger for merutgiftene ved behandlingen av de prinsipielle spørsmål. Dette er ikke direkte ivaretatt ved utvalgets øvrige regler. Men her er for det første å bemerke at bestemmelsen klart ville fått et snevert anvendelsesområde. Dertil kommer at etter utvalgets intensjon, skulle bestemmelsen gjelde der det var et ulikt styrkeforhold i ressurser mellom partene. I slike tilfeller vil imidlertid retten kunne oppnevne sakkyndige for å sikre sakkyndig motvekt for den ressursvake, jf. § 28-2(2). En slik oppnevning vil skje på det offentliges bekostning, jf. utkast til rettsgebyrloven § 2 annet ledd. Behovet for å kunne velte utgiftene over på den annen part, vil derfor være vesentlig redusert. Store sakkyndigutgifter

vil utgjøre en praktisk viktig del av de merutgiftene en part vil kunne bli påført ved å bli involvert i en tvist som for den annen side er prinsipiell. Det er også klart at det ikke er uproblematisk med en regel om at den vinnende part skal pålegges å betale en del av den tapende parts omkostninger.

Den andre regelen som utvalget overveide, var en regel om saksomkostninger i forbrukertvister. Tvister mellom en forbruker eller en næringsdrivende vil svært ofte være en tvist med ulik prosessstyrke, og slik at forbrukeren er den svake part. Situasjonen vil kunne være annerledes, men det vil være unntaket. For forbrukeren vil det å gå til sak mot en næringsdrivende med store økonomiske ressurser å sette inn, kunne fortone seg som meget risikabelt. Saken kan medføre store og uforutsigbare utgifter, og forbrukeren vil kunne bli sittende med ansvar ikke bare for egne, men også for den næringsdrivende omkostninger ved saken.

Det ville klart gå alt for langt å gi generelle regler om at forbrukeren i en slik tvist ikke skal kunne ilegges saksomkostninger hvis saken tapes, eller eventuelt at forbrukeren skal kunne tilkjennes saksomkostninger mer eller mindre uavhengig av utfallet av tvisten. Men utvalget vurderte å gi en særregel for noen viktige typetilfeller, hvor det oftest ville være rimelig å fritta forbrukeren for omkostninger. Det var hvor en forbruker har brakt en tvist inn for en tvisteløsningsnemnd, som Forbrukertvistutvalget, og fått medhold der. Her kan forbrukeren komme i en meget vanskelig situasjon hvis den næringsdrivende ikke vil akseptere tvisteløsningsnemndas avgjørelse, og saken bringes inn for domstolene. Forbrukeren kan da, av frykt for omkostningsrisikoen, føle et press i retning av å gi opp et krav han så langt har fått medhold i. Langt på vei vil man kunne få en parallell situasjon hvis forbrukeren vinner en sak for tingretten og den næringsdrivende så anker saken videre. Ved en kostbar ankeprosess med mulig omkostningsrisiko for den annen parts omkostninger, kan det oppstå et press for å kaste kortene.

Når utvalget ikke har foreslått en særlig beskyttelsesregel som nevnt for forbrukere i forbrukertvister, er hovedgrunnen også her at en slik fritaksregel allerede er hjemlet i de alminnelige regler. Særlig § 23-2(3)(a) vil her være aktuell som fritaksgrunn. Har forbrukeren fått medhold f.eks. i Forbrukertvistutvalget, skal det godt gjøres at det ikke var god grunn for ham til å få prøvd saken, og at saken var tvilsom. Men det som er viktig og nødvendig når man skal falle tilbake på den mer generelle unntaksreglen, er at domstolene er seg bevisst de særlige beskyttelsesbehov som nevnt når unntaksbestemmelsen i § 23-2(3) anvendes.

Også på dette punkt var det for øvrig viktig for utvalget ikke å gjøre saksomkostningsreglene mer sammensatte og kompliserte enn nødvendig.

## 20.7 Hvilke omkostninger bør kunne kreves dekket

Det oppstår en rekke spørsmål i tilknytning til hvilke omkostninger som bør kunne kreves dekket som saksomkostninger. Skal det være alle utgifter til søksmålet, eller skal det være begrenset til bestemte kategorier omkostninger. Skal det f.eks. være slik at en part har krav på å få dekket utgifter til prosessfullmektig? Utvalget har i reglene for småkravsprosess kommet til at det skal være et tak for de utgifter til prosessfullmektig som kan kreves dekket, riktignok et tak som trolig i mange tilfeller vil gi full dekning. Bør det samme også, helt eller delvis gjelde for allmennprosessen? Skal parten kunne kreve godtgjørelse for eget arbeid i saken? Skal også omkostninger ved tvisten påløpt før det kom til sak kunne tas med? Hvis man som nå har en begrensning til «nødvendige» omkostninger – hva ligger det i nødvendighetskriteriet? For advokatutgifter – står advokaten fritt ved sin salærberegning, også med den virkning at den er bestemmende for hva som kan kreves av motparten? Skal domstolene kunne sensurere omkostningskravene? Bør advokatutgifter dekkes etter normerte satser, bestemt ut fra fastsatte timesatser, etter verdien av tvistegjenstanden eller på annen måte?

Dette er noen av de spørsmål som reiser seg i forbindelse med fastsettelsen av saksomkostningene. Utvalget kommer tilbake til dem i tilknytning til utformingen av reglene for utmåling av saksomkostninger. Her nøyer utvalget seg med å påpeke det som etter utvalgets mening må være utgangspunktet for utmålingsreglene at hvor det er begrunnet at parten bør tilkjennes saksomkostninger, bør utmålingen som hovedregel dekke de utgifter som faktisk er påløpt for parten i saken. Det krever en begrunnelse – og gode grunner – først å fastslå at det er riktig at parten tilkjennes utgifter for så å begrense de omkostninger som tilkjennes i forhold til de omkostninger som faktisk er påløpt. Tre elementer er sentrale ved slik begrensning: (a) Bare nødvendige utgifter dekkes, (b) det skal være proporsjonalitet mellom utgiftene og det som kan oppnås ved dem – med andre ord betydningen av saken og (c) det skal være en begrensning i forhold til særlig kostbar bistand, se bemerkningene til § 23-5(1).

Saksomkostningskrav er en form for erstatningskrav. Det kan stilles spørsmål om man bør

ha en slik lempningsregel som den som er gitt for erstatningskrav i skadeserstatningsloven § 5-2. Etter utvalgets mening vil det være situasjoner der det ligger an til dekning av saksomkostninger, men hvor det vil være på sin plass å redusere saksomkostningsansvaret. Men det spørsmålet utvalget må stille, er om ikke lempningsbehovet allerede er ivaretatt ved de øvrige regler om saksomkostninger. Utvalget mener at det er tilfellet. § 23-2 om den vinnende parts rett til saksomkostninger, gir etter § 23-2(3) adgang til å unnlate å tilkjenne eller bare å tilkjenne delvise saksomkostninger dersom «tungtveiende grunner gjør det rimelig». Ved delvise omkostninger vil det nettopp skje en lempning av ansvaret. De elementene som er oppregnet i (3) (a) og (b) vil et stykke på vei ha sine paralleller i vurderingsmomentene i skadeserstatningsloven § 5-2. Momentene i skadeserstatningsloven § 5-2 vil også i atskillig utstrekning kunne komme inn som vurderingsmomenter i forhold til § 23-2 selv om de ikke gjenfinnes i (3) (a) og (b). Det minnes om at oppregningen i (a) og (b) ikke er uttømmende.

Hvor krav på saksomkostninger fremmes etter § 23-3, er hovedregelen at saksomkostninger ikke tilkjennes, men det kan likevel, under angitt vilkår, gjøres unntak fra dette. Her er altså hovedregelen bortfall eller ikke ansvar, og unntaket er helt eller delvis ansvar. Det sier seg selv at i forhold til denne bestemmelsen er det ikke behov for noen lempningsregel.

At det heller ikke er behov for en generell lempningsregel i tillegg til de lempningsmuligheter som ligger i § 23-2(3), står for utvalget som klart. § 23-2(3) gir de nødvendige muligheter for mellomløsninger, også rent utmålingsmessig. I tillegg å ha en egen regel om lempning, er utelukkende egnet til å komplisere.

## **20.8 Bør partenes saksomkostninger i noen tilfeller kunne kreves dekket av det offentlige?**

### **20.8.1 Problemstillingen**

Å føre saker for domstolene er kostbart. Det legges opp til en betryggende behandling hvor partene må fremskaffe bevis og tilrettelegge saken. Det at behandlingen er kostbar, gir ikke – og bør selvsagt heller ikke i seg selv gi – partene noe krav på at det offentlige skal dekke deres prosessutgifter. Bare i saker hvor offentligrettslige hensyn nødvendiggjør en kostbar behandling for domstolene, som f.eks. ved rettslig prøving av vedtak om tvangsinngrep, kan det være naturlig å ha et annet

utgangspunkt. Det kan også ellers være grunn til å overveie om det offentlige bør bære utgifter til sakkyndige eller fagkyndige meddommere, hvor det er knyttet offentligrettslige hensyn til behandlingen og avgjørelsen, som f.eks. i saker om foreldreansvar eller daglig omsorg for barn.

Det er ikke bare for partene at domstolsbehandlingen er kostbar. Det offentlige, som stiller domstolsapparatet til disposisjon, påføres selvfølgelig vesentlige utgifter til det. En aktuell spørsmålsstilling er og har vært om partene, særlig den som reiser saken, bør betale et gebyr, eventuelt også dekke bestemte utgifter for domstolen, for å få saken behandlet. Hovedregelen er at saksøkeren – eller den som i det hele begjærer et rettergangsskritt – skal betale et gebyr og/eller dekke konkrete utgifter, se rettsgebyrloven, særlig § 2. Det er imidlertid gjort unntak for en del sakstyper, jf. rettsgebyrloven § 10.

At det ikke kan være noe alminnelig utgangspunkt at det offentlige skal svare for partenes prosessutgifter, er imidlertid ikke det samme som at det ikke kan være rimelig og riktig i noen situasjoner. Prosessutgifter i enkelte typer saker hvor partenes rådighet er begrenset ut fra offentligrettslige hensyn er nevnt. Men det må også kunne reises spørsmål om det ikke bør være noen mer vidtrekkende unntak, og det unntak som ikke bare er begrenset til enkelte sakstyper hvor offentligrettslige hensyn gjør seg gjeldende. Der et ansvar for det offentlige først og fremst synes å kunne være begrunnet mer generelt, er de tilfeller hvor domstolene begår feil som pådrar partene prosessutgifter. Det kan være feil som ikke gjelder selve avgjørelsene, f.eks. sendreiktig behandling som øker partenes prosessutgifter, eller det kan være feil ved avgjørelsene som nødvendiggjør bruk av rettsmidler, og kanskje også fornyet behandling etter opphevelse av avgjørelsen. Her kan situasjonen ligge slik an at det kan være rimelig at det offentlige dekker de meromkostninger som er pådratt, i det minste at den som er tvunget til å anvende rettsmidler ikke belastes rettsgebyrer for dette.

### **20.8.2 Gjeldende regler om det offentliges ansvar for saksomkostninger**

Hovedregelen, også hvor partene pådras omkostninger ved feil eller forsømmelse fra rettens side, er at det offentlige ikke hefter for disse omkostningene – og at de heller ikke kan kreves dekket av den dommer ved domstolen som har begått feilen. Riktignok vil dommere ha et generelt erstatningsansvar etter domstolloven §§ 200 og 201, se Bøhn, Domstolloven, side 957 flg., med henvisninger til

annen teori og rettspraksis. Men det er strenge vilkår for et slikt ansvar, som for øvrig også kan være undergitt prosessuelle begrensninger etter tvistemålsloven § 436. Staten innestår etter domstolloven § 200 annet ledd for det erstatningsansvar en dommer måtte bli ilagt etter § 200 første ledd. Noen tilsvarende regel er det ikke for dommerens ansvar etter § 201, men slik § 201 er forstått i praksis vil et ansvar etter denne bestemmelsen normalt forutsette et ansvar også etter § 200.

For at en dommer skal kunne bli ilagt ansvar etter domstolloven §§ 200 eller 201, kreves det et kvalifisert klanderverdig forhold. Slikt ansvar er ikke ilagt i noe tilfelle etter siste krig, og for praktiske formål kan man se bort fra at partene etter domstolloven §§ 200 og 201 vil kunne få dekket omkostninger i prosessen pådratt ved dommerfeil.

Det har vært reist spørsmål om ansvar for det offentlige etter reglene i domstolloven §§ 200 og 201 må suppleres med den alminnelige regel i skadeserstatningsloven § 2-1, og da slik at det må legges til grunn en mildere aktsomhetsnorm enn det som følger av reglene i domstolloven. Spørsmålet er berørt i to avgjørelser av Borgarting lagmannsrett, se sak 95-01304 A og sak 99-00810 A/01. Utvalget finner ikke grunn til å gå inn på dette mer generelle spørsmålet om erstatningsansvar for det offentlige, men vil bemerke at selve vurderingstemaet etter skadeserstatningsloven § 2-1, «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til tjenesten eller virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt» synes å gi den relevante problemstilling også i forhold til når det offentlige bør bli ansvarlig for saksomkostninger partene pådras ved feil fra rettens side.

Etter forvaltningsloven § 36 kan en part i visse tilfeller få dekket utgifter ved klagebehandlingen. Bestemmelsens første ledd lyder:

«Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller andre særlige forhold taler mot det.»

I saker som avgjøres av forvaltningen, er altså hovedregelen at når en part ved klage oppnår å få endret vedtaket i sin favør, skal han tilkjennes dekning for vesentlige og nødvendige omkostninger. Forvaltningsloven § 36 første ledd får anvendelse hvor vedtaket er endret til gunst for parten på grunn av feil ved saksbehandlingen, det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, lovanvendelsen eller annen ugyldighetsgrunn. Men bestemmelsen får også anvendelse hvor endringen utelukkende

er begrunnet i annen skjønnsutøvelse, selv om det ikke er kommet til noen nye momenter av betydning.

Partene har etter forvaltningsloven § 36 rettskrav på å bli tilkjent saksomkostninger når vilkårene blir oppfylt, men vilkårene i bestemmelsen er til dels skjønnsbestemte, sml. Rt. 1999 side 1079. Forvaltningsloven gjelder ikke for saker som behandles av domstolene, jf. forvaltningsloven § 4. Bestemmelsen er imidlertid anvendt analogisk i tilfeller hvor domstolene treffer avgjørelser av rent administrativ karakter, jf. Rt. 1999 side 1595, Rt. 1999 side 1079, Rt. 1999 side 1118 og Rt. 1997 side 1251. Men generelt sett er det i meget begrensede tilfeller hvor forvaltningsloven § 36 gir parter i saker for domstolene mulighet for å få dekket sine saksomkostninger av det offentlige.

Det kan etter rettshjelpsloven § 24 tredje ledd bestemmes at en part som er gitt fri sakførsel, også skal få dekket de omkostninger han må betale til motparten. Bestemmelsen gjelder ikke spesielt for de tilfeller hvor prosessutgifter er påført en part ved forsømmelser fra rettens side, men hvis dette er på det rene, må det være et ekstra moment for å ta en søknad til følge. Det er bare den parten som er gitt fri sakførsel, og ikke hans motpart som kan søke om at også ansvaret for motpartens omkostninger dekkes, men her er det nå foreslått en lovendring, se St.meld. nr. 25 (1999-2000). Det skal for øvrig etter praksis mye til for at en søknad etter tredje ledd innfris. Alt i alt rekker rettshjelpsloven § 24 tredje ledd meget kort dersom den ses under synsvinkelen generell regel om dekning av omkostninger fra det offentlige.

### **20.8.3 Nærmere om i hvilke tilfeller det kan være rimelig at det offentlige dekker partenes saksomkostninger**

Det synes i en drøftelse av om når det er rimelig at det offentlige må dekke en eller alle parters omkostninger, naturlig å ta utgangspunkt i regelen i forvaltningsloven § 36 første ledd. Her er altså hovedregelen at den part som gjennom klage eller omgjøring får endret et vedtak i sin favør, har krav på å få dekket sine omkostninger ved den nye behandlingen. Spørsmålet må stilles om det ville være rimelig med en tilsvarende regel i domstolsprosessen. Etter utvalgets syn ville en slik regel pålegge det offentlige et for vidtgående ansvar for partenes prosessomkostninger. I forvaltningsprosessen vil situasjonen ofte være at det ikke er noen egentlig motpart i saken, og at eventuelle motparter i liten grad engasjerer seg i saken sammenliknet med den som søker et vedtak i sin favør. Situa-



sjonen vil derfor ofte være at det ikke vil være noe reelt alternativ til det offentlige dersom parten i det hele skal ha noen mulighet til å få dekket sine utgifter til klagebehandlingen. Dertil kommer at forvaltningen i mange tilfeller er tillagt kompetansen til å treffe vedtak, fordi offentligrettslige hensyn tilsier at det offentlige utøver kontroll med virksomheten på vedkommende område. Ofte er ordningen med forvaltningsvedtak på det aktuelle området derfor etablert i samfunnets interesse, og når forvaltningen trår feil, vil det ofte fremstå som rimelig at det offentlige bærer partens utgifter til å få endret vedtaket. Dette er annerledes i domstolsprosessen, hvor partenes, og ikke samfunnets, interesser i avgjørelsene normalt er de helt dominerende. Det kan også pekes på at i forvaltningsprosessen vil forvaltningen normalt ha et selvstendig ansvar for å tilrettelegge avgjørelsesgrunnlaget i saken. I domstolsprosessen vil rettens plikter her vanligvis ikke gå lenger enn til å medvirke til å klargjøre partenes påstandsgrunnlag og de bevis partene påberoper. Det forhold at avgjørelsen blir uriktig, vil i forvaltningsprosessen derfor langt oftere ha sin årsak i feil hos forvaltningen enn hva situasjonen vil være i domstolsprosessen. Feil som begås av domstolen, vil ofte ha sin bakgrunn i at en av partene har argumentert nettopp for det standpunkt domstolen har inntatt.

Men at en tilsvarende regel til forvaltningsloven § 36 første ledd ikke vil passe i domstolsprosessen, er ikke det samme som at det ikke her er plass for et langt større ansvar for det offentlige for partenes saksomkostninger enn det som følger av de regler vi har i dag. Særlig hvor domstolen begår feil, og årsaken til feilen først og fremst må søkes hos domstolen, og dette volder partene ekstra saksomkostninger, vil et ansvar for det offentlige for meromkostningene forårsaket av feilen kunne være rimelig. Som påpekt vil kriteriet i skadeserstatningsloven § 2-1, om ansvar hvor de krav skadelidte med rimelighet kan stille til tjenesten er tilsidesatt, være et naturlig utgangspunkt også hvor det er spørsmål om plikt for det offentlige til å dekke de saksomkostninger en part har hatt som følge av feil fra domstolens side. Men det er grunn til å tenke gjennom, og regulere, de situasjoner hvor et slikt ansvar bør pålegges, også fordi det her ikke er snakk om et mer generelt ansvar for det offentlige, men et ansvar begrenset til en bestemt type tap – saksomkostninger.

Etter de grunnleggende regler for saksbehandlingen som utvalget foreslår, vil domstolene ha et selvstendig ansvar for sakens fremdrift. Hvis domstolen lar behandlingen av en sak drive, og det medfører økte prosessutgifter for en eller flere

parter, må dette kunne gi grunnlag for ansvar for det offentlige for disse økte utgiftene. Situasjonen kan f.eks. være at en part har fremsatt krav om at den andre parten skal fremlegge visse dokumenter, men at domstolen overhodet ikke har tatt dette spørsmålet opp til avgjørelse, tross purring fra den part som har fremsatt kravet. Kommer man her til hovedforhandling uten at spørsmålet er avklart, kan det nødvendiggjøre utsettelse med økte omkostninger til følge. Det vil i en slik situasjon være naturlig at den parten som har fremsatt kravet om fremleggelse av dokumenter, får dekket sine meromkostninger ved den forsinkete behandlingen.

Feil ved saksbehandlingen vil kunne gi grunnlag for bruk av rettsmidler og vil kunne påføre partene ekstra saksomkostninger. Det vil i enkelte tilfeller kunne være rimelig at det offentlige dekker disse merutgiftene. Visse tilfeller synes klare. Det gjelder f.eks. der retten, uten partenes vitende, settes med en inhabil dommer og dette leder til at avgjørelsen blir opphevet. Det bør ha som konsekvens at partenes merutgifter ved at saken blir behandlet på nytt blir dekket av det offentlige, og det uten hensyn til om situasjonen også unntaksvis skulle være slik at den inhabile dommeren ikke kan bebreides at han/hun ikke opplyste om det forhold som medførte inhabilitet.

Også hvor retten overtrer helt grunnleggende regler for behandlingen, som f.eks. reglene om rett til kontradiksjon, bør hovedreglene være at meromkostninger på grunn av ny behandling etter opphevelse dekkes av det offentlige. Men ansvaret bør gå lenger enn dette. Hvor feil i saksbehandlingen leder til økte prosessutgifter for partene, bør partene kunne kreve disse merutgiftene dekket av det offentlige, hvis retten er vesentlig å bebreide for den feilen som er begått. Feilen bør ha karakter av en grovere feil, men det understrekes at terskelen for ansvar må ligge lavere enn hva situasjonen er for ansvar etter domstoloven §§ 200 og 201.

Dersom en av partene har argumentert for, eller på annen måte lagt opp til den feilaktige saksbehandlingen, bør denne parten ikke ha noe krav på dekning av merutgiftene. I slike tilfeller vil det for øvrig normalt være grunnlag for å ilegge denne parten omkostningsansvar overfor motparten, og det kan reises spørsmål om det da er grunn for, eller rimelig, også å ha et omkostningsansvar for domstolen. Etter utvalgets mening bør svaret på dette være ja. I forslaget til regel om ansvar for det offentlige for partenes saksomkostninger, er det – med reservasjon for enkelte særlige saksbehandlingsfeil – et vilkår for at det skal kunne bli ansvar for det offentlige, at det er begått en feil

som «beror på et klart uforsvarlig forhold fra rettens side». Terskelen for ansvar for det offentlige er lagt høyt, og det bør da ikke fritas for ansvar at den parten som er påført merutgiftene kan kreve disse dekket av motparten. At det er ansvar for både motparten og det offentlige, vil selvsagt ikke medføre at omkostningene skal betales fullt ut av begge. Men den parten som tilkjennes omkostningene, vil ha den sikkerhet som ellers gjelder ved solidaransvar, at han kan gå på begge for det fulle beløp til omkostningene som er tilkjent helt ut er dekket.

At retten ut fra en uriktig bedømmelse av faktum eller jus avsier en uriktig dom, kan – som påpekt – ikke i seg selv gi grunnlag for ansvar for prosessutgifter for det offentlige dersom den avgjørelse som er truffet bygger på en forsvarlig vurdering fra rettens side. Det er jo i svært mange tilfeller nettopp det forhold at saken reiser tvilsomme faktiske eller rettslige spørsmål, som er årsaken til at tvister bringes inn for domstolen. Et ansvar for prosessutgifter basert på selve det forhold at en overordnet rett endrer en avgjørelse i lavere rett ut fra en annen faktisk eller rettslig vurdering, ville bære fullstendig galt av sted. Men også i slike tilfeller bør det kunne være et visst rom for ansvar for det offentlige. Er den faktiske eller rettslige vurdering retten har foretatt åpenbart uforsvarlig, slik at retten er vesentlig å bebreide, bør det være plass for et ansvar for det offentlige for omkostningene ved å få feilen rettet opp. Terskelen for ansvar for det offentlige må ligge høyt, men også for realitetsfeil må den normen som anvendes være mer åpen for ansvar enn den som følger av domstoloven §§ 200 og 201, slik disse bestemmelsene praktiseres. Det må imidlertid være utelukket å ilegge det offentlige ansvar i forhold til en part som har argumentert for den uriktige – og klart uforsvarlige – løsning som retten har valgt. Her vil det kunne være grunnlag for et solidaransvar, eventuelt et delt ansvar, mellom denne parten og det offentlige etter reglene i § 23-12 for saksomkostningsansvaret overfor den part som får den uriktige avgjørelsen mot seg.

Et kompliserende moment i disse tilfellene vil være at kravet mot det offentlige om saksomkostninger etter utvalgets forslag vil kunne fremmes etter at saken ellers er avgjort. Men når det er åpnet for en slik etterfølgende adgang til å ta opp saksomkostningsspørsmålet i forhold til det offentlige, må det i dette også ligge den forutsetning at det kan treffes de avgjørelser det nye kravet nødvendiggjør. I den grad andre parter enn den som har fremmet kravet mot det offentlige her kan bli berørt, må disse varsles og gis anledning til å ivareta sine interesser.

#### 20.8.4 Plassering og utforming av lovregler

Som nevnt har utvalget funnet det riktig å plassere regelen om det offentliges ansvar for partenes saksomkostninger i tvistelovens saksomkostningskapittel. Rettsgebyrene vil også være en del av partenes saksomkostninger. Det kunne tale for at man i rettsgebyrreglene tok med en regel om fritak for rettsgebyrer hvor rettergangsskrittet er foranlediget av nærmere angitte feil fra rettens side. Imidlertid vil et slikt fritak normalt måtte bygge på en vurdering i ettertid fra rettsmiddelinstansens side. Spørsmålet om fritak for rettsgebyr bør derfor skje som ledd i vurderingen ellers av om det er grunnlag for å bestemme at det offentlige skal dekke de meromkostninger ved behandlingen som parten har hatt. Ut fra dette er utvalget kommet til at det ikke bør gis noen egen regel i rettsgebyrloven for fritak for rettsgebyr ved feil fra rettens side. Utvalget vil også peke på at § 23-12 åpner for at parten «helt eller delvis» kan tilkjennes erstatning for meromkostningene forårsaket av feilen fra rettens side. Det er grunn til å tro at det vil være en del tilfeller hvor parten fritas for rettsgebyrer og andre omkostninger til retten etter denne bestemmelsen, men for øvrig må bære de øvrige meromkostninger han har hatt.

Den bestemmelse utvalget foreslår om partenes rett til dekning av saksomkostninger fra det offentlige, er ikke noen generell erstatningsbestemmelse. Den gjelder altså utelukkende saksomkostninger. Alminnelige regler om erstatning for feil fra domstolens side har utvalget ikke funnet grunn til å ta opp til nærmere vurdering, ut over de prosessuelle vilkår for å fremme slike krav, som i dag er regulert i tvistemålsloven § 436 jf. § 435. Det understrekes imidlertid at det i dette standpunktet ikke ligger noen konstatering av at dagens regler er tilfredsstillende, men heller at det vil føre for langt for utvalget – og vel heller ikke er naturlig innenfor det mandat som er gitt – å vurdere disse reglene.

#### 20.9 Omkostningsnivået

Omkostningsnivået i sivile saker er høyt. Det har nådd et nivå som gjør at mange mennesker må avstå fra å ivareta sine rettigheter for domstolene. Dette er det viktig å få gjort noe med. Først og fremst må behandlingsreglene i større grad tilpasses størrelsen og betydningen av de enkelte tvister. Innføringen av småkravsprosessen er et viktig ledd i dette. Men det er også grunn til å se på om det gjennom omkostningsreglene er mulig å dempe kostnadsnivået.

Dagens regel er at en part som får dekket sine saksomkostninger i utgangspunktet får dekket sine faktiske omkostninger fullt ut. Visse begrensninger er det imidlertid. For det første gjelder det etter tvistemålsloven § 176 at det kun er nødvendige utgifter som kan kreves dekket, jf. om dette II. 20.7 og bemerkningene til § 23-5. Utgifter en part har som ikke med rimelighet kan ses som nødvendige for på forsvarlig måte å ivareta hans interesser i saken, kan ikke kreves dekket. Det ligger også en begrensning i at omkostningskravet ikke må være urimelig høyt, og det må ikke være i strid med aksepterte prinsipper og nivåer for salærberregning. Men en prøving av salærkravet på dette grunnlag er vanskelig. Hva er f.eks. en rimelig timepris? I hvilken grad skal det differensieres ut fra ulike advokaters erfaringsbakgrunn? Skal en timepris uten videre aksepteres fordi den gjenspeiler det normale for advokathjelp på vedkommende rettsområde?

Det er grunn til å understreke at de spørsmål som er skissert foran, først og fremst gjelder ved beregningen av de saksomkostninger som den vinende part kan kreve av den tapende. Advokatens krav overfor egen klient vil i utgangspunktet være avtalebasert, og vil også kunne være gjenstand for kontroll ved klage til Disiplinærnemnden, jf. ovenfor under II.20.3. Hvor det tilkjennes saksomkostninger, må domstolen, der det protesteres mot det fremsatte omkostningskrav, ta stilling til om kravet er urimelig høyt. Denne prøvingen vil kunne være vanskelig. Domstolene har ved sin vurdering av hva som er rimelig få sikre og allment aksepterte størrelser å gå ut fra.

Det synes å være et allment akseptert utgangspunkt at man i vurderingen skal basere seg på en slags normalstandard, blant annet i den forstand at man skal se på hva en advokat som arbeider innefor vedkommende rettsfelt, må antas å ville bruke av tid på saken. Ved et anslag over medgått tid skal det ikke komme en advokat til skade at han på grunn av særlig innsikt behersker emnet så godt at han bruker kortere tid på saken. Hva «normaladvokaten» vil bruke av tid, kan selvfølgelig være vanskelig å anslå, men her kommer man ikke utenom en konkret vurdering i relasjon til den enkelte sak hvor domstolene må bruke et fornuftig anslag. Vanskeligere er det at det ikke er generelt aksepterte timepriser, verken i sin alminnelighet eller for enkelte rettsfelt. Her er det for det første en faktisk vanskelighet. Hvordan skal domstolene kunne finne ut av hva som er den «vanlige» timeprisen for advokatbistand på vedkommende rettsfelt? Dernest – om det skulle kunne bringes på det rene – skal en slik «vanlig» pris mer eller mindre

uten videre legges til grunn? Her kan det for det første stilles spørsmål om det i seg selv er grunnlag for nedsettelse at timeprisen ligger over normalprisen, eller om det skal aksepteres en pris over det normale – og i tilfelle hvor mye. Dernest kan man stille spørsmål om ikke domstolene også må kunne drive en rimelighetssensur av den «vanlige» timeprisen, om den skulle ligge svært høyt, f.eks. i forhold til prisen på advokattjenester på andre rettsfelt.

Den alminnelige oppfatning er trolig at domstolene ved fastsettelsen av de saksomkostninger som tilkjennes, bare skal skjære ned omkostningene hvis det er en markert differanse mellom omkostningskravet og de omkostninger det er rimelig å regne med ville vært pådratt ved bruk av en alminnelig dyktig advokat som baserer sin honorarberregning på en «alminnelig timepris». Spørsmålet om sensur av den «alminnelige timepris» har knapt vært fremme i rettspraksis, men er nok prinsipielt mulig, selv om det skal mye til. Men et stykke på vei blir denne type rettslige betraktninger mer teori enn praksis, fordi den viktige faktiske faktoren – den alminnelige timeprisen – ikke kjennes. Til syvende og sist vil derfor en eventuell sensur av omkostningskravet kunne bero på et usikkert skjønn, med den risiko det medfører for uriktige eller svakt begrunnede resultater. Dette er nok også en hovedårsak til at domstolene generelt er forsiktige med å sette ned de omkostningskrav som fremsettes. Dette er en forsiktighet som må utvises hvor grunnlaget for tilsidesettelse blir svakt eller usikkert. Men generelt er det utilfredsstillende om domstolene ikke blir i stand til å føre en kontroll med omkostningskrav. Det er neppe noen dristig antakelse at det forhold at det rent faktisk i meget liten grad skjer sensur i form av nedsettelse av omkostningskrav, kan være en medvirkende årsak til at nivået for prosessutgifter stadig synes å være stigende – iallfall målt i størrelsen på de salærkrav som presenteres i omkostningsoppgaver overfor domstolene. Dette forholdet taler med tyngde for at det om mulig bør legges til rette for at domstolene gjennom sin omkostningsfastsettelse skal kunne utøve en reell sensur av salærkrav.

Det beste grunnlag for en kontroll med omkostningskrav vil være at kravet skal måles opp mot gitte størrelser. En slik fastsettelse ut fra gitte størrelser vil også kunne dempe den stadige stigningen i prosessutgiftene og for øvrig også ha den effekt at det blir forutsigbarhet omkring størrelsen av saksomkostningene som kan bli ilagt. Behovet for å kunne måle og kontrollere omkostningskrav opp mot gitte størrelser, vil kunne variere blant annet med partskonstellasjonene. I saker mellom næringsdrivende

vil prosessutgifter ofte være driftsutgifter på linje med andre typer driftsutgifter, og evnen til å bære store og eventuelt også lite forutsigbare utgifter kan være langt større enn hvor privatpersoner er involvert i rettsvister for domstolene. Ut fra dette vil det kunne argumenteres med at eventuelle regler om at prosessutgifter skal utmåles fra og tilkjennes etter visse standardsatser, ikke bør gjelde hvor alle parter er næringsdrivende og tvisten gjelder næringsvirksomheten. På den annen side vil det kunne anføres at den generelle effekt i retning av demping av omkostningsnivået i sivilprosessen, vil kunne bli mindre om man unntok slike saker.

Det er flere måter saksomkostninger kan fastsettes på dersom dette skal skje ut fra gitte satser. I tysk og nederlandsk prosess har man det systemet at det er faste takster bestemt ut fra to parametere – det trinn av saken man er kommet til, eller om man vil de prosesshandlinger som er foretatt, rettsmøter som er holdt mv. og størrelsen av tvistegenstanden. Systemet er velfungerende. Det er adgang til å avtale seg bort fra det. Det gjøres i atskillig utstrekning i forretningsjuridiske tvister, men i liten grad ellers. Systemet vil også reelt sett bestemme oppgjøret mellom part og egen advokat.

I England var det foreslått et system med «fixed cost» i the «fast track», som er det normale prosesspolet for saker om verdier som ligger mellom GBP 5 000 og GBP 15 000. Det ble imidlertid ikke gjennomført blant annet fordi det viste seg meget vanskelig å skaffe relevant empirisk materiale for å få fastlagt normaltakstene. Det man foreløpig har nøydt seg med er å gi regler om fixed cost for selve hovedforhandlingen, men altså ikke for forberedelsen.

I Danmark hadde man tidligere «Vejledende normaltakster for Advokatsalærer». Disse tok utgangspunktet i verdien av tvistegenstanden, men åpnet for at det kunne legges vekt på om saken var komplisert eller enkel, se Gomard, Civilprosessen side 503. Etter det utvalget har fått opplyst, har Konkurransetilsynet slått ned på disse normaltakstene ut fra konkurranseregulerende hensyn. De veiledende takstene skal imidlertid fortsatt bli brukt på en uoffisiell basis.

Erfaringene fra Tyskland og Nederland viser at det kan være mulig å fastsette saksomkostninger ut fra normerte takster. Men det er viktig å være oppmerksom på at Tyskland og Nederland meget langt på vei har en prosess som er basert på skriftlighet. Det forberedende arbeidet, som oftest er ganske standardisert, vil vise seg i materialet som legges frem for retten. Det er grunn til å tro at det sterke skriftlige element gjør at det ligger bedre til rette med standardiserte satser her enn det ville

gjøre for oss. Vårt prosesssystem ligger, når det gjelder muntlighet kontra skriftlighet, vesentlig nærmere det engelske. Der har man som påpekt hatt store problemer med å finne frem til et rettferdig og praktikabelt system med faste satser.

Utvalget er kommet til at det ikke vil foreslå innført et fast takstsystem for sivile saker. Det vil være meget vanskelig å utforme et slikt system som generelt sett vil virke rettferdig. I enkle saker vil faste takster kunne virke omkostningsdrivende. I mer kompliserte saker vil faste satser kunne gi en alt for lav omkostningsdekning i forhold til faktiske utgifter, også hvor disse har vært holdt på et rimelig nivå. Men utvalget vil peke på at det er grunn til for våre justismyndigheter å følge med i den prosess som foregår på dette felt i England. Det forsøkes der skaffet til veie et empirisk materiale, som kan gi grunnlag for et rettferdig og praktikabelt system for fixed costs etter det såkalte fast track, som altså gjelder saker mellom GBP 5 000 og 15 000.

For småkravsprosess har imidlertid utvalget et stykke på vei foreslått et system som har elementer av et takstsystem i seg, men dog bare elementer. I tillegg til visse oppregnede utgiftsposter, kan det etter § 10-5 bare gis dekning for utgifter til retts hjelp med inntil 25 % av verdien av tvistegenstanden begrenset oppad til 25 % av 2 G. Prinsippet er altså at man kan kreve dekning for de faktiske utgifter, men det er et tak på 25 % av verdien av tvistegenstanden for det som kan kreves dekket. Denne begrensningen har sin bakgrunn i at det er helt sentralt å holde utgiftene i slike saker på et rimelig nivå, samtidig som det er et stort behov for å skape forutberegnelighet.

Det kan spørres om 25 % regelen i småkravsprosessen vil ha en smitteeffekt inn i allmennprosessen. Til dette er å bemerke at det vil være uholdbart å legge til grunn en slags alminnelig 25 % regel. En slik regel vil selvfølgelig ikke passe for de helt store krav, og det vil også være en rekke saker ellers der en slik regel vil være helt ugrunnet. Regelen er også blitt til uten tanke på at den skal gjelde utenfor sitt område. Der man kan tenke seg en viss smitteeffekt er nok først og fremst for de noe mindre kompliserte sakene, hvor tvistegenstanden ligger nær grensen for småkravsprosessen. Her vil det nok rent faktisk bli sett hen til hva omkostningene hadde blitt om saken var havnet på den andre siden av grensen. Men det er da viktig å huske på at småkravsprosessen generelt er enklere enn allmennprosessen, og at også dette må hensyntas ved omkostningsfastsettelsen. Den viktigste smitteeffekten av 25 % regelen for småkrav, vil kunne bli at den kan skape bevissthet om at

det skal være proporsjonalitet mellom de omkostninger som kan pådras og det krav som fremmes i tvisten. Det vil i så fall være en nyttig effekt.

Et alternativ til normerte takster kan være å bruke en eller flere fastsatte timesatser som, sammen med et anslag over nødvendig medgått tid, skal danne basis for fastsettelsen. Her kunne man f.eks. tenke seg lagt til grunn den timeprisen som benyttes ved godtgjørelse i saker med fri sakførsel, enten for saker generelt eller for nærmere bestemte sakstyper. Utvalget vil ikke gå inn for dette. Satsene for fri sakførsel er iallfall delvis fastsatt ut fra andre hensyn enn de som her bør komme inn. Det er også realistisk å regne med at de fastsatt vil ligge så lavt at å legge dem til grunn, vil være å innføre et system der hovedregelen blir at de faktiske utgifter til prosessfullmektig ikke vil bli dekket. Ellers å finne frem til en generell pris som vil virke rimelig i mer eller mindre alle situasjoner vil ikke bare være meget vanskelig, men reelt sett umulig. Kostnadsnivået for advokater varierer betydelig blant annet ut fra hvor advokaten driver sin virksomhet. Kompetansenivået hos de enkelte advokater vil også i høy grad være ulikt, med de virkninger det bør få for den timepris som bør kunne legges til grunn for salærkravet.

Med det – riktignok meget viktige – unntak som ligger i den særlige omkostningsregel i småkravsprosessen, jf. § 10-5, fastsettes det ikke beløpsmessige tak for omkostningsfastsettelsen i form av fikserte totalbeløp eller fikserte timepriser. Utvalget innser at slike fikserte beløp kunne være til betydelig hjelp ved omkostningsfastsettelsen, men utvalget kan ikke se at det har et faktisk grunnlag til å fastsette realistiske og rimelige beløp her. Men dette vil ikke medføre at ikke retten, i tilfeller hvor det protesteres på en inngitt omkostningsoppgave, må vurdere nødvendigheten og rimeligheten av det krav som er fremmet. Rettens vurdering kommer, etter utkastets § 23-5, først og fremst inn på tre plan: (a) Retten må vurdere om de utgifter som kreves dekket var «nødvendige» – dvs. om de gjelder arbeid eller andre utgifter som det var rimelig å utføre for at partens interesser skulle være ivaretatt på en god og forsvarlig måte. (b) Det kreves at det ut fra betydningen av saken var rimelig å pådra utgiftene. Dette er en proporsjonalitetsbegrensning. Utgiftene må stå i et rimelig forhold til betydningen av saken for at de skal kunne kreves erstattet. Som det fremgår av § 23-5(1) er dette egentlig en side ved «nødvendighetskriteriet». Men det er tatt med for å gjøre det klart at det altså ikke er nok at et arbeid, med en korresponderende omkostning, objektivt støtter opp om det krav parten fremmer, men at det også er et krav til proporsjonalitet for

omkostningene. (c) Det tredje elementet i rettens vurdering er at bistand som har vært unødig kostbar, ikke kan kreves dekket. Det er først og fremst i forhold til dette elementet, som direkte følger av nødvendighetskriteriet, men som det er grunn til å fremheve særskilt, at det kunne vært nyttig med en normert timepris. Poenget med bestemmelsen er først og fremst at hvor parten bruker en særlig dyr advokat, kan merprisen ved dette ikke kunne kreves dekket. På ganske mange områder er det i dag et vidt tilbud av kvalifiserte advokattjenester. Også på dette området må i rimelig grad den regel gjelde at den som er i posisjon til å kreve erstatning, selv må søke å begrense sitt tap. Hvis parten velger en særlig dyr advokat, uten at det er nødvendig ut fra den kompetanse som kreves, kan parten ikke kreve at disse meromkostningene skal veltes over på motparten. Men det kan i denne sammenheng være grunn til å minne om det selvfølgelig – at størrelsen av et salærkrav slett ikke bare er et spørsmål om timepris. Den som beregner seg en særlig høy timepris, kan til gjengjeld – og nettopp i kraft av sin faglige kompetanse – være effektiv i selve arbeidet, slik at sluttregningen ikke blir større enn om «normaladvokaten» var blitt benyttet. Det er selvfølgelig bistanden som sådan, og ikke alene timeprisen, som må være unødig kostbar, før det ut fra dette skal være grunnlag for å redusere et krav på omkostningsdekning.

Som tidligere nevnt, vil det kunne være vanskelig for retten å ha en sikker formening om hva som bør være nivået for et normalsalær. Det er imidlertid grunn for retten til å stille krav om spesifiserte omkostningsoppgaver i sakene, jf. § 23-5(3). Derved vil retten over tid kunne få en nokså klar formening om nivå og prinsipper for salærberegning. Det vil også kunne være materiale fra Disiplinernemndas avgjørelser som her vil kunne gi veiledning. Det er viktig at den part som protesterer på omkostningsoppgaven, og også den part som har fremmet omkostningskravet, søker å gi retten materiale, ut over det som gjelder den aktuelle saken, for en forsvarlig vurdering her.

Det er utvalgets oppfatning at de tre elementene ved omkostningsfastsettelsen – nødvendighet, proporsjonalitet og nektelse av unødig kostbar bistand – bør gi retten et tilstrekkelig redskap til å utmåle rimelige omkostninger i den konkrete sak. Ivaretas disse elementene på skikkelig måte i omkostningsfastsettelsen bør de også – iallfall i større grad enn nå – kunne virke for at man mer generelt får et fornuftig og akseptabelt nivå for omkostningsfastsettelser.

## 20.10 Sikkerhetsstillelse

Spørsmålet om det bør være regler om at en part kan kreve sikkerhetsstillelse for mulige saksomkostninger han kan bli tilkjent i prosessen, i praksis om saksøkte eller ankemotparten bør kunne kreve slik sikkerhet av saksøker eller den ankende part, kan neppe besvares generelt med et ja eller nei. Spørsmålet er sammensatt og ulike hensyn trekker i ulike retninger. Det er ikke vanskelig å se at det kan anføres gode grunner for at den som utsettes for et håpløst søksmål eller en håpløs anke, bør ha sikkerhet for å få dekket sine saksomkostninger i saken. At han senere vil kunne få dom for omkostningskravet, er en mager trøst hvis motparten ikke har midler eller kravet av andre grunner ikke lar seg inndrive relativt enkelt.

Men spørsmålet blir vanskeligere hvis man spør om det samme bør gjelde i tilfeller hvor søksmålet ikke er håpløst, men hvor det er «overveiende sannsynlig», eller kanskje bare «sannsynlig» at det vil føre frem. Ved vidtgående regler om sikkerhetsstillelse som vilkår for søksmål, og også i noen grad for slike vidtgående regler ved bruk av rettsmidler, oppstår spørsmålet om reglene vil kunne komme i konflikt med EMK artikkel 6(1).

Etter sin ordlyd gir ikke EMK artikkel 6(1) rett til domstolsadgang. Domstolen slo imidlertid ganske tidlig fast at en slik rett følger implisitt av bestemmelsen, jf. særlig Golder, Series A No. 18 og Airey, Series A No. 32. Samtidig er det anerkjent at retten til domstolsadgang ikke er absolutt. Nasjonal rett kan sette begrensninger. I så henseende har den enkelte stat en viss skjønnsmargin («margin of appreciation»). Begrensninger må imidlertid ikke være av en slik art eller av et slikt omfang at de rammer selve kjernen i retten til domstolsadgang. De må dessuten forfølge et legitimt formål, og det må være rimelig proporsjonalitet mellom mål og middel, jf. f.eks. Fayed, Series A No. 294-B, Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B og Ait-Mouhoub, Reports 1998-VIII side 3214. Dette er kumulative forutsetninger, selv om grensene mellom dem kan være noe flytende.

Det er på det rene at når det kreves sikkerhet av hensyn til motpartens reelle mulighet for dekning av senere tilkjente saksomkostninger, er dette et legitimt formål, jf. Kommisjonens avvisningsavgjørelse i G (klagenr. 17070/90) og Domstolens avgjørelse i Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B. Sml. også Høyesteretts kjennelse i Rt. 1999 side 961.

Hva gjelder proporsjonalitet, er dette et forhold som må avgjøres nokså konkret, basert på forhold så som:

- Størrelsen på sikkerhetskravet, sammenlignet med omfanget av det mulige omkostningsansvaret.
- Partens reelle mulighet til å oppfylle, hensett til omfang og frist.
- Hvor stor risikoen er for at omkostningsansvar vil inntre, og for at det eventuelt blir stående uoppgjort.
- Sakens betydning for parten.
- Hvor stort behov den annen part har for beskyttelse.

Et krav om sikkerhetsstillelse rammer selve kjernen i retten til domstolsadgang dersom det i praksis stenger for dette fordi parten er helt ute av stand til å innfri, jfr. Ait-Mouhoub, Reports 1998-VIII side 3214. Rent umiddelbart kunne førstvoterendes uttalelse i Rt. 1999 side 961 (side 971), synes å stå i motstrid til dette. Det sies her at et krav om sikkerhetsstillelse ikke kan sies å gripe inn i kjernen til domstolsbehandling. Men denne uttalelsen kan ikke ses løsrevet fra at saken var prøvd i byretten. Det var altså ikke spørsmål om å utelukke parten fra retten til domstolsbehandling, men å gjøre overprøving avhengig av sikkerhetsstillelse.

Forutsetningen for at et krav om sikkerhetsstillelse skal kunne sies å ramme adgangen til domstolsprøving, må være at søksmålet ikke helt mangler substans, i det man da er utenfor området for artikkel 6(1), sml. i denne retningen Kommisjonens rapport i N (klagenr. 15252/89, 15628/89 og 17394/89).

Har parten fått sin sak behandlet på forsvarlig vis én gang, synes man også å akseptere at det stilles krav om sikkerhet mht. mulig omkostningsansvar i rettsmiddelomgangen, selv om kravet åpenbart ikke kan oppfylles, jf. Kommisjonens avvisningsavgjørelse i G (klagenr. 17070/90) og Domstolens avgjørelse i Tolstoy Miloslavsky, Series A No. 316-B. Det er imidlertid grunn til å understreke at kravet om proporsjonalitet uansett må være oppfylt, jf. Høyesteretts kjennelse i Rt. 1999 side 961 og ovenfor.

Vi har i dag ikke noen generell regel om at en part, f.eks. en saksøkt eller en ankemotpart mv., kan kreve sikkerhet av motparten for de saksomkostninger han kan bli tilkjent i søksmålet. Det er enkelte mer fragmentariske regler om slik sikkerhetsstillelse. Her er det først og fremst grunn til å nevne tvistemålsloven § 182 som gir saksøkte rett til å kreve sikkerhet for omkostningene av saksøker som bor i utlandet. Det er imidlertid, som utvalget kommer til, viktige unntak fra denne regelen. Av regler ellers kan nevnes tvistemålsloven § 346 tredje ledd, som setter som vilkår for oppfriskning

av uteblivelsesdom, at den som begjærer oppfriskning må godtgjøre at de omkostninger som er ilagt i uteblivelsesdommen er betalt eller han må depone dem i retten. Utenfor tvistemålsloven er det grunn til å nevne straffeprosessloven § 413, hvor retten i private straffesaker er gitt en generell adgang til, etter krav fra saksøkte, å sette som vilkår for å fremme saken at saksøkeren stiller sikkerhet for saksomkostninger han måtte bli pålagt å betale saksøkte.

Utvalget kan ikke se at det er grunnlag for å gi en generell regel om at den som anlegger søksmål, plikter å stille sikkerhet for det omkostningsansvar han kan komme i overfor saksøkte.

En rekke hensyn taler mot en slik generell regel. For det første vil det oppstå spørsmål om en alminnelig regel om sikkerhetsstillelse for mange vil representere en slik hindring for å få sivile tvister behandlet av domstolen at det vil være i strid med EMKs regel om rett til rettferdig rettergang, jf. drøftelsen ovenfor og Tore Lunde i TfR 1997, særlig side 488 flg.

Men også uavhengig av hensynet til ikke å trå de grunnleggende menneskerettigheter for nær, er det et tungtveiende argument at søksmålsterkelen ikke må gjøres for høy. Hvis det skal kunne innføres noen generell regel om sikkerhetsstillelse ved saksanlegg, måtte det være knyttet til vilkår om at søksmålet med større eller mindre grad av sannsynlighet neppe ville føre frem. Men en slik regel ville tvinge retten til, ved søksmålet innledning, å gå inn i realiteten og nærmest ta et foreløpig standpunkt til tvisten. Det ville lett kunne få negative virkninger for tilliten til domstolens uavhengighet ved den videre behandlingen.

Innvendingen foran ville ikke være like tungtveiende dersom plikten til sikkerhetsstillelse var begrenset til de åpenbart uholdbare søksmål. I slike tilfeller vil det også kunne fremstå som klart urimelig at saksøkte må finne seg i at han blir pådratt omkostningene og være henvist til å forsøke å få dem inndrevet etter at de er fastsatt. Utvalget er likevel av den mening at det ikke bør innføres en regel om sikkerhetsstillelse for disse tilfellene. Behovet for sikkerhetsstillelse her må ses i sammenheng med de regler utvalget foreslår om dom etter forenklet domsbehandling, jf. § 9-8. Disse medfører nettopp at åpenbart uholdbare krav vil kunne avgjøres tidlig under saksforberedelsen og med små omkostninger. Det synes bedre å gå rett på en slik avgjørelse, enn først å måtte forta nærmest den samme vurderingen ved spørsmålet om sikkerhetsstillelse.

Mer begrunnet kunne en regel om sikkerhetsstillelse være ved anvendelse av rettsmidler. Risi-

koen for å trå EMK artikkel 6(1) for nær vil, som påpekt, være mindre i ankeinstansen når kravet har vært undergitt behandling i én instans. Den retten som har avgjort saken i første instans, vil ha et godt grunnlag for å vurdere om en anke har noen utsikt til å føre frem. Det er imidlertid hensyn som klart taler mot at den rett som har avsagt avgjørelsen, treffer en slik avgjørelse om sikkerhetsstillelse. Retten ville lett være – eller iallfall fremtre som å være – i forsvarsposisjon for den avgjørelse som angripes.

Ankedomstolen vil, iallfall hvis den angrepne avgjørelse er godt og utførlig begrunnet, ofte kunne gjøre seg opp en begrunnet mening om anken har noen rimelig utsikt til å kunne føre frem. Men også for ankedomstolen vil det være uheldig om den preliminært må ta stilling til realiteten for så å fortsette behandlingen og så senere på nytt – og endelig – avgjøre tvisten. Det synes da, iallfall for det flertall i utvalget som går inn for en silingsadgang for lagmannsretten – se bemerkningene til § 11-13(2), å være bedre at anker som ikke har rimelig utsikt til å føre frem, blir nektet fremmet til behandling. Ved en slik silingsadgang vil anker som klart ikke kan føre frem, kunne stoppes tidlig, og så tidlig at det vesentlige av omkostningene ved ankebehandlingen ennå ikke er påløpt. Siling ut fra ankens mulighet til å føre frem diskriminerer heller ikke – i motsetning til regler om sikkerhetsstillelse – mellom ressurssvake og ressurssterke parter.

Det kan nok imidlertid reises spørsmål om en slik silingsadgang i tilstrekkelig grad gir ankemotparten vern mot ubegrunnet å bli påført saksomkostninger det kan bli vanskelig å oppnå dekning for. Det vil kunne være vanskelig å vurdere utsiktene for at en anke skal kunne føre frem på grunnlag av den dommen som er angrepet og det som er fremholdt i anke og anketilsvar. Slike vanskeligheter ved vurderingen vil lett måtte lede til at anken blir fremmet til realitetsprøving. Dette kunne i noen grad tale for at man, som motstykke for å tillate tvilsomme anker fremmet til behandling i realiteten, krever at den ankende part skal stille sikkerhet for de omkostninger han kan bli pålagt å betale ankemotparten. Utvalget – flertallet – viker likevel tilbake for dette av grunner som i det vesentlige er nevnt foran. Hvis forholdet først er at det ikke er klart at anken ikke vil føre frem, enten fordi det er på det rene at anken reiser tvilsomme spørsmål, eller fordi det på grunn av de bevis som skal føres eller andre grunner, ikke er mulig å ha noen begrunnet formening om det sannsynlige utfall, vil det i mange situasjoner være urimelig å kreve sikkerhet som vilkår for anke. En slik regel ville

også, som påpekt, blant annet gi en ulikhet i faktisk ankemulighet – og derved rettssikkerhet – for den ressurssterke sammenlignet med parter med svakere økonomi.

Argumentasjonen foran vil også i atskillig utstrekning gjelde for spørsmålet om det bør kreves sikkerhet ved bruk av rettsmidler mot prosessledende kjennelser, f.eks. avgjørelser om plikt til dokumentfremleggelse. Omkostningene ved slike prosessledende avgjørelser vil kunne bli relativt store.

Et mindretall i utvalget, Berg og Bjella, mener at det i en viss utstrekning bør kreves sikkerhetsstillelse som vilkår for anke. Dette har sammenheng med mindretallets standpunkt om at det ikke bør åpnes for en «siling» av anker til lagmannsretten. Mindretallet viser til sine redegjørelser under merknadene til §§ 11-13 og § 23-11 A.

Utvalget kommer under bemerkningene til § 23-11 tilbake til spørsmålet om adgangen til å kreve sikkerhet av (en del) saksøkere som bor i utlandet bør opprettholdes.

## 20.11 Bruk av rettsmidler mot saksomkostningsavgjørelser

---

Saksomkostningsavgjørelsene er viktige. I mange saker kan størrelsen av saksomkostningene nærme seg, være like store som eller større enn verdien av tvistegjenstanden i saken. For partene vil omkostningsavgjørelsene ha en slik betydning

at det er meget viktig at det sørges for at reglene praktiseres slik de skal, og at det skjønn som utøves fra domstolenes side ved disse avgjørelsene er fornuftig og velbegrunnet.

Det er, ut fra den betydning saksomkostningsavgjørelsene har, vanskelig å komme utenom at det i atskillig grad må åpnes for overprøving av dem. Men visse begrensninger bør gjøres. Det bør, som i dag, være begrensninger når selve den avgjørelsen omkostningsavgjørelsen er knyttet til, ikke overprøves. Når f.eks. en dom ikke påankes, eller en anke ikke tillates prøvd, bør saksomkostningsavgjørelsen ikke kunne overprøves på det grunnlag at resultatet for avgjørelsen av tvistegjenstanden, som var basis for den omkostningsavgjørelsen som er angrepet særskilt, er uriktig. For skjønnsmessige avgjørelser kan det også være grunn til å oppstille vesentlige begrensninger. Den rett som har utøvd skjønn i forbindelse med omkostningsavgjørelsen, vil ofte ha hatt et langt bedre grunnlag for sin skjønnsutøvelse enn det rettsmiddelinstansen vil kunne få.

Dersom avgjørelsen av tvistegjenstanden bringes videre, bør den klare hovedregel være at ankeinstansen også kan prøve – og det fullt ut – saksomkostningsavgjørelsen i underinstansen. Regulært vil ankeinstansen da ha et like godt grunnlag for å treffe omkostningsavgjørelsen også for den lavere instans, og situasjonen vil også oftest være at resultatet av avgjørelsen av tvistegjenstanden i ankeinstansen må få betydning for omkostningsavgjørelsen i den lavere instans.



## Kapittel 21

# Rettslige avgjørelser og rettsforlik

### 21.1 Innledning

Vår alminnelige prosessordning i sivile saker og straffesaker kjenner tre hovedkategorier av rettslige avgjørelser: dommer, kjennelser og beslutninger. Valget mellom disse har særlig betydning for kravene til avgjørelsens innhold og form, og for adgangen til overprøving ved rettsmidler. Generelt kan man si at de formelle krav er strengest for dommer og minst strenge for beslutninger, mens kjennelser kommer i en mellomstilling.

Tvistemålslovens alminnelige regler om rettslige avgjørelser står i kapittel 12 og er behandlet i de sivilprosessuelle standardverkene, se Hov I side 288 – 322, Schei side 465 – 544 og Skoghøy side 701 – 750.

I dette kapitlet behandles hvilke typer avgjørelser man skal ha i tvisteloven og utformingen av de nærmere regler om formelle krav til avgjørelsene blant annet med hensyn til innhold og fremgangsmåte ved avsigelsen. Videre behandles enkelte spørsmål om tvangskraft.

### 21.2 Hovedtypene av rettslige avgjørelser

#### 21.2.1 Oversikt over gjeldende rett

Dommer er avgjørelser i realiteten av det krav eller rettsforhold som er tvistegenstand i saken (tvistemålsloven § 137 første ledd). Dette gjelder både avgjørelser som treffes i førsteinstans og etter anke.

Beslutninger er ikke positivt definert i tvistemålsloven. Kort sagt er dette prosessuelle avgjørelser som styrer behandlingen av saken uten å avslutte den, såkalte prosessledende avgjørelser. Etter praksis trekkes det en nedre grense for hva som er rettslige beslutninger i formell forstand mot såkalte administrative avgjørelser. Eksempler på dette er avgjørelse om valg av rettslokale, når forhandlingene skal begynne og når retten skal ta pause. I praksis er avgjørelser om å nekte en part å foreta lydbåndopptak fra et rettsmøte ansett for å være en administrativ avgjørelse, se Rt. 1982 side 1722 og Rt. 2000 side 1200. Betydningen av at

avgjørelsen karakteriseres som administrativ, er i første rekke at den ikke er gjenstand for kjæremål. Tvistemålsloven inneholder imidlertid i § 396 et generelt unntak for kjæremålsadgangen for avgjørelser som «etter sin art» er uangripelige. Med dette siktes det til avgjørelser som beror så sterkt på dommerens konkrete skjønn at det ikke er hensiktsmessig å tillate full overprøving. Noen videre interesse å sondre mellom administrative avgjørelser og beslutninger som etter sin art ikke kan overprøves, har det ikke.

Formen kjennelse brukes om forskjellige kategorier av avgjørelser.

Som alminnelig regel er kjennelse formen ved prosessuelle avgjørelser som bringer saken til avslutning uten realitetsavgjørelse, som avgjørelser om avvisning eller hevning (tvistemålsloven § 137 annet ledd).

Dessuten er kjennelse etter særskilt lovbestemmelse foreskrevet for en del prosessledende avgjørelser av viktighet, f.eks. avgjørelser om avskjæring av bevis eller anførsler under hovedforhandlingen (tvistemålsloven § 189 tredje ledd og § 335 første ledd), utsettelse av saksbehandlingen (tvistemålsloven § 96) eller stansning (tvistemålsloven §§ 106 til 107). At kjennelse kreves, innebærer blant annet at avgjørelsen må begrunnes.

Kjennelse er videre vanlig form ved midlertidige realitetsavgjørelser om tvistegenstanden. Eksempler er foreløpige avgjørelser om foreldreansvar, daglig omsorg, samværsrett og bidrag etter barnelova (lov 8. april 1981 nr. 7) § 38, § 46 og § 59 femte ledd, og avgjørelser om arbeidstakere rett til å stå i stillingen under tvist om gyldigheten av oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven (lov av 4. februar 1977 nr. 4) § 61 nr. 4 og § 66 nr. 3.

Realitetsavgjørelser med hensyn til materielle bikrav i saken, som saksomkostninger og ansvar i anledning rettergangen, treffes gjerne i kjennelses form med mindre avgjørelsen treffes i dommen. Det vises f.eks. til domstolloven § 214 første ledd og tvangsfullbyrdsloven §§ 3-1 og 3-2. Kjennelses form er nødvendig for at avgjørelser om pengekrav skal kunne fullbyrdes. Dommer og kjennelser er alminnelige tvangsgrunnlag i henhold til tvangsfullbyrdsloven § 4-1

annet ledd bokstav a, mens beslutninger ikke er det.

Ved bruk av rettsmidler er kjennelse formen ved avgjørelser av kjæremål etter tvistemålsloven § 403 første ledd. I ankesaker brukes kjennelse ved opphevelse av den angrepne dom etter tvistemålsloven § 385 første ledd, og ved avgjørelser om å forkaste en saksbehandlingsanke etter tvistemålsloven § 390 første ledd. Ellers treffes materielle realitetsavgjørelser ved dom også i ankeinstansen etter tvistemålsloven § 392 første ledd. Særskilte avgjørelser om materielle bikrav som saksomkostninger, treffes gjerne ved kjennelse med mindre kravet avgjøres i forbindelse med dom om realiteten.

I saker som behandles etter tvangsfullbyrdelsesloven følger det av den generelle bestemmelsen i § 6-3 første ledd at kjennelse er formen når fullbyrdelsen nektes fremmet, heves eller utsettes, eller ved avgjørelse av en tvist som ikke behandles i søksmålsformer. Kjennelsesform er dessuten uttrykkelig foreskrevet for enkelte viktige avgjørelser som stadfestelse av tvangssalg av fast eiendom og andre realregistrerte formuesgoder (tvangsfullbyrdelsesloven § 11-30 første ledd) og avgjørelser om fordeling av oppgjøret (tvangsfullbyrdelsesloven § 11-36 første ledd), samt avgjørelser om midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven § 14-7 og § 15-7).

Etter gjeldende rett er det ikke alltid noe klart logisk skille mellom de avgjørelser som treffes ved dom og kjennelse. Også enkelte materielle realitetsavgjørelser treffes ved kjennelse i henhold til spesielle prosessregler. Eksempler er avgjørelser i skiftetvister som ikke behandles i søksmålsformer, se skifteloven (lov 21. februar 1930) § 23 nr. 1 og konkursloven (lov 8. juni 1984 nr. 58) § 150, avgjørelser om umyndiggjøring etter umyndiggjøringsloven (lov av 28. november 1898) § 14 første ledd, og avgjørelser i tvister om foreldreansvaret etter dødsfall etter barnelova § 37.

I spesialprosessen benyttes også enkelte andre typer materielle realitetsavgjørelser, som skjønn, jordskifte og skifteutlodning.

Sivile saker kan også bringes til avslutning ved rettsforlik. Dette er imidlertid ikke noen rettslig avgjørelse, men en bindende avtale mellom partene som etter gjeldende rett er tillagt samme bindende kraft som en dom. Når partene har inngått rettsforlik, blir saken formelt avsluttet ved kjennelse om hevning. Rettsforlik behandles særskilt i II.21.15 til II.21.18.

Dom, kjennelse og beslutning er også de alminnelige avgjørelsestypene i straffesaker. Grensen mellom disse trekkes stort sett etter samme kriterier som i sivilprosessen. Det vises til den alminne-

lige bestemmelse i straffeprosessloven § 30, som svarer til tvistemålsloven § 137. Straffeprosessloven inneholder eksempler på at materielle realitetsavgjørelser av sivilrettslige krav treffes i kjennelsesform. Dette gjelder siktedes krav på erstatning etter strafforfølgning etter kapittel 31.

## **21.2.2 Oversikt over fremmed rett**

### *21.2.2.1 Danmark*

Inndelingen i tre hovedtyper av avgjørelser, dommer, kjennelser og beslutninger er de samme i dansk sivilprosess. Det vises til retsplejeloven kapittel 20. Det er også betydelig, men ikke full, parallellitet med hensyn til bruken av de enkelte avgjørelsestyper. Realitetsavgjørelser treffes ved dom og prosessledende avgjørelser vedrørende saksbehandlingen ved kjennelse eller beslutning. Avgjørelser som innebærer at retten avslutter behandlingen av saken i vedkommende instans, treffes som regel ved dom. Dette gjelder også når saken avvises, mens avgjørelser om hevning av saken derimot treffes ved beslutning. Det vises til redegjørelsen hos Gomard, *Civilprocessen* (4. utg. 1994), side 479 – 484.

### *21.2.2.2 Sverige*

Svensk sivilprosess har to hovedtyper av avgjørelser etter rättegångsbalkens 17. kapittel. Rettens realitetsavgjørelser med hensyn til tvistegjenstanden treffes ved dom, mens andre avgjørelser treffes ved beslut. Avgjørelser hvorved retten avslutter saken uten realitetsavgjørelse, f.eks. hevning eller avvisning og enkelte avgjørelser av rettsmiddelininstansen kalles imidlertid «slutligt beslut». Hovedkategoriene er omhandlet i rättegångsbalken 17:1. For de «slutliga beslut» gjelder på flere punkter strengere krav til avgjørelsens innhold og form, slik at kategorien langt på vei svarer til kjennelser hos oss.

## **21.2.3 Utvalgets vurderinger**

### *21.2.3.1 Utvalgets øvrige lovutkast*

Utkastet til rettsmiddelregler bygger på at anke er felles rettsmiddel for dommer, kjennelser og beslutninger. Saksbehandlingsreglene er imidlertid forskjellige for dommer på den ene siden og for kjennelser og beslutninger på den annen. For anke over dommer i saker behandlet etter allmennprosess er det lagt opp til en grundigere behandling hvor det normalt skal holdes muntlig forhandling,

jf. § 11-16(1). Anker over kjennelser og beslutninger avgjøres som regel etter skriftlig behandling på det grunnlag som foreligger når saken kommer inn, jf. § 11-15, tilsvarende det som etter gjeldende rett er ordningen for kjæremål.

Sondringen mellom avgjørelsestypene kjennelse og beslutning har etter utkastet til regler om rettsmidler betydning for overprøvingsadgangen. I henhold til lovutkastet § 11-3(3) kan en beslutning bare ankes på det grunnlag at retten har bygget på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig. Dette er ment å være en sikkerhetsventil for tilfeller hvor retten har misforstått sin kompetanse etter den regel som er grunnlag for avgjørelsen, eller hvor avgjørelsen fremtrer som vilkårlig eller stridende mot grunnleggende krav til forsvarlig saksbehandling. Det vises til kommentarene til bestemmelsen i II.12 og III.11.

Kjennelser skal i likhet med dommer som hovedregel kunne overprøves fullt ut etter utkastet § 11-3(1). Det er imidlertid i § 11-3(2) foreslått en begrensning for prosessledende kjennelser som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling. Her skal selve den skjønnsmessige avveining bare kunne angripes på det grunnlag at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

Utkastet viderefører ikke tvistemålslovens begrensning i § 396 for kjennelser og beslutninger som «etter sin art» er uangripelige. De nødvendige avgrensningene i overprøvingsadgangen følger av at det er begrenset hvilke ankegrunner som kan gjøres gjeldende, spesielt for beslutninger.

For sondringen mellom kjennelser og beslutninger i tvisteloven blir det etter dette avgjørende hvilke rettsvirkninger som følger av formen. Overprøvingsadgangen blir det viktigste styrende kriterium. Dette innebærer en endring i forhold til tvistemålsloven. Tvistemålslovens regler om alminnelig begrunnelsesplikt for kjennelser, men ikke for beslutninger, foreslås videreført. Dette gjennomgås nærmere i de følgende avsnitt.

### 21.2.3.2 Den nærmere regelutforming

Utvalget tar ved regelutforming utgangspunkt i de premisser som er lagt i utkastet til reglene om rettsmidler, jf. II.12 og III.11. Spørsmålene om avgjørelsesform, også i ankesaker, bør reguleres i fellesbestemmelsene om rettslige avgjørelser i kapittel 21, sammen med reglene om avgjørelser i førsteinstans.

Utvalget har i lovutkastet § 21-1 utformet for-

slag til hovedbestemmelse om formene for rettslige avgjørelser i alle rettsinstanser. Utvalget viderefører de tre hovedkategorier dommer, kjennelser og beslutninger, men finner det ønskelig å gjennomføre sondringen mellom avgjørelsestypene dom og kjennelse med noe større konsekvens enn i dagens prosesslovgivning. Kort uttrykt er utvalgets hovedintensjon at avsluttende realitetsavgjørelser skal treffes ved dom i alle instanser, mens formen kjennelse reserveres for formelle eller prosessuelle avgjørelser, samt for slike midlertidige avgjørelser som riktignok er realitetsavgjørelser, men som ikke innebærer noen endelig avgjørelse av det rettsforholdet som er tvistegenstand. Grensen mellom dommer og kjennelser trekkes derfor etter materielle kriterer i den forstand at det er elementer ved avgjørelsens innhold som er avgjørende.

Grensen mellom kjennelser og beslutninger må derimot fortsatt trekkes etter funksjonelle kriterier. Rettsvirkningene som er knyttet til avgjørelsestypen blir styrende for valget av form, spesielt overprøvingsadgangen og kravet til begrunnelse. Avgjørelser som innebærer at saken avsluttes uten behandling, dvs. avvisning eller hevning, er så viktige at de bør treffes ved kjennelse, slik som etter gjeldende rett. Det samme gjelder avgjørelser i saker om anke over en kjennelse eller beslutning.

Etter utvalgets oppfatning er det som lovteknisk løsning mest hensiktsmessig å angi som generell regel at prosessledende avgjørelser skal treffes ved beslutning, med mindre det uttrykkelig fremgår at kjennelse skal brukes. Dette forenkler regelutforming, samtidig som det forutsetter en bevisst overveielse av hvilke avgjørelser som er så viktige at det bør kreves begrunnelse og en videre overprøvingsadgang.

At kategorien «avgjørelser som etter sin art er uangripelige» er foreslått sløffet i utkastet til rettsmiddelregler, gir foranledning til å reise spørsmål om det er nødvendig å sondre i loven mellom rettslige beslutninger og administrative avgjørelser. Etter utvalgets oppfatning er svaret benektende. Det er vanskelig å trekke noe rent logisk skille mellom rettslige og administrative avgjørelser. Behovet for et slikt skille er også lite hensett til den meget snevre adgang til overprøving av beslutninger som er foreslått i § 11-3(3), den begrensede adgangen til overprøving av avgjørelser i rettsmøter etter § 11-2(2) og (3), og kravet til rettslig interesse som alminnelig vilkår for rettergangsskritt.

Det er ikke praktisk å gjennomføre de overordnede synspunktene for valg av avgjørelsestype med full konsekvens. Et viktig unntak er avgjørelser i ankeinstansen om å nekte samtykke til anke eller

om å nekte en anke fremmet ellers. At disse avgjørelsene skal treffes ved beslutning, skyldes at de etter utvalgets oppfatning bare i svært begrenset utstrekning bør kunne overprøves, og at det ikke bør gjelde noe krav til begrunnelse. I og med at beslutninger om nektelse kan inneholde saksomkostningsavgjørelser, er det nødvendig å foreslå en endring av tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 annet ledd bokstav a om hvilke avgjørelser som er alminnelig tvangsgrunnlag.

Det kan etter utvalgets oppfatning være grunn til overveie å endre regler i den spesielle prosesslovgivningen som innebærer at avgjørelser som bindende avgjør et krav i realiteten, treffes i form av kjennelse. Det er neppe grunn til å reservere domsformen for avgjørelser som treffes etter hovedforhandling. Det er ikke en slik nødvendig sammenheng etter tvistemålsloven, og sammenhengen blir enda mindre markert etter utvalgets utkast til regler om småkravprosess og summarisk dom. Skifteprosess er i realiteten også en spesiell form for forenklet rettergang. Når det treffes materielle realitetsavgjørelser med ordinær rettskraftvirkning i slike tvister, er det etter utvalgets oppfatning ikke avgjørende motforestillinger mot å betegne avgjørelsen dom, uansett om tvisten er overført til søksmåls former eller ikke. Kjennelser i skiftetvister er allerede gjenstand for anke, slik at behandlingsreglene og avgjørelsesformen i lagmannsretten er den samme enten tvisten i skifteretten har vært behandlet i søksmåls former eller ikke (skifteloven § 26).

For namsrettstvister er situasjonen i utgangspunktet annerledes enn for skiftetvister, idet disse avgjørelsene som regel bare avgjør det prosessuelle spørsmålet om fullbyrdelsen skal fremmes eller ikke, uten å innebære noen rettskraftig avgjørelse av det materielle krav som kreves fullbyrdet. Formen kjennelse er da dekkende. Ved behandling av tvisten i søksmåls former følger det av tvangsfullbyrdelsesloven § 6-6 tredje ledd at det krav innvendingen mot fullbyrdelsen bygger på, kan bringes inn til realitetsavgjørelse. I så fall er det i samsvar med utvalgets generelle syn på terminologien at avgjørelsen treffes ved dom.

Utvalget utformer ikke noe konkret forslag til endringer i spesiallovgivningen i lovutkastet, men anbefaler at man kommer tilbake til problemstillingen ved en samlet gjennomgang av tilpasninger av andre prosessregler til en ny tvistelov.

Etter utvalgets oppfatning kan det være grunn til å reservere formen kjennelse for domstolsavgjørelser. Avgjørelser av forvaltningsorganer bør derfor ikke ha denne betegnelsen, selv om organet er uavhengig og funksjonelt kan minne om en sær-

domstol. I dag brukes kjennelse om trygderettens vedtak i følge trygderettsloven (lov av 16. desember 1966 nr. 9) § 21 første ledd. Gjenopptakelseskommisjonen for straffesaker skal, etter straffeprosessloven § 399 (slik den lyder etter lovendring 15. juni 2001 nr. 63) avgjøre ved kjennelse om gjenopptakelsesbegjæringen tas til følge. Kommisjonen er et forvaltningsorgan, ikke en særdomstol.

Utvalget understreker at det er et rent terminologisk spørsmål man står overfor. Det er uten betydning for saksbehandlingsreglene.

### **21.3 Grunnlaget for rettens avgjørelser**

Tvistemålslovens kapittel 12 inneholder ikke nærmere regler om hva som utgjør grunnlaget for rettens avgjørelser. Avgjørelsesgrunnlaget fremgår av andre av lovens bestemmelser sett i sammenheng.

Denne systematikk foreslås videreført i lovutkastet. I korthet nevnes at hovedregelen om det faktum avgjørelsen skal bygge på, er gitt i bestemmelsen om bevisvurderingen i § 24-2 i lovutkastet, mens rettens kompetanse i forhold til partenes prosesshandlinger – påstander og påstandsgrunnlag – er spesielt regulert i lovutkastet §§ 5-1 til 5-3.

Disse alminnelige regler suppleres av flere bestemmelser i lovutkastets kapittel 9 om saksbehandlingen i første instans, som § 9-6 om avgjørelser om saksbehandlingen, § 9-7 om avgjørelser ved enighet mellom partene og § 9-9 om behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag for tvistegjensstanden. Den sistnevnte bestemmelsen regulerer blant annet hvilke skriftlige innlegg som utgjør en del av avgjørelsesgrunnlaget i saker som avgjøres etter muntlig behandling.

I lovutkastets ankekapitler 11 og 12 finnes viktige regler om avgjørelsesgrunnlaget ved anke til lagmannsrett i §§ 11-15 og 11-16 og ved anke til Høyesterett i §§ 12-9 og 12-10. Avgjørelsesgrunnlaget ved forfallsdom, som svarer til uteblivelsesdom etter tvistemålsloven, er regulert i lovutkastet § 22-6(2).

### **21.4 Personell kompetanse - hvem skal treffe avgjørelsen?**

#### **21.4.1 Oversikt over gjeldende rett**

Reglene om hvilke dommere som har kompetanse til å treffe de ulike typer avgjørelser fremgår dels av domstoloven og dels av tvistemålsloven.

De alminnelige reglene om rettens sammensetning er gitt i domstoloven: Høyesterett settes i den

enkelte sak med fem dommere (§ 5 første ledd), mens Høyesteretts kjæremålsutvalg består av tre dommere (§ 8 første ledd). Lagmannsretten settes i den enkelte sak med tre dommere (§ 12 første ledd) og tingretten med én dommer (§ 21 annet ledd). Forliksrådet har tre medlemmer (§ 27 annet ledd). Det er flere unntak. Viktigst er bestemmelsene om når meddommere skal delta i tingrett og lagmannsrett. Hovedreglene står i tvistemålsloven §§ 323 til 324.

Unntak fra reglene om ordinær sammensetning følger blant annet av Høyesterettsloven (lov 25. juni 1926 nr. 2) om avgjørelser av den samlede Høyesterett. For lagmannsrettssaker er det et praktisk viktig unntak at lagmannsretten ved behandlingen av overskjønn som hovedregel settes med bare én lagdommer, som under hovedforhandlingen (overskjønnsforretningen) suppleres av (normalt) fire skjønnsmedlemmer. Det vises til skjønnsprosessloven (lov 1. juni 1917 nr. 1) § 34 annet og tredje ledd.

Tvistemålsloven har enkelte supplerende regler i kapittel 12: I § 143 første ledd er det bestemt at en dom som treffes etter muntlig forhandling, bare kan felles av de dommere som har overvært forhandlingen. Det må anses som en selvfølge at ikke andre dommere kan tre inn. Av domstolloven § 15 følger imidlertid at retten under visse betingelser er kompetent til avgjøre saken (domsmyndig) selv om noen av dommerne får forfall. I sivile saker er dette aktuelt dersom lagmannsretten er satt med meddommere og derfor har fem eller syv medlemmer. Saken kan da fortsette selv om inntil en lagdommer og en meddommer får forfall.

Tvistemålsloven § 166 inneholder en generell regel om kompetansen til å treffe avgjørelser under saksforberedelsen mv.: Har retten flere medlemmer, og de ikke er samlet til møte, kan formannen treffe avgjørelser som ikke etter sin art hører til hovedforhandlingen eller pådømmelsen, når ikke annet er bestemt ved lov. «Formannen» betyr her domstolens leder, ikke den som skal være rettens formenn i den enkelte sak. Bestemmelsen gjelder alle domstolledere fra forliksrådets formann til høyesterettsjustitiarius.

Er forberedelsen av saken overlatt til en annen dommer, kan slike avgjørelser treffes av ham. I praksis er dette det sistnevnte alternativet om saksforberedende dommers kompetanse som har størst betydning. Sakene blir fordelt til en forberedende dommer, som regel etter en turnusordning, etter hvert som de kommer inn. Det er da denne som leder saksforberedelsen. Dette er kommet til uttrykk i tvistemålsloven § 374 første ledd og § 375 første ledd samt § 380 annet ledd om ledelse av

skriftlig ankebehandling. I ankesaker for Høyesterett følger det av tvistemålsloven § 374 femte ledd at forberedende dommer kan overlate avgjørelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg.

For straffesaker har straffeprosessloven § 54 en bestemmelse med samme ordlyd som tvistemålsloven § 166.

Tvistemålsloven § 166 har neppe noen selvstendig betydning i tingretten. Utenfor hovedforhandlingen settes tingretten som nevnt ovenfor med én dommer, og det er da denne som er «retten». Det samme er tilfelle når lagmannsretten behandler overskjønn. At denne dommeren kan treffe avgjørelser under saksforberedelsen, krever ikke noen spesiell hjemmel. Betydningen av § 166 er her den negative, at dommeren ikke har kompetanse til å treffe de avgjørelser som hører til hovedforhandlingen eller pådømmelsen som – når retten er satt med meddommere – skal treffes av den samlede rett. Dette følger under enhver omstendighet av reglene om rettens sammensetning ved hovedforhandlingen.

Selvstendig betydning har tvistemålsloven § 166 derfor i de domstoler som etter domstollovens alminnelige regler skal bestå av flere medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak; forliksrådet, lagmannsretten, Høyesteretts kjæremålsutvalg (ankeutvalget etter lovutkastet) og Høyesterett. De avgjørelser som etter § 166 er tillagt forberedende dommer, er fortrinnsvis de som går ut på å tilrettelegge og avklare saken forut for hovedforhandlingen, slik at rammen for denne er trukket opp og bevisføringen forberedt. Kjernen er prosessledende avgjørelser om bevisavskjæring, pålegg om dokumentfremleggelse, oppnevning av sakkyndige og fastsettelse av mandat for disse, adgangen til kumulasjon, fastsettelse og forlengelse av frister, utsettelse og stansning. Derimot ligger det utenfor forberedende dommers kompetanse å avgjøre på forhånd hvilke bevis som skal tillates ført under hovedforhandlingen, om bevisene da foreligger. Et eksempel til illustrasjon gir avgjørelsen i Rt. 1999 side 120, der forberedende lagdommer ikke hadde kompetanse til å avskjære bevisføring om bestemorens omsorgsevne i en sak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven.

Også avgjørelser om hevning og avvisning av saken faller etter ordlyden inn under § 166, og kjennelse om hevning kan treffes av forberedende dommer alene. Imidlertid anses det å følge av tvistemålsloven § 373 første ledd nr. 1 at avgjørelser om å avvise en anke eller et kjæremål må treffes av den samlede rett, dvs. tre dommere i lagmannsretten, se blant annet Rt. 1991 side 646 og Rt. 1996 side 498. Avgjørelser om å avvise en utvidelse av anke-

saken med nye krav etter tvistemålsloven § 366 annet ledd anses som en delvis avvising som heller ikke kan treffes av forberedende dommer alene. Derimot er det i praksis lagt til grunn at forberedende lagdommer alene kan treffe avgjørelse om å fremme saken eller om å tillate et nytt krav etter § 366 annet ledd. Det vises til uttrykt avgjørelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg av 12. mai 1997 (286 K/1997).

Også avgjørelser som treffes etter hovedforhandlingen uten å høre til pådømmelsen kan treffes av forberedende dommer. Eksempler er oppreisning mot oversittelse av ankefristen, salærfastsettelser, beslutning om foregrepet tvangskraft etter tvistemålsloven § 162 og om oppsettende virkning etter tvistemålsloven § 400.

Utenfor forberedende dommers kompetanse etter § 166 faller ulike typer midlertidige realitetsavgjørelser med hensyn til tvistegjenstanden, som f.eks. foreløpige avgjørelser om daglig omsorg og samværsrett etter barneloven (Rt. 1995 side 756).

Avgjørelser om saksomkostninger utgjør et noe uklart felt. Disse antas undertiden å høre til pådømmelsen, slik at de faller utenfor rammen av forberedende dommers kompetanse (se blant annet Rt. 1995 side 1168). Det er imidlertid fast praksis i Høyesterett for at forberedende dommer alene kan treffe saksomkostningsavgjørelse i forbindelse med hevning av anke- eller kjæremåls sak, også når omkostningsspørsmålet er omtvistet. Se som eksempel kjæremålsutvalgets kjennelse av 12. november 1997 (31C/1997).

Etter utvalgets oppfatning er det trolig avgjørende på hvilket trinn avgjørelsen treffes. Hvis først saken pådømmes i realiteten, er det en del av pådømmelsen å treffe uttømmende avgjørelse om fordelingen av saksomkostningene i forholdet mellom partene etter tvistemålsloven kapittel 13. Kjæremålsutvalgets kjennelse i Rt. 1995 side 1168 er uttrykk for at dette også gjelder avgjørelse om fordelingen av kostnadsansvaret for rettergangsskritt besluttet i begge parter interesse etter tvistemålsloven § 171. Dette er et tema som må holdes atskilt fra rettens avgjørelser etter rettsgebyrloven om partenes betalingsansvar for rettsgebyr og sideutgifter i forhold til det offentlige, som kan treffes av forberedende dommer.

Ved lovendring i 1990 (lov 24. august 1990 nr. 54) ble det ved tilføyelse av tredje og fjerde punktum i tvistemålsloven § 374 første ledd åpnet adgang til å avholde rettsmøte til muntlig saksforberedelse i lagmannsretten, slik at retten i henhold til tvistemålsloven § 166 settes med én dommer. Formålet med et slikt rettsmøte vil særlig være mekling. Forberedende dommer er imidlertid ikke gitt kompe-

tanse til å treffe realitetsavgjørelse i en tvist i den form at rettsmøtet går over til hovedforhandling, slik det er adgang til i tingretten. Det henvises i tvistemålsloven § 374 første ledd fjerde punktum bare til § 305 første ledd om dom ved enighet mellom partene, men ikke til § 305 annet ledd om overgang til hovedforhandling.

For Høyesterett gjelder ikke regler om muntlig saksforberedelse ved forberedende dommer. I høyesterettssaker gjelder imidlertid den særregel etter tvistemålsloven § 374 femte ledd at forberedende dommer kan overlate avgjørelsen av saksbehandlingsspørsmål under forberedelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Det vises om tvistemålsloven § 166 for øvrig til Schei side 534 – 538 og Skoghøy side 72 – 73.

#### **21.4.2 Utvalgets vurderinger**

Etter utvalgets oppfatning er det hensiktsmessig å bygge videre på den lovtekniske løsning i tvistemålsloven og domstolloven. De alminnelige regler om rettens sammensetning som er felles for sivile saker og straffesaker bør fortsatt stå i domstolloven, mens supplerende regler om rettens sammensetning i enkeltsaker står i tvistelovens kapitler om de enkelte ledd i saksbehandlingen. Utvalgets utkast med regler for behandlingen i tingrett og anke til lagmannsrett er også basert på dette.

Utvalget finner grunn til å videreføre en bestemmelse om forberedende dommers kompetanse etter mønster av tvistemålsloven § 166. Bestemmelsen kan mest hensiktsmessig plasseres i kapitlet om rettslige avgjørelser. Den kan inntas i en regel om rettens sammensetning sammen med den regelen som man nå har i tvistemålsloven § 143 første ledd om at dom som er grunnet på en muntlig forhandling, bare kan felles av de dommere som har overvært forhandlingen.

Begrensningene i forberedende dommers kompetanse i ankesaker foreslås videreført for lagmannsrett og Høyesterett. Det må fortsatt kreves tre dommere for å avvise en anke til lagmannsrett eller Høyesterett, jf. § 21-2(3) (a). Samme begrensning bør etter utvalgets oppfatning gjelde hevning av ankesaken i tilfelle hvor det er tvist om dette, f.eks. hvor avgjørelsen bygger på at retten til domstolsbehandling faller bort fordi den ankende part ikke lenger har rettslig interesse i saken, jf. utkastet § 21-2(3) (b). Det vises til merknadene til lovutkastet § 21-1(2) (a) og (b) om hvilke avgjørelser som er henholdsvis avvising- og hevningsskjennelser. Forberedende dommer vil imidlertid kunne heve saken i tilfelle hvor anken trekkes, eller partene inngår forlik. Forberedende dommer kan treffe avgjø-

relsen selv om det er tvist om saksomkostningene i forbindelse med heving. Dette er i samsvar med gjeldende rett.

Heller ikke en avgjørelse under saksforberedelsen om å oppheve en påanket avgjørelse på grunn av absolutte saksbehandlingsfeil bør kunne treffes av forberedende dommer. Også denne begrensningen er i samsvar med gjeldende rett etter tvistemålsloven § 373 første ledd nr. 2 og videreført i lovutkastet § 21-2(3)(c).

Utvalget finner det hensiktsmessig at slike alminnelige begrensninger i forberedende dommers kompetanse i ankesaker inntas i den gjennomgående regel om avgjørelser under saksforberedelsen i kapitlet om rettslige avgjørelser.

Adgangen til å holde muntlig saksforberedelse med én dommer i lagmannsretten foreslås videreført i samsvar med ordningen som ble innført i 1990. Reglene foreslås også innført for Høyesterett, selv om behovet neppe er like stort der. Utvalget foreslår også videreført dagens regel i tvistemålsloven § 374 femte ledd om at forberedende dommer kan overlate avgjørelsen til Høyesteretts ankeutvalg (som tilsvarende kjæremålsutvalget i tvistemålsloven), men uten at avgjørelsen skal treffes etter innstilling fra ham. På grunnlag av muntlig saksforberedelse vil forberedende dommer kunne treffe de avgjørelser han er tillagt kompetanse til etter de alminnelige regler for dette, f.eks. heve saken ved forlik. Han vil imidlertid ikke kunne avvise saken, idet dette krever tre dommere. Hvis det i lagmannsretten berammes rettsmøte under saksforberedelsen til muntlig forhandling om et avvissingssspørsmål, må retten derfor settes med tre dommere for at det skal treffes avgjørelse om avvissning på grunnlag av forhandlingen.

Utkastet til regler om saksforberedelsen for tingrett inneholder i § 9-5(4) en bestemmelse om at retten kan avsi dom etter forhandlinger i rettsmøte under saksforberedelsen om den har forsvarlig grunnlag for det, og begge parter er enige. Det er vist til bestemmelsen i utkastet § 11-14(3) om anke til lagmannsrett over dom. Det kan imidlertid ikke av dette utledes noe unntak fra reglene om lagmannsrettens sammensetning. Skal lagmannsretten kunne avsi dom etter § 11-14(3), jf. § 9-5(4), må retten derfor ha vært satt med tre dommere. Det er neppe grunn til å tro at denne adgangen til å holde rettsmøter under saksforberedelsen med tre dommere i lagmannsretten vil bli benyttet særlig ofte. Man kan like gjerne beramme ankeforhandling.

Utkast til alminnelig regel om forberedende dommers kompetanse er formulert i lovutkastet § 21-2.

## 21.5 Rådslagning og avstemning når retten har flere medlemmer

### 21.5.1 Innledende bemerkninger

Hvis man holder seg til en kronologisk tilnærming, er det første som skjer etter at hovedforhandlingen er avholdt eller saken ellers opptatt til avgjørelse, at retten, når den består av flere dommere, må fastlegge resultatet. Dette forutsetter en form for kommunikasjon dommerne i mellom som kan skje muntlig i møter eller samtaler eller skriftlig ved utveksling eller sirkulasjon av utkast, eller som en kombinasjon av disse. Etter denne rådslagningsfasen kommer den definitive formuleringen av avgjørelsen i en tekst som autoriseres som bindende ved avsigelsen.

### 21.5.2 Oversikt over gjeldende rett

Tvistemålsloven har i §§ 138 til 142 forholdsvis detaljerte og formelle regler om hvordan retten internt skal gå frem for å treffe avgjørelsen. Praktisk viktige er også reglene om sirkulasjon av utkast i § 153 første ledd tredje til sjette punktum. Bestemmelsene gjelder direkte for dommer, men får etter henvisning i § 164 første ledd tilsvarende anvendelse på kjennelser. For kjennelser er det dessuten egne regler om sirkulasjon av utkast i § 164 første ledd fjerde til sjette punktum.

I tvistemålsloven § 138 første ledd er det bestemt at retten skal holde rådslagning og stemmegivning før den avsier dom, så fremt ikke rettens medlemmer straks blir enige om avgjørelsen. Bestemmelsen er nokså selvfølgelig. Det står ikke noe nærmere om hvordan rådslagningen skal holdes, f.eks. om en telefonkonferanse kan oppfylle kravet. Imidlertid må det antas å være et krav at rådslagningen skal skje i møte hvor alle dommerne er til stede samtidig, se Skoghøy side 708.

I saker som har vært behandlet skriftlig gjelder § 138 annet ledd. Forberedende dommer utarbeider da et utkast som sirkuleres til de øvrige før det holdes rådslagning og stemmegivning. Det siste sløyfes ofte i praksis. Som regel gir de andre dommerne skriftlige kommentarer til utkastet og markerer ved påtegning om de er enige eller hvilket avvikende resultat de stemmer for. Er det ikke uenighet eller behov for noe ytterligere interne drøftelser, sløyfes rådslagningen og man går rett til avsigelsen.

De aller fleste beslutninger kan treffes av forberedende dommer alene i henhold til § 166, slik at § 138 ikke får anvendelse. Et eksempel på en beslutning som treffes av tre dommere etter skrift-

lig behandling, er lagmannsrettens og kjæremålsutvalgets avgjørelser etter tvistemålsloven §§ 356 og 357 om samtykke til anke i tilfelle hvor kravet til ankegjensstandens verdi ikke er oppfylt. Tidligere ble avgjørelsene om ankesamtykke i lagmannsretten truffet av førstelagmannen, men fra 1. juli 2000 er kompetansen overført til tre lagdommere (lov av 28. april 2000 nr. 34).

Nærmere regler om rådslagningen, som til daglig oftest blir kalt domskonferansen, er gitt i §§ 139 til 142. Rådslagningen er ikke rettsmøte etter definisjonen i domstoloven § 122. Den holdes for lukkede dører etter tvistemålsloven § 139 første ledd, sammenholdt med reservasjonen i § 140. Rådslagningen ledes av rettens formann, som etter § 139 annet ledd står nokså fritt med hensyn til hvordan han vil legge den opp.

Regler om selve avstemningen er gitt i §§ 142 og 139 tredje ledd, med enkelte særregler for Høyesterett i § 141.

Tvistemålsloven har ikke egne regler om voringstemaet. Det følger av tvistemålsloven § 139 tredje ledd at en dommer som har stemt for å avvise saken eller oppheve den påankete dom, men blitt overstemt, likevel skal delta i avgjørelsen av realiteten. Dette er uttrykk for at det skal stemmes særskilt over materielle og prosessuelle spørsmål.

I rettspraksis blir problemstillingene svært sjelden formulert og drøftet eksplisitt. Det har likevel utkrystallisert seg enighet om at det ved realitetsavgjørelser stemmes særskilt over hvert krav eller rettsforhold som er egen tvistegjenstand i saken (resultatmetoden), ikke over begrunnelsen for dette (begrunnelsesmetoden). Denne løsningen har også støtte i tvistemålslovens motiver. Ved avgjørelsen av hva som utgjør ett eller flere krav, og dermed ett eller flere voringstema, må grensen trekkes etter samme kriterier som for dommens rettskraft. Det vises til den utførlige behandlingen av identifikasjonsspørsmål etter gjeldende retti utvalgets drøftelse av rettskraft, se II.14.2. Som nevnt der, er det klar sammenheng mellom reglene om voringstema og rettskraft. Når det bare er det kravet retten uttrykkelig har tatt stilling til i domsslutningen som er rettskraftig avgjort, ikke det standpunkt rettens medlemmer har uttrykt i premissene til ulike prejudisielle rettsspørsmål eller påstandsgrunnlag (rettsfakta), skyldes det nettopp at man ikke stemmer særskilt over ulike spørsmål som utgjør ledd i begrunnelsen for resultatet. Det kan derfor bli fastslått at A er eier av en eiendom uten at det er flertall for noe bestemt grunnlag for dette.

Det som er sagt om at hvert krav utgjør ett voringstema, gjelder også bikrav som saksomkost-

ninger. Dette innebærer at hver dommer skal ta selvstendig standpunkt til saksomkostningsspørsmålet. En dommer som har vært i mindretall i avgjørelsen av tvistegjenstanden, skal derfor legge sitt eget, og ikke flertallets, resultat til grunn i spørsmålet om saken er vunnet eller tapt.

Ved prosessuelle avgjørelser om en sak skal avvises, heves, stanses eller gjenopptas, eller om en dom skal oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, gjelder i motsetning til det som er sagt ovenfor om realitetsavgjørelser, at hver enkelt avvisnings-, opphevelses- eller gjenopptakelsesgrunn mv. er ett voringstema. En sak blir derfor ikke avvist med mindre det er flertall for ett grunnlag for dette, som at saksøkeren mangler rettslig interesse, at en søksmålsfrist er oversittet, eller at saken er rettskraftig avgjort fra før. Også på dette punkt er det kongruens mellom voringstema og rettskraft.

For prosessledende avgjørelser er regelen at det stemmes særskilt over det resultat dommerne er kommet til for hvert enkelt spørsmål, f.eks. spørsmålet om et bevis skal avskjæres under hovedforhandlingen. Resultatet blir derfor avskjæring om dommer A mener at beviset inneholder en skriftlig vitneforklaring i strid med tvistemålsloven § 197, dommer B mener at beviset ikke kommer saken ved, jf. tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 1, og dommer C mener at beviset er fremlagt for sent, jf. tvistemålsloven § 189 annet ledd.

Fremstillingen her innskrenker seg til hovedlinjene. Det vises for øvrig til Hov I side 309 – 313, Schei side 474 – 476 og Skoghøy side 730 – 734.

Om avstemingsresultatet er det gitt nærmere regler i tvistemålsloven § 142. Hver avgjørelse treffes med stemmeflerhet hvis det ikke er hjemmel for annet. Unntak hvor loven krever enstemmighet gjelder blant annet for kjæremålsutvalgets avgjørelser om å nekte en anke fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd. I sivile saker forekommer det ikke som i straffesaker avgjørelser som skal treffes med et kvalifisert flertall. Står stemmene likt, gjør formannens stemme utslaget (§ 142 første ledd annet punktum). Retten settes alltid med et ulikt antall dommere slik at man normalt unngår at stemmene står likt. Det kan likevel skje, blant annet hvis én av dommerne i en lagmannsrettssak med meddommere får forfall underveis. Saken kan da etter domstoloven § 15 likevel fremmes til doms.

Tvistemålsloven § 142 annet ledd gir en særregel for det tilfelle at det er flere enn to meninger når pengebeløp eller andre størrelser skal fastsettes, og det ikke er flertall for noe bestemt resultat. Regelen er da at man legger det midlere resultat, medianen, til grunn, ikke gjennomsnittet av tallene.

Avstemningen foregår under rådslagningen og



skjer med andre ord for lukkede dører. Etter tvistemålsloven § 141 annet ledd gjelder det imidlertid en egen ordning for muntlige saker i Høyesterett. Selve stemmegivningen foregår her offentlig. I praksis er ikke forskjellen så stor som loven tilsier. Også i Høyesterett blir det under den interne rådslagningen avklart hvilket resultat hver dommer går inn for. I muntlige høyesterettssaker utformer imidlertid ikke retten fellesbegrunnelser. Hver dommer utformer personlige vota. Disse vil være utformet skriftlig og behandlet internt blant dommerne før votingen. Den offentlige stemmegivning tilsvarer derfor domsavsigelsen snarere enn stemmegivningen i andre domstoler og i skriftlige saker for Høyesterett selv.

### 21.5.3 Fremmed rett

#### 21.5.3.1 Danmark

Retsplejeloven har nærmere regler om rettens rådslagning og stemmegivning i § 214 og § 216 som på vesentlige punkter svarer til tvistemålslovens regler. Gjennomføringen av rådslagningen er imidlertid noe mer formalisert enn hos oss, med detaljerte regler om voteringsrekkefølgen (yngste domsmann først og rettens formann sist). Det skal dessuten foretas protokollasjon av stemmegivningen i en egen stemmegivningsbok. Reglene er felles for sivile saker og straffesaker. I likhet med tvistemålsloven har retsplejeloven ikke nærmere regler om votingstemaet, og det har vært sterkt omdiskutert om man bør følge resultatmetoden eller begrunnelsesmetoden. Det vises til Gomard, *Civilprocessen* (4. utg. 1994), side 494 – 498. Ifølge Gomard følger domstolene i Danmark i alminnelighet resultatmetoden for realitetsavgjørelser.

#### 21.5.3.2 Sverige

Rättegångsbalken har regler om rådslagning («överläggning») i 17:9 og avstemning («omröstning») i kapittel 16. Det er obligatorisk å holde iallfall en første rådslagning i nær tilknytning til hovedforhandlingen. Det er noe usikkert om rådslagningen kan holdes som telefonkonferanse. Det vises til Ekeløf, Edlestam, Boman, *Rättegång V* (7. oppl. 1998), side 239.

I motsetning til de norske og danske prosesslovene er det gitt utførlige regler om votingstema i rättegångsbalken 16:2. Reglene er kommentert i Ekeløf, Bylund og Boman, *Rättegång III* (6. oppl. 1994) side 86 – 96. På enkelte punkter avviker reglene fra det som er gjeldende rett hos oss. Blant annet skal det stemmes særskilt over fordring som

påberopes til motregning. Dette har sammenheng med at motkravet blir rettskraftig avgjort i et slikt tilfelle i henhold til rättegångsbalken 17:11 st. 2. Det er gjennomført som generell regel, og ikke bare for forholdet mellom prosessuelle og materielle spørsmål som hos oss, at en dommer som er blitt overstemt skal delta i senere avstemninger basert på flertallets oppfatning. Lovgrunnen er at alle rettens medlemmer skal ta stilling til tvistespørsmålene i saken, noe som styrker dommens informasjonsverdi. Om sakens beskaffenhet gir grunn til det, skal det også stemmes særskilt over flere grunnlag for samme krav, dvs. eksistensen og betydningen av alternative rettsfakta innenfor rammen av samme krav. Anvendelse av denne regelen gir ifølge Ekeløf mfl. opphav til atskillige vanskeligheter.

### 21.5.4 Utvalgets vurderinger

Utvalgets hovedsynspunkt ved utformingen av nye regler om rådslagning og stemmegivning når retten har flere medlemmer, er at fasen fra saken opp-tas til doms til dommen avses kan sies å være en del av rettens indre liv som ikke bør undergis noen detaljert lovregulering. Det bør i store trekk være overlatt retten – ved rettsformannen – å fastsette den nærmere fremgangsmåten for den kommunikasjon som nødvendigvis må finne sted før dommen avses.

Noen rammebestemmelser bør likevel fremgå av loven. Det er viktig å fastlegge rutiner som sørger for at meddommerne kommer til orde og får reell innflytelse. Dette forutsetter at det finner sted en muntlig drøfting etter hovedforhandlingen hvor rettens medlemmer i frie former kan diskutere rettslige og faktiske problemstillinger i saken. Dette møtet bør fortrinnsvis holdes i forlengelsen av rettsmøtet mens dommerne har bevisføringen og den øvrige informasjon saken skal baseres på, friskt i minne. Såvidt mulig bør også resultatet fastlegges i dette møtet, men det kan ikke være noe absolutt krav om avstemning. Dommen vil under ingen omstendighet være bindende før den er avsagt. I mer kompliserte saker med omfattende bevis- og rettsstoff kan det være nødvendig å sortere tankene litt før domskonferansen, slik at rettens medlemmer møtes igjen etter noen få dager. En praktisk løsning er å diskutere seg gjennom saken så langt som mulig under den første konferansen for så å la en eventuell avsluttende konferanse om utformingen av dommen skje på grunnlag av et skrevet utkast til dom. Sluttbehandlingen med domsavsigelse kan så skje etter sirkulasjonsbehandling av utkastet eller i et nytt møte, et møte

som eventuelt også bør kunne holdes som fjernmøte. Utvalget kommer nærmere tilbake til dette nedenfor i drøftelsen av formene for domsavsigelse.

Utvalget har ikke vurdert særlig inngående hvorvidt det kan være grunn til å endre ordningen med offentlig votering i muntlige saker i Høyesterett. Det dreier seg om en lang og innarbeidet tradisjon som utvalget ikke har registrert noe ønske om å endre. Den står i nær sammenheng med bruken av personlige vota i stedet for fellesbegrunnelser, en ordning som har bred oppslutning i Høyesterett.

Utvalget foreslår videreført noen alminnelige regler om stemmegivningen, og finner grunn til å lovfeste de viktigste reglene om voteringstemaet.

Det vises til den konkrete regelutformingen i § 21-3.

## **21.6 Avsigelsen av rettslige avgjørelser**

### **21.6.1 Oversikt over gjeldende rett**

#### *21.6.1.1 Virkningene av avsigelsen*

At en dom blir avsagt, er etter gjeldende rett tilagt den betydning at retten er bundet av den, jf. tvistemålsloven § 155. Dommen kan etter dette ikke endres av retten utover den meget snevre adgang til å rette åpenbare feil etter tvistemålsloven §§ 156 til 157. Dette gjelder som hovedregel også for kjennelser og beslutninger etter henvisningen i tvistemålsloven § 164 tredje ledd annet punktum og § 165 tredje ledd annet punktum. Prosessledende kjennelser og beslutninger kan imidlertid i atskil- lig utstrekning omgjøres under saken. Adgangen til retting og omgjøring behandles i II.21.12.

Avsigelsen er også tillagt andre rettsvirkninger, men disse beror på hvilken type avgjørelse det gjelder og hvilken domstol som har truffet den. Høyesteretts avgjørelser blir retts- og tvangskraftige straks de er avsagt, mens dommer av de øvrige domstoler som regel først blir fullt ut bindende for partene når ankefristen er utløpt. Utvalget kommer noe inn på problemstillingene i forbindelse med spørsmål om foregripet tvangskraft og oppsettende virkning nedenfor. Om rettskraftspørsmålene vises til behandlingen i II.14.

Fristen for å angripe en rettsavgjørelse med rettsmidlene anke, kjæremål eller oppfriskning, løper som hovedregel ikke fra avsigelsen, men fra forkynnelsen eller meddelelsen for partene. I enkelte tilfelle løper ankefristen allerede fra avsigelsen, som f.eks. ved anke over kjennelse om stadfestelse av tvangssalg av fast eiendom etter

tvangsfullbyrdelsesloven § 11-34 annet ledd. Avsigelse og forkynnelse er i utgangspunktet forskjellige formalakter, men undertiden er formkravene sammenfallende, slik at avgjørelsen er forkynt ved avsigelsen. Det vises til domstolloven § 187 om forkynnelse ved opplesning i rettsmøte.

#### *21.6.1.2 Formene for avsigelse av dommer og kjennelser*

Reglene om domsavsigelse står i tvistemålsloven § 153. De gjelder tilsvarende for kjennelser etter henvisning i § 164 første ledd første punktum, mens det gjelder enklere regler for beslutninger, se II. 21.6.1.3 nedenfor. For skriftlige ankesaker har tvistemålsloven § 380 noen supplerende regler.

Dommer og kjennelser skal etter tvistemålsloven § 153 første ledd første punktum alltid avsies i et rettsmøte. Som hovedregel skal alle dommere være til stede. Avgjørelsen må foreligge ferdig skrevet ved avsigelsen. Hvis dommen avsies ved avslutningen av hovedforhandlingen, foregår domsavsigelsen ved avlesning ifølge tvistemålsloven § 153 annet ledd, men dette skjer rent unntaksvis i sivile saker. Kjennelser avsies imidlertid undertiden i hovedforhandlingen, enten prosessledende kjennelser eller hevningskjennelser når saken ender med rettsforlik. Selve domsavsigelsen skjer i sivile saker normalt i et eget rettsmøte etter hovedforhandlingen. Avsigelsen skjer ved underskrift i rettsmøtet uten at dommen leses, jf. også tvistemålsloven § 144 tredje ledd.

At avsigelsen skjer i rettsmøte, innebærer at domstollovens og tvistemålslovens regler om rettsmøter kommer til anvendelse. Det skal føres rettsbok etter tvistemålsloven § 125. Har saken vært behandlet for åpne dører, gjelder dette også domsavsigelsen. Og selv om saken har vært behandlet for lukkede dører, skal alltid avlesningen av domslutningen foregå offentlig i henhold til domstolloven § 124. Det forutsetter imidlertid at dommen avsies ved avlesning. Som nevnt ovenfor skjer ikke det ofte i praksis, idet rettsmøtene holdes som kontorforretninger uten publikum til stede.

Ved lovendring i 1990 (lov av 24. august 1990 nr. 54) ble det åpnet adgang til en enklere prosedyre for domsavsigelse ved såkalt sirkulasjonsbehandling etter nærmere regler i tvistemålsloven § 153 første ledd tredje til sjette punktum. Samme adgang ble innført i straffeprosessloven. Etter at rådslagning og stemmegivning har vært holdt, kan retten beslutte at bare rettens formann skal være til stede i det rettsmøte hvor dommen avsies ved avlesning eller underskrift, mens de øvrige medlemmer underskriver utkastet på forhånd, i prak-

sis ved at dette sirkuleres. Beslutning om å følge denne prosedyren krever enstemmighet. Selv om det er truffet beslutning om sirkulasjonsbehandling, kan alle dommere kreve at dommen blir avsagt i rettsmøte med alle til stede.

Det var forutsatt i motivene til endringsloven av 1990 at adgangen til sirkulasjonsbehandling skulle brukes med varsomhet og forbeholdes de enkle tilfeller. I praksis har imidlertid ordningen fått stor utbredelse både i sivile saker og straffesaker og brukes antakelig i større utstrekning enn opprinnelig forutsatt. I saker der bare fagdommere deltar, f.eks. i lagmannsretten, er dette nokså ubetenkelig. I saker med meddommere kan imidlertid ordningen svekke meddommernes reelle innflytelse.

For kjennelser i saker der bare fagdommere deltar, har tvistemålsloven regler om sirkulasjonsbehandling i § 164 første ledd fjerde til sjette punktum. Det er da tilstrekkelig at én av fagdommerne er til stede i rettsmøtet der kjennelsen avsies uten at dette behøver å være rettens formann som bestemt i tvistemålsloven § 153 første ledd tredje punktum.

For domsavsigelser i Høyesterett gjelder det egne regler i muntlige saker. Domsavsigelsen skjer da ved den offentlige votering etter tvistemålsloven § 141 annet ledd.

### 21.6.1.3 *Beslutninger*

Tvistemålsloven § 165 om beslutninger henviser ikke til § 153. Det er derfor ikke noe krav om at beslutninger avsies i rettsmøte. Etter at rådslagning og stemmegivning er holdt etter reglene i tvistemålsloven §§ 138 til 142 for tilfelle at retten har flere medlemmer, avsies beslutningen ved underskrift eller avlesning i rettsmøte etter tvistemålsloven § 165 tredje ledd annet punktum jf. § 155.

### 21.6.1.4 *Frister*

Tvistemålsloven § 152 fastslår at dommen bør avsies umiddelbart etter at saken er tatt opp til doms. Slik bestemmelsen opprinnelig lød måtte dom avsies senest innen en uke hvis ikke annet er bestemt ved lov.

Fristen på én uke var urealistisk kort for dommer og ble sjelden overholdt i praksis, uten at det medførte noen konsekvenser. Strengt tatt er dette en saksbehandlingsfeil, men feilen vil ikke ha hatt betydning for avgjørelsen med mindre det er gått så lang tid siden hovedforhandlingen at det er fare for at dommerne ikke lenger har bevisføringen og forhandlingen i tilstrekkelig frisk erindring.

Ved lovendring i 1999 (lov av 4. juni 1999 nr. 37) ble fristen for domsavsigelse etter tvistemålsloven

§ 152 forlenget til 2 uker. Fristen er imidlertid nokså avdempet, formulert som et pålegg til retten om å oppgi årsaken dersom fristen overskrides. Endringen trådte i krav 1. september 2001.

Regelen gjelder etter henvisning fra tvistemålsloven § 164 første ledd annet punktum og § 165 første ledd også for kjennelser og beslutninger. For skriftlige ankesaker gjelder det fortsatt en ukesfrist etter tvistemålsloven § 380 fjerde ledd. I straffesaker gjelder til sammenlikning en noe avdempet frist på tre dager i henhold til straffeprosessloven § 42 tredje punktum.

## 21.6.2 **Fremmed rett**

### 21.6.2.1 *Danmark*

Retsplejeloven har regler om domsavsigelsen i sivile saker i § 219. I bestemmelsens stk. 3 er det bestemt at domsavsigelsen foregår ved at domsslutningen, etter at hele dommen er skriftlig utarbeidet, oppleses i rettsmøte. Fristen for domsavsigelse er atskillig romsligere enn hos oss. I byrettssaker er fristen seks uker, mens den i landsrettssaker er hele tre måneder (retsplejeloven § 219 stk. 1). Ved revisjonen av retsplejeloven vurderes fristene forkortet til fire uker i byrettssaker behandlet med én dommer, mens fristen for byrettssaker behandlet med flere dommere og for landsrettssaker vurderes satt til to måneder.

Selv om lovens frister for domsavsigelse er lange, blir et betydelig antall saker avgjort i løpet av atskillig kortere tid ved forlik på grunnlag av et såkalt dommertilkjennegivende. Det er innarbeidet praksis i byretten og landsretten, samt i spesialdomstolen Sø- og Handelsretten, for at retten, hvis partene ønsker det og retten finner resultatet tilstrekkelig klart, ved hovedforhandlingens avslutning tilkjennegir partene hvilket resultat saken vil få ved en dom. Partene tilbys så å inngå forlik i overensstemmelse med tilkjennegivendet, og dette skjer ofte. Ordningen har ikke noen forankring i retsplejeloven.

### 21.6.2.2 *Sverige*

Hovedregelen om domsavsigelse er at dommen avsies («avkunnas») i rettsmøte ved at rettens formann leser domsslutningen og redegjør for hovedpunktene i domsgrunnene, samt orienterer om adgangen til overprøving. Domsgrunnene foredras nokså fritt på grunnlag av dommerens notater fra hovedforhandlingen, mens hele dommen skrives ut i ettertid. Hvis saken er for komplisert til at dommen kan avsies i tilknytning til den rådslagning

som finner sted umiddelbart etter hovedforhandlingen (se II.21.5.3.2), skal dommen avsies innen to uker. I så fall skjer domsavsigelsen enten i nytt rettsmøte eller meddeles ved at den gjøres tilgjengelig for partene på rettens kontor. Tidspunktet for dommens avsigselse skal i så fall opplyses ved hovedforhandlingens avslutning. Det vises til rättegångsbalken 17:9 og Ekeløf, Edelstam, Boman, Rättegång V (7. oppl. 1998), side 240 – 241.

### 21.6.3 Menneskerettslige krav til offentlig domsavsigelse

EMK artikkel 6(1) gir enhver krav på å få tvister om borgerlige rettigheter og plikter avgjort ved en offentlig rettergang. Hva offentlighetsprinsippet i alminnelighet innebærer for gjennomføringen av rettsaker og rettsforhandlinger er behandlet i II.22.

I artikkel 6(1) annet punktum er det uttrykkelig bestemt at dommen skal avsies offentlig (i den engelske originalteksten: «Judgment shall be pronounced publicly»). Dette kravet er absolutt og er uttrykk for at hemmelige dommer er i strid med grunnleggende prinsipper i en rettsstat. Kravet gjelder selv om offentligheten kan utelukkes under resten av rettsforhandlingene i medhold av noen av unntakene som er oppstilt i artikkel 6(1) annet punktum. Dette synet er fastholdt i en rekke av Menneskerettsdomstolens avgjørelser, se blant annet Campbell og Fell, Series A No. 80 para. 90.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14(1) inneholder også krav om at dommen skal være offentlig. Kravet er imidlertid formulert litt annerledes («the judgment shall be made public»), noe som tilsier at offentliggjøringen av dommen, ikke den offentlige avsigselse, er kjernen. SP artikkel 14(1) åpner dessuten, i motsetning til EMK, adgang til unntak i saker om ekteskap og foreldreansvar, eller når hensynet til mindreårige tilsier det. I det følgende behandles bare forholdet til EMK.

Retten til offentlig domsavsigelse innebærer ikke at hele dommen må gjøres kjent, men som et minimum må domsslutningen bekjentgjøres. Dette kravet er hos oss tilsynelatende oppfylt ved domstoloven § 124 fjerde ledd hvoretter domsslutningen alltid skal avleses offentlig selv om saken har vært behandlet for lukkede dører. I praksis avsies imidlertid de aller fleste dommer i sivile saker som kontorrettsmøter ved underskrift av dommen uten andre enn rettens medlemmer til stede, og uten at det er lagt til rette for at publikum har adgang. Ikke sjelden avsies dommen utenfor kontortid hvor dørene til rettens lokaler er låst. I forhold til ordly-

den i artikkel 6(1) annet punktum kan dette synes problematisk.

EMD har imidlertid i flere avgjørelser tolket retten til offentlig domsavsigelse innskrenkende i lys av formålet med bestemmelsen, som er å sikre allmennheten rett til innsyn i og kontroll med myndighetsutøvelsen. Konvensjonsstatene er derfor overlatt en viss frihet med hensyn til hvordan offentlighetsprinsippet skal gjennomføres. Den ledende presedens er Pretto mfl., Series A No. 71. Problemstillingen her var om retten til offentlig domsavsigelse var oppfylt ved at en dom av Italias høyesterett ble offentliggjort ved deponering i domstolens domsregister. Dette ble besvart bekreftende. EMD ga først følgende generelle uttalelse i para. 21 – 22:

«21. The public character of proceedings before the judicial bodies referred to in Article 6 § 1 protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36, and also the Lawless judgment of 14 November 1960, Series A no. 1, p. 13).

22. Whilst the member States of the Council of Europe all subscribe to this principle of publicity, their legislative systems and judicial practice reveal some diversity as to its scope and manner of implementation, as regards both the holding of hearings and the «pronouncement» of judgments. The formal aspect of the matter is, however, of secondary importance as compared with the purpose underlying the publicity required by Article 6 § 1. The prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial impels the Court, for the purposes of the review which it has to undertake in this area, to examine the realities of the procedure in question (see notably, *mutatis mutandis*, the Adolf judgment of 26 March 1982, Series A no. 49, p. 15, § 30).»

Videre uttales:

«24. In accordance with Article 133 of the Code of Civil Procedure, the judgment adopted on 19 October 1976 by the Court of Cassation was simply deposited in the court registry, with written notification of the operative provisions being given to the parties, but not pronounced in open court (see paragraph 13 above). It the-

refore has to be determined whether, as the applicants and a minority of the Commission contended, this state of affairs violated the Convention.

25. The terms used in the second sentence of Article 6 § 1 - «judgment shall be pronounced publicly», «le jugement sera rendu publiquement» - might suggest that a reading out aloud of the judgment is required. Admittedly the French text employs the participle «rendu» (given), whereas the corresponding word in the English version is «pronounced» (prononcé), but this slight difference is not sufficient to dispel the impression left by the language of the provision in question: in French, «rendu publiquement» - as opposed to «rendu public» (made public) - can very well be regarded as the equivalent of «prononcé publiquement». At first sight, Article 6 § 1 of the European Convention would thus appear to be stricter in this respect than Article 14 § 1 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, which provides that the judgment «shall be made public», «sera public».

26. However, many member States of the Council of Europe have a long-standing tradition of recourse to other means, besides reading out aloud, for making public the decisions of all or some of their courts, and especially of their courts of cassation, for example deposit in a registry accessible to the public. The authors of the Convention cannot have overlooked that fact, even if concern to take it into account is not so easily identifiable in their working documents as in the travaux préparatoires of the 1966 Covenant (see, for instance, document A/4299 of 3 December 1959, pp. 12, 15 and 19, §§ 38(b), 53 and 63(c) in fine). The Court therefore does not feel bound to adopt a literal interpretation. It considers that in each case the form of publicity to be given to the «judgment» under the domestic law of the respondent State must be assessed in the light of the special features of the proceedings in question and by reference to the object and purpose of Article 6 § 1.»

EMD konkluderte med at EMK ikke var krenket i den aktuelle saken. Etter å ha redegjort nærmere for kassasjonsdomstolens funksjon heter det avslutningsvis i para. 27:

«In the opinion of the Court, the object pursued by Article 6 § 1 in this context - namely, to ensure scrutiny of the judiciary by the public with a view to safeguarding the right to a fair trial - is, at any rate as regards cassation proceedings, no less achieved by a deposit in the court registry, making the full text of the judgment available to everyone, than by a reading in open court

of a decision dismissing an appeal or quashing a previous judgment, such reading sometimes being limited to the operative provisions»

Denne linjen er fulgt i avgjørelser som Axen, Series A No. 72 para. 29-32, Sutter, Series A No. 74 para. 32 – 34, Campbell og Fell, Series A No. 80 para. 91 og Szücs, Reports 1997 VII para. 43. Praxis er kommentert i Harris, O'Boyle og Warbrick side 221 – 222.

Menneskerettsdomstolens praksis kan etter utvalgets oppfatning oppsummeres dithen at man vurderer i det enkelte tilfelle om offentliggjøringen ifølge den nasjonale lovgivning tilfredsstillende kravene i EMK artikkel 6(1) annet punktum i lys av formålet med bestemmelsen. Det er akseptert at deponering i et offentlig tilgjengelig domsregister kan tilfredsstillende offentliggjøringen. I Szücs, hvor det ble konstatert krenkelse, ble det lagt vekt på at det ikke gjaldt noen alminnelig adgang for tredjemand til å gjennomgå domsprotokollene og få kopi av avgjørelser. En slik tilgang forutsatte legitim interesse og var undergitt rettens skjønn.

De saker hvor deponering har vært godtatt, har imidlertid dreid seg om avgjørelser av appelldomsstoler med begrenset overprøvningskompetanse. EMD understreker i avgjørelsene at den formen for publisitet dommene gis, må bedømmes blant annet i lys av de spesielle trekk ved den aktuelle formen for rettsforhandlinger («be assessed in the light of the special features of the proceedings in question»). Utvalget kan ikke se at EMD har tatt standpunkt til om offentliggjøring ved deponering i domsregister vil være tilstrekkelig som alminnelig ordning også for regulære sivile saker og straffesaker med full realitetsbehandling i første instans. Kommisjonen har imidlertid i en avgjørelse fra 1989 i saken Helmers mot Sverige, No. 11826/85, 61 DR 138, godtatt denne formen for publisering i en privat straffesak vedrørende ærekrenkelse. Utvalget antar, spesielt i lys av de formålsbetraktninger som står sentralt, at dette vil bli akseptert under forutsetning av at ordningen gjøres tilstrekkelig tilgjengelig for offentligheten.

Publisering av rettsavgjørelser ved bruk av internett har ikke vært vurdert av EMD. Det er imidlertid all grunn til å tro at domstolen vil se positivt på en slik ordning som gir en vesentlig mer effektiv innsynsrett for allmennheten enn opplesning av dommen i et åpent rettsmøte.

#### **21.6.4 Aktuelle reformer, offentlighet i rettspleien**

Ved lov av 4. juni 1999 nr. 37 ble det vedtatt nye

regler blant annet om offentlighet i rettspleien. De vesentligste delene av lovendringen trådte i kraft 1. september 2001. Samme dag trådte nye forskrifter om offentlighet i rettspleien i kraft (med unntak for noen få av bestemmelsene i forskriften).

Det er ikke vedtatt endringer i reglene om gjennomføringen av domsavsigelser, bortsett fra forlengelsen av fristen for domsavsigelser til to uker i tvistemålsloven § 152 som er nevnt ovenfor i II.21.6.1.4. Ordningen med at dommer avsies uten opplesning og uten at partene er til stede, er drøftet i lys av kravet til offentlig domsavsigelse i EMK artikkel 6(1), se Ot.prp. nr. 55 (1997-98) side 41 – 42. Ordningen er videreført, men med regler som i tilstrekkelig grad ivaretar allmennhetens innsynsrett. Det vises til proposisjonen side 54 – 57 med utkast til endring i tvistemålsloven § 135. I sivile saker gjelder det allerede før lovendringen en vid adgang til innsyn etter tvistemålsloven § 135 annet ledd, idet enhver kan kreve utskrift av dommer og kjennelser i saker behandlet for åpne dører. Av hensyn til EMK har det blitt ansett nødvendig å utvide retten til innsyn i domsslutninger. Det vises spesielt til tvistemålsloven § 135 annet ledd første punktum som, etter lovendringen, lyder:

«Enhver kan kreve utskrift av en rettsavgjørelse i en bestemt sak så langt som det ikke gjelder forbud mot offentlig gjengivelse, eller, dersom det gjelder slikt forbud og avgjørelsen ikke er eldre enn fem år, innsyn i avgjørelsens slutning.»

Allmennhetens innsynsrett er undergitt en allmennlig begrensning i fjerde ledd som lyder:

«For andre enn parter med rettslig interesse skal utskrifter og innsyn i annet enn domsslutninger nektes når det av hensyn til rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat ville være betenkelig å gi utskrift eller innsyn, eller når det er grunn til å frykte at utskriften eller kunnskapen vil bli nyttet på urettmessig vis. Det samme gjelder når retten har gitt pålegg om hemmelighold.»

Reglene innebærer at det vil gjelde en uinnskrenket rett til innsyn, men ikke utskrift, i domsslutninger i avgjørelser som ikke er eldre enn fem år.

Tilsvarende endringer er vedtatt i straffeprosessloven.

I forskriften er gjennomføringen av innsynsretten regulert i kapittel 3, §§ 9 til 12. Forslaget omtales ikke nærmere her.

## 21.6.5 Utvalgets syn

### 21.6.5.1 Utvalgets øvrige forslag

Enkelte av utvalgets øvrige drøftelser behandler problemstillinger av en viss betydning for temaet som drøftes i II.21.6.

I utkastet til regler om småkravprosess § 10-4(2) har utvalget foreslått bestemmelser om dommen og domsavsigelsen. Dommen avsies muntlig ved rettsmøtets avslutning hvis dommen finner grunnlag for det. Ellers avsies dommen innen én uke etter at partene er meddelt at saken er tatt opp til doms. Dommen kan avsies ved rettsmøtets avslutning selv om bare domsslutningen er utformet skriftlig. I så fall redegjør dommeren muntlig for hovedpunktene i begrunnelsen. Dommen skrives ut innen én uke og meddeles partene. Forslaget er kommentert i II.11.9.8.

For så vidt gjelder retten til innsyn i rettens avgjørelser, viderefører lovutkastet i det alt vesentlige de nye regler i tvistemålsloven § 135 som ble vedtatt i 1999. Det vises til lovutkastet § 18-2 jf. § 18-3.

I lovutkastet kapittel 17 II er det foreslått nye regler om dokumentasjon av forhandlinger i rettsmøter. Regelutkastet viderefører med en del endringer og forenklinger reglene om protokollasjon av forhandlingene i en rettsbok, som man nå har i tvistemålsloven kapittel 11. Etter lovutkastet § 17-8(1)(e) skal rettsboken angi rettslige avgjørelser og pålegg som gis i rettsmøtet, med mindre disse utferdiges som selvstendige dokumenter. Bestemmelsen svarer til tvistemålsloven § 126 første ledd nr. 4, sammenholdt med annet ledd. Denne delen av lovutkastet behandler ikke spørsmålet om når rettslige avgjørelser må avsies i rettsmøte.

### 21.6.5.2 Avgjørelsens bindende virkning

Utvalget finner det klart at man bør opprettholde tvistemålslovens regel i § 155 om at avgjørelsen er bindende når den er avsagt. Dette er avgjørelsens sentrale funksjon. Avgjørelsen er en formell handling som innebærer at meningsinnholdet i avgjørelsen definitivt fastsettes som rettens normering av det materielle eller prosessuelle rettsforhold som er avgjørelsens tema. Som regel er avgjørelsen på forhånd formulert i et utkast som autoriseres ved avgjørelsen. Prosessledende beslutninger har ofte ikke noe slikt forstadium, slik at de ved avgjørelsen så og si tar spranget direkte fra dommerens bevissthet.

Noen viktige hensyn:

1. Notorit

Det viktigste hensynet ved utformingen av regler om avsigelsen er å sørge for klarhet – notoritet. Det må være utvetydig både når avgjørelsen trefes og hvilket innhold den har.

## 2. Solennitet og effektivitet

Fremgangsmåten ved avsigelsen bør være egnet til å markere det alvor det er forbundet med å avsi dom i en retts sak og bidra til å inngi partene og allmennheten tillit til dens kvalitet. Selv om innholdet er viktigere, bør den psykologiske betydningen av formene ikke undervurderes. Ved å gi rettsforhandlinger et seremonielt preg tilsikter man å skape en atmosfære av høytid og verdighet som antas å fremme respekten for domstolene og deres avgjørelser. Domsavsigelsen må gjennomføres på en måte som er konsekvent i forhold til det inntrykk man ønsker å formidle, og ikke svekke dette ved å virke som et antiklimaks. På den annen side må formkravene ikke bli uforholdsmessig tungvinte og hindre en effektiv saksbehandling.

Avveiningen mellom hensynet til effektivitet og solennitet blir forskjellig for ulike typer avgjørelser og domstoler. Solennitetshensynet har nok generelt større betydning i straffesaker med realitetsbehandling av skyldspørsmålet enn i sivile saker. Rettsmøtet i en småkravprosess for tingrett der det er meningen at selvprosederende parter skal føle seg noenlunde trygge, kan ikke gjennomføres på en særlig pompøs måte. Videre er det stor forskjell på en dom etter hovedforhandling og en beslutning om fristforlengelse under saksforberedelsen. Etter utvalgets oppfatning må solennitetshensynet først og fremst ivaretas ved gjennomføringen av (reelt) offentlige rettsmøter, og herunder naturligvis ved avsigelsen av de avgjørelser som treffes under disse.

## 3. Medinnflytelse og likebehandling av rettens medlemmer

Når retten består av flere medlemmer, er det også et viktig hensyn at alle rettens medlemmer skal gis reell mulighet til medinnflytelse på lik linje, og at avgjørelsen er uttrykk for deres veloverveide standpunkt. Dette hensynet må imidlertid først og fremst ivaretas gjennom reglene om kommunikasjon ved rådslagning forut for selve avsigelsen.

## 4. Offentlighet

Offentlighetshensynet er etter gjeldende rett sentralt knyttet til formene for avsigelse, idet dommer og kjennelser skal avsies i åpent rettsmøte. Også i EMK er dette hensynet fremhevet i ordlyden i artikkel 6(1) annet punktum, hvoretter dommen skal avsies offentlig, se II.21.6.3 ovenfor.

Utvalget har i II.22 understreket nødvendigheten av offentlighet i rettspleien som viktig for å ivareta grunnleggende hensyn. Allmennhetens mulig-

het for kontroll med myndighetsutøvelsen fremheves særlig i Menneskerettsdomstolens praksis. Åpenhet er nødvendig for å opprettholde den tillit domstolene er avhengige av for å kunne fylle sin samfunnsfunksjon. I tillegg er offentlighet en forutsetning for rettsutvikling og rettsavklaring.

Utvalget understreker imidlertid at offentlighet kan gjennomføres på forskjellige måter, dels ved åpne rettsmøter, dels ved rett til innsyn i rettens saksdokumenter. Åpne rettsmøter er nødvendig for å gi mulighet til innsyn i grunnlaget for rettens avgjørelser, når grunnlaget er bevisføringen og forhandlingen i rettsmøtet. Det ville ellers ikke være lett å bedømme om avgjørelsen er riktig, eller om partene har fått en rettferdig behandling. Når grunnlaget finnes i skriftlig materiale, er imidlertid dokumentoffentlighet nødvendig. Utvalget har av den grunn foreslått en betydelig utvidelse av allmennhetens rett til innsyn i rettens saksdokumenter.

For en effektiv adgang til innsyn i rettens avgjørelser er dokumentoffentlighet et langt bedre virkemiddel enn møteoffentlighet. Det er avgjørelsens meningsinnhold som er av interesse, og en mulighet for å få tilgang til teksten er overlegent i forhold til opplesningen av dommen i et rettsmøte som svært få ser det bryet verdt å møte frem til. Dette gjelder særlig om innsyn kan oppnås ved elektronisk verktøy som Internett. Direkte tilgang til teksten er dessuten nødvendig for å kunne formidle avgjørelsen korrekt. Det gir lett opphav til feil og misforståelser om en journalist er henvist til å basere seg på det han får med seg av dommens opplesning.

På denne bakgrunn kan det være egnet til å overraske at offentlighet for selve avsigelsen er tilagt så stor betydning, blant annet ved formuleringen av EMK artikkel 6(1) annet punktum. Antakelig skyldes det en langvarig tradisjon som går tilbake til en tid da det ideologiske klima var et annet, og hvor åpenhet gjennom offentlige domsavsigelser representerte en viktig reform. Utviklingen som ledet til innføringen av offentlig votering i Høyesterett i 1863 illustrerer dette. I tilbakeblikk virker den sterke og langvarige motstand mot å åpne for innsyn i begrunnelsene for Høyesteretts avgjørelser, og å offentliggjøre dissenser, vanskelig å forstå.

Etter utvalgets oppfatning er ikke offentlighet ved selve avsigelsen som handling betraktet som særlig viktig. Utvalget legger i likhet med Justisdepartementet i motivene til endringsloven av 4. juni 1999 nr. 37, til grunn at offentlig domsavsigelse heller ikke er nødvendig etter EMK artikkel 6(1). Redegjørelsen for Menneskerettsdomstolens

praksis i II.21.6.3 ovenfor tilsier at retten til offentlig domsavsigelse er tolket innskrenkende i lys av bestemmelsens formål og vil kunne anses oppfylt ved en alminnelig adgang til dokumentinnsyn, spesielt dersom denne effektiviseres ved hjelp av Internettpublisering.

### 21.6.5.3 *Formene for avsigelse – rettsmøte og signatur*

Utvalget er blitt stående ved at man ikke bør opprettholde dagens regel om at dommer og kjennelser skal avsies i et rettsmøte. Om ordningen med offentlig votering i Høyesterett bør beholdes, behandles i neste avsnitt.

At dommen avsies i rettsmøte, svarer sjelden til noen realitet. Det skjer så godt som aldri i sivile saker, i motsetning til straffesaker, at dommen avsies ved hovedforhandlingens avslutning ved opplesning i henhold til tvistemålsloven § 153 annet ledd. Rettsmøtene er kontorforretninger som partene ikke er innkalt til, og som publikum i realiteten ikke har adgang til selv om rettsmøtet formelt sett er åpent. Spesielt malplassert blir terminologien når dommeren sitter alene på sitt kontor og undertegner avgjørelsen i en sak som kanskje ellers er undergitt full skriftlig behandling. Selv om språkbruken er misvisende, har imidlertid bruken av formen rettsmøte etter gjeldende rett den funksjon å bringe regler om rettsmøter til anvendelse, som regler om rettsformannens prosessledelse, føring av rettsbok og om rett til innsyn i avgjørelsen. Det er imidlertid ikke nødvendig å bruke rettsmøtebegrepet som kobling til slike regler. Endringsloven av 4. juni 1999 nr. 37 etablerer rett til innsyn i avgjørelser uten å gå veien om rettsbøker ført i rettsmøter etter den någjeldende tvistemålsloven § 135 annet ledd.

Utvalget går inn for å reservere rettsmøte som betegnelse på formelle møter mellom retten og partene eller deres representanter. Det vises til lovutkastet § 17-1, jf. domstolloven § 122.

Utvalget foreslår videreført rettens adgang til å avsi dommer og andre avgjørelser i rettsmøter. Det er for det første aktuelt for de avgjørelser som treffes under hovedforhandlingen eller annet rettsmøte hvor saken behandles. For dommer i småkravsprosess er muntlig domsavsigelse ved rettsmøtets avslutning foreslått som den prinsipale ordning. Det bør også være adgang for retten til å bestemme at dommen skal avsies i et eget rettsmøte partene innkalles til. Dette kan være ønskelig i saker som det er knyttet særlig stor oppmerksomhet til, eller hvor spesielle omstendigheter gjør det ønskelig av pedagogiske eller psykologiske grun-

ner å markere alvorret for partene ved å lese opp dommen i rettsalen, slik som man ofte gjør i straffesaker. Avsigelse i rettsmøte kan imidlertid ikke være hovedregelen. Dette ville bli ressurskrevende og forsinke avsigelsen i mange saker.

Utvalget foreslår innført en alminnelig adgang til skriftlig avsigelse ved signatur. Avgjørelsen er avsagt når dommeren, eller alle rettens medlemmer hvis det er flere, har signert den. Det stilles ikke opp som formkrav at signeringen skal skje i et møte. Adgangen til sirkulasjonsbehandling blir derfor videreført uten at dette fremstår som en særordning slik som i dag. Hvorvidt det skal holdes møter, er regulert uttømmende i § 21-3 om rådslagning, se særlig bestemmelsens (2) om avsluttende rådslagning om utkastet før dom avsies. Dersom det besluttet avsluttende rådslagning, vil dommen bli avsagt i tilknytning til dette møtet.

Ved å bruke uttrykket signatur i stedet for underskrift, velger utvalget bevisst et mer teknologinøytralt ord. Utvalget foreslår at det bør være adgang til å avsi dom etter elektronisk signatur. Dette er i samsvar med utvalgets overordnede syn på bruken av ny teknologi, som behandles i II.23 om bruk av moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT) i sivilprosessen. Det er også lagt til grunn for forslaget til bestemmelser om profesjonelle aktørers kommunikasjon med domstolen i utkastet § 16-3 og uttalelsene om elektronisk forkynnelse i merknadene til § 16-5. Utvalgets utgangspunkt er målformuleringen i St.meld. nr. 41 (1998-99), hvor det heter at:

«Regjeringen har som mål at elektronisk kommunikasjon og bruk av nett som infrastruktur for samhandling skal bli like akseptert, tillitsvekkende og ha samme juridisk holdbarhet som tradisjonell skriftlig kommunikasjon og dokumentasjon.»

Utvalget finner det lite tvilsomt at den nødvendige infrastruktur for bruk av elektronisk kommunikasjon, herunder elektronisk signatur for sikker autentisering av avsenderen og kryptering av sensitiv informasjon, kommer til å foreligge innen den nye tvisteloven trer i kraft, og at det nye saksbehandlingssystem som er under utvikling for domstolene, kommer til å inneholde den nødvendige funksjonalitet.

Etter utvalgets oppfatning vil det bli vanlig rutine å avsi dommer ved elektronisk signatur etter avsluttende rådslagning i et fjernmøte. Dette er mer betryggende enn dagens form for sirkulasjonsbehandling. Alle dommerne vil ha utkastet til tekst tilgjengelig på sin PC eller terminal. End-



ringer som gjennomføres vil umiddelbart bli innarbeidet i teksten og være synbare for alle.

Domsavgisler i denne form vil være vesentlig hurtigere enn sirkulasjon av utkast i posten etter dagens ordning, og mer økonomisk enn domsavsigelse i møter med alle dommere til stede. I lagmannsrettene, som har store embetsdistrikter, og som behandler mange saker utenfor fast kontorsted, kan det i dag ta atskillig tid og være noe av et puslespill å få gjennomført domsavsigelser i rettsmøte med alle dommere til stede, spesielt hvis det også deltar meddommere.

Etter utvalgets oppfatning vil elektronisk domsavsigelse oppfylle de krav som bør stilles til notoritet og solennitet. Utbredelsen av og tilvenningen til denne formen for kommunikasjon vil gå fort, og folk flest vil trolig føle seg fortrolige med denne møteformen i løpet av noen år. En dommer som ikke føler seg vel til rette med dette, bør alltid kunne kreve at det holdes ordinært møte.

I lov om elektronisk signatur er det i § 5 gitt hjemmel for Kongen til å gi forskrift om hvilke krav som skal stilles til kvalifiserte elektroniske signaturer som skal brukes ved kommunikasjon med og i offentlig sektor. Det må antas at en slik felles plattform også vil bli brukt av domstolene.

Det kan reises spørsmål om signatur bør være den eneste form for domsavsigelse, slik at opplesning av avgjørelsen i rettsmøte ikke blir en alternativ form for avgivelse, men derimot en form for forkynnelse eller meddelelse av avgjørelsen. For dommer vil en slik ordning i alminnelighet fungere tilfredsstillende all den stund teksten vil være endelig fastsatt og dommen kan underskrives når avgjørelsen leses opp. For prosessledende avgjørelser under rettsmøter vil det imidlertid kunne være unødvendig tungvint å bestemme at avgjørelsene alltid må utformes skriftlig og signeres for å bli regnet som avsagt. Slike avgjørelser vil til dels bli truffet «på sparket» eller etter en kort rådslagning, om retten har flere medlemmer, og diktert til protokollen av rettens formann. Rettsboken signeres så ved rettsmøtets slutt. Etter utvalgets oppfatning bør en slik fremgangsmåte fortsatt stå til rådighet for retten. Utvalget viderefører bestemmelsen i tvistemålsloven § 155 hvoretter avgjørelsen er avsagt når den er opplest. Det blir dermed samme formalakt for avgivelse og forkynnelse. Avgjørelsen skal samtidig protokolleres i henhold til lovutkastet § 17-8(1) (e).

Utvalget bemerker at domsavsigelse i rettsmøte kommer til å bli atskillig mer utbredt i fremtiden dersom utvalgets forslag til regler for domsavsigelsen i småkravsprosess i henhold til § 10-4 blir gjennomført. Dommen vil da være formelt avsagt ved

at domsslutningen er opplest, selv om domsgrunnene først skrives ut senere.

#### 21.6.5.4 *Utvidet adgang til muntlig domsavsigelse etter småkravsmodellen?*

Utvalget er ikke innstilt på at den forenklete modellen for muntlig domsavsigelse som er foreslått i § 10-4 i lovutkastet for småkravsprosess, bør innføres for domsavsigelser i allmennprosess. Ordningen er ikke uten betenkeligheter, men kan forsvares i lys av at det gjelder enklere krav til formulering av domsgrunnene, og med den vekt det legges på at hele forhandlingen skal ha et raskt og effektivt preg, hvor det har en egenverdi at partene får dommen på stedet.

Utvalgets forslag til regler om avgivelse er utformet i lovutkastet § 21-4.

#### 21.6.5.5 *Særlig om domsavsigelse i Høyesterett*

For skriftlige saker i Høyesterett ser utvalget ikke noen grunn til å foreslå andre regler om formene for avgivelse av avgjørelser enn for de øvrige domstoler. En adgang til domsavsigelse ved elektronisk signatur og avsluttende rådslagning i fjernmøte har imidlertid neppe så stor praktisk betydning i Høyesterett, hvor alle rettsmøter foregår samme sted, og hvor dommerne er samlet.

For muntlig ankebehandling gjelder som nevnt ovenfor, både i sivile saker og straffesaker den særordning at domsavsigelsen skjer ved en offentlig votering, jf. tvistemålsloven § 141 annet ledd og straffeprosessloven § 32 tredje ledd.

Utvalget foreslår ikke noen endring i dagens ordning med personlige vota i stedet for fellesbegrunnelser i muntlige ankesaker for Høyesterett. Dette spørsmålet behandles i tilknytning til avsnittet om avgjørelsens innhold i II.21.8 nedenfor. Det er ikke noen nødvendig sammenheng mellom personlige vota og offentlig votering. Når det har vært gjennomført en offentlig ankeforhandling, er det ikke noe i veien for at domsavsigelsen i Høyesterett, i likhet med det som foreslås for de øvrige retter, skjer ved signatur av dommen etter at dommerens votering er inntatt.

Dette har egentlig mer med den tekniske utforming av dommen å gjøre enn med spørsmålet om offentlighet eller ikke for avgivelsen.

Betydningen av den offentlige votering i dag, kan nok diskuteres. Det er sjelden det møter noen frem til voteringene. Oftest vil domsavsigelsen få preg av indre møter som minner om domsavsigelsen andre domstoler. Det knytter seg imidlertid en langvarig tradisjon til den offentlige votering som

i kraft av ordningens forhistorie har fått en spesiell symbolverdi. Opprinnelig skjedde voteringen for lukkede dører i henhold til høyesterettsloven av 12. september 1818 § 26. Høyesterett kunngjorde ikke begrunnelsene for sine dommer, bare intimsjonen, den innledende redegjørelse for saksforholdet, og domsslutningen. Man var derfor i stor grad henvist til gjetning og slutninger fra premissene for de underordnede domstolenes avgjørelser, for å danne seg en mening om hvilken rettsoppfatning Høyesteretts avgjørelse var bygget på. Spørsmålet om voteringsmåten var i de følgende år gjenstand for en vedvarende politisk kamp mellom Stortinget på den ene siden, og Høyesterett og regjeringen på den annen, der lovvedtak om offentlig votering fire ganger ble nektet sanksjon av kongen etter at betenkning var innhentet fra Høyesterett. Etter 45 års strid fikk Stortinget drevet sin vilje gjennom ved lov av 11. april 1863. En utførlig fremstilling av denne striden er gitt i en avhandling av Østlid, i TfR 1955 side 170 flg. For en mer konsentrert fremstilling vises til Gaarder i Den dømmende makt, domstolene og rettsutviklingen 1814-1964, side 235 – 239 og Michelsen, Norges Høyesterett, i Rett og rettsal, festskrift til Rolv Ryssdal, side 89 – 91.

Da den offentlige votering først var innført, skal dommerne snart ha funnet seg vel til rette med ordningen, og den har i ettertid blitt svært populær. Gaarder uttaler f.eks. (op. cit. side 239) at de fleste sikkert vil være enige i høyesterettsjustitarius Paal Bergs uttalelse i Svensk Juristtidning 1941 side 15: «Det er den muntlige votering som mer enn noe annet har skapt grunnlag for den stilling Høyesterett har i norsk rettsliv.»

Utvalget er tilbøyelig til å bemerke at det vel er den alminnelige innsynsrett i og fremfor alt publisering av Høyesteretts dommer, snarere enn den muntlige fremføring av disse, som har hatt denne effekten. På den annen side ser utvalget ikke grunn til å foreslå ordningen avskaffet, noe det heller ikke er registrert noe ønske om. Ordningen har sammenheng med bruken av personlige vota, og den har et seremonielt preg som står seg godt til en institusjon som Høyesterett.

#### 21.6.5.6 Frist for avsigelse

Etter utvalgets oppfatning skjer det i dag i altfor mange saker at det går for lang tid fra hovedforhandlingen til dommen avsies. At det går to til tre måneder er ikke noen ren sjeldenhet. Dette er uakseptabelt av hensyn til avgjørelsens kvalitet, og egnet til å svekke partenes og publikums tillit til avgjørelsen og til domstolene. For mange parter innebærer rettssaken et stort følelsesmessig enga-

sjement, og ventetiden fra hovedforhandlingen til dommen faller, er gjerne den tyngste.

Hensynet til effektiv saksavvikling medfører at domstolene ikke strengt kan overholde regelen i tvistemålsloven § 338 første ledd annet punktum om at hovedforhandling i en ny sak som regel ikke bør påbegynnes før dommen er avsagt. Mange saker faller bort ved forlik kort tid før hovedforhandlingen, og dersom det settes av nok tid til domsskriving i enhver sak, blir det atskillig uutnyttet tid. Det er nødvendig å finne en balansegang.

For partene er det antakelig viktigst at de får klar beskjed om når avgjørelsen vil bli truffet, og at dette tidspunktet blir overholdt.

Den tidligere fristen på én uke var urealistisk kort. Også to uker er ofte for lite i saker hvor retten har flere medlemmer, spesielt på grunn av at det kan være vanskelig å få tid til å gjennomføre domskonferanser og finne et tidspunkt hvor dommerne kan møtes igjen. Dette gjelder både i saker med meddommere for tingretten, og i saker for lagmannsrett og Høyesterett. Situasjonen er noe forskjellig for lagmannsrett og Høyesterett. I lagmannsrettene behandles mange saker utenfor administrasjonsstedet, og dommerne har derfor utstrakt reisefravær. I Høyesterett deltar det fem dommere i saker som gjelder anke over dommer. Den betydning Høyesteretts avgjørelser har, medfører at det stilles store krav til utformingen.

Utvalget foreslår at dagens frist på to uker opprettholdes for saker hvor retten har én dommer, hvilket vil være den alminnelige regel i saker for tingrett, mens den i saker hvor retten har flere dommere settes til fire uker. Den lengre frist vil gjelde i meddomssaker i tingrett og generelt for lagmannsrett og Høyesterett. Det dreier seg om maksimumsfrister. Som generell regel bør avgjørelsen treffes så snart som mulig og gjennomsnittstiden bør ligge adskillig lavere.

Ved å sette såvidt romslige frister, mener utvalget at disse er realistiske og må overholdes i annet enn uvanlig arbeidskrevende saker.

Det vises til regelutformingen i utkastet § 21-4(5).

## 21.7 Forkynning og meddelelse av rettslige avgjørelser

### 21.7.1 Oversikt over gjeldende rett

I henhold tvistemålsloven § 154 første ledd skal rettens formann sørge for at dommen blir forkynt for partene. Det samme gjelder som hovedregel for kjennelser etter tvistemålsloven § 164 annet

ledd. Samme regel gjelder ved anke og kjæremål etter tvistemålsloven § 393 annet punktum, sammenholdt med § 403 annet ledd.

Forkynnelsen er en formalakt som innebærer at avgjørelsen gjøres kjent for partene i bestemte former. Den viktigste rettsvirkning av forkynnelsen er at den danner utgangspunkt for de frister som følger av at avgjørelsen er truffet. Dette følger av den alminnelige regel i domstoloven § 147. I praksis dreier det seg om fristen for å bruke rettsmidler mot avgjørelsen og fristen for å oppfyllelse av betalingsforpliktelser eller andre handleplikter i tilfeller hvor avgjørelsen blir rettskraftig straks eller det er er adgang til foregrepet fullbyrdelse.

Hvordan forkynnelsen skal gjennomføres, er detaljert regulert i domstoloven kapittel 9. Disse gjennomgås ikke nærmere her. Det vises til Bøhn, Domstoloven med kommentarer.

For beslutninger krever loven ikke forkynnelsen. Avgjørelsen meddeles på den måte som finnes hensiktsmessig, se jf. tvistemålsloven 165 annet ledd og domstoloven § 186.

## 21.7.2 Utvalgets vurderinger

### 21.7.2.1 Hvilke avgjørelser skal forkynnes

Utvalget foreslår videreført den alminnelige ordning at rettsavgjørelser skal forkynnes eller meddeles, og at dette danner utgangspunkt for beregningen av frister der ikke annet er sagt. Utvalget foreslår som alminnelig regel at dommer og kjennelser skal forkynnes, uten en slik detaljert oppregning som i tvistemålsloven § 164 annet ledd, mens beslutninger om saksbehandlingen skal meddeles.

For beslutninger som avslutter saken, bør det av notoritetshensyn kreves forkynnelsen. Avgjørelser om å nekte en anke fremmet skal etter utkastet til rettsmiddelregler treffes ved beslutning, ikke kjennelse slik som i dag. At disse avgjørelsene skal forkynnes, innebærer derfor ingen realitetsendring. Avgjørelser om å nekte samtykke til anke i saker under ankesumsgrensen treffes i dag ved beslutning. Det er antakelig en nokså utbredt praksis å forkynne disse beslutningene selv om meddelelse formelt sett skulle være nok. Partene har som regel advokat, og underhåndsforkynnelsen for prosessfullmektigen i henhold til domstoloven § 179 er ikke nevneverdig mer arbeidskrevende enn meddelelse.

Utvalget har i lovutkastet § 21-12(1), foreslått en endring av reglene for når dommen er rettskraftig i de tilfeller anke er avhengig av samtykke. Etter tvistemålsloven § 161 første ledd er dommen rettskraftig allerede når den er avsagt. Etter utval-

gets utkast er denne bestemmelsen sløffet med den virkning at rettskraften også i disse tilfellene først inntreer når ankefristen er ute, eller anken er avgjort ved at samtykke er nektet. Dette øker behovet for notoritet med hensyn til utgangspunktet for fristberegning, ikke minst i tilfelle hvor det i beslutningen treffes saksomkostningsavgjørelse.

Under enhver omstendighet er avgjørelsene så viktige at man ved å velge den mest betryggende form for underretning, bør påse at avgjørelsen blir brakt til partenes kunnskap.

En alminnelig regel om forkynnelsen og meddelelse av rettslige avgjørelser er inntatt i lovutkastet som § 21-5.

### 21.7.2.2 Fremgangsmåten ved forkynnelsen og meddelelse

Utvalget tar ikke sikte på en alminnelig revisjon av reglene om forkynnelser i domstoloven, som for en vesentlig del er felles for sivile saker og straffesaker. I behandlingen av prosesskriv, se III.16, har utvalget likevel uttalt at det er behov for en adgang til elektronisk forkynnelsen. I lovutkastet har utvalget i § 16-5 foreslått en generell regel om hvilke prosesskriv som skal forkynnes. Underhåndsforkynnelsen er den alminnelig benyttede forkynningsmåten overfor advokater og offentlig myndighet. Den nåværende domstoloven § 179 er ikke teknologinøytral. Utvalget har derfor formulert et forslag til endring i § 179 om elektronisk forkynnelsen som også vil få anvendelse ved forkynnelsen av dommer og kjennelser.

Beslutninger kan allerede etter dagens regelverk meddeles elektronisk.

Domstoloven § 187 har i første punktum en regel om at meddelelse som gis til vedkommende personlig i et rettsmøte om innholdet av rettsboken, trer i stedet for forkynnelsen hvis ikke annet er bestemt ved lov. Bestemmelsen innebærer at dommer og andre avgjørelser som avsies i rettsmøter anses forkynt for parter som er til stede eller er representert ved noen som kan motta forkynnelsen på deres vegne. Dette vesentlige meningsinnholdet fremgår imidlertid bare indirekte ved at rettslige avgjørelser som treffes i rettsmøtet skal innleses i rettsboken i henhold til tvistemålsloven § 126 første ledd nr. 4 og den tilsvarende bestemmelse i straffeprosessloven § 19 første ledd nr. 3. De avgjørelser som avsies i rettsmøte i medhold av § 21-4(3) første punktum vil derfor som regel være forkynt samtidig.

Etter utvalgets oppfatning bør også avgjørelser avsagt i eget rettsmøte partene er innkalt til etter § 21-4(3) annet punktum anses forkynt ved avsi-

gelsen. Etter utvalgets forslag vil partene ikke ha møteplikt i den forstand at de kan rammes av negative sanksjoner dersom de unnlater å møte, men det er ikke urimelig at de har møterisikoen, slik at dommen anses forkynt ved avsigelsen enten de er tilstede eller representert, slik at domstoloven § 187 kommer til anvendelse, eller unnlater dette.

Utvalgets forslag til regler om forkynnelse er inntatt i § 21-5. Den foreslåtte bestemmelsen om forkynnelse ved avsigelsen for parter som er innkalt, er inntatt i (2) første punktum. Den har en viss parallell til de nye reglene om forkynnelse av dommer i straffesaker som ble vedtatt ved lov 4. mai 2001 nr. 16, og trådte i kraft 1. juli 2001. Det vises til den nye domstoloven § 159 a annet ledd med endringer i straffeprosessloven § 42 og § 310. Endringen i domstoloven § 159 a annet ledd går ut på at retten kan bestemme at forkynnelsen skal skje samtidig med domsavsigelsen når dommen skal avsies ved opplesning. Dette kalles domsforkynnelse. Siktete har i så fall møteplikt til domsavsigelsen og kan pågripes for fremstilling. Selv om han ikke møter, følger det av endringen i straffeprosessloven § 310 annet ledd at ankefristen løper fra det forhåndsfastsatte forkynnestidspunkt. Selv om behovet for en slik ordning er større i straffesaker enn i sivile saker, i og med at forkynnelse for parter i sivile saker kan skje for prosessfullmektig som er advokat, bør regelen være den samme for de saker hvor retten beslutter muntlig domsavsigelse. Det vises til merknadene til lovutkastet § 21-5(2). Regelen svarer også til ordningen i Danmark, hvor ankefristen og oppfyllelsesfristen løper fra domsavsigelsen i tilfelle hvor partene ved varsel er tilstede til å møte ved denne, se Gomard, *Civilproces* (4. utg. 1994), side 492.

Lovendringen for straffesaker i mai 2001 har også regler om innkalling av siktete til såkalt fremmøteforkynnelse som alternativ til domsforkynnelse etter regler i utkastet til domstoloven § 159 a tredje ledd. Utvalget ser ikke noe særlig behov for en slik regel i sivile saker.

## 21.8 Innholdet av rettslige avgjørelser - begrunnelse

### 21.8.1 Oversikt over gjeldende rett

#### 21.8.1.1 *Dommers innhold i vanlige sivile saker*

Hva en dom i sivile saker etter alminnelige prosessregler skal inneholde, er regulert i fem underpunkter i tvistemålsloven § 144 første ledd med enkelte supplerende regler i de følgende paragrafer. Kra-

vene til utformingen av dommen er de samme i alle rettsinstanser fra forlikrådet til Høyesterett.

I tillegg til de sivilprosessuelle standardverkene er reglene om dommens innhold særlig behandlet i Michelsen, *Domsskriving i sivile saker*, i *Rett og Rettssal*, festskrift til Rolv Ryssdal, side 229 – 242. Her angis bare noen hovedpunkter.

Nr. 1 og 2 gjelder formelle opplysninger om blant annet retten, dommerne, tid og sted for rettsmøte og partene som gis i innledningen (intimasjonen) før selve dommens tekstdel.

Nr. 5 gjelder domsslutningen. Dette er siste ledd i dommen, som kort og konsist uttrykker den avgjørelse retten har truffet av alle krav eller rettsforhold som er tvistegjenstand. Det er domsslutningen som inneholder den bindende normering retten har foretatt, og som dommens rettskraftvirkning er knyttet til. Tvistemålsloven §§ 146 og 147 har supplerende regler om oppfyllelsesfrister som behandles i avsnitt II.21.9.

Mellom innledningen og domsslutningen kommer selve dommens tekstdel eller domsgrunner i vid forstand som er regulert i nr. 3 og 4. I henhold til nr. 3 skal dommen inneholde en kort fremstilling av sakens gjenstand med partenes påstander. Deretter kommer etter nr. 4 selve avgjørelsesgrunnene.

«Sakens gjenstand»:

Fremstillingen av «sakens gjenstand» inneholder en redegjørelse for saksforholdet med vekt på de sider ved dette som ikke er omtvistet mellom partene. Ofte siteres sentrale dokumenter eller deler av dokumenter, f.eks. avtaler eller grensebeskrivelser, som tvisten knytter seg til. Det er ikke vanlig å gjengi parters eller vitners forklaringer. Den nærmere drøftelse med rettens standpunkt til de springende punkter kommer i avgjørelsesgrunnene etterpå. Det anbefales å starte med å angi i noen få setninger eller et innledende avsnitt hva som er problemstillingen i saken i et nøtteskall. For øvrig inneholder denne avdelingen av dommen en kort redegjørelse for forhold av interesse vedrørende saksbehandlingen, som tidspunktet for stevningen og hovedforhandlingen, endringer av påstander underveis, eller spesielle forhold ved rettens sammensetning, som oppnevning av fagkyndige meddommere.

«Partenes påstander»:

Selv om loven nevner sakens gjenstand og partenes påstander i sammenheng, er det fast praksis å skille elementene klart fra hverandre i dommen.

Med partenes påstander menes etter loven ikke bare de formelle påstander som omtales blant annet i tvistemålsloven § 300 nr. 3 om stevningen, og som betyr partens formulerte krav om et bestemt doms-

resultat. Det siktes også til de anførsler eller innsigelser som påberopes til støtte for påstanden, dvs. de rettsfakta eller påstandsgrunnlag etter utvalgets terminologi som gjøres gjeldende. Kravet til redegjørelse for dette materialet må ses i sammenheng med reglene i tvistemålsloven § 85 og § 86, hvor etter retten i sivile saker undergitt partenes rådgighet ikke kan gå utenfor rammen av deres påstander og anførsler. Som kompetansebegrensning utgjør disse dermed en del av avgjørelsesgrunnlaget. Det er praksis for å referere både partenes rettslige og faktiske anførsler ganske inngående, men noe direkte referat av prosedyren er verken påkrevet eller ønskelig. De formelle påstander siteres.

«Avgjørelsesgrunner»:

Etter redegjørelsen for saksforholdet og partenes anførsler med påstander, kommer det siste hovedelementet i dommens tekstdel. Loven inneholder det krav til domsgrunnene at de «bestemt og uttømmende» skal angi det saksforhold som retten bygger sin avgjørelse på. I dette ligger at retten må angi sin bevisbedømmelse for de faktiske forhold som domsresultatet direkte bygger på. Noen direkte plikt til å drøfte eller begrunne bevisbedømmelsen har retten ikke etter loven, slik som i straffesaker med meddomsrett etter straffeprosessloven § 40 femte ledd. Det er likevel vanlig – og anbefales – at de springende punkter i bevisbedømmelsen begrunnes ved henvisning til hva retten har lagt avgjørende vekt på.

Loven omtaler ikke uttrykkelig rettsanvendelsen ved siden av bevisbedømmelsen, men det følger av kravet til avgjørelsesgrunner at retten også må redegjøre for det rettslige grunnlag for avgjørelsen. I praksis er det vanlig at retten drøfter rettsanvendelsen ganske inngående på springende punkter.

Ikke sjelden gjøres det gjeldende prinsipale og subsidiære grunnlag for et krav. Utgangspunktet er da at retten står fritt med hensyn til valget mellom flere grunnlag som fører til samme resultat. Som nevnt ovenfor om voteringstema, stemmes det heller ikke særskilt over flere begrunnelser for kravet, bare over resultatet. Enkelte begrensninger er det likevel. Retten kan f.eks. ikke frifinne saksøkte for et pengekrav på grunn av motregning dersom den finner at saksøkeren ikke hadde noe krav, eller at kravet var bortfalt av andre grunner. Dette har sammenheng med bestemmelsen i tvistemålsloven § 163 annet ledd om at også motkravet vil være rettskraftig avgjort så langt det bringes i motregning.

Som nevnt av Michelsen, har det hos oss vært enighet om at retten bør utforme dommen med

det for øye at man skal avgjøre den konkrete saken og ikke drøfte eller løse juridiske spørsmål utover hva som er nødvendig for formålet. Dette er fortsatt dekkende for tingretten og lagmannsrettene. I de senere årene kan det spores en tendens til at Høyesterett oftere i premissene har uttalt seg om rettsspørsmål som det ikke var nødvendig for avgjørelsen å ta standpunkt til. Det er grunn til å tro at dette er uttrykk for et ønske om å betone Høyesteretts spesielle ansvar for rettsutvikling og rettsavklaring sterkere enn før.

En bestemmelse av stor praktisk betydning er tvistemålsloven § 149 første ledd hvoretter høyere retter i sine domsgrunner kan henholde seg til tidligere dommer i saken. «Domsgrunner» er her brukt i den vide betydning som betegnelse på hele dommens tekstdel etter § 144 nr. 3 og 4. Det er alminnelig at lagmannsrettene i stor grad henviser til tingrettens redegjørelse for saksforholdet, slik at rettens egen beskrivelse av «sakens gjenstand» kan kortes vesentlig ned. Det henvises også noe til redegjørelsen for partenes anførsler og – hvis lagmannsretten kommer til samme resultat – til avgjørelsesgrunnene. Det siste benyttes mest i saker som fortoner seg klare. Ellers er det vanlig å utforme en selvstendig begrunnelse.

Høyesterett benyttet hyppig henvisningsteknikken tidligere, men i de senere årene er praksis lagt om med sikte på at dommene skal kunne stå på egne ben. For brukerne er det naturligvis en betydelig fordel å kunne forholde seg til Høyesteretts avgjørelser som et selvstendig produkt.

Av tvistemålsloven § 145 fremgår at det skal opplyses om dommen er enstemmig. Hvis ikke, skal det angis hvem som er uenig og hvilke punkter uenigheten gjelder. Uenigheten kan gjelde resultatet eller bare begrunnelsen for dette. En dissenterende dommer kan kreve inntatt en redegjørelse for sin mening.

I muntlige saker i Høyesterett trer stemmegivningen i stedet for domsgrunnene (tvistemålsloven § 149 annet ledd). Også her betyr domsgrunnene hele dommens tekstdel i henhold til § 144 første ledd nr. 3 og 4, slik at det bare er de innledende formalia og domsslutningen som er felles. I henhold til tvistemålsloven § 141 annet ledd annet punktum skal enhver dommer «i korthet» begrunne den domsslutning han stemmer for. I praksis gjennomføres dette ved at den dommer som stemmer først (førstvoterende) utformer et votum som fullt ut oppfyller kravene til en selvstendig dom. Er det enighet om resultatet og alle vesentlige sider ved begrun-

nelsen, tiltres førstvoterendes votum av de øvrige dommerne. Dersom en annen dommer er uenig, utformer han et særvotum hvor han gjør rede for hva uenigheten består i. Det vises til Skoghøy side 722 – 723.

Bortsett fra i muntlige høyesterettssaker utformes alle avgjørelser i domstoler med flere medlemmer som fellesbegrunnelser. I Rt. 1955 side 937 er det uttalt at det følger av tvistemålsloven § 145, jf. § 144 annet ledd at det ikke er riktig å gi egne vota. Reelt er nok forskjellen mindre enn lovens ordning tilsier. Også i Høyesterett utformes førstvoterendes utkast til votum skriftlig og distribueres til de øvrige dommerne før det blir gjennomgått og drøftet i en ny domskonferanse. Det kan bli gjort til gjenstand for såvel reelle som språklige endringer, slik at den endelige utformingen blir resultatet av et samarbeid. Det vises til redegjørelsen for praksis hos Michelsen, Norges Høyesterett, i Rett og rettssal, side 99 – 100.

#### 21.8.1.2 Unntaksregler for dommer

Forenklet rettergang:

For dommer avsagt etter reglene om forenklet rettergang i tvistemålsloven kapittel 22 del V følger det av § 322 a første ledd (7) at kravene i tvistemålsloven § 144 nr. 3 og 4 ikke gjelder. I steden skal det i dommen inntas en angivelse av tvistegjenstanden og en kort begrunnelse for resultatet. Det vises om bestemmelsen til Schei side 894 og Skoghøy side 726 – 727.

Uteblivelsesdommer:

For uteblivelsesdommer må også tvistemålslovens krav til domsgrunner i § 144 første ledd nr. 3 og 4 modifiseres vesentlig. I henhold til tvistemålsloven § 344 første ledd skal en uteblivelsesdom som avsies fordi saksøkeren har uteblitt, gå ut på frifinnelse. Noen begrunnelse for dommen utover konstateringen av uteblivelse, blir det da ikke. En uteblivelsesdom når saksøkte uteblir, skal etter § 344 annet ledd legge saksøkerens fremstilling av saksforholdet til grunn for dommen for så vidt fremstillingen er meddelt saksøkte og ikke strider mot vitterlige kjennsgjæringer. Om bestemmelsen vises til Schei side 925 – 927 og Skoghøy side 727 – 728.

Dom avsagt ved enighet mellom partene:

Tvistemålsloven § 314 første ledd og § 317 fjerde ledd inneholder regler om at saken avgjøres ved dom dersom saksøkte godkjenner påstanden i stevningen, eller partene kommer til enighet under saksforberedelsen. Domsgrunnene innskrenker seg da til å konstatere denne enigheten.

#### 21.8.1.3 Kjennelser

Tvistemålsloven § 144 gjelder ikke for kjennelser. I og med at kjennelser skal avsies i rettsmøte, gjelder imidlertid de alminnelige kravene til rettsbokas innhold, se særlig § 125, som leder til at innledningen blir den samme som for dommer etter § 144 første ledd nr. 1 og 2.

Etter tvistemålsloven § 164 første ledd første punktum skal kjennelser «ha grunde». Loven inneholder imidlertid ikke noen nærmere formulerte krav til hva begrunnelsen skal inneholde. Man står derfor noe friere. Utgangspunktet er at det må fremgå hvilket saksforhold retten har lagt til grunn og hvilken rettsanvendelse som er foretatt. Det vises blant annet til Rt. 2000 side 1666, som gjaldt begjæring om utlegg. For de kjennelser som avgjør krav i realiteten, må det antakelig stilles like strenge krav som til dommer. Også viktige realitetskjennelser ellers må gis en fyldestgjørende begrunnelse, som avgjørelser om arrest og midlertidig sikring truffet etter muntlig forhandling og midlertidige avgjørelser i saker om barnefordeling. Det samme kan sies om viktige prosessuelle avgjørelser som å avvise saken eller avgjøre en saksbehandlingsanke. Hvilke krav som vil bli stilt i den enkelte sak, beror både på graden av tvil og partenes argumentasjon. Det vises for øvrig spesielt til Schei side 530 – 531.

Avgjørelser av Høyesteretts kjæremålsutvalg om å nekte en anke fremmet i medhold av tvistemålsloven § 373 tredje ledd blir etter praksis ikke begrunnet utover en henvisning til nektingsgrunnlaget.

Av praksis følger at kjennelser skal ha en slutning på samme måte som dommer.

#### 21.8.1.4 Beslutninger

Det stilles ikke etter tvistemålsloven § 165 bestemte formkrav til beslutninger som ikke blir avsagt i rettsmøte, hvor kravene til rettsbok kommer til anvendelse. Det gjelder heller ikke noe krav til begrunnelse av beslutninger. Hvis beslutningen gjelder et viktig spørsmål som har vært omtvistet mellom partene, tilsier imidlertid god dommerskikk at den blir begrunnet. Et eksempel er en avgjørelse om å fremme en sak til behandling, og dermed implisitt forkaste en avvisningspåstand, i et tilfelle hvor spørsmålet er omtvistet. I enkelte tilfeller kan det være et så sterkt behov for å begrunne en avgjørelse, i den minste slik at det forklares hva som er grunnlaget for beslutningen, at det må anses som en saksbehandlingsfeil ikke å gjøre det, spesielt av hensyn til overprøvningsmulighetene. Et eksempel gir avgjørelsen i Rt. 1980 side 1298.

## 21.8.2 Oversikt over fremmed rett

### 21.8.2.1 Innledning

Normene, skrevne eller uskrevne, for hvordan dommer utformes, beror i atskillig utstrekning på tradisjon i det enkelte land. Ifølge Michelsen, Domsskriving, side 230 har man i den vestlige verden to forskjellige systemer som kalles den tyske og franske skole. Det franske systemet er preget av at begrunnelsene er kortfattede og skrevet i en årsak/virkning-form. Det tyske systemet, som Norge tilhører, særkjennes av at dommeren gjennom en diskusjon på basis av saksforholdet og partenes anførsler resonnerer seg frem til sitt standpunkt. Engelske dommer avsies ofte muntlig ved hovedforhandlingens avslutning, og får som følge av dette en mer muntlig stil.

Dommer av internasjonale domstoler som EU-domstolen, EFTA-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen er meget utførlig begrunnet. Ved disse domstolene er det fast praksis å nummerere avsnitt i dommen, noe som letter henvisningene senere. Ved EU-domstolen og EFTA-domstolen offentliggjøres ikke dissenser, se ODA protokoll 5 om vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 31: «Domstolens rådslagninger og avstemninger skal være og forbli hemmelige» og tilsvarende regel i vedtektene for EU-domstolen artikkel 32. Dette har sammenheng med disse domstolenes spesielle funksjon, hvor regelen både er egnet til å avdempe nasjonale motsetninger og press på den enkelte nasjons dommer. I EMD er det imidlertid åpne dissenser.

### 21.8.2.2 Danmark

Retsplejeloven har i § 218 stk. 1 første punktum den bestemmelse at dommer og kjennelser skal ledsages av grunner, mens andre beslutninger ikke behøver å begrunnes hvis det ikke er særlig bestemt.

For dommer i sivile saker i førsteinstans er det gitt supplerende regler i retsplejeloven § 366 a. Dommen skal inneholde partenes påstander og en fremstilling av saken, herunder en gjengivelse av partenes anførsler («anbringender») og nødvendig omfang av deres og vitnenes forklaringer. Dommen skal også angi de faktiske og rettslige omstendigheter retten har lagt vekt på ved avgjørelsen. Om praksis ved utformingen av domsgrunner vises til Gomard, Civilprocessen (4. utg. 1994), side 484 – 489. Kravene er formulert på en måte som ligger nokså nær tvistemålslovens regler. Det som skiller er spesielt vilkåret om angivelse av par-

tenes og vitnenes forklaringer. Det er praksis for at disse gjengis ganske utførlig i en egen avdeling av dommen i førsteinstans. Rettens egne avgjørelsesgrunner til slutt blir ofte formulert vesentlig kortere enn det er vanlig hos oss.

Retsplejeloven § 366 stk. 2 har regler om forenklet utforming av dommen. Den kommer til anvendelse i saker for byretten, men ikke i førsteinstanssaker for landsrett. Saksfremstillingen kan begrenses til en kort angivelse av partenes anførsler («anbringender») så fremt det samtidig gis en utførlig begrunnelse av avgjørelsen. Det er spesielt gjengivelsen av parters og vitners forklaringer det her er gitt hjemmel for å sløyfe. Dersom dommen blir påanket, følger det av § 366 stk. 3 at retten skal gi en supplerende redegjørelse for saken. Denne redegjørelsen skal særlig omfatte rettens opptegning av parts- og vitneforklaringene basert på dommerens notater.

Retsplejeloven § 366 a gjelder direkte bare for dommer i førsteinstans, men det stilles like strenge krav til utforming av dommer i ankesaker. Begrunnelsen kan imidlertid begrenses til et supplement av den påankede dom, jf. retsplejeloven § 220, hvor etter stadfestelse av den påankete dom kan gis i henhold til de samme grunner som er anført i dommen, eller med en ny begrunnelse.

I høyesterettsaker og sivile saker for landsrett, skal dommen i tilfelle dissens inneholde særskilte vota for hver enkelt dommer eller gruppe av dommere. Det er ikke innført offentlig votering i Høyesteret, slik som hos oss. Dommernes uttalelser under den muntlige votering opptas i en egen voteringsprotokoll, men denne er ikke offentlig tilgjengelig. Det muntlige votum er ofte langt mer utførlig enn den korte angivelse av en dommers eller gruppe av dommers oppfatning som gjengis i dommen. Det vises til Gomard side 493.

### 21.8.2.3 Sverige

Reglene om dommens utforming og innhold står i rättegångsbalken 17:7. Dommen skal avfattes skriftlig og inneholde fem skilte avdelinger spesifisert i nr. 1 til 5. Nr. 1 og 2 gjelder formalia tilsvarende tvistemålsloven § 144 første ledd nr. 1 og 2 hos oss og omtales gjerne som rubriken. Nr. 3 er domsslutningen. At domsslutningen er nevnt foran dommens tekstdel, kan virke ulogisk. Årsaken er at dommene utformes på et standardformular hvor formalia sammen med domsslutningen inntas på første side. Nr. 4 er partenes anførsler («yrkanden») og innsigelser samt de omstendigheter disse bygges på. Dette kalles gjerne saksfremstillingen, som skal tjene som orientering til den etterfølgende

begrunnelsen og trekke opp rammene for saken. Nr. 5 er domsgrunnene («domskälen») med opplysning om hva som er bevist i saken. Som et minimum må retten angi de rettsfakta som dommen bygger på, men i praksis kreves at retten skal redegjøre for bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. I forhold til tvistemålsloven og praksis ved utforming av domsgrunner hos oss, er det vanlig å foreta mer utførlige referater av viktige forklaringer fra parter og vitner som retten bygger på. Dette gjelder til tross for at disse tas opp på lydbånd.

Det er uttrykkelig bestemt at dommen skal inneholde en angivelse av hvilke rettsmidler som kan brukes mot dommen («fullföljdshänvisningen») i rättegångsbalken 17:7, 3. st.

Det vises for øvrig til beskrivelsen hos Ekeløf, Edelstam, Boman, *Rättegång V* (7. oppl. 1998), side 233 – 239.

Det som er bestemt om dommer, gjelder etter rättegångsbalken 17:12, 1. st. også for avsluttende beslutninger («slutliga beslut»), som nærmest tilsvarende kjennelser hos oss. For andre beslutninger, spesielt de prosessledende beslutninger, gjelder etter 17:13, 1. st. at de grunner («skäl») beslutningen bygger på skal angis i den utstrekning det behøves. Rättegångsbalken 17:13, 3. st. har en spesiell regel om at (ikke avsluttende) beslutning som meddeles i forbindelse med dom (eller «slutlig beslut»), skal inntas i denne.

### 21.8.3 Menneskerettslige krav

Den europeiske menneskerettsdomstolen har i flere avgjørelser fastslått at retten til rettfærdig rettergang, «fair hearing», etter EMK artikkel 6(1) innebærer at avgjørelsen må begrunnes. Det vises til Van Hurk, Series A No. 288, para. 61, Ruiz Torija, Series A No. 303 A para. 29, Hiro Balani, Series A No. 303 B para. 27, Helle, Reports 1997-VIII side 2930 para. 59, Higgins mfl., Reports 1998-1 side 60 para. 42 og Garcia Ruiz, dom 21. januar 1999, Reports 1999-I para. 26. Begrunnelsesplikten gjelder både for førsteinstans- og ankesdomstolens avgjørelser. I Ruiz Torija og Hiro Balani ble begrunnelsesplikten beskrevet slik:

«The Court reiterates that Article 6 para. 1 obliges the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the Van de Hurk v. the Netherlands judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, para. 61). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submis-

sions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.»

Det ble konstatert krenkelse både i Hiro Balani og Ruiz Torija-sakene mot Spania fra 1994 fordi en bestemt anførsel som tidligere hadde vært fremsett i saken, ikke uttrykkelig var behandlet. Man kunne da ikke vite om dette skyldtes at anførselen var oversett, eller at domstolen (Høyesterett) ikke var enig i den.

I Garcia Ruiz kunne EMD gi følgende oppsummering:

«26. The Court reiterates that, according to its established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case (see the Ruiz Torija v. Spain and Hiro Balani v. Spain judgments of 9 December 1994, Series A nos. 303-A and 303-B, p. 12, § 29, and pp. 29-30, § 27; and the Higgins and Others v. France judgment of 19 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, p. 60, § 42). Although Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the Van de Hurk v. the Netherlands judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, § 61). Thus, in dismissing an appeal, an appellate court may, in principle, simply endorse the reasons for the lower court's decision (see, mutatis mutandis, the Helle v. Finland judgment of 19 December 1997, Reports 1997-VIII, p. 2930, §§ 59-60).»

I Garcia Ruiz ble det ikke konstatert krenkelse fordi ankesdomstolen ved å slutte seg til begrunnelsen i den påankete dom, hadde oppfylt begrunnelsesplikten.

For å oppsummere: Dommer og andre avgjørelser i sivile saker som er bestemmende for borgerlige rettigheter og plikter, må begrunnes fyldestgjørende («adequately»). Med hensyn til struktur og innhold i domsgrunnene er statene overlatt betydelig rom for skjønn. Det kreves ikke et detaljert svar på enhver argument, men det må iallfall fremgå hvordan bestemte anførsler fra parten er



vurdert. Det vises for øvrig til Harris, O'Boyle og Warbrick side 215 – 216.

## 21.8.4 Utvalgets syn

### 21.8.4.1 Utvalgets øvrige forslag

For småkravsprosess er det en særlig bestemmelse i § 10-4(4). Det er foreslått at dommen, i stedet for det som er bestemt for allmennprosess, skal inneholde en betegnelse av søksmålstemaet og en kort begrunnelse for resultatet. Det svarer i det vesentlige til tvistemålsloven § 322 a syvende ledd om forenklet rettergang. Det legges vekt på at retten skal kunne avvikle og pådømme flere saker daglig. Det bør derfor være nok at en skriftlig dom inneholder en presentasjon av sakstemaet som er tilstrekkelig til å identifisere tvistegjenstanden, og at avgjørelsen gis en begrunnelse der det fremgår hvilke bærende premisser den er bygget på. Partenes anførsler omtales så langt det har betydning.

Forfallsdom svarer til uteblivelsesdom etter tvistemålsloven. Etter lovutkastet § 22-6(2) skal dommen bygge på det påstandsgrunnlag som er påberopt av den møtende part for så vidt dette er meddelt motparten og ikke fremtrer som åpenbart uriktig. Forfallsdom kan bare avsies dersom den møtende part gis medhold fullt ut eller i det vesentlige.

Utvalget foreslår ikke videreført adgangen til å avsi uteblivelsesdom på frifinnelse når saksøkeren uteblir. Konsekvensen av at saksøkeren har forfall i saken, skal etter utkastet bare være avvisning.

Bestemmelsen i § 22-6(2) får de samme konsekvenser for utformingen av dommen som tvistemålsloven § 344 har etter gjeldende rett.

Når det gjelder behandlingen i tingrett, er det en bestemmelse i lovutkastet § 9-7 om avgjørelse ved enighet mellom partene. Den svarer til tvistemålsloven § 305 første ledd, § 314 og § 317 fjerde ledd. Domsgrunnene blir begrenset til å konstatere den enighet som foreligger.

I lovutkastet § 9-8 er det foreslått en bestemmelse om avgjørelse av åpenbart uholdbare krav eller innsigelser etter en forenklet prosedyre. Det er imidlertid ikke forutsatt at det skal gjelde noen spesielle regler om utformingen av dommen.

Utvalget har ved utformingen av reglene om anke forutsatt at det ikke blir innført noen alminnelig plikt til å begrunne beslutninger, til forskjell fra dommer og kjennelser. Dette ligger blant annet til grunn for forslaget om at avgjørelser om å nekte en anke fremmet, herunder om å nekte samtykke til anke, skal treffes ved beslutning.

I lovutkastet § 12-9(2) har utvalget en bestem-

melse om forenklet avgjørelse av anker over kjennelser og beslutninger som svarer til tvistemålsloven § 403 a.

### 21.8.4.2 Generelt om regelutformingen

Utvalgets forslag til regler om innholdet av rettsavgjørelser bygger på det synspunkt at reglene bør være felles for ulike typer av rettslige avgjørelser, men med supplement eller unntak der dette er begrunnet. Dette er en annen systematikk enn tvistemålsloven bygger på. Utvalget foreslår å samle de alminnelige reglene om utformingen av rettslige avgjørelser i én paragraf, som etter utkastet blir § 21-6.

I og med at kravet om avsigelse av dommer og kjennelser i rettsmøte er sløffet, kommer reglene om rettsbokens innhold ikke til anvendelse. Det er hensiktsmessig å innlede med noen fellesbestemmelser om formalia. Også regelen i tvistemålsloven § 145 om dissenser hører hjemme her.

De viktigste forskjellene blir kravet til begrunnelse.

### 21.8.4.3 Begrunnelse av dommer

At dommer fortsatt må begrunnes, er en selvfølge. Det er også som påpekt i II.21.8.3 en folkerettslig forpliktelse. Spørsmålet er hvilke krav som nærmere bør stilles til utformingen av begrunnelsen på ulike stadier av prosessen. Til belysning av dette spørsmålet er det nyttig å minne om de hensyn som tilsier at domstolene må begrunne sine avgjørelser:

- At domstolene som organer for statsmakten begrunner sin myndighetsutøvelse er nødvendig for at denne skal fremstå som rasjonell og legitim. Det gir mulighet for kontroll av og innsyn i domstolenes virksomhet og styrker tilliten til dem.
- Begrunnelsen sikrer også at avgjørelsen er nøye gjennomtenkt av dommeren eller retten selv når det gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Dette fremmer kvaliteteten på avgjørelsen. Mens det som nevnt i forrige punkt generelt er egnet til å styrke tilliten til domstolene at rettsavgjørelser er begrunnet, er en god begrunnelse i den enkelte sak egnet til å underbygge en slik tillit hos partene og publikum. Domstolene blir bedømt på grunnlag av de ytre eller offentlige uttrykk for sin virksomhet; sin opptreden i offentlige rettsmøter og avgjørelsene.
- Begrunnelse utgjør et viktig, og undertiden nødvendig supplement til slutningen når dommens rettskraftsvirkninger skal fastlegges.

- For partene er begrunnelsen viktig for spørsmålet om dommen skal ankes.
- En god begrunnelse fremmer en effektiv ankebehandling. Den gjør det lettere for partene og ankeinstansen å identifisere de reelle tvistespørsmålene og konsentrere behandlingen rundt disse. Den del av saksfremstillingen som ikke er bestridt, kan legges til grunn uten ny bevisføring. I sin egen begrunnelse kan ankeinstansen henvisne til begrunnelsen i den påankete dom. Begrunnelsen er viktig i tilfelle ankeinstansen etter en innledende prøving på grunnlag av sakens dokumenter har kompetanse til å avgjøre om saken skal fremmes til full realitetsbehandling eller ikke. I saker hvor ankeinstansen ikke selv kan prøve bevisene i saken, må prøvingen av rettsavendelsen skje på grunnlag av begrunnelsen i den påankete dommen.
- Begrunnelsen, og da spesielt redegjørelsen for rettsanvendelsen, er nødvendig for at dommen skal kunne bidra til rettsavklaring og rettsutvikling. Det er spesielt Høyesteretts dommer som har en slik prejudikatsfunksjon.
- Forutsetningen for at begrunnelsen skal ha slike positive virkninger som nevnt her, er at den er god og overbevisende. Omvendt vil en dårlig begrunnelse ha en rekke negative virkninger og undertiden være mer skadelig enn ingen begrunnelse overhodet. Den vil være egnet til å svekke tilliten til dommen og domstolen og kunne gi opphav til unødendige anker. Mangelfull begrunnelse vil også kunne være en saksbehandlingsfeil som leder til opphevelse av dommen.

Noen egentlige argumenter mot å kreve begrunnelse av dommer, er det knapt. Imidlertid må kravene til utformingen av begrunnelsen tilpasses domstolens faglige forutsetninger, noe som i første rekke er aktuelt for dommer av forliksrådet, som er et lekmannsorgan. Tvistemålsloven oppstiller på dette punkt urealistiske krav. Dessuten gjør prosessøkonomiske hensyn seg gjeldende og leder til at det er grenser for hvor mye ressurser som bør nedlegges i utformingen av begrunnelsen, både av hensyn til en rasjonell utnyttelse av domstolens tjenester og av hensyn til behovet for avgjørelse av saken innen rimelig tid. Kravene til begrunnelse bør i noen grad være relative og bero på hvor betydningsfull saken er og hva partene egentlig har behov for. De fleste parter som går til domstolene for å få løst en konflikt, har først og fremst behov for at saken blir løst hurtig og kostnadseffektivt på en måte som de oppfatter som rettferdig. De

vil ønske en begrunnelse som viser at dommeren har tatt saken deres på alvor, og forklarer dem – spesielt den tapende part – hvorfor resultatet ble som det ble. Dommen må derfor ikke bære preg av venstrehåndsarbeid. Noen vidløftig betenkning over sakens juridiske sider, vil de imidlertid neppe ha noen glede av.

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå vesentlige endringer i de gjeldende regler for utformingen av dommer. Tradisjon og uskrevne normer for hva som er gode dommer, vil supplere en knapp og generelt utformet lovtekst. Dommen bør fortsatt inneholde de tre hovedelementene saksfremstilling, partenes anførsler og avgjørelsesgrunner. Det er rom for atskillige individuelle variasjoner. Som et generelt synspunkt vil utvalget likevel fremheve som et større problem at mange dommere skriver for langt, enn at dommene er for korte og mangelfulle. Dette gjelder spesielt dommens to første elementer. Presentasjonen av saksforholdet har en tendens til å bli for bredt anlagt ved at forhold av mindre sentral betydning trekkes inn. Redegjørelsen for partenes anførsler blir en omstendelig og detaljert gjengivelse av argumentasjonen, der strukturen, anførsler og innsigelser i egentlig forstand kanskje tapes av syne.

Det kan ha bidratt til en slik utvikling at Høyesteretts dommer tjener som et mønster for domsskriving som også dommere i de underordnede domstolene strekker seg mot. Det er en markert tendens til at Høyesteretts dommer er vesentlig lenger og mer omstendelig utformet enn før. Dette gjelder redegjørelsen for saksforholdet og partenes anførsler, men også selve domsgrunnene bærer ofte preg av at man snur hver sten. I betraktning av at Høyesteretts hovedoppgave ikke først og fremst er å sørge for at enkeltsaker får en konkret riktige avgjørelse, men å bidra til rettsavklaring og rettsutvikling ved å behandle et begrenset antall saker av prinsipiell betydning, kan det være ønskelig å nedlegge store ressurser i utformingen av dommen. Man må imidlertid åpent erkjenne at dette ikke kan være normen for domsskriving i tingrettene og heller ikke i lagmannsrettene, hvor hovedoppgaven er å sørge for en riktig avgjørelse av den enkelte sak.

#### 21.8.4.4 *Begrunnelse av kjennelser og beslutninger*

Utvalget finner det klart at kravet til begrunnelse av kjennelser må videreføres. Den knappe lovteksten i tvistemålsloven § 164 første ledd første punktum har blitt utfyllt og konkretisert i praksis på en måte som utvalget finner hensiktsmessig. Som nevnt ovenfor i II.21.8.1.3, er kravet til begrun-

nelse av kjennelser relativt. For mange kjennelser stilles i praksis like strenge krav som til dommer. Andre kjennelser gis en knappere utforming. Hevningskjennelser etter forlik er f.eks. meget knappe. Også for dommer er imidlertid kravene til begrunnelse varierende. Når det avses dom på grunnlag av partenes felles påstand, behøver ikke dette gjøres mer vidløftig enn en hevningsskjennelse etter forlik. Etter utvalgets oppfatning kan det reises spørsmål om ikke typiske forskjeller mellom sakstemaer og vilkår for aktuelle rettsvirkninger er viktigere enn systematiske forskjeller mellom kravene til begrunnelse av dommer og kjennelser.

Dette er kanskje enda tydeligere i straffesaker, hvor realitetsavgjørelsen i enkelte tilfeller bestemmer valget av avgjørelsesform. I anker over straffutmålingen, forkastes anken ved kjennelse dersom retten er enig i reaksjonsfastsettelsen, mens den avgjøres ved dom hvis reaksjonen endres i den ene eller annen retning. Begrunnelsen blir rimeligvis utformet på samme måte selv om de formelle krav til begrunnelse av dommer og kjennelser etter straffeprosessloven § 40 og § 43 er forskjellig, tilsvarende forholdet mellom tvistemålsloven § 144 første ledd nr. 3 og 4 og § 164 første ledd første punktum.

Etter utvalgets oppfatning ville det være en fordel å ha felles regler om begrunnelse av dommer og kjennelser. Det er grunn til å tro at dette er mulig uten at man svekker kravene til begrunnelse av dommer eller skjerper kravene til begrunnelse av kjennelser nevneverdig i forhold til praksis. Både for dommer og kjennelser må begrunnelsen i den enkelte sak tilpasses vurderingstemaet og avgjørelsens vanskelighetsgrad. Utvalgets forslag til regulering i § 21-6(4) til (6) er basert på dette.

For beslutninger opprettholder utvalget imidlertid regelen i gjeldende rett på grunnlag av tvistemålsloven § 165. Ved siden av den sterkt begrensede rettsmiddeladgangen, er manglende begrunnelsesplikt en sentral rettsvirkning som virker styrkende på valget mellom kjennelse og beslutning som avgjørelsesform for saksbehandlingsspørsmål. Det dreier seg for en vesentlig del om enkle avgjørelser som beror på dommerens skjønn over hva som er hensiktsmessig saksbehandling, og hvor et krav om begrunnelse ofte ville være tungvint og fremstå som anstaltmakeri. I mange tilfelle ville det være vanskelig å gi noen mer treffende begrunnelse for avgjørelsen enn en henvisning til hva som alt i alt virker mest hensiktsmessig. I andre tilfeller er det imidlertid både mulig og naturlig å gi en begrunnelse. I så fall vil det være god dommerskikk å gjøre det, slik det gjøres i dag. Bare rent unntaksvis kan det komme på tale å anse unnlatt begrun-

nelse for en saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse av beslutningen etter anke. Etter lovteksten § 11-3(3) kan en beslutning bare ankes på det grunnlag at retten har bygget på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig. Kriteriet «åpenbart uforsvarlig» omfatter også saksbehandlingen.

## 21.9 Oppfyllelsesfrist

### 21.9.1 Oversikt over gjeldende rett

Hvis en dom eller annen rettsavgjørelse pålegger noen en handleplikt som kan tvangsfullbyrdes – såkalte fullbyrdesdommer i motsetning til fastsettelsesdommer som fastslår hva som er rettstilstanden mellom partene uten å gi grunnlag for fullbyrdelse – vil den forpliktete gjerne ha behov for en oppfyllelsesfrist. Tvistemålsloven har nærmere regler om oppfyllelsesfrist for dommer i § 146 og § 147. Reglene gjelder tilsvarende for kjennelser etter henvisningen i § 164 første ledd annet punktum. Reglene er kommentert i Schei side 485 – 488. For beslutninger gjelder reglene ikke. Beslutninger kan som regel ikke tvangsfullbyrdes, se tvangsfullbyrdesloven § 4-1 annet ledd bokstav a.

I tillegg har tvistemålsloven § 53 annet ledd en regel for fullbyrdesdommer om krav som ikke er forfalt ved domsavsigelsen.

Fristreglene i tvistemålsloven §§ 146 og 147 må ses i sammenheng med tvangsfullbyrdeslovens alminnelige regler om vilkårene for å begjære tvangsfullbyrdelse (tvangskraft). Dessuten må de ses i sammenheng med regler i tvistemålsloven selv som gir retten kompetanse til å fastsette avvikende tidspunkter for tvangskraften i den enkelte sak. Hvis fullbyrdestidspunktet skytes frem i tid kalles det å gi avgjørelsen foregripet tvangskraft. Blir adgangen til fullbyrdelse utsatt eller midlertidig opphevet, kalles det gjerne oppsettende virkning. Tvistemålsloven har alminnelige regler om foregripet tvangskraft i § 148 og § 162 tredje ledd, mens regler om utsatt tvangskraft er gitt i § 162 annet ledd. Reglene om foregripet tvangskraft og oppsettende virkning behandles i II.21.13 og 14.

Reglene om når tvangskraften inntreffer, er forskjellige for dommer og kjennelser. Etter tvangsfullbyrdesloven § 4-12 første ledd kan en dom først begjæres fullbyrdet når den er rettskraftig og eventuell oppfyllelsesfrist er oversittet. En kjennelse kan derimot etter tvangsfullbyrdesloven § 4-13 første ledd begjæres fullbyrdet allerede når

den er forkynt, og eventuell oppfyllelsesfrist er oversittet. Et svært viktig unntak har tvangfullbyrdsloven § 4-12 annet ledd: En dom på betaling av penger kan begjæres fullbyrdet ved utlegg når oppfyllelsesfristen er oversittet, selv om dommen ikke er rettskraftig.

Twistemålsloven § 146 gjelder fastsettelse av oppfyllelsesfrist for avgjørelser som pålegger noen å foreta en handling eller ytelse, mens § 147 gjelder unnlates- og tåleplikter.

For betalingsdommer skal oppfyllelsesfristen etter tvistemålsloven § 146 annet ledd være to uker. For pengeforpliktelser som ikke var forfalt på forhånd, men først oppsto ved dommen, er oppfyllelsesfristen samtidig forfallstidspunkt og utgangspunkt for plikt til å betale forsinkelsesrenter. I praksis er dette aktuelt for saksomkostningsavgjørelser. I de tilfellene det unntaksvis er mulig å reise fullbyrdsessøksmål om et pengekrav før det er forfalt i henhold til tvistemålsloven § 53 første ledd nr. 1 til 4, må retten eventuelt fastsette en lengre frist i medhold av § 53 annet ledd, eller angi hvilken betingelse som må være oppfylt for at dommen skal kunne fullbyrdes. Det siste er f.eks. aktuelt når det gis dom for et betinget krav som et regresskrav eller et kausjonskrav etter § 53 første ledd nr. 4.

For de andre avgjørelser (enn betalingsdommer) som kan fullbyrdes før de er rettskraftige, eller som blir rettskraftige straks de er avsagt, skal retten fastsette frist etter § 146 første ledd første punktum. Fristens lengde er ikke bestemt i loven, slik at den må fastsettes diskresjonært. Dette alternativet omfatter blant annet kjennelser som følger hovedregelen i tvangfullbyrdsloven § 4-13(1), avgjørelser av Høyesterett, og dommer av underordnede domstoler hvor det er besluttet foregriper tvangskraft i medhold av tvistemålsloven § 148 eller § 162 tredje ledd, eller som ikke kan påankes uten dispensasjon fra kravet til ankesum, se tvistemålsloven § 161.

For de dommer som etter hovedregelen i tvangfullbyrdsloven § 4-12(1) ikke kan fullbyrdes før de er rettskraftige, er regelen etter § 146 første ledd annet punktum og tredje ledd at retten skal fastsette oppfyllelsesfrist dersom ankefristen ikke gir den forpliktete tid nok til å oppfylle dommen. I betraktning av at ankefristen er redusert fra to til én måned, kan behovet for å sette en lengre frist øke. Oppfyllelsesfristen regnes i dette tilfelle fra rettskrafttidspunktet, se § 146 fjerde ledd.

Når vilkårene i tvistemålsloven § 146 er til stede, skal retten fastsette frist, uavhengig av om dette er påstått.

Etter tvistemålsloven § 440 a gjelder bestemmelsen om oppfyllelsesfrist i § 146 ikke for saker

om offentlige tjenestehandlinger etter § 435 første ledd, bortsett fra saker om erstatningskrav etter § 435 første ledd nr. 2.

Twistemålsloven § 147 gjelder fastsettelse av frist for oppfyllelse av dommer som pålegger noen å unnlate en handling eller å tåle at en handling blir foretatt. Tvangfullbyrdelse av unnlates- og tåleplikter kan skje ved pålegg om sikkerhetsstillelse etter tvangfullbyrdsloven § 13-16.

Det er overlatt til rettens skjønn å avgjøre om frist skal fastsettes etter § 147.

### **21.9.2 Utvalgets vurderinger**

Utvalget kan ikke se at det er noe videre behov for realitetsendring av tvistemålslovens regler om oppfyllelsesfrister. Reglene kan imidlertid forenkles. Det vises til lovutkastet § 21-7, hvor reglene er samlet i én paragraf og redigert noe annerledes. Det er imidlertid behov for å kunne kreve tvangfullbyrdelse av pengekrav avgjort ved beslutning. Det vises til II.21.2.3.2 med forslag til endringer i tvangfullbyrdsloven.

Utvalget har i II.5 behandlet spørsmålet om det er behov for å videreføre egne regler om vilkårene for å reise fullbyrdsessøksmål om uforfalte krav tilsvarende tvistemålsloven § 53 første ledd nr.1 til 4. Utvalgets konklusjon er at det ikke er tilstrekkelig behov for dette. Den alminnelige regel om søksmålsgjenstand og søksmålssituasjon som er foreslått i utkastet § 1-3, forutsettes å være tilstrekkelig. Regelen i tvistemålsloven § 53 annet ledd om utforming av dommen i tilfelle hvor kravet ikke er forfalt ved domsavsigelsen, foreslås inkorporert i den alminnelige regel om oppfyllelsesfrist i § 21-7.

Utvalget har ikke foreslått noe eget kapittel i tvisteloven som viderefører tvistemålsloven kapittel 30, som blant annet omhandler saker om offentlige tjenestehandlinger. Enkeltregler er foreslått videreført der de systematisk hører hjemme i den alminnelige tvistelov, domstolloven eller forvaltningsloven Spørsmålet om oppfyllelsesfrist, som nå er regulert i tvistemålsloven § 440 a, må da reguleres sammen med de alminnelige regler om dette i tvisteloven. Utvalgets utgangspunkt er imidlertid at behovet for prosessuelle unntaksregler for saker om offentlige tjenestehandlinger mv. må vurderes kritisk.

Bestemmelsen i § 440 a ble vedtatt ved endringslov av 9. mars 1962 nr. 1. Opprinnelig inneholdt tvistemålsloven i § 440 en bestemmelse om at dommen i de tilfelle som er nevnt i § 435 nr. 1 (dvs. saker om tjenesteplikter eller lovmessigheten av avgjørelser), bare skulle fastsette om det består noen plikt til å foreta unnlate eller oppheve den omtvistete

tjenestehandling. Etter motivene (Civilprosesslovkommissionens innstilling 1908 side 272) var det nærliggende å tolke bestemmelsen slik at det bare kunne gis fastsettelsesdom, ikke fullbyrdsdom i slike søksmål. I praksis ble imidlertid bestemmelsen ikke gitt en slik rekkevidde. Det ble ikke ansett å ligge annet i den enn at det ikke skulle settes oppfyllelsesfrist. Begrunnelsen for lovendringen i 1962 var at dette meningsinnholdet burde komme direkte til uttrykk. Regelen ble ikke gjenstand for noen realitetsvurdering.

Utvalget har vanskelig for å se noen grunn til at domstolene ikke skal kunne sette oppfyllelsesfrist i andre fullbyrdsessøksmål om offentlige tjenestehandlinger enn saker om erstatningskrav. Det någjeldende unntaket kan ikke begrunnes med manglende adgang til tvangfullbyrdelse overfor det offentlige. Denne begrensningen gjelder også for pengeforpliktelse. Etter alminnelige prinsipper for domstolenes kompetanse i forhold til forvaltningen, vil retten ofte ikke kunne pålegge vedkommende forvaltningsorgan eller tjenestemann noen plikt til å treffe et vedtak med et bestemt innhold. Begrensningene gjelder imidlertid både for en fullbyrdsdom og en fastsettelsesdom om eksistensen av en handleplikt. Tvistemålslovens alminnelige regler om oppfyllelsesfrister inneholder dessuten ingen hjemmel for å avsi fullbyrdsdom. Hva dommen kan gå ut på, må utledes av andre regler, spesielt de alminnelige reglene om søksmåls-gjenstanden i tvistemålsloven § 54, som er videreført i lovutkastet § 1-3. I de tilfellene det er adgang til å avsi fullbyrdsdom mot det offentlige, vil det kunne være behov for å sette en oppfyllelsesfrist, både av hensyn til vedkommende forvaltningsorgan og av hensyn til motparten. Selv om dommen ikke kan tvangfullbyrdes, vil mislighold av plikten være et rettsbrudd som kan sanksjoneres på andre måter.

## 21.10 Forsinkelsesrente

### 21.10.1 Gjeldende rett

Ved endringslov av 28. april 2000 nr. 34, som trådte i kraft 1. juli 2000, ble det gitt nye regler i tvistemålsloven § 148 a om hvordan forsinkelsesrenten skal fastsettes i fullbyrdsdommer for pengekrav. Bestemmelsen lyder:

«Når en dom pålegger noen å betale rente etter lov 17. desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling m.m. for et tidsrom etter dommens avsigelse, skal rentens størrelse angis

ved en henvisning til den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrentelovens § 3 første ledd første punktum. For skyldnere som er skyldnere i egenskap av forbrukere skal det i stedet vises til forsinkelsesrenten for forbrukerskyldnere etter § 3 første ledd.»

Regelen omfattes av den generelle henvisning for kjennelser i tvistemålsloven § 164 første ledd annet punktum. En tilsvarende endring ble samtidig gjennomført for avgjørelser av borgerlige rettskrav i straffesaker ved henvisning i straffeprosessloven § 432 tredje ledd.

Det ble samtidig foretatt en endring i forsinkelsesrenteloven § 3 ved at det i første ledd nytt tredje punktum ble bestemt at endring i forsinkelsesrentens størrelse får virkning fra ikrafttredelsen også for krav hvor fordringshaveren har krav på rente før ikrafttredelsen. Endringen i forsinkelsesrenteloven gjelder også for krav fastsatt i dommer, og var etter alt å dømme en lovfesting av gjeldende rett. Det vises til Ot.prp. nr. 3 (1999-2000) side 82 – 83.

Begrunnelsen for den nye regelen i tvistemålsloven er ifølge proposisjonen side 83 – 84 de problemer som kan oppstå på fullbyrdsstadiet når forsinkelsesrenten endres etter dommen, som kort oppsummert beskrives slik: Hvis det i dommen er fastsatt en bestemt rentesats, og denne økes i ettertid, vil saksøkeren ikke ha tvangsgrunnlag for tillegget, selv om han materielt sett har krav på dette. Dersom renten blir satt ned, blir spørsmålet enda mer komplisert. Saksøkeren har da ikke materielt krav på differansen, men det er uklart om saksøkte må angripe dommen ved gjenopptakelse eller om namsmannen selv kan tolke dommen og ta hensyn til nedsettingen.

I de spesielle motiver til § 148 a på side 91 er det inntatt eksempler på hvordan domsslutningen kan utformes for krav i og utenfor forbrukerforhold.

### 21.10.2 Utvalgets vurdering

Etter utvalgets oppfatning er den nye regelen i tvistemålsloven § 148 a ikke noen vellykket måte å løse problemet med uklar tvangskraft på. Doms-slutningene blir unødvendig omstendelige og ser klønede ut. Spesielt gjelder dette saksomkostningsavgjørelsene. I og med at reglene får anvendelse på alle dommer om pengekrav, som med uteblivesdommene i forliksrådet utgjør et antall av mer enn 100 000 hvert år, er det grunn til å legge stor vekt på å gjøre reglene mest mulig strømlinjeformet.

Etter gjeldende rett er reglene om tvangskraft

for renter avledet av reglene for rettskraft. Dommen er bare retts- og tvangskraftig for rentekrav som er avgjort i slutningen. Dette gjelder også forsinkelsesrenter av saksomkostninger, se prinsippavgjørelsen om dette i Høyesteretts kjennelse i Rt. 1996 side 150. Av dette følger også at en dom på en bestemt angitt forsinkelsesrente, slik departementet hevder, ikke er tvangsgrunnlag for differansen dersom renten økes, og at det er uten betydning at saksøkeren utvilsomt har krav på beløpet. Rettskraftsvirkningen av dommen stenger ikke for dette. Det som bindende avgjøres ved dommen, er bare hvilken løpende forsinkelsesrente fordringshaveren har krav på på domstidspunktet. At forsinkelsesrenten senere økes ved forskrift i medhold av forsinkelsesrenteloven, er en etterfølgende omstendighet som kan prøves i nytt søksmål.

Derimot er utvalget ikke enig i departementets forutsetninger om vanskelighetene dersom renten senkes.

Gjenopptakelse vil det ikke være noen hjemmel for. Det dreier seg om en etterfølgende omstendighet som faller utenfor anvendelsesområdet for tvistemålsloven § 407 første ledd nr. 6. På den annen side stenger ikke rettskraftsreglene for at skyldneren kan påberope seg vedtaket om rentenedgang. For rettskraftsvirkningen er det likegyldig om renten settes opp eller ned.

Skyldneren kan under fullbyrdelsen gjøre rentenedsettelsen gjeldende som innsigelse for namsmyndighetene i henhold til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 annet ledd. Innvendingen støtter seg til en omstendighet som er oppstått så sent at skyldneren nødvendigvis ikke kunne ha påberopt den før avgjørelsen, og den kan da også gjøres gjeldende mot et krav fastsatt i et alminnelig tvangsgrunnlag som en dom. Namsmyndighetene har kompetanse – og plikt – til å behandle innvendinger mot fullbyrdelsen etter tvangsfullbyrdelsesloven § 2-1 annet ledd. I eksemplet volder avgjørelsen ikke noen tvil. Namsmyndighetene kan riktignok ikke gjennomføre endringen av eget tiltak, uten at skyldneren har fremsatt noen innvending, men må i henhold til tvangsfullbyrdelsesloven § 5-3 annet ledd ha plikt til å gi skyldneren nødvendig veiledning.

Slik utvalget ser det, er spørsmålet å etablere tvangsgrunnlag i større utstrekning enn det som fremgår av domsslutningen. Det dreier seg her om å fastlegge rettsvirkninger av alminnelig lovgivning hvor løsningen ikke byr på tvil, og hvor virkningene er felles for et svært stort antall saker. Problemet bør derfor løses ved generelle virkemidler, ikke ved utformingen av domsslutningen i hver enkelt sak. Ettersom problemet spesifikt knytter seg til tvangskraften, er det mest naturlig

å innta generelle regler i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1.

Det må tas hensyn til om kravet på forsinkelsesrente allerede løp ved domsavsigelsen, uavhengig av oppfyllelsesfristen i dommen, eller om rentekravet knytter seg til et hovedkrav som først oppsto ved dommen og forfalt ved utløpet av oppfyllelsesfristen.

Krav på forsinkelsesrenter av saksomkostninger faller i den siste av disse to kategoriene og er med sjeldne unntak alene i denne. Som nevnt i Rt. 1996 side 150 er plikten til å betale morarenter av tilkjente saksomkostninger utvilsom. Utgangspunktet for renteplikten er entydig knyttet til oppfyllelsesfristen på to uker i dommen. Det er antatt at de spesielle regler for forbrukerforhold i morarentelovens §§ 3 og 4 ikke gjelder erstatningsansvaret for saksomkostninger, selv om saken i realiteten gjelder en forbrukertvist. Det er derfor ikke noen tvil om hvilken rentesats som skal anvendes. Under disse omstendigheter finner utvalget at det må være helt ubetenkelig å gi en generell regel om at en fullbyrdelsesdom for saksomkostninger også er tvangsgrunnlag for forsinkelsesrenter – uten at det er nødvendig å innta noen bestemmelse om renteplikt i dommen.

Det etableres ikke noe unntak fra rettskraftreglene. Rentekravet vil derfor ikke være rettskraftig avgjort. I praksis vil dette ikke være noe problem. Avgjørelsen av hovedkravet på saksomkostninger vil være rettskraftig og vil i en eventuell tvist om rentekravet måtte legges til grunn uprøvet. De eneste innsigelsene som i praksis vil kunne reises mot rentekravet, er slike som gjelder oppgjøret i ettertid, og som heller ikke vil bli stoppet av rettskraften, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 og § 4-3.

Regelen må imidlertid begrenses til de tilfellene hvor kravet forfaller etter dommen. Dersom overordnet domstol treffer avgjørelse om saksomkostninger for tidligere retter som innebærer at kravet forrentes fra et tidligere tidspunkt, må dette fastsettes. Da er man over i første kategori.

I de tilfellene hovedkravet er forfalt før dommen, slik at det allerede løper forsinkelsesrente, må dommen nødvendigvis inneholde en bestemmelse om rente. Det må avgjøres fra hvilket tidspunkt renten gjelder og med hvilke satser. Dommen vil avgjøre med rettskraft hvilken forsinkelsesrente fordringshaveren har krav på ved dommen, og som han har krav på inntil kravet blir innfridd, med en generell og ikke uttalt reservasjon for etterfølgende omstendigheter som ikke omfattes av rettskraften. I så fall er utvalget enig med departementet i at dommen ikke bør formuleres på en slik måte

at rentesatsen fikseres for fremtiden, og at det bør fremgå om satsen for forbrukerrente eller vanlig rente kommer til anvendelse. Satsen har riktignok vært den samme siden 1. januar 1994, og det kan føre til unødvendige problemer å ta spørsmålet opp all den stund grensen ikke er klar.

Selv om retten skulle ha fastsatt en bestemt morarentesats for fremtiden, vil en endring av rentesatsen kunne påberopes av partene, slik det nå uttrykkelig fremgår av morarenteloven § 3 etter lovendringen i 2000. Det skulle derfor være ubetenkelig å bestemme i tvangsloven § 4-1 at et alminnelig tvangsgrunnlag for morarenter i tiden etter dommen, gir rett til den rente som til enhver tid gjelder. Dersom det en gang i fremtiden igjen skulle bli fastsatt avvikende satser for forbrukerforhold, og det under fullbyrdelsen av en dom viser seg å være uklart hvilken rentesats som er fastsatt, får man falle ned på en subsidiær regel om at dommen iallfall er tvangsgrunnlag for laveste sats. Fordringshaveren får i tilfelle reise sak om det overskytende hvis han mener å ha krav på det. Det er neppe grunn til å forvente et stort antall slike søksmål.

En regel om tvangsgrunnlagets omfang ved krav på forsinkelsesrenter i henhold til et alminnelig tvangsgrunnlag, vil også få anvendelse på renter av saksomkostninger i henhold til utvalgets forslag til ny bestemmelse om dette.

Det vises til forslaget til regelutforming i lovtkastet for endringer i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1. Utvalget foreslår ikke egne bestemmelser om renter i kapittel 21.

## 21.11 Deling av pådømmelsen

Twistemålsloven har regler om adgangen til deling av pådømmelsen i §§ 150 og 151. Utvalget har foreslått temaet regulert sammen med deling av forhandlingene i lovtkastet § 15-6.

## 21.12 Retting, tilleggsdom og omgjøring

### 21.12.1 Oversikt over gjeldende rett

#### 21.12.1.1 Innledning

Fra den hovedregel at en rettslig avgjørelse er bindende når den er avsagt (twistemålsloven § 155) og deretter bare kan endres ved bruk av rettsmidler, gjennomfører twistemålsloven enkelte unntak eller modifikasjoner gjennom reglene om retting av feil etter §§ 156 og 157, tilleggsdom om

noe som var uteglemt etter § 160 og om omgjøring av prosessledende kjennelser og beslutninger i § 164 tredje ledd og § 165 tredje ledd. Straffeprosessloven har tilsvarende regler. I tillegg kommer det enkelte spredte regler blant annet i ankekapitlet.

Reglene er behandlet i de sivilprosessuelle standardverkene. Det vises til Hov I side 313 – 319, Schei side 502 – 512 (retting og tilleggsdom) og side 531 – 533 (omgjøring), og Skoghøy side 735 – 747. Her gis bare en kort oppsummering.

#### 21.12.1.2 Retting og tilleggsdom

Etter twistemålsloven § 156 kan retten rette skrivefeil og regnefeil eller andre åpenbare uriktigheter eller utelatelser i hele dommen. Retting kan utføres av retten av eget tiltak og også av overordnet domstol som har saken til behandling, og er ikke begrenset ved tidsfrister. Denne svært vide formelle kompetanse tilsier at anvendelsesområdet må være snevert. I kjennelse i Rt. 2000 side 381 har Høyesterett (i et kjæremål overført til avdelingsbehandling) uttalt at det må være en forutsetning for retting etter § 156 at avgjørelsen har karakter av en åpenbar «glipp», og at rettingen ikke medfører noen endring av dommens innhold. I avgjørelsen i Rt. 2000 side 1536 hadde lagmannsretten overskredet grensene for sin kompetanse ved å rette en avgjørelse om samværsrett etter barneloven.

Etter twistemålsloven § 157 kan retten rette uriktigheter, uklarheter, motsigelser eller ufullstendigheter i domsgrunnene, hvilket vil si hele dommens tekstdel etter § 144 første ledd nr. 3 og 4, men ikke slutningen. Ufullstendigheter i slutningen må avhjelpes ved tilleggsdom etter § 160 hvis feilen ikke er så åpenbar at den kan rettes etter § 156. Mens arten av feil som kan rettes er videre etter § 157 enn etter § 156 ved at det ikke gjelder noe åpenbarhetskrav, er de formelle vilkår langt snevrere. Retting kan bare utføres hvis en part begjærer det innen en frist på to uker, og må besluttes av de samme fagdommere.

Selv om ordlyden i § 157 er gitt en meget vid formulering, må bestemmelsen etter praksis anses begrenset til å gjelde uriktigheter mv. som består i at domsgrunnene ikke har fått et dekkende uttrykk for det som har vært rettens mening. Retten kan ikke ombestemme seg. At retten har misforstått anførselene eller begått feil i rettsanvendelsen eller bevisbedømmelsen, kan ikke rettes. At domsgrunnene ved retting bringes i overensstemmelse med det som var rettens mening, kan imidlertid medføre at dommens reelle innhold blir endret. Det

vises særlig til den prinsipielle avgjørelsen i Rt. 2000 side 381 og Rt. 2000 side 1504, som gjaldt den tilsvarende bestemmelse i straffeprosessloven § 45.

Feil som består i at retten har utelatt noe som skulle vært avgjort ved dommen, kan avhjelpest ved tilleggsdom etter tvistemålsloven § 160. Retten har f.eks. oversett at det var fremsatt et krav om renter eller glemt å fastsette oppfyllelsesfrist eller avgjøre en begjæring om foregrepet tvangskraft. Det er henvist fra § 160 til vilkårene i § 157. Dette innebærer at også begjæring om tilleggsdom må fremsettes innen to uker og avgjøres av samme dommere.

Fellesregler om fremgangsmåten ved retting og avsigelse av tilleggsdom er gitt i § 158. Rettingen skal gjennomføres ved særskilt tilførsel i rettsboken, og det skal inntas en henvisning ved randbemerkning på det aktuelle sted. Alle eksemplarer av dommen må kalles tilbake for å rettes eller byttes ut med nye, og dommen må forkynnes på nytt.

Reglene om rettsmidler mot avgjørelser om retting er gitt i tvistemålsloven § 159. Avgjørelsen om retting treffes ved beslutning, som bare kan påkjæres på det grunnlag at rettelsen går lenger enn loven hjemler.

At en avgjørelse rettes etter tvistemålsloven § 156, er uten betydning for fristen til å bruke rettsmidler mot avgjørelsen. Begjæring om retting etter § 156 avbryter derfor heller ikke fristen. Begjæring om retting etter § 157 avbryter imidlertid ankefristen (§ 159 annet ledd). Bli rettelse foretatt, løper en ny ankefrist. Bli begjæringen forkastet, fortsetter ankefristen sitt løp der den ble avbrutt. Begrunnelsen for at løsningen er forskjellig, er at en retting etter § 157 kan forandre dommens reelle innhold. I kjennelsen i Rt. 2000 side 381 behandlet Høyesterett spørsmålet om hvilken betydning det får for ankefristen at retten har foretatt en retting med § 156 som oppgitt hjemmel, men overskredet sin kompetanse etter den bestemmelsen. Høyesterett kom til at spørsmålet måtte løses i samsvar med den hovedregel i sivilprosessen at det er avgjørelsens innhold, ikke formen, som er avgjørende for valg av rettsmiddel og fastleggingen av rettsmiddefristen. I og med at rettelsen reelt falt innenfor tvistemålsloven § 157, løp det en ny ankefrist etter tvistemålsloven § 159 tredje ledd. Høyesterett fravek ved avgjørelsen rettsoppfatningen i kjæremålsutvalgets tidligere kjennelse i samme sak, inntatt i Rt. 1999 side 290.

Tvistemålsloven § 159 gjelder ikke tilleggsdommer. Disse behandles prosessuelt som deldommer og er gjenstand for anke etter vanlige regler. En

avgjørelse om å avslå et krav om tilleggsdom, skal treffes ved kjennelse, som kan påkjæres. Begrunnelsen er at man ser på dette som en avslutning av en selvstendig del av saken, jf. tvistemålsloven § 137 annet ledd.

Tvistemålslovens regler om retting og tilleggsdom gjelder tilsvarende for de kjennelser og beslutninger som ikke kan omgjøres, jf. § 164 tredje ledd i.f. og § 165 tredje ledd i.f.

### 21.12.1.3 Omgjøring av kjennelser og beslutninger

«Prosessledende kjennelser» kan i medhold av tvistemålsloven § 164 tredje ledd første punktum omgjøres av den rett som har avsagt dem, hvis ingen ervervet rett er til hinder. Samme regel gjelder for beslutninger etter § 165 tredje ledd første punktum uten at det er sagt at de skal være «prosessledende». Denne forskjellen betyr lite. For de få beslutninger som ikke kan karakteriseres som prosessledende, vil som regel omgjøringsadgangen være avskåret på grunn av at en «ervervet rett» er til hinder.

Med prosessledende kjennelser menes avgjørelser om saksbehandlingen som styrer sakens gang. Kjennelser som avslutter saken kan ikke omgjøres. Kjennelser som avgjør materielle krav kan heller ikke omgjøres etter denne bestemmelsen.

Kriteriet «ervervet rett er til hinder» som skranke for omgjøringskompetansen er uskarpt og egnet til å tilsløre det reelle vurderingstemaet. Bestemmelsen synes å forutsette regler utenfor bestemmelsen selv som stifter rettigheter for partene. Slike regler finnes knapt, og faren for sirkelslutninger er derfor betydelig når det egentlig er rettens standpunkt til omgjøringsadgangen som bestemmer om parten har en «ervervet rett», og ikke omvendt. Gjennom rettspraksis er regelen om omgjøringskompetanse omdannet til en avveiningsregel hvor vurderingstemaet er om vedkommende part ved den avgjørelse det er spørsmål om å omgjøre, har oppnådd en posisjon som det virker urimelig å rokke ved på grunn av de forventningene avgjørelsen har gitt opphav til. Dette er aktuelt hvis han har hatt grunn til å innrette seg i tillit til en avgjørelse som gir ham en prosessuell fordel som f.eks. utsettelse av hovedforhandlingen, oppreisning for oversittelse av en frist eller samtykke til å fremme en anke som ikke tilfredsstiller kravet til ankesum, eller som fritar ham for en plikt, f.eks. plikten til å betale idømte saksomkostninger som vilkår for å begjære oppfriskning mot en uteblivelsesdom. Også motparten må i visse tilfelle anses å



ha vunnet en «ervert rett» ved avgjørelser som forkaster en begjæring, spesielt hvis avgjørelsen innebærer at saken avsluttes. Av denne grunn kan heller ikke en beslutning om å nekte samtykke til anke omgjøres.

Det er ikke overraskende at et såvidt uklart vurderingstema medfører at det hersker delte oppfatninger om løsningen for enkelte avgjørelsestyper i teorien.

Som alminnelig regel kan prosessledende avgjørelser som treffes om bevisføringen eller andre forhold som får betydning for gjennomføringen av hovedforhandling, ikke anses bindende for den dømmende rett. Avgjørelsene må i denne forstand regnes som foreløpige. Dette gjelder etter tvistemålsloven § 94 også en beslutning under saksforberedelsen om å fremme saken, dvs. å forkaste en avvisningspåstand. Har avgjørelsen imidlertid etter kjæremål vært stadfestet av overordnet domstol, er dette til hinder for omgjøring. Dette fremgår uttrykkelig av tvistemålsloven § 94, men gjelder som generell regel.

Prosessledende kjennelser og beslutninger har, uansett omgjøringsadgang, forholdsvis begrensede rettskraftvirkninger. De er bare bindende for saksbehandlingen i vedkommende instans, og ikke ved behandlingen i overordnede domstoler. Det vises til redegjørelsen i II.14.2.3.7.2 om rettskraft.

Hvis en overordnet domstol som kjæremålsinstans har tatt standpunkt til et saksbehandlings spørsmål ved den underordnede domstol, kan avgjørelsen i kjæremålet ikke omgjøres formelt sett, men avgjørelsen er ikke bindende dersom spørsmålet skulle bli innbrakt for domstolen i et nytt kjæremål. Dette gir visse muligheter for «omkamp», se f.eks avgjørelsene i Rt. 1999 side 1066 og Rt. 2000 side 381. Tvistemålsloven § 391 inneholder en regel som motsetningsvis innebærer en viss begrensning av overordnede domstolars frihet. Andre rettsmiddelinstanser enn Høyesterett er bundet ved den avgjørelse domstolen selv, eller overordnet domstol, har tatt av et saksbehandlings spørsmål ved den underordnede rett dersom samme spørsmål blir tema i en senere anke over saksbehandlingen. Når underinstansen har fulgt avgjørelsen i kjæremålet, som den var forpliktet til, kan den overordnede domstol ikke i saksbehandlingsanken ombestemme seg og si at det likevel var en feil. Denne begrensningen gjelder også for Høyesteretts kjæremålsutvalg, som etter de någjeldende regler (men ikke etter lovutkastet) formelt er en annen domstol enn Høyesterett. Derimot kan kjæremålsutvalget ikke binde Høyesterett ved sine avgjørelser i kjæremål. Det er dette som positivt er uttrykt i § 391.

Som regel har retten ikke plikt til å ta spørsmål om omgjøring opp til vurdering. Et unntak gjelder ved kjæremål etter tvistemålsloven § 399 tredje ledd første punktum. Kjæremål erklæres for den rett som har avsagt avgjørelsen i henhold til § 399 første ledd. Hvis retten finner kjæremålet grunnet, skal den forandre sin avgjørelse hvis det er adgang til det.

## 21.12.2 Fremmed rett

### 21.12.2.1 Danmark

Regler om retting av feil i dommen er gitt i rettsplejeloven § 221. I medhold av § 221 stk. 1 kan retten av eget tiltak eller etter begjæring rette skrivefeil, regnefeil og slike feil og forglemmelser som alene vedrører utferdigelsens form. Etter § 221 stk. 2 kan retten etter begjæring fra en part innen ankefristens utløp rette feil i gjengivelsen av partens muntlige anførsler og ytringer. Det kan dreie seg om feil som består i forbigåelser, uklarheter eller motsigelser, men retten kan ikke foreta forandringer i begrunnelsen eller resultatet.

Den rettete avgjørelsen trer i enhver henseende i stedet for den opprinnelige. Beslutningen om retting, kan ikke påankes eller påkjæres.

Omgjøring er regulert i rettsplejeloven § 222. Kjennelser av prosessledende karakter og beslutninger kan omgjøres når nye opplysninger foreligger, samt når retten for øvrig finner det hensiktsmessig.

### 21.12.2.2 Sverige

Rättegångsbalken 17:15 st. 1 inneholder en generell regel om retting av dommer og beslutninger. Retten kan beslutte å rette åpenbare uriktigheter som skyldes rettens eller noen annens skrivefeil, regnefeil eller liknende «förbiseende». Bestemmelsen hjemler retting også når en part har begått feilen. Nærmere saksbehandlingsregler er gitt i st. 3. Partene skal gis adgang til å uttale seg, og beslutningen skal om mulig antegnes på hvert eksemplar av avgjørelsen som rettes.

Rättegångsbalken 17:15 st. 2 har en regel om tilleggsavgjørelse – komplettering. Bestemmelsen svarer imidlertid ikke egentlig til tvistemålsloven § 160 hos oss, men tar sikte på den situasjon at retten ved avsigelsen av en dom eller «slutlig beslut» har glemt å treffe en prosessuell avgjørelse («beslut») som skulle ha vært truffet på forhånd og vært meddelt partene sammen med den avsluttende avgjørelsen, se rättegångsbalken 17:13 st. 3.

### 21.12.3 Utvalgets vurderinger

#### 21.12.3.1 Retting og tilleggsdom

Etter utvalgets syn er reglene om retting og tilleggsdom etter tvistemålsloven ikke helt hensiktsmessig utformet. Problemet er mest knyttet til tvistemålsloven § 157. Bestemmelsens rekkevidde er omdiskutert og grenseflaten mot § 156 er uklar. Avgjørelsen i Rt. 2000 side 381 illustrerer også dette. Det blir en nokså uoversiktlig prosessuell situasjon når en avgjørelse om retting med hjemmel i § 156 ved kompetanseoverskridelse kan bli omdannet til en avgjørelse etter § 157 med de følger dette får for rettsmidelfristen. Rettingsadgangen etter § 157 går også påfallende langt i forhold til regelen om dommens bindende kraft, selv om man ikke aksepterer de mest vidtgående tolkningsalternativer som har vært i hevdet i teorien, som at det skulle være adgang til avhjelpe den feil at en dom er helt uten premisser.

Etter utvalgets inntrykk har regelen om retting av domsgrunnene i § 157 begrenset praktisk betydning. At rettingsadgangen er knyttet til knappe frister, kan bidra til dette. Utvalget er tilbøyelig til å mene at man kan greie seg med én rettingsregel, som blir en hybrid, men med flest arveanlegg fra § 156. Det vises til utkastet § 21-8, som også omfatter saksbehandlingsreglene. Adgangen til å avsi tilleggsdom foreslås videreført i § 21-9.

#### 21.12.3.2 Omgjøring

Utvalget finner ikke grunn til å foreslå vesentlige endringer i gjeldende regler om adgangen til omgjøring, slik de er forstått i rettspraksis. Begrensningen til beslutninger og prosessledende kjennelser, som utvalget foreslår kalt saksstyrende kjennelser, videreføres.

Det er grunn til å formulere den alminnelige kompetansebegrensningen – at ingen ervervet rett er til hinder – på en annen måte enn i tvistemålsloven. Det vises til innvendingene mot dette kriteriet i II.21.12.1.3. Utvalget finner at adgangen til omgjøring bør formuleres ved en avveiningsregel som innholdsmessig må anses å svare til gjeldende rett. Det er hensiktsmessig å knytte an til lovens formål etter § 1-1 som en rettesnor for avveiningsreglen, hvor både grunnnormen om rettfærdig og forsvarlig behandling i første ledd og momenter som er fremhevet i (2), vil være relevante. Hensynet til den part som omgjøring vil være til skade for, er særlig fremhevet. Det vises til lovutkastet § 21-10(1) første punktum med merknader.

Adgangen til omgjøring foreslås noe utvidet

på enkelte andre punkter. At den dømmende rett under hovedforhandlingen kan omgjøre prosessledende avgjørelser truffet under saksforberedelsen, er i samsvar med gjeldende rett, men foreslås lovfestet i generell form i § 21-10(1) annet punktum.

En moderat utvidelse av rettsmiddelinstansens kompetanse er foreslått i § 21-10(2) ved at utvalget ikke finner tilstrekkelig grunn til å videreføre den kompetansebegrensning som motsetningsvis følger av tvistemålsloven § 391, en bestemmelse som det for øvrig ikke er enkelt å forstå betydningen av.

Utvalget finner at adgangen til omgjøring ikke bør være formelt avskåret selv om avgjørelsen har vært overprøvet og stadfestet av overordnet domstol. Straffeprosessloven har en regel om dette i § 272 fjerde ledd i.f., hvor kriteriet er at det foreligger nye opplysninger. Utvalget foreslår at omgjøring adgangen skal være betinget av vesentlige nye opplysninger, se forslaget til regelformulering i § 21-10(3).

Utvalget finner ikke behov for særlig detaljerte regler om saksbehandling og rettsmidler ved omgjøring. De alminnelige regler vil gi hensiktsmessige løsninger. Det vises for øvrig til lovutkastet § 21-10(4) og merknadene til denne. Utvalget har i reglene om anke ikke videreført bestemmelsen i tvistemålsloven § 399 tredje ledd om plikt for den underordnede domstol til å vurdere omgjøring. Det vises til merknadene til lovutkastet § 11-10. Inntil saken er oversendt ankeinstansen vil de alminnelige reglene om omgjøring gjelde.

## 21.13 Foregrepet tvangskraft

### 21.13.1 Innledning

Tvangskraften, adgangen til fullbyrdelse av avgjørelsen ved offentlig myndighet, er en av de viktigste rettsvirkninger av domstolsavgjørelser, og er ved siden av rettskraften uttrykk for avgjørelsenes bindende virkning. Etter gjeldende rett er dommer og kjennelser som pålegger noen en plikt til å foreta eller unnlate en handling, alminnelig tvangsgrunnlag i henhold til tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 første ledd bokstav a, mens beslutninger ikke er det.

De alminnelige reglene om tvangskraft er gitt i tvangsfullbyrdelsesloven, som er en spesiell prosesslov. Utvalgets mandat omfatter ikke en alminnelig revisjon av denne loven. Enkelte sider ved tvangskraften er imidlertid regulert i tvistemålsloven. Det dreier seg om regler som gir retten

kompetanse til å gjøre unntak i enkeltsaker ved å bestemme at tidspunktet for tvangskraften skal forskyves i forhold til hva som følger av de alminnelige reglene i tvangsfyllbyrdsloven. Reglene om dette må ses i sammenheng med tvistemålslovens bestemmelser om oppfyllelsesfrist. Det vises til omtalen i II.21.9.1. I dette avsnittet behandles reglene om fremskutt eller såkalt foregrepet tvangskraft, mens utsatt tvangskraft behandles i II.21.14.

### 21.13.2 Oversikt over gjeldende rett

Tvistemålsloven § 148 gir retten kompetanse til å beslutte at en dom som går ut på annet enn betaling av penger, kan fullbyrdes før den er rettskraftig. Dommer som går ut på pengebetaling kan som nevnt i II.21.9.1 fullbyrdes før de er rettskraftige, iallfall slik at fullbyrdsen kan påbegynnes ved utlegg. Noe behov for foregrepet tvangskraft er det derfor ikke. Etter den generelle henvisningen i tvistemålsloven § 164 første ledd annet punktum gjelder § 148 også for kjennelser, men da kjennelser etter tvangsfyllbyrdsloven § 4-13 første ledd kan fullbyrdes før de er rettskraftige, får bestemmelsen ingen betydning for disse.

De materielle vilkårene for å beslutte foregrepet tvangskraft er i korthet at «særlige omstendigheter» taler for det i henhold til § 148 første ledd første punktum, og at saksøkte ikke har gjort sannsynlig at han vil lide en uopprettelig skade om fullbyrdsen foregripes.

Prosessuelt er det et vilkår at saksøkeren fremsetter begjæring om foregrepet tvangskraft senest under hovedforhandlingen (§ 148 første ledd første punktum, jf. annet ledd første punktum). Retten kan treffe avgjørelsen i dommen eller utsette spørsmålet til etterfølgende forhandling og avgjørelse ved tilleggsdom hvis den finner det hensiktsmessig (§ 148 annet ledd annet og tredje punktum).

Tvistemålsloven § 162 tredje ledd inneholder en supplerende regel om foregrepet tvangskraft dersom dommen angripes. I praksis er det anke eller begjæring om oppfriskning som er aktuelt. Den domstol saken bringes inn for, kan da beslutte foregrepet tvangskraft under samme vilkår som etter § 148. Dette gjelder også om begjæringen har vært forkastet av førsteinstansen. Ankeinstansen kan også under saksforberedelsen omgjøre en avgjørelse om å gi foregrepet tvangskraft, se Rt. 1999 side 1216. Regelen i tvistemålsloven § 162 tredje ledd stod tidligere i tvangsfyllbyrdsloven av 1915 § 6, men ble overført til tvistemålsloven ved tvangsfyllbyrdsloven av 1992. Endringen var begrenset til det rent lovtekniske, og var begrunnet med at man fant det ønskelig å samle reglene

om utsatt, opphevet og foregrepet tvangskraft i tvistemålsloven. Reglenes materielle innhold ble ikke vurdert. Det vises til Ot.prp. nr. 65 (1990-91) side 102.

Av tvistemålsloven § 162 fjerde ledd følger at ankeinstansens avgjørelser om foregrepet tvangskraft ikke kan angripes særskilt ved kjæremål eller anke. Dette har vært håndhevet strengt, se Rt. 1999 side 1216 med henvisning til tidligere praksis. Hvorvidt det må gjøres en reservasjon for tilfelle at retten gått utenfor kompetanse etter loven, se Schei side 517, er holdt åpent i kjennelsen fra 1999. Antakelig kan kjennelsen i Rt. 2000 side 1530, selv om den direkte gjaldt spesialregelen i tvistemålsloven § 477, tas til inntekt for at retten kan prøve om lagmannsretten har lagt riktig bestemmelse til grunn for avgjørelsen.

Antakelig kan heller ikke førsteinstansens avgjørelser etter § 148 påankes eller påkjæres særskilt, slik at overprøvingsadgangen er betinget av at saken ankes.

Adgangen til å beslutte foregrepet tvangskraft benyttes nokså sjelden. På områder hvor det er særlig behov for å treffe slike avgjørelser, fortregnes § 148 og § 162 av særregler om foreløpige avgjørelser, se som eksempel barneloven § 38 og § 46 om daglig omsorg og samværsrett inntil rettskraftig avgjørelse foreligger, og reglene om stillingsvernaker i arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4.

I saker om overprøving av tvangsvedtak i helsesektoren etter tvistemålsloven kap. 33, har § 477 en bestemmelse som etter ordlyden synes å gjelde spørsmål om oppsettende virkning av søksmål, men som i rettspraksis også anses å regulere uttømmende spørsmål om foregrepet tvangskraft for en dom som går ut på at tvangsvedtaket skal oppheves. Det vises til Rt. 2000 side 1530 og nærmere omtale i II.19 om rettslig prøving av administrative tvangstiltak.

For husleiesaker som gjelder gyldigheten av utleierens oppsigelse etter § 9-8, har husleieloven § 12-4 en spesialregel om foregrepet tvangskraft. Når det er avsagt dom som går ut på at oppsigelsen ikke er satt til side, kan retten etter begjæring fra utleieren ved kjennelse gi samtykke til at fravikelse kan gjennomføres før dommen er rettskraftig, eventuelt mot sikkerhetsstillelse.

I tillegg til dette suppleres reglene om foregrepet tvangskraft av tvangsfyllbyrdslovens regler om midlertidig forføyning i § 15-2 første ledd bokstav b. For midlertidig forføyning etter bokstav a i samme paragraf, gjelder etter rettspraksis den begrensning at forføyningen ikke kan gå ut på en foregrepet fullbyrdelse av kravet, bare en «sikring» av dette.

### 21.13.3 Utvalgets vurdering

Utvalget er kommet til at man kan greie seg uten alminnelige bestemmelser i tvistemålsloven om foregrepet tvangskraft. Man er tilstrekkelig hjulpet ved reglene om foreløpige avgjørelser på spesielle områder og tvangfullbyrdelseslovens alminnelige regler om midlertidige forføyninger. At reglene i tvistemålsloven § 148 og § 162 tredje ledd kan sløyfes, innebærer i seg selv en ønskelig forenkling. Reglene har også vist seg å ha til dels uklare grenseflater mot beslektete regelsett.

Begjæringer om midlertidig forføyning etter tvangfullbyrdelseslovens regler vil kunne fremsettes og behandles av den domstol som behandler hovedkravet, se tvangfullbyrdelsesloven § 15-3(2). Når retten har realitetsbehandlet saken, har den gode forutsetninger for å avgjøre hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre gjennomføringen av kravet inntil dommen er rettskraftig. Det er mulig det er grunn til å overveie om begrensningen med hensyn til foregrepet fullbyrdelse som er ansett å gjelde for forføyninger etter tvangfullbyrdelsesloven § 15-2 første ledd bokstav b, bør oppheves i tilfelle hvor det er avsagt dom om kravet. Uansett er det etter utvalgets mening en mer tilfredsstillende løsning å gjennomføre nødvendige justeringer av de materielle vilkårene i tvangfullbyrdelsesloven enn å videreføre reglene om foregrepet tvangskraft i tvistemålsloven. Tvangfullbyrdelsesloven inneholder også adekvate regler om sikkerhetsstillelse som vilkår for å iverksette eller avverge forføyningen.

## 21.14 Utsatt og opphevet tvangskraft

### 21.14.1 Oversikt over gjeldende rett

Tvistemålsloven har regler om utsatt og opphevet tvangskraft i § 162 annet ledd sammenholdt med fjerde ledd og i § 400 om «oppsettende virkning» av kjæremål. Den virkningen det er tale om å oppsette, er i første rekke adgangen til tvangfullbyrdelse, slik at disse reglene er nær beslektet.

Reglene i tvistemålsloven § 162 annet ledd er kommentert av Schei side 516 – 517. De stod tidligere i tvangfullbyrdelsesloven av 1915, men ble overført til tvistemålsloven ved den nye tvangfullbyrdelsesloven i 1992 for at reglene om utsatt, opphevet og foregrepet tvangskraft skulle samles der. Se også II.21.13.2 ovenfor.

Tvistemålsloven § 162 første ledd gjelder midlertidig opphevelse av rettskraft. Regelen er

behandlet i II.14 om rettskraft. Som regel har det større betydning om tvangskraften oppheves.

Tvistemålsloven § 162 annet ledd gir hjemmel for å utsette adgangen til tvangfullbyrdelse i tilfeller hvor en rettskraftig dom, eller en dom som kan fullbyrdes før den er rettskraftig, angripes med rettsmidler. Rettskraftsalternativet er aktuelt blant annet dersom dommen etter utløpet av ankefristen angripes ved begjæring om gjenopptakelse eller oppreisning for oversittelse av fristen for anke, eller oppfriskning hvis det er en uteblivelsesdom. At dommen kan fullbyrdes før den er rettskraftig, er i praksis aktuelt for dommer om pengekrav.

Hvorvidt fullbyrdelsen i disse tilfellene skal utsettes midlertidig, er overlatt til rettens skjønn. Det kan treffes bestemmelser om sikkerhetsstillelse. Mot sikkerhetsstillelse kan retten også oppheve tvangsskritt som er foretatt. Rettens avgjørelser treffes ved kjennelse, som etter fjerde ledd ikke kan overprøves ved rettsmidler.

Tvistemålsloven § 162 gjelder etter henvisningen i § 164 tredje ledd tilsvarende for kjennelser. Dette har i første rekke betydning når rettskraftige kjennelser angripes med rettsmidler. Selv om kjennelser som alminnelig regel tvangfullbyrdes før de er rettskraftige, har dette alternativet i § 162 annet ledd mindre praktisk betydning på grunn av bestemmelsen i tvistemålsloven § 400 om oppsettende virkning av kjæremål.

Tvangfullbyrdelsesloven har regler om adgangen til å utsette fullbyrdelsen i § 5-11. I henhold til første ledds første punktum vil namsmannen kunne utsette fullbyrdelsen til retten har rukket å behandle en begjæring etter tvistemålsloven § 162 annet ledd.

Tvistemålsloven § 400 er behandlet av Hov I side 476 – 478, Schei side 1064 – 1067 og Skoghøy side 944 – 946. Hovedregelen er etter første ledd at kjæremål ikke har oppsettende virkning med mindre enten loven bestemmer det eller den domstolen som har avsagt avgjørelsen eller kjæremålsretten bestemmer det. Dette har praktisk betydning for kjæremål mot kjennelser som pålegger noen en plikt, fordi disse i medhold av tvangfullbyrdelsesloven § 4-13 første ledd vil kunne fullbyrdes straks dersom retten ikke beslutter oppsettende virkning. Straffeprosessloven har samme regel i § 382.

Vurderingen av om oppsettende virkning skal gis, beror på en skjønnsmessig avveining mellom partenes interesser. Relevante momenter er om avgjørelsen frembyr tvil og hvilke ulemper det er forbundet med at fullbyrdelsen tillates gjennomført, eller at den utsettes. Avgjørelsen kan treffes av forberedende dommer etter tvistemålsloven § 166.

Grensen mellom førsteinstansens og kjære-

målsrettens kompetanse til å beslutte oppsettende virkning, må antas å gå ved oversendelsen av sakens dokumenter i henhold til tvistemålsloven § 399 tredje ledd annet punktum, se Schei side 1065 med henvisning til utrykte beslutninger fra Høyesteretts kjæremålsutvalg.

En avgjørelse om å gi oppsettende virkning kan ikke omgjøres av samme domstol. Det er noe tvilsomt om denne begrensningen også gjelder en negativ avgjørelse.

En avgjørelse om oppsettende virkning kan etter praksis ikke påkjæres for så vidt gjelder de skjønsmessige sider ved avgjørelsen. Derimot kan avgjørelsen omgjøres av kjæremålsretten når den mottar saken.

I henhold til unntaksregelen i tvistemålsloven § 400 annet ledd har kjæremål fra tredjemann som er pålagt å gi forklaring eller forsikring, utlevere bevis eller gjøre tjeneste som sakkyndig, oppsettende virkning for ham. Et slikt kjæremål må i henhold til § 398 annet ledd erklæres straks hvis vedkommende er til stede i retten hvor pålegget blir gitt, og ellers innen tre dager. Regelen innebærer at tredjemann ikke kan utsettes for sanksjoner som rettergangsstraff etter domstolloven §§ 206 til 209 før kjennelsen er rettskraftig.

For saker om overprøving av administrative tvangsvedtak etter tvistemålsloven kapittel 33, har § 477 en bestemmelse som gir retten utvidet adgang til å bestemme om vedtaket skal tillates iverksatt eller ikke mens saken er under behandling. Det vises til Schei side 1204 – 1205.

Tvistemålsloven inneholder ikke generelle regler som gir retten kompetanse til å utsette gjennomføringen av forvaltningsvedtak som er gjenstand for domstolsprøving. På enkelte områder er det gitt spesielle regler om dette. For øvrig må man anvende reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven. Det vises til redegjørelsen i II.18.4. Utvalget har der drøftet om det bør gis alminnelige regler om dette i tvisteloven, men ikke funnet grunn til å foreslå dette.

## 21.14.2 Utvalgets vurderinger

### 21.14.2.1 Innledning – utvalgets øvrige utkast

Lovutkastet for anke over kjennelser og beslutninger, som nærmest svarer til rettsmidlet kjæremål etter tvistemålsloven, inneholder ikke noen bestemmelse svarende til tvistemålsloven § 400. Spesialregelen om iverksettelse av administrative tvangsvedtak i tvistemålsloven § 477 behandles i II.19 om overprøving av administrative tvangstiltak, se lovutkastet § 33-2(3).

Bestemmelsen om suspensjon av rettskraften i tvistemålsloven § 162 første ledd er videreført i utvalgets utkast til rettskraftregler i § 21-12(2).

For øvrig er det å bemerke at utvalget i utkastet til rettskraftregler, regelutkastet § 21-12(1), har sløffet det alternativ i tvistemålsloven § 161 første ledd at dommer som ikke «uten tillatelse» kan angripes ved anke, er rettskraftige straks. Dette har betydning for de tilfellene hvor adgangen til ankebehandling er basert på en samtykkeordning. Etter gjeldende rett er det tilfelle når tvistegjenstandens verdi er under grensene for anke til henholdsvis lagmannsrett og Høyesterett etter tvistemålsloven § 356 og § 357. Etter utkastet til ankeregler blir området for samtykkeordningen vesentlig utvidet. I de tilfeller tvangskraften følger rettskraften etter hovedregelen i tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12 første ledd, vil dette si at det ikke lenger er nødvendig å begjære utsatt fullbyrdelse i forbindelse med anke i disse sakene.

### 21.14.2.2 Regelutformingen

Utvalget finner det klart at det fortsatt er behov for alminnelige regler i tvisteloven om adgang til å utsette eller oppheve tvangskraften for rettslige avgjørelser. Det er neppe behov for realitetsendringer av betydning, men lovteknisk er det behov for en harmonisering mellom tvistemålsloven § 162 annet ledd og § 400 under hensyn til at kjæremål bortfaller som eget rettsmiddel.

Utvalget viser til lovutkastet § 21-11 med merknader.

## 21.15 Innledning om rettsforlik. Predisering av problemstillingen

Når partene inngår forlik mens en sak er til behandling ved de alminnelige domstolene, får bestemmelsene i tvistemålsloven §§ 285 – 287 om forlik i forlikrådet anvendelse, jf. § 99 andre ledd. Når forlik er inngått, heves saken, jf. § 100. Reglene gjelder altså for alle instanser, men den praktiske betydningen blir forskjellig. Det er meget sjelden det inngås rettsforlik for Høyesterett.

Forlik som inngås for en voldgiftsrett har samme virkning som ordinære rettsforlik, jf. tvistemålsloven § 464 fjerde ledd. Formkravene er de samme som for rettsforlik for de ordinære domstolene.

§ 285 har regler om hvordan forliket skal utformes. Det skal være «klart og tydelig avfattet», skrives under av partene og føres inn i rettsboken.

Den sentrale virkning av at forlik er inngått

på denne måten, er at forlik da får virkning som rettskraftig dom, jf. § 286 første ledd. Det innebærer at kravet ikke kan gjøres til gjenstand for nytt søksmål, at forliket får positiv rettskraftvirkning i andre relasjoner og at kravet kan tvangsfullbyrdes, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 annet ledd (e). Rettsforlik er her gjort til alminnelig tvangsgrunnlag. Også uten spesialbestemmelsen i bokstav (e) ville det fulgt av tvistemålsloven § 286 første ledd sammenholdt med tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 andre ledd (a) at forliket kunne tvangsfullbyrdes.

Forlik som ikke er inngått på den måten som er beskrevet i tvistemålsloven § 285 har ikke virkning som rettskraftig dom. Det innebærer at de verken har rettskraft eller tvangskraft. Slike forlik vil likevel lede til at saken må heves. Ved senere tvister mellom partene vil også et slikt forlik ha en virkning som minner om positiv rettskraft ved at selve avtalen vil utgjøre grunnlaget for avgjørelsen av videre tvister. Avtalen har i seg selv en rettsstiftende virkning. Et slikt forlik vil ikke i seg selv kunne tvangsfullbyrdes, men gjelder tvisten et pengekrav vil det være praktisk at avtalen regulerer utferdigelse av et eksigibelt gjeldsbrev som er særlig tvangsgrunnlag etter tvangsfullbyrdelsesloven § 7-2(a). Den reelle forskjellen til et rettsforlik blir dermed ikke så stor, selv om det er noe videre adgang til å fremsette innsigelser under tvangsfullbyrdelsen mot et særlig tvangsgrunnlag enn et alminnelig tvangsgrunnlag, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2.

## 21.16 Kritikk mot den nåværende ordningen

Rettsforlik innebærer etter de nåværende regler en rettskraftig avgjørelse av tvisten mellom partene.

Som andre avtaler kan et rettsforlik underkjennes fordi det må anses som ugyldig. Hvilke grunner som kan brukes for å anefekte den bindende virkningen av et rettsforlik, er oppregnet i tvistemålsloven § 286 andre ledd nr. 1 til 4. Også bestemmelsen i avtaleloven § 36 må kunne påberopes som ugyldighetsgrunn. Der forliket inngås i retten, etter forhandlinger ledet av dommeren, vil omstendighetene rundt avtaleinngåelsen normalt være slik at avtalerettslig ugyldighet ikke er særlig praktisk. Unntak vil først og fremst oppstå der en av partene gjennom svik eller på annen måte har ført motparten bak lyset.

Angrep på rettsforlik må skje gjennom anke, jf. tvistemålsloven § 286 annet ledd. Ankefristen er her, som ellers, én måned etter den lovendringen

som trådte i kraft 1. juli 2000. Det kan gis oppreisning mot oversittelse av ankefristen.

Etter gjeldende rett kan rettsforlik ikke gjenopptas.

En konsekvens av dette er at fristen for å gjøre gjeldende avtalerettslige ugyldighetsgrunner mot et rettsforlik er begrenset til én måned, med mindre det gis oppreisning for fristoversittelsen. Siden forliket ikke kan gjenopptas vil det i prinsippet innebære en mer endelig avgjørelse av tvisten – uten hensyn til hva som senere måtte fremkomme av bevis om tvistetemaet – enn en ordinær dom.

Jo Hov, Rettsforlik, har uttrykt seg særlig kritisk til den nåværende ordningen med at rettsforlik har rettskraft. Hovedelementene i kritikken er (Rettsforlik, side 407 – 408):

- Det er urimelig at man i utgangspunktet mister retten til å påberope seg en ugyldighetsgrunn etter at ankefristen er utløpt.
- Uheldige utslag av rettskraftreglene kan ikke avbøtes gjennom gjenopptakelse.
- Rettskraftregelen er særlig problematisk der forliket er i strid med tvingende rettsregler.
- Oppreisningsreglene danner et viktig supplement til ankefristen, men det er et uklart spørsmål i hvilken utstrekning oppreisning faktisk blir gitt når parten har krav på det.

## 21.17 Oversikt over ordningen i noen andre land

### 21.17.1 Danmark

(Kilde: Hov, Rettsforlik, side 60 – 61).

I Danmark sonderer man mellom «private» og «offentlige» forlik. Offentlige forlik er forlik som er inngått for en domstol eller overøvrigheten.

Offentlige forlik kan tvangsfullbyrdes.

Private forlik kan også tvangsfullbyrdes. De trenger ikke være inngått i forbindelse med noen retts sak overhodet, men har mest karakter av å være eksigible gjeldsbrev for forfalt gjeld.

Inntil 1952 hadde man i Danmark en ordning med at forlik kunne stadfestes ved dom, som man fortsatt har i Sverige, jf. nedenfor. Etter denne endringen har forlik inngått for domstoler i Danmark ikke hatt rettskraft.

### 21.17.2 Sverige

(Kilde: Hov, Rettsforlik, side 56 – 57).

Den svenske ordningen er ikke svært ulik den norske ordningen i dag. Når partene inngår et forlik, blir resultatet at saken «avskrivas». Det inne-

bærer at saken heves og at partenes mellomværende er løst med avtalen de har inngått.

I stedet for at saken heves, kan partene begjære forliket stadfestet gjennom dom, jf. rättegångsbalken 17:6. Dette minner om en dom som avsies på bakgrunn av partenes enighet. Før stadfestelse kan skje må retten prøve om vilkårene for forlik er oppfylt, herunder at rettsforholdet er dispositivt, at avtalen er klart avfattet osv. Dette er ikke noe prinsipielt annet enn det som er tilfellet i norsk rett. Også etter norsk rett må retten føre en viss kontroll med inngåelse av forliket, se Schei side 830. Prøvingen etter svensk rett er forholdsvis summarisk og svarer jevnt over til den kontrollen en norsk domstol vil foreta før protokollasjon av forliket.

Stadfestelse av forliket innebærer at det kan tvangsfullbyrdes på samme måte som en rettskraftig dom. Videre innebærer stadfestelsen iallfall at det krav som opprinnelig var tvistegjenstand blir rettskraftig avgjort. Det har vært diskutert om andre, uomtvistete krav som omfattes av forliket, også blir rettskraftig avgjort. Videre har det i svensk teori vært hevdet at søksmål om forlikets gyldighet må kunne anlegges uten hinder av at forliket har rettskraftvirkning, jf. Hov, Rettsforlik, side 58. Etter praksis fra Högsta Domstolen kan et forlik som er stadfestet gjenopptas etter reglene om «resning», jf. rättegångsbalken kapittel 28. Se nærmere NJA 1974 side 295 og NJA 1981 side 269 og Fitger og Renfors, Processrätt II, Stockholm 1998, side 367 – 368.

### 21.17.3 Tyskland

(Kilde: Hov, Rettsforlik, side 67 – 68)

Etter tysk rett har forlik først og fremst den prosessuelle virkning at det avslutter tvisten mellom partene og fører til at de øvrige virkninger av at det verserer sak bortfaller. Hvis ikke annet er bestemt, vil forliket også innebære at hver av partene bærer sine egne omkostninger.

Forliket er tvangsgrunnlag. Det har ikke rettskraftvirkning, verken positivt eller negativt.

### 21.17.4 Annen internasjonal regulering av rettsforlik

Luganokonvensjonen, og den parallelle Brusselkonvensjonen, har regler om anerkjennelse og fullbyrdelse av utenlandske dommer. Konvensjonene er dermed såkalte «dobbelt»-konvensjoner ved at de både har regler om internasjonalt verneting og regler om anerkjennelse og fullbyrding. Dommer kan anerkjennes etter reglene i artikkel 25 til 30. En konsekvens av at dommen anerkjennes er at

den også kan tvangsfullbyrdes dersom dommen er tvangskraftig. Konvensjonene har regler om fullbyrding av utenlandske dommer i artiklene 31 til 45. Begge konvensjonene har i del IV, artiklene 50 og 51, regler om tvangskraft og fullbyrding av «autentisk offentlig bekreftede dokumenter og rettsforlik».

Artikkel 51 gjelder rettsforlik. Det følger av bestemmelsen at rettsforlik inngått for norsk domstol vil være tvangsgrunnlag etter Luganokonvensjonen og skal fullbyrdes i de andre konvensjonsstatene etter samme regler som dommer, jf. Rognlien, Luganokonvensjonen norsk kommentarutgave – internasjonal domsmyndighet i sivile saker, side 268 og Ot.prp. nr. 94 (1991-92) side 12. Lugano- og Brusselkonvensjonen artikkel 51 gjelder utvilsomt for forlik som er inngått for domstol og som har tvangskraft. I enkelte europeiske land, f.eks. Sverige, har man en ordning med at forlik mellom partene kan stadfestes av domstolen. Som påpekt ovenfor, er den svenske ordningen på dette punkt ikke ulik den norske. Når et forlik har blitt stadfestet av en domstol ved dom, er det ikke lenger konvensjonens artikkel 51 som regulerer spørsmålet om fullbyrding og tvangskraft. Det blir i stedet konvensjonens regler om anerkjennelse og fullbyrding av dommer i artiklene 25 flg. som får anvendelse, jf. Pålsson, Bryssel- og Luganokonvensjonerna, side 228. Det er mulig man ikke kan se helt bort fra at norske rettsforlik vil måtte vurderes på samme måte som de stadfestete forlik i svensk rett. Tvistemålsutvalget har ikke funnet grunn til å undersøke dette nærmere. Det vil uansett være på det rene at forlikene vil kunne tvangsfullbyrdes i de øvrige landene som er tilsluttet Luganokonvensjonen, enten norske rettsforlik har rettskraft og tvangskraft eller bare tvangskraft.

I Danmark, Sverige, Finland og Norge er det gitt ensartete lover om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på privatrettens område. Den norske loven er av 10. juni 1977 nr. 71. Island ga ingen tilsvarende lov, slik at spørsmål om anerkjennelse og fullbyrding av nordiske dommer på Island, og omvendt, fortsatt ble regulert av den nordiske domskonvensjonen av 16. mars 1932. Loven gjelder ikke for nordiske dommer som anerkjennes og fullbyrdes etter Luganokonvensjonen, jf. § 7 nr. 2. Dermed får loven fra 1977 begrenset praktisk betydning.

Etter den norske loven § 4 bokstav a, kan forlik som er inngått for domstol i et av de nordiske landene fullbyrdes i de øvrige landene. Ettersom det er ulike regler om forlik har rettskraft eller bare tvangskraft i de nordiske landene, ble man i de ensartete lovene stående ved at forlikene skulle kunne

fullbyrdes, uten at de tillegges bindende kraft. Det innebærer at når det reises sak i et annet nordisk land om et spørsmål som er avgjort ved rettsforlik i Norge, vil saken ikke bli avvist, jf. Rognlien side 45. Det norske rettsforliket vil – som avtaleregulering av forholdet mellom partene – i stedet gjøre at saken normalt vil måtte ende med frifinnelse.

Det finnes også en del andre bilaterale og multilaterale konvensjoner om anerkjennelse og fullbyrding av dommer og rettsforlik. Tvistemålsutvalget redegjør ikke nærmere for dette, men viser til fremstillingen hos Rognlien side 25 flg.

## 21.18 Tvistemålsutvalgets vurderinger

### 21.18.1 Hvilke prosessuelle virkninger bør rettsforlik ha?

Spørsmålet om rettskraft for rettslige avgjørelser er behandlet i II.14. Det er i II.14.1.6 påpekt at rettskraftvirkningen er nødvendig for at domstolene skal fylle sin funksjon som samfunnets konfliktløser. Partene må ha sikkerhet for de posisjoner som er etablert ved en dom.

Når forliket går ut på noe som skal fullbyrdes, f.eks. at A skal betale til B, overlevere en gjenstand mv., sier det seg selv at rettsforlik – om de skal tjene noen funksjon – bør være utstyrt med tvangskraft.

Et mer tvilsomt spørsmål er om forlik også skal ha rettskraft. Under forutsetning av at rettsforlik har rettskraftvirkning, oppstår spørsmål om hvordan de kan anfektes. Disse problemstillingene kan ikke drøftes løsrevet fra de øvrige regler Tvistemålsutvalget har foreslått. Det må særlig ses i sammenheng med ankefristens lengde, oppfriskningsmuligheten ved oversittelse av ankefristen og reglene om gjenåpning. For enkelte sakstyper, der rettsforlik er praktisk viktige, er det særregler som begrenser rettskraftvirkningen og som dermed også åpner for nytt søksmål etter rettsforlik, jf. f.eks. barnelova § 39 annet ledd.

Utenom de områder der det er særregler som begrenser rettskraftvirkningen, er Tvistemålsutvalget enig med Hov i at det i enkelte tilfeller er for snever adgang til å anfekte rettsforlik etter de någjeldende regler.

Hvis det er en vid adgang til å anfekte forlikets gyldighet ved at en anke som fremsettes så snart parten får rede på mulig svik fra motpartens side, eller det er mulig å gjenåpne forliket, er det lite betenkelig at forliket har rettskraftvirkning.

Spørsmålet blir etter dette om reglene om anke, oppfriskning ved oversittelse av ankefristen og gjenåpning gir tilstrekkelig adgang til å anfekte

inngåtte forlik. I praksis vil dette gjelde situasjoner der en av partene påberoper at det forelå forhold ved inngåelse av avtalen som leder til avtalerettslig ugyldighet. Dersom avtalen på grunn av etterfølgende utvikling viser seg å bli kvalifisert urimelig, vil den kunne lempes, revideres eller helt settes til side etter avtaleloven § 36. På dette punkt vil et rettsforlik altså kunne anfektes i videre utstrekning enn en rettskraftig dom. En rettskraftig dom kan etter de någjeldende regler ikke angripes fordi etterfølgende utvikling viser at resultatet var urimelig. En dom kan heller ikke, iallfall ikke i annet enn helt begrenset utstrekning, anfektes på det grunnlag at den bygger på bristende forutsetninger. Det vises til redegjørelsen i avsnitt II.14 om rettskraft, særlig II.14.2.3.5.13, og avsnitt II.15 om gjenåpning.

Det som står tilbake er først og fremst de situasjoner hvor en av partene er ført bak lyset ved selve forliksinngåelsen og det kan lede til ugyldighet etter avtalerettslige regler. Gjennomgåelser av domssamlingene tyder ikke på at dette er ofte forekommende. Det er svært lite praksis om anke mot rettsforlik, inklusive begjæringer om oppreisning.

Hvis løsningen med at anfeltelse må skje gjennom anke videreføres, vil det si at anke må inngis innen én måned. Fristen regnes i dag fra inngåelsen av forliket, jf. tvistemålsloven § 286. Problemet her vil være at det vil kunne gå atskillig tid før parten blir oppmerksom på at han angivelig er ført bak lyset. Den alminnelige ankefristen vil da for mange praktiske formål ofte være i snaueste laget. Dette har enn mer blitt tilfellet etter at ankefristen ble skåret ned fra to til én måned.

Tvistemålsutvalgets utkast til regler om oppfriskning bygger på den grunntanke at oppfriskning skal gis til den part som ikke er å bebreide for at det har oppstått en fristoversittelse. Selv om parten kan bebreides noe, skal oppfriskning gis når det «ville være urimelig å nekte parten videre behandling av saken på grunn av forsømmelsen», jf. § 22-8(3).

For alle praktiske tilfeller der en part er ført bak lyset av motparten, må det legges til grunn at vilkårene for oppfriskning foreligger hvis parten handler med den nødvendige hurtighet etter at han ble på det rene med at det forelå forhold som kunne medføre ugyldighet. Fristen for å kreve oppfriskning er én måned.

De nåværende regler om oppreisning i domstoloven har en tidsmessig yttergrense på tre år, jf. domstoloven § 154 andre ledd. For gjenåpning har Tvistemålsutvalget foreslått en yttergrense på 10 år, jf. § 13-6(2). De foreslåtte reglene om oppfrisk-



ning har ingen annen tidsgrense enn én-måned-  
fristen. Når det er gått mer enn én måned fra  
ankefristen utløp, vil oppfriskning være utelukket,  
jf. § 22-9(1). Med dette som yttergrense blir det  
nokså begrenset hvilke muligheter parten har for  
å anfekte gyldigheten av et rettsforlik når det først  
i ettertid kommer frem forhold som viser at par-  
ten ble ført bak lyset ved forliksinngåelsen. Etter  
Tvistemålsutvalgets syn ville det være lite rime-  
lig om partene i forliket som har rettskraft, ikke  
skulle ha noen annen mulighet til å få prøvet om  
rettsforliket var ugyldig etter avtalerettslige regler  
ved inngåelsen. Når det derimot gjelder ugyldig-  
het som eventuelt måtte inntre senere på grunn av  
endrete forhold, vil det måtte vurderes etter avta-  
leloven § 36. At rettsforlik har rettskraft, vil ikke  
innebære noen begrensning i adgangen til revisjon  
etter denne bestemmelsen.

Så langt blir konklusjonen at det må innføres  
videre adgang til å anfekte gyldigheten av et retts-  
forlik hvis forliket skal ha rettskraftsvirkning.

Problemstillingen kan imidlertid også angripes  
fra motsatt kant. Det kan spørres om det er noen  
grunn til å la forlik som er inngått for en domstol  
ha rettskraftsvirkning. Vil det ikke være tilstrekke-  
lig at forliket er tvangsgrunnlag?

På fullbyrdesstadiet vil det bli en forskjell  
avhengig av om forliket er alminnelig eller særlig  
tvangsgrunnlag, jf. tvangsfullbyrdesloven § 4-2.  
Etter § 4-1 andre ledd (e) er rettsforlik i dag et almin-  
nelig tvangsgrunnlag. Tvistemålsutvalget antar det  
uansett ikke er grunn til å nedgradere rettsforlik  
til kun å bli et særlig tvangsgrunnlag.

At rettsforlik er alminnelig tvangsgrunnlag,  
innebærer at det er meget begrenset hvilke innsig-  
elser som kan gjøres gjeldende. I praksis vil en  
part kunne påberope at forliket er ugyldig av grun-  
ner som han først ble kjent med etter at forliket  
ble inngått, jf. § 4-2 annet ledd. Parten vil da ikke  
være bundet av ankefristen.

Men heller ikke etter det gjeldende system kan  
en part være avskåret fra å komme med slike inn-  
vendinger under tvangsfullbyrdesen. Det må trolig  
skje noe mer indirekte ved at gyldigheten av  
forliket må prøves prejudisielt, trolig ved at det  
inngis anke mot forliket, eventuelt supplert med  
begjæring om oppreisning, og at tvangsfullbyrdes-  
en inntil spørsmålet er avgjort må stilles i bero.

Ved å unnta rettsforlik fra rettskraft vil man  
kunne ha en mer oversiktlig og lett tilgjengelig prø-  
ving av innsigelser knyttet til forlikets avtaleretts-  
lige gyldighet under tvangsfullbyrdesen. Motsat-  
sen til dette er at det utvider eller forenkler mulig-  
heten til å trenere fullbyrdesen.

I andre sammenhenger enn tvangsfullbyrdesen

er det vanskeligere å si hvilken praktisk betydning  
det vil ha om rettsforlik ikke har rettskraft. En for-  
mell forskjell vil være at søksmål om det kravet  
som er avgjort ved forliket, ikke kan avvises som  
rettskraftig avgjort. Søksmålet må i stedet frem-  
mes til realitetsavgjørelse. Ved denne avgjørelsen  
må utgangspunktet tas i avtalen, og eventuell tvist  
om avtalens gyldighet må avgjøres. Er angrepet  
på avtalen åpenbart ubegrunnet, vil saken kunne  
avgjøres ved dom etter forenklet domsbehandling.  
Dommen vil rettskraftig avgjøre det kravet som  
avtalen gjelder. Rettens behandling av spørsmålet  
trenger imidlertid ikke bli så svært mye mer res-  
surs- og kostnadskrevende for motparten og ret-  
ten enn om forliket hadde rettskraft.

Det må her legges til at byrden ved å gå til nytt  
søksmål, som både innebærer tid og omkostning-  
er, i seg selv vil motvirke de fleste håpløse angrep  
på inngåtte forlik selv om forlikene ikke har retts-  
kraft.

Den positive rettskraftvirkningen innebærer at  
forliket skal legges til grunn prejudisielt i senere  
tvister om andre krav. Det er kanskje her det vil  
være mest som går tapt om forliket ikke har retts-  
kraftsvirkning. Forutsetningen for at spørsmålet om  
forlikets gyldighet kommer på spissen her, er at det  
allerede foreligger en rettslig tvist om et annet krav.  
Meromkostningen og merbelastningen for øvrig  
for den ene parten ved å anfekte forlikets gyldig-  
het, vil ikke her være særlig stor. Hvilke praktiske  
konsekvenser dette vil få – om man i for stor grad  
åpner for omkamp – er det vanskelig å ha noen  
sikker mening om.

Konklusjonen så langt blir dermed at det neppe  
er stort behov for å frata rettsforlik den rettskraft-  
virkningen de har i dag, forutsatt at adgangen til  
senere prøving av om forliket er avtalerettslig ugyldig  
utvides noe. Det er sjelden en part er ført bak  
lyset ved inngåelse av rettsforlik. På den annen side  
vil man få en mer oversiktlig adgang til å få prø-  
vet anførsler om svik i forbindelse med tvangsfull-  
byrdesen hvis rettsforlikene ikke har rettskraft og  
man vil åpne for noe større mulighet for å anfekte  
forliket.

Utvalget kan ikke se at forholdet til ordninger  
i andre land og konvensjoner om anerkjennelse  
og fullbyrdesen, som det er redegjort for i II.21.17  
ovenfor, gir argumenter som med noe tyngde taler  
for å velge en annen løsning enn idag.

Utvalget har etter dette blitt stående ved at retts-  
forlik fortsatt bør ha rettskraft, men at adgangen til  
å få prøve om forliket er ugyldig etter avtaleretts-  
lige regler må utvides. Hvordan en slik utvidelse  
bør skje behandles rett nedenfor.

### 21.18.2 Overprøving eller tilsidesettelse av rettsforlik

Det er redegjort relativt utførlig for den nåværende ankeordningen ovenfor. Det er også redegjort for hvordan anke og oppfriskning vil være etter de regler Tvistemålsutvalget har foreslått om dette. Samlet sett mener Tvistemålsutvalget at dette ikke gir en fullt ut tilstrekkelig adgang til å få prøvd om forliket var avtalerettslig ugyldig da det ble inngått.

En utvidelse av overprøvingsadgangen kunne innebære at det kan reises særlig søksmål om rettsforliks gyldighet. Dette kunne være et særlig rettsmiddel mot rettsforlik i stedet for anke eller gjenåpning. I andre sammenhenger ville forliket ha rettskraftvirkning. En slik løsning ville innebære en vesentlig beskjæring av den negative rettskraftvirkningen, mens den positive rettskraftvirkningen ville være ubeskåret. Sammenliknet med dagens ordning ville det blant annet ha den fordel at rettsforlik inngått for Høyesterett også vil kunne anfektes, og at fristen for anfektelse kan utformes mer med henblikk på de situasjoner som er aktuelle enn den alminnelige ankefristen på én måned.

Det ville være enkelte ulemper med en slik løsning. For det første ville det kunne innebære at parten var utelukket fra å gjøre ugyldighet gjeldende som innsigelse i søksmål der forliket ellers ville ha positiv rettskraftvirkning. Det kan heller ikke være adgang til prejudisiell prøving av om rettsforliket er gyldig. Hvis man åpnet for det ville man reelt sett lage en regel som innebar at forliket heller ikke hadde positiv rettskraftvirkning. Man må derfor stanse hovedsøksmålet i påvente av søksmål om forlikets gyldighet. Imidlertid er det etter de foreslåtte regler i lovutkastet kapittel 15 en vid adgang til objektiv kumulasjon. Så lenge saken står for tingretten vil det derfor oftest være adgang til å kumulere kravet om ugyldighet inn i saken. Det vil være noe mer komplisert og tungvint enn om forliket ikke hadde rettskraft, men på den annen side vil det kanskje bidra til å motvirke at det blir fremsatt uholdbare innsigelser under tvangsfullbyrdelse. En særskilt adgang til søksmål om forlikets gyldighet vil nødvendigvis måtte komplisere adgangen til å angripe det som er rettskraftig fastsatt i en ny tvistelov noe, men noe tungtveiende argument mot en slik løsning er det etter Tvistemålsutvalgets mening ikke.

Det kan spørres om det er mer hensiktsmessig å la rettsforlik omfattes av reglene om gjenåpning enn å presse situasjoner av svik ved avtaleinngåelsen inn i ankeform eller et annet særlig rettsmiddel mot rettsforlik. Særlig er dette tydelig der angrepet på forlikets gyldighet kommer lenge etter at

ankefristen er utløpt og anke dermed forutsetter oppfriskning.

Den foreslåtte § 13-1(1) om gjenåpning avgrenser virkeområdet for gjenåpningsreglene på samme måte som de nåværende reglene om gjenopptakelse. Det er bare «rettskraftige avgjørelser» som kan gjenopptas. Etter ordlyden omfatter dette ikke rettsforlik. I bemerkningene til bestemmelsen forutsettes den å videreføre dagens regler på dette feltet, jf. bemerkningene til § 13-2, om at den i hovedsak viderefører tvistemålsloven § 415.

De fleste av de grunner som kan brukes som gjenåpningsgrunn ved feil i rettergangen vil også være anvendelige ved rettsforlik. Det vises til § 13-3. Det er videre mulig at de grunner som kan brukes mot feil i avgjørelsen, jf. § 13-4, med enkelte tilpassninger, også vil være egnet i forhold til rettsforlik. Sviktilfellene vil enklest kunne innpasses i § 13-3(1) (c), når det er et vitne som har ført parten bak lyset ved å forklare seg uriktig, eller § 13-4(a), når det er motparten som har gitt uriktige opplysninger, tilbakeholdt opplysninger osv.

Å koble angrep mot forlik til reglene om gjenåpning i stedet for anke vil blant annet ha den fordel at det blir mulig å angripe forlik også når de inngås for Høyesterett, sml. Hov, Rettsforlik side 409, som fremholder som særlig urimelig at rettsforlik inngått for Høyesterett ikke kan angripes. Nå vil nok sakene regelmessig være så godt opplyst når de kommer for Høyesterett at tilfeller av svik fra en av partene mot den andre vil være lite praktisk.

Alt i alt kan det også være en farbar vei å la reglene om gjenåpning dekke rettsforlik. Utvalget har likevel blitt stående ved at det er en bedre løsning å innføre regler om adgang til å anlegge nytt søksmål om gyldigheten av rettsforlik.

Når det innføres regler som gir adgang til å få prøvet gyldigheten av rettsforliket i nytt søksmål, kan det reises spørsmål ved om det er grunn til å videreføre adgangen til anke mot rettsforlik. Er det noe behov for et slikt tosporet system? I forholdet til det materielle spørsmålet – hvilke grunner som skal lede til at rettsforliket oppheves – kan det etter Tvistemålsutvalgets syn ikke være behov for å ha regler om anke ved siden av regler som tillater særlig søksmål om gyldigheten av forliket. De grunner som i dag er oppregnet i tvistemålsloven § 286 som mulige ankegrunner mot rettsforlik, vil dekkes av de avtalerettslige ugyldighetsgrunnene.

I prosessuell henseende har det større betydning om ankeinstituttet videreføres. Ved anke går saken til overordnet domstol. Etter § 287 annet ledd kan hver av partene da samtidig kreve at ankedomstolen pådømmer det kravet forliket gjelder.

Etter Tvistemålsutvalgets forslag til regel om søksmålsadgang, skal slik sak anlegges for ordi- nær domstol i første instans. Det er også åpnet for at det underliggende kravet kan tas med i saken. Det sentrale tema i en slik sak vil først og fremst være om det forelå forhold ved avtaleinngåelsen som medfører ugyldighet. Umiddelbar bevisføring vil kunne være av vesentlig betydning. Selve temaet retten skal ta stilling til blir et helt annet enn det som forelå da rettsforliket ble inngått. Rettens behandling vil dermed ikke ha noe preg av overprøving, og det tilsier at spørsmålet om forlikets gyldighet ikke bør behandles av en ankedomstol (lagmannsrett eller Høyesterett) i første instans. For forlik inngått i lagmannsrett og Høyesterett tilsier også hensynet til bevisumiddelbarhet at tvist om forliket er avtalerettslig ugyldig ikke skal behandles etter ankeregler.

Tvistemålsutvalget mener etter dette at det ikke er ønskelig å videreføre reglene om at rettsforlik kan angripes gjennom anke.

### **21.18.3 Formkrav ved inngåelse av rettsforlik. Kontroll fra retten. Offentlighet**

Formkravene etter gjeldende rett fremgår av tvistemålsloven § 285, jf. § 99. Det vises til redegjørelsen hos Schei side 580.

Retten skal føre kontroll med at forliket er klart og tydelig avfattet, og at det ikke strider mot preseptoriske regler. En viktig side av dette er kontroll med forlikets innhold i saker som har indispositive innslag, men der forlik likevel kan inngås. Praktisk viktige sakstyper er tvist om daglig omsorg og samværsrett for barn. Retten skal her påse at forliket er i samsvar med det som er barnets beste.

Tvistemålsutvalget kan ikke se at det særlig behov for å gjøre endringer når det gjelder formkrav og rettens kontroll ved inngåelse av rettsforlik.

Særlige kontrollhensyn gjør seg gjeldende ved forlik i gruppesøksmål. Dette er behandlet sammen med de øvrige regler om gruppesøksmål. Det vises til regelutkastet § 32-11(3).

Det tilføyes at rettsforlik etter utkastet vil kunne inngås av en prosessfullmektig som har prosessfullmakt, jf. § 3-4. Etter gjeldende rett gir ikke alminnelig prosessfullmakt fullmakt til å inngå rettsforlik.

Det kan reises spørsmål ved om rettsforlik, som i dag, bør være offentlige. Argumentet for å unnta rettsforlik fra offentlighet er særlig at det kan styrke viljen til å inngå rettsforlik, med de fordeler det har for partenes og rettens ressursbruk mv. Et stykke

på vei må dette ses i sammenheng med om forlik skal ha rettskraft eller ikke. Hvis man fortsatt gir forlikene rettskraft synes det umiddelbart naturlig å ha samme regel om offentlighet for dem som for dommer. Man kan også si at offentlighet er en nødvendig konsekvens av at forliket skal ha negativ og positiv rettskraftvirkning i praksis. Dersom forliket ikke er offentlig vil det bli vanskeligere å håndheve rettskraftreglene. Det ville videre stå i dårlig sammenheng med de reglene Tvistemålsutvalget ellers har foreslått for å styrke offentlighetens rett til og mulighet for innsyn i sivile retts saker.

Dersom forlik for fremtiden ikke skal ha rettskraft, men bare tvangskraft, er det lettere å argumentere for at forlikene skal unntas offentlighet. Tvistemålsutvalget kan imidlertid ikke se at det foreligger noen sterke argumenter for dette. Hvis partene har et oppriktig ønske og behov for å unngå offentlighet, vil de uansett kunne inngå et utenrettslig forlik. For betalingsforpliktelser vil et slikt forlik kunne gis tvangskraft ved at det utferdiges et eksigibelt gjeldsbrev for kravet.

### **21.18.4 Rettsforlik når rettsmekling fører frem**

Rettsmekling foregår utenfor rettsmøter, jf. den foreslåtte § 7-5(1). Når rettsmekling fører frem, vil det kunne være behov for at det forliket som inngås har virkning som rettsforlik. Etter de någjeldende regler i tvistemålsloven kan det ikke inngås rettsforlik utenom rettsmøter. Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen i § 285, om at forliket skal føres inn i protokollen som føres i møtet.

Det er gode grunner for at ikke hvilken som helst avtale mellom partene skal ha samme virkning som rettsforlik. Den viktigste er kanskje at den formelle rammen når et rettsforlik inngås i rettsmøte, gir en viss sikkerhet for at forliket er inngått på skikkelig måte. Dommeren vil påse at det ved selve avtaleinngåelsen ikke utøves utilbørlig press på noen av partene. Videre vil solennitetshensynet ivaretas ved at dommeren gjør partene oppmerksom på den rettslige betydningen av å inngå rettsforlik.

Når rettsmekling ledes av en dommer, vil det ikke by på praktiske problemer av betydning at forlik må inngås i rettsmøte for å være rettsforlik. Når partene er enig om et forlik, vil dommeren kunne sette rett slik at forliket inngås i et rettsmøte. En konsekvens av dette er at forliket dermed blir offentlig, på samme måte som andre rettsforlik. Som påpekt ovenfor kan Tvistemålsutvalget ikke se det er grunn til å unnta rettsforlik fra offentlig-

het. Forliket innebærer en rettskraftig normering av forholdet mellom partene på samme måte som en dom, og da bør det gjelde de samme regler om offentlighet som for dommer.

De praktiske problemene oppstår der rettsmekleren ikke er dommer. Hvis partene skulle ønske å inngå rettsforlik vil det innebære at saken ikke kan avsluttes under rettsmeklingen, men at det må skje en videre behandling etterpå. Heller ikke her må de praktiske ulempene overvurderes. Den domstolen som har saken til behandling må på relativt kort varsel kunne innkalle til et rettsmøte slik at rettsforlik kan bli inngått. Dersom rettsmeklingen skjer i domstolens lokaler, bør det som regel være kurant å få tilkalt en dommer til møtet og få satt et rettsmøte. Med nye regler om fjernmøter vil dette kanskje også la seg gjøre selv om rettsmeklingen foregår på et annet sted eller utenfor domstolens arbeidstid. Likevel kommer man ikke utenom at det vil være en praktisk fordel om rettsforliket kunne inngås ved avslutningen av rettsmeklingen selv om meklere ikke er dommer.

Spørsmålet blir da om rettsmeklingen ivaretar de hensynene som begrunner at rettsforlik etter de gjeldende regler bare kan inngås i rettsmøte. Tvistemålsutvalget antar at rettsmekling i tilstrekkelig grad ivaretar disse hensynene. Rettsmeklingen vil ledes av en mekler som er uavhengig av partene. For å bli oppnevnt som rettsmekler må det forutsettes at meklere innehar visse personlige kvaliteter som gjør vedkommende skikket til dette oppdraget. Mekleren vil, på samme måte som en dommer, kontrollere forholdene ved selve avtaleinngåelsen. Faktisk vil rettsmekleren i en rekke

tilfeller ha bedre mulighet til å vurdere dette enn en dommer. F.eks. hender det at partene har blitt enige om et forlik rett før hovedforhandling, slik at den berammede hovedforhandlingen blir begrenset til at partene møter frem og får protokollert og undertegnet det forliket de på forhånd var enige om. Dommeren vil i et slikt tilfelle ha liten mulighet til å vurdere om den ene parten har vært utsatt for sterkt press mv. i forhandlingsfasen. En rettsmekler, som har ledet prosessen som ledet frem til forliket, vil derimot ha god kjennskap til hvordan forhandlingene forløp. Videre må det antas at de fleste som benyttes som rettsmeklere vil bygge opp slik erfaring at de på fullgod måte kan foreta den kontrollen med forliket som skal foretas etter utkastet § 7-9.

Tvistemålsutvalget forutsetter at rettsmeklere som ikke er dommere i nødvendig utstrekning vil konferere med den saksforberedende dommeren om utforming av forliket dersom det dreier seg om utforming av et mer komplisert forlik som kan stille større krav til juridiske kunnskaper.

Utvalget tilføyer at de någjeldende regler om rettsforlik også gjelder i forlik som inngås i forliksrådet. Det har ikke vært ansett som problematisk at ikke en fagdommer kontrollerer forliket.

Tvistemålsutvalget kan derfor ikke se at det er grunner som er avgjørende til hinder for at det bør kunne inngås rettsforlik under rettsmekling selv om meklere ikke ledes av en dommer. Utvalget tilføyer at det ser det som viktig for å stimulere til bruk av andre enn dommere som rettsmeklere at reglene åpner for at det kan inngås rettsforlik også i slike tilfeller.

## Kapittel 22

# Offentlighet og innsynsrett

### 22.1 Innledning

Offentlighet og innsynsrett ved behandlingen av sivile saker er ikke særlig nevnt i Tvistemålsutvalgets mandat. Ved en overgang til større innslag av skriftlig behandling, er det imidlertid også nødvendig å se nærmere på de regler som regulerer offentlighet. Det ville uansett også vært naturlig å gjennomgå reglene når det skal utarbeides utkast til en helt ny lov.

Med offentlighet og innsynsrett siktes det her til utenforståendes adgang til å gjøre seg kjent med prosessmaterialet og behandlingen av saken. Dette må holdes atskilt fra referatadgangen, dvs. adgangen til å referere fra det som er kommet frem under forhandlingene i rettsmøte og adgangen til å gjengi dette offentlig.

Ved muntlig behandling er prinsippet om at behandlingen skjer i åpne rettsmøter en sentral del av offentligheten. Reglene om dette – med angivelse av unntak om når rettsmøter kan holdes for lukkede dører – er inntatt i domstolloven §§ 122 flg. Disse reglene har forholdsvis nylig blitt revurdert og endret ved lov 4. juni 1999 nr. 37. De fleste endringene trådte i kraft 1. september 2001, jf. vedtak i statsråd 6. juli 2001. Som et utgangspunkt må det kunne legges til grunn at det nå ikke er noe større behov for å gå i dybden og vurdere endringer av disse reglene. Tvistemålsutvalget har generelt inntatt det standpunkt at spørsmål som nylig har vært vurdert av lovgiver ikke skal gjenåpnes til ny diskusjon, med mindre det er sterke grunner som taler for det eller når lovutkastet ellers gir særlige føringer som tilsier en revurdering. Når det gjelder de nye reglene i domstolloven, har de bare så vidt trådt i kraft, og det er dermed ikke vunnet noen erfaring av betydning med dem så langt. Etter utvalgets syn er det derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om reglene bør endres nå. I den utstrekning det åpnes for at rettsmøter kan avvikles som fjernmøter, for eksempel som videokonferanser, oppstår imidlertid spørsmål om hvilke regler man skal ha om offentlighet og hvordan det skal gjennomføres i praksis.

Når det i det følgende i dette kapitlet refereres til bestemmelsene i domstolloven kapittel 7 om retts-

møter, refereres det til de nye, vedtatte reglene, som er i kraft når denne innstillingen trykkes.

Reglene om innsyn i saksdokumentene er regulert i tvistemålsloven. Det er nødvendig å skille mellom utenforståendes innsynsrett og partenes innsynsrett – såkalt partsoffentlighet. Det er en selvfølge at partene har rett til innsyn i det materialet som er fremlagt for retten. Slik innsynsrett for partene er blant annet en forutsetning for reell kontradiksjonsadgang og den er knesatt i EMK artikkel 6(1). Til illustrasjon kan det vises til EMDs dom i Lobo Machada, Reports 1996-III side 195. Problemstillingen er nærmere omtalt i bemerkningene til reglene om bevis. De någjeldende regler, som sikrer partene innsyn i prosessmaterialet, må videreføres.

Det spørsmål som oppstår er om ikke også offentligheten i større utstrekning må gis innsyn i sakens dokumenter. Tvistemålsutvalget drøfter spørsmålet i II.22.3 nedenfor.

Når saken er avgjort, blir det spørsmål om avgjørelsen skal være tilgjengelig for offentligheten. Hovedregelen i dag fremgår av tvistemålsloven § 135 annet ledd, som gir enhver rett til utskrift av rettsbøker – dvs. protokollen fra et rettsmøte og rettslige avgjørelser – når rettsmøtet er holdt for åpne dører. Som et utgangspunkt kan det ikke være grunn til å gjøre innskrenkninger her. Det er imidlertid to spørsmål som bør tas opp. Det ene spørsmålet er mest av teknisk karakter. Om få år vil den alminneligste måten å gjøre dommer kjent på, være gjennom elektronisk formidling over nettverk. Teknisk vil det neppe være hindre for at enhver dom hos enhver domstol vil være tilgjengelig utenfra og slik at dommene foreligger i søkbar form. Dette reiser imidlertid personvernsspørsmål. Det kan derfor være grunn til å ha enkelte begrensninger i det materialet som er fullt offentlig tilgjengelig og søkbart. Dette – som kan betegnes som offentlig gjengivelse av rettsavgjørelser – er regulert i domstolloven § 130.

Det andre spørsmålet gjelder om voldgiftsdommer bør være offentlige. Som et vilkår for at en voldgiftsdom skal ha rettskraft og tvangskraft, kunne man for eksempel i loven kreve at dommen er offentlig. Tvistemålsutvalget behandler spørsmålet

om offentlighet av voldgiftsdommer i den særskilte innstillingen om ny voldgiftslov.

## 22.2 Kort om enkelte hovedtrekk i gjeldende rett

### 22.2.1 Innledning

Hovedpoenget med offentlighet er at dette styrker tilliten til at ting går riktig for seg i rettsvesenet. Det gir mulighet for kritikk, og for å rette opp feil og mangler. Dette er også viktig for å ivareta mer overordnede funksjoner ved rettsvesenet knyttet til rettsavklaring og for å synliggjøre rettshåndhevelsen. I dette perspektivet har domstolene en handlingsdirigerende funksjon. Utstrakt offentlighet kan imidlertid motvirke muligheten for konkret tvisteløsning for domstolen. Ønsket om å unngå offentlighet kan medføre at saker ikke bringes inn for domstolene og ellers være en ekstra psykisk belastning for sakens parter. Det anføres av og til at ønsket om å unngå offentlighet er en grunn til å velge voldgift fremfor behandling ved de ordinære domstoler. EMK artikkel 6(1) krever som utgangspunkt at saker behandles offentlig, jf. kravet om «public hearing and the public pronouncement of the judgment». Dette setter grenser for hvor mye offentligheten kan innskrenkes for å møte konkurransen fra voldgift. Det samme gjør viktige samfunnsmessige hensyn.

Muntlig behandling har tidligere ofte fremstått som nødvendig for å sikre offentlighet fra en praktisk synsvinkel. Moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi øker tilgjengeligheten dramatisk til skriftlig materiale. At en sak behandles skriftlig trenger derfor ikke lenger innebære noen direkte konsekvenser for offentlig innsyn i behandlingen.

Reglene om offentlighet i rettspleien ble, som nevnt ovenfor, nylig revidert. Det ble ved lov 4. juni 1999 nr. 37 om «endringer i rettergangsloven m.m (kildevern og offentlighet)» foretatt en del endringer i domstolloven kapittel 7. Forarbeidene til lovendringer er NOU 1988: 2 Kildevern og offentlighet i rettspleien og Ot.prp. nr. 55 (1997-98) Lov om endringer i rettergangslovene m.m. (kildevern og offentlighet).

I propopsisjonen pekte Justisdepartementet på at:

«Spørsmålene om kildevern og offentlighet i rettspleien innebærer avveininger mellom viktige verdier som hensynet til ytrings- og informasjonsfriheten, personvernet, og hensynet til

opplysning av og effektiv konfliktløsning i sivile saker og straffesaker som bringes inn for domstolene. Lovforslaget tar for det første sikte på å gi en tidsmessig og balansert avveining av de kryssende hensyn. For å oppnå dette foreslår departementet visse endringer i innholdet av de gjeldende regler ... For det annet foreslår departementet en lovteknisk omforming av reglene, særlig om offentlighet i rettspleien, for å gjøre dem lettere tilgjengelig for brukerne» (Ot. prp. nr. 55 (1997-98 side 5).

Lovendringen skulle tre i kraft fra det tidspunkt Kongen bestemmer. I statsråd 6. juli 2001 ble det vedtatt at de fleste endringene i domstolloven kapittel 7 og endringen i tvistemålsloven § 135 skal tre i kraft 1. september 2001. Et forslag til forskrift om offentlighet i rettspleien har vært sendt ut til høring. Forskriften ble fastsatt ved vedtak i statsråd samme dag.

På bakgrunn av disse nylige lovendringene, antar Tvistemålsutvalget at det ikke er behov for å se nærmere på reglene i domstolloven kapittel 7 i denne omgang, jf. det hovedsynspunktet som er referert i II.22.1 foran. Spørsmålet blir dermed begrenset til hvilke regler som bør gjelde for offentlighet om saksdokumentene, jf. den nåværende bestemmelsen i tvistemålsloven § 135. Spørsmålet får særlig betydning fordi Tvistemålsutvalget foreslår en utvidet adgang til å behandle og avgjøre saker på rent skriftlig grunnlag og i en kombinasjon mellom skriftlig og muntlig behandling.

### 22.2.2 Hovedtrekk i gjeldende rett

Prinsippet om offentlighet i rettspleien har tre elementer. De to første elementene er regulert i domstolloven. Det er reglene om åpne rettsmøter og om massemediers referatadgang. Den klare hovedregelen er at rettsmøter er offentlige, jf. domstolloven § 124 første ledd. Fra dette gjelder det en del unntak, se § 125 til § 128.

Massemedia har i utgangspunktet fri adgang til å referere det som har blitt behandlet i åpne rettsmøter. Fra dette er det gjort enkelte unntak, dels slik at opplysninger i åpne rettsmøter ikke kan refereres offentlig og dels slik at det kan refereres fra det som har blitt forhandlet i lukkede rettsmøter, jf. § 129 annet ledd a) og b). Dette var også situasjonen før lovendringen. Referatforbud er ikke noe som inntreffer av seg selv, men forutsetter en kjennelse fra retten om dette, jf. § 129 andre ledd. Unntak gjelder for de sakstyper som er oppregnet i § 129 tredje ledd, som er saker etter ekteskapsloven eller barneloven. Her er utgangspunktet snudd slik at det er forbud mot offentlig gjengivelse av forhand-

lingene, med mindre retten tillater at det kan skje offentlig gjengivelse i anonymisert form.

Det tredje elementet i prinsippet om offentlighet i rettspleien er retten til utskrifter av rettsbøker, herunder rettslige avgjørelser, for andre enn partene i saken. Dette er regulert i tvistemålsloven § 135. Bestemmelsen suppleres av domstolloven § 124, som eksplisitt fastslår at rettsavgjørelser kan gjengis offentlig. Det er hjemmel for unntak, herunder et midlertidig forbud inntil avgjørelsen er meddelt partene i saken, etter den nye § 130 tredje ledd. Etter tvistemålsloven § 135 annet ledd er retten til utskrift av rettsavgjørelser knyttet opp til om utskriften gjelder noe som er behandlet i et åpent rettsmøte. Har behandlingen skjedd for lukkede dører, gjelder retten til utskrift bare dersom offentliggjøring senere er tillatt, jf. § 135 andre ledd i.f., jf. domstolloven §§ 124 første ledd og 129.

Allmennheten har ikke krav på innsyn i saksdokumentene. Etter tvistemålsloven § 135 kan riktignok en tredjeperson få se gjennom dokumentene hos retten, men det krever enten samtykke fra partene eller at man har rettslig interesse i det. Dette vil ikke dekke for eksempel representanter for pressen e.l. Derimot vil alternativet kunne få betydning for en tredjeperson som enten selv er berørt av tvisten i en slik grad at det kunne begrunnet parts- eller partshjelperstilling i saken, eller at ett eller flere av dokumentene i saken kan utgjøre bevis i en sak der vedkommende er berørt, jf. Schei side 462 – 463. Det tilføyes at reglene om innsynsrett i offentlighetsloven av 19. juni 1970 nr. 69, som gjelder for den offentlige forvaltning, ikke får anvendelse for «saker som behandles etter rettspleielovene», jf. § 1 tredje ledd.

Det er etter de någjeldende regler heller ingen hjemmel som pålegger domstolene å opplyse om en sak har kommet inn til rettens kontor. Når saksbehandlingen er kommet så langt at det er berammet et rettsmøte, gir domstolloven § 122 annet ledd, etter lovendringen i 1999, hjemmel for å kreve at tid og sted for rettsmøtet blir opplyst. Justisdepartementet sendte 31. mai 2000 ut et høringsnotat om offentlighet i rettspleien. Retten til opplysninger om berammede rettsmøter er berørt i avsnitt 5.2 i høringsnotatet, uten at det er problematisert noe videre. Tvistemålsutvalget har ikke funnet grunn til å foreta noen dyptgående revurdering av denne bestemmelsen.

## 22.3 Bør allmennheten gis utvidet rett til innsyn i sakens dokumenter?

### 22.3.1 Tidligere utredninger

Spørsmålet om innsyn i dokumentene i verserende sivile saker ble drøftet av det såkalte Kildebeskyttelsesutvalget i NOU 1988: 2. Utvalgets flertall foreslo tilføyd et nytt annet ledd i tvistemålsloven § 135, om at representanter for massemedia har rett til innsyn i rettsboken og de dokumenter eller deler av dokumenter som rettsboken henviser til, når saken går for åpne dører. Bakgrunnen for forslaget var at det under hovedforhandlinger i sivile saker ofte blir dokumentert skriftlige bevis i høyt tempo. Rettsboken vil henviser til disse dokumentbevisene etter hvert som de blir dokumentert. Pressen burde da, for å få fullgod oversikt over saken slik at utilfredsstillende pressedekning kunne unngås, få direkte tilgang til bevisene (NOU 1988: 2 side 62 – 63). Utvalgets mindretall mente forslaget både reiste prinsipielle og praktiske problemer. Mindretallet mente det var behov for et vern mot en for utstrakt grad av offentlig gjengivelse eller omtale når det gjelder ellers private dokumenter.

Da Kildebeskyttelsesutvalgets forslag ble sendt ut på høring, gikk de fleste av høringsinstansene mot flertallets forslag. Særlig ulike praktiske og administrative problemer forslaget ville føre med seg ble fremhevet. Departementet var enig i at forslaget ikke burde vedtas og konstaterte at «gjeldende regler på dette området på en balansert måte avveier hensynene til offentlighet mot hensynene til rettssikkerhet og personvern» (Ot.prp. nr. 55 (1997-98) side 60).

Offentlighetsprinsippet ble gitt bred omtale av Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999: 27. I kommisjonens mandat punkt 4 ble det påpekt at

«På bakgrunn av den historiske utvikling av ytringsfriheten siden 1814, må kommisjonen vurdere om grunnlovsvernet bør utstrekkes i forhold til det som i dag ikke er omfattet. Tradisjonelt har det vært skilt mellom retten til selv å fremsette ytringer – den formelle ytringsfrihet – på den ene side, og retten til å søke, motta, oppbevare, bearbeide og formidle ytringer – informasjonsfriheten – på den annen side. ... Det bør derfor vurderes om, og i hvilken utstrekning informasjonsfriheten bør vernes av Grunnloven. Kommisjonen skal herunder vurdere å slå fast i Grunnlovs form prinsippet om at allmennheten skal sikres innsyn i forvaltningens saksdokumenter (offentlighetsprinsippet) ...»

Ytringsfrihetskommisjonens hoveddrøftelse av

gjeldende regler om informasjonsfrihet, er inntatt i innstillingens punkt 5.4. Det vises særlig til punkt 5.4.3 om informasjonskrav, der offentlighetsprinsippet drøftes. Kommisjonen påpeker betydningen av at det utøves meroffentlighet i den offentlige forvaltning, og skriver blant annet at «... [d]et er kommisjonens oppfatning at en sterkere understrekning av offentlighetslovens intensjon om åpenhet, må bli mer fremtredende ved praktiseringen i spørsmålet om meroffentlighet», NOU 1999: 27 side 93. Noen særskilt drøftelse av offentlighet i rettspleien foretar kommisjonen ikke. I forslag til endring i Grunnloven § 100 foreslås et nytt femte ledd som lyder slik:

«Enhver har Ret til Indsyn i Statens og Kommunernes Acter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Loven kan kun sætte slige klarlig definerede Grændser for denne Ret, hvor Særligt tungtveiende Hensyn gjøre dette nødvendigt.»

I bemerkningene til bestemmelsen er forholdet til de gjeldende regler om offentlighet i rettspleien omtalt slik:

«Kommisjonen har ikke foretatt en grundigere gjennomgang av eksisterende unntak i de informasjonskrav som i dag følger av formell lov ... (og) kan derfor ikke presentere en ferdig analyse av hvilke av disse unntakene som antas å være i overensstemmelse med vårt grunnlovsforslag ... Vi antar imidlertid at unntaksadgangen med vårt forslag vil bli noe snevrere enn hva tilfellet er i dag. Det vil ikke minst bli nødvendig å arbeide med sikte på mer presis formuleringe av flere av unntakene.»

Som det fremgår gjaldt forslaget til grunnlovsendring bare offentlighet i rettsmøter og ikke spørsmålet om innsyn i saksdokumentene.

På bakgrunn av Ytringsfrihetskommisjonens innstilling fremmet Regjeringen i St.meld. nr. 42 (1999-2000) ulike forslag for Stortinget til endring av Grunnloven § 100. Forslagene til endring av Grunnloven § 100 ble fremsatt hovedsakelig for å gi Stortinget ønskelig handlefrihet til å vedta endringer i bestemmelsen i den neste stortingsperioden. Det fremgår at regjeringen vil «foreta en grundig analyse og vurdering av de problemstillingene som Ytringsfrihetskommisjonens innstilling reiser, i en ny stortingsmelding» (St.meld. nr. 42 punkt 1). Stortingsmeldingen går dermed ikke inn i dypere drøftelser av kommisjonens forslag, og tar heller ikke opp hvilke konsekvenser de foreslåtte Grunnlovsendringene vil ha for regler i ordinær lovgivning om offentlighet.

Grunntonen både i Ytringsfrihetskommisjonens utredning og i St.meld. nr. 42 er klart for åpenhet. Som naturlig er, hensett til Ytringsfrihetskommisjonens mandat og innfallsvinkel til temaet, blir problemstillingen gjennomgående formulert som hvilke begrensninger det er nødvendig å gjøre i informasjonsfrihet og offentlighet, og ikke det motsatte – nemlig hvor langt behovet for offentlighet rekker. Som eksempel kan det vises til kommisjonens konklusjon når det gjelder lovbestemmelser om åpenhet. Det heter i NOU 1999: 27 punkt 5.4.3.3 (side 95):

«Innsynsretten er en helt sentral rettighet i det åpne demokratiske samfunn. Der må imidlertid være grenser også for denne rett ut fra en rekke helt legitime hensyn, slik som personvern, «forretningshemmeligheter» og hensynet til rimelige arbeidsvilkår for (de offentlige) saksbehandlere»

Twistemålsutvalget legger disse synspunktene til grunn.

## 22.3.2 Rettsstillingen i enkelte andre land

### 22.3.2.1 Danmark

Retsplejeloven har regler om aktinnsyn i § 41. For tredjepersoners vedkommende gir regelen i utgangspunktet rett til innsyn hvis man har «retlig interesse» i det. Dette er en rettslig standard som gir retten mulighet til å utvise et visst skjønn når den skal ta stilling til aktinnsyn. Innsynsretten er likevel vesentlig snevrere enn den som for eksempel gjelder i forhold til den offentlige forvaltning.

Innsynsretten for tredjepersoner i Danmark, etter de någjeldende regler, ser altså ut til å tilsvare de regler vi har i Norge i dag i tvistemålsloven § 135 første ledd. Det er derimot ingen rett til innsyn i rettsavgjørelser og rettsforlik hvis man ikke kan påvise «retlig interesse» i det. Her går tvistemålsloven § 135 annet ledd vesentlig lenger. For enkelte sakstyper om rett til miljøopplysninger har man i Danmark likevel innsyn i rettsavgjørelser uten at det kreves «retlig interesse» for det.

For redaktører og redaksjonelle medarbeidere, som er nærmere definert i retsplejeloven § 172, gjelder en videre innsynsrett, jf. retsplejeloven § 41 a. Med partenes samtykke kan de få låne et eller flere av sakens dokumenter under rettsmøter. Videre har de rett til innsyn i rettsboka og rettens avgjørelser, herunder rettens redegjørelse for vitneforklaringene etter § 366 a, jf. § 41 a stk. 4.

Spørsmålet om endringer i innsynsreglene vil inngå i Retsplejerådets arbeid med en generell



reform av den sivile rettspleie. Spørsmålet har imidlertid ennå ikke blitt drøftet av rådet. Ved tilleggsmandat 22. juni 2001 er Retspjerlerådet bedt om å foreta en «samlet vurdering af reglene om dokumentoffenlighed i både straffesager og civile sager». Den konkrete foranledning til tilleggsmandatet er at en dom ble gjengitt offentlig på Internett av to tv-stasjoner, selv om dommen etter de danske regler ikke kunne gjengis offentlig før den var rettskraftig. Tilleggsmandatet er imidlertid ikke begrenset til dette.

### 22.3.2.2 Sverige

Etter rättegångsbalken er hovedregelen at forhandlingene er offentlige, se 5. kapittel 1 §. Deler av forhandlingene kan, som i Norge, holdes for lukkede dører når forhold som er taushetsbelagt vil bli omhandlet.

Offentlighetsprinsippet gjelder i Sverige ikke bare for forvaltningen, men også for domstolene. De grunnleggende bestemmelsene om dette finnes i 2. kapittel tryckfrihetsförordningen (SFS 1949:105), se særlig 1 – 3 §§. Enhver har rett til innsyn i såkalte «allmänna handlingar». Et dokument er en «allmän handling», og dermed offentlig, når det etter 6 § har kommet inn til vedkommende myndighet/domstol. For at et dokument skal kunne unntas fra offentlighet må en særlig hjemmel påvises. En rekke bestemmelser om det finnes i sekretesslagen (SFS 1980:100), for eksempel om sosialtjenestens opplysninger om noens personlige forhold mv.

Det er gitt enkelte særregler om «sekretess hos domstolar m.m.» i sekretesslagen 12. kapittel. Det redegjøres ikke nærmere for enkelthetene her. Kort nevnes at dersom en opplysning er gitt ved en offentlig forhandling, altså ikke for lukkede dører, er dokumentet med opplysningen offentlig etter det, jf. sekretesslagen 12 kapittel 3 §. Gis opplysningen for lukkede dører kan dokumentet fortsatt unntas fra offentlighet, men retten må da gi bestemmelser om det i dommen.

Sammenfatningsvis kan det dermed sies at hovedregelen er at alle dokumenter som innkommer til en domstol er offentlige og at tredjeperson kan be om å få se dem. Til tross for at sekretesslagen har en rekke bestemmelser som unntar dokumenter fra offentlighet, er offentlighet det absolutt vanligste.

### 22.3.3 Tvistemålsutvalgets generelle synspunkter

Innledningsvis påpekes at Tvistemålsutvalgets for-

slag til saksbehandlingsregler åpner for en noe større bruk av skriftlig materiale som en del av avgjørelsesgrunnlag i sivile saker enn i dag. I seg selv tilsier dette at offentlighetens innsynsrett må styrkes i korresponderende grad.

Som påpekt tidligere innebærer de regler som er gitt om offentlighet en avveining mellom hensynet til yttrings- og informasjonsfrihet, personvernet og hensynet til opplysning og effektiv løsning av tvisten. Ved drøftelsen av hvilke regler man skal ha om offentlighet kan det være et naturlig utgangspunkt at offentlighet skal styrke tilliten til rettsvesenet. Offentlighet er et tungtveiende hensyn og bør bare begrenses når det konkret kan begrunnes å gjøre innskrenkninger fordi offentlighet kommer i konflikt med de andre ovennevnte hensynene. Dette er det samme utgangspunkt som ble tatt ved revisjonen av reglene i domstolloven kapittel 7 i 1999. Justisdepartementet uttalte i Ot. prp. nr. 55 (1997-98) blant annet at «[I]ovforslagene i proposisjonen her tar som alminnelig utgangspunkt at reglene bør være utformet slik at de best mulig markerer det prinsipielle utgangspunkt om rettsforhandlingenes offentlighet ... «og at «[d]et er viktig å fastholde utgangspunktet om en offentlig rettergang og bare beslutte innskrenkninger i konkrete tilfeller der dette er nødvendig» (op. cit. side 41). Et utgangspunkt om offentlighet er allerede tatt i offentlighetsloven av 19. juni 1970 nr. 69, se særlig § 2 første ledd. Offentlighetsloven gjelder imidlertid ikke for saker som behandles etter tvistemålsloven, jf. lovens § 1 tredje ledd.

Innledningsvis kan det være grunn til å påpeke at reglene for straffesaker er noe avvikende. Før hovedforhandlingen er det ingen regler om det offentlige innsynsrett i de dokumenter som blir utvekslet på dette stadiet. Når tiltalebeslutningen er forkynt for tiltalte, skal pressen etter påtaleinstruksens § 22-7 på anmodning normalt gis kopi av tiltalebeslutningen. Dette gjelder likevel ikke hvis det er grunn til å anta at saken helt eller delvis vil bli ført for lukkede dører. I straffesaker har man dermed – riktignok begrenset – rett til innsyn i saksdokumenter før hovedforhandlingen. Offentlighetens innsynsrett samsvarer her med det innsyn dommerne i saken normalt vil ha, ettersom den dømmende rett vanligvis ikke vil få fremlagt saksdokumentene under saksforberedelsen. Langt på vei er rett til innsyn i tiltalebeslutningen nødvendig for at offentlighet om rettsmøtene skal tjene sin funksjon i forhold til massemedia. Massemedia må på forhånd ha en mulighet for å få vite hva saken dreier seg om for å vurdere om det er en sak det er verd å bruke ressurser på. Tilsvarende gjelder et stykke på vei for andre som øns-

ker å følge rettssaker som behandles i åpne rettsmøter.

Twistemålsutvalget har foreslått enkelte regler som medfører at deler av saksbehandlingen som i dag skjer muntlig i stedet vil skje skriftlig. Her er det først og fremst naturlig å trekke frem regelen i § 9-9(3) om pålegg om skriftlige redegjørelser og den utvidede adgangen til rent skriftlig behandling i første instans – etter avtale mellom partene – jf. § 9-9(2), og ved anke etter § 11-16(5). Disse endringene vil innskrenke den faktiske muligheten for offentlig innsyn dersom offentlighetsreglene fortsatt bare knyttes til det som forhandles i rettsmøter og til avsagte rettsavgjørelser. Denne reelle innskrenkningen vil ikke være begrunnet i hensynet til personvern eller sakens opplysning, men utelukkende en konsekvens av selve behandlingens måten. Det synes da som en nærliggende konsekvens av disse endringene at reglene om offentlig innsyn må utvides korresponderende.

I § 9-10 er det foreslått en regel om at hver av partene skal inngi et sluttinnlegg som kort angir påstanden, samt det faktum og de rettsregler som påberopes og de bevis parten vil føre. Hvis først saken skal behandles i et åpent rettsmøte, er det vanskelig å se at ikke offentligheten burde utvides til også å gjelde sluttinnleggene. Disse innleggene vil i normaltilfellene greit angi sakens rammer, og langt på vei vil de tre i stedet for dagens omfattende innledningsforedrag. Det kan også hevdes at man ved å gi offentligheten innsyn i sluttinnleggene vil gi pressen bedre grunnlag for utvelgelse av hvilke saker den vil følge. Innsyn i sluttinnleggene vil medføre en viss parallell med den ordning som praktiseres med at tiltalebeslutningen i straffesaker gjøres tilgjengelig for pressen når den er forkynt for tiltalte.

På ytterligere et punkt har Twistemålsutvalget lagt opp til at skriftlighet – til dels – vil kunne tre i stedet for det som i dag utelukkende skjer muntlig. Det gjelder forklaringer som kan antas å ha betydning for saken. Etter § 24-12 vil skriftlige forklaringer og redegjørelser kunne brukes som bevis, og et stykke på vei vil det tre i stedet for muntlige vitneforklaringer. Forutsetningen for å tillate en slik skriftlig erklæring som bevis er at motparten vil kunne avhøre muntlig den som har avgitt erklæringen. Det vil bevirke at vitneforklaring under hovedforhandlingen vil kunne skje mer konsentrert, og kanskje mer begrenset til enkelte punkter, enn det som skjer i dag. Andre punkter i forklaringen vil kunne bli liggende, og det vil være vanskeligere å få sammenhengen i vitnets samlede redegjørelse bare ved å følge den muntlige forklaringen. Det er ikke meningen at slike erklæringer

skal leses opp i sin helhet under hovedforhandlingen. Bevisføringen skjer ved at det som anses viktig påpekes. Hensikten er blant annet å få til en mer konsentrert hovedforhandling. En konsekvens vil være at færre opplysninger og bakgrunnstoff om saken fremkommer muntlig. For å sikre offentligheten kan det dermed være grunn til å gi regler om at skriftlige erklæringer etter § 24-12 skal være offentlige. Det gjenstår da å ta stilling til om de bør være offentlige fra det tidspunkt de er avgitt, eller først fra et senere tidspunkt, for eksempel fra det tidspunkt vedkommende erklæring er ført som bevis under hovedforhandlingen. Løsningen her bør ses i sammenheng med hvilken offentlig innsynsrett som gis for selve saksforberedelsen. Dette drøftes nedenfor.

Bør det gjelde en alminnelig innsynsrett for tredjepersoner under saksforberedelsen?

Det kan reises spørsmål ved om ikke retten til offentlig innsyn burde utvides ytterligere. Som påpekt vil det ikke by på tekniske problemer å gjennomføre offentlig innsynsrett i foreliggende skriftlig materiale. Med utgangspunkt i at offentlighet er et tungtveiende hensyn og bør tillates når det ikke kommer i konflikt med andre hensyn, kan det spørres om ikke det burde utstrekkes til å gjelde alle saksdokumentene, dvs. til også å gjelde prosesskriftene med bilag. Dette kan deles opp i to underspørsmål: For det første hvilke dokumenter innsynsretten bør gjelde. For det andre spørsmålet om fra hvilket tidspunkt offentligheten skal ha slik innsynsrett. Problemstillingen blir da om hensynet til først og fremst personvern og sakens effektive opplysning og tvisteløsning taler mot å gi offentligheten innsyn allerede under saksforberedelsen. Det avgrenses her mot de saker der hovedforhandling vil bli holdt for lukkede dører.

I saker mot det offentlige vil reglene i offentlighetsloven langt på vei lede til at de dokumenter som fremlegges allerede er offentlig tilgjengelige. Tredjeperson vil riktignok ikke kunne få innsyn hos domstolen, men vil ha rett til innsyn i dokumentene hos det aktuelle forvaltningsorgan. En utvidelse av retten til offentlig innsyn etter tvisteloven vil dermed først og fremst få den virkning at prosesskriftene også blir offentlige. I den utstrekning prosesskriftene ikke har karakter av skriftlig prosedyre, men er begrenset til å gjelde redegjørelser for faktum og eventuelt rettsregler, er det vanskelig å se at personvern hensyn eller hensynet til sakens opplysning eller effektiv tvisteløsning kan begrunne at ikke også prosesskriftene skal være offentlige.

På den annen side vil det å utvide utenforståendes rett til innsyn i prosesskriftene med bilag kanskje i seg selv bidra til å gjøre prosesskriftene mer

prosederende. En part vil kanskje – for å gi et fordelaktig inntrykk av sin sak i offentligheten – allerede i prosesskriftene argumentere inngående om faktum og juss. En slik utvikling vil nok kunne være uheldig. Men allerede etter de någjeldende regler har parten langt på vei det samme incitament for å utforme prosesskriftene argumenterende. Dagens regler er ikke til hinder for at parten selv gir kopi av prosesskrifter til pressen, og dermed oppnår det samme. Det kan her være grunn til å tilføye at tvistemålsloven § 135 heller ikke kan forstås som noe absolutt forbud mot at retten gir utenforstående innsyn i saksdokumentene, jf. Justisdepartementets rundskriv G-134/81 punkt 4 og Schei side 463. Etter de gjeldende regler har domstolene en viss adgang til å gi tredjepersoner innsyn selv om vedkommende ikke har rettskrav på det, såkalt «meroffentlighet».

Et hovedsynspunkt for saker mot det offentlige så langt blir at der hovedforhandlingen vil bli avholdt som et åpent rettsmøte, vil normalt verken hensynet til personvern eller effektiv saksopplysning eller tvisteløsning med noen særlig tyngde tilsa at offentligheten ikke bør ha innsyn i prosesskriftene med bilag.

Hvordan stiller dette seg i en sak mellom private parter? Hovedforskjellen er naturlig nok at offentlighetsloven ikke gjelder, og at det dermed ikke finnes regler om offentlig innsyn i partenes mellomværende før hovedforhandlingen. Spørsmålet her er imidlertid ikke det rent deskriptive, men om hensynet til personvern, sakens opplysning eller effektiv tvisteløsning, tilsier at offentligheten ikke gis innsyn i prosesskriftene. Det er ikke godt å si noe helt generelt om dette. De nåværende regler om når rettsmøter kan holdes for lukkede dører har en del hjemler for å utelukke offentligheten når det er nødvendig av hensyn til privatlivets fred eller av hensyn til sakens opplysning. Med unntak av de sakstyper som er oppregnet i domstoloven § 125 annet ledd som skal behandles for lukkede dører (saker etter ekteskapsloven og etter barnelova), kan retten beslutte forhandling for lukkede dører. Det kan skje etter en konkret vurdering når hensynet til privatlivets fred tilsier det, eller når retten frykter for at opplysningen av saken ellers vil vanskeliggjøres samt i enkelte andre tilfeller, jf. § 125 første ledd. Atskillig kan tale for at en tilsvarende regel, som åpner for å utelukke offentligheten etter en konkret avveining i det enkelte tilfelle, må være tilstrekkelig også når det gjelder prosesskrifter og bilag til dem. Spørsmålet om fra hvilket tidspunkt innsynsretten eventuelt bør gjelde – innslagstidspunktet – drøftes like nedenfor.

Et viktigere hensyn er kanskje at en rettsak

vil utvikle seg i tiden fra den er anlagt og frem til hovedforhandling. Det som står i fokus ved saksanlegget blir kanskje mer perifert senere. Innsyn på et tidlig stadium av saksforberedelsen vil kunne låse saken i et uheldig spor. I tillegg kan det hevdes at innsynsreglene ikke bør legges opp slik at de gir incitament til at saken blir prosedert på forhånd i pressen. Når hovedforhandlingen er nært forestående, og etter at sluttinnleggene er inngitt, skal kortene for det alt vesentlige være lagt. Argumentene om at saken er låst i et uheldig spor mv., får da mindre vekt. Her kan det også trekkes frem at situasjonen i dag ofte er at forliksløsninger kommer kort tid før hovedforhandlingen. Tvistemålsutvalgets øvrige regelforslag har incentiver som bør kunne bidra til at prosessfullmektiger og domstol tidligere setter seg godt inn i saken, og dermed også på et tidligere tidspunkt bør kunne legge til rette for forlik. Likevel må man nok regne med at en berammet hovedforhandling fortsatt vil legge ytterligere forlikspres på partene i den siste tiden. Det kan være grunn til å anta at et tidlig innslags-tidspunkt for offentlig innsyn i saksdokumentene kan motvirke slike forlik og virke forstyrrende på saksforberedelsen.

For saker der rettsmøtene holdes for lukkede dører kan det som et generelt utgangspunkt neppe være grunn til å tillate noen mer vidtgående offentlig innsynsrett under saksforberedelsen. Som nevnt er reglene om offentlighet i domstoloven forholdsvis nylig revidert. Tvistemålsutvalget legger disse vurderingene til grunn. Det vises til Ot.prp. nr. 55 (1997-98) side 44 – 45. Tvistemålsutvalget antar offentlighetens rett til innsyn under saksforberedelsen bør avgrenses på samme måte.

Tvistemålsutvalget vil etter dette konkludere med at offentlighetens rett til dokumentinnsyn i det minste må utvides slik at retten til innsyn ikke reelt sett innskrenkes som en refleksvirkning av overgang til noe mer skriftlig saksbehandling. Skriftlige redegjørelser etter § 9-9(3) og sluttinnlegg etter § 9-10 bør offentligheten ha rett til innsyn i. Utvalget antar videre at innsynsretten bør gjelde for skriftlige vitneerklæringer som brukes som bevis i saken, og at det samme nok bør gjelde for andre dokumentbevis som føres slik at retten kan bygge sin avgjørelse på dem. For saker som avgjøres etter rent skriftlig behandling, må innsynsretten i det minste gjelde for de to innleggene hver part inngir og som utgjør avgjørelsesgrunnlaget i saken.

Tvistemålsutvalget er i tvil om innsynsretten bør utstrekkes til også å gjelde prosesskrifter, bilag til dem og eventuelle andre dokumenter og bevis som er fremlagt i saken, men som ikke er ført for

den dømmende rett slik at retten kan bygge sin avgjørelse på dem.

*Flertallet*, Berg, Bjella, Moen Borgerud og Helljesen, kan ikke se det er grunn til å gjøre innsynsretten videre enn at det gis innsyn i det materialet som retten kan bygge avgjørelsen på. Flertallets forslag sikrer innsynsretten slik den er etter gjeldende rett, og innebærer også en viss utvidelse, tilpasset forslaget til ny tvistelov. Annet materiale som er i saken, som prosesskrifter og skriftlige bevis som ikke blir ført, bør unntas fra innsyn. Det vises til flertallets utkast til § 18-2. Bestemmelsen er utformet slik at innsynsretten begrenses til det materiale retten kan bygge sin avgjørelse på, dvs. de bevis som er ført for den dømmende rett eller som etter andre regler inngår som del av avgjørelsesgrunnlaget. Også prosessledende avgjørelser, og avgjørelser av anker over beslutninger og kjennelser, og de bevis som retten legger til grunn for slike avgjørelser, vil det etter dette forslaget være innsyn i. Hensynet til kontroll med domstolene rekker ikke så langt at offentligheten bør gis innsyn i det materialet ikke retten kan bygge på. Å åpne opp for videre innsyn for allmennheten i alle prosesskrift og dokumenter som er lagt fram i saken, vil gå ut over hensynet til partene i saken, og dermed føre alt for vidt. En slik regel vil gjøre det nødvendig for de involverte parter å vurdere før fremleggelse av ethvert dokument om det må gjøres unntak for hele eller deler av dokumentet etter § 18-4. En regel om innsyn i alle dokumenter vil følgelig pådra både partene og retten betydelig merarbeid og ulempe, og partene ekstra omkostninger. Flertallet kan ikke se at hensynet til allmennhetens innsyn kan begrunne slike ulemper for prosessen.

Med en slik avgrensning av innsynsretten kan flertallet ikke se at det er behov for særlige regler om innslagstidspunktet for innsynsretten i saker som behandles muntlig. Allmennheten vil dermed ha krav på innsyn fra sluttinnlegget er inngitt, skriftlige innlegg etter § 9-9 er inngitt, eller det skriftlige beviset er ført for den dømmende rett. For saker som skal avgjøres etter rent skriftlig behandling, vil det være naturlig at innslagstidspunktet for innsynsrett settes der det foreligger en avgjørelse av saken.

Etter flertallets syn er det imidlertid grunn til å ha nærmere regulering av når innsynsretten inntreffer dersom man skulle gi en videre innsynsrett enn dette, som også omfattet prosesskrifter med bilag mer generelt. Hensynet til saksforberedelsen og forliksmuligheter kunne da tilsi at innslagstidspunktet for innsynsrett ble satt til noen virkedager før hovedforhandling.

*Mindretallet*, Schei, Bårdsen og Nordén, mener

innsynsretten bør utstrekkes til å gjelde alle prosesskrifter med bilag, og ikke bare det som er fremlagt som bevis i saken på en slik måte at retten kan bygge på det. Etter mindretallets syn er dette best i samsvar med prinsippet om offentlig rettergang. Det foreslås derfor en regel som tar utgangspunkt i at innsyn skal gis i alt prosessmateriale, se mindretallets utkast til § 18-2. Bare en slik regel vil også sikre innsyn i det prosessmaterialet som ligger til grunn for prosessledende avgjørelser, f.eks. om dokumentfremleggelse, og for avgjørelser av anker over kjennelser og beslutninger. Disse medlemmene tilføyer at en regel om at innsynsretten er knyttet til prosessmateriale som er ført slik at retten kan bygge sin avgjørelse på det, vil kunne være vanskelig å håndtere. Prosess-teknisk vil en regel om at innsynsretten omfatter alt det fremlagte prosessmaterialet, med de unntak som følger av taushetsplikt og behandling for lukkede dører, være å foretrekke. Det må antas at en regel basert på denne tilnærmingen vil være vesentlig lettere å praktisere.

Mindretallet kan for sin del ikke se det er tilstrekkelig grunn til å innta regler om at innslagstidspunktet for innsynsrett først skal være kort tid før hovedforhandling.

Flertallet og mindretallet er enige om at det må gjelde unntak fra innsynsretten for sakstyper som skal behandles for lukkede dører, når det føres bevis som er underlagt taushetsplikt osv. Det vises til lovutkastet §§ 18-3 og 18-4.

Ved begjæringer om innsyn vil retten i atskil- lig utstrekning måtte vurdere om bevis er underlagt regler om taushetsplikt. Slike vurderinger kan være vanskelig og arbeidskrevende å foreta. I tillegg må det bygges inn en viss sikkerhetsmargin. Skulle retten senere komme til at noe er et dokumentbevis om forretningshemmelighet som skal behandles for lukkede dører, vil skaden allerede være skjedd om det på et tidligere stadium er gitt innsyn i beviset. Retten vil ha et bedre grunnlag for å ta stilling til dette under hovedforhandlingen enn under saksforberedelsen. Også hensynet til domstolens arbeidsbelastning tilsier at avgjørelsen av slike spørsmål bør kunne utstå. Det vil da også være lettere å håndtere innsynsspørsmålene og en eventuell sikkerhetsmargin. Det vises til lovutkastet § 18-5.

I den andre enden av tidsskalaen oppstår spørsmålet om hvor lenge innsynsretten skal bestå. Tredjepersoners interesse for saken kan fortape seg fort etter at den er rettskraftig avgjort og rent praktisk vil derfor innsynsretten ha mindre betydning i saker som for lengst er avsluttet. Personvernhen- syn vil også ha økende vekt etter hvert og tilsi at

materialet i for lengst avsluttete saker gjøres noe tyngre tilgjengelig enn i verserende saker. Det er etter utvalgets syn uheldig om man for eksempel ved å søke på en persons navn på Internett automatisk skal kunne få opp detaljert materiale om vedkommende i tvistesaker som ligger langt tilbake i tid.

Lovteknisk antar Tvistemålsutvalget dette bør løses ved at selve innsynsretten ikke gjøres tidsmessig begrenset etter at en sak er avgjort. Når noe tid er gått etter at det foreligger en rettskraftig avgjørelse, bør imidlertid saksdokumentene mv. fjernes fra den delen av domstolens saksbehandlingssystem som er åpen for enhver (den Internett-tilknyttede delen av saksehandlingssystemet). En passende tidsramme her kan kanskje være et halvt år etter rettskraftig avgjørelse. Fra samme tid bør det vurderes om rettens avgjørelse bare skal være tilgjengelig fra domstolen via Internett i anonymisert form. I prinsippet vil dette altså fortsatt være offentlig tilgjengelig, men det vil være noen mer bebyrdende for en tredjeperson å få innsyn i praksis. Disse spørsmålene bør løses i den forskrift det er gitt hjemmel for i lovutkastet § 18-7.

## 22.4 Anonymisering av rettens avgjørelser – behov for endringer i domstoloven?

I den danske retsplejeloven § 473 er det en bestemmelse om at retten kan bestemme at offentlig gjengivelse av dommen skal skje i anonymisert form. Bestemmelsen gjelder bare for saker om administrativ frihetsberøvelse.

Vår domstollov bruker ikke uttrykket «rettsbok». Reglene i domstoloven kapittel 7 er knyttet til «rettsmøter» og «rettsavgjørelser», både slik de tidligere var utformet og slik de lyder etter at lovendringen av 4. juni 1999 nr. 37 (kildevern mv.) trådte i kraft. Spørsmålet om offentlig gjengivelse av rettslige avgjørelser og rettsbøker er i dag regulert i den nye bestemmelsen i domstoloven § 130. Bestemmelsen lyder slik:

«Retten kan forby at hele eller deler av en rettsavgjørelse gjengis offentlig hvis

a. hensynet til privatlivets fred eller fornærmedes ettermæle krever det, eller

b. etterforskningshensyn krever at en kjennelse eller beslutning avsagt i en straffesak utenfor hovedforhandling ikke blir offentlig gjengitt.

Forbudet gjelder til retten beslutter at det skal oppheves. Forbud etter bokstav a gjelder ikke en domsslutning så langt den kan gjengis uten å røpe noens identitet. Enhver kan påkjære et forbud eller en nektelse av å oppheve et forbud etter leddet her.

Retten kan forby at rettsavgjørelser gjengis offentlig før avgjørelsen er meddelt partene. Slikt forbud gjelder likevel ikke for lengre tid enn to uker etter avsigelsen av rettsavgjørelsen.

I saker etter ekteskapsloven eller barneloven og i saker mellom ektefeller eller fraskilte om fordeling eller tildeling av formuen, kan rettsavgjørelser bare gjengis offentlig i anonymisert form. Det samme gjelder i tilsvarende saker mellom personer som er eller har vært samboere. »

Denne bestemmelsen går vesentlig lenger enn den danske loven ettersom offentlig gjengivelse kan forbys helt eller delvis for alle typer saker dersom vilkårene i bokstav a eller b (lite praktisk i sivile saker) er oppfylt.

Det som ikke er dekket i den nye bestemmelsen i domstoloven § 130, er adgangen til å anonymisere avgjørelser i tilfeller der det ikke er snakk om offentliggjøring. Det er heller ingen direkte hjemmel for slik anonymisering i tvistemålsloven § 135, som på dette punkt er foreslått videreført. EMK artikkel 6(1) vil trolig sette grenser for hva som eventuelt kunne vært bestemt om dette. Forholdet til EMK er kort omtalt i Ot.prp. nr. 55 (1998-99) side 42.

Det følger nå av tvistemålsloven § 135 annet ledd, og den foreslåtte bestemmelsen i § 18-3(1) at utskrift av avgjørelser eller rettsbøker kan nektes når «det gjelder forbud mot offentlig gjengivelse». Slikt forbud kan retten nedlegge med hjemmel i domstoloven. I bemerkningene til endringen i § 128 heter det at

«Bestemmelsen innebærer blant annet at domsgrunner etter forholdene kan besluttes hemmeligholdt, også utenfor de tilfeller der offentlig gjengivelse kan forbys etter forslaget til ny domstollov § 130. Ved hemmelighold forbys ikke bare den offentlige gjengivelse, men alle former for gjengivelse, også den helt private og muntlige», Ot. prp. nr. 55 (1997-98) side 68 andre spalte.

Tvistemålsutvalget kan etter dette ikke se at det skulle være behov for noen ytterligere hjemmel i tvisteloven om anonymisering av rettens avgjørelser.

## Kapittel 23

# Tvisteloven og moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT)

### 23.1 Bakgrunn og problemstilling

Det er langt på vei selvsagt at en ny tvistelov må være tilpasset moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT).

Det er fra regjeringen en uttalt målsetting at «... elektronisk kommunikasjon og bruk av nett som infrastruktur for samhandling skal bli like akseptert, tillitvekkende og ha samme juridiske holdbarhet som tradisjonell skriftlig kommunikasjon og dokumentasjon» (St. meld. nr. 41 (1998-99) om «Elektronisk handel og forretningsdrift»). Et av de viktigste oppfølgingstiltakene er regjeringens beslutning om å pålegge alle departementer å gå igjennom regelverket i de respektive sektorer, med sikte på å avdekke og endre regler som unødvendig hindrer elektronisk kommunikasjon. Dette prosjektet – kartleggingsprosjektet – omtales kort nedenfor.

Det ville imidlertid være for snevert bare å drøfte bruk av elektronisk kommunikasjon. Moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi omfatter atskillig mer enn bare fjernkommunikasjon mellom parter og retten. Blant annet åpner moderne teknologi nye muligheter for å hjelpe mennesker med ulike former for funksjonshemninger til å delta i muntlige rettsmøter og gir et bedre verktøy for aktiv saksstyring. Teknologien gir også vesentlige bedre praktiske muligheter for allmennhetens innsynsrett i de offentlige delene av prosessmaterialet, rettens avgjørelser mv.

### 23.2 Kort om ulike måter moderne IKT kan anvendes på i rettspleien

#### 23.2.1 Innledning

I det følgende gis en kort beskrivelse av hvordan moderne teknologi kan anvendes ved behandlingen av tvistesaker. Fremstillingen er på ingen måter uttømmende. Hensikten er bare å gi et inntrykk av en del praktiske viktige områder der teknologien kan bidra til at saksbehandlingen blir mer hensiktsmessig enn uten denne teknologien. Beskri-

velsen dekker langt på vei teknologi som i dag blir anvendt praktisk på forskjellige steder i verden, og som er det «landskapet» som vil prege rettsvesenet de første årene etter at tvisteloven trer i kraft. Breder omtale av hvordan moderne teknologi vil påvirke rettsvesenet i årene fremover er beskrevet i mange bøker og artikler. Et standardverk på feltet har vært Richard Susskinds, *The Future of Law*, Oxford University Press, 1996. Boken gir fortsatt en god oversikt.

Beskrivelsen nedenfor følger kronologien i behandlingen av en rettsstvist. Inndelingen innebærer ikke at teknologi som omtales et sted er uavhengig av det som omtales i andre avsnitt. For eksempel er det grunn til å regne med at systemer for elektronisk kommunikasjon og saksstyring kan være ett integrert system. Mens mange land har prioritert innsatsen på ett område, for eksempel elektronisk kommunikasjon eller saksstyringssystem, har man i Østerrike satset på et stort, helhetlig prosjekt.

#### 23.2.2 Kommunikasjon mellom parter og domstoler og mellom forskjellige domstoler

Elektronisk kommunikasjon mellom partene og mellom partene og domstolene kan foregå på forskjellige måter. Den mest utbredte formen i dag er bruk av e-post. Også andre former er aktuelle. Det kan for eksempel være praktisk at parten selv sørger for at de nødvendige opplysningene om saken – som navn og adresse på parter og prosessfullmektiger og sakstype – registreres i domstolens saksbehandlingssystem ved å koble seg direkte inn på systemet. Dette kan kalles for en «interaktiv» løsning og kan baseres på vanlig internetteknologi. I engelsk terminologi brukes gjerne uttrykket «electronic filing» eller bare «e-filing». Tvistemålsutvalget er ikke kjent med om det er utviklet noe godt norsk uttrykk for dette og utvalget bruker derfor bare det litt vage uttrykket elektronisk kommunikasjon om dette. I en lovgivning som skal legge rammer for tillatt bruk av elektronisk kommunikasjon er det

viktig at man ikke begrenser rammene bare til e-post.

Elektronisk kommunikasjon vil også være praktisk viktig mellom domstoler i forskjellige instanser. Kjæremål over prosessledende avgjørelser er i dag forsinkende, selv om kjæremålet ikke har oppsettende virkning, blant annet ved at selve saksmappen sendes fra den underordnede domstolen til kjæremålsinstansen. Postgangen tar tid og i tillegg mister den underordnede domstolen, som har selve hovedsaken, de dokumentene den trenger for å drive saken videre mens kjæremålet behandles. Den siste virkningen kan unngås med kopiering av dokumentene, men det er på den annen side både kostnads- og arbeidskrevende.

Med elektroniske saksdokumenter vil man unngå slike forsinkelser. En viss tidsmessig besparelse – selv om den nok har liten praktisk betydning – vil også kunne oppnås ved elektronisk oversendelse av saksdokumentene ved anke over dommer.

Kommunikasjonssynspunktet har et videre perspektiv enn det som bare gjelder partene og retten i den enkelte sak. Allmennhetens informasjon om og innsyn i domstolenes virksomhet er også et viktig aspekt der moderne teknologi gir nye former for tilgjengelighet. Mange domstoler har etter hvert etablert sine egne hjemmesider på Internett med opplysninger om domstolen, saksehandlingsregler og -rutiner, berammelseslister, avsatte avgjørelser osv. Ved utformingen av slike hjemmesider er det naturlig å legge vekt på tilgjengelighet, om det er enkelt å finne frem, opplysningsverdi osv.

En rekke eksempler på slike hjemmesider med en høyst uoffisiell kåring av beste hjemmeside kan man finne på nettstedet [www.ctc7.net/live/sites/winners.html](http://www.ctc7.net/live/sites/winners.html).

### 23.2.3 Saksstyring – «case management»

Et hovedelement i den nye tvisteloven, som også går igjen i reformarbeid med sivilprosessen andre steder i verden, er aktiv saksstyring. Det vises til lovutkastet § 5-5.

Et vesentlig verktøy for retten når den skal utøve aktiv saksstyring er et saksstyringssystem. Det er ikke noe prinsipielt forskjellig fra et saksbehandlingssystem, som allerede er velkjent i en nokså enkel form i det saksbehandlingssystemet man har i tingrettene og lagmannsrettene. Høyesterett har sitt eget saksbehandlingssystem som ble tatt i bruk fra 1. januar 2000. Dette omtales kort i II.23.4.1.1 nedenfor.

Enkle saksbehandlingssystemer, som det nåværende i tingrettene og lagmannsrettene, gir

en viss administrativ hjelp ved produksjon av standarddokumenter i sakene osv. Systemet gir imidlertid liten støtte til saksfremdrift. Mer moderne saksstyringssystemer har naturligvis også innebygget produksjon av standarddokumenter mv. I tillegg har moderne saksstyringssystemer en rekke andre muligheter og egenskaper. Saksstyringssystemet skal inneholde de nødvendige opplysninger om saken til enhver tid, blant annet med dokumentliste, hvilke frister som er satt osv. I forbindelse med saksstyringsmøter, jf. lovutkastet § 9-4, kan man oppnå betydelige besparelser hvis de avgjørelsene som treffes om saksbehandlingen samtidig blir registrert i saksstyringssystemet. Et moderne saksstyringssystem kan, og bør nok også, ha et videre anvendelsesområde enn bare den enkelte domstol og fungere på tvers av domstolnivåene.

Et saksstyringssystem er også av stor betydning ved henvendelser fra allmennheten om rettsaker. For verserende saker vil systemet til enhver tid vise hvor langt saksbehandlingen har kommet og hvem som eventuelt har saken til behandling.

Selve saksmappen, slik vi kjenner den i dag, vil nok etter hvert bli erstattet av en rent elektronisk versjon. Det vil gi klare fordeler der prosessledende avgjørelser bringes oppover i systemet. Ankesdomstolen vil da få en elektronisk versjon av saksdokumentene som er nøyaktig lik den underinstansen har, men underinstansen vil fortsatt også ha alle dokumentene og har dermed stadig det nødvendige materialet for aktiv saksstyring.

## 23.2.4 Gjennomføring av rettsmøter

### 23.2.4.1 Innledning

Moderne teknologi vil kunne endre måten rettsmøter gjennomføres på. Det gjelder for det første den situasjonen at det er personer som ikke er i stand til å være til stede i et tradisjonelt møte, som følge av reiseavstand/kostnader ved reise, tvungne opphold på et annet sted (sykehus, institusjon) osv. Andre, som nok ville hatt anledning til å møte frem, kan for eksempel på grunn av en funksjonshemning, reelt sett bare ha en begrenset deltakelse i rettsmøte. Typisk kan det gjelde personer med ulike grader av hørselshemninger eller synshemmede. Som følge av økende antall fremmedkulturelle og internasjonalisering vil språkbarrierer – som må avhjelpes ved bruk av tolk – bli en stadig mer merkbar faktor i den sivile rettspleien. Moderne teknologi vil kunne bidra til at rettsmøter med bruk av tolkning kan avvikles smidigere enn det gjøres i dag.

#### 23.2.4.2 *Rettsmøter under saksforberedelsen – fjernmøter*

Med fjernmøter menes møter der partene ikke befinner seg på det samme fysiske stedet. Kommunikasjonen skjer da enten via telefon, som videokonferanse over telefonlinje eller over et nett, for eksempel Internett. Stikkordmessig kan dette kalles fjernmøteteknikk.

Fjernmøte i form av telefonkonferanse, er ikke prinsipielt forskjellig fra de fjernavhør av parter og vitner som det allerede er hjemmel for både i sivile saker og i straffesaker. Det er mer snakk om en gradforskjell. På samme måte er det ingen egentlig prinsipiell forskjell mellom telefonkonferanse og videokonferanse. Videokonferansen, som både formidler lyd og bilde, vil imidlertid kunne gi bedre kommunikasjon mellom møtedeltagerne enn bare lydoverføring.

I III.17, om rettsmøter, drøftet Tvistemålsutvalget mer i detalj hvilke typer rettsmøter og kontakt mellom retten og partene som bør kunne skje i fjernmøte. Det tilføyes at utvalget har gjennomført et av utvalgsmøtene som fjernmøte for selv å ha et inntrykk av hvordan en slik møteform fungerer.

Nokså generelt må det kunne sies at de fleste saksforberedende møter bør kunne avvikles som fjernmøter, med mindre det har vesentlig betydning, for eksempel for å oppnå et gunstig forhandlingsklima eller for å oppta en forklaring, at partene møter opp på rettsstedet. Fjernmøter er en klart bedre form for kommunikasjon mellom retten og partene i saksforberedelsen for å avklare behandlingen av saken enn at dommeren enkeltvis snakker med hver av prosessfullmektigene på telefon.

Når det blir snakk om å avgi forklaringer til bruk i saken, kan det være større ulemper med å benytte fjernmøteteknikk. Det kan bli vanskeligere å danne seg et inntrykk av riktigheten av forklaringen. Videre må man ha saksbehandlingsregler som sikrer kontroll med partens eller vitnets identitet, for eksempel ved at forklaringen skjer fra et offentlig kontor. Det vil også støtte opp under solennitetshensynet – dvs. at forklaringen avgis under slike former at det understreker betydningen av at den forklaringen som gis er fullstendig og sannferdig.

Det kan tilføyes at i England og Wales brukes videokonferanser i stor utstrekning ved rettslig behandling av fengslingsbegjæringer, i stedet for at siktede fremstilles for dommeren. Om det er en ubetinget heldig utvikling kan det være grunn til å diskutere. Dette er en straffeprosessuell problemstilling og utvalget går ikke nærmere inn på den.

#### 23.2.4.3 *Parter og vitner som ikke ellers ikke kan møte*

Reiseavstander og andre avtaler kan gjøre at parter og vitner er forhindret fra å reise til rettsstedet og være tilgjengelige der når de skal avgi forklaring. Om det ikke er snakk om en absolutt hindring kan det likevel være hindringer som er såpass tungtveiende at man ikke med rimelighet kan kreve at parten eller vitner skal møte, for eksempel på grunn av omkostningene eller andre oppofrelser.

I slike situasjoner har fjernmøteteknikk et betydelig potensial. I stedet for et bevisopptak kan forklaringen avgis direkte, med mulighet for retten og partene til å stille oppfølgingsspørsmål. Bruk av fjernmøteteknikk for å avgi forklaringer er behandlet i lovutkastet § 24-10 om fjernavhør. Både hensynet til bevisvurderingen og solennitet tilsier at det ikke kan være helt fritt frem for bruk av fjernavhør. Hovedregelen må fortsatt være at parten eller vitnet skal avgi forklaring direkte for den dømmende rett. Sammenholdt med et bevisopptak fremstår imidlertid fjernavhør oftest som en langt bedre måte å føre beviset på.

#### 23.2.4.4 *Funksjonshemmete*

Moderne teknologi kan hjelpe personer med ulike former for funksjonshemning slik at de kan delta mer fullverdig i den utvekslingen av informasjon som foregår i et rettsmøte, enten det er som dommer, prosessfullmektig, part eller vitne. Tilrettelegging for rullestolbrukere har stått på dagsorden i mange år allerede. Egentlig bør det være like selv sagt at rettslokaler tilrettelegges for syns- og hørselshemmete.

Moderne teknologi kan tilby mange ulike løsninger som avhjelper et bredt spekter av funksjonshemninger. Såkalt «real-time court reporting» er et eksempel på en høyteknologiløsning som kan avhjelpe hørselshemninger. Teknikken ligger foreløpig best til rette for bruk i rettssystemer der man har rettsreferenter. Det finnes ulike tekniske måter å gjennomføre dette på. Selve resultatet består i at rettsreferatet umiddelbart blir skrevet ut på en skjerm. Den hørselshemmete kan dermed med en gang lese hva som blir sagt. En lavteknologiløsning – for personer som ikke er helt uten hørsel – er infrarød hørselshjelp. Tradisjonelle metoder, som døvetolk og lesing på leppene, vil ikke være tilstrekkelige der det ikke er fri sikt mellom de(n) hørselshemmete og den som tolker, når det er flere personer som snakker på en gang eller når tale er kombinert med en visuell presentasjon som også krever at den hørselshemmete skal se i en bestemt retning.



Twistemålsutvalget er kjent med at slik mer moderne teknologi – med samtidig utskrift av et referat på skjerm – har vært anvendt i Norge i enkelte saker. Utstyr har vært lånt ved lokale hjelpemiddelsentraler. Noen utbredt bruk er utvalget ikke kjent med at det har vært.

Synsdefekter finnes i mange forskjellige grader, og løsningene for å avhjelpe dem vil variere avhengig av funksjonsnivå. Noen ganger vil det helt enkle, at vedkommende plasseres så nær som mulig, være tilstrekkelig. Men for mer alvorlige synshemninger kan moderne teknologi gi nyttig hjelp. Dokumentkameraer, sammen med forstørrelsesskjermer eller -programmer, kan gjøre en svaksynt i stand til å lese dokumenter som vedkommende ellers ikke ville kunnet lese. Blinde kan hjelpes ved andre teknikker. Utskrifter i Braille, dvs. blindeskrift/punktskrift, eller et lydopptak av det som er dokumentert kan være en mulighet. For grafiske presentasjoner, figurer, kart og enkle bilder, finnes det skrivere som kan prege det på et papir slik at man kan få et inntrykk av dem ved å føle med fingrene. Ytterligere en mulighet er programmer og maskinvare som konverterer skriftlige dokumenter til tale.

Hvis en person både har hørsels- og synshemninger kan man tenke seg en samtidig utskrift på en skjerm med punkter som kan leses i Braille.

For en mer utførlig redegjørelse om disse spørsmålene kan det blant annet vises til artikkelen «Managing Disability in the Courtroom» av Mark Greenspan. Artikkelen kan lastes ned fra nettstedet [www.ctc7.net](http://www.ctc7.net).

#### 23.2.4.5 Fremmedspråklige – tolkning

For personer som ikke snakker eller forstår rettspråket kommer man i overskuelig fremtid ikke utenom bruk av tolk. Det som sies og dokumenteres må simultanoversettes. Som påpekt ovenfor vil innslaget av ulike språk i rettsaker sannsynligvis øke i årene fremover.

Tolkning kan være et kompliserende moment ved gjennomføring av rettsmøter. Hvis det bare er én tolk og flere som skal høre oversettelsen til fremmedspråket, vil fremdriften forsinkes vesentlig ved at det meste som sies må gjentas én gang i alles påhør. For mer sjeldne fremmedspråk vil det kunne være vanskelig å få tak i en kvalifisert tolk utenom større tettsteder. Det er nok ikke først og fremst moderne datateknologi som vil gjøre bruk av tolkning mer smidig. Fra internasjonale fora, som FN og EU-domstolen, er det velkjent med bruk av tolker som ikke deltar i selve møtesalen, men tolker fra sin plass som kan være i tilknytning til

møtesalen eller et annet sted. Tolken får overført lyden fra møtet og gir sin oversettelse simultant. Tolkens oversettelse er tilgjengelig via et hodetelefonsett. Tilsvarende metoder må vurderes i rettsvesenet her hjemme.

#### 23.2.4.6 Dokumentasjon av de forklaringene som gis

I de aller fleste land har man regler som skal sikre dokumentasjon av innholdet i de forklaringer som gis i rettsmøter. I Norge har vi ikke hatt noe påbud om det, men kun hatt regler om dokumentasjon av selve saksbehandlingen til rettsboka. Det vises til nærmere redegjørelse i III.17.

Den vanligste måten å sikre dokumentasjon for innholdet i de forklaringer som gis, har vært en rettsreferent som har skrevet et stenografisk referat fra forhandlingene. En mer moderne måte å gjøre dette på er at det stenografiske referatet umiddelbart skrives ut i fulltekst på en skjerm. I engelsk terminologi kalles dette «real-time court reporting». Det gir retten og partene mulighet for å kontrollere at referatet blir riktig. Selve transformeringen fra stenografi til fulltekst skjer automatisk. Man sparer dermed noe arbeid sammenholdt med et stenografisk referat som deretter blir manuelt skrevet fullstendig ut. Men dette er likevel en arbeidskrevende metode fordi den krever at man har en rettsreferent til stede under hele rettsmøtet.

Det finnes i dag datamaskiner og -programmer som er i stand til å konvertere lyd til tekst. Dette kalles for «tale-til-tekst-funksjon». Det er rimelig å regne med at dette vil videreutvikles og forbedres betydelig innen den nærmeste fremtiden. Slike systemer må utvikles for hvert enkelt språk. Videre må man i dag gjennom en «innlæringsprosess» der maskinen lærer seg til å forstå den som snakker på riktig måte før resultatet blir tilfredsstillende. Tale-til-tekst-funksjon for norsk språk er nok ikke like velutviklet som på engelsk, men gode norske systemer er trolig ikke så langt unna. Den vesentligste ulempen med systemene er innlæringsprosessen. Det er til hinder for at man kan basere dokumentasjonen på et slikt system alene. Systemet vil per i dag ikke være i stand til å konvertere tale til tekst for personer som den ikke er opplært til å forstå. Det kan nok være rimelig å regne med at systemene vil forbedres slik at de etter hvert vil kunne konvertere tale på en tilfredsstillende måte uten forutgående innlæring mellom maskinen og den konkrete personen, og uavhengig av målform og dialekt. Men dette ligger nok fortsatt et godt stykke frem i tid.

På det nåværende tidspunkt er «tale-til-tekst-funksjon» altså bare velegnet for å sikre dokumen-

tasjon av forklaringer når det som skal skrives ned er diktat fra én person som maskinen er opplært til å beherske. I rettsystemer der man bruker en rettsreferent fungerer dette ved at referenten kontinuerlig dikterer det som blir sagt til maskinen. Det kan også fungere i rettsmøter der dommeren dikterer et utdrag av forklaringene til protokollen, for eksempel ved pådømmelse i forhørsrett.

Dokumentasjon kan imidlertid godt skje uten at det resulterer i en utskrift eller fulltekst-versjon av forklaringene. Lyd- eller videoopptak vil være fullgod dokumentasjon. Her finnes det etter hvert driftssikre løsninger som er enkle å betjene. Bruk av digitale lagringsmedier som CD-rom har stor kapasitet. Når opptak skjer digitalt er det enkelt å legge inn «bokmerker» fra rettsboka i opptaket. Man kan dermed enkelt hoppe fra et sted i rettsboka, for eksempel der det fremgår at vitnet NN avga forklaring, til det sted i opptaket NN forklarer seg.

### 23.2.5 Systemer til hjelp ved avgjørelse av saken – beslutningsstøttesystemer

Beslutningsstøttesystemer er, som navnet sier, systemer som skal bistå retten når den skal treffe avgjørelsen. I engelsk terminologi kalles dette for «judicial decision support systems».

Et beslutningsstøttesystem hjelper retten å finne frem til det relevante rettskildematerialet. Igjen blir det mer snakk om en gradsforskjell enn en prinsipiell forskjell sammenliknet med verktøy mange allerede er fortrolige med å bruke, som for eksempel Lovdatas søkbare database med lovtekst, forskrifter og rettslige avgjørelser.

Beslutningsstøttesystemer har et opplagt og betydelig potensial ved avgjørelse av likeartete saker, som for eksempel straffutmåling i straffesaker. Retten vil – ved å punche inn de faktiske forholdene den mener er relevant ved domsfastsettelsen – raskt kunne finne frem til sammenliknbare avgjørelser og eventuelle prejudikater. Det understrekes her at det med likeartete saker menes mer enn bare å finne frem til andre saker som gjelder samme straffebud og for eksempel samme kvantum narkotika eller samme underslåtte beløp.

Det er ikke opplagt at potensialet i sivile saker er like stort, i alle fall ikke foreløpig. Antall likeartete saker er lavere enn for straffesakene.

Selve avgjørelsen vil alltid ligge hos retten. Det er ikke maskinen eller systemet som avgjør hva utfallet skal bli. Så langt er det også tatt som en selvfølge at det er retten som bestemmer hvilket faktum som skal legges til grunn. Beslutningsstøttesystemet er ikke involvert i bevisbedømmelsen.

Det ble holdt en internasjonal konferanse om beslutningsstøttesystemer i Oslo i 1999. For en bredere omtale av emnet vises det til innleggene fra konferansen som er trykket i *International Journal of Law and Information Technology*, volume 6, number 2, sommer 1998.

## 23.3 Kort om stillingen i enkelte andre land

### 23.3.1 Innledning

Å gi noen fullstendig oversikt over bruken av moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi i utlandet lar seg ikke gjøre innenfor rammene av Tvistemålsutvalgets arbeid. Enkelte særtrekk fra andre land har imidlertid krav på interesse for det norske rettsvesenet. Noen slike punkter omtales nedenfor.

Fremstillingen nedenfor er hovedsakelig basert på opplysninger som ble gitt under konferansen Court Technology Conference (CTC 7) i Baltimore, USA, fra 14. til 16. august 2001. Innleggene på konferansen er tilgjengelige på [www.ctc7.net](http://www.ctc7.net).

### 23.3.2 Europa

#### 23.3.2.1 Innledning

Nokså gjennomgående kan det sies at Europa har kommet ganske langt når det gjelder moderne saksstyringssystemer, fjernmøteteknikk og beslutningsstøttesystemer. Elektronisk kommunikasjon av prosessmateriale mellom parter og domstoler og mellom domstoler på ulike nivåer er derimot kommet vesentlig kortere enn for eksempel i USA. En mer utførlig redegjørelse er gitt i artikkelen *ICT in European Justice Systems: Critical Issues and Trends*, av Marco Fabri og Richard Woolfson. Artikkelen er tilgjengelig på nettstedet til CTC 7.

#### 23.3.2.2 Sverige

Et særtrekk ved rettsvesenet i Sverige har vært bruken av opptak under hovedforhandlingene. Det vanlige i andre land har vært bruk av rettsreferenter. Ved hovrättenes vurdering av om det skal gis «provningstilstand» har ankesilingsutvalget blant annet spilt av båndene. I tillegg har båndene blitt brukt under selve ankeforhandlingen. Tvistemålsutvalget mottok en del erfaringer om bruken av lydopptak fra dommere i Svea Hovrätt på utvalgets studietur til Stockholm i 1999. Ved bruk av analoge

opptak har bruken av lydopptak for hovrätten både vært tidkrevende – ikke minst å finne frem til de delene av opptaket som det er av betydning å spille av – og varierende lyd kvalitet har nok til en viss grad gjort det vanskelig å få tak i alle enkelthetene i forklaringene. Muligheten til raskt å finne frem til den relevante delen av opptaket vil bli bedret vesentlig ved bruk av digitale opptak og «bokmerker».

En mer utførlig redegjørelse for den svenske bruken av lydopptak er gjort i en avhandling av stud. jur Nanna Aaby, *Hva ble sagt i førsteinstansen?*, Universitetet i Oslo, 2000.

En prøveordning med videokonferanser i domstolene ble iverksatt fra 1. januar 2000. Erfaringene er lovende. Det er redegjort nærmere for prøveordningen i Domstolsverkets rapport DV 2001: 3, *Førsøksverksamhet med videokonferens i rättegång – delredovising*. Fra sammendraget i rapporten hitsettes:

«Under år 2000 har DV fått rapporter om att totalt 77 personer har deltagit vid förhandlingar genom videokonferens. Den övervägande delen av förhandlingarna med videokonferens har varit huvudförhandlingar i brottmål. I princip samtliga kategorier av aktörer som förekommer i brottmål har deltagit genom videokonferens. De flesta som deltagit genom videokonferens har infunnit sig vid en annan försöksdomstol, men deltagande har även skett från åklagarkammare samt från annan lokal vid den domstol där förhandlingen äger rum. Initiativen till videokonferens har ibland kommit från rätten och ibland från de olika aktörerna i målen.

Førsöksdomstolarna är av den uppfattningen att användningsfrekvensen kommer att öka i takt med den geografisk spridningen av utrustningar. De är positiva till de möjligheter som finns med videokonferenstekniken och anser att lagstifningen bör permanentas. Flere försöksdomstolar har dock haft tekniska problem och har poängterat att tekniken bör förbättras ytterligare. DV arbetar med att finna orsaker till de tekniska problem som förekommer samt lösningar på dem.

DV gör, när försöksperioden nu har pågått drygt ett år, den bedömningen att många fördelar är att vinna med att använda videokonferens i rättegång både när det gäller effektivitetsaspekter och ökat tillgänglighet till domstolarna. Lagstifningen bör efter försöksperioden permanentas och videokonferenstekniken bör successivt införas i samtliga allmänna domstolar.»

### 23.3.2.3 Storbritannia

I England og Wales brukes videooverføring i stor utstrekning. Blant annet ved behandling av fengs-

lingsbegjæringer i stedet for fremstilling av siktede. Som hos oss brukes videoopptak også ved forklaringer fra barn i sedelighetssaker og liknende.

En viktig premiss ved sivilprosessreformen i England og Wales var en betydelig opprustning av domstolene på IKT-siden. Woolf-rapporten forutsatte at domstolene skulle ha adekvate saksstyringssystemer. Det har tatt tid å få dette på plass, og det er mulig det har redusert den kortsiktige virkningen av reformen. I Court of Appeal har man nå et saksstyringssystem som kalles for RECAP. Utvalget fikk demonstrert dette på sin studietur til London i juni 2001. Systemet er ennå ikke innført i High Court eller County Courts. Systemet ser ut til å likne mye på saksbehandlingssystemet som er tatt i bruk av Høyesterett her hjemme.

Høyesterett i Skottland har et meget avansert beslutningsstøttesystem. Systemet brukes bare i straffesaker.

### 23.3.2.4 Italia

I Italia har man tatt i bruk videoopptak for å sikre innholdet av forhandlingene til rettsboka. Visstnok har slike opptak vært en nøkkelfaktor for å oppnå aksept for bruk av «video-depositions» – dvs. vitneforklaringer avgitt på et tidlig stadium av etterforskningen – i saker mot mafiaen.

Italia ser ut til å være blant de land i Europa som bruker forholdsmessig størst midler på forskning og utvikling av moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi til bruk i rettsvesenet. Trolig er det en erkjennelse av at man ikke får bukt med de nåværende restanser og lange saksbehandlingstid i det italienske rettsvesenet ved å fortsette med den typen saksbehandling man har i dag.

### 23.3.3 USA

Det er neppe mulig å gi noen generell oversikt over situasjonen i USA. Selve regelverket – rammen for behandling av saken og i hvilken grad det åpner for bruk av moderne teknologi – varierer mellom føderale og statlige domstoler. For de statlige domstolene er det store variasjoner fra stat til stat. En viss koordinering mellom domstolene i de forskjellige delstatene foregår likevel i regi av National Center for State Courts (NCSC). Administrasjonen og pilot-/forskningsprosjekter for de føderale domstolene skjer i regi av Federal Judicial Center i Washington D.C.

Courtroom 21 er etablert som et samarbeidsprosjekt mellom NCSC og College of William & Mary i Williamsburg, Virginia. Trolig er dette et av de mest avanserte rettslokalene i verden, om

ikke det mest avanserte. Formålet med prosjektet er å ligge i forkant av den tekniske utvikling for å vinne erfaringer med hva som kan nyttiggjøres, og på hvilken måte, innenfor rettsvesenet. Hvis man skal studere hva som er teknisk mulig kan dette være et egnet sted å begynne. For mer utførlig informasjon vises til nettstedet [www.courtroom21.net](http://www.courtroom21.net).

Kanskje mer interessant enn hva som er teknisk mulig, er hva som allerede er tatt i praktisk bruk. At teknologien er tatt i bruk, og til dels med gode resultater, gir grunn til å tro den også vil bli tatt i bruk i Norge i forholdsvis nær fremtid.

Enkelte domstoler i USA var blant de aller første til å ta i bruk elektronisk kommunikasjon med partene. The New York Bankruptcy Court, Southern District, innførte regler om at kommunikasjonen med domstolen skulle skje elektronisk i juli 1999. Reglene ble sist revidert 23. august 2001. Disse «Revised administrative procedures for electronically filed cases» kan lastes ned fra domstolens hjemmeside på [www.nysb.uscourts.gov](http://www.nysb.uscourts.gov). Fanebestemmelsen er regel II. A om «electronic filing» Det heter her at «Except as expressly provided in paragraph III below, all motions, pleadings, memoranda of law, or other documents required to be filed with the Court in connection with a case shall be electronically filed on the System.» Det er videre krav om at bilag, som ikke foreligger i elektronisk form, skal scannes før de sendes til retten. De administrative reglene har også bestemmelser om elektronisk forkynnelse.

Et større prosjekt ble iverksatt i New Jersey i 1999, det såkalte JEFIS-prosjektet (Judiciary Electronic Filing Imaging System). Fra den spede starten i Monmouth County, New Jersey, har systemet nå blitt tatt i bruk i hele staten. Kjernen i systemet er overgang til elektronisk kommunikasjon og etablering av elektroniske saksmapper i stedet for papirbaserte saksmapper. Erfaringene så langt tilsier at elektronisk kommunikasjon mellom partene og domstoler har redusert arbeidet med å registrere saksopplysningene vesentlig og har også bidratt til å lette arkiveringen betydelig. Med elektroniske saksdokumenter og saksmapper kan det hele lagres digitalt og behovet for store arkivrom blir mindre. Ved innføringen av systemet har det stort sett vært slik at man både har hatt de elektroniske dokumentene og i tillegg har hatt papirkopier for hånden. Etter hvert ser det ut til at man er på vei bort fra det og vil nøye seg med bare de elektroniske dokumentene. Det ble på CTC 7 opplyst at Monmouth County Special Civil Part er en helt papirløs domstol. Det er egne Pcer for å gi publikum på stedet innsyn i og eventuelt utskrif-

ter av dokumenter i den elektroniske saksmappen.

Flere amerikanske domstoler har lagt arbeid i å utvikle gode hjemmesider for å gi publikum informasjon, både konkret informasjon om de saker som er til behandling eller avgjort og mer generell informasjon om rettsvesenet. For å lette brukertilgangen til rettsvesenet har enkelte domstoler laget elektroniske skjemaer for stevning tilpasset forskjellige sakstyper som er tilgjengelig og kan inngis direkte til domstolen via Internett. Blant flere domstoler som har gjort dette kan det vises til Ninth Judicial Circuit of Florida, [www.ninja9.org](http://www.ninja9.org).

#### 23.3.4 Verden for øvrig

Australia og Singapore er land som har ligget langt fremme når det gjelder å ta i bruk moderne IKT i rettsvesenet. Pilotprosjekter i Australia har ligget omtrent like langt fremme som i USA. I Singapore var man tidlig ute med systemer for elektronisk kommunikasjon. Utvalget har imidlertid ikke funnet grunn til å foreta mer detaljerte undersøkelser om forholdene i disse landene.

Utvalget finner derimot grunn til å påpeke at det også i andre land enn de tradisjonelle industrialiserte landene foregår en spennende utvikling der moderne teknologi tas i bruk. To slike land er Israel og Egypt.

Israel er i ferd med å innføre et system for elektronisk kommunikasjon og saksstyring. Systemet inneholder blant annet elektroniske saksmapper, elektronisk kommunikasjon og tilgang og innsyn for allmennheten (kilde: Artikkel i International Litigation News, July 1999, side 15).

I de siste fem årene har blant annet National Center for State Courts samarbeidet med det egyptiske justisdepartementet for å utvikle og prøve saksstyringssystemer og systemer for elektronisk kommunikasjon. Et forsøksprosjekt har vært gjennomført ved to egyptiske førsteinstans-domstoler. Resultatene så langt tilsier at prosjektet har bidratt til at flere saker blir avviklet, dommernes innsikt i og kunnskap om relevante rettsregler er målbart forbedret, advokatenes inntrykk av domstolene er styrket og selve saksbehandlingen har blitt mer strømlinjet og med bedre innsynsmuligheter for allmennheten.

Prøveprosjektet har blant annet bestått av et saksstyringssystem med elektroniske saksmapper. Prosessmateriale som ikke har foreligget i elektronisk form, har blitt scannet og lagret i denne saksmappen. Man har videre oppnådd en betydelig gevinst i saksbehandlingstiden ved at dommerne fikk Pcer med tekstbehandlingsprogrammer. Den

vanlige fremgangsmåten har ellers vært at dommeren skrev avgjørelsene for hånd. Den ble deretter skrevet ut på maskin. Med redigeringer og rettelser kunne det ta lang tid fra saken ble tatt opp til doms frem til det forelå en utskrevet og undertegnet avgjørelse.

Rettskildematerialet i Egypt har tydeligvis vært vanskelig tilgjengelig tidligere. De fleste dommere har ikke hatt tilgang til oppdaterte lovbøker eller avgjørelser fra ankeinstans. Ved å samle dette materiale i et beslutningsstøttesystem har, naturligvis, dommerne fått et vesentlig bedre grunnlag å treffe sine avgjørelser ut fra. Situasjonen her er imidlertid lite sammenliknbar med forholdene i Norge.

## 23.4 Stillingen i Norge

### 23.4.1 Domstolenes saksbehandlingssystemer

#### 23.4.1.1 Høyesterett

Høyesterett har et forholdsvis moderne system for saksstyring. Det ble tatt i bruk fra 1. januar 2000. Systemet gir god oversikt over relevante opplysninger om saken, herunder parter, dokumentliste, hvilke frister som er satt osv. Rettens egne dokumenter er direkte lenket opp mot dokumentlisten. Ved å klikke på et dokument i dokumentlisten, for eksempel kjennelsen om å henvise saken til behandling i Høyesterett eller utreders notat i saken til kjæremålsutvalget, får man det opp direkte på skjermen.

En del dokumenter er ikke tilgjengelige fra dokumentlisten på denne måten. Det gjelder alle dokumentene unntatt rettens egne. Verken underinstansens avgjørelse eller prosesskriftene er tatt inn i elektronisk form. Per i dag er det heller ikke mulig å innsende dokumenter elektronisk til Høyesterett. Systemet er lukket og ikke tilgjengelig via Internett eller på annen måte.

Høyesterett har en egen hjemmeside på Internett. Det er ingen kobling mellom denne hjemmesiden og saksstyringssystemet. Hvis materiale fra saksstyringssystemet, for eksempel rettens avgjørelser, skal være tilgjengelig på Internett, må noen manuelt gjøre dommen tilgjengelig også der.

#### 23.4.1.2 Tingrettene og lagmannsrettene

Tingrettene og lagmannsrettene har i dag det samme saksbehandlingssystemet. Det ble innført i domstolene tidlig på 1990-tallet. Systemet kan

produsere en del standardbrev og dokumenter i hver enkelt sak, som oversendelsesbrev, brev om berømmelse og innkalling til hovedforhandling osv. Parters og prosessfullmektigers navn og adresse og enkelte andre opplysninger blir registrert, for eksempel hva som er tilsvaksfristen. Dette skjer manuelt ved hver enkelt domstol. Når en sak ankes, må de samme opplysningene skrives inn på nytt i saksbehandlingssystemet i ankeinstansen.

Som påpekt innledningsvis gir systemet liten støtte for saksfremdrift og aktiv saksstyring.

Twistemålsutvalget er kjent med at det er nedsett en arbeidsgruppe for å utvikle et nytt saksbehandlingssystem for domstolene. Gruppen ledes av sorenskriver Nils Dalseide. Systemet går foreløpig under navnet LOVISA eller domstolssystem, og det er allerede inngått en kontrakt om leveranse av det.

Det faller utenfor rammene her å gi noen bredere omtale av dette nye saksbehandlingssystemet. Utvalget nøyer seg med kort å referere Jusdepartementets hovedmål på bakgrunn av den behovsanalysen som er foretatt;

- Domstolssystem skal bidra til god saksbehandling ved domstolene. Det skal sikre effektiv avvikling av domstolenes saker og bidra til å sikre kvaliteten på rettslige avgjørelser.
- Domstolssystem skal erstatte de funksjoner som ligger i dagens EDB-systemer (med unntak av tinglysings-, namssaks- og økonomisystemet).
- Systemet skal gis en rekke nye funksjoner som blant annet å øke service til publikum og tilgjengeligheten til informasjon.
- Domstolssystem skal tilrettelegges for å levere og å motta informasjon fra domstolenes øvrige systemer og aktuelle eksterne aktører, herunder politi- og påtalemyndighet.

Blant annet vil følgende elementer inngå i systemet:

- Journalføring
- Elektroniske dokumenter
- Elektronisk arkiv
- Integrasjon mot Lovdata
- Integrasjon med eksterne registre (Det Sentrale Personregisteret, Foretaksregistret, Kar-nov)

Det er hensikten at det nye saksbehandlingssystemet skal innebære en vesentlig bedre arbeidsstøtte for dommere enn det nåværende saksbehandlingssystemet. Systemet vil bidra til å forenkle dommernes arbeide med å finne rettskilder ved å gjøre disse tilgjengelig i elektronisk form, samt

gjøre informasjon som skal legges inn i dommer og andre avgjørelser elektronisk lett tilgjengelig.

Prosjektet er delt i to leveranser. Hovedleveranse 1 skal leveres i 2002 og hovedleveranse 2 leveres 8. desember 2003. Tvistemålsutvalget er ikke kjent med at det er fastsatt noe bestemt tidspunkt for når dette nye systemet vil være på plass og operativt i tingrettene og lagmannsrettene.

#### 23.4.1.3 Domstolsnett og domstolers nettsteder

Arbeidet med å innføre ny teknisk infrastruktur i domstolene startet i 1999. Gjennom det såkalte infrastrukturprosjektet får de ansatte tilgang til e-post og Internett. Per i dag er domstolene i Oslo Tinghus og syv andre domstoler over på slik ny teknisk løsning. Målsettingen er at alle domstoler skal være over på den nye løsningen i løpet av 2002.

Infrastrukturen til et internt nett til bruk i og mellom domstolene foreligger altså allerede for en del domstoler, og vil innen kort tid favne alle domstolene. Et slikt nett vil gi muligheter til for eksempel å overføre de registrerte opplysningene om en sak og rettens avgjørelse fra underinstansen til ankedomstolen. Disse mulighetene er imidlertid ennå ikke tatt i bruk.

På nettportalen [www.domstol.no](http://www.domstol.no) er det lenker til hjemmesidene til en rekke norske domstoler. Foruten Høyesterett, som er nevnt ovenfor, er det foreløpig to lagmannsretter og ni førsteinstansdomstoler som har egne hjemmesider på Internett. Sidene varierer en del i utforming og tekniske løsninger. Foruten generell informasjon om domstolen, herunder adresse, telefon og faks, er det vanlig med noe informasjon om løpende saker og generell informasjon om rettsvesenet. Foreløpig er det ingen av hjemmesidene som tilbyr for eksempel elektroniske skjemaer for stevning, konkursbegjæring eller liknende.

#### 23.4.2 Tilrettelegging i rettsmøter

Tvistemålsutvalget er ikke kjent med at det foregår spesielle prosjekter eller på annen måte er foretatt noe spesielt for å ta i bruk moderne teknologi til å avhjelpe syns- og hørselshemninger.

En del rettssaler er etter hvert utstyrt med dokumentkameraer som gir mulighet for å få vist et dokument på skjerm eller lerret. Det gir også mulighet for forstørrelse som kan hjelpe svaksynte forutsatt at det er en skjerm eller et lerret som vedkommende kan se. Er det en svaksynt part til stede er det liten hjelp i at dokumentet vises i forstørret form på en skjerm som bare kan ses fra dommerbordet.

Tolkning foregår, så langt utvalget er kjent med, unntaksfritt ved at tolken er tilstede i rettsmøtet.

En prøveordning med lydopptak av hovedforhandling i straffesaker er nylig evaluert. Det ble benyttet forskjellige typer analogt og digitalt opptaksutstyr. Prøveordningen og evalueringen er nærmere omtalt i III.17.

#### 23.4.3 Beslutningsstøttesystemer

Lovdatas tjenester gir gode muligheter for å søke etter relevant rettspraksis. Tjenesten tilbys både på CD-rom og online. Systemet er under kontinuerlig utvikling og brukervennligheten øker. Om man vil kategorisere dette som et beslutningsstøttesystem er kanskje likevel tvilsomt, men det spiller liten rolle.

Lovdatas tjenester må betales av brukeren. De nyeste versjonene av Lovdata, med best brukervennlighet, er ikke tilgjengelige for domstoler som ikke har PCer. Samlet gjør dette at enkelte domstoler ikke gjør bruk av Lovdata.

#### 23.4.4 Kommunikasjon mellom parter og domstoler, og mellom domstoler på ulike nivåer i saksbehandlingen

Som nevnt ovenfor er det ikke tatt i bruk systemer som gir partene anledning til å kommunisere elektronisk med domstolene. Det er riktignok en del domstoler som kan motta e-post, men så langt Tvistemålsutvalget kjenner til er det ingen som aktivt har tilskyndet at prosessdokumenter skal inngis elektronisk eller som arkiverer slikt til bruk ved behandlingen av saken. Forholdene bærer preg av at det ikke er tatt noe initiativ fra domstoler eller domstolsadministrasjon på å få brakt dette inn i bestemte former. I forhold til forvaltningen er bruk av elektronisk post nylig utredet i NOU 2001: 10 Uten penn og blekk. Kommunikasjon med domstolene er ikke særskilt drøftet i utredningen.

Det er i dag heller ikke mulig med elektronisk overføring av de opplysningene som er registrert i en sak fra en domstol til en annen, for eksempel ved anke.

#### 23.4.5 Pågående lovgivningsarbeid, offentlige utredninger mv.

##### 23.4.5.1 Innledning

Nærings- og handelsdepartementet har koordineringsansvaret for regjeringens IKT-politikk. Som nevnt er det en uttalt målsetning fra regjeringen at «elektronisk kommunikasjon og bruk av nett som

infrastruktur for samhandling skal bli like akseptert, tillitvekkende og ha samme juridiske holdbarhet som tradisjonell skriftlig kommunikasjon og dokumentasjon» (St. meld. nr. 41 (1998-99) om «Elektronisk handel og forretningsdrift»).

#### 23.4.5.2 *Analysen av rettsvirkningene av bruk av elektroniske dokumenter*

Lovavdelingen, Justisdepartementet, har avgitt én uttalelse om rettsvirkningene av bruk av elektroniske dokumenter, i brev av 5. mai 1999 til Nærings- og handelsdepartementet. Bakgrunnen var to spørsmål fra NHD, for det første om det er mulig å inngå avtaler elektronisk og for det annet om det er noen forskjell i beviskraft mellom et elektronisk dokument og et papirdokument, selv om de har samme innhold. Hovedsynspunktet i Lovavdelingens uttalelse er at avtaler som er inngått elektronisk er like bindende som avtaler inngått ved tradisjonell skriftveksling, men at elektronisk inngåtte avtaler kan reise større bevisproblemer. Løsningen virker nokså selvsagt der ikke det er påbudt at avtalen må inngås i en bestemt form.

#### 23.4.5.3 *Eksisterende forskriftsregulering*

I Tvistemålsloven § 135 og den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven § 28, slik de lyder etter siste lovendring, er det gitt forskriftshjemmel til å regulere «allmennhetens innsynsrett ved hjelp av informasjonsteknologi». I Ot.prp. nr. 55 (1997-98) er det kun én setning om dette, hvor det presiseres at hjemmelen blant annet gjelder for bruk av Internett. Det ser ikke ut til at de nye reglene om allmennhetens rett til informasjon om berammete saker, jf. domstolloven § 122, er vurdert i forhold til bruk av e-post eller Internett i forarbeidene.

I den nye forskriften om offentlighet i rettspleien (inntatt i rundskriv G-22/2001) er det imidlertid en nærmere regulering av bruk av e-post og nettsteder. Domstolen plikter å utferdige en berammingsliste, som etter forskriften § 6 kan legges ut på åpne og lukkede nettsteder. § 6 tredje ledd bestemmer at navn på parter skal fjernes fra slike nettsteder senest to uker etter at rettsmøtet er avholdt. Forskriften trådte ikraft 1. september, med unntak for § 2 annet punktum og §§ 3 til 6. For disse bestemmelsene er ikrafttredelsestidspunktet foreløpig ikke bestemt.

Forskriften §§ 9 og 11 regulerer gjennomføring av innsynsretten i rettsavgjørelser. I § 9 er det fastslått at gjennomføring av innsynsretten skjer ved at utskrift av rettsavgjørelsen på anmodning sendes «via post, telefaks, elektronisk post eller lignende».

Av bemerkningene til forskriften § 9 fremgår det at Justisdepartementet vil utarbeide et rundskriv om bruk av e-post i domstolene og til retningslinjer for informasjonssikkerhet som vil bli utgitt av Rettsvesenets IT- og fagtjeneste (RIFT).

Publisering av rettsavgjørelser på Internett er regulert i forskriften § 11. Bestemmelsen gir adgang, men ikke plikt, til å gjøre rettsavgjørelser tilgjengelige på åpne og lukkede nettsider. I § 11 siste ledd er det bestemt at uanonymiserte rettsavgjørelser skal fjernes fra åpne og lukkede nettsider innen tre måneder. Det kan likevel gjøres unntak fra dette i sivile saker «som ikke berører forhold av særlig sensitiv karakter.»

#### 23.4.5.4 *»Kartleggingsprosjektet», «eRegelprosjektet» og Tvistemålsloven*

Som nevnt ovenfor besluttet regjeringen at departementene skulle kartlegge bestemmelser i lover, forskrifter og instruksjoner som ikke legger til rette for elektronisk kommunikasjon, det såkalte Kartleggingsprosjektet. Initiativet til og koordineringen av dette arbeidet har skjedd fra Lovavdelingen, Justisdepartementet. Den 15. mars 1999 sendte Justisdepartementet ut brev til samtlige departementer om saken og ga frist for departementene til å gjennomgå de regelverk hvert enkelt departement forvaltet. På bakgrunn av gjennomgåelsen skulle hvert departement utarbeide en rapport som identifiserte lover, forskrifter og instruksjoner som krever eller favoriserer papirbasert kommunikasjon fremfor elektronisk kommunikasjon. I brevet ble blant annet Tvistemålsloven § 262 og § 300 første ledd trukket frem som eksempler på bestemmelser som man må vurdere kritisk. Justisdepartementet fremholder i brevet punkt 3.2 at § 300 trolig må forstås slik at det er et formkrav med et undertegnet papirdokument. I punkt 4, særlig om bevisspørsmål, fremholder departementet at man neppe trenger presumsjonsregler som § 262 for elektroniske dokumenter.

Det ble utarbeidet en prosjektrapport for Kartleggingsprosjektet. Rapporten ble utgitt i august 2000 av Nærings- og handelsdepartementet, publikasjonsnummer K-0628 B. Justisdepartementets egen rapport om regelverk omfattet ikke tvistemålsloven, straffeprosessloven eller prosessreglene. Departementets begrunnelse var at Tvistemålsutvalget allerede var oppnevnt for å foreta en vurdering av Tvistemålsloven og videre at man hadde identifisert et behov for en «viss endring av prosessreglene i tid før ikrafttredelse av ny tvistemålslov».

Den videre oppfølging for å fjerne unødige

hindre for elektronisk kommunikasjon for andre regelverk enn prosesslovene, skjer i regi av det såkalte eRegel-prosjektet. Justisdepartementet sendte 15. januar 2001 ut på høring forslag til endringer i regelverket innenfor sitt ansvarsområde for å fjerne hindre for elektronisk kommunikasjon. Departementet formulerte her konkrete forslag til endringer i en rekke lover. Høringsfristen ble satt til 1. mars 2001. Etter de fastsatte milepælene for prosjektet skulle en samlet Ot.prp. fremmes for Stortinget i august 2001, og endringene tre i kraft 1. januar 2002, sammen med øvrige forskrifter og instruksjoner.

På samme måte som for Kartleggingsprosjektet, var prosesslovgivningen i sin helhet unntatt fra eRegelprosjektet. Departementet påpekte i høringsbrevet at kommunikasjon med domstolene krever helhetlige og praktiske løsninger som må vurderes særskilt. Dette ivaretas av Justisdepartementets domstolavdeling som arbeider med å tilrettelegge for elektronisk kommunikasjon med domstolene. Videre pekte departementet på at Tvistemålsutvalget vurderer aktuelle løsninger for elektronisk kommunikasjon med domstolene i forslaget til ny tvistelov (høringsbrevet side 5).

eRegelprosjektet ble fulgt opp ved Ot.prp. nr. 108 (2000-2001), som ble godkjent i statsråd 31. august 2001.

#### 23.4.5.5 *Den nye loven om finansavtaler, lov av 25. juni 1999 nr. 46*

Den nye lov om finansavtaler av 25. juni 1999 nr. 46, trådte i kraft 1. juli 2000. Etter lovens § 8 er elektronisk kommunikasjon generelt likestilt med tradisjonell skriftlig og papirbasert kommunikasjon. Så vidt Tvistemålsutvalget kjenner til er dette første gang en norsk lov har anerkjent en slik likestilling mellom elektronisk og papirbasert kommunikasjon. Utvalget går for øvrig ikke nærmere inn på finansavtaleloven, men viser til omtalen hos Espen Bergh i Lov og Rett 6/2000 side 326-327.

#### 23.4.5.6 *Lov om elektronisk signatur, lov av 15. juni 2001 nr. 81*

Nærings- og handelsdepartementet sendte 29. februar 2000 ut på høring «Forslag til lov om elektronisk signatur mv». Saken ble fremmet for Stortinget ved Ot.prp. nr. 82 (1999-2000). Loven ble vedtatt 15. juni 2001 og trådte i kraft 1. juli 2001.

En offentlig tilgjengelig rapport «Elektroniske signaturer – Myndighetsroller og regulering av tilbydere av sertifikattjenester», lå til grunn for lov-

forslaget. Det foreligger også en rapport fra en arbeidsgruppe oppnevnt av Nærings- og handelsdepartementet avgitt i november 1998 «Digitale signaturer gir tillit til elektronisk kommunikasjon. Forslag til tiltak for aksept og utbredelse». Tvistemålsutvalget går ikke nærmere inn på disse.

En elektronisk signatur kan sammenliknes med en tradisjonell underskrift og et segl. En elektronisk signatur vil vise hvem som har sendt et dokument og om dokumentet er åpnet eller endret på vei fra avsenderen til mottakeren. Elektronisk signatur kan ha ulike sikkerhetsnivåer.

Loven om elektronisk signatur er basert på et EU-direktiv om elektronisk signatur (dir. 1999/193/EC). Loven regulerer bruk av elektronisk signatur ved å fastsette krav til kvalifiserte sertifikater og utstedere av slike sertifikater, jf. § 1. Loven gir ikke generell rett til å kommunisere elektronisk, men der det stilles krav om underskrift vil alltid bruk av såkalt «kvalifisert elektronisk signatur» oppfylle et slikt krav, så fremt det er mulig å foreta handlingen elektronisk. Det betyr at en slik elektronisk signatur gis samme rettsvirkning som håndskreven signatur. Loven gir adgang til å stille tilleggskrav for kommunikasjon med og i «offentlig sektor», jf. § 5.

Bakgrunnen for § 5 var at EU-direktivet artikkel 3(7) åpner for at det kan stilles supplerende krav til bruk av elektroniske signaturer innenfor offentlig sektor. Slike supplerende krav må være objektive, klare, forholdsmessige og ikke-diskriminerende. Tilleggskrav skal bare stilles i forhold til det aktuelle anvendelsesområdet og de spesielle behov som her gjør seg gjeldende, jf. Ot.prp. nr. 82 (1999-2000) side 50. Loven og direktivet bruker henholdsvis uttrykkene «offentlig sektor» og «public sector». Domstolene er ikke særlig nevnt. Det er vel likevel nærliggende å anta at unntakene i loven og direktivet omfatter domstolene.

Et offentlig utvalg for å utrede bruk av digitale signaturer i elektronisk samhandling, med og i forvaltningen ble oppnevnt 4. februar 2000. Utvalget avga sin rapport 2. mars 2001. Rapporten er trykket som NOU 2001: 10 Uten penn og blekk. Etter mandatet skulle utvalget «utrede innholdet i en policy for offentlig forvaltning på området bruk av digital signatur, dokumentkryptering for konfidensialitetsformål og tilhørende infrastruktur» (NOU 2001: 10 side 13). Utvalget tolket uttrykket offentlig forvaltning i «omtrent samme betydning ... som forvaltningsloven gjør, slik at ethvert organ for stat eller kommune omfattes, samt private rettssubjekter i de tilfellene der de treffer ... enkeltvedtak eller utferdiger forskrifter. Forretningsdrift fra det offentlige er holdt helt utenfor. Det antas at det ikke



er behov for en mer presis avgrensning i denne utredningssammenhengen» (NOU 2001: 10 side 14). Henvisningen til forvaltningslovens anvendelsesområde skaper en viss uklarhet om domstolene er omfattet av utredningen.

Det er inntatt en skisse til forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen i NOU 2001: 10 på side 143 – 144. Skissen er sterkt knyttet til slik saksbehandling som skjer i ordinære forvaltningsorganer og lite tilpasset eventuell anvendelse i domstolene. Tvistemålsutvalget nøyer seg med å påpeke dette, og at det bør klargjøres om unntaket i lov om elektronisk signatur § 5 og tilhørende forskriftsregulering skal omfatte domstolenes virksomhet etter rettspleielovene.

#### 23.4.6 IKT-strategi for domstolene 2002-2005

Domstolavdelingen, Justisdepartementet, har sendt ut IKT-strategi for domstolene 2002-2005 på høring, med frist for bemerkninger til 1. oktober 2001. I dette dokumentet blir det redegjort mer i detalj for påbegynte og tiltenkte prosjekter enn Tvistemålsutvalgets summariske gjennomgåelse ovenfor.

I høringsdokumentet er det angitt en rekke visjoner og mål for domstolenes IKT-status i 2005. Fra oppregningen av mål og visjoner hitsettes:

- Domstolene har moderne IKT-park over hele landet, alle ansatte har tilgang til de samme kontorapplikasjonene.
- Informasjonsteknologien i domstolene oppgraderes og moderniseres i takt med IKT-utviklingen i samfunnet for øvrig.
- Maskinparken i domstolene skiftes ut før utstyret blir utdatert.
- Elektronisk tjenesteyting og saksbehandling i domstolene er en vanlig og akseptert arbeidsmåte i landets domstoler.
- Alle domstolenes ansatte har tilgang til Internett, det er åpent for full kommunikasjon ved elektronisk post.
- Domstolene tilbyr en rekke døgnåpne tjenester og brukerrettet informasjon til publikum via Internett.
- Ansatte i domstolene har tilgang til alle juridiske tjenester fortrinnsvis over Internett.
- De ansattes arbeidssituasjon preges av fleksibilitet og mobile kontorløsninger.

En rekke problemstillinger omtales nærmere. Her skal det kort trekkes frem noen. Når det gjelder bruk av videokonferanser, fjernavhør og virtuelle rettssaker, heter det i høringsbrevet pkt. 2.2.3:

«Fjernavhør av vitner og andre kan i fremtiden foregå ved at vitnene møter ved nærmeste domstol. Kommunikasjon vil kunne skje ved billed- og lydoverføring i sanntid. Slik kommunikasjon vil også skje fra politistasjoner, fengsler, utlandet etc, og vil ikke være en intern separatløsning for domstolene. Bruk av videokonferanser kan dessuten utvide domstolenes kompetansetilfang, eksempelvis ved å åpne for at utenlandske sakkynndige kan formidle sine vurderinger i sanntid fra eget hjemland.

I tillegg til å undersøke hva som skjer i andre land, bør man snarest igangsette prøveprosjekter på dette området. I vurderingene bør man også legge til grunn mulighetene for flerbruksløsninger, eksempelvis ifm. opplæring, møter i domstolssystemet, foredrag etc.

Sentrale momenter:

- Man bør snarest erstatte telefonavhør i rettsaker med videoavhør
- På sikt kan det også bli aktuelt at enkelte saker føres uten at alle aktører er fysisk til stede. Noen av aktørene kan eventuelt delta ved videokonferanse eller virtuelt.
- Videokonferanser og virtuelle løsninger må ikke gå på bekostning av kravene til offentlighet i rettspleien»

Det legges videre stor vekt på informasjonsflyt innad i den enkelte domstol, mellom domstoler og mellom domstoler og andre aktører i justissektoren. Det vises til høringsnotatet punkt 2.5 til 2.8 og kapittel 3. Informasjonsutveksling i sivile saker omtales særlig i høringsnotatet punkt 3.3.2. Det heter her:

«Det er også et mål at domstolene kan utveksle elektronisk informasjon med sentrale aktører i sivile saker. Elektronisk saksbehandling i sivile saker vil blant annet kunne bidra til bedre oversiktighet og håndtering av sakdokumenter, og da særskilt i kompliserte saker med store dokumentmengder. Fordi bruken av og tilgangen til datasystemer er svært varierende blant advokatstanden, må det legges opp til systemløsninger som gjør det enkelt for advokater å ta i bruk IKT i kontakten med domstolene.

Man ser for seg et system hvor alle saker anlegges for retten elektronisk. Et slikt system bør være Internettbasert. Dette krever at alle advokater som skal anlegge saker ved domstolene har Internett-tilknytning. Skal publikum anlegge sak uten å benytte advokat, må det skje ved personlig fremmøte i domstolen. Domstolens personale vil da være behjelpelig med å sette opp dokumentene og legge dem inn i det elektroniske systemet. Alle prosesskrift

i sivile saker (herunder stevninger og tilsvare) legges inn elektronisk. Med mindre motparten eller domstolen (i saker uten fri rådighet) krever dokumentasjon for dokumentets ekthet, vil elektronisk fremleggelse være tilstrekkelig.

Sentrale momenter:

- Elektroniske stevninger fra advokater i sivile saker med alle dokumentvedlegg
- Elektronisk utveksling av prosesskrifter til advokater
- Elektronisk kommunikasjon med private parter, men med gode alternativer for tradisjonell dokumentutveksling
- Elektroniske forkynnelser eller oversendelse til hovedstevnevitner for tradisjonell forkynnelse
- Elektronisk oversendelse av sakkyndige rapporter
- Det bør igangsettes et prøveprosjekt for elektronisk saksbehandling i sivile saker ved to eller flere embeter så tidlig som mulig i strategiperioden.»

I høringsbrevet blir også hensynet til informasjon og service overfor domstolenes brukere trukket frem. Utvalget har her særlig funnet grunn til å vise til punkt 5.4.3 om døgnåpne domstoler. Det heter her blant annet at:

« Det er et mål at domstolene kan tilby tjenester som elektroniske selvbetjeningsløsninger, tilgjengelige for brukerne når den enkelte selv ønsker det. Dette innebærer at borgerne kan henvende seg til domstolene hele døgnet.

Tjenestene vil bestå i tilgang til informasjon og skjemaer over Internett og muligheten til å gjøre elektroniske henvendelser (i første omgang via elektronisk post) til domstolene. I annen omgang vil det bli åpning for å foreta rettslige disposisjoner i forhold til domstolene elektronisk. Eksempler på dette er vedtakelse av forkynnelser og innkallinger, melding av dødsfall, overtakelse av gjeld som grunnlag for privat skifte, avgivelse av erklæringer ved ekteskapsinngåelse etc. I forhold til sivile saker vil muligheten for e-filing over Internett (eks. innsendelse av prosesskrift), være et eksempel på en døgnåpen tjeneste som domstolene kan yte overfor advokater. ...

Følgende mål kan skisseres for døgnåpne domstoler i perioden 2002-2005:

- Publikum skal kunne henvende seg til domstolene via e-post. Henvendelsene behandles på lik linje med skriftlige henvendelser og personlig oppmøte.
- Domstolenes brukere skal ha muligheten for skjemautfylling og innsending av elektroniske dokumenter via Internett.
- Det skal være åpning for å foreta rettslige

disposisjoner i forhold til domstolene elektronisk, herav e-filing.

- Det bør utredes hvorvidt det er hensiktsmessig å tilby en tjeneste over Internett som gjør det mulig for domstolenes brukere å undersøke hvor egen sak befinner seg i domstolenes saksflyt.
- Spørsmål som brukerne vanligvis henvender seg direkte til domstolene for å få svar på, skal kunne imøtekommes via et søkbart hjelp-system på domstolenes Internett-sider.»

Som nevnt er tidsperspektivet i høringsbrevet domstolenes IKT-strategi for perioden 2002-2005. Tvistemålsutvalget tilføyer at 2005 nok også er det tidligste tidspunktet man realistisk kan tro at tvisteloven vil kunne tre ikraft.

## 23.5 Målsetninger ved utforming av ny tvistelov og bruk av moderne IKT

### 23.5.1 Innledning

Det må være en opplagt målsetning at Tvistemålsutvalgets utkast ikke unødig begrenser bruken av moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi. Tvistemålsutvalget kan gi sin tilslutning til det som er trukket frem fra høringsbrevet om IKT-strategi for domstolene for 2002-2005. Synspunktene der passer «som hånd i hanske» til utvalgets syn på bruk elektronisk kommunikasjon, fjernmøteteknikk osv.

Man kan kanskje tenke seg enkelte, helt spesielle områder, der det kan være større grunn til skepsis i forhold til elektronisk kommunikasjon mv. enn ellers. Justisdepartementet har i sitt brev til samtlige departementer av 15. mars 1999 i Kartleggingsprosjektet åpnet for at det i enkelte sammenhenger fortsatt kan være grunn til å favorisere papirdokumenter (brevet side 4 øverst). Tvistemålsutvalget har hatt det for øyet, men kan ikke se at det for kommunikasjon mellom parter og domstol kan være noen som helst grunn til å favorisere papir når man kan oppnå minst det samme sikkerhetsnivået ved bruk av elektronisk kommunikasjon.

Også når det gjelder bevisføring må det være nokså klart at lovutkastet må utformes slik at bevisføring som skjer ved hjelp av ny teknologi ikke unødig hindres. Allerede i dag følger det langt på vei av prinsippene om fri bevisføring og fri bevisbedømmelse. Det vil bli klarere at papirdokumenter ikke favoriseres i lovutkastet ettersom reglene om «Egthetsspørsmålet» og «Beviskraft» for doku-

menter ikke videreføres. På den annen side kan det virke som moderne teknologi åpner for skjult påvirkning av bevis på en annen måte enn mer tradisjonelle bevis. Allerede i dag er det velkjent hvordan fotografier enkelt og sporløst kan manipuleres, og tilsvarende vil formentlig gjelde for dokumenter og andre bevismidler. Dette problemet vil imidlertid i en viss grad avbøtes gjennom lovutkastet § 24-7(2), som gir domstolen kompetanse til å nekte bevis når det bør føres på en annen måte.

### 23.5.2 Utviklingshastighet og betydningen ved utformingen av loven

Den teknologiske utviklingen går fort og vil sannsynligvis fortsette å gå fort. Nye tekniske løsninger – som vil kunne bidra til bedre og mer hensiktsmessig saksavvikling – vil bli utviklet hurtigere enn lovgiveren vil kunne foreta tilpasninger i lovgivningen. For å unngå at loven blir en sperre for nyvinninger som det er grunn til å ønske velkommen, bør loven derfor utformes teknologinøytralt.

Siden man ikke vet hva som er i vente er det ved utformingen av loven ikke helt enkelt å sikre at loven virkelig blir nøytral i forhold til nye teknologier som måtte komme. Et eksempel kan være uttrykket «elektronisk post» eller «e-post». Dette dekker klart at en part sender et elektronisk dokument til mottakeren. Men at dette skal være den standarden som benyttes i fremtiden er ikke gitt. Interaktive web-løsninger vil for eksempel kunne erstatte oversendelse av et fullstendig elektronisk dokument. Sannsynligvis vil det være praktisk at domstolen har et elektronisk skjema for stevning i småkravsprosess og allmennprosess, jf. §§ 9-2 og 10-2, på sin webside som kan fylles ut direkte av saksøkeren. Dermed vil alle nødvendige opplysninger automatisk være lagret i domstolens saksbehandlingssystem og det blir ikke nødvendig med noe særlig ekstra arbeid for registrering av saken. Språklig faller det ikke så naturlig å kalle dette for «e-post». Tvistemålsutvalget har derfor i lovutkastet brukt formuleringen «innsendes elektronisk til retten», jf. § 16-3(1). Dette er ment å dekke både e-post og web-løsninger som nevnt.

### 23.5.3 I hvilken grad bør lovutkastet påskynde innføring av ny teknologi?

Som et utgangspunkt må det være klart at loven ikke skal legge unødige hindringer i veien for å ta i bruk ny teknologi, og at loven av den grunn bør utformes teknologinøytralt. Men på enkelte områder er det i tillegg grunn til å overveie om lovutkastet bør legge til rette for å påskynde innføring

av ny teknologi. Særlig er det grunn til å vurdere dette der overgang til mer moderne teknologi har åpenbare fordeler og vil gi arbeidsmessige-, kostnadsmessige- og tidsmessige besparelser.

Det er i den summariske gjennomgåelsen av forholdene i enkelte andre land i II.23.3 ovenfor påpekt hvordan innføring av elektronisk kommunikasjon og elektroniske saksmapper konkret har bidratt til å bedre saksavviklingen i New Jersey og Egypt. Det gjør det nærliggende å spørre om ikke domstolene bør kunne kreve at parter tilveiebringer prosesskrifter og – kanskje av større betydning – besørger at alle dokumenter i saken er tilgjengelig i elektronisk form. I allfall for parter som er representert ved advokat vil dette neppe være noe urimelig krav når en ny lov trer i kraft.

Dermed er det ikke sagt at man ikke vil ha behov for overgangsordninger som gjør at papirdokumenter fortsatt vil kunne benyttes en viss periode. Det må også tas hensyn til personer som ikke har lett adgang til nødvendig utstyr for elektronisk kommunikasjon eller som av andre grunner vegrer seg for å ta i bruk elektronisk kommunikasjon.

Utvalget drøfter dette nærmere i III.16 om prosesskriv. Det vises til lovutkastet § 16-3.

### 23.5.4 Tekniske løsninger og IKT-infrastruktur

Det vil ligge utenfor rammen av Tvistemålsutvalgets lovutkast å foreslå noe bestemt om det som kan kalles «infrastruktur», dvs. hvilket teknisk materiell domstolene skal ha tilgjengelig i kontor, rettsaler mv. Det er først og fremst et spørsmål om bevilgninger og budsjetter, og ikke noe lovgivningsspørsmål. Utvalget har ovenfor gitt en nokså kortfattet beskrivelse av en del tekniske muligheter som eksisterer allerede, men fremmer ikke noen konkrete forslag om hva som bør innføres og hva som ikke bør innføres i våre domstoler.

I atskillig utstrekning vil imidlertid en teknisk opprustning av domstolene være påkrevd for at tvistemålsreformen skal kunne gjennomføres. Utvalget har da særlig i tankene utstrakt bruk av fjernavhør med lyd/bilde. Et annet eksempel kan være teknologi, for eksempel «tale til tekst»-utstyr for å sikre innholdet av parts- og vitneforklaringer. Som et tredje eksempel kan nevnes at domstolene må kunne kommunisere elektronisk med parter og omverdenen, blant annet hvis det skal kunne praktiseres en utvidet rett til dokumentinnsyn, som kan være naturlig hvis det i større utstrekning blir tale om skriftlig prosess enn i dag. Stort sett ser disse punktene ut til å være dekket i det utkastet til IKT-strategi for domstolene som ble sendt ut på høring

i 2001. Det vises til de angitte mål og visjonene for IKT-strategien som er referert i II.23.4.6 ovenfor.

Twistemålsutvalget forutsetter at disse spørsmålene også blir overveid av den arbeidsgruppen som er nedsatt for å få utviklet nytt saksbehandlingssystem for tingrettene og lagmannsrettene og av domstoladministrasjonen.

### **23.5.5 Teknologi som må antas å være på vei ut**

Teknologi som en gang var moderne kan i dag være sørgelig umoderne. Telex gikk visstnok ut av bruk 1. juli 2000. Telefaks vil kanskje ennå være i bruk noen år. Utvalget har likevel ikke funnet grunn til å vurdere bruk av telefaks i utredningen, med ett lite unntak. Høyesteretts kjæremålsutvalg har for telefaks lagt til grunn at telefaks virker fristavbrytende dersom dokumentene omgående ettersendes i original, jf. Rt 1999 side 1820. Problemstillingen er kort omtalt i forbindelse med lovutkastet kapittel 16. Det vises til III.16.

Utvalget har ikke foretatt noen systematisk gjennomgåelse av andre kommunikasjonsmåter eller teknologier som brukes i dag med sikte på å vurdere om de er fremtidsrettede. Her vil utviklingen gå av seg selv slik at det som er for tungvint og gammeldags naturlig vil bli faset ut.

## **23.6 Oppsummering av fordeler og problemer ved innføring av ny teknologi i domstolene**

### **23.6.1 Kort om prinsipielle og praktiske fordeler**

Innføring av elektronisk kommunikasjon med og innen domstolene vil bringe domstolene på linje med den formen for kommunikasjon som brukes ellers i samfunns- og næringsliv. I seg selv er det et poeng at domstolene og rettsvesenet ikke blir hengende vesentlig etter på dette feltet. Dette gjelder både elektronisk kommunikasjon av prosesskriv, bilag, rettslige avgjørelser mv. Men også selve møteformen er i ferd med å endres i store deler av samfunns- og næringsliv. I betydelig utstrekning avvikles møter som fjernmøter, ofte som videokonferanser. Årsaken er at deltakerne sparer kostnader og reisetid. Disse fordelene må det være riktig at også rettsvesenet benytter seg av.

Hvis domstolene og rettspleien er for konservative på disse feltene, er det grunn til å regne med at det kan virke inn på allmennhetens tillit til rettsvesenet over tid.

Elektronisk kommunikasjon vil innebære at prosessmaterialet etter hvert foreligger i elektronisk form. Det kan samles i elektroniske saksmapper. Det vil bidra både til enklere og arbeidsbesparende dokumenthåndtering. Viktig er det videre at allmennhetens innsynsrett vil kunne gis et helt annet praktisk innhold når materialet foreligger elektronisk enn når man er henvist til å finne frem i papirkopier på rettens kontor.

Videreutvikling av domstolenes hjemmesider vil kunne gi viktige bidrag for å lette adgangen til domstolene, for eksempel ved at skjemaer for stevning og forliksklage kan lastes ned, fylles ut og sendes inn via Internett.

### **23.6.2 Ulemper**

Innføring av moderne IKT i domstolene vil ikke være uproblematisk. I en innføringsfase vil overgang til elektronisk kommunikasjon kunne bli møtt med skepsis fra mange hold. Twistemålsutvalget vil særlig understreke at man må få til overgangsordninger som sikrer at en slik endring ikke gjør at personer hindres fra tilgang til rettsvesenet. Dels kan det sikres ved at personer uten advokat fortsatt har ubetinget rett til å bruke papirdokumenter, dels ved at det offentlige stiller nødvendige datamaskiner til disposisjon og dels ved at man har tilstrekkelige smidige overgangsordninger for dommere og advokater.

Når rettsavgjørelser og annet prosessmateriale som er omfattet av allmennhetens innsynsrett gjøres tilgjengelig på Internett, gir det større reell innsynsmulighet. Det medfører konsekvenser blant annet for personvern som må overveies nøye. I den nye forskriften om offentlighet i rettspleien er det egen regulering av hvor lenge uanonymiserte berammingslister og rettsavgjørelser kan være tilgjengelig på åpne nettsteder, jf. II.23.4.5.3 ovenfor. Etter Twistemålsutvalgets lovutkast vil allmennhetens innsynsrett utvides, jf. utkastet kapittel 18. Tilsvarende begrensninger må da overveies for innsyn i øvrige prosessmateriale som undergis innsynsrett.

Måten bevis føres på for den dømmende rett vil kunne endres. Reelle bevismidler vil ikke lenger bare bli fremvist for den dømmende rett eller gransket. Man må regne med økende bruk av visuelle bevismidler som fotografier, animasjoner og andre dataskapte bevispresentasjoner. Moderne teknologi øker samtidig muligheten for å manipulere med bevis. Når den dømmende rett ikke selv skal vurdere selve bevismiddelet, men får presentert det i en bearbeidet form, kan dette være et problem. Å forby enhver bruk av annet enn selve det opp-

rinnelige beviset kan ikke være noen god løsning. Poenget med ulike former for visuell presentasjon utover det egentlige beviset er som regel å lette og styrke rettens forståelse. Manipulasjon må derfor

hindres med andre virkemidler. Et slikt virkemiddel er at retten har kompetanse til å bestemme på hvilken måte et bevis bør føres. Det vises til lovutkastet § 24-7(2).

## Kapittel 24

# Oppbyggingen av tvisteloven

### 24.1 Innledning

I sivile saker må det være adgang for en part til å føre sin sak uten advokat. Loven må utformes med det for øye, slik at det blir mulig å finne frem på egen hånd. Et viktig bidrag vil være å forsyne loven med en innholdsfortegnelse som inngår i lovsamlingen og de andre steder lovteksten er tilgjengelig, som for eksempel på Lovdata.

De krav som må stilles til presisjon og oversikt kan i noen grad kollidere med hensynet til det som er lett forståelig i utforming av loven. Tilgjengelighet for ikke-profesjonelle brukere må derfor også sikres på annen måte. Viktige tiltak kan være at det utarbeides eksempler på for eksempel stevninger og sluttinnlegg, veiledningsmaterieell på Internett og i brosjyrer mv. Dette er noe nærmere beskrevet i II.3.23.

### 24.2 Noen generelle lovtekniske betraktninger

Når lovens oppbygging skal bestemmes, er det en rekke hensyn som må vektlegges. En del av disse er også fremholdt i heftet «Lovteknikk og lovforberedelse», utgitt av Justisdepartementets lovavdeling i februar 2000. Det redegjøres for noen av disse i det følgende.

#### 24.2.1 Inndeling av loven i deler

Inndeling av loven i «deler» brukes bare i svært store lover. Som eksempler kan nevnes den nåværende tvistemålsloven, straffeprosessloven og tvangsfullbyrdelsesloven. I Lovavdelingens veiledning er det påpekt at slik inndeling, selv om loven er stor, bare brukes dersom en slik grovinndeling er innholdsmessig naturlig.

De hovedhensyn som begrunner inndeling i deler slår til for ny tvistelov. Det er tale om en meget omfattende lov. I tillegg kommer at det i en del annen lovgivning med fragmentarisk regulering av prosessuelle spørsmål er praktisk å kunne vise til bestemte deler av tvisteloven som får anvendelse, se for eksempel konkursloven § 149, skifte-

loven § 22 og tvangsfullbyrdelsesloven § 6-1. En inndeling i deler vil altså kunne innebære en henvisningsteknisk forenkling for andre lover. Tradisjonsargumentet taler for å holde ved inndeling i «deler». Slik inndeling har man også i straffeprosessloven og for eksempel tvangsfullbyrdelsesloven. Det samme gjelder sivilprosesslovgivningen i Danmark og Sverige.

Det som til en viss grad kan tale mot inndeling i «deler» er at inndelingen vanskelig kan unngå å bli slik at en bruker av loven, i en alminnelig rettssak, må forholde seg til flere deler. Dette kan imidlertid ikke være noen vesentlig innvending. Det må antas at inndeling i «deler» vil gjøre det lettere å finne frem til det sted i loven en bruker kan regne med å finne bestemmelser av betydning for seg. Problemet avbøtes ytterligere ved at loven gis en innholdsfortegnelse som inngår som en del av selve loven innledningsvis.

Dersom man ikke velger inndeling i «deler», må inndelingen av loven skje bare i kapitler ettersom det ikke finnes noe annet, overordnet nivå. Ved å velge en slik inndeling står man kanskje noe friere til å plassere kapitler med regler som vil bli mye brukt langt fremme i loven. Det er likevel utvalgets konklusjon at en inndeling i deler er å foretrekke.

#### 24.2.2 Videre inndelinger i kapitler og paragrafer - paragrafnummerering

Dersom loven er av noen størrelse, bør den deles i kapitler. Det sier seg selv at man ikke kan gi en ny lov om tvisteløsning uten å foreta inndeling i kapitler. Kapitlene deles i paragrafer. Hver paragraf bør ha en overskrift, som kort forteller hva paragrafen handler om. Overskriften vil nødvendigvis måtte ha preg av stikkord selv om den formelt er å regne som en del av den lovteksten Stortinget har vedtatt.

Paragrafnummerering kan enten gjøres fortløpende i hele loven eller fortløpende i hvert avsnitt

Utvalget tilføyer: Det er vanskelig å se at det er særlige ulemper med kapittelvis nummerering, kanskje med et lite unntak for økt mulighet for misforståelser ved muntlige henvisninger til paragrafnummere. På den annen side innebærer kapit-

elvis nummerering klare fordeler når det gjelder oversiktlig og for å finne frem i loven. Det vil særlig gjelde hvis en fortegnelse over kapitlene i loven inngår som en del av selve lovteksten.

Twistemålsutvalget vil sterkt anbefale at innholdsfortegnelsen inngår som en del av selve loven. Det sikrer at den kommer med uansett i hvilket format loven er tilgjengelig i, det være seg lovsamlingen, særtrykk eller i elektronisk versjon.

Videre har kapittelvis nummerering den fordel at det blir lettere å innpasse nye bestemmelser uten å forskyve på andre bestemmelser i loven. En konsekvens av dette er at det blir lettere å orientere seg i forarbeidene selv om det kommer til noen nye bestemmelser etterhvert, det blir lettere å orientere seg i rettspraksis knyttet til endrete bestemmelser mv. Lovavdelingens hovedsynspunkt er at kapittelvis nummerering bare bør overveies for store lover som dessuten har en markert kapittelinnledning. Begge disse kjennetegnene er fremtredende for tvisteloven. Her kan det tilføyes at kapittelvis nummerering er valgt i den nyeste, store prosessloven, som er tvangsfullbyrdelsesloven fra 1992.

Et tilleggshensyn når man vurderer kapittelvis eller gjennomgående paragrafnummerering kan være om de enkelte brukerne av en lov i praksis bare vil forholde seg til ett eller noen få av kapitlene i loven. Dette vil ikke entydig være tilfellet for reglene i tvisteloven. Det synes likevel som ganske klart at kapittelvis nummerering må være det mest hensiktsmessige.

### 24.2.3 Bruk av gjennomgående regler

Det skal gis en del gjennomgående regler, blant annet om kontradiksjon, saker uten fri rådighet mv. Poenget med å ha gjennomgående regler er at de skal gjelde for alle de situasjoner som er regulert i de etterfølgende bestemmelsene der det ikke positivt er gitt anvisning på en avvikende regel. Det tilsier at de gjennomgående reglene plasseres langt fremme i loven. Det tilsier også at man i de senere situasjonene der den gjennomgående regelen får anvendelse, ikke trenger å si det uttrykkelig. Kanskje snarere tvert i mot. Ved å si eksplisitt at en bestemt angitt gjennomgående regel får anvendelse i enkelte situasjoner, kan man ved motsetningsslutninger skape tvil om regelen får anvendelse i en del andre tilfeller. For å unngå slik tvil er det grunn til å begrense eller kanskje helt unngå henvisninger til de gjennomgående reglene.

## 24.3 Lovens inndeling i deler

En del av de reglene som gis vil være uten praktisk betydning for parter som skal prosedere sin egen sak, og nokså entydig ha adresse til profesjonelle brukere. Det gjelder for eksempel reglene om rettslig prøving av administrative tvangsvedtak og regler om gruppesøksmål. For saker om tvangsvedtak skal det, både etter tvistemålsloven og tvistelovutkastet, oppnevnes advokat på det offentliges regning. Også for reglene om gruppesøksmål må det legges til grunn at de aktuelle brukerne stort sett vil være profesjonelle parter eller iallfall bistått av profesjonelle parter, som for eksempel Forbrukerrådet e.l. Kapitlet om gruppesøksmål vil sannsynligvis bare få praktisk betydning for et lite antall saker. Dette tilsier at reglene om gruppesøksmål og saker om administrative tvangsvedtak kan plasseres for seg til slutt i lovskissen. I mandatet er Twistemålsutvalget pålagt å fremme et separat lovforslag om hvordan regler om gruppesøksmål kan innpasses i gjeldende tvistemålslov, jf. mandatet punkt 3. Dette tilsier også at reglene om gruppesøksmål beholdes som et særskilt kapittel for seg.

De øvrige bestemmelser som i dag er regulert i kapitler om særlige rettergangsmåter, nedstamningssaker og ekteskapssaker, er foreslått innarbeidet i særlovgivningen. De holdes derfor utenfor tvisteloven. Det samme gjelder voldgift, der det foreslås at reglene gis i en egen lov.

Reglene om offentlige tjenestehandlinger er dels foreslått overført til domstollovens regler om erstatningsplikt, og vil dels bli dekket opp av alminnelige regler i tvistemålsloven. Det blir derfor ikke naturlig med noe eget kapittel om saker som gjelder offentlige tjenestehandlinger.

De reglene som etter dette skal plasseres i utkastet til ny tvistemålslov er saklig avgrenset omtrent som den någjeldende loven. Enkelte forskjeller blir det likevel:

- Reglene om oppreisning i domstolloven er foreslått slått sammen med reglene om oppfriskning i tvistemålsloven. Dette instituttet – som etter tvistelovutkastet heter oppfriskning – hører naturlig hjemme i tvisteloven og ikke i domstolloven. Reglene har bare betydning for sivile saker, i det straffeprosessloven har egne regler om oppreisning i straffesaker.
- Reglene om rettskraft vil bli noe mer utførlige enn i någjeldende lov, sml. tvistemålsloven § 163 og §§ 168 og 168 a. Det aktualiserer spørsmålet om man bør ha et eget kapittel om rettskraft, som eventuelt mer generelt behandler virkningen av et en sak har vært anlagt – dvs. også fanger opp litispensens. Utvalget har blitt stå-

- ende ved at rettskraftreglene bør inntas sammen med reglene om rettslige avgjørelser.
- Det er foreslått regler om gruppesøksmål.

Det er naturlig med en innledende del i loven: Her inntas en formålsbestemmelse med generelle hensyn som det skal legges vekt på ved tolkning av loven. Videre tas med alminnelige, gjennomgående regler. Regler om saklig kompetanse mellom domstolene i forskjellige instanser tas inn tidlig i de kapitler som gjelder bestemmelsene om behandling i tingrett, lagmannsrett og Høyesterett. I lovens innledende del tas det bare med en bestemmelse som henviser til disse senere bestemmelsene.

Lovutkastet legger stor vekt på tvisteløsning ved mekling, både tradisjonell mekling og rettsmekling. I sammenheng med dette står regler om plikter for partene før sak reises, som skal bidra til å klarlegge kravet, det rettslige grunnlaget og faktiske grunnlaget før sak blir reist. Utkastet legger stor vekt på forliksrådenes rolle som meklingsinstans og møteplass i tvistesaker, mens forliksrådenes domsfunksjon tones ned for omtvistete krav. Det er naturlig å samle disse reglene om avklaring mellom partene før sak reises, mekling – herunder forliksrådsmekling og rettsmekling i én del i loven. Mekling og rettsmekling kan også godt skje etter at sak er reist, men disse reglenes funksjon gjør at de passer i en del i loven som gjelder eller søker å tilrettelegge for løsning av tvister på annen måte enn ved dom.

Reglene for behandling i tingrettene vil dekke både allmennprosess og småkravsprosess. Pedagogiske hensyn taler med en viss tyngde for å ha en noenlunde samlet regulering av småkravsprosessen i et eget kapittel. Det letter også enkelte henvisninger, for eksempel slik at anke krever samtykke også i de saker som er behandlet etter småkravsprosess som følge av avtale. Utvalget har derfor blitt stående ved at reglene for småkravsprosess bør inntas i et eget kapittel. Systematisk hører dette hjemme i en del om behandlingen i første instans. Det er naturlig å samle disse reglene i en egen del.

Anke og gjenåpning er det også nærliggende å samle, og da i en del om rettsmidler.

Reglene om bevis er omfattende, og utgjør opplagt en egen del hvis loven først inndeles i deler.

Tilbake står da en rekke alminnelige og gjennomgående regler om saksbehandlingen ellers, for eksempel om verdifastsettelse, kumulasjon, prosesskriv, rettsmøter, rettsbøker, stansing, virkninger av søksmål, rettslige avgjørelser, feil og forsettigheter og saksomkostninger. Reglene vil ha praktisk betydning for de aller fleste saker. På

den annen side står reglene om gruppesøksmål og rettslig prøving av administrative tvangsvedtak. De gjelder bare for særlige sakstyper, og bør nok plasseres i en del for seg, som gjelder særlige prosessformer. De øvrige reglene som er nevnt foran, bør da inntas i en del om gjennomgående bestemmelser.

Reglene om gruppeprosess hører saklig sammen med regler om subjektiv kumulasjon. Regler om subjektiv og objektiv kumulasjon er samlet i ett kapittel, hvor også regler om partshjelp (intervensjon) er med. Reglene om kumulasjon og partshjelp er til sammen 9 paragrafer. De henger nøye sammen ved at vilkårene for subjektiv kumulasjon gjennom henvisning langt på vei er parallelle med vilkårene for objektiv kumulasjon. Det gjør det unaturlig å splitte opp dette kapitlet. Reglene om kumulasjon hører definitivt hjemme sammen med andre alminnelige bestemmelser i loven. Reglene om gruppesøksmål blir det derimot mest naturlig å plassere som en særskilt prosessform, enten mot slutten av loven sammen med særlige rettergangsmåter eller iallfall etter reglene om saksforberedelse og hovedforhandling i allmennprosessen.

## 24.4 Rekkefølgen mellom delene

Et viktig valg er om oppbyggingen skal følge en strengt logisk tilnærming. Det vil da være naturlig å begynne med regler om domstolenes kompetanse, prosessforutsetninger mv. Dette vil ligge tett opp til en kronologisk tilnærming. Ved en kronologisk tilnærming vil det likevel være naturlig å prøve å få flyttet bestemmelsene om hvordan en sak innledes – stevning osv. - langt frem i loven. En tredje tilnærming vil være å legge vekt på at de regler som er mest praktiske kommer så tidlig som mulig. Mot denne fremgangsmåten kan det innvendes at det ikke er så lett å vite hvilke regler som da skal komme tidlig i loven. En del bestemmelser som for en part uten advokat vil fremstå som viktige og sentrale, vil kanskje for erfarne jurister kunne fremstå som så selvfølgelige at de nærmest er intetsigende.

Det kan ha en viss interesse å studere systematikken i lovgivningen i enkelte andre land:

### 24.4.1 Retsplejeloven i Danmark

Loven omfatter det som i Norge er regulert i domstoloven, tvistemålsloven, tvangsfullbyrdsloven og straffeprosessloven. Loven er delt i «bøger». Hver «bog» er igjen delt i «afsnit», som igjen er delt i kapitler. Paragrafnummereringen er gjennomgå-



ende. Her gjengis bare enkelte hovedtrekk om lovens inndeling:

Første bog, om domsmagten mv. Regler om domstolens ordning, om advokater, påtalemyndigheten mv.

Anden bog, fælles bestemmelser for borgerlige sager og straffesager – her er det en del som hos oss er regulert i domstoloven, men også mye som er regulert i tvistemålsloven, blant annet kapittel 16 – alminnelige bestemmelser om prosessmåten, kapittel 18 – vitner, kapittel 19 – syn og skøn og kapittel 20 – rettens rådslagninger og afgørelser en del regler om forkynnelser.

Tredje bog gjelder spørsmål som er regulert i tvistemålsloven, samt regler om rettergangsboeter (kapittel 30) og fri sakførsel (kapittel 31).

Første afsnit har regler om

- Saklig kompetanse – kapittel 21
- Stedlig kompetanse – kapittel 22
- Objektiv og subjektiv kumulasjon – kapittel 23
- Sakens parter – kapittel 24
- Prosessfullmektiger – kapittel 25
- Forliksmekling – kapittel 26
- Edisjonsplikt mv. – kapittel 28
- Avhøring av partene – kapittel 29
- Saksomkostninger og rettergangsboeter – kapittel 30

Andet afsnit har regler om rettergangsmåten, nærmere bestemt om

- Fri process – kapittel 31
- Alminnelige bestemmelser – kapittel 32
- Saksforberedelse i første instans – kapittel 33
- Domsforhandling (dvs. hovedforhandling) i første instans – kapittel 34
- Oppfriskning mot uteblivelsesavgjørelser – kapittel 35
- Anke – kapittel 36
- Kjæremål – kapittel 37
- Saker om ekteskap eller foreldremyndighet – kapittel 42
- Farskapssaker – kapittel 42 a
- Vergemålssaker – kapittel 43
- Prøvelse av administrative vedtak om frihetsberøvelse – kapittel 43 a
- Prøvelse av adopsjonsbeslutning uten samtykke – kapittel 43 b
- Mortifikasjonsdom (av verdipapirer) eller «ejendomsdom» – kapittel 44.

Tredje afsnit gjelder tvangsfullbyrdelse.

Fjerde afsnit er opphevet.

Femte afsnit gjelder arrest og «forbud», som tilsvarende midlertidig forføyning.

Sjette afsnit gjelder skifte av fellesbo.

Fjerde bog gjelder straffeprosess.

Femte bog består i slutnings- og overgangsbestemmelser.

Lovsystematikken i retsplejeloven er altså – for de spørsmål som er regulert der – langt på vei sammenfallende med systematikken i tvistemålsloven.

#### 24.4.2 Rättegångsbalken i Sverige

Som den danske retsplejeloven omfatter rättegångsbalken (RB) også straffeprosesslovgivningen og de fellesprosessuelle reglene som hos oss finnes i domstoloven. RB er delt i «avdelinger». Paragrafnummereringen er kapittelvis. Inndelingen i RB er slik:

*Första avdelningen* – om domstolsväsendet.

*Andra avdelningen* – Om rättegången i allmänhet, som er inndelt i en underavdelning om rettergangen i sivile saker og en om rettergangen i straffesaker. Underavdelingen om sivile saker behandler

- 10 kapittel. Om laga domstol
- 11 kapittel. Om part och ställföreträdare
- 12 kapittel. Om rättegångsombud
- 13 kapittel. Om föremål för talan och talans väckande
- 14 kapittel. Om förening av mål och tredje mans deltagande i rättegång
- 15 kapittel. Om kvarstad m.m.
- (regler om arrest for sikring av domskravet)
- 16 kapittel. Om omröstning
- 17 kapittel. Om dom och beslut
- 18 kapittel. Om rättegångskostnad

Etter underavdelingen om straffesaker kommer en del fellesbestemmelser i underavdeling III, «Gemensamma bestämmelser». Det er

- 32 kapittel. Om frister och laga förfall
- 33 kapittel. Om inlaga i rättegång och om delgivning
- 34 kapittel. Om rättegångshinder

*Tredje avdelningen* - Om bevisning. Her er ulike kapitler om bevisning i allmänhet, om vittne, om förhör med part och med målsägande som inte för talan, om skriftligt bevis, om syn, om sakkunnig, om bevisning til framtida säkerhet.

*Fjärde avdelningen* – om rättegången i underrett. Her er igjen inndeling i to underavdelinger, for hhv. sivile saker og straffesaker. Underavdelingen for sivile saker har disse kapitlene:

- 42 kapittel. Om stämning och förberedelse och om avgörande av mål utan huvudförhandling
- 43 kapittel. Om huvudförhandling
- 44 kapittel. Om parts utevaro mm.

*Femte avdelningen* – gjelder rettergangen i hovrätt.

- 49 kapittel. Om rätten att överklaga tingsrätts domar och beslut
- 50 kapittel. Om överklagande av domar i tvistemål
- 51 kapittel. (straffesaker)
- 52 kapittel. Om överklagande av beslut
- 53 kapittel. Om mål som tas upp omedelbart - regler for de saker som behandles av hovrätt i første instans.

*Sjätte avdelningen* – gjelder rettergangen i Högsta domstolen. Avdelingen har disse kapitlene:

- 54 kapittel. Om rätten att överklaga hovrätts domar och beslut
- 55 kapittel. Om överklagande av domar
- 56 kapittel. Om överklagande av beslut och om hänskjutande av prejudikatfrågor
- 57 kapittel. Om mål som tas upp omedelbart

*Sjunde avdelningen* – gjelder det som hos oss kalles ekstraordinære rettsmidler.

- 58 kapittel. Om resning och återställande av försutten tid
- 59 kapittel. Om klagan över domvilla m.m

Som det fremgår følger også rättegångsbalken noenlunde den samme systematikken som tvistemålsloven, for de spørsmål som er regulert i tvistemålsloven.

#### 24.4.3 Civil procedure rules, England og Wales

De nye engelske civil procedure rules har en systematisk oppbygging som atskiller seg en del både fra retsplejeloven, rättegångsbalken og tvistemålsloven. Reglene omhandler – som det fremgår – utelukkende sivile saker. De har i liten grad med regler om de spørsmål som hos oss er regulert i domstoloven. Langt på vei er dermed de spørsmål som er regulert i regelsettet parallele med de spørsmål som reguleres i den nåværende og en ny tvistemålslov.

Loven er delt inn i 54 «parts» eller kapitler. Hvert kapittel er inndelt i bestemmelser, og innledes med en bestemmelse som er innholdsfortegnelse for kapitlet. Nummereringen av bestemmelsene skjer kapittelvis. Systematikken er slik:

- Part 1 – overriding objective. Fanebestemmelsen om formålet som ligger bak prosessreformen
- Part 2 – anvendelse og tolkning av «Rules» – dvs. reglene som er inntatt i selve «Civil Procedure Rules», i motsetning til retningslinjer av mer

underordnet karakter som er inntatt i «Practice directions». Det er her en egen bestemmelse om hvilken rettslig betydning (eller kanskje mer presist – ingen rettslig betydning) som kan tillegges glossaret som er inntatt bakerst i reglene, og som er vedtatt på samme måte som selve reglene

- Part 3 – gjelder rettens «management powers», dvs. regler om rettens saksstyringskompetanse, herunder hvem som har kompetansen (dommer – eventuelt dommer på et bestemt nivå, funksjonær)
- Part 4 – regler om «forms», dvs. ulike obligatoriske formularer
- Part 5 – regler om rettens dokumenter, herunder innsyn
- Part 6 – forkynnelser og meddelelser
- Part 7 – «How to start proceedings» – bruk av stevningsformular og innledning av søksmålet
- Part 8 – visse avvikende regler om saksanlegg for bestemte søksmålstyper
- Part 9 – innledende bestemmelser om saksøkte – tilsvaret
- Part 10 – regler om «acknowledgment of service» som innebærer at saksøkte enten bestriker domstolens jurisdiksjon eller har behov for utsettelse med tilsvarsfristen
- Part 11 – regler om tvist om domstolens jurisdiksjon
- Part 12 – uteblivelsesdom
- Part 13 – oppfriskning mot uteblivelsesdom
- Part 14 – erkjennelser om faktum – «admissions»
- Part 15 – 18 – ytterligere regler om erkjennelser, «statements of case» mv.
- Part 19 – subjektiv kumulasjon og endring av parter, herunder regler om gruppesøksmål
- Part 20 – objektiv kumulasjon
- Part 21 – enkelte regler om krav som tilkommer barn og pasienter, og som fastsetter at retten skal øve kontroll med inngåelse av forlik mv. om kravet på vegne av vedkommende
- Part 22 – regler om sannhetsforsikringer
- Part 23 – generelle regler om «applications for court orders», som gjelder begjæringer om ulike rettergangsskritt
- Part 24 – summarisk dom
- Part 25 – regler som fanger opp behovet for midlertidige ordninger – midlertidig forføyning
- Part 26 – «case management» i den forberedende fasen
- Part 27 – småkravsprosess
- Part 28 – allmennprosess – kalt «The Fast track»
- Part 29 – styrket prosess – kalt «The Multi-Track»

- Part 30 – overføring av saker mellom domstoler – mellom High court og county courts
- Part 31 – disclosure
- Part 32 – bevis
- Part 33 – forskjellige bestemmelser om bevis
- Part 34 – depositions
- Part 35 – sakkyndige
- Part 36 – regler om forlikstilbud og deponering hos retten
- Part 37 – forskjellige regler om deponering
- Part 38 – discontinuance – som innebærer at kravet frafalles, og virkningene av det
- Part 39 – forskjellige regler om rettsmøter, herunder offentlighet, regler om behandlingen dersom part uteblir mv.
- Part 40 – regler om rettslige avgjørelser – dommer og «orders»
- Part 41 – regler om «provisional damages» som gjelder erstatning ved personskade
- Part 42 – bytte av prosessfullmektig
- Deretter kommer en hoveddel i regelsettet om saksomkostninger. Delen er delt inn i part 43 til 48, og har noe forskjellige regler for de ulike prosesssporene  
De siste kapitlene i regelsettet omhandler vidt forskjellige ting. Her nevnes
- Part 52 – om overprøving/anke
- Part 54 – judicial review, som et stykke på vei samsvarer med de spørsmål som er regulert i tvistemålsloven kapittel 30

Systematikken er egentlig ikke så veldig forskjellig fra tvistemålsloven med ett unntak: Regelen om hvordan et søksmål innledes er flyttet langt frem i loven. Først og fremst er dette oppnådd ved at bevisreglene er plassert etter reglene om saksbehandlingen i første instans. Reglene om rettslige avgjørelser og om saksomkostninger er også plassert mer der de hører hjemme utfra en kronologisk tilnærming.

Men det er viktige forskjeller mellom det som er dekket av Civil Procedure Rules (CPR) og tvistemålsloven. Reglene for ankebehandling er ikke omfattet av CPR. Anke er regulert i egne regler. Et annet forhold som bør trekkes frem er at man i anglo-amerikansk rett gjerne har egne bevislover – «law of evidence». Særlig i USA er bevisreglene skarpt utformet av hensyn til lekmannsdeltakelsen gjennom juryordningen, som også avgjør bevisbedømmelsen i sivile saker. Det er ofte meget begrenset adgang til å få overprøvet bevisene ved anke. Riktignok er enkelte regler om bevis nå inntatt i de engelske CPR, men det betyr ikke dermed at det er de samme regler som får anvendelse ved anke. Man kan derfor ikke legge altfor meget i paral-

lellen til CPR. Reglene i tvistemålsloven om saksomkostninger og bevis vil også gjelde ved anke, i motsetning til det som følger av CPR.

#### 24.4.4 Oppsummering – hovedsystematikk i tvisteloven

Alt i alt ser de beste grunner ut til å tilsi at man velger en mest mulig logisk oppbygging der de helt grunnleggende regler om hvilke saker som kan behandles ved hvilke domstoler kommer først, selv om det leder til at reglene om saksanlegg først kommer et stykke ut i loven. Reglene om behandlingen i de enkelte instansene bør komme i sammenheng.

Reglene om bevis kan plasseres i flere deler. Kronologisk kan det hevdes at reglene hører hjemme sammen med reglene for behandlingen i første instans. I dag har reglene størst betydning for hovedforhandlingen. De gjelder imidlertid også under saksforberedelsen. Med øket vekt på dommeraktivitet i saksforberedelsen, kan det hevdes at bevisreglene burde plasseres sammen med reglene om saksforberedelsen i første instans. Bevisreglene er imidlertid såpass omfattende, og de gjelder også ved anke og ved eventuell gjenåpning mv., at det er mest naturlig å ha en egen del om bevis. Denne delen kan i og for seg like godt stå bak som før reglene om behandling i første instans og overprøvingsreglene. Med vekt på ønsket om å få reglene om hvordan sak anlegges langt frem i loven og at reglene for behandling i de enkelte instansene bør komme i sammenheng, passer det best å la bevisreglene komme et godt stykke ut i loven.

Hovedsystematikken kan da bli slik:

Første del – grunnleggende bestemmelser for behandling av sivile saker

- Formålsbestemmelse som tilkjenner intensjonen med loven og innholdsfortegnelse til loven, som iallfall dekker alle kapitlene
- Regler om prosessforutsetningene – stedlig kompetanse og annet. Henvisning til reglene om saklig kompetanse
- Grunnleggende og gjennomgående regler om rettens kompetanse mv.

Annen del – plikter før sak reises. Mekling og rettsmekling

- Plikter for partene før sak reises
- Mekling og rettsmekling, og
- herunder forlikrådsmekling

Tredje del - behandlingen i første instans

- Regler om saksanlegg og saksforberedelse
- Hovedforhandling i første instans
- Småkravspesess

Fjerde del - rettsmidler

- Anke til lagmannsrett
- Anke til Høyesterett
- Gjenåpning

Femte del – gjennomgående bestemmelser (som ikke er med i første del)

- Andre alminnelige, gjennomgående bestemmelser om verdifastsettelse, kumulasjon, stansning osv.
- Rettslige avgjørelser – dommer, kjennelser og beslutninger
- Saksomkostninger

Sjette del – bevis

Syvende del – særlige prosessformer

- Gruppesøksmål
- Rettslig prøving av administrative tvangsvedtak

## 24.5 Inndeling av den enkelte paragraf

Inndelingen av den enkelte paragraf og henvisninger til bestemte deler av paragrafene må gjøres konsekvent så langt det er mulig.

Hver paragraf deles naturlig i ledd. Det kan være hensiktsmessig å angi leddets nummer med en helparentes. Ved henvisning til leddet i bemerkningene og i andre bestemmelser er det da praktisk bare å kunne bruke dette – (#) – fremfor å måtte skrive leddets nummer fullt ut med bokstaver. Det ligger en viss rasjonalisering i denne henvisningsteknikken, både i selve lovteksten og i bemerkningene.

Hvert ledd kan bestå av flere setninger. Hvis henvisninger skal presiseres til en bestemt av disse setningene, bør henvisningene skje til «punktum». Dette skrives fullt ut.

Inndeling av hvert ledd kan enten gjøres i bokstaver eller i nummer. Når det brukes arabertall på selve leddet, er det naturlig å bruke bokstav-inndeling på deling av leddet. Ved henvisninger til dette stedet i bemerkninger og lovtekst har Lovavdelingen anbefalt at ordet «bokstav» skrives fullt

ut foran den aktuelle bokstaven, eks: «§ # tredje ledd bokstav c». Dette følges ikke konsekvent, og er for eksempel ikke fulgt i den nye skatteloven 26. mars 1999 nr. 14, se eksempelvis § 2-2(2). Heller ikke i utkastet til ny tvistemålslov kan det være nødvendig å gjøre henvisningene så tungvinte at ordet «bokstav» skrives fullt ut.

Ytterligere underinndeling av hver bokstav får skje i nummere.

Ved oppregninger – særlig oppregninger som ikke skal være uttømmende – kan strekpunkter være et godt alternativ til å bruke inndeling i bokstaver eller nummere.

Det varierer atskillig i nyere lover hvordan tegnsettingen gjøres ved oppregninger. Noen ganger brukes kolon innledningsvis, mens hvert punkt innledes med stor bokstav og avsluttes med punktum, se for eksempel regnskapsloven av 17. juli 1998 § 2-1 annet ledd. Andre ganger brukes kolon og liten bokstav innledningsvis, se for eksempel aksjeloven og allmennaksjeloven, begge av 13. juni 1997, §§ 1-1(3), 1-3(2) og 1-5. Det varierer om hvert punkt avsluttes med punktum, semikolon eller annen tegnsetting, se nevnte bestemmelser i aksjeloven og for eksempel verdipapirhandelloven av 19. juni 1997 §§ 2a-1 (kolon og komma), regnskapsloven § 6-1 (kolon og ingen tegnsetting til slutt i hvert punkt). I atter andre lover har man sløyfet kolon foran oppregninger, se for eksempel folketrygdloven av 28. februar 1997 §§ 1-10, 2-5 og innledningen til hvert kapittel i loven. Det er mulig disse forskjellene kan forklares logisk og systemmessig, men Tvistemålsutvalget kan ikke se det foreligger noen entydig og bindende praksis for hvordan oppregninger i lovteksten bør utformes. Utvalget har funnet det mest hensiktsmessig å sløyfe kolon foran oppregninger. Det blir da riktig grammatisk å innlede hvert punkt med liten forbokstav. I oppregninger av kumulative eller alternative vilkår knyttes punktene sammen med «og» eller «eller».

Ved henvisninger til lovnavn, skrives lovnavnet fullt ut, men uten fullstendig henvisning til dato og nummer, i alle fall så lenge det er snakk om henvisninger til vanlig benyttede lover. Etter de siste vedtak i Språkrådet skal det nå brukes punktum etter forkortelser.

## Kapittel 25

# Administrative og økonomiske konsekvenser av tvisteloven

### 25.1 Generelt om administrative og økonomiske konsekvenser

I dette kapitlet går utvalget inn på de økonomiske og administrative konsekvenser av en gjennomføring av utkastet til lov om tvisteløsning. Sammenlikningsgrunnlaget vil være situasjonen i dag med tvistemålsloven. Det understrekes imidlertid at en slik sammenlikning i noen grad er urealistisk. En del av utvalgets forslag er knyttet opp til så akutte reformbehov at hvis det ikke gis en ny lov om tvisteløsning, vil endringer tvinge seg frem innen rammen av tvistemålsloven, se II.1.

Utkastet vil ha konsekvenser for samtlige kategorier domstoler. Noen av reglene har virkninger særlig for én instans, andre kan ha mer gjennomgående virkninger. Enkelte av de forslåtte regler vil ha stor betydning, andre vil gi små virkninger. Noen av reglene vil ha en ressursbesparende effekt, andre vil nødvendiggjøre økt bruk av ressurser. For en rekke av virkningene vil det være problemer med å anslå effekten og virkningen for ressursbehovet med en rimelig grad av nøyaktighet. Det medfører at totalvirkningen av loven, økonomisk og administrativt, vil ha et betydelig element av usikkerhet ved seg.

For noen av forslagene vil også konsekvensene kunne endres over tid. Som et eksempel kan nevnes det som påpekes under 25.2, om at det ikke lenger vil være et vilkår for å reise sak for tingretten at tvisten først har vært behandlet i forliksrådet. Samtidig foreslås det innført en småkravsprosess for tingrettene, som vil gjøre behandling av små tvister der til et reelt alternativ til forliksrådsbehandling. Dette vil ganske sikkert føre til at flere tvister blir brakt direkte inn for tingrettene. Her er det imidlertid grunn til å vente en viss treghet, slik at konsekvensene av den nye ordning først vil komme for fullt noen år etter en innføring av nyordningen.

Utvalget vil under 25.2 til 25.5 se på konsekvensene for hver instans for seg, for deretter under 25.6 og 25.7 å se på mer gjennomgående konsekvenser. Under 25.8 går utvalget noe inn på mer generelle samfunnsmessige virkninger av utkastet og på økonomiske og andre virkninger for partene.

### 25.2 Forliksrådene

Utkastet foreslår en del prinsipielt viktige endringer i reglene for forliksrådene, se II.8.3, II.10.10 og utkastet kapittel 8.

Det er etter utkastet ikke lenger plikt til først å bringe tvisten inn for forliksrådet. Den som reiser sak, kan i stedet bringe den direkte inn for tingretten. For saker hvor forliksrådet er et ledd i inn drivning av krav som ikke er omtvistet, er det ikke grunn til å tro at denne endringen vil få noen virkning. Inkassosaker vil det ikke være noe poeng å fremme for tingretten. Behandling for tingretten vil være dyrere og ikke tjene noe formål for den som reiser en slik sak. Den store mengde av denne type krav kanaliseres for øvrig gjennom inkassobyråer. Inkassobyråene vil ikke kunne opptre som prosessfullmektiger for tingrettene.

Situasjonen vil være noe annerledes for de saker der det er reell tvist mellom partene om berettigelsen eller omfanget av det krav som fremmes. Utvalget foreslår at domskompetansen i tvistesaker begrenses, se utkastet § 8-10. Forliksrådet skal bare kunne avsi dom hvis begge parter samtykker, vilkårene for forfallsdom er oppfylt eller klagemotparten bare gjør gjeldende åpenbart uholdbare innsigelser. I tillegg er det domskompetanse dersom innsigelsen bare går ut på manglende betalings evne, men da er man utenfor de saker hvor det er naturlig å snakke om tvist. (Ett medlem i utvalget foreslår en viss domsmyndighet ut over dette.)

Begrensningen i domskompetansen i tvistesaker vil føre til at en del av disse sakene i stedet bringes inn for tingrettene. Hvor mange det vil være, er vanskelig å fastslå. Sakssammensetningen ved forliksrådene er gjennomgått i II.10.4. Ut fra det som der er sagt om antall tvistesaker, kan det kanskje være grunn til å anslå at tvistesaker som i stedet vil gå til tingrettene, vil ligge mellom 2 000 og 3 000. Tallet er imidlertid meget usikkert. For en del tvistesaker vil tvistebeløpet være så vidt lite at det er grunn til å tro at de uansett vil bli brakt inn for forliksrådet for om mulig å få dem avgjort der. Også ellers vil det nok være en del tvister som blir brakt inn for forliksrådet for å se om de kan bli løst ved mekling eller ved at det gis samtykke til dom.

Også i dag er det en del saker som kanaliseres til forliksrådene, selv om mekling er frivillig. En av grunnene for dette kan være at det å inngi klage til forliksrådet er en enkel måte å avbryte foreldelse på.

Oppfriskningsavgjørelser vil ikke lenger høre under forliksrådene. Her vil det ligge en viss, men ikke stor, arbeidsbesparelse. Det kan også nevnes at stevnevitnene ikke lenger skal kunne møte i forliksrådet for parter som ikke har møteplikt. Her vil det være frigjort arbeidskapasitet for rådet. Som motpost – kanskje omtrent av samme størrelse – vil imidlertid komme den administrasjon som en ordning med møtefullmektiger, jf. § 8-7(6), vil medføre.

En endring som vil måtte få betydelig effekt for forliksrådene i retning av arbeidsbesparelse, er at forliksrådets leder etter § 8-12(2) er gitt kompetanse til å avsi forfallsdom etter § 8-4(3) og dom i saker hvor klageren har godkjent påstanden uten å kreve innkalling til mekling. Samlet vil dette kunne gjelde opp mot 100 000 avgjørelser årlig. Selv om besparelsene i hver enkelt sak ikke er så store, vil den totale ressursbesparelse bli betydelig. Denne domskompetansen for lederen har for øvrig den virkning at forliksrådet kan treffe avgjørelser løpende, uten at man behøver å vente til et berammet møte hvor alle medlemmene er til stede.

Oppsummeringsmessig blir de viktigste virkningene at sakstilgangen blir noe redusert, men i beskjeden grad i forhold til den totale saksmengde ved forliksrådene. Reduksjonen vil komme innenfor tvistesakene. Særlig for forliksrådene med stor saksmengde vil reduksjonen i arbeidsbelastning gi mulighet for rasjonaliseringsgevinst av betydning. Nedgang i sakstilgangen vil føre til en reduksjon i gebyrinntekter.

### **25.3 Tingrettene**

Det er i II.9.4 redegjort for hovedtrekkene i tingrettens funksjoner og oppgaver etter utkastet til tvistelov. Tingrettene vil etter utkastet få en enda viktigere og mer sentral plass i tvisteløsningen enn etter tvistemålsloven. Samlet sett vil dette for tingrettene medføre flere arbeidsoppgaver og kreve en økning i ressurser. Men også for tingretten gjelder i høy grad at utvalgets forslag dels har virkninger i retning av krav til økning i innsats og ressurser, men også dels vil virke til å dempe belastningen og ressursbehovet.

Etter utkastet har partene før sak bringes inn for tingretten plikt til å varsle om krav og til å bidra til avklaring av kravet og grunnlaget for det. Det legges videre opp til at en løsning i minnelighet

normalt skal være forsøkt før sak reises. Det gis et regelsett om utenrettslig mekling, som også åpner for at partene kan få oppnevnt en mekler fra domstolens utvalg for rettsmeklere, se nærmere kapittel 6. Disse reglene bør, når de ses i sammenheng med den trend det internasjonalt er til at tvister om mulig skal løses i minnelighet og til rettsmeklingsordningen for domstolene, kunne føre til at tvister i større grad løses utenfor rettsapparatet. Iallfall sett over en viss tid, bør dette kunne gi en noe redusert sakstilgang til tingrettene.

Under redegjørelsen for forliksrådene er det anslått at antall tvistesaker som i stedet vil gå til tingrettene vil ligge på mellom 2 000 og 3 000. Det alt vesentlige av disse sakene vil være saker innenfor området for småkravsprosessen. Større tvister vil allerede i dag i betydelig grad gå utenfor forliksrådene, spesielt etter «advokatunntaket» i tvistemålsloven § 274 nr.1. Tallet er som påpekt usikkert. Det er også grunn til å tro at muligheten til å få saker direkte inn for tingrettene, vil medføre at noen saker som tidligere ikke kom for rettsapparatet fordi parten ikke ønsket behandling i forliksrådene, nå vil bli reist for tingrettene.

Utvalget mener man bør kunne legge til grunn som en kvalifisert antakelse at tingrettene vil få et økt sakstilfang for saker som vil ligge innenfor småkravsprosessen (tvistesum under 2 G) i rundt 3000 saker i året. For saker som skal behandles etter allmennprosessen, er det grunn til å tro at det ikke vil være noen netto økning. Som påpekt kanaliseres disse tvistene allerede i dag i stor utstrekning utenom forliksrådene. Dessuten vil man ha den saksreduserende effekt som ligger i at flere tvister finner sin løsning utenom domstolsapparatet.

For de saker som også etter tvistemålsloven ville kommet for tingretten, vil en anvendelse av tvisteloven føre til at en ganske stor del av disse vil bli behandlet etter reglene for småkravsprosess i stedet for etter allmennprosess. Ut fra de opplysninger utvalget har om sakssammensetningen i tingrettene, må det legges til grunn at det vil være mer enn 2 500 saker per år. Det er da også tatt høyde for at det vil være grunnlag for behandling etter allmennprosessen av noen få av de saker som ut fra verdien av tvistegenstanden ellers skulle behandles etter småkravsprosessen. Vi kan altså anslå et totalt antall saker som skal gå etter småkravsprosessen til mellom 5 000 og 5 500, og en reduksjon i saker som skal behandles etter allmennprosessen med 2 500 saker per år.

Småkravsprosessen innebærer en betydelig enklere behandling enn en behandling ved allmennprosessen. Det er i småkravsprosessen en enkel og konsentrert saksforberedelse og et kort

og konsentrert rettsmøte, begge deler etter en aktiv saksstyring fra rettens side. Det skal være en forenklet form for dom, se nærmere II.11 og utkastets kapittel 10. Det er grunn til å understreke sterkt dette med enkel behandling. Den enkle behandlingen vil gjelde småkravssaker generelt, men vil selvfølgelig være spesielt uttalt for den gruppen småkravssaker som ligger i nedre halvdel for området for småkravsprosess. Samlet sett vil den enklere behandlingsmåten innebære en meget betydelig ressursbesparelse sammenliknet med om disse sakene skulle vært behandlet ved allmennprosess.

Ved behandlingen av saker som skal gå etter allmennprosessen, er det flere endringer som får en ganske betydelig effekt på ressursbruk, til dels i ulik retning, se utkastets kapittel 9. For det første er det grunn til å peke på at bruk av rettsmekling vil inngå som et ordinært og selvfølgelig ledd i prosessen. Det er grunn til å tro at dette vil lede til flere forlik, og ikke minst til at forlik inngås på et tidligere trinn av behandlingen enn det som til nå har vært vanlig. Flere forlik tidlig, vil gi en ressursgevinst av betydning. Det er utvalgets intensjon at rettsmeklere som ikke er dommere, skal benyttes i langt større utstrekning enn til nå. Her vil det ligge en arbeidsmessig gevinst for domstolens dommere, men det vil ligge en utgift til de eksterne rettsmeklere. Det er også grunn til å anta at arbeidet med å administrere rettsmeklingsordningen kan bli noe tyngre når det ikke er domstolens dommere som benyttes, men personer utenfra. Samlet sett kan det ikke være tvil om at det vil være en betydelig ressursmessig gevinst for tingrettene med en vel fungerende rettsmeklingsordning.

En aktiv saksstyring fra rettens side fra saken kommer inn, og spesielt fra tilsvaret er avgitt, står helt sentralt i utvalgets forslag. Den aktive saksstyring vil være nødvendig for å få kanalisert de riktige sakene til den rettsmekling som er nevnt foran. Men saksstyringen skal også – og først og fremst – føre til at sakene raskt bringes gjennom saksforberedelsen, og til at det skjer en avklaring av krav og påstandsgrunnlag, avklaring av bevisføringen og fremskaffelse av bevis, vurdering og avgjørelse av om det skal gis skriftlige innlegg mv. Sluttinnleggene vil sikre ytterligere avklaring. Isolert sett vil den aktive saksstyring under saksforberedelsen kreve økte ressursinnsats fra tingrettens dommere. Dette vil imidlertid gi gevinster under hovedforhandlingen.

Det er lagt opp til en gjennomgående større konsentrasjon av hovedforhandlingen enn tidligere. I atskillig grad vil det merarbeid som er lagt ned i forberedelsen her, gi gevinster som vil oppveie den økte ressursbruken. Den kombinasjonsmulig-

het som det for tyngre saker er åpnet for, ved at det kan tillates skriftlige innlegg om særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål, vil også muliggjøre en sterkere konsentrasjon av hovedforhandlingen nettopp i saker hvor denne ellers ville ta lang tid. Det er i denne sammenheng også grunn til å peke på den tidsmessige gevinst som ligger i adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer. Partene vil riktignok ha krav på å få avhøre den som har gitt erklæringen, men vitneavhøret vil lettere kunne konsentreres om det viktige i forklaringen.

Det er også utvalgets forutsetning at domsskrivingen bør forenkles i forhold til det som i dag er vanlig praksis, se II.21.8. Nå utformes ikke de lovbestemte krav til innholdet av dommer etter allmennprosessen særlig annerledes enn i dag. Det at det innføres et nytt prosessregime, og ikke minst at dette prosessregime har proporsjonalitet som et sentralt element, bør imidlertid kunne lede til at man får til en forenkling av betydning, med en ganske betydelig ressursbesparelse som gevinst.

Utkastet åpner for en begrenset mulighet til å sette retten med tre fagdommere, eventuelt med to fagdommere hvor det også skal være med meddommere. Flere fagdommere i en sak vil kreve økt bruk av dommerressurser. Det er i to grupper av tilfeller det er aktuelt med flere fagdommere. Det vil for det første være i saker som reiser særlige kompliserte og faktiske rettslige spørsmål. Nettopp i slike saker vil det kunne være aktuelt med skriftlige innlegg som nevnt. Tidsgevinsten ved en konsentrasjon av hovedforhandlingen vil da bli særlig stor, fordi det spares arbeidstid for flere dommere. Den andre gruppen er de tilfeller der partene har avtalt forsterket rett, og samtidig gitt avkall på ankeretten. Her vil man være sikret at saken ikke går videre til lagmannsretten, med positiv virkning for ressursbehovet der.

Effekten på ressursbruken ved at tingrettene kan settes med tre (eventuelt to) fagdommere er meget vanskelig å fastslå. Skal en sak behandles med flere fagdommere, krever det beslutning fra domstollederen. Ordningen er ment å være en realitet, og det vil være meget uheldig om den ut fra sparehensyn ikke ble fulgt opp i de tilfeller der det er et behov for flere fagdommere.

En ordning med at tingretten kan settes med tre (eller to) fagdommere, vil være lettere å få til i praksis når strukturendringene i førsteinstansen er gjennomført. De aller fleste saker hvor en slik styrket sammensetning vil være aktuelt, vil for øvrig høre hjemme ved de store eller middelstore domstoler. Kommer en slik sak for en liten domstol, kan det være nødvendig å tilkalle én eller to dommere fra en annen domstol.

Det er etter utvalgets mening nødvendig og rimelig at gebyret i saker som behandles etter småkravsprosessen, skal ligge vesentlig under gebyret for saker etter allmennprosessen. Utvalget har regnet med 1 R, for tiden kr 655, for saker opp til 1 G og 2 R for saker over 1 G. Det er regnet med at tilfanget av nye saker til tingrettene som vil gå etter småkravsprosessen, vil være mellom 2 000 og 3 000. Det er vanskelig å si hvorledes disse vil fordele seg på saker under og over 1 G. Hvis man antar at det blir en nokså jevn fordeling på de to gruppene, vil disse småkravssakene samlet gi en gebyrvekst på mellom 3 000 R og 4 500 R. Det regnet med at ca. 2 500 saker som i dag behandles etter tvistemålsloven med gebyrinnngang på 6 R per sak, etter tvisteloven vil bli ført etter småkravsprosessen. Som småkravssaker vil de innbringe henholdsvis 1 R eller 2 R per sak. Regner vi også her med en fordeling 50/50 på saker over og under 1 G, vil det gi en reduksjon i gebyrinntekt på i alt 11 250 R. Samlet vil gebyrinngangen for tingrettene etter dette bli redusert med mellom 8 250 R og 6 750 R, med andre ord med mellom kr 5 403 750 og kr 4 421 250.

Å gi et samlet anslag over endringene i ressursbehovet for tingrettene, er vanskelig. Ser vi isolert på tilfanget av nye saker til tingrettene, som vil være saker etter småkravsprosessen, kan vi anslå at dette vil kreve 15 dommerårsverk. Det minnes her om at småkravsprosessen skal være en enkel behandling. Den økte sakstilgang vil også kreve et økt antall funksjonærer, som anslås til omtrent det samme antall. De øvrige virkningene for tingrettene vil trekke i ulik retning, som det fremgår av redegjørelsen foran. Det blir en ikke ubetydelig overgang av saker fra allmennprosess til småkravsprosess. Færre saker føres frem til hovedforhandling, særlig ved at tvister løses før det blir sak og under saken gjennom blant annet rettsmekling. På den annen side krever den aktive saksstyring under saksforberedelsen dommerressurser, og enkelte saker vil bli behandlet med mer enn én fagdommer. Totaleffekten av dette er, som påpekt, vanskelig å anslå. Men iallfall når prosessreformen har «gått seg til», bør gevinstene ved utkastets regler oppveie for de punkter som isolert sett tilsier et økt ressursbehov, slik at det ikke blir behov for nye dommere ut over de 15 som de nye småkravssakene vil kreve.

## 25.4 Lagmannsrettene

Utkastet til tvistelov vil medføre en reduksjon av betydning i lagmannsrettens arbeidsbyrde. Selv

om det også her er forslag som isolert sett vil være ressurskrevende, vil de fleste endringer ha en motsatt effekt. Om endringene i behandlingen av saker for lagmannsrettene, vises til II.8.5, II.12 og til utkastets kapittel 11.

Sakstilgangen til lagmannsretten må forventes redusert ganske betydelig. For det første vil det at et økt antall tvister forlikkes for tingretten eller før sak reises, også i noen grad medføre en saksreduksjon for lagmannsrettene. Saker som ellers ville nådd dit, stoppes på et tidligere trinn. En økning av ankesummen til 2 G, vil også minske antallet anker. For saker under 2 G vil det imidlertid være en ankerett, men det vil kreve samtykke for å få anken behandlet. Det må påregnes at en del saker under 2 G vil bli forsøkt anket. For noen av disse vil det bli gitt samtykke og samtlige vurderinger av om samtykke skal gis, vil kreve en behandling fra lagmannsrettens side. Etter forslaget fra utvalget (flertallet) vil også lagmannsretten kunne nekte anker som klart ikke kan føre frem. Selv om slike avgjørelser krever behandling, er det klart at det ligger en arbeidsmessig gevinst for de anker som nektes fremmet.

Utvalget foreslår at det skal gjennomføres lyd- eller bildeopptak av parts- og vitneforklaringer under hovedforhandlingen. Denne regelen vil trolig i noen grad virke dempende på ankefrekvensen. En part vil ikke, som nå, kunne håpe på at faktum vil se bedre ut etter gjennomført bevisføring i lagmannsretten. Uoverensstemmelser mellom forklaringer i tingretten og i lagmannsretten vil kunne påvises.

Også for lagmannsretten skal det være en aktiv saksstyring. Det er imidlertid grunn til å anta at denne saksstyringen medfører mindre bruk av ressurser enn det som var nødvendig ved behandlingen for tingretten. For lagmannsretten bør det ligge an til et noe større antall forlik enn i dag og det tidligere under behandlingen. Gevinsten vil imidlertid være relativt sett mindre enn for tingrettene, blant annet fordi det nok sjeldnere ligger an til rettsmekling hvis denne muligheten har vært skikkelig utnyttet i tingretten.

Klarlegging og tilskjæring under saksforberedelsen vil gi gevinst under ankeforhandlingen. Den vil relativt sett være større enn gevinsten ved hovedforhandlingen i tingretten. For det første skal lagmannsretten settes med tre fagdommere under ankeforhandlingen. Spart tid gir gevinst for tre dommere i stedet for én. Dertil kommer at ankeforhandlingen er forutsatt i langt større grad enn tidligere å være konsentrert om det som er tatt opp i anken, slik at den ikke unødig innebærer en helt ny behandling av saken. Den tidsgevinst som kan oppnås ved en kombinasjon av muntlig og skrift-



lig behandling, vil være større i lagmannsretten enn i tingrettene. Lagmannsrettene vil ha en høyere andel saker hvor en slik kombinasjon er aktuell.

For lagmannsretten vil det, som for tingrettene, være grunnlag for i mange saker å forenkle domsskrivningen ganske vesentlig i forhold til det som gjøres i dag. Det vises til drøftelsen om dette for dommer etter allmennprosess i tingrettene, se II.25.3. Her bør det kunne ligge en vesentlig gevinst i sparte arbeidsressurser. Dommer som blir liggende uferdige representerer særlig i kollegiale retter «sand i maskineriet», som generelt har en tendens til å redusere effektiviteten av saksavviklingen. Kortere og enklere dommer bør kunne bidra til å minske dette problemet.

Prosesstyrende avgjørelser i tingrettene kan etter tvisteloven, som etter tvistemålsloven, kreves overprøvd i lagmannsrettene. Etter tvisteloven er rettsmidlet anke. Etter tvistemålsloven er det kjæremål. Det er imidlertid mer en teknisk omlegging. Behandlingsmåten er ikke endret vesentlig. Men det som er endret, er at de grunner som kan påberopes ved overprøvingen er begrenset, både for overprøving av kjennelser og beslutninger. For beslutninger er overprøvingsadgangen meget snæver. For kjennelser om saksbehandlingen som skal treffes ut fra et skjønn over forsvarlig eller hensiktsmessig behandling, kan den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlag at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig. Den innskrenkning i overprøvingsadgangen som følger av dette, vil måtte gi en merkbar reduksjon i antallet prosesyrende avgjørelser som kreves overprøvd.

Samlet sett vil reduksjonen i arbeidsbelastning for lagmannsrettene av utvalgets forslag bli betydelig. Det minnes igjen om at enhver besparelse i antall saker og i tid under ankeforhandlingen, og i det hele for den behandling som ikke kan foretas av forberedende dommer, vil få effekt for tre dommere. Også for lagmannsrettene er det vanskelig å anslå totaleffekten. Utvalget legger til grunn at den samlede effekt vil være et redusert behov for dommerårsverk som er større enn 15.

Nå kan det hevdes at noe av det reduserte dommerbehov vil være et mindre behov for å tilkalle dommere fra tingrettene. Til dette kan det igjen hevdes at det er forutsatt at bruken av tilkalle dommere av andre grunner skal reduseres i fremtiden. Men uansett – det som i den totale ressursammenheng er det vesentlige, er at behovet for dommerårsverk ved behandlingen i lagmannsrettene blir mindre. Den totale effekten her anslår altså utvalget til å bli større enn 15 dommerårsverk. Det må gi grunnlag for reduksjonen i antall

funksjonårsverk. Det er vanskelig å anslå, men den bør kunne ligge over 5.

Utvalget tilføyer at en nedgang i antall saker for lagmannsrettene også vil medføre en reduksjon i gebyrinngangen for lagmannsrettene.

## 25.5 Høyesterett

Om de endringer utkastet vil medføre for behandlingen i Høyesterett, vises til II.13 og til utkastets kapittel 12.

Også for Høyesterett legger utkastet opp til betydelige endringer i behandlingen. Det skal her, som for tingretten og lagmannsretten, skje en aktiv saksstyring med henblikk på avklaring av tvistemaet og ikke minst en konsentrasjon av ankeforhandlingen. I saker for Høyesterett bør det også gjennomgående være mer aktuelt med en kombinasjon av muntlighet og skriftlighet i behandlingen. I den enkelte sak bør dette totalt sett gi en tids- og ressursgevinst.

Utvalget legger opp til at Høyesterett i noen saker skal kunne settes i et såkalt storkammer, med elleve dommere. Dette skal til dels skje i stedet for at de aktuelle saker behandles i plenum, men også i noen grad ved at saker som ellers ville blitt avgjort i avdeling går for storkammer. En slik behandling vil være ressursbesparende hvor alternativet er plenum og ressursbelastende hvor alternativet er avdeling. Utvalget regner med at en ordning med storkammer, selv om dette bare unntaksvis vil bli brukt, vil ha en viss reduserende effekt på det antall ankesaker som Høyesterett kan avgjøre.

Den samlede effekt, ved at sakene kan konsentres i større grad og av at noen saker går for storkammer, bør være at Høyesterett kan behandle omtrent det samme antall anker over dommer som tidligere. Hvis effekten skulle lede til at det frigjøres arbeidskapasitet, bør det gi seg utslag i at Høyesterett behandler flere anker over dommer.

Høyesterett (ankeutvalget) skal også etter utkastet kunne overprøve prosesyrende avgjørelser i lagmannsrettene og tingrettene, det siste i form av såkalt videre anke. På samme måte som for lagmannsrettene vil de nye reglene om overprøving av kjennelser og beslutninger her medføre at muligheten for å nå frem ved en overprøving er vesentlig redusert for viktige grupper avgjørelser. Det vil få en avlastende effekt for Høyesterett (ankeutvalget). Den gevinst som ligger her, mener utvalget bør tas ut ved at man søker å behandle flere anker over dommer.

## 25.6 Virkninger mer generelt for domstolene

Utvalget vil i dette avsnittet gå inn på mer gjennomgående virkninger av forslagene i utkastet.

Utvalget foreslår en regel om at det offentlige i visse situasjoner er ansvarlig for partenes saksomkostninger forårsaket ved feil fra rettens side. Ansvaret for feil ved forlikrårsbehandling påhviler vedkommende kommune, ellers er ansvaret statens, jf. §§ 8-13(2) og 23-12. Det er ikke mulig å fastslå hva dette ansvaret årlig vil kunne pådra det offentlige. Imidlertid er det klart at ansvaret etter de regler som foreslås, skal være en realitet. Videre er det klart at feil av den type som kan medføre ansvar, fra tid til annen skjer i behandlingen. En antakelse kan være at ansvaret vil innebære utbetalinger på gjennomsnittlig et par hundre tusen kroner i året.

Med de regler som foreslås om begrenset domskompetanse for forlikrådet i tvistesaker, er det grunn til å anta at ansvar ikke vil være aktuelt i særlig utstrekning der. Dette vil imidlertid kunne bli helt annerledes dersom forlikrådene fikk en videre domsmyndighet.

Utvalget foreslår at hvor retten oppnevner meddommere og sakkyndige av eget tiltak, skal utgiftene ved dette dekkes av staten. Det er i to hovedgrupper av saker at dette er aktuelt. Det er i saker der retten har ansvar for at saken får et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, og i prinsipielle saker der en oppnevning av sakkyndig er nødvendig for å sikre balanse mellom partene i bevisføringen (utkastets § 28-2). Den tallmessig viktigste sakskategorien i den første gruppen er åpenbart barnefordelingssakene. Nå er imidlertid forholdet at i svært mange av disse sakene er det ikke grunn til å oppnevne sakkyndige. Det kan reises spørsmål om det ikke her allerede er et visst overforbruk av sakkyndighet. Men i en del saker trengs det sakkyndige. Da vil partene som oftest begjære dette, og i tilfeller hvor det skjer og partene har økonomi til å bære utgiftene til sakkyndige, er det ikke grunn til at retten skal oppnevne sakkyndige av eget tiltak. Retten må også være på vakt mot at parter urimelig skal kunne utnytte at det offentlige dekker utgiftene hvis retten oppnevner sakkyndige av eget tiltak.

Det er imidlertid klart at i en del tilfeller, vil retten oppnevne sakkyndige eller fagkyndige meddommere av eget tiltak. I noen av disse tilfelle vil utgiftene i dag helt eller delvis bli dekket under bevillinger til fri sakførsel. Men i den grad det ikke ville vært tilfellet, blir det her etter utkastet en merutgift for det offentlige. Igjen er det van-

skelig å foreta en tallfesting. Det er ikke utenkelig at den årlige merutgiften her kan ligge opp mot kr 10 000 000 per år.

Utvalget foreslår at fri sakførsel også skal omfatte omkostningsansvar overfor motparten, begrenset til det motparten kunne krevd som godtgjøring og omkostningsdekning dersom han hadde hatt fri sakførsel. Også effekten av denne reglene er vanskelig å bedømme. I en god del av de sakene hvor det gis fri sakførsel, kan det være grunn til å frita denne parten for omkostningsansvar selv om han skulle tape. Da vil det ikke oppstå ansvar som skal dekkes av bevillingen til fri sakførsel. Men totalt sett må det regnes med en merutgift, som utvalget anslår til kr 1 000 000 per år.

Forslagene i utkastet nødvendiggjør en del teknisk utstyr. Det skal etter utkastet foretas opptak av parts- og vitneforklaringer. Når dette inngår som ledd i ordinær behandling, er det nødvendig med opptaksutstyr i alle faste rettssaler i tingrettene og lagmannsrettene og transportabelt utstyr til bruk hvor domstolene ikke har faste og egne rettssaler. Utgiftene til dette vil være betydelige. Utgiftene er av Justisdepartementets domstolavdeling anslått til å utgjøre omlag kr 6 600 000 for analoge lydopptak og om lag kr 17 400 000 for digitale opptak, da forutsatt at den vedtatte strukturendring for tingrettene er gjennomført. Årlige driftsutgifter er beregnet til henholdsvis kr 300 000 og kr 700 000.

Utvalget vil til utgiftsposten vedrørende lydopptaksutstyr bemerke at det er vanskelig å se for seg at straffesaker fortsatt skal kunne behandles i tingretten og i lagmannsretten uten opptak av forklaringer. Ved behandling i lagmannsretten tilsier klare rettssikkerhetshensyn at forklaringer skal kunne kontrolleres mot det som ble uttalt ved behandlingen i tingretten. Det press vi nå ser i mange saker for gjenopptakelse grunnet i opplysninger som skal være nye, eller grunnet i påstander om uforsvarlig behandling, nødvendiggjør også opptak av forklaringer i lagmannsretten. Utvalget mener på bakgrunn av dette at det knapt kan ses som en utgift foranlediget av tvisteloven at det også i tvistesaker skal skje dokumentasjon av forklaringer gjennom opptak.

Fjernavhør vil spille en viktigere rolle etter tvisteloven enn etter tvistemålsloven, også fordi et fjernavhør for den dømmende rett gjennomgående vil være et bedre bevismiddel enn dokumentasjon av et bevisopptak av vitnet. Utvalget har fått opplyst fra Justisdepartementets domstolavdeling at de aller fleste rettssaler har utstyr for fjernavhør i form av telefoner med høytalere. I prinsippet er det et akseptabelt utstyr for fjernavhør, men det

er også klart at bruk av utstyr for fjernavhør med bilde kan gir retten en vesentlig bedre mulighet til å vurdere bevisverdien av de forklaringer som gis.

Utstyr for billedavhør er kostbart. På grunnlag av tall fra en svensk prøveordning, har Domstolavdelingen anslått utgifter per tinghus som det installeres utstyr i, til kr 648 000, inklusive kabel og utstyr. Det inkluderer utstyr, installasjon og kabling til en rettssal og ett vitnerom per tinghus. Det er beregnet ut fra tre kameraer, tre skjermer for parter, en TV-monitor for publikum, ett dokumentkamera for visning av bevismateriale mv. samt mikrofonutrustning.

Departementet har påpekt overfor utvalget at det ville være ønskelig ved en innføring av fjernavhør med bilde om det ble installert utstyr i alle eller et flertall av rettssalene i Norge. Etter at strukturendringene for tingrettene er gjennomført, forventes det ca. 295 rettssaler totalt. En minimumsinvestering vil være en sal og ett vitnerom per tinghus. Etter gjennomføringen av strukturendringen, vil det være 63 tinghus. Investeringene blir derfor etter Domstolavdelingens mening minimum kr 41 500 000 (63 x kr 648 000). Det pekes videre fra departementets side på at det vil være rimeligere og mer funksjonelt å utstyre tinghusene både for opptak av lyd og bilde samt videokonferanse samtidig, enn først å innføre lydopptak og så senere videooverføring før man til slutt også innfører opptak av bilde.

Utvalget er enig i at det ideelle ville vært å ha utstyr for billedavhør/billedkonferanse (videokonferanse) i alle rettssaler. Det er også å foretrekke at alle tinghus har slikt utstyr. Men det er likevel vanskelig å se at det ikke vil være mulig å ta dette noe trinnvis, f.eks. slik at de domstoler som har det største sakstilfanget får utstyr først, og gjerne for flere saler. Det vil etter utvalgets mening heller ikke være grunn til i forskrifter å stille som et absolutt krav om at de som skal forklare seg ved billedavhør gjør dette i et tinghus. Svært mange steder i landet er det nå rom for videokonferanser som leies ut. I allfall i en romslig overgangsperiode bør det kunne leies slikt utstyr i forbindelse med den enkelte sak til bruk for den som skal avgi forklaring.

Utvalget vil legge til at den tekniske utvikling, slik vi nå kan se den, trolig kan åpne for billedkommunikasjon på en langt billigere måte enn gjennom det utstyr for videokonferanse som det er referert til ovenfor. Det kan blant annet være billedkommunikasjon gjennom PC'er eller terminaler med tilleggsutstyr.

Etter utkastet skal prosesskriv mv. sendes elek-

tronisk til retten, og det er ellers forutsatt en elektronisk dokumentbehandling. Både parter og andre skal etter forslaget kunne få innsyn i dokumentene via nett. Dette nødvendiggjør moderne IKT-utstyr, men ikke utstyr ut over det som, etter det utvalget har forstått, allerede ligger i planene for IKT-satsning i domstolene for perioden frem til 2005. Blant annet det saksbehandlingssystem som planlegges, nødvendiggjør slikt utstyr.

Ved gjennomføring av en så vidt omfattende og inngripende lov som tvisteloven, vil det oppstå opplæringsbehov for alle dommere og også for funksjonærgruppen. For dommere vil behovet være konsentrert rundt den aktive saksstyringen og gjennomføringen av hovedforhandlingen eller ankeforhandlingen. For dommere i tingretten og i lagmannsretten vil det i tillegg være særlig behov for opplæring i rettsmekling. For funksjonærgruppen vil opplæringsbehovet gjelde de administrative konsekvenser av utkastet.

Det er i dag en organisert opplæring av dommere og funksjonærer gjennom etterutdannings- og opplæringsråd. De årlige budsjetter for dommer og funksjonærer skal for hver gruppe ligge på rundt kr 3 000 000. I året før og i det året tvisteloven gjennomføres, må det være grunnlag for å bruke en betydelig del av disse midlene til det nevnte opplæringsbehovet. I tillegg vil utvalget anslå at det vil gå med kr 2 000 000, fordelt over de to årene. Beløpet er satt så vidt høyt for at det også skal være plass til kursing av de som pekes ut til utvalgene av rettsmeklere (utkastet § 7-4(4)).

Som påpekt foran i tilknytning til forlikrådene, tingrettene og lagmannsrettene, vil en endring i sakstilgangen medføre endringer i gebyrinnngangen. Utvalget har, bortsett fra for saker etter småkravprosessen, ikke gått inn på spørsmålet om hvor store behandlingsgebyrene bør være, og har derfor ikke regnet ut totaltallene. Den virkningen de foreslåtte gebyrer for småkravssaker vil få for tingretten er beregnet. Som sammenlikningsgrunnlag ved overgang fra allmennprosess til småkravprosess, er brukt dagens gebyrnivå, uten at utvalget har tatt stilling til om dette bør endres.

## **25.7 Oppsummering av de viktigste økonomiske virkninger for det offentlige**

Utvalget skal her gi en kort oppsummering av de viktigste økonomiske virkninger for staten. Forutsetningene for beregningene er det redegjort for under de enkelte punkter ovenfor.

Forlikrådene er holdt utenfor. Som påpekt vil

utvalgte forslag for forlikrådene medføre noe redusert arbeidsbelastning og ressursbehov.

Gebyrinnngang for tingrettene vil bli redusert med mellom kr 5 403 750 og kr 4 421 250.

Utvalget har drøftet behovet for nye dommerstillinger i tingrettene og lagmannsrettene. Behovet for økte dommerressurser i tingrettene synes å samsvare omtrent med et redusert behov i lagmannsrettene. Lønnsutgiftene i lagmannsrettene ligger noe over lønnsutgiftene i tingrettene, på den annen side bruker lagmannsrettene en del dommerressurser som ikke er rettens egne dommere, hvor lønnsutgiftene kan være noe lavere. Totalt sett skulle det ikke bli økonomiske konsekvenser av utvalgets forslag i retning av økte eller sparte utgifter til dommere.

Det er for tingrettene regnet med et behov for 15 nye funksjonærer og for lagmannsrettene et redusert behov på (minst) 5. Gjennomsnittslønn for funksjonærer inkludert arbeidsgiveravgift utgjør kr 278 000. Lønnsutgifter til 10 nye funksjonærer utgjør kr 2 780 000.

Utgifter til kontor mv. (driftsutgifter) utgjør per år gjennomsnittlig i tingrettene kr 157 000 og i lagmannsrettene kr 210 000. Netto økning i driftsutgifter ved økning i funksjonærantallet utgjør da kr 1 305 000.

Årlig ansvar for staten for saksomkostninger pådratt ved feil fra rettens side kr 200 000.

Årlige medutgifter til fagkyndige meddommere og sakkyndige oppnevnt av retten etter eget tiltak kr 10 000 000.

Årlige merutgifter til fri sakførsel som følge at også omkostningsansvar overfor motparten i begrenset grad dekkes over bevillingene kr 1 000 000.

Opplæringsmidler (i tillegg til midler tatt av de ordinære årlige bevilgninger) kr 2 000 000.

[Anskaffelse av utstyr for lydopptak om lag kr 17 400 000 (digitalt utstyr), alternativt kr 6 600 000 (analogt utstyr) med årlige driftsutgifter kr 700 000, alternativt 300 000. Parentesen er brukt for å markere at utgifter til utstyr for lydopptak vil bli nødvendiggjort av endringer i straffeprosessloven som er uten sammenheng med tvisteloven.]

Utstyr til billedavhør/billedkonferanse som bør anskaffes, men som ikke er absolutt nødvendig konsekvens av en innføring av tvisteloven, kvantifiseres ikke.

## 25.8 Andre virkninger – samfunnsmessig og for partene

Å isolere de økonomiske og ressursmessige virk-

ninger av tvisteloven til endringer i utgiftene for domstolene, slik det er gjort i 25.6 og 25.7, er egentlig meningsløst. Ut fra et slikt perspektiv kunne man stille spørsmålet hva det var å spare i kroner og øre på det offentlige budsjett ved å avvikle domstolene som tvisteløsningsorganer. Det kunne sikkert la seg regne ut, men vil ikke ha noen interesse. Skal et rettssamfunn fungere, må det ha et uavhengig tvisteløsningsapparat. Det vises til den generelle drøftelsen under II.3.1.

På samme måte som man ikke kan isolere virkningene av det å ha domstoler og tvisteløsning til et spørsmål om kroner og øre for det offentlige, kan man heller ikke isolere de økonomiske og samfunnsmessige virkninger av utkastet til hva det vil koste staten. Man må se på de samfunnsmessige og økonomiske virkninger som helhet, herunder virkningene for dem som involveres i tvister.

Virkninger av utvalgets forslag for den enkelte part vil være merkbare. Utkastet legger opp til at flere tvister skal kunne løses i minnelighet. Vi vet at det ofte leder til løsninger begge parter ser seg tjent med, og at både behandlingen og avgjørelsesformen blir oppfattet som mindre konfliktfylt.

Utvalget har lagt stor vekt på at reglene skal fremme rask konfliktløsning. Dette vil være viktig for partene. Både for parter i tvister med tilknytning til næringsvirksomhet og i tvister ellers mellom private, vil det være viktig å få lagt tvister bak seg. Det å være involvert i en rettslig tvist tar tid og krefter. Det koster penger og kan være personlig belastende.

Utkastet har også kostnadmessige effekter der en tvist føres frem til en rettsavgjørelse. Det er lagt opp til at behandlingen vil være mer proporsjonal med betydningen av tvisten. Generelt vil det innebære rimeligere behandling og sparte kostnader for partene.

Utvalgets forslag innebærer en økt tilgang til rask og forsvarlig tvisteløsning for domstolene, samtidig som det legger opp til at tvister skal kunne løses i minnelighet utenfor rettsapparatet. Samlet vil dette sikre bedre ivaretagelse at de generelle samfunnsmessige hensyn som rettsapparatet og tvisteløsningen skal ivareta, se II.3.1. Det vil blant annet i høyere grad sikre næringsliv og privatpersoner at de avtaler om økonomiske forhold som inngås, faktisk vil bli etterlevd. Den handlingsdirigerende effekt øker. Bedret tilgang til rettsapparatet vil også sikre den enkeltes rettigheter bedre mot resurssterke motparter som forvaltning, forsikringsselskaper, storindustri mv. Økt vekt på prejudikatsdannelse og rettsavklaring, blant annet ved at behandlingen i saker for Høyesterett spisses inn mot de prinsipielle spørsmål, vil

kunne ha en effekt i retning av at tvister unngås.

De positive virkninger av en gjennomføring av

utkastet, ikke minst den økte tilgang til rettsapparatet, vil etter utvalgets mening bidra til å bygge opp under folks tillit til domstolene.

## Kapittel 26

# Harmonisering mellom tvisteloven og straffeprosessloven

### 26.1 Innledning

Mens man i Sverige og Danmark har felles prosesslover for sivile saker og straffesaker i rättegångsbalken og retsplejeloven, har vi i Norge siden straffeprosessloven av 1887 hatt separate hovedprosesslover for behandlingen av sivile tvister og straffesaker. Noen få fellesbestemmelser er riktignok gitt i domstolloven. Det er ikke noen aktuell problemstilling hos oss å endre denne tradisjonen ved å utarbeide en felles prosesslov. Når dette er sagt, oppstår det mange parallelle problemstillinger ved behandlingen av sivile saker og straffesaker, og sakene behandles ved de samme domstoler. Det er viktig at prosessordningen som helhet er mest mulig oversiktlig og logisk. Derfor bør det ikke være større forskjeller mellom behandlingsreglene for sivile tvister og straffesaker enn det er saklig grunn til. Symmetriske løsninger bør foretrekkes når det er mulig. Det er derfor obligatorisk ved en gjennomgripende reform av den ene prosessformen, at man stiller spørsmål om hvilke endringer reformen bør lede til i den andre. Ved gjennomføringen av straffeprosessloven av 1981 (lov 22. mai 1981 nr. 25) ble det derfor foretatt ganske omfattende endringer i tvistemålsloven før reformen ble satt i kraft 1. januar 1986. Dette ble gjort under arbeidet med ikrafttredelsesloven (lov 14. juni 1985 nr. 71.), se lovens del IV.15 om endringer i tvistemålsloven. Blant annet ble reglene om vitner betydelig harmonisert, slik at mange av reglene er utformet på samme måte i de to lovene.

Ved gjennomføringen av den sivilprosessreformen Tvistemålsutvalget foreslår i innstillingen, er det en selvfølge at man vurderer hvilke endringer det er grunn til å foreta i straffeprosessloven, enten fordi løsningene anses å være bedre også for straffesaker, eller for å opprettholde symmetrien mellom prosessformene. Dette er også nevnt i Tvistemålsutvalgets mandat. Utvalget har likevel ikke utarbeidet noe konkret forslag om endringer i straffeprosessloven nå. Det er ikke hensiktsmessig å utarbeide et slikt detaljert forslag før tvisteloven er vedtatt. Fremgangsmåten er den samme som ved gjennomføringen av straffeprosessreformen. Spørsmålet om tilpasning av straffeprosesslo-

ven stiller seg på samme måte som tilpasning av de spesielle sivilprosesslovene som skjønnsprosessloven, tvangsfullbyrdelsesloven, skifteloven og konkursloven. Utvalget finner likevel at det er av verdi å gi en oversikt over problemstillinger som er særlig aktuelle. Dette er av interesse ikke bare for det praktiske arbeidet med ikrafttredelsesloven. Det er et relevant moment ved vurderingen av flere av utvalgets forslag om symmetrien vil kunne bevares ved tilsvarende endringer i straffeprosessloven.

Det uten tvil viktigste harmoniseringsspørsmålet som vil melde seg, gjelder rettsmiddelordningen. Tvistemålsutvalget har i II.12 drøftet om de ordinære rettsmidlene anke og kjæremål bør slås sammen til ett rettsmiddel i sivile saker. Utvalgets konklusjon er bekreftende, og standpunktet er gjennomført i lovutkastet ved at rettsmidlet kjæremål er foreslått erstattet av regler om anke over beslutninger og kjennelser. I kapittel 11 og 12 er det gitt felles regler om anke til lagmannsrett og anke til Høyesterett. Så langt det er mulig, er det gitt felles regler om anke over forskjellige typer rettsavgjørelser, med det har vært nødvendig å gi noen særregler. I samsvar med dagens ordning for sivile saker og straffesaker er det opprettholdt at anke over dommer som regel avgjøres ved en muntlig ankeforhandling, mens anker over beslutninger og kjennelser normalt avgjøres etter skriftlig behandling på grunnlag av sakens dokumenter.

Det er ikke en formell nødvendighet å avskaffe kjæremål i straffeprosessen selv om man gjør det i sivilprosessloven. I praksis anser utvalget det likevel som klart mer hensiktsmessig å gjennomføre en slik endring om den også gjøres for behandlingen av straffesaker. Utvalget har også fremsatt konkrete forslag til endringer i domstolloven som forutsetter at samme løsning blir valgt for straffesaker. Et konkret uttrykk for dette er at betegnelsen Høyesteretts kjæremålsutvalg er foreslått endret til Høyesteretts ankeutvalg, se den nærmere drøftelse i II.13.2 og bemerkningene til endringer i domstolloven i III.34. For vurderingen av Tvistemålsutvalgets forslag er det etter dette av stor betydning hvordan en tilsvarende reform kan gjennomføres i straffeprosessloven, og behandlingen av dette temaet utgjør hovedtyngden av dette kapit-

let i II.26.2. Utvalget har her utformet en skisse til hvordan tilpasningen kan gjennomføres. I II.26.3 er det gitt en kort redegjørelse for enkelte andre harmoniseringsspørsmål som melder seg.

## 26.2 Nødvendige endringer i straffeprosessloven ved overgang til ett rettsmiddel

### 26.2.1 Avgjørelsestyper og rettsmidler etter de någjeldende reglene

Straffeprosesslovens regler om avgjørelsesform og rettsmidler er ganske likt systemet i tvistemålsloven. De avgjørelsene som avgjør realitetskravet, dvs. enten domfeller eller frifinner siktede, treffes ved dom, jf. § 30 første ledd. Dom er også formen ved avgjørelse av andre realitetskrav som behandles i saker etter straffeprosessloven, jf. § 30 første ledd jf. §§ 1, 2 og 3 og straffeloven § 54 nr. 2.

Rettsmidlet mot en dom er anke. Hvis anken slipper gjennom til behandling i ankeinstansen, avgjøres anken ved dom, jf. § 345. Men er anken begrenset slik at ankebehandlingen ikke gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, skal anken i noen tilfeller avgjøres ved kjennelse. For det første gjelder det hvis anken ikke fører frem, jf. § 345 annet ledd første punktum. For det andre gjelder det hvis anken fører frem, men ankeinstansen ikke selv har grunnlag for å avsi dom slik at saken må behandles på nytt i underinstansen. Rettsmidlet mot avgjørelsen, enten det er en dom eller kjennelse, er anke.

Andre avgjørelser enn de som er nevnt ovenfor, er kjennelser når de avslutter saken eller en selvstendig del av den. Et praktisk eksempel kan være avvisning fordi en anke er fremsatt for sent. Formen kjennelse er også særlig bestemt enkelte steder, for eksempel ved bruk av tvangsmidler som varetektsfengsling, jf. § 184. Et annet eksempel er § 374, som fastslår at lagrettens svar på de spørsmålene som er stilt om skyldspørsmålet, avgis ved kjennelse. En slik kjennelse er, i motsetning til kjennelser ellers, uten begrunnelse.

Avgjørelser som etter dette verken er dommer eller kjennelser, treffes ved beslutning. Det er også enkelte typer avgjørelser, som ville vært omfattet av den alminnelige definisjonen av kjennelser, som skal treffes ved beslutning. Det gjelder avgjørelser som nekter samtykke til å fremme anke, jf. § 321 femte ledd og § 323 annet ledd.

Alt i alt må det etter dagens prosessregler sies å være meget god symmetri mellom avgjørelsestypene dom, kjennelse og beslutning i sivil- og straf-

feprosess. Realitetsavgjørelser med hensyn til tvistegenstanden treffes ved dom, avgjørelser som avslutter saken av formelle grunner treffes ved kjennelse, forskjellige former for midlertidige realitetsavgjørelser (straffeprosessuelle tvangsmidler - midlertidige forføyninger) treffes ved kjennelse og prosessledende avgjørelser treffes ved beslutning eller kjennelse avhengig av viktighet. Avgjørelser om å nekte en anke fremmet til vanlig realitetsbehandling treffes i de fleste tilfeller ved beslutning i begge prosessformer, men ved kjennelse når Høyesterett nekter en anke fremmet i sivile saker etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd. Etter utvalgets utkast til rettsmiddelregler blir det full parallellitet, idet alle slike «silingsavgjørelser» vil bli truffet ved beslutning.

Rettsmidlet mot kjennelser og beslutninger er kjæremål. Det er samme frist for anke og kjæremål, nemlig to uker.

### 26.2.2 Avgjørelsesformen

I utkastet til tvisteloven er det gjennomført konsekvent at anker mot dommer avgjøres ved dom, enten anken gjelder bevisbedømmelsen eller ikke, og uavhengig av om anken fører frem. Det vises til lovutkastet § 21-1(b). Utvalget antar en tilsvarende forenkling med fordel kan foretas for straffesaker også. Man vil da slippe enkelte, tilsynelatende litt pussige utslag av den nåværende bestemmelsen i straffeprosessloven § 345. Slik regelen nå lyder, skal lagmannsrettens avgjørelse være en kjennelse hvis anke over straffutmåling ikke fører frem, men ved dom hvis straffutmålingen endres, om det så bare er på bagatellmessige punkter som beregningen av varetektsfradraget eller utmålingen av subsidiær fengselsstraff i den påankete dommen.

Et annet eksempel gir de nye reglene om forkynnelse av dommer som trådte i kraft 1. september 2001 (endringslov 4. mai 2001 nr. 16). Når dommen forkynnes ved opplesning i rettsmøte (domsforkynnelse) eller ved et bestemt fastsatt tid og sted (fremmøteforkynnelse), har siktede møteplikt etter straffeprosessloven § 42 annet ledd og domstolloven § 159 a annet eller tredje ledd, jf. straffeprosessloven § 85 første ledd bokstav c og § 88. Uansett om han møter, løper ankefristen fra det fastsatte forkynningstidspunktet, jf. straffeprosessloven § 310 annet ledd.

Det er reist spørsmål om anvendelse av de nye reglene på kjennelser som forkaster en anke til lagmannsretten etter straffeprosessloven § 345. Justisdepartementet skal som et foreløpig standpunkt ha uttalt at de nye reglene bare kommer til anvendelse på dommer, ikke på kjennelser. Utvalget ser heller

ikke bort fra at en slik restriktiv tolkning er riktig i lys av legalitetsprinsippet, og fordi siktedes ankerett ellers kan bli forspilt. Reglene kommer etter ordlyden kun til anvendelse på dommer, og straffeprosessloven § 42, som er et sentralt ledd i kjeden av bestemmelser som regulerer møteplikten og de nærmere rettsvirkninger av uteblivelse, er bevisst utelatt i oppregningen av de bestemmelser om dommer som etter § 52 første ledd er gitt tilsvarende anvendelse på kjennelser. Regelen i straffeprosessloven § 346 annet punktum tar ikke sikte på en slik problemstilling og holder neppe som formell forankring for en tilsvarende anvendelse av de nye reglene om forkynnelse av dommer på kjennelser.

Etter Tvistemålsutvalgets syn ville det innebære en ønskelig forenkling om avgjørelsen av anken ble truffet ved dom i disse tilfellene, enten anken fører frem eller ikke. Det er vanskelig å se avgjørende argumenter mot en slik forenkling. Dette vil være en enkel lovendring, ved at § 345 endres slik etter mønster av tvisteloven § 11-23:

«§ 345. Anken avgjøres ved dom. Kommer lagmannsretten til at anken ikke kan føre frem, forkastes den.

Hvis en anke over saksbehandlingen tas til følge, eller en saksbehandlingsfeil av eget tiltak tillegges virkning etter § 343, oppheves den påankete avgjørelse. Lagmannsretten kan bestemme at den videre behandling av saken etter opphevelse skal foretas av en annen domstol eller andre dommere. Tilsier opphevelsesgrunnen at det ikke er adgang til fortsatt behandling av saken, skal den avvises.

Fører en anke over avgjørelsens innhold frem, treffer lagmannsretten ny realitetsavgjørelse om den har grunnlag for det. Ellers gjelder annet ledd tilsvarende.»

§ 346 oppheves.

### 26.2.3 Minimumstilpasning av reglene om anke og kjæremål

En meget enkelt tilpasning til ett rettsmiddel vil være å definere kapittel 23, som i dag gjelder for anke, slik at det bare gjelder ved anke over dommer. Et stykke på vei følger dette allerede av § 306 første ledd. Det bør nok imidlertid også fremgå av kapitteloverskriften, som kan endres til:

«Kap. 23. Anke over dommer».

De någjeldende reglene om kjæremål i kapittel 26 kan fortsatt godt anvendes, men de må omformuleres noe. Kapitteloverskriften kan endres slik:

«Kap. 26. Anke over kjennelser og beslutninger»

I §§ 377 og 378 må «påkjares» byttes ut med «ankes».

§ 377 første ledd kan da lyde slik:

«Kjennelse eller beslutning kan ankes av enhver som avgjørelsen rammer med mindre vedkommende kan bruke den som ankegrunn mot en dom eller den etter sin art eller etter særskilt lovregel er uangripelig.»

I § 379 må «kjæremålsfristen» endres til «ankefristen» i første ledd, og i annet ledd må «Kjæremål» endres til «Anke». Tilsvarende endringer må foretas i de øvrige bestemmelsene i kapittel 26.

Straffeprosessloven kapittel 24 gjelder ankeforhandling med lagrette. Disse sakene vil alltid gjelde anke over dommer fra tingretten. For så vidt vil det fremgå av anvendelsesområdet i § 352 første ledd at reglene ikke gjelder ved anke mot kjennelser. Kapitlet gjelder etter § 352 når «det er anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ...». Skyldspørsmålet vil, som nevnt ovenfor, være avgjort i en dom, jf. § 30.

Det er etter dette ikke nødvendig å foreta noen endringer i kapittel 24.

Skulle man likevel gjøre noen endringer, for å forsikre seg mot enhver misforståelse, kan § 352 første ledd endres til:

«Lagmannsretten skal under ankeforhandlingen settes med lagrette når det er anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet i tingrettens dom, og anken gjelder straff for forbrytelse som etter loven kan medføre fengsel i mer enn 6 år.»

### 26.2.4 Minimumstilpasning av andre bestemmelser

I straffeprosesslovens innledende regler om saklig kompetanse, må § 6 nr. 2 endres. Den kan med fordel inkorporeres i nr. 1, som kan lyde:

- «§ 6. Lagmannsretten behandler
1. anke over rettslige avgjørelser i tingretten
  2. anke over vedtakelsen av forelegg».

Bestemmelsen om Høyesteretts saklige kompetanse i § 7 trenger egentlig ikke endres, selv om den lest i sammenheng med § 9 innebærer en avgrensning av de saker som hører under Høyesterett. Med overgang til ett rettsmiddel er det naturlig å slå sammen §§ 7 og 9. En skisse til endring av § 7 kan lyde:

«§ 7. Høyesterett behandler anke over avgjørelser av lagmannsrettene og anke over dommer hvor det er gitt tillatelse til direkte anke etter § 8.



Anker over kjennelser og beslutninger avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg.»

Bestemmelsen i § 9 kan oppheves.

Bestemmelsen i § 8 første ledd må endres for å tilpasses den foreslåtte endringen i domstoloven §§ 1, 4 og 5, hvoretter kjæremålsutvalget opphører som egen domstol. Kjæremålsutvalgets funksjon er foreslått videreført av ankeutvalget. I første ledd må Høyesteretts kjæremålsutvalg byttes ut med Høyesteretts ankeutvalg. Tilsvarende endring må foretas i annet ledd.

Også §§ 320, 323, 327, 337, 387 og 394 bruker uttrykket Høyesteretts kjæremålsutvalg. I alle disse bestemmelsene må det endres til Høyesteretts ankeutvalg.

Det er en rekke bestemmelser i straffeprosessloven ellers som omhandler adgangen til å påkjære avgjørelser. Eksempler er § 13 første ledd siste punktum om at avgjørelser om å foreta eller unnlate forening av forfølgning mot samme person for flere straffbare handlinger ikke kan påkjæres eller brukes som ankegrunn. Andre eksempler er §§ 217 og 266. I alle disse bestemmelsene, som stenger for kjæremål, er det tilstrekkelig å bytte ut «påkjæres» med «ankes». Alle de tre eksemplene som her er nevnt, utelukker kjæremål. Spørsmålet om hvilke regler som ville gjeldt for behandlingen av kjæremålet/anken kommer dermed ikke på spissen.

De øvrige bestemmelsene i straffeprosessloven som bruker uttrykket «påkjæres» – og som ikke utelukker kjæremål – er stort sett bestemmelser som begrenser kjæremålsadgangen i forhold til den alminnelige regelen om kjæremålsadgang i § 377.

Bestemmelsen i § 321 gjelder lagmannsrettens siling av anker over dommer i tingretten. Avgjørelsen skal etter femte ledd treffes ved beslutning. Det følger av sjette ledd at beslutningen kan påkjæres, men at kjæremålsgrunnene er begrenset til saksbehandlingen. Også i denne bestemmelsen er det tilstrekkelig å bytte ut «påkjæres» med «ankes». Tilsvarende gjelder en beslutning fra fagdommerne om å sette lagrettens frifinnende kjennelse til side, jf. § 376 a. Beslutningen kan etter § 376 a tredje ledd påkjæres på grunn av feil i saksbehandlingen eller lovanvendelsen. «Påkjæres» må her erstattes med «ankes». Ingen av disse avgjørelsene vil være dommer. Anken skal derfor behandles etter reglene for anke over kjennelser og beslutninger i kapittel 26, som tilsvarende de nåværende reglene om kjæremål.

Tvistemålsutvalget har gått systematisk gjennom samtlige bestemmelser i straffeprosessloven for å se hvor mange bestemmelser det er som bruker «påkjæres». Foruten bestemmelsene i kjæremålskapitlet (kap. 26) og de bestemmelsene som er nevnt ovenfor, brukes uttrykket påkjæres i §§ 78, 272, 288 og 450. I alle disse bestemmelsene burde det være enkelt å bytte ut «påkjæres» med «ankes».

Den sistnevnte bestemmelsen, § 450, gjelder særskilt bruk av rettsmiddel mot en avgjørelse om erstatning for uberettiget strafforfølgning etter reglene i kapittel 31. Tvistemålsutvalget er kjent med at det har vært reist spørsmål ved om den nåværende ordningen med kjæremål er et hensiktsmessig rettsmiddel. Problemstillingen illustreres av Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse i Rt. 2001 side 468. Ved denne avgjørelsen ble det tatt utgangspunkt i at erstatningskrav for uberettiget strafforfølgning etter norsk rett er et sivilt krav, selv om det behandles i straffeprosessens former, og at den som fremmer et slikt krav for domstolene har rett til muntlig behandling av kravet i henhold til regelen om «offentlig rettergang» (public hearing) i EMK artikkel 6(1). Straffeprosessloven § 449 tredje ledd gir retten adgang til å bestemme muntlig forhandling, men forutsetter etter ordlyden at skriftlig behandling er hovedregelen, slik praksis har vært. Etter Kjæremålsutvalgets avgjørelse har parten krav på at det gjennomføres muntlig behandling av kravet.

Etter utvalgets oppfatning er det grunn til å vurdere nøye om avgjørelsesformen kjennelse fortsatt bør brukes for disse avgjørelsene, eller om det ville vært mer hensiktsmessig å bestemme at avgjørelsene skal treffes ved dom. Andre sider ved erstatningsreglene for uberettiget forfølgning har vært gjenstand for utredning av Straffelovrådet i NOU 1996:18, som er til behandling i Justisdepartementet. Utvalget ser det som en fordel om spørsmålet om avgjørelsesformen blir behandlet i det videre arbeid med denne innstillingen, og at nødvendig avklaring kan finne sted innen sivilprosessreformen trer i kraft.

En tilsvarende gjennomgang for uttrykket «kjæremål» viser at dette, foruten kapittel 26 og ovennevnte bestemmelser, er brukt i §§ 47, 52, 68, 272, 276, 315, 325, 333, 337, 353, 398, 420, 436, 442, 444 og 449. Også her burde det være enkelt å gå over til «anke» i stedet for «kjæremål».

**26.2.5 Oppsummering**

De endringsforslagene som er skissert ovenfor er minimumstilpasninger for å gå over fra et system der anke og kjæremål er to forskjellige rettsmidler, til et system der dette omfattes av bare ett rettsmiddel – anke. Ved å rendyrke avgjørelsesformen ved anke over dommer, slik at avgjørelsen da alltid treffes ved dom, blir det en nokså enkel teknisk

endring å erstatte det som nå er kjæremål med regler for behandling av anker mot kjennelser og beslutninger.

### 26.2.6 Felles regler for anke over dommer, kjennelser og beslutninger

I utkastet til tvistelov er det ikke gitt forskjellige kapitler om behandlingsreglene for anke over dommer og for anke over kjennelser og beslutninger. Reglene er plassert i samme kapittel, blant annet fordi utvalget antar det kan fremme regelforståelsen og bidra til en bedre og mer hensiktsmessig behandling av alle anker. For eksempel kan det bidra til at terskelen for å holde muntlige forhandlinger ved avgjørelsen av det som i dag er kjæremål, i visse tilfeller senkes. Lovutkastet kan også gjøres noe kortere når reglene inntas i det samme kapitlet.

Av de samme grunner kunne det vært ønskelig å integrere behandlingsreglene for kjæremål i ankerreglene i kapittel 23, slik at det blir et felles regelsett for anke over dommer, kjennelser og beslutninger. Utvalget er tilbøyelig til å anta at dette kunne representere en forenkling av regelverket. Forutsetningen er imidlertid i så fall at også behandlingsreglenes innhold vurderes med sikte på harmonisering. Dagens regler om behandlingsmåten for anker og kjæremål er for forskjellige til at en rent lovteknisk integrasjon vil være vellykket uten risiko for at regelverket for begge rettsmidler vil bli uoversiktlig. Forskjellene mellom reglene for anke og kjæremål er større i straffeprosessloven enn i tvistemålsloven og fører til ulik saksflyt helt fra rettsmiddelerklæringen fremsettes. Det ligger utenfor rammen av Tvistemålsutvalgets arbeid å utrede såvidt vesentlige endringer i behandlingsreglene for straffesaker, som synes å være en forutsetning for en integrasjon etter mønster av utkastet til tvistelov kapittel 11 og 12. Utvalget ser det likevel som en fordel at dette overveies som ledd i det videre arbeid med tilpasning av straffeprosessloven i forbindelse med ikrafttreddelsen. Et element som fremheves, er begrensningene av adgangen til å bruke rettsmidler mot prosessledende avgjørelser etter lovutkastet § 11-3(2) og § 11-3(3).

## 26.3 Andre harmoniserings spørsmål

### 26.3.1 Henvisninger fra straffeprosessloven til tvistemålsloven

En helt nødvendig tilpasning til den nye tvisteloven er at bestemmelser i straffeprosessloven som

viser til tvistemålsloven, endres. Det er imidlertid ikke mange slike bestemmelser. Det vises til § 389, § 410 annet ledd, § 419 første ledd, § 432, § 435, § 439 og § 440 første ledd og § 451.

### 26.3.2 Bevis

Reglene om vitnebevis i straffeprosessloven og tvistemålsloven er i stor grad harmonisert. Som nevnt innledningsvis ble en rekke av reglene om vitner og vitneføring i tvistemålsloven endret i samsvar med straffeprosessloven ved ikrafttreddelsen i 1986. Også ved senere lovrevisjoner er det lagt vekt på å opprettholde symmetrien. Det kan som eksempel vises til revisjonen av reglene om pressens kildevern i 1999 (lov 4. juni 1999 nr. 37) med likelydende bestemmelser i straffeprosessloven § 125 og tvistemålsloven § 209a. Det bør derfor foretas en tilsvarende gjennomgang av straffeprosessloven nå.

Tvistemålsutvalget har langt på vei foreslått å videreføre gjeldende regler om bevisforbud og bevisfritak i lovutkastets kapittel 25, men det er foreslått enkelte endringer. Dels dreier det seg om mindre justeringer i ordlyden som ikke endrer meningsinnholdet, men det er også foreslått enkelte nye regler. Spesielt påpekes at utvalget har foreslått lovfestet et forbud mot bruk av løgn-detektortester som bevis i § 25-6(4), og et forbud mot å føre bevis fremskaffet på utilbørlig måte i § 25-7. Det dreier seg i begge tilfeller om lovfesting av bevisforbud som gjelder idag på grunnlag av rettspraksis, og hvor de fleste avgjørelsene gjelder straffesaker. Det er derfor grunn til å overveie om tilsvarende bestemmelser bør gis i straffeprosessloven.

Reglene om vitneføringen i tvisteloven kapittel 27 er søkt formulert og redigert på en enklere og mer oversiktlig måte enn i tvistemålsloven. Utvalget har i § 27-8(3) foreslått en endring av formene for vitneforsikring. Det er foreslått gjeninnført at vitnet skal avgi forsikring «på ære og samvittighet», men uten å løfte høyre hånd i været. Om forslaget vedtas, må straffeprosessloven endres tilsvarende.

### 26.3.3 Gjenåpning

Utvalget har i kapittel 13 foreslått nye regler om gjenåpning av avgjørelser i sivile saker. Gjenåpning er en ny betegnelse på «gjenopptakelse». Om terminologien vises til drøftelsen i II.15.6.1. Om forslaget vedtas, er det klart at en tilsvarende endring av betegnelsen på instituttet bør gjennomføres i straffeprosessloven. Viktigere er imidlertid reglene om behandlingen av begjæringer om gjenåpning. Utvalget har i II.15.3 redegjort for de senere

års reformforlag på dette område for straffesaker, som nå har ledet til lovendring i 2001 (lov 15. juni 2001 nr. 63). Utvalget har tatt det standpunkt at begjæringer om gjenåpning i sivile saker avgjort av tingretten eller lagmannsretten bør legges til sideordnet domstol, og dette er gjennomført i utkastet § 13-1. Selv om det nå opprettes en egen gjenopptakelseskommisjon for behandling av begjæringer om gjenopptakelse i straffesaker, finner utvalget at kommisjonen ikke bør behandle sivile saker. Det vises til drøftelsen i II.15.3. Utvalget tar til etterretning at det nå har skjedd en endelig politisk avklaring av hvordan begjæringer om gjenopptakelse av straffesaker skal behandles, og utvalgets forslag for sivile saker tilsier ikke at spørsmålet må tas opp på ny. Utvalgets forslag om behandling ved sideordnet domstol lar seg godt forene med den ordningen som er vedtatt for straffesaker, hvor det nå følger av straffeprosessloven § 400 at ny behandling av en sak kommisjonen har besluttet gjenopptatt, skal finne sted ved sideordnet domstol.

At gjenopptakelseskommisjonen i tilfelle må endre navn til gjenåpningskommisjonen, synes å være en heldig konsekvens.

#### **26.3.4 Litispendens for borgerlige rettskrav i straffesaker**

Utvalget har i § 20-2(1) foreslått en regel som klart forutsetter at behandling av borgerlig rettskrav i straffesak etter straffeprosessloven kapittel 29 medfører litispendens, slik at det ikke kan reises sivil sak om kravet. Spørsmålet har etter gjeldende rett vært omdiskutert. Det vises til drøftelsen i III.20.2.4. Regelen som er forslått i § 20-2(1) fjerde punktum, klargjør at litispendensvirkningen inntreffer når fornærmedes begjæring om pådømmelse av kravet er innkommet til påtalemyndigheten eller retten. Det er foreslått en endring i foreldelsesloven § 15 nr. 1 for å klargjøre at fornærmedes begjæring om pådømmelse avbryter foreldelsesfristen for kravet. Det vises til bemerkningene i III.34.5.

Utvalget har merket seg at enkelte problemer som tidligere kunne oppstå i overgangen fra straffeprosess til sivilprosess i tilfeller hvor et borgerlig rettskrav av ulike grunner ikke blir pådømt etter anke i straffesaken, synes å være tilfredsstillende løst ved tilføyelsen av straffeprosessloven § 434 fjerde ledd ved endringslov av 4. mai 2001 nr. 16. Det vises til III.20.2.4. Utvalget kan ikke se at det skulle være behov for ytterligere endringer i straffeprosessloven som følge av ny tvistelov, bortsett fra at henvisningen i § 435 må justeres.

#### **26.3.5 Opptak av forklaringer**

Utvalget har i kapittel 17, §§ 17-9 til 17-11, foreslått nye regler om opptak, ved lyd- eller videoopptak, av forklaringer som avgis av parter og vitner. Behovet for en slik reform for å sikre beviset for rettslige forklaringer er drøftet i III.17.7. Utvalget finner det nærliggende at en tilsvarende reform i tilfelle gjennomføres for straffesaker, og har i III.17.7.5.2.3 redegjort for prøveordningen med lydopptak i straffesaker. Utvalget bemerker at behovet for opptak til bruk for ankesaker i lagmannsretten kan stille seg noe annerledes i sivile saker enn i straffesaker. Mens ankebehandling av skyldspørsmålet i straffesaker innebærer en helt ny behandling med ny bevisføring, legger utvalget opp til at ankebehandlingen i sivile saker i langt større grad skal konsentreres til en reell overprøving av tingrettens dom, enn det som er praksis idag etter tvistemålsloven. På den annen side gjør rettsikkerhetshensyn seg gjeldende med særlig styrke i straffesaker, og det er grunn til å tro at man vil finne det utilfredsstillende at forklaringer sikres ved opptak bare i sivile saker.

#### **26.3.6 Rett for staten til å intervenere i enkelte saker for Høyesterett**

En annen endring med virkning for straffesakene bør også nevnes. Høyesterettsloven er foreslått opphevet, og reglene om når Høyesterett settes med storkammer eller i plenum er foreslått inntatt i domstoloven §§ 5 og 6. I utkastet til tvisteloven er det i tillegg i § 12-12 fastslått at saken ikke kan avgjøres ved rent skriftlig behandling og at staten har en viss, begrenset rett til å opptre i saken. Det er ingen hjemmel for skriftlig behandling av ankesaker i Høyesterett i straffeprosessloven. En varslingsregel vil det normalt heller ikke være behov for. Det offentlige vil være representert ved påtalemyndigheten, som vil kunne ivareta de hensyn som i sivile saker bærer Justisdepartementets rett til å opptre i tvisteloven § 12-12(2). Unntak kan tenkes i private straffesaker, hvor den mest praktiske saksypen kanskje er injurienesaker.

En regel om dette kunne plasseres som § 421 nytt fjerde ledd, og lyde slik:

«§ 421. Hvor en sak eller et rettsspørsmål etter domstoloven § 5 fjerde ledd skal avgjøres av Høyesterett satt med mer enn fem dommere og det er spørsmål om tilsidesettelse eller innskrenkende fortolkning av regler gitt ved lov eller provisorisk anordning eller av stortingsbeslutninger fordi reglene kan være i konflikt med Grunnloven eller med bestemmelser

Norge er bundet av i internasjonalt samarbeid, skal Høyesterett varsle staten ved Justisdepartementet om saken. Staten har rett til å opptre i saken så langt det er nødvendig for å ivareta det offentlige interesser ved den mulige regelkonflikt.»

### **26.3.7 Lovens kortform**

Tvistemålsutvalget vil foreslå at navnet på straffeprosessloven endres. Etter utvalgets syn bør nav-

net i den offisielle kortformen endres til straffesakloven, som et bedre og mer moderne navn enn straffeprosessloven. Utvalget har i I.2.5 drøftet navnet på den nye tvisteloven. Det kan her tilføyes at utvalget overveide om sivilprosessloven var egnet, men slo det fra seg. Ordet prosess er først og fremst et ord som brukes av de profesjonelle aktørene, dommere, advokater og påtalemyndighet. Også for straffesakene vil det være en fordel å slippe dette uttrykket i lovens offisielle kortform.