

# **Rettenns veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 687  
Leveringsfrist: 26. april 2011

Til sammen 17977 ord

20.04.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Begrepsavklaring	1
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Rettskildebildet	2
1.5	Sentrale hensyn	4
1.6	Fremstillingen videre	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>NÅR YTES VEILEDNING</u></b>	<b><u>6</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>HVEM MOTTAR VEILEDNING</u></b>	<b><u>7</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>PROSESSUELL VEILEDNING ETTER § 11-5 FØRSTE LEDD</u></b>	<b><u>8</u></b>
4.1	Innledning	8
4.2	Hva er prosessuell veiledning	8
4.2.1	Veiledning om prosessuelle regler	9
4.3	Veiledningspliktens omfang	14
4.3.1	Forebygging av prosessuelle feil	14
4.3.2	Retting av prosessuelle feil	16
4.3.3	Prosessuell veiledning overfor advokater	18
4.4	Grensen til materiell veiledning	20
<b><u>5</u></b>	<b><u>VEILEDNING ETTER § 11-5 ANNET JF. TREDJE TIL SYVENDE LEDD</u></b>	<b><u>24</u></b>
5.1	Innledning	24

<b>5.2</b>	<b>Annet ledd</b>	<b>24</b>
5.2.1	Innholdet i materiell veiledning	24
<b><u>6</u></b>	<b><u>KLARGJØRINGSPLIKT ETTER § 11-5 TREDJE LEDD</u></b>	<b><u>27</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>27</b>
<b>6.2</b>	<b>Hva er klargjøringsplikten</b>	<b>27</b>
6.2.1	Kravet til kontradiksjon	31
<b>6.3</b>	<b>Klargjøringspliktens omfang</b>	<b>32</b>
<b>6.4</b>	<b>Grensen til prosessuell og materiell veiledning</b>	<b>35</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>MATERIELL VEILEDNING ETTER § 11-5 FJERDE OG FEMTE LEDD</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>38</b>
<b>7.2</b>	<b>Fjerde ledd</b>	<b>39</b>
7.2.1	Hva er materiell veiledning	39
7.2.1.1	Prosessuell preklusjon etter § 9-16	43
7.2.2	Har retten en plikt til å veilede	44
7.2.3	Rettens veiledning beror på en helhetsvurdering	47
7.2.4	Den materielle veiledningens omfang	48
<b>7.3</b>	<b>Femte ledd</b>	<b>50</b>
7.3.1	Retten kan oppfordre en part å tilby bevis	50
<b><u>8</u></b>	<b><u>SMÅKRAVSPROSESS</u></b>	<b><u>52</u></b>
<b><u>9</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b><u>10</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>54</u></b>

# 1 INNLEDNING

## 1.1 Avhandlingens tema

Tvisteloven<sup>1</sup> trådte i kraft 1. januar 2008 og avløste tvistemålsloven,<sup>2</sup> med virkning for alle sivile saker som ble reist etter dette tidspunktet. Tvisteloven medførte en omfattende reform av de sivilrettslige saksbehandlingsreglene i domstolene. Hovedformålet med reformen var å gi en mer effektiv sivil rettspleie, som skulle gi en raskere, billigere og riktigere tvisteløsning for partene.<sup>3</sup> I tvistemålsutvalgets mandat ble det fremhevet at utvalget burde vurdere behovet for å lovfeste regler om materiell prosessledning.<sup>4</sup> Reformen medførte imidlertid ikke drastiske endringer i rettens veiledningsplikt overfor partene. Det ble likevel fremhevet at det var et behov for en klargjøring gjennom lovregler, og en bevisstgjøring overfor domstoler og parter, om rettsreglene vedrørende rettens prosessuelle og materielle veiledningsplikt.<sup>5</sup> Dette medførte en lovfesting av rettens veiledningsplikt i tvisteloven § 11-5.

Avhandlingens tema og problemstilling, er hvordan rettens veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5 kan bidra til et riktig resultat. Avhandlingen gir en fremstilling av reglens innhold og omfang, og belyser grensene mellom de ulike former for veiledning.

## 1.2 Begrepsavklaring

Prosessuell veiledning er i korthet veiledning knyttet til saksbehandlingen. Materiell veiledning gjelder sakens innhold. Sammen utgjør de hovedformene for veiledning. I en mellomstilling står rettens plikt til å klargjøre partenes prosesshandlinger. Materiell prosessledning er et unyansert begrep, som under tvistemålsloven ble brukt både om rettens adgang til å bistå partene med å fremskaffe det faktiske grunnlaget for

---

<sup>1</sup> Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

<sup>2</sup> Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 13

<sup>4</sup> NOU 2001: 32 A s. 82

<sup>5</sup> NOU 2001: 32 A s. 115

avgjørelsen, og om rettens klargjøringsplikt. Tvisteloven benytter seg ikke av en slik begrepsbruk, og skiller kun mellom prosessuell og materiell veiledning i henholdsvis § 11-5 første og annet ledd. Dermed benytter jeg meg ikke av begrepet materiell prosessledning, men benytter materiell veiledning som et mer overordnet begrep. Etter lovens oppbygning faller klargjøringsplikten innenfor den materielle veiledningsplikten. Jeg velger imidlertid å behandle den som en selvstendig plikt, uavhengig av lovens underordning etter annet ledd.

### 1.3 Avgrensninger

Rettens veiledningsplikt har en gjennomgripende side til hele behandlingen ved domstolen. Avhandlingen reiser dermed en rekke problemstillinger som det ikke er anledning til å gå inn på, og av hensyn til oppgavens rammer blir flere av tvistelovens tilgrensende regler kun belyst eller omtalt kort. Avhandlingen konsentreres til veiledning innenfor allmennprosessen, og avgrenses mot veiledning i indispositive rettsforhold, det vil si der partenes rådighet i saken er begrenset, jf. tvisteloven § 11-4. Videre avgrenses avhandlingen mot en særskilt behandling av § 11-5 sjette og syvende ledd. Dette er fellesregler som omhandler, og får betydning for, både prosessuell og materiell veiledning. Fellesreglene drøftes i tilknytning til de øvrige regler, for å belyse veiledningens omfang og begrensninger. Det avgrenses også mot en selvstendig drøftelse av overskridelse og unnlattelse av veiledningsplikten. Dette behandles løpende.

Utenlandsk rett er ikke omtalt, men det kan kort nevnes at det opereres med lignende regelsett i Sverige<sup>6</sup> og Danmark.<sup>7</sup> Veiledningsplikt i forhold til EU-rettslige regler er ikke behandlet.<sup>8</sup>

### 1.4 Rettskildebildet

Redegjørelsen av reglene om rettens veiledningsplikt tar, i henhold til alminnelig rettskildelære, utgangspunkt i en alminnelig språklig fortolkning av lovtekstens ordlyd.<sup>9</sup> Reglene om rettens veiledningsplikt er forankret i tvisteloven § 11-5. Bestemmelsen står i lovens fjerde del, som inneholder generelle bestemmelser for alle instanser.

---

<sup>6</sup> Jf. Ekelöf femte häftet (1998) s. 181 jf. Rättegångsbalk (1942:740) Fjärda avdelingen kapittel 46 § 4

<sup>7</sup> Jf. Gomard og Kistrup (2007) s. 505 jf. Retsplejeloven kapittel 32 § 339

<sup>8</sup> Se Fredriksen, Halvard Haukeland *Tvisteloven og EØS- avtalen* (2008)

<sup>9</sup> Jf. Eckhoff, Helgesen (2001) s. 39

Lovens kapittel 11 omhandler reglene om grunnlaget for rettens avgjørelser, veiledning og aktiv saksstyring. Dette medfører at reglene får betydning på alle trinn av behandlingen hos domstolen, således fra saksforberedelse og frem til saken tas opp til doms.

Forarbeidene til tvisteloven er omfattende. Det foreligger to hoveddokumenter som gir støtte for tolkningen og forståelsen av loven. Tvistemålsutvalget presenterte sin utredning i NOU 2001: 32 Rett på sak, bind A og B. Justisdepartementets odelstingsproposisjon, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) utdyper motivene ytterligere. Etter tradisjonell rettskildelære er forarbeidene en relevant rettskildefaktor, som i varierende grad binder lovanvendere.<sup>10</sup> Ettersom høyesterettspraksis vedrørende rettens veiledningsplikt er sparsom, vil forarbeidene være en sentral rettskildefaktor for tolkningen, og utledingen av juridiske argumenter etter tvisteloven § 11-5.

Høyesterettspraksis er en rettskildefaktor av stor vekt. Tvistelovens regler viderefører tvistemålslovens regulering av prosessuell og materiell veiledning. Dette medfører at praksis under den gamle loven fortsatt vil være en relevant rettskilde. Ettersom tvistelovens regulering ikke endrer rettskildebildet i større grad, vil dermed eldre rettspraksis fortsatt være en rettskilde av betydelig vekt. Praksis rundt rettens veiledningsplikt får imidlertid sjelden uttrykk i Høyesteretts avgjørelser. Dette kan skyldes at saker i Høyesterett er grundigere forberedt, og at det er færre som velger å prosedere slike prinsipielle saker selv. Veiledningsplikten er dermed særlig aktuell i tingretten, og under ankebehandling i lagmannsretten. Dermed vil praksis fra lagmannsretten kunne utgjøre en relevant rettskilde, selv om rettskildens vekt ikke må overdrives.

Juridisk teori om rettens veiledningsplikt er begrenset. Teorien baserer seg i stor grad på forarbeidene og eldre rettspraksis. I litteraturen gir tvistelovens kommentarutgave den mest omfattende beskrivelsen av rettsreglene. Forfatterne av lovkommentaren var også sentrale i tvistemålsutvalgets utredning. Lovkommentaren må imidlertid behandles som alminnelig juridisk teori. Etter tradisjonell rettskildelære har juridisk teori liten vekt som selvstendig rettskildefaktor.<sup>11</sup> Men, som avhandlingen

---

<sup>10</sup> Eckhoff, Helgesen (2001) s. 73

<sup>11</sup> Eckhoff, Helgesen (2001) s. 270

viser, vil teorien få en ganske stor faktisk innflytelse på domstolene ved spørsmål om rettens veiledning.

Tvisteloven inneholder en omfattende formålsparagraf. Lovens formål er en sentral tolkningsfaktor og tillegges ofte betydning ved tolkningen.<sup>12</sup> Tvisteloven § 1-1 gir uttrykk for de bærende hensyn bak behandlingsmåten i sivile saker. Et av tvistelovens hovedformål er at den enkelte skal få håndhevet sine rettigheter og ”løst sine tvister”. I denne formuleringen må det ligge et krav om at tvisten løses på det materielt riktige grunnlag. Videre skal tvisteløsningen foregå hos ”uavhengige og upartiske domstoler.” Lovens formålsparagraf oppstiller, om ikke direkte, de to hovedhensynene for og imot omfattende veiledning fra retten: ønsket om riktige resultater og kravet til rettens nøytralitet og objektivitet. I dette spenningsforholdet får reglene om veiledning en særlig betydning.

## 1.5 Sentrale hensyn

Hovedhensynet bak bestemmelsen om rettens prosessuelle veiledningsplikt er at partene ikke skal lide unødig rettstap.<sup>13</sup> Et slikt tap kan oppstå der en part ikke har kjennskap til det omfattende regelverk vedkommende underlegges ved rettergang. Det gjelder særlig for parter som ikke er representert ved advokat.

Bak reglene om materiell veiledning ligger hensynet til at retten skal treffe riktige avgjørelser. Dette har fått et klart uttrykk i tvisteloven § 11-5 annet ledd, og er den viktigste begrunnelsen for reglene.<sup>14</sup> ”Riktig avgjørelse” er et viktig lovgivningspolitisk hensyn for den sivilrettslige prosesslovgivningen. I teorien hevdes det at riktig resultat er et grunnprinsipp innen prosessordningen, selv om det ikke faller naturlig å kalle det et prinsipp.<sup>15</sup> En ”riktig avgjørelse” er drøftet i forarbeidene; ”med riktige avgjørelser tenkes det her både på at retten anvender rettsreglene riktig på de faktiske forhold som er lagt til grunn, og særlig på at retten legger til grunn et faktum som er i samsvar med det som faktisk har skjedd, og at retten har kunnet ta hensyn til alle de omstendigheter som etter rettsreglene er avgjørende for hvordan den reelle

---

<sup>12</sup> Eckhoff, Helgesen (2001) s. 101

<sup>13</sup> NOU 2001: 32 A s. 140

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172

<sup>15</sup> Robberstad (2009) s. 7

konflikten mellom partene skal løses.”<sup>16</sup> Dermed er en riktig avgjørelse en løsning på de faktiske forhold som er lagt til grunn, med full informasjon om alle forhold som er avgjørende for hvordan den reelle konflikten skal løses. Det vil si en materielt riktig dom, alle forhold tatt i betraktning: idealet for løsningen av enhver tvist.

Kravet til kontradiksjon er grunnleggende for hvordan rettslige tvister skal løses rettferdig. Kravet har fått et generelt uttrykk i tvistelovens formålsparagraf, jf. § 1-1 annet ledd annet strekpunkt. Rettens klargjøringsplikt er et virkemiddel for at partenes uklare argumentasjon blir gjenstand for en kontradiktorisk behandling.

Veiledning kan skaffe større likhet mellom partene i prosessen.<sup>17</sup> Tvisteloven § 1-1 annet ledd femte strekpunkt fremhever at ulikheter i ressurser hos partene, ikke skal være avgjørende for sakens utfall. Dette blir særlig tydelig der en part, på grunn av manglende ressurser, er selvprosederende og motparten er representert ved advokat. Det oppstår en ubalanse mellom partene hva gjelder prosedyremuligheter og kunnskap om rettsregler. I slike tilfeller vil rettens veiledning kunne utjevne eventuelle forskjeller mellom parter som er representert ved advokat, og de som ikke har anledning til å engasjere en advokat. Mothensynet er at retten kan bli så involvert, at det blir vanskelig for den å se tvisten med den nødvendige distanse til partene.

Hensynet til en uavhengig og upartisk domstol er grunnleggende for enhver forsvarlig rettergang etter tvisteloven § 1-1 første ledd og EMK art. 6. Rettens veiledning til partene kan true dette utgangspunktet. Det gjelder særlig ved omfattende materiell veiledning. På bakgrunn av dette oppstiller § 11-5 syvende ledd en klar begrensning for hvor langt dommeren kan veilede partene. Veiledningen skal ikke svekke tilliten til rettens upartiskhet.

## 1.6 Fremstillingen videre

Avhandlingen gir en fremstilling av de to hovedformene for veiledning, og av grensedragningen mellom veiledningsformene. Først gir avhandlingen en oversikt over når det ytes veiledning, og hvem som mottar veiledning. Avhandlingen gir deretter en fremstilling av reglene om prosessuell veiledning, der det redegjøres for hvordan reglene kan bidra til å forhindre rettstap. Videre belyses grensedragningen til materiell

---

<sup>16</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173



veiledning og rettens klargjøringsplikt. Dernest behandles den materielle veiledningsplikten etter § 11-5 annet ledd. Etter dette redegjøres det for rettens klargjøringsplikt, kravet til kontradiksjon, og grensen til veiledning etter fjerde ledd. Deretter omhandles den egentlige materielle veiledningen, der det redegjøres for rettens adgang til å bidra til å fremskaffe det faktiske grunnlaget for avgjørelsen. I punkt 7.2.2. drøftes det særskilt om denne adgangen heller skal tolkes i retning av en plikt. Avslutningsvis får reglene om småkravsprosess, i lys av veiledningsplikten, en kort fremstilling. Rammene og begrensningene i sjette og syvende ledd blir belyst gjennom hele avhandlingen, der de får innvirkning på veiledningsplikten.

## **2 Når ytes veiledning**

Veiledningsplikten gjelder hele den tid saken er til behandling ved domstolene. Plikten gjelder fra det tidspunkt en part henvender seg til tingretten og frem til saken er tatt opp til doms. Rettens plikt til aktiv saksstyring etter tvisteloven § 16-5, legger opp til at veiledning skal skje så tidlig som mulig, og så snart det er behov for det.<sup>18</sup> Der veiledningen utføres tidlig, reduseres risikoen for at retten vil bygge på forhold som partene ikke har fått uttalt seg om. Dersom veiledningen medfører at en part bringer inn et nytt faktisk forhold som får betydning for den avgjørelse som skal treffes, må motparten av hensyn til kravet om kontradiktorisk behandling, få anledning til å uttale seg om forholdet. Unntaksvis kan det derfor oppstå behov for å omberamme eller utsette saken, jf. tvisteloven §§ 16-3 og 16-4.<sup>19</sup> Retten må være oppmerksom på at det kan oppstå behov for veiledning i løpet av hele saksgangen: under saksforberedelse, hovedforhandling eller ankeforhandling.

Der retten først etter hovedforhandling ønsker å bygge avgjørelsen på et grunnlag som ikke har vært fremme i saken, eller blir oppmerksom på et grunnlag som retten ønsker å veilede om, må forhandlingene tas opp igjen etter tvisteloven § 11-1 tredje ledd annet punktum, jf. § 9-17 annet ledd. Det vises til Rt. 1990 side 8, der førstvoterende på side 12 uttaler: ”[j]eg tilføyer at dersom saken allerede var tatt opp til

---

<sup>18</sup> Schei mfl. s. 493, 527

<sup>19</sup> Schei mfl. s. 489-490

doms da lagmannsretten gjorde sine overveielser om å fravike partenes prosedyre, skulle den ha reassumert saken overensstemmende med tvistemålsloven § 339 første ledd.”

### **3 Hvem mottar veiledning**

Det er partene som mottar veiledning. ”Partene” må leses som partene i den konkrete sak og viser til tvisteloven § 2-1 om partsevne, jf. § 1-3 om partstilknytning mv. Part må tolkes vidt, slik at den som henvender seg til retten, har krav på veiledning også før en sak er kommet i gang. Dette må gjelde uavhengig om det resulterer i at betingelsene for å gå til sak ikke er tilstede, med den følge at saken avvises fra domstolen.

I medhold av tvisteloven § 3-1 første ledd, kan en part la seg representere av en prosessfullmektig. Der parten opptrer med en prosessfullmektig, vil veiledningen være retten mot denne. I henhold til § 3-1 tredje ledd gjelder reglene om ”part” tilsvarende for prosessfullmektigen. Unntaket er der det er særskilt bestemt, eller følger av sammenhengen, at den aktuelle prosessuelle rettigheten eller plikten påligger parten personlig. Et eksempel på en personlig plikt er partenes møteplikt til rettsmøte etter § 23-1.

Etter tvisteloven § 3-5 annet ledd, foreligger det full identifikasjon mellom parten og dennes prosessfullmektig. Prosessfullmektigens handlinger, eller unnlater, virker for og imot parten. Dette kan tilsi at prosessfullmektigens manglende kunnskaper, handlinger eller unnlater vedrørende prosessuelle og materielle forhold, binder parten.

Når en part er representert ved advokat, vil retten som hovedregel kunne gå ut ifra at advokaten kjenner eller kan finne ut av saksbehandlingsreglene.

Imidlertid kan en part føre sin egen sak, og dermed ha et krav på veiledning. En part kan også la seg representere av en prosessfullmektig uten juridisk kyndighet etter tvisteloven § 3-3 tredje ledd. For å unngå rettstap vil det være nærliggende å tilkjenne en slik prosessfullmektig et tilsvarende krav på veiledning, som der parten er selvprosederende. Dette medfører at veiledning kan skje både overfor

prosessfullmektigen og parten. Videre kan selvprosederende parter, og parter uten en kyndig prosessfullmektig, kreve prosessuell veiledning.

## **4 Prosessuell veiledning etter § 11-5 første ledd**

### **4.1 Innledning**

I juridisk teori er rettens prosessuelle veiledningsplikt ansett som et grunnprinsipp i sivilprosessen.<sup>20</sup> Etter min mening bidrar en slik regel til en av lovens hovedfunksjoner, angitt i forarbeidene som å ”fremme rettsikkerhet for den enkelte, ved at de kan få sine rettstvister løst forsvarlig av uavhengige og nøytrale avgjørelsesorganer - først og fremst domstolene.”<sup>21</sup> Prosessuell veiledning kan bidra til at en part får rettet på prosesshandlinger som er utført på en feilaktig eller mangelfull måte, i forhold til de krav tvisteloven stiller. Slike feil kunne ellers medføre rettstap for parten.<sup>22</sup> En veiledningsplikt om det delvis ufravikelige regelsett partene undergis ved rettergang, er dermed en helt sentral rettsikkerhetsgaranti.

### **4.2 Hva er prosessuell veiledning**

Tvisteloven § 11-5 første ledd gir anvisning på rettens prosessuelle veiledningsplikt. Bestemmelsen lyder:

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

Av ordlyden går det klart frem at retten ”skal” gi veiledning til partene. Dermed knesettes rettens generelle plikt til å veilede om prosessuelle forhold. Tvisteloven

---

<sup>20</sup> Skoghøy (2010) s. 516

<sup>21</sup> NOU 2001: 32 A s. 127

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 169

§ 11-5 første ledd viderefører tvistemålslovens regulering av prosessuell veiledning i §§ 87 og 97, men plikten er uttalt mer eksplisitt.<sup>23</sup>

#### 4.2.1 Veiledning om prosessuelle regler

Tvisteloven § 11-5 første ledd første punktum lyder:

**”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.”**

Hensikten med veiledningen etter første ledd er at partene skal kunne ”ivareta sine interesser i saken”. I forarbeidene er plikten begrunnet med 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.”<sup>24</sup>

Veiledningsplikten kan forhindre rettstap grunnet ukjente prosessuelle regler. Partenes behov ivaretas ved at saken får en alminnelig og fullstendig behandling ved domstolen, og ikke avvises eller tapes på prosessuelt grunnlag.

Denne problemstillingen er særlig aktuell for selvprosederende parter, ettersom de ikke forutsettes å kjenne saksbehandlingsreglene, men bestemmelsen er generelt uformet og får dermed også anvendelse der parten er representert ved advokat.<sup>25</sup>

Etter § 11-5 sjette ledd, plikter retten å ta særlig hensyn til det behovet en selvprosederende part har for veiledning. Etter forarbeidene er plikten til å veilede ”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.”<sup>26</sup> Videre fremgår det at selvprosederende parter ”skal bli i stand til å kunne ivareta sine interesser, og de skal så vidt mulig føle seg rimelig fortrolige med det som foregår under saksforberedelsen.”<sup>27</sup> Dette leder til en utstrakt prosessuell veiledningsplikt overfor selvprosederende parter.

---

<sup>23</sup> NOU 2001: 32 B s. 708

<sup>24</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

<sup>25</sup> NOU 2001: 32 B s. 708

<sup>26</sup> NOU 2001: 32 A s. 139

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

Uttalelsene blir en tungtveiende tolkningsfaktor for veiledningsplikten omfang. For at parten ikke skal lide unødige rettstap i løpet av prosessen, vil veiledningen om saksbehandlingsreglene være helt nødvendig. Dette gjelder særlig for opplysninger om adgangen til å angripe rettsavgjørelser.<sup>28</sup> Retten plikter å gi selvprosederende parter den mer generelle veiledningen om saksbehandlingen, som er nødvendig for at deres interesser skal ivaretas, og at de skal føle seg trygge på det som foregår under saksforberedelsen og hovedforhandlingen.<sup>29</sup> Overfor en selvprosederende part må retten også veilede om prosessuelle rettigheter, for eksempel partens adgang til å motsette seg endring i krav, påstander eller påstandsgrunnlag og bevis, jf. tvisteloven § 9-16.<sup>30</sup>

For parter som er representert ved advokat er hovedregelen at advokaten forutsettes å kjenne de prosessuelle rettigheter og plikter.<sup>31</sup> Plikten og omfanget av veiledningen, vil gjenspeile dette utgangspunktet.<sup>32</sup> Justisdepartementet går imidlertid lenger; der retten ser at en prosessfullmektig har gjort en feil, som det er adgang til å rette, så bør det likevel være slik at retten som et utgangspunkt har plikt til å gjøre oppmerksom på feilen i samme grad som overfor en selvprosederende part.<sup>33</sup> Dermed er plikten til prosessuell veiledning omfattende.

Veiledningsplikten begrenses til forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes. Hvis ikke, ville plikten til veiledning bli for vidtrekkende og komme i strid med ønsket om en rasjonell saksavvikling. Dette belyses i rettspraksis. I Rt. 2008 side 1449 uttaler førstvoterende i avsnitt 13: ”Selv om domstolene har en plikt til å gi veiledning, må denne plikten rimeligvis være begrenset til forhold som kan tenkes å ha betydning for den avgjørelse som skal treffes.”

Veiledningsplikten er begrenset til forhold som partene eller prosessfullmektigen ikke synes å være oppmerksomme på, eller som er ukjente eller utelatt av partene.<sup>34</sup> Retten skal ikke drive veiledning på generelt grunnlag uten et konkret behov.

---

<sup>28</sup> NOU 2001: 32 A s. 139

<sup>29</sup> NOU 2001: 32 B s. 708

<sup>30</sup> Schei mfl. s. 530

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 170, 406

<sup>32</sup> Jf. punkt 4.3.3

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>34</sup> Skoghøy (2010) s. 517

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, må det oppstilles en rimelighetsbegrensning i veiledningsplikten.<sup>35</sup> Der behovet for veiledning medfører at retten inntar en rolle som ligner partens prosessfullmektig, vil veiledningen raskt bli ansett som urimelig, på bekostning av den annen part og kravet til nøytralitet. Det forhold at en part ikke er representert ved advokat, vil være utslagsgivende for hvor langt det er rimelig at retten vil gå i sin veiledning.

Retten skal gi veiledning om ”regler og rutiner for saksbehandlingen”. Det innebærer at veiledningen kan omhandle alle prosessuelle forhold ved saksforberedelse, hovedforhandling eller ankeforhandling. Dette kan for eksempel gjelde prosessuelle forhold som kan føre til at saken ikke kan fremmes, adgangen til å angripe avgjørelser ved rettsmidler, frister, oppfriskning, formkrav, eller prosessuelle innsigelser.<sup>36</sup>

”Regler” kan leses som formelle regler. Det omfatter alle regler som kan ha betydning for partene i saken, enten lovfestede regler eller regler utformet i praksis. I dette ligger også veiledning om vilkårene for å få en sak realitetsbehandlet, for eksempel hvordan påstanden må utformes. Slik veiledning kan dermed få en side til det materielle forholdet i saken.<sup>37</sup>

Veiledning om ”rutiner” peker på praktiske forhold ved saksbehandlingen, som kan ha betydning for parten og saken. Rutiner trenger ikke ha utspring i formelle regler, og kan derfor være mer eller mindre formelle. Veiledningen viser til praksis og det som forventes av partene. Brudd på rutiner trenger ikke konstatere rettstap eller avvisning av saken, men dersom det er i partenes interesse at rutinen følges, skal det veiledes om forholdet.

”Andre formelle forhold” tilsier veiledning om forhold som ikke er direkte regulert i tvisteloven, men som likevel kan få betydning for behandlingen hos domstolen. Eksempler kan være hvorledes en part skal te seg overfor retten, eller at det kan søkes om fri sakførsel. Domstolsloven<sup>38</sup> §§ 132 og 133 inneholder ordensregler om at rettens leder våker over at forhandlingen foregår med orden og verdighet, og at enhver som forstyrrer forhandlingen kan tilrettevises og eventuelt utvises.

---

<sup>35</sup> Skoghøy (2010) s. 517, jf. Rt. 2000 side 121

<sup>36</sup> Schei mfl. s. 527

<sup>37</sup> Jf. punkt 4.4

<sup>38</sup> Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5

For at partenes interesser i saken skal ivaretas, må retten yte ”nødvendig” veiledning. Hva som er nødvendig, må vurderes ut fra partenes behov. Overfor parter som er representert ved advokat, trenger retten normalt ikke veilede av eget tiltak.<sup>39</sup> Dette stiller seg annerledes for en selvprosederende part. I tilfellet må dommeren til enhver tid vurdere om det er nødvendig å veilede og hvor langt han skal veilede partene.

Sakens art og kompleksitet vil styre hvor langt det er nødvendig for dommeren å veilede. I kjennelsen fra Gulating lagmannsrett LG-2007-133705, foreligger det en generell uttalelse om veiledningsplikten etter tvistemålsloven § 87, og den kommende tvisteloven § 11-5: ”Det er naturlig å legge til grunn at veiledningsplikten utstrekning generelt skjerpes med konsekvensene av de feil som kan være aktuelle. Et annet relevant moment i forhold til utstrekningen av veiledningsplikten må være om det er lett for domstolen å se partens behov for veiledning, og hvor ressurskrevende det vil være å gi veiledning om det aktuelle forhold.” Med hensyn til partenes behov og sakens effektivitet, trekker lagmannsretten opp en hensiktsmessig ramme rundt veiledningsplikten. Lagmannsretten legger også til grunn at konsekvensene av å unnlate å veilede, blir styrende for veiledningsplikten bredde.

Dommeren må være bevisst på partenes ulike kunnskaper om prosessuelle forhold, og innta en mer aktiv rolle i saksforberedelsen og under rettsmøter. Rettens plikt til aktiv saksstyring etter § 11-6, kan dermed påvirke rettens plikt til å veilede partene. Når retten skal strukturere og styre den videre saksbehandlingen, er det nødvendig at retten samtidig gjør partene oppmerksomme på hva dette innebærer, slik at partene kjenner sine rettigheter, muligheter og plikter i saken.<sup>40</sup> Tvistemålsutvalgets lovutkast kommenterer veiledningsplikten og kravet til aktiv saksstyring: ”Som (...) et viktig ledd i rettens aktive saksstyring må retten gå nøye gjennom stevningen når den er mottatt. Hvis dommeren ser det er mangler ved stevningen, skal dommeren gi nødvendig veiledning og gi adgang til retting, jf § 5-4 (1) [§ 11-5] og § 22-1 [§ 16-5]. Det er viktig at det legges arbeid i veiledningen, og at den utformes med henblikk på at retting skal kunne foretas. Det er ikke adgang til å avvise saken før veiledning og

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406, Skoghøy (2010) s. 518

<sup>40</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

adgang til retting er gitt.”<sup>41</sup> Reglene om aktiv saksstyring forsterker dermed rettens veiledningsplikt.

Veiledning er særlig aktuelt der det foreligger en relativt ny prosessregel som kan få betydning for avgjørelsen. I Rt. 2010 side 1483, anså Høyesterett at lagmannsretten ikke hadde oppfylt sin veiledningsplikt etter § 11-5. Lagmannsretten hadde realitetsbehandlet en oppfriskningsbegjæring uten at partene hadde hatt tilstrekkelig foranledning til å uttale seg om dette. Partenes prosesskriv gav uttrykk for at realitetsspørsmålet skulle utstå. Dermed burde lagmannsretten ha gjort partene oppmerksomme på at oppfriskningsspørsmålet ville bli realitetsbehandlet. I avsnitt 22 viser Høyesterett til lovkommentaren der det fremgår at ”[v]eiledningsplikten kan være særlig aktuell dersom det er grunn til å tro at parten/prosessfullmektigen ikke er kjent med en forholdsvis ny prosessregel av betydning for saken. Det gjelder også når parten har prosessfullmektig som er advokat.”<sup>42</sup> Dette viser også hvorledes Høyesterett aktivt benytter juridisk teori som en relevant rettskilde der praksis er sparsom. I avgjørelsen fremgår det at siden rettstilstanden var ny, gav dette lagmannsretten ”en ekstra oppfordring” til å påse at det var en realitetsavgjørelse som skulle treffes. Det viser videre at Høyesterett tillegger teorien betydelig vekt ved spørsmål om veiledningspliktens omfang. Høyesterett fant at veiledningsplikten etter tvisteloven § 11-5 ikke var overholdt. Det medførte at kravet til kontradiksjon etter lovens § 9-6 første ledd var tilsidesatt, og at det var nærliggende at dette hadde betydning for avgjørelsen jf. tvisteloven § 29-21 første ledd. Dermed ble lagmannsrettens kjennelse opphevet.

I teorien fremheves det at ”[d]et er i rettspleiens interesse at partene mest mulig er fortrolig med det som forventes av dem og om det som skal skje under saksforberedelse og under hovedforhandling.”<sup>43</sup> Veiledning bidrar til dette og kan effektivisere saksgangen. Videre kan veiledning forenkle en tung prosess for partene, praktisk og mentalt. Fortrolighet hos domstolen vil samtidig øke tilliten til rettsvesenet og forenkle tilgangen til domstolen. Dermed forsterkes et av tvistelovens formål: å

---

<sup>41</sup> NOU 2001: 32 B s. 747

<sup>42</sup> Schei mfl. s. 527-528

<sup>43</sup> Mæland (2009) s. 152



senke domstolsterskelen og dermed styrke rettsikkerheten i samfunnet.<sup>44</sup> Prosessuell veiledning bidrar til å utjevne prosessuelle forskjeller blant partene, og legger grunnlaget for en mer rettferdig behandling hos domstolene. På denne måten blir likhetsprinsippet ivaretatt, og kravet om rettferdig rettergang fremmes.<sup>45</sup>

### 4.3 Veiledningspliktens omfang

#### 4.3.1 Forebygging av prosessuelle feil

Tvisteloven § 11-5 første ledd annet punktum lyder:

**”Retten skal søke å forebygge feil og skal gi den veiledning som er nødvendig for at feil kan rettes opp.”**

Bestemmelsen er en konkretisering av veiledningsplikten etter første punktum. Ordlyden gir anvisning på en todeling av veiledningsplikten. Retten skal først søke å forebygge feil som potensielt kan oppstå i løpet av prosessen. Videre skal retten gi veiledning for at feil som oppstår, kan rettes opp.

Forebygging av feil forutsetter at retten veileder så tidlig som mulig i prosessen. På denne måten reduseres faren for at det oppstår feil. Primært gjelder dette feil som hindrer at saken kan fremmes, for eksempel regler om søksmålstilknytning, fravær, partsangivelse eller adgangen til å benytte rettsmidler. Der det likevel oppstår feil, får parten lengre tid til å foreta de nødvendige prosesshandlinger for å rette feilen. Dette gjelder særlig for veiledning om prosessuelle plikter og frister i saksforberedelsen, for eksempel frister om tilsvare og møteplikt i rettsmøter.

Veiledningen til partene må være fullstendig. Det må fremgå hva som er gjort feil, hvordan feilen kan rettes opp, og konsekvensene av at dette unnlates.<sup>46</sup> Den veiledning som gis, må være såpass klar og tydelig at parten faktisk får anledning til å foreta den nødvendige rettingen.<sup>47</sup> For en selvprosederende part, må dommeren derfor være tilbøyelig til å avsette tid til å veilede, og må påse at veiledningen gis i en

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 13, 131

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172

<sup>46</sup> Hov (2010), Rettergang II s. 1045

<sup>47</sup> Schei mfl. s. 529

forståelig form. Dersom retten har gitt veiledning, men fortsatt ser at parten ikke oppfatter hensikten eller misforstår, må retten gi ytterligere veiledning.<sup>48</sup> Der parten, etter omfattende veiledning, fortsatt ikke foretar de nødvendige prosesshandlinger, vil parten kunne bli ansett som sterkt å bebreide, og rettingsadgangen kan bli ansett som tapt.

Der det er anlagt søksmål mot en part som mangler partsevne må saken avvises, men retten skal veilede om de konkrete prosessuelle hindrene. Høyesterettsdommen i Rt. 2008 side 1730 omhandler spørsmålet om en norsk filial av et utenlandsk selskap har partsevne. Førstvoterende drøfter en filials manglende partsevne etter tvisteloven § 2-1, og kommer inn på at lovens regler om veiledning og retting vil komme til anvendelse. Det fremgår av avsnitt 38 at hvis ”en avtalepart ikke skulle være kjent med at det er en filial han har kontrahert med, og derfor anlegger søksmål mot filialen i stedet for mot det utenlandske hovedforetak, vil retten ha plikt til å gi veiledning og tillate retting etter tvisteloven § 11-5 første ledd, jf. § 16-5.” Dersom retten unnlater å veilede i et tilfelle som over, vil søksmålet bli avvist. Retten pliktet å veilede om partsangivelsen og foreta retting. Retting måtte innebære at partsangivelsen ble endret til det utenlandske selskap i medhold av tvisteloven § 4-4 tredje ledd annet punktum. Resultatet ble at dommene i de tidligere instanser ble opphevet, og saken ble avvist fra domstolene grunnet manglende partsevne.

I sak LH-2010-154399 avsagt av Hålogaland lagmannsrett, ble veiledning i tilknytning til stevningen ansett mangelfull. ”Slik lagmannsretten ser på saken er det ikke avgjørende om stevningen oppfylte de innholdsmessige krav etter tvisteloven § 9-2 fjerde ledd da den ble inngitt. Tingretten kan ikke uten videre avvise saker fra behandling pga. mangelfulle stevninger. Normalt sett må saksøkeren gis adgang til retting og veiledning, jf. tvisteloven § 11-5 og § 16-5. (...) Etter lagmannsrettens oppfatning er det her ikke grunnlag for noen sterk bebreidelse (...) som kan avskjære rettingsadgangen etter tvisteloven § 16-5 annet ledd. (...) Etter lagmannsrettens syn burde og skulle derfor tingretten ha gitt (...) [parten] anledning til å rette stevningen i den grad den anses mangelfull.” I kjennelsen går det frem at en sak ikke kan avvises før det gis nødvendig veiledning, ved en mangelfull eller ufullstendig stevning. Ettersom kjennelsen er avsagt av lagmannsretten, har den ikke den samme rettskildemessige vekt

---

<sup>48</sup> Schei mfl. s. 529

som kjennelser avsagt av Høyesterett. Imidlertid angår den enstemmige kjennelsen helt sentrale forhold ved stevning og saksanlegg til retten. Dermed vil jeg tillegge avgjørelsen både relevans og vekt, ved omfanget av plikten til prosessuell veiledning.

For å unngå feil, vil retten drive forhåndsveiledning. Dybden i veiledningen vil avhenge av sakens stadium, art og kompleksitet. Veiledning om adgangen til å benytte rettsmidler er avgjørende for partens rettsstilling, for eksempel må veiledning om adgangen til å anke og om ankefrister, gis senest samtidig som en avgjørelse forkynnes eller meddeles, og ikke etter fristens utløp.<sup>49</sup> Videre må forhåndsveiledningen tilpasses partenes behov. Retten må ta særlig hensyn til selvprosederende parters behov for forhåndsveiledning, for å unngå feil, jf. § 11-5 sjette ledd. En vanskelig sak med en selvprosederende part, vil medføre en strengere plikt til å gi informasjon som kan forebygge eventuelle feil i prosessen. Dermed sikres partenes interesse i saken.

Det antas at det er hensiktsmessig å legge tyngden av veiledningen på feil som faktisk oppstår og søke å avhjelpe dem. Forebygging av feil vil trolig bidra til å hindre fremtidige feil, men er ingen garanti. For mye veiledning i starten kan svekke domstolens effektivitet og kan oppfattes som en unødig innblanding av dommeren, særlig der en eller begge parter er representert med advokat. Om retten har en plikt til å drive forhåndsveiledning også der parten har en advokat er mer tvilsomt.<sup>50</sup> Slik veiledning vil tynge prosessen hos domstolene.

#### 4.3.2 Retting av prosessuelle feil

Tvisteloven § 11-5 første ledd tredje punktum lyder:

**”For adgangen til å rette feil gjelder § 16-5.”**

Etter § 11-5 første ledd tredje punktum, er tvisteloven § 16-5 gitt anvendelse for retting av prosessuelle feil. I medhold av lovens § 16-5 første ledd, skal veiledningen gis på en måte som gjør partene i stand til å foreta den nødvendige rettingen. Retten skal sette en frist for retting, og må samtidig gi opplysning om hva som er konsekvensene av at

---

<sup>49</sup> Schei mfl. s. 528

<sup>50</sup> Schei mfl. s. 530

retting ikke foretas. Der veiledningen misforstås eller ikke oppfattes, må retten gi ytterligere veiledning.<sup>51</sup>

Bestemmelsen omhandler prosessuelle hindre som det er mulighet å rette. Reises det sak om et krav som er rettskraftig avgjort, eller mot en som ikke er prosessdyktig, vil retting ikke være mulig, og saken må avvises. I slike tilfeller vil retten heller ikke ha en plikt til å veilede. Retten må imidlertid informere om konsekvensene av feilen, og parten skal gis mulighet til å uttale seg før retten treffer en avgjørelse, jf. tvisteloven § 9-6 første ledd. Dette sikrer kontradiksjon, selv om resultatet blir avvisning av saken.

Tvisteloven § 16-5 annet ledd oppstiller en begrensning i rettingsadgangen. Der parten er ”sterkt å bebreide” for manglene ved prosesshandlingen, gis det kun adgang til retting der tungtveiende grunner taler for det. Vilkåret om ”sterkt å bebreide” skal etter forarbeidene oppfattes som grov uaktsomhet.<sup>52</sup> Ved vurderingen av om en part er å bebreide, identifiseres parten fullt ut med sin prosessfullmektig og omvendt. Det stilles derfor strengere krav til en advokat, men det åpnes for en differensiering basert på erfaring.<sup>53</sup>

Høyesteretts kjennelse i Rt. 2009 side 1345, omhandler et søksmål mot et konkursbo. I ankeerklæringen til lagmannsretten ble konkursboets advokat personlig oppnevnt som motpart. I anketilsvaret ble det hevdet at anken måtte avvises, og at rett motpart var konkursboet. Forberedende dommer i lagmannsretten gav ankende part frist til retting av partsforholdet. Partsangivelsen ble ikke rettet og saken ble avvist. Saken ble anket til Høyesterett, hvor ankende part anførte at det ikke var gitt tilstrekkelig veiledning og adgang til retting. I avsnitt 23 uttaler førstvoterende at ”[d]et kan da ikke være tvilsomt at lagmannsretten hadde oppfylt den veiledningsplikt som følger av tvisteloven § 11-5 første ledd, jf. § 16-5 første ledd. Den ankende parts prosessfullmektig er sterkt å bebreide for at den veiledning lagmannsrett ga, ikke ble fulgt.” Anken ble forkastet av Høyesterett. Kjennelsen illustrerer konsekvensene av å unnlate å følge veiledning og adgangen som gis til retting.

Bestemmelsen gir ikke anvisning på noen begrensning i antall rettingsforsøk. Dersom retten har gitt veiledning om et forhold, kanskje flere ganger, så vil en part som

---

<sup>51</sup> Schei mfl. s. 529

<sup>52</sup> NOU 2001: 32 B s. 909, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 423

<sup>53</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 423

ikke foretar retting bli ansett som sterkt å bebreide. Når en part anses som sterkt å bebreide, vil retting likevel kunne foretas der tungtveiende grunner taler for det, jf. § 16-5 annet ledd. ”Tungtveiende grunner” gir i seg selv anvisning på et strengt skjønnsstema der det skal mye til for at retting kan foretas. Forarbeidene gir anvisning på en snever unntaksregel, som tar særlig sikte på å tillate retting der avskjæring vil stenge videre behandling av en viktig sak, og parten ikke personlig er å bebreide for feilen.<sup>54</sup> Det vises igjen til Rt. 2009 side 1345. I saken ble ikke lagmannsrettens oppfordring til å foreta retting fulgt av advokaten. Ved behandlingen i Høyesterett går førstvoterende inn på forholdet mellom parten og prosessfullmektigen i avsnitt 23. ”Da parten må identifiseres med prosessfullmektigen, er det ikke grunnlag for å tillate retting nå, idet det ikke kan ses å foreligge tungtveiende grunner som taler for dette, (...)” Ettersom det var en advokat som unnlot å følge veiledningen, forelå det ikke tungtveiende grunner for å tillate retting.

Av tvisteloven § 16-5 tredje ledd går det frem at der en prosesshandling rettes, skal den regnes som riktig fra det tidspunkt den først ble foretatt. Etter fjerde ledd vil rettsvirkningen av at retting ikke skjer, være at prosesshandlingen avvises. Dette kan medføre at saken avvises fra domstolen.

Tvisteloven § 11-5 syvende ledd oppstiller en begrensning i den prosessuelle veiledningsplikten. Prosessuell veiledning må ikke fremstå på en slik måte at den setter rettens upartiskhet i fare. Imidlertid fremhever forarbeidene at det er få hensyn som taler imot en omfattende veiledningsplikt om saksbehandlingen, og at prosessuell veiledning sjelden vil være egnet til å frata retten rollen som nøytral konfliktløser.<sup>55</sup>

For de tilfeller retten unnlater å yte veiledning eller tillate retting, vil det representere en saksbehandlingsfeil, jf. tvisteloven § 29-21 første ledd. Feil i saksbehandlingen gir grunnlag for anke, jf. § 29-3 annet ledd. Saksbehandlingsfeilen kan dermed gi grunnlag for opphevelse av avgjørelsen.

#### 4.3.3 Prosessuell veiledning overfor advokater

Retten forventer at advokater er kjent med, eller kan finne ut av, de relevante prosessuelle reglene og rettighetene. Dette er et naturlig og nødvendig utgangspunkt, og

---

<sup>54</sup> NOU 2001: 32 B s. 910

<sup>55</sup> NOU 2001: 32 A s. 91, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

fremgår flere steder i forarbeidene.<sup>56</sup> Videre går det frem at 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(...).”<sup>57</sup> Forarbeidene gir rom for unntak for tilfeller der det kan være tvil om det foreligger en forsømmelse fra advokaten, men 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.”<sup>58</sup> Uttalelsen gjelder veiledning etter tvistemålsloven, og legges videre til grunn etter tvisteloven.

Tvistemålsutvalget tar utgangspunkt i en utvidet plikt til veiledning overfor advokater. ”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.”<sup>59</sup>

Der retten ser at det begås feil, og det er nærliggende at advokaten ikke er klar over det, har retten en plikt til å gjøre advokaten oppmerksom på feilen.<sup>60</sup> Dette gjelder særlig i de tilfellene der advokaten har grunn til å tro at det ikke er begått noen feil.<sup>61</sup> Om feilen skyldes kunnskapssvikt, eller en forglemmelse hos advokaten, bør i utgangspunktet ikke tillegges vekt ved rettens vurdering om å veilede. Dette skyldes at det kan være vanskelig å vite hva som lå til grunn for feilen.<sup>62</sup>

Forutsetningen for veiledning er, i henhold til proposisjonen, at det er relativt enkelt for retten å gjøre oppmerksom på feilen.<sup>63</sup> Der det begås flere og sentrale feil, og det avdekkes grunnleggende kunnskapssvikt om sentrale regler hos advokaten, så kan det ikke oppstå noen omfattende veiledningsplikt for retten. Imidlertid kan ikke retten fullstendig oppgi veiledningen. Dette vil være et brudd på plikten som legges til grunn.

---

<sup>56</sup> NOU 2001: 32 A s. 139-140, B s. 708, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>57</sup> NOU 2001: 32 A s. 139

<sup>58</sup> NOU 2001: 32 A s. 139-140

<sup>59</sup> NOU 2001: 32 A s. 140

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>61</sup> Schei mfl. s. 531

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

Der advokaten ikke strekker til, vil parten få et større behov for veiledning. Ettersom retten plikter å veilede, vil omfanget av veiledningen begrenses til å påpeke feilene, og gjøre advokaten oppmerksom på omfanget, og hva slags type feil det gjelder.

Der en advokats feil eller forsømmelser er fulgt opp med veiledning, som kort viser til de regler som advokater burde kjenne innholdet av, utløses ikke noen ytterligere plikt til å veilede.<sup>64</sup> I slike tilfeller har retten oppfylt sin plikt. Feil som ikke rettes, får dermed direkte konsekvenser for parten, med en potensiell avvisning av saken. Det må likevel antas at det kan få betydning for veiledningens omfang om advokaten er erfaren eller ny i rollen.

Dette viser hvor tungtveiende det grunnleggende hensynet til at parter ikke unødige skal lide rettstap, virker inn på veiledningsplikten. Videre viser det tydelig at partens interesse i saken er gitt større plass, enn etter tidligere praksis. Således er det lagt opp til en mer omfattende plikt til veiledning, også overfor advokater.

#### 4.4 Grensen til materiell veiledning

Rettens veiledning etter første ledd gjelder bare prosessuelle forhold. Grensen mellom de to hovedformene for veiledning er i utgangspunktet klar. Dette modifiseres imidlertid når veiledning om innholdet i prosessuelle regler, ses i sammenheng med det partene presenterer for retten, og rettens plikt til å klargjøre de fremsatte prosesshandlingene.

Der et prosesskriv viser at en part unnlater å påberope et påstandsgrunnlag eller fremsette et bevisstilbud, fordi parten har en uriktig oppfatning av hvilke spørsmål retten har prosessuell adgang til å prøve, vil retten kunne ha en plikt til å gjøre parten oppmerksom på villfarelsen ved å yte nødvendig veiledning. Litteraturen viser til Høyesteretts kjæremålsutvalg HR-1987-479-k.<sup>65</sup> I saken unnlot en part å argumentere rundt sine subsidiære anførsler til et krav om midlertidig forføyning. Høyesteretts kjæremålsutvalg var av den oppfatning at det fremgikk av partens kjæremålstilsvar ”at han mente å ha ytterligere å anføre om disse spørsmål, og det fremgikk også at det skyldtes en misforståelse av sakens prosessuelle stilling når han ikke fremkom med disse anførsler. Under disse omstendigheter ville etter utvalgets oppfatning det riktige ha vært at lagmannsretten hadde gjort ham oppmerksom på feiltagelsen, jf.

---

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>65</sup> Schei mfl. s. 528

tvistemålsloven § 87, og gitt ham frist for ytterligere bemerkninger.” Veiledningen kan dermed få direkte betydning for hva parten velger å påberope seg av faktiske forhold for sin prosedyre, og får dermed en side til det materielle forholdet i saken.

Når en sak fremmes for domstolene kan saksøkers krav være utilstrekkelig formulert. Utformingen og innholdet av det materielle kravet i saken kan være avgjørende for hvilken domstol som er rett verneting eller rett instans, som saken kan fremmes for. For å unngå avvising kan det oppstå behov for veiledning ved utformingen av, og innholdet i, kravet. Slik veiledning er ansett som prosessuell veiledning jf. Rt. 1997 side 1744.<sup>66</sup> Høyesterettsdommen gjelder spørsmålet om hvilken domstol som er kompetent. Lagmannsretten hadde av eget tiltak, og uten å forespørre partene, avvist anken over herredsrettens kjennelse med den begrunnelse at saken tilhørte skifteretten. Lagmannsretten la avgjørende vekt på at det fremgikk i påstanden at uskifteboet skulle skiftes. I Høyesterett trekker førstvoterende frem stevningens overskrift angitt som: ”omstøyting av gåver, evt. delvis arveoppgjer eller skifte av det uskifta buet”, og bemerker at dersom stevningen oppfattes som et krav om offentlig skifte, skal den behandles av skifteretten. Saksøker traff imidlertid ikke noe valg om fremgangsmåten, og det var intet hinder for at det først ble reist sak om omstøtelse for herredsretten. Anken til Høyesterett viser at saksøker ville valgt denne fremgangsmåten, dersom han hadde blitt veiledet om det. Kjæremålsutvalget fremhever på side 1746, at de ”finner på denne bakgrunn at lagmannsretten burde ha rettet forespørsel til saksøkeren om hvordan kravet i stevningen var å forstå og om en mulig endring av påstanden i stevningen, jf. tvistemålsloven § 87 og § 97. Under forutsetning av at saksøkeren presiserte sitt krav til å gjelde omstøtelse etter arveloven § 19, ville herredsrettens avgjørelse være truffet av den kompetente domstol.” Høyesterett opphevet lagmannsrettens kjennelse og saken ble hjemvist til lagmannsretten for fortsatt behandling.

Videre er veiledning om utforming av påstanden ansett å falle innunder den prosessuelle veiledningsplikten etter § 11-5 første ledd.<sup>67</sup> Samtidig får denne veiledningen direkte konsekvenser for det materielle forhold i saken. Ved stevning til

---

<sup>66</sup> Schei mfl. s. 528

<sup>67</sup> Schei mfl. s. 84, 528, Skoghøy (2010) s. 518



retten kan en påstand være utilstrekkelig formulert. Før saken eventuelt avvises må retten søke å klargjøre hva parten ønsker å få dom for etter § 11-5 tredje ledd.<sup>68</sup>

Der påstanden begrenser saksanlegg på grunn av manglende tilknytning til tvistegjenstanden, må retten i medhold av § 11-5 veilede om en annen mulig utforming av påstanden, som i hovedsak kan ivareta saksøkerens intensjoner.<sup>69</sup> En omformulering av påstanden kan medføre at saken likevel kan fremmes for domstolen. I et slikt tilfelle bidrar retten til at partens ønskede domsresultat får en gyldig formulering. Avgjørelsen i Rt. 1988 side 1307 omhandler en samtykkepåtegning på en panteobligasjon som ble hevdet å være falsk.<sup>70</sup> Ved saksanlegg var panteobligasjonen slettet. Både herredsretten og lagmannsretten la dermed til grunn at tvisten gjaldt et fortidig rettsforhold og at saksøker ikke hadde rettslig interesse. Saksøkers påstand for herredsretten var at pantsettelsen av eiendommen ikke var bindende for saksøker. Påstanden gikk ikke direkte ut på at underskriften på panteobligasjonen var uekte, og saken ble derfor avvist i herredsretten. Dette ble stadfestet av lagmannsretten. Saksøker gjorde gjeldende at søksmålet i realiteten gikk ut på spørsmål om underskriftens autenticitet. På side 1310 uttaler kjæremålsutvalget at det må "være klart at herredsretten etter tvistemålsloven § 87 og § 97 burde ha gitt henne foranledning[sic] til å endre påstanden i overensstemmelse med dette dersom det var av betydning for adgangen til å fremme saken." Saksøkers anførsler gav uttrykk for noe annet enn det påstanden direkte gikk ut på, og påstanden ledet dermed til avvisning. Høyesterett anså det som en klar plikt, under tvistemålsloven §§ 87 og 97, å veilede og tillate endring for å unngå avvisning. Dette gjelder tilsvarende etter tvisteloven § 11-5. Høyesterett opphevet lagmannsrettens kjennelse, og saken ble hjemvist til fortsatt behandling.

Borgarting lagmannsretts kjennelse LB-2008-186315 gir uttrykk for veiledningsplikten ved spørsmål om avvisning. Lagmannsretten bemerker at påstanden i saken kunne vært utformet slik at den også omfattet omfanget av en bruksrett. Således gir lagmannsretten direkte uttrykk for at endring av påstanden får materielle konsekvenser, og uttaler videre: "[L]agmannsretten finner på denne bakgrunn at saken ikke burde vært avvist, men at (...) [parten] burde vært gitt anledning til å foreta en

---

<sup>68</sup> Jf. punkt 6.2

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 365

<sup>70</sup> Schei mfl. s. 84

omformulering av påstanden.” Tingrettens kjennelse ble opphevet på grunn av manglende veiledning.

De ovennevnte avgjørelser er også særlig illustrerende for den prosessbesparelse, både for partene og for domstolsapparatet, som kan oppnås ved effektiv veiledning tidlig i prosessen.

Retten skal av eget tiltak prøve om søksmålsbetingelsene etter tvisteloven § 1-3 er oppfylt. Der retten ikke kan veilede etter lovens § 11-5, eller tillate feilen rettet etter § 16-5, og betingelsene ikke er oppfylt, må søksmålet avvises. Søksmålsbetingelsene kan virke strenge overfor en part som er ukjent med vilkårene for å gå til sak. Dette gjelder særlig overfor selvprosederende parter. Derfor er det sentralt at retten anvender tvisteloven § 1-3 med forsiktighet, og unngår avvising i de tilfeller der en omformulering av påstanden kan medføre prøving av et krav med en tilnærmet lik realitet.<sup>71</sup> Retten vil også ha en plikt til å veilede der en omformulering eller endring av kravet vil medføre at saken ikke avvises. På denne måten ivaretas partens interesser i saken.

Der formålet med veiledningen er å unngå prosessuelle hindre for å få en sak fremmet, vil slik veiledning trolig bli ansett som prosessuell veiledning. Det er tilfellet selv om retten veileder på en slik måte at det materielle i saken endres i forhold til partens opprinnelige fremsatte krav. Det fremheves i litteraturen at det for tilfeller som ligger i grenselandet mellom prosessuell og materiell veiledning, nok vil foreligge veiledningsplikt uten hensyn til hvilket ledd i § 11-5 veiledningen faller innunder.<sup>72</sup>

Der partene utøver sine prosessuelle rettigheter på en uheldig måte, vil det oppstå et spørsmål om veiledning.<sup>73</sup> Dette harmonerer med synspunktet om at saksbehandlingsreglene ikke skal fungere som en felle for partene. Som vist over, angår mye av dommerens aktivitet samtidig de materielle spørsmålene i saken. Ved å vurdere partenes prosesshandlinger opp mot innholdet i saksbehandlingsreglene, blir det samtidig utført materiell veiledning, der retten søker å klargjøre partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål i saken, jf. § 11-5 tredje ledd. Det kan

---

<sup>71</sup> Schei mfl. s. 84

<sup>72</sup> Schei mfl. s. 528

<sup>73</sup> Hov (2010), Innføring i prosess 2 s. 746

eksempelvis gjelde hvordan kravet, påstanden eller anførslene er å forstå, for videre å undersøke om det er prosessuell adgang å fremme saken.

Klargjøringsplikten etter tredje ledd havner i skjæringspunktet mellom prosessuell og materiell veiledning.<sup>74</sup> Det innebærer at grensen mellom prosessuell veiledning etter første ledd, og materiell veiledning etter annet jf. tredje ledd, er flytende. Grensedragningen er vanskelig og lite synlig. Dermed er det en trygghet for partene at retten, uavhengig av bestemmelsene, vil ha en plikt til å veilede for å ivareta partenes interesser. Det er først ved veiledning etter fjerde og femte ledd at det oppstilles en klar grense mellom prosessuell og materiell veiledning.

## **5 Veiledning etter § 11-5 annet jf. tredje til syvende ledd**

### **5.1 Innledning**

Tvisteloven § 11-5 annet ledd omhandler rettens materielle veiledningsplikt.

Tvistemålsloven hadde ingen særskilt bestemmelse som gav anvisning på rettens materielle veiledningsplikt. Tvisteloven gir imidlertid klart uttrykk for lovgiverviljen ved å lovfeste pliktregler om materiell veiledning. I tråd med tvistemålsutvalgets utredning, gir de nye reglene et klarere bilde av rettsreglens innhold overfor parter, og domstoler.

### **5.2 Annet ledd**

#### **5.2.1 Innholdet i materiell veiledning**

Tvisteloven § 11-5 annet ledd lyder:

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

Etter tvisteloven § 11-5 annet ledd pålegges retten en generell og alminnelig plikt til å veilede for at tvisten skal få en riktig avgjørelse, ut fra de faktiske forhold og aktuelle

---

<sup>74</sup> Skoghøy (2010) s. 519

regler. Ordlyden tilsier at det foreligger en plikt til å gi veiledning, slik det også er lagt til grunn i forarbeidene.<sup>75</sup> Bestemmelsen gir ikke direkte anvisning på hva veiledningsplikten omfatter, men etter ordlyden og forarbeidene skal plikten forstås i lys av tredje til syvende ledd.<sup>76</sup> Tvisteloven § 11-5 annet ledd modifiseres og begrenses dermed i samsvar med tredje til syvende ledd. Annet ledd gir uttrykk for fremgangsmåten og formålet, tredje til femte ledd angir de ulike typer veiledning som kan være aktuelt å gi, og sjette og syvende ledd trekker opp rammene og begrensningene i både den prosessuelle og den materielle veiledningen.<sup>77</sup>

Det går klart frem at det er hensynet til en riktig avgjørelse som begrunner veiledningen. Dermed er annet ledd retningsgivende for tolkningen av de påfølgende ledd. Formålet blir styrende for hvor langt dommeren vil gå i sin veiledning til partene.

Ettersom veiledningen må ses i sammenheng med de påfølgende ledd, blir sjette ledd styrende for veiledning overfor selvprosederende parter.

Selvprosederende parter kan mangle kunnskap og innsikt til å ivareta sine behov i saken på en adekvat måte.<sup>78</sup> Faren for at en selvprosederende part begår feil som leder til rettstap, er generelt større enn for en part som er representert ved advokat. Der en part er selvprosederende, er det mer rimelig å gi veiledning, og terskelen for å veilede senkes. Materiell veiledning til selvprosederende parter må først og fremst gå ut på utformingen av krav, på de aktuelle rettsregler, og de krav som stilles til bevis.<sup>79</sup> Der dommeren blir oppmerksom på alternative påstandsgrunnlag som parten kan tenkes å ha oversett, må det foretas en helhetsvurdering av om det likevel er på sin plass å veilede om dette forholdet.<sup>80</sup> Der dommeren søker å finne frem til adekvate anførsler og nødvendige bevisstilbud, vil det kunne forutsette en involvering i tvisten som gjør det vanskelig for retten å se på saken med den nødvendige distanse til partene.<sup>81</sup>

Der kun én av partene er representert ved advokat, vil det oppstå en ubalanse mellom partene i saken. Veiledning fra dommeren kan utjevne denne, og dermed skape

---

<sup>75</sup> NOU 2001:32 A s. 138, Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>78</sup> NOU 2001:32 A s. 139

<sup>79</sup> NOU 2001:32 B s. 709

<sup>80</sup> Jf. punkt 7.2.3

<sup>81</sup> NOU 2001:32 A s. 139

større likhet mellom partene.<sup>82</sup> En omfattende aktivitet, der dommeren kommer den selvprosederende til unnsetning og sørger for at hans interesser blir ivaretatt, er imidlertid ikke forenlig med rettens rolle som nøytral konfliktløser.<sup>83</sup> Dette leder til at veiledningen bør utføres på en varsom måte, slik at den i større grad fremstår som et supplement til det som parten selv har kommet med.<sup>84</sup>

Departementet har en mer liberal holding til veiledningens omfang. Det fremheves at det er minst like god grunn til å gi nødvendig veiledning til den som har brukt mye penger på å engasjere en advokat, der denne gjør en ufullstendig jobb, som til den som ikke har engasjert noen i det hele tatt. Videre fremgår det at der advokaten ikke ser alle sider av en sak, så behøver ikke dette gi klienten grunnlag for et erstatningskrav mot advokaten. Et erstatningskrav er også vanskelig å bære frem.<sup>85</sup> Dette synspunktet får gjennomslag både for prosessuelle og materielle spørsmål.

Det sterkeste mothensynet til omfattende materiell veiledning er kravet om nøytralitet og objektivitet etter tvisteloven § 1-1 første ledd og EMK art. 6. Ved veiledning fra retten har dette fått særlig uttrykk gjennom § 11-5 syvende ledd. Innenfor grensene i syvende ledd må veiledningen utøves med forsiktighet. For tilfeller som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet, fritar bestemmelsen retten for dens plikt til å veilede, både prosessuelt og materielt. Retten kan ikke gi partene råd om hvilke prosesshandlinger de bør foreta, jf. syvende ledd annet punktum. Retten kan derfor ikke gi en part råd om hvilke krav som bør fremmes i saken, hva påstanden bør gå ut på, eller om hvilke påstandsgrunnlag og rettsregler som burde påberopes.<sup>86</sup> Et direkte råd til en part vil undergrave tilliten til domstolen som en objektiv og uhildet konfliktløser. Dette hindrer ikke at retten kan gi veiledning eller orientering om rettsregler. Slik veiledning kan medføre at parten får et rimelig godt grunnlag for å ta standpunkt til hvilke prosesshandlinger som bør foretas.

Det er ikke et krav om faktisk upartiskhet. Dermed er det tilstrekkelig at dommerens aktivitet skjer på en måte som gjør at det kan stilles spørsmål ved rettens

---

<sup>82</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172

<sup>83</sup> NOU 2001:32 A s. 139

<sup>84</sup> NOU 2001:32 A s. 139

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>86</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

upartiskhet.<sup>87</sup> Derfor er det viktig at retten ikke gir inntrykk av å engasjere seg for, eller mot, noen av partene.<sup>88</sup> Dette er vanskelig der dommeren henvender seg til en part, og spør om parten vil påberope et alternativt grunnlag. Av motparten kan slik innblanding lett oppfattes som upartisk opptreden. For å begrense konsekvensene, må retten gi motparten tilstrekkelige muligheter til å ivareta sine interesser i saken. Dette kan medføre en plikt for retten til å veilede motparten.

## 6 Klargjøringsplikt etter § 11-5 tredje ledd

### 6.1 Innledning

Tvisteloven § 11-5 tredje ledd er en videreføring av tvistemålsloven § 86 annet ledd første punktum, og pålegger retten en klargjøringsplikt av partenes prosesshandlinger. Forarbeidene gir anvisning på at plikten nå er uttalt mer uttrykkelig, og at plikten til klargjøring går langt.<sup>89</sup> Etter sammenhengen med annet ledd er klargjøringsplikten et virkemiddel med hensyn til at retten skal treffe riktige avgjørelser og kan bidra til å effektivisere rettergangen.<sup>90</sup>

### 6.2 Hva er klargjøringsplikten

Tredje ledd er en konkretisering av den generelle veiledningsplikten etter annet ledd. Bestemmelsen lyder:

**”(3) Retten skal virke for at tvistesporsmål blir klarlagt, og at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort.”**

---

<sup>87</sup> NOU 2001:32 B s. 709

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 174

<sup>89</sup> NOU 2001:32 B s. 709

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

Klargjøringen kan omfatte kravet som fremmes, uklare påstander som nedlegges, påstandsgrunnlag som påberopes, eller hva som utledes av de bevis som skal føres for retten.<sup>91</sup>

Regelen kan ses i sammenheng med § 9-15 første ledd om at retten skal klargjøre partenes prosesshandlinger i starten av hovedforhandlingen, på bakgrunn av partenes sluttinnlegg.<sup>92</sup> Regelen i § 9-15 er begrenset til hovedforhandlingen, jf. lovens kapittel 9 om allmennprosess, og er et utslag av den generelle plikten til klargjøring oppstilt i § 11-5 tredje ledd.

Klargjøringsplikten gjelder ”tvistesporsmål”. Det innebærer at retten har en plikt til å bringe klarhet i den tvist som verserer for domstolene og spørsmål som reiser seg i den forbindelse. ”Tvistesporsmål” må likevel begrenses til konkrete og eksisterende spørsmål som har eller kan tenkes å ha betydning for tvisten.

Videre gir bestemmelsen anvisning på klargjøring av partenes påstander, det vil si partenes ønskede domsresultat, jf. tvisteloven § 9-2 annet ledd bokstav c. En uklar påstand innebærer at retten ikke vet hvilket ønsket domsresultat som kan legges til grunn. Retten skal klargjøre partenes ”standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål”. Faktiske og rettslige standpunkter tilsier klargjøring av partenes oppfatning i saken med hensyn til jus og faktum, og hva som kan utledes av de bevis som føres. Dette vil vise seg gjennom partenes påstandsgrunnlag, anførsler og bevisføring, eller gjennom motpartens innsigelser.

Klargjøring av tvistesporsmål er en naturlig regel i den mer dommeraktive prosess som tvisteloven legger opp til. Prinsippet om aktiv saksstyring tilsier en reell utvidelse av veiledningsplikten. Retten må gi uttrykk for hva som er sentralt og betydningsfylt, og hva som ikke er det.<sup>93</sup> Aktiv saksstyring gjør at retten gjennomgående setter seg bedre inn i saken på et tidligere tidspunkt. Dermed får retten grunnlag for å veilede på et tidligere tidspunkt enn under den eldre reguleringen, og således reduseres betenkelighetene ved materiell veiledning.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>92</sup> Schei mfl. s. 532

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 171

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

I teorien anses rettens plikt til å klargjøre partenes prosesshandlinger som et av grunnprinsippene for rettergangsordningen.<sup>95</sup> Rettens plikt til å bringe klarhet i de ulike sidene ved tvisten er vid og går langt. Dersom en part ønsker å klargjøre en uklar prosesshandling, har retten også en ubetinget plikt til å tillate dette.<sup>96</sup>

Forarbeidene til tvisteloven utdyper praksis og formålet med klargjøringsplikten, med bakgrunn i tvistemålsloven § 86 annet ledd. Gjennom klargjøringsplikten ”skal retten medvirke til at partenes anførsler blir utformet i samsvar med det parten ønsker å anføre, slik at uklarheter ikke hindrer at parten får medhold. (...) Men rettens plikt går ikke lenger enn til å klarlegge de nærliggende misforståelser. Hovedansvaret ligger hos partene.”<sup>97</sup> Dette viser hvordan hensynet til at partene ikke skal lide unødige rettsstap er styrende for veiledningsplikten. Der misforståelser ikke er åpenbare eller nærliggende bør det heller ikke utføres noen aktivitet fra dommeren. Dette må imidlertid stille seg annerledes der dommeren rent faktisk ikke forstår hvor partene vil i saken og således har et behov for at partene utdyper sine argumenter.

Uttalelsen oppstiller en begrensning i veiledningsplikten. Det er partene som har hovedansvaret for utformingen av prosesshandlingene. Retten må ikke bli så aktiv i sin klargjøring at den fraviker rollen som nøytral konfliktløser, jf. syvende ledd, eller inntar en rolle tilsvarende partenes prosessfullmektig. Dette vil være i strid med disposisjons- og forhandlingsprinsippet.<sup>98</sup>

Ved stevning til retten vil dommeren ha en klar oppfordring til å klargjøre hva partene søker å oppnå ved domstolsbehandling. Klargjøringsplikten får dermed en side til de prosessuelle betingelsene for å få en sak fremmet for domstolene. Der stevningen er uklar har retten en plikt til å klargjøre innholdet.

I kjennelsen LB-2010-23364 uttaler lagmannsretten: at tingretten, med grunnlag i sin veiledningsplikt og før den tok stilling til saken, hadde en ”oppfordring til å avholde et planmøte med partene på rettens kontor etter tvisteloven § 9-4 for nærmere å klarlegge de påviste svakheter for saksøkerne og sette en frist for å avhjelpe dette.” Med bakgrunn i veiledningen ville tingretten, i motsetning til å avvise saken, fått anledning

---

<sup>95</sup> Skoghøy (2010) s. 516

<sup>96</sup> Skoghøy (2010) s. 520

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 169-170

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s.406



til å holde hovedforhandling. Lagmannsretten uttaler videre at den ”finner grunn til å tilføye at det ikke kan anses særlig uklart hva saksøkerne ved de ulike søksmålsgrunnlag har ment. Utfordringen har vært å forstå hvorfor dette kan vært erstatningsbetingende. Manglene i søksmålsgrunnlagene er således i all hovedsak av materiell karakter.” Dette illustrerer samvirke mellom en plikt til å klargjøre prosesshandlingene og det materielle innholdet i saken.

Hensikten med klargjøringsplikten blir tydelig der den ses i sammenheng med disposisjonsprinsippet og rettens bundethet av partenes prosesshandlinger. Ettersom avgjørelsen må ligge innenfor rammen av partenes prosesshandlinger etter § 11-2 første ledd, er det helt vesentlig for dommeren å vite hva en part ønsker å oppnå og hvilke påstandsgrunnlag som er påberopt. Klargjøringen virker dermed til fordel for dommeren og sikrer et tryggere avgjørelsesgrunnlag.<sup>99</sup> Der det foreligger uklarheter ved prosesshandlingene, vil dommeren ikke ha et tilstrekkelig betryggende grunnlag for å treffe en avgjørelse. I slike tilfeller er dommeren nødt til å stille spørsmål for å klarlegge tvistes spørsmålet eller de fremsatte påstander og påstandsgrunnlag i saken. En dom skal etter § 19-6 fjerde ledd bokstav b, inneholde partenes påstander med påstandsgrunnlag. På denne måten får partene mulighet til å se om dommeren har dømt i samsvar med deres prosesshandlinger. Dersom dette unnlates vil det kunne være en saksbehandlingsfeil som gir grunnlag for opphevelse av dommen.<sup>100</sup>

Tenkt plikten til klargjøring borte, vil nok enhver dommer, før saken avgjøres, søke å klargjøre hva tvisten gjelder og hva partene påberoper seg til støtte for sitt syn. Som Hov påpeker: ”Ingen dommer vil vel skrive dom før han mener han har full oversikt over saken.”<sup>101</sup> Uavhengig av om det ligger en plikt til grunn, vil trolig enhver dommer stille spørsmål til han har den nødvendige oversikten.

Retten må søke å bringe klarhet gjennom henvendelse til partene, og gjennom spørsmål og oppfordringer. Partene får dermed anledning til å utdype sine prosesshandlinger.<sup>102</sup> Slik innblanding fra dommeren kan også bidra til at partene blir tvunget til å tenke igjennom saken på ny. Resultatet kan være at partene selv finner nye

---

<sup>99</sup> Skoghøy (2010) s. 519

<sup>100</sup> Schei mfl. s. 540

<sup>101</sup> Hov (2010), Rettergang II s. 1062

<sup>102</sup> Schei mfl. s. 533

grunnlag som kan føre frem. Men, klargjøringsplikten skal ikke fungere som en hvilepute for partenes forberedelse i saken. Hovedansvaret ligger hos partene.<sup>103</sup>

Klargjøringsplikten gjelder for hele den tid en sak verserer for domstolene. Avklaringen er særlig relevant under saksforberedelsen, for eksempel i rettsmøter, eller i prosesskriv som svarer på partenes skriftlige spørsmål.<sup>104</sup> Imidlertid er saksforberedelsen i alminnelighet skriftlig. Det gjør at det ofte ikke er praktisk mulig for dommeren å klargjøre før forhandlingene tar til. Klargjøringen er dermed høyst aktuell også under hovedforhandlingen. Dersom dommeren avventer med klargjøringen til hovedforhandlingen, vil partene, på grunn av regelen i tvisteloven § 9-16, ofte være avskåret fra å endre de fremsatte prosesshandlingene.<sup>105</sup> Det mest praktiske og hensiktsmessige er derfor at avklaringen skjer så tidlig som mulig, som øker muligheten for at retten kan avdekke og avklare misforståelser. Etter at hovedforhandlingen er avsluttet og saken er tatt opp til doms, vil det ikke foreligge et konkret behov for klargjøring.

Dersom det ikke bringes klarhet i det som påberopes, vil det kunne være en saksbehandlingsfeil som får konsekvenser for avgjørelsen som ble truffet, jf. Rt. 1983 side. 1418.<sup>106</sup> Feilen kan gi grunnlag for opphevelse av dommen.<sup>107</sup> Rt. 1983 side 1418 gjaldt heving av et hovedsøksmål, men der motsøksmålet ikke var omfattet av hevingskjennelsen. Etter Høyesteretts syn, var det feil av lagmannsretten å gå ut fra at hevingskjennelsen ble godtatt uten hensyn til rettens resultat i motsøksmålet. Lagmannsretten skulle ha klargjort de ankende parterers standpunkt og Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet kjennelsen.

### 6.2.1 Kravet til kontradiksjon

Klargjøringsplikten etter tredje ledd har en sterk side til kravet om en kontradiktorisk behandling hos domstolen. I forarbeidene uttales det at "[k]larhet i det som anføres av en part, har også den positive funksjon at motparten får klarhet i partens argumenter,

---

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 169-170

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>105</sup> Jf. punkt 7.2.1.1

<sup>106</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>107</sup> Hov (2010), Innføring i prosess 2 s. 736

slik at det blir mulig å komme med de relevante motargumenter.”<sup>108</sup> Uttalelsen viser hvordan hensynet til en kontradiktorisk behandling er grunnleggende for klargjøringsplikten.

Kravet til kontradiksjon fremgår klart i tvisteloven § 11-1 tredje ledd. Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Bestemmelsen er et utslag av avgjørelsen i Rt. 1990 side 8.

Avgjørelsen i Rt. 1990 side 8 gjaldt uenighet ved avtale om overdragelse av en borettslagsleilighet. Førstvoterende uttaler på side 12: ”Når lagmannsretten overveide å avgjøre saken med en begrunnelse og et resultat som avvek såvidt sterkt fra partenes prosedyre, skulle den etter min mening ha gitt partene et varsel om sine overveielser, slik at de hadde fått anledning til å uttale seg og til eventuelt å tilby ytterligere bevisførsel. En slik plikt (...) kan også bygges direkte på det kontradiktoriske prinsipp, som er en grunnsetning i vår rettergangsordning. Retten må ikke ved sin avgjørelse bygge på en begrunnelse eller komme til et resultat som partene ikke har hatt rimelig anledning til å uttale seg om, med mindre det må anses klart at slik uttalelse ville være uten betydning.” Dersom retten vil legge avgjørende betydning på et forhold som en part bare har berørt i sin prosedyre, og som motparten ikke har fått imøtegå, er det nødvendig at det sikres kontradiksjon rundt forholdet. Når forholdet er slik at parten bare har berørt det i sin prosedyre, kan det oppstå en fare for at motparten unnlater å imøtegå argumentasjonen, selv om den ikke er fullstendig. Eller, parten evner ikke å fremsette argumentasjonen på en slik måte at det gir motparten holdepunkter for å protestere.<sup>109</sup> I slike tilfeller har retten en plikt til å klarlegge partenes prosesshandlinger jf. tvisteloven § 11-5 tredje ledd. Klargjøringen bidrar til at motparten får anledning til å imøtegå argumentasjonen og på denne måten ivaretas kravet om kontradiktorisk behandling.

### 6.3 Klargjøringspliktens omfang

Ordlyden i tredje ledd peker på at klargjøringsplikten kun gjelder de prosesshandlinger som er satt frem eller påberopt i saken. Dette synet får støtte i NOU'en.

Tvistemålsutvalget gir anvisning på at det under tvistemålsloven § 86 annet ledd, gjaldt

---

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 169-170

<sup>109</sup> Schei mfl s. 490

en utstrakt plikt til å bringe klarhet i de krav, påstander, anførsler og bevistilbud som er fremsatt.<sup>110</sup> I klargjøringsplikten ligger det ingen oppfordring fra retten til partene om å påberope seg noe egentlig nytt i saken, men en oppfordring til å klargjøre hva som allerede er ment fremsatt. Departementet gikk inn for at det fortsatt skal gjelde en utstrakt plikt til å bringe klarhet.<sup>111</sup> De nye reglene i tvisteloven tar ikke sikte på å endre den eldre rettsoppfatningen.<sup>112</sup>

Regelen i tredje ledd må dermed leses med en begrensning til det som allerede er påberopt i saken. Betydningen av ”påberopt”, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd er utdypet i praksis, der det sentrale er en ”detaljert og klar påberopelse”.<sup>113</sup> Forarbeidene nevner at parten må fremheve forholdet som en begrunnelse for sitt standpunkt.<sup>114</sup> Parten må direkte eller forutsetningsvis få frem at han ønsker de aktuelle faktiske forhold lagt til grunn for avgjørelsen.<sup>115</sup> Hensikten er at argumentene skal tas inn i saken og bli gjenstand for en kontradiktorisk behandling.<sup>116</sup> Det som er påberopt i saken illustrerer dermed klargjøringsplikts begrensning og rekkevidde. Imidlertid må tredje ledd også kunne anvendes der en part ikke direkte har påberopt et argument, men bare berørt det.<sup>117</sup> Et slikt syn er jeg enig i når det sees hen til formålet med klargjøringsplikten og den adgang retten har til å drive materiell veiledning.

Dommeren må i utgangspunktet respektere den arbeidsdeling som ligger til grunn. Ettersom klargjøringsplikten forutsetter at retten oppfatter noe som uklart i saken, begrenses plikten til de nærliggende misforståelser, eller til å gripe inn med spørsmål, der noe fremstår som uklart for retten.<sup>118</sup>

Der en eller begge parter er selvprosederende vil dette kunne være annerledes. Dersom partene er selvprosederende er det i utgangspunktet større risiko for at det kan

---

<sup>110</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 170, 173

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173, 406

<sup>113</sup> Jf. Rt. 1988 side 1304

<sup>114</sup> NOU 2001: 32 B s. 704

<sup>115</sup> Schei mfl. s. 502

<sup>116</sup> Robberstad (2009) s. 276

<sup>117</sup> Robberstad (2009) s. 276

<sup>118</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

foreligge uklarheter, eller misforståelser, ved partenes prosesshandlinger.<sup>119</sup> Sjansen for at det foreligger motsetninger mellom den tvist parten egentlig søker å løse, og hvordan saken legges frem for domstolen, øker der en part er selvprosederende. Retten plikter å være særlig oppmerksom på at partenes prosesshandlinger ikke nødvendigvis er utformet på en hensiktsmessig måte, jf. § 11-5 sjette ledd. I slike tilfeller må graden av involvering fra dommeren avpasses det behovet partene kan ha for veiledning. Det kan oppstå en aktivitetsplikt for dommeren til å klargjøre og etterprøve partenes prosesshandlinger, også der det er nærliggende at det kan foreligge misforståelser.

Ved omfattende klargjøring overfor selvprosederende parter, vil hensynet til en effektiv domstolsbehandling og kravet til nøytralitet komme inn som et viktig motargument. Retten må ikke bli så aktiv i sin klargjøring at den inntar en granskende eller undersøkende rolle. I slike tilfeller vil retten fjerne seg fra den rolle den er tillagt etter disposisjons- og forhandlingsprinsippet.<sup>120</sup>

Kravet om en effektiv prosess etter tvisteloven § 1-1 første ledd har flere dimensjoner i forhold til klargjøring. Av hensyn til en effektiv saksbehandling bør retten ikke avbryte eller søke å klargjøre der dette ikke er strengt nødvendig. Det kan medføre forstyrrelser og en mer tungdreven sak, eller saken kan bli unødig stor og ta lengre tid enn forutsatt. Avbrytelse kan skape et inntrykk av at retten ikke er med på den forhandling som foregår. For mye aktivitet fra dommeren kan også oppfattes som en utidig innblanding i partenes anliggende, og retten kan oppfattes som partisk. Under hovedforhandlingen kan slik aktivitet gå utover rettens evne til å påse at saksbehandlingen konsentreres om det vesentlige i saken.<sup>121</sup>

På den annen side kan klargjøring bidra til en mer effektiv prosess.<sup>122</sup> Klargjøring kan bidra til færre ankesaker, ettersom en dom i førsteinstans har blitt truffet på bakgrunn av klare påstander og påstandsgrunnlag som motparten har fått imøtegå, og dermed det som trolig er tvistens kjerne. En effektiv klargjøring tilsier dermed at den foretas så tidlig som mulig, som kan øke sjansen for at det avsies materielt riktige avgjørelser.

---

<sup>119</sup> Schei mfl. s. 533

<sup>120</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>122</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

Veiledningen etter tredje ledd er en klargjøring og konkretisering, med en videre mulighet for spissing av partenes argumentasjon. Klargjøringen kan medføre at retten blir oppmerksom på et faktisk grunnlag som kan tenkes å føre frem, men som parten ikke har påberopt. Gjennom materiell veiledning etter fjerde ledd kan partene få anledning til å påberope grunnlaget. Slik kommer forskjellen og sammenhengen mellom klargjøringsplikten og den egentlige materielle veiledning, jf. fjerde ledd, til syne.

Rettsens klargjøring må utøves innenfor den ramme som er oppstilt i syvende ledd. Bestemmelsen får betydning ved at domstolen ikke må gi inntrykk av å engasjere seg for eller imot noen av partene eller utvise et engasjement som gjør at det kan reises spørsmål om rettsens objektivitet og upartiskhet i saken.<sup>123</sup> En selvprosederende part kan skape et omfattende behov for klargjøring. Rettsens aktivitet vil dermed være egnet til å svekke motpartens tillit til rettsens upartiskhet. I slike tilfeller kan imidlertid retten pålegge en part å møte med prosessfullmektig jf. tvisteloven § 3-2.

#### 6.4 Grensen til prosessuell og materiell veiledning

Klargjøringsplikten grenser og sammenheng med prosessuell veiledning er belyst ovenfor.<sup>124</sup> Men, det kan kort gjentas at der rettsens søker å tyde partenes fremsatte prosesshandlinger opp mot innholdet i saksbehandlingsreglene, så får klargjøringsplikten en side til den prosessuelle veiledningsplikten etter første ledd.

Partens prosesshandlinger skal stå i samsvar med det parten ønsker å anføre, slik at uklarheter ikke medfører at parten ikke får medhold.<sup>125</sup> Der uklarheter ikke har blitt klargjort under saksforberedelsen eller misforståelsene først viser seg under hovedforhandlingen, skapes det et stort behov for klargjøring og veiledning. Dersom en anførsel er uklar vil ikke dommeren ha et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere anførselens rekkevidde, og motparten kan ha problemer med å imøtegå argumentasjonen. Rettsens klargjøring omhandler sakens materielle spørsmål, men får prosessuelle virkninger ved at saken kan fremmes med de klargjorte prosesshandlingene, som igjen blir gjenstand for kontradiksjon. Klargjøring av partenes

---

<sup>123</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173, NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>124</sup> Jf. punkt 4.4

<sup>125</sup> Schei mfl. s. 533

prosesshandlinger og det en part har påberopt, står dermed i en mellomstilling mellom prosessuell og materiell veiledning.<sup>126</sup>

Dersom manglende klargjøring eller avklaring fører til at en part får problemer og at dennes interesser i saken ikke ivaretas, gir både § 11-5 første og tredje ledd selvstendig hjemmel, med en påfølgende plikt, til veiledning. På denne måten vil bestemmelsene til dels dekke hverandre.<sup>127</sup>

Klargjøringsplikten har en side til rettens adgang til å drive materiell veiledning etter fjerde ledd, ved at klargjøringsplikten kan bidra til å sikre riktige avgjørelser. I tilfeller der retten vil bygge på et faktisk grunnlag som partene ikke har vært oppmerksomme på, og dermed ikke uttalt seg om, må retten, i henhold til § 11-1 tredje ledd, veilede om det jf. § 11-5. Parten må i samsvar med § 11-2 påberope grunnlaget.

Kjennelsen i Rt. 1963 side 996 gir et eksempel på manglende klargjøring. Saken gjaldt kjøpers erstatning for varmgang i motoren på en fiskebåt. Lagmannsretten hadde lagt til grunn av varmgangen skyldes at propellakslingen hadde forskjøvet seg ved en grunnstøting, på grunn av manglende støtteklosser foran motoren. Denne angivelige mangelen var ikke påberopt til støtte for motorfeilen. Kjøperen hadde kun påberopt at propellakslingen var for kort. Førstvoterende uttaler på side 999 at ”når lagmannsretten ville trekke frem en ikke påberopt feil, hadde den etter § 86 annet ledd plikt til å sørge for at partenes anførsler om forholdet ble så klare og fullstendige som mulig.” Dette ledet til at lagmannsretten skulle ha tatt opp spørsmålet for å få klarlagt om parten ville påberope seg manglende støtteklosser foran motoren. Motparten ville da ha fått anledning til å fremkomme med sine anførsler om forholdet, og eventuelt å begjære saken utsatt til innhenting av nye opplysninger og bevis. Lagmannsretten gav kjøperen delvis medhold på bakgrunn av en anførsel som ikke var klarlagt. På bakgrunn av det pliktet lagmannsretten å veilede om forholdet og sørge for kontradiksjon. Høyesterett opphevet lagmannsrettens avgjørelse ettersom manglende støtteklosser foran motoren ikke hadde vært gjenstand for kontradiksjon mellom partene.<sup>128</sup>

Klargjøringsplikten og rettens adgang til materiell veiledning kan bidra til at det blir samsvar mellom det retten ønsker å legge til grunn, for å sikre et riktig resultat, og

---

<sup>126</sup> Skoghøy (2010) s. 519

<sup>127</sup> Hov (2010), Rettergang II s. 1047

<sup>128</sup> Robberstad (2009) s. 277

de forhold partene påberoper til støtte for sine påstander. Bakgrunnen kan være at retten har sett at det er faktiske forhold som får betydning for rettsanvendelsen parten har påberopt, men som parten ikke har sett eller evnet å få frem.<sup>129</sup> Videre kan dommerens klargjøring avdekke at partene ikke har vært oppmerksom på rettsregler som retten mener er relevante. Da må retten vurdere om den skal gi veiledning etter fjerde ledd.<sup>130</sup> Dette gjelder også der retten oppdager faktiske spørsmål som en part ikke har berørt, men som retten mener kan ha betydning for saken. Dersom veiledningen unnlates, vil dommeren måtte avsi en dom på det grunnlaget som kommer frem i saken, og ikke på det grunnlaget som kanskje passer best for tilfellet mellom partene.<sup>131</sup>

Dette viser at klargjøringsplikten etter § 11-5 tredje ledd også er en vesentlig bestemmelse i forkant av veiledning om materielle spørsmål, jf. fjerde ledd. Når retten søker å bringe klarhet og orden i partenes argumentasjon, vil derfor spørsmål om ytterligere materiell veiledning lett kunne melde seg.<sup>132</sup> Retten kan for eksempel avdekke et misforhold mellom det parten ønsker å oppnå og det parten argumenterer for, eller retten avdekker et faktisk grunnlag som parten ikke har påberopt, men som gir støtte for den påstand parten har nedlagt.

Dermed kan resultatet av klargjøringen være at retten har materiale for å bygge på en omstendighet som ikke er påberopt av parten som den er til fordel for. Og videre, at det ikke foreligger noen grunn til å tro at parten ikke ønsker omstendigheten lagt til grunn. Et eksempel kan være den rettighetshaver som lar være å påberope seg hevd, og som har hørt at rettigheter over fast eiendom kan erverves ved "alders tids" bruk, men anser sin vel tyveårige utøvelse som uten betydning for spørsmålet.<sup>133</sup> For slike tilfeller melder det seg et spørsmål om retten kan veilede om betydningen av en ikke påberopt omstendighet, og dermed gi parten anledning til å påberope den gjennom fjerde ledd.

Når retten utøver sin plikt til klargjøring av partenes prosesshandlinger, kan det samtidig bli utført materiell veiledning fra rettens side. Grensen mellom klargjøring av

---

<sup>129</sup> Schei mfl. s. 490

<sup>130</sup> Schei mfl. s. 533

<sup>131</sup> Robberstad (2009) s. 277

<sup>132</sup> Hov (2010), Innføring i prosess 2 s. 747

<sup>133</sup> Aasland (1967) s. 172-173



partenes prosesshandlinger og den rene materielle veiledning, jf. fjerde ledd, er dermed flytende.<sup>134</sup>

## **7 Materielle veiledning etter § 11-5 fjerde og femte ledd**

### **7.1 Innledning**

Fjerde og femte ledd omhandler den egentlige materielle veiledningen,<sup>135</sup> og står i kontrast til den prosessuelle veiledningen. Hovedhensynet er at veiledningen skal fremme et riktig resultat, jf. annet ledd. Veiledningen kan omhandle partens påstandsgrunnlag, påstander eller krav. Etter femte ledd kan retten oppfordre en part til å tilby bevis. Fjerde ledd står i kontrast til tredje ledd, ved at retten har en adgang til å veilede om faktiske og rettslige spørsmål som en part ikke har påberopt til støtte for sin sak. I veiledningen ligger det en forutsetning om at retten finner at spørsmålene kan tenkes å ha betydning for saken. Imidlertid kan den prosessuelle preklusjonsregelen begrense veiledningens omfang etter endt saksforberedelse.<sup>136</sup>

Ved veiledning etter fjerde og femte ledd er det flere hensyn som tilsier tilbakeholdenhet fra domstolene. Hensynet til rettens nøytralitet og objektivitet er et viktig argument mot omfattende materielle veiledning til partene. Tvistemålsutvalget er av den oppfatning at retten til materielle veiledning, er ”en rett som bør utøves med forsiktighet.” Noe annet vil lett komme i strid med hensynet til at retten skal fremstå som en nøytral konfliktløser.<sup>137</sup> Dette illustrerer hvor viktig det er for dommeren å vurdere behovet for veiledning, opp mot konsekvensene overfor motparten. Det må foretas en helhetsvurdering av om veiledning er på sin plass.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Skoghøy (2001) s. 715

<sup>135</sup> Thorheim og Austbø (2007), Tvistelovsbrev nr. 12b

<sup>136</sup> Jf. punkt 7.2.1.1

<sup>137</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

<sup>138</sup> Jf. punkt 7.2.3

## 7.2 Fjerde ledd

### 7.2.1 Hva er materiell veiledning

Under tvistemålsloven forelå det etter hvert en akseptert oppfatning om at retten hadde adgang til å drive materiell veiledning.<sup>139</sup> Denne adgangen ble dels forankret i tvistemålsloven § 86 annet ledd, og dels oppstilt gjennom praksis og teori. Tvisteloven § 11-5 viderefører rettens adgang til materiell veiledning, men adgangen til veiledning er uttalt mer eksplisitt.<sup>140</sup> Bestemmelsen lyder:

**”(4) Retten kan oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken.”**

Fjerde ledd lovfester dommerens adgang til å drive materiell veiledning til partene. Av ordlyden går det klart frem at retten ”kan” oppfordre en part. Retten har, i tråd med den eldre reguleringen, en fakultativ adgang eller en rett til å drive materiell veiledning. Dette er direkte hjemlet i fjerde ledd.

Tvisteloven § 11-5 annet ledd gir klart uttrykk for hensikten med den materielle veiledningen. Denne ”skal” bidra til at tvisten får en riktig avgjørelse, og fjerde ledd representerer kjernen i denne veiledningen.<sup>141</sup> Veiledningsplikten i annet og fjerde ledd må dermed tolkes.<sup>142</sup>

Utgangspunktet er at det er opp til partene å finne frem til krav, anførsler og bevis, jf. tvisteloven § 11-2 annet ledd. Dette er et utslag av forhandlingsprinsippet og arbeidsdelingen som ligger til grunn ved domstolsbehandling. Videre er det partene som bestemmer over kravet og hvordan dette presenteres for retten, jf. § 11-2 første ledd.

Disposisjonsprinsippet, jf. § 11-2 første ledd, oppstiller en klar ramme for rettens avgjørelsesgrunnlag. Retten kan ikke bygge på et annet påstandsgrunnlag enn det partene har påberopt. Hensynet til et riktig resultat, medfører at retten skal legge til grunn et faktum som er i samsvar med det som faktisk har skjedd.<sup>143</sup> Dette begrenses av

---

<sup>139</sup> Skoghøy (2001) s. 713

<sup>140</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>141</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406, Bårdsen og Nordèn, (2008) s. 35

<sup>142</sup> Jf. punkt 7.2.2

<sup>143</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172

partenes sannhets- og opplysningsplikt for domstolen etter § 21-4. Imidlertid ville det være urimelig dersom manglende påberopelse av et faktum alltid skulle lede til rettstap.<sup>144</sup> Ettersom prosessen i stor grad er partsstyrt, og retten er bundet av partenes prosesshandlinger, vil dommerens streben etter et riktig resultat i visse tilfeller nødvendiggjøre og skape et behov for materiell veiledning.<sup>145</sup> Der det oppstår et behov kan retten gjøre partene oppmerksomme på relevante faktiske omstendigheter de ikke har påberopt, slik at forholdet kan bli tatt inn i saken. Retten skaffer seg dermed kompetanse til å treffe en riktig avgjørelse.<sup>146</sup> Materiell veiledning er dermed et virkemiddel for å utvide rammene som er satt gjennom partenes disposisjoner, og bygger bro mellom disposisjonene og ønsket om en materielt riktig dom.<sup>147</sup>

Dette leder til at veiledning om forhold som ikke er tatt inn i saken egentlig bryter med de prinsipper som ligger til grunn. Mot dette mener jeg at materiell veiledning til partene, i seg selv er et grunnleggende prinsipp i vår rettergangsordning. Dette underbygges av den klare utformingen tvisteloven har gitt reglene om materiell veiledning, og det særlige behov som oppstår der en part er selvprosederende.

Reglene i tvisteloven § 11-2 første ledd kan medføre at retten må bygge på et galt faktum. Der dommeren ikke griper inn, kan avgjørelsen bli materielt uriktig mellom partene. Materiell veiledning kan dermed redusere risikoen for feilaktige dommer.<sup>148</sup>

Retten kan oppfordre en part til å ta standpunkt til ”faktiske og rettslige spørsmål”. Det fremgår ikke klart av ordlyden at dette gjelder spørsmål som partene ikke har påberopt. Men, sett i sammenheng med klargjøringspliktens omfang, er dette den klare hensikten med veiledning etter fjerde ledd. Retten har en adgang til å undersøke om partene har vurdert å ta inn andre relevante grunnlag eller innsigelser, om fakta eller juss, som kan være av betydning for saken. I forarbeidene fremgår det at dersom det aktuelle påstandsgrunnlaget ”ikke har blitt påberopt i underinstansen, kan det bare bli tillagt vekt dersom saken blir anket og det blir påberopt i ankeinstansen. Rettskraftreglene vil nemlig være til hinder for at det kan reises ny sak om det samme

---

<sup>144</sup> Skoghøy (2001) s.713

<sup>145</sup> Mæland (2009) s. 153

<sup>146</sup> Robberstad (2009) s. 271

<sup>147</sup> Robberstad (2009) s. 168

<sup>148</sup> Robberstad (2009) s. 168, Aasland (1967) s. 174

kravet med et nytt påstandsgrunnlag,(...) Behovet for veiledning må ses i lys av ønsket om en effektiv rettspleie ved å unngå unødige ankesaker og ønsket om å unngå rettstap for en part fordi adgangen til å reise ny sak er avskåret. I dette perspektiv er det sterkere grunner som taler for veiledning om påstandsgrunnlag enn om krav og til dels påstander.”<sup>149</sup> Dette tilsier at veiledningen i større grad kan omfatte nye påstandsgrunnlag enn krav og påstander.

”Å oppfordre” er synonymt med å be eller tilskynde.<sup>150</sup> Etter ordlyden kan dommeren be partene ta stilling til nye krav, påstander eller påstandsgrunnlag. Retten kan også be partene vurdere omfanget av en rettsregel de ikke har påberopt. Oppfordringen fra retten kan arte seg på flere måter. Dommeren kan oppfordre gjennom direkte spørsmål, for eksempel, ”har motparten vurdert om fordringen kan være foreldet” eller om ”motparten har undersøkt om det foreligger alternative ansvarsgrunnlag”. Dommeren kan også henvende seg til parten på en mer indirekte måte, ved å gi uttrykk for sitt generelle syn og innta en mer belærende rolle om de alternative grunnlagene.

Under reguleringen av materiell veiledning etter tvistemålsloven, gir litteraturen anvisning om en direkte fremgangsmåte. Retten kan ”gjøre partene oppmerksomme på relevante faktiske omstendigheter som de ikke har påberopt, og spørre om de ønsker å påberope disse omstendighetene.”<sup>151</sup> Synspunktet får støtte i proposisjonen. Der fremgår det at når retten ut fra det faktumet som partene har beskrevet, ser at andre påstandsgrunnlag synes nærliggende, så bør retten ”spørre” om vedkommende påstandsgrunnlag påberopes.<sup>152</sup> Det kan fortsatt legges til grunn direkte spørsmålsstilling om partenes påstandsgrunnlag, for eksempel om parten ønsker å påberope seg tyveårs bruk i god tro som grunnlag i en sak om eiendomsrett. Videre kan et eksempel være der en part kun har bygget på objektivt ansvar i en erstatningssak og dommeren mener at forholdet gir grunnlag for skyldansvar. I tilfellet har retten en adgang til å gjøre partene oppmerksomme på det alternative grunnlaget og dernest gi

---

<sup>149</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 172

<sup>150</sup> [www.ordnett.no](http://www.ordnett.no), søkeord: oppfordre

<sup>151</sup> Skoghøy (2001) s. 713

<sup>152</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407

uttrykk for hvilke rettsregler og hvilke faktiske forhold som dommeren anser som relevante for et eventuelt skyldansvar.<sup>153</sup>

Som nevnt la tvistemålsutvalgets utredning til grunn en mer forsiktig fremgangsmåte, med større hensyn til at retten må fremstå som en nøytral konfliktløser. Der retten griper inn og foreslår at parten påberoper seg et rettslig grunnlag eller reiser spørsmål om det, vil motparten kunne oppfatte slik innblanding som om retten ønsker et resultat i en bestemt retning.<sup>154</sup> Utvalget legger likevel til grunn at retten, overfor partene ”kan reise spørsmål om de bør påberope seg andre anførsler eller bevis enn de som er brakt frem i saken.”<sup>155</sup>

For å oppnå formålet med veiledningen må parten kunne ta et ”standpunkt” til det som dommeren veileder om. På bakgrunn av veiledningen må parten gjøre seg opp en mening om å foreta endringer, eller påberope seg nye påstandsgrunnlag eller anførsler, i saken. Ordlyden tilsier at rettens spørsmålsstilling må være såpass tydelig at parten forstår hva dommeren mener og hvor han vil med veiledningen. Dommerens grad av involvering og tydelighet vil dermed variere, særlig der parten er representert av en erfaren advokat eller er selvprosederende. Dersom dommeren oppfatter at en part, eller prosessfullmektig, ikke kan ivareta sine interesser, må veiledningen gis et omfang som gjør at parten evner å ta et konkret standpunkt. Der parten ikke evner å forstå hvor retten vil med veiledningen, må dommeren søke å omformulere seg. I slike tilfeller må det vies særlig oppmerksomhet til den oppfatning motparten kan få av slik inngående veiledning. Hensynet til rettens upartiskhet, jf. syvende ledd, vil derfor sette en grense for hvor tydelig dommeren kan veilede, uten å gi råd.

Der en selvprosederende part ikke forstår hensikten med veiledningen, finnes det som nevnt en sikkerhet i at retten kan pålegge en part å la seg representere av en prosessfullmektig, jf. tvisteloven § 3-2, og at dommeren kan utsette saken, jf. tvisteloven § 16-4 første ledd.

”Som synes å være av betydning for saken” angir en nedre begrensning i de forhold retten kan veilede om. Det er opp til dommeren i den konkrete sak å avgjøre om det foreligger et forhold som synes å være av betydning. Det bør ikke veiledes om

---

<sup>153</sup> Hov (2010), Rettergang II s. 1063

<sup>154</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

<sup>155</sup> NOU 2001: 32 A s. 139

forhold som ikke er av stor betydning. Således vil mindre betydningsfulle forhold, som muligheten til å få tilkjent saksomkostninger, ikke bli gjenstand for like omfattende veiledning som forhold som kan forhindre rettstap.<sup>156</sup> Der retten tar feil, vil det kun unntaksvis bli ansett som en saksbehandlingsfeil.

Det kan stilles spørsmål om hva som omfattes av ordet "saken". Er saken den tvist som domstolen får seg forelagt, eller gjenspeiler saken den reelle tvisten mellom partene, uavhengig av deres mangelfulle disposisjoner. Formålet med veiledningen, og hensynet til at retten skal treffe materielt riktige avgjørelser, tilsier at "saken" på denne måten skal tolkes utvidende.

Resultatet av veiledningen kan være at parten påberoper seg nye påstandsgrunnlag eller tilbyr nye bevis.<sup>157</sup> Kravet til kontradiksjon medfører at motparten har et krav på å imøtegå de nye anførselene. Et slikt krav kan medføre at saken må utsettes dersom motparten ikke kan imøtegå en slik anførsel uten for mye arbeid. Unnløstelse kan føre til opphevelse av dommen, jf. Rt. 1963 side 996.

Retten veiledning til partene må være riktig. Dersom veiledning er feil og en part lider rettstap, vil avgjørelsen være beheftet med saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse av dommen, jf. tvisteloven §§ 29-3 og 29-21.

#### 7.2.1.1 Prosessuell preklusjon etter § 9-16

Retten adgang til materiell veiledning etter fjerde og femte ledd må ses i sammenheng med avskjæringen av nye prosesshandlinger etter tvisteloven § 9-16. Preklusjonsregelen begrenser partenes adgang til å endre tvistens karakter etter endt saksforberedelse. Bestemmelsen medfører at en part ikke kan fremsette nye krav, nye påstandsgrunnlag, utvide påstanden, eller tilbyr nye bevis, dersom motparten protesterer. Unntaket er dersom det skjer før hovedforhandling og skyldes motpartens sluttinnlegg. Dette får en særlig side til retten adgang til å veilede om forhold som medfører en endring i partenes prosesshandlinger. For at endringen skal kunne foretas under hovedforhandlingen må retten tillate slik endring.

Første ledd annet punktum bokstav a til c, gir anvisning på alternative vilkår for når slik endring skal tillates. For materiell veiledning til partene er alternativet i bokstav

---

<sup>156</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>157</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

a) mest aktuelt, ved at parten ikke kan bebreides for at endringen ikke er foretatt tidligere, og det vil være urimelig å nekte endringen. Hensynene som taler for at retten bør veilede etter tvisteloven § 11-5 fjerde ledd, får også betydning for rimelighetsvurderingen av om endring bør tillates.<sup>158</sup> Dette kan være tilfellet for en selvprosederende part. Rettskraftreglene tilsier at terskelen for endring i påstandsgrunnlag er lavere enn for fremsettelse av nye krav. For en part representert ved advokat skal det mye til for at nektelse vil være urimelig. Dersom motparten ikke protesterer vil endringene imidlertid kunne foretas.<sup>159</sup> Der det er klart at endring av partenes krav, påstander, påstandsgrunnlag, eller bevis ikke kan føre frem på grunn av preklusjonsregelen, vil det ikke være nødvendig å veilede om forholdet.

### 7.2.2 Har retten en plikt til å veilede

Retten adgang til veiledning etter fjerde ledd er en språklig motsetning til den generelle plikten til veiledning oppstilt i annet ledd. Spørsmålet er om fjerde ledd kun er en fakultativ adgang, eller om bestemmelsen skal tolkes mer i retning av en plikt for retten til å veilede etter annet ledd.

Som nevnt gir annet ledd klart uttrykk for at retten har en plikt til å veilede. Tvistemålsutvalgets lovutkast inneholdt ikke en bestemmelse tilsvarende lovens annet ledd. Omformuleringen skyldes at departementet ville fremheve hovedformålet, at retten skal sikre riktige avgjørelser. Retten tilsynelatende selvstendige plikt til å sikre en riktig avgjørelse etter annet ledd, strider mot disposisjonsprinsippet. Annet ledd må derfor forstås i lys av tredje til syvende ledd.<sup>160</sup> Et slikt syn medfører at ”kan” i fjerde ledd begrenser den generelle plikten oppstilt i annet ledd.

Dersom bestemmelsen leses med tyngde på ”skal” i annet ledd, vil ordlyden tilsi at det foreligger en plikt til veiledning, men kun så lenge den ytes innenfor grensene i syvende ledd. Men, retten pålegges ikke med dette en selvstendig plikt til å undersøke hvorvidt det foreligger alternative grunnlag som kan gi en part medhold. Da vil retten tre ut av sin rolle som nøytral konfliktløser, og følgelig overta som prosessfullmektig for parten. Dette kan lede til at det skal ytes veiledning der retten blir oppmerksom på

---

<sup>158</sup> Schei mfl. s. 532

<sup>159</sup> Schei mfl. s. 454

<sup>160</sup> Bårdsen og Nordèn (2008) s. 35

alternative grunnlag som kan tenkes å føre frem, og som retten antar at parten ville tatt inn i saken dersom han var klar over dem. Særlig gjelder dette dersom unnlattelse vil lede til rettstap for parten.

I proposisjonen gir departementet uttrykk for at de ikke ønsker å lovfeste en generell regel om rettens plikt til materiell veiledning. Når en part som møter med advokat overser et relevant påstandsgrunnlag, vil det ofte være slik at retten heller ikke ser dette. Av hensyn til en effektiv saksavvikling, fremhever departementet at det bør være opp til dommerens eget skjønn hvor nøye vedkommende vil tenke igjennom saken, for å avdekke alternative påstandsgrunnlag. Departementet hevder at å lovfeste en regel som påvirker dommeren til å se flest mulige sider av en sak har lite for seg.<sup>161</sup> Dette er rimelig med hensyn til at behovet for veiledning kan være svært varierende.

Departementet finner imidlertid ”grunn til å presisere at det er en fordel at dette[veiledning] skjer.” I tråd med ordlyden i § 11-5, gir også forarbeidene uttrykk for et noe uklart standpunkt ved spørsmålet om det også foreligger en plikt. Det gis uttrykk for at tvisteloven vil føre til at rettens materielle veiledning får større omfang enn den eldre reguleringen, ved ”å innsnevre skrankene for retten til å gi veiledning og en utvidelse av dens plikt til å gjøre det,(...).”<sup>162</sup> En side av dette er innføringen av småkravsprosessen.<sup>163</sup> Denne uttalelsen harmonerer imidlertid ikke med det som legges til grunn andre steder, nemlig at reglene om veiledning ikke tar særlig sikte på å endre rettsoppfatningen under tvistemålsloven, der det kun for særlige unntakstilfeller ble ansett som en plikt å veilede.<sup>164</sup>

Hov omtaler kort at det, på bakgrunn av annet ledd, foreligger en plikt til å drive materiell veiledning, således at ”skal” i annet ledd ikke begrenses av fjerde ledd. Utgangspunktet er fortsatt at det er partene som har hovedansvaret for å legge frem saken.<sup>165</sup> Selv om Hov legger en aktivitetsplikt til grunn, vil innholdet i denne plikten variere fra sak til sak, og dommeren vil neppe ha noen stor aktivitetsplikt i dispositive

---

<sup>161</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>162</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>163</sup> Se punkt 8

<sup>164</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>165</sup> Hov 2010, Rettergang II s. 1063



saker. Robberstad legger også en pliktforståelse til grunn, men begrenser seg til å poengtere at ordlyden er ulogisk.<sup>166</sup>

Schei mfl. hevder det motsatte. Retten har som hovedregel ”en adgang- men ikke plikt- til å gi materiell veiledning.”<sup>167</sup> Dermed gis det uttrykk for det syn som også hersket under tvistemålsloven, der det vil bero på rettens skjønn om, og i hvilken grad, adgangen skal brukes. Han forbeholder imidlertid en plikt for de særlige unntakstilfeller, og viser til tvistemålsutvalgets utredning.<sup>168</sup>

Lovforarbeidene, med oppslutning i praksis og teori, tilsier at det kun er rent unntaksvis at retten kan ha en plikt til å gjøre en part oppmerksom på et annet påstandsgrunnlag. Dette gjelder der saken har særlig stor betydning for parten, påstandsgrunnlaget er klart relevant, og det vil medføre rettstap dersom parten ikke får påberopt grunnlaget.<sup>169</sup> Dersom veiledning unnlates, vil det foreligge en saksbehandlingsfeil. Forarbeidene og teorien viser til Rt.1950 side 981 som gjaldt rett til bolig.<sup>170</sup> Det legges derfor til grunn at det fortsatt kun er for særlige unntakstilfeller, der sterke velferdsgrunner gjør seg gjeldende, at det kan oppstilles en plikt for dommeren til å drive materiell veiledning, ved å bidra til å fremskaffe det faktiske grunnlaget for sine avgjørelser.<sup>171</sup>

Samlet leder dette til at ordlyden, tolket i medhold av forarbeider, praksis, og teori, taler i retning av at det ikke foreligger en selvstendig plikt til veiledning etter fjerde og femte ledd. Klare hensyn til blant annet kravet om en effektiv prosess, forhandlingsprinsippet og partenes autonomi i saken, tilsier også at domstolen ikke plikter å gi materiell veiledning. En adgang åpner for en mer smidig prosess, der veiledningen tilpasses den enkelte sak, og til det som dommeren til enhver tid anser som et konkret behov for veiledning. På bakgrunn av dette må § 11-5 leses slik atplikten etter annet ledd, er modifisert etter fjerde og femte ledd.

---

<sup>166</sup> Robberstad (2009) s. 169

<sup>167</sup> Schei mfl. s. 533

<sup>168</sup> Schei mfl. s. 535

<sup>169</sup> Schei mfl. s. 535, NOU 2001:32 B s. 709, Skoghøy (2001) s. 714

<sup>170</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>171</sup> Bårdsen og Nordèn (2008) s. 36

### 7.2.3 Rettens veiledning beror på en helhetsvurdering

Dommeren må foreta en helhetsvurdering av om det er på sin plass å gripe inn med veiledning til partene. Helhetsvurderingen er skjønnsmessig og beror på de konkrete omstendigheter i hver sak. Vurderingen forutsetter at dommeren ser alternative grunnlag eller krav som kan tenkes å føre frem. I dette ligger et rom for betydelige individuelle forskjeller hos den som administrerer saken. Det kan være store forskjeller mellom en nyutdannet jurist som tiltrer en dommerfullmektigstilling og en lagrettsdommer med mange års erfaring. Forarbeidene har ikke kommentert denne potensielle vilkårligheten ved spørsmålet om veiledningens adgang og omfang. Særlig ettersom det foreligger en adgang, og ikke plikt, vil den enkelte dommers undersøkende rolle i saken variere.

Domstolens krav til nøytralitet er avgjørende for om dommeren vil benytte seg av adgangen til materiell veiledning. Tilfeller der dommeren, uten å krenke kravet til upartiskhet, kan forhindre rettstap og dermed fremme en materielt riktig avgjørelse, tilsier at det ytes veiledning.

Et viktig moment i vurderingen er hvorvidt det fremstår som rimelig å veilede, eller om den aktuelle anførsel påberopes.<sup>172</sup> Rimeligheten må vurderes i forhold til begge parter. I tvistemålsutvalgets utkast foreligger det et eksempel om foreldelse i en sak om betaling av gjeld, hvor den som er avkrevd betaling er bistått av advokat. Det fremgår at det sjelden vil "være aktuelt for retten å reise spørsmål om han bør påberope seg foreldelse hvor dette ikke er anført som innsigelse mot kravet."<sup>173</sup> Slik veiledning kan være urimelig selv om det er sannsynlig at innsigelsen om foreldelse vil føre frem. Overfor motparten består urimeligheten i at retten går utover den identifikasjon som foreligger mellom parten og prosessfullmektigen om et sentralt forhold advokaten forutsettes å kjenne. Forarbeidene fremhever at vurderingen kan stille seg annerledes for en selvprosederende part, der det er ren uvitenhet som gjør at dette ikke er anført. Dette er et vesentlig moment som taler for veiledning.

Der saken er kommet langt, bør retten vurdere om det er forsvarlig å gripe inn. Ettersom motparten må få tilstrekkelig mulighet til å imøtegå de nye forholdene kan veiledning sent i prosessen medføre en utsettelse av saken. Dommeren må derfor være

---

<sup>172</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>173</sup> NOU 2001: 32 A s. 139

mer forsiktig med å veilede.<sup>174</sup> Der veiledning blir aktuelt sent i prosessen bør retten, av hensyn til reglene om preklusjon og kravet om effektivitet, holde seg til de fremsatte prosesshandlinger. Men, dersom veiledningen gjelder sentrale forhold som får betydning for avgjørelsen, tilsier hensynet til et riktig resultat at sakens stadium ikke er et avgjørende moment imot veiledning.

Sakens art og betydning for parten fremheves som sentrale momenter i vurderingen om det er nødvendig å gripe inn med veiledning.<sup>175</sup> Der en sak er av stor betydning for parten, vil veiledningen få større omfang enn i ubetydelige saker.<sup>176</sup> I særlige unntakstilfeller vil også dommeren ha en plikt til å veilede. Dommeren må imidlertid ikke miste av synet at selv en verdimessig ubetydelig sak, kan være særdeles betydningsfull for parten.<sup>177</sup>

Dersom forholdet det tenkes å veiledes om er klart relevant for saken, tilsier det at veiledning kan være på sin plass.<sup>178</sup> Retten bør være mer tilbakeholden med veiledning der det er usikkert om et påstandsgrunnlag kan anføres, enn hvor dette fremtrer som klart.<sup>179</sup>

Der det foreligger et stort gap mellom det parten har påberopt og det forholdet retten vil veilede om, tilsier det at retten må være mer forsiktig i sin veiledning.<sup>180</sup> I slike tilfeller vil det i større grad fremstå som om dommeren gir råd. Retten burde derfor søke å støtte veiledningen til det som partene har tatt inn i saken.

#### 7.2.4 Den materielle veiledningens omfang

Veiledningen må gis et omfang slik at dommeren får et tilstrekkelig avgjørelsesgrunnlag for å treffe en riktig avgjørelse. Det legges til grunn at materiell veiledning får sitt hovednedslagsfelt overfor selvprosederende parter, selv om adgangen ikke er begrenset til det.<sup>181</sup>

---

<sup>174</sup> NOU 2001: 32 A s. 139

<sup>175</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>176</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>177</sup> Aasland (1967) s. 180

<sup>178</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>179</sup> Schei mfl. s. 535

<sup>180</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>181</sup> Schei mfl. s. 533

Tvisteloven § 11-5 syvende ledd oppstiller en klar grense for hvor langt veiledningen kan gå. Det er viktig at retten ikke engasjerer seg til fordel for en part slik at tilliten til rettens upartiskhet svekkes. Dermed er det avgjørende hvilken form som nyttes ved veiledningen.<sup>182</sup> Retten bør gi en generell og nøytral beskrivelse av rettsreglene og burde nøye seg med å spørre om partenes syn på reglene og om påstandsgrunnlaget påberopes.<sup>183</sup>

Departementet legger til grunn et syn som tilsier at denne begrensningen ikke får like stor betydning som ordlyden skulle tilsi. Det går frem i proposisjonen at kravet til upartiskhet etter syvende ledd, ikke ”anses til hinder for at retten, når den ser det som nødvendig for å bli forstått, kan gi nokså klart uttrykk for hva som vil bli utfallet av saken som følge av å påberope et påstandsgrunnlag bevisføringen synes å gi grunnlag for.”<sup>184</sup> Departementet gir dermed anvisning på en bred veiledning. For tilfeller der det vil være vanskelig å unngå at retten oppfattes å gi råd til den ene parten om hva som bør påberopes går imidlertid proposisjonen enda lenger. ”Dersom parten ikke synes å forstå poenget med veiledningen, bør retten mer direkte kunne si at påberopelse av et angitt påstandsgrunnlag trolig eller sikkert vil utløse en angitt rettsregel, at det vil gi et resultat helt eller delvis i samsvar med påstanden, og at mye derfor taler for at det vil samsvare med partens interesser å påberope seg påstandsgrunnlaget.”<sup>185</sup> I teorien blir dette synspunktet ansett som uforenelig med begrensningen i syvende ledd.<sup>186</sup> Dette er jeg enig i.

Rettens veiledning må ikke bli så omfattende at den går utover rettens plikt til å sørge for at saksbehandlingen konsentreres om det vesentlige, jf. tvisteloven § 9-13 annet ledd. Videre må partene ikke bli ledet til å påføre saken unødige ekstraarbeid, som vil øke kostnadene og forlenge saksbehandlingstiden.<sup>187</sup>

---

<sup>182</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>183</sup> Schei mfl. s. 535

<sup>184</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173

<sup>185</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407

<sup>186</sup> Schei mfl. s. 538, Bårdsen og Nordén (2008) s. 36

<sup>187</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 406

## 7.3 Femte ledd

### 7.3.1 Retten kan oppfordre en part å tilby bevis

Retten kan ta selvstendig initiativ til bevisføring hvis den finner at saken er mangelfullt opplyst.<sup>188</sup> Begrunnelsen er at det kan bidra til å fremme riktige avgjørelser, jf. annet ledd. Femte ledd lyder:

**”(5) Retten kan oppfordre en part til å tilby bevis.”**

Femte ledd er, sammen med fjerde ledd, ansett som kjernen i materiell veiledning.<sup>189</sup> Regelen i femte ledd kan ses i sammenheng med rettens adgang til å innhente bevis etter tvisteloven § 21-3 annet ledd annet punktum, jf. § 11-2 annet ledd. Regelen i femte ledd er dermed et unntak fra den klare hovedregel i § 11-2, om at det er partene som har hovedansvaret for å sørge for bevisføring. Proposisjonen gir uttrykk for at bestemmelsen bør forbeholdes de tilfeller der det er nærliggende at et bevis kan få avgjørende betydning for utfallet i saken.<sup>190</sup> Således legger forarbeidene til grunn en nødvendighetsvurdering. Dersom føring av beviset vil få store følger, vil retten kunne oppfordre til slik bevisførsel. I proposisjonen fremheves det videre at rettens oppfordring til å tilby bevis, kan oppfattes som et forhåndsstandpunkt i saken. Dette viser seg ved at retten finner det vanskelig å legge til grunn et påberopt faktum ut i fra bevissituasjonen, og ber derfor om ytterligere bevis. Dommeren vil skape et inntrykk av at saken ikke fører frem, dersom det ikke innhentes ytterligere bevis til støtte for påstanden. En slik forespørsel kan svekke tilliten til rettens upartiskhet. Dette motvirkes av at en oppfordring til å skaffe ytterligere bevis, vil virke til fordel for vedkommende part.<sup>191</sup>

Retten bør også be om partenes standpunkter når den ser det som nærliggende at det kan utledes noe annet av de førte bevisene, enn det partene har anført. Dette styrker hensynet til kontradiksjon ved at det unngås at retten vurderer bevisene på en måte som

---

<sup>188</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

<sup>189</sup> Ot.prp .nr. 51 (2004–2005) s. 406

<sup>190</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407

<sup>191</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407

oppfattes som overraskende, og partene får mulighet til å underbygge en annen forståelse av bevisene.<sup>192</sup>

I Rt. 1963 side 996 monteringsfeil, ble forholdet mellom bevis og kontradiksjon behandlet av Høyesterett. Saksøker anførte at propellakslingen i en havfiskebåt var kappet for kort og at det forelå ”monteringsfeil”. Lagmannsretten fant ikke dette bevist, og bygde på at det manglet støtteklosser foran motoren. Ettersom søksmålsgrunnlaget var feil i monteringen, fant Høyesterett at lagmannsretten hadde holdt seg innenfor det faktiske grunnlaget. De enkelte feilene ble ansett som bevis som støttet oppunder det generelle grunnlaget, og det var ikke behov for at feilene måtte påberopes for at retten kunne bygge på dem. Som nevnt opphevet Høyesterett lagmannsrettens avgjørelse ettersom manglende støtteklosser foran motoren ikke hadde vært gjenstand for kontradiksjon mellom partene.<sup>193</sup> I saken ble bevisene brukt på en måte som kom overraskende på partene. Det rettferdighetskrav som tilsier at partene får uttale seg om sentrale forhold før en avgjørelse treffes, ble ikke overholdt.<sup>194</sup> Retten hadde en plikt til å varsle partene om den forståelse av bevisene som ble lagt til grunn for avgjørelsen. Ved det videre spørsmål om retten har en slik plikt til å varsle om forståelsen av bevis, vil det være avgjørende om retten tilsidesetter rimelige krav til kontradiksjon i saksbehandlingen.<sup>195</sup>

Bevisets betydning for utfallet i saken er et sentralt moment i vurderingen om partene skal oppfordres til å tilby bevis. Dommeren må vurdere hvor sterkt bevismiddelet vil styrke partens sak, før det overveies å be om at beviset frembringes. Vurderingen baseres videre på mange av de samme momenter som for adgangen til å veilede etter fjerde ledd.<sup>196</sup> Se punkt 7.2.3.

Dersom partene ikke motsetter seg det, har retten har en selvstendig mulighet til å innhente bevis, selv i dispositive saker, jf. tvisteloven § 11- 2 annet ledd. Dette medfører at rettens oppfordring til partene om å fremskaffe andre bevis, ikke er like kontroversiell som rettens spørsmålsstilling etter fjerde ledd. I saker med fri rådighet vil

---

<sup>192</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 407

<sup>193</sup> Robberstad (2009) s. 277

<sup>194</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

<sup>195</sup> NOU 2001: 32 A s. 138

<sup>196</sup> NOU 2001: 32 B s. 709

det være mer naturlig at retten oppfordrer partene til å sørge for bevisføring, enn at den påtar seg en granskende rolle.<sup>197</sup>

## 8 Småkravsprosess

Rettens veiledning til partene har en side til småkravsprosessen. Småkravsprosess er et eget prosesspor for små krav, jf. tvisteloven § 10-1. For krav som involverer de helt små verdier, vil det trolig foreligge et større innslag av selvprosederende parter.<sup>198</sup> Flere velger trolig å prosedere slike saker selv, grunnet forholdet mellom tvistens verdi og kostnadene ved å la seg representere av advokat.<sup>199</sup> Dette medfører et stort behov for veiledning fra domstolen om de prosessuelle reglene, men også om de materielle spørsmålene i saken.

Det vektlegges at omfanget av behandlingen i tingretten skal tilpasses betydningen av tvisten. Tvisteloven § 10-2 annet ledd gir uttrykk for at retten gjennom kontakt med partene, og ved nødvendig veiledning etter § 11-5, skal legge særlig vekt på raskt å undersøke om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen. Småkravsprosessen legger dermed opp til en raskere og mer konsentrert behandling.<sup>200</sup> Den arbeidsbesparelsen det er lagt opp til, kan i slike tilfeller trues av det omfattende behovet for veiledning som kan oppstå. De lege lata kan en slik senking av domstolsterskelen for de helt små krav medføre en betydelig arbeidsmengde for dommeren, sett i sammenheng med den omfattende veiledningsplikten som legges til grunn. På denne måten vil de helt små sakene representere en større belastning på rettsvesenet, i strid med den opprinnelige tanken bak småkravsprosessen. Dette praktiske hensynet veier imidlertid ikke opp for den styrkingen av borgernes rettsikkerhet, som en lavere domstolsterskel representerer. Et virkemiddel for å begrense denne omfattende veiledningsplikten som oppstår, er dommerens rett til å pålegge en part å skaffe seg en prosessfullmektig der han ikke klart evner å sette frem

---

<sup>197</sup> Bårdsen og Nordén (2008) s. 36

<sup>198</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173, Schei mfl. s. 536

<sup>199</sup> NOU 2001: 32 A s. 341

<sup>200</sup> NOU 2001: 32 B s. 763

saken, jf. tvisteloven § 3-2. En plikt til å la seg representere begrenses likevel i den utstrekning kravets verdi og tvistens betydning ikke står i forhold til kostnadene ved bruk av en prosessfullmektig.<sup>201</sup> I forarbeidene går det frem at det særlig i småkravsprosess kan være grunn til å være varsom med å gi pålegg om å møte med prosessfullmektig.<sup>202</sup>

Veiledningens bredde må dermed avveies mot en effektiv behandling. Dette medfører trolig at omfanget av veiledningen ikke kan bli like omfattende, som behovet skulle tilsi.

## 9 Oppsummering

Avhandlingen viser at lovfestingen av rettens veiledningsplikt har en sentral rolle i en rettferdig, forsvarlig, effektiv, og tillitsskapende behandling av rettstvister jf. tvisteloven § 1-1 første ledd. Det fremgår at omfanget av den prosessuelle veiledningen ikke er særlig endret i forhold til praksis etter tvistemålsloven. Imidlertid legges det til grunn en mer omfattende veiledning overfor advokater, enn etter tidligere praksis. Som vist, skyldes dette i stor grad hensynet til at partene ikke skal lide unødig rettstap. En side av dette er ønsket om at retten skal treffe riktige avgjørelser. Avhandlingen viser at betydningen av et riktig resultat er grunnleggende for veiledningens omfang, og særlig gjelder dette for materiell veiledning. Lovteksten og forarbeidene viser tydelig at hensynet er gitt stor betydning. Ettersom det materielle riktige resultatet har fått en så sentral og betydningsfull rolle, kan det være hensiktsmessig å kalle det et grunnprinsipp innen rettspleien.<sup>203</sup> Idealet må være en materielt riktig og rettskraftig dom i førsteinstansen. Avhandlingen viser at den materielle veiledningen kan få et stort omfang, særlig der unnlattelse kan medføre rettstap. I praksis gir lovfestingen av reglene, sett i lys av motivene, grunn til å tro at veiledning vil skje oftere, og at veiledningen vil få et større omfang enn under tvistemålsloven.

---

<sup>201</sup> Schei mfl. s. 138

<sup>202</sup> NOU 2001: 32 A s. 371

<sup>203</sup> Jf. Robberstad s. 7



## 10 Litteraturliste

### Litteraturregister

#### Bøker:

Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam Henrik og Robert Boman *Rattgång: femte häftet*. 7. utg. Stockholm, Norstedts Jurdik, 1998.

Gomard, Bernhard og Michael Kistrup *Civilprocessen*. 6. utg. København, Forlaget Thomson, 2007.

Hov, Jo *Innføring i prosess 2*. Oslo, Papinian, 2010.

Hov, Jo *Rettergang II*. Oslo, Papinian, 2010.

Mæland, John Henry *Kort prosess: en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*. 2. rev. utg. Bergen, Justian, 2009.

Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Oslo, Fagbokforlaget, 2009.

Schei, Tore ... [et al.]. *Tvisteloven Kommentarutgave*. Bind 1. Oslo, Universitetsforlaget, 2007.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. Oslo, Universitetsforlaget, 2010.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvistemål*. 2. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2001.

#### Artikler:

Aasland, Gunnar. *Rettsens stilling til partenes anførsler i tvistemål*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 1967, S.157-200.[hentet fra lovdata 13.01.2010]

Bårdsen, Arnfinn og Dag Bugge Nordén. *På talefot med tvisteloven*. I: Jussens Venner. 2008, S. 1-90. [hentet fra lovdata 17.01.2010]

Fredriksen, Halvard Haukeland. *Tvisteloven og EØS- avtalen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 2008, S.289.

Thorheim, Karl Otto og Anne Austbø. *Tvistelovbrev nr.12b – Veiledning og aktiv saksstyring*. Domstoladministrasjonen, 2007. [hentet fra lovdata 13.01.2010]

### **Lovregister**

Norske lover:

1915 Lov om domstolene (domstoloven) av 13. august 1915 nr. 5

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

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

Utenlandske lover:

Danmark: Lov om rettens pleje (Retsplejeloven) LBK nr. 1237 af 26. oktober 2010.

Sverige: Rättegångsbalk (1942:740)

### **Domsregister**

Høyesterett:

Rt. 1950 side 981

Rt. 1963 side 996

Rt. 1983 side 1418

Rt. 1988 side 1304

Rt. 1988 side 1307

Rt. 1990 side 8

Rt. 1997 side 1744

Rt. 2000 side 121

Rt. 2008 side 1449

Rt. 2008 side 1730

Rt. 2009 side 1345

Rt. 2010 side 1483

HR-1987-479-k

Lagmannsrett:

LG-2007-133705

LB-2008-186315

LH-2010-154399

LB-2010-23364

### **Forarbeider**

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

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

### **Nettdokumenter**

Schei, Tore ... [et al.]. *Tvisteloven Kommentartutgave*. Universitetsforlagets nettutgave, [www.kommentartutgaver.no](http://www.kommentartutgaver.no) [Nettutgaven er identisk til boken. Jeg har vekselvis benyttet meg av begge utgaver]

