

**Partenes innledningsforedrag etter tvisteloven § 9-15
(2) og (3) sett i et klassisk retorisk og
prosedyreteknisk perspektiv**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 621
Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 17 573 ord

19.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for avhandlingen	1
1.2	Problemstilling	1
1.3	Omfang og avgrensning	2
1.4	Den videre fremstilling	2
<u>2</u>	<u>TEORETISK DEL</u>	<u>4</u>
2.1	Hovedpunktene i tvistemålsreformen	4
2.1.1	Muntlighetsprinsippet	5
2.2	Prinsippet om «equality of arms»	6
2.2.1	Prinsippet betydning for partenes saksfremstilling	7
2.3	Retorikk	7
2.3.1	Definisjon	7
2.3.2	Retorikkens betydning for prosessen	8
2.4	Retorikk og sakførsel – prosedyreteknikk	13
2.4.1	Introduksjon	13
2.4.2	Forsvar av advokaturen	14
2.4.3	Deduksjonen	15
2.4.3.1	Disposisjon som hjelpedokument, tvl. § 9-14 (2)	17
2.4.3.2	Dispositio - disponeringen av talen	18
2.4.3.3	Exordium - innledningen	19
2.4.3.4	Narratio - sakens fakta	20
2.4.3.5	Fordeler for saksøker ved å tale først	23

2.5	Hva styrer dommerens valg?	24
2.5.1	Bevisste og ubevisste faktorerers betydning	24
2.5.2	Fortellingens betydning	24
2.5.3	Strategiske steder – allmennstedene	25
2.5.4	Forståelsesrammer	26
2.5.5	Confirmation bias	28
2.6	En forberedt dommer = en forutinntatt dommer?	29
2.6.1	Forholdet til muntlighetsprinsippet	30
2.6.2	Forholdet til partenes stilling	30
2.6.3	Botemidler	31
3	<u>EMPIRISK DEL</u>	33
3.1	Evaluering av tvisteloven 2011/2012	33
3.1.1	Bakgrunnen for evalueringen	33
3.1.2	Skisse over evalueringsarbeidet	33
3.2	Den norske advokatforeningens høringsuttalelse	34
3.2.1	Bakgrunn	34
3.2.2	Innledningsforedrag mv, jf. § 9-15	35
3.2.3	Forslag til endringer	36
3.3	Presentasjon og slutninger fra intervjuene	37
3.3.1	Innledning	37
3.3.2	Til rettens klarlegging, tvl. § 9-15 (1)	38
3.3.2.2	Praksis	39
3.3.2.3	Forutinntatt dommer?	40
3.3.3	Til saksøktes innledningsforedrag, tvl. § 9-15 (3)	41
3.3.3.1	Bestemmelsens ordlyd	42
3.3.3.2	Praksis	44
3.3.3.3	Tidsplanens betydning	48
3.3.4	Til sakførsel og retorikk	49
3.3.4.1	Betydningen av saksfremstillingen for utfallet av saken	49
3.3.4.2	Kjennetegn ved et godt innledningsforedrag	51
3.3.4.3	Virkemidler ved fremstillingen av saken	53

3.3.4.4	Dommerens sympati	56
3.3.4.5	Forslag til tidsbesparelser	57
3.3.5	Consilium til saksøkt i lys av dagens regime	58
3.3.5.1	Fordeler for saksøkte ved å tale sist	58
3.3.5.2	Taletid	60
3.3.5.3	Saksøktes foredrag	60
<u>4</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>62</u>
4.1	Sammenfatning og konklusjon	62
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>
<u>6</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>67</u>

1 INNLEDNING

1.1 Tema for avhandlingen

Stortinget vedtok i 2005 en ny lov for behandling av sivile tvister – lov av 17. juni 2005 nr. 90 om megling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven, forkortet tvl.). Loven ble sanksjonert av Kongen 17. juni 2005, og den trådte i kraft 1. januar 2008. Tvisteloven av 2005 ble forberedt og vedtatt på rekordtid, og den avløste da lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven, tvml.).

Tema for denne avhandlingen er gangen i en hovedforhandling etter tvl. § 9-15, sett i et klassisk retorisk og prosedyreteknisk perspektiv. Avhandlingen omhandler partenes saksfremstilling (de såkalte innledningsforedragene) etter tvl. § 9-15 (2) og (3), og vil med utgangspunkt i klassisk retorikk og prosedyreteknikk, se på fordeler og ulemper ved den nå gjeldende fremgangsmåte for hovedforhandlingen. Fremstillingen vil ha et overordnet fokus på saksøktets retoriske posisjon slik den er etter § 9-15 (3), og de særlige utfordringer saksøkte står ovenfor.

1.2 Problemstilling

Etter tvistemålsloven av 1915 § 330 skulle «*saksøkeren og derefter saksøkte(...) fremstille sin sak for retten.*» Etter tvisteloven av 2005 skal saksøktets innlegg nå «*begrenses til korrigeringer og suppleringer*», jf. § 9-15 (3).

Problemstillingen for denne avhandlingen er i hvilken grad fremgangsmåten for partenes innledningsforedrag etter tvisteloven av 2005 medfører en ubalanse mellom partene med hensyn til de retoriske muligheter som foreligger til å overbevise, og hvilke særlige utfordringer man som saksøkt står ovenfor i den retoriske situasjonen prosessen skaper. Avhandlingen springer ut av en tanke om at prosessen bak en beslutning er sammensatt av

ulike elementer, og åpen for påvirkning på flere stadier.

Jeg vil på denne bakgrunn, ved siden av retorikk og prosedyreteknikk, undersøke hvordan de nye reglene i tvisteloven har fungert i de fire årene de har vært virksomme ved hjelp av brukerundersøkelser i form av dybdeintervjuer med advokater. I tillegg til å undersøke hvordan lovens formulering praktiseres, skal intervjuene gjøre rede for i hvilken grad det foreligger en ubalanse mellom partene, hvordan man som henholdsvis saksøker og saksøkt forholder seg til dagens regime, og graden av bevissthet når det gjelder retorikk blant advokater og dommere. Endelig vil jeg forsøke å vise hvordan kunnskap om «advokatur» og retorikk kan anvendes til å styrke utførelsen av den delen av advokatgjerningen som gjelder saksfremstillingen.

1.3 Omfang og avgrensning

Utenfor denne fremstillingen faller reglene om hovedforhandlingen etter rettergangsmåten i straffesaker. Videre avgrenses det mot saksbehandlingen i lagmannsretten og Høyesterett, og mot en dypere behandling av gangen i en hovedforhandling utover partenes innledningsforedrag, dvs. den øvrige bevisførsel, herunder parts- og vitneforklaringer, prosedyre, og mulighetene for replikk/duplikk. Når det gjelder et så stort emne som retorikken, begrenses behandlingen av den, foruten en kort innføring, til dens betydning for partenes saksfremstilling.

1.4 Den videre fremstilling

Oppgaven består av fire deler. Del 2 inneholder en redegjørelse for hva som er grunnlaget og bakgrunnen for intervjuene, herunder de hovedpunkter i tvistemålsreformen som har betydning for partenes innledningsforedrag. Videre følger en fremstilling av retorisk og prosedyreteknisk teori, nærmere bestemt den retoriske situasjon innledningsforedragene skaper. Dessuten søker jeg å vise de muligheter som saksøker har til å overbevise, hvorfor man ikke kan forvente at saksøker skal være objektiv, og hvorfor det ikke nødvendigvis er ønskelig.

I del 3 gir jeg en redegjørelse for den forestående evalueringen av tvisteloven, samt en presentasjon av Advokatforeningens høringsuttalelse i denne forbindelse. Herunder fremstilles de undersøkelser jeg har gjort i form av intervjuer. Avslutningsvis følger en sammenfatning av de observasjoner som er gjort underveis med hensyn til hvilke muligheter som finnes for saksøkte i lys av dagens ordning.

2 TEORETISK DEL

2.1 Hovedpunktene i tvistemålsreformen

Selv om loven av 2005 ikke innebærer noen endring av de sivilprosessuelle grunnprinsipper, og på mange områder viderefører reglene i tvistemålsloven, skal jeg her peke på to helt sentrale målsetninger bak tvistemålsreformen som har fått direkte betydning for hvordan hovedforhandlingen etter dagens ordning er lagt opp – nemlig *hurtighet* og *prosessøkonomiske besparelser*.

For å sikre en hurtig prosess, skal saksbehandlingen *konsentreres* om det sentrale og omtvistete. Videre er lovgivers intensjon at en økt grad av *proporsjonalitet* mellom tvistegjenstanden og saksbehandlingsreglene skal bidra til at saksbehandlingen tilpasses tvistens betydning.¹

På denne bakgrunn legger den nye loven opp til en langt mer dommerstyrt saksbehandling enn tidligere. Dommerens aktive rolle anses som en av de mest fremtredende endringene etter at tvisteloven trådte i kraft, og omtales som «*det sterkeste uttrykk for det kulturskiftet som tvisteloven tar sikte på*».² Et utslag av dette endrede synet på dommerens rolle er at tidligere praksis med omstendelige innledningsforedrag fra partene skulle erstattes av en innledende klarlegging fra dommeren, jf. tvl. § 9-15 (1), etterfulgt av mer konsentrerte saksfremstillinger, se § 9-15 (2) og (3).

At retten innledningsvis bringer større klarhet i påstandsgrunnlag og bevistilbud, og at partene sørger for mer konsentrerte innlegg, skal foruten tids- og kostnadsbesparelser, også bidra til økt *kvalitet*, nærmere bestemt en styrking av rettens avgjørelsesgrunnlag.

En konsekvens av dette, og som har direkte betydning for avhandlingens formål, er den fordeling av saksøkers og saksøktes saksfremstilling som partene nå er tildelt.

¹ Innst. O. nr. 110 (2004-2005) s.10

² Bårdsen/Nordén (2008) s.14

2.1.1 Muntlighetsprinsippet

Hovedforhandlingen etter tvisteloven er som hovedregel muntlig. I tvistelovens formålsparagraf heter det at «*partene [skal] på ett trinn av saken kunne redegjøre muntlig for den(...)*», jf. § 1-1 (2). I § 9-9 (1) heter det at sakens tvistegenstand avgjøres etter en muntlig hovedforhandling. Muntlighetsprinsippet kommer også til uttrykk i tvl. § 9-14 (1) hvor det heter at «*hovedforhandlingen er muntlig (...)*». At hovedforhandlingen er muntlig innebærer at parter og vitner forklarer seg muntlig for den dømmende rett.³

Det at vår prosessordning som hovedregel er muntlig gir flere utslag, blant annet at en part eller dennes prosessfullmektig ikke kan lese opp fra et allerede utferdiget manuskript. Kravet om at hovedforhandlingen skal være muntlig er imidlertid «*ikke til hinder for at part, vitne eller sakkyndig eller prosessfullmektig, fremlegger og viser til hjelpedokumenter til støtte for sin redegjørelse*» så lenge hjelpedokumentene, f.eks. en disposisjon, ikke får «*karakter av skriftlig prosedyre*», jf. § 9-14 (2), første og tredje punktum.⁴

De sentrale hensyn som antas å bli fremmet ved muntlighet i rettsprosessen er bevisumiddelbarhet, offentlighet, hurtighet, kontradiksjon, prosessledelse, effektivitet og tillit til rettspleien.⁵ Muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhet henger nært sammen. Umiddelbarhet er et av de viktigste hensyn bak muntlighet, og går ut på at bevis skal føres direkte for den dømmende rett.

At muntlighetsprinsippet gjelder i retten, innebærer at en prosedyreadvokat må ha evne til å fremstille sin klients synspunkter muntlig på en god måte, slik at domstolen får den nødvendige kjennskap til de rettslige og faktiske problemstillinger som står sentralt.

³ Hov (2009) s.125

⁴ Se punkt 2.4.3.1

⁵ Hov (2009) kap.5

2.2 Prinsippet om «equality of arms»

Det generelle krav til saksbehandlingen ved domstolene etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6 er at den skal være rettferdig. Begrepet «*fair trial*» samler mange underbegreper. Mange av disse er presisert og forklart i EMK art. 6, men det finnes også mer underliggende prinsipper knyttet til rettferdig rettergang som er forutsatt både i konvensjonsteksten og gjennom domstolens praksis. Prinsippet om «equality of arms» er det mest sentrale av disse underliggende prinsippene.⁶ Regelen er utviklet i Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis, og gjelder både for straffesaker og sivile saker.⁷ Direkte oversatt betyr «equality of arms» våpenlikhet. Norsk juridisk teori har operert med begrepet likhets- eller likestillingsprinsippet.⁸

Innholdet av prinsippet kan utledes på grunnlag av en lang rekke dommer fra EMD, og kjernen av prinsippet er sikker nok. «Equality of arms» innebærer et krav om «*a fair balance*» mellom partene.⁹ I dette kravet om «fair balance» ligger det at en part skal ha en rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten, på vilkår som ikke stiller ham vesentlig dårligere enn motparten;

«(...) each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent.»¹⁰

Hvor langt prinsippet ut over dette strekker seg, er det vanskelig å si noe om, men likhetsprinsippet innebærer i lys av EMDs praksis at partene skal ha samme stilling med hensyn til å fremføre saken, begrunne sitt syn, og til å imøtegå den annen parts argumentasjon. Om likhetsprinsippet er tilfredsstillt beror på en sammenlikning mellom

⁶ Høstmølingen (2003) s.193-194

⁷ EMD *Dombo Beheer B.V. v The Netherlands* 1993 (avsn.33)

⁸ Se bl.a. Høstmølingen (2003) s. 193-194 og Aal (2007) s.358

⁹ EMD *Yvon v. France* 2003 (avsn.31)

¹⁰ EMD *Dombo Beheer B. V v The Netherlands* 1993 (avsn.33)

partene. Har partene hatt vesentlig samme vilkår, er denne del av rettferdighetskravet oppfylt.

2.2.1 Prinsippets betydning for partenes saksfremstilling

Når reglene om partenes saksfremstilling etter tvl. § 9-15 (2) og (3) ses i lys av innholdet av prinsippet om «equality of arms», kan følgende problemstilling utledes;

I hvilken grad er tvl. § 9-15 (2) og (3) uttrykk for «a fair balance»? Nærmere bestemt; gis saksøkte, ved at innlegget skal «*begrenses til korrigeringer og suppleringer*», en rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten på vilkår som ikke stiller ham eller henne vesentlig dårligere enn saksøker?

I denne avhandlingen forstås disse vilkårene som adgang til de samme «våpnene» for å kunne overbevise. Hvorvidt saksøkte ut fra tvistelovens ordning gis adgang til de samme våpnene for å overbevise, vil bli undersøkt ut fra klassisk retorikk, prosedyreteknikk og empiriske (bruker)undersøkelser.

2.3 Retorikk

2.3.1 Definisjon

Den enkleste definisjonen på retorikk er «læren om overbevisning». Quintilian gir en mer utfyllende definisjon. Han definerer retorikk som kunsten å finne, ordne (disponere), formulere, huske og fremføre argumenter, med den hensikt å overbevise eller overtale.¹¹ Idéhistoriker Finn Eivind Jor gir følgende oppsummering av retorikken; «*kort sagt gir den retoriske kunst oss regler for hvordan bli ordenes herre, snarere enn deres trell.*»¹²

¹¹ Jor 2003 s.22

¹² *ibid.* s.8

Begrepet «retorikk» stammer fra det greske ordet «rhetor» som er en betegnelse på «en som taler offentlig». Selv om retorikken ble utviklet med tanke på den muntlige tale, kan retorikkens regler konverteres over på den skriftlige form.

I dagligtale forbindes retorikk først og fremst med påvirkning (i.e. «overtalelse»). Det er en moderne feiltolkning av retorikken. Retorikeren Georg Johannesen skal ha sagt at «*retorikk er et skjellord for folk som ikke vet hva retorikk er.*»¹³ Allerede Aristoteles minnet om at retorikk er et nøytralt redskap; «*ondskapen ligger aldri i redskapet, den finnes i intensjonene til den som benytter det.*»¹⁴

2.3.2 Retorikkens betydning for prosessen

Retorikk er et stort emne. Jeg vil i dette punkt peke på noen sider ved retorikken som får betydning for den videre fremstilling.

Det finnes tre typer retorikk, eller talesituasjoner, i henhold til Aristoteles, svarende til tre slags tilhørere: Tilhøreren må enten være en dommer om fremtiden, en dommer om fortiden, eller en ren kritiker av retorikerens dyktighet i nåtiden. Derfor er det tre typer retorikk; den deliberative, den rettslige og den epideiktiske.¹⁵ Rettsanvenderens spesielle område er således den type retorikk som søker sin tilknytning til fortiden – til gitte lover, inngåtte kontrakter og ting som har hendt. Til en viss grad er derfor rettsanvenderens arbeid historisk betinget. Dette får betydning for bruken av fortellinger som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Rettslig retorikk kan defineres i tråd med det som er sagt som læren om hvilke muligheter man har for å vinne tilslutning i juridiske spørsmål, «*enten det er snakk om hvordan en sak skal beskrives (spørsmål om bevis), karakteriseres (spørsmål om en rettsregel kommer til*

¹³ Sitert i Jor (2003) s. 24

¹⁴ *ibid.* s. 22

¹⁵ Se Hjort (2007) s.38 og Kristiansen/Nordhaug (2007) s.42–43.

anvendelse) eller bedømmes (rettsfølgene) eller det er snakk om rettsreglers innhold, eksistens eller anvendelse.»¹⁶

Fordi «*en sak er ikke bare faktum og juss, men også den overbevisning som bærer den frem*», har sakførsel og retorikk hengt sammen fra historiens morgen.¹⁷ Ordet «advokat» kommer fra det latinske *advocatus*, og betyr en «(tilkalt) talsmann». Denne forståelsen peker på to sider; for det første betegner ordet en som var flinkere til å tale enn parten (siktede eller saksøker/saksøkte) var selv, både med hensyn til lovkyndighet og veltalenhet.¹⁸ For det annet understrekes det at saken ikke advokatens, men klientens.¹⁹

Det verktøy som juristen arbeider med er språket. Både faktum og jus må uttrykkes i ord. Den svenske professoren Erik Anners skriver i «Den europeiske rettens historie» at «*jussen er (...) samfunnslivets teknikk, juristene er samfunnslivets ingeniører og deres verktøy er ordet – både skriftlig og muntlig.*»²⁰ J.B. Hjort skriver at «*kjennskap til norsk er like viktig som kjennskap til jus.*»²¹ Bruk av retorikk forutsetter nemlig «*at man er blitt seg språket bevisst, at man erkjenner at språk også er makt og strategi og at språklige strategier kan læres og brukes av alle.*»²²

Begrepet *sakførsel* og innholdet av det, består av to komponenter. For det første består det av selve «saken», dvs. faktum og jus. For det annet består det av «førsel», dvs. hele den prosess som skal til for at klienten skal få sin antatte rett.²³ Skal klienten få sin rett i en sak etter muntlig hovedforhandling, innebærer det at advokaten taler til retten. Det er denne delen av sakførselen vi nå har for øyet.

¹⁶ Graver (2007) s.10

¹⁷ Boye (2007) s.102

¹⁸ *ibid.* s.95

¹⁹ Hjort (2007) s.21

²⁰ Anners (1983) s.13

²¹ Birkett (1965) s.25 (forordet v/ J.B. Hjort)

²² Penne/Hertzberg (2008) s.71

²³ Boye (2004) s.43

Når det gjelder rettstalens fremførelse under hovedforhandlingen, er advokatens oppgave å utnytte de mulighetene som foreligger til beste for saken. I henhold til Quintilian skal rettstalen «*overbevise dommeren og lede hans sinn til den konklusjon som taleren ønsker.*»²⁴ Retorikkens regler gir anvisning for hvordan man kan gi en saksfremstilling med størst mulig effekt for å nå dette målet.

Læren om hvordan *finne* argumenter blir gjerne kalt en *topikk*, avledet av det greske ordet «*topos*» som betyr sted.²⁵ Finn Eivind Jor minner om at topikken lever i beste velgående også i jussens mest juridiske del; rettskildelæren: «*Den norske juristen Torstein Eckhoffs liste med rettskildefaktorer er nettopp en slags topikk av denne typen.*»²⁶ I samme retning skriver Sverre Blandhol at «*renessansen for retorikken kan synes å ha hatt en viss innflytelse også på nyere nordisk rettslære(...) [I] den innflytelsesrike læreboken Rettskildelære(...) formulerte Eckhoff en juridisk argumentasjonslære som har klare strukturelle likheter med retorikken.*»²⁷

I følge Aristoteles finnes det tre veier til overbevisning som gjerne kombineres, og som i felleskap kan virke beslutningsutløsende. Disse er appellene til *ethos*, *logos* og *pathos*.²⁸ En retoriker må beherske disse tre midlene for overbevisning, også kalt «*bevismidler*». I praksis vil man som regel aldri finne vanntette skott mellom dem.²⁹

Ethos regnes som «*det mest overbevisende moment av dem alle*», og skal appellere til lytterens integritet og moral.³⁰ Det går nærmere ut på at en taler overbeviser med sin person

²⁴ Hjort (2007) s.21

²⁵ Jor (2003) s.40

²⁶ *ibid.* s.41 (fotnote nr. 5)

²⁷ Blandhol (2003) s.506

²⁸ Kristiansen/Nordhaug (2007) s.44

²⁹ Jor (2003) s.75

³⁰ *ibid.* s.30

– graden av sin egen troverdighet. Det holder ikke «å være seg selv», man må fremstille seg på best mulig vis. Ethos består altså av de egenskapene folk tror vi har, like mye som de vi faktisk har. Poenget her er at tillit og troverdighet er noe *skapes*³¹ Bare den troverdige kan overbevise; «*troverdighet er i alle tilfeller en nøkkel til å vinne tilslutning.*»³²

Illustrerende for hvilke utslag et styrket ethos i et tvilstilfelle kan gi, er Ludvig Holbergs fabel om Storken og Hauken: Påfuglen hadde utlyst en pris til den som kunne holde «*den fyndigste Tale udi en Moralsk Materie*». Til slutt stod valget mellom hauken og storken. Innholdet i talene var like bra, men det var storken som fikk prisen ettersom den «*eene var holden af en uskyldig Stork, men den anden af en Rov-Fugl*». ³³

Man kan skille mellom to slags ethos; i kontekst og over tid.³⁴ Når det gjelder ethos over tid, skriver Knut Boye at «*særlig i forhold til retten og andre advokater er troverdighet noe man ikke bare bygger i én sak, men over en rekke saker, og er en verdifull del av en god advokats ballast.*»³⁵ De fleste av oss har vel en tendens til å vurdere fremmede menneskers troverdighet ut fra deres samlede *fremtreden*. Den som møter oss med sjarm, åpenhet og vennlighet, får mer tillit enn den som opptreer lukket og avvisende. Vi blir velvillig stemt overfor den som kommer oss i møte og bekrefter oss, og som vi lettere kan identifisere oss med.

En taler må også uttrykke gode og velformulerte argumenter for sin sak, og dette bevismiddelet kalles *logos*, som er det greske ordet for «fornuft», og betegner således godt hva dette bevismidlet er en appell til. Appellere til *logos* gjør man gjennom det man sier og

³¹ Jor (2003) s.29

³² Graver (2007) s.16

³³ Holberg (2012) epistel 39

³⁴ Se nærmere Penne/Hertzberg (2008) s.72 og Høyland (2003) s.38

³⁵ Boye (2004) s.42

de argumentene man gir. «I denne teorien om logos ligger en tro på at det ved spørsmål som gjelder mennesker og deres handlinger, kan finnes mer enn ett svar».³⁶

Kjernen i det omfattende begrepet logos er at vi må sannsynliggjøre at det vi sier er sant.

Fordi veien mot en avgjørelse i de fleste tilfeller ikke bare styres av argumenter og bevisst analyse av disse, men også av ubevisste mentale prosesser, forutsetter effektiv overbevisning også at man makter å vekke følelser i publikum.³⁷ Dette er talens *pathos*. «Følelsene er anførslenes liv og sjel», skrev Quintilian.³⁸

Selv om ordet etter dagens språkbruk gir assosiasjoner til *for mye følelser*, betyr det her «en akkurat passe mengde med følelse – relativt til dem som utgjør vårt publikum.»³⁹ Hans Petter Graver skriver i denne tilknytning at «(...)hvor rådende oppfatninger bygger på tradisjon, verdier og maktforhold», slik tilfellet for jussen er, «(...)har vi både en rett og plikt til å bringe følelser i spill.»⁴⁰ Jeg vil i punkt 3.3.4.4 undersøke i hvilken grad det fungerer å påkalle dommerens sympati i praksis, og hvordan dette kan gjøres.

Retorikken har flere hovedgrener, og én av disse er hvordan man bør legge opp en vellykket strategi for å påvirke gjennom måten et budskap blir presentert på, og «*det finnes da også et eget fag spesielt for formålet, som kalles prosedyreteknikk. Det er et fag der den klassiske retorikken har eksemplarisk relevans.*»⁴¹

³⁶ Jor (2003) s.33

³⁷ Graver (2008) s.169 flg.

³⁸ *ibid.* s.169

³⁹ Jor (2003) s.30

⁴⁰ Graver (2008) s.198

⁴¹ Blandhol (2003) s.517

2.4 Retorikk og sakførsel – prosedyreteknikk

2.4.1 Introduksjon

Med «prosedyre» menes i det følgende ikke bare den «egentlige prosedyre», jf. tvl. § 9-15 (7), men alle av prosessfullmektigens innlegg under hovedforhandlingen, dvs. innledningsforedraget, parts- og vitneavhør og den øvrige bevisførsel, og replikk/duplikk. Prosedyreteknikk brukes her som betegnelsen på *sakførsel under hovedforhandling*, selv om det altså etter sin ordlyd kun skulle gjelde hovedforhandlingens siste del.

Fremstillingen min her er i stor grad tuftet på høyesterettsadvokat J.B. Hjorts klassiske verk «Prosedyreteknikk – herunder parts- og vitneavhøring» fra 1956.⁴² «Advokatur» defineres der med henvisninger til den legendariske, engelske dommeren Lord Norman Birkett, som «*kunsten å overbevise.*»⁴³ Slik sett blir advokatur en form for anvendt retorikk på rettslig sakførsel. I snever forstand omfatter advokatur både saksfremstilling, eksaminasjon og prosedyre. I vid forstand kan advokatur forstås som enhver talers forsøk på å overbevise sine tilhørere.⁴⁴

Hjorts bok er skrevet med tanke på en teknisk sett mest effektiv hovedforhandling. Advokatur forbindes også undertiden med «veltalenhet». Med veltalenhet forstås dels den kunstferdige tale og form, men med veltalenhet menes her fremfor alt «*den klare og for formålet egnede fremstilling*».⁴⁵

Retorikken er et virkelig effektivt redskap først når den som sådan er skjult; *ars calare artem* – kunsten er å skjule kunsten. Retorikkens «retoriskhet» må kamufleres. Jor skriver at «*dette er en helt grunnleggende regel for all retorikk.*»⁴⁶ Med å skjule kunsten menes

⁴² Boken ble utgitt på nytt av forlag1 i 2007. Mine henvisninger er til denne utgaven.

⁴³ Hjort (2007) s.21

⁴⁴ Birkett (1965) s.12 (i forordet v/ J.B. Hjort)

⁴⁵ Hjort (2007) s.25

⁴⁶ Jor (2007) s.24

først og fremst en naturlig fremstilling. Det naturlige virker overbevisende, mens det kunstige virker motsatt, skriver Aristoteles.⁴⁷ Til illustrasjon skal det vært sagt om Alf Nordhus at han måtte lære seg å nøle litt, da hans form til tider var for velsmurt. Den *for* velsmurte møter man med en viss skepsis. Som Nordhus selv skrev; «(...)fremstillingen vil ikke virke helt troverdig dersom den er for elegant utført.»⁴⁸

Oppsummert er *prosedyreteknikk* et omfattende begrep som beskriver hvordan advokaten mest hensiktsmessig bør opptre i retten for å nå frem med sitt budskap som er hele øvelsens formål; å få dommeren på sin side.

2.4.2 Forsvar av advokaturen

I «Muntlighet ved domstol i Norge» skriver Ulf Stridbeck som én av ulempene bak en muntlig prosessordning at det kan føre til «advokatur».⁴⁹ Jeg har gjort rede for hva jeg legger i begrepet. Jeg vil tro Stridbeck legger noe annet i begrepet enn jeg.

Når det gjelder kritikken av advokaturen man undertiden møter, kan det til dets forsvar for det første anføres at advokaten, i henhold til yrkestittelens opprinnelse, ikke gir uttrykk for sin egen mening, og har krav på ikke å bli identifisert med sin klient. Innenfor de rammer som god advokatskikk setter, er det advokatens oppgave å fremme sin klients interesser, ikke å gi en fullstendig nøytral og objektiv behandling av saken.⁵⁰

Jon Høyland skriver at «det ikke [er] i strid med prosessreglene eller reglene for god advokatskikk at en dyktig advokat klarer å fremstille sin klients sak så retorisk forførende at dommeren feilaktig avgjør saken i hans klients favør.»⁵¹ I samme retning skriver Alf

⁴⁷ Jor (2003) s.25

⁴⁸ Nordhus (1967) s.86

⁴⁹ Stridbeck (2005) s.95-101

⁵⁰ Reglene for god advokatskikk er utarbeidet av Advokatforeningen, og ved kongelig resolusjon er reglene i sin helhet tatt inn i advokatforskriften (FOR 1996-12-20 nr 1161: Forskrift til domstoloven kapittel 11) som kapittel 12.

⁵¹ Høyland (2003) s.36

Nordhus at «advokaten **må** beherske ordet som redskap, og han har **rett** til å bruke språket som meddelelsesmiddel og som påvirkningsmiddel.» (min uth.).⁵²

Et fasitsvar på hva som er rett i saken er sjelden tilgjengelig, og det antas at når saken fremstilles subjektivt fra begge sider, har dommeren det beste grunnlag for å treffe en riktig avgjørelse. Advokatens oppgave er å fremstille én side av saken, med all den dyktighet han måtte ha, slik at dommeren kan sammenlikne hans fremstilling med den som advokaten for den annen part gir, for at saken kan avgjøres etter den grundigste undersøkelse av hvor sannheten ligger. Det sies gjerne at sannheten ofte ligger et sted midt i mellom. Professor i sivil- og straffeprosess Bengt Lindell ved Universitetet i Uppsala uttaler i den tilknytning at «*det finns inga materielt riktiga domar; det finns inget som är rätt eller fel i eller med ett avgörande. Det enda som finns är olika versioner, olika berättelser som bygger på ett urval av data.*»⁵³

2.4.3 Deduksjonen

Deduksjonen er prosedyreteknikkens betegnelse på saksøkerens saksfremstilling før bevisførselen, jf. tvl. § 9-15 (2). Saksøktes foredrag, jf. tvl. § 9-15 (3), kalles «tilsvaret».

Tvisteloven § 9-15 (2) lyder:

«Saksøkeren gir en konsentrert saksframstilling med gjennomgåelse av dokumentbevis og andre bevis som ikke skal gis gjennom forklaringer eller befaring.»

Jeg skal nå se på hva retorikken og prosedyreteknikken sier om hvordan saksøkers deduksjon burde foregå for å være mest mulig effektiv og oppnå størst mulig virkning. Jeg bruker begrepet deduksjon bevisst for å minne om at vi nå ser på innledningsforedraget med prosedyretekniske briller.

⁵² Nordhus (1967) s.86

⁵³ Lindell (2007) s.8

Knut Boye skriver om innledningsforedragets betydning i boken «Sakførsel» at;

«Innledningsforedragene er den mest avgjørende del av hovedforhandlingene i mange sivile saker(...) [I] innledningsforedraget [gis](...) den ramme og vinkling på saken som ofte vil være den retten har gjennom hele saken, og hvor parts og vitneførsel, gransking og åstedsbefaring og prosedyre bare blir utdyping, i noen tilfelle uttværing. Advokaten bør derfor legge en vesentlig del av innsatsen i denne fase.»⁵⁴

Deduksjonens første bud er at advokatens tale til retten fremfor alt må gis et pedagogisk opplegg.⁵⁵ Det innebærer blant annet at prosessfullmektigen må begynne med å belære retten om klientens syn på saken. Det å frembringe tvistepunktene på en pedagogisk måte, er viktig gjennom hele prosessen, men det gjelder særlig under deduksjonen.

Når det gjelder advokatens opptreden i retten er det slik Knut Boye ser det derfor utilstrekkelig å nøkternt legge frem saken «om advokaten derved tror at man kan overlate til dommeren å 'plukke den opp'; saken skal bæres frem og brettes ut for dommeren, og fremby en 'rett' dommeren får lyst til å innta.»⁵⁶

Den beste form for retorikk under hovedforhandlingen på dette trinn, er at advokaten uttrykker seg klart og enkelt. I kompliserte saker blir derfor advokatens overordnede oppgave «selv å holde oversikt over det kompliserte forhold, og å gi slik oversikt til retten. Det gjøres vel så meget ved systematisering av stoffet, disposisjoner og hjelpedokumenter som ved den rent verbale fremføring.»⁵⁷

⁵⁴ Boye (2004) s.220

⁵⁵ Michelsen (2007) s.87

⁵⁶ Boye (2004) s. 210

⁵⁷ Boye (2007) s.98

En tale er mer effektiv om den er velkomponert. «*En god disposisjon er uunnværlig. Det er neppe noen overdrivelse å si at ingen effektiv overbevisning er mulig for den som ikke behersker kunsten å disponere.*»⁵⁸

2.4.3.1 Disposisjon som hjelpedokument, tvl. § 9-14 (2)

Formålet med et hjelpedokument er først og fremst at det for tilhørerne skal lette tilegnelsen av en muntlig fremstilling. Som eksempler på slike hjelpedokumenter kan nevnes sammenstilling av tallmateriale, tekniske beregninger, tidslinjer og disposisjoner.⁵⁹

En disposisjon letter tilegnelsen av den muntlige fremstillingen på flere måter: En skriftlig disposisjon vil ofte kunne avklare hvor advokaten vil med drøftelsen hun eller han holder på med. Det kan for dommerne oppstå spørsmål i tilknytning til punkter i advokatens foredrag, og et blick på disposisjonen vil kunne vise om dette behandles senere eller om det bør tas opp. En fyldig disposisjon kan videre lette neste advokats arbeid, hvis en annen må overta, evt. i ankeinstansen. En skriftlig disposisjon er dessuten et praktisk hjelpemiddel for dommeren under domsskrivning.⁶⁰

For at en disposisjon til innledningsforedrag skal fungere som et tilstrekkelig pedagogisk hjelpemiddel, bør det ikke bare inneholde en oversikt over foredraget, men også stikkordsmessig gjengi hovedpunktene i partens argumentasjon med henvisninger til de bevismidler og det rettskildematerialet som påberopes.

I forarbeidene til tvisteloven fremholdes det at disposisjoner «*med høy detaljeringsgrad*» kan fremlegges, men at de ikke kan inneholde «*lengre argumentasjonsrekker som er skrevet fullt ut*». ⁶¹ Altså er det her en balansegang mellom en fyldig disposisjon som

⁵⁸ Jor (2003) s.58

⁵⁹ Skoghøy (2010) s.595

⁶⁰ Schei (2008) 2. avsnitt

⁶¹ Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s.398

dommeren har nytte av, og en disposisjon så fyldig at den kommer i konflikt med muntlighetsprinsippet.⁶²

Å ha en disposisjon (eller et manuskript) skrevet fullt ut anbefales i alle tilfeller ikke, da dette lett kan gi opphav til lesning. Dessuten gir det skrevne ord et ofte tungt og dårlig språk, selv om man har memorert teksten. Det er som Hjort skriver, «*stilistisk sett forskjell på det talte og det skrevne ord.*»⁶³ Viktigst er at det ikke er noe særlig godt utgangspunkt for å holde kontakten med retten, da «*[papiret] skyver seg som en usynlig vegg mellom taler og tilhører.*»⁶⁴

Hjort skriver at å fravike disposisjonen er ytterst risikabelt. «*Den nervøse unge sakfører må klynge seg til disposisjonen som den druknende til sitt livbelte.*»⁶⁵ Disposisjonen bør allikevel ikke være for rigid, men til en viss grad elastisk. Dessuten bør man ikke binde seg til disposisjonen i den grad at man blir engstelig for å glemme noen av de nedskrevne momenter. For det er «*viktigere at dommeren får formidlet til seg hovedpunktene i saken, enn at advokaten har visshet for at han har ramset opp alle de nedskrevne poenger.*»⁶⁶

Normalt vil den beste måten å fremstille sakens fakta på, være den kronologiske rekkefølge.⁶⁷ Men en avvikelse fra denne regelen kan i enkelte tilfelle tenkes berettiget. Det viktigste er at det er orden i saksfremstillingen – at presentasjonen er velordnet.⁶⁸

2.4.3.2 Dispositio – disponeringen av talen

Saksøkers innledningsforedrag etter tvisteloven består gjerne av følgende hoveddeler: Først en innledning, hvoretter det følger en kronologisk gjennomgang av faktum i saken med

⁶² Se punkt 3.3.4.3

⁶³ Hjort (2007) s.24

⁶⁴ l.c.

⁶⁵ ibid. s.27

⁶⁶ Boye 2004 s.165

⁶⁷ Boye (2004) s.227 og Hjort (2007) s.38

⁶⁸ Birkett (1965) s.126-127

dokumentasjon av skriftlige bevis, deretter en angivelse av hvilke rettslig grunnlag som anføres, og endelig nedleggelse av påstand.

Quintilian deler opp talen i fem deler; det første avsnittet kalles *exordium*. Dette er innledningen med presentasjonen av krav og anførsler. Videre følger det som heter *narratio* – fremstillingen av sakens faktum. Deretter kommer *probatio*, som er argumentasjon for det ene standpunktet. Så følger *refutatio*, som er gjendrivelser av det motparten faktisk har anført eller det man kan vente seg fra den annen side (hypotetisk). Siste avsnitt er *peroratio* – avslutningen med oppsummering og påstander.⁶⁹

Jeg vil nå se på innledningsforedraget i lys av denne oppdelingen.

2.4.3.3 Exordium – innledningen

Exordium betyr som nevnt fortale eller innledning, og i denne fasen skal alt det klarlegges som tilhøreren har krav på å vite for å kunne følge med i det etterfølgende.⁷⁰ «*Formålet hermed er intet annet enn å forberede våre tilhørere på en slik måte at de vil være villige til å høre med interesse på resten av vår tale*», sier Quintilian. «*Dette er den delen av talen som holdes før dommeren begynner å overveie selve saken.*»⁷¹

Innledningsvis må advokaten klart få frem problemstillingen i saken. Det som i et retorisk perspektiv må befestes i innledningen er ethos, jf. bevismidlene. I dette ligger det at man bør sørge for å bli likt, akseptert, trodd og tatt alvorlig. Innledningen er strategisk sett av største betydning.

Innledningen bør ikke være for lang. Det kan være en fordel å minnes Polonius' ord i Hamlet om at «*brevity is the soul of wit*».

⁶⁹ Michelsen (2007) s.88

⁷⁰ Hjort (2007) s.33

⁷¹ *ibid.* s.32

Foruten å være en demonstrasjon i begrensningens kunst, bør innledningen i følge Finn Eivind Jor være en demonstrasjon i antydningens kunst, for «*om man avslører alt man har på lager allerede i innledningen, vil der som følger lett oppfattes som opplagt og kjedelig, og vil tape overbevisningskraft. Det man bør gjøre er å la det skinne gjennom hva man ønsker å vise.*»⁷²

Før man krever noe i retning av begripelse, må man på ethvert punkt i innledningen gi noe i form av en forklaring. Roger Fisher og William Ury ved Harvard Law School skriver at «*if you want someone to listen and understand your reasoning, give your interests and reasoning first and your conclusions or proposals later.*»⁷³ Kommer kravet først, vil ikke mottakeren være klar for å høre på forklaringen. Dertil kommer det at «*det ukjente må aldri komme før det kjente, før grunnen er forberedt.*»⁷⁴

Derfor må advokaten ved avslutningen av *exordium* være så sikker som mulig på at grunnlaget er lagt for det som følger. Som jeg vil komme tilbake til, kan praksis variere med hensyn til hvor godt en dommer har satt seg inn i saken, og rettens innledende klarlegging kan således i teorien gi et skinn av at dommeren kjenner saken bedre enn hva tilfellet er. Hvis saksøker føler seg overbevist om at retten nå har en oversikt over hva det hele dreier seg om, kan han gå over til saken selv.

2.4.3.4 Narratio – sakens fakta

Hensikten med *narratio* – eller saksfremstillingen – er i likhet med *exordium*, å gi den informasjon som er nødvendig for å følge med i argumentasjonen som kommer.

⁷² Jor (2003) s.61

⁷³ Fisher/Ury (1999) s.53

⁷⁴ Hjort (2007) s.32

I følge den retoriske tradisjonen gjøres fremstillingen av sakens fakta mest effektiv om saksfremstillingen oppfyller kravene til *klarhet og troverdighet*.⁷⁵ Klarhet gjør fremstillingen lettere å forstå og bidrar således til et enklere avgjørelsesgrunnlag.

Et enklere avgjørelsesgrunnlag skal i følge tvistelovskonsipistene bidra til økt kvalitet i rettspleien. Slik jeg forstår legislator er tanken at en slik klarhet, som altså er forutsetningen for et enklere avgjørelsesgrunnlag, og som igjen skal bidra til kvalitet, best oppnås ved at saksøker alene foredrar saken for retten. Slik jeg ser det utgjør gjeldende fremgangsmåte en forfeilet snarvei. Én av denne oppgavens målsetninger er å vise at avgjørende for klarhet er ikke at man slipper til én stemme, men heller at man uttrykker seg *enkelt*. Og et enklere avgjørelsesgrunnlag basert på en falsk klarhet innebærer ikke en økt kvalitet, snarere tvert om.

Det at saksfremstillingen skal være klar innebærer blant annet at den i likhet med innledning ikke bør være for lang. Men det må likevel ikke være noe mål *i seg selv* at fremstillingen skal være kort. Aristoteles argumenterer for at den skal være akkurat så lang at den klargjør saken.⁷⁶ For vårt formål innebærer det at retten skal danne seg et bilde av hva det kan være relevant å stille spørsmål om under bevisførselen. Valg av opplegg for innledningsforedragene bør følgelig avpasses den konkrete tvist.⁷⁷

Foruten klarhet er kravet til saksfremstillingen at den skal være troverdig. Troverdigheten bidrar til at den oppfattes som sannsynlig. Dermed er ethos minst like knyttet til saksfremstillingen som til innledningen.⁷⁸

Om ens egen upartiskhet skinner gjennom allerede i saksfremstillingen, kan troverdigheten lett svekkes. Derfor bør man i denne delen av talen fremstå så nøytral som overhodet

⁷⁵ Jor (2003) s.66

⁷⁶ *ibid.* s.6

⁷⁷ Skoghøy (2010) s.589

⁷⁸ Jor (2003) s.67

mulig: «Fremstillingen av faktum må etter alle vedtatte regler være klar, kortfattet, men fullstendig objektiv(...) for så vidt som alle fakta bør trekkes frem som spiller inn i saken.»⁷⁹ Dette betyr at man må gi inntrykk av at intet er lagt til eller trukket fra. Derfor nytter det ikke å gjemme bort de fakta som går imot ens sak, for de vil komme fram når motparten selv får ordet. Dommerens tillit vil bli rokket hvis han har følelse av at man har forøkt å unndra ham av betydning.

Advokaten må følgelig være edruelig med fakta og aldri jukse. Av den samme grunn bør man for saksfremstillingens del unngå å trekke inn pathos, for slik blottes nemlig eventuell partiskhet.

Selv om saksfremstillingen i teorien skal fremstå upartisk, behøver den i realiteten ikke være det. Fordi saksfremstillingen samtidig med å være nøytral skal forberede argumentasjonen, må «argumentasjonen foregripes i saksfremstillingen, men det må gjøres skjult».⁸⁰ Man må tilpasse gjengivelsen av emnets fakta til det formålet man har med talen. Man oppnår i tråd med retorikken ikke de målene man har satt seg, hvis ikke begivenhetene blir presentert fra den best tenkelige vinkelen; «slik kan man styre tilhøreren i en bestemt retning, og vinkle fremstillingen av kjensgjerningene ut fra den strategien man har i argumentasjonen.»⁸¹

Derfor innebærer saksfremstillingen «en balansegang mellom det nøytrale og det subjektivt fargede. Om det subjektivt fargede fremstår som nøytralt, tror publikum på deg, og du når gjennom med dine ord.»⁸² Dette kan for saksøker bety at ved å fremstille noe som ved første øyekast fremstår som en objektiv og nøytral saksfremstilling, men som i realiteten er en godt skjult subjektiv fremstilling, gis saksøker et tidlig overtak.

⁷⁹ Hjort (2007) s.37-38

⁸⁰ Jor (2003) s.68

⁸¹ ibid. s.68

⁸² ibid. s.70

2.4.3.5 Fordeler for saksøker ved å tale først

Richard Du Cann skriver at «*the right to begin is a priceless and too often squandered asset.*»⁸³ Jeg vil i dette avsnittet peke på noen fordeler ved nettopp å bli gitt ordet først, jf. § 9-15 (2).

Du Cann skriver at «*opening not only gives the opportunity to display the attractiveness of one's own case, but also the unattractiveness of the defense.*»⁸⁴ Som saksøker har man nemlig mulighet til å tilrettelegge og fokusere slik man vil. Hvis man får det til, så kan man ordne dommerens sinn, i.e. sette retten inn på et tankespor. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor. Dette er kanskje til og med *viktigere* for saksøkeren enn for saksøkte, da saksøkeren er den som på flere måter har satt agendaen, og følgelig har en større forventning å leve opp til.

Får saksøker fortalt historien fra A til Å så har saksøker (foreløpig) monopolisert historieforståelsen, og det kan det være vanskelig for taler nr. to å legge frem sin versjon av saken. Retten kan føle at nr. 2 forvansker det som nr. 1 har bygget opp.

Som saksøker er det ikke noe poeng å fortie bevis som går ens sak imot. En god taktikk er tvert imot å ta tyren ved hornene. Når advokater plukker opp motpartenes argumenter som vil komme senere, er det ofte ikke i objektivitetens tjeneste, men i sin egen klients interesse. Ved å gjøre dette, kan man ta vekk noe av muligheten for motparten til å gjøre et vellykket poeng av dette senere. Motargumenter kan være både hypotetiske («mot dette vil min ærede motpart nok hevde...»), og faktiske («mot dette hevder motparten...»).
«*Persuasive opening statements do not ignore problem areas in the client's case. Damaging evidence is anticipated and discussed. The 'sting' of this evidence is removed by portraying it in the best light.*»⁸⁵

⁸³ Du Cann 1980 s.65

⁸⁴ *ibid.* s.74

⁸⁵ National Legal Research Group (2012) 8. avsnitt

2.5 Hva styrer dommerens valg?

2.5.1 Bevisste og ubevisste faktorerers betydning

Det må antas at de fleste dommere i forkant av en sak legger intellektuell vekt på ikke å bestemme seg før saken tas opp til doms. Likevel kan det ikke utelukkes at *«dommernes avgjørelser også påvirkes av faktorer som ikke er rasjonelle eller rettslig relevante, og som for det meste påvirker dommeren uten at han er klar over det»*.⁸⁶

Jeg vil her peke på noen faktorer som bevisst eller ubevisst kan få innflytelse på dommerens valg, ut over de vanlige rettskildedefaktorene man kjenner fra rettskildelæren. Dette er følgelig faktorer nært beslektet med de som allerede er nevnt angående retorikk og prosedyreteknikk. Poenget er å vise ulike tilnærminger til en av denne oppgavens sentrale spørsmål; hvordan går man fram for å få tilslutning til rettslige standpunkter – hva styrer dommerens valg?⁸⁷ Jeg vil her forsøke å se problemstillingen fra dommerens perspektiv.

2.5.2 Fortellingens betydning

I boken «Sakens Fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker» hevder kulturhistoriker Audun Kjus at en rettslig beslutningstaker må gå veien om å danne fortellinger. Ved å danne seg fortellinger, som gjøres dels bevisst, dels ubevisst, gjør dommeren det grunnleggende arbeidet med å strukturere og lagre informasjonen som er av betydning for å følge med videre i saken; *«å fremstille hendelser i fortellingsform er nettopp et middel for å betrakte dem, og dette er også rettens oppgave: å tenke gjennom fortellingene på nytt for å finne deres rette mening.»*⁸⁸

Betegnelsen på latin, *narratio*, altså «fortellingen», sier kanskje mer om hvilken funksjon saksfremstillingen egentlig har, nemlig å fortelle hva som har skjedd, og å fremstille de

⁸⁶ Høyland (2003) s.21-22

⁸⁷ For nærmere om mentale beslutningsprosesser og kognitiv teori kan det vises til Graver (2010) s.21 flg.

⁸⁸ Kjus (2008) s.175

fakta man må kjenne for å forstå den etterfølgende argumentasjonen. Å argumentere rettslig er derfor til en viss grad å forhandle med fortellinger.⁸⁹

Det er i den forbindelse på sin plass å minne om en viktig forutsetning: En dommer kan aldri få kunnskap om hva som har hendt i saken. Ikke i egentlig forstand. Hun eller han kan naturligvis danne seg en oppfatning, og den kan være mer eller mindre velbegrunnet. Men *«det eneste han kan oppnå direkte kunnskap om, er det som har skjedd i retten.»*⁹⁰ Bengt Lindell skriver; *«(...)framställa saken så formånligt som möjligt för din klient, ge domstolen den verklighetsbild eller den tolkning av verkligheten som är bäst för att du skall kunna uppnå detta syfte. Du avgör vad domstolen ser, du avgör vilken bild du vill visa dem. Detta blir verkligheten i rättsalen.»*⁹¹

2.5.3 Strategiske steder – allmennstedene

«Den overbeviser best som uten å være platt eller kjedelig innleder med å si noe som tilhørerne er enig med ham i», skriver Jor.⁹² Mange lister med såkalte allmennsteder er velkjente, f.eks. det gode, det onde, det vakre, det stygge, likhet, fornuft, frihet, omsorg, og menneskerettigheter.

Hvilken radius en persons horisont har, varierer i ulike land og kulturer, men man vil finne oppfatninger som er akseptert av alle innen en gruppering eller sosialt sjikt. De fleste vil for eksempel trolig mene at det fornuftige bør tiltredes, at vi bør ta vare på miljøet og opprettholde velferdsstaten etc. Graver skriver at *«evnen til å forstå hva som er allment aksepterte oppfatninger er(...) en viktig evne for vellykket rettsretorikk.»*⁹³

⁸⁹ Kjus (2008) s.26

⁹⁰ Graver (2010) s.13

⁹¹ Lindell (2007) s.13

⁹² Jor (2003) s.48

⁹³ Graver (2007) s.113

Til illustrasjon kan det vises til et hovedsynspunkt som Torstein Eckhoff forfekter i forbindelse med forskjellige reelle hensyns vekt i forhold til hverandre, hvilket er at *«foruten slike hensyn som er allment akseptert og ikke gjenstand for politisk strid, finnes det enkelte hensyn med juridisk særpreg som tillegges stor vekt.»*⁹⁴ Eksempler på slike argumenter er «rettssikkerhet», «klarhet og forutsigbarhet» og «konsekvens og harmoni». Argumentet «forutsigbarhet» er, skriver Eckhoff, *«så godt innarbeidet at det brukes, og blir tillagt vekt uten noen nærmere undersøkelse av hvilket behov og hvilke muligheter det for forutsigelser på vedkommende felt.»*⁹⁵

Ved å lage en forbindelse mellom allmennstedene folk trolig er enig med en i, slik som eksemplene ovenfor, og det man vil at de skal bli enige med en i, anvender man allmennsteder som *«en strategisk plattform man kan bygge resten av argumentasjonen på.»*⁹⁶

2.5.4 Forståelsesrammer

*«Det vi ser, er ikke det vi ser, men det vi er.»*⁹⁷

Beslektet med allmennstedene er såkalte «eksempelfortellinger», som enhver opererer med et repertoar av. Dette er fortellinger man alt er fortrolige med, og som nye fortellinger man utsettes for, forstås i lys av. Slike eksempelfortellinger har gjerne preg av å være generell kunnskap om verden; Hvordan oppfører man seg blant venner? Hvordan er forholdet mellom søsken? Hva skjer om man kjører for fort på glatt føre?⁹⁸ Dette er kunnskap som mobiliseres uten å vies særskilt oppmerksomhet.

⁹⁴ Eckhoff (2001) s.395

⁹⁵ ibid. s.396

⁹⁶ Jor (2003) s.51

⁹⁷ Pessoa (1997) s.345

⁹⁸ Kjus (2008) s.21

Denne type fortellinger, eller kunnskap, kan være så gjennomkommunisert og velbrukt at de kan kalles *kulturelle nøkkelfortellinger*. Dette er fortellinger som har høy sirkulasjon og som bidrar til å gi menneskegrupper felles referanser for å forstå og bedømme handlinger. Disse kan således også kalles kollektive fortellinger. Slike «gamle og hevdvunne forventninger» tilbyr et rammeverk som de enkelte ytrede fortellingene kan skrives inn i. Betegnelsen *kulturelle nøkkelfortellinger* henspeiler på at hvilken radius en persons horisont har, varierer i ulike land og kulturer, jf. det som ble sagt om allmennstedene.

Slik sett vil *dommerens generelle livserfaring* være av betydning for hvilke fortellinger dommeren kan relatere seg til.⁹⁹ Overtalelseskunst i retten må skje i forhold til det repertoaret av relevante meningsfulle fortellinger kulturen har forsynt beslutningstakerne med. Det dommeren ser og hører blir registrert og organisert i hjernen gjennom en erfaringsbasert utfylling og kategorisering, slik at det gir mening og kan danne grunnlag for handling. For å illustrere prosessen kan det vises til Høyland som gjengir følgende eksempel i form av setningen «Politimannen løftet armen og stanset bilen»: «*Med vanlig kunnskap om trafikkregler og politimenns myndighet til å beordre en motorvogn stanset for kontroll, kan vi straks se for oss en meningsfylt situasjon. Uten slik kunnskap blir utsagnet nokså underlig.*»¹⁰⁰

Den amerikanske advokaten Paul N. Luvera gir følgende beskrivelse av slike meningsfulle fortellingens betydning;

*«Human nature is such that they will mentally begin to fill in the blanks and complete a story that makes sense to them(…) If the facts are inconsistent with the jurors own ideas of what they would do or expect others to do, they apply the ‘this could happen to me’ or ‘I would never have done that’ reaction.»*¹⁰¹

⁹⁹ Kjus (2008) s.22

¹⁰⁰ Høyland (2003) s. 24-25 med videre henvisninger

¹⁰¹ Luvera (2011) 2. avsnitt

Når informasjonen først er samlet i fortellinger, kan dommeren lettere gjøre seg opp en mening i forhold til hvor rimelig, troverdig og sannsynlig fortellingen er, og hvordan den står i forhold til konkurrerende fortellinger.¹⁰² På denne måten blir fortellingen et viktig redskap for dommeren til å fatte beslutninger, men samtidig blir bevissthet om denne prosessen et viktig redskap for advokaten til å kunne overbevise.

2.5.5 Confirmation bias

Høyland skriver at «*det som etter dommerens erfaring er **den mest sannsynlige utvikling** av en årsaksrekke vil lettere kunne bli akseptert som sakens faktum enn den sjeldne eller kaotiske utvikling*» (min uth.).¹⁰³ Aristoteles insisterte på at løsningen på plottet derfor bør være nedfelt i fortellingen. Problemet for dommeren med å slutte seg til en alternativ forklaring, er på denne bakgrunn ikke fordi den nødvendigvis er umulig, men fordi den er lite meningsfull.¹⁰⁴ At et materiale henger sammen, og de ulike delene ikke motsier hverandre, kalles *koherens*, i motsetning til det som heter *dissonans*, som innebærer at et materiale spriker.¹⁰⁵

Dommeren vil «*automatisk forsøke å organisere inntrykkene slik at de mest mulig gir en sammenhengende historie. Det vil arte seg som en slags hypoteseutprøving, hvor dommeren mer eller mindre bevisst fester seg ved én eller flere hypoteser, og hvor bevisene støtter eller ikke støtter det eller de valgte hendelsesforløp.*»¹⁰⁶

Hva dommeren oppfatter at saken dreier seg om, får derfor betydning for hvilke vurderinger dommeren gjør seg og hvor oppmerksomheten rettes. «*Bevisste refleksjoner*

¹⁰² Kjøs (2008) s.23

¹⁰³ Høyland (2003) s.26

¹⁰⁴ Kjøs (2008) s.153

¹⁰⁵ Se bl.a. Graver (2010) s.39

¹⁰⁶ Høyland (2003) s.25

rettes mot de momentene i fortellingen som oppleves som sentrale, og som dommeren forventer vil ha betydning for hvordan saken skal bedømmes.»¹⁰⁷

Når mennesker tar utgangspunkt i en gitt oppfatning vil en gjerne legge spesielt merke til opplysninger som bekrefter denne, tolke nøytrale opplysninger som en bekreftelse og til dels ignorere opplysninger som går imot. Vitenskapsteorien snakker om «utgangshypotesens forrang»; det skal mer til for å fortrenge en etablert hypotese enn for å bekrefte den. På engelsk heter dette fenomenet «confirmation bias» (også kalt «verification bias»). Anvendt på hovedforhandlingen er innholdet i dette fenomenet at «*når en hypotese først har formet seg, vil dommeren ha en tendens til å holde fast på den inntil bevisene eventuelt viser at den må byttes ut med en annen. Faren er at så lenge dommeren holder fast ved hypotesen, vil bevis som støtter hypotesen kunne bli tillagt for stor vekt, mens bevis som svekker den, forklares bort eller får redusert vekt.*»¹⁰⁸

Dersom saksøker er dyktig, gis han anledning til å gi dommeren en slik «hypotese». Saksøktes utfordring blir dermed å fjerne denne og oppstille en ny. I lys av lovens ordlyd er rommet for saksøkte til å oppstille en ny, tilsynelatende særdeles lite.

2.6 En forberedt dommer = en forutinntatt dommer?

At dommeren nå skal møte (mer eller mindre) forberedt til hovedforhandlingen, jf. tvl. § 9-15 (1), er stort sett blitt godt mottatt blant brukerne.¹⁰⁹

Det fremkommer imidlertid flere steder i den prosedyretekniske teori en viss skepsis mot at dommeren skal kjenne saken på forhånd. Jeg vil derfor trekke frem noe av hva litteraturen sier om en slik fremgangsmåte. Brorparten av den teori jeg i det følgende vil referere, er

¹⁰⁷ Kjrus (2008) s.21

¹⁰⁸ Høyland (2003) s.25

¹⁰⁹ Jf. del 3

skrevet under det gamle regimet, men jeg ser intet avgjørende argument for hvorfor det ikke skulle være relevant i en drøftelse av det nye.

2.6.1 Forholdet til muntlighetsprinsippet

For det første kan det anføres at rettens klarlegging er i strid med muntlighetsprinsippet. Som fremholdt er rettergangen hos oss som hovedregel muntlig. Sammenholdt med bevisumiddelbarhet innebærer dette i prinsippet at bare teller og kan tillegges vekt, det som muntlig fremføres i retten. Advokaten skulle i tråd med den gamle loven gjennom sitt foredrag bibringe domstolen saken. Han skulle lære dommeren saken som hun eller han på forhånd hadde liten eller ingen kunnskap om.

Hjort skriver at «[dommeren] bør helst ikke kunne [saken] for godt før han går i retten, fordi han etter det muntlige rettergangs prinsipp skal lære den ved det som passerer i selve rettssalen.»¹¹⁰ I følge Jo Hov kan dokumentene fra saksforberedelsen «sjelden gi noe helt riktig bilde av saken – det er jo nettopp derfor vi har en prosess med meget store innslag av muntlighet. Prosessfullmektigene kjenner som regel saken bedre enn dommeren».¹¹¹

2.6.2 Forholdet til partenes stilling

At dommeren skulle lære saken ved det som passerte i salen, rettet seg også mot partenes stilling. Hans M. Michelsen skriver at «en dommer som skal sitte i en muntlig hovedforhandling, skal ikke ut fra saksdokumentene på forhånd ha lært seg saken. Gjør han det, tar han før hovedforhandlingen lett et standpunkt, og den ene part får 'an uphill case'».¹¹²

Knut Boye slutter seg til dette, som etter å ha lest Tvistemålsutvalgets utkast i 2004 skriver at han var «skeptisk til at retten nærmest skal angi hva saken dreier seg om(...) da han gjennom dette lett kan påvirkes før prosessfullmektigene har kunnet komme til orde. Det er

¹¹⁰ Hjort (2007) s.22

¹¹¹ Hov (2007) s.209 (petit)

¹¹² Michelsen (2007) s.87

i hvert fall betydelig fare for at dommeren kan oppfattes av partene som om han ved sin gjennomgang allerede har tatt standpunkt.»¹¹³

Et av tvistelovens formål er at prosessen skal være tillitskapende, jf. § 1-1. Det kan endelig vises til en uttalelse fra Tilsynsutvalget for dommere i vedtak av 15. februar 2011 som gjaldt en tingrettsdommers opptreden i forbindelse med saksforberedelse og administrering av hovedforhandling, hvor utvalget uttaler at *«det kan føles ubehagelig for en part å oppleve at motparten får bedre anledning til å presentere sin side av saken.»¹¹⁴* Det kan spørres om gjeldende ordning vanskeliggjør en saksøkts møte med rettsvesenet i større grad enn det som er ønskelig.

2.6.3 Botemidler

Anders Ryssdal tar opp problemstillingen i en artikkel i Lov og Rett 03/2006, hvor han forsøker å berolige de skeptiske røster. Han skriver at dommeraktiviteten under det nye regimet må *«utføres som prosessledelse og ikke forhåndsdomming. Advokatene må forstå at aktive dommere ikke betyr at saken er avgjort og dermed miste tro på saken.»¹¹⁵*

Ryssdal oppstiller i artikkelen tre forskjellige spørsmål som dommeren under tvisteloven bør stille seg, for å avklare for partene (og seg selv) rettens ulike handlinger og funksjon under prosessen – fra saksforberedelse til dom.

Det første spørsmålet retter seg mot saksforberedelsen; *hva er kravet og innsigelsene mot kravet?* Det andre spørsmålet dommeren bør stille seg er; *hva er relevansen?* Når det kommer innspill fra partene skal retten kun ta stilling til om det som inngår i sammenhengen. *«Ved å spørre om relevansen»* skriver Ryssdal, *«tar ikke dommeren stilling til resultatet. Ved kun å spørre om relevansen av partenes innspill, får man frem*

¹¹³ Boye (2004) s.233

¹¹⁴ Jf. TUSAK-2010-92

¹¹⁵ Ryssdal (2006) s.129

sammenhengen mellom kravet, argumenter og bevismidler og ønsket resultat.»¹¹⁶ Det tredje spørsmål; hva skal resultatet bli? skal dommeren stille «først når saken er ferdig behandlet og saken opptas til doms(...) Dette er den dømmende handling.»¹¹⁷

Disse spørsmålene skal altså hjelpe dommeren til å skille mellom den saksforberedende handling og den dømmende handling. Når advokatene forstår at dommeren har to funksjoner, vil de «*lettere kunne skille mellom dommerinnspill som går på opplegget, og dommerens vurdering.*»¹¹⁸

Selv om jeg leser denne artikkelen fra Ryssdal som et forslag til hvordan man gjør best ut av gjeldende ordning, og ikke som et forslag til en ideell prosess, må man likevel spørre seg om det er så enkelt som Ryssdal i sin artikkel får det til å virke. Slik jeg ser det, og som det skal ha fremgått av min fremstilling, går det ikke klare skillelinjer i en beslutningsprosess mellom det å forstå hva saken gjelder, og hva løsningen må bli. «Den dømmende handling» kan lede tankene hen på at man taler om én klart definerbar handling. Ett av denne oppgavens formål har vært å vise andre sider ved «den dømmende handling» – utover kun det at «saken tas opp til doms». Spørsmålet mitt er om det er realistisk å kreve at dommeren skal klare å skille mellom prosessens ulike handlinger, så nært knyttet til hverandre som de er, og i lys av hvor flyktige og til dels udefinerbare, mentale beslutningsprosesser er. Jeg stiller meg noe tvilende, men «*jeg spørger helst, mitt kall er ei at svare.*»¹¹⁹

¹¹⁶ Ryssdal (2006) s.130

¹¹⁷ l.c.

¹¹⁸ l.c.

¹¹⁹ Henrik Ibsen i et rimbrev til litteraturkritiker Georg Brandes i 1875

3 EMPIRISK DEL

3.1 Evaluering av tvisteloven 2011/2012

3.1.1 Bakgrunnen for evalueringen

Tvisteloven trådte som kjent i kraft 1. januar 2008. Stortinget fastslo at loven skulle evalueres tre år etter ikraftsettingen.¹²⁰

Evalueringen er relativt omfattende, og innebærer på mange måter et nybrottsarbeid hva gjelder evaluering av lover. Det er nemlig to «hoveddeler» i denne evalueringen. For det første den «tradisjonelle» lovevalueringen; har reglene fungert og er det behov for endringer? Dette vil munne ut i et høringsnotat. For det annet består evalueringen av en gevinstrealiseringsvurdering knyttet opp mot de samfunns mål og måltall som er definert i forarbeidene til tvisteloven.¹²¹ Det er denne delen som utgjør nybrottsarbeidet. Dette vil munne ut i en rapport eller stortingsmelding.

3.1.2 Skisse over evalueringsarbeidet¹²²

Departementet er godt i gang med evalueringsarbeidet, selv om tidshorisonen er noe uklar.

I korthet kan følgende sies om evalueringsarbeidet pr. 3.2.2012:

Det har vært gjennomført spørreundersøkelser rettet mot dommere og advokater i tre omganger:

Den første, som ble gjennomført i 2008, knyttet seg til den nå historiske tvistemålsloven («før-situasjonen»). I 2010 ble den andre gjennomført. Denne var en midtveisevaluering som dreide seg om erfaringer opp mot tvisteloven etter ca to år. Resultatene fra denne

¹²⁰ Innst. O. nr.110 (2004-2005) s.8

¹²¹ Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s.47

¹²² Da det ikke finnes noen offisiell oversikt over denne prosessen, baserer opplysningene i dette avsnittet seg hovedsaklig på opplysninger gitt av Lovavdelingen ved Jan Eivind Norheim i e- post av 3.2.2012.

undersøkelsen, og de data som ble innsamlet, vil være en del av datamaterialet som legges til grunn for hovedevalueringen.

Den siste spørreundersøkelsen ble foretatt høsten 2011.¹²³

Ut over disse spørreundersøkelsene søkes evalueringsarbeidet å være bredt anlagt: Domstolskonferanser ble avholdt høsten 2011 (Bergen, Oslo, Trondheim, Skien, Tromsø, Hamar m.fl.) Domstoladministrasjonen er en sentral premissleverandør, især med omfattende datauttak fra LOViSA. Dessuten har Advokatforeningen opprettet en «evalueringsgruppe» som har kommet med innspill, se straks nedenfor. I tillegg er forlikrådene inne med SFN (Samarbeidsutvalget for forlikråd og namsmenn) som også vil bidra i evalueringen. I tillegg er det også andre aktører; Regjeringsadvokaten, Universitetet i Oslo mv.

3.2 Den norske advokatforeningens høringsuttalelse

3.2.1 Bakgrunn

I brev av 4. januar 2012 besvarte Advokatforeningen en anmodning fra Justisdepartementet om å komme med innspill i forbindelse med evalueringen av tvisteloven.¹²⁴

Grunnlaget for Advokatforeningens innspill er medlemmenes fritekstsvaer fra spørreundersøkelse, tilbakemeldinger fra seminarer, og enkelthenvendelser.

Advokatforeningen forela også Justisdepartementets forespørsel for Advokatforeningens lovutvalg for sivilprosess og voldgift.

¹²³ Spørreundersøkelsen er pr. februar 2012 i sin helhet å finne på nettet:

<https://web.questback.com/isa/qbv.dll/ShowQuest?Preview=True&QuestID=4276586&sid=QBqmR8XkxU&print=1>)

¹²⁴ Justisdepartementets henvendelse til Advokatforeningen i e- post av 12.mai 2011

Jeg vil i det følgende presentere noen synspunkter som fremkommer i uttalelsen fra Advokatforeningen hva gjelder aktørenes roller i hovedforhandlingen.

3.2.2 Innledningsforedrag mv, jf. § 9-15

At retten nå plikter til å stille forberedt til rettsmøtet ved innledningsvis å skulle klargjøre sakens tema i henhold til § 9-15 (1), er ifølge uttalelsen «*utvilsomt gunstig*». ¹²⁵ Et problem som likevel fremheves er at «*bestemmelsen praktiseres svært ulikt*». ¹²⁶

Bestemmelsene om prosessfullmektigenes innledningsforedrag synes å vekke stort engasjement blant advokatene, i følge Advokatforeningen. De som uttaler seg er i stor grad negative til de nye lovreglene.

For det første er «*de gamle innledningsforedrag (...) klart å foretrekke i de fleste saker*». ¹²⁷ Advokatforeningen går så langt som å si at dagens ordning med hensyn til begrensningen i innledningsforedragene «*går på rettsikkerheten løs*». ¹²⁸ Dagens ordning passer kun for mindre kompliserte saker, dvs. der dommeren ikke har vanskelig for å forstå problemstillingen. Advokater opplever å bli avskåret fra å gi sin redegjørelse til en dommer som kanskje ikke fullt ut har forstått saken. Når det gjelder saksøkers ansvar for å dra lasset, er det «*naivt å tro at en saksøker skal utlegge saken i et slikt omfang at dette tar full høyde for saksøktes synspunkter*». ¹²⁹

¹²⁵ Advokatforeningens høringsuttalelse s.9

¹²⁶ l.c.

¹²⁷ l.c.

¹²⁸ l.c.

¹²⁹ l.c.

Slik advokatforeningen ser det bør partenes innledningsforedrag generelt ikke beskjæres, fordi «*det er helt nødvendig at partene kan fremstille saken helhetlig (med sin vinkling). Innledningsforedragene er de viktigste i saken(...)*» (min uth.).¹³⁰

Med hensyn til mulighetene for forlik under rettsforhandlingene, pekes det på at å legge til rette for dette er lite realistisk «*dersom den ene part føler at man ikke har fått anledning til å legge frem sitt syn. I så fall er det nærliggende for parten å avvente utviklingens gang, fremfor å gå inn i realistiske forliksforhandlinger tidlig.*»¹³¹

Advokatforeningen uttaler at at å «*starte en rettssak med en markert forskjell mellom innleggene fra begge sider er ikke tillitskapende, jf. § 1-1, og i dårlig samsvar med prinsippet om Equality of Arms i EMK art. 6. I praksis synes § 9-15 (3) annen setning kun å overleve ved at den i liten grad praktiseres. Dette er en meget uheldig rettstilstand*» (min uth.).¹³²

3.2.3 Forslag til endringer

På denne bakgrunn vil Advokatforeningen gå inn for følgende endringer i tvisteloven hva gjelder rettens klarlegging:

«*[D]et [bør] overveies om dommere bør gis bedre opplæring i sitt innledende innlegg, slik at det settes en bransjestandard, som klientene og advokatene alltid kan være forberedt på.*»¹³³

¹³⁰ *ibid.* s.10

¹³¹ *l.c.*

¹³² *l.c.*

¹³³ *ibid.* s.9

Når det gjelder partenes innledningsforedrag foreslår Advokatforeningen for det første at «§ 9-15 (3) annen setning om at 'saksøktets innlegg ... skal fortrinnsvis begrenses til korrigeringer og suppleringer' **oppheves.**» (min uth.).¹³⁴

For det annet; hvis man ønsker å beskjære innleggene, må det – sett i lys av at at dommeren nå forutsettes å stille forberedt – kunne «*skje ved at dommeren slår ned på det som allerede er sagt/uomtvistet/irrelevant/unødvendig o.l. – m.a.o. en skreddersydd begrensning av unødig tidsbruk.*»¹³⁵

Og for det tredje; dersom lovgiver ønsker å korte ned advokatenes tidsbruk i retten, er det etter advokatenforeningens mening antagelig «*et større innsparingspotensiale ved at det stilles krav om mer fokuserte prosedyrer enn kortere innledningsforedrag.*»¹³⁶

3.3 Presentasjon og slutninger fra intervjuene

3.3.1 Innledning

I del to gjorde jeg rede for sider ved den retoriske og prosedyretekniske teori som har betydning for partenes innledningsforedrag.

I denne delen vil jeg se på hvordan reglene om gangen i en hovedforhandling etter tvisteloven har fungert i de fire årene de har vært virksomme siden 2008, samt gi en praktisk vurdering av innledningsforedragene i lys av retorikk og prosedyreteknikk. Datagrunnlaget for denne fremstillingen er dybdeintervjuer gjennomført med advokater med lengre prosedyreerfaring fra noen av de større advokatfirmaene i Norge. Disse er Terje Granvang fra Arntzen de Besche, Ian W. Kenworthy fra Steenstrup Stordrange, Cato Schjøtz fra Schjødt, Christian Galtung fra Kluge og Harald Hjort fra Hjort. I tillegg har jeg

¹³⁴ *ibid.* s.10

¹³⁵ *l.c.*

¹³⁶ *l.c.*

gjennomført et telefonintervju med direktøren for Domstoladministrasjonen, tidligere advokat og dommer Tor Langbach.

Det sier seg selv at dette grunnlaget på ingen måte er representativt, og ikke egner seg til noen statistisk bearbeidelse. Advokatforeningens høringsuttalelse er langt bredere anlagt i så måte. Det som her følger er en sammenstilling av meninger fra et utvalg brukere på grunnlag av deres erfaringer om gangen i en hovedforhandling etter tvisteloven med hensyn til reglens utforming og praktisering, og deres bruk av og bevissthet omkring retorikk og prosedyreteknikk. Sammenholdt med det som er gjengitt fra høringsuttalelsen, er tanken at intervjuene skal fungere som en *utdypning* av det som der er sagt, og i tillegg tegne et bilde av *den retoriske situasjon* partene i praksis befinner seg i.

Intervjuene ble gjennomført i mars 2012. Alle intervjuene ble foretatt muntlig og tatt opp på bånd. Varigheten varierte mellom 30 min og én time. Spørsmålene som var utgangspunkt for intervjuene, samt forespørselen om intervjuet er vedlagt til slutt i avhandlingen.

3.3.2 Til rettens klarlegging, tvl. § 9-15 (1)

Fordi rettens klarlegging etter lovgivers intensjon skal ha betydning for partenes innledningsforedrag, ser jeg det hensiktsmessig å se på i hvilken grad lovgivers intensjon med hensyn til klarleggingen er oppfylt.

3.3.2.1 Bestemmelsens ordlyd og formål

Tradisjonelt sett har det vært ulike oppfatninger om hvilke forberedelser en dommer skal gjøre i tvistesaker. Selv om dommeren etter det eldre lovregimet nærmest skulle komme som et tabula rasa, og bli belært saken innenfor salens fire vegger, og utelukkende bli formet i sin oppfatning av det som skjedde der, har dette i utgangspunktet alltid vært preget av individualitet. Noen dommere hadde selv om det ikke var påkrevd, alltid lest saken i forkant og skrevet sammendrag av faktum, sortert anførsler og lignende. For de dommerne som etter det gamle regimet satte seg inn i saken på forhånd, representerer ikke den nye loven noen endring i så måte. Dette antas å gjelde særlig dommere i de høyere instanser.

At loven etter sin ordlyd tvinger dommeren til å sette seg inn i saken på forhånd, anses i utgangspunktet stort sett for å være positivt:

Rettens klarlegging kan muliggjøre at eventuelle misforståelser kan rettes opp tidlig. Videre kan klarleggingen gi advokatene en følelse av at retten har forstått det grunnleggende, hvilket gjør det lettere for prosessfullmektigene å velge hva det skal brukes tid på. I tillegg kan det å få ryddet opp i partenes anførsler, påstandsgrunnlag, rettsfakta etc. på forhånd, ofte være avgjørende for gjennomføringen av saken. Jo mer man får ryddet opp før man starter og satt ting inn i den store sammenheng, jo lettere blir det for dommeren å gjennomføre hovedforhandlingen. Dessuten kan dommeren komme bedre forberedt hva gjelder jussen også. Fordi dommere har en allmennpraktikerrolle, treffer hun eller han ikke sjelden på mindre kjente rettsområder. Dersom dommeren i slike tilfelle har drevet selvstudium i forkant, slipper advokatene å bruke tid på å sette dommeren inn i den grunnleggende jussen innenfor det aktuelle området.

3.3.2.2 Praksis

Ifølge advokatene kan man oppleve litt forskjellig dommeratferd med hensyn til hvordan regelen håndteres i praksis. Noen dommere hopper av og til over redegjørelsen, og dersom den holdes gjøres det svært kort. Tiden retten bruker på redegjørelsen ligger for de fleste saker mellom null til ti minutter.

Til tross for den umiddelbare positive mottagelsen av ordningen, og de nevnte fordelene, er den i tilfeller der den utelates, imidlertid ikke alltid savnet av samtlige advokater. En gjennomgående holdning er at prosessfullmektigene legger liten vekt på om retten holder en slik innledende redegjørelse eller ikke, og for enkelte advokat spiller det ingen rolle. Det hender således til og med at advokatene, i arbeidet med fremdriftsplanen under saksforberedelsen, glemmer å ta høyde for at retten skal holde sin redegjørelse innledningsvis. De kan fortelle at de undertiden får et inntrykk av at også dommeren ser på dette som en pliktøvelse, som de gjerne skulle være foruten. Dertil kommer det at det kan

oppleves lite meningsfullt å bruke tid på å fortelle advokatene det advokatene vet best, nemlig hva de har anført.

Da loven var ny kunne man derimot oppleve at en del dommere var loven bokstavtro, og opptatt av å vise at de hadde lest både den og sakens dokumenter, og hvor man i ytterste konsekvens faktisk kunne få følelsen av at de gikk langt i ikke å åpne for at det er nyanser i forhold til hva partene hadde anført. Nå som loven har fungert noen år, opplever enkelte advokater at man er tilbake til gamle dager hvor dommerne etter sin vanlige runde med formalia innledningsvis, knapt gjør annet enn å gi ordet til saksøktes prosessfullmektig.

En fare ved dagens ordning er at en redegjørelse kan gi et skinn av at dommeren har satt seg bedre inn i saken enn hva hun eller han faktisk har gjort. Én advokat kunne fortelle om en dommer som fortalte at han kom på kontoret en halvtime før hovedforhandling og leste stevning og tilsvær.

Ofte kan man derfor sitte med en følelse av at dette er advokatenes redegjørelse og ikke rettens. Særlig gjelder dette de ganger hvor dommeren rutinemessig leser fra sluttinnleggene. I forarbeidene er det riktignok forutsatt at retten ikke nødvendigvis må gi en selvstendig muntlig fremstilling, men kan lese opp deler av disse.¹³⁷ I slike tilfeller vekkes usikkerheten hos advokatene med hensyn til i hvilken grad dommeren *faktisk* har fått med seg saken, og vet det han trenger å vite før saksøker gis ordet. Skal lovens formål oppnås, må dommeren legge pennen ned, se på advokatene, og redegjøre med egne ord for hva saken dreier seg om.

3.3.2.3 Forutinntatt dommer?

Nå er det ikke alle advokater som vil at dommeren skal være uhildet, men derimot stille forberedt og vite partenes posisjoner. Man kan anføre at dommeren kommer *mindre* forutinntatt ved å ha lest de ulike kryssende og meningsutvekslende prosesskrifter.

¹³⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s.190-191

Dessuten er det i en rekke saker viktig at dommeren går aktivt inn i saksforberedelsen, f.eks. der dommeren skal vurdere oppnevnelsen av sakkyndige.

Blant de fleste advokatene fremholdes imidlertid egenverdien av at en trent dommer, med et sunt skjønn, lar seg påvirke av det vedkommende ser og hører i retten, og ikke kommer forutinntatt ved å lese for mye på dokumenter, og derved gjøre forhastede slutninger.

Hvorvidt det er en fare for at dommeren blir forutinntatt, kan avhenge av ulike sakstyper. I saker hvor f.eks. troverdigheten av vitneforklaringer står sentralt, vil det være vanskelig for dommeren bevisst eller ubevisst å danne seg en oppfatning på forhånd med grunnlag i prosesskriftene. Er det derimot for det meste snakk om rene dokumentbevis, er faren for at dommeren bestemmer seg på et tidlig tidspunkt større.

I den forbindelse har det de senere år basert på effektivitetshensyn, skjedd en uthuling av muntlighetsprinsippet til fordel for innslag av skriftlighet, blant annet ved at man nå i stor utstrekning tillater skriftlig saksforberedelse, redegjørelser, skriftlige erklæringer og disposisjoner. Dagens ordning kan på denne bakgrunn favorisere de som er skriveføre og gode til å posisjonere seg ved at ordningen gjør det til viss grad mulig for en part å skrive mye, vidløftiggjøre og prosedere. Fare kan særlig oppstå der partene ikke matcher hverandre i nivået de legger seg på i saksforberedelsen. Noen er veldig ordrike og skriver langt, og tar allerede litt av prosedyren og parts-/vitneforklaringer i prosesskrifts form, mens andre velger en knapp form. Den som ikke er like flink til å posisjonere seg kan lett bli sårbar for en som legger stor vekt på det skriftlige, da det kan åpne for en risiko for at det som ikke gjendrives skriftlig for dommeren blir stående som sannsynlig.

3.3.3 Til saksøktes innledningsforedrag, tvl. § 9-15 (3)

Advokatene ble spurt om i hvilken grad de anser tvl. § 9-15 (3) for å være i overensstemmelse med prinsippet om «equality of arms», jf. EMK art. 6 (1).¹³⁸

¹³⁸ Jf. punkt 2.2

For det første kan man hevde at problemstillingen kan hende er mer teoretisk enn praktisk. Ikke alle advokatene har da heller tenkt nøye gjennom problemstillingen, som til tross for sin noe akademiske utforming kan fungere som en interessant illustrasjon på partenes styrkeforhold under prosessen.

Det er på dette området en viktig forskjell mellom hvordan loven er formulert og hvordan den praktiseres. Ved en vurdering av bestemmelsen må det derfor skilles mellom bestemmelsens ordlyd og utøvelsen av bestemmelsen i praksis. Jeg ser først på bestemmelsens ordlyd.

3.3.3.1 Bestemmelsens ordlyd

Advokatene deler seg på midten i synet på bestemmelsens formulering. Den ene halvpart mener at lovens ordlyd i tredje ledd er nokså håpløs, mens den andre halvdel av de spurte ikke ser problemet med bestemmelsen. Jeg kommer tilbake til hvorfor det forholder seg slik.

Lovens formulering og hensikt er slik flere advokatene ser det, *ikke* «equality of arms», da de hevder at den går ut over balansen mellom partene. Bestemmelsen er utfordrende i den forstand at den ikke gir saksøkte samme rom som saksøker for bruk av tid, bredde og dybde i utlegningen av saken som saksøker. Hovedforhandlingen er en kamp om dommerens gunst, hvor alt koker ned til at det er om å gjøre å få dommeren på sin side, med de virkemidlene man har til disposisjon. «Equality of arms» tilsier som kjent at det skal være likeverdige adgang til å bruke påvirkningsteknikker (i.e. de samme «våpen») i retten.

Saksøkte får i henhold til lovens bokstav en dårligere anledning til å legge frem sin sak. Det har som nevnt vært diskutert når en dommer bestemmer seg, og hvis saksøkte bare skulle få komme med korte korrigeringer og suppleringer så ville saksøker få banen helt frem til prosedyren. All den tid noen dommere bestemmer seg på et tidlig tidspunkt, så kan det få store konsekvenser for saksøkte. Hvis saksøkte er uenig i den agendaen som saksøker har satt, må saksøkte av den grunn få bruke tilsvarende krefter (våpen) som saksøker til å rette opp inntrykket, og få dommeren inn på det saksøkte mener er det riktige sporet. Man kan si

at lovens formulering kanskje til og med burde vært motsatt; saksøker presenterer et bilde, og det er det tyngre for den som kommer etterpå å forsøke å snu det.

Det minnes om at innledningsforedragene ikke alltid behøver å ligge på 1-2 timer. For de største sakene kan et innledningsforedrag strekke seg over flere dager. På den tiden har dommeren god tid til å bokstavelig talt sove på saksøkers versjon av saken.

Dommeren, som andre mennesker leter etter mening, så jo mer dommeren har forstått historien, desto mer får man den virkning at hun eller han mentalt monterer noen filtre. Det som ikke stemmer med denne historien av det som kommer etterpå, filtreres bort.¹³⁹

Å tro at saksøker skal kunne gi en objektiv fremstilling av både egne og motpartens synspunkter, er til en viss grad naivt. Det er ikke enkelt å skulle prosedere motpartens sak, så man kan ikke forvente at saksøker skal kunne gi en god og fullstendig redegjørelse for sin motparts synspunkter. At saksøkte deretter skal begrense seg til korrigeringer og suppleringer er derfor nesten for mye forlangt. «*Korrigeringer og suppleringer*» vil da alene ikke være nok til å bringe ham ut av fortellingen (hypotesen) som saksøker har oppstilt.

De advokatene som derimot ikke helt ser problemet med bestemmelsen anfører for det første at saksøktes innledningsforedrag i utgangspunktet *skal* være kortere. Også etter tvistemålsloven skulle saksøker gå grundigere gjennom saken enn saksøkte. Dertil kommer at saksøkte ikke skal belære retten saken i like stor grad. Dette er det saksøker som har hovedansvaret for. Det er saksøker som «bærer» saken. Det er derfor naturlig at saksøker får noe lenger tid enn saksøkte på innledningsforedraget.

Videre mener advokatene som ikke ser et problem at traktatbestemmelser om menneskerettigheter ikke bør tolkes alt for vidt. At EMD skulle komme til at den norske

¹³⁹ Jf. punkt 2.5.5 om «confirmation bias».

bestemmelsen om at «man skal begrense seg til å si det viktigste» er i strid med EMK art. 6(1) er nærmest utenkelig. Enhver prosessordning må ha rom for å gjøre den så effektiv som mulig så lenge det ikke er utenfor rammen av det rimelige. Et innledningsforedrag dreier seg om å legge fram en sak og et faktum til en dommer. Lovbestemmelsen har i dette henseende ikke redusert saksøktets rettstilling. Det at advokaten skal effektivisere sin gjennomgang fratar ikke klienten noen rettssikkerhet eller reduserer den på noen måte. Så lenge saksøkt er enig i det faktum som saksøker har lagt frem, verken svekkes eller styrkes saksøktets posisjon ved at prosessfullmektigen da kun viser til det som er sagt.

Kravet om likebehandling innebærer nemlig ikke nødvendigvis at partene skal ha ordet like lenge. Bårdsen & Nordén skriver at *«hvis saksøkerens innlegg har vært prosederende, må saksøkte gis rimelig anledning til imøtegåelse. Rettferdig behandling etter § 1-1 og EMK artikkel 6 (1) forutsetter prosessuell likebehandling, men det kreves ikke at partene skal ha ordet like lenge.»*¹⁴⁰

I henhold til fremstillingen av «equality of arms» -prinsippet i punkt 2.2, skal altså saksøkte gis anledning til å imøtegå saksøkers argumentasjon. All den tid argumentasjon tradisjonelt sett ikke hører hjemme i et innledningsforedrag, men i prosedyren, er det ingen argumentasjon for saksøkte å imøtegå. Dette skrift har imidlertid forsøkt å vise at ikke all argumentasjon er åpenlys. Den beste argumentasjon, og som bør foregripes i saksfremstillingen, er endog den skjulte.¹⁴¹

3.3.3.2 Praksis

Det erkjennes i forarbeidene at partenes uenighet om faktum av og til kan være så omfattende at fremgangsmåten etter loven *«vil føre til en svært uoversiktlig fremstilling, eller at saksøkte har et helt annet perspektiv på de faktiske forhold enn saksøkeren.»* I slike tilfeller bør det *«åpnes for at saksøkte gir sin egen konsentrerte saksfremstilling, og at saksøkte foretar en helt eller delvis ny gjennomgang av de bevis som er blitt ført av*

¹⁴⁰ Bårdsen/Nordén (2008) s.71

¹⁴¹ jf. punktene 2.4.1 og 2.4.3.4

saksøker.»¹⁴² I enkelte saker kan partene altså ha så fundamentalt forskjellig syn på saken at det er nødvendig for saksøkte å gi en mer sammenhengende alternativ fremstilling. Til tross for dette «unntaket» som forarbeidene åpner for, fryktet enkelte før tvisteloven trådte i kraft at dommerne ville holde seg til lovens hovedregel.¹⁴³ I dette punktet vil jeg se på hvorvidt frykten var berettiget.

Advokatene ble spurt om i hvilken grad saksøktes fremstilling i praksis er begrenset til kun korrigeringer og suppleringer.

Det fremkommer at saksøktes innledningsforedrag under det nye lovregimet for alle praktiske formål er det samme som etter det gamle. Nesten samtlige av advokatene kan fortelle at § 9-15 (3) ikke er gjennomført i praksis – hvilket i henhold til det som er sagt i forrige punkt, av de fleste anses som en stor fordel.

Følgelig legger advokatene ikke opp innledningsforedraget annerledes enn slik de gjorde før. De gjør som de vil, og slik de alltid har gjort. Flere forteller at man av og til sitter og hører på dommere som er sin lov tro og holder sin oppsummering, og samtidig forøker å formane advokatene til å begrense seg til det som måtte være omtvistet osv. Men all erfaring tilsier at advokatene til tross for en slik formaning holder frem som de stevner. De fleste av de spurte har nemlig den selvtillit at de kjører opplegget sitt selv om dommeren ber advokatene om å begrense seg: «Når jeg er saksøkt har jeg et innledningsforedrag som er kliss makent som etter det eldre regimet. Av og til blir det påtalt, men... ja... så går man videre», uttaler en av advokatene.

De som taler for at ordlyden er i strid med likebehandlingsprinsippet erkjenner at *praktiseringen* av den ikke støter an mot et «equality of arms» -prinsipp. I praksis jevnes ubalansen ut. På grunn av at ordlyden er skjev, er retten i liten grad «på» saksøkte, hvis

¹⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s.190

¹⁴³ Boye (2004) s.233

saksøkte er litt for lang i forhold til hva som er i overensstemmelse med lovens ordlyd. Jeg skal i det følgende utdype dette nærmere.

Når man er på saksøktes side og skal holde innledningsforedrag legges foredraget opp slik at man er sikker på at dommeren har fått med seg alle poengene og resonnementene og dokumentasjonen. «*Jeg vil nesten si at det uforsvarlig å si at 'der og der vil jeg supplere', og 'der og der vil jeg korrigere'. Da sitter jo ikke dommeren med en samlet fremstilling*», mener en av de spurte. Saksøker vil jo ha det i blodet at han skal prosedere klientens sak, og ikke motpartens. Gode advokater gir et nøkternt og ryddig innlegg uten prosedyre, likevel med den vinkling som man vil at saken skal ha. Som saksøkt er man da som utgangspunkt allerede litt på defensiven fordi saksøkers prosessfullmektig har farget bildet. Som saksøktes prosessfullmektig blir oppgaven å snu, eller i hvert fall justere, det bildet. Derfor er det desto viktigere for saksøkte å være sikker på om saksøktes fremstilling er fylldiggjørende forklart.

Til dette som nå er sagt gjelder det visse modifikasjoner. Enkelte advokater opplever nemlig at loven *er* virksom og fungerer, slik at saksøkte får ikke anledning til, slik som i gamle dager, å male hele saken om igjen. Deres erfaring er altså at dommerne tar bestemmelsen bokstavelig, og at dommeren i planmøtet gjør partene oppmerksom på at dette er det de vil ha. Ofte minner dommeren advokatene, særlig de eldre, om lovens orden, da spesielt at saksøkte skal begrense seg til korreksjon og supplement. Jeg skal forsøke å gi en forklaring på hvorfor enkelte advokater opplever det slik.

Loven er uformet på bakgrunn av effektivitetshensyn, nærmere bestemt et ønske om å legge bånd på taletrengte advokater, og å unngå en dobbeltbehandling av hva saksøker allerede har gitt en fremstilling av, noe som er aktverdige formål. Den saksøktes prosessfullmektig vil alltid kunne forholde seg til det saksøkers prosessfullmektig allerede har dokumentert, og av og til er det tilstrekkelig for saksøkte å henvise til dette. På dette nivået reiser bestemmelsen ingen problemstilling.

Men det kan hende at saken er så stor og kompleks at dommeren fraviker dette, for svært ofte vil en saksøkt ha behov for å vinkle et tema annerledes, og derfor gå inn i de samme dokumentene på nytt og lese de avsnitt som man mener er viktige, og peke på den alternative forståelse av de samme dokumentene. Den praktiske betydning av bestemmelsen er svært begrenset, fordi en dommer ikke vil nekte en saksøkt å utlegge noe når han forklarer dommeren at det som følger er vesentlig for rettens bevisbedømmelse. Saksfremstillingen må i henhold til forarbeidene «*være så omfattende at retten blir gitt et forsvarlig grunnlag til å vurdere bevisene og den faktiske og rettslige argumentasjon*», som skal finne sted under partenes prosedyrer.¹⁴⁴

Så hvorvidt lovens formulering følges eller ikke, vil på denne bakgrunn langt på vei avhenge av sakens karakter. Hvor presis saksøker er, og i hvilket spor hun eller han går, vil også være bestemmende for hvor bredt det er nødvendig for saksøkte å gå i innledningsforedraget.

Hvis faktum er *dokumentbasert*, som altså skal avgjøres på grunnlag av dokumentene, kan man ha helt ulike oppfatninger av dokumentasjonen som foreligger.

Er faktum derimot *mundtlig*, og skal avgjøres på grunnlag av forklaringer, så er det begrenset hvor langt man kan gå i innledningsforedraget.

Ofte vil det være to historier – to ulike versjoner – å fortelle. Regelen i tredje ledd passer etter sin ordlyd således best der saken står om rene juridiske tvistetemaer – der det er uenigheter om hvordan jussen må forstås, men hvor faktum stort sett passer godt. Det samme gjelder saker om rettsanvendelsesspørsmål, som man f.eks. ofte har i erstatningssaker, der et skjønn skal utøves på grunnlag av et faktum. Faktum klarer man som regel å kartlegge, uenigheten dreier seg om hva konklusjonen skal bli – hva man skal trekke av det faktum som foreligger. I slike saker vil ikke innledningsforedraget være

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s.399

veldig sprikende, med den følge at saksøktes foredrag kan følge lovens formulering uten at det ut over balansen mellom partene.

Altså spiller sakstypene en stor rolle for advokatenes synspunkter på lovens formulering når det kommer til saksøktes foredrag. Lovens formulering følges i, og er best tilpasset, de saker der innledningsforedraget har mindre betydning, altså mindre saker hvor det er ingen eller liten uenighet om faktum.

Det er engang slik at det finnes de typer saker hvor hovedforhandlingen er ferdig til lunsj, og det finnes de saker hvor hovedforhandlingen kan gå i måneder. «Problemet» er at vi kun har én tvistelov som skal dekke alle typer saker. Derfor hender det at reglene må lempes litt i store prosesser for å fungere på en fornuftig måte.

På spørsmålet innledningsvis angående hvorvidt frykten var berettiget, kan det etter dette svares benektende.

3.3.3.3 Tidsplanens betydning

At praksis i forhold til § 9-15 (3) er den samme som før, innebærer ikke at advokater får det som de vil i å reservere mest mulig tid. Dette ville gått på bekostning av helheten i domstolen med ansvar for en effektiv rettspleie. For å unngå at en av partene bruker urimelig lang tid, skal man nå under saksforberedelsen legge en tidsplan for hovedforhandlingen, se tvl. § 9-10 (2) og § 9-11 (2).

Sett at innledningsforedragene *har* blitt kortere, skyldes det nok derfor vel så mye at man nå skal sette opp en slik plan. Før kunne advokatene holde på svært lenge fordi det for dommeren var vanskelig å stoppe dem. Men nå har dommeren fått en «hjemmel» i form av tidsplanen. Det er grunn til å tro at dommere slår ned på drøye foredrag i større utstrekning nå enn før, fordi de nå har dette verktøyet.

Så hvor har § 9-15 (3) så fått sin betydning? Regelen har først betydning dersom man krangler om denne tidsplanen under saksforberedelsen.

Det er saksøker som normalt setter opp tidsplanen, og som oftest går dette greit, uten konflikt. Det normale er som nevnt at det settes av lengre tid til saksøker enn saksøkte, men likevel ikke slik at saksøkte gis et kvarter for korrigeringer og suppleringer. Normal fordeling er at saksøker får 2/3 av tiden, mens saksøkte får 1/3. Dersom partene er enige, og der sakens art tilsier en slik fordeling, skal det mye til for at dommeren protesterer på denne fordelingen.

Selv om en konflikt om tidsplanen hører med til sjeldenhetene, kan det likevel forekomme, gjerne da fra en part som vektlegger tidlig posisjonering, jf. ovenfor, ved at saksøker påberoper seg bestemmelsen, og saksøkte forsøker å ignorere den. Saksøker prøver da å avskjære motparten til et minimum, fordi dette kan gi saksøker en «upper hand». Man får altså undertiden en strid fordi saksøker vet at det er en fordel å bruke lenger tid.

Majoriteten av advokatene forteller likevel at de på saksøkersiden aldri påberoper seg bestemmelsen i saksforberedelsen, eller opplever at motparten (der denne er saksøker) gjør det. I praksis blir man som oftest enig med motparten om tidsplanen. Tvisteloven legger opp til en hensiktsmessig saksgang og grunnleggende prinsipper om kontradiksjon, og som oftest finner forstandige advokater en samarbeidsordning, og har respekt for hverandres roller. Av egeninteresse bør prosessfullmektigene derfor begrense egne forsøk på å utfordre både dommeren og jussen ved ikke å lage for mange vanskeligheter underveis. Rabulister som skal ha prosessavgjørelser om alt mulig kan til slutt få dommeren mot seg, hvilket er destruktivt med tanke på det overordnede mål som er å få dommeren med seg.

3.3.4 Til sakførsel og retorikk

3.3.4.1 Betydningen av saksfremstillingen for utfallet av saken

Hvilken betydning man anser saksfremstillingen for å ha, henger til en viss grad sammen med hvordan man ser på formuleringen i § 9-15 (3). Tendensen i intervjuene er at jo større vekt man anser saksfremstillingen for å ha, desto skjevare blir ordlyden.

Hvilken betydning saksfremstillingen har for utfallet av saken, er langt på vei et spørsmål om dommerpsykologi, og på hvilket tidspunkt en dommer bestemmer seg. Få dommere vil innrømme at de bestemmer seg etter kun å ha hørt den første parten, men som advokat gjør man seg naturligvis visse refleksjoner om hvordan dommere tenker.

Saksfremstillingens betydning for saken avhenger i likhet med praksis hva gjelder tredje ledd, langt på vei av sakens karakter. Noen saker er slik at de i sin natur bør gå i en viss retning, slik at når dommeren går inn i retten, har hun eller han på bakgrunn av prosesskriftene en mer eller mindre klar holdning i forhold til hvordan saken står, og hva resultatet således bør bli. Således har nok prosesskriftene under gjeldende regime fått større betydning, fordi dommerne tidligere enn før får et inntrykk av hvor «klar» saken er. I noen saker har parts-/vitneavhør avgjørende betydning, i andre saker har de minimal betydning. Er det snakk om dokumentbevis kan det som nevnt kanskje hende at dommeren bestemmer seg på et tidlig tidspunkt. Saker som gjelder hardkokt juss, avgjøres som regel i prosedyren.

Hver sak krever derfor sin tilnærming, ikke bare advokatens sinnelag, men hvordan man legger opp innledningsforedraget. Livets nyanser krever et tilsvarende nyansert saksopplegg. Som en advokat uttrykte det; *«en advokat som bare har én stilart er en dårlig advokat.»*

Uavhengig av sakstypen er oppfatningen blant brukerne at innledningsforedragene allikevel gjennomgående har ganske stor betydning. En av advokatene sitter ofte med inntrykket av at dommeren normalt har bestemt seg etter bevisførselen. *«Det meste er kjørt etter innledningsforedragene»*, mente han. Å spare noe til prosedyren kan følgelig i enkelte saker være en dårlig taktikk.

Dertil hører det at det «mindset'et» man i beste fall lykkes å skape hos dommeren fra starten av, nok styrer mye for hvordan saken vil gå. Et godt innledningsforedrag har betydning ved at de kan sette retten på et tankespor, og skape en viss sympati eller forkjærlighet for saken, historien eller en part.

3.3.4.2 Kjennetegn ved et godt innledningsforedrag

Jeg skal her gi en fremstilling av noen elementer et overbevisende innledningsforedrag inneholder, og hva som for øvrig kjennetegner et godt innledningsforedrag.

Et godt innledningsforedrag kjennetegnes av god pedagogikk, ryddighet og struktur, muntlighet og litt lett prosedyre. Man bør være argumenterende også i saksfremstillingen, dog på en annen måte enn i prosedyren.¹⁴⁵ Prosessfullmektigen skal tale i retten, og følgelig er bevisst stemmebruk av viktighet. Normalt kjennetegnes et godt innledningsforedrag også av at dommeren vet hvor advokaten er i sin fremrykning mot poenget, og at det er tilstrekkelig driv og fremdrift.

Å holde 100 % kontakt med dommeren fremholder samtlige av de spurte som noe av det viktigste en prosessfullmektig bør etterstrebe. Derfor er en muntlig form der øynene og tankene er fri fra papiret så viktig. Sakførsel i hovedforhandling koker ned til *kommunikasjon*. Derfor bør advokaten ha et åpent og imøtekommende kroppsspråk, utvise ydmykhet for dommerens rolle og motpartens sak, ha evne til å fremstille de sentrale delene, og til å skape forståelse hos dommeren.

For å skape forståelse bør advokaten være tydelig og klar slik at dommeren skjønner hva man driver med, og at det ikke er tvil om hva standpunktet er og hva den bygger på. Har man en rotet og fomlet innledning, kan det bidra til at dommeren fort mister interessen og sympatien for saken. Verdien av å være klar og tydelig fra starten av kan ikke overdrives.¹⁴⁶ Derfor bør foredraget være «to the point», slik at det relevante faktum og de rettslige anførsler kommer tydelig frem – «less is more». For at foredraget skal være godt må prosessfullmektigen kunne kjenne saken til fingerspissene.

¹⁴⁵ Jf. punkt 2.4.3.4

¹⁴⁶ Jf. punkt 2.4.3.4

Videre virker fremstillingen som nevnt mer overbevisende ved bruk av nøkternt språk. Av troverdighetsgrunner bør man derfor ikke si noe det ikke er dekning for og unngå bruk av ord som «åpenbart», «det er klart at» etc.

Den optimale saksfremstillingen faller sammen med det som er en god spenningskurve. Et innledningsforedrag skal jo helst være en spennende fortelling om et stoff som får seg opp mot noe dommeren skal ta stilling til. Å holde en spenningskurve, slik at dommeren ikke opplever saksfremstillingen som en ørkenvandring, er ofte en utfordring for en advokat. Spenningen kan holdes oppe blant annet ved hjelp av en kronologisk fremstilling som bygger opp mot et klimaks, og ved ikke å avsløre alt i innledningen, men antyde hva som vil fremkomme under bevisførselen og prosedyren.

Selv om det er viktig å være klar og tydelig, kan antydningens kunst til tider være virkningsfull. Man bør helst ikke tre argumentasjonen ned over dommeren. Det beste er å fremstille argumentasjonen som forslag til løsninger. Ved å la dommeren få vite hvor man vil uten å si det, åpner man dessuten for aktivitet i dommerens sinn. Således kan man overvinne noe av avstanden mellom skranke og dommerstol.

Advokater kan undertiden bli grepet av sin egen saksfremstilling, og beruset av sin egen argumentasjon. Selv om man helst bør unngå teatraliske fakter, bør en prosedyreadvokat ha evne til å mobilisere engasjement, indignasjon eller sympati uten vanskeligheter.

Enkelte av advokatene fremholder at det viktigste er å spisse problemstillingen riktig; hva er sakens kjerne? Hva er det *egentlig* vi snakker om her?

En sak blir gjerne avgjort på grunnlag av et hovedargument.¹⁴⁷ Evnen til selv å oppdage sakens hovedargument er en vesentlig egenskap for en advokat, og det betegnes gjerne med ordet *judicium*.¹⁴⁸ For tankens skyld behøver ikke «sakens kjerne» bare å være noe man

¹⁴⁷ Boye (2007) s.103

¹⁴⁸ Hjort (2007) s.34

som rettsanvender må *oppdage*, men det kan like fullt være hvordan man mener saken skal *defineres*. Dette kan gjøres f.eks. ved å hevde hva som er «realiteten i saken», og gjøres heller ikke sjelden. Å *finne* det vitale punkt er på ingen måte så enkelt som det høres ut, men det gir i alle tilfelle den prosederende advokat noe å tenke på ved opplegget av foredraget. Advokaten må nemlig gå ut fra at dommeren reagerer på samme måte som en selv.

Hvordan forsikrer man seg så om at dommeren kan det han trenger å vite? Det kan man aldri få positiv kunnskap om, selv om man etter hvert opparbeider en erfaring med hensyn til å forstå andre mennesker. Det er allikevel noen kontrollpunkter, og igjen koker det ned til kommunikasjon. Prosessfullmektigen bør følge «his lordship's pen»; skriver dommeren noe særlig? Er dommeren med i utdragene eller bevisene når man går igjennom dem? Og kanskje det viktigste av alt; stiller hun eller han spørsmål? Får man en dialog med dommeren? Er det resonans her?

Som det skal ha fremgått er gjengangere i et godt innledningsforedrag nøkternhet, kortfattethet, enkelhet – og å være slik tittelen på NOU'en til tvisteloven foreskriver – rett på sak. Det er dette dommerne ønsker seg. For dommerne er lei av skravlete advokater. Dommerne vil bare høre hva saken dreier seg om. Og det er kanskje den beste strategien en prosedyreadvokat kan ha.

3.3.4.3 Virkemidler ved fremstillingen av saken

Det ideelle er at saksøker gir en så objektiv og nøytral fremstilling som mulig. Men slik er virkeligheten ikke. Advokater skal være talerør for sine respektive parter i en sak. Som nevnt i forrige punkt kjennetegnes et godt innledningsforedrag av saklig argumentasjon på faktum, og en etterrettelig og balansert fremstilling. Man forsøker likevel alltid å bruke de fargestifter som gir det bildet man gjerne vil at dommeren skal legge til grunn for å trekke de riktige slutninger på subsumsjonen. De virkemidler en prosedyreadvokat har til rådighet ved fremstillingen av saken er mange, men det bør nevnes at i hvilken grad advokatene er oppmerksom på sin egen bruk av retoriske virkemidler, nok i stor grad henger sammen med hvor god tid de har hatt til å forberede seg.

Prosessfullmektigene må veilede dommeren med hva om kommer og hva som har vært, slik at et ofte brukt virkemiddel er *gjentakelsens kunst*. Først sier man hva man skal si, deretter sier man det. Til slutt sier man hva man har sagt.

I tillegg gjelder det å ha en form som fatter interesse. Foredraget bør ha en viss trøkk ved at det gis litt punch i det som sies. Ha fokus på veltalenhet, i betydningen en ryddig og ordentlig saksfremstilling – effektiv tale.

Flere av advokatene fremholder viktigheten av en god disposisjon. I tillegg til disposisjon skrives også ofte manuskript. Disposisjonen er essensen av et slikt manus.

Når det gjelder utformingen av disposisjonen ser man mange variasjoner. Noen benytter seg av til dels svært fyldige disposisjoner, slik at man kan lese ut av disposisjonen hva standpunktet er. Noen disposisjoner har til og med karakter av å være et skriftlig innledningsforedrag, til tross for at det her går en grense med hensyn til hvor grundig den kan være uten å komme i konflikt med muntlighetsprinsippet, jf. § 9-14 (2) tredje punktum. Det kan være en vanskelig balansegang. Advokatene er oppmerksomme på muntlighetsprinsippet, men opplever ikke at dommerne slår ned på en disposisjon av den grunn.

Det kan skje at dommere ber om en fyldig disposisjon, altså mer enn bare stikkord. Og enkelte ganger skrives viktige avsnitt fullt ut. I hvert fall sentrale punkter som av forskjellige årsaker er viktig å ha stående der, blant annet hvis det er noe veldig kronglete eller vanskelig. Ved henvisning til dokumenter, kan viktige sitater være lagt inn i disposisjonen for innledningsforedraget og prosedyren, for å få det til å feste seg hos dommeren. Og man slipper som regel unna med det. Det bør nevnes at på grunn av den uheldige utvikling man har sett i omfanget, detaljeringsgraden, inntak av sitater og formen

på disposisjonene, er «*Høyesterett(...) nå innstilt på å reagere mot disposisjoner som ikke fyller tvistelovens krav til hjelpedokumenter.*»¹⁴⁹

Andre hjelpemidler som knytter seg til det visuelle, kan også være nyttige midler. Det visuelle fester seg. Gjennom en tegning eller en tidslinje kan man lettere få forklart retten saken, og hvis det man har skrevet i tillegg blir stående på tavla gjennom hele saken, er det et heldig frynsegode. Av samme grunn hender det at gjenstander en sjelden gang tas med, for å vise hva saken handler om og hva man snakker om. Det kan også være en idé å legge fram bilder. I tilfelle gjøres det som en del av prosesskriftene.

Andre retoriske virkemidler er bruk av retoriske spørsmål, bruke tid – nøle – slik at enkelte partier synker inn.

Noen av advokatene nevner at det av og til er på sin plass med noen treffende *eksempler*, for å illustrere noen problemstillinger. Andre kaller det å trekke *parallelleler*. I begge tilfeller brukes de som nye innfallsvinkler for å utrykke en mening klarere eller bedre. Slike parallelleler kan til tider lyde fascinerende – det kan være smell i slike parallelleler. Her er det imidlertid en balansegang mellom enkelhet og eleganse. Det første hører som kjent best hjemme i saksfremstillingen, det andre i prosedyren.

Foruten å benytte ros for å ta brodden av slike giftige parallelleler, kan det ofte være på sin plass å komplimentere motparten på ting som ikke er farlig for en; f.eks. «dette var en ryddig saksfremstilling», «jeg slutter meg helt til dette her». Ros kan gi et inntrykk av objektivitet, og en objektiv fremstilling styrker som kjent ethos.

I den forbindelse erkjennes viktigheten av å være gjennomgående skikkelig og redelig, jf. ethos over tid. Fra dag én som advokat bør man bestemme seg for å være ordentlig og

¹⁴⁹ Schei (2008) 15. avsnitt

redelig – både overfor retten og motparten. Da plages man heller ikke av retten av all verdens prosessuelle uvesentligheter.

Flere av de spurte anser det for retorisk riktig å holde innledningsforedraget som om det er en fortelling, og legger da også opp saksfremstillingen som en fortelling i nokså stor grad. For eksempel brukes ikke betegnelsen «saksøker» og «saksøkte», men derimot «Jensen» og «Hansen», eventuelt fornavn.

Andre legger også vekt på å spille på rimelighet og konsekvenser.

3.3.4.4 Dommerens sympati

Én måte å se prosessen på er at dommeren er en slags maskin som anvender sine normer følelsesløst med hensyn til konsekvens og rimelighet. Dette innebærer at dommeren kun er normativt tenkende og lovtro i forhold til at like saker skal behandles likt. I den andre enden er dommeren et menneske av kjøtt og blod, og har et følelsesregister som de fleste andre. Dette innebærer et våkent blikk for den konkrete saks egenart. En dyktig dommer skal helst ha litt av begge deler.

Man skal altså ikke se bort fra at dommere har følelser, noe heller ingen av de spurte gjør. Hvorvidt det fungerer å påkalle dommerens medfølelse eller retttere sagt sympati, avhenger av dommer- og sakstyper.

Én av advokatene kunne fortelle at dommere som går etter hvor følelsene eller sympatien ligger, blir kalt for «hjertedommere». Disse dommerne søker man å unngå. Derfor utføres det ikke sjelden på forhånd en research i forkant av dommerens bakgrunn.

Slike såkalte «hjertedommere» er antagelig i mindretall. Når det gjelder hvordan prosessfullmektigen best kan appellere til pathos hos dommere flest, er det slik at medfølelse skapes best indirekte. Følelse er som kjent mest virkningsfullt når den skapes i tilhøreren selv. Som advokat kan man vekke følelser indirekte på flere måter, blant annet ved å legge ut agn i form av en replikk, et vitne eller et spørsmål.

Sympati kan også skapes indirekte via juridiske argumenter. Et juridisk argument som kan spille på følelsene indirekte er f.eks. bruk av avtaleloven § 36. Det er forskjellige måter å bruke et juridisk argument på, alt ettersom slike hensyn er juridisk relevante. Ofte er det rom for å gjøre bruk av konsekvensbasert argumentasjon og fokusere på tilblivelseshistorien. Konsekvenshensyn kan imidlertid både bygge opp og rive ned. For halvparten av advokatene gjelder det å argumentere *mot* sympati. Disse benytter da gjerne det såkalte «judo-kastet»; bruker motpartens argument mot ham selv.

I noen saker er rommet for å spille på følelser større, for eksempel en sak om erstatningsansvar hvor man skal vurdere uaktsomhet. Her må man appellere til forståelse for skadevolderens atferd i øyeblikket, og påkalle dommerens følelser ved å bringe dommeren til å tenke at «det kunne vært meg», jf. punkt 2.5.4 ovenfor.

3.3.4.5 Forslag til tidsbesparelser

Advokatforeningen foreslår at man i stedet for å kutte ned på innledningsforedragene, har mye å spare når det kommer til prosedyrene, jf. punkt 3.2.3. I dette avsnittet skal jeg redegjøre for noen øvrige forslag som fremkom i intervjuene med hensyn til tidsbesparelser i hovedforhandlingen.

Det generelle syn er i motsetning til høringsuttalelsen ikke å skjære ned på prosedyrene. De er som regel korte nok. Den beste prosedyre er den korte. Et sted det derimot er tid å spare er i parts- og vitneforklaringene.

Enkelte advokater synes *dommere* under saksforberedelsen i for liten grad er kritiske til antallet vitner retten tillater ført (altså omfanget av vitneførselen), og hvilke spørsmål man skal bruke tid på. De skulle ønske at retten brukte den kunnskap om saken den tilegner seg under saksforberedelsen til å være kritiske til vitners relevans. Under det forrige regimet var det vanskeligere for retten å mene noe om dette. Nå skal imidlertid dommeren i følge lovens system ha et bedre grunnlag enn før, og da hadde det vært naturlig om retten også i

denne siden av saksforberedelsen var mer aktiv enn før. Til tross for dette har det skjedd lite på dette punkt.

Andre advokater hevder det er vanskelig for dommeren å vurdere hvor viktig en forklaring er bare ved å se en skriftlig fremstilling i saksforberedelsen. Flere har aldri opplevd at en dommer har bedt en part om å droppe et vitne. Så i stedet for at dommeren er mer «på», bør heller *advokatene* bli mer kritiske i sin vurdering av vitners relevans.

3.3.5 Consilium til saksøkt i lys av dagens regime

Jeg vil i dette punkt ta for meg hva intervjuene sier om hvilke muligheter som foreligger og hva man som saksøkt bør gjøre i lys av den retoriske situasjon som dagens prosessordning skaper.

Før jeg ser på hvordan man som saksøkt får større albuerom med hensyn til taletid, vil jeg gi en fremstilling av hvilke fordeler saksøkte har ved å tale først.

3.3.5.1 Fordeler for saksøkte ved å tale sist

Det er ikke bare negativt å tale som nummer to. Å få anledning til å tale sist kan tvert i mot være en svært god posisjon.

Hvilke muligheter det ligger for saksøkte i å tale som nummer to, avhenger i stor utstrekning av det konkrete saksforhold. Allikevel kan man på et generelt grunnlag si følgende om fordelene ved å tale som nummer to:

For det første, og kanskje mest innlysende, er at saksøkte får siste ord i saken, og er således den siste retten hører før den trekker seg tilbake for å avsi dom.

For det annet; til tross for at dommeren skal ha satt seg inn i saken, så er det jo begrenset hvor godt dommeren kan kjenne den (igjen varierer dette fra dommer til dommer) saksøker vil bane veien, bruke tid på å forklare og svare på spørsmål; ting som ikke er så lette å forstå. Derfor skjer det ofte at saksøker bruker hele sitt innledningsforedrag på å lære retten

saken, uten rom eller tid for å gi saken en objektiv slagside. I slike tilfeller kan det som saksøkt være behagelig å komme som nummer to – til dekket bord. *Retten forstår nå hva saken dreier seg om, men nå ønsker den å få vite hvem som har rett.*

For det tredje foreligger det muligheter dersom saksøker har gitt en noe uryddig fremstilling. I iveren etter å være klar og tydelig så hjelper man nok saksøker for mye, ved å oppklare og si ting som saksøkeren burde ha sagt, og det er ikke alltid like hensiktsmessig. Bedre da å lene seg tilbake og si «dette var veldig uklart» og at man har «store problemer med å se hvor saksøker vil med dette». Å forsøke å oppklare eller hjelpe er strengt tatt ikke saksøktes oppgave.

For det fjerde kommer saksøkers foredrag tidlig i prosessen. Dommeren kan rett og slett glemme saksøkers gode poenger. Vekten av denne fordelene for saksøkte er imidlertid mindre, da saksøker alltid kan rette på dette inntrykket ved å gjenta poengene senere.

For det femte bærer saksøker ofte bevisbyrden, og i alle tilfeller skal saksøker tross alt oppnå noe. Dette innebærer at saksøker har en tyngre jobb, ved at hun eller han skal over en høyere terskel enn saksøkt for å nå frem med det som påstås. Statistisk foreligger det en overvekt av frifinnelsesdommer. Det *er* vanskelig å nå frem og det *skal* være vanskelig å nå frem.

Dersom saksøkte gis en rimelig mulighet til å legge frem saken sin, kan det for gode advokater ligge fordeler i det å tale sist. På bakgrunn av det som her er sagt, kan man forstå advokaten som uttalte at «*jeg trives best som saksøkt.*»

Til tross for disse fremstilte fordelene for saksøkt skal man, verken for saksøkers, jf. punkt 2.4.3.5, eller saksøktes del, overdrive betydningen av talerekkefølgen. Direktøren for Domstoladministrasjonen, Tor Langbach, uttaler i denne tilknytning at «*det viktigste er ikke rekkefølgen man taler i, men den retoriske kompetansen man innehar.*»

3.3.5.2 Taletid

Problemet for saksøkte er at man aldri kan være sikker på hvordan saksøker vil legge opp saken i retten. I tiden før hovedforhandling er derfor saksøkte nødt til å forberede et innledningsforedrag – manuskript og disposisjon – som dekker hele saken, klar til å utlegge alle sider av den. Når tiden for hovedforhandling er kommet, legger saksøkte frem disposisjonen for retten, og forteller at den er blitt til for at retten skal få hele saken servert – fordi man ikke vet hva saksøker kommer til å si, likevel slik at man selvfølgelig vil begrense sin gjennomgang til de viktige tingene. Det vil ikke bli gjentatt eller dokumentert på nytt det som saksøker har gjennomgått allerede – hvis han har gjort en god jobb. Men noen ganger så kan man jo som saksøkt mene at saksøker *ikke* har gjort en god jobb, for eksempel fordi man har et helt annet perspektiv på saken. I de tilfellene blir man nødt til å kjøre et mye bredere og tidkrevende opplegg, hvilket ofte vil innebære å gå inn i enkelte passasjer i dokumentasjonen som står sentralt i saken, gjenta det som er sagt fordi man mener det er viktig, knytte tilleggskommentarer og lignende, for forklare hvordan *saksøkte* ser på saken. Flere av advokatene har til gode å møte en dommer som ikke gir dem den tid de ber om hvis retten forklares hvorfor. Da en grunnleggende forståelse for detaljene er avgjørende for rettens bevisvurdering, vil en forstandig dommer aldri sette lovens formulering på spissen og nekte en saksøkts prosessfullmektig å forklare et tema som har betydning for denne.

3.3.5.3 Saksøktes foredrag

Jeg har snakket mye om hvilke muligheter saksøker er gitt og dommerens rolle. En stor del av det som er sagt gjelder også for saksøktes foredrag. For eksempel gjelder hva som kjennetegner et godt innledningsforedrag og virkemidlene ved fremstillingen, tilsvarende for saksøkte. Den retoriske situasjon er imidlertid forskjellig for den som taler sist, enn den som taler først.

Kjernen i saksøktes oppgave er å vise det uriktige i motpartens argumentasjon. Jeg vil i dette punkt se på noen særtrekk ved saksøktes foredrag som støtter dette formål.

Etter at saksøker har hatt ordet, bør saksøkte begynne med å rydde plass i dommerens sinn for det innlegg hun eller han selv akter å fremføre, «for liksom sinnet ikke er åpent og imøtekommende overfor et menneske som på forhånd har vært gjenstand for mistenkeligjørelse, så er man også reservert overfor en tale om man har den oppfatning at motparten har talt godt», hevdet Aristoteles.¹⁵⁰

Scalia & Garner skriver at «*an appellant's points that have been warmly received (...) or that are inherently strong, must be answered at the outset, especially if they are points that render your principal argument academic. You must 'make space' for the court's acceptance of your argument by eliminating these prior impediments*» (min uth.).¹⁵¹

Noen ganger kan det være lurt å begynne forsiktig, og la retten etter å ha hørt saksøker få tid til å omstille seg. Dersom man har lite ethos, en dårlig sak, og en uvennlig dommer, kan den indirekte innledning være spesielt viktig. En indirekte innledning er en slags strategisk avledningsmanøver, nærmere bestemt en omveisstrategi.¹⁵²

Andre ganger kan det være lurt å gå hardt ut, særlig der man har fått en verbal knockout.¹⁵³ I slike tilfeller bør man reise seg og gå rett til angrep, og starte med å vise at innvendingene som er uttrykt er lite holdbare; «dette er det saksøker tar feil på».

Når det gjelder argumentasjonens struktur bør man starte med de sterke argumentene, fortsette med de svakere, og avslutte med de sterkeste. Denne oppbygningen er, som retoriske regler generelt, ikke ufravikelig. Allikevel bør man i alle tilfeller ikke gå fra de sterkeste argumentene og avslutte med de svakeste. Til dette kommer at sisteinntrykket huskes som oftest best.

¹⁵⁰ Jor (2003) s.78

¹⁵¹ Scalia/Garner (2008) s.170-171

¹⁵² Jor (2003) s.62

¹⁵³ *ibid.* s.78

4 AVSLUTNING

4.1 Sammenfatning og konklusjon

Problemstillingen for avhandlingen var i hvilken grad fremgangsmåten for partenes innledningsforedrag etter tvisteloven av 2005 medfører en ubalanse mellom partene med hensyn til de retoriske muligheter som foreligger til å overbevise, og hvilke særlige utfordringer man som saksøkt står ovenfor i den retoriske situasjonen innledningsforedragene skaper.

Som avhandlingen har vist, gir fremgangsmåten for partenes innledningsforedrag etter *ordlyden* i tvisteloven av 2005 saksøker et tidlig overtak i forhold til de retoriske og prosedyretekniske muligheter som finnes for å overbevise. Jeg har ved hjelp av retorikk, prosedyreteknikk og dybdeintervjuer, pekt på noen av de muligheter til overbevisning som finnes, og dermed belyst den umiddelbare skjevhet som etter dagens ordning potensielt kan oppstå i forholdet mellom partene allerede i hovedforhandlingens første fase. Vi har sett at overbevisning ikke skjer på grunnlag av rettslige argumenter alene, men at det i tillegg foreligger andre elementer i en beslutningsprosess som også spiller en rolle. Det kan virke som om lovens formulering innebærer en undervurdering fra lovgivers side av innledningsforedragenes betydning for utfallet av en sak.

Utformingen av tvl.§ 9-15 (3) er ment å spare tid, men som vi har sett så har loven etter alt å dømme ikke klart å gjennomtvinge en endring i *praksis*. Ingen av de spurte advokatene har endret sin prosessadferd. Da lovens formål er å spare tid, men praksis er den samme som etter forrige lov, kan lovens formål følgelig ei heller sies å være oppfylt.

Dette skyldes at i den enkelte sak, hvor realiteter og praktiske behov veier tyngre en det loven forsøker å fortelle at de skal gjøre, er det vanskelig å håndheve at dommeren, i overensstemmelse med lovens ordlyd, skal få nesten alt fra saksøker og nesten ingenting fra saksøkte. For til syvende og sist handler et innledningsforedrag om Kampen om den grunnleggende forståelsen av saken.

5 Litteraturliste

- Aal, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2.utg. Oslo 2007.
- Anners, Erik. *Den europeiske rettens historie*, Oslo, 1983.
- Birkett, Lord Norman. *Seks store advokater*, Oslo, 1965.
- Blandhol, Sverre. Retorikk og juss, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 04/2003 s. 499.
- Boye, Knut. *Sakførsel* 3. utg. Oslo, 2004.
- Boye, Knut. Om sakførsel og retorikk, Hans Ivar Kristiansen og Odd Nordhaug *Retorikk, juss og rettferdighet* 2007 s. 95.
- Bårdsen, Arnfinn og Dag Bugge Nordén. På talefot med tvisteloven, *Jussens Venner* 01/2008 s. 70.
- Du Cann, Richard. *The Art of the Advocate*, Harmondsworth, 1980.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen Oslo, 2001.
- Fisher, Roger og William Ury. *Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in*, Random House, 1999.
- Graver, Hans Petter. *Rettsretorikk – en metodelære*, Oslo, 2007.
- Graver, Hans Petter. *Juridisk overtalelseskunst*, Oslo, 2008.
- Graver, Hans Petter. *Rett, retorikk og juridisk argumentasjon*, Oslo, 2010.
- Hjort, Johan B. *Prosedyreteknikk – herunder parts- og vitneavhøringer*, Oslo, 2007.
- Holberg, Ludvig. *Storkens og Høgens Moralske Tale* 2012 Arkiv for dansk litteratur, URL:http://www.adl.dk/adl_pub/pg/cv/ShowPgText.aspx?nnoc=adl_pub&p_udg_id=38&p_sidenr=393 (besøkt 18. mars 2012).
- Hov, Jo. *Rettergang I – Sivil- og straffeprosess*, Oslo, 2007.

- Hov, Jo. *Innføring i prosess I*, Oslo, 2009.
- Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*, Universitetsforlaget, 2003.
- Høyland, Jon. Hva styrer dommerens valg? Irrelevante og ubevisste faktorerens betydning for domstolenes avgjørelser, *Lov og Rett* 01/2003 s. 21.
- Jor, Finn Eivind. *Ordenes herre – en innføring i praktisk retorikk*, Gyldendal, 2003.
- Kjus, Audun. *Sakens fakta. Fortellingsstrategier i straffesaker*, Unipub, 2008.
- Kristiansen, Hans Ivar og Odd Nordhaug. *Retorikk, juss og rettferdighet*, Oslo, 2007.
- Lindell, Bengt. *Notoritet och kontradiktion*, Uppsala, 2007.
- Luvera, Paul N. *A few random thoughts about trial tactics*, 2011
URL: <http://plaintifftriallawyertips.com/a-few-random-thoughts-about-trial-tactics> (besøkt 13.2.2012).
- Michelsen, Hans M. Den juridiske retorikk, Hans Ivar Kristiansen og Odd Nordhaug *Retorikk, juss og rettferdighet*, 2007 s. 85
- National Legal Research Group. *Persuasion at trial: Opening statements* (2012) URL: <http://www.nlrg.com/our-services/jury-research-division/jury-research-publications/persuasion-at-trial-opening-statements/> (besøkt 22.2.2012).
- Nordhus, Alf. *Jeg tar saken*, Oslo, 1967.
- Penne, Sylvi og Frøydis Hertzberg. *Muntlige tekster i klasserommet*, Oslo, 2008.
- Pessoa, Fernando. *Uroens bok*, Oslo, 1997.
- Ryssdal, Anders. Aktiv dommerstyring, *Lov og Rett* 03/2006 s. 129.
- Scalia, Antonin og Bryan Garner. *Making your case. The art of persuading judges*, St.Paul, 2008.
- Schei, Tore. *Disposisjoner til prosedyrer i Høyesterett*
URL: <http://www.domstol.no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Disposisjoner-til-prosedyrer-i-Hoyesterett-/> (publisert i Advokatbladet nr.4/2008) (besøkt 2. april 2012).

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning. Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis* Oslo, 2010.

Stridbeck, Ulf. Muntlighet ved domstol i Norge. Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red), *Muntlighet vid domstol i Norden. En rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse vid domstol i Norden* Uppsala, 2005.

Lover

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

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

Forarbeider

Innst. O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov og mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven

Avgjørelser av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands (27. oktober 1993)

Yvon v. France (24. april 2003)

Vedtak av Tilsynsutvalget for dommere

Vedtak av 15. februar 2011 (TUSAK-2010-92)

6 Vedlegg

Forespørsel om intervju i forbindelse med juridisk masteroppgave

Jeg skriver i nåværende semester ved Det juridiske fakultet i Oslo på en masteroppgave (30 studiepoeng). Min veileder er professor dr. juris Hans Petter Graver (Institutt for privatrett).

Temaene for masteroppgaven er sivilprosess, klassisk retorikk og prosedyreteknikk, nærmere bestemt gangen i en hovedforhandling etter tvisteloven av 2005 (tvl.) § 9-15 sett i et klassisk retorisk og prosedyreteknisk lys. Oppgaven vil ha et overordnet fokus på partenes saksfremstilling (de såkalte innledningsforedragene) etter tvl. § 9-15 annet og tredje ledd, og vil med utgangspunkt i klassisk retorikk og prosedyreteknikk se på fordeler og ulemper ved den nå gjeldende fremgangsmåte for hovedforhandlingen.

I den forbindelse ønsker jeg å intervju advokater med prosedyreerfaring innen sivilprosess. Min forespørsel i denne anledning er om du kunne stille opp til et intervju. Intervjuet vil ta ca 30 min, og er ønskelig i perioden 15. mars til 1. april. Intervjuet vil i utgangspunktet dreie seg om dine erfaringer og synspunkter om partenes innledningsforedrag i hovedforhandlingen (se vedlegg).

Hvis du har mulighet og er interessert kan du foreslå et tidspunkt det måtte passe deg. Ta gjerne kontakt med meg på tlf. x eller e- post; x dersom du har noen spørsmål.

Med vennlig hilsen

NN

Vedlegg 1: Intervjuspørsmål

Spørsmålene nedenfor er kun ment som utgangspunkt for en diskusjon. Hvis det aksepteres vil intervjuet bli tatt opp på bånd.

Dommerens rolle

1. Hvilke ulemper kan den omstendighet at dommeren nå skal kjenne deler av saken før hovedforhandling medføre? Hvordan vurderer du dette forhold opp mot muntlighetsprinsippet?

Tvl. § 9-14 annet og tredje ledd i praksis

2. I hvilken grad erfarer du at innledningsforedragene følger tvistelovens opplegg i § 9-15 annet og tredje ledd?

Forholdet til klienten

3. I hvilken grad erfarer du at din klient opplever prosessen som tillitskapende med hensyn til å få saken sin presentert for retten?

Lovens formål og prinsipper

4. I hvilken grad vil du si at tvl. § 9-15 (2) og (3) er i overensstemmelse med prinsippet om «equality of arms», jf. EMK art. 6 (1)?

Saksfremstillingen

5. Hvilke betydning anser du saksfremstillingen å ha for utfallet av saken?
6. Hvilke fordeler og ulemper ligger i å tale først? Hvilken mulighet ligger det for saksøkte i å tale som nummer to?

Retorikk og prosedyreteknikk

7. Benytter du deg særlige virkemidler for å fremstille saken, og i tilfelle; hvilke anser du for å være spesielt egnet?
8. Hva kjennetegner et godt innledningsforedrag? Hvilke elementer inneholder et overbevisende innledningsforedrag?
9. I hvilken grad er du oppmerksom på din egen eller motpartens bruk av retoriske virkemidler?
10. I hvilken grad benytter du deg av referanserammer, retoriske teknikker og fortellingsstrategier ved struktureringen av rettslige problemer og argumenter?
11. Hvilket perspektiv anser du for å være mest hensiktsmessig å anlegge i saksframstillingen? Dersom din klient er saksøker; fokuserer du på saksøker eller saksøkte?
12. I fremstillingen av saken; omtaler du hendelser i nåtid (presens) eller fortid (preteritum)?
13. Fungerer det å påkalle dommerens medfølelse? (En dommer, som alle andre mennesker reagerer visstnok først med følelsen)
14. «Å prøve seg med veltalenhet overfor en juridisk dommer, er nærmest latterlig.» I hvilken grad er dette utsagnet riktig?
15. Hvor observant er du på å variere talemåte (betoning, volum, tempo etc.)?
16. Kjetil Lund skal ha sagt: «Saken vinnes i løpet av det første kvarteret.» I hvilken grad vil du si at dette utsagnet er treffende?