Derivativ sivilprosess

Av Markus Jerkø

Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget, Oslo 2020. 429 s.

Med *Grunnleggende sivilprosess* gir Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy et siste tilskudd til prosessfagets innføringslitteratur. Boken er ifølge forordet først og fremst ment å tjene som lærebok i sivilprosess for jusstudenter – og er allerede oppført som pensum på studiet i Tromsø – men forfatterne gir uttrykk for at også dommere og advokater vil kunne ha stor nytte av den.

Pedersen har en ph.d. i prosessrett fra UiT,¹ og var etter det førsteamanuensis samme sted før han ble utnevnt som lagdommer, mens Skoghøy, med sine sivilprosessuelle håndbøker – som har kulminert i 3. utgave av *Tvisteløsning* (Universitetsforlaget, 2017) –, må regnes som en av fagets nestorer. Med deres solide faglige bakgrunn burde lesere av boken være i trygge hender. Og rent faglig er dette stort sett et solid arbeid.

Boken er konsentrert rundt sivilprosessens «praktisk og prinsipielt viktigste» emner. Dette inkluderer sivilprosessuelle grunnprinsipper og konstitusjonelle og folkerettslige krav til behandlingen av sivile tvister; domstolene og deres avgjørelser; sivilprosessens subjekter; prosessforutsetninger og kravene om rettslig interesse; reglene om saksforberedelse og hovedforhandling; rettens forhold til partenes prosesshandlinger; bevis; rettsmidler; rettskraft og tvangskraft. Mekling og sakskostnader hører til de emner boken ikke går nærmere inn på. Og de praktiske sidene ved sakførsel for domstolene er i liten grad et tema; det er tvistelovens regler som er satt i fokus.

Forfatterne har delt bokens 12 kapitler mellom seg, slik at Pedersen har skrevet 5, og Skoghøy de øvrige. Blant førstnevnte finnes et par av bokens kortere kapitler, så etter det opplyste er sluttproduktet 1/3 Pedersen og 2/3 Skoghøy. Forfatterne har imidlertid lest og kommentert hverandres kapitler og stiller seg «solidarisk» ansvarlige for hele boken.

Sivilprosessen, med oppdaterte utgivelser av blant andre Inge Lorange Backer, Jo Hov og Anne Robberstad, fremstår ikke som et fag med manko på innføringslitteratur.² Det er derfor grunn til å møte en ny fremstilling med forhåpninger om noe positivt nytt – enten det er i form av nytenkende tematiske prioriteringer, nye perspektiver, kreative strukturelle eller pedagogiske grep, eller teoretiske nyvinninger.

Slike forventninger lever utgivelsen dessverre ikke opp til.

Lesere av *Tvisteløsning* vil kunne nikke gjenkjennende til mye i *Grunnleggende sivilprosess*. Betydelige deler av Skoghøys kapitler ser ut til å ha blitt til ved klipp-og-lim fra forgjengeren. Pedersen virker også å ha lent seg på Skoghøys fremstilling under arbeidet med enkelte av sine deler, og mer enn ett sted er en passasje fra *Tvisteløsning* inkorporert verbatim i kapitler som er opplyst å være skrevet av Pedersen.

Presentasjonen av boken gir ingen holdepunkter om dette; tvert imot gir forordet (i hvert fall for denne leseren) inntrykk av at dette skal være en helt nyskrevet fremstilling.

På dette punktet mener jeg forfattere og forlag har et ansvar. Både av hensyn til leseren, og ut fra grunnleggende normer om akademisk redelighet, bør det redegjøres åpent og ryddig om det (typisk i

¹ Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Universitetsforlaget, 2016.

² Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2020; Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, 4. utgave, Papinian, 2019; Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget, 2018. I tillegg finnes en kortere innføring: Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall*, 2. utgave, Gyldendal, 2018; og en ytterligere er forventet utgitt i 2021: Maria Astrup Hjort, *Sivilprosess – kort forklart* (Universitetsforlaget).

forordet) der en fremstilling «låner» fra tidligere publikasjoner. Dette gjelder ikke mindre i et tilfelle som dette, hvor boken også markedsføres overfor et publikum som gjerne alt har forelegget i bokhyllen.

Bokens forelegg borger kanskje for kvalitet. Men det må stilles ulike krav til en håndbok som hovedsakelig vil bli benyttet som oppslagsverk av dommere og advokater, og til en innføring som vil bli lest perm-til-perm av studenter og andre med begrensede forkunnskaper. Og *Tvisteløsning* er med sine 1 400 sider og nær encyklopediske innretning et krevende utgangspunkt for en transformasjon fra den ene sjangeren til den andre. Noen ganger blir sluttproduktet vel detaljert, med henvisninger til obskure bestemmelser eller til hva som var gjeldende rett etter tvistemålsloven. Eller som her, fra introduksjonskapitlets punkt om alternativer til domstolsbehandling, hvor Skoghøy gir eksempler på private klageorganer som er opprettet for å behandle ulike typer av forbrukertvister:

«Som eksempler kan nevnes Finansklagenemnda, Transportklagenemnda Fly, Transportklagenemnda Jernbane, pakkereisenemnda, klagenemnda for håndverkertjenester på fast eiendom, klagenemnda for bilsaker, parkeringsklagenemnda, reklamasjonsnemnda for bilutleie, reklamasjonsnemnda for vask og rens, reklamasjonsnemnda for takstmenn, reklamasjonsnemnda for fotografarbeider og klagenemnda for gravferdstjenester.» (s. 22)

Man kan nesten høre studentenes spørsmål: – *Er dette pensum?*

Én ting er at boken stedvis har en detaljgrad som bryter med tittelens løfte om «grunnleggende» sivilprosess. – Dette gjelder også i noen grad utvalget av temaer som behandles. Jeg er for eksempel ikke overbevist om at samtlige valgfrie særlige verneting, helt ned til reglene om sjøfartsverneting (s. 162–163), eller utenlandske saksøkeres plikt til å stille sikkerhet for saksomkostningsansvar (s. 176–179), passer til beskrivelsen.

En annen ting er at det ikke er mulig å forene et slikt detaljnivå med bredden i de temaer som behandles, innenfor rammene av bokens permer. Detaljgraden er derfor heller ikke konsekvent. Mens Skoghøy er i overkant detaljrik, er Pedersen heller kursorisk. – Noen steder går han vel fort frem: Det korte kapitlet om saksforberedelse og hovedforhandling er skjemet av noen unøyaktigheter (for eksempel blandes kravets identitet sammen med angivelsen av hva et krav går ut på (s. 190), og det hevdes, lite presist: «Med uttrykket ‘bevistilbud’ menes at dokumentbevis som er tilgjengelig også fremlegges for motparten og retten som vedlegg til stevningen» (s. 191)). Studenter ville nok også ha satt pris på det om forfatteren hadde brukt litt mer plass til å introdusere og forklare sentrale begreper. – Mens nesten 100 av bokens sider handler om prosessforutsetninger og kravene til rettslig interesse, er bare drøyt 8 dedikert saksforberedelsen og hovedforhandlingen, som er omtrent det samme viet habilitetskrav for dommere. Tematisk virker fremstillingen spurriest balansert.

Arbeidsdelingen mellom seg har forfatterne ellers stort sett løst på en grei måte. Til tross for at kapitlene nesten alternerer mellom de to forfatterne (Pedersen har hatt hovedansvaret for kapittel 2, 5, 7, 10 og 11), brytes sjelden illusjonen om en fremstilling ført i pennen av en duo (et unntak er der Skoghøy har glemt å endre fra «jeg» til «vi»). Men fordelingen har resultert i en systematisering av stoffet som det ikke alltid er lett å se et godt rasjonale for. Som Skoghøy påpeker i kapittel 4, er det «en nær forbindelse mellom de krav tvisteloven stiller til søksmålgjenstanden, partenes tilknytning til denne og det behov saksøkeren har for en domstolsavgjørelse, og disse vilkårene kan i grensetilfeller gli over i hverandre» (s. 82). Til tross for dette har forfatterne splittet opp disse tre kravene, slik at Skoghøy først presenterer kravet om at gjenstanden for søksmålet må være et «rettskrav», i kapittel 4, som utelukkende er viet dette spørsmålet. Deretter skriver Pedersen om kravene til partenes tilknytning i en sentral halvdel av kapittel 5, «Sivilprosessens subjekter», som ellers handler om partsevne og prosessdyktighet, gruppesøksmål, partshjelp og prosessfullmektiger. Her kan man blant annet lese at kravene til partsevne og prosessuell handleevne «er absolutte prosessforutsetninger» (s. 95). Hva som ligger i dette, forklares imidlertid først i kapittel 6, «Vilkårene for domstolsbehandling (prosessforutsetninger)», hvor Skoghøy, etter å ha skrevet generelt om prosessforutsetninger og kravene til domstolens kompetanse, tar opp tråden med en redegjørelse for saksøkers behov for en avgjørelse, for så å gå inn på atter andre temaer. Videre har forfatterne delt sivilprosessens grunnprinsipper mellom seg, slik at Pedersen i kapittel 2 redegjør for de

mest grunnleggende, med forfatnings- eller folkerettslig forankring (kontradiksjon mv.), mens Skoghøy skriver om bevisfrihetsprinsippet, forhandlingsprinsippet og en rekke andre i kapittel 8, under den dekkende overskriften «Hva retten har kompetanse til å avgjøre, og grunnprinsipper for saksbehandlingen». Grunnprinsippene er opplagt relevante for hva retten har kompetanse til å avgjøre, men det er de også for saksforberedelsen og hovedforhandlingen, som var Pedersens tema i kapittel 7.

Sivilprosessen er et fag hvor løsningen på mange spørsmål kan leses direkte ut av lovteksten. Men det rommer også enkelte temaer som reiser dypere spørsmål, og som åpner for ulike tolkninger og teoretiseringer. Ett eksempel er *rettskraft* – som Torstein Eckhoff skrev sin doktorgrad om, og som i nyere tid blant annet har vært gjenstand for en monografi av Robberstad.³

Etter hovedregelen i tvisteloven § 19-15 tredje ledd skal retten «avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort». Det er anerkjent at det kan være relevante likheter mellom to ellers ulike krav, som tilsier at de må regnes som «samme» «krav» etter bestemmelsen. Dette reiser flere spørsmål. Kasuistisk: Hvilke ulike krav skal anses identiske etter bestemmelsen? Teoretisk: Lar det seg gjøre å konstruere en generell lære om kravets (såkalte) identitet?

I en av Høyesteretts siste avgjørelser om temaet, i HR-2018-1130-A, la retten til grunn at dom på betaling for et utført tjenesteoppdrag sperret for et senere krav om prisavslag fra kjøper, og at krav om prisavslag og erstatning måtte anses som samme «krav». Avgjørelsen møtte motbør i herværende spalter (jeg var selv en av kritikerne).⁴ Det ble sådd tvil både rundt rettens konkrete vurderinger – og om disse kunne anses som uttrykk for gjeldende rett – og rundt holdbarheten av de teoretiske premisser, fra blant annet tvistelovens forarbeider, som lå til grunn for avgjørelsen.

Skoghøy har oppdatert sin fremstilling med henvisninger til Høyesteretts nye avgjørelse. Kritikken mot denne går han imidlertid ikke inn på. Den er – i likhet med andre konkurrerende forståelser – ikke engang nevnt, og leseren gis ikke noe innblikk i at rettskraft er et omstridt – og teoretisk uavklart – tema.

Dette er et generelt trekk ved *Grunnleggende sivilprosess*. Forfatterne viser sjelden til alternative synspunkter, og de få stedene de gjør det, er det heller for å påpeke feil hos andre forfattere, enn for å gå i dialog. Boken er også i liten grad preget av at forfatterne gir uttrykk for tvil, eller tar leseren med på metodisk refleksjon over ulike tolkningsalternativer. I stedet dikterer forfatterne sin forståelse av gjeldende rett, på en måte som kan gi inntrykk av at bokens tema ikke er sivilprosessen, med hele det rommet av ulike tolkninger og teoretiseringer som kildene åpner opp, men snarere en bestemt konsepsjon av faget – en konsepsjon som er mer utførlig fremstilt i det arbeidet store deler av denne boken er avledet av.

³ Torstein Eckhoff, *Rettskraft*, Tanum, 1945; Anne Robberstad, *Rettskraft*, Fagbokforlaget, 2006.

⁴ Ørnulf Øyen, «Hva utgjør det prosessuelle «kravet» i kontraktsrettslige tvister? – noen tanker om Høyesteretts avgjørelse i sak HR-2018-1130-A», *Lov og Rett*, 2018 s. 493–503, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-08-04>; Markus Jerkø, «Kravet som juridisk fiksjon – Kommentarer til debatten om rettskraft og HR-2018-1130-A», *Lov og Rett*, 2019 s. 527–558, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2019-09-02>.