

DOMSTOLENES VEILEDNING I SIVILE SAKER

Kandidatnummer: 561
Leveringsfrist: 27.april 2009

Til sammen 15 044 ord

22.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
<u>2</u>	<u>SPØRREUNDERSØKELSEN</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>PROSESSUELL VEILEDNING</u>	<u>9</u>
3.1	Innledning	9
3.2	Veiledning for å forebygge feil	10
3.3	Veiledning for å rette opp feil	13
3.4	Plikt til ytterligere veiledning?	18
3.5	Tidspunkt og form	19
3.6	Hyppighet	22
<u>4</u>	<u>KLARGJØRING AV MATERIELLE FORHOLD</u>	<u>25</u>
4.1	Innledning	25
4.2	Hva skal retten klargjøre?	26
4.3	Tidspunkt og form	30
4.4	Hyppighet	32
<u>5</u>	<u>OPPFORDRING VEDRØRENDE MATERIELLE FORHOLD</u>	<u>34</u>
5.1	Innledning	34
5.2	§ 11-5 fjerde ledd	36

5.2.1	Generelt	36
5.2.2	”Kan”- vurderingen	37
5.2.3	Rettens oppfordring	42
5.3	§ 11- 5 femte ledd	44
5.4	Adgang til å gi en ytterligere oppfordring?	45
5.5	Plikt til å gi materiell oppfordring	46
5.6	Tidspunkt	48
5.7	Hyppighet	49
<u>6</u>	<u>BRUDD PÅ VEILEDNINGSREGLENE</u>	<u>50</u>
	<u>REGISTRE</u>	<u>56</u>

1 Innledning

Temaet for denne fremstilling er domstolenes veiledning i sivile saker. Målet har vært å belyse i hvilket omfang domstolene skal, og utover dette kan, gi partene veiledning, jf. lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 11-5.¹

§ 11-5 gjelder i alle instanser, både under saksforberedelse og hovedforhandling.

Oppbyggingen av § 11-5 viser at det i utgangspunktet er et skille mellom prosessuell- og materiell veiledning. Prosessuell veiledning reguleres i § 11-5 første ledd og er, kort og upresist, veiledning om saksbehandlingen. Prosessuell veiledning vil bli behandlet i kapittel 3. Materiell veiledning er veiledning vedrørende sakens innhold, og reguleres av § 11-5 andre, tredje, fjerde og femte ledd. § 11-5 annet ledd fremhever formålet med materiell veiledning, og vil være et viktig moment i vurderingen av omfanget av rettens veiledning. § 11-5 tredje ledd regulerer rettens materielle klargjøringsplikt og vil bli behandlet i kapittel 4. Rettens adgang til å gi partene oppfordring om materielle forhold er hjemlet i § 11-5 fjerde og femte ledd. Dette behandles i kapittel 5.

Domstolene har i tillegg, på ulovfestet grunnlag, en snever plikt til å gi partene oppfordring om materiell forhold. Denne veiledningsplikten vil også bli behandlet i kapittel 5.

Lovgiver har gitt visse føringer for domstolenes veiledning, se særlig § 11-5 sjette og syvende ledd. § 11-5 sjette ledd fremhever at retten skal ta særlig hensyn til selvsproderende parters behov for veiledning. Departementet har imidlertid kommentert at det ofte er like gode grunner for å gi veiledning til en part som har engasjert en advokat

¹ Tvisteloven trådte i kraft 1.januar 2008 og får anvendelse med mindre annet er særlig bestemt.

som har gjort en ufullstendig jobb, som overfor en selvprosederende part.² I § 11-5 syvende ledd har lovgiver forutsatt at veiledning kun skal gis i en slik grad at retten ikke svekker sin upartiskhet i saken. I dette ligger det en forutsetning om at den dommer som eventuelt gir veiledning, også skal avgjøre saken. Utover disse føringene, har lovgiver i stor grad overlatt enkelthetene i veiledningen til dommernes skjønn. Generelt skal dommeren i sine skjønnsmessige vurderinger vektlegge å fremme tvistelovens formål.³

Utover føringene i forarbeidene, foreligger det på det nåværende tidspunkt få andre utfyllende rettskilder om temaet. Da rettens veiledning sjelden settes på spissen i form av en prosessuell tvist, foreligger det for eksempel lite rettspraksis på området.⁴

Det grunnleggende utgangspunktet i norsk sivilprosess er at partene har hovedansvaret for å ivareta sine egne interesser i saken, jf § 11-2. Prinsippet innebærer at retten blir bundet av de rammer partene legger for saken. I visse tilfeller kan disse prinsippene føre til saken får et resultat som ikke er materielt riktig resultat. Med materielt riktig resultat menes at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler, jf. § 11-5 annet ledd. Et materielt uriktig resultat kan ofte være urimelig og urettferdig, og for å bøte på dette er retten gitt en plikt, og utover dette en adgang, til å gi partene veiledning, jf. § 11-5. En sammenligning viser at de samme land har bestemmelser som har likhetstrekk med § 11-5.⁵ Et komparativt sideblikk viser at for eksempel svensk, dansk og tysk rett i stor grad legger det samme ansvaret på partene som norsk rett gjør.⁶

For nærmere å belyse omfanget av domstolens veiledning i praksis, foretok jeg en spørreundersøkelse om temaet blant enkelte dommere og dommerfullmektiger.

² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 172.

³ Ot. prp. nr. 51 (2004–2005) side 363.

⁴ I denne retning Aasland (1967) side 180-181 og Sjøfjell-Hansen (2000) side 46.

⁵ Se for eksempel Lindell (1998) side 268 flg., Smith (2000) side 125 og Murray og Stürner (2004) side 164 flg.

⁶ Se for eksempel Lindell (1998) side 51, Smith (2000) side 28, Murray og Stürner (2004) side 157.

Spørreundersøkelsen ga klart uttrykk for at fremstillingens tema er et svært praktisk tema. Spørreundersøkelsen vil bli presentert i kapitel 2.

Rettens veiledning kan være særlig aktuelt i saker som føres som småkravsprosess, jf. tvisteloven § 10-1. I småkravsprosessen holdes det ikke hovedforhandling, men i stedet ”rettsmøte til sluttbehandling”, jf. § 10-3 første ledd. Uten at det er ment å avgrense mot rettsmøte til sluttbehandling, vil uttrykket hovedforhandling kun bli benyttet i det videre. Veiledning er videre mest praktisk i dispositive saker sammenlignet med indispositive saker, jf. § 11-4, har jeg valgt å konsentrere fremstillingen om denne typen sivile saker.⁷ Et eksempel på en dispositiv sak kan være en tvist om en mangel ved fast eiendom.

Et tilbakeblikk viser at det har forekommet brudd på veiledningsreglene, og det må være på det rene at brudd på veiledningsreglene også vil forekomme i fremtiden. Fremstillingen vil derfor redegjøre for konsekvenser ved brudd på veiledningsreglene i kapittel 7

Domstolenes veiledningspraksis er et dynamisk område, og det er grunn til å tro at domstolenes veiledning både i omfang og hyppighet vil endre seg i tiden fremover. Jeg antar at særlig hyppigheten av antall selvprosederende parter i tiden fremover vil ha stor betydning for domstolenes veiledningspraksis.. Antall selvprosederende parter vil blant annet være påvirket av økonomiske forhold, endringer i reglene om vilkår for fri rettshjelp,⁸ og mulighetene for, og kunnskapen om, advokathjelp på grunn av forsikringsordninger. I tillegg til frekvensen av antall selvprosederende parter i retten, antar jeg at økt erfaring blant dommerne, vil være med å utvikle veiledningspraksisen. Det er også fullt tenkelig at internasjonale føringer vil få større betydning i tiden fremtiden. I dag er betydningen av internasjonale rettskilder relativt uavklart.⁹

⁷ Se om denne sontringen i NOU 2001: 32 Bind B side 706-708, Ot.prp. nr. 51 (2005–2006) side 405.

⁸ Se St.meld. nr. 26 (2008–2009) som foreslår endringer i gjeldende regler.

⁹ Se for eksempel Haukeland Fredriksen (2008).

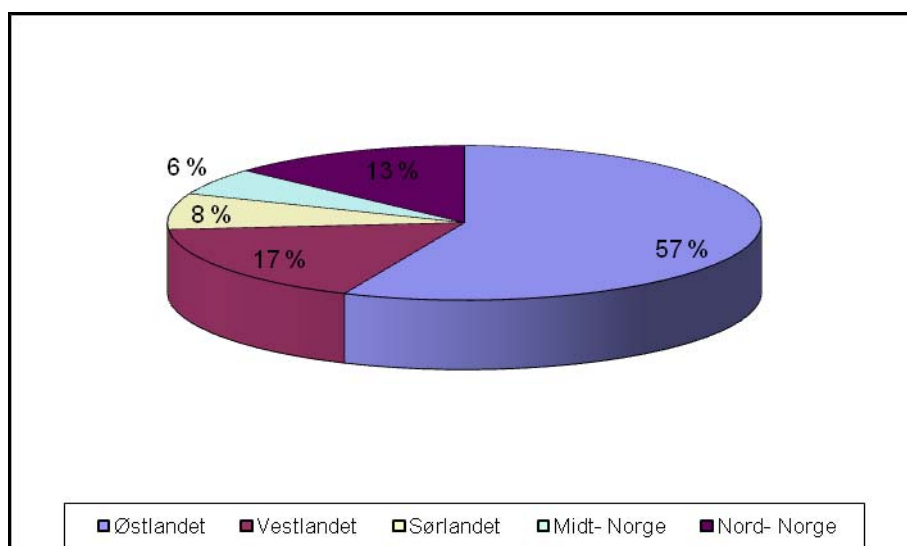
2 Spørreundersøkelsen

Formålet bak spørreundersøkelsen var som nevnt å få et innblikk i domstolenes veiledningspraksis. Jeg antok at et skriftlig avkrysningsskjema ville gi størst deltagelse, og benyttet meg derfor av et slikt skjema. For å se om jeg hadde truffet på spørsmålene og svaralternativene, ble spørreskjemaet forhåndstestet på en domstol på Vestlandet.¹⁰ Forhåndstestingen førte til enkelte endringer i spørreskjemaet. Det endelige skjemaet er inntatt som vedlegg 1. Etter at det endelige spørreskjemaet var utarbeidet, tok jeg muntlig kontakt med sorenskrivere i et representativt utvalg av tingretter. Etter disse telefonsamtalene ble spørreskjemaet tilsendt tingretten. Skjemaene ble så utfylt anonymt og returnert til meg per e-post, telefaks eller post. Innsamlingen skjedde i desember 2008 / januar 2009.

Jeg mottok spørreskjemaer fra 22 tingretter. Dette innebærer at representanter for en tredjedel av landets tingretter deltok.¹¹ Figur 1 nedenfor viser den geografiske fordelingen på deltagerne i spørreundersøkelsen. Navnene på de deltagende tingrettene er opplistet i vedlegg 2.

¹⁰ Etter inspirasjon fra Mc Daniel (2008) side 303 flg.

¹¹ Per 1.januar 2008 var det 70 tingretter i Norge, jf. Domstoladministrasjonen (2008)a side 6.



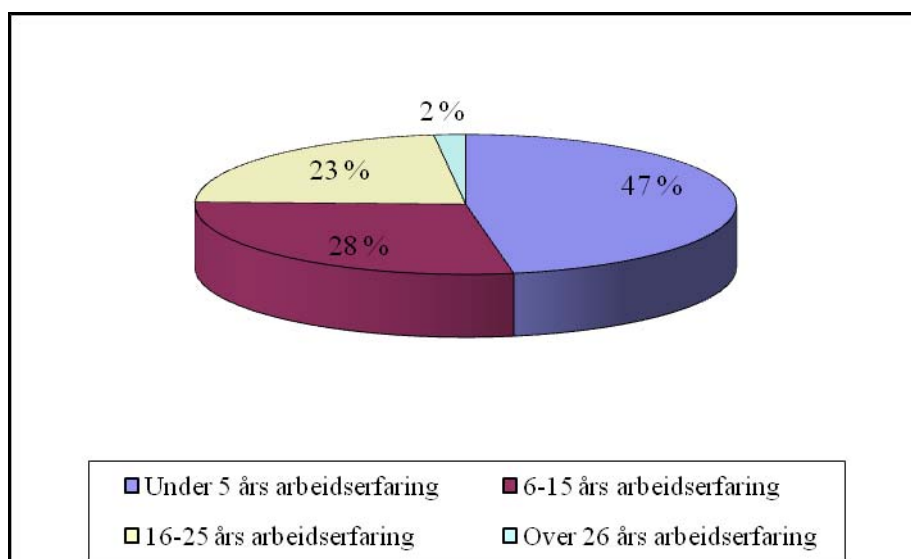
Figur 1: Geografisk fordeling av deltagerne.

Skjemaene ble primært fylt ut av embetsdommere, men også av dommerfullmektiger med en viss arbeidserfaring. Ordet dommer vil utover i fremstillingen for enkelthets skyld bli brukt som en fellesbetegnelse for dommer og dommerfullmektig.

Det deltok 35 menn og 18 kvinner i spørreundersøkelsen, noe som innebærer at forholdstallet på kjønnsfordelingen på deltagerne er 1,94:1. Denne kjønnsfordelingen tilsvarer omtrent den faktiske kjønnsfordelingen blant tingrettsdommere.¹² Videre var 24 av deltagerne 50 år eller yngre, mens 29 av deltagerne var 51 år eller eldre. Til sammenligning er gjennomsnittsalderen for en dommer i førsteinstans 54,6 år.¹³ Figur 2 nedenfor viser hvilken arbeidserfaring deltagerne hadde som dommer på utfyllingstidspunktet.

¹² Forholdstallet blant dommere er 2:1, jf. Domstoladministrasjonen (2008)a side 23.

¹³ Domstoladministrasjonen (2008)b side 11.



Figur 2: Arbeidserfaring som dommer blant de som svarte på spørreundersøkelsen.

Det er slik jeg ser det, grunn til å anta at deltagerne utgjør et relativt representativt utvalg av dommerne i førsteinstans og at spørreundersøkelsen vil gi et temmelig riktig inntrykk av dommernes veiledningspraksis. Resultatene fra spørreundersøkelsen vil bli presentert fortløpende i fremstillingen.

3 Prosessuell veiledning

3.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis, reguleres domstolenes prosessuelle veiledning av § 11-5 første ledd. Den tilsvarende bestemmelse i tvistemålsloven var § 87. Prosessuell veiledning vil fremme flere av tvistelovens formål, jf. § 1-1 første ledd, men blant annet kan slik veiledning føre til en mer rettferdig behandling av saken. Hovedformålet med prosessuell veiledning er å hindre at en part lider rettstap fordi vedkommende har gjort en prosessuell feil.¹⁴ Et eksempel på prosessuell veiledning kan være veiledning om hvilke krav som stilles for at en stevning skal tas til behandling.

I forarbeidene er det uttalt at prosessuell veiledning skal føre til at den selvprosederende skal føle seg rimelig fortrolig med det som skjer ”*under saksforberedelsen*”.¹⁵ Det må være klart at en selvprosederende part også har behov for veiledning for å føre seg fortrolig med det som skjer under hovedforhandlingen. Bestemmelsens formål, sett i sammenheng med § 11-5 sjette ledd og lovutvalgets bemerkninger til bestemmelsen,¹⁶ må føre til at departementets uttalelse ikke kan tas på ordet.

Retten skal gi partene ”*nødvendig*” veiledning, jf. § 11-5 første ledd første punktum.

I § 11-5 annet ledd annet punktum presiseres det at retten skal gi prosessuell veiledning for å forebygge og for å reparere feil. Jeg har i det videre fulgt systematikken fra lovens ordlyd, og vil derfor først redegjøre for rettens plikt til å forebygge feil (punkt 3.2), og

¹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

¹⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

¹⁶ NOU 2001: 32 Bind B side 709.

deretter for rettens veiledningsplikt for å rette feil (punkt 3.3). Som nevnt innledningsvis, vil domstolenes veiledningspraksis være i stadig endring. Hva som blir sett på som ”nødvendig” veiledning i fremtiden, kan bare tiden vise.

3.2 Veiledning for å forebygge feil

Ordlyden i § 11-5 første ledd annet punktum tilsier isolert sett, en omfattende veiledningsplikt for domstolene. Det må være klart at retten må utvise et skjønn for hvilke feil den skal forebygge, og at vurderingen baseres på momenter utover § 11-5 første ledd annet punktum..

Lovgiver har i enkelte lovbestemmelser eksplisitt gitt uttrykk for feil som retten har plikt til å veilede om, se for eksempel § 9-3 første ledd tredje punktum og § 19-11 tredje ledd. Sett i lys av lovutvalgets uttalelse om at enkeltbestemmelser vedrørende rettens veiledningsplikt er uheldig,¹⁷ fremstår disse bestemmelsene som noe inkonsekvente. I medhold av § 9-3 første ledd tredje punktum skal retten gi veiledning om hva et tilsvarende må inneholde, samt om konsekvensene av at tilsvarende ikke avgis innen fristen eller er mangelfullt. Retten vil ved en slik veiledning legge forholdene til rette for at saksøkte ikke leverer mangelfullt tilsvarende eller for sent tilsvarende. I henhold til § 19-11 tredje ledd tredje punktum skal dommeren forsikre seg om at partene, før de undertegner et rettsforlik, vet hvilke konsekvenser som inngåelse av et rettsforlik medfører. Likhetsstrekkene ved veiledning i henhold til § 9-3 første ledd tredje punktum og § 19-11 tredje ledd tredje punktum, er at konsekvensene ved å gjøre de feil det gis veiledning om, ofte vil være alvorlige for partens interesser i saken. Som eksempel er konsekvensen ved mangelfullt eller for sent tilsvarende, at det under visse vilkår kan avsies fraværdom, jf. §§ 16-7 og 16-10. En fraværdom vil sjelden være hensiktsmessig for saksøkte, jf. § 16-10 annet ledd. Konsekvensen av å levere tilsvarende for sent, kan dermed være svært alvorlig for den som er saksøkt.¹⁸ Lovbestemmelsenes klare

¹⁷ NOU 2001: 32 side 140.

¹⁸ Robberstad (2009) side 117.

ordlyd tilsier at retten har plikt til å gi veiledning i slike situasjoner. Konsekvenshensyn og rimelighetsbetraktninger tilsier at retten skal gi veiledning både til selvprosederende og til parter representert ved advokater. Når det gjelder om veiledningsplikten jf. § 9-3, kommer denne veiledning til uttrykk i det standardbrev som retten ofte benytter ved forkynning av stevning.

Et mer uklart spørsmål, er hvorvidt retten har plikt til å forebygge at en part kan miste retten til å fremføre et standpunkt, argument eller bevis, jf begrensingen som ligger i tvisteloven § 9-16. § 9-16 vil antagelig være en bestemmelse som selvprosederende parter ikke har mye kjennskap til. Dette bør tilsi at det skal gi veiledning om preklusjonsbestemmelsen til selvprosederende, jf. § 11-5 sjette ledd. Juridisk teori har tatt til orde for en slik tolkning.¹⁹ Dersom saken endres etter utløpet av avsluttet saksforberedelse, kan retten, under visse vilkår, tillate endringen til tross for forsinkelsen, jf. § 9-16. Dersom utvidelsen er viktig for sakens utfall, eller at partene ikke kan bebreides for ikke å ha kjennskap til § 9-16, vil dette være vektige momenter for retten til å gi tillatelse.²⁰ Dette tilsier at partenes interesser i saken, til tross for feilen, vil kunne repareres gjennom rettens tillatelse og dermed fortsatt bli ivaretatt. Det kan dermed argumenteres med at siden retten kan reparere feilen gjennom sin adgang til å gi tillatelse i henhold til § 9-16, har retten ikke plikt til å gi veiledning om bestemmelsen. Derimot vil særlig effektivitetshensyn være et viktig moment for at retten skal gi veiledning om § 9-16. Dette skyldes at en tillatelse fra retten ofte vil innebære økte omkostninger i saken eller at saken utsettes. En veiledning om § 9-16 i forkant vil, sammenlignet med en etterfølgende tillatelse, ofte ivareta lovens formål på en bedre måte, jf. § 1-1 første ledd.

Et videre spørsmål er om retten skal søke å unngå at partene oversitter ankefristen selv om de ønsker å anke avgjørelsen. Tidligere var en slik veiledningsplikt eksplisitt uttrykt i loven, jf. tvistemålsloven § 87 annet punktum. Selv om tillegget ikke er eksplisitt videreført i § 11-5 er det ingen gode grunner for at plikten for en slik veiledning ikke fortsatt skal

¹⁹ Schei m. fl. (2007) side 530.

²⁰ NOU 2001: 32 Bind B side 760.

være gjeldende. Det var heller ikke lovgivers intensjon å endre praksis fra tvml. § 87 annet punktum.²¹ Det må videre være selvsagt at en slik veiledning vil kunne fremme lovens formål, jf. § 1-1 første ledd. Et eksempel vedrørende veiledningsplikt om ankemuligheter fra rettspraksis er Rt. 2008 side 1723. I den avgjørelsen ble det ansett som brudd på veiledningsplikten at lagmannsretten ikke hadde veiledet en selvprosederende part om mulighetene for å angripe rettens avgjørelse.²² Det ble vektlagt at parten ville lide rettstap dersom vedkommende ikke mottok veiledning. Konsekvensen av å anke etter ankefristens utløp er at adgangen til å få overprøvd avgjørelsen er begrenset, jf. §§ 16-7, 16-8 og 16-12. Uttalelser i teorien underbygger at veiledning om ankemuligheter er viktig.²³ Både lovens formål, forarbeidene, rettspraksis, teori og reelle hensyn tilsier at retten har veiledningsplikt i en slik situasjon. Det er derfor liten tvil om at det foreligger en slik veiledningsplikt. I praksis oppfylles rettens veiledningsplikt ved det vedlegg som domstolene vanligvis legger ved sine avgjørelser. Den rettleiding domstolene gir i denne forbindelse, er inntatt som vedlegg 3.

De gjennomgåtte eksemplene viser at jo mer alvorlige konsekvenser en eventuell feil vil føre til, desto mer taler dette for å forebygge en slik feil. En feil har alvorlige konsekvenser dersom en feil i liten eller i svært begrenset grad kan repareres. Det er grunn til å tro at de kommentarene som er gjort under § 9-16 har overføringsverdi til andre eksempler, slik at prosessuell veiledning bør gis der dette kan være med på å fremme lovens formål, jf. § 1-1. Forarbeidene tilsier at retten bør kunne gå ut ifra at advokater kjenner saksbehandlingsreglene,²⁴ men der retten har grunn til å tro at advokaten ikke gjør dette, og det er fare for at en part vil lide rettstap, tilsier ofte lovens formål at veiledning likevel bør gis. Det vises til reglene om identifikasjon mellom prosessfullmektig og part, jf. § 3-5. Sist, men ikke minst, vil § 11-2, som knesetter det prinsipp at partene har ansvaret for å ivareta

²¹ NOU 2001: 32 Bind B side 866.

²² Se også Rt. 2009 side 44.

²³ Schei m. fl. (2007) side 528.

²⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

sine interesser i saken, være et tolkningsmoment for at retten ikke kan ha en særlig omfattende veiledningsplikt for å forebygge feil.

3.3 Veiledning for å rette opp feil

Det er på det rene at ikke alle feil en part eller dennes advokat gjør, vil utløse en veiledningsplikt for retten. Spørsmålet er dermed *hvilke* feil som retten har plikt til gi veiledning om.

Generelt om veiledning for å rette opp feil, er det i forarbeidene uttalt at retten som ”*et utgangspunkt*” skal gi veiledning til parter representert ved advokater i tilsvarende omgang som til selvprosederende parter.²⁵ Et slikt syn innebærer en utvidelse av rettens veiledningsplikt overfor advokater.²⁶ Dette tyder på at forarbeidene gir holdepunkter for at det i mindre grad har betydning hvilken årsak som ligger bak at feilen er gjort. Uttalelsene tyder på at retten skal fokusere på den feil som er gjort, og i mindre grad på hvem som har gjort feilen eller hvilken årsak som ligger bak. Rimelighets- og konsekvensbetraktninger tilsier at uttalelsen har gode grunner for seg. I henhold til forarbeidene er det videre grunn til at rettens nøytralitet, jf. §11-5 syvende ledd, vil legge en liten begrensning på rettens veiledning om prosessuelle forhold.²⁷

Det første spørsmålet som stilles, er hvorvidt retten skal veilede om prosessuelle feil partene har begått der denne feilen i utgangspunktet vil føre til avvisning av saken. Ved veiledning i stedet for avvisning, vil parten kunne få ivaretatt sin interesse i saken, jf. § 11-5 første ledd første punktum. Ordlyden taler derfor for veiledningsplikt. Prosessuell veiledning i slike situasjoner kun aktuelt ved feil som kan avhjelpes, jf. § 11-5 første ledd tredje punktum og § 16-5. Eksempler på feil som i utgangspunktet kan avhjelpes i slike

²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

²⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

²⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

tilfeller er mangelfulle prosesshandlinger, påstander vedrørende forhold som ikke kan gjennomføres eller der saksøker har angitt feil part som saksøkt i stevningen eller anken. Gitt at det er klart at en avvisning kan føre til at parten lider rettstap, tilsier dessuten lovens formål at det foreligger en veiledningsplikt. Ved å veilede i en slik situasjon ville retten videre hjelpe saksøkeren med å få fremmet sitt krav og dermed få håndhevet sine rettigheter. Lovens formål vil dermed oppfylles, jf. § 1-1 første ledd.

Forarbeidene tilsier at retten har en ”*betydelig*” veiledningsplikt i avvisningssituasjoner.²⁸ Det er videre uttalt at avvisning ikke skal skje før veiledning er gitt.²⁹ I forarbeidene uttrykkes det også at det skal legges arbeid i rettens prosessuelle veiledning ved mangelfulle stevninger, og at veiledningen skal gis på en slik måte at retting skal kunne skje.³⁰

Rt. 2008 side 230 har også lagt til grunn en vid veiledningsplikt i avvisningssituasjoner. Lagmannsretten hadde avvist saken på grunn av manglende rettslig interesse, jf. tvistemålsloven § 54 (nå tvisteloven § 1-3). Spørsmålet for Høyesteretts kjæremålsutvalg var hvorvidt lagmannsretten hadde overholdt sin veiledningsplikt da den ikke hadde gitt veiledning før den avviste saken. Høyesteretts kjæremålsutvalg vektla grunneiernes klare behov for å anke sak.³¹ Videre ble det uttalt at det var forståelig at grunneiernes ikke har sett nødvendigheten av å gjøre staten til motpart i ankeomgangen. Det forhold at saksøkerne, så vidt jeg kan forstå, var representert ved advokat, ble ikke kommentert som et moment imot at veiledning skulle gis. Konklusjonen til Høyesteretts kjæremålsutvalg var at det forelå brudd på veiledningsplikten. En *obiter dictum* uttalelse i Rt. 2008 side 1730 kan også tyde på en vid veiledningsplikt i avvisningssituasjoner. En slik uttalelse har selvsagt liten rettskildemessig betydning i sivilprosessen, men uttalelsen må likevel kunne legges til grunn som et støtteargument for veiledningsplikt i avvisningssituasjoner. Dette gjelder

²⁸ NOU 2001: 32 Bind A side 140.

²⁹ NOU 2001: 32 Bind B side 747.

³⁰ NOU 2001: 32 side 747.

³¹ Se også lignende resonnering i LG-2007-133705.

særlig når uttalelsen er i samsvar med Rt. 2008 side 230. De nevnte avgjørelser vektlegger antagelig, i likhet med forarbeidene, at konsekvensen av feilen betydning har større betydning for veiledning enn hvem eller hvorfor feilen er gjort.

Gjennomgangen har vist at det foreligger en vid veiledningsplikt i avvisningssituasjoner, og regelmessig vil slik veiledning skje før stevningen forkynnes for motparten.³² Den vide veiledningsplikten etter norsk rett, tilsier at det vanskelig kan tenkes at EMK artikkel 6 vil ha selvstendig betydning i denne sammenheng. Jeg nevner likevel at EMK art. 6 oppstiller et krav om domstolsadgang, jf. ordlyden ”*access to court*”.³³ I *Edificaciones March Gallego S.A mot Spania* berøres domstolenes veiledningsplikt i avvisningssituasjoner. Spørsmålet i saken var hvorvidt Spania hadde brutt EMK art. 6 i det den spanske domstolen ikke hadde gitt veiledning og frist for å rette en feil i stevningen, men i stedet avvist saken. Feilen som var gjort var at det var angitt feil part som saksøkt. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) konkluderte med at det ikke forelå brudd på EMK artikkel 6. Forarbeidene gir, så vidt jeg kan se, ingen kommentarer om forholdet mellom domstolenes prosessuelle veiledningsplikt i avvisningssituasjoner og EMK artikkel 6. Årsaken til dette kan være at norsk sivilprosess tradisjonelt gir veiledningsplikt i større omfang enn de krav som oppstilles av EMD.

Et annet spørsmål er hvorvidt retten skal gi veiledning der retten har grunn til å tro at påstanden som er lagt ned ikke er i samsvar med det domsresultat partene egentlig ønsker. En uheldig påstandsutforming kan sette begrensninger for domsresultatet, jf. § 11-2 første ledd annet punktum. Ordlyden i § 11-5 første ledd annet punktum tilsier derfor veiledningsplikt. Når det gjelder veiledning vedrørende påstandsutforming, vil det være en uklar overgang til materiell klargjøring jf. § 11-5 tredje ledd,³⁴ se mer vedrørende materiell veiledning i punkt 4.2. Min oppfatning er at der påstanden i seg selv er klar, men der det er

³² NOU 2001: 32 side 747.

³³ Aall (2004) side 338.

³⁴ Hov (2007) Bind I side 249.

grunn til å tro at parten ikke har innsett konsekvensen av sin påstand, er det riktigst å hjemle veiledningen i § 11-5 første ledd.

I og med at retten har veiledningsplikt i henhold til både § 11-5 første og tredje ledd, vil ikke hvilken bestemmelse som er riktig hjemmel ha noen rettslig betydning. Et illustrerende eksempel er inntatt i Rt. 1995 side 1120. Spørsmålet var hvorvidt lagmannsretten i stedet for å avgjøre saken i henhold til den påstand som var lagt ned skulle ha spurt parten om påstandsutformingen skyldtes en misforståelse. Parten som hadde lagt ned påstanden var representert ved advokat. Høyesteretts kjæremålsutvalg var av den oppfatning at det var tydelig hvilket domsresultat partene egentlig hadde ønsket, og at lagmannsretten dermed skulle ha forhørt seg med parten om den påstand som var lagt ned før den avgjorde saken. Det ble derfor konkludert med brudd på veiledningsplikten, men uten at det ble nærmere konkretisert hvilken bestemmelse som var riktig hjemmel.³⁵

I spørreundersøkelsen svarte 30 av 52 dommerne at de hadde gitt veiledning vedrørende påstandsutforming. Det ble også kommentert av en dommer at vedkommende *"prøver å våke over påstandene slik at de gir uttrykk for de krav partene mener å fremme"*. En kommentar fra spørreundersøkelsen viser også at vedkommende, i likhet med forarbeider, rettspraksis og teori, ikke har fokus på hvilken bestemmelse som er riktigst hjemmel: *"Her veiledes det friskt på alle stadier av en sak, og det er nok ikke slik at man setter denne veiledningen i båser - burde kanskje gjort det?"*

Et tredje spørsmål er hvorvidt retten skal gi veiledning der parten ikke har levert, eller har levert en mangelfull sakskostnadsoppgave, jf. § 20-5 tredje ledd. Reglene vedrørende sakskostnadsoppgaven er skjerpert ved tvisteloven.³⁶ Konsekvensen ved innlevering av en mangelfull sakskostnadsoppgave vil være at parten ikke får tilkjent sakskostnader som parten i utgangspunktet kan ha krav på. I og med at partene kan miste et økonomisk krav ved å gjøre denne feilen, tilsier lovens ordlyd at veiledning skal gis. Bestemmelsens og

³⁵ LB-2008-186315 viser heller ikke til eksakt bestemmelse i sin drøftelse.

³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 281 og 448.

lovens formål tilsier at veiledning bør gis, men siden et krav om sakskostnader er et bikrav i saken, er ikke argumentene så sterke som i de foregående eksemplene. Forarbeidene gir uttrykk for at retten skal veilede dersom det foreligger mangler ved sakskostnadsoppgaven til selvprosederende parter.³⁷ Departementets uttalelser om at Rt. 1974 side 695 og 697 er rettshistorie,³⁸ kan tyde på at det også er veiledningsplikt overfor advokater i slike situasjoner. I de nevnte rettsavgjørelsene ble det ikke gitt veiledning til advokater vedrørende en relativt ny regel om konsekvensen av å ikke levere sakskostnadsoppgave. Uttalelsene i forarbeidene kan tyde på at retten frem til nå har hatt veiledningsplikt i slike situasjoner, både overfor selvprosederende og overfor advokater. Hvorvidt det er holdepunkter for at retten har veiledningsplikt overfor advokater i tiden fremover, kan være tvilsomt.

Eksemplene jeg har vært gjennom viser at rettens veiledningsplikt øker proporsjonalt med konsekvensen av de feil som gjøres. Som nevnt, var også dette hensyn et viktig moment for veiledning for å forebygge feil. Det kan etter dette sies at systematikken i ordlyden har størst betydning for å fremheve at visse feil kan retten kun reparere, ikke forebygge. Enkelte feil kan både forebygges og avhjelpes. Effektivitetshensyn kan tilsi at der retten har et valg, bør retten foreta veiledning for å forebygge feil. Uttalelsene i forarbeidene gir som nevnt momenter for at Rt. 1974 side 695 og Rt. 1975 side 697 er rettshistorie. Avgjørelsene gjaldt sakskostnadsoppgaver, men jeg mener det kan være holdepunkter for å tolke forarbeidene til ikke bare å gjelde konkret nye bestemmelser om sakskostnadsoppgaver, men også for andre bestemmelser av nyere dato. Fra spørreundersøkelsen er det kommentert at det i forbindelse med innføringen av tvisteloven har vært *”behov for å gi veiledning til advokater om nye bestemmelser blant annet om verneting, sluttinnlegg og bevisføring.”* Det kan være grunn til å tro at etter en innkjøringsperiode med tvisteloven, vil færre feil fra advokater utløse veiledningsplikt. Per dags dato har tvisteloven vært i kraft i over ett år, og mye tyder på at innkjøringsperioden er, eller i svært nær framtid, vil være over. Dette tyder at retten sjeldnere vil ha veiledningsplikt overfor advokater i fremtiden.

³⁷ NOU 2001: 32 Bind B side 934.

³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

Likevel er det grunn til å påpeke at hvorvidt veiledning skal gis, må baseres på en konkret helhetsvurdering og at feilens betydning kan tilsi at retten bør ha veiledningsplikt også der feilen skyldes lovbestemmelser av eldre dato. Som eksempel kan det vises til at dersom sakskostnadene i en sak er høye og retten har grunn til å tro at parten har anstrengt økonomi, kan dette veie tyngre enn at bestemmelsene om sakskostnader er av eldre dato.

3.4 Plikt til ytterligere veiledning?

Spørsmålet er videre hvorvidt retten, dersom den har grunn til å tro at parten har misforstått eller ikke har oppfattet rettens veiledning, har plikt til å gi *ytterligere* veiledning. Hvis parten ikke har forstått eller ikke har oppfattet veiledningen, kan det sies at ytterligere veiledning er ”*nødvendig*”, jf. § 11-5 første ledd første punktum. Dersom det er gitt veiledning til en selvprosederende part, kan det ofte være naturlig å vektlegge behovet til den selvprosederende parten, jf. § 11-5 sjette ledd og dermed gi ytterligere veiledning. Selv om det er uttalt at prosessuell veiledning sjelden vil svekke rettens nøytralitet i henhold til § 11-5 syvende ledd, vil nøytralitetshensyn være et moment imot at ytterligere veiledning skal gis. I hvilken grad dette hensyn får betydning, må baseres på en konkret helhetsvurdering.

Forarbeidene er et moment for at det ikke bør utløse noen plikt til ytterligere veiledning dersom en advokats feil eller unnlaterer allerede er blitt fulgt opp med veiledning som kort viser til regler som advokater bør kjenne innholdet av.³⁹ I utgangspunktet må det forventes at når en advokat påtar seg en sivil sak må det forventes at vedkommende i all hovedsak kjenner tvistelovens bestemmelser, jf. Rt. 2006 side 893.

I Rt. 1999 side 1363 var spørsmålet om hvorvidt lagmannsretten pliktet å gi ytterligere veiledning til en part som ikke forstod hvordan vedkommende skulle inngi anke over borgerlige rettskrav. Det ble lagt vekt på at advokaten ikke var klar over bestemmelsene, og

³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

at det var grunnen til vedkommende advokat ikke grep inn, se dommens side 1370. Det ble konkluderte med at lagmannsretten hadde plikt til å gi ytterligere veiledning. Sett i lys av Rt. 1999 side 1363 gjaldt veiledningsplikt i avvisningssituasjoner, er jeg enig i Høyesteretts resultat. Begrunnelsen om at det forhold at advokaten ikke grep inn tilsa en ytterligere veiledningsplikt, mener jeg må ha begrenset overføringsverdi til andre tilfeller. Schei m.fl. (2007) uttrykker at ytterligere veiledning må gis i tilfeller der parten ikke har oppfattet rettens veiledning og gir sin tilslutning til Høyesteretts argumentasjon i Rt. 1999 side 1363.⁴⁰

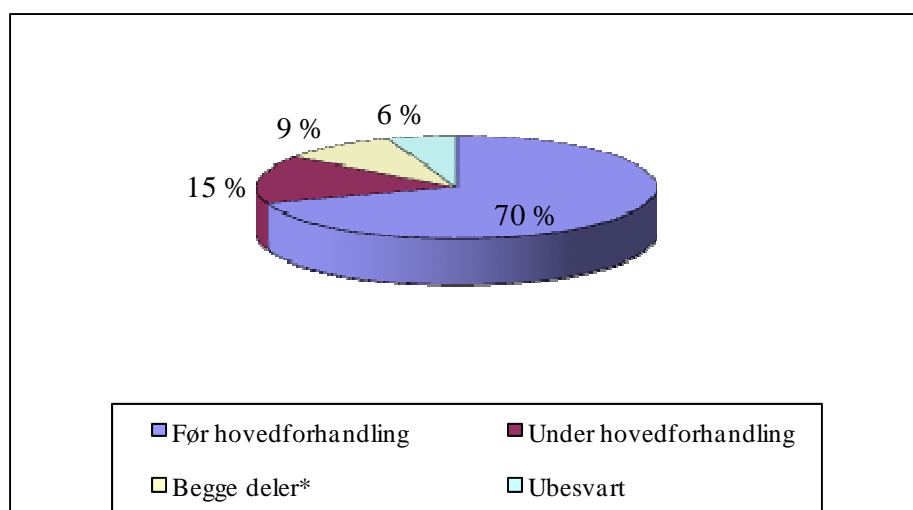
I og med at rettskildene taler i ulik retning, må retten foreta en konkret helhetsvurdering. Sakens betydning, samt hva veiledningen eventuelt vil kunne føre til, må klart komme inn som et vektige momenter. Disse momentene er særlig fremtredende i avvisningssituasjoner, men heller ikke i slike situasjoner kan det oppstilles noe absolutt og totalt krav vedrørende plikt om å gi ytterligere veiledning. Det kan for eksempel vises til LF-2008-103665 der lagmannsretten kom til at tingretten ikke hadde brutt sin veiledningsplikt ved å avvise en avledet anke, i stedet for å gi ytterligere veiledning om innholdskravene til en slik anke. Det ble i avgjørelsen lagt vekt på at advokaten ikke hadde fulgt bestemmelser som var innenfor hva som må forventes av en prosedyreadvokat. Lagmannsrettsavgjørelser har generelt liten rettskildemessig betydning på sivilprosessens områder, men i denne avgjørelsen mener jeg at argumentasjonen som er gitt har gode grunner for seg. Avgjørelsen må sies å være i tråd med forarbeidenes uttalelser.

3.5 Tidspunkt og form

I punkt 3.2. og 3.2. kom det indirekte til uttrykk at prosessuell veiledning både vil skje under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen. Et eksempel på veiledning under saksforberedelsen kan være veiledning i avvisningssituasjoner, mens det under hovedforhandling for eksempel kan gis veiledning om hvilke krav som stilles til

⁴⁰ Schei m.fl. (2007) side 529.

sakskostnadsoppgaven. Generelt er det uttrykt at veiledning skal gis når det oppstår et behov for det.⁴¹ Figuren nedenfor viser at 70 % av dommerne mente de som oftest ga prosessuell veiledning før hovedforhandling. Den klare overvekten av veiledning før hovedforhandling, må sies å være i samsvar med den forståelse av reglene som det er gitt uttrykk for overfor. Det bemerkes at med området ”begge deler” i figuren nedenfor menes før og under hovedforhandlingen. Forklaringen for dette feltet er at enkelte dommere satte to, i stedet for ett, kryss. Dette er årsaken til at enkelte diagrammer i det følgende også har et felt som er betegnet som ”begge deler”.



Figur 3: Tidspunkt for prosessuell veiledning.

I spørreundersøkelsen er det kommentert at: ”Den viktigste veiledningen skjer tidlig under saksforberedelsen - før hovedforhandling er berammet, og som oftest før og/eller i forbindelse med planmøte.” Generelt viser svarene fra spørreundersøkelsen at flere dommere anser planmøtene jf. § 9-4, som en god arena for å gi prosessuell veiledning. § 9-4 er formelt sett å anse som et saksstyringsmøte, slik at her ser man en tydelig sammenheng mellom rettens plikt til aktiv saksstyring i henhold til § 11-6 og rettens prosessuelle veiledningsplikt, jf. § 11-5 første ledd. Et eksempel på veiledning som det kan være hensiktsmessig å gi i et planmøte, er veiledning om begrensningen i § 9-16, jf. § 9-4 annet ledd bokstav g. Det er flere gode grunner som tilsier at prosessuell veiledning bør gis i et

⁴¹ Schei m.fl. (2007) side 527.

planmøte. For det første vil veiledning i en slik sammenheng ofte være tids- og kostnadsbesparende. Dersom det skulle vise seg behov for ytterligere veiledning, vil dette ofte kunne fanges opp allerede i møtet og retten vil kunne gi slik veiledning med det samme. Videre skapes det notoritet over veiledningen. Dette fordi begge partene er representert (det vil si ofte deres advokater) på slike møter, og at skrives rettsbok fra slike møter, jf. §§ 9-4 tredje ledd og 13-5. Praksis viser imidlertid at dommere ofte fatter seg i korthet i rettsboken. Når det gjelder notoritet kan det også vises til begrunnelsen bak regelen i § 12-1. Denne bestemmelsen går ut på at en dommer som har gitt bistand om prosesskriv, ikke skal delta i den videre behandling av saken. Begrunnelsen for bytte av dommer er blant annet at motparten er ikke vet hvilken veiledning som er blitt gitt.⁴² Dette tilsier at veiledning først og fremst bør gis til en part i påhør av motparten eller at retten på annen måte er åpen om hvilken veiledning som er gitt/ vil bli gitt. En slik åpenhet skjer i praksis gjerne ved at veiledning skjer i brevs form, med kopi til motparten.

Når det gjelder på hvilken måte veiledning skal gis, må dette være opp til rettens skjønn. Særlig i avvisningssituasjoner er det grunn til at retten har plikt til å gi en grundig veiledning, og med tanke på at veiledningen skal være tilstrekkelig til at retting skal kunne foretas.⁴³ Dersom det er nedlagt en påstand om et forhold som ikke kan gjennomføres og dermed i utgangspunktet skal avvises, skal retten i sin veiledning vise hvordan påstanden skal utformes.⁴⁴ I avvisningssituasjoner, vil det ved veiledning til advokater være tilstrekkelig kort å vise til en aktuell lovbestemmelse. Til en selvprosederende part vil det ofte kreves en større grad av veiledning. Uavhengig av hva det gis veiledning om, tilsier gode grunner at veiledning til en selvprosederende part krever tydeligere veiledning enn når veiledning gis til en advokat.⁴⁵ En tydelig veiledning vil være enklere for en selvprosederende part å oppfatte og dermed ofte føre til at retten sjeldnere må vurdere om den har plikt til å gi ytterligere veiledning. Hvor omfattende og tydelig veiledningen skal

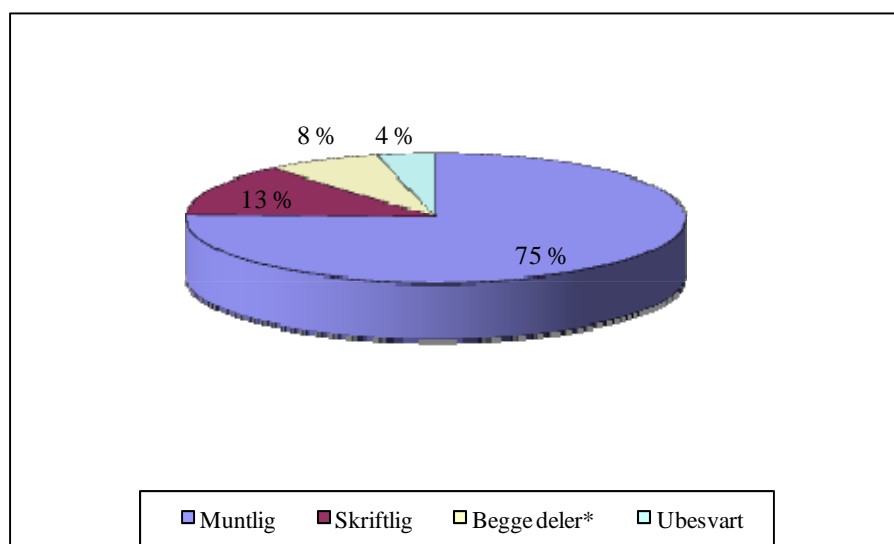
⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 174.

⁴³ NOU 2001: 32 side 747.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 364.

⁴⁵ LF-2008-103665.

være, vil være regulert av § 11-5 syvende ledd, sakstypen og domstolenes ressurser. Hvorvidt veiledningen skjer i muntlig eller skriftlig form, har mindre betydning. Praksis viser derimot at retten som oftest gir prosessuell veiledning muntlig, jf. figuren nedenfor.

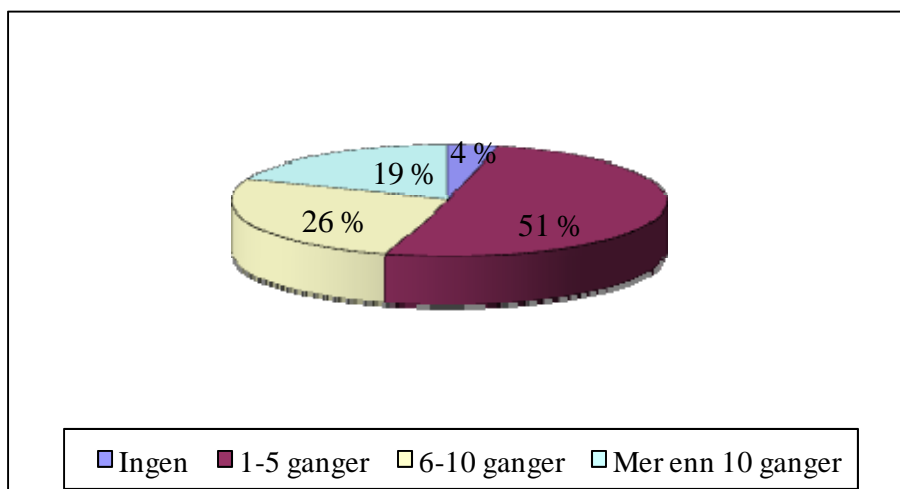


Figur 4: Form, prosessuell veiledning

3.6 Hyppighet

Diagrammet på neste side viser antall ganger dommerne husket de hadde gitt prosessuell veiledning i 2008. Til sammenligning behandlet dommere i gjennomsnitt 25,25 sivile saker i 2008.⁴⁶

⁴⁶ Domstoladministrasjonen (2009).

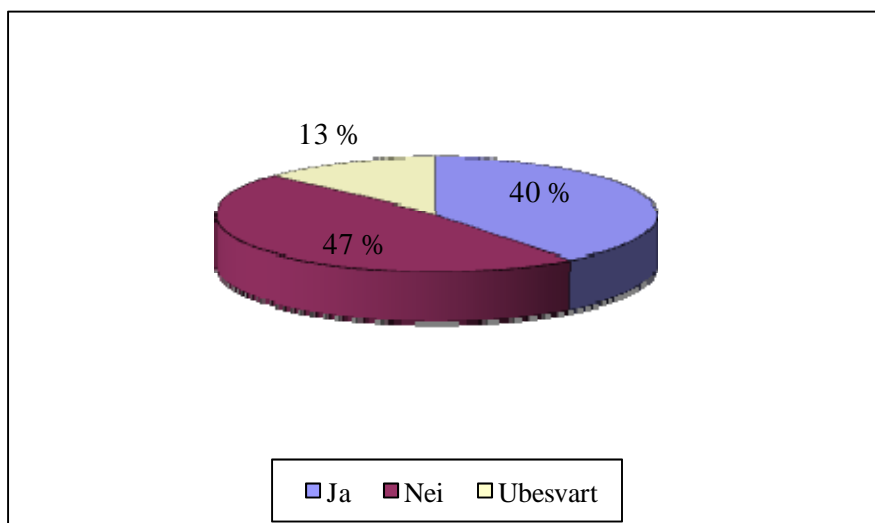


Figur 5: Hyppighet, prosessuell veiledning.

Det er særlig tre forhold som tilsier at domstolene etter ikrafttreddelsen av tvisteloven har gitt oftere prosessuell veiledning. Den første årsaken er innføringen av småkravprosessen, jf. tvisteloven kapittel 10. Småkravprosessen skal bidra til å legge forholdene til rette for selvprosederende parter.⁴⁷ I spørreundersøkelsen er det kommentert at *”særlig i forbindelse med småkravprosess er behovet for å veilede selvprosederende parter prosessuelt økt drastisk.”* En annen årsak er utvidelsen av rettens veiledningsplikt overfor advokater. En tredje årsak er at ikrafttreddelsen av tvisteloven i seg selv antagelig vil føre til at retten oftere vil måtte gi veiledning i en periode. En dommer skrev at: *”Det har vært en del mer veiledning pga ikrafttreddelse av nye prosessregler”*.

Et interessant funn fra spørreundersøkelsen viser at bare 40 % av dommerne trodde de hadde veiledet oftere i 2008 enn i 2007 (se figur neste side). Det presiseres at spørsmålet er stilt på generelt grunnlag, og dermed også omfatter materiell veiledning. Spørsmålet som ble stilt var: Tror du at du har veiledet mer i 2008 enn i 2007?

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 198.



Figur 6: Veiledning i 2008 sammenlignet med 2007.

Sammenlignet med redegjørelsen som er gjort ovenfor, synes jeg dette var et lavt tall. Det kan være ulike årsaker til det overraskende lave tallet, men hvilke årsaker dette er, fanger spørreundersøkelsen ikke opp. En årsak er at det vil være urimelig å tro at norske domstoler fra dag én ville utvikle seg til en mer aktiv domstol. En særlig årsak når det gjelder materiell veiledning, kommenteres i punkt 5.7.

4 Klargjøring av materielle forhold

4.1 Innledning

Rettsens materielle klargjøringsplikt reguleres i § 11-5 tredje ledd. Den tilsvarende bestemmelsen i tvistemålsloven var § 86 annet ledd første punktum. § 11-5 tredje ledd går i korthet ut på at retten, gjennom spørsmål og avklaringer til partene, skal få avklart forhold i partenes saksfremstilling som fremstår som uklare.⁴⁸ Hovedformålet bak bestemmelsen er å bidra til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler, jf. § 11-5 annet ledd. Avgjørelsen gis da et materielt riktig resultat. Departementet tilføyde § 11-5 annet ledd fordi de ønsket å fremheve formålet med veiledningen i større grad.⁴⁹ Dersom det bringes klarhet i det en part anfører, vil argumentasjonen også blir enklere for motparten å imøtegå.⁵⁰ Kontradiksjonskravet blir dermed oppfylt, jf. § 11-1 tredje ledd og § 1-1 annet ledd. Med kontradiksjon menes at partene skal gis anledning til å få gjøre rede på sitt syn på de faktiske omstendigheter, og at de må få adgang til å uttale seg om hverandres argumentasjon.⁵¹ Det er grunn til å tro at en klargjøring av saken vil medføre en mer effektiv og rettferdig behandling av saken. Dette vil fremme lovens formål, jf. § 1-1 første ledd.

Generelt må det antas at det de samme hensynene som er relevante ved vurderingen av om det skal gis prosessuell eller materiell veiledning, men at disse hensynene har ulik vekt. Som eksempel har nøytralitetshensyn relevans i begge vurderinger, jf. § 11-5 syvende ledd, men

⁴⁸ NOU 2001: 32 Bind B side 709.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 169-170.

⁵¹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 167.

det er klart at dette momentet har større vekt ved vurderingen av omfanget av materiell veiledning sammenlignet med prosessuell veiledning.⁵²

Rettenns plikt til å etterspørre en klargjøring vil bidra til at en part får adgang til å rette opp den feil vedkommende har gjort ved ikke å fremheve et forhold på en tilstrekkelig klar måte. Rettenns klargjøringsplikt har derfor likhetstrekk med rettenns plikt til å gi partene adgang til å rette opp prosessuelle feil, jf. punkt 3.3 ovenfor. Det er grunn til å presisere at retten gjennom sin materielle veiledning kun kan *bidra* til materielt riktige resultater. Retten vil aldri kunne nøytralisere partenes feil i en sak med fri rådighet. Dersom parten ikke følger opp veiledningen, må retten vurdere hvorvidt den skal gi ytterligere oppfordring.

Materiell veiledning, det vil si både veiledning etter § 11-5 tredje ledd, fjerde og femte ledd kalles både i forarbeidene og i teorien gjerne materiell prosessledelse.⁵³ Dette begrepet har vært kritisert i teorien.⁵⁴ I og med at ordet i liten grad er dekkende for realiteten i rettenns veiledning, er kritikken som er reist mot begrepet etter mitt skjønn berettiget. Siden jeg mener at begrepet er misvisende, og at begrepet er uten rettslig betydning, vil uttrykket materiell prosessledelse ikke bli benyttet i denne fremstilling.

4.2 Hva skal retten klargjøre?

Retten skal for det første få klarlagt sakens tvistespoørsmål. ”*Tvistespoørsmål*” er et uttrykk som er tilføyd i tvisteloven uten at tilføyelsen er særlig kommentert i forarbeidene eller senere i juridisk teori. En nærliggende tolkning er at det er det tvisten gjelder, og særlig det

⁵² NOU 2001: 32 Bind A side 138.

⁵³ Se for eksempel NOU 2001: 32 side 138, Robberstad (2009) side 168, og Hov (2007) Bind I side 262.

⁵⁴ Se for eksempel i Hov (2007) Bind I side 263.

partene er uenige om.⁵⁵ Retten bør, så lenge dette ikke går på bekostning av rettens nøytralitet, gi uttrykk for hva den anser som vesentlige punkter i saken.⁵⁶

Videre skal retten, dersom partenes påstander fremstår som uklare, etterspørre en klargjøring av disse. Et klassisk eksempel på klargjøring av påstander er dersom det i en sak der det er reist krav om erstatning er nedlagt påstand om frifinnelse, men der det ikke er fremmet noen innsigelse mot det fremsatte erstatningsbeløp. Dersom retten i et slikt tilfelle er usikker på om den saksøkte også har et ønske om å få erstatningsbeløpet så lavt som mulig, har retten plikt til å bringe klarhet i dette.⁵⁷ Det er grunn til å tro at der påstanden er uklar, vil ofte tvistesporrmålet også være uklart, slik at det her vil være en uklar overgang mellom de ulike uttrykk. Det vil også, som nevnt i punkt 3.3, være en uklar grense til prosessuell veiledning, jf. § 11-5 første ledd.

Endelig skal retten, dersom den er i tvil om hva som blir forsøkt fremsatt som begrunnelse for sakens resultat, spørre om en klargjøring av partenes standpunkt til rettslige og faktiske spørsmål. Det presiseres at retten skal, innenfor rammene av § 11-2 første ledd, av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler, jf. § 11-3 første punktum. Jeg antar at § 11-5 tredje ledd er utformet på den måte den er blitt, fordi det ofte vil være en uklar overgang mellom partenes rettslige og faktiske standpunkt.

§ 11-5 tredje ledd må antas å regulere forhold som partene har nevnt, men ikke påberopt. Dette bygges på at veiledning om et påstandsgrunnlag ikke er nevnt i sakens fremstilling, vil reguleres av § 11-5 fjerde ledd. Videre vil et forhold som er påberopt, kunne legges til grunn for rettens avgjørelse, jf. § 11-2 annet ledd annet punktum. Det vises også til Rt. 1963 side 996 om den tilsvarende bestemmelsen i tvistemålsloven der det konkludert med at retten hadde brutt sin klargjøringsplikt fordi retten la vekt på et forhold som ikke var ”påberopt”. Kravet til påberopelse har en klar sammenheng til kravet om kontradiksjon, og

⁵⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 171.

⁵⁷ Schei m.fl. (2007) side 498. Se eksempel på slik klargjøring i LA-2008-24057.

som nevnt har rettens klargjøringsplikt sammenheng med kravet til kontradiksjon. Jo høyere krav som stilles til påberopelse, desto større behov vil det stilles til rettens klargjøring.⁵⁸ Det faller utenfor oppgavens tema å redegjøre for hva som ligger i kravet om påberopelse, men påberopelse går ut på at vedkommende forhold må være fremhevet på en slik måte at motparten får en reell anledning til å imøtegå dette.⁵⁹ I Rt. 1990 side 8 ble det uttalt at rettens klargjøringsplikt også kunne bygges ”direkte” på kravet om kontradiksjon.

Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt det skal stilles et krav til på hvilken måte et forhold skal være nevnt for at dette skal reguleres av § 11-5 tredje ledd. Spørsmålet vil ha betydning for hvorvidt det foreligger et brudd på veiledningsreglene at retten ikke gir veiledning. Verken ordlyden eller forarbeidene gir særlige holdepunkter for å foreta en slik grensegang, men Rt. 1963 side 996 kan gi visse føringer i denne sammenheng. Avgjørelsen er avsagt under tvistemålsloven, men kan være et relevant tolkningsmoment i og med at det den gang ikke var lovregulert en adgang til å gi veiledning om forhold som partene ikke hadde berørt. I avgjørelsen kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at lagmannsretten hadde brutt sin veiledningsplikt, da den ikke hadde klargjort om den ene part ønsket å påberope seg manglende støtteklosser i motoren som grunnlag for et erstatningskrav. Manglende støtteklosser var kun nevnt i en partsforklaring i saken uten at det fremsto klart hvilken betydning denne partsforklaringen ble tillagt.⁶⁰

I teorien er det hevdet at Høyesteretts kjæremålsutvalg var på grensen eller utenfor ordlyden i tvistemålsloven § 86 annet punktum.⁶¹ I realiteten kan dette ha vært en oppfordring om et nytt forhold, jf. nå § 11-5 fjerde ledd. Siden innføringen av § 11-5 fjerde ledd uttrykkelig gir retten en adgang til å oppfordre partene om nye forhold er det grunn til å tro at overgangen i praksis ikke vil ha så stor betydning. Det som er viktig er at jo mindre

⁵⁸ Se for eksempel Sjøfjell-Hansen (2000) side 33.

⁵⁹ Se for eksempel NOU 2001: 32 side 704 om dette kravet.

⁶⁰ Aasland (1967) side 180.

⁶¹ Sjøfjell-Hansen (2000) side 35.

som allerede er nevnt i saken, desto større vil hensynet til å ivareta rettens nøytralitet, jf. § 11-5 syvende ledd, måtte ivaretas.

Når det gjelder omfanget av rettens veiledningsplikt, avgjøres dette av momenter utenfor § 11-5 tredje ledd. Forarbeidene tilsier at omfanget av rettens klargjøringsplikt er vid,⁶² men at rettens klargjøring ikke skal føre til at retten får en ”undersøkende eller granskende rolle”.⁶³ Formålsbetraktninger tilsier at ”som synes å være av betydning for saken”, jf. § 11-5 fjerde ledd, innfortolkes også i tredje ledd. I andre tilfeller vil en klargjøring medføre at partene påføres ekstraarbeid og at saken blir gjort mer vidløftig enn hva det er behov for.⁶⁴ Dette vil ikke fremme lovens formål, jf. § 1-1 første ledd. I Rt. 2008 side 1449 uttalte Høyesteretts ankeutvalg at rettens klargjøringsplikt måtte begrenset til ”forhold som kan tenkes å ha betydning for den avgjørelse som skal treffes”. Uttalelsen må sies å ligge nær opptil ordlyden i § 11-5 fjerde ledd og støtter etter min mening synspunktet om en innfortolkning i § 11-5 tredje ledd.

Det er som nevnt partene som må supplere det allerede fremsatte faktum, der retten ber om en slik klargjøring. Dersom parten ikke følger rettens oppfordring om en klargjøring av saken, vil retten ha plikt til å vurdere om den skal gi partene en ytterligere forespørsel om klargjøring. Lovens ordlyd kan tyde på at retten må gi stille flere spørsmål slik at forholdene blir klargjort. Dersom det er åpenbart at forholdet bør legges til grunn for å oppnå et materielt riktig resultat, tilsier også bestemmelsens formål at partene gis en ny anledning til å klargjøre sitt standpunkt. § 11-5 syvende ledd vil sette den ytterste begrensning for utstrekningen av ytterligere veiledning. Det presiseres at dersom retten går utenfor de rammene partene har lagt i saken, jf. § 11-2, eller legger til grunn et forhold som ikke har vært gjenstand for kontradiksjon, jf. § 11-1 tredje ledd, vil det foreligge en saksbehandlingsfeil ved avgjørelsen.

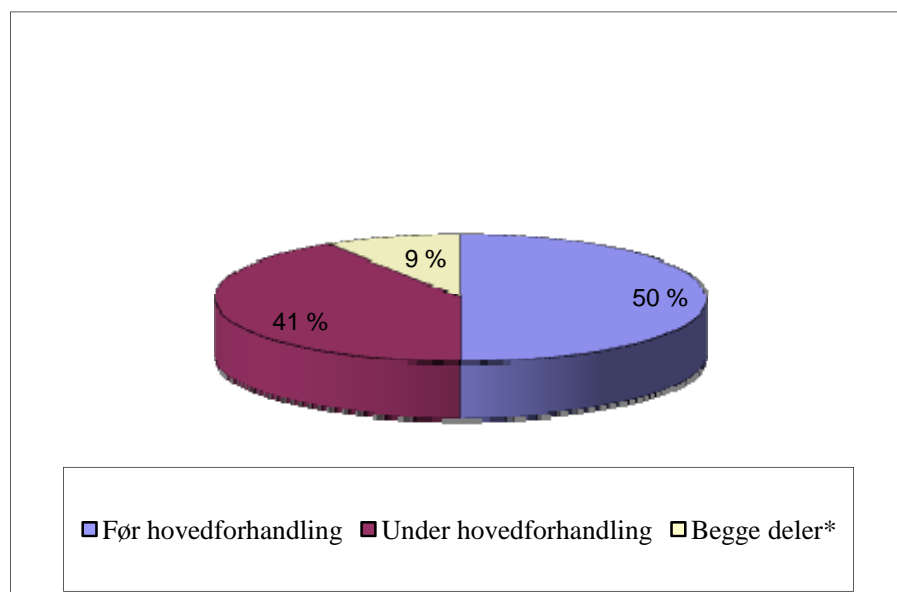
⁶² NOU 2001: 32 side 709.

⁶³ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

4.3 Tidspunkt og form

Generelt vil effektivitetshensyn tilsi at retten bør klargjøre på et så tidlig tidspunkt som mulig i saken. Ofte vil tilsvaret gi gode holdepunkter for hva som er omtvistet mellom partene, jf. § 9-3 annet og tredje ledd. Det er grunn til å tro at dersom tvistetemaet er uklart, vil retten gjerne spørre om en klargjøring av dette under planmøtet, jf. § 9-4. Dette skyldes at det i henhold til § 9-4 annet ledd bokstav h, skal berammes hovedforhandling på dette møtet. En avklaring av tvistetema kan medføre at det blir gjort klarhet i hvorvidt en hovedforhandling skal berammes til for eksempel en eller to dager. Figur 7 nedenfor viser at retten som oftest gir materiell veiledning under hovedforhandling. Med materiell veiledning menes her både materiell klargjøring og materiell oppfordring. Ved klargjøring under hovedforhandlingen vil det være en uklar grense mellom rettens klargjøring i henhold til § 11-5 tredje ledd og den klarlegging av saken retten foretar innledningsvis, jf. § 9-15 første ledd.⁶⁵ § 9-15 gjelder tilsvarende i småkravsprosessen, jf. § 10-13 femte ledd.



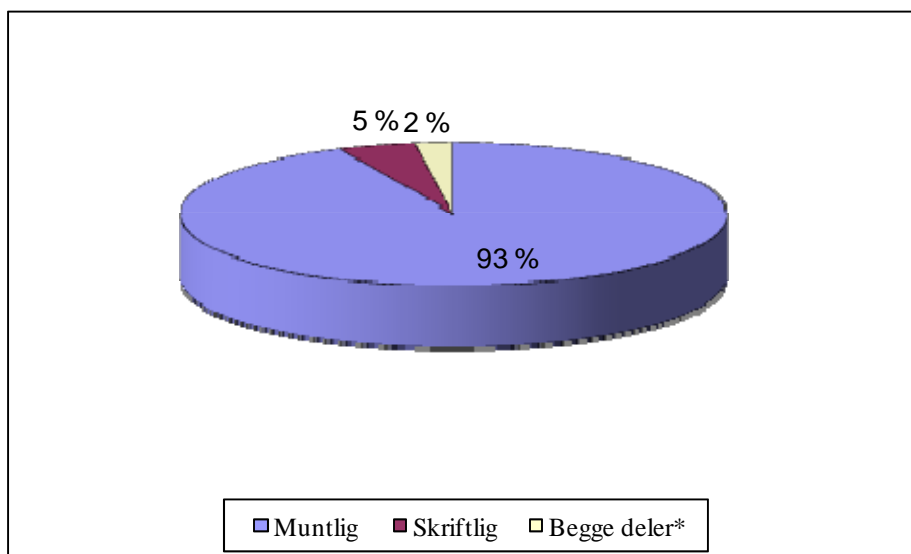
Figur 7: Tidspunkt for materiell veiledning.

⁶⁵ Nordén (2008) side 70.

Sammenlignet med prosessuell veiledning, gir retten materiell veiledning på et senere tidspunkt i saken. Denne forskjellen skyldes trolig den praktiske utfordringen dommerne har med å kunne gi materiell veiledning på et tidligere tidspunkt i saken. Ofte blir dommerne ikke klar over uklare eller utelatte forhold i saken før under bevisførselen i hovedforhandlingen. En kommentar fra spørreundersøkelsen viser at det kan være mulig at også et annet aspekt: ”Under saksforberedelsen gir jeg nødvendig materiell veiledning, unntatt når jeg grunner til at partene bør forlike seg”.

Ved klargjøring før hovedforhandling vil det ofte være naturlig at retten enten henvender seg skriftlig til partene eller foretar muntlig klargjøring i planmøtet eller andre saksforberedende møter. I forarbeidene til § 10-2 uttrykkes det at veiledning om materielle spørsmål under saksforberedelsen ikke bør skje muntlig.⁶⁶ Begrunnelsen for dette, er at partenes umiddelbare svar på veiledningen kan inneholde opplysninger av betydning for saken, og den dermed bør foregå skriftlig. Det vil, til tross for forarbeidenes uttalelser, være opp til rettens skjønn hvorvidt veiledning skal gis i muntlig eller skriftlig form. Forarbeidenes uttalelse må trolig også sees i lys av det ikke er planmøte i småkravsprosessen, jf. § 10-2. I småkravsprosessen vil materiell veiledning derfor ofte skje i brevs form, med kopi til motparten. Diagrammet på neste side (figur 8) viser at forarbeidenes uttalelser ikke følges i praksis. Diagrammet viser også at materiell veiledning, sammenlignet med prosessuell veiledning, oftere gis i muntlig form. Dette viser at formen på rettens veiledning har en naturlig sammenheng med tidspunktet for rettens veiledning.

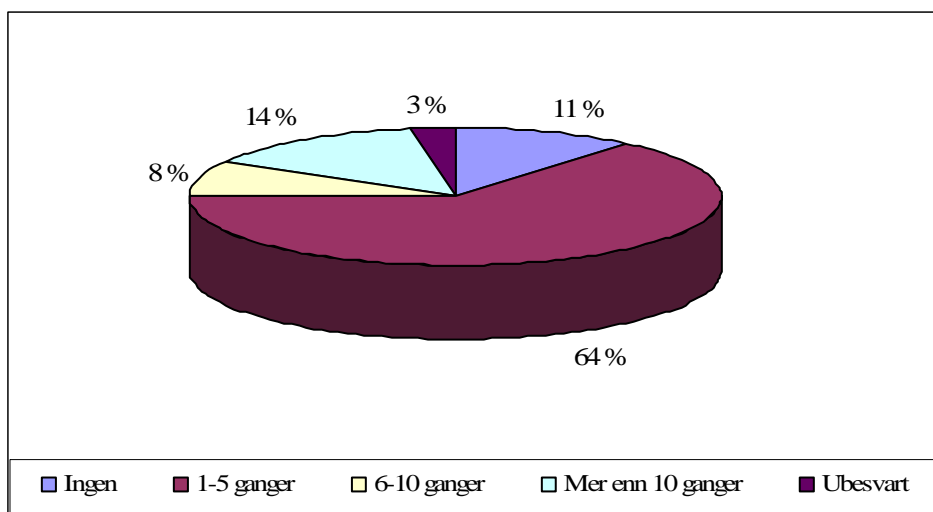
⁶⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 401.



Figur 8: Form på materiell veiledning.

4.4 Hyppighet

Diagrammet på neste side (figur 9) viser antall ganger dommerne husket de hadde gitt materiell veiledning i 2008. Med materiell veiledning menes også her både klargjøringsplikt og veiledningsadgang.



Figur 9: Hyppighet, materiell veiledning.

11 %, noe som innebærer 9 av 53 dommere, svarte altså at de ikke husket at de gav materiell veiledning. Til sammenligning svarte kun 2 dommere at de ikke husket de hadde gitt prosessuell veiledning. I gjennomsnitt gis det også sjeldnere materiell veiledning enn prosessuell veiledning.

Sett i lys av en særskilt fremhevelse av rettens aktive saksstyring i § 11-6, kombinert med et klart effektivitetsprinsipp, er det grunn til at ikrafttredelsen av tvisteloven har ført til at retten i større grad ber om en klarlegging av saken. Å få klargjort uavklarte spørsmål tidlig i prosessen, vil også fremme lovens formål om en effektiv saksbehandling og der kostnadene holdes nede på et minimum. Gitt at det blir flere selvprosederende parter i fremtiden, vil dette antagelig kunne føre til at det oftere enn før vil være behov for rettens klargjøring. Selvprosederende part vil ha større vanskeligheter med å forklare seg like klart og konsist og følge kravene til påberopelse som det en advokat er i stand til.

5 Oppfordring vedrørende materielle forhold

5.1 Innledning

I § 11-5 fjerde og femte ledd er retten gitt en anledning, men ingen plikt, til å gi partene en oppfordring. Ulikheten til § 11-5 første og tredje ledd, skyldes at lovgiver ikke så det hensiktsmessig med en plikt til å gi oppfordring om materielle forhold i dispositive saker.⁶⁷ Det er altså en tilsiktet og, etter mitt skjønn, fornuftig ulikhet mellom § 11-5 fjerde og femte ledd og § 11-5 første og tredje ledd.

§ 11-5 fjerde og femte ledd går ut på at retten, gjennom spørsmål, kan oppfordre en part til å ta standpunkt til et forhold eller til å tilby nye bevis som partene ikke tidligere har vært inne på i sin prosedyre. Et eksempel på materiell veiledning kan være at retten spør om saksøker har overveid å påberope seg hevd.⁶⁸ Grunnen til at et spørsmål ikke er berørt, kan skyldes at parten ikke har forstått betydningen av en rettsregel og derfor ikke fremhevet de faktiske omstendighetene som utløser regelen.⁶⁹ Siden retten kun har en adgang, og ingen plikt til å gi en slik oppfordring, kan det sies at overskriften til § 11-5 (rettens veiledningsplikt) ikke er helt dekkende for § 11-5 fjerde og femte ledd. En oppfordring vil kunne ”bidra” til et materielt riktig resultat, jf. § 11-5 annet ledd. Det presiseres at retten kan føre til at partene fremsette nye påstandsgrunnlag, krav eller bevis, men at rettens veiledning ikke automatisk fører til et materielt riktig resultat i saken.⁷⁰

⁶⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

⁶⁸ Robberstad (2009) side 170.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 407.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173. Se eksempel på dette i LG-1998-542.

Materiell veiledning kan både bidra, men også forhindre, en ”effektiv” saksbehandling, jf. § 1-1 første ledd første punktum. En for omfattende materiell veiledning vil også kunne føre til at gjennomføringen av tvisten ikke blir tilstrekkelig ”tillitsskapende”, jf. § 1-1 første ledd første punktum. Balansegangen mellom å fremme de ulike aspekter av lovens formål, gjør rettens oppfordring vedrørende materielle forhold til et særlig spennende tema.

Det er på det rene at retten, på ulovfestet grunnlag, gav slik veiledning før tvistelovens ikrafttredelse. Den ulovfestede adgangen vokste seg frem ved at domstolene vektla reelle hensyn til fordel for klar ordlyd og uttalelser i forarbeidene.⁷¹ Sett fra et rettskildemessig perspektiv, må dette sies å være en interessant utvikling. I og med at retten ga slik veiledning også før tvistelovens ikrafttredelse, kan det spørres i hvilken grad lovfestingen har hatt betydning for rettens veiledning. I spørreundersøkelsen svarte 49 % av dommerne at en større grad av lovfestelse ikke utgjorde noen forskjell for dem i deres hverdag. 47 % svarte at dette hadde ”*noe betydning*” for deres hverdag, mens ingen av dommerne var av den oppfatning av en større grad av lovfestelse hadde ”*stor betydning*”. En dommer kommenterte at det var enklere å drive materiell veiledning når ”*loven uttrykkelig åpner for det*”.

Som nevnt i punkt 4.1, blir gjerne materiell veiledning ofte betegnet som materiell prosessledelse, men at dette uttrykket ikke benyttes i denne fremstilling. Rettens veiledning etter § 11-5 fjerde og femte ledd er også blitt betegnet som ”*egentlig materiell veiledning*”,⁷² men jeg mener at også dette uttrykket er lite dekkende for § 11-5 fjerde og femte ledd. Selv om dette begrepet ble brukt i spørreskjemaet (under spørreskjemaets punkt 3), vil jeg ikke benytte meg av begrepet i denne fremstilling.

I teorien er det indirekte stilt spørsmålstegn ved hvor ofte § 11-5 fjerde og femte ledd vil være relevante i praksis, særlig der parten er representert ved advokat.⁷³ Av de 44

⁷¹ Se for eksempel redegjørelse om denne utviklingen i Bratholm (1973) side 334 flg.

⁷² Domstoladministrasjonen (2007)

⁷³ Se Hov (2007) Bind I side 263.

dommerne som husket at de hadde gitt materiell veiledning i 2008, svarte 93 % at de oftere hadde utført materiell klarlegging enn materiell oppfordring. Selv om spørsmålet sjeldnere kommer opp i praksis, vil det være et vanskelig spørsmål når det først kommer opp.

I det videre vil jeg i punkt 5.2 redegjøre for § 11-5 fjerde ledd, før jeg går over til § 11-5 femte ledd i punkt 5.3. I punkt 5.4. spør jeg om retten, dersom partene ikke har forstått rettens oppfordring, har adgang til å gi ytterligere oppfordring.

Den ulovfestede plikten til å gi partene oppfordring vedrørende materielle forhold behandles i punkt 5.5. Allerede her presiseres det at ulikheten mellom den lovfestede adgangen, og den ulovfestede plikten til å gi oppfordring, i all hovedsak har betydning for konsekvensene ved brudd på veiledningsreglene. Dette blir nærmere kommentert i kapittel 6.

I likhet med de tidligere kapitler, vil jeg også i dette kapitlet avslutningsvis kommentere på hvilket tidspunkt og hvor ofte domstolene gir materiell veiledning.

5.2 § 11-5 fjerde ledd

5.2.1 Generelt

”Faktiske og rettslige spørsmål”, jf. §11-5 fjerde ledd, er tilsvarende uttrykk som er benyttet i § 11-5 tredje ledd. Gode grunner tilsier at uttrykket skal tolkes likt i de to bestemmelsene, og jeg kan derfor i stor grad vise til fremstillingens punkt 4.2.

Departementet tenkte seg at det særlig ville være aktuelt for retten å gi oppfordring om andre påstandsgrunnlag,⁷⁴ men bestemmelsen gir også mulighet for å gi en oppfordring vedrørende nye krav. Departementets uttalelser kan videre tilsi at retten kan gjøre partene oppmerksom på en rettsregel, hvilke faktiske omstendigheter som ikke er påberopt som har

⁷⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 172.

betydning for å utløse en slik regel, for deretter å spørre om disse faktiske omstendigheter ønskes påberopt.⁷⁵ Uttalelsen viser at en oppfordring om faktiske og rettslige vil gå over i hverandre.

Retten kan oppfordre om forhold ”*som synes å være av betydning for saken*”, jf. § 11-5 fjerde ledd. Det er klare holdepunkter for at dersom et forhold fremstår å ha avgjørende betydning for saken, taler dette for at veiledning bør gis.⁷⁶ Dersom § 11-5 fjerde ledd sees i lys av § 11-5 annet ledd, § 9-13 annet ledd, § 11-6 og effektivitetshensyn, er muligens uttrykket i § 11-5 fjerde ledd et overflødig uttrykk. Med dette menes at det kun er i slike sammenhenger at rettens veiledning er relevant for å oppnå formålet om materielt riktige avgjørelser. Lovgivers intensjon bak dette uttrykket kan ha vært og få presisert at retten kan spørre om et standpunkt også i de tilfeller der den selv er usikker på betydningen av et ikke påberopt faktisk forhold for saken.⁷⁷

Etter min oppfatning er det sentrale i tolkningen av § 11-5 fjerde ledd *i hvilke tilfeller og på hvilken måte* retten skal gi en oppfordring. Dette vil bli behandlet i henholdsvis i punkt 5.2.2 og punkt 5.2.3.

5.2.2 ”Kan”- vurderingen

Når bør retten så benytte sin adgang til å gi materiell veiledning? Ordlyden i § 11-5 fjerde ledd isolert sett, gir ingen holdepunkter for å besvare spørsmålet og tolkningsmomenter må derfor hentes utenfor bestemmelsen. I forarbeidene er det uttrykt at retten må vurdere hvorvidt det er ”*rimelig*” at veiledning gis.⁷⁸ I dette avsnittet vil jeg peke på relevante momenter i denne vurderingen.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 407.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406-407, NOU 2001: 32 side 709.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 407.

⁷⁸ NOU 2001: 32 side 709.

Formålet med materiell veiledning vil være et viktig tolkningsmoment. Dersom retten ved en oppfordring kan bidra til å oppnå materielt riktig avgjørelse, jf. § 11-5 annet ledd, vil dette være et moment for at veiledning skal gis. Både forarbeidene og teorien fremhever at materielt riktig resultat er et viktig prinsipp.⁷⁹ Bestemmelsens formål tilsier at det er sterkere grunner som taler for veiledning om påstandsgrunnlag enn om krav og til dels påstander.⁸⁰ Begrunnelsen er at dersom retten ikke gir veiledning om nye påstandsgrunnlag, vil saken ikke få et materielt riktig resultat. Dette skyldes at en part kan reise ny sak om et nytt krav, men vil være forhindre fra å reise ny sak om det samme kravet, men med et annet påstandsgrunnlag, jf. § 19-14.

Sakens karakter kan være et annet viktig moment for at veiledning bør gis.⁸¹ I Rt. 1950 side 981, hvor det ble konkludert med veiledningsplikt, var spørsmålet hvorvidt det var adgang til utkastelse av en familie av en bolig. I spørreundersøkelsen svarte dommerne som oftest at de hadde gitt materiell oppfordring på rettsområder som barne- og familierett,⁸² avhendingssaker, arbeidsrett og erstatningsrett. Særtrekk ved de nevnte rettsområdene er at det ofte er private parter og at sakens utfall gjerne vil ha stor velferdsmessig betydning for parten.

Sakens betydning vil også være et moment i vurderingen. Rt. 1992 side 504 er et godt eksempel for å vise forskjellen mellom sakens karakter og sakens betydning. Under prosedyren for Høyesterett stilte en av dommerne spørsmål om det var aktuelt å se på avtalen som en ren inkassoavtale i stedet for en cesjonsavtale slik det tidligere var påberopt. Spørsmålet hadde betydning for anvendelsen av gjeldsbrevloven § 26. Det ble altså veiledet selv om saken stod mellom to juridiske parter og i utgangspunktet gjaldt et lite pengebeløp. Sakens karakter var derfor ikke et moment som talte for veiledning. Saken hadde imidlertid

⁷⁹ NOU 2001: 32 side 131 og 454, Robberstad (2009) side 11-12.

⁸⁰ Ot. prp. nr. 51 (2004–2005) side 172.

⁸¹ NOU 2001: 32 side 709, Nordén (2008) side 35.

⁸² Dette kan være indispositive saker, jf. § 11-4.

utover det konkrete tilfelle ”*stor betydning*” for partene.⁸³ Gitt at sakens betydning eller sakens utfall tilsier veiledning, vil det ofte være av mindre betydning hvorvidt en part er representert ved en prosessfullmektig eller om parten er selvprosederende.⁸⁴ Dette kan særlig begrunnes med konsekvens- og rettferdighetshensyn. Departementets uttalelser må tilsi at § 11-5 sjette ledd antagelig vil ha større betydning for hvor omfattende og tydelig veiledningen skal være.

Et videre moment for at oppfordring skal gis, er der en slik oppfordring kan føre til at saken vil bli behandlet på en mer rask og effektiv måte. Dette vil da fremme lovens formål, jf. § 1-1 første ledd første punktum. Dette momentet kan best vises ved et eksempel. Dersom retten gir en oppfordring om et nærliggende påstandsgrunnlag og parten deretter påberoper seg dette, vil den annen part ha krav på tid for å kunne imøtegå dette, jf. § 11-1 tredje ledd. Retten kan da bli tvunget til å gi utsettelse, noe som vil trekke saken lengre ut i tid. Likevel vil en utsettelse av saken ofte være mer effektivt enn å tvinge parten til å anke saken.⁸⁵

Motargumentet for å gi en oppfordring til den ene part, er at det er sannsynlig at den annen part finner en slik oppfordring urimelig.⁸⁶ Det vises til at det skal legges til rette for at behandlingen av saken skal skje på en ”*tillitsskapende*” måte ved ”*upartiske domstoler*”, jf. § 1-1 første ledd første punktum. I § 11-5 syvende ledd første punktum er dette nærmere kommentert. Ordlyden er relativt åpen, men tyder på at enhver form for svekkelse av rettens tillit ikke skal skje. Forarbeidene tilsier at partisk veiledning foreligger når retten ”*finner fram til*” aktuelle påstandsgrunnlag”.⁸⁷ Departementet la yttergrensen lengre ut enn det som ble gjort i lovutvalget, og var av den oppfatning at retten i stor grad kunne gi

⁸³ Se avgjørelsens side 504.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406, jf. side 172.

⁸⁵ Aasland (1967) side 174.

⁸⁶ NOU 2001: 32 Bind B side 709.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 37.

veiledning.⁸⁸ Departementet vektla at det avgjørende var veiledningens form, se mer om dette i neste punkt.

Forarbeidene har ikke kommentert forholdet mellom § 11-5 syvende ledd og lov om domstolene av 1915 § 108, og jeg antar at dette kan skyldes at forholdet mellom bestemmelsene sjelden blir satt på spissen i det praktiske liv. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kapittel 6. Dl. § 108 regulerer inhabilitet på grunn av ”*særegne omstendigheter*” ”*som er skikket til å svekke tilliten*” til rettens habilitet. En vanlig tolkning av bestemmelsen er at en dommer kan bli inhabil dersom vedkommende har gitt uttalelser i saken som er egnet til å svekke tilliten til dommerens upartiskhet, jf for eksempel Rt. 1994 side 1281 og Bøhn.⁸⁹

Min oppfatning er at tvl. § 11-5 syvende ledd gir domstolene en snevrere adgang for retten til å gi uttalelser underveis i saken enn dl. § 108. Eventuelt kan § 11-5 syvende ledd sees på som en presisering av dl. § 108, og at bestemmelsene gir uttrykk for den samme vurderingen. Ved sistnevnte tolkning, vil imidlertid innføringen av § 11-5 syvende ledd ikke ha noen selvstendig betydning i forhold til dl. § 108. Uavhengig av hvilken tolkning som legges til grunn, må nærheten bestemmelsene i mellom, tilsi at tolkningsmomenter fra dl. § 108 vil ha stor betydning for tolkningen av § 11-5 syvende ledd. Det finnes mange rettsavgjørelser vedrørende tolkningen av dl. § 108, særlig fra straffeprosessen. Blant annet i Rt. 1994 side 1281 uttales det at inhabilitetsreglene ikke bare skal sikre at dommerne *er* upartiske, men at de også ”*oppleves slik av partene*”. Jeg mener at dette aspektet ved inhabilitetsreglene har gode grunner for seg, og at dette ikke kommer særlig klart frem i tvl. § 11-5 syvende ledd. Nærheten til dl. § 108 kan gi holdepunkter for at det i § 11-5 syvende ledd må innfortolkes at veiledning ikke skal gis dersom veiledningen er ”*skikket til*” å svekke tilliten til rettens upartiskhet. Dette vil trolig langt på vei være et spørsmål om form.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

⁸⁹ Bøhn (2000) side 289.

Et videre spørsmål er hvorvidt EMK art. 6 setter snevrere ramme for nøytralitetsvurderingen enn det § 11-5 syvende ledd gjør. I EMK art. 6 nr.1 første punktum oppstilles det et krav om at alle parter har krav på en rettferdig rettergang ved en upartisk domstol. EMD har fastslått at det foreligger brudd på EMK art. 6 også i tilfeller ikke bare der dommeren er upartisk, men også der partene har grunn til å tro at dommeren er upartisk. I blant annet avgjørelsen *de Cubber* har dette blitt uttrykt slik: “*Justice must not only be done: it must be seen to be done*”.⁹⁰ Lovgiver har vurdert og hatt som formål at internasjonale bestemmelser skal implementeres i tvisteloven.⁹¹ Det har derfor formodningen mot seg at § 11-5 er i strid med EMK art. 6, men lovgivers intensjon om dette kan ikke ha avgjørende betydning. Forarbeidene kommenterer, så vidt jeg kan se, ikke forholdet mellom § 11-5 og EMK art. 6. Dette kan tyde på at lovgiver var av den oppfatning at EMK art. 6 ikke vil ha selvstendig betydning for § 11-5 syvende ledd. Bårdsen er av den oppfatning at det er vanskelig å tenke seg direkte motstrid mellom dl. § 108 og EMK art. 6.⁹² Gitt at tolkningen av forholdet mellom § 11-5 syvende ledd og dl. § 108 som ble gjort ovenfor er en korrekt tolkning, tilsier teorien at EMK art. 6 ikke kan ha selvstendig betydning i forhold til tvl. § 11-5 syvende ledd. Forarbeidenes taushet, kombinert med uttalelser i teorien, tyder på at § 11-5 syvende ledd ikke er i direkte strid med EMK art. 6. Siden EMK art. 6 også vektlegger at partene også må ha tillit til at rettens upartiskhet, gir EMK art. 6 ytterligere et argument for at det bør innfortolkes det krav i § 11-5 syvende ledd som det ble redegjort for ovenfor.

Gjennomgangen har vist at retten må vektlegge verdien av et materielt riktig resultat opp mot effektivitetshensyn og nøytralitetshensyn. Dette vil være en bred, konkret helhetsvurdering. Som ved prosessuell veiledning, vil sakens karakter og betydning være momenter av særlig vekt. Videre vil det antagelig være slik, at så lenge man ikke veileder i større grad enn det tvisteloven tillater, er man på trygg grunn når det gjelder å holde seg

⁹⁰ Bårdsen (2000) side 213 og Aall (1995) side 163.

⁹¹ NOU 2001: 32 Bind A side 112.

⁹² Bårdsen (2000) side 210.

innenfor de folkerettslige bestemmelsene. Det blir interessant å se i hvilke tilfeller det anses rimelig at retten gir oppfordringer i tiden fremover.

5.2.3 Rettens oppfordring

Det andre sentrale spørsmålet ved rettens veiledning om nye forhold, er på hvilken *måte* retten skal gi slik veiledning. Retten har anledning til å gi en ”*oppfordring*”, jf. § 11-5 femte ledd, men retten kan ikke veiledning på en måte som fremstår som et ”*råd*”, jf § 11-5 syvende ledd annet punktum. En ordlydsfortolkning gir få holdepunkter for hvordan retten kan gi veiledning. Uttrykkene har ingen klart avgrenset innhold, og må sies å gli over i hverandre. I det videre drøftes det hvorvidt det er mulig å stille opp noen mer presise retningslinjer for hvordan retten skal formidle en slik veiledning.

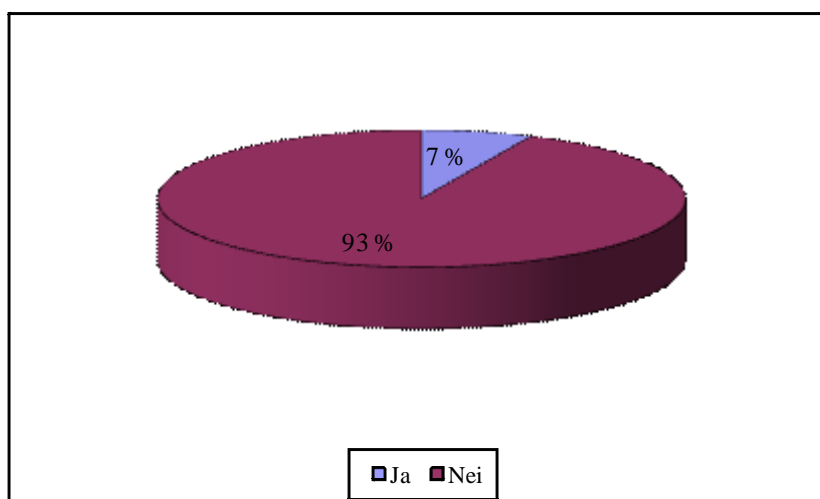
Lovutvalgets oppfatning var at retten ikke kan ”*foreslå*” et standpunkt for parten.⁹³

Departementet mente at retten kunne gi ”*nokså klart uttrykk*” for hva som blir utfallet av saken som følge av å påberope et påstandsgrunnlag bevisføringen synes å gi grunnlag for. Departementets utsagn kan vanskelig sees på som noe annet enn det som i dagligtale kalles å gi et råd. Jeg stiller videre spørsmålstegn ved om veiledning som gir ”*nokså klart uttrykk*” for sakens utfall ivaretar formålet om en ”*tillitskapende*” behandling, jf. § 1-1 første ledd første punktum.

Etter min oppfatning er det også klar motstrid mellom departementets uttalelser og Rt. 1978 side 379. I den avgjørelsen uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at lagmannsretten under behandlingen av saken i en for ”*kategorisk og unyansert form*” hadde gitt uttrykk for en bestemt oppfatning av sakens resultat, se kjennelsens side 384. Departementets uttalelser kan være ment å fravike denne rettsoppfatningen, og gitt at dette er tilfelle, er det naturlig å vektlegge departementets uttalelser.

⁹³ NOU 2001: 32 Bind A side 138.

Som nevnt er det vektlagt i rettspraksis ved tolkningen av dl. §108 og EMK art. 6 hvordan partene, og offentligheten, vurderer dommerens upartiskhet. Dersom domstolene gir så tydelig uttalelser om sakens resultat, antar jeg at en av partene vil kunne stille berettiget spørsmål om dommerens inhabilitet. I spørreundersøkelsen ble dommerne spurt om de gitt veiledning hadde følt seg usikker på sin egen upartiskhet, jf. § 11-5 syvende ledd. Spørsmålet er stilt i forbindelse med materiell veiledning, og er kun besvart av de 44 dommerne som hadde gitt materiell veiledning i 2008. Figuren nedenfor viser at 41 av disse dommerne, det vil si 93 %, ikke hadde følt seg usikker på sin egen nøytralitet da de hadde gitt veiledning. Det presiseres at svaret ikke gir holdepunkter for det aspektet jeg mener bør innfortolkes i § 11-5 syvende ledd.



Figur 10: Vurdering av nøytralitet.

Dersom dette svaret sammenlignes med at departementet uttalelser om at det er en ”hårfin” grense mellom veiledning som kan gis og veiledning som er i strid med § 11-5 syvende ledd,⁹⁴ er min oppfatning at disse svarene er svært interessant. Ved en hårfin balansegang, antok jeg at denne balansegangen skulle gjort dommerne mer usikre. Jeg går ut fra at svaret enten kan skyldes at dommerne synes balansegangen er enklere å praktisere enn det departementet antok, eller at svaret er en indikasjon på at retten ikke gir så tydelige

⁹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 407.

oppfordringer som det departementet åpnet opp for. Historien har vist at grensen for hvor omfattende veiledning som kan gis sjelden blir gjenstand for anke, og det er grunn til å tro at dette også vil skje i fremtiden.⁹⁵

5.3 § 11-5 femte ledd

§ 11-5 femte ledd må sees i sammenheng med at det er partene som har hovedansvaret for å sørge for bevisføring, jf. § 11-2 annet ledd første punktum. § 11-5 femte ledd regulerer det ansvar retten har for at manglende bevisføring er et hinder for et materielt riktig resultat i saken. Det ansvar en *part* har til å fremlegge bevis som går i dennes disfavør, jf. § 21-4 (partenes sannhets- og opplysningsplikt),⁹⁶ faller utenfor oppgavens tema.

§ 11-5 femte ledd gir ingen føringer for hvilke nye bevis retten kan oppfordre partene å tilby. Hvilke bevis som kan være aktuelle, vil selvsagt være variere fra sak til sak, men kan for eksempel være et nytt vitne eller et nytt dokumentbevis. I § 11-5 femte ledd finner man ikke det tilsvarende uttrykk ”*som synes å være av betydning for saken*” som i § 11-5 fjerde ledd. I realiteten er det grunn til å innfortolke dette uttrykket i § 11-5 femte ledd. Dette skyldes at kun er i slike situasjoner at formålet om materielt riktige avgjørelser kan nås og at saken blir effektivt behandlet.

I likhet med § 11-5 fjerde ledd, ”*kan*” retten oppfordre partene om å nye bevis. Uttalelser i forarbeidene gir holdepunkter for at de momenter som ble gjennomgått i punkt 5.2.2 i utgangspunktet vil gjelde tilsvarende.⁹⁷ Vektingen av de momentene kan likevel bli annerledes. Et eksempel som forarbeidene gir, er at faren for at rettens upartiskhet blir svekket i større grad, og at retten derfor bør gi en oppfordring kun i det tilfeller hvor et nytt

⁹⁵ Robberstad (2009) side 170.

⁹⁶ Se mer om dette i for eksempel Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 207.

⁹⁷ NOU 2001: 32 Bind B side 709.

bevis vil ha ”avgjørende” betydning for utfallet av saken”.⁹⁸ Det forhold at ordlyden er lik i § 11-5 fjerde ledd og femte ledd er et motargument for å vektlegge departementets uttalelse. Siden det er klart at ordet ”kan” skal tolkes vidt, er det trolig holdepunkter for at retten sjeldnere bør gi oppfordring om nye bevis, men igjen, dette må baseres på en konkret helhetsvurdering.

Det er ingen holdepunkter for at ”oppfordre” skal tolkes ulikt i § 11-5 fjerde og femte ledd. Det vises derfor til punkt 5.2.3, der det ble redegjort for grensegangen mellom oppfordring og råd. Det bemerkes imidlertid at nøytralitetsvurderingen særlig være fremtredende for måten retten kan oppfordre en part til å tilby bevis.

5.4 Adgang til å gi en ytterligere oppfordring?

Har retten, dersom den har grunn til tro at partene ikke har oppfattet rettens veiledning, adgang til å gi ytterligere oppfordring? Ordlyden i § 11-5 fjerde og femte ledd gir ingen begrensninger for et slikt syn, men ordlydens vaghet gir heller ingen klare føringer på at det er adgang til å gi ytterligere veiledning. Uttalelser i forarbeidene er et moment for at retten igjen, og på en tydeligere måte, kan gi veiledning om at påberopelse av et påstandsgrunnlag vil samsvare med partenes interesser i saken.⁹⁹ Det er, som nevnt, vanskelig at retten da ikke gir veiledning som ikke svekker tilliten til rettens upartiskhet, jf. § 11-5 syvende ledd. Nøytralitetshensyn må her tilsi at retten er ytterst forsiktig, men dersom en ny oppfordring har avgjørende betydning for sakens resultat, vil dette være et viktig moment for at ny oppfordring skal gis. Sakens karakter og styrkeforholdet mellom partene er andre relevante momenter. Det presiseres at dersom retten ikke gir veiledning, kan retten heller ikke legge forholdet til grunn i sin avgjørelse. Dersom retten gjør dette, vil kravet om kontradiksjon ofte være brutt, jf. § 11-1 tredje ledd.¹⁰⁰ Dette var tilfelle i Rt. 1963 s. 966.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 407.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 407.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 404.

5.5 Plikt til å gi materiell oppfordring

Rettens plikt til å gi materiell oppfordring bygger i all hovedsak på rettens adgang til å gi slik oppfordring, men er, som nevnt, hjemlet i ulovfestet rett. Med ulovfestet rett siktes det til uttalelser i tvistelovens forarbeider og til rettspraksis. Upresist går dette emnet ut på at i visse tilfeller skiftes ”*kan*”, jf. § 11-5 fjerde og femte ledd, ut med et ”*skal*”. Dette innebærer at formålet med oppfordringsplikten er å oppnå et materielt riktig resultat i tvisten, jf. § 11-5 annet ledd. Videre kan retten ha plikt til å oppfordre om ”*faktiske og rettslige*” spørsmål jf. § 11-5 fjerde ledd eller om ”*bevis*”, jf. § 11-5 femte ledd. Det avgjørende er i det videre i hvilke tilfeller retten skal gi oppfordring om materielle forhold. Jeg presiserer at spørsmålet om rettens plikt til å gi veiledning, bare kommer på spissen i de situasjoner retten ikke har veiledet.

I forarbeidene er det uttalt at relevante momenter i denne vurderingen er sakens betydning, hvor relevant påstandsgrunnlaget fremstår, og om det vil medføre rettstap for parten.¹⁰¹ Det vises som eksempel til Rt. 1950 side 981. Departementet uttalte at retten ”*unntaksvis*” har plikt til å oppfordre partene om materielle forhold.¹⁰² Generelt er det holdepunkter for at et uttrykk som ”*unntaksvis*” skal tolkes snevert, men i og med at forarbeidene er svært knappe må det være grunn til å være kritisk til å la uttalelsen få avgjørende vekt. Imidlertid styrkes tolkningen av forarbeidenes uttalelse ved at det ved en slik tolkning vil skape god harmoni med tvistelovens § 11-5 fjerde og femte ledd.

Forarbeidene viser, som nevnt, til Rt. 1950 side 981. I den avgjørelsen var sakens faktum at en utleier var gått til sak for å få begjæring om utkastelse av leietageren fra leietagerens bolig. Høyesteretts kjæremålsutvalg konkluderte med at lagmannsretten før den tok begjæringen til følge, skulle ha undersøkt nærmere om det forelå en avtale om kjøp av boligen mellom partene. Hvis en slik avtale forelå, ville det ikke være grunnlag for å avsi

¹⁰¹ NOU 2001: 32 side 709.

¹⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

begjæring om tvangsfravikelse. Retten hadde altså her plikt til å komme med en bevisoppfordring.

Det kan også vises til andre rettsavgjørelser enn den forarbeidene viste til, blant annet Rt. 1979 side 216 og Rt. 1993 side 647. I Rt. 1979 side 216 var det spørsmål om det var foretatt pant på grunn av skyldig merverdiavgift hos korrekt subjekt. Selvangivelse og næringsoppgave for de involverte parter var avgjørende bevis, men disse dokumentene ble ikke fremlagt som bevis. Høyesterett kjæremålsutvalg vektla særlig at dette var ”åpenbart viktig bevis” og at disse bevisene var meget enkle å føre. Lagmannsretten hadde videre ikke hatt holdepunkter for at dette var et bevisst valg av partene å utelate disse bevisene. Konklusjonen til Høyesteretts kjæremålsutvalg var at det forelå ”helt spesielle omstendigheter” som tilsa at lagmannsrettens hadde plikt til å oppfordre partene om å tilby disse bevis. I Rt. 1993 side 647 kom imidlertid Høyesteretts kjæremålsutvalg til motsatt konklusjon, uten at nærmere ulikheter mellom avgjørelsene ble kommentert. Dette må medføre at det er en konkret helhetsvurdering som foretas.

I teorien er det enighet om at retten som den klare hovedregel ikke har plikt til å oppfordre partene om materielle forhold.¹⁰³ Skoghøy nevner at relevante momenter er sakens betydning og hvor nærliggende et annet påstandsgrunnlag fremstår.

Det må sies å være store likhetstrekk mellom eldre teori, rettspraksis og tvistelovens forarbeider. Både forholdet til § 11-5 femte og sjette ledd, forarbeidenes uttalelser og eldre rettspraksis gir klare føringer på at retten kun unntaksvis har plikt til å gi oppfordring. Rettspraksis viser til bevisoppfordring, altså § 11-5 femte ledd, men uttalelser i forarbeidene kan tyde på at det også kan være en plikt etter § 11-5 fjerde ledd.¹⁰⁴ Det er enighet om hvilke momenter som har betydning, og at dette må baseres på en konkret helhetsvurdering.

¹⁰³ Se for eksempel Skoghøy (2001) side 714.

¹⁰⁴ NOU 2001: 32 side 709.

I teorien er det reist spørsmålstegn om norske domstoler, med hjemmel i lojalitetsplikten etter EØS-avtalens artikkel 3, plikter å anvende sin skjønnsmessige adgang til å gi veiledning på EØS-rettens område.¹⁰⁵ Så vidt jeg kan forstå, baseres dette på en tolkning av avgjørelsene *van Schindel og van Veen*, *Kraaijeveld og Kempter*.¹⁰⁶ Haukeland Fredriksen er selv kritisk til konsekvensene av disse avgjørelsene for dommernes veiledningsplikt og videre hvor ofte dette spørsmålet kommer på spissen i praksis. Grunnen til dette er at forutsetningen for at domstolene skal gi veiledning, er at dommerne må oppdage at for eksempel et nærliggende påstandsgrunnlag er uteglemt. Siden EØS- retten i stor grad fremstår som et komplekst felt er jeg enig med kommentaren til Haukeland Fredriksen. Spørsmålets mindre praktiske betydning, kombinert med en relativt usikker rettstilstand, gjør at jeg velger å avgrense mot denne problemstillingen.

5.6 Tidspunkt

Tidspunktet for når veiledningen kan skje, vil avhenge av når retten oppdager at det er et nærliggende påstandsgrunnlag eller et bevis som antagelig burde være påberopt. Dersom retten gir veiledning, er det grunn til å tro at hensynet til den part som får et nytt forhold å imøtegå, kan tilsi at det må gis utsettelse i saken. Det er å foretrekke færrest mulig forsinkelser i saken, jf. § 1-1. Det er derfor gunstigst for alle involverte parter at materiell veiledning blir gitt på et så tidlig stadium i saken som mulig.¹⁰⁷ Selv om det er hensiktsmessig med veiledning før hovedforhandling, er det grunn til å tro at dommerne i realiteten vil ha vanskeligheter med å gi veiledning før hovedforhandling er i gang. Det er tenkelig at det oppdages nye påstandsgrunnlag først i det bevisførsel har funnet sted. Som nevnt i punkt 4.3, svarte kun 40 % av dommerne at de gav materiell veiledning før hovedforhandling.

¹⁰⁵ Haukeland Fredriksen (2008) side 330.

¹⁰⁶ Haukeland Fredriksen (2008) side 332.

¹⁰⁷ NOU 2001: 32 side 139.

5.7 Hyppighet

Lovgiver har antatt at tvisteloven vil føre til at rettens materielle veiledning vil øke.¹⁰⁸

Generelt viste spørreundersøkelsen at kun 40 % av dommerne oppga at de veiledet oftere enn før (se punkt 3.5). En årsak til at tallet ikke er høyere, kan for materiell oppfordring sin del, være at veiledningspraksisen kan ha økt i omfang allerede i 2007. På dette tidspunktet var forarbeidene tilgjengelig og kursing av dommerne om ny tvistelov hadde startet. Signaler fra lovgiver kan ha gitt dommerne større trygghet om at det var adgang til å gi veiledning. Jeg antar derfor at domstolenes veiledningspraksis har endret seg de siste par år, men at denne også vil endre seg i tiden fremover. En dommer har kommentert av vedkommende mener dommerne fortsatt befinner seg *”på upløyd mark”* når det gjelder hvilken veiledning som er i tråd med tvisteloven, og jeg antar at uttalelsen særlig gjelder materiell veiledning. Det er antagelig grunn til at dette gjelder flere dommere, og at økt erfaring kan føre til både hyppigere og tydeligere veiledning i fremtiden.

Som gjennomgangen har vist er sakens karakter et særlig moment for at retten skal gi oppfordring. I den nylig utgitte stortingsmeldingen vurderer departementet å utvide reglene om fri rettshjelp til rettsområder med stor velferdsmessig og personlig betydning.¹⁰⁹ Dersom reglene trer i kraft, vil dette antagelig få betydning for hyppigheten av domstolenes veiledning. I dette synspunktet ligger det at en utvidelse vil føre til færre selvprosederende parter i slike typer saker.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 173.

¹⁰⁹ Se St.meld. nr. 26 (2008–2009) punkt 2.5.4 og 9.3.3.

6 Brudd på veiledningsreglene

Det er grunn til å tro at den enkelte dommer vil bestrebe seg på å følge de aktuelle veiledningsreglene, men historien har vist at det vil forekomme brudd på veiledningsreglene. Det vil foreligge brudd på veiledningsreglene dersom dommeren forsømmer sin veiledningsplikt, jf. § 11-5 første ledd, § 11-5 tredje ledd eller på grunn av ulovfestet rett. Siden § 11-5 fjerde og femte ledd gir retten en adgang, men ingen plikt til å gi veiledning, vil manglende veiledning i henhold til disse bestemmelser ikke medføre noe brudd på veiledningsreglene. Det vil også medføre brudd, dersom retten går for langt i sin veiledning (partisk veiledning), jf. § 11-5 syvende ledd.

Hvem vurderer hvorvidt dommerne følger gjeldende veiledningsregler? Det er tidligere nevnt at dommere ofte gir veiledning under saksforberedelsen og at dommernes veiledning sjelden kommer til uttrykk i rettsavgjørelser eller i rettsbøker. Dette innebærer at rettens veiledning ofte skjer utenfor allmennhetens lys, og at det kun vil være partene og eventuelt deres advokater som vil kunne vurdere om domstolene veiledning er i tråd med gjeldende regler. Jeg antar at en selvprosederende part sjelden vil oppdage at retten har forsømt sin veiledningsplikt. Dersom en eller begge av partene er representert ved advokat, er det nærliggende at disse vil kunne vurdere dommernes veiledning. Det er likevel grunn til å tro at advokaten har en sterk grad av egeninteresse av ikke å sette spørsmålet på spissen. I dette legger jeg at dersom advokaten oppdager at dommerne har forsømt sin veiledningsplikt overfor egen klient, vil advokaten, ved å påberope dette, samtidig innrømme egen feil. Som mennesker flest, vil advokater ofte ønske at dette ikke blir fremhevet. I og med at mange advokater også er avhengig av å bli anbefalt videre av egne klienter, kan dette tilsi at advokater i stor grad ikke ønsker at en feil skal komme frem i lyset.

Dersom en advokat oppdager at retten forsømmer sin veiledningsplikt overfor motparten, vil forholdet til egen klient i stor grad tilsi at advokaten ikke kommenterer dette. Det er også et videre menneskelig aspekt ved dette, og det er at advokaten ofte skal møte dommeren i retten ved en senere anledning. Det kan derfor av disse grunner være nærliggende for advokaten å finne andre utveier for å ivareta klientens interesser uten å sette spørsmålet på spissen. Disse betraktninger mener jeg har stor betydning for hvor ofte brudd på veiledningsreglene blir satt på spissen.

I takt med utviklingen av veiledningsreglene, har også konsekvensene ved brudd på veiledningsreglene endret seg.¹¹⁰ I dag kan brudd på veiledningsreglene tenkes å føre til flere konsekvensene og i det følgende vil disse gjennomgå. De ulike konsekvensene ivaretar ulike formål, og parten må derfor, der det er handlingsalternativer, vurdere hvilken reaksjon som er mest hensiktsmessig i det konkrete tilfelle.

En konsekvens av manglende veiledning, er at en part ikke overholder fristen for å fremsette forhold i saken, jf. § 9-16. Dersom en part, etter fristens utløp settes frem et nytt forhold, må retten vurdere om den skal gi tillatelse til dette, jf. § 9-16. Dersom retten ikke har gitt veiledning om § 9-16 kan dette være et viktig moment i vurderingen av om retten skal gi tillatelse til endring av saken etter fristens utløp eller til å gi oppfriskning, jf. § 9-16. Manglende veiledning til en part kan gjøre det rimelig at det gis tillatelse fra retten. Dersom retten har forsømt sin veiledningsplikt om ankereglene kan dette videre være et moment for at det bør gis oppfriskning i saken, jf. § 16-22.¹¹¹ Gitt at retten oppdager at den har forsømt sin veiledningsplikt i det den skal gi tillatelse, er ”fordelen” i slike tilfeller at en part i slike situasjoner i mindre grad må forstå og påpeke at retten har utført et brudd på veiledningsreglene.

Der brudd på veiledning på veiledningsreglene kan ha hatt betydning for utfallet i en avsagt avgjørelse, kan dette karakteriseres som en saksbehandlingsfeil og gjøres til ankegrunn, jf.

¹¹⁰ Se om tidligere rettstilstand i for eksempel Alten (1954) side 115.

¹¹¹ Schei (1998) side 381.

§ 29-3 første ledd.¹¹² En høyere instans vil da avgjøre om det er ”*nærliggende*” at bruddet på veiledningsreglene kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket, jf. § 29-21 første ledd. Dersom anken fører frem, vil den ankede avgjørelsen bli opphevet, jf. § 29-23 tredje ledd. Det er flere eksempler fra rettspraksis på at forsømt veiledningsplikt har vært en saksbehandlingsfeil som har ført til at den ankede avgjørelse er blitt opphevet, se for eksempel Rt. 2008 side 230. Det er også flere eksempler fra rettspraksis med grunnlag i tvistemålsloven som viser at manglende veiledning har ført til at en avgjørelse er blitt opphevet., jf. for eksempel Rt. 1963 side 996. Rt. 1978 side 379 er et eksempel på at den veiledning/ uttalelse som var gitt, var gitt i en for kategorisk form, og at dette førte til opphevelse av avgjørelsen. Det ble vektlagt at lagmannsretten hadde gitt uttrykk for en bestemt oppfatning av sakens resultat, se kjennelsens side 384. Teorien til tvistemålsloven tilsier at partisk veiledning kan føre til at det foreligger saksbehandlingsfeil.¹¹³ Det i rettspraksis liten grad problematisert hvorvidt det er ”*nærliggende*” at bruddet på veiledningsreglene kan ha hatt betydning for avgjørelsen. Dette må bety at brudd på veiledningsreglene i realiteten vil være en saksbehandling som fører til en automatisk opphevelse av avgjørelsen, sammenlign § 29-21 andre ledd.

Som nevnt, er det en uklar overgang mellom partisk veiledning, jf. § 11-5 syvende ledd, og veiledning som fører til inhabilitet, jf. domstolslovens § 108. Ingen rettskilder er klare på når en slik feil vil utgjøre inhabilitet hos dommeren. Før avgjørelse er avsagt, kan en part som har mistet tilliten til dommeren i saken påstå at vedkommende skal vike sete, jf. domstolsloven § 108. Formålet med å gi adgang til å fremme et slikt krav, må være at dette anses hensiktsmessig i form av at det dermed legges til rette for at færre avgjørelser blir anket på grunn av inhabil dommer. Ved tolkningen av dl. § 108 er det åpnet for at dommeren har en relativt vid skjønnsmessig adgang til å komme med uttalelser i prosessen. En dommer må først vike sete dersom vedkommende har avgitt uttalelser som viser at dommeren er forutinntatt eller at dommeren ikke har vist den nødvendige avstand til

¹¹² Robberstad (2009) side 168.

¹¹³ Skoghøy (2001) side 714.

saken.¹¹⁴ Det er enkelt å tenke seg at materiell veiledning i en for tydelig form, kan medføre at dommeren viser forutinntatthet, og motparten mister tilliten til dommerens upartiskhet i saken. Gitt at det foreligger en avgjørelse av en dommer som er inhabil, er dette en saksbehandlingsfeil som automatisk fører til opphevelse, jf. § 29-21 andre ledd.¹¹⁵ Sett i forhold til at rettspraksis sjelden foretar en drøftelse av hvorvidt det er nærliggende at brudd på veiledningsreglene kan ha betydning for avgjørelsen, har skillet mellom § 29-21 første og andre ledd i realiteten trolig liten betydning.

Opphevelse av en avgjørelse vil ikke alltid være en hensiktsmessig konsekvens ved brudd på veiledningsreglene. Ofte vil det være mer hensiktsmessig å anke over realiteten, særlig ved partisk veiledning.¹¹⁶ Det er også klart at en ankeomgang krever ressurser, både når det gjelder tid og økonomi.

Den eneste reaksjonen som vil få reell betydning for dommeren, er å klage dommeren inn for Tilsynsutvalget for dommere, jf. domstolsloven kapittel 36. § 237 regulerer hvem som kan inngi klage og hvilke frister som gjelder. Formålet med Tilsynsutvalget for dommere er at det skal treffe vedtak om disiplinærtiltak dersom en dommer forsettlig eller uaktsomt overtrer de plikter som stillingen medfører, eller for øvrig opptrer i strid med god dommerskikk, jf. domstolloven § 236 første ledd. Utvalget kan fatte disiplinærtiltak overfor en dommer, enten ved å gi ”kritikk eller advarsel”, jf. § 236 annet ledd. En klage til Tilsynsutvalget kan skje i tillegg til, men ikke i stedet for, en anke. Dette skyldes at Tilsynsutvalget ikke kan vurdere forhold som være gjenstand for overprøving, eksempelvis gjennom anke, jf. § 236 fjerde ledd. Det innebærer at Tilsynsutvalget ikke har kompetanse til å vurdere hvorvidt det foreligger brudd på veiledningsreglene. Dette vil kun bli avgjort av en ankeinstans dersom avgjørelsen ankes med dette som saksbehandlingsfeil. Vedtak 76/ 2008 kan brukes som eksempel på en klage til Tilsynsutvalget ikke kan tre i stedet for en anke. Klagen gikk blant annet i realiteten ut på at en jordskiftedommer hadde gitt partisk

¹¹⁴ Bøhn (2000) side 289

¹¹⁵ Se for eksempel Schei m.fl. (2007) side 1336.

¹¹⁶ Bratholm (1973) side 347, Aasland (1967) side 177.

veiledning til en selvprosederende part. Utvalget kunne ikke prøve hvorvidt jordskiftedommerens materielle og prosessuell veiledning var et brudd på veiledningsreglene og avviste den delen av saken.

Fordelen med å inngi en klage til Tilsynsutvalget, er at den slik klage altså kan føre til at klageren får en vurdering av om dommeren opptrådte i strid med gjeldende normer i sin veiledning. Det kan for eksempel vises til sak 76/2008 der Tilsynsutvalget foretok en realitetsvurdering av hvorvidt en jordskiftedommer som aktivt og tydelig hadde gitt veiledning til en selvprosederende part hadde gått utenfor normene for god dommerskikk. Det ble konkludert med at det ikke var grunnlag for at dommeren hadde overskredet disse grensene. Videre er det minimale kostnader ved en slik klage. Ulempen med et disiplinærvedtak er at et slikt vedtak, utover den verdi det har for klagere å "ha rett" ikke har noen rettslig eller økonomisk konsekvens for parten. Videre kan det være advokater som vil kvie seg for enten selv å inngi klage, eller å uttale seg i en sak der det inngitt klage. Dette kan skyldes at en advokat kan synes det er vanskelig å kritisere en dommer, som det er grunn til å tro advokaten vil møte i retten i fremtiden. Det er ingen plikt for en advokat eller en annen involvert å gi uttalelse til Tilsynsutvalget. I det nevnte vedtaket ønsket ikke klagernes advokat å avgi uttalelse i saken. Adgangen til fritt å avstå fra å gi uttalelse til Tilsynsutvalget, har den konsekvens at tilsynsutvalget kan få problemer med å kunne legge et faktum til grunn.

Ved vesentlig brudd på veiledningsreglene, kan det tenkes at staten har et ansvar for saksomkostningene ved anken, jf. § 20-12. Det presiseres at bestemmelsen er snever og bare omfatter de mest graverende saksbehandlingsfeil.¹¹⁷ I ytterste konsekvens kan være tenkelig med erstatnings- og straffeansvar for dommeren. Da dette er mer perifere, og mindre praktiske konsekvenser, har jeg valgt ikke å behandle dette, men viser til domstolsloven § 200.

¹¹⁷ NOU 2001: 32 side 545 og Ot.prp. nr.51 (2004–2005) side 287.

Brudd på veiledningsreglene kan også føre til brudd på EMK artikkel 6. Som nevnt, berøres spørsmålet i *Edificaciones March Gallego S.A mot Spania*. Det er muligens større sannsynlighet for at partisk veiledning kan føre til brudd på EMK artikkel 6. Det er avsagt flere dommer i EMD vedrørende brudd på EMK art. 6 vedrørende av inhabile, forutinntatte dommere. Det kan for eksempel vises til *Hauschildt mot Danmark*. Dette gjelder særlig på straffeprosessens område, men avgjørelsene gir gode grunner for at dette er aktuelt spørsmål også i sivile saker.

Registre

LOVFORARBEIDER:

NOU 2001: 32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

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

St. meld.nr. 26 Om offentlig rettshjelp.

DOMSREGISTER:

Høyesterett/ Høyesteretts kjæremålsutvalg/ Høyesteretts ankeutvalg:

Rt.1950 side 981

Rt. 1963 side 996

Rt.1974 side 695

Rt.1975 side 697

Rt.1978 side 379

Rt.1979 side 216

Rt. 1990 side 8

Rt. 1992 side 504

Rt.1993 side 647

Rt. 1994 side 1281

Rt.1995 side 1120

Rt. 1999 side 1363

Rt. 2006 side 893

Rt. 2008 side 230

Rt. 2008 side 1723

Rt. 2008 side 1730

Rt. 2008 side 1499

Lagmannsretten:

LA-2008-24057

LB-2008-186315

LF-2008-103665

LG-2007-133705

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

De Cubber mot Belgia, Strasbourg, 26. oktober 1984.

Edificaciones March Gallego S.A mot Spania, Strasbourg, 19.februar 1998.

Hauschildt mot Danmark, Strasbourg, 24. mai 1989.

LITTERATURREGISTER:

Alten, Edvin: *Tvistemålsloven med kommentarer*, 3.utg, Oslo 1954.

Bratholm, Anders og Jo Hov: *Sivil rettergang*, Oslo 1973.

Bøhn, Anders: *Domstolsloven. Kommentarsutgave*, Oslo 2000.

Bårdsen, Arnfinn:

Inhabilitet i straffesaker grunnet tidligere mistankekonstantering, LoR side 209.

Fredriksen, Halvard Haukeland: *Tvisteloven og EØS-avtalen*, TfR 2008 side 289-359.

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

Hov, Jo: *Rettergang III Sivilprosess*, Oslo 2007.

Lindell, Bengt: *Civilprocessen*, Uppsala 1998.

McDaniel, Carl og Roger Gates: *Marketing Research Essentials*, 6.utgave, USA, 2008.

Murray, Peter L. og Rolf H. Stürner: *German civil justice*, Durham, 2004.

Nordén, Dag Bugge og Arnfinn Bårdsen: *På talefot med tvisteloven*, JV 2008 nr. 1, side 1.

Robberstad, Anne:

Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten, LoR 2002 side 195-223.

Robberstad, Anne: *Sivilprosess*, Oslo 2009.

Schei, Tore: *Tvistemålsloven. Med kommentarer*. 2.utg, Oslo 1998.

Schei, Tore m.fl: *Tvisteloven. Kommentanutgave*. Oslo 2007.

Sjåfjell- Hansen, Beate: *På fremmed grunn*, Oslo 2000.

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvistemål*, Oslo 2001.

Smith, Eva: *Civilproces*, København 2000.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2004.

Aasland, Gunnar, *Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål*, TfR 1967 side 157-200.

ANDRE KILDER:

Praksis fra Tilsynsutvalget

Vedtak 100/ 2007

Vedtak 76/ 2008

Ulike utgivelser:

Domstoladministrasjonen 2008a, *Domstolene i Norge 2007*,

<http://www.domstol.no/DAtemplates/Article.aspx?id=20492&epslanguage=NO>, [Sisert
28.januar 2009

Domstoladministrasjonen 2008b, Rett på sak nr. 2 2008, side 11

Domstoladministrasjonen 2007, Tvistelovbrev nr. 12b- Veiledning og aktiv saksstyring.

Forfatter: Karl Otto Thorheim og Anne Austbø.

Personlig meddelelse

Domstoladministrasjonen, E-post. 2.mars 2009.

Liste over figurer og vedlegg

Figurer:

Figur 1: Geografisk fordeling av deltagerne.....	7
Figur 2: Arbeidserfaring som dommer blant de som svarte på spørreundersøkelsen.....	8
Figur 3: Tidspunkt for prosessuell veiledning.....	20
Figur 4: Form, prosessuell veiledning.....	22
Figur 5: Hyppighet, prosessuell veiledning.....	23
Figur 6: Veiledning i 2008 sammenlignet med 2007.....	24
Figur 7: Tidspunkt for materiell veiledning.....	30
Figur 8: Form på materiell veiledning.....	32
Figur 9: Hyppighet, materiell veiledning.....	32
Figur 10: Vurdering av nøytralitet.....	43

Vedlegg:

Vedlegg 1: Spørreskjema.

Vedlegg 2: Oversikt over hvilke tingretter som deltok i spørreundersøkelsen.

Vedlegg 3: Rettledning om ankeomgangen i sivile saker.

Spørreskjema

1. Prosessuell veiledning

Sett et kryss på hvert spørsmål. Der du kan sette flere kryss er det angitt.

1.1. Hvor mange ganger husker du at du har gitt prosessuell veiledning i 2008?

Ingen

1-5 ganger

6-10 ganger

Mer enn 10 ganger

<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>

Dersom du ikke har gitt prosessuell veiledning i 2008, gå til del 2.

1.2. På hvilket tidspunkt i saken ga du som oftest gitt prosessuell veiledning?

Før hovedforhandling

Under hovedforhandling

<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>

1.3. I hvilken form veiledet du mest?

Muntlig

Skriftlig

<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>

1.4. Hva var det du veiledet om? (Sett eventuelt flere kryss)

Påstand

Påstandsgrunnlag

Annet

<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>

2. Materiell veiledning

Til info: Spørreundersøkelsens del 3 følger samme inndeling som tvisteloven og deler spørsmålene om materiell veiledning inn i to undertemaer:

Om uegentlig materiell veiledning – Retten skal virke for ”at tvistes spørsmål blir klarlagt, og at partenes påstander og standpunkter til rettslige og faktiske spørsmål blir klargjort”, jf § 11-5 3.ledd

Om egentlig materiell veiledning – Retten kan oppfordre ”en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken, jf § 11-5 4.ledd.

2.1. Hvor mange ganger husker du at du har gitt materiell (både egentlig og uegentlig) veiledning i 2008?

Ingen

1-5 ganger

6-10ganger

Mer enn 10 ganger

Dersom du ikke har utført materiell veiledning i 2008, gå til del 3

2.2. På hvilket tidspunkt i saken ga du som oftest materiell veiledning?

Før hovedforhandling

Under hovedforhandling

2.3. I hvilken form veiledet du mest?

Muntlig

Skriftlig

2.4. Har du som oftest gitt uegentlig eller egentlig materiell veiledning?

Som oftest uegentlig materiell
veiledning

Som oftest egentlig materiell
veiledning

2.5. Har du en eller flere ganger følt deg usikker på om du fortsatt var upartisk da du veiledet, jf §11-7 5.ledd?

Ja

Nei

Dersom du ikke har gitt egentlig materiell veiledning i 2008, gå til del 3.

2.6. Innenfor hvilke(t) rettsområde(r) har du gitt egentlig materiell veiledning?

--

3. Generelt

3.1. Hvor stor forskjell er det for deg i din hverdag at temaet "rettens veiledningsplikt" nå er lovfestet i større grad enn tidligere?

Ingen forskjell

Noe forskjell

Stor forskjell

3.2. Tror du at du har veiledet mer i 2008 enn i 2007?

Ja

Nei

3.3. Plass for en eventuell kommentar om temaet

--

4. Personalia

4.1. Kjønn

Mann

Kvinne

4.2. Alder

20-30 år

31-40 år

41-50 år

51-60år

Over 60 år

4.3. Hvor lenge har du arbeidet som dommer?

1-5 år

6-15 år

16-25 år

26-35 år
Over 35 år

4.4. I hvilken landsdel arbeider du?

Østlandet
Vestlandet
Sørlandet
Midt-Norge
Nord-Norge

Oversikt over hvilke tingretter var representert i spørreundersøkelsen:

Aust-Agder tingrett

Drammen tingrett

Eiker, Modum og Sigdal tingrett

Follo tingrett

Fredrikstad tingrett

Glåmdal tingrett

Haugaland tingrett

Hedmarken tingrett

Jæren tingrett

Kristiansand tingrett

Moss tingrett

Nedre Romerike tingrett

Nord-Troms tingrett

Oslo tingrett

Romsdal tingrett

Salten tingrett

Sunnmøre tingrett

Sør-Gudbrandsdal tingrett

Trondheim tingrett

Øst-Finnmark tingrett

I tillegg var det to tingretter som sendte umerkede konvolutter.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankedomstolen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.