

**NEKTELSE AV ANKER TIL LAGMANNSRETTEEN I
SIVILE SAKER ETTER TVISTELOVEN § 29-13(2)**

Kandidatnummer:

Leveringsfrist: 25.04.2008

Veileder: Christian H P Reusch

Til sammen 17 942 ord

11.04.2008

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens innhold.....	1
1.1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.1.2	Rettslig plassering.....	2
1.1.3	Den videre fremstilling.....	3
1.2	Silingsregelens betydning – relevante hensyn.....	4
1.2.1	Hensynet bak bruken av rettsmidler	4
1.2.2	Særlig om hensynet til rettsikkerhet.....	5
1.2.3	Hensynet til proporsjonalitet og effektivitet.....	6
1.3	Avgrensninger.....	8
1.4	Veien frem til dagens lovbestemmelse	9
1.4.1	Arbeidet med ny tvistelov	9
1.4.2	Lovforarbeidet med silingsregelen	9
1.4.3	Evalueringsav tvisteloven	11
1.5	Rettskildebildet.....	11
1.6	Særlig om forholdet til straffeprosessloven § 321	13
1.7	Forholdet til folkeretten	16
2	<u>NEKTELSE AV ANKER TIL LAGMANNSRETTE</u>	<u>18</u>
	<u>13(2).....</u>	<u>18</u>
2.1	Tidligere rettstilstand etter tvistemålsloven.....	18
2.2	Anvendelsesområdet til tvl. § 29-13(2).....	19
2.3	De materielle vilkår for ankenektelse	20

2.4	Lagmannsretten må gi varsel om at anke overveies nektet fremmet	27
2.4.1	Varsel som vilkår for ankenektelse.....	27
2.4.2	Hensikten bak varslingsregelen.....	28
3	<u>LAGMANNSRETTENS BEHANDLING AV NEKTELSESPØRSMÅLET</u>	29
3.1	Saksbehandlingen.....	29
3.1.1	På hvilket tidspunkt må silingen finne sted?.....	29
3.1.2	Hvem skal ta stilling til nektelsesspørsmålet?.....	29
3.1.3	Hvordan skal nektelsesspørsmålet behandles?.....	31
3.1.4	Forsvarlig grunnlag for vurderingen.....	32
3.1.5	Særlig om motanke	33
3.2	Nektelsesavgjørelsen treffes ved beslutning.....	34
3.3	Begrunnelse	36
3.3.1	Hensynet bak kravet til begrunnelse.....	36
3.3.2	I hvilken grad må nektelsesbeslutninger begrunnes?	37
3.3.3	Begrunnelse i forhold til folkeretten.....	39
3.4	Adgangen til å anke over nektelsesbeslutninger	40
3.4.1	Hva kan gjøres til ankegrunn?.....	40
3.4.2	Hensynet og begrunnelsen bak regelen om ankeadgang	41
3.4.3	Er ankeadgangen over nektelsesbeslutninger uttømmende regulert i tvisteloven § 29-13(5)?.....	43
3.5	Særlig om forholdet ved begrenset nektelse.....	44
3.5.1	Adgangen til å begrense nektelsen.....	44
3.5.2	Konsekvenser av begrenset nektelse.....	45
4	<u>PRAKTISERINGEN AV SILINGSREGELEN</u>	47
4.1	Domstolens rolle	47
4.1.1	Rettsenheten	47
4.1.2	Muligheten for at silingsregelen anvendes for å regulere lagmannsrettens arbeidsbyrde.....	48
4.1.3	Vil lagmannsretten ha et tilstrekkelig forsvarlig grunnlag for vurderingen?	50
4.2	Silingsregelens betydning i forskjellige typer saker	52

4.2.1	For hvilke typer saker kan man anta at silingsregelen blir mest aktuell?.....	52
4.2.2	Hvilke konsekvenser vil silingsregelen kunne ha for saksmengden i tingretten og i lagmannsretten?.....	53
4.2.3	Vil ankeadgangen være ulik for henholdsvis tvister om formuesverdier og tvister om ideelle interesser?	54
5	<u>DE LEGE FERENDA</u>	56
5.1	I hvilken grad fremstår silingsregelen i tvisteloven § 29-13(2) som en hensiktsmessig og god regel?	56
5.1.1	Innledning.....	56
5.1.2	Har hensynet til rettssikkerhet måttet vike på bekostning av effektivitets- og proporsjonalitetsprinsippet?	56
5.1.3	I hvilken grad vil man oppnå de ressursbesparelser som det legges opp til?.....	59
5.2	Kunne en begrensning i ankeadgangen til lagmannsretten vært løst på en annen måte?	61
5.2.1	Regler om saksomkostningsansvar	61
5.2.2	Tilsvarende anvendelse for reglene om forenklet domsbehandling, jf. tvl. § 9-8.....	62
6	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....</u>	65
7	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	67

1 Innledning

1.1 Avhandlingens innhold

1.1.1 Tema og problemstilling

Adgangen til å påanke tingrettsdommer har tradisjonelt vært vid i sivilprosessen. En slik utstrakt overprøvelsesrett kan sies å representere en viktig rettssikkerhetsgaranti. Også i tvisteloven¹ er hovedregelen at tingrettsdommer kan påankes til lagmannsretten.² Samtidig innføres det her en ny regel som begrenser overprøvelsesadgangen i sivile saker.

Tvisteloven § 29-13(2) hjemler en rett til å nekte anker over tingrettsdommer fremmet for behandling i lagmannsretten.³ Avgjørelsen om å nekte en anke fremmet fattes under saksforberedelsen, av lagmannsretten selv. Konsekvensen av at en anke nektes fremmet er at tvisten kun blir behandlet i én rettsinstans.⁴

Innføringen av silingsregelen er et av virkemidlene som lanseres i tvisteloven for å oppnå en rimeligere og mer effektiv tvisteløsning enn hva som var tilfellet etter tvistemålsloven.⁵ Ønsket om å oppnå et mer proporsjonalt forhold mellom tvistens betydning, og hvor store ressurser man skal bruke på den, har dessuten vært et fremtredende motiv bak regelen.⁶ Innføringen av silingsregelen var gjenstand for mye uenighet under lovforarbeidet. Denne

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

² Jf. tvl. § 29-2(1)

³ Denne nye regelen vil i det følgende vekselvis bli kalt ”silingsregelen” og ”nektelsesregelen”.

⁴ Rettskraftsvirkninger og hva som eventuelt skal fullbyrdes av dommen, må således utledes av tingrettsdommen.

⁵ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (heretter tvml.)

⁶ Jf. NOU 2001:32 Bind A s. 132

uenigheten var først og fremst forankret i spørsmålet om regelen fremstod som rettssikkerhetsmessig forsvarlig.

Jeg vil i denne avhandlingen søke å klarlegge silingsregelens innhold. Jeg vil også foreta en vurdering av regelens betydning, samt sette søkelys på praktiske konsekvenser ved dens anvendelse. Avslutningsvis vil jeg de lege ferenda diskutere silingsregelens hensiktsmessighet, herunder om den fremstår som en god regel.

1.1.2 Rettslig plassering

Vi befinner oss her på sivilprosessens område. Silingsregelen er inntatt i tvistelovens sjette del, i kapittel 29 om anke til lagmannsretten. Tvl. § 29-13(2) gir kun en adgang til å nekte ”dommer” fremmet. Anker mot kjennelser og beslutninger kan bare nektes fremmet etter tvl. § 30-5, og da kun for behandling i Høyesterett.

En tilsvarende silingsregel gjaldt tidligere for anke av sivile saker til Høyesterett, jf. tvml. § 373, tredje ledd nr. 1.⁷ En tilsvarende silingsregel gjelder dessuten for anke over straffesaker til lagmannsretten, jf. straffeprosessloven⁸ (heretter strpl.) § 321.

Tvistelovens § 29-13 inneholder to forskjellige regelsett som begge begrenser adgangen til å få fremmet anker over tingrettsdommer for lagmannsretten. Det ene regelsettet innebærer at lagmannsretten må gi særskilt samtykke dersom anken skal fremmes når ankegjensstanden gjelder en ”formuesverdi” under et fastsatt minimumsbeløp på kr.

⁷ Denne silingsregelen er bortfalt med tvisteloven, og er erstattet med et system hvor Høyesteretts ankeutvalg positivt må gi samtykke for at anken kan skal kunne slippe inn til behandling i Høyesterett jf. tvl. § 30-4.

⁸ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåter i straffesaker

125 000, jf. § 29-13(1). Systemet med ankesumsgrense er en videreføring fra tvistemålsloven.⁹

Det andre regelsettet, som er avhandlingens tema, gir lagmannsretten mulighet til å nekte en anke fremmet etter en summarisk realitetsprøvelse basert på skjønsmessige kriterier, jf. § 29-13(2). Denne forenklete behandlingen av ankesaker er en parallell til reglene om forenklet domsbehandling i tingretten, jf. tvl. § 9-8, hvor tankegangen er å ha en mulighet til å avgjøre opplagte saker på en rask og enkel måte.¹⁰

1.1.3 Den videre fremstilling

Jeg vil i det følgende først redegjøre for de hensyn som gjør seg gjeldende i forbindelse med silingsregelen i punkt 1.2. og nærmere avgrense oppgavens tema i punkt 1.3. Lovforarbeidet vil deretter bli behandlet i punkt 1.4, mens jeg kort vil se på rettskildebildet i punkt 1.5. Forholdet til silingsregelen i straffeprosessen vil bli behandlet særskilt i punkt 1.6 og forholdet til de folkerettslige forpliktelser under punkt 1.7.

Som innledning til avhandlingens hoveddel vil jeg ta utgangspunkt i den tidligere rettstilstand etter tvistemålsloven i punkt 2.1. Jeg vil kun i korthet ta for meg ankeadgangen til lagmannsretten slik den var etter tvistemålsloven. En grundig drøfting av tvistemålslovens system ville falle utenfor denne avhandlingens ramme. Silingsregelens innhold vil så bli redegjort for under punkt 2.3. Under punkt 3 vil jeg ta for meg generelle problemstillinger knyttet til lagmannsrettens behandling av nektelsesspørsmålet, og diskutere i hvilken grad nektelsesbeslutninger kan påankes. I punkt 4 vil konsekvensene av

⁹ Verdikravet beløp seg til kr. 50.000 i tvistemålsloven, jf. § 356. Den betraktelige hevingen er gjennomført for bedre å harmonere med proporsjonalitetsprinsippet i tvisteloven. Verdigransen på kr. 125.000 er ment å representere de samlede normalkostnadene ved en ankebehandling. Forarbeidene fremhever at det som en konsekvens av at ankesumsgrensen er hevet betraktelig, nå må gis samtykke i flere antall saker enn tidligere, jf. NOU 2001:32 Bind B s. 776.

¹⁰ Jf. Schei [et.al] Kommentarutgave Tvisteloven, 2007. s. 415

lagmannsrettens praktisering av silingsregelen bli nærmere behandlet, mens jeg i kapittel 5 vurderer hvorvidt silingsregelen de lege ferenda kan sies å være hensiktsmessig og om den fremstår som en god regel.

1.2 Silingsregelens betydning – relevante hensyn

1.2.1 Hensynet bak bruken av rettsmidler

Domstolenes hierarkiske oppbygning med over- og underinstanser sikrer muligheten til å anke en rettsavgjørelse oppover i domstolssystemet. Slik overprøving tillates av den enkle grunn at dommen i underinstansen kan være uriktig. Årsakene til dette kan være mange, saken kan ha vært for dårlig opplyst, bevisene kan ha vært bedømt uriktig, rettsanvendelsen kan være feilaktig mv.

En av de viktigste konsekvensene av at rettslige avgjørelser kan overprøves er at man derved oppnår flere materielt riktige avgjørelser.¹¹ Overprøving av rettsavgjørelser sikrer en kvalitetskontroll med avgjørelsene i underinstansene, og skaper trygghet for partene om at rettsvister får en forsvarlig behandling og et riktig resultat.¹² Dessuten vil vissheten om at avgjørelsen kan overprøves kunne være en motivasjonsfaktor for dommene i underinstansene, og således indirekte virke for at kvaliteten på avgjørelsene holder en høy standard.

Retten til overprøving kan på den annen side ikke være helt ubegrenset. Hensynet til en hensiktsmessig og forsvarlig ressursbruk tilsier at både domstolene og partene bør avstå fra å bruke tid og penger på saker som er tilfredsstillende behandlet og avgjort i underinstansen. Domstolsbehandling er kostnadskrevende både for partene og for samfunnet. Dersom alle anker ubetinget skulle slippe inn til ankebehandling, ville dette

¹¹ Jf. Skoghøy, *Tvistemål*, 2001 s. 855

¹² Jf. NOU A s. 345

medføre et stort press på ankeinstansene på grunn av manglende ressurser. Dette ville igjen kunne medføre at domstolenes evne til å løse konflikter totalt sett ville bli skadelidende. På den annen side er det viktig å sikre at de sakene som fortjener å overprøves, faktisk blir det, og det innen rimelig tid.

Tvistelovens system er at adgangen til å anke rettslige avgjørelser er avhengig av avgjørelsens viktighet, samt behovet for, og hensiktsmessigheten av, en overprøving. Avgjørelser om saksbehandlingen vil for eksempel gjennomgående ha mindre behov for, og være mindre egnet for, overprøving enn avgjørelser som avgjør realiteten i saken. Overprøvingssystemet gjenspeiler dette tydelig i tvl. § 29-3 om ankegrunner. Ankeadgangen er her gjort videst for dommer, jf. (1), noe mer innsnevret for kjennelser, jf. (1) og (2), mens muligheten for å påanke beslutninger er meget snever, jf. (3).

Overprøvingssystemet bygger både på rettssikkerhetsbetraktninger og hensynet til proporsjonalitet. Hovedideen er at de tilgjengelige ressursene i domstolsapparatet skal benyttes der det er størst behov for overprøving, samtidig som det må sikres at rettsvister får et materielt sett riktig resultat så langt dette lar seg gjøre innenfor rimelighetens grenser.¹³

1.2.2 Særlig om hensynet til rettssikkerhet

Retten til å få en domsavgjørelse overprøvd karakteriseres ofte som en sentral rettssikkerhetsgaranti.¹⁴ Det er vanskelig å gi en konkret definisjon av begrepet ”rettssikkerhet”, og hvilken mening som til enhver tid legges i ordet utdypes sjelden. Det er imidlertid klart at dette er et begrep det gjennomgående knyttes sterke positive følelser til, og som de fleste av oss vil bifalle. Eckhoff uttaler at

¹³ Se Schei [et.al] Kommentarutgave Tvisteloven 2007. s. 1277, jf. NOU B s. 769

¹⁴ Se mindretallet i Tvistemålsutvalgets uttalelser NOU B s. 779

”med rettssikkerhet siktes vanligvis til at den enkelte skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, og ha mulighet for å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettslige interesser.”¹⁵

Snarere enn å henseile til én isolert regel, fremstår begrepet rettssikkerhet dermed som en samlebetegnelse for en rekke krav som stilles til forvaltningen og rettsvesenet for å sikre at saker blir behandlet på en mest mulig betryggende måte, og at man oppnår et materielt sett mest mulig riktig resultat. I forarbeidene til tvisteloven blir det å fremme rettssikkerheten trukket frem som en av tvistelovens to hovedfunksjoner.¹⁶ I forarbeidene forstås begrepet ”rettssikkerhet” som den enkeltes rett til å ”få sine rettsvister løst forsvarlig av uavhengige og nøytrale avgjørelsesorganer.”¹⁷

Hensynet til rettssikkerheten taler imidlertid ikke bare i retning av å ha en ubetinget overprøvingsadgang. Prinsippet gir seg også andre utslag. For en part som har fått klart medhold i underinstansen vil det å bli trukket inn i en tids- og kostnadskrevende ankeomgang kunne fremstå som en svekkelse av rettssikkerheten dersom ankesaken fremstår som sjanseløs. Et annet poeng er forholdet mellom den rettslige og faktiske adgangen til domstolene. Som følge av at kostnadene ved å føre en sak, samt prosessrisikoen for motpartens omkostninger gjennomgående er høye, fremstår den faktiske domstolsadgangen som stengt for mange.¹⁸ Det er ikke heldig fra et rettssikkerhetsmessig perspektiv.

1.2.3 Hensynet til proporsjonalitet og effektivitet

¹⁵ Jf. Eckhoff, Rettskildelære, 2001 s. 395

¹⁶ Jf. NOU A side 112 og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 35. Denne funksjonen kalles det individuelle perspektiv. Den andre hovedfunksjonen kalles det samfunnsmessige perspektiv og er å sikre at den materielle rett slår igjennom.

¹⁷ Ot.prp nr. 51 (2004-2005) s. 35

¹⁸ Se NOU A s. 113

Hovedformålet med reformen av sivilprosessreglene har vært å sikre

”en mer effektiv sivil rettspleie som gir raskere, billigere og riktigere tvisteløsning for partene og bidrar til rettsavklaring”.¹⁹

Tvisteloven bygger på mange av de samme grunnprinsipper som tvistemålsloven gjorde. Men tvistemålsloven er nærmere 100 år gammel, og lovgiver anså det derfor nødvendig å supplere loven med andre vesentlige prinsipper og hensyn som er mer i tråd med behovene i dagens samfunn.²⁰

Proporsjonalitetsprinsippet er nedfelt i tvl. § 1-1(2) 4. strekpunkt.²¹ Prinsippet er helt sentralt i tvisteloven, og går i korte trekk ut på at saksbehandlingen skal tilpasses den betydning tvisten har. Prinsippet gjenspeiler det faktum at domstolsressursene er begrensede og må utnyttes på en forstandig måte.²² En vesentlig svakhet ved tvistemålslovens system var at det var liten sammenheng mellom ressursbruken knyttet til behandlingen av en tvist og tvistens reelle betydning.

Et sentralt virkemiddel for å gjøre sivilprosessen mer proporsjonal har vært å innføre begrensninger i adgangen til å anvende rettsmidler. Hevingen av ankesumsgrensen i tvisteloven § 29-13(1) er et utslag av dette, silingsregelen i § 29-13(2) er et annet. Retten til ankebehandling burde i lovgivers øyne forbeholdes de anker som det ut i fra sakens karakter og betydning er rimelig at blir overprøvd.²³ Innføringen av småkravsprosessen er et annet sentralt virkemiddel for å oppnå en mer proporsjonal prosessordning.

¹⁹ Jf. Ot.prp nr. 51 (2004-2005) s. 13

²⁰ Jf. NOU A s. 111

²¹ Strekpunktene angir momenter som skal bidra til å oppnå formålet etter § 1-1(1).

²² Jf. NOU B s. 651

²³ Se NOU A s. 129

Proporsjonalitetsprinsippet har fått et sterkt gjennomslag i tvisteloven. Jeg vil under punkt 5.1.2 drøfte om dette hensynet kan sies å ha fortrenget andre, viktige rettssikkerhetsmessige prinsipper.

1.3 Avgrensninger

Retten til å nekte anke etter tvisteloven § 29-13(2) er begrenset til anke over tingrettsdommer. Adgangen til å påanke kjennelser og beslutninger fra tingretten vil derfor ikke bli behandlet her.²⁴

De generelle forutsetninger for å kunne anke, for eksempel at prosessforutsetningene må være oppfylt, faller utenfor oppgavens tema og vil derfor ikke bli behandlet. Det samme gjelder overholdelse av ankefrist, krav til utforming av ankeerklæring og begrensninger i hva som kan påberopes som ankegrunn mv.

Tvisteloven § 36-10(3) regulerer adgangen til å anke over tingrettens dom i sak om fylkesnemdas vedtak etter lov om barneverntjenester.²⁵ Samtykkeregelen som oppstilles i § 36-10(3) er vesentlig strengere enn silingsregelen i tvl. § 29-13(2). Begrunnelsen for de strenge vilkårene for overprøving er ønsket om at flest mulig barnevernssaker får sin endelige avgjørelse i tingretten, slik at man så raskt som mulig kommer til en avklaring for barnet.²⁶ Barnevernsakene har dessuten forut for tingrettsbehandlingen vært gjennom en

²⁴ Det uttales i NOU B s. 779 at det umiddelbart kan synes påfallende at nektelsesadgangen i § 29-13(2) ikke omfatter prosessuelle avgjørelser, som gjennomgående vil være av mindre betydning enn dommer. Dette synes også å stride mot grunntanken i tvisteloven om proporsjonalitet. Årsaken til dette er at prosessuelle avgjørelser normalt er gjenstand for skriftlig saksbehandling, jf. tvl. § 29-15(1). Når lagmannsretten har gått igjennom sakens dokumenter vil retten normalt ha et tilstrekkelig grunnlag for å treffe en realitetsavgjørelse. En silingsadgang vil derfor ikke være like nødvendig her som for dommer.

²⁵ Det er kun denne sakstypen som omfattes av tvisteloven § 36-10(3), de øvrige sakstyper som følger prosessreglene i kapittel 36 følger de alminnelige ankeregler, herunder silingsregelen i § 29-13.

²⁶ Jf. Schei [et.al] Kommentartutgave Tvisteloven, 2007 s. 1671

omfattende, domstolslignende behandling i fylkesnemda for sosiale saker. Vilkårene for ankesamtykke i denne typen saker faller utenfor avhandlingens tema, og vil derfor ikke bli drøftet nærmere.

1.4 Veien frem til dagens lovbestemmelse

1.4.1 Arbeidet med ny tvistelov

Bakgrunnen for oppnevningen av Tvistemålsutvalget i 1999 var en bred enighet om at tiden var moden for en grundig gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker, med henblikk på å utarbeide en ny prosesslov.²⁷ Spesielt var det et ønske om at utvalget skulle se på hvilke krav som i fremtiden burde stilles til dommerne, og prosessregler som sikrer effektivitet, hurtig fremdrift og hensynet til nye partskonstellasjoner.²⁸ Tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008.

1.4.2 Lovforarbeidet med silingsregelen

Justisdepartementet sendte den 16. mai 2002 ut et høringsbrev med forslag til endringer i tvistemålsloven. Forslagene gjaldt heving av ankesummene og hjemmel for en skjønsmessig siling av anker. Tvistemålsutvalgets utredning inneholdt allerede forslag til tilsvarende regler. Tvistemålsutvalgets utredning var dessuten allerede sendt ut på høring i april samme år. Likevel ønsket Justisdepartementet på dette tidspunkt å innhente høringsinstansenes syn på lovforslagene, for eventuelt å gjennomføre disse endringene allerede i tvistemålsloven.

Det var et gjennomgående synspunkt blant høringsinstansene at en ankesilingsregel ikke burde innføres eller behandles separat, men at dette isteden burde tas opp som en del av

²⁷ Jf. NOU A s. 81

²⁸ Ibid. s. 81

Tvistemålsutvalgets utredning.²⁹ Oppfatningen var at man måtte se bestemmelsene i sammenheng med de øvrige nyvinningene foreslått av Tvistemålsutvalget, slik som regler som skulle styrke saksbehandlingen i tingretten, og reglene om småkravsprosess. De foreslåtte endringer ble derfor ikke gjennomført i tvistemålsloven.

Forslaget om å innføre en skjønsmessig silingsregel for anker til lagmannsretten skapte mye uenighet på flere nivåer under selve forarbeidet med tvisteloven. Tvistemålsutvalget delte seg i et flertall på fem og et mindretall på to medlemmer, der mindretallet gikk imot lovforslaget. Flertallet mente det forelå et klart behov for å få luket ut de uberettigede ankene fra lagmannsrettsbehandling.³⁰ Mindretallet var av den oppfatning at det ikke forelå tilstrekkelig grunnlag for å rukke ved den rettssikkerhetsgaranti en ubetinget ankerrett utover en fastsatt ankesum representerte.³¹ Også blant høringsinstansene var det svært forskjellige syn på saken.³² Jeg vil ikke ta for meg alle de forskjellige synspunkter som ble fremmet her. De mest sentrale momentene vil jeg komme tilbake til i drøftelsen under punkt 5.

Det var relativt få innvendinger mot forslaget til ny tvistelov fra Stortingets side. Stortinget fattet imidlertid et vedtak om å be regjeringen utrede muligheten for en mer omfattende rett til overprøving av nektelsesbeslutninger enn det som fulgte at lovforslaget.³³

Justisdepartementet sendte forslaget ut på høring. I høringsbrevet uttalte departementet at det antok at en slik endring ikke ville få store konsekvenser.³⁴ Høyesterett, som en av

²⁹ Se blant annet uttalelsene til Gulating lagmannsrett 12.09.2002 s.1, Oslo tingrett 03.10.2002 s.1, Høyesterett 17.06.2002 s. 1, Advokatforeningen 21.08.2002 s.1

³⁰ Jf. NOU B s. 778

³¹ Ibid s. 779

³² Høyesterett, Dommerforeningen og Advokatforeningen gikk imot å innføre silingsregelen i tvisteloven. De øvrige instansene som uttalte seg om spørsmålet støttet flertallets syn.

³³ Jf. Innst.O nr.110 (2004-2005), s. 66. Forslaget gikk ut på at man skulle la regelen for anke mot alminnelige beslutninger, jf. tvl. § 29-3(3) få anvendelse også for anker mot nektelsesbeslutninger etter § 29-13(2), jf. (5).

³⁴ Se Ot.prp.nr.74 (2005-2006) s. 38

høringsinstansene, var sterkt kritisk til departementets syn, og sterkt kritisk til en slik endring av regelverket. I følge Høyesterett ville den foreslåtte overprøvingsadgang over nektelsesbeslutninger føre til et betydelig merarbeid for domstolen. Dette ville igjen gå på bekostning av domstolens kjerneoppgaver, nemlig rettsavklaring og rettsutvikling.

Departementet kom etter dette frem til at det ikke fant det ønskelig å fremme et lovforslag i tråd med høringsbrevet. Forslaget til silingsregel, slik den var utformet av Tvistemålsutvalgets flertall, ble etter dette stående uendret.

1.4.3 Evaluering av tvisteloven

Justiskomiteen fremmet forslag i sin innstilling til Stortinget at regjeringen skal evaluere tvisteloven i løpet av tre år etter lovens ikrafttredelse.³⁵ Formålet med evalueringen er å få en oversikt over hvorvidt den nye loven faktisk fungerer etter lovgivers intensjoner. Som følge av at silingsregelen er en nyvinning med tvisteloven, vil evalueringen kunne bli særlig viktig. Man vil ved gjennomgåelsen kunne ta stilling til om bestemmelsen praktiseres forsvarlig. Det er all grunn til å tro at det vil komme reaksjoner dersom evalueringen viser at silingsregelen anvendes i strid med sitt formål, eller dersom praksis viser at regelen har fremtredende negative konsekvenser.

1.5 Rettskildebildet

³⁵ Jf Innst.O.nr.110 (2004-2005) s. 8

Rettskildebildet bærer preg av at vi står overfor en ny lovbestemmelse. Silingsregelen ble til på bakgrunn av et grundig lovforarbeid. Demokratihensynet tilsier at lovgivers synspunkter angående tolkingen av en lovregel generelt bør tillegges betydelig vekt.³⁶ Forarbeidene vil dessuten få en større rettskildemessig betydning når det foreligger lite eller ingen rettspraksis som kan bidra til å fastlegge innholdet i bestemmelsen.

Det er per 31. mars 2008 ikke avsagt noen ankenektelsesbeslutninger av lagmannsretten med hjemmel i tvl. § 29-13(2).³⁷ Vi har derfor på dette tidspunkt ingen indikasjon på hvordan silingsregelen vil bli praktisert av lagmannsretten. Høyesterett har avsagt en kjennelse av betydning for tolkingen av hva som kan påberopes som ankegrunn etter § 29-13(5). Denne avgjørelsen vil bli nærmere behandlet under punkt 3.4.3.

Realiteten i nektelsesbeslutningene kan ikke påankes til Høyesterett, jf. § 29-13(5). Konsekvensen av dette er at det er tvilsomt om det vil utvikle seg noen høyesterettspraksis som direkte kan belyse de innholdsmessige vurderinger som lagmannsretten må foreta ved en ankenektelse. Isteden kan det komme til å vokse frem en intern praksis i de enkelte lagdømmer. Ulempen med en slik ordning er at intern praksis ikke offentliggjøres slik som rettsavgjørelser.

Saksbehandlingsfeil kan på den annen side gjøres til ankegrunn, jf. § 29-13(5). Her vil Høyesteretts ankeutvalgs fremtidige avgjørelser bli retningsgivende for praktiseringen av nektelsesregelen. Det er verdt å merke seg at kategorien saksbehandlingsfeil ofte legges litt på strekk slik at den i praksis kan favne over mer enn begrepet skulle tilsi. Det finnes en rekke eksempler på dette i Høyesteretts kjæremålsutvalgs praksis etter tvml. § 404. Dersom dette blir tilfellet også etter § 29-13 vil man etter hvert få en mer rikholdig rettspraksis på området.

³⁶ Hvilken vekt en uttalelse i forarbeidene bør tillegges i den konkrete tolkingsprosessen vil variere blant annet etter hvor klar uttalelsen er, hvor grundig overveid den er, hvem den skriver seg fra og hvorfor den er fremsatt, jf. Eckhoff, Rettskildelære, 2001, s. 74.

³⁷ Jf. Lovdatasøk 31.03.2008

Silingsregelen i tvl. § 29-13(2) tilsvarer regelen i tvml. § 373, tredje ledd nr. 1. Selv om tvistemålsloven nå er opphevet vil praksis knyttet til regelen kunne ha relevans for tolkingen av tvl. § 29-13(2). Det er imidlertid viktig å være klar over at situasjonen ved vurderingen etter tvistemålsloven var noe annerledes enn etter tvisteloven. Høyesterett hadde foruten silingsmuligheten i tredje ledd nr. 1, også tre andre alternative hjemler for å nekte en anke fremmet, jf. tvml. § 373 tredje ledd nr. 2- 4. Spesielt ble den vide hjemmelen i tredje ledd nr. 4 mye brukt. Dette kan ha ført til at kjæremålsutvalget var mer tilbakeholdt med å hjemle en nektelse i tredje ledd nr. 1. Et annet moment er at kjæremålsutvalget normalt ikke begrunnet sine silingsavgjørelser ut over å vise til den aktuelle silingshjemmelen. I den grad avgjørelsene er ubegrunnede er det vanskelig å trekke slutninger fra kjæremålsutvalgets praksis som kan ha overføringsverdi for silingsregelen i tvl. § 29-13(2).

1.6 Særlig om forholdet til straffeprosessloven § 321

Det ble i forbindelse med innføringen av toinstansordningen innført en silingsregel for anker til lagmannsretten i straffesaker. Straffeprosessloven § 321, andre ledd gir lagmannsretten adgang til å nekte anker fremmet der retten ”*finner det klart at anken ikke vil føre frem*”- og anken gjelder en forbrytelse med mindre enn seks års strafferamme.

Når det gjelder forholdet mellom nektelsesreglene i straffeprosessen og sivilprosessen vil jeg trekke frem to problemstillinger. Den ene gjelder spørsmålet om hvorvidt eksistensen av en silingsbestemmelse i straffeprosessen kan være med på å begrunne innføringen av en tilsvarende regel i sivilprosessen. Den andre problemstillingen gjelder i hvilken grad man kan trekke slutninger fra praksis fra strpl. § 321 ved tolkingen og anvendelsen av tvl. § 29-13(2).

Den første problemstilling var gjenstand for uenighet under arbeidet med tvisteloven. Flertallet i Tvistemålsutvalget mente at det neppe lot seg begrunne at lagmannsretten selv i

alvorlige straffesaker kunne stoppe en anke gjennom nektelse, men at retten ikke skulle ha tilsvarende hjemmel i sivile saker.³⁸ Mindretallet på sin side kunne ikke se at dette kunne være et avgjørende argument, og mente tvert imot at det var flere gode grunner til ikke å ha full parallellitet i ankereglene på dette punkt.³⁹

Flere forhold tilsier at det gjennomgående vil være langt flere ufunderte anker i straffeprosessen enn i sivile saker. En straffedømt har ofte lite å tape på å anke, i alle fall økonomisk sett, som følge av at vedkommende sjelden betaler saksomkostninger, samt har fri forsvarer. Dette er ikke tilfellet i sivilprosessen. Videre er det et sentralt poeng at man i straffesaker oftest vil ha et langt bedre grunnlag for å kunne realitetsbehandle spørsmålet om en anke skal nektes fremmet. Det underliggende dokumentasjonsgrunnlag i form av blant annet politiforklaringer ligger ved ankesaken.⁴⁰ Kravet til sannsynlighetsovervekt for domfellelse er dessuten langt strengere i straffesaker enn i sivile saker. Lagdommer Anders Bøhn uttaler i denne forbindelse i tvistelovens høringsrunde at

*”Kravet om bevis utenom rimelig tvil i straffesaker er etter mitt syn også lettere å forholde seg til i en silingsrunde enn spørsmålet om det er ”klart” at en anke ikke vil kunne etablere mer enn femti prosent sannsynlighetsovervekt for bevis i en sivil tvist”.*⁴¹

For det tredje har dommeren i straffesaker for tingretten et selvstendig ansvar for at saken blir fullstendig opplyst, jf. strpl. § 294. I sivile saker med fri rådighet er det derimot partene selv som har ansvaret for sakens opplysning, jf. forhandlingsprinsippet, se tvl. § 11-2, 2.ledd, som viderefører prinsippet fra tvml. § 86.

³⁸ Jf. NOU B s. 778

³⁹ Ibid s. 780

⁴⁰ Jf. NOU B s. 780

⁴¹ Jf. Borgarting lagmannsretts høringsuttalelse av 28.11.2002 s. 24, (dissensuttalelse).

På den annen side må man kunne innvende at domfellelse i en straffesak jevnt over er langt mer inngripende for individet, enn å tape en sivil sak. At en anke nektes fremmet vil derfor som regel fremstå som mer alvorlig i straffesaker enn i sivile saker. Man kan derfor spørre seg hvorfor en tilsvarende regel i sivilprosessen skulle være utelukket. Flertallet i Tvistemålsutvalget fremhever at selv om det gjennomgående skulle være enklere å vurdere siling i straffeprosessen, kan ikke det i seg selv være et argument mot en nektelsesadgang i sivile saker for de anker hvor utsiktene til at anken kan føre frem forsvarlig kan vurderes, og denne vurderingen viser at anken klart ikke vil føre frem.⁴²

Likevel må man vel kunne innvende at feilmarginen i ankesilingsvurderingen i sivile saker generelt vil være en god del større enn i straffesaker, jf. det som er sagt over. Det vil derfor være større risiko for at berettigede anker siles bort i sivilprosessen enn i straffeprosessen.

Den neste problemstillingen er om praksis fra straffeprosessen kan være relevant for tolking og praktisering av tvl. § 29-13. Det er en rekke spesielle særtrekk som gjør seg gjeldende for de to prosessformer. Til tross for dette er det også en rekke faktorer ved de to bestemmelsene som er like. En sentral likhet er at ingen av silingsbestemmelsene åpner for overprøving av realiteten i nektelsesbeslutningene, kun for overprøving av saksbehandlingsfeil, se tvl. § 29-13(5) og strpl. § 321, sjette ledd. Dette taler for at det vil være av interesse å trekke slutninger fra hvordan strpl. § 321 har blitt praktisert i domstolene. Nektelsesbeslutningene behøver i utgangspunktet ikke begrunnes etter noen av prosessordningene, med mindre særlige forhold tilsier det. Ved tolkingen og anvendelsen av § 29-13(2) vil det her være interessant å se hvordan den tilsvarende bestemmelsen i strpl. § 321 ble praktisert i vurderingen av hva som skal til for å oppstille en begrunnelsesplikt.⁴³

⁴² Jf. NOU B s. 778

⁴³ Se punkt 3.3.2

1.7 Forholdet til folkeretten

Et spørsmål som dukker opp er hvordan silingsregelen forholder seg til våre folkerettslige forpliktelser. I straffeprosessen kan det fra menneskerettskonvensjonene utledes en rett til å få en rettsavgjørelse overprøvd, jf. FNs konvensjon om Sivile og Politiske rettigheter artikkel 14(5)⁴⁴ og EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 2.⁴⁵ Noen tilsvarende rett til overprøving kan ikke utledes av våre folkerettslige forpliktelser i sivile saker. Silingsregelen i § 29-13(2) er derfor i utgangspunktet ikke folkerettslig problematisk.

EMK artikkel 6 nr. 1 gir alle individer rett til en rettferdig rettergang innen rimelig tid ved avgjørelsen av den enkeltes borgerlige rettigheter eller plikter.⁴⁶ EMK artikkel 6 nr. 1 hjemler etter sin ordlyd ikke noen rett til å få en rettsavgjørelse overprøvd. Et viktig poeng er imidlertid at når bruk av rettsmidler først finner sted, vil EMK artikkel 6 nr. 1 komme til anvendelse, jf. praksis fra EMD.⁴⁷ Retten til en rettferdig rettergang utgjør en så grunnleggende rettighet i et demokrati at det ville stride med formålet til artikkel 6 om bestemmelsen ikke skulle komme til anvendelse i ankeinstansen.

⁴⁴ SP art. 14(5) gjelder etter sin ordlyd kun for straffesaker.

⁴⁵ Ved innføringen av silingsregelen i strpl. § 321 ble konvensjonsforpliktelsene drøftet i forarbeidene, se Ot.prp.nr 78 (1992-1993), s. 64 flg. Man kom her til at det ikke forelå noen motstrid mellom EMK tilleggsprotokoll nr. 7 art. 2 og den foreslåtte silingsregelen i straffeprosessen. Dette har blitt gjentatt en rekke ganger av Høyesterett, se Rt 1997 s. 1297 og Rt 1995 s. 1594. Ved ratifikasjonen av SP ble det tatt forbehold mot art. 14(5) fordi bestemmelsen ga en videre rett til overprøving i straffesaker enn vårt overprøvingssystem tillot. Ved innføringen av toinstansreformen i 1995 ble forbeholdet begrenset og gjelder nå kun for riksrett jf. Grl. § 86 og ved domfellelse av ankeinstans, se Møse, Menneskerettigheter, 2002 s. 325-326.

⁴⁶ Vilkåret om at tvisten må gjelde borgerlige rettigheter og plikter ("civil rights and obligations") innebærer at kjerneområdet for EMK art. 6 på sivilprosessens område er de tradisjonelle privatrettslige tvister. Men også saker med offentligrettslige innslag omfattes etter forholdene. Normalt vil imidlertid rendyrkede offentligrettslige tvister holdes utenfor, jf. NOU A s. 166-167.

⁴⁷ Se Delcourt, Series A No 11, paragraf 25, jf. NOU A s. 350

Hva som følger av de skjønnsmessige kriteriene i artikkel 6 er nærmere utdypet i praksis fra EMD. Domstolen har i en rekke saker uttalt at rettergangen må ses som et hele, og at kravene etter EMK artikkel 6 må tilpasses rettsmiddelinstansens funksjon og kompetanse, samt arten av den avgjørelse det er tale om å treffe.⁴⁸ Kravene til saksbehandling i ankeinstansen kan altså etter forholdene dempes noe i forhold til behandlingen i første instans. Det avgjørende er at rettergangen etter en totalvurdering fremstår som rimelig og rettferdig. Høyesterett utla dette slik i to nylig avsatte avgjørelser.⁴⁹ Tvistene for Høyesterett gjaldt begge spørsmålet om man kunne kreve muntlige forhandlinger i saker om tvangsfullbyrdelse, med hjemmel i EMK artikkel 6. nr. 1. Førstvoterende uttaler i HR-2008-310-A, avsnitt (50)

”Det sentrale er om det overordnede krav om at rettergangen etter en totalvurdering må fremstå som forsvarlig og rettferdig, vil kunne oppfylles uten at det holdes muntlig forhandling.”

Høyesterett foretok deretter en konkret vurdering i hver enkelt sak.

På denne bakgrunn kan man trekke den slutningen at også saksbehandlingen ved en nektelsesvurdering etter tvl. § 29-13(2), må være i overensstemmelse med kravene til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6 nr. 1. Grunnleggende krav slik som hensynet til kontradiksjon vil her komme inn. Spesielt vil dette kunne bli aktuelt i forbindelse med varslingskravet etter § 29-13(4) og hvilken rett partene har til å uttale seg. Samtidig kan man heller ikke for nektelsesbeslutninger vurdere saksbehandlingen i nektelsesomgangen isolert. Spørsmålet er her som ellers hvorvidt rettergangen sett under ett fremstår som rettferdig.

⁴⁸ Se Pakelli, Series A No 64, para 29, jf. NOU A s. 350

⁴⁹ Jf. HR-2008-310-A og HR-2008-311-A

2 Nektelse av anker til lagmannsretten etter tvisteloven § 29-13(2)

2.1 Tidligere rettstilstand etter tvistemålsloven

Tvistemålsloven la opp til en vid overprøvelsesadgang for dommer, jf. tvml. § 355 første ledd. Den eneste begrensningen i ankeretten til lagmannsretten var kravet til ankesum, jf. tvml. § 356. Beløpskravet lå vesentlig lavere enn det som er tilfellet etter tvl. § 29-13(1). Ankesumsgrensen lå på kr. 20.000 frem til 2004, da beløpet ble økt til kr. 50.000. Tvister som gjaldt formuesverdier under beløpsgrensen kunne tillates fremmet for retten dersom lagmannsretten ga samtykke til dette, jf. tvml § 356, jf. § 359.

Verdikravet i tvml. § 356 utgjorde et formelt vilkår for å inngi anke.⁵⁰ Dersom tvistesummen ikke oppfylte ankesumsgrensen, måtte den ankende part fremsette en begjæring om samtykke til retten. Vilkårene for samtykke var strenge, og det skulle mye til for at dispensasjon ble gitt. Konsekvensen av at samtykke ikke ble gitt var at anken ble avvist ved kjennelse.

Det fulgte motsetningsvis av tvml. § 356 første punktum at tvister som ikke angikk formuesverdier, fritt kunne påankes til lagmannsretten. Sondringen mellom tvister med og

⁵⁰ Jf. NOU B s. 777

uten ”formuesverdi” ble derfor avgjørende for ankeadgangen i en rekke saker.⁵¹ Jeg vil komme nærmere inn på hva som omfattes av begrepet ”formuesverdi” under punkt 2.2.

2.2 Anvendelsesområdet til tvl. § 29-13(2)

Tvisteloven § 29-13(2) gjelder uavhengig av tvistegjenstandens verdi og kommer derfor i prinsippet til anvendelse på alle anker over tingrettsdommer. På grunn av verdigrensen i § 29-13(1) vil imidlertid nektelse i praksis kun bli aktuelt i saker der tvistegjenstanden enten gjelder formuesverdier som overstiger kr. 125.000, eller dersom tvistegjenstanden er uten formuesverdi (”ideelle interesser”).

I motsetning til det som gjaldt etter tvistemålsloven § 356, er kravet om en minste ankesum ikke noe vilkår for ankerett etter tvisteloven.⁵² Verdikravet utgjør isteden, i henhold til uttalelser i forarbeidene, et kriterium for å vurdere om anken skal undergis en foreløpig prøving etter samtykkeregelen i § 29-13(1), eller etter nektelsesregelen i § 29-13(2).⁵³

Høyesterett har ved flere anledninger tatt stilling til hva som ligger i begrepet ”formuesverdi”. Som følge av at tvl. § 29-13(1) er en videreføring av systemet med verdigrense for anke, vil praksis etter tvistemålsloven være av betydning for tolkingen av bestemmelsen. Med begrepet ”formuesverdi” siktes det etter rettspraksis ikke kun til krav av formuesrettslig art. Kravet kan også være av familierettslig, arverettslig, arbeidsrettslig eller offentligrettslig karakter, forutsetningen er at kravet har penger eller noe annet av økonomisk verdi som objekt.⁵⁴

⁵¹ Sondringen vil også være av interesse etter tvisteloven § 29-13. Begrepet ”formuesverdi” benyttes i § 29-13(1) og hva som ligger i begrepet vil derfor i mange tilfeller være avgjørende for om en tvist skal behandles etter § 29-13(1) eller § 29-13(2).

⁵² Jf. Skoghøy, Nytt i Ny Tvistelov, 2008 s. 98 og NOU B s. 777.

⁵³ Jf. NOU B s. 777

⁵⁴ Jf. Skoghøy Tvistemål, 2001 s. 80

Det kan tidvis reises spørsmål om et krav skal anses å gjelde formuesverdier eller ideelle interesser, dersom kravet har karakter av begge. Synspunktet etter tvistemålsloven var at dersom den ideelle verdien var av vesentlig betydning, kunne saken ikke anses som en tvist om formuesverdier.⁵⁵ Høyesterett har uttalt at det avgjørende moment i denne vurderingen er karakteren av den ankende parts interesse i saken.⁵⁶ Forarbeidene peker på at det er vanskelig å se reelle grunner til å legge seg på en hard linje her. Det skal gjennomgående mer til for at en anke siles etter § 29-13(2) enn etter (1). Domstolene skal derfor ikke presse saken til å gjelde formuesverdier der de ideelle interesser er fremtredende for den ankende part.⁵⁷ Beregningen av ankegjensstandens verdi foretas etter reglene i tvisteloven kapittel 17. Jeg vil ikke komme nærmere inn på disse her.

2.3 De materielle vilkår for ankenektelse

Utgangspunktet er at alle domsavgjørelser fra tingretten kan ankes til lagmannsretten, jf. tvl. § 29-2(1). Silingsregelen innebærer en begrensning i denne hovedregelen. Spørsmålet i det følgende er i hvilken utstrekning anke over en tingrettsdom kan nektes fremmet for lagmannsretten med hjemmel i tvl. § 29-13(2). Dette vil bero på en tolking av bestemmelsen. Tvisteloven § 29-13(2) lyder som følger;

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

Det følger av lovteksten i § 29-13(2) at lagmannsretten ”kan” nekte en anke fremmet. Dette indikerer at vi står overfor en fakultativ lovbestemmelse. For det første innebærer dette at silingsregelen ikke oppstiller noen generell plikt for lagmannsretten til å vurdere nektelsesspørsmålet for hver anke som kommer inn til retten. Det er opp til

⁵⁵ Se i dag tvisteloven § 17-1, 3.ledd hvor denne regelen er blitt lovfestet

⁵⁶ Se Rt 1998 s. 482

⁵⁷ Jf NOU B s. 809-810 og Schei [et.al] Kommentartutgave Tvisteloven, 2007 s. 728

lagmannsrettens skjønn å avgjøre hvorvidt spørsmålet om eventuell siling skal vurderes. Videre tilsier ordet ”*kan*” at det er opp til lagmannsrettens skjønn å avgjøre om anken skal nektes fremmet, selv når vilkårene for ankesiling er oppfylt. Bestemmelsen gir etter sin ordlyd kun en adgang for domstolen til å sile bort uberettigede anker, men pålegger altså ingen plikt til å gjøre det.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden i tvl. § 29-13(2) tilsier at det materielle vilkåret for å nekte en anke fremmet er strengt. At det må være ”*klart*” at anken ikke vil føre frem antyder at lagmannsretten ikke kan være i tvil om sin avgjørelse. Lovteksten gir imidlertid ingen konkret veiledning for hvor terskelen rent spesifikt skal ligge. Her må man isteden søke veiledning i andre rettskilder.

Det vil her være naturlig å gå til forarbeidene og se om lovgiver nærmere utdyper hva som ligger i begrepet ”*klart at anken ikke vil føre frem*”. Demokratihensyn tilsier at uttalelser i Stortinget og Stortingets Justiskomiteé tillegges større vekt enn uttalelser gjort av de fagkyndige i Justisdepartementet og i Tvistemålsutvalget. Tvistemålsutvalgets flertall har imidlertid forberedt grunnlaget for, og utarbeidet lovteksten til tvl. § 29-13(2). Både Justisdepartementet og Justiskomiteen nøyde seg med å vise til denne behandlingen av vilkåret for ankenektelse.⁵⁸ Det må derfor tas utgangspunkt i uttalelsene i Tvistemålsutvalgets utredning ”Rett på sak” når det skal vurderes hvilket bidrag forarbeidene gir til tolkingen av § 29-13(2).⁵⁹

Flertallet i Tvistemålsutvalget uttaler at vilkårene for å nekte en anke fremmet må være strenge. Det kreves ”*en høy grad av sikkerhet for at resultatet ville blitt stående etter en eventuell full ankeprøving*” for at bestemmelsen skal kunne anvendes.⁶⁰ Dette tilsier at det er de uberettigede ankene som skal siles bort. Det kan dermed utledes av forarbeidene at bestemmelsen tar sikte på å ramme de klare tilfellene.

⁵⁸ Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 297 og Innst.O.nr. 110 (2004-2005) s. 65

⁵⁹ Jf. NOU 2001:32 ”Rett på sak”

⁶⁰ Jf. NOU B s.778, dette gjentas i Ot.prp nr. 51(2004-2005) s. 475

Ved klarleggingen av hva som nærmere ligger i vilkåret om at anken ”*klart*” ikke vil føre frem, vises det i NOU B s. 778 til Schei og Skoghøys behandling i teorien av det tilsvarende vilkåret i tvistemålsloven § 373, tredje ledd nr. 1. De samme momenter som gjorde seg gjeldende ved tolkingen av bestemmelsen i tvistemålsloven, vil dermed få betydning for tolkingen av tvl. § 29-13(2).

Rettskildemessig reiser forarbeidenes henvisning til den nevnte juridiske litteratur to problemstillinger. Den første problemstillingen er på det substansielle plan og knytter seg til hvordan henholdsvis Schei, i Kommentartutgaven til tvistemålsloven, og Skoghøy i boken *Tvistemål*, behandler vilkåret for ankesiling. Jeg vil ta for meg denne problemstillingen først.

Det fremstår som noe underlig at forarbeidene viser til disse to kildene som likestilte tolkingsbidrag for bestemmelsen. De to forfatterne har nemlig et ulikt syn på tolkingen av vilkåret ”*klart at anken ikke vil føre frem*”. Schei fremhever på side 994 i kommentartutgaven til tvistemålsloven at nektelse kun kan foretas dersom anken ”*utvilsomt ikke vil føre frem*”. Terskelen for ankesiling legges altså svært høyt. Skoghøy viser til denne uttalelsen i Scheis kommentartutgave på side 907 i boken *Tvistemål*, 2. utgave, og sier deretter

”Jeg tror at dette er noe for sterkt uttrykt. Mitt inntrykk er at det er tilstrekkelig for å anvende bestemmelsen at kjæremålsutvalget – på grunnlag av den begrensede prøving utvalget foretar – føler seg rimelig trygg på at resultatet er riktig”.⁶¹

⁶¹ Det er verdt å bemerke at man i Tvistemålsutvalgets utredning NOU B s.778 henviser til Skoghøy, *Tvistemål* 1. utgave, utgitt i 1998 side 881, og ikke til andreutgaven som her blir sitert, og som på det tidspunkt ikke var utgitt enda. I førsteutgaven av *Tvistemål* uttaler Skoghøy om innholdet i begrepet ”*klart*” at det i teorien har vært hevdet at nektelsesbeslutning kun kan fattes dersom anken ”*utvilsomt*” ikke kan føre frem. Skoghøy er ikke enig i dette syn og mener at de krav til sannsynlighetsovervekt som stilles i praksis er atskillig lavere. Skoghøy hevder videre at det er tilstrekkelig at kjæremålsutvalget finner at det er ”*klart mer*

Det kan etter dette ikke være tvilsomt at de to forfatterne er av ulik oppfatning angående hvor terskelen for nektelse ligger.

En slik uenighet i teorien er ikke uvanlig. Den kompliserende faktor her er at forarbeidene viser til disse uttalelsene som parallelle bidrag for nærmere å fastlegge innholdet i tvl. § 29-13(2). Istedenfor å klargjøre innholdet i vilkårene i bestemmelsen, vil denne henvisningen meget enkelt kunne bidra til det motsatte. Det understrekes riktignok i forarbeidene at det ”kreves en høy grad av sikkerhet for at resultatet ville bli stående” for at nektelsesregelen skal kunne anvendes.⁶² Denne presiseringen skulle tilsi at terskelen for siling etter § 29-13(2) i henhold til forarbeidene ligger nærmere Scheis syn enn Skoghøys syn.⁶³

Den andre rettskildemessige problemstillingen er av lovteknisk art. Spørsmålet her er om det er god lovgivningsteknikk i forarbeidene å henvise til den juridiske litteratur for en nærmere klarlegging av vilkår i lovteksten.

Rent metodisk må man kunne si at dette er mindre heldig. Rettsanvenderen blir nødt for å gå til ytterligere kilder for å finne frem til gjeldende rett. Henvisningen representerer dermed et kompliserende mellomledd. Til dette kan det innvendes at det i forbindelse med tolkingsspørsmål ikke er uvanlig å søke informasjon i juridisk litteratur. Dessuten vil det i første rekke være dommerne i lagmannsretten som skal praktisere nektelsesregelen, og disse vil ikke ha problemer med å søke frem de aktuelle henvisninger.

sannsynlig” at anken ikke vil føre frem, enn at den vil gjøre det. Som man kan se har Skoghøy endret sine uttalelser noe fra første til andre utgave av boken *Tvistemål*. Begge uttalelsene viser imidlertid at Skoghøy legger seg på en ganske annen linje enn det som gjøres i Scheis kommentarutgave.

⁶² Jf. NOU B s.778

⁶³ En mulig forklaring på det sprikende synet på vilkåret for siling er at Schei fokuserer på hvordan bestemmelsen er tiltenkt praktisert fra lovgivers side, mens Skoghøy har sitt fokus på den faktiske praktiseringen av silingsregelen. Dette skulle tilsi at domstolene burde søke å legge seg på en streng tolkingslinje.

På den annen side er det et argument at lovgiver ikke burde gjøre det vanskeligere enn nødvendig for den enkelte borger å gjøre seg kjent med rettsreglene. I dette tilfellet kunne Tvistemålsutvalget enkelt ha sitert de aktuelle, og korte, uttalelser fra teorien. Man ville på den måten også oppnå å fjerne den kime til usikkerhet som er beskrevet overfor.

Av betydning for tolkingen av vilkåret ”*klart ikke vil føre frem*” vil jeg konkludere med at forarbeidene legger listen for å nekte anker fremmet høyt. Det skal mye til for at regelen kommer til anvendelse, og lagmannsretten må føle seg sikker i sin sak. Det at forarbeidene også henviser til Skoghøys uttalelser i boken *Tvistemål*, som igjen viser til en noe lempeligere vurderingsnorm, bør ikke tillegges avgjørende vekt for tolkingen av bestemmelsen.

Som nevnt under punkt 1.5 er det på nåværende tidspunkt ingen rettspraksis som kan kaste lys over ankesilingsvurderingen.⁶⁴

En annen rettskildefaktor som bør tas i betraktning er imidlertid hensynet til resultatets godhet. En av domstolenes hovedoppgaver er å komme frem til en god og rimelig løsning i den enkelte sak, etter forsvarlig rettskildebruk. Som følge av at det er opp til lagmannsrettens skjønn om en anke skal nektes fremmet, kan reelle hensyn komme til å spille en avgjørende rolle i ankesilingsvurderingen. Det lar seg ikke uttømmende avgjøre hvilke reelle hensyn det er relevant å ta i betraktning. Jeg vil her se på de mest aktuelle hensynene.

Reelle hensyn i form av rimelighetsbetraktninger vil kunne stå sentralt i den konkrete nektelsesvurderingen i den enkelte sak. Et moment er om det fremstår som spesielt viktig for en part å få dommen overprøvd. Flertallet i Tvistemålsutvalget uttaler i denne forbindelse⁶⁵

⁶⁴ Jeg viser her til redegjørelsen om at det som følge av regelens utforming er tvilsomt om det vil utvikle seg noen høyesterettspraksis om realiteten i lagmannsrettens silingsavgjørelser etter § 29-13(2).

⁶⁵ Jf. NOU B på side 778.

”Det er videre et vilkår for å nekte at ikke sakens betydning for partene eller andre forhold med tyngde taler for at anken fremmes til ankebehandling.”⁶⁶

Flertallet uttaler videre at det spesielt vil være viktig å se hen til sakens betydning for partene i saker som ikke gjelder formuesverdier. Forberedende dommer kan altså etter dette ikke nøye seg med kun å se på mulighetene for at anken fører frem isolert sett.

Nektelsesspørsmålet må også vurderes i en større sammenheng. Til illustrasjon kan man tenke seg en avgjørelse om erstatning som inneholder infamerende uttalelser om en part, uten at disse er avgjørende for resultatet. Selv om lagmannsretten under saksforberedelsen finner det klart at den ville kommet til samme resultat som tingretten, vil den ankende part her kunne ha et klart ønske om å få avgjørelsen endret. Reelle hensyn kan her tale i retning av at anken ikke nektes.

Når det gjelder reelle hensyn i form av formålsbetraktninger må lagmannsretten legge til grunn at formålet bak silingsregelen har vært å få bukt med de såkalte ”håpløse” eller ”ufunderte” ankene.⁶⁷ Lovkonsipistene uttaler i denne forbindelse

”Det er behov for å stoppe slike anker før ytterligere, og betydelige, saksomkostninger for partene og omkostninger for rettsapparatet er pådratt.”⁶⁸

Dette taler i retning av at silingsregelens nedslagsfelt er relativt snevert, og at bestemmelsen er ment å ramme de anker som overhodet ikke har noen muligheter for å nå frem.

⁶⁶ Bruken av begrepet ”vilkår” kan fremstå som noe villedende i denne sammenheng. Det er ikke her tale om et selvstendig lovfestet vilkår for å nekte anker fremmet. Snarere fremtrer dette som et viktig hensyn i den skjønnsmessige helhetsvurderingen dommerne må foreta.

⁶⁷ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 297

⁶⁸ NOU B s. 778

Hensynet til effektivitet vil kunne utgjøre et relevant moment i silingsvurderingen, jf. formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1(1). Effektivitetshensyn vil imidlertid ha forholdsvis liten vekt i den konkrete helhetsvurderingen i den enkelte sak. En anke kan ikke nektes fremmet for lagmannsretten fordi dette ville spare tid og ressurser for domstolene. Dette ville klart være i strid med hensynet til blant annet forsvarlig saksbehandling.⁶⁹

Hensynet til proporsjonalitet står sentralt i tvisteloven og vil derfor være et relevant moment å ta med i vurderingen.⁷⁰ Et utslag av dette prinsippet vil antakelig være at mer kompliserte og omfattende saker i større grad vil slippe inn til ankeforhandling enn mindre og enklere saker. Noen hovedregel er dette likevel ikke.

Tvl. § 1-1 har også som formål å sikre tilliten til domstolene. Lagmannsrettene må derfor praktisere silingsregelen slik at denne tilliten ikke svekkes.

En gjennomgåelse av de aktuelle rettskilder viser at det på nåværende tidspunkt er vanskelig å gi noe klart svar på hvor normen for ankenektelse ligger. Både lovteksten og forarbeidene gir føringer på en streng lovtolkning, og legger til grunn at det skal mye til for at en anke kan nektes fremmet. Hvilke reelle hensyn som vil spille inn vil avhenge av faktum i den enkelte sak. Hva som skal til for at en anke kan nektes fremmet vil måtte bero på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak, og det vil bli opp til lagmannsrettens praksis å klarlegge dette nærmere.

⁶⁹ Se i denne forbindelse punkt 4.1.2 og drøftelsen omkring Justisdepartementets forslag til utformingen av formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1(2).

⁷⁰ Jf. tvl. § 1-1(2) fjerde strekpunkt

2.4 Lagmannsretten må gi varsel om at anke overveies nektet fremmet

2.4.1 Varsel som vilkår for ankenektelse

For at lagmannsretten skal kunne sile bort en anke etter tvl. § 29-13(2) kreves det at retten har varslet om at anke overveies nektes fremmet, jf. tvl. § 29-13(4). Varslingsregelen lyder som følger;

”Nektelse etter annet ledd kan ikke skje uten at parten er gitt varsel om at anken overveies nektet fremmet”.

Bestemmelsens ordlyd angir at slikt varsel skal rettes til ”parten”. Det er naturlig å slutte at dette henviser til den ankende part i og med at en ankenektelse vil ha klart størst betydning for ham. Etter tvml. § 373, tredje ledd var det vanlig at ankemotparten ble tilsendt en kopi av varselet. Det må antas at dette også vil bli praksis etter tvl. § 29-13(4). Dersom varsel etter § 29-13(4) ikke er gitt, er rettsvirkningen at nektelsesadgangen faller bort.⁷¹

Det følger ikke direkte av lovteksten i tvl. § 29-13(4) at ankende part skal ha adgang til å uttale seg før en beslutning om nektelse fattes. En rett til å uttale seg kan isteden utledes av formålsbestemmelsen i § 1-1 og av § 9-6(1). Det fremheves dessuten i forarbeidene til tvisteloven at det er *”viktig å sikre at parten får uttale seg dersom retten overveier å nekte anken fremmet”*.⁷² Dersom den ankende part gis anledning til å ytre sitt syn i forkant av en ankenektelse, skulle hensynet til kontradiksjon tilsi at også ankemotparten bør få en tilsvarende rett til å legge frem sitt syn på saken. En avgjørelse om å fremme en anke til lagmannsretten kan imidlertid ikke kan påankes, jf. § 29-13(5) tredje punktum. Det vil derfor ikke kunne få noen rettsvirkninger at dette er utelatt.

⁷¹ Tidspunktet for varsling er behandlet under punkt 3.1.1.

⁷² Jf. NOU B s. 779

Som følge av at ankende part har krav på varsel, og er gitt anledning til å uttale seg før en eventuell ankenektelse finner sted, behøver ikke parten å argumentere mot ankenektelse allerede i anken. Ordningen med varsling av ankende part fremstår således som et middel for å unngå unødvendig omfangsrrike anker.⁷³ Det er verdt å merke seg at dersom partene etter varsling setter i gang en omfattende runde med prosesskriv om nektelsesspørsmålet, vil ressursbesparelsene knyttet til ankesilingen bli mindre.

2.4.2 Hensikten bak varslingsregelen

Kravet om varsel innen en viss frist skal ivareta flere hensyn. For det første skal regelen sikre at spørsmålet om å nekte anken vurderes så tidlig som mulig under saksforberedelsen. For det andre skal regelen sikre klarhet og forutberegnelighet for partene.⁷⁴ Dersom varsel ikke er sendt skal partene etter fristens utløp kunne innrette seg på at anken nå vil komme opp til realitetsbehandling for lagmannsretten.

Man kan imidlertid spørre seg om dette innrettelsessynspunktet kommer til å bli overholdt i den utstrekning det legges opp til i den juridiske teori. Etter tvisteloven § 29-18(3) kan videre ankeforhandlinger avskjæres, mens saken prosederes for lagmannsretten, dersom vilkårene for dette er oppfylt.⁷⁵ Partene kan med andre ord risikere at saken helt eller delvis avskjæres også etter at den er tatt inn til behandling for lagmannsretten. Riktignok plikter domstolen i disse tilfeller å realitetsbehandle det som blir avskåret, de vanlige krav til avgjørelsesgrunner vil gjelde også her.⁷⁶ Det vil således, i motsetning til etter § 29-13, bli avsagt dom i saken. Avgjørelsen vil likevel ikke kunne bli noe annet enn at anken helt eller

⁷³ Se Schei [et.al] Kommentartutgave Tvisteloven, 2007 s. 1312

⁷⁴ Ibid s. 1312

⁷⁵ Tvl. § 29-18(3) er en videreføring av tvml. § 378. Vilåret for at videre forhandlinger kan avskjæres er at vedkommende part har redegjort for, eventuelt klargjort sine påstander og påstandsgrunnlag, og retten ”finner det klart” at de ikke kan føre frem.

⁷⁶ Jf. tvl. § 19-6, jf. NOU B s.784

delvis forkastes, se tvl. § 29-23(2). Bakgrunnen for avskjæring etter § 29-18(3) er jo nettopp at anken ikke kan føre frem. Selv om en anke ikke nektes fremmet etter tvl. § 29-13(2) er ankende part altså ikke automatisk garantert en fullstendig ny ankeforhandling.

3 Lagmannsrettens behandling av nektelsesspørsmålet

3.1 Saksbehandlingen

3.1.1 På hvilket tidspunkt må silingen finne sted?

På hvilket tidspunkt en eventuell siling må finne sted reguleres ikke uttrykkelig i tvisteloven. Tidspunktet kan imidlertid utledes av varslingsregelen i tvl. § 29-13(4). Lagmannsretten har ikke rett til å nekte en anke etter § 29-13(2) uten at ankende part er gitt varsel om at lagmannsretten overveier dette, jf. § 29-13(4). Slikt varsel kan etter ordlyden bare gis inntil den videre saksforberedelse er tatt opp med partene etter § 29-14 (3), og inntil en måned etter at lagmannsretten mottok ankesaken. Selv om det ikke følger av lovteksten når varsel skal gis innenfor denne perioden, følger det av prinsippet i tvl. § 9-6 (3) at beslutningen om å nekte anken bør fattes så tidlig som mulig.⁷⁷ Varsel bør derfor gis uten ugrunnet opphold.

3.1.2 Hvem skal ta stilling til nektelsesspørsmålet?

En beslutning om å nekte en anke fremmet for lagmannsretten etter tvl. § 29-13(2) treffes av lagmannsretten selv. Utgangspunktet etter domstolloven⁷⁸ § 12 er at lagmannsretten ved

⁷⁷ Se Schei [et.al] Kommentaarutgave Tvisteloven, 2007 s. 1313

⁷⁸ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene

avgjørelsen av en sak skal settes med tre dommere. Avgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen skal derimot som hovedregel fattes av forberedende dommer alene jf. tvl. § 19-2(2).

Tvl. § 19-2(3) gjør unntak fra denne hovedregelen. Etter tredje ledd, bokstav d) kan forberedende dommer ikke treffe avgjørelse om å ”samtykke til eller nekte anke” på egen hånd. Dersom nektelse vurderes må alle tre dommere ha tatt stilling til spørsmålet, og en nektelsesbeslutning må være enstemmig, jf. tvl. § 29-13(5) andre punktum. Dette betyr imidlertid ikke at det er nødvendig å undergi enhver anke forberedende behandling av tre lagdommere for å avgjøre om saken skal fremmes til behandling.⁷⁹ Lagmannsretten plikter ikke å avsi en konkret avgjørelse i de tilfeller der anken tillates fremmet for lagmannsretten. Dette er ulikt ordningen etter straffeprosessen der anken må henvises til behandling ved egen beslutning, se strprl. § 325. I praksis vil det være opp til forberedende dommer å ta initiativet til å vurdere nektelse. Dette vil normalt gjøres ved at det sendes ut varsel om mulig nektelse etter § 29-13(4). Dersom nektelse ikke er aktuelt, følger det motsetningsvis av § 19-2(3) bokstav d) at forberedende lagdommer alene har kompetanse til å fremme anken til behandling.

En problemstilling som kan oppstå er hvilken kompetanse forberedende dommer alene har til å fremme en anke til behandling i lagmannsretten dersom ankemotparten i sitt anketilsvar anfører at anken bør nektes fremmet. Spørsmålet her er om motpartens anførsel innebærer at forholdet faller innunder § 19-2(3) bokstav a) andre alternativ, og ikke (3) bokstav d).⁸⁰

Det følger av ordlyden i § 19-2(3) bokstav a) at forberedende dommer ikke alene kan treffe avgjørelse om å ”avvise anken, eller fremme anken der det er tvist om dette”. Spørsmålet er altså om ankemotpartens anførsel innebærer at det her foreligger en ”tvist” om å fremme

⁷⁹ Jf. Schei [et.al] Kommentarutgave Tvisteloven 2007 s. 1314-1315

⁸⁰ Jeg har diskutert denne problemstillingen med dommer i Borgarting lagmannsrett, Anders Bøhn.

anken i § 19-2(3) bokstav a) sin forstand. Virkningen av dette ville i så fall være at tre lagdommere må treffe avgjørelsen om ikke å nekte anken fremmet.

Dersom man betrakter ordlyden i § 19-2(3) bokstav a) isolert, kan det tyde på at ankemotpartens anførsel innebærer at man her står overfor en ”*tvist*” om anken skal fremmes. En kontekstuell tolking tilsier på den annen side at § 19-2(3) bokstav a) kun regulerer forholdet rundt avvisning av anker. Det vil si situasjoner der prosessforutsetningene for å kunne anke, ikke er oppfylt. Tvl. § 19-2(3) bokstav d) regulerer på sin side situasjonen for ankesiling og ankesamtykke. Dette synspunktet tilsier at det ville stride mot hensynet til den indre sammenhengen i § 19-2(3) å trekke slutninger fra hvordan avvisningsavgjørelser skal behandles, til hvordan fremgangsmåten ved ankenektelser skal være.

Konklusjonen bør derfor bli at § 19-2(3) bokstav d) uttømmende regulerer forholdet rundt ankenektelser. Forberedende dommer har her kompetanse til å fremme anken til behandling alene.

3.1.3 Hvordan skal nektelsesspørsmålet behandles?

Der en anke nektes fremmet gjøres dette på bakgrunn av en konkret realitetsprøvelse. Silingsadgangen er knyttet til ankens substans, der det avgjørende er ankekravets utsikter til å føre frem.⁸¹ Det sentrale er om lagmannsretten ville kommet til samme resultat som tingretten, dersom det hadde blitt gjennomført en fullstendig ny ankebehandling. Hvorvidt lagdommerne er enige eller uenige i tingrettens begrunnelse for resultatet, blir dermed ikke avgjørende for silingsvurderingen.

⁸¹ Se Schei [et.al.] Kommentartutgave Tvisteloven, 2007 s. 1308

Det er lagt opp til at den innholdsmessige prøvingen av anken skal være nokså summarisk. Nektelsesspørsmålet skal behandles skriftlig, på bakgrunn av sakens dokumenter.⁸² Avgjørelsen treffes uten muntlige forhandlinger, jf. § 29-13(5). Lagmannsretten kan også begrense en nektelse til å gjelde enkelte krav eller ankegrunner, jf. tvl. § 29-13(2) andre punktum.⁸³

3.1.4 Forsvarlig grunnlag for vurderingen

Forarbeidene understreker at det er en forutsetning for ankenektelse at lagmannsretten har et forsvarlig grunnlag for å vurdere dette.⁸⁴ Kravet om forsvarlig grunnlag er ikke nedfelt i § 29-13, men må sies å følge av formålsbestemmelsen i § 1-1. Bevissituasjonen vil her ofte stå sentralt. Dersom det ikke lar seg gjøre å vurdere hvilke muligheter anken har for å føre frem ut i fra det materiale som foreligger for lagmannsretten, vil det ikke være adgang til å nekte anken fremmet.

Ved siden av dokumentbevis vil lydopptak fra tingretten utgjøre et viktig grunnlag for vurderingen. Hovedregelen etter tvisteloven er at det skal foretas opptak av parts- og vitneforklaringer, ved hjelp av lyd- eller bildeteknologi, under hovedforhandlingen i tingretten, jf. § 13-7(1). Etter tvistemålslovens regime ble protokollering av bevis under hovedforhandlingen foretatt i svært liten grad. Det at vitnebevisene i tingretten nå skal dokumenteres vil gjøre det enklere for lagmannsretten å vurdere hvorvidt en anke kan nektes fremmet, ved at retten får direkte tilgang til disse vitnebevisene.

Tvistemålsutvalgets lovforslag oppstilte kun begrensede unntak fra hovedregelen om lyd- og bildeopptak. Denne strenge plikten kom imidlertid av ressurshensyn ikke like sterkt til

⁸² Sakens dokumenter vil først og fremst være tingrettens dom samt anke og anketilsvar, eventuelt også de underliggende dokumenter.

⁸³ Se punkt 3.5

⁸⁴ Jf. NOU B s.778

uttrykk i departementets utforming av endelig lovtekst. Departementets endringer innebærer at tingrettene gis anledning til å unnlate å foreta opptak av bevis dersom retten ikke har tilgjengelig nødvendig utstyr for opptak, jf. § 13-7(2) bokstav b). Dette innebærer at kravet til dokumentasjon av bevisførsel vil bli mindre omfattende enn det Tvistemålsutvalget la opp til i sin utredning.

Et resultat av begrensningen i dokumentasjonsplikten for bevis er at lagmannsretten vil få et svakere grunnlag for å vurdere nektelse enn det som var forutsatt av Tvistemålsutvalget. Dette kan igjen få den konsekvens at silingsregelen fremstår som en mindre praktisk regel, og at siling av anker kan finne sted i færre tilfeller enn antatt. I alle fall frem til domstolene har fått tilstrekkelige ressurser til å sikre bevis ved hjelp av moderne teknologi.

3.1.5 Særlig om motanke

Et spørsmål som dukker opp er hva som skjer dersom begge partene anker tingrettsdommen. Betegnelsene ”anke” og ”motanke” er avhengig av hvilken ankeerklæring som kommer inn til retten først, der den først innkomne betegnes anke. Dersom ikke annet følger av rettsreglene gjelder de samme regler for motanken som for anken.⁸⁵ Dette innebærer at lovens regler om ankesiling får selvstendig betydning for motanken, og at spørsmålet om siling vurderes isolert for denne. Motanken vil dermed kunne tillates fremmet, selv om anken blir nektet eller omvendt.

Reglene om avledet anke er et unntak fra hovedregelen om motanker. Motanke kan her erklæres til tross for at ankemotparten mangler selvstendig ankerett, jf. § 29-7(1). Avledet anke ble tidligere betegnet aksessorisk motanke, og kan kun erklæres såfremt ”*motpartens anke ikke er begrenset til anke over saksbehandlingen*”. En tolking av bestemmelsens ordlyd tilsier at en avledet anke kun tillates der det er anket over både dommens innhold og

⁸⁵ Se Skoghøy, Tvistemål, 2001 s. 895

saksbehandlingen, eller kun over dommens innhold. Dersom anken gjelder dommens realitet alene kan den avledede anke også gjelde saksbehandlingen.⁸⁶

Det er et sentralt poeng at en avledet anke ikke står på egne ben. Dersom hovedanken ikke blir gjenstand for realitetsprøvelse, faller den avledede anke også bort, jf. § 29-7(4). Dersom anken nektes fremmet i henhold til silingsregelen i § 29-13(2), gjelder dette dermed også den avledede anke. Etter tvistemålsloven var retten ikke forpliktet til å avsi noen egen hevingskjennelse for den aksessoriske motanken i disse tilfeller.⁸⁷ Det er antatt i teorien at det samme vil gjelde i forhold til avledede anker.⁸⁸ Jeg vil komme tilbake til konsekvensene av begrenset ankesiling under punkt 3.5.

3.2 Nektelsesavgjørelsen treffes ved beslutning

Det er uttrykkelig bestemt i tvisteloven at en nektelsesavgjørelse fattes ved beslutning, jf. § 29-13(5), jf. § 19-1(3) bokstav b). Hovedtypen av beslutninger kalles gjerne prosessledende fordi de avgjør spørsmål som knytter seg til saksavviklingen. Nektelsesbeslutninger skiller seg fra denne typen beslutninger ved at de avslutter saken.

At nektelse avgjøres ved beslutning innebærer at lagmannsretten i utgangspunktet ikke er forpliktet til å begrunne sine nektelsesavgjørelser.⁸⁹ Tvl. § 19-6(4) oppstiller krav til begrunnelse bare for dommer og kjennelser. Beslutningen må likevel oppfylle de generelle kravene til rettsavgjørelser i tvl. § 19-6. Dette innebærer blant annet at beslutningen må

⁸⁶ Jf. Hov, Rettergang I, 2007 s. 528

⁸⁷ Jf. Skoghøy, Tvistemål, 2001 s. 899

⁸⁸ Jf. Schei [et.al] Kommentaarutgave Tvisteloven, 2007 s. 1296

⁸⁹ Se punkt 3.3

være skriftlig og undertegnet av rettens medlemmer, jf. (2).⁹⁰ Det må også fremgå at avgjørelsen er enstemmig, jf. (3).⁹¹ Hvilke formalia som må oppgis følger av (1).

Tvl. § 19-6(7) oppstiller ikke noe krav om at en beslutning skal inneholde en formell slutning som nøyaktig angir resultat for den avgjørelse som treffes. For mange typer beslutninger ville heller ikke dette være naturlig. For beslutninger som avslutter saken slik som silingsavgjørelsen gjør, bør derimot dette kunne kreves. Dette er også vanlig praksis etter strprl. § 321, fjerde ledd, første punktum.⁹² Her må det fremgå av ankenektelsesbeslutningen at det er klart at anken ikke vil føre frem.⁹³

Alminnelige beslutninger kan på visse vilkår omgjøres av den rett som har avsagt dem, jf. tvl. § 19-10. Når en beslutning om nektelse er truffet av lagmannsretten vil ankemotparten innrette seg på at tingrettsdommen blir stående, og at det ikke blir noen ankeomgang. Det er et vilkår etter § 19-10(1) at omgjøringen ikke må være *”uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen”*. En adgang til å omgjøre en nektelsesbeslutning ville stride mot dette innrettelsesvilkåret. Nektelsesbeslutninger kan av den grunn ikke omgjøres etter § 19-10.⁹⁴ Dette var også tilfellet ved nektelsesbeslutninger etter tvistemålsloven § 373, tredje ledd.⁹⁵

⁹⁰ Beslutningen må være undertegnet av alle tre lagdommere, og ikke kun forberedende dommer slik som er vanlig prosedyre under saksbehandlingen, jf. tvl. § 19-2, 3. ledd litra d.

⁹¹ Tvl. § 29-13(5) andre punktum krever at nektelsesbeslutningen må være enstemmig.

⁹² Jf. Schei [et.al] Kommentarutgave Tvisteloven, 2007 s. 800

⁹³ Jf. Rt. 1999 s. 806

⁹⁴ Jf. Schei [et.al] Kommentarutgave Tvisteloven, 2007 s. 1313 og s. 817

⁹⁵ Se Rt. 1982 s. 1717

3.3 Begrunnelse

3.3.1 Hensynet bak kravet til begrunnelse

Et av de viktigste motiver bak kravet om begrunnelse av rettsavgjørelser er at begrunnelsen fører til at avgjørelsen blir oppfattet som rasjonell og legitim. Begrunnelsen sikrer dessuten at avgjørelsen er gjennomtenkt og gir mulighet for kontroll og innsyn i domstolenes arbeid. Dette er med på å fremme rettssikkerhet for borgerne, og tilliten til domstolene.⁹⁶ I tillegg er en begrunnelse nødvendig når og hvis en avgjørelse skal kunne overprøves. Det er ved gjennomgåelsen av underinstansens begrunnelse for resultatet at overinstansen kan kontrollere om avgjørelsen er riktig. Videre er det lettere for den tapende part å slå seg til ro med utfallet når han får en forklaring på hvorfor avgjørelsen ble som den ble. Ubegrunnede avgjørelser vil rent psykologisk være vanskeligere å godta enn begrunnede.⁹⁷

Årsaken til at det ikke gjelder noe generelt krav til begrunnelse av beslutninger etter tvl. § 19-6(4), er at beslutninger normalt er mindre komplekse og av mindre viktighet enn det dommer og kjennelser er. Det uttales i forarbeidene at de fleste beslutninger gjelder enkle saksstyrende avgjørelser som treffes etter en hensiktsmessighetsvurdering, og hvor ”*et krav om begrunnelse ofte ville være tungvint og fremstå som anstaltmakeri*”.⁹⁸ Tankegangen er at et krav om begrunnelse av beslutninger ville fremstå som et betydelig merarbeid for domstolene.

Avgjørelsestypen ”beslutning” er en samlekategori som på den ene side favner avgjørelser av mindre viktighet, hvor det ville være unaturlig med en formell begrunnelse. På den annen side omfatter beslutninger også nektelsesavgjørelser, som avslutter saken og dermed er av stor viktighet. Man kan i denne forbindelse spørre seg om hensynet til arbeidsbyrden for domstolene er et tilstrekkelig tungtveiende argument i forhold til et eventuelt

⁹⁶ Jf. Schei [et.al] Kommentartutgave Tvisteloven, 2007 s. 785, jf. NOU A s. 577-578

⁹⁷ Jf. Hov, Rettergang I, 2007, s. 569

⁹⁸ Se NOU A s. 579

begrunnelseskrav for nektelsesbeslutninger. Domstolens funksjon er jo nettopp å løse rettslige spørsmål.⁹⁹ Det kan synes som om lovgiver har vært mer opptatt av å ivareta hensynet til effektivitet, enn hensynene bak kravet om begrunnelse her.

3.3.2 I hvilken grad må nektelsesbeslutninger begrunnes?

Utgangspunktet etter tvisteloven er, som gjort rede for over, at lagmannsretten ikke plikter å begrunne sine nektelsesbeslutninger. Dette er dessuten blitt slått fast av Høyesterett ved en rekke anledninger i saker etter den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven.¹⁰⁰

Høyesterett har samtidig kommet til at ”*særlige omstendigheter*” kan tilsi at lagmannsretten må begrunne nektelsesbeslutningen.¹⁰¹ Det samme antas også å følge av god dommerskikk og vil derfor gjelde både i sivile saker og straffesaker.¹⁰² Manglende begrunnelse, der dette er påkrevd, utgjør en saksbehandlingsfeil, og kan påberopes som ankegrunn jf tvl. § 29-13(5). Det lar seg ikke gjøre å angi generelt hva som omfattes av begrepet ”*særlige omstendigheter*”. Jeg vil derfor i det følgende foreta en kasuistisk redegjøre for de mest sentrale tilfeller der en begrunnelse vil være påkrevd, med utgangspunkt i praksis fra straffeprosessen.

En praktisk årsak til at manglende begrunnelse utgjør en saksbehandlingsfeil i straffeprosessen er der lagmannsretten har angitt ankegrunnen ufullstendig eller uriktig, og derved viser at den kan ha misforstått hva anken gjelder. Ankegrunnene var ikke riktig gjengitt i Rt. 2007 side 1134. Ankende part hadde i et støtteskriv til anken påberopt seg feil i tingrettens rettsanvendelse som ankegrunn. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant ingen klare

⁹⁹ Se Hov, Rettergang I 2007 s. 400

¹⁰⁰ Se Rt. 1997 s. 137, Rt 1997 s. 1159 og Rt. 2006 s.1638.

¹⁰¹ Se Rt. 2006 s. 1638 avsnitt 12

¹⁰² Jf. NOU A s. 579 hvor Tvistemålsutvalget uttaler at dersom det ”*både er mulig og naturlig å gi en begrunnelse*” så vil det være god dommerskikk å gjøre det.

holdepunkter for at lagmannsretten hadde vurdert denne ankegrunnen, og kom til at dette utgjorde en saksbehandlingsfeil.¹⁰³ Det er sannsynlig at det samme vil gjelde også i sivile saker.

Dersom lagmannsretten i en begrunnelse burde synliggjort at den har vurdert alle anførselene fra ankende part, kan mangel på slik begrunnelse utgjøre en saksbehandlingsfeil. Dette var tilfellet i Rt 2001 s. 1635 der domfelte i en straffesak hadde fremmet en anførsel om dobbeltstraff. Kjæremålsutvalget mente at lagmannsretten på bakgrunn av denne anførselen hadde en oppfordring til å gå nærmere inn på hvorvidt spørsmålet om dobbeltstraff skulle tilsi at anken burde fremmes for behandling i lagmannsretten. Det at dette ikke var gjort ble ansett å utgjøre en saksbehandlingsfeil, og nektelsesbeslutningen ble opphevet. Det samme må antas å gjelde også i sivile saker.

I Rt 2006 s. 1638 var tingrettens rettsanvendelse i en voldtektssak ikke i tråd med Høyesterettspraksis på området. Siktete ble domfelt og påanket avgjørelsen til lagmannsretten. Lagmannsretten nektet anken fremmet etter strpl. § 321, andre ledd, uten å begrunne dette. Domfelte påkjærte avgjørelsen og kjæremålsutvalg kom under dissens frem til at lagmannsrettens avgjørelse måtte oppheves på grunnlag av manglende begrunnelse. Flertallet i kjæremålsutvalget uttalte i denne forbindelse

”Selv om det bare unntaksvis kreves at lagmannsretten begrunner en nektelse av å fremme en anke, var tingrettens rettsanvendelse så ekstraordinær at lagmannsretten hadde en oppfordring til å begrunne hvorfor den fant det ”klart” at anken ikke ville føre frem, jf. strpl § 321, andre ledd, og at tingrettens dom således var riktig.”¹⁰⁴

Kjæremålsutvalget stilte imidlertid ikke store krav til begrunnelsen for nektelsesbeslutningen. Det hadde vært nok med en *”kort henvisning til rettspraksis eller*

¹⁰³ Et lignede tilfelle ble avgjort i HR-2008-529-U

¹⁰⁴ Avsnitt 17 i kjennelsen

andre forhold som "klart" viste at anken ikke hadde noe for seg".¹⁰⁵ En begrunnelsesplikt i et tilfelle som dette ville etter flertallets syn bidra til "å sikre at lagmannsrettens vurdering av henvisningsspørsmålet bygger på et best mulig grunnlag."

Også i sivile saker vil en ekstraordinær rettsanvendelse i tingretten kunne påkrevne en begrunnelse for ankenektelse av lagmannsretten. Et interessant poeng som kan utledes av Rt. 2006 s. 1638 er i denne forbindelse at selv om tingrettens rettsanvendelse kan betraktes som "ekstraordinær", medfører ikke dette automatisk at anken må tillates fremmet. Det sentrale er at lagmannsretten er enig i tingrettens resultat. I slike tilfeller bør imidlertid lagmannsretten begrunne nektelsen.

Som en oppsummerende konklusjon kan man si at lagmannsretten plikter å begrunne nektelsesbeslutninger dersom det foreligger momenter som gir retten en oppfordring til å forklare sin avgjørelse nærmere. Ved å begrunne avgjørelsen viser lagmannsretten på denne måten at den har oppfylt kravene til forsvarlig saksbehandling.

3.3.3 Begrunnelse i forhold til folkeretten

Et spørsmål som reiser seg er om det kan være i strid med våre folkerettslige forpliktelser at nektelsesbeslutninger i utgangspunktet ikke må begrunnes.

Høyesteretts kjæremålsutvalg har ved en rekke anledninger behandlet strprl. § 321 i forhold til folkeretten. I Rt. 1998 s. 1254 fremholdt Høyesteretts kjæremålsutvalg at det fremstod som tilstrekkelig begrunnelse for ankenektelse at retten presiserer at den finner det klart at anken ikke vil føre frem. Kjæremålsutvalget uttalte videre på side 1255 at

¹⁰⁵ l.c.

”selv om kravene i EMK artikkel 6 som utgangspunkt gjelder når en anke er henvist til realitetsbehandling [...] gjelder ikke de samme krav for avgjørelsen av om anken skal henvises til realitetsbehandling.”

Dette peker i retning av at man heller ikke i sivile saker kan utlede et folkerettslig krav om at ankenektelser skal begrunnes.

3.4 Adgangen til å anke over nektelsesbeslutninger

3.4.1 Hva kan gjøres til ankegrunn?

Hovedregelen etter tvisteloven er at alminnelige beslutninger kan påankes dersom retten har bygd på *”en uriktig generell lovforståelse”* eller at avgjørelsen er *”åpenbart uforsvarlig eller urimelig”* jf. tvl. § 29-3(3). Adgangen til å påanke alminnelige beslutninger er dermed meget begrenset. Tvl. § 29-13(5) tredje punktum regulerer ankeadgangen for nektelsesbeslutninger særskilt. Nektelsesbeslutninger kan etter ordlyden *”bare ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.”* I hvilken grad en saksbehandlingsfeil skal tillegges virkning reguleres av § 29-21. Dersom saksbehandlingsanken tas til følge oppheves den påankede avgjørelse, jf. § 29-23(3).

Systemet for anke over beslutninger tilsier at det er en noe videre adgang til å anke over saksbehandlingsfeil ved nektelsesbeslutninger, enn ved andre beslutninger. Samtidig er det ved nektelsesbeslutninger ikke adgang til å påberope innholdet i avgjørelsen som ankegrunn, slik som ved alminnelige beslutninger.

En avgjørelse om ikke å nekte en anke fremmet kan ikke ankes og heller ikke brukes som ankegrunn, jf. § 29-13(5) tredje punktum. Årsaken til dette er at avgjørelse om å fremme anken er en faktisk handling, og ikke en formell beslutning. Den kan derfor ikke angripes juridisk.

3.4.2 Hensynet og begrunnelsen bak regelen om ankeadgang

Begrunnelsen for den snevre ankeadgangen for nektelsesbeslutninger er først og fremst hensynet til Høyesteretts arbeidsbyrde. En rett til å påanke silingsavgjørelser for en innholdsmessig overprøving ville kunne føre til et betydelig merarbeid for Høyesteretts ankeutvalg. Høyesterett uttalte sin sterke bekymring for en slik løsning i høringsrunden.¹⁰⁶ Domstolen antok at selv om lagmannsretten praktiserer silingsordningen slik som forutsatt, må man regne med at en god del parter ikke vil godta en nektelse uten videre, men isteden anke videre til Høyesterett. Resultatet ville da bli at Høyesterett ville få mindre tid og ressurser til å ivareta sin sentrale oppgave, nemlig rettsavklaring og rettsutvikling. Isteden måtte domstolen bruke tid på saker som gjennomgående ikke ville ha noen betydning ut over saken selv, og som aldri ellers ville ha nådd inn til behandling i Høyesterett. Dette ville domstolssystemet ikke være tjent med.

En adgang til å påanke nektelsesbeslutningens realitet ville medføre at Høyesterett måtte gå inn på, og ta stilling til holdbarheten av de avgjørelser som lagmannsretten har truffet. For å kunne gjøre dette måtte dommerne i ankeutvalget sette seg inn i sakens dokumenter, noe som potensielt kan være et tidkrevende arbeide.

Essensen i Høyesteretts standpunkt er at selv om muligheten for å nå frem med en anke er snever, så vil risikoen for at partene i stor utstrekning likevel forsøker seg med anke, være tilstede. At anken har svært små muligheter til å nå frem hjelper dermed ikke ankeutvalget. Ankeutvalget blir uansett, med henblikk til forsvarlig dommerskikk, nødt for å bruke tid og ressurser på å sette seg inn i realiteten i disse ankene, og dermed også den underliggende tvisten, for å fatte en avgjørelse. Av hensyn til rettsenheten er det ikke ansett som ønskelig å øke antallet dommere i Høyesterett. Dermed må man bruke de ressurser som er tilgjengelige på best mulig måte.

¹⁰⁶ Se Ot.prp.nr.74 (2005-2006) s. 38

Som innvending mot Høyesteretts syn kan man spørre seg om problemet nødvendigvis ville blitt så stort som domstolen skisserer. Lagmannsrettens fremtidige praktisering av silingsregelen vil her bli av stor betydning. Dersom silingsbestemmelsen blir brukt i et så snevert omfang som det flertallet i Tvistemålsutvalget legger opp til, skulle man tro at det ikke ville resultere i så mange anker til Høyesterett.¹⁰⁷ Dersom silingsbestemmelsen derimot blir anvendt i større utstrekning, ville det resultere i flere anker og mer arbeid for ankeutvalget. Men en slik omfattende bruk av silingsregelen legitimerer jo nettopp behovet for en overprøvingsadgang fordi ankebehandling representerer en viktig kontrollfunksjon. I den grad ankeadgangen er begrenset, vil kontrollmuligheten også snevres inn. Lagmannsretten kan eksempelvis tenkes å trekke nektelsesadgangen lenger enn lovkonsipistene har forutsatt. I og med at holdbarheten av nektelsesbeslutningens innhold ikke kan gjøres til ankegrunn, er konsekvensen at en slik praksis vil kunne bli stående uprøvd. Dette ville være en svært uheldig utvikling.

Videre er det et poeng at dersom man tillot anke over avgjørelsens realitet ville det etter en tid utvikle seg bestemte prejudikatssetninger på området. Disse ville da virke veiledende for lagmannsrettens senere praksis, og ville igjen kunne bidra til å forhindre et stort antall uberettigede anker.

Mot disse argumentene kan det innvendes at lagmannsretten har praktisert en tilsvarende silingsregel i straffesaker siden 1995, uten at dette har forårsaket store protester. Spørsmålet blir dermed om forskjellene mellom sivile saker og straffesaker er slik at forholdene vil stille seg annerledes i sivilprosessen. Jeg viser i denne forbindelse til punkt 1.6.

¹⁰⁷ Dommerforeningen fremhevet også dette syn i sin høringsuttalelse til tvisteloven av 20.11.2002, side 13

3.4.3 Er ankeadgangen over nektelsesbeslutninger uttømmende regulert i tvisteloven § 29-13(5)?

Et spørsmål som reiser seg er om angivelsen av hva som kan gjøres til ankegrunn mot nektelsesbeslutninger er uttømmende regulert i tvisteloven § 29-13(5). Hov synes å antyde at det ikke bare er saksbehandlingsfeil som kan påberopes, men også de ankegrunner som er lovfestet i tvl. § 29-3(3).¹⁰⁸

Man kan for det første spørre seg hvor praktisk denne problemstillingen er. Adgangen til å overprøve beslutninger etter § 29-3(3) er meget snever. Vilårene for anke vil sjelden være oppfylt, og bestemmelsen er kun ment å ha funksjon som sikkerhetsventil.¹⁰⁹ Videre oppstiller tvisteloven ikke krav om at beslutninger skal begrunnes. Det vil derfor ofte være tilfeldig om det er mulig å finne ut hvordan lagmannsretten har vurdert realiteten i nektelsesspørsmålet.

For det andre er det vanskelig å se at Hov har støtte i sitt syn i verken forarbeidene eller rettspraksis. Jeg har tidligere omtalt at Stortinget under behandlingen av tvisteloven fattet vedtak om å be regjeringen se nærmere på muligheten til å overprøve innholdet i ankenektelsen.¹¹⁰ Spørsmålet var om overprøvingsadgangen mot nektelsesbeslutninger skulle være regulert av den generelle bestemmelsen om overprøving av beslutninger, jf. tvl. § 29-3(3), istedenfor etter i § 29-13(5).¹¹¹ Etter å ha sendt forslaget ut på høring avgjorde departementet å ikke fremme et slikt forslag. Beskrivelsen i forarbeidene om forholdet mellom de to bestemmelsene viser klart at lovgiver ikke har ment at § 29-3(3) skal gjelde også for silingsbeslutninger.

¹⁰⁸ Jf. Hov, Rettergang I, 2007 s. 567-568

¹⁰⁹ Jf. NOU B s. 769

¹¹⁰ Se punkt 1.4.2

¹¹¹ Se Ot.prp nr. 74 (2005-2006) s. 38

Den samme oppfatningen er også lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg i HR-2008-410-U. Saken gjaldt anke over lagmannsrettens beslutning om ikke å gi samtykke til behandling av anke over tingrettens dom i en barnevernssak, jf. tvl. § 36-10(3). Tvistes kjerne var om Høyesterett hadde kompetanse til å behandle anken. Dette ville bero på om ankeutvalgets prøvingskompetanse ble regulert etter tvl. § 29-13(5) tredje punktum eller etter § 29-3(3). Ankeutvalget delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet kom til at Høyesteretts prøvingskompetanse etter § 36-10(3) skulle følge regelen i § 29-13(5) tredje punktum. Mindretallet mente at § 29-3(3) var riktig hjemmel for ankeadgangen i barnevernssakene. Det er imidlertid ingenting i kjennelsen som tyder på noen uenighet mellom flertallet og mindretallet om hva som er hovedregelen for ankeadgangen over silingsbeslutninger i ordinære sivile saker, nemlig § 29-13(5).

Flertallet var ikke i tvil om sitt standpunkt og uttalte på generell basis i avsnitt (8) i kjennelsen at det utenfor området til tvl. § 36-10(3)

”gjelder som helt generell regel at hvor en anke til lagmannsretten er avhengig av lagmannsrettens samtykke, eller lagmannsretten kan nekte en anke fremmet, så kan en beslutning om ikke å fremme saken bare ankes til Høyesterett på det grunnlag at det er feil i lagmannsrettens saksbehandling.”

Det følger etter dette at § 29-13(5) uttømmende regulerer Høyesteretts kompetanse ved overprøving av nektelsesbeslutninger, og således hva som kan påberopes som ankegrunn. Ankegrunnene i § 29-3(3) kan dermed ikke supplere § 29-13(5).

3.5 Særlig om forholdet ved begrenset nektelse

3.5.1 Adgangen til å begrense nektelsen

Lagmannsretten er gitt hjemmel til å begrense en ankenektelse til å gjelde enkelte krav eller enkelte ankegrunner, jf. § 29-13(2) andre punktum. Bestemmelsen gir retten atskillig

fleksibilitet. Ved at anken delvis kan nektes, og delvis tillates ført, kan lagmannsretten skjære til saken slik at overprøvingsomgangen sentreres om de deler av anken som fortjener overprøving.

Lovteksten åpner for to måter å skjære til anken på. Retten kan begrense ankebehandlingen til å gjelde enkelte krav eller enkelte ankegrunner.¹¹² Bestemmelsen gir dessuten hjemmel for å gå enda mer detaljert til verks. Lagmannsretten kan begrense nektelsen til å gjelde enkelte ankegrunner i snever forstand. Noen av de bestemte saksbehandlingsfeil som påberopes i anken kan for eksempel nektes, mens andre slipper inn til behandling.

Adgangen til å skjære til anken er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Lagmannsretten behøver på denne måten ikke bruke ressurser på de opplagte deler av anken. Det er et poeng at lagmannsretten i sin vurdering tar for seg de fordeler og ulemper en begrenset nektelse totalt sett vil innebære, med henvisning til formålsbestemmelsen i § 1-1. Hensikten med dette er å ta stilling til om en begrenset nektelse alt i alt representerer den mest rasjonelle saksavviklingen. Resultatet av en slik vurdering vil kunne være at en begrenset nektelse ikke blir ansett å være hensiktsmessig, til tross for at vilkårene for begrenset nektelse er tilstede etter § 29-13(2) andre punktum.

3.5.2 Konsekvenser av begrenset nektelse

Twisteloven § 29-20(3) regulerer lagmannsrettens forhold til ankegrunnene der det er anket over tingrettsdommens innhold. Utgangspunktet er at retten er bundet av ankegjensstanden. Dersom anken delvis nektes fremmet etter § 29-13(2) andre punktum betyr det at

¹¹² Et ”krav” vil si den tvistegjenstand som partene har brakt inn for retten. Kravene representerer det en part ønsker dom for. Domstolene kan som hovedregel bare prøve de krav som partene påberoper seg. Dette er i tråd med disposisjonsprinsippet som er et sentralt prinsipp i sivilprosessen. En ”ankegrunn” er den feil som påberopes som begrunnelse for anken, slik som feil ved saksbehandlingen eller ved bevisbedømmelsen.

lagmannsretten som utgangspunkt ikke kan ta stilling til andre forhold enn de som tillates fremmet til ankebehandling. Spørsmålet er om dette gjelder unntaksfritt.

Det følger av forarbeidene til tvisteloven at dersom anken kun gjelder rettsanvendelsen, vil retten i dispositive saker ikke kunne prøve bevisbedømmelsen. Retten vil imidlertid ikke være avskåret fra å prøve rettsanvendelsen der anken bare gjelder bevisbedømmelsen.¹¹³

Bestemmelsen i tvisteloven § 29-13(2) andre punktum er blitt til etter mønster av tvistemålsloven § 373, tredje ledd nr 1. Praksis i forbindelse med denne bestemmelsen vil derfor være av betydning for tolkingen og anvendelsen av § 29-13(2) andre punktum. For at lagmannsretten skal være i stand til å vurdere tingrettens rettsanvendelse, er den nødt for å legge et bestemt faktum til grunn, selv om anken over bevisbedømmelsen ikke tillates fremmet. Praksis etter tvistemålsloven var at selv om bevisanken ble nektet fremmet, ville ankemotparten under ankeforhandlingen kunne bestride det faktum som underinstansen hadde lagt til grunn for sin avgjørelse. Dersom ankemotparten bestred faktum, ville dessuten den ankende part på de aktuelle punkter også ha rett til å ta opp igjen bevisspørsmål.¹¹⁴ Dette viser at selv om anken skjæres til, vil ikke skillelinjene alltid bli like skarpe. Ankeinstansen kan bli nødt til å måtte gå inn i vurderingen av sakens faktum, til tross for at dette i utgangspunktet ligger utenfor domstolens kompetanse. Man må anta at dette også vil bli praksis etter tvisteloven.

Et annet problem er at lagmannsretten i disse tilfeller tidvis ikke vil ha et godt nok faktagrunnlag til at det er forsvarlig å treffe en ny realitetsavgjørelse i saken. Anken må i disse tilfeller henvises til tingretten for ny behandling.¹¹⁵

Det som er sagt om begrensede nektelse gjelder tilsvarende for motanker, i og med at anker og motanker vurderes selvstendig.¹¹⁶ Avledede anker tillates fremmet i den grad

¹¹³ Jf. NOU B s. 785

¹¹⁴ Jf Schei Kommentartutgave Tvistemålsloven, 1998 s. 997

¹¹⁵ Jf. tvl. § 29-23(4) som i disse tilfeller gir tilsvarende anvendelse for § 29-23(3)

hovedanken blir det. En viktig begrensning er imidlertid at en avledet anke ikke tillates fremmet dersom bare saksbehandlingsanken av hovedanken tillates fremmet, jf. § 29-7(1).

4 Praktiseringen av silingsregelen

4.1 Domstolenes rolle

4.1.1 Rettsenheten

Silingsregelen i tvisteloven skal praktiseres ved seks ulike lagdømmer. Spørsmålet som reiser seg i denne forbindelse er i hvilken grad dette kan lede til en ulik praktisering av silingsnormen ved de forskjellige domstoler, og således gå ut over rettsenheten. Det vil ikke være ønskelig at adgangen til å få en anke behandlet i lagmannsretten skal avhenge av hvor i landet man befinner seg. Faren for en ulik praktisering av regelen øker ved at nektelsesavgjørelsene kun kan påankes i begrenset omfang. Høyesterett kan dermed i mindre grad bidra til å utvikle praksis på området.

Et moment i denne forbindelse er at bestemmelsen i tvl. § 29-13 er fakultativ. Det vil dermed være opp til de enkelte lagdommere å vurdere om bestemmelsen skal anvendes i det hele tatt. Dette kan føre til at bestemmelsen anvendes i ulik grad i de forskjellige lagdømmene, og muligens også til ulik praktisering internt i de enkelte lagdømmer.

Det kan her være illustrerende å se på statistikk fra silingspraksis i straffesaker.¹¹⁷ I perioden 1. januar 2006 til 31. desember 2006 nektet de seks lagdømmene i gjennomsnitt

¹¹⁶ Se punkt 3.1.5

¹¹⁷ Jf. Årstatistikk for domstolene 2007 utarbeidet av Domstolsadministrasjonen s. 64

65,1 % av straffeankene, mens gjennomsnittlig 34,9 % ble henvist til behandling. Fire av lagdømmene lå svært nær gjennomsnittstallet, fra 62,7 til 66,3 %. Eidsivating skilte seg noe fra de øvrige med å nekte 72,4 %. Mens Frostating nektet 59,6 % av ankene. For samme periode i 2007 ble i gjennomsnitt 64,2 % av straffeankene nektet fremmet, mens 35,8 % ble henvist til behandling i lagmannsretten. Også dette året lå fire av lagdømmene nære gjennomsnittet fra 66,7 % til 61,6 %. Eidsivating nektet også i denne perioden flest anker fremmet med 69,2 %. Frostating silte bort færrest anker med 59,4 %

Av dette kan man slutte at de seks lagdømmene gjennomgående praktiserer silingsregelen i straffeprosessloven relativt likt, og at de geografiske forskjellene ikke er store. Dette taler i retning av at hensynet til rettsenheten ikke står i fare i sivile saker.

4.1.2 Muligheten for at silingsregelen anvendes for å regulere lagmannsrettens arbeidsbyrde

Silingsregelens skjønnsmessige karakter, sett i sammenheng med at nektelsesbeslutningene i utgangspunktet ikke behøver begrunnes, og det faktum at Høyesteretts ankeutvalg ikke kan overprøve skjønnsutøvelsen og subsumsjonen, kan åpne for at nektelsesadgangen i visse tilfeller kan bli anvendt for å regulere lagmannsrettens arbeidsbyrde. Dette er nok den mest betenkenkelige konsekvens silingsregelen kan vise seg å få, og denne risikoen har blitt fremhevet av flere høringsinstanser.¹¹⁸

En årsak til at skjønnsutøvelsen kan bli praktisert mindre stringent enn forutsatt kan være et bevisst eller underbevisst ønske om å få bukt med store saksrestanser. Sakstilfanget er svært stort blant noen av lagmannsrettene i dag. Med de nye fristregler for berømmelse av

¹¹⁸ Se høringsuttalelser fra Dommerforeningen av 20.11.2002 s. 12, Romsdal Tingrett 31.08.2002 s. 1, samt dissenterende uttalelse fra Borgarting lagmannsrett av 28.11.2002 s. 25.

ankesaker, vil behovet for å avlaste arbeidsbyrden kunne vokse ytterligere.¹¹⁹ Som følge av dette kan det vokse frem en intern praksis der terskelen for å sile bort anker settes lavere enn forutsatt, uten at dette trenger å være begrunnet i en bevisst illojalitet mot lovgiver, men snarere fremstår som et virkemiddel for å få berammet saker i et hurtigere tempo. Det å nekte en anke fremmet vil jo nettopp resultere i en direkte ”gevinst” for domstolen, spesielt ved potensielt lange ankeforhandlinger. Særlig betenkelig er det at nettopp dommerne selv, i Dommerforeningens uttalelse i høringsrunden, trekker frem risikoen for at silingsadgangen kan bli benyttet for å regulere arbeidsmengden for domstolen.¹²⁰ Rettssikkerhetsmessig vil dette være svært uheldig.

Likevel er systemet med ankesiling slik det ble vedtatt, blitt mindre overlatt til domstolenes skjønn enn det som kunne vært tilfellet. Da tvistloven var til behandling i Justisdepartementet, gjorde departementet et tillegg i formålsbestemmelsen i § 1-1(2) fjerde strekpunkt. Forslaget fra Tvistemålsutvalget i fjerde strekpunkt var at ”*saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning*”. Departementet tilføyde her at saksbehandlingen og kostnadene også skulle stå i et rimelig forhold til ”*domstolenes samlede ressurser*”.¹²¹

Justiskomiteen på Stortinget satte en stopper for dette forslaget. Komiteen uttalte at det var domstolenes oppgave å fastsette minstemålet for forsvarlig saksbehandling, mens det var opp til Stortinget å vurdere ressursbehovet i statsbudsjettet. Justiskomiteen uttalte videre at

*”Det blir problematisk dersom domstolenes samlede ressurser skal redusere kravet til hva som utgjør en forsvarlig behandling av saker.”*¹²²

¹¹⁹ Fristregelen for berømmelsen av hovedforhandling innen seks måneder etter at stevning ble inngitt i saken jf. tvl. § 9-4(2) bokstav h) gjelder tilsvarende for lagmannsretten jf. § 29-14(1) tredje punktum.

¹²⁰ Se høringsuttalelse av 20.11.2002 s. 13

¹²¹ Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 363

¹²² Jf. Innst.O.nr.110 (2004-2005) s. 11

Dersom formålsbestemmelsen hadde blitt stående slik som foreslått av departementet ville det ha tillagt domstolene stor myndighet. Sett i sammenheng med § 29-13(2) ville det i praksis vært fritt frem for domstolene å nekte anker fremmet med henvisning til ressursmangel og saksrestanser i domstolen. En slik ordning ville fra et rettssikkerhetsmessig perspektiv vært uheldig. Riktignok kan man si at store saksrestanser i domstolene svekker den faktiske domstolsadgangen for folk flest, og dermed kan utgjøre et rettssikkerhetsmessig problem. Et slikt synspunkt berettiger gjennomslag for effektivitetsbesparende tiltak. Likevel er det begrenset hvor langt man kan trekke dette synspunktet. Det er Stortinget som bevilgende myndighet som har ansvaret for at domstolene tildeles tilstrekkelige ressurser for å kunne skjøtte sine oppgaver på en forsvarlig måte. Denne vurderingen kan ikke overlates til domstolene selv. Dette var også Justiskomiteens synspunkt.

4.1.3 Vil lagmannsretten ha et tilstrekkelig forsvarlig grunnlag for vurderingen?

Jeg har tidligere behandlet forutsetningen om at lagmannsretten bare kan nekte en anke fremmet dersom domstolen har et ”forsvarlig grunnlag” for å vurdere om anken kan føre frem.¹²³ Man kan imidlertid spørre seg om lagmannsretten på generell basis vil ha et tilstrekkelig forsvarlig grunnlag for å vurdere en ankenektelse. Lagdommer Anders Bøhn uttaler i denne forbindelse

”Det er etter mitt syn ofte vanskelig å gjøre seg opp en sikker mening om et domsresultat er riktig ved å lese dom, anke, tilsvar og etterfølgende prosesskriv. Ofte vil man ha en mening om hvilken vei anken kan gå, men derfra til å kunne etablere ”en høy grad av sikkerhet” om spørsmålet er et godt stykke. Ikke sjelden viser ankeforhandlingene at saken tar seg nokså annerledes ut enn det man kunne tro ut fra utdraget på forhånd.”¹²⁴

¹²³ Se punkt 3.1.4

¹²⁴ Jf. dissens i Borgarting Lagmannsretts høringsuttalelse av 28.11.2002, s. 24-25

En årsak til dette er at det er ikke er uvanlig at premissene i tingrettsdommen primært bygger opp under domsresultatet, istedenfor å fremstille saken rent objektivt. Bevisene kan dessuten være av varierende kvalitet, og vitnebevis fra tingretten vil i ulik grad være dokumentert.¹²⁵ Dersom saken ble dårlig opplyst i tingretten vil dette få ringvirkninger ved at samme faktum legges til grunn i ankesilingsvurderingen. En part kan således miste muligheten til å få belyst saken bedre i ankeinstansen. Her vil imidlertid ankende part ha mulighet for å ytre sitt syn på saken i forbindelse med lagmannsrettens varsel om mulig nektelse etter § 29-13(4).¹²⁶

Det er flere faktorer som tilsier at det vil være vanskeligere å vurdere sakens realitet og mulighet til å nå frem i sivile anker til lagmannsretten enn det er i straffeanker, og det tidligere var for anke av sivile saker til Høyesterett.¹²⁷ I anke over sivile saker til Høyesterett etter tvistemålsloven hadde kjæremålsutvalget domsavgjørelser i to underordnede instanser å forholde seg til. Kjæremålsutvalget hadde dermed et mer omfattende grunnlag for å vurdere om anken skulle slippe inn til behandling. Skoghøy har uttalt at på tross av dette har han som dommer i Høyesterett flere ganger vært vitne til at to av tre dommere i kjæremålsutvalget har villet nekte en anke fremmet etter tvml. § 373, tredje ledd nr. 1, men at anken etter prosedyren senere likevel ble tatt til følge av Høyesterett.¹²⁸ Dette viser hvilken risiko for feilvurderinger silingsregelen i praksis kan innebære. På den annen side legges det i tvisteloven opp til en grundig tingrettsbehandling av sivile saker.¹²⁹ Dette vil forhåpentlig bidra til å styrke grunnlaget for silingsvurderinger i lagmannsretten.

¹²⁵ Se punkt 3.1.4

¹²⁶ Jf. punkt 2.4.1

¹²⁷ For vurderingen i straffesaker, se punkt 1.6.

¹²⁸ Jf. Skoghøy, Nytt i Ny Tvistelov, 2008 s. 100

¹²⁹ Se punkt 4.2.2

4.2 Silingsregelens betydning i forskjellige typer saker

4.2.1 For hvilke typer saker kan man anta at silingsregelen blir mest aktuell?

Når det gjelder tvil omkring rettsanvendelsen har vi noen klare utgangspunkter. For det første er det klart at dersom lagmannsretten ikke er overbevist om at tingrettens rettsanvendelse er korrekt, kan saken ikke nektes fremmet. Videre vil lagmannsretten gjennomgående ha et sikrere grunnlag for å nekte en sak fremmet dersom anken gjelder rettsanvendelsen, i forhold til saker der det foreligger tvil omkring bevisbedømmelsen, og der faktum ofte må baseres på vitneforklaringer mv. som bevis.

Når det gjelder tvil omkring faktum kan lagmannsretten, på samme måte som for tvil omkring rettsanvendelsen, ikke nekte anken fremmet dersom retten mener bevisene kan være bedømt feil i tingretten, og dette har ført til at domsresultatet er blitt uriktig. Nektelsesvurderingen vil ofte være ukurant i saker der det er tvil om bevisbedømmelsen. De forberedende dommere må forholde seg til den dokumentasjon som foreligger. Dersom bevisene i hovedsak er bevis som ikke er dokumentbevis, og dette bevismateriale ikke er tatt opp på video eller lydbånd, vil dokumentasjonsgrunnlaget ofte kunne bli for snevert for at det er forsvarlig å nekte anken fremmet.¹³⁰

Et annet problem som kan oppstå er der ankende part tilbyr nye bevis i anken. Som utgangspunkt bør lagmannsretten være tilbakeholde med å nekte anker fremmet i slike tilfeller. De nye bevisene kan potensielt stille saken i et nytt lys, og dermed påvirke ankens muligheter for å nå frem. På den annen side kan tilbud om nye bevis fremstå som en taktisk handling fra ankene part, som et middel for å sikre at anken ikke nektes fremmet for lagmannsretten. Her bør lagmannsretten være våken i sin vurdering.

¹³⁰ Se om kravene til dokumentasjon av bevis i punkt 3.1.4

4.2.2 Hvilke konsekvenser vil silingsregelen kunne ha for saksmengden i tingretten og i lagmannsretten?

Det legges i tvisteloven opp til at tingrettsbehandlingen skal styrkes. Tvistemålsutvalget fremhever i sin utredning at tingretten utgjør bærebjelken i vårt rettssystem.¹³¹ Et formål i tvisteloven har vært å sikre en mer forberedt og kvalitetssikret behandling. Dette, i kombinasjon med adgangen til å nekte anker fremmet til lagmannsretten etter § 29-13(2), skal bidra til at flere saker får sin endelige avgjørelse i tingretten.¹³²

Tradisjonelt har det ofte vært slik i sivile saker at mye av det vitnebaserte bevismaterialet har fremstått som usikkert for partene frem til de har møtt i tingretten. Mange av de bevis som føres i tingretten har dessuten ofte medført et ytterligere behov for bevisføring i ankeinstansen. Dette har man nå søkt å avhjelpe, blant annet ved at mye skal avklares mellom partene før saken bringes inn i rettssalen. Dette skal sikre at partene er bedre forberedt på hva motparten vil anføre av rettslige grunnlag og bevis.¹³³ Kravet til aktiv saksstyring skal dessuten medvirke til en mer konsentrert saksbehandling.¹³⁴

Dersom man lykkes i å overholde kravene til en styrket tingrettsbehandling vil effektivitetsgevinsten potensielt kunne bli betydelig. En konsekvens vil være at tingretten i mindre grad fremstår som en slags saksbehandlingsinstans for lagmannsretten. En annen sannsynlig følge vil være at behovet for overprøving i lagmannsretten blir mindre. For det tredje vil en styrket tingrettsbehandling gi lagmannsretten et bedre og mer forsvarlig grunnlag for å vurdere ankenektelse etter § 29-13(2). Dette vil igjen kunne innebære at lagmannsretten kan nekte et større antall anker fremmet.

¹³¹ Jf. NOU A s. 235

¹³² Ibid. s. 235

¹³³ Se blant annet fremleggelse av bevis i § 21-4(2)

¹³⁴ Jf. NOU A s. 235

Dersom tingretten og partene ikke følger opp de nye kravene i tvisteloven på en klar måte, vil man gå glipp av denne effektivitetsbesparelsen. En annen konsekvens kan være at partene, i frykt for at en eventuell anke kan bli nektet fremmet for lagmannsretten, vil komme til å legge frem saken unødvendig omstendelig i tingretten, for å ta høyde for alle eventualiteter.¹³⁵ Det at saken fremlegges på en omfattende måte i tingretten, vil ikke nødvendigvis medføre at saken kan nektes fremmet etter tvl. § 29-13(2). Resultatet vil da kunne bli et større arbeidspress både på tingrettene og på lagmannsrettene.

4.2.3 Vil ankeadgangen være ulik for henholdsvis tvister om formuesverdier og tvister om ideelle interesser?

Adgangen til ankebehandling vil sannsynligvis i større grad ligge åpen for tvister angående ideelle interesser, enn for tvister angående formuesverdier. Årsaken til dette er at terskelen for samtykke etter § 29-13(1) gjennomgående vil ligge høyere enn muligheten for at anken nektes etter § 29-13(2) på grunn av den høye ankesumsgrensen i første ledd. Man kan på denne bakgrunn diskutere om det vil utvikle seg en disproporsjonalitet når det gjelder hvilke av disse typene saker som slippes inn til lagmannsrettsbehandling og ikke.

Som en innvending til dette kan det fremheves at tvisteloven gir en langt bedre balanse mellom de to tvistetyperne enn det som var tilfellet etter tvistemålsloven. Etter tvistemålsloven kunne ikke saker angående ideelle interesser nektes fremmet overhodet. Systemet etter tvisteloven innebærer derfor en utvikling i retning av større likhet i overprøvelsesadgangen mellom de to tvistetyperne.

Det er ingen øvre beløpsgrense for hvilke saker som kan nektes fremmet for lagmannsretten. Den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven opererer med en øvre strafferamme på seks år. Mindretallet i Tvistemålsutvalget var skeptiske til ikke å ha en

¹³⁵ Tvistemålsutvalgets mindretall var inne på dette momentet i sin uttalelse, jf. NOU B s. 780

øvre beløpsgrense, slik at ”også omfattende og kompliserte saker av stor økonomisk betydning kan nektes fremmet”.¹³⁶ Flertallet på sin side mente at en øvre beløpsgrense ikke tjente noen hensikt da det erfaringsmessig nettopp var de oppblåste krav som ikke hadde utsikt til å føre frem.¹³⁷ En øvre beløpsgrense ville således ikke tjene noen hensikt.

¹³⁶ Jf. NOU B s. 779

¹³⁷ Ibid. s. 778

5 De lege ferenda

5.1 I hvilken grad fremstår silingsregelen i tvisteloven § 29-13(2) som en hensiktsmessig og god regel?

5.1.1 Innledning

Jeg vil i dette kapitlet vurdere de lege ferenda om silingsbestemmelsen i tvisteloven fremstår som en hensiktsmessig og god regel. Det vil ikke la seg gjøre å komme frem til noen endelig og klar konklusjon på nåværende tidspunkt. Først når regelen har blitt praktisert i noen tid vil det være mulig å trekke sikrere slutninger. Jeg vil derfor i dette kapitlet prøve å belyse mulige konsekvenser regelen kan få i et de lege ferenda perspektiv.

5.1.2 Har hensynet til rettssikkerhet måttet vike på bekostning av effektivitets- og proporsjonalitetsprinsippet?

Motivet bak reglene om ankesiling er at lagmannsretten skal slippe å bruke tid og ressurser på de håpløse ankene. Dette vil først og fremst være ankene som umulig kan få medhold, samt kverulantankene. Silingsregelen vil på denne måten føre til sparte utgifter for samfunnet. Samtidig slipper motparten å bruke mer tid og penger på saken når den klart er gått i hans favør. Dommerforeningen uttalte i høringsrunden at det forekommer en del anker, både med og uten økonomisk verdi, som bare påfører partene ytterligere

menneskelige og økonomiske belastninger i tillegg til å legge beslag på domstolskapasitet som kunne vært brukt på en bedre måte.¹³⁸

Bakgrunnen for innføringen av silingsregelen har således et legitimt formål. Man bidrar til å senke den faktiske domstolsterskelen ved at de viktige sakene prioriteres, samtidig som ventetiden for domstolsbehandling kortes ned. Dessuten bidrar man til å skjære ned på kostnadene forbundet med å føre en sak for retten ved at man i de klare situasjonene kan slippe en ny og utgiftskrevende ankeomgang. Dette er med på å styrke rettsikkerheten.

Samtidig kan man spørre seg om ikke selve utformingen av reglene medfører at rettsikkerheten blir tilsidesatt på andre vis. Som følge av at nektelsesbeslutningene i utgangspunktet ikke behøver begrunnes, kan man løpe den risiko at tilliten til domstolene svekkes. Den part som har fått sin anke nektet kun begrunnet med at ”*det er klart at anken ikke vil føre frem*” vil generelt ha større vansker med å godta avslaget enn dersom man fikk en forklaring. En slik begrunnelse behøver heller ikke være særlig omfattende for å oppfylle sitt formål. De forberedende lagdommere må uansett ha gjort seg opp en mening om hvorfor anken ”*klart*” ikke ville føre frem. Det er vanskelig å se at det ville innebære et omfattende arbeid for domstolen å feste denne oppfatningen til papiret.

Skoghøy har tidligere drøftet i hvilken grad en begrunnelse av nektelsesavgjørelser for anker til Høyesterett tjente noen hensikt.¹³⁹ Nektelsesavgjørelsene ble avsagt av kjæremålsutvalget i kjennelses form, jf. tvml. § 373. Avgjørelsene måtte dermed begrunnes, jf. tvml. § 164, 1.ledd. Begrunnelsen var imidlertid ofte ikke mer omfattende enn kun å vise til hjemmelen for nektelse. Skoghøy mente dette var tilstrekkelig og var av den oppfatning at folk flest ikke ville ha noen spesiell interesse i hvorfor en sak blir nektet fremmet for Høyesterett.

¹³⁸ Jf. Dommerforeningens flertalls høringsuttalelse av 21.08.2002 s. 2

¹³⁹ Jf. Skoghøy, Tvistemål, 2001 s. 911-912

”Folk flest er opptatt av realitetene, ikke hva som er årsaken til at saken ikke får komme opp for Høyesterett”.

Det er etter mitt syn flere grunner til at dette synspunkt ikke har overføringsverdi på situasjonen i lagmannretten. For det første blir bortimot 80 % av de saker som ankes til Høyesterett hvert år nektet fremmet. Situasjonen stiller seg dermed i et helt annet lys for lagmannsretten, som er den alminnelige overprøvingsinstansen. Videre er det bred enighet om at Høyesterett skal ta seg av de prinsipielle sakene, det er ikke tilfellet for lagmannsretten. Dessuten vil man ved en anke til Høyesterett allerede ha fått prøvet tvisten i to instanser, det er heller ikke tilfellet i lagmannsretten.

En annen positiv effekt ved begrunnelse av ankenektelsesbeslutningene ville være muligheten til å utøve en større kontroll med lagmannsrettens silingsavgjørelser enn det som er tilfellet i dag. Det er langt enklere å ta stilling til om lagmannsretten har handlet forsvarlig dersom man kan se hva retten har grunnet nektelsen på, i forhold til der dette ikke dokumenteres. Skrevne begrunnelser kunne således vært med på å motvirke den potensielle risikoen jeg har vært inne på tidligere, nemlig muligheten for at silingsregelen blir brukt til å regulere saksmengden i lagmannsretten.¹⁴⁰

Flertallet i Justiskomiteen hevdet at rettssikkerheten var tilstrekkelig ivaretatt ved at nektelsesbeslutningen må fattes enstemmig av tre lagdommerne.¹⁴¹ Man kan imidlertid spørre seg om dette vil bli fulgt opp fullt og helt i praksis. Nektelsesvurderingen kan tidvis bli ganske arbeidskrevende. Dommerne vil gjennomgående være nødt for å sette seg inn i sakens underliggende dokumenter. I domstoler med stor arbeidsmengde vil det derfor formodentlig bli slik at kun forberedende dommer gjør dette arbeidet, og senere gjennomgår saken for de to øvrige dommere, dersom siling er aktuelt. Risikoen i slike

¹⁴⁰ Se punkt 4.1.2

¹⁴¹ Jf. Innst.O.nr. 110 (2004-2005) s. 65

tilfeller er at, avhengig av de øvrige dommernes arbeidssituasjon, kan avgjørelsen i realiteten ende opp med å bli en enedommeravgjørelse.¹⁴²

Til tross for at silingsregelen i § 29-13(2) kan sies å fremme rettssikkerheten ved å senke domstolsterskelen for folk flest, vil jeg på dette punkt konkludere med at nektelsesadgangen innebærer elementer som kan svekke rettssikkerheten på andre områder. Jeg tenker her først og fremst på manglende plikt til å begrunne avgjørelsene, og begrensede overprøvings- og kontrollmuligheter med lagmannsrettens silingspraksis. Det er ikke tvilsomt at disse sidene ved silingsregelen har sin bakgrunn i effektivitetsbetraktninger. På denne måten sparer domstolene tid og penger. Spørsmålet er imidlertid hvor langt man skal gå i å prioritere hensynet til effektivitet og ressursbesparelser. Når alt kommer til alt er det domstolenes oppgave å løse rettslige tvister på en forsvarlig måte. Selv om hensynet til effektivitet og økonomi naturlig nok står sentralt, kan og bør lovgiver ikke miste andre sentrale prinsipper av syne i sin søken etter kostnadsreduksjoner.

5.1.3 I hvilken grad vil man oppnå de ressursbesparelser som det legges opp til?

Effektivitetsbegrepet har nettonyttevirkningen for øyet og betegner graden av målrealisasjon. Svaret på om noe er effektivt beror av den grunn i stor grad på hvilke mål man setter for tingen/virksomheten.¹⁴³ For å vurdere effektiviteten må man derfor spørre seg om hva som er målsetningene.

Et hovedformål bak tvisteloven har vært å gjøre prosessordningen mindre tid- og kostnadskrevende. Nyvinninger som småkravsprosess, reglene om forenklet rettergang i

¹⁴² Et lignende synspunkt ble også fremhevet i dissensuttalelsen i Borgarting lagmannsretts høringsuttalelse av 28.11.2002 s. 25

¹⁴³ Jf. Eckhoff, Statsrettslige emner, 1973 s. 196 flg.

tingretten, en kraftig økning i ankesummen for lagmannsretten samt innføringen av silingsregelen er viktige bidrag til dette.

Det vil på dette tidspunkt ikke være mulig å gi noen klar indikasjon på hvor mye silingsregelen vil bli brukt, og hvilken effektivitetsgevinst dette vil gi. At man vil få silt bort en del kverulantanker vil innebære ressursbesparelser for så vel domstolene som de respektive motparter. Ut over dette skulle man imidlertid tro at besparelsene ikke blir særlig store, dersom forutsetningene i forarbeidene skal etterleves. Silingsregelen er ment å anvendes kun i de klare tilfellene, og det fremheves i en rekke høringsuttalelser at disse forutsettes å være relativt få.¹⁴⁴ Paradokset i denne forbindelse er at jo færre ankenektelser som finner sted, desto mindre blir effektivitetsbesparelsene. Samtidig vil en for offensiv bruk av silingsordningen kunne gå ut over rettssikkerheten.¹⁴⁵

Et annet spørsmål er hvor stort behovet for å kunne sile bort anker faktisk er. Det finnes ikke noe tallmateriale som kan påvise antallet uberettigede anker som kommer inn til lagmannsretten hvert år (dette ville uansett være svært vanskelig å kategorisere). Dessuten vil også en ankesilingsvurdering kreve en viss innsats fra lagdommerne. Denne arbeidsbyrden må gå til fratrukk i den effektivitetsgevinst silingsregelen representerer. I denne forbindelse er det imidlertid viktig å ha for øyet at silingsregelen er fakultativ. Domstolene behøver i utgangspunktet ikke å bruke tid på noen silingsvurdering overhodet. Men dersom domstolene har store saksrestanser, og likevel konsekvent slipper alle anker over ankesumsgrensen inn til behandling, kan man spørre seg om dette er i tråd med formålsbestemmelsen om rask og effektiv saksbehandling, jf. § 1-1.

¹⁴⁴ Se blant annet Borgartings flertalls høringsuttalelse av 28.11.2002 s. 24 og Agder lagmannsretts høringsuttalelse av 23.12.2002 s. 3

¹⁴⁵ Mindretallet i Tvistemålsutvalget var inne på dette poenget i NOU B s. 780

5.2 Kunne en begrensning i ankeadgangen til lagmannsretten vært løst på en annen måte?

5.2.1 Regler om saksomkostningsansvar

Tvistemålsutvalgets mindretall foreslo at man istedenfor å lovfeste en silingsregel kunne operere med en regel om sikkerhetsstillelse for ankende part. Dette ville i mindretallets øyne sikre at den part som fikk medhold i tingretten ble holdt skadesløs i en ankeomgang, såfremt parten fikk medhold også her. Dersom innankede part tapte i ankeomgangen skulle jo ikke anken vært silt bort under noen omstendighet. Mindretallet fant det

”ikke urimelig at en part som hadde tapt i førsteinstansen og som etter lagmannsrettens vurdering har små utsikter til å nå frem med en anke, må stille sikkerhet for eventuelt saksomkostningsansvar.”¹⁴⁶

En slik regel ville etter mindretallets syn bøte på de fordeler en nektelsesregel representerer for ankemotparten. Jeg vil ikke komme inn på detaljene i den foreslåtte saksomkostningsregelen her.

Den viktigste innvendingen mot mindretallets forslag er at en regel om sikkerhetsstillelse ikke vil bidra til større effektivitet og mindre ressursbruk i domstolsbehandlingen.

Lagmannsretten ville i dette tilfellet vært nødt til å behandle også de uberettigede ankene, som silingsregelen har til formål å luke ut. En regel om å måtte bære motpartens saksomkostninger vil antakelig ikke ha noen stor avskrekkende effekt på ankende part.

Regler om saksomkostningsansvar eksisterer jo allerede. Med en slik regel ville man derfor gå glipp av et av de viktigste motiver bak innføring av silingsregelen, nemlig sparte ressurser for domstolene.

¹⁴⁶ Jf. NOU B s. 780

Et annet sentralt problem er at en slik regel om sikkerhetsstillelse favoriserer de bemedlede parter. Videre vil den ankende part, som før hovedforhandlingen blir avkrevd sikkerhet for saksomkostningene, kunne føle at lagmannsretten allerede på dette tidspunkt har gjort seg opp en mening om sakens utfall, og således møter med en forutinntatt holdning i rettssalen.

Å erstatte silingsregelen med en regel om sikkerhetsstillelse for saksomkostningene fremstår etter dette ikke som noe fullgodt alternativ.

5.2.2 Tilsvarende anvendelse for reglene om forenklet domsbehandling, jf. tvl. § 9-8

Dommerforeningen foreslo i sitt høringsnotat til tvisteloven at man kunne utvide anvendelsesområdet for reglene om forenklet domsbehandling i tingretten, jf. tvl. § 9-8, til også å omfatte lagmannsretten.¹⁴⁷ Motivene bak § 9-8 er langt på vei i overensstemmelse med formålet til § 29-13(2). Vilkåret for at tingretten skal kunne behandle en tvist etter tvl. § 9-8 er at retten finner det ”klart” at et krav som er fremmet, ikke for noen del kan gis medhold, eller den finner det ”klart” at innsigelsene mot kravet i sin helhet er uholdbare.

Konsekvensen av dette ville være at lagmannsretten måtte behandle ankene, men etter en raskere og enklere saksbehandling enn ellers. Forenklet behandling kan kun finne sted under saksforberedelsen. Muntlige forhandlinger ville bare være påkrevet når hensynet til lovens formål om rettferdig og forsvarlig behandling tilsier det, jf. tvl. § 9-8(2) andre punktum som gir § 9-6(4) tilsvarende anvendelse. Dommerforeningen var av den oppfatning at dersom det var avholdt muntlig forhandling for tingretten, burde lagmannsretten som hovedregel kunne avsi dom etter reglene om forenklet rettergang uten

¹⁴⁷ Dommerforeningen gikk prinsipalt inn for at det ikke skulle innføres noen silingsordning ved anke til lagmannsretten. Bruk av § 9-8 i ankeomgangen utgjorde Dommerforeningens subsidiære forslag som alternativ til silingsregelen, jf. høringsuttalelsen av 20.11.2002 s. 12-13.

muntlig forhandling.¹⁴⁸ Det er verdt å merke seg at dersom en sak behandles etter reglene i § 9-8, må tingretten avsi dom i saken.

Justisdepartementet vurderte Dommerforeningens forslag om å gi § 9-8 anvendelse som alternativ til ankesiling. Departementet kom til at den største forskjellen mellom de to alternativene trolig ville være at lagmannsretten etter reglene i § 9-8 måtte avsi dom i saken. Videre uttalte departementet

”Det vil innebære et merarbeid av betydning å utforme en ny dom, selv om [lagmannsretten] i disse tilfellene i stor utstrekning vil kunne vise til tingrettens dom.”¹⁴⁹

På denne bakgrunn ble forslaget forkastet. Skoghøy fremhever at denne innvendingen fremstår som ”*temmelig uforståelig*” i og med at lagmannsretten etter § 19-6(5) helt eller delvis kan henholde seg til underordnede retters begrunnelse.¹⁵⁰ Etter mitt syn er det er vanskelig å se hvordan departementet i en slik situasjon kan hevde at domsskrivingen vil representere et merarbeid av betydning. Skoghøy på sin side utbasunerer

”Det er tydelig at i avveiningen mellom rettssikkerhet og effektivitet har lovgiverne valgt å gi effektivitetshensynet fortrinnet!”.

Dersom man hadde benyttet reglene om forenklet domsbehandling også i lagmannsretten ville man oppnådd flere fordeler fra et rettssikkerhetsmessig perspektiv. Domsavgjørelsene ville da måtte begrunnes, jf. tvl. 19-6(4). Man ville på denne måten unngått de negative konsekvenser manglende begrunnelse medfører.¹⁵¹

¹⁴⁸ Ibid. s. 12

¹⁴⁹ Jf. Ot.prp nr. 74 (2005-2006) s. 39

¹⁵⁰ Jf. Skoghøy, Nytt i Ny Tvistelov, 2008 s. 101

¹⁵¹ Se punkt 3.3.1 og 5.1.2.

Rettens beslutning om å behandle tvisten etter reglene om forenklet domsbehandling kan ikke påankes, jf. § 9-8(1) tredje punktum. Selve domsavgjørelsen derimot vil kunne påankes videre etter alminnelige regler, jf. § 9-8(3). Lagmannsrettens vurdering og standpunkt ville dermed kunne kontrolleres av høyere instans. Dertil kommer at risikoen for at silingsregelen blir brukt for å regulere saksmengden for lagmannsrettene ville falle bort.

Et særlig viktig motargument til denne ordningen er at den vide ankeadgangen over domsavgjørelser etter reglene om forenklet domsbehandling ville bli svært belastende for Høyesterett. At avgjørelsen avsies ved dom, jf. § 9-8(3) innebærer nettopp at den i stor grad tillates overprøvd, jf. § 29-3(1). Høyesterett protesterte sterkt mot forslaget om at nektelsesavgjørelser etter § 29-13(5) skulle kunne påankes i samme utstrekning som beslutninger, jf. § 29-3(3).¹⁵² I og med at anker over dommer tillates i langt større grad enn anker over beslutninger, gjør Høyesteretts argumenter seg desto mer gjeldende i et tilfelle som dette.

Med bakgrunn i hensynet til Høyesteretts arbeidsbyrde finner jeg det nærliggende å konkludere med at å utvide anvendelsesområdet til § 9-8 til også å gjelde lagmannsretten, ikke fremstår som et godt alternativ til tvl. § 29-13(2).

¹⁵² Jf. Ot.prp.nr. 74 (2005-2006) s. 38, se også behandlingen av Høyesteretts synspunkter under punkt 1.4.2 og 3.4.2

6 Oppsummering og konklusjon

Innføringen av en skjønnsmessig silingsregel for anker til lagmannsretten er en nyvinning i sivilprosessen. Det legges i forarbeidene vekt på at bestemmelsen skal tolkes strengt, og at bestemmelsen har som formål å luke ut de klart ufunderte ankene. På denne måten vil man bedre kunne utnytte domstolenes ressurser. Silingsregelen fremstår således som berettiget.

På den annen side er det flere aspekter ved silingsregelen som potensielt kan få negative konsekvenser. Som jeg har vært inne på åpnes det i liten grad for at lagmannsrettens praktisering av silingsregelen kan etterprøves. Ankeadgangen er snever og det er i utgangspunktet ikke plikt til å begrunne nektelsesbeslutningene. Risikoen er at silingsregelen kan bli anvendt i større grad enn forutsatt av lovgiver. For det første fordi det i sivile saker objektivt sett kan være vanskelig å vurdere om lagmannsretten vil komme til samme resultat som tingretten etter en fullstendig ny ankebehandling.¹⁵³ For det andre fordi silingsregelen, bevisst eller ubevisst, kan bli benyttet for å regulere saksrestanser og dermed arbeidsbyrden i lagmannsretten.

Det vil på nåværende tidspunkt ikke være mulig å fastslå hvordan silingsregelen i § 29-13(2) vil fungere i praksis. Dette vil vise seg først etter at regelen har blitt praktisert noe tid. Silingsregelens innhold og betydning er grundig overveid i lovforarbeidene. Lagmannsretten bør derfor ikke stå tilbake for å nekte en anke fremmet dersom dette

¹⁵³ Se uttalelser av høyesterettsdommer Skoghøy og lagdommer Bøhn i punkt 4.1

fremstår som forsvarlig og berettiget. Samtidig var innføringen av silingsregelen kontroversiell. Dette taler i retning av forsiktighet i praktiseringen fra domstolenes side.

7 Litteraturliste

Lover

- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (*tvisteloven*)
av 17. juni 2005 nr. 90
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (*menneskerettsloven*)
av 21. mai 1999, nr. 30
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (*straffeprosessloven*)
av 22. mai 1981, nr. 25
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (*tvistemålsloven*)
av 13. august 1915 nr. 6
- 1915 Lov om domstolene (*domstolloven*)
av 13. august 1915 nr. 5

Forarbeider

- Besl.O.nr. 99 (2004-2005) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (*tvisteloven*)

Innst.O.nr. 110 (2004-2005)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp.nr. 74 (2005-2006)	Tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)
Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp.nr. 78 (1992-1993)	Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v (to-instancesbehandling, anke og juryordning)
NOU 2001:32 A	Rett på sak
NOU 2001: 32 B	Rett på sak

Høringsuttalelser til Tvistemålsutvalgets utredning, NOU 2001:32, jf. høringsbrev av 9.april 2002:

Agder lagmannsrett av 23. desember 2002

Borgarting lagmannsrett av 28. november 2002

Dommerforeningens utvalg for sivilprosess av 20.november 2002

Høyesterett av 3. desember 2002

Høringsuttalelser til ”Høring – forslag til endringer i tvistemålsloven (heving av ankesummene og siling av anker)”, jf. høringsbrev av 16. mai 2002 (referanse Justisdepartementet 02/4010 C-JIG/lit):

Advokatforeningen av 22. august 2002

Agder lagmannsrett av 29. august 2002

Dommerforeningens utvalg for sivilprosess av 21. august 2002

Gulating Lagmannrett av 12. september 2002

Høyesterett av 17. juni 2002

Oslo tingrett av 3. oktober 2002

Romsdal tingrett av 30. august 2002

Rettspraksis

Norsk Rettstidende (RT):

Rt. 2007 s. 1134

Rt. 2006 s. 1638

Rt. 2005 s. 1036

Rt. 2001 s. 1635

Rt. 1999 s. 806

Rt. 1998 s. 1254

Rt. 1998 s. 482

Rt. 1997 s. 1297

Rt. 1997 s. 1159

Rt. 1997 s. 137

Rt. 1995 s. 1594

Rt. 1982 s. 1717

Upubliserte rettsavgjørelser:

HR-2008-529-U

HR-2008-410-U

HR-2008-311-A

HR-2008-310-A

EMD:

Lovdata: EMDN-1965-2689. Series A nr 11. Delcourt vs. Belgium

Lovdata: EMDN-1978-8398. Series A nr 64. Pakelli vs. Germany

Litteratur

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

Eckhoff, Torstein *Statsrettslige emner, Effektivitet og rettssikkerhet i den offentlige forvaltning*, Oslo, J.G. Tanums forlag, 1973

Hov, Jo *Rettergang I: Sivil- og straffeprosess*, Oslo, Papinian, 2007

Møse, Erik *Menneskerettigheter*, Oslo, Cappelen Akademisk forlag, 2002

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

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

- Schei, Tore *Twistemålsloven Bind I: Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6, 1915 med kommentarer, 2.utg, Oslo, Tano Aschehoug, 1998*
- Schei, Tore *Twistemålsloven Bind II: Lov om rettergangsmåten tvistemål av 13. august nr. 6, 1915 med kommentarer, 2.utg, Oslo, Tano Aschehoug, 1998*
- Skoghøy, Jens Edvind A. *Nytt i ny tvistelov, Oslo, Universitetsforlaget, 2008*
- Skoghøy, Jens Edvind A. *Twistemål, 2. utg, Oslo, Universitetsforlaget, 2001*
- Skoghøy, Jens Edvind A. *Twistemål, Oslo, Universitetsforlaget, 1998*

Juridiske artikler

- Skoghøy, Jens Edvind A. Ny norsk sivilprosesslov – tvisteloven av 2005, Jussens Venner side 269, 2006.

Øvrige kilder

Årsstatistikk for domstolene 2007 foretatt av Domstolsadministrasjonen. Se link;
http://www.domstol.no/upload/Internett_fillister/Da/Publikasjoner/Statistikk%20og%20rapporter/Domstolene%20i%20Norge%202007.pdf

Lovdata

Samtale med dommer i Borgarting lagmannsrett, Anders Bøhn (7. mars 2008)

Forkortelser

EMD	Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol
EMK	Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon
Grl.	Grunnloven
Innst.O	Innstilling til Odelstinget
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
NOU	Norges Offentlige utredninger
Rt.	Rettstidende
SP	FNs Konvensjon om Sivile og Politiske rettigheter
Strpl.	Straffeprosessloven
Tvl.	Tvisteloven
Tvml.	Tvistemålsloven

