

Pretensjoner om søksmålsvilkårene og om sakens realitet

av professor dr juris Anne Robberstad*

1. Problemstillingen

Hvor lett eller vanskelig skal det være å få en sak behandlet av domstolene?

Inge Lorange Backer utga i 1984 boken «Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage – særlig ved naturinngrep». Av forordet fremgår at den var et biprodukt av arbeidet med hans doktoravhandling «Naturvern og naturinngrep» (1986). Men «Rettslig interesse» står i høy grad på egne ben, og er den grunnleggende norske fremstillingen av dette temaet. Det har gått over tredve år, vi har fått utallige rettsavgjørelser og en ny lov, denne boken er fortsatt like sentral i emnet.

Vilkåret om at den som anlegger en sak må ha rettslig interesse i saken, gjelder fortsatt, selv om det med tvistemålsloven § 54 vandret ut og ikke gjenfinnes i den nye tvisteloven § 1-3.¹ Men det fremgår av forarbeidene at vilkåret stort sett skal være det samme som tidligere. Rettspraksis har bekreftet denne forutsetningen, med unntak av en del sprelske standpunkter fra Høyesterett i samband med EMK, barnekonvensjonen og de nye grunnlovsbestemmelsene fra 2014.²

Et viktig spørsmål som forarbeidene sier lite om, er *når* det må påvises at det foreligger rettslig interesse i en tidlig fase av saken, og når dette er noe retten kan vente med til den avgjør selve det materielle kravet. Riktignok sier ordlyden i tvl § 1-3 (2) at: «Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte.»³ Da søksmålsvilkårene er prosessuelle spørsmål, det vil si spørsmål som angår saksbehandlingen, faller de inn under regelen i tvl § 9-6 (3) om at: «Avgjørelser om saksbehandlingen, herunder om saken skal avvises eller heves, skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen.»⁴ Dette tilsier at søksmålsvilkårene alltid må prøves tidligst mulig. Men ut fra rettspraksis, som forarbeidene til tvisteloven gir fortsatt gyldighet,⁵ er det noen ganger slik at rettslig interessevilkåret, eller elementer i dette, først skal avgjøres sammen med det materielle kravet. Noen forfattere vil da si at vedkommende element er en del av det materielle kravet.

I den juridiske litteraturen spriker oppfatningene om dette viktige problemet. Det er ikke en gang enighet om hva spørsmålet skal kalles. I Jo Hovs Rettergang I (2010) kalles det «Grensen mellom det materielle og det prosessuelle spørsmål» (kap 14.4).

Slik også i Hov tidligere rettergangsbøker tilbake til Rettergang i sivile saker (1991, kap10.IV). I Bratholm og Hov Sivil rettergang (1973) brukes samme betegnelse, med temaet står der først i kapitlet om søksmålsbetingelsene i §§ 53 og 54, ikke til sist som i Hovs senere bøker, og innholdet i fremstillingen er nokså forskjellig. Senere rettspraksis har til dels anvist andre løsninger enn 1973-bokens. Se også Backer Rettslig interesse (1984) s 30-31, der Backer kritiserer Bratholm og Hovs lære om saksøkerens pretensjoner.

I Backers Rettslig interesse kalles det (s 27) «Grensen mellom materielle regler og det prosessuelle krav om rettslig interesse». I Tore Scheis tidligere lovkommentar behandles det delvis under overskriften (margteksten) «Grensen mellom de prosessuelle vilkår for å fremme søksmålet og de materielle vilkår for at søksmålet kan føre frem» (I 1998 s 290-292). I

* Professor ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

¹ Uttrykket står fortsatt i fem artikler i den norske versjonen av Luganokonvensjonen av 2007.

² Jeg tenker da særlig på Rt 2015.93 (Maria) og mindretallet i Rt 2012.2039 om barnekonvensjonen.

³ Den omfattende reaksjonen mot «forholdismen» har tydeligvis ikke nådd norske lovmakere.

⁴ Jeg ser nå bort fra unntakene i de to neste setningene i § 9-6 (3).

⁵ Jfr NOU 2001:32 s 191-193 og 652 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s 140 og 363.

lovkommentaren med flere forfattere, Schei med flere, er denne endret til (I 2013 s 51): «Hvilke spørsmål hører til rettens prøving av om saken skal fremmes etter § 1-3?»⁶

I en artikkel i Jussens Venner i 2007 har jeg kalt spørsmålet «Pretensjon og realitet i sivile saker», fremstillingen er konsentrert om søksmålsbetingelsene i tvml §§ 53-54 og tvl § 1-3.⁷ Jeg hevdet der at det å kalle noe for prosessrettslig eller materiellrettslig (jfr Hovs problemstilling), bare er et navn på resultatet; de spørsmål som ikke skal prøves tidlig, kalles for materielle spørsmål.

2. Fire spørsmål

Hvilket resultat, det vil si svaret på hvilket spørsmål? Det er egentlig flere spørsmål her: Dels handler det om (1) hvilket *tidspunkt* avgjørelsen skal tas på, slik jeg formulerte spørsmålet i fjerde avsnitt av denne artikkelen. Dels om (2) hvilken *form* avgjørelsen skal treffes i, kjennelse eller dom (tvl § 19-1). En kan bruke betegnelsen «avvisningsomgangen» om de tilfellene der avgjørelsen skal treffes som en kjennelse om å avvise eller fremme saken (§ 19-1 (2) a), uavhengig av tidspunktet.⁸

Dessuten har vi spørsmålet om (3) *hvilke sider* av saken som skal avgjøres ved kjennelse og hvilke som skal avgjøres ved dom. Dette kan med rette kalles «grensen mellom prosessuelle og materielle spørsmål»: de førstnevnte skal avgjøres ved kjennelse, de sistnevnte ved dom. Som en ser, er (2) og (3) ulike sider av samme sak. I tillegg er det spørsmål om (4) *på hvilket grunnlag* kjennelsen skal avsies; kan dommeren bygge på det som saksøkeren hevder (pretenderer) eller må hun ta stilling til om det er riktig? Det er dette fjerde spørsmålet jeg tar opp her.

Se klargjøringen i Schei I 1998 s 292, ved ny margtekst om grunnlaget for avgjørelsen: «Noe prinsipielt annet enn å avgjøre hvilke sider ved søksmålet som gjelder det prosessuelle spørsmål om saken kan fremmes, og hvilke som gjelder realiteten – spørsmålet om saksøkeren skal få medhold i sitt krav – er hvilket grunnlag avgjørelsen av om søksmålsvilkårene er oppfylt, skal bygges på.» Se også Backer Rettslig interesse (1984) s 23. Scheis setning er merkelig nok tatt ut i kommentarutgaven til Schei m fl: Schei, Bårdsen, Nordén, Reusch og Øie, I 2013 s 14-55.

3. Utgangspunktet

Utgangspunktet, som alle er enig om, er at anførsler (pretensjoner) om kravets materielle berettigelse ikke skal prøves i avvisningsomgangen.⁹ Hvorvidt kravet er holdbart, skal avgjøres etter behandling i hovedforhandling, eventuelt som forenklet domsbehandling (tvl § 9-8). Avgjørelsen i Rt 2003.301 (Undersøkelse) utgjør et unntak, som jeg her lar ligge.¹⁰ Hovedregelen er altså at pretensjoner som handler om at kravet er berettiget, skal slippes uprøvd frem til det avsluttende rettsmøtet.

Anførsler (pretensjoner) om at søksmålsvilkårene i tvl § 1-3 er oppfylt, skal derimot som hovedregel prøves allerede i avvisningsomgangen. Men *noen ganger* skal de ikke prøves så tidlig. Når gjelder denne hovedregelen, og når slår unntakene inn? Her er det en viss uenighet i litteraturen.

Et eksempel på at sondringen mellom sakens realitet og søksmålsvilkårene ikke alltid er enkel, ser vi i Altens kommentar til tvml § 53 (Alten Tvistemålsloven 1954 s 71). Når saksøker hevder at kravet er forfalt, sier Alten at forfallsspørsmålet «hører med til sakens realitet likeså vel som de øvrige omstendigheter som kravets

⁶ I Skoghøys Tvistemål (2001) og Tvisteløsning (2014) er spørsmålet ikke skilt ut som eget punkt, men inngår i «Rettens behandling av prosessforutsetningene» (2001 s 149 flg og 2014 s 240 flg) og i fremstillingen av de enkelte vilkårene.

⁷ Robberstad i Jussens Venner 2007 s 61-79. Nå viderefører jeg analysen og skifter delvis mening.

⁸ Robberstad i Jussens Venner 2007 s 62.

⁹ Se f eks Hov Rettergang I (2010) s 375, Robberstad Sivilprosess (2013) s 95, Schei m fl I (2013) s 51 og Skoghøy Tvisteløsning (2014) s 243.

¹⁰ Denne og flere påfølgende behandles i Robberstad Sivilprosess (2013) s 54-56 og 134.

berettigelse avhenger av». Men dersom det fremgår av stevningen at kravet ikke er forfalt, skal saken avvises ex officio «fordi saksøkeren ikke har en av loven anerkjent interesse i å få fullbyrdsdom før forfalltid». Også i det siste tilfellet hører jo spørsmålet om forfall med til sakens realitet.

I neste punkt gir jeg først en oversikt over hva søksmålsbetingelsene består i.

4. Hva består rettslig interesse av

De søksmålsvilkårene som går under navnet «rettslig interesse» består av tre elementer:¹¹ Søksmålgjenstanden må være et rettskrav, kravet må være aktuelt og partene må ha en viss tilknytning til det. For enkelhets skyld taler jeg her som regel om saksøkerens tilknytning, ikke saksøktes. Aktualitet og tilknytning bestemmer om saksøkeren kan sies å ha «et reelt behov» for å få kravet avgjort, slik det nå uttrykkes i tvl § 1-3 (2). De tre elementene kan skjematisk plasseres slik i en figur som har med både den gamle og den nye loven:

Element	tvml § 53 fullbyrdsessøksmål	tvml § 54 fastsettelsessøksmål	tvl § 1-3
Søksmålgjenstand	1 «krav» P	2 «rettsforhold/ rettighet» R	«rettskrav»
Aktualitet (tidspunkt, situasjon)	3 «forfalt» P	4 «rettslig interesse» R	«reelt behov» «aktualitet»
Tilknytning	5 eget krav P (eget krav: alltid, P andres: må påvises, R)	6 «rettslig interesse» R (eget krav: alltid, P andres: må påvises, R)	«reelt behov» «tilknytning»

Kolonnene med tvml §§ 53 og 54 angir fullbyrdsessøksmål og fastsettelsessøksmål, rutene her er nummerert fra 1 til 6. Tvisteloven § 1-3 sonderer ikke mellom de to søksmålstypene, den omfatter begge to.¹² Da rettstilstanden for søksmålsvilkår i hovedsak er uendret, gir det allikevel mening å skille mellom søksmålstypene. Den gamle lovens ord og uttrykk lever videre, selv om de ikke er videreført i den nye lovteksten: Vi fortsetter å tale om «rettslig interesse», selv om § 1-3 ikke gjør det. Og vi kan fortsatt si at aktualitetsvilkåret i fullbyrdsessøksmål er at kravet er forfalt (rute 3).¹³ I en analyse er det hensiktsmessig å operere med seks ulike vilkår, ett for hver rute i figuren.

5. En teori: Fullbyrdsessøksmål eller fastsettelsessøksmål?

En undersøkelse av høyesterettspraksis basert på søk i Lovdata i slutten av 2006¹⁴ førte til at jeg fremsatte en teori i artikkelen i Jussens Venner: I fullbyrdsessøksmål skal dommeren bygge på det saksøker pretenderer om at søksmålsvilkårene er oppfylt, mens dommeren i fastsettelsessøksmål må prøve disse pretensjonene. Teorien angår spørsmål (4) som nevnt over, på hvilket grunnlag skal avgjørelsen tas? Teorien har ikke fått tilslutning av andre forfattere.

¹¹ Backer bruker «rettslig interesse» om alle tre, se Backer Rettslig interesse (1984) s 25-26.

¹² Hov Rettergang I (2010) s 377 note 420 mener at en ikke lenger bør skille, fordi loven ikke gjør det. Se derimot Rt 2013.116 avsnitt 44.

¹³ Jfr Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s 144 og 365.

¹⁴ Se nærmere i Jussens Venner 2007 på s 67, også om forbehold ut fra metoden som ble brukt. Så vidt jeg kjenner til, er det ikke blitt foretatt noen lignende undersøkelser senere.

Teorien ble ikke utviklet på basis av vurderinger av hvordan dommere *bør* gå frem, men ut fra et mønster den undersøkte rettspraksisen faktisk dannet. Mønsteret kan lett forklares historisk, jfr nedenfor i pkt 8. Fordelen med teorien er at vi får et pent symmetrisk mønster i figuren, som er lett å huske: i venstre kolonne skal dommeren bygge på det som pretenderes (P), i midtkolonnen på hva som er realiteten når det gjelder oppfyllelse av søksmålsvilkåret (R). Mange høyesterettsavgjørelser kan plasseres inn i dette mønsteret, mens andre ikke passer. Det kan reises innvendinger mot denne teorien, som jeg kommer tilbake til i punkt 8.

Nedenfor går jeg gjennom hver rute og nevner noen avgjørelser som uttrykkelig har forholdt seg til spørsmålet. Bevegelsen starter i rute 2 og følger en U-form ned, til venstre og så opp til rute 1.

6. De enkelte rutene i figuren

Rute 2

Det er enklest å begynne med fastsettelsessøksmål, i rute 2. Her er det, ut fra praksis, ikke nok å hevde at en har et rettskrav (rettsforhold/rettighet), det må påvises. Avgjørelsen om hvorvidt dette er påvist eller ikke, skal treffes tidlig i saken (1), og ved kjennelse (2 og 3). Et eksempel etter tvistelovens ikrafttredelse er **Rt 2010.880 (Monsen)**, der ankeutvalget forkastet anken over avvisningskjennelsen og bemerket i avsnitt 15:

«De ankende parter pretenderer å ha et rettskrav som skal gi grunnlag for å avsi dom for påstanden. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å pretendere at kravet som er gjort gjeldende, er et slikt krav.»

Det ble samtidig vist til **Rt 1998.607 (Professorlønn)** på s 611, der Høyesterett blant annet sa:¹⁵

«At saksøkeren mener at det krav som fremsettes, reguleres av rettsregler, er ikke avgjørende. [...] Slik jeg ser det, er krav om lønns plassering i et bestemt lønnstrinn for fremtiden etter lokale lønnsforhandlinger ikke et rettskrav - det kan ikke baseres på rettsregler.»

Det er verdt å merke seg at professorens andre påstandspunkt, kravet om erstatning, ikke ble avvist (det var heller ikke anført fra statens side). Det samme gjelder for øvrig en del avgjørelser med påståtte brudd på EMK, som Rt 1994.1244 (Kvinnefengsel) og Rt 2009.477 (Nordsjødykkere).

Rute 4

Tilsvarende må en i fastsettelsessøksmål påvise at kravet er aktuelt (rute 4), noe Monsen-kjennelsen også er eksempel på. Et eldre, tydelig og meget omtalt eksempel er **Rt 1986.733 (Ringnot)**.

Rute 6

For vilkåret om tilknytning er bildet noe mer komplisert. Min teori sier at en også her må prøve om det virkelig foreligger tilstrekkelig tilknytning. Det nå klassiske eksemplet er Alta-kjennelsen i **Rt 1980.569**, der Naturvernforbundets tilknytning til saken om den kongelige resolusjon om utbygging av Altavassdraget jo var omstridt.¹⁶ Fra senere praksis, på et helt annet område, kan nevnes **Rt 1996.1051 (Bingodrift)**, som gjaldt krav om midlertidig forføyning i en sak der hovedkravet var at en tillatelse til bingodrift for et annet firma var ugyldig. – Men teorien passer mindre godt for situasjoner der noen går til fastsettelsessak om sine egne subjektive rettigheter. Her kan rettspraksis tyde på at det er nok å pretendere at en

¹⁵ I Rt 1998.1683 (Østfold Energi) var Høyesterett derimot delt i spørsmålet om prøving av pretensjonen, jfr Christian Backe 2007 s 23-28, masteroppgave som ligger i DUO: <http://urn.nb.no/URN:NBN:no-19648>.

¹⁶ Av forordet i Backer Rettslig interesse (1984) fremgår at Alta-saken var hans utgangspunkt.

fremmer sitt eget krav.¹⁷ Som i **Rt 2006.220 (A's legat)**, der pretensjonen om eget fastsettelseskrav ikke ble prøvd.

Tilsvarende er det nok å pretendere at saken er anlagt mot rett saksøkt, som avgjørelsen i **Rt 2006.209 (HOFBO)** er eksempel på.¹⁸ Spørsmålet der var om søksmålet skulle avvises fordi det var rettet mot enkelte sameiere i HOFBO i stedet for mot sameiet ved styrets leder.

Rute 5

Vi er i tilknytningslinjen i figuren og går et hakk til venstre, til fullbyrdelsessøksmål i rute 5. For den som fremmer sitt eget krav, er det nok å pretendere at det er ens eget. Etter en noe vaklende linje på 2000-tallet falt kjæremålsutvalget ned på denne løsningen i **Rt 2005.999 (Trade Partner)**, avsnitt 20-22. – Hvis det derimot fremgår at saksøker fremmer andres krav, må tilknytningen påvises. Her går det en rett linje fra **Rt 1969.1032 (Ford Motor)**¹⁹ over **Rt 2006.238 (Receiver)** til **Rt 2010.402 (Norsk Tillitsmann)**. I den sistnevnte ble tilknytningsvilkåret prøvd og besto prøven, i det Høyesterett etablerte et unntak fra regelen om at en fullmektig ikke kan gå til sak i eget navn om hovedmannens krav.

For tilknytningsvilkåret blir altså løsningen den samme for begge søksmålstyper: For den som hevder å fremme *eget krav*, blir pretensjonen om tilknytning ikke prøvd. Der hvor det er *andres krav* som fremmes, må pretensjonen alltid prøves. Eller som det het i **Rt 1969.1032 (Ford Motor)**: «den som ikke selv pretenderer å ha det krav som gjøres gjeldende, kan ikke uten særlig hjemmel opptre som saksøker på vegne av en annen». Og «hjemmelen» må altså konkret påvises, det er ikke nok å hevde at en har den. Det er stort sett enighet i litteraturen om disse løsningene.²⁰ De innebærer at det symmetriske mønsteret bare blir fullstendig dersom en i rute 5 tenker seg at det er eget krav som fremmes, og i rute 6 at det er andres krav. For fullbyrdelsessøksmål er det normale at en hevder at det er eget krav. For fastsettelsessøksmål er det like vanlig å fremme eget som andres krav. Domstolenes tradisjon for å teste pretensjoner om tilknytning er imidlertid utviklet i saker der saksøker går til sak om allmenne interesser eller andres rettigheter, som i Alta-kjennelsen og i **Rt 2003.833 (Stopp Regionfelt Østlandet)**.

Rute 3

Rute 3 gjelder aktualitetskravet ved fullbyrdelsessøksmål. Som nevnt kan dette uttrykkes som at kravet må være forfalt, slik det sto i tvistemålsloven § 53. Pretensjonen om forfall blir ikke realitetsvurdert. Her har vi for en gangs skyld en konkret uttalelse om temaet i forarbeidene til tvisteloven: «Dersom saksøkeren pretenderer at kravet er forfalt, vil kravet til søksmålssituasjonen som hovedregel være oppfylt.»²¹ Et eldre eksempel er **Rt 1985.1302 (Lange)**, der det fremgår at et søksmål ikke kan avvises når saksøkeren mener kravet er forfalt. Saken gjaldt forsikringsoppgjør etter trafikkulykke, der selskapet hadde innvendt at kravet ikke var forfalt.

Rute 1

For vilkåret om rettskrav i fullbyrdelsessøksmål, er det vanskelig å finne eksempler i rettspraksis. Min teori tilsier at det her er nok å hevde at det krav som fremmes, er et rettskrav. Muligens kan **Rt 1994.1181 (Porselensdekorasjon)** ses som et utslag av dette. Saken gjaldt

¹⁷ Jfr Jussens Venner 2007 på s 76-78 med videre henvisninger.

¹⁸ Her var det også et krav på betaling, altså fullbyrdelsessøksmål, se nærmere om dette nedenfor.

¹⁹ Jfr Backer Rettslig interesse (1984) s 121 om denne avgjørelsen.

²⁰ Jfr Aasland Søksmålsbetingelsene i Jussens Venner 1967 s 217 og 227, Michelsen Sivilprosess (1999) s 66 og Skoghøy Tvisteløsning (2014) s 424.

²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s 365. Slik også i Alten Tvistemålsloven (1954) s 71, til tvml § 53.

erstatningskrav mot en forening etter eksklusjon, altså krav om fullbyrdelsesdom.²² Utvalget var enig med lagmannsretten i at saken skulle fremmes, selv om den saksøkte foreningen under henvisning til Rt 1979.468 (Norsk Balalaikaorkester) hadde hevdet at den var en ren hobbyforening. Som ledd i begrunnelsen sa utvalget: «Det pekes i denne forbindelse på at tvistegjenstanden er et krav på erstatning, ikke et krav på å få kjent ugyldig en utelukkelse av medlemskap.» En kunne ellers tenkt seg at saken var blitt avvist med den begrunnelse at erstatningskravet ikke var et rettskrav (rettsforhold), fordi eksklusjon fra denne type forening ikke var regulert av rettsregler. Men erstatningskrav ses uansett som rettskrav, og er slik sett typisk for de vanlige krav i fullbyrdelsessøksmål, der det ikke er noen grunn til å teste pretensjonen om rettskrav.

Rt 2008.826 (Millionbarn) er et eksempel av en annen art. En far hadde betalt en million kroner for å få avtale om omsorgen for sønnen, han krevde tilbakebetaling når moren ikke lenger ville stå ved avtalen. Saken ble avvist i underrettene, men dette ble opphevet. Ankeutvalget formulerte problemstillingen slik: «Spørsmålet er om saken vedrører et rettsforhold som kan prøves av domstolene.» Utvalget mente at saken burde realitetsprøves. I dette ligger jo at farens pretensjon om at saken gjaldt et rettskrav (avsnitt 9), ble sluppet uprøvd inn til ordinær behandling. Det ble vist til en uttalelse fra Hov om at det at et krav er umoralsk, er en materiell ugyldighetsgrunn.

Det er uenighet i litteraturen om løsningen i rute 1: vilkåret om «rettskrav» i fullbyrdelsessøksmål.²³ Men ellers synes det stort sett å være enighet om løsningene, selv om de begrunnes på forskjellig måte. De fleste forfattere følger nemlig en annen teori enn den jeg fremstilte ovenfor:

7. En annen teori: Gjelder pretensjonen søksmålsvilkår eller det materielle kravet?

I forarbeidene til tvisteloven har Tvistemålsutvalget følgende generelle uttalelse som ledd i beskrivelsen av allerede gjeldende rett:²⁴

«Ved avgjørelsen av om søksmålsbetingelsene foreligger skal domstolen i utgangspunktet legge saksøkerens pretensjoner om faktum og juss til grunn så lenge det gjelder det materielle spørsmålet. Domstolen må derimot foreta en selvstendig vurdering av det faktum og den juss saksøkeren gjør gjeldende så langt det bare har betydning for søksmålsbetingelsene.»

Som nevnt (pkt 3 foran) har utgangspunktet lenge vært at det som har med kravets materielle berettigelse å gjøre, ikke skal prøves i avvisningsomgangen. På grunnlag av dette har litteratur og rettspraksis stilt opp en retningslinje for hvilke anførsler som skal og ikke skal prøves tidlig: Det avgjørende er om den aktuelle pretensjonen har betydning som del av grunnlag for det materielle kravet i saken. Formuleringen i Scheis kommentarutgave er:²⁵ «domstolene må legge saksøkerens pretensjoner om faktum og rettsregler til grunn ved avgjørelsen av spørsmålet om søksmålskompetanse så langt det materielle krav som er fremmet, bygger på disse pretensjonene».

Et eksempel på gjengivelse og anvendelse av denne setningen er **Rt 2006.209 (HOFBO)** avsnitt 15 (jfr foran i rute 6). Utvalget viste til at de materielle krav som var fremmet i søksmålet, bygget på pretensjonen om at HOFBO var et tingsrettslig sameie som reguleres av sameieloven og at endringen av vedtektsbestemmelsen var i strid med denne loven. Da skulle

²² Saken ble av utvalget uriktig rubrisert under tvml § 54.

²³ Skoghøy Tvisteløsning (2014) s 379 mener generelt at pretensjonen om rettskrav må prøves, med henvisning til Rt 2003.1630 (Hugst) og Rt 2010.880 (Monsen).

²⁴ NOU 2001:32 pkt 5.2, s 188.

²⁵ Schei I 1998 s 292, tilsvarende i Schei I 1990 s 142.

man ikke forhåndsprøve om det virkelig var et tingsrettslig sameie (avsnitt 16): «Dette hører under realiteten.» I denne saken var det reist både fastsettelses- og fullbyrdelseskrav.²⁶

Lignende formuleringer av det avgjørende kriteriet finnes i andre saker, igjen er **Rt 1986.733 (Ringnot)** et tydelig eksempel: «Saksøkerens pretensjoner skal, slik utvalget ser det, bare legges til grunn så langt det krav han vil ha pådømt, bygger på dem.»

Også litteraturen etter Schei har stilt opp kriteriet på denne måten.²⁷ I det (i skrivende stund) siste skudd på stammen, «Sivilprosess i et nøtteskall», formulerer Jørgen Vangsnes regelen slik, med henvisning til HOFBO-saken:²⁸ «For anførsler som er relevant for både spørsmålet om avvisning, og for realiteten i saken, må retten legge saksøkers anførsler til grunn ved behandling av avvisningsspørsmålet.» Spørsmålet er om denne løsningen følger av fast praksis fra Høyesterett, slik Vangsnes også hevder. Det tar jeg opp nedenfor.

Disse ulike formuleringene er alle uttrykk for den samme regel: *Pretensjoner som har betydning for det materielle kravet prøves ikke, mens de som bare gjelder søksmålsbetingelsene skal prøves.*

Forskjellen på de to kategoriene av pretensjoner kan lettest illustreres ved aktualitetsvilkåret (rute 4 og 3 i figuren). Et eksempel er **Rt 2001.1123 (Tvangsinnleggelse)**, der Høyesterett avviste sak om gyldigheten av kontrollkomisjonens vedtak etter at utskrivning hadde funnet sted. Mannen hadde ikke aktuell interesse i slik prøvning, fordi opphevelse av vedtaket ikke ville få noen praktiske konsekvenser for ham. Vurderingen av dette handlet om helt andre momenter enn de som hadde betydning for vedtakets gyldighet.²⁹ Innholdet i pretensjonen om aktuell betydning, som at han hadde vanskelig for å få jobb og bankforbindelse, gjaldt bare søksmålsvilkåret.

På den annen side har vi pengekrav, der ett av vilkårene for oppfyllelse gjerne er at kravet er forfalt, jfr ovenfor i rute 3 om **Rt 1985.1302 (Lange)**. Pretensjonen om at kravet er forfalt har ikke bare betydning for aktualitetsvilkåret, men også for selve det materielle kravet.

Disse to klare eksemplene kunne tyde på at kriteriet som er stilt opp i litteraturen, gir en løsning på når pretensjonene skal prøves og når de ikke skal det. Men kriteriet kan ikke sies å ha blitt konsekvent fulgt i høyesterettspraksis.³⁰ Det skurrer særlig i avgjørelsene om vilkåret om «rettskrav» (rettsforhold/rettighet) i fastsettelsessøksmål (rute 2). Både i **Rt 1998.607 (Professorlønn)** og **Rt 2010.880 (Monsen)** kunne pretensjonene sies å ha med det materielle kravet å gjøre, ikke bare med søksmålsvilkåret. Dette kan forklare hvorfor tilhengerne av denne teorien kritiserer avgjørelsen i Professorlønn,³¹ og hvorfor Tjomsland dissenterte i professorsaken (s 613): «Det avgjørende må være at saksøkeren pretenderer at det gjelder en rettsregel av et innhold som underbygger påstanden.» En undersøkelse av hvor konsekvent denne teorien er blitt fulgt, vil kreve en omfattende analyse av den til dels sprikende rettspraksisen. – En kan også innvende at teorien ikke er særlig veiledende i de vanskelige grensetilfellene, og at tilhengers forklaringer av rettspraksis av og til kan virke noe anstrengt.

Hverken i Tvistemålsutvalgets utredning eller i proposisjonen til tvisteloven formuleres noen regel for hva det avgjørende kriterium skal være etter denne loven. Vi finner heller ingen avstandtagen til rettspraksis på dette punkt. Det sitatet som innledet dette punktet, må dermed ses som førende også for den nye loven. Samtidig skal også den gamle rettspraksisen være førende, så dette er ikke motsigelsesfritt.

²⁶ Betalingskravet hører hjemme i min rute 5, men løsningen blir uansett den samme som figuren tilsier.

²⁷ Jfr Schei m fl I (2013) s 51 og Skoghøy *Tvisteløsning* (2014) s 243.

²⁸ Vangsnes *Sivilprosess i et nøtteskall* (2015) s 73.

²⁹ Jfr Vangsnes (2015) s 74.

³⁰ Jfr også Christian Reusch i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 på s 199.

³¹ Se Schei I 1998 s 293, Schei m fl I (2013) s 53-54 og Vangsnes (2015) s 76. Også Hov har lenge kritisert den, se *Rettergang I* (2010) s 374-375. Skoghøy (2014) s 373-374 synes ikke kritisk til den.

8. Avsluttende vurdering

Rettspraksisundersøkelsen i 2006, omtalt foran i punkt 5, ga grunnlag for å hevde at høyesterettsavgjørelsene kunne sorteres i et mønster der det avgjørende, i hvert fall for rettskrav- og aktualitetsvilkårene, var om det materielle kravet var et fullbyrdelses- eller fastsettelseskrav. Dommerne har nok ikke vært seg dette mønsteret bevisst. De har neppe sett det som et mønster som bør følges, men har i noen grad truffet sine avgjørelser ut fra tidligere prejudikater. Dessuten vitner flere av begrunnelsene om at domstolen har bygget på den regelen som er fremstilt ovenfor i punkt 7. Det mønsteret som jeg tidligere har beskrevet, har altså ikke vært den ledetråden dommerne bevisst har fulgt. Resultatet, når en ser mange avgjørelser under ett, kan allikevel ha blitt slik som mønsteret uttrykker.

Det kan i så fall komme av at ledetråden som ble fremstilt i punkt 7, gir systematisk forskjellige resultater i de to typene av søksmål. Det vil si at i fastsettelsessøksmål er det ofte slik at det som har betydning for søksmålsbetingelsene, ikke samtidig har betydning for det materielle kravet.³² Rt 2001.1123 (Tvangsinnleggelse) er ett av flere eksempler.

Å skille mellom prøvingen i fullbyrdelses- og fastsettelsessøksmål, har prosesshistoriske grunner for seg: fastsettelsessøksmål kom mye senere og ble bare tillatt på vilkår at det forelå «noe mer», som ble kalt «rettslig interesse».³³ Det er da naturlig at prøvingen av om de skal fremmes, er mer intens.

I boken «Rettslig interesse» har Backer vist til, med tre eksempler, at det neppe er noe skarpt skille mellom materiellrettslige regler og det prosessuelle krav om rettslig interesse: «Grensedragningen kan nok ofte forklares som uttrykk for en *tradisjon* i rettspraksis.» Han skriver videre at denne tradisjonen krever sin forklaring, og fremsetter flere hypoteser.³⁴ I tilknytning til den siste av disse – at domstolene vil skille ut åpenbart uholdbare saksanlegg – vil jeg vise til at mange av de avviste fastsettelsessøksmålene nettopp illustrerer dette, som Rt 1994.1244 (Kvinnefengsel), Rt 1998.607 (Professorlønn) og Rt 2010.880 (Monsen). I denne sakstypen fremmes det oftere krav som er på siden av det domstolene bør stille med, enn i gruppen fullbyrdelsessøksmål. Ved krav om fullbyrdelse er det som regel klassiske, kurante krav, typisk pengekrav. Men bildet er ikke entydig, som Rt 2008.826 (Millionbarn) viser. Vangsnes har kommet med en innvending som jeg er enig i: En rekke fastsettelsessøksmål er opplagt slike som rettsvesenet bør befatte seg med, som krav vedrørende gyldigheten av forvaltningsvedtak og oppsigelser i arbeidsforhold.³⁵

Det er også andre innvendinger mot å la søksmålstypen avgjøre på hvilket grunnlag en sak skal fremmes eller avvises: Det kan være tilfeldig hvorledes en påstand er utformet, bare en liten vri kan føre til at den skifter søksmålstype.³⁶ Mange saker har også flere påstander, noen av den ene, noen av den andre typen, som vi så i HOFBO.

Det er derfor ikke gitt at søksmålstypene *bør* avgjøre. Det påviste mønsteret er kanskje bedre egnet som en pedagogisk oversikt over prejudikater, som blir lett å huske fordi de følger et bestemt mønster. Forståelsen av prejudikatene må suppleres med den ledetråden som flere av dem har fulgt, der en spør om pretensjonen bare gjelder søksmålsvilkåret eller også grunnlaget for det materielle kravet.

Jeg startet med å spørre om hvor lett eller vanskelig det skal være å få en sak behandlet av domstolene. For en del potensielle saksøkere kan det være viktig å få avklart dette, så en ikke kaster bort penger og krefter på saker som vil bli avvist. For alle saksøkere, og for

³² Vangsnes (2015) s 78 har en noe annen forklaring.

³³ Se Jussens Venner 2007 på s 67 med henvisninger til Aasland, Hagerup, Michelsen og Augdahl, og se Backer Rettslig interesse (1984) s 31.

³⁴ Backer Rettslig interesse (1984) s 27-29.

³⁵ Vangsnes (2015) s 78.

³⁶ Jfr Robberstad Sivilprosess (2013) s 45-46.

domstolene, vil det være en fordel å unngå å bruke mye tid på hvilket grunnlag en skal bygge på i avvisningsomgangen. Det er derfor ønskelig at vi kunne klare å stille opp en konsistent regel som kan brukes i alle tilfelle, eller i de ulike typetilfellene. Å vise til at problemene kan overkommes ved at tvilsomme tilfelle løses ved forenklet domsbehandling, slik lovkommentaren gjør, er ingen god løsning.³⁷

³⁷ Jfr Schei m fl I (2013) s 53-54.