

# Erstatningssøksmål i anledning av rettslige avgjørelser – det fjerde rettsmiddel?

Kandidatnummer: 101

Antall ord: 37 137



JUS398 Masteroppgave

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2017

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>3</b>
1.1 Introduksjon .....	3
1.2 Avgrensninger .....	4
1.3 Fremstillingen videre.....	5
1.4 Hva er en feil? .....	6
1.5 Mulige ansvarsgrunnlag .....	8
1.6 Mulige ansvarsgrunnlag: folkerettslige påvirkninger .....	9
<b>2. Historikk og kryssende hensyn</b> .....	<b>10</b>
2.1 Utviklingslinjer – fra domstoloven § 200 til i dag .....	10
2.2 Domstolsansvarets særpreg og kolliderende hensyn.....	14
2.2.1 Innledning.....	14
2.2.2 Domstolsansvarets særpreg: Betydningen for materielle regler .....	14
2.2.3 Domstolsansvarets særpreg: Betydningen for prosessuelle regler .....	20
2.2.3.1 Om rettsmidler, rettskraft og reparasjon.....	20
2.2.3.2 Nærmere om begrunnelsen for rettskraftreglene.....	22
2.2.3.3 Særlig om rettskraft i EU/EØS-retten .....	25
2.3 En alternativ modell .....	27
<b>3. Prosessuelle begrensninger</b> .....	<b>30</b>
3.1 Innledning.....	30
3.2 Nærmere om tolkningen av domstoloven § 200 tredje ledd .....	31
3.3 Anvendelsesområde .....	34
3.4 Domstoloven § 200 tredje ledd gjelder bare for erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser» .....	37
3.4.1 Nærmere om feilens karakter .....	37
3.4.2 Særlig om feil i domspremissene .....	39
3.5 Søksmålet kan fremmes dersom avgjørelsen er «opphevet eller forandret».....	41
3.6 Søksmålet kan fremmes dersom avgjørelsen «er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres» .....	45
3.7 Søksmålet kan fremmes dersom dommeren «ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen» .....	46
3.8 Konklusjoner .....	47
<b>4. Folkerettslige ansvarsgrunnlag</b> .....	<b>48</b>
4.1 Erstatningsrettslig påvirkning av sivilprosessen .....	48
4.2 EØS-avtalen .....	49
4.2.1 Innledning.....	49
4.2.1 Erstatningsrettslige virkninger: EU .....	50
4.2.2 Erstatningsrettslige virkninger: EØS.....	52

4.2.3	Nærmere om ansvarsgrunnlaget.....	55
4.2.4	Konklusjoner .....	56
4.3	EMK.....	57
4.3.1	Innledning.....	57
4.3.2	Erstatningsrettslige virkninger .....	57
4.3.3	Nærmere om artikkel 13 som erstatningsgrunnlag.....	59
4.3.4	Artikkel 13 som erstatningsgrunnlag ved konvensjonsstridige domstolsfeil.....	61
4.3.5	Konklusjoner .....	64
<b>5.</b>	<b>Internrettslige ansvarsgrunnlag.....</b>	<b>65</b>
5.1	Tvisteloven § 20-12.....	65
5.1.1	Innledning.....	65
5.1.2	Anvendelsesområde .....	66
5.1.3	Ansvarsnormen.....	67
5.2	Domstoloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 .....	67
5.2.1	Innledning.....	67
5.2.2	Nærmere om forholdet til skadeserstatningsloven § 2-1.....	69
5.2.3	Domstoloven § 200 gjelder bare for feil begått «under rettergang» .....	72
5.2.4	Domstoloven § 200 gjelder ikke for feil begått av høyesterettsdommere .....	76
5.2.5	Statens ansvar etter § 200 er subsidiært .....	78
5.2.6	Erstatningsansvaret etter domstoloven § 200 er av fakultativ karakter .....	80
5.3	Ansvarsnormen i domstoloven § 200 første ledd og skadeserstatningsloven § 2-1	80
5.3.1	Nærmere om ansvarsterskelen i domstoloven § 200.....	80
5.3.2	Nærmere om ansvarsterskelen i skadeserstatningsloven § 2-1 .....	84
5.4	Nærmere om ansvarsvurderingen.....	88
5.4.1	Generelle betraktninger .....	88
5.4.2	Feilens karakter .....	90
5.4.2.1	Feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget .....	90
5.4.2.2	Feil i rettsanvendelsen under avgjørelsen av det materielle kravet.....	93
5.4.2.3	Prosessuelle feil.....	95
5.4.3	Forhold ved den rettslige reguleringen.....	96
5.4.3.1	Rettsregelens klarhet og kompleksitet.....	96
5.4.3.2	Feiltolkning eller forsømmelse.....	98
5.4.4	Skadelidtes forhold.....	100
5.4.5	Subjektive unnskyldningsgrunner .....	101
5.4.6	Kravet om beskyttelsesinteresse.....	102
5.5	Konklusjoner. Reformbehov? .....	104
	<b>Kilderegister .....</b>	<b>106</b>

# 1. Innledning

## 1.1 Introduksjon

Instanssystemet bygger på en erkjennelse av at prosessuelle feil kan skje og at materielt uriktige avgjørelser vil forekomme. Som Høyesterett formulerer det: «Anvendelse av rettssetninger og prosessregler er ikke matematikk.»<sup>1</sup> Klare svar finnes ofte ikke i rettskildematerialet og mange rettslige spørsmål krever betydelig utøvelse av skjønn. Ulike bevismidler kan dessuten trekke i forskjellige retninger når domstolen skal ta stilling til det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. I tillegg til dette er arbeidsmengden stor, noe som fører til at domstolen må jobbe under et tidspress som bidrar til å øke risikoen for at feil begås. Adgangen til å få rettslige spørsmål overprøvd ved en høyere instans er derfor viktig for rettssikkerheten til den som er part i en sak, og et sentralt element i realiseringen av målet om flest mulig materielt riktige avgjørelser.<sup>2</sup>

Prosesslogvivningen etablerer et system hvoretter feil i domstolsavgjørelser skal angripes gjennom bruk av rettsmidler. I sivile saker skjer dette først og fremst gjennom *anke* eller *oppfriskning*, men en rettskraftig sak kan etter omstendighetene også prøves på nytt ved *gjenåpning*.<sup>3</sup> Domstolsfeil kan imidlertid påføre partene tap som rettsmidlene ikke kan reparere. I slike tilfeller oppstår spørsmålet om partene også kan utstyres med et erstatningskrav mot staten, som fortsetter der rettsmidlenes reparative effekt stopper. Erstatningskravet vil da få karakter av å være *et fjerde rettsmiddel*.<sup>4</sup>

Ulike erstatningsspørsmål rettet mot staten i tilknytning til straffesaker er velkjent. Straffeprosessloven inneholder et eget kapittel med bestemmelser som regulerer en rekke av disse spørsmålene, men riktignok ikke er særskilt rettet mot domstolsfeil.<sup>5</sup> I sivile saker har emnet hittil ikke fått like mye oppmerksomhet. Dette er en naturlig konsekvens av at problemstillingen i lang tid ikke hadde nevneverdig praktisk betydning. De siste tiårene har det imidlertid skjedd både nasjonalt initierte rettsendringer og endringer som følge av folkerettslige forplik-

---

<sup>1</sup> Rt. 1997 s. 615 (på s. 618).

<sup>2</sup> NOU 2001: 32 A s. 114–115 og s. 129.

<sup>3</sup> Jf. henholdsvis tvisteloven kapittel 29 og 30, tvisteloven §§ 16-11 flg. og tvisteloven kapittel 31.

<sup>4</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 38.

<sup>5</sup> Straffeprosessloven kapittel 31.

telser som har rokket ved etablerte oppfatninger om at domstolsfeil ikke utløser erstatningsansvar. Temaet for denne oppgaven er derfor om feil som domstolen begår i sivile saker kan gi partene et erstatningskrav overfor staten, og hvis ja, hvor langt dette erstatningsansvaret rekker. Som jeg vil komme nærmere inn på reiser EØS-retten og EMK særlige spørsmål på dette punktet, slik at et viktig spørsmål vil være om nasjonalt produserte erstatningsregler harmonerer med de kravene som følger av EØS-avtalen og EMK.

## 1.2 Avgrensninger

Ved analysen av domstolsansvaret må utgangspunktet tas i alminnelige erstatningsrettslige regler som gjør erstatningsansvar betinget av at det kan påvises en adekvat årsakssammenheng mellom et ansvarsgrunnlag og en skade.<sup>6</sup> Oppgavens formål er å gjøre rede for mulige *ansvarsgrunnlag*. Oppgaven behandler både *folkerettslige* og *internrettslige* ansvarsgrunnlag. Med folkerettslige ansvarsgrunnlag menes ansvarsgrunnlag som er gjennomført av, men ikke produsert av norsk lovgiver. Selv om disse ansvarsgrunnlagene er *interne* i den forstand at de kan påberopes som primært ansvarsgrunnlag direkte for norske domstoler, så markerer begrepet folkerettslig at disse er produsert utenfor landegrensene, og gjør dermed oppmerksom på de metodiske og materielle utfordringene dette kan medføre.<sup>7</sup>

I erstatningsretten går det et grunnleggende skille mellom skader som kan verdsettes økonomisk og ikke-økonomiske skader.<sup>8</sup> Temaet erstatning for ikke-økonomiske skader reiser spørsmål som vil være for omfattende til å drøfte her, og fremstillingen begrenses derfor til å behandle spørsmål om erstatning for *økonomisk tap*. Det skilles videre mellom økonomisk tap i form av sakskostnader og andre økonomiske tap. Ettersom det i første rekke er adgangen til å kreve erstatning for *andre økonomiske tap* enn sakskostnader som er høyst uklar i norsk rett, er det disse tapene som står i fokus for fremstillingen.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> For en generell fremstilling av disse vilkårene vises det til annen erstatningsrettslig litteratur, jf. blant andre Nygaard (2007), Lødrup (2009) og Hagstrøm og Stenvik (2015).

<sup>7</sup> Hjelmeng (2016) skriver også om *folkerettslige ansvarsgrunnlag* i sin artikkel «Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer», som omhandler erstatningsansvar som bygger direkte på EØS-avtalen og EMK.

<sup>8</sup> Lødrup (2009) s. 50.

<sup>9</sup> Ettersom skillet mellom sakskostnader og andre økonomiske tap får avgjørende betydning for hvilke ansvarsgrunnlag som kommer til anvendelse, behandles spørsmålet om hvordan disse skal avgrensnes mot hverandre under fastleggelsen av rekkevidden til sakskostnadsregelen i kapittel 5.1.2.

Videre avgrenses det mot en særskilt behandling av erstatningsregler som kan hjemle et *personlig* erstatningsansvar for en dommer. Oppgaven behandler i utgangspunktet bare erstatningsregler som gjelder *statens* erstatningsansvar for domstolsfeil. Med domstolsfeil menes feil som er begått av de *alminnelige* domstolene, som er Høyesterett, lagmannsrettene, og tingrettene.<sup>10</sup> Oppgaven drøfter derfor ikke erstatningsrettslige konsekvenser av feil begått i forliksrådene.

*Feil* er et uklart begrep, og gis derfor en grundigere behandling i kapittel 1.4. Her er det tilstrekkelig å påpeke at oppgavens hovedformål er å gjøre rede for *feil i rettslige avgjørelser*. Dette er avgjørelser som treffes i form av dommer, kjennelser og beslutninger.<sup>11</sup> Også feil som ikke gjelder rettslige avgjørelser vil behandles, men i en mindre utstrekning. Det vil da være tale om feil i form av faktiske handlinger og unnlater.<sup>12</sup>

Ettersom oppgaven er begrenset til spørsmålet om erstatningsansvar for feil i *sivile saker*, vil ansvar for feil i straffesaker bare behandles dersom det anses som nødvendig eller hensiktsmessig for å kaste lys over de spørsmålene som drøftes her. Fremstillingen er i første rekke skrevet med tanke på feil begått i sivile saker som behandles etter tvistelovens prosessformer, som er allmennprosess, småkravsprosess og gruppesøksmål.<sup>13</sup>

### 1.3 Fremstillingen videre

Fremstillingen er delt opp i fem deler. Den resterende delen av kapittel 1 gir først en nærmere avklaring av hva som i denne oppgaven menes med en *feil*. Deretter introduseres de mulige ansvarsgrunnlagene som et erstatningskrav mot staten kan bygge på, før det knyttes noen bemerkninger til rettskildesituasjonen. Kapittel 2 innledes med et historisk tilbakeblikk på rettsutviklingen, før det foretas en prinsipiell drøftelse av de ulike hensynene som spiller inn ved fastleggelsen av innholdet i regler om domstolsansvar. Hensynene som begrunner eksistensen av et erstatningsansvar kan også med tyngde tale for å begrense rekkevidden av det, og danner derfor et viktig bakteppe for den videre fremstillingen. I kapittel 3, 4 og 5 behandles de mest sentrale rettsreglene om domstolsansvar. De særskilte prosessuelle begrensningene som gjel-

---

<sup>10</sup> Domstolloven § 1.

<sup>11</sup> Tvisteloven § 19-1.

<sup>12</sup> Jf. særlig kapittel 3.4 nedenfor.

<sup>13</sup> Tvisteloven kapittel 9, 10 og 35.

der for erstatningssøksmål om rettslige avgjørelser analyseres først i kapittel 3. De folkerettslige ansvarsgrunnlagene er *saklig avgrensede* og har forrang ved motstrid med andre lovbestemmelser, og behandles derfor først i kapittel 4.<sup>14</sup> De generelt utformede internrettslige ansvarsgrunnlagene analyseres til slutt i kapittel 5.

#### 1.4 Hva er en feil?

Når spørsmålet om erstatningsansvar for feil begått av domstolen skal drøftes er det nødvendig å klargjøre hva som menes med *feil*. I denne fremstillingen vil begrepet brukes i en objektiv betydning. Dette betyr at det foreligger en feil dersom det er grunnlag for å oppheve eller endre en rettslig avgjørelse. Endring eller oppheving kan skyldes forhold ved det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen.<sup>15</sup> Det kan imidlertid også foreligge feil som ikke fører til en endring av en rettslig avgjørelse, for eksempel ved sendrektig behandling eller manglende aktiv saksstyring som utgjør et brudd på lovfestede eller ulovfestede prosessregler.<sup>16</sup>

I alle disse tilfellene foreligger det en objektivt konstaterbar feil, men dette betyr ikke at domstolen kan *klandres*. «Feil» brukes derfor uavheig av om det kan konstateres skyld. Denne begrepsbruken bygger på systemet i sakskostnadsregelen i tvisteloven § 20-12 bokstav b), der en «feil» under rettens behandling av saken bare utløser ansvar for staten dersom retten er «vesentlig å bebreide». Dermed gjøres det klart at en «feil» kan foreligge uten at det skyldes klanderverdige forhold fra domstolens side, og at begrepet ikke brukes som en beskrivelse av ansvarsnormen.

Dette til motsetning fra begrepsbruken i for eksempel svensk rett. Etter skadeståndslagen 3 kap. 2 § er statens erstatningsansvar betinget av at det kan påvises en «fel eller försummelse vid myndighetsutövning». For domstolsfeil praktiseres bestemmelsen slik at «fel eller försummelse» ikke anses å foreligge med mindre rettsanvendelsen eller bevisvurderingen har

---

<sup>14</sup> EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3.

<sup>15</sup> Jf. ankegrunnene i tvisteloven § 29-3 første ledd.

<sup>16</sup> Jf. henholdsvis EMK artikkel 6 nr.1 og tvisteloven § 11-6, og NOU 2001: 32 A s. 543.

vært «uppenbart oriktig».<sup>17</sup> Vilkåret vil derfor ikke automatisk være oppfylt dersom det påvises en objektivt konstaterbar materiell eller prosessuell feil.

Ulike feil kan systematiseres på ulike måter. I denne oppgaven opererer jeg med to hovedkategorier, som er *materielle feil* og *prosessuelle feil*. Begge kan deles inn i underkategorier basert på årsaken til den feilen som er begått. Både materielle og prosessuelle feil kan skyldes rettsanvendelsesfeil, som igjen kan ha sin årsak i at den generelle tolkningen av rettsreglene er uriktig eller at den konkrete subsumsjonen er feil. At en materiell eller prosessuell avgjørelse blir uriktig kan dessuten også skyldes at det foreligger en feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.<sup>18</sup> Noen prosessuelle feil gjelder heller ikke rettslige avgjørelser, men er forårsaket av rettsstridige faktiske handlinger eller unnlaterse.

En materiell feil – også omtalt som en realitetsfeil<sup>19</sup> – foreligger dersom det har skjedd en feil i avgjørelsen av det materielle kravet. Det materielle kravet i en sivil sak er det som er gjort til tvistegenstand i samsvar med tvisteloven § 1-3. Som allerede nevnt kan slike feil både skyldes en rettsanvendelsesfeil og en feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. Dette skillet kan være av stor betydning for om det kan konstateres ansvarsgrunnlag. Spørsmålet skal derfor drøftes derfor grundigere i kapittel 5.4.2, men påpekes allerede her.

Prosessuelle rettsregler setter vilkårene for og gir anvisning på behandlingsmåten ved avgjørelsen av materielle krav. Prosessuelle feil kan for det første gjelde prosessuelle avgjørelser. Eksempler på dette er at en absolutt prosessforutsetning som tvisteloven § 1-3 anvendes feil med den konsekvens at søksmålet blir avvist, eller at en prosessledende avgjørelse – som at et bevis prekluderes i strid med tvisteloven § 9-16 – viser seg å bygge på en uriktig lovforståelse. Og på samme vis som uriktige materielle avgjørelser, kan også en feil i en prosessuell avgjørelse skyldes feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget.

En annen gruppe av prosessuelle feil gjelder som nevnt ikke prosessuelle *avgjørelser*, men inntreer som følge av rettsstridige faktiske handlinger eller unnlaterse. Det kan være tale om

---

<sup>17</sup> Jf. særlig NJA 2003 s. 285 og NJA 2011 s. 411 avsnitt 3. Andersson (2013) s. 448 flg. gir en grundig redegjørelse for hvordan kriteriet «fel eller försummelse» har blitt anvendt av svenske domstoler i saker som gjelder erstatning for rettsanvendelsesfeil.

<sup>18</sup> Skoghøy (1987) s. 51 og Bolding (1965) s. 465–466

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287.



brudd på både lovfestede og ulovfestede prosessuelle regler, som eksempelvis at domstolsbehandlingens trekker så langt ut i tid at det fører til et brudd på retten til rettergang innen rimelig tid i EMK artikkel 6. Eksempelet illustrerer at passivitet under domstolsprosessen etter omstendighetene kan utgjøre et konvensjonsbrudd. Som nevnt i punkt 1.2 er det i første rekke ansvar for feil i rettslige avgjørelser som er temaet i oppgaven, men det er likevel viktig å påpeke at særlig spørsmålet om unnlatesansvar har en aktualitet i dag.<sup>20</sup>

## 1.5 Mulige ansvarsgrunnlag

Ved vurderingen av om det eksisterer et statlig erstatningsansvar for domstolsfeil og hvor langt dette rekker, er det naturlige utgangspunktet nasjonal lovgivning. Spørsmålet har et stykke på vei blitt løst gjennom vedtakelsen av tvisteloven § 20-12. Bestemmelsen fastsetter at staten på nærmere angitte vilkår kan bli erstatningsansvarlig for «sakskostnader» partene blir påført hvis disse kan føres tilbake til en feil domstolen har gjort. Erstatningsregelen er ny i forhold til tvistemålsloven, og markerer dermed et skifte i oppfatningen av hvilken betydning domstolsfeil i sivile saker skal og bør ha. Bestemmelsen er imidlertid kun et fragment – om enn ikke uvesentlig – i løsningen av det mer generelle spørsmålet om når staten kan bli erstatningsansvarlig for feil som domstolen begår. Den dekker kun sakskostnadene, og er dermed ingen generell erstatningshjemmel.<sup>21</sup> Skal partene få øvrige tapsposter dekket, må de kunne vise til et ansvarsgrunnlag hvis rekkevidde strekker seg lenger enn til sakskostnadene.

Et mulig og mer generelt erstatningsgrunnlag finnes i skadeserstatningsloven § 2-1, som fastsetter at arbeidsgiver er erstatningsansvarlig for «skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren». Et annet er domstolloven § 200, som knytter statlig erstatningsansvar til «forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang» dersom den ansvarsbetingende atferden er utvist av en offentlig tjenestemann. Den siste bestemmelsen har eksistert siden vedtakelsen av domstolloven, men har hatt liten betydning i praksis. Forholdet til det mer generelle arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 er heller ikke fullstendig klargjort fordi arbeidsgiveransvaret sjelden har blitt påberopt som grunnlag for et domstolsansvar.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Jf. særlig kapittel 4.3 nedenfor.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 285 flg. og s. 451.

<sup>22</sup> Forholdet mellom domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 behandles grundig i kapitel 5.2 og 5.3 nedenfor.

Det var nettopp fraværet av domstolsansvarets praktiske betydning som foranlediget utarbeidelsen av tvisteloven § 20-12, da det ble ansett som tilfredsstillende at ansvaret ikke hadde noen realitet.<sup>23</sup> Tvistemålsutvalget fant det imidlertid ikke naturlig å ta stilling til erstatningsansvaret utover de tilfeller § 20-12 regulerer, men understreket at det i unnlåtelsen av å gjøre dette «ikke ligger noen konstatering av at dagens regler er tilfredsstillende».<sup>24</sup> Rettstilstanden har derfor forblitt uklar. At problemstillingen må underlegges en nærmere analyse skyldes imidlertid ikke bare at temaet har fått en fornyet aktualitet gjennom vedtakelsen av tvisteloven § 20-12 og den lovgiveroppfatningen bestemmelsen er bærer av, og som kan tenkes å få betydning for også andre regler om domstolsansvar. Det har også skjedd en betydelig rettsutvikling når det gjelder spørsmålet om statlig erstatningsansvar for brudd på folkerettslige forpliktelser.

## 1.6 Mulige ansvarsgrunnlag: folkerettslige påvirkninger

I Rt. 2005 s. 1365 (*Finanger II*) slo Høyesterett fast at staten kan bli erstatningsansvarlig overfor en borger som lider tap som følge av statens brudd på EØS-avtalen. Det ansvarsbetingende forholdet i saken bestod i en uriktig gjennomføring av EØS-direktiver om motorvognforsikring, og påstandsgrunnlaget var dermed at det var begått en feil under utøvelsen av lovgivningsmyndighet. Det er imidlertid verken prinsipielt eller praktisk umulig at slike søksmål også kan bygge på feil begått av domstolen. Dette illustreres ved EU-domstolens dom i *Köbler*,<sup>25</sup> hvor spørsmålet om utstrekningen av EU-ansvaret var gjenstand for vurdering. I saken ble det slått fast at prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på felle-skapsretten har et videre nedslagsfelt enn lovgiverfeil, og at også domstolsfeil på nærmere angitte vilkår kan utløse et erstatningsansvar for staten.<sup>26</sup> Lignende spørsmål kan også tenkes å oppstå for norske domstoler og EFTA-domstolen på grunnlag EØS-avtalen og det tilknyttede EØS-ansvaret.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286.

<sup>24</sup> NOU 2001: 32 A s. 546.

<sup>25</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239.

<sup>26</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239 avsnitt 30–50.

<sup>27</sup> Jf. kapittel 4.2 nedenfor.

I tillegg til det EØS-rettslige erstatningsansvaret, ser en nå konturene av en lignende ansvars-konstruksjon på menneskerettighetenes område. EMK artikkel 13 etablerer en selvstendig rett for enhver som får sine konvensjonsrettigheter krenket til «an effective remedy before a national authority». Bestemmelses formulering gir få signaler om at den rommer en plikt for staten til å yte erstatning ved konvensjonsbrudd, men EMD har fastslått at et slikt krav etter omstendighetene *kan* følge av artikkel 13.<sup>28</sup> I Sverige har dette fått som konsekvens at Högsta domstolen de senere årene behandlet en rekke saker hvor menneskerettskonvensjonen har blitt påberopt som støtte for erstatningskrav mot staten, og i 2010 ble det avgitt en utredning med forslag om å lovfeste den erstatningsrettslige utviklingen i den svenske skadeståndslagen.<sup>29</sup> Utviklingen har ikke vært like tydelig i Norge, men også i norsk rettspraksis har spørsmålet om de erstatningsrettslige virkningene av EMK flere ganger dukket opp.<sup>30</sup> Rekkevidden av et konvensjonsmessig erstatningsansvar for domstolsfeil fremstår imidlertid som usikker.

## 2. Historikk og kryssende hensyn

### 2.1 Utviklingslinjer – fra domstoloven § 200 til i dag

Den eldste erstatningsregelen som direkte omhandler statlig erstatningsansvar for domstolsfeil finnes i domstoloven § 200. Bestemmelsen regulerer en rekke personers straff- og erstatningsansvar for forhold begått under rettergangen og statens ansvar for slike forhold. Første og annet ledd lyder slik:

«En offentlig tjenestemann, prosessfullmektig, rettslig medhjelper eller privat antatt forsvarer, som gjør sig skyldig i forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang, tvangsfullbyrdelse eller midlertidig sikring, kan straffes med bøter og helt eller delvis ilegges erstatning til den skadelidte.

Staten indestaar for det erstatningsansvar, som ilægges en offentlig tjenestemand.»

---

<sup>28</sup> Jf. kapittel 4.3 nedenfor.

<sup>29</sup> SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen. Tilgjengelig på: <http://www.regeringen.se/contentassets/bdac54e028764f75abd7bc8793469e19/skadestand-och-europakonventionen-sou201087> (sist besøkt desember 2017).

<sup>30</sup> Jf. eksempelvis Rt. 2004 s. 1868, TOSLO-2013-174303, LB-2015-145784.

En dommer anses som en «offentlig tjenestemann» etter bestemmelsen, og staten innestår derfor for det ansvaret en dommer blir ilagt etter annet ledd.<sup>31</sup> Ansvarsnormen har stått uendret siden vedtakelsen av domstoloven i 1915, men gjennomgikk noen endringer under selve lovarbeidet. Etter Civilproceslovkommisionens Udkast til lov om domstolenes ordning (1902) skulle det statlige erstatningsansvaret for domstolsfeil kun gjelde i straffesaker.<sup>32</sup> Denne begrensningen ble imidlertid fjernet da Justisdepartementet gjennomgikk lovforslaget for andre gang i 1913. Departementet argumenterte for en utvidelse av den rettsstilstanden kommisjonens forslag bygget på med en noe kortfattet begrunnelse:

«At staten ikke skal svare for den erstatning, som ilægges tjenestemanden, er en for almenheten litet betryggende tilstand. Det fører let til, at den skadelidende intet faar. Paa, den anden side blir der ikke saa ofte spørmaal om saadant ansvar, at det for staten kan spille nogen betydelig rolle.»<sup>33</sup>

En grundigere drøftelse av skillet mellom statlig erstatningsansvar knyttet til feil i straffesaker og sivile saker eller domstolens rolle i en sivil tvist finnes ikke, men forslaget ble vedtatt og har stått uendret siden. Det er likevel interessant å merke at erstatningsansvaret i sivile saker utgjorde et bevisst valg fra lovgivers side. Dette innebærer at den rettstanken som lå bak § 20-12 i tvisteloven av 2005 ikke i seg selv var ny eller ukjent i norsk rett, men snarere representerte en fortsettelse av ideer som ikke hadde fått tilstrekkelig gjennomslag i praksis.

Hvorfor rettsstilstanden stod stille så lenge etter vedtakelsen av domstoloven § 200 finnes det ikke noe klart svar på. Det manglende fokuset på problemstillingen er særlig overraskende fordi det skjedde en betydelig utvikling i synet på det offentligrettslige erstatningsansvaret på 1900-tallet. Gjennom en serie høyesterettsdommer beveget en seg vekk fra en inntil da rådende lære om statens ansvarsfrihet.<sup>34</sup> I Statsansvarsutredningen ble det konkludert med at «den erstatningsrettslige utvikling hos oss har ført til at Staten som hovedregel er undergitt vår al-

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal s. 78–79.

<sup>32</sup> Forslaget ble kritisert på flere punkter første gang det blir gjennomgått i 1910, jf. Ot.prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal s. 79–80.

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 10 (1913) Om utfærdigelse av lov om domstolene, lov om rettergangsmaaten i tvistemaal og lov om tvangsfuldbyrdelse, merknad til § 202.

<sup>34</sup> Jf. Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 6–16 for en gjennomgang av disse.

minnelige erstatningsretts culpaansvar».<sup>35</sup> Når det mer spesifikt gjaldt det statlige erstatningsansvaret for domstolsfeil ble det først gitt uttrykk for at et slikt erstatningsansvar var vanskelig å tenke seg fordi domstolsfeilene sjelden ville kunne karakteriseres som uforsvarlige.<sup>36</sup> Deretter ble det presisert at:

«[h]vis det imidlertid i et gitt tilfelle skulle være grunnlag for å rette så sterk kritikk mot en avsagt dom at forholdet kan karakteriseres som uforsvarlig, kan det være vanskelig å anføre avgjørende prinsipielle grunner for at Staten her bør være fritatt for økonomisk ansvar mer enn når det gjelder uforsvarlige administrative avgjørelser.»<sup>37</sup>

Det ble ikke ansett nødvendig å gjøre noen endringer i domstoloven, som dermed ble stående urørt. Drøftelsene i Statsansvarsutredningen munnet imidlertid ut i den generelle arbeidsgiveransvarsregelen i skadeserstatningsloven § 2-1, som ble gitt følgende anvendelsesområde:

«Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. Ansvarer omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.»

I bestemmelsens annet ledd er det uttrykkelig presisert at «det offentlige» anses som «arbeidsgiver». Dette var noe en ønsket å fremheve som ledd i avklaringen av rettstilstanden på dette punktet, men det var likevel klart nok at bestemmelsen alene ikke kunne løse spørsmålet om utstrekningen av det offentlige erstatningsansvaret.<sup>38</sup> Den er likevel så generelt utformet at den i alle fall etter ordlyden også rammer forsettlige og uaktsomme feil begått av dommere. En hadde dermed en foranledning til å drøfte spørsmålet om ansvaret for domstolsfeil. Dette ble imidlertid ikke gjort, fordi departementet sluttet seg til synspunktet i Statsansvarsutredningen om at spørsmålet hadde for liten praktisk betydning til å tas opp til særbehandling.<sup>39</sup> Det ble så vist til domstoloven § 200 uten ytterligere bemerkninger, og uten at det ble foretatt

---

<sup>35</sup> Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 13.

<sup>36</sup> Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 21.

<sup>37</sup> Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 21.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) Om lov om skadeserstatning i visse forhold s. 48.

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 48 (1965-1966). s. 33.

en nærmere vurdering av forholdet mellom domstoloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1.

Etter vedtakelsen av skadeserstatningsloven § 2-1 tok det lang tid før det skjedde en utvikling med relevans for domstolsansvaret. EØS-loven trådte i kraft i 1994 etter inngåelsen av EØS-avtalen, og gjorde derved avtalens hoveddel til norsk rett. Noen få år senere skjedde samme utvikling på menneskerettighetens område, da EMK med tilleggsprotokoller ble gjort til norsk rett ved menneskerettsloven av 1999. De erstatningsspørsmålene som oppstod som følge av disse regelverkene viste seg imidlertid ikke før i etterkant av de to lovvedtakene. En særskilt drøftelse av disse reglernes forhold til de øvrige reglene om domstolsansvar stod derfor naturlig nok ikke i fokus på daværende tidspunkt.<sup>40</sup> I dag er det klart at disse regelverkene og den praksisen som er knyttet til dem innførte et klart dynamisk element i en rettstilstand som ellers stod stille.

Den seneste utviklingen kom med tvisteloven § 20-12 som trådte i kraft i 2008, og som altså gir partene rett til å kreve sine «sakskostnader» dekket av staten dersom domstolen har begått en feil under behandlingen av saken som

a) ubetinget skal tillegges virkning etter § 29-21 annet ledd bokstav b eller etter bokstav d fordi parten ikke var lovlig innkalt, eller

b) skyldes at retten er vesentlig å bebreide.

Ettersom bestemmelsen etter sin vedtakelse vært påberopt i en rekke saker,<sup>41</sup> har den utvilsomt bidratt til at spørsmålet om erstatningsansvar for domstolsfeil har fått praktisk betydning. Det gjenstår å se om den oppmerksomheten sakskostnadsregelen har brakt til spørsmålet om domstolsansvar vil aktualisere anvendelsen av ansvarsgrunnlag som også dekker *andre* økonomiske tap.

---

<sup>40</sup> Både Tvistemålsutvalget og departementet berørte imidlertid spørsmålet om erstatning etter EMK da tvisteloven ble utarbeidet, jf. NOU 2001: 32 A Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven) s. 162 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 286–287.

<sup>41</sup> Jf. eksempelvis Rt. 2012 s. 784, Rt. 2013 s. 1661, Rt. 2014 s. 571, HR-2017-2026-U, HR-2017-2159-U.

## **2.2 Domstolsansvarets særpreg og kolliderende hensyn**

### **2.2.1 Innledning**

Et historisk tilbakeblikk på rettsutviklingen viser hvordan de ulike ansvarsgrunnlagene har blitt til. Likevel gir ingen av de av de ovenfor nevnte rettskildene noe direkte svar på hvilke hensyn som spiller inn ved etableringen og praktiseringen av regler om domstolsansvar, eller hvor sterkt disse står i møte med andre kolliderende hensyn. En mer prinsipiell drøftelse av dette spørsmålet er ikke foretatt i norsk rett, men er nødvendig for å forstå reglene om domstolsansvar slik de praktiseres i dag.

Begrunnelsen for eksistensen av og innholdet i domstolsansvaret må i utgangspunktet vurderes for hvert ansvarsgrunnlag. Ulike erstatningsregler kan bæres av ulike hensyn, selv om en part i en sak kan tenkes å nå like langt uavhengig av hvilket rettslig grunnlag han påberoper seg. Formålet med dette kapitlet er imidlertid å foreta en prinsipiell vurdering av hvilke hensyn som er relevante i drøftelser om eksistensen av og innholdet i et statlig erstatningsansvar for domstolsfeil. Som fremstillingen vil vise er det et vesentlig sammenfall mellom hensynene som har vært trukket frem i drøftelser om domstolsansvaret på nasjonalt og internasjonalt nivå.

Inndelingen nedenfor er basert på at de ulike hensynene som gjør seg gjeldende er søkt ivare tatt både gjennom materielle og prosessuelle rettsregler. I kapittel 2.2.2 drøftes hensynene som har hatt betydning for utformingen og praktiseringen av materielle rettsregler, mens følgende for prosessuelle rettsregler drøftes i kapittel 2.2.3.

### **2.2.2 Domstolsansvarets særpreg: Betydningen for materielle regler**

Statens ansvar for domstolsfeil utgjør en del av et videre tema som i litteraturen omtales som det offentligrettslige erstatningsansvaret.<sup>42</sup> Temaet rommer spørsmål knyttet til det offentliges erstatningsansvar for skader som skjer som ledd i offentlig virksomhet, men avgrenser mot det offentliges ansvar for rent privatrettslige forhold.<sup>43</sup> Drøftelser i forarbeider og juridisk litteratur har hovedsakelig vært konsentrert om det offentligrettslige erstatningsansvaret for forvaltningens myndighetsutøvelse fordi dette har størst praktisk betydning. Dette gir grunn-

---

<sup>42</sup> Hagstrøm (1987) s. 13–15, Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 17–18.

<sup>43</sup> Hagstrøm (1987) s. 14.

lag for å spørre om de mer generelle hensynene som har preget drøftelser om rekkevidden av det offentligrettslige erstatningsansvaret passer når det er tale om domstolsansvar, eller om andre hensyn kommer inn på en slik måte at det nødvendiggjør en særskilt regulering av de materielle spørsmålene.

Noen generelle hensyn gjør seg uten videre gjeldende også ved spørsmål om statlig erstatningsansvar for domstolsfeil. Prevensjonshensynet kan til en viss grad tale i favør av et statlig domstolsansvar fordi trusselen om et erstatningsansvar oppfordrer til forsiktighet og grundighet.<sup>44</sup> På samme måte kan ansvaret begrunnes ut fra pulveriseringshensynet, som går ut på at skade som følge av en feil i offentlig virksomhet skal fordeles på felleskapet.<sup>45</sup> De økonomiske følgene av et for omfattende ansvar taler imidlertid også mot et vidtrekkende offentlig ansvar. Felleskapets ressurser skal også finansiere andre viktige tiltak og institusjoner.

Andre argumenter som normalt trekkes frem i drøftelser om det offentligrettslige erstatningsansvaret passer ikke like godt. Dette er fordi domstolsansvaret preges av visse særtrekk som ikke gjenfinnes hos andre offentlige organer. Det offentligrettslige erstatningsansvaret har riktig nok *generelt* blitt omtalt som særegent både fordi det dreier seg om virksomhet som ikke drives i privat sektor og fordi skadesituasjonen er annerledes.<sup>46</sup> Dette er blant annet fordi skadelidte ofte står «i et forhold til det offentlige som karakteriseres ved tvang, avhengighet og forventning.»<sup>47</sup> Skadelidte vil derfor ofte stå i en posisjon hvor det er få muligheter til å gardere seg mot skade eller tap, slik at avhengigheten og fraværet av valgfrihet er forhold som kan begrunne eksistensen av et ansvar for det offentlige. Sitatet er imidlertid tatt ut fra en fremstilling som holder domstolsansvaret utenfor drøftelsen av det offentligrettslige erstatningsansvaret, og synspunktet treffer ikke like godt når temaet er ansvar for domstolsfeil i sivile saker.<sup>48</sup>

Dette skyldes i første rekke at sivilprosessen er en *partsprosess*.<sup>49</sup> Det er i utgangspunktet partene som avgjør om tvisten skal løses ved en domstol, og i dispositive saker legger parte-

---

<sup>44</sup> Nygaard (2007) s. 20, Lødrup (2009) s. 224–225, Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 210

<sup>45</sup> Lødrup (2009) s. 224–225, Hagstrøm (1987) s. 38–39.

<sup>46</sup> Hagstrøm (1987) s. 37

<sup>47</sup> Hagstrøm (1987) s. 37.

<sup>48</sup> Hagstrøm (1987) s. 15–16.

<sup>49</sup> Mæland (2013) s. 29–30, Backer (2015) s. 22.



nes prosesshandlinger sterke bånd på domstolens kompetanse, jf. tvisteloven § 11-2. Selv etter at en dom er avsagt og har blitt rettskraftig, står partene fritt til å avtale en annen regulering enn den som måtte følge av dommen. Mange sivile saker karakteriseres nettopp av en valgfrihet som gjør at domstolsprosessen langt på vei er en samtykkepreget prosess der partene verken er underlagt tvang eller er formelt avhengige av domstolen for å få løst sin tvist.

Et eksempel på at denne forskjellen mellom dømmende virksomhet og annen myndighetsutøvelse er relevant ved utformingen og praktiseringen av regler om domstolsansvar finnes i forarbeidene til tvisteloven.<sup>50</sup> Et spørsmål under lovarbeidet var om det burde innføres en regel om statlig saksomkostningsansvar for domstolsfeil som tilsvarer omkostningsregelen i forvaltningsloven § 36 første ledd.<sup>51</sup> Tvistemålsutvalget inntok et negativt standpunkt til dette fordi domstolsprosessen på vesentlige punkter ble ansett å skille seg fra forvaltningsprosessen.<sup>52</sup> Det ble vist til rollefordelingen mellom partene og domstolen i en sivil sak, og uttalt at

«[o]fte er ordningen med forvaltningsvedtak på det aktuelle området ... etablert i samfunnets interesse, og når forvaltningen trår feil, vil det ofte fremstå som rimelig at det offentlige bærer partens utgifter til å få endret vedtaket. Dette er annerledes i domstolsprosessen, hvor partenes, og ikke samfunnets, interesser i avgjørelsene normalt er de helt dominerende.»<sup>53</sup>

Når staten stiller rettsapparatet til rådighet for løsningen av tvister, kan det derfor fremstå som rimeligere at partene bærer kostnadene av eventuelle feil enn i situasjoner hvor partene mangler valgfrihet.<sup>54</sup> Dette har likevel ikke resultert i en regel om statlig ansvarsfrihet for domstolsfeil. Løsningen er gjort mer fleksibel ved at saksomkostningsregelen i tvisteloven § 20-12 er begrenset til grovere feil.<sup>55</sup> Det samme er i rettspraksis lagt til grunn ved spørsmål om erstatning for andre økonomiske tap enn saksomkostnader.<sup>56</sup> Ordningen med strenge materielle regler om domstolsansvar må derfor – som allerede antydnet – være utslag av hensynet til *domstolenes særpreg*.

---

<sup>50</sup> NOU 2001: 32 A s. 544–545.

<sup>51</sup> I stedet ble saksomkostningsregelen i tvisteloven § 20-12 vedtatt.

<sup>52</sup> Backer (2015) s. 22 påpeker også at det er en «vesentlig forskjell» mellom domstolens rolle i sivile saker, og forvaltningens rolle i forvaltningssaker.

<sup>53</sup> NOU 2001: 32 A s. 545.

<sup>54</sup> Som eksempelvis ved straffeforfølgning eller inngrepsvedtak truffet av forvaltningen.

<sup>55</sup> NOU 2001: 32 A s. 545.

<sup>56</sup> Jf. kapittel 5.2–5.3 nedenfor, men også kapittel 4.2.5.

Dette innebærer for det første at det må tas hensyn til at kunnskapen om en mulig erstatningsaksjon kan legge uønskede føringer for domstolenes virksomhet. Synspunktet minner om et argument som har blitt anført mot et strengt ansvar for visse former for offentlig virksomhet, nemlig det at risikoen for ansvar vil kunne hindre nye insentiver og vanskeliggjøre ellers samfunnsnyttig virksomhet.<sup>57</sup> For domstolene vil et for strengt ansvar typisk kunne lede til en overdreven forsiktighet som resulterer i lang saksbehandlingstid, eller i at saken får et omfang som ikke står i forhold til dens betydning. Dette fører til økte kostnader som i utgangspunktet må bæres av partene. Det er dermed lett å se at et strengt ansvar kan komme i konflikt med prosessuelle prinsipper om proporsjonalitet, konsentrasjon og effektivitet.<sup>58</sup>

Et annet aspekt ved dette er at en lav ansvarsterskel også kan hemme domstolenes rettsutviklende og rettsskapende virksomhet.<sup>59</sup> Dette kan eksempelvis skje i form av at gamle prejudikater fastholdes selv om samfunnsutviklingen eller endringer i øvrig rettskildemateriale tilsier at tiden er moden for en utvikling. Dette øker ikke bare risikoen for urimelige eller uriktige resultater, men fører også til at spørsmål som kunne vært løst gjennom rettspraksis hyppigere må løses ved lovvedtak.

For det andre kan maktbalansen mellom mellom lovgiver og domstolene også forrykkes i motsatt retning. Problemstillingen er særlig aktualisert gjennom de folkerettslige forpliktelsene Norge har påtatt seg gjennom EØS-avtalen og EMK. Dersom det åpnes for et strengt domstolsansvar for brudd på folkerettslige forpliktelser, kan det føre til at det legges inn en sikkerhetsmargin mot å bli dømt. Dette kan få som konsekvens at domstolen går for langt i å tilsidesette løsninger som ellers ville fulgt av nasjonal lovgivning.<sup>60</sup>

For det tredje kan det også synes klart at trusselen om en erstatningssaksjon vil kunne stå i et problematisk forhold til det grunnleggende prinsippet om domstolenes uavhengighet og upar-

---

<sup>57</sup> Hagstrøm (1987) s. 40, Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 235.

<sup>58</sup> Jf. tvisteloven § 1-1, hvor disse prinsippene kommer til uttrykk i beskrivelsen av lovens formål.

<sup>59</sup> Jf. Bengtsson (1972) s. 93–94 for slike betraktninger i svensk erstatningsrett. Jf. dessuten NOU 2001: 32 A s. 127, hvor Tvistemålsutvalget omtaler tilrettelegging for *videreutvikling* av den materielle retten som en av tvistelovens hovedfunksjoner.

<sup>60</sup> Jf. særlig Krüger (2001) s. 89–104 om denne problematikken. Jf. også særlig Rt. 2000 s. 996 (Bøhler), hvor Høyesterett uttaler som «alminnelig regel kan norske domstoler ved tolkingen av EMK heller ikke bygge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd.»

tiskhet. At erstatningssanksjoner kan legge føringer for domstolenes rettsanvendelse har særlig blitt trukket frem under spørsmålet om eksistensen av et EU/EØS-rettslig erstatningsansvar.<sup>61</sup> Argumentet har likevel ikke blitt ansett som avgjørende fordi det er tale om et statsansvar og ikke et *personlig* ansvar for dommeren.<sup>62</sup> Denne argumentasjonen er imidlertid ikke uangripelig.

At dommere skal være uavhengige og upartiske under utøvelsen av dømmende myndighet innebærer at myndigheten skal utøves uten ekstern påvirkning, enten denne kommer fra andre myndigheter eller fra partene. Tanken bak argumentasjonen om at det er et *statsansvar* og ikke et personlig ansvar må derfor være at risikoen for å bli påvirket til å dømme i en bestemt retning er større dersom dommeren selv kan risikere å bli økonomisk ansvarlig for en uriktig avgjørelse. Det kan likevel spørres om forskjellen reelt sett er så stor. Selv om det er staten som må bære det økonomiske ansvaret, er det knyttet et negativt stigma til det å påføre arbeidsgiver et slikt tap.<sup>63</sup> Risikoen for ekstern påvirkning ved et statsansvar bør derfor ikke underspilles.

Det er altså en rekke hensyn som spiller inn ved fastleggelsen av domstolsansvaret, og som kan kaste lys over det nærmere innholdet i de materielle reglene. De fleste argumentene som har blitt behandlet så langt taler i favør av en *særlig høy terskel* for erstatningsansvar, og kan bidra til å forklare utformingen og praktiseringen av erstatningsregler om domstolsansvar. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 5.3, er det lagt til grunn i rettspraksis at et ansvarsgrunnlag først foreligger dersom dommerfeilen anses som kvalifisert klanderverdig. Det kreves noe *mer* enn uaktsomhet. Et nærliggende spørsmål er derfor hvorfor *profesjonsansvaret* tilsynelatende har vært uten betydning for utviklingen av domstolsansvaret. I rettspraksis er det jo stadfestet et «strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere», selv om det er rom for feilvurderinger.<sup>64</sup>

Profesjonsansvaret innebærer at det knyttes særlige forventninger til den som utøver en virksomhet som er underlagt faglige normer. Disse forventningene fører til at det lettere kan kon-

---

<sup>61</sup> Jf. kapittel 4.2 nedenfor.

<sup>62</sup> Jf. særlig sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239 avsnitt 41–42.

<sup>63</sup> Slik også Bengtsson (1972) s. 89.

<sup>64</sup> Rt. 1995 s. 1350. Jf. særlig Wågheim (2009) s. 51 flg. og Hjelmeng (2007) s. 75 flg. for en nærmere vurdering av «strengetskriteriet» for profesjonsutøvere.

stateres ansvarsbetingende uaktsomhet enn dersom feilen begås av en som ikke handler i kraft av en profesjon, og det strenge ansvaret er dermed utslag av culpanormens relativitet.<sup>65</sup> Det er ikke tvilsomt at advokater er omfattet av profesjonsansvaret.<sup>66</sup> Kontrasten mellom ansvarsnormen for advokater og dommere er ikke selvforklarende. Hvorfor er advokater underlagt et «strengt» ansvar, mens domstolsansvaret er betinget av at det kan påvises en grovere feil eller et kvalifisert klanderverdig forhold? Forklaringen på denne forskjellen kan dels forankres i sætrekkene ved den dømmende virksomhet som det er gjort rede for i de forutgående avsnittene, og dels i kontraktsforholdet som foreligger mellom en advokat og klient. Kontraktsforholdet etablerer en tilknytning mellom partene som skaper en særlig lojalitetsforpliktelse, og som dermed også suppleres av et strengere erstatningsansvar.

Domstolsprosessen kan på sin side sies å danne et slags *rettsforhold* mellom partene og domstolen. Partene har en plikt til å betale et rettsgebyr, mens domstolen har en plikt til å behandle saken i samsvar med prosessuelle og materielle rettsregler. Rettsforholdet består derfor av kontraktslignende elementer, men det er ikke et kontraktsforhold.<sup>67</sup> Det er ikke en kontrakt som regulerer rettsforholdet mellom partene, og det er ikke kontraktsrettslige misligholdsvirkninger som inntreder dersom partene eller domstolen ikke opprettholder sine plikter. Det er prosesslovgivningen som etablerer grunnlaget for og styrer relasjonen mellom partene og domstolen. Det er derfor så store forskjeller mellom domstolers og advokaters – og andre profesjonsutøveres – virksomhet at det ikke er naturlig å forene dem under samme ansvarsnorm.

Det kan kanskje spørres om ikke lojalitetsplikten i kontraktsforhold er tilstrekkelig til å begrunne forskjellen i ansvarsnorm når det gjelder advokater og dommere. Etter min oppfatning kan imidlertid lojalitetsplikten kun forklare hvorfor det stilles *strengere* krav til advokater. Det er vanskelig å se at fraværet av en kontraktsrettslig lojalitetsplikt alene skal kunne begrunne hvorfor selv en *uaktsom* dommerfeil ikke vil utløse ansvar. Til det kreves noe mer, og da står sætrekkene ved domstolenes virksomhet igjen som en forklaring på hvorfor domstolsfeil sjelden vil utløse ansvar.

---

<sup>65</sup> Jf. Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 125 med videre henvisninger.

<sup>66</sup> Wågheim (2009) s. 49–51 med videre henvisninger.

<sup>67</sup> Hjelmeng (2007) s. 18–22 gjennomgår en del rettskildemateriale knyttet til spørsmålet om sondringen mellom deliktsansvar og kontraktsansvar. Han fremholder at Høyesterett særlig har lagt vekt på grunnlaget for forpliktelsene, og konkluderer på s. 21 med at et «forhold kan bedømmes som deliktsrettslig der avtaleelementet må anses mer perifert».

## 2.2.3 Domstolsansvarets særpreg: Betydningen for prosessuelle regler

### 2.2.3.1 Om rettsmidler, rettskraft og reparasjon

Så langt har fokuset vært rettet mot hvilken innflytelse domstolsansvarets særpreg har for de materielle erstatningsreglene. Spørsmålet om statlig erstatningsansvar for domstolsfeil har imidlertid også en klar prosessuell side. Dette skyldes sammenhengen med rettsmiddelsystemet og rettskraftreglene. Tap som inntreffer som følge av en feil som begås under domstolsbehandlingen av en tvist skjer nemlig i en kontekst som skiller seg vesentlig fra det som er tilfellet i kontrakterstatningsretten og de tings- og personskadene som typisk behandles i delikterstatningsretten. Prosesslovgivningen etablerer et eget system for hvordan feil skal rettes; forutsetningen er at feil i rettslige avgjørelser skal rettes opp ved bruk av rettsmidler. Fra et erstatningsrettslig ståsted kan dette uttrykkes som at reparasjonshensynet i første rekke ivaretas gjennom rettsmiddelsystemet, og at erstatningsrettslige normer derfor har en sekundær funksjon i sivilprosessen.

Reparasjon gjennom rettsmiddelbruk skjer på flere måter. For feil i sivile saker følger det av tvisteloven § 29-2 at rettslige avgjørelser i form av dommer, kjennelser og beslutninger kan ankes. Er det avsagt en avvisningskjennelse ved fravær eller en fraværdom kan disse avgjørelsene angripes ved begjæring om oppfriskning etter tvisteloven § 16-11. En avgjørelse som er rettskraftig er som hovedregel endelig, men kan unntaksvis gjenåpnes i samsvar med reglene i tvisteloven kapittel 31. Gjennom bruk av disse rettsmidlene kan det skje en overprøving som langt på vei kan eliminere de negative konsekvensene av en feil. En part skal derfor ikke kunne unnlate å anvende rettsmidler, for så å kreve erstatning som følge av at en avgjørelse påstås å være uriktig.

I norsk rett har dette synspunktet i første rekke manifestert seg i form av visse *prosessuelle begrensninger* for når erstatningssøksmål om feil i rettslige avgjørelser kan fremmes til realitetsbehandling. Tvistemålsloven av 1915 inneholdt en egen bestemmelse som regulerte spørsmålet i § 436 første punktum, og som i noe modifisert form ble videreført ved vedtaket av tvisteloven.<sup>68</sup> Den gjenfinnes i dag i domstolloven § 200 tredje ledd, som lyder slik:

---

<sup>68</sup> NOU 2001: 32 A s. 500–502, NOU 2001: 32 B s. 1007–1008, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 341–346.

«Erstatningssøksmål om en tjenstemanns eller det offentliges ansvar i anledning av rettslige avgjørelser kan ikke reises uten at

a) avgjørelsen er opphevet eller forandret,

b) avgjørelsen er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres, eller

c) tjenstemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen.»

Det mest praktiske unntaket fra hovedregelen om at erstatningssøksmål om påstått uriktige rettsavgjørelser skal avvises er at avgjørelsen er opphevet eller forandret, og dette forutsetter jo nettopp at det har vært benyttet rettsmidler mot den. I slike tilfeller vil ikke erstatningssøksmålet gjelde *rettmessigheten av en rettskraftig avgjørelse*, men de økonomiske konsekvensene av en avgjørelse som er endret gjennom det rettsmiddelsystemet prosesslovgivningen etablerer. Tvistemålsutvalget forklarer dette slik:

«Tvistemålsutvalget peker særlig på at søksmålsbegrensningene skal hindre omgåelse av lovens regler om rettsmidler: Adgang til å reise erstatningssøksmål i tilfeller der den omtvistete avgjørelse ikke er opphevet eller endret, gir mulighet for «omkamp» om spørsmål som etter lovens system forutsettes å være endelig løst, med de begrensninger som følger av adgangen til å begjære gjenopptakelse. Desto lenger man går i å tillate slike søksmål, desto mer vil man undergrave de grenser for rettsmiddelbruk som av ulike årsaker bør stilles opp. Slik sett har dagens regler også en side mot reglene om rettskraft.»<sup>69</sup>

Tilsvarende betraktninger har kommet til uttrykk i nyere rettspraksis:

«Hovedsynspunktet er at en rettslig avgjørelse skal angripes ved rettsmidler. Dersom avgjørelsen ikke angripes, eller ikke *kan* angripes, følger det av rettskraftreglene at den mellom partene blir bindende etter sitt innhold uavhengig av eventuelle feil. Den tapende part kan da ikke - som et ytterligere rettsmiddel - fremme krav mot det offentlige i anledning avgjørelsen.»<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> NOU 2001: 32 A s. 500.

<sup>70</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 38. Jf. også særlig Rt. 1974 s. 935.

Kjernen i dette er at erstatningssøksmål grunnet på feil i rettslige avgjørelser står i et spenningsforhold med rettskraftreglene. En fri adgang til å reise erstatningssøksmål om rettmessigheten av en tidligere avgjørelse skaper en risiko for at det etableres *et fjerde rettsmiddel*. Denne risikoen elimineres normalt av tvisteloven § 19-15(3), som fastsetter at et søksmål om «et krav som er rettskraftig avgjort» skal avvises. Men dersom rettmessigheten av den rettskraftige avgjørelsen likevel kan prøves prejudisielt som et ledd i vurderingen av om det foreligger et erstatningsbetingende forhold, mister avgjørelsen noe av preget av å være *endelig*. Det er denne indirekte overprøvingen av en tidligere rettsavgjørelse som gir erstatningssøksmålet karakter av å være et rettsmiddel.

Dersom erstatningssøksmål ut fra dette betraktes som et rettsmiddel vil det stå i en egen kategori. Et erstatningssøksmål vil skille seg fra de øvrige rettsmidlene ved at det ikke er det materielle kravet som ble avgjort i den påstått uriktige avgjørelsen som gjøres til søksmålsgjenstand i erstatningssøksmålet mot staten. Som nevnt skjer det kun en *indirekte* overprøving av dette kravet. På den ene siden gjør dette erstatningssøksmålet til et svakere rettsmiddel enn de ordinære rettsmidlene fordi en dom i saksøkers favør uansett ikke vil endre rettsvirkningene av den tidligere avgjørelsen. På den andre siden har erstatningskravet et visst preg av å være et *ekstraordinært* rettsmiddel fordi det – i motsetning til de ordinære rettsmidlene – leder til en indirekte overprøving av en *rettskraftig* avgjørelse. Dermed kan parten omgå de strenge vilkårene som følger av gjenåpningsreglene i tvisteloven kapittel 31.

Ut fra dette skulle det problematiske i å tillate slike søksmål være klart. Samtidig blir en slik slutning for enkel uten en nærmere analyse av spenningsforholdet mellom rettsmiddelsystemet og rettskraftreglene på den ene siden, og erstatningssøksmål i anledning av rettslige avgjørelser på den andre.

### **2.2.3.2 Nærmere om begrunnelsen for rettskraftreglene**

Avklaringen av spenningsforholdet mellom domstolloven § 200 og rettskraftreglene krever i første rekke en klargjøring av hvilken funksjon § 200 har ved siden av de generelle rettskraftreglene. Søksmålsbegrensningene i domstolloven § 200 er nødvendige fordi rettskraftreglene ikke stenger for at erstatningssøksmål som utfordrer rettmessigheten av en rettslig avgjørelse

fremmes. Dette skyldes at rettskraftreglens avvisningsfunksjon – den negative rettskraften – er betinget av at det foreligger identitet mellom partene og kravene.<sup>71</sup> Identitetsspørsmålet løses gjennom en vurdering av om det foreligger kvalitative ulikheter i rettsfølgene, ulikheter i de faktiske og rettslige vilkårene som utløser disse, ulikheter i de interesser som rettsreglene skal beskytte, samt rettslig tradisjon.<sup>72</sup>

Ut fra disse kriteriene er et erstatningskrav som er begrunnet i at det er begått en feil under domstolsbehandlingen av et krav et *annet krav* enn det materielle kravet som ble behandlet da feilen ble begått. Dette skyldes i første rekke at erstatningsøksmålet bygger på andre faktiske forhold, men ofte vil heller ikke de øvrige kriteriene være oppfylt. Det er også bare i tilfeller hvor staten var motpart i den saken som kravet springer ut av at partsforholdet vil være det samme i det etterfølgende erstatningssøksmålet. De særlige prosessuelle begrensningene for erstatningssøksmål i anledning av rettslige avgjørelser er derfor et tilbygg til prosesslovgivningens rettskraftregler; de gir den negative rettskraften *utvidet anvedelse*. Spørsmålet er om en slik utvidelse er velgrunnet. Dette beror på i hvilken utstrekning erstatningssøksmål basert på feil i rettslige avgjørelser rokker ved de hensynene som ligger til grunn for rettskraftreglene.

Det er ulike hensyn som begrunner rettskraftreglene. Rettskraft innebærer at et pådømt krav ikke kan gjøres til gjenstand for ny prøving. En avgjørelses rettskraftvirkninger aktiveres idet ankefristen går ut, og med det sikres reglens overordnede formål om å forhindre «uendelige dommer».<sup>73</sup> Ved at en domstolsavgjørelse gjøres endelig skapes det klarhet og stabilitet i rettsforhold som partene kan innrette seg i tillit til, samtidig som tvisten får en endelig løsning i ordnede former. Som Robberstad uttrykker det er en effektiv beskyttelse av partenes interesser «ikke bare rettskraftreglens, men hele sivilprosessens oppgave».<sup>74</sup> Rettskraftreglene utgjør derfor en viktig del av rettssikkerhetskonseptet.<sup>75</sup> Et erstatningskrav som springer ut av en feil begått under domstolsbehandlingen av en sak representerer en form for fortsettelse av denne saken. Dette skaper en risiko for at en part som er misfornøyd med en avgjørelse som

---

<sup>71</sup> Tvisteloven § 19-15(3). Jf. også eksempelvis Mæland (2013) s. 227 og Skoghøy (2017) s. 1046–1047 for en noe nærmere redegjørelse for hva den negative rettskraften innebærer.

<sup>72</sup> Jf. NOU 2001: 32 A s. 382–383 og Skoghøy (2017) s. 1080–1091.

<sup>73</sup> NOU 2001: 32 A s. 278, Skoghøy (2017) s. 1049.

<sup>74</sup> Robberstad (2006) s. 65.

<sup>75</sup> Skoghøy (2017) s. 1050.



det ikke kan anvendes ordinære rettsmidler mot prøver å omgå denne begrensningen ved å reise erstatningssøksmål. En vid søksmålsadgang legger derfor til rette for såkalte «omkamper» og harmonerer dårlig med målet om å forhindre uendelige saker.

Omtalten av erstatningssøksmål som en «omkamp» er imidlertid ikke en helt treffende begrepsbruk.<sup>76</sup> Selve betegnelsen «omkamp» tyder på at det skjer en helt ny vurdering av en tvist som allerede er avgjort. Denne begrepsbruken tilslører at det rettslig sett ikke er det samme kravet som prøves på nytt, og at partsforholdet også kan være et annet. En konsekvens av dette er at hensynet til partenes innrettelse ikke slår inn på samme måte som i de tilfellene som rammes av rettskraftreglene. Et etterfølgende erstatningssøksmål vil ikke gripe inn i de rettsposisjonene som er etablert i den første saken, og avgjørelsen vil derfor i utgangspunktet sikre partene – og særlig den som har vunnet tvisten – nødvendig stabilitet. Noe annet er at adgangen til å reise etterfølgende erstatningssøksmål rent *faktisk* kan virke konfliktskapende fordi det sår usikkerhet om hva som egentlig er gjeldende rett.

Til tross for innrettelsehensynets reduserte betydning har hensynet til å unngå «materielt motstridende avgjørelser om samme saksforhold» i rettspraksis blitt fremholdt som en viktig del av begrunnelsen for søksmålsbegrensningene i § 200.<sup>77</sup> Dette kan imidlertid ha en annen forklaring. Dersom saksøkers påstandsgrunnlag er at vedkommende har krav på erstatning på grunn av tap som følge av en uriktig rettsavgjørelse, vil en dom i saksøkers favør nødvendigvis måtte innebære at det konstateres at den tidligere avgjørelsen er uriktig. Selv om dette ikke får noen konsekvenser for *rettskraftvirkningene* til den forrige avgjørelsen, kan den materielle motstriden svekke tilliten til domstolsavgjørelser og domstolens autoritet. Dette hensynet er trukket frem både i norsk teori og i EU/EØS-rettslig sammenheng.<sup>78</sup> Uttalelsene i rettspraksis må derfor antageligvis forstås på bakgrunn av dette.<sup>79</sup>

En annen viktig del av rettskraftreglenes begrunnelse er at avgjørelses rettskraftvirkninger bidrar til at tvisten får en mest mulig fullstendig behandling. Kunnskapen om at om at det er

---

<sup>76</sup> Begrepsbruken stammer fra den ovenfor siterte uttalelsen i NOU 2001: 32 A s. 500, men er også brukt i rettspraksis, jf. HR-2016-2195-S.

<sup>77</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 48. Jf. også Rt. 1990 s. 214 hvor det heter at formålet er «å forhindre at det skulle bli avsagt motstridende avgjørelser vedrørende erstatningsgrunnlaget i forskjellige saker».

<sup>78</sup> Jf. kapittel 4.2 nedenfor.

<sup>79</sup> Hensynet til domstolens autoritet og verdighet antas å ha en viss betydning som begrunnelse for rettskraftreglene, selv om det har vært noe uenighet om dette i teorien, jf. Robberstad (2006) s. 68.

kravet og ikke påstandsgrunnlaget eller andre anførsler som blir rettskraftig avgjort gir partene en klar oppfordring til å gjøre rede for alle sakens faktiske og rettslige sider.<sup>80</sup> Dette øker sannsynligheten for å oppnå et materielt riktig resultat, samtidig som det avskjærer omkamper om avgjørelsens rettmessighet gjennom påberopelse av glemte anførsler etter rettskraftens inntreden. En annen konsekvens av at kravet ikke kan prøves på nytt på et senere tidspunkt er at det reduserer risikoen for at krav avgjøres på grunnlag av et svekket bevisbilde som vil kunne oppstå som følge av tiden som har gått.<sup>81</sup>

Alt dette er hensyn som også gjør seg gjeldende for erstatningssøksmål om rettslige avgjørelser nettopp fordi slike søksmål fordrer at det på nytt tas stilling til de faktiske og rettslige forholdene i den første saken. En ubegrenset adgang til å reise slike søksmål vil derfor svekke det insentivet rettskraftreglene gir til å gjøre rede for og avdekke alle relevante forhold, og gjøre at anførsler som burde vært inkludert i første omgang likevel får en behandling. De negative prosessøkonomiske virkningene er ikke vanskelige å få øye på. Det er derfor flere forhold som tilsier at de prosessuelle begrensningene for erstatningssøksmål er velgrunnet, til tross for at innrettelseshensynet – som jo er et sentralt hensyn bak rettskraftreglene – ikke gjør seg gjeldende på samme måte som ellers.

### 2.2.3.3 Særlig om rettskraft i EU/EØS-retten

Det er altså ikke tvilsomt at det eksisterer en sammenheng og et spenningsforhold mellom de hensynene som bærer rettskraftreglene og adgangen til å reise erstatningssøksmål om rettmessigheten av domstolsavgjørelser. Det er imidlertid ikke bare i norsk rett at sammenhengen mellom rettskraftreglene og slike erstatningssøksmål har blitt trukket frem. Hensynet til nasjonale rettskraftregler har også vært anført som et sentralt argument mot et statlig erstatningsansvar for domstolsfeil i EU/EØS-retten.

I *Köbler* måtte EU-domstolen ta stilling til om medlemsstatenes EU-rettslige erstatningsansvar også omfatter brudd på EU-retten som er forårsaket av nasjonale domstoler.<sup>82</sup> EU-domstolen innledet drøftelsen med å understreke at viktigheten av rettskraftprinsippet er uomtvistelig, og at rettskraft sikrer stabilitet og effektiv rettshåndhevelse. Etter domstolens opp-

---

<sup>80</sup> Robberstad (2006) s. 64, Skoghøy (2017) s. 1049–1050.

<sup>81</sup> Skoghøy (2017) s. 1050.

<sup>82</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239.

fatning kunne dette likevel ikke være til hinder for å anerkjenne et statlig erstatningsansvar for EU-stridige domstolsavgjørelser. EU-domstolen kom med følgende prinsipielle uttalelse:

«However, it should be borne in mind that recognition of the principle of State liability for a decision of a court adjudicating at last instance does not in itself have the consequence of calling in question that decision as *res judicata*. Proceedings seeking to render the State liable do not have the same purpose and do not necessarily involve the same parties as the proceedings resulting in the decision which has acquired the status of *res judicata*. The applicant in an action to establish the liability of the State will, if successful, secure an order against it for reparation of the damage incurred but not necessarily a declaration invalidating the status of *res judicata* of the judicial decision which was responsible for the damage.»<sup>83</sup>

Et sentralt poeng var altså at det *ikke* forelå noe direkte motsetningsforhold mellom rettskraftreglene og en regel om statlig erstatningsansvar for feil i en rettskraftig avgjørelse. Som nevnt i kapittel 2.2.3.2 skyldes dette at et slikt erstatningsansvar ikke eliminerer rettskraftvirkningene av avgjørelsen selv om saksøker økonomisk sett kan bli stilt slik. I tillegg har erstatningssøksmålet et reparasjonsformål som ikke sammenfaller med formålet til den rettskraftige avgjørelsen, som er å avklare rettsforholdet mellom partene og ikke å reparere feil som skjer som ledd i denne rettsavklaringen. EU-domstolen kom derfor til at hensynet til avgjørelsens rettskraftvirkninger ikke stengte for et statlig erstatningsansvar for domstolsfeil. Helt forenkelt kan dette uttrykkes som at det ble ansett å gå et grunnleggende skille mellom *revisjon* og *reparasjon*.

Spørsmålet om erstatningsansvar for feil i rettskraftige avgjørelser har også oppstått i EØS-rettslig sammenheng, men har så langt ikke fått noen endelig avklaring.<sup>84</sup> En sentral sak er *Kolbeinsson*.<sup>85</sup> Saken gjaldt en arbeidstaker som ble utsatt for en ulykke på arbeidsplassen. Denne påførte ham tap som han krevde dekket gjennom et erstatningssøksmål mot arbeidsgiveren. Islandsk Høyesterett kom til at han ikke kunne tilkjennes erstatning fordi han ikke hadde tatt nødvendige forholdsregler. Saksøker reiste derfor et nytt erstatningssøksmål, men denne gangen mot staten, og hevdet at domsresultatet skyldtes en mangelfull gjennomføring av direktiv 89/391/EØF og direktiv 92/57/EØF. Reykjavík tingrett forela spørsmålet for EFTA-

---

<sup>83</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239 avsnitt 39.

<sup>84</sup> Jf. kapittel 4.2.4 nedenfor.

<sup>85</sup> Sak E-2/10, *Kolbeinsson*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234.

domstolen, som i sin rådgivende uttalelse ga støtte til saksøkers synspunkt.<sup>86</sup> Da erstatnings-søksmålet nådde frem til Islands høyesterett ble det imidlertid avvist. Avvisningen skyldtes at islandske prosessregler fastsatte at erstatningssøksmål om rettslige avgjørelser avsagt av en sisteinstansdomstol måtte avvises. Spørsmålet om spenningsforholdet mellom et EØS-rettslig ansvar for EØS-stridige domstolsavgjørelser og nasjonale rettskraftregler kom derfor på spissen.

Spørsmålet har som nevnt ikke fått noen avklaring, men avvisningsavgjørelsen til Islands Høyesterett har resultert i at ESA har sendt en grunnlagt uttalelse til islandske myndigheter hvor det klart gis uttrykk for at staten kan bli erstatningsansvarlig for tap som følge av EØS-stridige rettsavgjørelser avsagt av en sisteinstansdomstol.<sup>87</sup> Underforstått innebærer dette at hensynet til nasjonale rettskraftregler – og regler som er avledet av disse – ikke kan stå i veien for at slike erstatningssøksmål fremmes. I sitt formelle åpningsbrev til Island begrunnes standpunktet med en henvisning til argumentasjonen i *Köbler*, som er sitert ovenfor.<sup>88</sup> Dersom saken ender opp i EFTA-domstolen og ESA får medhold i sitt syn, innebærer dette at de hensynene som har begrunnet søksmålsbegrensningene i domstolloven § 200 tredje ledd ikke anses som tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne eksistensen av en tilsvarende begrensning for erstatningskrav som bygger på at en domstolsavgjørelse er EØS-stridig. Dette aktualiserer spørsmålet om hensynet til rettsmiddelsystemet og nasjonale rettskraftregler kan ivaretas på andre måter enn gjennom prosessuelle begrensninger.

### 2.3 En alternativ modell

Drøftelsene i de foregående kapitlene viser at det foreligger et klart behov for å begrense omfanget av søksmål som reises «i anledning av rettslige avgjørelser». Som det allerede er rede-

---

<sup>86</sup> EFTA-domstolen tok ikke stilling til spørsmålet om *eksistensen* av et EØS-rettslig domstolsansvar, men uttalte i et obiter dictum at et slikt ansvar uansett måtte være betinget av at feilen var kvalifisert, jf. dommens avsnitt 77 og kapittel 4.2.2 nedenfor.

<sup>87</sup> Jf. «Reasoned opinion ... concerning Iceland's failure to fulfil its obligations arising from the general principle of State liability for breaches of EEA law under the EEA Agreement» av 20. januar 2016. Tilgjengelig på: <http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/775380.pdf> (sist besøkt desember 2017)

<sup>88</sup> Jf. «Letter of formal notice to Iceland concerning State liability for breach of EEA law by a court adjudicating at last instance» av 17. juni 2015 Tilgjengelig på: <http://www.eftasurv.int/media/decisions/752617.pdf> (sist besøkt desember 2017). Jf. særlig avsnitt 32–35.

gjort for, er hensynene som øver motstand mot slike søksmål i norsk rett i første rekke ivare tatt gjennom begrensninger i søksmålsadgangen. Det er likevel ikke gitt at formålet ikke kan oppnås gjennom andre reguleringer som er mindre inngripende og åpner for større fleksibilitet. Det er særlig to alternativer som utpeker seg som aktuelle.

En første mulighet er å legge til grunn samme løsning som i EU/EØS-retten. Ettersom det trolig ikke er adgang til å avvise erstatningssøksmål rettet mot EU/EØS-stridige domstolsavgjørelser under henvisning til nasjonale rettskraftregler, er de særlige hensynene som gjør seg gjeldende for domstolsansvaret i stedet søkt ivaretatt gjennom *en særlig høy ansvarsterskel*, jf. kapittel 4.2.3 nedenfor. Tanken er da at en høy ansvarsterskel bidrar til å forhindre at det reises erstatningssøksmål fordi utsikten til å nå frem med kravet er liten. Dermed reduseres den praktiske betydningen av spenningsforholdet mellom erstatningssøksmål om rettmessigheten av rettslige avgjørelser og hensynet til nasjonale rettskraftregler.

Som allerede antydnet etablerer også norske erstatningsregler en særlig høy ansvarsterskel for domstolsfeil. Spørsmålet er om det ikke også er *tilstrekkelig* å operere med en høy ansvarsterskel for å redusere antallet erstatningssøksmål om domstolsavgjørelser. Det er kostbart å reise søksmål, og når utsikten til å nå frem i tillegg er veldig liten blir det noe enkelt å hevde at en fri adgang til å reise slike søksmål vil føre til flodbølger av erstatningskrav mot staten. Antallet søksmål som avvises under henvisning til domstolloven § 200 tredje ledd viser at søksmålsbegrensningene ikke er overflødige, men i hvilken utstrekning de *alene* virker prosessdempende kan altså diskuteres.<sup>89</sup> Mer sikkert er det at fraværet av søksmålsbegrensningene ville eliminert en rekke av de vanskelige tolkningsspørsmålene som har oppstått anvendelsen av dem, og ville dessuten brakt rettstilstanden i bedre samsvar med EU/EØS-retten.

Et annet alternativ er å håndtere problemstillingen som et spørsmål om *skadelidtes medvirkning*. Svensk rett er illustrerende på dette punktet. Den svenske skadeståndslagen inneholdt i lang tid en passivitetsregel i 3. kap 4 § som lød slik:

---

<sup>89</sup> Noen eksempler på saker som har blitt avvist etter domstolloven § 200 tredje ledd nylig er HR-2016-2195-S, HR-2016-2383-U og HR-2017-1504-U.

«Om den som lidit skada genom felaktigt beslut vid myndighetsutövning har utan giltig anledning underlåtit att föra talan om rättelse eller att använda särskilt rättsmedel, utgår ej ersättning för skada som därigenom kunnat undvikas»<sup>90</sup>

Synspunktet var altså at skadelidte ikke kunne kreve erstattet et økonomisk tap som kunne vært unngått gjennom bruk av rettsmidler. Erstatningsmuligheten skulle derfor bare være en siste utvei når rettsmiddelsystemet ikke kunne gi tilstrekkelig reparasjon.<sup>91</sup> Bestemmelsen har likhetstrekk med domstoloven § 200 tredje ledd bokstav a), som kan sies å ha en innebygget passivitetsregel gjennom kravet om at erstatningssøksmålet bare kan fremmes dersom den rettslige avgjørelsen har blitt opphevet eller forandret. Dette er bare en annen måte å formulere en aktivitetsplikt på. Dersom skadelidte ikke anvender rettsmidler, vil jo ikke avgjørelsen bli opphevet eller endret.

Den svenske passivitetsregelen ble opphevet ved en lovendring i 1989, og det finnes nå kun en regel om at erstatningssøksmål i «anledning av beslut av riksdagen eller regeringen eller av Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen» må avvises.<sup>92</sup> Passivitetsregelen ble opphevet fordi den ble ansett som unødvendig ved siden av den alminnelige regelen om skadelidtes medvirkning i skadeståndslagen 6. kap 1 §.<sup>93</sup> Den svenske modellen gir imidlertid en mer fleksibel løsning enn den som følger av søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 tredje ledd. Ved at søksmålet fremmes til realitetsbehandling og spørsmålet om anvendelse av rettsmidler vurderes som ledd i spørsmålet om skadelidtes medvirkning, åpnes det for at forholdene i den konkrete saken kan tas i betraktning. Dermed kan det tas hensyn til om skadelidte har hatt en forsvarlig grunn til å unnlate å anvende rettsmidler. Muligheten til å foreta en mer konkret vurdering av om skadelidte burde opptrådt annerledes eksisterer ikke i norsk rett med mindre ordlyden i domstoloven § 200 fravikes, eller forholdet faller innenfor unntaksbestemmelsene i bokstav a)–c). Hovedregelen er jo at erstatningssøksmålet skal avvises.

---

<sup>90</sup> Opphevet ved Lag (1989:926) om ändring i skadeståndslagen (1972:207).

<sup>91</sup> Jf. Bengtsson (1972) s. 104 og Bengtsson (1978) s. 8, og kapittel 9.1–9.7 for en generell fremstilling av passivitetsregelen.

<sup>92</sup> Skadeståndslagen 3. kap 7 § første punktum.

<sup>93</sup> Regeringens proposition 1989/90:42 om det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen. Endringen ble også begrunnet i at passivitetsregelen ble ansett å være for streng overfor skadelidte, jf. Bengtsson (2001) s. 59–60.

Begge alternativene som nå er presenteret illustrerer at det er mulig å operere med alternative løsninger som også gir balanse mellom de hensynene som taler for å fremme erstatnings-søksmål om rettslige avgjørelser og hensynene som tilsier det motsatte. Som nevnt vil en fordel med dette være at de vanskelige tolkningsspørsmålene som søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 har skapt elimineres *uten* at dette går fullstendig på bekostning av de hensynene søksmålsbegrensningene skal beskytte, og det blir lettere å unngå resultater som virker urimelige eller kommer i konflikt med folkerettslige forpliktelser. Et naturlig neste spørsmål er derfor nettopp hvilke tolkningsspørsmål domstoloven § 200 tredje ledd reiser, og det er dette som er temaet i kapittel 3 under. Kapittelet representerer en fortsettelse av drøftelsene her, og de hensynene som er redegjort for så langt utgjør derfor et viktig bakteppe for den videre fremstillingen.

### 3. Prosessuelle begrensninger

#### 3.1 Innledning

Erstatningskrav rettet mot det offentlige er underlagt tvistelovens alminnelige søksmålsvilkår uavhengig av hva det ansvarsbetingende forholdet består i. Dette betyr at kravene om saklig og stedlig domstolskompetanse, partsevne, rettslig interesse og fravær av en rettskraftig avgjørelse om samme saksforhold må være oppfylt for at søksmålet skal fremmes.<sup>94</sup> Domstoloven § 200 tredje ledd supplerer de generelle søksmålsvilkårene ved å oppstille en ytterligere begrensning for erstatningssøksmål om en tjenestemanns eller det offentliges ansvar «i anledning av rettslige avgjørelser». Dette er en absolutt prosessforutsetning. Søksmålet må derfor avvises dersom lovens vilkår ikke er oppfylt, og domstolen må prøve spørsmålet *ex officio*.<sup>95</sup> Bestemmelsens fjerde ledd gir også søksmålsbegrensningen tilsvarende anvendelse dersom det fremmes krav om erstatning for sakskostnader etter tvisteloven § 20-12.

Rettspraksis viser at søksmålsbegrensningene har skapt tolkningstvil på en rekke punkter, og et gjennomgående spørsmål synes å være i hvilken utstrekning søksmålsbegrensningenes formål skal virke styrende for tolkningen. Dette reiser i første rekke spørsmål om søksmålsbegrensningene gjelder for *alle* erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser», eller

---

<sup>94</sup> Tvisteloven kapittel 2, 4, § 1-3 og § 19-15.

<sup>95</sup> Jf. eksempelvis HR-2016-2195-S.

om de kun er begrenset til erstatningssøksmål som er grunnnet på domstolloven § 200 og tvisteloven § 20-12.<sup>96</sup> Et annet spørsmål er hvilken vekt formålet skal tillegges dersom ordlyden ikke gir noe klart svar, og om det i visse tilfeller kan være grunnlag for å tolke søksmålsbegrensningene innskrenkende dersom formålet tilsier det.<sup>97</sup>

### 3.2 Nærmere om tolkningen av domstolloven § 200 tredje ledd

Gjennom rettspraksis har det utkrystallisert seg noen retningslinjer for tolkningen av domstolloven § 200 tredje ledd, som altså er en videreføring av tvistemålsloven § 436. Rt. 1974 s. 935 er den første dommen som inneholder prinsipielle uttalelser om den nærmere avgrensningen. Saken gjaldt en sikringsdom som var avsagt over saksøker. For Høyesterett anførte saksøker at saksbehandlingen hadde påført ham et tap som kunne kreves erstattet til tross for at han aksepterte at resultatet i den rettskraftige sikringsdommen var riktig. Søksmålet ble fremmet, men vant ikke frem i realiteten. Dommen ble avsagt under dissens, men dissensen var bare knyttet til det materielle rettsspørsmålet.<sup>98</sup> Om anvendelsen av søksmålsbegrensningene i den konkrete saken, fremholdt førstvoterende følgende:

«Som denne sak nå foreligger for Høyesterett, angripes imidlertid sikringsdommen ikke lenger som uriktig. Den forutsettes tvert imot å være riktig, men erstatning kreves fordi saksbehandlingen uansett det riktige domsresultat har voldt skade og tap. Nå kan bestemmelsen i tvistemålslovens § 436 etter min mening ikke ta sikte på enhver tildragelse under saksbehandlingen. Den må tolkes i lys av sitt formål - å hindre at den rettslige avgjørelse ad omveier søkes omprøvet. Dreier det seg om et erstatningskrav som - om det vinner medhold - ikke kommer i strid med selve den rettslige avgjørelse, som forutsettes riktig, vil søksmålet ikke innebære noen omprøving av dommen, og må da falle utenfor bestemmelsens rekkevidde.»

Formålets betydning ved tolkningen av søksmålsbegrensningene i domstolloven § 200 tredje ledd kommer dermed klart til syne, og blir avgjørende for tolkningsresultatet. Det sentrale poenget var at et søksmål som kun angrep saksbehandlingen *uten* å angripe rettmessigheten av avgjørelsen ikke innebar en omkamp om avgjørelsens realitet. Schei legger til grunn det samme:

---

<sup>96</sup> Jf. kapittel 3.3 nedenfor.

<sup>97</sup> Jf. kapittel 3.4 nedenfor.

<sup>98</sup> De materielle spørsmålene i dommen omtales nærmere i kapittel 5.3.1 nedenfor.



«Formålet bak § 436 begrenser også rekkevidden av bestemmelsen. Hvis ikke riktigheten av en rettslig avgjørelse av domstolen bestrides, er det f.eks. ikke noe til hinder for at dommerhandlinger under saksbehandlingen forut for rettsavgjørelsen kan danne grunnlag for erstatningssøksmål uhindret av § 436.»<sup>99</sup>

Høyesterett har også nylig tatt stilling til rekkevidden av § 200 tredje ledd i HR-2016-2195-S (Hegdahl). Saken hadde sin bakgrunn i en tvist i et festeforhold som ble rettskraftig avgjort av Høyesterett i 2006, og hvor saksøkerne ikke ble hørt med at festeavgiften kunne oppreguleres på grunnlag av tomteverdien.<sup>100</sup> Etter domsavsigelsen hevdet saksøkerne at resultatet i dommen var uforenelig med eiendomsvernet i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1, men at dette skyldtes en feil som lovgiver hadde begått ved å vedta tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2. Saksøkerne reiste derfor erstatningssøksmål mot staten med krav om erstatning for konvensjonsbrudd som følge av en lovgiverfeil. Spørsmålet var om søksmålet likevel måtte avvises med hjemmel i domstolloven § 200 tredje ledd fordi det i realiteten rettet seg mot en domstolsfeil. Høyesteretts flertall kom til et bekræftende svar på dette.

For flertallet var det avgjørende at søksmålet innebar «en «omkamp» om riktigheten av en tidligere rettslig avgjørelse», og det ble derfor avvist.<sup>101</sup> I premissene ble det utdypet slik:

«så lenge erstatningssøksmålet bygger på at dommen fra 2006 er i strid med eiendomsvernet i EMK P 1-1, påstås det samtidig at rettsanvendelsen i dommen er konvensjonsstridig. En avgjørelse av søksmålet i Hegdahls favør vil derfor innebære at det avsies materielt motstridende avgjørelser om samme saksforhold.»<sup>102</sup>

Vurderingstemaet bekrefter at det er unngåelse av en direkte eller indirekte omkamp om en rettslig avgjørelse som er formålet ved anvendelsen av søksmålsbegrensningene, og at dette formålet må tillegges betydelig vekt ved tolkningen av § 200 tredje ledd. Det er først i slike tilfeller at erstatningssøksmålet kommer i konflikt med de hensynene som er gjennomgått i kapittel 2.2.3. At formålet er å unngå omgåelse av prosesslovgivningens system, får dessuten betydning for hvordan domstolen forholder seg til partenes pretensjoner.

---

<sup>99</sup> Schei (1998) s. 1147.

<sup>100</sup> Rt. 2006 s. 1547.

<sup>101</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 42.

<sup>102</sup> Avsnitt 48.

I sivilprosessen gjelder det et grunnleggende utgangspunkt om at retten ikke skal ta stilling til materielle spørsmål ved avgjørelsen av om søksmålet skal fremmes.<sup>103</sup> Retten må altså legge til grunn *partenes pretensjoner* om de materielle rettsspørsmålene når den vurderer om prosessforutsetningene er oppfylt. Domstoloven § 200 tredje ledd rammer bare søksmål «i anledning av rettslige avgjørelser», og vil derfor ikke stenge for at søksmålet fremmes dersom ansvarsgrunnlaget er en lovgiverfeil.<sup>104</sup> Hva det ansvarsbetingende forholdet består i er et materielt rettsspørsmål, men har etter domstoloven § 200 tredje ledd også betydning for om søksmålet skal avvises.

Høyesterett la i Hegdahl til grunn at § 200 tredje ledds karakter av å være en omgåelsesregel leder til at «avvisningsspørsmålet må vurderes ut fra *realiteten* i det omtvistede erstatnings-søksmålet».<sup>105</sup> Dette ble også ansett å være i tråd med utgangspunktet om at domstolen må ta selvstendig stilling til om prosessforutsetningene er oppfylt, og at dette gjelder selv om det er nær sammenheng mellom de prosessuelle og materielle rettsspørsmålene i saken.<sup>106</sup> Det avgjørende for om søksmålet kan fremmes uten hinder av domstoloven § 200 tredje ledd er derfor om det både formelt og *reelt* retter seg mot en annen myndighetshandling enn en «rettslig avgjørelse». Det er bare dersom dette spørsmålet besvares bekræftende at søksmålet mister de karakteristika som kjennetegner søksmål som innebærer en «omkamp» om en tidligere avgjørelse.

Et mindretall på tre dommere kom til at søksmålet både formelt og reelt var rettet mot en lovgiverfeil, og derfor måtte fremmes til realitetsbehandling. Mindretallet fremholdt følgende:

«[j]eg er enig med førstvoterende i at en prosessforutsetning «ikke [kan] formuleres bort», som det heter i Rt-2010-1500 avsnitt 64. Men et annet utgangspunkt som også får anvendelse, er at det står saksøkerne fritt å velge hvilken myndighetshandling de vil angripe ... Der-

---

<sup>103</sup> Mæland (2013) s. 92 Skoghøy (2017) s. 393.

<sup>104</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 66.

<sup>105</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 42.

<sup>106</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 43.

som Hegdahl reelt sett har valgt å angripe en lovgiverhandling, må dette valget respekteres.»<sup>107</sup>

Mindretallet tolket saksøkers anførsler slik at rettsavgjørelsen var et bevis for at lovgiverfeilen hadde forårsaket et økonomisk tap. I sin argumentasjon synes mindretallet å rette et større fokus mot saksøkers anførsler enn flertallet. Drøftelsen fremstår som en vurdering av om anførselene bar preg av å være oppkonstruerte, og er sentrert rundt hva saksøkers hensikt var. Flertallet synes å gå dypere inn på spørsmålet om den materielle holdbarheten av kravet. Dette kommer til syne ved at flertallet går ganske langt i å foreta en vurdering av om det etter gjeldende rettsregler i det hele tatt *kan* være tale om en lovgiverfeil.<sup>108</sup>

Dissensen illustrerer for øvrig de retts tekniske vanskelighetene som kan oppstå ved avgjørelsen av om det er tale om en lovgiverfeil eller en dommerfeil. Likevel er dette noe en ikke kommer unna så lenge domstoloven § 200 tredje ledd tillegger dette skillet avgjørende betydning for avvisningsspørsmålet.

### 3.3 Anvendelsesområde

Søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 tredje ledd har sin bakgrunn i tvistemålsloven § 436, som lød slik:

«Så lenge en rettslig avgjørelse ikke er opphevet eller forandret eller tjenestemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen, kan erstatningssøksmål etter § 435 ikke reises i anledning av avgjørelsen. Andre søksmål etter § 435 kan ikke i noe tilfelle reises i anledning av rettslige avgjørelser.»

Tvistemålsloven § 435 var en generell bestemmelse som regulerte adgangen til å reise søksmål om «lovmessigheten av avgjørelser truffet under utøving av offentlig tjeneste» og «forpliktelser i den offentlige tjeneste eller erstatningskrav i anledning av rettsstridig forhold i tjenesten», og omfattet derfor også – men var ikke begrenset til – søksmål om domstolsfeil. De begrensningene i tvistemålsloven § 436 fastsatte for slike søksmål ble besluttet videreført under utarbeidelsen av tvisteloven, og plassert i domstoloven § 200 tredje ledd.

---

<sup>107</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 71.

<sup>108</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 49.

Det er ingenting i Tvistemålsutvalgets drøftelser som tyder på at omplasseringen av søksmålsbegrensningene skulle innebære noen realitetsendring utover tilføyelsen av bokstav b).<sup>109</sup> Men til tross for at ordlyden i domstoloven § 200 tredje ledd er generell, etterlater den nye lovtekniske løsningen tvil om søksmålsbegrensningenes rekkevidde. Mens tvistemålsloven § 436 var en helt generell bestemmelse om søksmål «i anledning av rettslige avgjørelser», gjør fraværet av en egen paragraf at søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 tredje ledd fremstår som en forlengelse av ansvarsregelen i domstoloven § 200 første ledd. Dette reiser spørsmål om søksmålsbegrensningene *bare* gjelder for erstatningssøksmål som bygger på domstoloven § 200 og tvisteloven § 20-12,<sup>110</sup> eller om de gjelder for *alle* erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser», uavhengig av hvilken ansvarsregel søksmålet er grunnet på. Dette spørsmålet er verken drøftet i forarbeider eller juridisk litteratur.<sup>111</sup>

Ordlyden i domstoloven § 200 tredje ledd er helt generell, og isolert sett rammer den alle erstatningssøksmål mot det offentlige som er grunnet på rettslige avgjørelser. En så generell forståelse harmonerer godt med bestemmelsens formål om å forhindre omgåelse av prosesslovgivningens rettsmiddelsystem gjennom etterfølgende erstatningssøksmål. Dersom et erstatningssøksmål om en rettslig avgjørelse skulle gå klar av domstoloven § 200 tredje ledd basert på valg av ansvarsregel, ville faren for omgåelse blitt så stor at søksmålsbegrensningene kunne blitt uten realitet. Som fremstillingen senere vil vise gjelder dette særlig for erstatningssøksmål grunnet på skadeserstatningsloven § 2-1, som på visse punkter rekker lenger enn ansvarsregelen i domstoloven § 200 første ledd.<sup>112</sup>

At søksmålsbegrensningene ikke ble plassert i en egen paragraf må antageligvis ses på bakgrunn av at domstoloven §§ 200–201 ble antatt å gi en uttømmende regulering av domstolsansvaret. Dette er ikke bare sagt under drøftelsen av den nye saksomkostningsregelen i tvisteloven § 20-12, men ligger også underforstått i utvalgets utsagn om at «dagens § 436 overføres til de materielle ansvarsreglene i domstoloven kapittel 10».<sup>113</sup> Det lå dessuten ikke innenfor

---

<sup>109</sup> NOU 2001: 32 A s. 500-502, NOU 2001: 32 B s. 1007-1008. Jf. også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 341-346.

<sup>110</sup> Det følger eksplisitt av tvisteloven § 20-12 annet ledd at søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 kommer til anvendelse for krav bygget på § 20-12.

<sup>111</sup> Bøhn (2013) er den som gir den grundigste fremstillingen av § 200 tredje ledd, men skriver ikke noe om dette spørsmålet.

<sup>112</sup> Jf. kapittel 5.2 nedenfor.

<sup>113</sup> Jf. henholdsvis Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 285 og NOU 2001: 32 A s. 502.

Twistemålsutvalgets mandat å ta stilling til innholdet i og forholdet mellom generelle erstatningsregler om domstolsfeil. Dette ledet til at slike erstatningsregler kun ble drøftet i den utstrekning det var nødvendig for utarbeidelsen av den nye sakskostnadsregelen i tvisteloven § 20-12. Fraværet av nærmere drøftelser om eksistensen og utstrekningen av andre regler om domstolsansvar tyder derfor på at disse reglenes betydning for hvilken lovteknisk løsning som ble valgt ikke ble tatt i betraktning. Dette gjør at det er liten grunn til å tro at løsningen som ble valgt var utslag av et bevisst ønske om å foreta en innsnevring i anvedelsesområdet til søksmålsbegrensningene. Dette ville innebære en vesentlig realitetsendring som det ville vært naturlig å knytte bemerkninger til.

Bestemmelsens bakgrunn, formål og fraværet av klare holdepunkter i tvistelovens forarbeider for at søksmålsbegrensningene kun skulle være begrenset til erstatningssøksmål grunnet på domstolloven § 200, leder til en konklusjon om at søksmålsbegrensningene som hovedregel må gjelde for alle erstatningssøksmål mot det offentlige «i anledning av rettslige avgjørelser», uavhengig av hvilken ansvarsregel kravet bygger på. Det er mest nærliggende å se dette som en *analogisk anvendelse* av domstolloven § 200 tredje ledd. Denne anvendelsen får sin vesentligste betydning for erstatningssøksmål om domstolsavgjørelser som bygges på skadeserstatningsloven § 2-1.<sup>114</sup>

Anvendelsen av § 200 tredje ledd som en generell søksmålsbegrensning for erstatningssøksmål om rettslige avgjørelser må likevel forstås med en sentral modifikasjon. Dersom søksmålsbegrensningene kolliderer med menneskerettslige eller EØS-rettslige forpliktelser – enten erstatningskravet da grunnes på domstolloven § 200 eller et annet ansvarsgrunnlag – må disse forpliktelsene gå foran etter menneskerettsloven § 3 og EØS-loven § 2. Som nevnt over i kapittel 2.2.3.3, vil en aksept av ESAs standpunkt i *Kolbeinsson* bety at nasjonale prosessregler ikke kan stenge for at det fremmes søksmål om brudd på EØS-rettigheter selv om bruddet pretenderes å være forårsaket av en nasjonal domstol. Slike søksmål må derfor fremmes uten hinder av domstolloven § 200 tredje ledd.

---

<sup>114</sup> Da skadeserstatningsloven § 2-1 ble vedtatt, ble det heller ikke ansett nødvendig å foreta endringer i domstolloven, jf. Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 20–22. Det er ingenting som tyder på at det var meningen å begrense rekkevidden av domstollovens søksmålsbegrensninger til erstatningssøksmål som bygges på domstolloven § 200.

### 3.4 Domstoloven § 200 tredje ledd gjelder bare for erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser»

#### 3.4.1 Nærmere om feilens karakter

I kapittel 3.3 var spørsmålet om søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 tredje ledd kunne gis et *utvidet* anvendelsesområde i forhold til det som tilsies av bestemmelsens oppbygging. Det som har voldt mest tvil i praksis er likevel spørsmålet om de nærmere *grensene* for anvendelsen av hovedregelen om at erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser» skal avvises.<sup>115</sup> De viktigste begrensningene ligger i unntaksbestemmelsene i bokstav a)–c). En annen begrensning ligger imidlertid allerede i inngangskriteriet om at det kun er erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser» som må avvises. Det er derfor nødvendig med en nærmere klargjøring av hva som ligger i dette kriteriet.

Ordlyden av «i anledning av rettslige avgjørelser» tilsier at det må være utøvd en beslutningskompetanse i en form som rettslig sett anses som en *avgjørelse*. For domstolenes vedkommende er de ulike avgjørelsesformene angitt i tvisteloven § 19-1, som deler disse i kategoriene *dom, kjennelse og beslutning*.<sup>116</sup> At begrepet «rettslige avgjørelser» i domstoloven § tredje ledd må omfatte alle disse kategoriene er i tråd med bestemmelsens formål. Etter tvisteloven § 29-2 første ledd er det dommer, kjennelser og beslutninger som kan ankes. Det er altså disse avgjørelsene som kan repareres gjennom rettsmiddelsystemet, og som ikke skal omgås ved at det i stedet reises etterfølgende erstatningssøksmål.

Dette betyr at erstatningssøksmål om riktigheten av både prosessuelle og materielle avgjørelser må avvises med mindre noe annet følger av unntaksbestemmelse bokstav a)–c). Rettstilstanden er mindre klar i de tilfellene en part hevder at saksbehandlingen som sådan har påført vedkommende et tap, og ikke angriper riktigheten av en avgjørelse. Det kan for eksempel tenkes at rettergangen tar urimelig lang tid, og får som konsekvens at en bedrift får en så usikker rettsposisjon at den går glipp av kontrakter den ellers ville inngått. For en privatper-

---

<sup>115</sup> Schei (1998) s. 1146–1147 og Bøhn (2013) merknad 19 til domstoloven § 200 gir de grundigste omtalene av § 200 tredje ledd.

<sup>116</sup> Schei (1998) s. 1146 og LB-2011-146995. I rettspraksis har begrepet også blitt ansett å omfatte tjenestehandlinger knyttet til det kontormessige arbeidet ved behandlingen og tilretteleggingen av et søksmål, jf. Rt. 1979 s. 1481. Ettersom dette har karakter av å være en administrativ feil, går jeg ikke nærmere inn på spørsmålet.

son kan en tenke seg tilsvarende tap, eksempelvis i form av at en pågående og langvarig tvist leder til at en person ikke får fornyet et vikariat eller tildelt en bestemt stilling.<sup>117</sup> I slike tilfeller kan ikke en anke over *avgjørelsen* reparere feilen. Ettersom reparasjon ikke kan skje gjennom revisjon, kommer spørsmålet om erstatningsreglenes supplerende funksjon på spissen.

Utgangspunktet må også her tas i ordlyden. Det er uklart om erstatningssøksmål grunnet på alle typer prosessuelle feil er å anse som reist «i anledning av» en rettslig avgjørelse. Dette fremstår som klarere etter tvisteloven § 20-12 andre ledd, som bare gir søksmålsbegrensningene anvendelse dersom feilen «har fått virkning for en avgjørelse i saken». Formuleringen «i anledning av» rettslige avgjørelser er noe videre. Den kan både forstås som at søksmålet må utfordre *innholdet i en avgjørelse*, men kan også forstås slik at det er tilstrekkelig at feilen er *aktualisert av eller står i en nær sammenheng* med en rettslig avgjørelse. Mens det første tolkningsalternativet vil utelukke prosessuelle feil som ikke gjelder avgjørelser, vil slike feil rammes av det siste tolkningsalternativet fordi feilen har skjedd i den prosessen som ligger til grunn for en rettslig avgjørelse.

Å holde prosessuelle feil som ikke gjelder avgjørelser utenfor kriteriet er godt forenlig med bestemmelsens formål fordi konstatering av erstatningsansvar ikke er betinget av at en tidligere avgjørelse stemples som uriktig. Denne tolkningen har også en viss støtte i underrettspraksis. Der er det gitt uttalelser om at «det i alle tilfelle må dreie seg avgjørelser som er eller kan være gjenstand for rettslig overprøving» og at «faktiske handlinger og unnlater, som altså ikke er avgjørelser, kan det på vanlig måte reises erstatningssøksmål om».<sup>118</sup> Da tvisteloven § 20-12 ble vedtatt, beskrev dessuten Tvistemålsutvalget de feilene som rammes av sakskostnadsregelen som at det også «kan være feil som ikke gjelder selve avgjørelsene, f.eks. sendrektig behandling som øker partenes prosessutgifter».<sup>119</sup> Selv om disse uttalelsene ikke er gitt i tilknytning til domstolloven § 200 tredje ledd, illustrerer de at slike feil normalt ikke anses å *gjelde* avgjørelser. Dette bidrar til å styrke oppfatningen av at det heller ikke har vært meningen å la dem omfattes av kriteriet «i anledning av rettslige avgjørelser» i domstolloven

---

<sup>117</sup> Jf. eksempelvis TOSLO-2001-12255 som gjaldt tap som følge av påstått uriktige ytringer i domspremissene. Saksøker hevdet at uttalelsene om hennes person blant annet hadde resultert i at hun ikke fikk forlenget et vikariat.

<sup>118</sup> Jf. henholdsvis Jf. LB-2011-146995 og LB-2010-54232.

<sup>119</sup> NOU 2001: 32 A s. 543. Jf. også TOSLO-2016-50844 hvor tingretten også legger til grunn at dette er feil som ikke gjelder rettslige avgjørelser.

§ 200 tredje ledd. Det ville skapt en klar inkonsekvens i regelverket å anvende søksmålsbegrensningene ulikt for søksmål grunnet på tvisteloven § 20-12 og domstolloven § 200.

Etter min oppfatning taler derfor de beste grunner for å tillegge formålet bak søksmålsbegrensningene avgjørende betydning ved tolkningen av kriteriet «i anledning av rettslige avgjørelser», slik at det bare er krav om erstatning for tap *forårsaket av en rettslig avgjørelse som nevnt i tvisteloven § 19-1 og § 29-2* som må avvises etter domstolloven § 200 tredje ledd. Dette gir for det første grunnlag for en konklusjon om at det er erstatningssøksmål om riktigheten av avgjørelser om materielle krav som dekkes av inngangskriteriet. Dette utelukker ikke visse unntak også ved slike domstolsfeil, men disse må forankres i bestemmelsene i bokstav a)–c), jf. kapittel 3.5–3.7. Det samme gjelder prosessuelle avgjørelser som treffes i form av kjennelser og beslutninger. Også slike avgjørelser kan angripes med rettsmidler, enten gjennom en særskilt saksbehandlingsanke eller som ankegrunn dersom realitetsavgjørelse er avsagt.<sup>120</sup>

### 3.4.2 Særlig om feil i domspremissene

En form for domstolsfeil som kan tenkes å danne grunnlag for et erstatningssøksmål står i en særstilling. Feil i domspremissene er ikke en faktisk handling eller en unnlattelse, men en komponent i en rettslig avgjørelse. Et erstatningssøksmål mot staten grunnet på at det foreligger en feil i domspremissene er det derfor mer nærliggende å karakterisere som et søksmål reist «i anledning av» en rettslig avgjørelse. Likevel har feil i domspremissene det til felles med faktiske handlinger og unnlattelser at et erstatningskrav som bygger på at det er begått en slik feil ikke utfordrer riktigheten av en rettslig avgjørelse dersom det fremmes til realitetsbehandling.

Det kan for eksempel tenkes at en part vinner saken, men likevel hevder at det er fremsatt uriktige eller krenkende ytringer i domspremissene.<sup>121</sup> Det følger da av tvisteloven § 29-8 første ledd første punktum at saken ikke kan påankes. Tap kan også oppstå dersom parten

---

<sup>120</sup> Tvisteloven §§ 29-2–29-3.

<sup>121</sup> I TOSLO-2001-12255 hevdet saksøker at det var fremsatt ærekrenkende ytringer i domspremissene, og reiste erstatningssøksmål på grunnlag av dette.



taper saken og aksepterer at resultatet i dommen er riktig, men likevel hevder at uttalelser i domspremissene er erstatningsbetingende.

Tvistemålsutvalget tok ikke eksplisitt stilling til om unntak fra søksmålsbegrensningene kan forankres i en innskrenkende tolkning av formuleringen «i anledning av rettslige avgjørelser». Det ble likevel uttrykt skepsis til å gi en generell regel om at feil som ikke kan angripes med rettsmidler bør falle utenfor § 200 tredje ledd. Selv om det ikke ble konkludert klart på spørsmålene, går drøftelsene langt i å antyde at det bare er unntaksbestemmelsene i bokstav a)–c) som kan føre til at søksmålet kan realitetsbehandles i slike tilfeller.<sup>122</sup> Høyesterett har så langt ikke avgjort om slike feil rammes av domstoloven § 200 tredje ledd, men har gitt mer generelle uttalelser om tolkningen av bestemmelsen som kan gi en viss veiledning.

Bakgrunnen for Rt. 1979 s. 1481 var en erstatningssak som ble reist mot et forsikringsselskap og hvor det ble avsagt uteblivelsesdom. I premissene ble det forutsatt at saksøker ikke hadde betalt saksomkostninger. Dette viste seg å være uriktig. Saksøker fremsatte derfor en oppfriskningsbegjæring, men denne ble avvist. Dette resulterte i at saksøker reiste søksmål mot staten med krav om erstatning for tap som følge av at saken mot forsikringsselskapet ikke ble fullført. Saksøker anførte blant annet at søksmålsbegrensningene måtte tolkes innskrenkende på grunnlag av rimelighetshensyn og bestemmelsens formål, og at en slik tolkning ikke ville innebære noen prinsipielle betenkeligheter fordi avvisningskjennelsen var en formell avgjørelse og ikke en realitetsavgjørelse. Til dette bemerket Høyesterett følgende:

«Begrensningen i loven er knyttet til faste kriterier. Det kan ikke være forenlig med lovens ordlyd og formål å tolke reglene innskrenkende, på grunnlag av en skjønnsmessig rimelighetsvurdering av de feil som påberopes. Ganske særlig kan det ikke være grunnlag for en slik innskrenkende tolking når det har vært en rimelig mulighet til å angripe eller rette opp feilene ved rettsmidler.»

Lovtekstens bruk av faste kriterier taler altså i utgangspunktet i favør av en bokstavelig tolkning. Uttalelsen må imidlertid også forstås i lys av konteksten, som nettopp var at det oppstod spørsmål om innskrenkende tolkning på grunnlag av *en konkret rimelighetsvurdering*. Saksø-

---

<sup>122</sup> Jf. særlig NOU 2001: 32 A s. 500–502, men også NOU 2001: 32 B s. 1007–1008, Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 344.

kers anførsel gikk ut på at saken som feilen var begått i var så viktig at søksmålet måtte fremmes uten hinder av søksmålsbegrensningene. Det må være temmelig klart at det ikke kan bli tale om noe generelt unntak basert på sakens karakter. En slik regel ville eliminert de prosessdempende virkningene som de faste kriteriene tar sikte på å etablere.

Et unntak basert på at søksmålsbegrensningenes sentrale formål ikke treffer er imidlertid noe annet enn dette. Det er tale om en tolkning basert på et formål som er fremhevet i både forarbeider, juridisk litteratur og rettspraksis. Høyesterett i storkammer fremholdt senest i 2016 at det var bestemmelsens formål – hensynet til å unngå omkamper om rettslige avgjørelser – som var avgjørende for om søksmålet kunne fremmes.<sup>123</sup> Dette befester nok en gang oppfatningen av formålet som en styrende rettskilde ved tolkningen av domstoloven § 200 tredje ledd. En innskrenkende tolkning som ekskluderer feil i domspremissene fra domstoloven bestemmelsen vil derfor heller ikke være problematisk ut fra et forutberegnelighetsperspektiv.

Det kan nevnes at en sak om betydningen av at det er begått feil i domspremissene i erstatningssøksmål mot staten har blitt behandlet av Oslo tingrett.<sup>124</sup> Ettersom realitetsavgjørelsen som inneholdt de påstått ansvarsbetingende uttalelsene i domspremissene var delvis endret, ble erstatningssøksmålet fremmet etter § 200 tredje ledd bokstav a). Domstolen tok derfor ikke stilling til avvissings spørsmålet. Staten synes imidlertid å ha vært av den oppfatning at søksmålsbegrensningene *i utgangspunktet* gjaldt i slike tilfeller, men ikke kom til anvendelse fordi søksmålet falt innenfor unntaket i bokstav a).<sup>125</sup> I tråd med det som er sagt over er min oppfatning at søksmålet burde blitt fremmet uansett. Løsningen er likevel ikke klar på grunn av uttalelsene i forarbeidene.

### **3.5 Søksmålet kan fremmes dersom avgjørelsen er «opphevet eller forandret»**

Det mest praktiske unntaket fra hovedregelen om at erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser» skal avvises finnes i bokstav a), som fastsetter at søksmålet likevel kan

---

<sup>123</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 42.

<sup>124</sup> TOSLO-2001-12255.

<sup>125</sup> Staten viste til at at «[s]elv om denne bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i den foreliggende sak – *hvilket skyldes at A ved lagmannsrettens dom fikk utvidet samværsrett med barna i forhold til det herredsretten hadde bestemt* – viser bestemmelsen at det er meget strenge krav som stilles for at det skal bli tale om sanksjoner mot en dommer for uttalelser gitt i rettslige avgjørelser.» (Min kursivering).

fremmes dersom den påstått ansvarsbetingende rettslige avgjørelsen er «opphevet eller forandret». I tilfeller hvor en kjennelse eller beslutning oppheves eller en dom endres helt, er det ikke tvilsomt at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Betegnelsen «omkamp» passer ikke i slike tilfeller fordi avgjørelsen som angripes allerede er endret av en domstol etter at rettsmidler har blitt anvendt mot den. Det vil da være tale om et økonomisk tap som følge av en *konstatert uriktig avgjørelse*, og ikke et erstatningssøksmål basert på at en uendret – og normalt rettskraftig – avgjørelse er uriktig. Det oppstår derfor ikke en risiko for materiell motstrid.

Lovtekstens formulering innebærer samtidig at det er helt uten betydning om saksøker hevder at avgjørelsen er uriktig ved å vise til et annet påstandsgrunnlag eller en «glemt» anførsel.<sup>126</sup> Høyesterett har lagt til grunn at en endring av *avgjørelsen* er et absolutt vilkår etter bestemmelsen, og at dette gjelder selv om den avgjørelsen som angripes gjennom erstatningssøksmålet påstås å være i strid med grunnleggende rettigheter som menneskerettighetene.<sup>127</sup>

I HR-2016-2195-S (Hegdahl) anførte saksøker at søksmålet måtte fremmes til tross for at den påstått konvensjonsstridige høyesterettsdommen ikke var endret. Det ble vist til at spørsmålet om konvensjonsstrid ikke ble vurdert i dommen, men for Høyesterett var det avgjørende at spørsmålet *kunne* ha blitt vurdert gjennom en anførsel fra saker. Det ble ikke knyttet noen bemerkninger til at Høyesterett hadde plikt til å vurdere konvensjonsspørsmålet *ex officio*, og om dette kunne tenkes å gi grunnlag for et unntak fra domstoloven § 200 tredje ledd. Løsningen kan være særlig velgrunnet dersom det er en høyesterettsavgjørelse som påstås å være uriktig, ettersom denne ikke kan angripes med ordinære rettsmidler. Et slikt unntak er likevel vanskelig å forene med lovtekstens faste kriterier, og blir derfor et eksempel på hvilke uheldige utslag søksmålsbegrensningene kan gi i praksis. Ulempene avdempes likevel en del ved at en folkerettsstridig avgjørelse kan gi grunnlag for gjenåpning dersom konvensjonsbrudd blir konstatert av et konvensjonsorgan, jf. tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav d).

Utenfor disse klare tilfellene er det nødvendig med noen presiseringer.<sup>128</sup> For det første kan det spørres om kravet om at avgjørelsen må være «opphevet eller forandret» bare vil være

---

<sup>126</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 53.

<sup>127</sup> HR-2016-2195-S avsnitt 53.

<sup>128</sup> Det er lite rettskildemateriale knyttet til bokstav a). Det ble heller ikke gitt noen spesielle føringer for tolkningen av den i NOU 2001: 32 A eller NOU 2001: 32 B da den ble besluttet videreført. Bestemmelsen er kort kommentert i Bøhn (2013) note 19 i kommentaren til § 200.

oppfylt dersom endringen har gått i saksøkers favør. En sak fra Asker og Bærum tingrett illustrerer problemstillingen.<sup>129</sup>

Saken gjaldt et krav om erstatning for tapt arbeidsfortjeneste som følge av at saksøker ikke fikk jobb etter en påstått uriktig tingrettsdom i en samværssak. Saksøkers anke over dommen ble forkastet av lagmannsretten. Motparten hadde imidlertid fremsatt en motanke som ble tatt til følge. Dommen ble derfor *forandret*, men ikke i saksøkers favør. Retten kom til at unntaksbestemmelsen i bokstav a) måtte forstås slik at endringen må ha vært til gunst for den som fremmer det etterfølgende erstatningssøksmålet, og at bestemmelsen derfor stengte for saksanlegg. Drøftelsen er noe knapp, men ettersom vurderingstemaet ble formulert som et spørsmål om man ut fra bestemmelsens formål må begrense anvendelsesområdet for bokstav a), synes formålet nok en gang å ha vært avgjørende for tolkningsresultatet.

Denne tolkningen må være riktig. Dersom unntaksbestemmelsen tolkes slik at en part kan angripe en del av avgjørelsen som ikke er endret i hans favør, vil dette komme i konflikt med formålet om å unngå materielt motstridende avgjørelser. Bestemmelsen må derfor forstås slik at erstatningssøksmålet bare kan fremmes hvis den delen av avgjørelsen som ble *endret* danner grunnlaget for søksmålet, og avvises dersom parten krever erstatning for tap som følge av den delen av avgjørelsen som *ikke* ble endret. En slik tolkning representerer kun en presiserende tolkning av lovteksten.

Noe annet er tilfellene hvor en part bare *delvis* vinner frem etter at rettsmidler er anvendt mot en avgjørelse. I visse sammenhenger har det rettslig betydning i hvilken utstrekning en part kan sies å ha vunnet frem med et krav. Dette kommer tydeligst til uttrykk i tvistelovens regler om sakskostnader. Tvisteloven § 20-2 andre ledd inneholder en definisjon av når en sak anses som vunnet. Dette er fordi hovedregelen er at den parten som vinner saken har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Tvisteloven § 20-3 fastsetter at også en part som har fått medhold av betydning unntaksvis kan tilkjennes sakskostnader fra motparten. Spørsmålet er derfor om det også etter domstoloven § 200 tredje ledd har rettslig betydning at en part bare delvis vinner frem med sitt krav, eller om enhver endring i saksøkers favør er tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om at avgjørelsen må være «opphevet eller forandret».

---

<sup>129</sup> TAHER-2011-102495.

Bestemmelsens ordlyd oppstiller ikke noe krav om at endringen må være vesentlig eller av betydning slik tvistemålslovens bestemmelser om saksomkostninger gjør, og tilsier derfor at enhver endring er tilstrekkelig. Begrepene som er brukt er klare, og legger ikke opp til noen skjønnsmessige vurderinger. En innfortolkning av et krav om at endringen må være av et visst omfang, vil derfor utgjøre en innskrenkende tolkning av bestemmelsen. Det er vanskelig å finne rettskildemessige holdepunkter for en slik tolkning.

Rt. 1989 s. 790 inneholder uttalelser av relevans for spørsmålet. Saken gjaldt en tvist om betaling for utført arbeid etter et avbrutt oppdrag om produksjon av reklamemateriell. Byretten kom til at oppdragsgiver hadde plikt til å betale kr. 15.882, men etter anke til lagmannsretten ble betalingsforpliktelsen redusert til kr. 8.880.<sup>130</sup> Oppdragsgiver reiste deretter erstatningssøksmål mot byrettsdommeren for uriktig saksbehandling. Erstatningssøksmålet ble avvist av lagmannsretten fordi vilkåret i daværende tvistemålsloven § 436 – som svarer til domstolloven § 200 bokstav a) – om at avgjørelsen måtte være opphevet eller forandret ikke ble ansett å være oppfylt. Høyesteretts ankeutvalg opphevet avvisningskjennelsen med følgende begrunnelse:

«Denne dom ble påanket til lagmannsretten som i sin dom 20. november 1987 kom til et delvis annet resultat enn byretten. Lagmannsrettens dom er rettskraftig. Den avgjørelse av byretten som danner grunnlaget for Høidahls søksmål etter § 435 ble således endret, og § 436 stenger derfor ikke for søksmålet mot byrettsdommeren.»

Ankeutvalget oppstiller ikke noe krav om at endringen må være *vesentlig* for at avgjørelsen skal anses som «forandret», og bekrefter samtidig at en delvis endring kan være tilstrekkelig. Det var riktignok tale om en ikke ubetydelig reduksjon av betalingsforpliktelsen, slik at spørsmålet om hvordan mer beskjedne endringer må håndteres ikke kom på spissen. Likevel ville det vært naturlig å knytte en slik reservasjon til tolkningen ettersom lagmannsretten kom til at en endring tilsvarende nesten halvparten av tvistesummen ikke var tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav.

Å legge en slik forståelse av ankeutvalgets kjennelse til grunn er godt forenlig med bestemmelsens ordlyd. Et annet tolkningsresultat vil innebære en innskrenkende tolkning av et unn-

---

<sup>130</sup> LE-1986-367.

tak fra en allerede streng hovedregel om avvisning. En slik tolkning må bygge på et solid rettskildemessig grunnlag, og dette er det vanskelig å finne spor av. En innfortolkning av et skjønnsmessig vilkår om at endringen må være vesentlig vil dessuten også virke prosesskappende, og dermed undergrave den klarheten som en har forsøkt å etablere gjennom de faste kriteriene som er brukt. Lovteksten må derfor tas på ordet på dette punktet, og en eventuell endring overlates til lovgiver.

### **3.6 Søksmålet kan fremmes dersom avgjørelsen «er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres»**

Mens de øvrige unntaksbestemmelsene i domstoloven § 200 tredje ledd er videreføringer av tvistemålsloven § 436, er regelen i bokstav b) en nyvinning. Etter denne bestemmelsen kan et erstatningssøksmål som er reist i anledning av en rettslig avgjørelse fremmes dersom «avgjørelsen er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres».<sup>131</sup>

Bestemmelsen ble innført for å forhindre visse urimelige utslag av hovedregelen om avvisning. Tvistemålsutvalget var av den oppfatning at det skulle være mulig å reise erstatningssøksmål om midlertidige avgjørelser som faller bort med den konsekvens at parten mister sin rettslige ankeinteresse og dermed ikke får anvendt rettsmidler mot avgjørelsen, jf. tvisteloven § 1-3. Som eksempler nevnes fengsling etter konkursloven, fengslig forvaring av vitne etter tvisteloven og visse midlertidige avgjørelser etter barneloven og ekteskapsloven.<sup>132</sup> Det var også særlig det forhold at en manglende adgang til å kreve erstatning for fengsling etter konkursloven § 105 kunne være uforenlig med EMK artikkel 5(5) og retten til domstolstilgang i artikkel 6 som ble drøftet og fremholdt som en viktig begrunnelse for den nye unntaksbestemmelsen.

Fellestrekket ved de eksemplene som nevnes er at det reelt sett vil være en begrenset adgang til rettsmiddelbruk fordi det er tale om avgjørelser som normalt er kortvarige. Tvistemålsutvalget ønsket imidlertid ikke å gi en generell unntaksregel om at erstatningssøksmålet må

---

<sup>131</sup> Bokstav b) har så langt ikke vært gjenstand for noen nærmere analyse i litteraturen, men er forholdsvis grundig omtalt i NOU 2001: 32 A s. 500–502, NOU 2001: 32 B s. 1007–1008 og Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 505.

<sup>132</sup> NOU 2001: 32 A s. 501.

fremmes dersom rettsmiddeladgangen har vært formelt eller reelt avskåret, selv om det ble erkjent at søksmålsbegrensningenes formål ikke treffer i slike tilfeller.<sup>133</sup> Dette ble begrunnet med at både var prinsipielt og praktisk umulig å gjennomføre en regel som åpner for at enhver rettslig avgjørelse kan overprøves gjennom rettsmiddelbruk eller et erstatningssøksmål.<sup>134</sup> Selv om det ikke ble uttrykkelig sagt, tyder drøftelsene på at bokstav b) gir en uttømmende regulering av når en manglende formell eller reell rettsmiddeladgang kan lede til et unntak fra hovedregelen om avvisning.

I forarbeidene gis det videre uttrykk for at bokstav b) inneholder et absolutt årsakskrav ved at søksmålet bare kan fremmes dersom «muligheten for å angripe avgjørelsen var avskåret nettopp fordi avgjørelsen falt bort».<sup>135</sup> Dersom parten forhindres i å anvende rettsmidler av *andre* grunner ikke den manglende rettsmiddelbruken en «virkning» av avgjørelsens bortfall etter bokstav b). Det er likevel ikke et vilkår at parten *faktisk* har forsøkt å anvende rettsmidler. Vilkåret vil være oppfylt så lenge det kan påvises at rettsmidlene ikke *kunne* ført til en overprøving etter gjeldende rettsmiddelfrister på grunn av avgjørelsens bortfall.<sup>136</sup>

Bestemmelsen har så langt ikke voldt særlige tolkningsproblemer i praksis. Den illustrerer likevel hvordan de nærmere grensene for søksmålsbegrensningene kan være vanskelige å avgjøre, men at det finnes grenser for hvor langt formålet kan begrunne unntak fra hovedregelen om avvisning.

### **3.7 Søksmålet kan fremmes dersom dommeren «ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen»**

Det siste og mest upraktiske unntaket fra hovedregelen om avvisning er gjort for de tilfeller der det foreligger en dom som slår fast at dommeren har gjort seg «skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen». I slike tilfeller er den feilen som er begått så graverende at dette i seg selv kan begrunne unntaket. Men å fremme søksmålet er heller ikke så betenkelig ut fra begrunnelsen for søksmålsbegrensningene. Erstatningssøksmålet mangler jo preg av å være et forsøk

---

<sup>133</sup> NOU 2001: 32 A s. 501.

<sup>134</sup> NOU 2001: 32 A s. 501.

<sup>135</sup> NOU 2001: 32 B s. 1007.

<sup>136</sup> NOU 2001: 32 B s. 1007.

på en «omkamp» når det allerede foreligger en dom som konstaterer at det er begått en grov feil ved avgjørelsen.

### 3.8 Konklusjoner

Som drøftelsen så langt har vist reiser søksmålsbegrensningene i domstoloven § 200 tredje ledd en rekke tolkningsspørsmål. Mange av disse spørsmålene kan løses ved å la bestemmelsens formål virke styrende for tolkningen. Det kan heller ikke være tvil om at bestemmelsen er bærer av viktige prosessuelle hensyn – å la erstatningssøksmål fungere som et fjerde rettsmiddel bryter med det systemet som er etablert i prosesslovgivningen. Men som jeg nevnte avslutningsvis i kapittel 2.3, og som etter min oppfatning må være av betydning ved vurderingen av om § 200 tredje ledd utgjør en hensiktsmessig prosessuell regel, er om det er mulig å ivareta disse hensynene gjennom andre og mindre inngripende reguleringer.

Som de neste kapitlene i fremstillingen vil vise, er det etablert strenge materielle regler for domstolsansvar. En høy ansvarsterskel er også ansett som *tilstrekkelig* for å forhindre flodbølger av søksmål om rettmessigheten av rettslige avgjørelser i EU/EØS-retten. Den høye ansvarsterskelen reduserer i seg selv den praktiske betydningen av spenningsforholdet mellom de hensynene som ligger til grunn for rettskraftreglene og etterfølgende erstatningssøksmål. Mer ekstreme tilfeller av misbruk av søksmålsadgangen vil også kunne rammes av tvisteloven § 2-2 femte ledd, som fastsetter at søksmålet kan avvises dersom det «utvilsomt ikke kan ha et fornuftig formål og er anlagt av en person som misbruker rettsapparatet ved gjentatte ganger å ha anlagt slike saker».

Risikoen for at fraværet av § 200 tredje ledd vil føre til at erstatningssøksmål anvendes *i stedet for* de ordinære rettsmidlene kan selvfølgelig ikke elimineres fullstendig. Etter min oppfatning vil den imidlertid reduseres betraktelig dersom en anlegger samme synspunkt som i svensk rett, nemlig ved å se den manglende anvendelsen av rettsmidler som en del av vurderingen om skadelidtes medvirkning. Dersom prosesslovgivningens rettsmidler *kunne* forhindret det økonomiske tapet og skadelidte *burde* anvendt dem, så kan ikke den delen av tapet som kunne vært unngått kreves erstattet. Dette åpner for at mer konkrete hensyn kan vektlegges, samtidig som omgåelser av rettsmiddelsystemet unngås. En slik ordning bør da også suppleres av en regel som tilsvarende skadeståndslagen 3 kap. 7 § første punktum, som fastsetter at erstatningssøksmål i anledning av høyesterettsavgjørelser ikke kan fremmes. Dermed blir det i



stor grad mulig å unngå at lavere domstoler blir nødt til å foreta indirekte overprøvinger av høyesterettsavgjørelser. Unntak fra dette utgangspunktet må gjøres ved erstatningssøksmål «i anledning av rettslige avgjørelser» som pretenderes å være EØS-stridige.

## 4. Folkerettslige ansvarsgrunnlag

### 4.1 Erstatningsrettslig påvirkning av sivilprosessen

Internasjonaliseringen av norsk rett kan få direkte internrettslige virkninger ved at folkerettslige forpliktelser gjøres til en del av norsk rett. Ettersom både EØS-avtalens hoveddel og EMK med tilleggsprotokoller er inkorporert som norsk lov, kan private rettssubjekter påberope seg rettigheter som måtte følge av disse reglene direkte for nasjonale domstoler.<sup>137</sup>

For den som er part i en sivil sak vil EU/EØS-reglene og EMK kunne få betydning på to måter under domstolsbehandlingen av tvisten. For det første kan de gi konkrete prosessuelle eller materielle rettigheter som parten ellers ikke ville hatt etter nasjonale regler. For det andre kan domstolens brudd på disse rettighetene tenkes å utløse sanksjoner som kan reparere rettsbruddet i en videre utstrekning enn det som er mulig gjennom anvendelse av prosesslovgivningens ordinære og ekstraordinære rettsmidler. Spørsmålet er om EØS-avtalen og EMK inneholder regler som er relevante for en part som ønsker å kreve erstatning for feil under domstolsbehandlingen av en sak.

I det følgende er formålet å gi en oversikt over mulige erstatningsregler om domstolsansvar i EØS-retten og EMK, og gjøre rede for forholdet mellom disse og internrettslige ansvarsgrunnlag. Det er først dersom EØS-rettslige og menneskerettslige erstatningsregler går lenger enn internrettslige regler om domstolsansvar at de folkerettslige reglene får en selvstendig betydning, og går foran ved eventuell motstrid.<sup>138</sup> En utførlig analyse er likevel ikke mulig innenfor rammen av denne fremstillingen. Målet er derfor å få frem hovedtrekk og sentrale sammenhenger.

---

<sup>137</sup> EØS-loven § 1 og menneskerettsloven § 2.

<sup>138</sup> EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3.

## 4.2 EØS-avtalen

### 4.2.1 Innledning

De erstatningsrettslige følgene av folkerettslige forpliktelser har vært særlig tydelige på EU/EØS-rettens område. Et statlig erstatningsansvar for brudd på EU-retten ble stadfestet av EU-domstolen i *Francovich*.<sup>139</sup> Da EFTA-domstolen fikk forelagt det samme spørsmålet i *Sveinbjörnsdóttir*, ble det lagt til grunn at også EØS-avtalen omfatter et statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-rettslige forpliktelser.<sup>140</sup> Høyesterett sluttet seg til dette synspunktet i Rt. 2005 s. 1365 (Finanser II), hvor førstvoterende kom med følgende prinsipielle uttalelse:

«Jeg slutter meg til det syn at det ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-avtalen, og det må legges til grunn at EØS-loven § 1, som gjorde hoveddelen i EØS-avtalen til norsk lov, må forstås slik at den også omfatter dette ansvaret.»<sup>141</sup>

Det er derfor sikker rett at staten kan bli erstatningsansvarlig for tap som er en følge av brudd på EØS-rettslige forpliktelser. Dommen gjaldt imidlertid et krav om erstatning for tap som følge av EØS-brudd under utøvelse av lovgivningsmyndighet, og er dermed ikke prejudikat for at staten også kan bli erstatningsansvarlig i tilfeller hvor EØS-striden kan føres tilbake til en feil domstolen har begått. Dette er et spørsmål om erstatningsansvarets rekkevidde som så langt ikke har vært prøvd av Høyesterett. Temaet i det følgende er derfor om det EØS-rettslige erstatningsansvaret omfatter brudd på EØS-retten som er forårsaket av nasjonale domstoler.

Generelle spørsmål om det EØS-rettslige erstatningsansvarets grunnlag og innhold faller utenfor oppgavens tema, og for mer utførlige drøftelser om disse problemstillingene vises det til andre fremstillinger.<sup>142</sup> Den videre fremstillingen tar kun sikte på å gjøre rede for de sidene ved erstatningsansvaret som er av relevans for spørsmålet om statlig erstatningsansvar for

---

<sup>139</sup> Sak C-6/90, *Francovich*, Sml. 1991 s. I-5357.

<sup>140</sup> Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95. Jf. også sak E-4/01, *Karlsson*, EFTA Ct. Rep. s. 2002 s. 240, sak E-8/07, *Nguyen*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 223 og sak E-2/10, *Kolbeinsson*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234 som følger opp dette standpunktet.

<sup>141</sup> Avsnitt 52.

<sup>142</sup> Jf. særlig Sejersted mfl. (2011) s. 208–217, Fredriksen (2013), Fredriksen og Mathisen (2014) s. 324–338 og Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 260–269.

domstolsfeil. Det må likevel understrekes at drøftelsene i punkt 4.2. bygger på to klare forutsetninger. Den ene er at det utvilsomt eksisterer et EØS-rettslig erstatningsansvar for brudd på EØS-retten, og at dette et godt stykke på vei svarer til det EU-rettslige erstatningsansvaret for brudd på EU-retten.<sup>143</sup> Den andre er at det EØS-rettslige erstatningsansvaret har hjemmel i EØS-avtalen som gjelder som norsk lov etter EØS-loven § 1.<sup>144</sup>

#### 4.2.1 Erstatningsrettslige virkninger: EU

Det er EØS-avtalen som regulerer spørsmålet om de erstatningsrettslige følgene av brudd på EØS-retten. Det er tale om et erstatningsansvar som har blitt utviklet gjennom rettspraksis, og svarene på spørsmålet om det eksisterer et EØS-rettslig domstolsansvar må derfor også søkes der. Ettersom EØS-avtalen bindes sammen med EU-avtalen gjennom homogenitetsmålingen, er det naturlige utgangspunktet for svaret på spørsmålet hvordan tilsvarende spørsmål har blitt håndtert i EU-retten. Den sentrale dommen er *Köbler*, som inneholder resonnementer som har vist seg å bli tillagt betydning også i EØS-rettslig sammenheng.<sup>145</sup>

*Köbler* gjaldt en universitetsprofessor som krevde erstatning fra den østerrikske staten for tap påført som følge av en EU-stridig rettsavgjørelse avsagt av *Verwaltungsgerichtshof*, som er Østerrikes høyeste forvaltningsdomstol. Saksøker hevdet at domstolens nektelse av å tilkjenne ham et særskilt lønnstillegg fordi han ikke hadde tjenestegjort i landet i minst 15 år innebar et brudd på EU-rettens prinsipp om fri bevegelighet for arbeidstakere.<sup>146</sup> Spørsmålet ble derfor forelagt EU-domstolen, som for første gang måtte ta stilling til om det EU-rettslige erstatningsansvaret også gjaldt for rettsbrudd forårsaket av nasjonale domstoler.

I tråd med tidligere praksis slo EU-domstolen først fast at det gjelder et prinsipp om at medlemsstatene kan bli erstatningsansvarlige for skader som er en følge av brudd på fellesskapsretten, og at en stat anses som en enhet etter folkerettslige regler.<sup>147</sup> Dette måtte også gjelde i EU-retten, med den konsekvens at også rettsbrudd forårsaket av nasjonale domstoler måtte omfattes av det EU-rettslige erstatningsansvaret. Det måtte derfor eksistere en mulighet for å

---

<sup>143</sup> Homogenitetsprinsippet etablerer en presumsjon for dette, jf. Fredriksen og Mathisen (2014) s. 44.

<sup>144</sup> Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) avsnitt 52.

<sup>145</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239.

<sup>146</sup> For nærmere detaljer om saksforholdet, jf. dommens avsnitt 5–13.

<sup>147</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239 avsnitt 30–32.

kreve erstatning på nasjonalt nivå for EU-stridige avgjørelser avsagt av en domstol i siste instans.<sup>148</sup> Flere medlemsstater fremla sitt synspunkt på spørsmålet om eksistensen av et domstolsansvar, men ingen av innvendingene førte frem.

Et gjennomgående hovedargument mot et statlig erstatningsansvar for EU-stridige domstolsavgjørelser var at et slikt ansvar ville komme i konflikt med prinsipper om rettskraft og rettsikkerhet.<sup>149</sup> Som vist i kapittel 2.3.3.3 la EU-domstolen avgjørende vekt på at erstatnings-søksmål ikke har samme formål eller nødvendigvis involverer samme parter som den rettskraftige avgjørelsen som angripes ved søksmålet.<sup>150</sup> Hensynet til nasjonale rettskraftregler kunne derfor ikke stenge for et EU-rettslig domstolsansvar.

Også hensynet til domstolenes uavhengighet ble avvist som et avgjørende argument mot et domstolsansvar. EU-domstolen fremholdt at ikke var tale om et personlig ansvar for dommeren, men et statlig erstatningsansvar, og at dette reduserte risikoen for tvil om en dommers uavhengighet. Heller ikke synspunktet om at erstatning for en uriktig rettsavgjørelse kunne svekke domstolens autoritet ble tatt til følge, ettersom et slikt erstatningsansvar også kunne forbedre kvaliteten på rettsapparatet og dermed styrke denne autoriteten.<sup>151</sup>

De praktiske utfordringene et statlig erstatningsansvar for domstolsfeil kunne medføre ble heller ikke ansett som avgjørende argumenter mot et domstolsansvar. Beskyttelsen av de individuelle rettighetene måtte sikres til tross for vanskeligheten med å finne kompetente rettsinstanser som kunne ta stilling til slike søksmål.<sup>152</sup> Det ble til slutt også vist til adgangen EMD har til å tilkjenne erstatning for konvensjonsbrudd etter EMK artikkel 41.

Det siste argumentet er ikke helt treffende. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 4.3.2 gir artikkel 41 EMD adgang til å tilkjenne erstatning til den som har blitt påført et tap som følge av et konvensjonsbrudd, men den pålegger ikke medlemsstatene noen plikt til å tilkjenne slik erstatning på *nasjonalt nivå*. EU-ansvaret og EØS-ansvaret anses å være innebygget i hen-

---

<sup>148</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239 avsnitt 36.

<sup>149</sup> Jf. Groussot og Minssen (2007) s. 385–417 for en nærmere analyse av betydningen av disse hensynene i EU-domstolens praksis.

<sup>150</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239a vsnitt 38–39.

<sup>151</sup> Sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239 avsnitt 41–42.

<sup>152</sup> Avsnitt 44–48.

holdsvis EU-traktatene og EØS-avtalen, noe som betyr at et erstatningskrav kan bygges direkte på disse grunnlagene.<sup>153</sup> Slike krav må derfor kunne håndheves på nasjonalt nivå, noe som kan skape atskillig større praktiske vanskeligheter for medlemsstatene enn en erstatningsregel som ikke har slike internrettslige virkninger. Henvisningen til EMK artikkel 41 synes likevel bare å ha utgjort et støttemoment, og ikke et avgjørende argument for etableringen av et EU-rettslig domstolsansvar.

*Köbler* har blitt kritisert i litteraturen, og da særlig på grunn av sitt prosesskapende potensiale.<sup>154</sup> Som nevnt i del 2.3.3 er imidlertid den prosesskapende effekten søkt avdempet gjennom en særlig streng materiell regel. Argumentasjonen i *Köbler* har heller ikke blitt fraveket i senere praksis fra EU-domstolen, og er derfor fremdeles uttrykk for gjeldende rett.<sup>155</sup> Når det gjelder det tilsvarende spørsmålet innenfor EØS-retten – om det EØS-rettslige erstatningsansvaret også gjelder dersom rettsbruddet er forårsaket av nasjonale domstoler – har EFTA-domstolen så langt ikke tatt stilling til spørsmålet. Det er likevel mulig at en endelig avklaring vil skje i *Kolbeinsson*, som har klare berøringflater med *Köbler*.<sup>156</sup>

#### 4.2.2 Erstatningsrettslige virkninger: EØS

Som nevnt i kapittel 2.3.3.3, gjaldt *Kolbeinsson* en arbeidstaker som ikke fikk tilkjent erstatning av islands høyesterett for tap han ble påført som følge av en arbeidsulykke. Da han krevde erstatning fra staten i et etterfølgende erstatningssøksmål, oppstod spørsmålet om domstolsavgjørelsen var EØS-stridig. EFTA-domstolen ble derfor bedt om en rådgivende uttalelse, men islands Høyesterett omformulerte foreleggelsesspørsmålet slik at det i stedet ble et spørsmål om den islandske gjennomføringslovgivningen stred mot EØS-retten.<sup>157</sup> EFTA-domstolen kom likevel med en kort kommentar til spørsmålet i et obiter dictum, hvor det ble fremholdt at dersom statene skulle bli erstatningsansvarlige for EØS-brudd forårsaket av en

---

<sup>153</sup> I EFTA-stater med en dualistisk tilnærming vil dette være betinget av nasjonal gjennomføring, og i Norge ble dette gjort gjennom EØS-loven.

<sup>154</sup> Wattel (2004) s. 177–190.

<sup>155</sup> Jf. eksempelvis sak C-173/03, *Traghetti*, Sml. 2006 s. I-5177, og den nyere sak C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito mfl.*

<sup>156</sup> Sak E-2/10, *Kolbeinsson*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234.

<sup>157</sup> Fredriksen (2013) s. 80 med videre henvisninger.

nasjonal domstol, måtte bruddet uansett være kvalifisert.<sup>158</sup> På dette punktet ble det vist til *Köbler*.

EFTA-domstolens uttalelse kan ikke anses å gi en endelig avklaring av spørsmålet om det eksisterer et EØS-rettslig domstolsansvar, men den går langt i å antyde det.<sup>159</sup> ESA har dessuten også gitt uttrykk for at EØS-avtalen gir grunnlag for et statlig domstolsansvar, og vist til argumentasjonen i *Köbler*.<sup>160</sup> Spørsmålet er om det er grunnlag for å skille mellom EU-reguleringen og EØS-reguleringen på dette punktet.

En anerkjennelse av et EØS-rettslig erstatningsansvar for domstolsfeil kan i utgangspunktet bæres av homogenitetsmålsetningen. Dette gjelder særlig dersom en legger til grunn en *virkningsorientert* forståelse av homogenitetsmålsetningen, slik at EØS-regler ikke bare skal ha samme ordlyd og tolkes som tilsvarende regler i EU-retten, men også tillegges samme rettsvirkninger.<sup>161</sup> Målet om en slik parallellitet i anvendelsen av reglene innebærer derfor at det er unntakene fra et EØS-rettslig domstolsansvar som må begrunnes.<sup>162</sup>

En innvending mot et erstatningsansvar for domstolsfeil er at det tilfører EØS-avtalen et overnasjonalt element.<sup>163</sup> Innenfor EU-retten synliggjøres dette elementet særlig gjennom den plikten nasjonale domstoler har til å fremlegge spørsmål for EU-domstolen.<sup>164</sup> Eksistensen av en slik plikt gjør at manglende overholdelse av den blir argument for at rettsbruddet skal utløse et erstatningsansvar. En tilsvarende plikt eksisterer ikke i EØS-avtalen, ettersom en sentral forutsetning var at de nasjonale domstolene skulle være uavhengige og ikke underlegges EFTA-domstolen som en form for fjerde instans.<sup>165</sup> Dette er en forutsetning som er vanskelig

---

<sup>158</sup> Jf. avsnitt 77 i sak E-2/10, *Kolbeinsson*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234.

<sup>159</sup> Dette synes også å være oppfatningen i juridisk litteratur, jf. særlig Baudenbacher (2012) s. 8, Fredriksen (2013) s. 84 og Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 268.

<sup>160</sup> Jf. «Letter of formal notice to Iceland concerning State liability for breach of EEA law by a court adjudicating at last instance» av 17. juni 2015 Tilgjengelig på: <http://www.eftasurv.int/media/decisions/752617.pdf> (sist besøkt desember 2017).

<sup>161</sup> Fredriksen (2013) s. 66 med videre henvisninger.

<sup>162</sup> Fredriksen (2013) s. 67.

<sup>163</sup> Men som påpekt mer generelt av Sejersted mfl. (2011) s. 108, er det uansett mest treffende å «tenke seg en akse, med «folkerett» og «overnasjonal rett» som de to ytterpunktene, og med EØS-avtalen et sted i midten».

<sup>164</sup> Jf. TEUV artikkel 267.

<sup>165</sup> Jf. domstoloven § 51 a og ODA artikkel 34.

å forene med en erstatningssanksjon for manglende fremleggelse av EØS-rettslige spørsmål for EFTA-domstolen.

Betydningen av foreleggelsesplikten har likevel neppe noen særlig tyngde som argument mot *eksistensen* av et statlig erstatningsansvar for domstolsansvar, men inngår snarere som ledd i ansvarsvurderingen. Det er vanskelig å finne spor av at EU-domstolen anvender fremleggelsesplikten som en *begrunnelse* for domstolsansvaret. Et gjennomgående trekk ved argumentasjonen i *Köbler* er tvert imot at erstatningsansvaret bidrar til å sikre en effektiv beskyttelse av de materielle rettighetene.<sup>166</sup> Dette harmonerer godt med EU-domstolens argumentasjon i *Francovich* hvor medlemsstatenes erstatningsansvar ble stadfestet for første gang, og hvor det ble fremholdt at

«[t]he full effectiveness of Community rules would be impaired and the protection of the rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible».<sup>167</sup>

Dette synspunktet treffer også ved rettsbrudd forårsaket av nasjonale domstoler – noe som også blir fremhevet i *Köbler* – og det er derfor vanskelig å se at domstolsansvaret skal bygge på en annen prinsipiell begrunnelse enn den som ble lagt til grunn i *Francovich*. Når foreleggelsesplikten dermed ikke ser ut til å ha vært avgjørende for å stadfeste et EU-rettslig domstolsansvar, kan det heller ikke være et avgjørende argument mot å anerkjenne et EØS-rettslig domstolsansvar. De øvrige innvendingene mot et EØS-rettslig erstatningsansvar er de samme som mot et EU-rettslig erstatningsansvar, og kan derfor neppe anses som utslagsgivende argumenter mot eksistensen av et EØS-rettslig erstatningsansvar.

Den rettsoppfatningen som ESA har gitt uttrykk for og som EFTA-domstolen har antydnet i *Kolbeinsson* er derfor antageligvis uttrykk for gjeldende rett, nemlig at det EØS-rettslige erstatningsansvaret også kommer til anvendelse dersom rettsbruddet er forårsaket av nasjonale domstoler.

---

<sup>166</sup> Jf. Fredriksen (2013) s. 386–387.

<sup>167</sup> Sak C-6/90, *Francovich*, Sml. 1991 s. I-5357 avsnitt 33.

### 4.2.3 Nærmere om ansvarsgrunnlaget

Dersom det først kan konstateres et EØS-rettslig domstolsansvar, er det neste spørsmålet hvilke vilkår som må oppstilles for at et slikt erstatningsansvar skal kunne gjøres gjeldende mot staten av en part i en sivil sak. I *Sveinbjörnsdóttir* bygget EFTA-domstolen på de samme erstatningsvilkårene som er anvendt av EU-domstolen i saker om EU-ansvaret. For det første må den regelen som har brutt være ment å gi private rettigheter. For det andre må rettsbruddet være tilstrekkelig kvalifisert. For det tredje må det påvises en årsakssammenheng mellom rettsbruddet og tapet.<sup>168</sup> Det er altså vikåret om at rettsbruddet må være «tilstrekkelig kvalifisert» som uttrykker ansvarsnormen. I samsvar med de avgrensningene som er foretatt i kapittel 1.2, er det derfor bare dette vilkåret som behandles i det følgende.

Hva som skal til for at en nasjonal domstol skal anses å ha begått et «tilstrekkelig kvalifisert» rettsbrudd er nærmere presisert i *Köbler*. EU-domstolen fremholdt at terskelen for domstolsansvaret må fastlegges under hensyntagen til «den dømmende funksjons særlige karakter og til legitime krav til rettsikkerhet», slik at rettsbruddet bare vil anses som tilstrekkelig kvalifisert dersom domstolen «åpenbart har tilsidesatt gjeldende ret».<sup>169</sup> Det samme er lagt til grunn i et obiter dictum av EFTA-domstolen i *Kolbeinsson*.<sup>170</sup> Domstolsansvaret står dermed i en særstilling med hensyn til den graden av avvik fra gjeldende EU/EØS-regler som kreves for at ansvar skal inntre.<sup>171</sup>

Når EU-domstolen gir uttrykk for at «den dømmende funksjons særlige karakter og til legitime krav til rettsikkerhet» øver innflytelse på ansvarsterskelen, viser den tilbake til argumentasjonen til medlemsstatene som fremla sine synspunkter i saken. Dette må innebære at de hensynene som ikke ble tillagt avgjørende betydning ved spørsmålet om *eksistensen* av et statlig erstatningsansvar for domstolsfeil, likevel får betydning for *innholdet* i ansvarsregelen.<sup>172</sup> Dette viser at argumentene mot et domstolsansvar ikke er uten betydning, men at balansen mellom hensynet til domstolenes uavhengighet og tillit, nasjonale rettskraftregler og hensynet til EU/EØS-rettens effektivitet best kan ivaretas gjennom en høy ansvarsterskel.

---

<sup>168</sup> Jf. avsnitt 66 i sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95.

<sup>169</sup> Jf. avsnitt 53 i sak C-224/01, *Köbler*, Sml. 2003 s. I-10239.

<sup>170</sup> Jf. avsnitt 77 i sak E-2/10, *Kolbeinsson*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234.

<sup>171</sup> Fredriksen (2013) s. 382–390.

<sup>172</sup> Slik også Fredriksen (2013) s. 382–383.



I litteraturen er det fremholdt at «[t]he real issue is not whether those principles are undermined but whether such undermining effect is outweighed by the need to ensure respect for the rule of law and the effectiveness of EC law which liability for judicial acts is intended to serve.»<sup>173</sup>

Når det så gjelder spørsmålet om hvordan den ansvarsvurderingen skal foretas, er de generelle vurderingsmomentene i utgangspunktet de samme uansett hvilken statsmakt rettsbruddet skriver seg fra. Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har lagt til grunn at ansvarsvurderingen inkluderer spørsmålet om hvor klar og presis den overtrådte rettsregelen er, hvor stor skjønnsfrihet den overtrådte rettsregelen overlater til nasjonale myndigheter, om overtredelsen eller tapet var voldt forsettlig, om rettsvillfarelsen var unnskyldelig, om en EU/ EØS-institusjon kan ha medvirket til rettsbruddet, og om det foreligger rettspraksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen hvor det klart fremgår at den omtvistede atferden har karakter av en overtredelse.<sup>174</sup> Momentene er imidlertid ikke uttømmende.

En mer utførlig analyse av disse momentene finnes i generelle fremstillinger om EØS-ansvar.<sup>175</sup> Ettersom et viktig formål her er å gjøre rede for i hvilken utstrekning internrettslige ansvarsgrunnlag harmonerer med EU/EØS-rettslige forpliktelser, vil jeg likevel komme tilbake til noen av disse spørsmålene i kapittel 5.

#### 4.2.4 Konklusjoner

Etter dette må det legges til grunn at det EØS-rettslige erstatningsansvaret også omfatter EØS-brudd forårsaket av nasjonale domstoler. Dette er et ansvar som har hjemmel i EØS-avtalen, og som derfor kan gjøres gjeldende som ansvarsgrunnlag i erstatningssaker som behandles av nasjonale domstoler, jf. EØS-loven § 1. Som vist vil EØS-brudd forårsaket av nasjonale domstoler bare unntaksvis påføre staten et erstatningsansvar. EØS-ansvaret for dom-

---

<sup>173</sup> Jf. Groussout og Minssen (2007) s. 395 med videre henvisninger til Tridimas (2006) s. 528.

<sup>174</sup> Jf. eksempelvis forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, Sml. 1996 s. I-1029, Sak C-173/03, *Traghetti*, Sml. 2006 s. I-5177, sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95 og sak E-4/01, *Karlsson* EFTA Ct. Rep. s. 2002 s. 240.

<sup>175</sup> Jf. Fredriksen (2013) kapittel 7 for en utførlig analyse av de nevnte momentene og andre momenter som har betydning i ansvarsvurderingen.

stolsfeil får imidlertid først en selvstendig betydning dersom internrettslige ansvarsgrunnlag ikke gir et minst like sterkt vern for tap som følge av domstolsfeil.

## 4.3 EMK

### 4.3.1 Innledning

Det følger av EMK artikkel 1 at medlemsstatene skal sikre individrettighetene som er nedfelt i konvensjonen.<sup>176</sup> Bestemmelsen har fått en generell utforming, og ordlyden gir ikke grunnlag for å sondre mellom statlige myndigheter som ansvarssubjekter.<sup>177</sup> På samme måte som i EU/EØS-retten kan det derfor være naturlig å slutte at konvensjonskrenkelser forårsaket av nasjonale domstoler ikke kan stå i en særstilling med hensyn til hvilke rettsvirkninger krenkelsen utløser, herunder erstatningsrettslige virkninger.<sup>178</sup>

En slik slutning er likevel for enkel. Som den videre fremstillingen vil vise, gir praksis fra EMD et mer nyansert bilde av problemstillingen. I det følgende drøftes derfor spørsmålet om EMK gir hjemmel for å kreve erstatning fra staten for tap som følge av konvensjonsbrudd forårsaket av nasjonale domstoler.

### 4.3.2 Erstatningsrettslige virkninger

De erstatningsrettslige virkningene av konvensjonsbrudd følger dels av konvensjonen selv, og dels av praksis. Et grunnleggende skille går mellom adgangen EMD har til å tilkjenne en part erstatning for konvensjonsbrudd, og en parts adgang til å kreve erstatning for nasjonale domstoler direkte på grunnlag av EMK. EMDs generelle adgang til å tilkjenne kompensasjon ved konvensjonsbrudd fremgår av artikkel 41. Dersom konvensjonsbrudd konstateres og medlemsstatens interne rett ikke gir fullgod reparasjon, «the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party».

---

<sup>176</sup> Jf. også Grunnloven § 92.

<sup>177</sup> Jf. Aall (2015) s. 55 om at «ansvar kan inntre for alle typer myndighetsutøvelse».

<sup>178</sup> Noe annet er selvfølgelig at det kan foreligge gode grunner for å operere med strengere *vilkår* for et domstolsansvar.

Bestemmelsens ordlyd gir grunnlag for to slutninger. Den ene er at adgangen til å tilkjenne «rimelig erstatning» – såkalt «just satisfaction» – er sekundær; den aktualiseres kun dersom nasjonale rettsregler ikke gir tilstrekkelig reparasjon. Den andre er at kompetansen til å tilkjenne slik kompensasjon tilligger EMD.<sup>179</sup> Det er altså ikke tale om en generell erstatningshjemmel som også gir nasjonale domstoler adgang eller plikt til å tilkjenne kompensasjon ved konvensjonsbrudd. For medlemsstatene får bestemmelsen riktignok en indirekte betydning ved at den gir et insentiv til å etablere erstatningshjemler som gjør at kompensasjon kan tilkjennes på nasjonalt nivå, og ikke gjennom en etterfølgende klage til EMD. Artikkel 41 bidrar derfor til å realisere *subsidiaritetsprinsippet*, som går ut på at medlemsstatene har hovedansvaret for å håndheve menneskerettighetene.<sup>180</sup>

Når det gjelder bestemmelser som kan gi rett til å kreve erstatning på nasjonalt nivå, finnes en spesiell erstatningshjemmel i artikkel 5 nr. 5. Frihetsberøvelse i strid med bestemmelsen gir den frihetsberøvede en «enforceable right to compensation». Bestemmelsen kan etter ordlyden også være aktuell som erstatningshjemmel ved domstolsfeil. Dette vil typisk være tilfelle dersom domstolen avsier en fengslingskjennelse som er uforenlig med kravene i bestemmelsens foregående ledd. Den vil være mest praktisk i straffesaker, men vil også kunne være anvendelig i sivile saker, typisk ved domstolsavgjørelser om tilfeller som nevnt i artikkel 5 nr. 1 bokstav d.–f. Bestemmelsen er likevel klart saklig avgrenset.

En tilsvarende begrensning er ikke knyttet til artikkel 13, som lyder slik:

Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.

Selv om ordlyden i artikkel 13 i første rekke beskriver en rett til å få spørsmål om konvensjonsbrudd prøvd på nasjonalt nivå, har bestemmelsen i praksis blitt tolket slik at den også gir

---

<sup>179</sup> Varuhas (2016) s. 252 og 254. Jf. også særlig SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen s. 34.

<sup>180</sup> Prop. 30 LS (2013–2014) Samtykke til ratifikasjon av protokoll nr. 15 av 24. juni 2013 om endring av den europeiske menneskerettskonvensjon og endringer i menneskerettsloven s. 2.

krav på effektiv reparasjon ved konvensjonsbrudd.<sup>181</sup> Spørsmålet er om dette omfatter reparasjon i form av erstatning.

### 4.3.3 Nærmere om artikkel 13 som erstatningsgrunnlag<sup>182</sup>

Den reparative siden av artikkel 13 er forankret i en vid forståelse av begrepet «remedy», som i den norske oversettelsen kalles for «rettsmiddel» i overskriften og «prøvingsrett» i konvensjonsteksten. Begrepene «rettsmiddel» og «prøvingsrett» leder naturlig nok tanken hen til prosesslovgivningens regler om anke, oppfriskning og gjenåpning.<sup>183</sup> Fellestrekket ved disse reglene er at de kan påberopes av en part for å få et rettsspørsmål prøvd på nytt. I artikkel 13 er imidlertid begrepet «remedy» snarere et uttrykk for alle de rettslige mulighetene en part har til å gjøre sine menneskerettigheter gjeldende, enten dette skjer direkte i form av at avgjørelsen overprøves eller indirekte gjennom økonomisk kompensasjon.<sup>184</sup>

En sentral dom om artikkel 13 er *Kudla*, som inneholder prinsipielle uttalelser av betydning for bestemmelsens erstatningsrettslige rekkevidde. I dommen konstaterte EMD brudd på *både* artikkel 6 nr.1 om retten til rettergang innen rimelig tid og artikkel 13, og eliminerte dermed tidligere tvil om at artikkel 6 nr. 1 konsumerer kravene som følger av artikkel 13. EMD fremholdt formålet bak artikkel 13:

«As the Court has held on many occasions, Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the

---

<sup>181</sup> Eksemplene er mange, men jf. særlig sak 30210/96 *Kudla* som straks skal behandles nedenfor i kapittel 4.3.3.

<sup>182</sup> Den kompensatoriske siden ved EMK artikkel 13 utgjør kun en side ved artikkelen. For mer generell litteratur om bestemmelsen, jf. eksempelvis Van Dijk mfl. (2006) s. 997–1026 og Aall (2015) s. 82–90, og særlig den svenske utredningen SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen som gir en grundig generell fremstilling av artikkelen, men med hovedfokus på den kompensatoriske siden.

<sup>183</sup> Jf. Møse (2002) s. 94 som påpeker vanskelighetene med å finne en adekvat oversettelse av begrepet «remedy», og som nevner rett til «prøvningsinstans» eller «prøvning» som mulige alternativer.

<sup>184</sup> Andersson (2013) s. 554.

substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief»<sup>185</sup>

Sitatet viser at artikkel 13 både skal gi rettighetssubjektene adgang til å få prøvd spørsmål om konvensjonskrenkelser på nasjonalt nivå og kompensasjon ved konstatert konvensjonskrenkelse. Ved at spørsmål om konvensjonsbrudd kan prøves nasjonalt kan pågående krenkelser stanses, og dersom dette ikke er mulig kan de repareres. EMD skiller derfor mellom preventive og kompensatoriske rettsmidler. I *Scordino* som gjaldt brudd på artikkel 6 om retten til rettergang innen rimelig tid, kom EMD med noen generelle betraktninger om hvilke karakteristikk nasjonale rettsmidler bør ha.<sup>186</sup> Det ble fremholdt at et preventivt rettsmiddel er å foretrekke fordi det «prevents a finding of successive violations in respect of the same set of proceedings and does not merely repair the breach *a posteriori*».<sup>187</sup>

Erstatningssanksjoner er derfor også sekundære i menneskerettslig sammenheng, og krenkelser kan dessuten repareres på andre måter enn gjennom økonomisk kompensasjon. EMD har uttalt at ulike former for «remedies» kan gi adekvat kompensasjon, slik som for eksempel nedsettelse av straff i straffesaker.<sup>188</sup> Men dersom krenkelse først konstateres vil det ofte være tale om en skade som er vanskelig å reparere på annen måte enn gjennom økonomisk kompensasjon. Dette er enten fordi den er irreversibel eller fordi et økonomisk tap allerede har inntrådt.<sup>189</sup> EMD har derfor lagt til grunn at oppfyllelse av kravet om et «effective remedy» etter omstendighetene også kan gi parten et krav på erstatning for konvensjonsbrudd. Dette kommer blant annet klart til uttrykk i *T.P. og K.M.*, hvor det fastslås at «in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress.»<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> Avsnitt 157 i sak 30210/96 *Kudla*.

<sup>186</sup> Sak 36813/97 *Scordino*. Jf. særlig drøftelsene i avsnitt 182–192.

<sup>187</sup> Avsnitt 183 i sak 36813/97 *Scordino*.

<sup>188</sup> Avsnitt 186 i sak 36813/97 *Scordino* og sak 26390/95 *Beck*.

<sup>189</sup> SOU 2010:87 Skadestånd och Europakonventionen s. 167.

<sup>190</sup> Sak 28945/95 *T.P. og K.M.* avsnitt 107. Dette er gjentatt i sak 38361/97 *Anguelova* avsnitt 161.

Sitatet viser at artikkel 13 også kan gi krav på å erstatning også for ikke-økonomisk skade. Dette faller utenfor oppgavens tema, men reiser vanskelige og viktige spørsmål om tolkningen av artikkel 13 og forholdet til internrettslige erstatningsregler. For mer om dette, jf. senest Askeland og Aall (2017) s. 3–6 og Vaaler (2017) s. 299–317.

I tråd med det som også er hovedregelen i norsk erstatningsrett – at skadelidte har krav på full erstatning – har EMD videre uttalt at «an award for pecuniary damage made by a domestic court must be intended to put the applicant, as far as possible, in the position he would have enjoyed had the breach not occurred».<sup>191</sup> Etter dette må det derfor legges til grunn at en part kan kreve erstatning fra staten på nasjonalt nivå direkte på grunnlag av artikkel 13.

#### 4.3.4 Artikkel 13 som erstatningsgrunnlag ved konvensjonsstridige domstolsfeil

Utgangspunktet er altså at EMK artikkel 13 kan anvendes som primært rettsgrunnlag for et krav om erstatning for tap som følge av konvensjonsbrudd. Spørsmålet er så om det må innfortolkes en begrensning i retten til et effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå dersom konvensjonsbruddet pretenderes å være forårsaket av en nasjonal domstol.

Etter ordlyden i artikkel 13 er det ingen begrensninger når det gjelder hvilken statsmakt det påståtte konvensjonsbruddet må skrive seg fra. Tvert imot følger det av konvensjonsteksten at retten til et effektivt rettsmiddel gjelder uansett om krenkelsen skriver seg fra «persons acting in an official capacity». En generell forståelse av bestemmelsen er dessuten en logisk konsekvens av sikrepikten i artikkel 1, som er rettet mot alle statsmakter. Dersom alle statsmakter først kan tenkes å begå konvensjonsbrudd, er det liten grunn til å operere med et skille når det gjelder styrken i en parts rett til å få prøvd og reparert konvensjonsbruddet på nasjonalt nivå.

Å tolke artikkel 13 slik at den gir en rett til et effektivt rettsmiddel ved påstått konvensjonsstridige domstolsfeil og uavhengig av karakteren av den domstolsfeilen som er begått, harmonerer imidlertid dårlig med EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 2, som stadfester en ankerrett for enhver som er «convicted of a criminal offence». Det er naturlig å tolke en så spesielt formulert bestemmelse antitetisk, slik at ankeretten ikke gjelder i andre saker enn de som gjelder en «criminal offence».<sup>192</sup> Dette vil ekskludere det store flertallet av saker som etter norsk rett anses som sivile saker.<sup>193</sup> Men dersom artikkel 13 forstås slik at den også gir en rett til et effektivt rettsmiddel mot en påstått konvensjonsstridig *domstolsavgjørelse*, vil dette reelt sett

---

<sup>191</sup> Sak 35605/97 *Kingsley* avsnitt 40, sak 17647/04 *Edwards* avsnitt 23, sak 46931/12 *APAP Bologna* avsnitt 90.

<sup>192</sup> Barkhuysen og van Emmerik (2006) s. 425.

<sup>193</sup> Aall (2015) s. 416–425 gir en oversikt over hvilke saker som faller under begrepet «criminal». Begrepet må tolkes på samme måte som i artikkel 6, jf. Aall (2015) s. 508.

innebære at det etableres en konvensjonsbeskyttet ankerett i *alle saker*.<sup>194</sup> Dette gjelder dels også dersom rettsmiddelet kommer i form av et erstatningskrav for en påstått konvensjonsstridig domstolsavgjørelse. Som vist i kapittel 2.2.3, skjer det jo også i slike tilfeller en indirekte overprøving av en tidligere domstolsavgjørelse. Praksis fra EMD tyder derfor på at artikkel 13 har et begrenset virkeområde når konvensjonsbruddet er forårsaket av en nasjonal domstol.

*Kudla* er en sentral dom også på dette punktet. Som nevnt over var spørsmålet om det kunne konstateres brudd på både retten til rettergang innen rimelig tid etter artikkel 6 nr. 1 og brudd på retten til et effektivt rettsmiddel etter artikkel 13 ved sendrektig saksbehandling. Under henvisning til *Pizzetti*<sup>195</sup> anførte polske myndigheter at artikkel 13 ikke var anvendelig dersom det påståtte konvensjonsbruddet «had taken place in the context of judicial proceedings».<sup>196</sup>

*Pizzetti* var en sak som ble behandlet i Den europeiske menneskerettighetskommisjonen, og som også gjaldt spørsmål om brudd på artikkel 6 og artikkel 13. Kommissjonens flertall uttalte at konvensjonsbestemmelsene ikke kan tolkes slik at de gir noen ankerett fordi denne er begrenset til saker som omfattes av tilleggsprotokoll 7 artikkel 2.<sup>197</sup> Konklusjonen var derfor at artikkel 13 ikke var anvendelig der det påståtte konvensjonsbruddet var forårsaket av en domstol. Mindretallet var av den oppfatning at artikkel 13 også måtte være anvendelig ved konvensjonsbrudd forårsaket av en domstol, og at dette gjaldt både ved påståtte krenkelser av artikkel 6 og andre konvensjonsbestemmelser.<sup>198</sup>

Både flertallets og mindretallets drøftelser er knappe, men viser at svaret ikke ble ansett som klart. Flertallets argumentasjon i *Pizzetti* ble ikke fullt ut ansett som avgjørende i *Kudla*. EMD avviste nemlig polske myndigheters anførsel om at det å gi artikkel 13 anvendelse ved sendrektig saksbehandling ville bety at medlemsstatene ble pålagt å etablere en ankerett for å unngå konvensjonsbrudd. Begrunnelsen var at «[a] remedy for complaining about unreasonable length of proceedings does not as such involve an appeal against the “determination” of

---

<sup>194</sup> Med den begrensningen som ligger i at påstanden må være «arguable», jf. Thune (1993) s. 84–86.

<sup>195</sup> Sak 12444/86 *Pizzetti*, Rapport de la Commission (adopté le 10 décembre 1991). Rapporten er kun tilgjengelig på fransk: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-47948> (sist besøkt desember 2017).

<sup>196</sup> Avsnitt 141 og 150 i sak 30210/96 *Kudla*.

<sup>197</sup> Jf. sak 12444/86 *Pizzetti*, Rapport de la Commission avsnitt 40. Jf. også Barkhuysen og van Emmerik (2006) s. 422.

<sup>198</sup> Jf. votumet til de dissenterende dommerne Weitzel, Danelius, Thune, Hall, Rozakis og Pellonpää.

any criminal charge or of civil rights and obligations». <sup>199</sup> Konklusjonen var derfor at artikkel 13 gir rett til et effektivt rettsmiddel på nasjonalt nivå ved påstander om brudd på retten til rettergang innen rimelig tid i artikkel 6.

Synspunktet er altså at en rett til å få prøvd spørsmålet om det har skjedd en krenkelse av retten til rettergang innen rimelig tid *ikke* innebærer at det avsies en avgjørelse om et krav. Dermed skjer det heller ikke *en overprøving av en rettslig avgjørelse*. Argumentasjonen har dermed likhetstrekk med den som i norsk rettspraksis har vært anvendt i saker som gjelder søksmålsbegrensningene i domstolloven § 200 tredje ledd, nemlig at det ikke kan fremmes sksmål som reelt sett innebærer en omkamp om riktigheten av en tidligere rettslig avgjørelse. <sup>200</sup> Det er derfor mest nærliggende å forstå *Kudla* som et unntak fra en hovedregel om at artikkel 13 ikke kommer til anvendelse dersom det påståtte konvensjonsbruddet er forårsaket av en nasjonal domstol.

Denne forståelsen av *Kudla* har også støtte i *Menesheva*. <sup>201</sup> En av klagerens anførsler gikk ut på at det hadde skjedd en krenkelse av artikkel 13 fordi hun ikke hadde hatt adgang til å anke over en beslutning om administrativ frihetsberøvelse. EMD innledet først med å slå fast at «a right of recourse against a faulty judicial decision is not recognised as a general guarantee», men at det gjelder et unntak for saker som omfattes av tilleggsprotokoll 7 artikkel 2. Klageren hadde ikke argumentert for at saken ble omfattet av bestemmelsen, og EMD fant ikke grunn til å vurdere spørsmålet av eget tiltak. Når det så gjaldt spørsmålet om det forelå en krenkelse av artikkel 13, uttalte EMD følgende:

«As a rule, Article 13 is not applicable where the alleged violation of the Convention has taken place in the context of judicial proceedings ... The only exceptions to this principle have been the Article 13 complaints relating to a breach of the “reasonable time” requirement ... Since this is not the case here, there is no room for a separate breach of Article 13.» <sup>202</sup>

Uttalelsen fyller inn det som mangler i *Kudla*; den gir en klar konstatering av at artikkel 13 som hovedregel ikke kommer til anvendelse der den påståtte konvensjonskrenkelsen skjer

---

<sup>199</sup> Sak 30210/96 *Kudla* avsnitt 154.

<sup>200</sup> HR-2016-2195-S (Hegdahl).

<sup>201</sup> Sak 59261/00 *Menesheva*.

<sup>202</sup> Sak 59261/00 *Menesheva* avsnitt 105.



under domstolsprosessen. En kan i denne sammenhengen ikke gjøre et unntak for erstatningskrav som «remedy» etter artikkel 13.<sup>203</sup> Akkurat som etter nasjonale regler vil også et krav om kompensasjon for tap som følge av konvensjonsstridige domstolsavgjørelser medføre at det skjer en indirekte overprøving av en tidligere rettsavgjørelse. Samme synspunkt kan forklare hvorfor det gjøres det et unntak i de tilfellene det fremsettes en påstand om krenkelse av retten til rettergang innen rimelig tid etter artikkel 6. I slike tilfeller vil jo ikke en realitetsbehandling av erstatningskravet innebære at innholdet i en tidligere domstolsavgjørelse utfordres – det skjer ingen «omkamp».

### 4.3.5 Konklusjoner

Etter dette kan rettstilstanden oppsummeres slik: EMD har adgang til å tilkjenne erstatning for konvensjonskrenkelser forårsaket av nasjonale domstoler i medhold av artikkel 41. I motsetning til det EU/EØS-rettslige erstatningsansvaret, etablerer EMK likevel ingen generell rett til å kreve erstatning for konvensjonsstridige domstolsfeil på nasjonalt nivå. Artikkel 13 kan gi krav på erstatning dersom andre rettsmidler ikke kan reparere en konstatert konvensjonskrenkelse, men bestemmelsen er som hovedregel ikke anvendelig dersom den påståtte konvensjonskrenkelsen er forårsaket av en nasjonal domstol. Det gjelder et unntak dersom påstandsgrunnlaget er at det har skjedd en krenkelse av retten til rettergang innen rimelig tid etter artikkel 6.

Det følger av dette at en parts adgang til å kreve erstatning for konvensjonsstridige domstolsfeil for norske domstoler langt på vei vil bero på styrken i subsidiaritetsprinsippet. EMDs kompetanse etter artikkel 41 gir konvensjonsstatene *insentiver* til å etablere internrettslige regler som går minst like langt i å gi krav på erstatning for konvensjonsstridige domstolsavgjørelser, men ikke mer enn det. Utviklingen går i retning av et økt fokus på effektivisering av subsidiaritetsprinsippet. Dette har blant annet ført til at Norge har undertegnet protokoll nr. 15 til EMK, som synliggjør subsidiaritetsprinsippet i konvensjonens fortale.<sup>204</sup> Om dette vil innebære en reell endring i hvordan prinsippet praktiseres kan diskuteres, men synliggjøringen

---

<sup>203</sup> Slik også Barkhuysen og van Emmerik (2006) s. 425–429.

<sup>204</sup> Prop. 30 LS (2013-2014) Samtykke til ratifikasjon av protokoll nr. 15 av 24. juni 2013 om endring av den europeiske menneskerettskonvensjon og endringer i menneskerettsloven s. 2.

bidrar utvilsomt til å befeste subsidiaritetsprinsippets sentrale betydning for menneskerettighetenes håndhevelse.<sup>205</sup>

I norsk rett er de menneskerettslige kravene til effektiv reparasjon på nasjonalt nivå – og dermed også subsidiaritetsprinsippet – søkt ivare tatt gjennom saksomkostningsregelen i tvisteloven § 20-12 og erstatningsreglene i domstoloven §§ 200–201 og skadeserstatningsloven § 2-1.<sup>206</sup> Det er disse ansvarsreglene som er tema i det følgende.

## 5. Internrettslige ansvarsgrunnlag

### 5.1 Tvisteloven § 20-12

#### 5.1.1 Innledning

Vedtakelsen av tvisteloven av 2005 førte med seg en ny regel om statens ansvar for partenes saksomkostnader i § 20-12. Bestemmelsen har ingen parallell i tvisteloven av 1915, og representerer derfor et rettsutviklende element i norsk sivilprosess. Den er delt opp i fem ledd, og bygget opp slik at de prosessuelle kravene fremgår av andre til femte ledd, mens ansvarsvilkårene følger av første ledd. I første ledd kommer bestemmelsens karakter av å være en begrenset erstatningsregel til syne ved at den kun gir partene rettslig grunnlag for å kreve sine «saksomkostnader» dekket dersom de øvrige ansvarsvilkårene er oppfylt.

Som nevnt i punkt 1.2, fokuserer denne oppgaven på ansvarsgrunnlag som dekker *andre* økonomiske tap enn saksomkostnader. I det følgende vil det likevel gis en kort omtale av saksomkostnadsregelen.<sup>207</sup> Dette skyldes for det første at begrepet «saksomkostnader» tjener som et avgrensningskriterium mot øvrige ansvarsgrunnlag. For det andre kan det rettskildematerialet som er knyttet til tvisteloven § 20-12 ha betydning for det mer generelle spørsmålet om statlig erstatningsansvar for domstolsfeil. Det kan særlig bli spørsmål om å *analogisere* fra saksomkostnadsregelen ved anvendelsen av andre ansvarsregler.

---

<sup>205</sup> Emberland (2013) s. 513, Wessel-Aas (2013) s. 702–704 og Andenæs, Motzfeldt Kravik og Bjørge (2015) s. 261–268.

<sup>206</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286.

<sup>207</sup> For mer utførlige fremstillinger om tvisteloven § 20-12, jf. særlig Schei mfl. (2013) s. 764–770 og Skoghøy (2017) s. 1370–1376.

### 5.1.2 Anvendelsesområde

Innledningsvis i avhandlingen ble det nevnt at vedtakelsen av tvisteloven § 20-12 var motivert av et ønske om at statens ansvar skulle ha en realitet. Ettersom både Tvistemålsutvalget og Justisdepartementet anså det som rimelig at staten skulle bære kostnadene ved visse former for domstolsfeil, ble det besluttet å gi en begrenset erstatningsregel for «sakskostnader på grunn av feil ved rettens behandling av saken».

Begrepet «sakskostnader» er ikke klart definert i tvisteloven, men skal etter tvisteloven § 20-15 første ledd «dekke alle partens nødvendige kostnader ved saken». Dette omfatter behandlingsgebyr til det offentlige, rettslige sideutgifter, dekning til advokatutgifter, og partens egne utgifter.<sup>208</sup> Begrepet må imidlertid ses i sammenheng med lovens krav om at kostnadene har påløpt «på grunn av feil ved rettens behandling av saken». Dette er uttrykk for et årsakskrav som innebærer at det bare er *merkostnadene* for ny behandling eller opphevelse som følge av feilen som kan kreves dekket.<sup>209</sup>

Dette vil si at økonomiske tap som var nødvendige for å få saken prøvd ved en høyere instans kan kreves dekket under tvisteloven § 20-12. Andre tap må bygge på andre erstatningsgrunnlag. I forarbeidene er det uttrykkelig fastslått at tvisteloven § 20-12 gir en uttømmende regulering av statens sakskostnadsansvar.<sup>210</sup> Dette innebærer at domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 som etter sin ordlyd også dekker slike tap nå må tolkes innskrenkende. Skillet mellom de ulike tapspostene er ikke nærmere begrunnet i tvistelovens forarbeider, men må antageligvis ses på bakgrunn av at andre tap gjerne er mer fjerntliggende og kan ha et langt større og mer uoversiktlig omfang enn sakskostnadene, slik at sakskostnadene ble ansett som viktigere å regulere i en nyere bestemmelse. I tillegg bidrar sakskostnadsansvaret til å sikre selve overprøvingsadgangen ved at staten bærer kostnadene dersom det skjer en grovere feil som nødvendiggjør overprøving. Dermed får også parter som kanskje ellers ikke ville hatt tilstrekkelige økonomiske ressurser til å anke mulighet til å få rettsspørsmålet prøvd på nytt.

---

<sup>208</sup> Skoghøy (2017) s. 1313–1315.

<sup>209</sup> Jf. eksempelvis Rt. 2014 s. 2048 og Rt. 2014 s. 571.

<sup>210</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 451.

### 5.1.3 Ansvarsnormen

Tvisteloven § 20-12 bokstav a) gir en kasuistisk regulering av hvilke feil som utløser ansvar uten hensyn til om retten er å bebreide. Feil som ikke omfattes av det objektive ansvaret i bokstav a) må vurderes etter bokstav b), som fastsetter at ansvar først inntreder dersom retten er «vesentlig å bebreide». Tvistemålsutvalget foreslo i utgangspunktet at ansvarsnormen skulle formuleres som et spørsmål om det forelå et «klart uforsvarlig forhold», men departementet gikk vekk fra forslaget fordi det kunne gi uttrykk for en høyere ansvarsterskel enn det som var tilsiktet.<sup>211</sup>

Det var enighet om at ansvarsterskelen måtte ligge lavere enn i domstolloven §§ 200-201, og at skadeserstatningsloven § 2-1 ga uttrykk for et passende vurderingstema fordi ansvarsvurderingen måtte foretas under hensyn til «om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt».<sup>212</sup> Den nærmere ansvarsvurderingen går jeg ikke nærmere inn på her, fordi kapittel 5.4 nedenfor gir en mer generell redegjørelse for hvilke momenter som typisk vil inngå i en ansvarsvurdering ved spørsmål om domstolsfeil. Det som er skrevet der er derfor også relevant ved ansvarsvurderingen etter § 20-12.

## 5.2 Domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1

### 5.2.1 Innledning

Når en part ønsker å kreve erstatning for å få sine sakskostnader dekket av staten, er det som vist ikke tvilsomt hvilken erstatningsregel kravet skal bygges på. Når det gjelder andre økonomiske tap, finnes det flere generelt utformede ansvarsregler som er relevante. Både domstolloven §§ 200 og 201 kan anvendes ved domstolsfeil, men ettersom § 201 kun regulerer dommerens *personlige* ansvar faller den utenfor oppgavens tema.<sup>213</sup> Bestemmelsen vil derfor bare omtales i den utstrekning den kan kaste lys over innholdet i § 200 og andre regler om statens erstatningsansvar.

Det følger av domstolloven § 200 første ledd sammenholdt med annet ledd at staten «indestaar» for erstatningsansvaret som ilegges en «offentlig tjenestemann» som «gjør sig skyldig i

---

<sup>211</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287.

<sup>212</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287.

<sup>213</sup> Jf. kapittel 1.2.

forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang, tvangsfullbyrdelse eller midlertidig sikring». Bestemmelsen er plassert i kapittel 10 i domstolloven om «Rettergangsstraffer og ansvar i anledning av retssaker» som særlig tar sikte på å legge til rette for raske reaksjoner mot feil begått av ulike aktører under rettergangen.<sup>214</sup>

Raske reaksjoner oppnås ved at skadelidte gis en mulighet til å få erstatningskravet behandlet sammen med det materielle kravet ved en høyere instans som har saken til behandling, jf. § 213 første og annet ledd. Systemet er derfor at et krav om erstatning for en feil som blir begått under behandlingen av saken i en instans kan behandles av ankeinstansen *uten* at det er nødvendig å reise et særskilt erstatningssøksmål. Skadelidte er i § 216 tredje ledd likevel gitt valgfrihet med hensyn til om dette skal gjøres. Dersom eget søksmål reises etter at hovedsaken er rettskraftig avgjort, vil søksmålsbegrensningene i § 200 tredje ledd normalt stenge for saksanlegg.

Det følger ikke helt klart av bestemmelsene i domstolloven at erstatningskrav mot staten etter § 200 kan reises uten særskilt søksmål. Som påpekt av Bøhn<sup>215</sup> må dette likevel antas å følge av § 213 sammenholdt med § 214 første ledd første punktum. Det følger av § 213 første ledd at «enhver ret, som har med saken at gjøre» kan ilegge erstatning «etter dette kapitel uten særskilt søksmaal». For domstolsfeil presiseres er det i andre ledd presisert at slikt ansvar bare kan ilegges av en «høyere ret». Det gjøres altså ikke noe unntak fra disse prosessuelle reglene for statens ansvar etter § 200 annet ledd. Etter § 214 første ledd første punktum kan retten i straffesaker ilegge erstatning av eget tiltak og etter begjæring, mens ileggelse av slikt ansvar i andre saker er betinget av begjæring fra skadelidte. Også denne bestemmelsen synes derfor å forutsette at særskilt søksmål ikke er nødvendig.

Et spørsmål som bare i noen grad er behandlet i litteraturen men som kan være av sentral betydning for den som ønsker å reise krav om erstatning for domstolsfeil, er hva som er forholdet mellom domstolloven § 200 og arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1.<sup>216</sup> Etter ordlyden vil begge disse bestemmelsene dekke domstolsfeil. Mens domstolloven rammer enhver feil begått «under rettergang», vil skadeserstatningsloven § 2-1 fange opp disse

---

<sup>214</sup> Skoghøy (1987) s. 16.

<sup>215</sup> Bøhn (2013) merknad 14 til § 200.

<sup>216</sup> Bøhn (2013) er den som gir den grundigste omtalen av forholdet mellom domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 200 i merknad 11 og 14 til § 200. Som kapittel 5.2.2 straks vil vise, foreligger det ellers svært lite rettskildemateriale om spørsmålet.

feilene gjennom vilkåret om at feilen må være begått «under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren». Spørsmålet er derfor om domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 har samme anvendelsesområde, eller om det ene erstatningsgrunnlaget på visse punkter gir et sterkere erstatningsrettslig vern mot tap som følge av domstolsfeil.

## 5.2.2 Nærmere om forholdet til skadeserstatningsloven § 2-1

Rettskildematerialet knyttet til spørsmålet om forholdet mellom domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 gir verken et klart eller entydig bilde av rettstilstanden. Det følger av skadeserstatningsloven § 5-5 at skadeserstatningslovens regler bare kommer til anvendelse dersom ikke annet følger av lovgivningen. Etersom domstolloven § 200 gir en uttrykkelig regulering av de erstatningsrettslige følgene av rettergangsfeil, kunne det synes naturlig å betrakte bestemmelsen som *lex specialis* i forhold til skadeserstatningsloven § 2-1. Uttalelser i Statsansvarsutredningen viser imidlertid at løsningen ikke er så enkel. Komiteen konkluderte med at vedtakelsen av skadeserstatningsloven § 2-1 ikke nødvendiggjorde endringer i domstolloven.<sup>217</sup> Dette ble begrunnet med at statens arbeidsgiveransvar var et prinsipielt ansvar som kunne supplere det subsidiære ansvaret i domstolloven § 200 annet ledd.<sup>218</sup> Også i andre rettskilder finnes uttalelser som signaliserer at skadeserstatningsloven § 2-1 kan ha selvstendig betydning som erstatningsgrunnlag, men få går nærmere inn på spørsmålet.

Domstolskommisjonen ga uttrykk for sitt syn på spørsmålet i NOU 1999: 19 Domstolene i samfunnet. Det ble vist til både domstolloven §§ 200–201 og skadeserstatningsloven § 2-1 som mulige ansvarsregler, og uttalt at § 2-1 etter omstendighetene kunne etablere et arbeidsgiveransvar for staten. Deretter ble det fremholdt at domstolloven § 200 «antas å ha liten selvstendig betydning ved siden av reglene om arbeidsgiveransvar i skadeserstatningsloven § 2-1».<sup>219</sup> Utredningen tok ikke sikte på noen særbehandling av spørsmålet om statens ansvar for domstolsfeil, og har derfor isolert sett liten rettskildemessig vekt. Lignende uttalelser forekommer imidlertid en rekke andre steder.

---

<sup>217</sup> Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 20–21.

<sup>218</sup> Jf. kapittel 5.2.5 nedenfor.

<sup>219</sup> NOU 1999: 19 Domstolene i samfunnet – Administrativ styring av domstolene. Utnevnelser, sidegjøremål, disiplinertiltak. Midlertidige dommere. s. 418.

Disse finnes for det første i forarbeidene til reglene om erstatning i anledning av straffeforfølgning i straffeprosessloven kapittel 31. Kapitlet inneholder regler som kan gi krav på erstatning uavhengig av om tapet er voldt ved uaktsomhet av noen i strafferettsapparatet, herunder domstolene.<sup>220</sup> I forarbeidene fremholdes det at kapittel 31 gir en uttømmende regulering av statens objektive ansvar i straffesaker, men at siktede likevel kan «reise sivil søksmål mot staten etter alminnelige erstatningsrettslige regler med påstand om at forfølgningen, og dermed skaden, skyldes uaktsom opptreden fra en offentlig tjenestemann. I så fall vil staten ha et arbeidsgiveransvar etter skadeserstatningsloven § 2-1».<sup>221</sup> Samme sted vises det til domstolloven § 200 som et mulig erstatningsgrunnlag *ved siden av* skadeserstatningsloven § 2-1.<sup>222</sup> Men heller ikke her finnes det noen nærmere vurdering av forholdet mellom bestemmelsene.

I forarbeidene til tvisteloven synes oppfatningen å være at det i alle fall ikke er grunnlag for å operere med ulike ansvarsterskler for domstolsfeil etter domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1. I sin redegjørelse for gjeldende rett forut for vedtakelsen av saksomkostningsregelen, skriver departementet at domstolloven §§ 200–201 antagelig må «anses for å regulere disse spørsmål uttømmende, slik at den mildere culpanormen i skadeserstatningsloven § 2-1 ikke kommer til anvendelse».<sup>223</sup> Det nærmere forholdet mellom disse bestemmelsene drøftes ikke, men andre uttalelser antyder at skadeserstatningsloven § 2-1 har en selvstendig betydning ved siden av § 200. Under beskrivelsen av de nærmere grensene for tvisteloven § 20-12 står det at «annet økonomisk tap som partene måtte bli påført som følge av feil fra rettens side, må - som etter gjeldende rett - vurderes opp mot domstolloven §§ 200 og 201 og eventuelt skadeserstatningsloven § 2-1 (arbeidsgiveransvar)».<sup>224</sup> Det samme gjentas under drøftelsene av om tvisteloven § 20-12 i tilstrekkelig grad ivaretar de kravene som følger av EMK artikkel 13.<sup>225</sup>

---

<sup>220</sup> Statens objektive ansvar ved straffeforfølgelse som ikke har ført frem og ved uberettiget fengsling er foreslått videreført i NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 510–524.

<sup>221</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter straffeforfølgning) s. 16.

<sup>222</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 16.

<sup>223</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286 og 451.

<sup>224</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286.

<sup>225</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286.

I litteraturen finnes det heller ikke omfattende drøftelser av spørsmålet. Under henvisning til forarbeidene til tvisteloven skriver Skoghøy at erstatning for andre tap enn saksomkostninger «må vurderes ut fra regelen om arbeidsgiveransvar i skadeserstatningsloven § 2-1 og bestemmelsene i dstl. §§ 200 og 201».<sup>226</sup> Bøhn går lenger i å presisere hva dette nærmere innebærer. I sin kommentarutgave viser han til at domstoloven § 200 ble vedtatt før statens objektive arbeidsgiveransvar ble utviklet gjennom rettspraksis og senere lovfestet i skadeserstatningsloven § 2-1. Under henvisning til Rt. 1954 s. 1139 og Statsansvarsutredningen legger han til grunn at domstoloven § 200 ikke lenger kan anses å gi en uttømmende regulering av statens ansvar for feil under rettergangen, og at det derfor må være adgang til å reise slike erstatningskrav på grunnlag av skadeserstatningsloven § 2-1 som hjemler et objektivt og prinsipielt ansvar for staten.<sup>227</sup>

Rt. 1954 s. 1139 som Bøhn viser til gjaldt et krav om erstatning for forringelse av saksøkers bil som ble beslaglagt med hjemmel landssvikanordningen § 36, og som var reist direkte mot staten. Selv om saken ikke gjaldt en domstolsfeil, kom Høyesterett med noen prinsipielle uttalelser om rekkevidden av domstoloven § 200. Høyesterett sluttet seg til at det var tale om et subsidiært ansvar, men fremholdt at det verken er «berettiget eller nødvendig også å legge den antitetiske betydning i paragrafen at den utelukker et direkte ansvar for Staten, selv om slikt ansvar ellers skulle følge av alminnelige rettsregler». Med dette åpnes det for at § 200 – i alle fall på ett punkt – ikke gir en uttømmende regulering av domstolsansvaret. Denne rettsoppfatningen ble lagt til grunn og foreslått videreført i Statsansvarsutredningen.<sup>228</sup> Skillet mellom såkalt subsidiært og prinsipielt ansvar vil drøftes nærmere nedenfor, men her er det tilstrekkelig å konstatere at § 2-1 *kan* ha en selvstendig betydning ved siden av domstoloven § 200 i alle fall i ett henseende.

For å belyse de nærmere forskjellene mellom de to erstatningsgrunnlagene og forholdet mellom dem, legges fremstillingen videre opp slik at de generelle grensene for domstoloven § 200 gjennomgås i punkt 5.2.3–5.2.6. For hver begrensning i ansvarsregelens rekkevidde, drøf-

---

<sup>226</sup> Skoghøy (2017) s. 1375.

<sup>227</sup> Bøhn (2013) merknad 12 til § 200.

<sup>228</sup> Jf. Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 20–21., hvor det ikke ble ansett nødvendig å endre det subsidiære ansvaret i domstoloven § 200 andre ledd til et prinsipielt ansvar fordi skadeserstatningsloven § 2-1 «ikke kan antas å utelukke det prinsipielle ansvar som vil kunne følge av komiteens lovutkast». Departementet viste tilbake til drøftelsene i Statsansvarsutredningen, og drøftet ikke spørsmålet nærmere, jf. Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 33.



tes spørsmålet om skadeserstatningsloven § 2-1 kan gi et sterkere erstatningsrettslig vern. I punkt 5.3.1 fastlegges ansvarsterskelen i domstoloven § 200, før spørsmålet igjen blir om skadeserstatningsloven § 2-1 kan bringe inn en annen ansvarsnorm.

Som et bakteppe for den videre fremstillingen er det viktig å ha i minne at domstoloven § 200 er en ansvarsregel som er et produkt av sin tid. Dette medfører at regelen på flere punkter er dårlig tilpasset alminnelige erstatningsrettslige synsmåter slik de kommer til uttrykk i nyere lovgivning, rettspraksis og litteratur. Dette bidrar ikke bare til å skape tolkingstvil på en rekke punkter, men resulterer også i løsninger som fremstår som lite rimelige i dag. Skadeserstatningsloven § 2-1 har en langt mer moderne bakgrunn og utforming, og kan tenkes å avhjelpe noen av de mest uheldige utslagene av domstoloven § 200. Som allerede antydnet gir imidlertid ikke det eksisterende rettskildematerialet grunnlag for klare svar.

### **5.2.3 Domstoloven § 200 gjelder bare for feil begått «under rettergang»**

Domstoloven § 200 første ledd kommer til anvendelse dersom det ansvarsbetingende forholdet finner sted «under rettergang, tvangsfullbyrdelse eller midlertidig sikring». Ettersom feil under tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring faller utenfor oppgavens tema, er spørsmålet videre om og i så fall på hvilken måte kriteriet «under rettergang» begrenser virkeområdet til domstoloven § 200.

En naturlig forståelse av begrepet «under rettergang» er at det omfatter enhver feil som begås under domstolsbehandlingen av en sak, uavhengig av hvilket ledd i prosessen den knytter seg til.<sup>229</sup> Det omfatter saker som behandles etter tvisteloven eller straffeprosessloven, og saker som følger særlige prosessformer.<sup>230</sup> I sivile saker vil det typisk være tale om feil som inntreffer etter at stevning er kommet inn til retten og frem til dom er avsagt, men også andre feil kan tenkes. Et eksempel er at det fremsettes en begjæring om bevissikring uten forutgående

---

<sup>229</sup> Jf. Alten (1961) s. 155–156 om at bestemmelsen ikke bare omfatter feil som begås etter at saken er brakt inn for retten, «men også forutgående ledd i saksbehandlingen som er foreskrevet i vedkommende rettergangslov». Jf. også Skoghøy (1987) s. 14 om at «det rettsstridige forhold må ha forekommet under behandlingen av saken for domstolen».

<sup>230</sup> Bøhn (2013) merknad 1 til domstoloven kapittel 10.

varsel.<sup>231</sup> Også feil på dette stadiet fanges opp av ordlyden fordi feilen står i nær sammenheng med en tvist.

Feilen må ikke nødvendigvis inntreffe under et *rettsmøte* for å anses å være begått «under rettergang», selv om dette er mest praktisk.<sup>232</sup> I Rt. 2008 s. 610 slo Høyesteretts ankeutvalg fast at en advokat måtte ilegges en bot for å ha medvirket til avisomtale av bevis som ble nektet ført. Handlingen ble oppfattet som et forsøk på å påvirke lagrettens medlemmer i vurderingen av skyldspørsmålet, og ble derfor ansett som illojal overfor rettens beslutning. Ankeutvalget kunne uten videre konstatere at forholdet ble rammet av begrepet «under rettergang». Tilsvarende handlinger begått av en dommer må bedømmes på samme måte.

Slik bestemmelsen er formulert står derfor kriteriet «under rettergang» i første rekke igjen som en avgrensning mot skadegjørende handlinger og beslutninger i rent private sammenhenger. I slike tilfeller vil det ikke være tale om feil som står i nær sammenheng med en domstolsprosess. De aller fleste feil en dommer begår *i egenskap av å være dommer* og ikke privatperson vil imidlertid omfattes. Slik er også vilkåret om at skaden må være voldt «under ... utføring av arbeid» i skadeserstatningsloven § 2-1 forstått. Dette uttrykkes gjerne som et krav om at den ansvarsbetingende handlingen må ha en tilstrekkelig nær saklig sammenheng med arbeidstakerens funksjoner.<sup>233</sup>

Men selv om kravet om at feilen må være begått «under rettergang» fanger opp de fleste feil som kan tenkes å inntreffe under domstolsbehandlingen av en sak, kan det særlig tenkes ett mulig unntak. Dersom dommeren gjør en feil som får negative konsekvenser for en sak som vedkommende dommer ikke formelt har til behandling, er det ikke gitt at tilfellet bør behandles på samme måte som typiske domstolsfeil. Dette kan formuleres som et spørsmål om kriteriet «under rettergang» må forstås slik at feilen må ha skjedd under behandlingen av *egen sak*, eller om det også omfatter feil som en dommer begår i andre saker.

Spørsmålet har sin bakgrunn i at slike feil ofte vil ha en *atypisk* karakter. Det vil gjerne være tale om faktiske handlinger som skiller seg vesentlig fra de prosessuelle og materielle feilene

---

<sup>231</sup> Tvisteloven kapittel 28.

<sup>232</sup> Bøhn (2013) merknad 3 til § 200.

<sup>233</sup> Lødrup (2009) s. 206–208.

som typisk sett vil gi grunnlag for anvendelse av rettsmidler eller krav om erstatning. Problemstillingen er foranlediget av en nyere erstatningssak fra Oslo tingrett, som er et eksempel på en slik atypisk feil.<sup>234</sup>

TOSLO-2016-50844 hadde sin bakgrunn i at saksøker hadde begjært bevissikring uten forutgående varsel som ledd i et planlagt søksmål. En dommer som *ikke* var saksforberedende dommer i bevissikringsaken men som likevel fikk kjennskap til begjæringen informerte om den til den det var begjært bevissikring overfor. Dette skyldtes at vedkommende også var dommer i en arbeidsrettstvist mellom de samme partene. Saksøker hevdet at formålet med bevissikringsaken ble forspilt som følge av at motparten ble informert om den, og reiste søksmål mot staten med krav om erstatning for utgiftene i forbindelse med bevissikringsbegjæringen. Dette fikk han medhold i, og tingretten bygget resultatet på at det var den alminnelige culpanormen som måtte få anvendelse som ansvarsnorm.<sup>235</sup>

Som fremstillingen straks vil vise, etablerer domstoloven § 200 en særlig høy terskel for domstolsansvar. Tingrettens begrunnelse for ikke å anvende ansvarsnormen i § 200 var at feilen som forårsaket tapet ikke ble begått i en tvist som vedkommende dommer formelt hadde noen rolle i. Dommerens avstand til bevissikringsaken ledet derfor til at den alminnelige culpanormen ble anvendt. Tingretten vurderte ikke forholdet opp mot ordlyden i domstoloven § 200, men tolkningsresultatet kan etter min oppfatning best forankres i vilkåret om at feilen må være begått «under rettergang». Tanken er da at feil som *ikke* er begått i egen sak ikke kan anses å være begått «under rettergang», med den konsekvens at forholdet faller utenfor domstoloven § 200.

En slik forståelse av begrepet er noe snever i forhold til ordlyden ettersom feilen i saken skjedde i tilknytning til behandlingen av en tvist, og dommeren opptrådte i egenskap av dommer. Resultatet er lettere å begrunne etter tvisteloven § 20-12, hvor det følger av lovteksten at feilen må knytte seg til «rettens behandling av saken». Den bestemte formen tyder på at

---

<sup>234</sup> Anke direkte til Høyesterett ble nektet fremmet, jf. HR-2017-563-U.

<sup>235</sup> Staten anførte at tvisteloven § 20-12 var riktig hjemmel for kravet. Tingretten var ikke enig i dette. Dette var fordi formuleringen «en part som er påført sakskostnader på grunn av rettens behandling av saken» ble tolket slik at bestemmelsen er begrenset til «feil begått av rettens saksbehandlende personale i en bestemt sak, og som har påført en part i den saken ekstra sakskostnader». Dette var årsaken til at tingretten gikk videre til å vurdere kravet etter skadeserstatningsloven § 2-1 og domstoloven § 200.

det ikke er tilstrekkelig at feilen er begått i *en* sak, men at den må være begått i den saken som dommeren har til behandling. Samtidig var saksforholdet i den nevnte erstatningssaken veldig spesielt og feilen så uvanlig at det neppe er grunn til å tro at dette var noe en hadde i tankene ved utformingen av ansvarsnormen i § 200. At feil som ikke er knyttet til egen sak holdes utenfor anvendelsesområdet til ansvarsnormen i § 200, kan dessuten også begrunnes med at de hensynene som begrunner den høye ansvarsterskelen i § 200 normalt ikke vil treffe i slike tilfeller.

Som det er redegjort for i kapittel 2.2, må forklaringen på den særlig høye terskelen for domstolsansvar ligge i domstolsansvarets særpeg. Med dette menes særlig hensynet til å unngå å legge uønskede føringer for domstolenes virksomhet, herunder domstolenes rettsskapende og rettsutviklende virksomhet, å unngå en forrykkelse i maktbalansen mellom domstolene og lovgiver, og å sikre domstolenes uavhengighet. Dette er hensyn som tilsier at det generelt må mye til før ansvar kan illegges, og fellestrekket er at de slår inn når dommeren formelt har en sak til behandling. Det er vanskelig å se at disse hensynene gjør seg gjeldende når dommeren *ikke* handler som ledd i egen sak. Det er jo ved behandlingen av en sak at dommere skal være uavhengige, og hvor det ikke er ønskelig å legge føringer for rettsanvendelsen. Feil som skjer utenfor behandlingen av egen sak vil gjerne ha så få likhetstrekk med mer typiske domstolsfeil at det er mer naturlig å sammenligne disse med feil som kan begås i enhver virksomhet, og som dermed ikke er særegne for domstolsvirksomheten. Etter min oppfatning gjør dette at det er liten grunn til å la feil som skjer utenfor egen sak reguleres av ansvarsnormen i § 200.

I motsetning til domstolloven § 200, er arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven § 2-1 helt generelt utformet og vil derfor også ramme domstolsfeil *utenfor* rettergangen. På dette punktet har derfor skadeserstatningsloven § 2-1 derfor et videre anvendelsesområde enn domstolloven § 200. Etter denne bestemmelsen er simpel uaktsomhet hos arbeidstakeren som hovedregel tilstrekkelig til å utløse arbeidsgiveransvar dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. En uaktsom domstolsfeil er derfor tilstrekkelig til å pådra staten ansvar dersom feilen skjer utenfor rettergangen men likevel er voldt «under ... utføring av arbeid».<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> Bøhn legger også til grunn at ansvaret må antas å bygge på alminnelig culpa «når forsømmelsen ikke er knyttet til en rettsak», jf. Bøhn (2013) merknad 10 til § 200.

## 5.2.4 Domstoloven § 200 gjelder ikke for feil begått av høyesterettsdommere

En annen avgrensning i virkeområdet til domstoloven § 200 følger av persongruppene den gjelder for. Etter ordlyden i første ledd retter bestemmelsen seg mot en rekke persongrupper, men etter annet ledd svarer staten bare for ansvarsbetingende forhold som skriver seg fra en «offentlig tjenestemann». Begrepet omfatter – men er ikke begrenset til – dommere.<sup>237</sup> Bestemmelsen kan imidlertid ikke leses isolert på dette punktet.

Domstoloven § 200 suppleres av domstoloven § 213, som er en prosessuell bestemmelse om behandlingsmåten for erstatningskrav som grunnes på bestemmelsene i kapittel 10, herunder domstoloven § 200. I annet ledd er det fastsatt dommere «kan ilægges saadant ansvar av høyere ret uten særskilt søksmaal eller tiltale». Her er ordet «kan» ikke ment å uttrykke at det åpnes for en skjønnsmessig vurdering av om erstatningsansvaret skal ilegges av en høyere instans, men at erstatningsspørsmålet *kan* prøves uten at det reises særskilt søksmål. Det følger av dette at erstatningsansvar for «utilbørlig eller forsømmelig forhold under rettergang» begått av en dommer *må* ilegges av en høyere domstol.

Ettersom Høyesterett dømmer i siste instans, vil dette vilkåret aldri være oppfylt dersom påstandsgrunnlaget er at det økonomiske tapet er forårsaket av en feil begått av en høyesterettsdommer.<sup>238</sup> At høyesterettsdommere dermed står i en særstilling med hensyn til adgangen til å ilegge erstatningsansvar etter domstoloven kapittel 10 er også lagt til grunn i forarbeidsuttalelser og i litteraturen.<sup>239</sup> Et slikt ansvar kan bare ilegges av Riksretten.<sup>240</sup>

Den nærmere begrunnelsen for å avskjære adgangen til å fremme søksmål om erstatningsansvar for feil begått av høyesterettsdommere er ikke nærmere drøftet, må antageligvis forstås på bakgrunn av at statens ansvar etter domstoloven § 200 er subsidiært.<sup>241</sup> Dette betyr at sta-

---

<sup>237</sup> Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 78–79.

<sup>238</sup> I svensk rett er dette sagt mer eksplisitt. Skadeståndslagen 3 kap. 7 § første punktum lyder slik: «Talan om ersättning enligt 2 § får inte föras med anledning av beslut av riksdagen eller regeringen eller av Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen, om inte beslutet upphävts eller ändrats.»

<sup>239</sup> Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) Om lov om endringer i domstoloven m.m. (den sentrale domstoladministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling) s. 262 og Bøhn (2013) merknad 8 til § 213. Jf. også Skoghøy (1987) s. 17 om at ansvar «bare» kan ilegges av en høyere domstol.

<sup>240</sup> Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) s. 262.

<sup>241</sup> Jf. kapittel 5.2.5 nedenfor.

tens erstatningsansvar er betinget av at det først kan konstateres et personlig ansvar for vedkommende dommer. Som det blant annet har blitt fremholdt av EU-domstolen i *Köbler* er et personlig ansvar for vedkommende dommer mer problematisk ut fra hensynet til dommeres uavhengighet og upartiskhet enn dersom erstatningskravet rettes mot staten som arbeidsgiver.<sup>242</sup> Og ettersom høyesterettsdommer ikke kan angripes med ordinære rettsmidler kan behovet for etterfølgende erstatningssøksmål oppfattes som særlig stort, slik at det er i slike tilfeller at hensynet til å ivareta dommeres uavhengighet og upartiskhet får størst praktisk betydning.

Av samme grunn er ikke betenkelighetene like store dersom erstatningskravet fremmes etter skadeserstatningsloven § 2-1, selv om søksmålet bygger på at feilen er begått av en høyesterettsdommer. Statens ansvar etter § 2-1 er prinsipalt, og står derfor på egne ben. Erstatningssøksmål om feil begått av høyesterettsdommere vil riktignok sjelden kunne fremmes allerede av den grunn at domstolloven § 200 tredje ledd bokstav a) krever at avgjørelsen må være opphevet eller forandret for at søksmålet skal kunne fremmes. Men der søksmålsbegrensningene må tolkes innskrenkende av hensyn til folkerettslige forpliktelser ligger det en åpning.<sup>243</sup> Det samme gjelder der en avgjørelse blir gjenåpnet, og denne har påført parten et tap.

Videre følger det eksplisitt av domstolloven § 213 første ledd sammenholdt med annet ledd at det er erstatningsansvar for dommere «etter dette kapitel» som må ilegges av en «høiere ret». «[D]ette kapitel» er en henvisning til kapittel 10 i domstolloven. Bestemmelsen får dermed ikke direkte anvendelse for andre erstatningskrav enn de reises med hjemmel i domstolloven § 200. Standpunktet underbygges ytterligere av resonnement i HR-2016-2195 (Hegdahl).<sup>244</sup> Flertallet kom her til at søksmålet måtte avvises fordi det reelt sett rettet seg mot en dommerfeil, og ingen av unntaksreglene i § 200 tredje ledd bokstav a)–c) var oppfylt. Den aktuelle dommerfeilen var en påstått uriktig høyesterettsavgjørelse. Dersom et slikt søksmål hadde vært utelukket uavhengig av § 200 tredje ledd – og uavhengig av hvilket erstatningsgrunnlag søksmålet bygget på – hadde det vært naturlig å bygge avvisningskjennelsen på dette grunnlaget.

---

<sup>242</sup> Som nevnt i kapittel 2.2.2, kan det likevel diskuteres hvor stor denne forskjellen reelt sett er.

<sup>243</sup> Jf. kapittel 2.2.3.3.

<sup>244</sup> Saken er grundig omtalt i kapittel 3.2.

Løsningen må derfor være at krav om erstatning mot staten for feil begått av høyesterettsdommere kan bygges på andre erstatningsregler, herunder skadeserstatningsloven § 2-1.

### 5.2.5 Statens ansvar etter § 200 er subsidiært

En tredje begrensning i anvendelsesområdet til domstoloven § 200 fremgår av annet ledd, hvor det heter at staten «indestaar» for det erstatningsansvaret som ilegges en offentlig tjenestemann. Begrepet «indestaar» tyder på at statens ansvar er av sekundær betydning; det er tjenstemannens ansvar som er det *primære*.

Denne forståelsen bekreftes i eldre rettspraksis. I Rt. 1936 s. 566 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at det er en «betingelse for domfellelse av staten etter denne paragraf, at erstatningsansvar er ilagt eller samtidig ilegges vedkommende tjenestemann».<sup>245</sup> Saksforholdet i Rt. 1954 s. 1139 er gjort rede for ovenfor, og dommen gir uttrykk for samme rettsoppfatning. Ettersom det akutte søksmålet ikke var rettet mot tjenestemennene som hadde forårsaket skaden, oppstod spørsmålet om domstoloven § 200 kunne tjene som hjemmel for erstatningskravet mot staten.<sup>246</sup> Høyesterett uttalte at det var «klart» at statens ansvar etter andre ledd bare var subsidiært, men at bestemmelsen ikke var uttømmende og at søksmål direkte mot staten kunne ha hjemmel i andre erstatningsregler.

Selv om begrepet «indestaar» ikke isolert sett er klart, må det på grunnlag av disse uttalelsene bety at det ikke er tale om et selvstendig ansvar for staten, men at det er *avledet* av den enkelte dommers personlige ansvar.<sup>247</sup> En konsekvens av dette vil være at staten ikke kan bli erstatningsansvarlig for kumulative feil der domstoloven § 200 påberopes som ansvarsgrunnlag. Denne tolkningen harmonerer dårlig med utviklingen på erstatningsrettens område, men er vanskelig å argumentere seg vekk fra ut fra det foreliggende rettskildematerialet.

Dette er et punkt som antageligvis må forklares ut fra at § 200 er en gammel bestemmelse som ble utformet før statens erstatningsansvar var så vidtrekkende og utviklet som det er i

---

<sup>245</sup> Bøhn (2013) merknad 14 til § 200 med videre henvisninger.

<sup>246</sup> Jf. også Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 20–21 hvor det samme legges til grunn.

<sup>247</sup> Dersom ansvar først kan konstateres, er det solidarisk, jf. Alten (1961) s. 157.

dag.<sup>248</sup> Den eneste grunnen til at det subsidiære ansvaret ikke ble foreslått endret til et prinsipielt ansvar i Statsansvarsutredningen, var jo nettopp fordi det skulle være adgang til å påberope seg skadeserstatningsloven § 2-1. Av § 2-1 følger det at arbeidsgiver «svarer for» arbeidstakers skadeforvoldelser. Det er sikker rett at arbeidsgiver ikke bare blir ansvarlig for skader som den enkelte arbeidstaker selv ville blitt ansvarlig for, men også for anonyme og kumulative feil etter denne bestemmelsen.<sup>249</sup>

Et poeng her er også at statens subsidiære ansvar etter domstolloven § 200 nettopp ble gitt *før* det ble stadfestet et objektivt arbeidsgiveransvar for staten. Slik var det også i dansk rett, og det ble derfor treffende påpekt at mår

«Udviklingen paa en Række Omraader er gaaet derhen, at Staten hæfter umiddelbart overfor Borgerne for Skadeforvoldelse fra Tjenestemænds Side, Kunde det synes besynderligt, om man paa et Omraade, hvor man tidligt og som et Fremskridt til Borgernes Beskyttelse, indførte et subsidiært Ansvar, skulde blive staaende ved et saadant kun subsidiært Ansvar. Det vilde betyde, at det Omraade, hvor Ansvaret for Staten blev anset for mest tiltrængt, og hvor det derfor skabtes først, kommer til at staa tilbage i Frohold til andre Omraader, hvor det har fundet en Udvikling Sted.»<sup>250</sup>

Ettersom skadeserstatningsloven § 2-1 klart kan supplere domstolloven § 200 på dette punktet kan det kanskje hevdes at det ikke vil ha særlig betydning for parten om kumulative feil omfattes av § 200 eller ikke. Prosessuelt får det imidlertid en betydning som ikke er uvesentlig. Det er bare erstatningskrav som bygges på § 200 som kan behandles etter de særlige prosessuelle reglene i domstolloven kapittel 10, jf. domstolloven § 213 første ledd som fastsetter at særskilt søksmål om erstatningsspørsmålet ikke er nødvendig «etter dette kapitel». En part som vil kreve erstatning etter skadeserstatningsloven § 2-1, *må* derfor reise et særskilt søksmål om dette.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> Bøhn (2013) merknad 14 til § 200.

<sup>249</sup> Jf. blant andre Lødrup (2009) s. 205–206 med videre henvisninger til rettspraksis og Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 218.

<sup>250</sup> Trolle (1958) s. 3.

<sup>251</sup> I LB-2009-127714 ble et erstatningskrav mot staten etter skadeserstatningsloven § 2-1 avvist med denne begrunnelsen. Det måtte reises eget søksmål.



## 5.2.6 Erstatningsansvaret etter domstoloven § 200 er av fakultativ karakter

En siste begrensning følger av at det «kan ... helt eller delvis ilegges erstatning til den skadelidte» dersom de øvrige vilkårene i domstoloven § 200 er oppfylt. Bruken av ordet «kan» tyder på at bestemmelsen ikke gir rettskrav på erstatning, men at det er domstolens skjønn som avgjør om og i hvilken utstrekning erstatning kan tilkjennes dersom «førsømmelig eller ... utilbørlig forhold» under rettergang påvises. Motsetningsvis fremgår det av domstoloven § 202 at en rekke persongrupper «skal» betale erstatning til det offentlige for tap forårsaket av nærmere angitte prosesshandlinger som er foretatt «åpenbart uten grunn». Dette støtter opp under oppfatningen om at begrepet «kan» skal tas på ordet.<sup>252</sup>

Det er vanskelig å se at det kan være igjen noe særlig rom for hensyn som kan tilsi at erstatning ikke bør ilegges dersom et forhold først blir karakterisert som «utilbørlig». For domstolens vedkommende vil jo dette innebære at det er begått en feil som er ansett som kvalifisert klanderverdig.<sup>253</sup> Det finnes heller ikke praksis som eksemplifiserer hvordan vurderingen skal foretas. Den reelle hovedregelen er nok at erstatning *skal* tilkjennes dersom de øvrige erstatningsvilkårene er oppfylt og erstatningsansvaret ikke blir redusert eller faller bort som følge av eventuell medvirkning fra parten.

Skadeserstatningsloven § 2-1 inneholder ingen «kan»-reservasjon, og gir rettskrav på erstatning dersom bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt. Også på dette punktet går derfor arbeidsgiveransvaret lenger enn domstoloven § 200 i å gi skadelidte vern mot tap som følge av domstolsfeil.

## 5.3 Ansvarsnormen i domstoloven § 200 første ledd og skadeserstatningsloven § 2-1

### 5.3.1 Nærmere om ansvarsterskelen i domstoloven § 200

---

<sup>252</sup> Bøhn (2013) merknad 2 og 3 til domstoloven kapittel 10 legger til grunn at dette både gjelder for straffebestemmelsene og erstatningsreglene. Skoghøy (1987) s. 15 skriver bare om straffansvaret etter domstoloven kapittel 10, men fremholder der at alle «bestemmelser vi har om rettergangsstraff, er av fakultativ karakter».

<sup>253</sup> Ansvarsnormen behandles i kapittel 5.3.1 nedenfor.

Som nevnt over i kapittel dekker domstoloven § 200 domstolsfeil begått «under rettergang». Skadeserstatningsloven § 2-1 er så generelt utformet at både feil under rettergangen og andre feil en dommer begår vil omfattes av arbeidsgiveransvaret. Dette reiser spørsmål om ansvarsnormen i domstoloven § 200 er en annen enn i skadeserstatningsloven § 2-1 for domstolsfeil begått under rettergangen.

Ansvarsnormen i domstoloven § 200 første ledd er formulert som et spørsmål om en dommer har utvist «forsømmelig eller annet utilbørlig forhold» under domstolsbehandlingen av en sak. Dette er en typisk rettslig standard, som betyr at det avgjørende for om det foreligger ansvarsgrunnlag er «den oppfatning som til enhver tid gjør seg gjeldende hos ansvarsbevisste utøvere av de profesjoner det gjelder».<sup>254</sup> Vurderingstemaet er fleksibelt nok til å kunne regulere ansvarsspørsmålet for alle de ulike persongruppene den er rettet mot og hvor særlige hensyn kan gjøre seg gjeldende for hver gruppe. Dette er bestemmelsens største styrke og samtidig dens største svakhet. En uunngåelig konsekvens av en så skjønnsmessig formulering er at den gir få føringer med hensyn til ansvarsregelens nærmere innhold.

Ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i § 200 er et naturlig utgangspunkt spørsmålet om kriteriet «forsømmelig eller ... utilbørlig» forhold må forstås som en henvisning til den alminnelige culpanormen, slik at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig for å konstatere ansvar. Det er da et krav at skadevolder både kunne og burde handlet annerledes.<sup>255</sup> Dersom svaret på dette er bekreftende, representerer kriteriet kun en kodifisering av denne normen i en bestemt situasjon. Bruken av begrepet «utilbørlig» gir imidlertid forholdet en belastende karakteristikk, og *kan* signalisere at § 200 inneholder en norm som krever noe annet eller noe mer enn simpel uaktsomhet.

Lovforarbeidene til domstoloven inneholder ikke drøftelser som kaster lys over det nærmere innholdet i ansvarsnormen. På dette punktet er det rettspraksis som dominerer rettskildebildet. Uttalelser i noen eldre dommer kunne tyde på at formuleringen i § 200 uttrykker et vanlig uaktsomhetsansvar.

---

<sup>254</sup> Skoghøy (1987) s. 38.

<sup>255</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 71.

I Rt. 1935 s. 107 var spørsmålet om en sorenskriver kunne bli erstatningsansvarlig for skader voldt av hans fullmektig med hjemmel i domstolloven § 200. Høyesterett kom til at et slikt ansvar kunne oppstå dersom det «i den anledning ogsaa er noget at legge ham til last». Det ble likevel ikke konstatert ansvar fordi «det ikke kan legges sorenskriver Stenersen til last som en uaktsomhet, som medfører erstatningsansvar, at han ikke foretok en saadan kontroll av at det var den rette person, som var nevnt i tilsigtelsesskrivelsen».

Formuleringene «er noget at legge ham til last» og «til last som en uaktsomhet, som medfører erstatningsansvar» er uttrykksmåter som forbindes med simpel uaktsomhet. Uttalelsene kan imidlertid også tolkes som at det gjelder et minstekrav om skyld, og at det ikke var nødvendig å ta stilling til om det krevdes noe *mer* enn dette fordi sorenskriveren uansett ikke hadde opptrådt uaktsomt. Lignende uttalelser finnes imidlertid også i mindretallsvotumet i Rt. 1974 s. 935. Saken gjaldt et et krav om erstatning fra staten for tap som følge av feil begått under behandlingen av en sikringssak.<sup>256</sup> Mindretallet kom først med noen generelle uttalelser om statens ansvar:

«Staten svarer for tap som følge av feil som kan bebreides en dommer, aktor eller fast forsvarer som uaktsomhet. Dersom en feil er gjort i samvirke mellom flere tjenestemenn som staten svarer for, kreves det ikke at en enkelt tjenestemann har vist erstatningsbetingende uaktsomhet. Staten blir ansvarlig om feilen er av slik art at det ville oppstått personlig ansvar om feilen var gjort av en enkelt av tjenestemennene.»<sup>257</sup>

Etter min oppfatning kan mindretallets uttalelser vanskelig forstås annerledes enn at uaktsomhet var tilstrekkelig for å konstatere ansvarsgrunnlag. Dette ble også gjort. Det er imidlertid uklart hvilken ansvarsnorm mindretallet anvender. Staten viste i sine anførsler til at det gjelder en særlig høy terskel for domstolsfeil etter domstolloven § 200, men retten har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen og er derfor ikke bundet av partenes syn på rettsspørsmål, jf. tvisteloven § 11-3. Det er derfor mulig at mindretallets uttalelser er knyttet til en annen ansvarsnorm. På dette punktet er det vanskelig å unngå å se at uttalelsene gir en svært treff-

---

<sup>256</sup> Dommen er noe nærmere omtalt i kapittel 3.2.

<sup>257</sup> Rt. 1974 s. 935 (på s. 945).

de beskrivelse av innholdet i skadeserstatningsloven § 2-1, som ble vedtatt få år før dommen ble avsagt.<sup>258</sup>

Flertallet ga ikke noen generelle uttalelser som innholdet i ansvarsnormen, men kom til at det ikke var grunnlag for å ilegge erstatningsansvar både fordi det ikke forelå ansvarsgrunnlag og fordi det var tvilsomt om årsakskravet var oppfylt. Det er derfor ikke klart om flertallet bygget på en annen ansvarsnorm enn mindretallet. Mindretallets uttalelser kan imidlertid uansett ikke tas på ordet ved fastleggelsen av innholdet i vilkåret om at det må påvises «forsømmelig eller annet utilbørlig forhold», selv om en skulle komme til at det var domstolloven § 200 som ble anvendt som ansvarsregel. I senere rettspraksis har det kommet klare uttalelser som viser at en uaktsom dommerfeil ikke er tilstrekkelig til å utløse erstatningsansvar.

I Rt. 1990 s. 214 ble det reist søksmål mot tre dommere med krav om erstatning for tap som følge av en kjennelse som ble opphevet av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Erstatningssøksmålet ble fremmet til realitetsbehandling, og Høyesterett måtte dermed ta stilling til det nærmere innholdet i ansvarsnormen i § 200. Det ble først fremholdt at § 201 retter seg direkte mot rettslige avgjørelser, men at § 200 har et videre anvendelsesområde. Deretter ble det fastslått at det i alle tilfelle måtte dreie seg om «et kvalifisert klanderverdig forhold».

Denne formuleringen ble gjentatt i Rt. 1997 s. 615, som gjaldt et krav om erstatning for tap som følge av åtte opphevede kjennelser knyttet til samme sakskompleks. Høyesterett uttalte følgende:

«At en høyere rettsinstans har et annet syn på innholdet av en regel enn den lavere, vil ikke i seg selv kunne begrunne ansvar for den eller de dommere som har truffet den angrepne avgjørelse. Ansvar er betinget av at dommeren har gjort seg skyldig i kvalifisert klanderverdig forhold.»

---

<sup>258</sup> Som jeg straks kommer til må det anses å gjelde en særlig høy terskel for domstolsfeil som dekkes av § 200 også dersom ansvaret bygges på skadeserstatningsloven § 2-1. At mindretallet her gir uttrykk for at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig kan likevel forklares med at det var et spørsmål om kumulative feil begått av aktor, forsvarer, verge og dommer. De andre yrkesgruppene er ikke underlagt samme høye ansvarsterskel som dommere.

Denne formuleringen av ansvarsnormen har siden blitt lagt til grunn som gjeldende rett.<sup>259</sup> I underrettspraksis har dette også blitt uttrykt som at § 200 knesetter et «kvalifisert culpapakrav», og dermed krever «vesentlig mer enn simpel uaktsomhet».<sup>260</sup> Det finnes også eksempler på lagmannsrettsdommer hvor det trekkes paralleller til den såkalte milde ansvarsnormen for offentlig kontroll- og servicevirksomhet, og legges til grunn at ansvarsnormen i § 200 er sammenfallende med denne.<sup>261</sup> Det er likevel vanskelig å se hva en slik analogi tilfører når det gjelder spørsmålet om hvordan domstoloven § 200 skal forstås. Innholdet i ansvarsnormen i § 200 må i første rekke fastlegges ut fra de rettskildene som er knyttet til denne bestemmelsen, og under hensyntagen til de særlige hensynene som gjør seg gjeldende for domstolsansvaret.<sup>262</sup>

Ut fra det som er sagt over må det uansett være klart at simpel uaktsomhet ikke anses som et «forsømmelig eller ... utilbørlig forhold» etter domstoloven § 200 første ledd. Det er ikke tilstrekkelig å konstatere at domstolen kunne og burde handlet annerledes, det må være *åpenbart* at en alternativ handling eller rettsanvendelse burde blitt valgt.<sup>263</sup> Når det mer konkret gjelder spørsmålet om ansvar for feil i rettslige avgjørelser, må derfor avviket fra gjeldende prosessuelle og materielle regler være *markert*.

### 5.3.2 Nærmere om ansvarsterskelen i skadeserstatningsloven § 2-1

Etter skadeserstatningsloven § 2-1 er vanlig uaktsomhet normalt tilstrekkelig til å utløse erstatningsansvar. Dette følger direkte av ordlyden. Etter det som er sagt over, er det også klart at domstoloven § 200 krever *mer* enn dette. Dette reiser spørsmål om en part kan vinne frem med krav som reises med hjemmel i skadeserstatningsloven § 2-1 men som ikke når opp til ansvarsterskelen i domstoloven § 200, eller om skadeserstatningsloven § 2-1 må tolkes i lys av domstoloven § 200 slik at ansvar først inntreder dersom det kan påvises et kvalifisert klanderverdige forhold.

---

<sup>259</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 285.

<sup>260</sup> TOSLO-2001-12255.

<sup>261</sup> LB-1995-1304 og LB-1999-810. Sistnevnte dom gjaldt skade voldt av en skiftedommer, og retten ga uttrykk for at uttalelsene om forholdet mellom ansvarsnormen i § 200 og den milde ansvarsnormen for offentlig kontroll- og servicevirksomhet hadde blitt for generelle i LB-1995-1304. Det ble fremholdt at det for enkelte forhold kunne være tilstrekkelig med vanlig uaktsomhet.

<sup>262</sup> Læren om en «mild norm» er dessuten gjenstand for en egen diskusjon i litteraturen, og denne vil det være altfor omfattende å gå inn på her, jf. særlig Liisberg (2005).

<sup>263</sup> I Rt. 1997 s. 615 som er referert over, var ikke lovtolkningen «åpenbart uriktig». Ansvar ble derfor heller ikke konstatert.

Gjennomgangen av rettskildematerialet knyttet til forholdet mellom domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 i kapittel 5.2.2 viser at det er en mangel på drøftelser om dette spørsmålet. I Statsansvarsutredningen ble det ikke ansett nødvendig å foreta endringer i domstolloven som følge av vedtakelsen av arbeidsgiveransvaret, men den eneste forskjellen som ble løftet frem var skillet mellom prinsipalt og subsidiært ansvar.<sup>264</sup> Kanskje er det naturlig å forstå dette som en talende taushet om at vedtakelsen av skadeserstatningsloven § 2-1 ikke medførte ytterligere endringer i rettstilstanden etter domstolloven § 200. I forbindelse med utarbeidelsen av sakskosnadsregelen i tvisteloven uttalte jo også Justisdepartementet at domstolloven § 200 antagelig ga en uttømmende regulering av domstolsansvaret når det gjaldt spørsmålet om ansvarsnorm.<sup>265</sup>

I litteraturen har Bøhn påpekt at en ulik ansvarsterskel etter domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1 *kan* begrunnes ut fra den særskilte behandlingsmåten for krav etter § 200.<sup>266</sup> Ettersom erstatningskravet kan avgjøres direkte under saken, blir behandlingen mer summarisk. Det gjør kravet om at feilen må være kvalifisert – og dermed også klar – velgrunnet. Samtidig viser han til at erstatningskrav etter § 200 kan reises i et særskilt søksmål, og at rettskildematerialet ikke gir grunnlag for å operere med en lavere ansvarsterskel i slike tilfeller. I stedet tillegger han hensynet til sammenhengen i regelverket avgjørende vekt, og konkluderer med at «staten ikke kan ha erstatningsansvar for domstolenes virksomhet etter skadeserstatningsloven § 2-1 ved uaktsomhet fra arbeidstakers side som ikke er tilstrekkelig til å medføre ansvar etter § 200».<sup>267</sup>

Det er vanskelig å se annet enn at denne løsningen må være riktig. Hensynene som begrunner den særlig høye terskelen for domstolsansvaret er de samme uavhengig av hvilket rettslig grunnlag kravet bygges på. Selv om skadeserstatningsloven § 2-1 er mer moderne og dermed langt på vei å foretrekke som ansvarsgrunnlag, synes selve ansvarsnormen i § 200 fremdeles å være velgrunnet. En analogisering fra § 200 ved anvendelsen av skadeserstatningsloven § 2-1

---

<sup>264</sup> Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958) s. 20–21.

<sup>265</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 451.

<sup>266</sup> Bøhn (2013) i petitavsnitt i merknad 11 til § 200.

<sup>267</sup> Bøhn (2013) merknad 14 til § 200.

gir en presisering av culpaansvaret i tilfeller av domstolsfeil, og det er først når de to bestemmelsene sammenholdes at rettsregelen kommer til syne.<sup>268</sup>

Det avgjørende for om det foreligger domstolsansvar, blir dermed om domstolen har opptrådt kvalifisert klanderverdig, hensyn tatt til om «de krav skadelidte med rimelighet kan stille» til domstolsvirksomhet er tilsidesatt. Hva som med rimelighet kan forventes må ses på bakgrunn av de særlige hensynene som gjør seg gjeldende under domstolsbehandlingen av en sak, jf. kapittel 2.2.2.<sup>269</sup> Dermed bringes vurderingstemaet også i bedre samsvar med tvisteloven § 20-12, hvor det også er lagt til grunn at formuleringen i § 2-1 gir den relevante problemstillingen.<sup>270</sup>

Denne rettsstilstanden svarer langt på vei til reguleringen av statens ansvar for domstolsfeil i svensk rett. Ansvarer reguleres av den såkalte standardregelen i skadeståndslagen 3 kap. 2 §, som fastsetter at «[s]taten eller en kommun skall ersätta personskada, sakskada eller ren förmögenhetsskada, som vållas genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar».

Gjennom rettspraksis er det etablert en særlig høy terskel for domstolsansvar, men denne kommer ikke direkte til uttrykk i lovteksten. Ansvarer er betinget av at den feilen som er begått kan karakteriseres som «uppenbart oriktig». Dersom dette kriteriet ikke er oppfylt, anses ikke «fel eller försummelse» å foreligge etter 3 kap. 2 §. I NJA 2011 s. 411 sammenfattet Högsta domstolen rettsstilstanden slik:

«För skadeståndsansvar anses det inte räcka att en domstol har gjort en felaktig bedömning av en rätts- eller bevisfråga eller att domstolen kan kritiseras för sitt ställningstagande i en fråga där det funnits utrymme för en skönsmåsig bedömning. Endast rena förbiseenden av

---

<sup>268</sup> En slik rettsanvendelse har likhetstrekk med den såkalt milde normen for offentlig kontroll- og servicevirksomhet. Det rettslige grunnlaget er § 2-1, men det skal mer til før ansvar inntre, jf. Nygaard (2007) s. 242 om at det er «dels varierende krav til aksemd, jamvel om alle avgjerdene er underlagt norma i § 2-1».

<sup>269</sup> Jf. Rt. 2005 s. 1050 avsnitt 21: «Det er på det rene at terskelen for uaktsomhetsansvaret kan stille seg forskjellig avhengig av karakteren av den offentlige tjeneste».

<sup>270</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287 og Skoghøy (2017) s. 1372.

en beståmmelse eller oppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen.»<sup>271</sup>

Standardregelen er derfor en slags hybrid mellom domstolloven § 200 og skadeserstatningsloven § 2-1. Den regulerer domstolsansvaret under samme bestemmelse som anvendes for annen offentlig myndighetsutøvelse, men praktiserer en særlig streng norm.<sup>272</sup> Det er også verd t å påpeke at det i svensk rett ser ut til å være en utvikling som går i retning av et stadig strengere offentlig ansvar for domstolsfeil. I NJA 2013 s. 842 ble det fremholdt at det

«[i] linje med den objektiverade bedömningen ska i regel en oppenbart oriktig rättstillämpning av en domstol anses oaksam utan att avseende behöver fästas vid vad som i det enskilda fallet kan vara förklaringen till felet. Men fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § 1 skadeståndslagen kan föreligga även utan att rättstillämpningen isolerat sett framstår som oppenbart oriktig. En helhetsbedömning ska gras. Av særskild betydelse r d domstolens skyldighet att motivera sina stllningstaganden».<sup>273</sup>

Dommen legger altså til grunn at uriktig rettsanvendelse kan anses som ansvarsbetingende selv om den ikke er åpenbart uriktig. Dette er en oppmykning sammenlignet med tidligere praksis.<sup>274</sup>

Et krav om kvalifisert klanderverdig forhold synes i utgangspunktet å harmonere godt med den EU/EØS-rettslige ansvarsnormen, hvor statens ansvar for domstolsfeil er gjort betinget av at det foreligger en åpenbar tilsidesettelse av EU/EØS-retten. Som nevnt i kapittel 4 er det også innenfor EU/EØS retten etablert en særlig høy terskel for domstolsansvar. Dette gjør harmoniseringsprosessen mindre krevende i forhold til den tilpasningen som må skje når det gjelder nasjonale prosessforutsetninger, jf. særlig kapittel 2.2.3.3.

Spørsmålet om den høye ansvarsterkselen også er forenlig med EMK har mindre betydning fordi artikkel 13 bare kan gi krav på erstatning for domstolsfeil dersom feilen består i at det har skjedd en krenkelse av retten til rettergang innen rimelig tid etter artikkel 6. Men dersom det først kan konstateres brudd på artikkel 6, oppstiller ikke konvensjonen noen ytterligere

---

<sup>271</sup> NJA 2011 s. 411 avsnitt 3.

<sup>272</sup> Andersson (2013) s.

<sup>273</sup> NJA 2013 s. 842 avsnitt 34.

<sup>274</sup> Bengtsson (2014) s. 431.



krav om at konvensjonsbruddet også må være kvalifisert. Kravet om at rettergangen må skje innen «rimelig tid» åpner imidlertid for en temmelig bred vurdering hvor mange momenter som normalt inngår i en culpavurdering kan tas i betraktning.<sup>275</sup> Heller ikke denne vurderingen er derfor særlig problematisk å foreta innenfor rammen av norske erstatningsregler om domstolsansvar. Og skulle dette by på vanskeligheter i praksis, så kan ansvaret uansett bygges direkte på artikkel 13.<sup>276</sup>

## 5.4 Nærmere om ansvarsvurderingen

### 5.4.1 Generelle betraktninger

Etter det som er sagt over, blir ansvarsvurderingen for domstolsfeil som er begått «under rettergang» i utgangspunktet den samme enten ansvaret bygges på domstolloven § 200 eller skadeserstatningsloven § 2-1. Det er ikke hensikten, og det ville heller ikke vært mulig, å gi en uttømmende liste over hvilke momenter som kan inngå i ansvarsvurderingen. I det følgende gis det likevel en fremstilling av de momentene som *typisk* sett vil ha betydning. Og der eventuelle forskjeller i ansvarsvurderingen kan tenkes som følge av at statens ansvar etter § 2-1 er prinsipielt, vil dette påpekes.

Domstolsansvarets særpreg gjør det vanskelig å plassere temaet i det juridiske landskapet. Karakteren av de feilene som begås gjør at culpavurderingen ikke uten videre blir sentrert omkring de samme momentene som de typiske tilfellene av person- og tingsskade. I dansk litteratur ble dette påpekt tidlig i drøftelser om domstolsansvaret:

«Vi befinder os ikke paa Integritetskrænkelsernes Omraade, som er Culpareglens klassiske Domæne, men der er Tale om ulegemlig Skadetilføjelse, hvor de, som bl.a. fremhævet af Using, er mere usikkert, hvor Grænsen mellem retmæssigt og retsstridigt gaar, og hvilke Erstatningsbetingelserne er.»<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> Andersson (2013) s. 562.

<sup>276</sup> Hjelmeng (2016) konkluderer med at det å bygge ansvaret direkte på de folkerettslige ansvarsgrunnlagene gir den beste løsningen.

<sup>277</sup> Trolle (1958) s. 9. Jf. også Thorson (2015) s. 35–36.

Det økonomiske tapet som følge av en domstolsfeil vil ofte være et *rent formuestap*. Ved slike tap har Hagstrøm og Stenvik påpekt at den typen «risikobetraktninger som står sentralt når culpanormen skal fastlegges for integritetskrenkelser, har ... normalt ingen plass ved vurderingen av ansvaret for rene formuestap».<sup>278</sup> Thorson gir den grundigste behandlingen av den erstatningsrettslige håndteringen av rene formuestap, og fremholder at forskjellene mellom rene formuestap og integritetskrenkelser gjør det «lite naturlig å ta utgangspunkt i at culpaansvaret for rene formuestap kan avgjøres ut fra en culpakonstruksjon som er helt «lik» den som anvendes ved integritetskrenkelser. Det kanskje klareste særtrekket er at culpaansvar ved rene formuestap ofte er tilfeller med forsett hva gjelder tapet».<sup>279</sup> Dette gjelder også i tilfeller av uriktige domstolsavgjørelser.

Likevel er skadesituasjonen så spesiell ved domstolsansvar at de argumentasjonsmønstrene som anvendes ved rene formuestap ikke nødvendigvis passer like godt. Dette er både fordi det er tale om *rettslige avgjørelser* hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende, og fordi det ikke er en situasjon hvor skadevolder handler i egen interesse slik det ofte vil være ved rene formuestap. Dette er også en av grunnene til at man ikke uten videre kan trekke paralleller til det offentliges ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak. Som fremholdt av Tvistemålsutvalget er ordningen med forvaltningsvedtak som regel begrunnet i samfunnets interesse, mens det er partenes interesser som er de dominerende i domstolsprosessen.<sup>280</sup> Dette kan influere på ansvarsvurderingen på ulike måter, og det må derfor vurderes mer konkret om synspunkter som er gjort gjeldende for ugyldige forvaltningsvedtak er anvendelige for uriktige domstolsavgjørelser.<sup>281</sup>

Det sentrale poenget er uansett at ansvarsvurderingen ikke er lik den tradisjonelle culpavurderingen som er konstruert med tanke på typiske integritetskrenkelser. Utgangspunktet må tas i at feil i rettslige avgjørelser ofte vil være forårsaket av en rettsanvendelsesfeil, slik at det per definisjon er tale om en *rettsvillfarelse*.<sup>282</sup> Ansvarsvurderingen vil derfor gå ut på å vurdere om denne er unnskyldelig. Det privatrettslige utgangspunktet om at rettsvillfarelse ikke fritar

---

<sup>278</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 121.

<sup>279</sup> Thorson (2013) s. 76.

<sup>280</sup> NOU 2001: 32 A s. 544–545.

<sup>281</sup> Jf. særlig Hagstrøm (1987), Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 256–260 og Nisja og Sørli (2013) s. 311–316 for generelle fremstillinger om det offentliges ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak.

<sup>282</sup> Fredriksen (2013) s. 300–301 påpeker at spørsmålet om rettsvillfarelsen er uskyldig eller ei er omtalt som et moment i ansvarsvurderingen av EU-domstolen og EFTA-domstolen, men stiller spørsmål ved om det ikke er mer nærliggende å karakterisere dette som det overordnede vurderingstemaet.

for ansvar, gjelder imidlertid ikke når domstolen begår en feil.<sup>283</sup> Hovedregelen er tvert imot at rettsvillfarelse fritar for ansvar med mindre den er *kvalifisert klanderverdig*. En uriktig domstolsavgjørelse kan riktignok også skyldes feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, som omtales særskilt i kapittel 5.4.2.1 nedenfor.

Nedenfor gis det en nærmere redegjørelse for vurderingsmomenter som har blitt trukket frem som relevante i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori om domstolsansvar. I kapittel 5.4.2 behandles momenter som presiserer ansvarsterskelen for ulike feil, mens momentene i de resterende kapitlene gir mer konkret veiledning med hensyn til om en domstolsfeil er unnskyldelig eller ikke.

## 5.4.2 Feilens karakter

Et moment som er av betydning ved spørsmålet om en domstolsfeil er kvalifisert klanderverdig, er karakteren av den feilen som er begått. I tilknytning til saksomkostningsregelen i tvisteloven § 20-12 var både Tvistemålsutvalget og Justisdepartementet av den oppfatning at ansvarsnormens innhold måtte variere etter hva slags feil det var tale om. Ut fra disse drøftelsene er det mulig å utlede et skille mellom feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, prosessuelle feil og feil i rettsanvendelsen under avgjørelsen av det materielle kravet.<sup>284</sup>

Dette skillet er det nærliggende å betrakte som et uttrykk for at visse domstolsfeil er mer unnskyldelige enn andre, og derfor sjeldnere vil føre til ansvar for staten. Det finnes ingen holdepunkter for at dette skillet har en annen begrunnelse enn dette, eller er utslag av synspunkter som bare gjør seg gjeldende for de tapspostene som kan kreves dekket under tvisteloven § 20-12. Drøftelsene i tvistelovens forarbeider kan derfor tjene som alminnelige retningslinjer ved vurderingen av om en domstolsfeil er ansvarsbetingende.

### 5.4.2.1 Feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget

---

<sup>283</sup> Hagstrøm (1987) s. 103 skriver mer generelt at det privatrettslige utgangspunktet ikke automatisk kan overføres til det offentligrettslige erstatningsansvaret.

<sup>284</sup> Jf. NOU 2001: 32 B s. 939–940, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286–287. Jf. også Skoghøy (2017) s. 1372.

Den første kategorien er feil i avgjørelsens faktiske grunnlag, heretter også omtalt som bevisbedømmelsesfeil. Tvistemålsutvalget og Justisdepartementet formulerte seg ulikt med hensyn til om slike feil skal kunne utløse ansvar for staten. Tvistemålsutvalget uttalte at det burde være rom for ansvar, men at det også burde begrenses til tilfeller hvor den faktiske vurderingen har vært «åpenbart uforsvarlig».<sup>285</sup> Under sin omtale av når realitetsfeil kan utløse ansvar, legger imidlertid Justisdepartementet kort til at «[f]eil i rettens vurdering av faktum vil ikke kunne utløse ansvar etter § 20-12».<sup>286</sup>

Justisdepartementets uttalelse gir grunnlag for en slutning om at feil i bevisbedømmelsen ikke kan utløse erstatningsansvar. Det er grunn til å stille spørsmål ved om uttalelsen bør tas på ordet. Dette er ikke bare fordi den avviker fra Tvistemålsutvalgets vurdering uten at det knyttes noen nærmere bemerkninger til avviket, men også fordi det kan være rimelig å la staten bære tapet for slike feil. Etter min oppfatning vil en mer åpen løsning harmonere bedre med begrunnelsen for hvorfor tap som følge av feil i rettens faktiske vurdering som hovedregel må bæres av partene.

Verken Tvistemålsutvalget eller departementet viser til noen eksplisitt begrunnelse, men svaret finnes nok dels i utvalgets drøftelser om hvorfor omkostningsregelen ikke bør utformes likt i domstolsprosessen som i forvaltningsprosessen. Mens det i forvaltningsprosessen normalt er slik at forvaltningen har ansvaret for avgjørelsesgrunnlaget i saken, vil domstolens rolle i sivile saker som regel være begrenset til klargjøring av påstandsgrunnlag og bevis som partene fremsetter. I motsetning til i forvaltningsprosessen, vil feilen derfor ofte kunne føres tilbake til partene.<sup>287</sup> Den rollefordelingen som tvisteloven § 11-2 legger opp til mellom retten og partene, blir dermed et argument i favør av et mildere erstatningsansvar. Dette er imidlertid bare et argument som tilsier at ansvar som hovedregel ikke bør inntre, ikke at dette bør være en absolutt regel.

---

<sup>285</sup> NOU 2001: 32 A s. 546. Skoghøy (2017) s. 1372 legger også til grunn at det «sjelden vil bli aktuelt med ansvar for bevisbedømmelsesfeil».

<sup>286</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452.

<sup>287</sup> NOU 2001: 32 A s. 545. Staten kan bli erstatningsansvarlig for ugyldige forvaltningsvedtak som følge av feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, jf. Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 260, og Hagstrøm (1987) s. 75–78 med videre henvisninger til rettspraksis.

Domstolen kan i visse tilfeller ha et særlig ansvar for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget på grunn av sakens karakter. Dette gjelder først og fremst i indispositive saker, jf. tvisteloven § 21-3 andre ledd, jf. § 11-4. I forarbeidene fremholder Tvistemålsutvalget at retten også kan ha en plikt til bevisføring for å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag «i saker som betyr svært mye for parten og hvor parten ikke har ressurser til å ivareta sine interesser på forsvarlig måte».<sup>288</sup> Ekvivalensprinsippet i EØS-retten leder videre til at rettens ansvar for å sikre et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag også må gjelde for sammenlignbare EØS-saker.<sup>289</sup> I slike tilfeller er det ikke like lett å slutte at feilen må skyldes partenes forhold. Da kan en absolutt regel om ansvarsfrihet virke urimelig.

En annen grunn til at feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget sjelden vil gi grunnlag for ansvar, ligger imidlertid i prinsippet om rettens frie bevisvurdering, jf. tvisteloven § 21-2 første ledd, jf. § 11-2 andre ledd tredje punktum. Det er ikke uvanlig at det må foretas vurderinger av komplekse årsaksrekker eller forhold som ligger langt tilbake i tid ved avgjørelsen av om beviskravet er oppfylt. At spørsmålet om hvilket saksforhold som skal legges til grunn for avgjørelsen på denne måten er overlatt til dommerens skjønn, gjør det derfor vanskelig å i det hele tatt tale om en feil utelukkende fordi en høyere instans har et annet syn på bevismidlene eller hvordan disse skal vektlegges.

Til tross for dette er det fremdeles vanskelig å se at det bør gjelde en absolutt regel om ansvarsfrihet dersom bevisbedømmelsen anses som åpenbart uforsvarlig. I slike sjeldne tilfeller er det Tvistemålsutvalgets foreslåtte løsning som gir den fleksibiliteten som er nødvendig for å nå frem til løsninger som sikrer tilliten til rettsapparatet. En nyere avgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg kan dessuten støtte opp under synspunktet.<sup>290</sup>

Saken gjaldt en anke over en sakskostnadsavgjørelse. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at den ankende parten hadde begjært retten satt med sakkyndige meddommere, mens det egentlig var ankemotparten som hadde fremsatt begjæringen. Dette resulterte i at den ankende parten ble pålagt å betale utgiftene til de fagkyndige dommerne. Ankeutvalget måtte derfor ta stilling til om lagmannsretten var «vesentlig å bebreide» for uriktig å ha lagt til grunn at det

---

<sup>288</sup> NOU 2001: 32 B s. 946

<sup>289</sup> Fredriksen (2013) s. 395.

<sup>290</sup> Rt. 2013 s. 1661.

var den ankende parten som hadde fremsatt begjæringen. Det ble vist til den ovenfor siterte uttalelsen fra Justisdepartementet om at feil i faktiske vurderinger ikke skal utløse ansvar, og deretter kort konstatert at «[a]nkeutvalget kan - ved en vurdering av feilens grovhet, ikke se at retten er «vesentlig å bebreide» for denne feilen».

Tas formuleringen på ordet innebærer den at det var det faktum at feilen ikke var *grov nok* som var avgjørende for resultatet, ikke feilens karakter. Noe mer enn dette er det vanskelig å trekke ut av den, ettersom kjennelsen ikke inneholder nærmere drøftelser av spørsmålet.

Et annet poeng er imidlertid at en uriktig bedømmelse av faktum ikke utelukker ansvar etter det EU/EØS-rettslige erstatningsansvaret. Dette ble slått fast av EU-domstolen i *Traghetti*, som gjaldt spørsmålet om italienske rettsregler som utelukket ansvar for staten dersom rettsbruddet skyldtes domstolens uriktige bedømmelse av faktum var forenlige med felleskapsretten.<sup>291</sup> Tvistemålsutvalgets forslag harmonerer best med denne løsningen, selv om EØS-rettslige forpliktelser selvfølgelig ikke rekker lenger enn til at nasjonale regler ikke må stenge for ansvar som følge av en faktisk villfarelse i saker på EU/EØS-rettens område.

Etter min oppfatning taler derfor de beste grunner for å legge til grunn Tvistemålsutvalgets forslag om at ansvar for faktiske villfarelser kan inntre dersom vurderingen er «åpenbart uforvarsvarlig». Justisdepartementets uttalelse i lovforarbeidene gjør likevel at løsningen ikke kan anses som helt sikker.

#### **5.4.2.2 Feil i rettsanvendelsen under avgjørelsen av det materielle kravet**

En annen type feil som sjelden vil utløse ansvar, er materielle feil som følge av uriktig rettsanvendelse. Etter konstateringen av at ansvar er betinget av at rettsanvendelsen er «åpenbart uforvarsvarlig» og at terskelen er høy, la Tvistemålsutvalget til at «også for realitetsfeil må den normen som anvendes være mer åpen for ansvar enn den som følger av domstolloven § 200 og § 201, slik disse bestemmelsene praktiseres».<sup>292</sup> Justisdepartementet sluttet seg til at retts-

---

<sup>291</sup> Sak C-173/03, *Traghetti*, Sml. 2006 s. I-5177. Jf. Fredriksen (2013) s. 392–393 for en nærmere analyse av dommen og øvrig praksis.

<sup>292</sup> NOU 2001: 32 A s. 546.

anvendelsen måtte være «klart uforsvarlig», og at det bare i slike tilfeller kunne bli aktuelt med ansvar.<sup>293</sup>

Årsaken til at ansvar for materielle feil skilles ut som en egen kategori og begrenses til sjeldne unntakstilfeller er ikke nærmere drøftet i forarbeidene eller i litteraturen. En mulig begrunnelse ligger i at det særlig er ved avgjørelsen av det materielle kravet at det er uønskelig at erstatningsanksjoner skal legge føringer for rettsanvendelsen. Her gjør hensynet til domstolens uavhengighet og upartiskhet seg gjeldende med full styrke.<sup>294</sup> En annen mulig begrunnelse ligger i kompleksiteten i og omfanget av regelverket. Det er likevel grunnlag for å stille spørsmål ved om det må skilles mellom rettsanvendelsen under avgjørelsen av det materielle kravet og rettsanvendelsen under avgjørelsen av prosessuelle spørsmål, ettersom både Tvistemålsutvalget og departementet gir uttrykk for at det særlig er *realitetsfeil* som sjelden vil utløse ansvar.<sup>295</sup>

Hensynene som begrunner den særlig høye terskelen for domstolsansvar er som vist de samme enten rettsanvendelsen er knyttet til materielle eller prosessuelle rettsregler, og rettsanvendelsen knyttet til prosessuelle spørsmål kan være like kompleks som avgjørelsen av materielle krav. Dette kommer blant annet til uttrykk ved at staten ikke blir ansvarlig for saksomkostninger som følge av feil i vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt med mindre «retten er vesentlig å bebreide», jf. tvisteloven § 20-12 bokstav b). I begrunnelsen heter det at spørsmålet «[o]m slike vilkår, blant kravet til rettslig interesse - jf. § 1-3, er oppfylt, vil kunne være meget vanskelig å avgjøre, og det vil her ikke være rimelig med et utgangspunkt om erstatningsplikt for det offentlige».<sup>296</sup> Slike feil utløser derfor ikke automatisk ansvar for staten, slik som feilene som omfattes av bokstav a). Til dette kommer også at *konsekvensene* av en materielt uriktig dom og en avvisningskjennelse langt på vei kan oppfattes som de samme. For den som ikke får sin rett, kan det komme ut på ett om dette skyldes at vedkommende ikke får kravet behandlet eller taper i realiteten.

At realitetsfeil omtales som feil som svært sjelden vil kunne utløse ansvar for staten, kan derfor kanskje best forklares ut fra Regjeringsadvokatens høringsuttalelse som departementet

---

<sup>293</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287.

<sup>294</sup> Jf. kapittel 2.2.2.

<sup>295</sup> NOU 2001: 32 A s. 546 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 287.

<sup>296</sup> NOU 2001: 32 B s. 940. Departementet sluttet seg til dette, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452.

sluttet seg til. Regjeringsadvokaten fremholdt at ansvar for avsigelse av materielt uriktige dommer som et eksempel på at regelen kunne virke prosesskapende, og at ansvar derfor bare burde være aktuelt i ekstreme tilfeller.<sup>297</sup> Ettersom det jo er løsningen av tvisten som er det sentrale for partene i en sak, er det særlig en regel om ansvar for materielle feil som skaper en risiko for flodbølger av erstatningskrav fra misfornøyde parter. En noe høyere terskel for materielle feil kan forhindre dette.

Ut over dette synes det å være liten grunn til å skille mellom rettsanvendelsesfeil knyttet til materielle og prosessuelle rettsregler, og andre momenter vil nok telle vesentlig mer i ansvarsvurderingen. Som jeg straks kommer tilbake til i punkt 5.4.3.1, er det særlig spørsmålet om graden av skjønnsmessige innslag og rettskildematerialets klarhet som har blitt tillagt vekt i rettspraksis.

#### **5.4.2.3 Prosessuelle feil**

Den siste kategorien av feil er mer nyansert. Når det gjelder prosessuelle feil er det for det første grunn til å nevne prosessuelle avgjørelser som avslutter saken uten realitetsavgjørelse. Kjennelser om avvisning fordi prosessforutsetningene ikke er oppfylt er allerede nevnt. I samme kategori havner hevingskjennelser.<sup>298</sup> Adgangen til å avsi fraværdom er regulert i tvisteloven, men når dommen først er avsagt er det en vanlig realitetsavgjørelse som må behandles på samme måte som andre materielle feil. I tvistelovens forarbeider er det imidlertid de typiske saksbehandlingsfeilene som har stått i fokus, og som er bestemmelsens sentrale nedslagsfelt.<sup>299</sup>

Noen saksbehandlingsfeil fanges opp av tvisteloven § 20-12 bokstav a), som fastsetter at meromkostninger som følge av at retten er ulovlig sammensatt eller en avgjørelse er avsagt mot en part som ikke er lovlig innkalt kan kreves dekket uten videre vurdering av om feilen er vesentlig. I forarbeidene nevnes habilitetsfeil, forsømmelser av plikten til aktiv saksstyring, sendrektig saksbehandling og brudd på kontradiksjonsprinsippet som eksempler på feil som kan utløse ansvar etter bokstav b).<sup>300</sup> Det fremholdes videre at brudd på grunnleggende saks-

---

<sup>297</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 286.

<sup>298</sup> Tvisteloven § 16-19.

<sup>299</sup> Skoghøy (2017) s. 1372.

<sup>300</sup> NOU 2001: 32 A s. 545-546, NOU 2001: 32 B s. 940 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452.



behandlingsregler som kontradiksjonsprinsippet som hovedregel bør medføre ansvar for meromkostninger som følge av feilen.<sup>301</sup>

Årsaken til at slike feil lettere vil utløse ansvar er at partene «med rimelighet» må kunne forvente at domstolene overholder grunnleggende regler som sikrer en forsvarlig saksbehandling, selv om det ikke sikrer riktig resultat. Og dersom skaden først har skjedd, kan statens dekning av merkostnadene gi økt tillit til rettsapparatet. Etter vedtakelsen av tvisteloven § 20-12, har derfor en rekke saksomkostningskrav som følge av saksbehandlingsfeil blitt fremsatt. De fleste gjelder nettopp brudd på kontradiksjonsprinsippet.<sup>302</sup>

### 5.4.3 Forhold ved den rettslige reguleringen

#### 5.4.3.1 Rettsregelens klarhet og kompleksitet

Så langt har fokuset vært rettet mot momenter hvis funksjon er å *justere* ansvarsterskelen ut fra karakteren av den feilen som er begått. Dette gir imidlertid bare et mer presist utgangspunkt for vurderingen. Ved spørsmålet om feilen er kvalifisert klanderverdig, er det graden av avvik fra gjeldende rettsregler som står sentralt. Dette gjør rettsregelens *klarhet* til et viktig vurderingsmoment. Jo større uklarhet rettskildene etterlater med hensyn til hvordan den aktuelle regelen skal forstås, dess mindre rom blir det for å tale om noe kvalifisert avvik fra gjeldende rett. I en culpavurdering kan dette ses som uttrykk for at en uklar rettsstilstand ikke etterlater noe klart handlingsalternativ som domstolen kan klandres for ikke å ha valgt. Det er derfor ikke særlig overraskende at graden av klarhet og presisjon i den rettsregelen som er overtrådt er trukket frem som et sentralt moment i vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag etter det EU/EØS-rettslige erstatningsansvaret.<sup>303</sup> Men også i norsk rettspraksis som gjelder ansvar for domstolsfeil kommer dette momentet til syne.

Dette kan illustreres ved to nyere kjennelser fra Høyesteretts ankeutvalg, som gjaldt spørsmålet om en uriktig rettsanvendelse var ansvarsbetingende etter tvisteloven § 20-12 bokstav b). I Rt. 2012 s. 1338 hadde tingretten unnlatt å gi veiledning om hvem som måtte saksøkes i en

---

<sup>301</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 452.

<sup>302</sup> Jf. Rt. 2014 s. 849 og Rt. 2014 s. 571 som eksempler på at kravet førte frem. Kravet førte ikke frem i Rt. 2012 s. 691, Rt. 2011 s. 943.

<sup>303</sup> Jf. kapittel 4.2.3 over, og Fredriksen (2013) s. 281–289.

sak om gyldigheten av en gave fra uskiftebo. Tingrettens manglende veiledning resulterte i at bare gavemottakeren ble saksøkt, selv om søksmålet også skulle vært rettet mot giveren. Saksøker anket dommen til lagmannsretten, som opphevet dommen men ikke tillot retting. Saken ble deretter avvist fra tingretten. Saksøkers krav om erstatning for de påløpte merkostnadene ble særlig begrunnet i at det var tale om en grunnleggende prosessforutsetning som retten hadde et selvstendig ansvar for å vurdere, og at retting burde vært tillatt. Kravet førte ikke frem.

Til anførselen om at tingretten burde gitt veiledning fremholdt ankeutvalget at spørsmålet om tvungent prosessfelleskap i trepartsforhold ikke var lovregulert og hadde vært omdiskutert i litteraturen, og at en avklaring først hadde kommet med en høyesterettsdom som falt etter at tingretten hadde avgjort saken. Ankeutvalget fant det derfor klart at tingretten ikke var «vesentlig å bebreide». Til lagmannsrettens beslutning om å nekte retting fremholdt ankeutvalget at vurderingen var streng, men at den var begrunnet i en tidligere høyesterettsavgjørelse om nektelse av retting. Rettsanvendelsen kunne derfor ikke anses som klart uforsvarlig.

Spørsmålet om en uriktig lovtolkning kunne utløse saksomkostningsansvar for staten var også tema i Rt. 2009 s. 414. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at aksjeloven § 16-16 ikke kunne forstås slik at det var et vilkår for tvangsoppløsning at varsel om dette faktisk var mottatt av adressaten. Ankeutvalget fremholdt at verken lovteksten eller uttrykkelige forarbeidsuttalelser ga noen klare svar på spørsmålet. Rettssikkerhetshensyn ble derfor tillagt avgjørende vekt i favør av motsatt resultat enn det lagmannsretten hadde kommet til, og kjennelsen ble opphevet. Det ble kort slått fast at lagmannsretten ikke var «vesentlig å bebreide» etter tvisteloven § 20-12 bokstav b).

Begge kjennelsene har det til felles at det var tale om rettsspørsmål hvor svaret ikke fremgikk klart av lovteksten eller andre rettskilder, og hvor resultatet var forsvarlig *begrunnet*. Begrunnelsen som er gitt kan bidra til å avdekke uklarheter i rettskildematerialet eller i de faktiske forhold som gjør at en uriktig rettsanvendelse likevel ikke får preg av å være kvalifisert klanderverdig.

Nyere svensk rettspraksis gir et eksempel på at begrunnelsens betydning eksplisitt fremheves i ansvarsvurderingen. Der er det gitt uttrykk for at begrunnelsen er av «særskild betydelse» og at når «en domstol i domskälen har redovisat en rimligt adekvat analys av rättsläget, så rör

det sig inte om en felaktig rättstillämpning ifall analysen har lett fram till en slutsats som befinns avvika från gällande rätt ens om avvikelsen materiellt sett är påtaglig.»<sup>304</sup>

En lovregel som er uklar eller inneholder skjønnsmessige begreper kan få et mer presist innhold gjennom rettspraksis. Også ulovfestede rettsregler kan få et så klart innhold gjennom rettspraksis at det kan bli tale om et klart avvik dersom disse ikke følges. Det er vanskelig å finne eksempler på dette i rettspraksis, men det finnes en dom hvor dommerne ble ilagt omkostningsansvar overfor det offentlige i medhold av domstolloven § 201. Dette skyldtes at de hadde satt seg utover den rettsoppfatningen som Høyesterett hadde gitt uttrykk for i en straffesak som ble anlagt etter at Høyesterett hadde opphevet en frifinnende dom.<sup>305</sup> Avviket fra den tidligere uttrykte rettsoppfatningen er den eneste begrunnelsen som anføres for erstatningsansvaret, og dommen blir derfor kun et eksempel på hvordan avvik fra rettspraksis kan være ansvarsbetingende.<sup>306</sup>

#### 5.4.3.2 Feiltolkning eller forsømmelse

Det følger eksplisitt av domstolloven § 200 at bestemmelsen kan utløse ansvar ved enten «forsømmelig eller utilbørlig» forhold under rettergangen. Ordlyden i skadeserstatningsloven § 2-1 er ikke like klar, men det er ikke tvilsomt at bestemmelsen dekker både faktiske handlinger og unnlater, herunder forglemmelser.<sup>307</sup> Brudd på ulike saksbehandlingsregler kan typisk sett skyldes forsømmelser. Men dersom det foreligger en rettsanvendelsesfeil melder det seg et spørsmål om det er *mer* klanderverdig å overse eller glemme en lovregel enn det er å feiltolke den, slik at det lettere vil anses å foreligge et kvalifisert klanderverdig forhold i det første tilfellet.

Spørsmålet tas opp fordi dette er et moment som ser ut til å bli tillagt betydning i svensk erstatningsrett.<sup>308</sup> Tanken må være at det å overse eller glemme en bestemmelse lettere kan ses

---

<sup>304</sup> NJA 2013 s. 842 avsnitt 34 og 37.

<sup>305</sup> Rt. 1934 s. 48.

<sup>306</sup> Høyesterett kom til motsatt resultat i Rt. 1936 s. 897 fordi dommernes hensikt ikke hadde vært å fravike tidligere rettspraksis.

<sup>307</sup> Jf. eksempelvis Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 115–120.

<sup>308</sup> Jf. NJA 2011 s. 411 hvor domstolen uttaler at bare «rena förbiseenden av en bestämmelse eller uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse» og Andersson (2013) s. 472–474.

på som uttrykk for en kunnskapsmangel eller fravær av den type grundighet og orden som partene med rimelighet kan forvente av en domstol. Dette er situasjoner som normalt kan unngås – valget av en *alternativ handling* fremstår som mer åpenbart enn ved tolkningen av en bestemmelse, hvor tolkningsalternativene ikke er like klare.

I norsk rett er det mer uklart hvordan dette skal håndteres under domstolsansvaret. I Rt. 1997 s. 615 hadde lagmannsretten forkastet to anker over kjennelser som nektet saksøker utskrifter av dokumenter i noen avsluttede straffesaker. Av premissene fremgikk det at dette skyldtes at straffeprosessloven § 28 på den tiden oppstilte et krav om rettslig interesse, og at saksøker ikke oppfylte dette kravet. Det viste seg imidlertid at bestemmelsen ble endret slik at dette kravet om rettslig interesse ble fjernet for fornærmede, og denne endringen hadde trådt i kraft over et halvt år før lagmannsrettens avgjørelse ble avsagt. At lagmannsretten hadde oversett denne lovendringen ble likevel ikke ansett som kvalifisert klanderverdig, og feilen ble omtalt som «en inkurie» og «en glipp» fra lagmannsrettens side.

I litteraturen er det gitt uttrykk for at EU-domstolen nok hadde bedømt forholdet annerledes dersom det var en EU-rettslig regel som var overtrådt.<sup>309</sup> Det hadde klart vært ønskelig med en nærmere begrunnelse for hvorfor glippen ble ansett som unnskyldelig, og da særlig fordi det var tale om en prosessuell regel som ikke var helt ny. Mer generelle uttalelser om hvordan manglende kjennskap til rettsregler skal bedømmes finnes imidlertid i Rt. 1989 s. 1318, hvor en advokat ble ansett å ha opptrådt grovt uaktsomt på grunn av manglende kunnskap om arve-loven § 7. Flertallet fremholdt følgende:

«Når det gjelder en advokats kjennskap til lovstoffet, kan ikke uvitenhet om enhver rettsregel karakteriseres som grov uaktsomhet. Men dreier det seg om en regel på et sentralt område, som for eksempel familieretten eller arveretten, vil uvitenhet lett måtte betegnes som grovt uaktsom.»

Dommen bekrefter at ikke enhver uvitenhet vil være grovt uaktsom. I tillegg til at forholdet må ses i sammenheng med hva slags rettsområde en befinner seg på, viser den konkrete retts-anvendelsen at det også ble tillagt betydning at det var tale om en viktig formregel og hvilke følger det fikk at regelen ikke ble overholdt. Slike momenter for derfor betydning for om en

---

<sup>309</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 269.

uvitenhet eller en forglemmelse er kvalifisert klanderverdig. Selv om dommen gjaldt advokatansvaret, er dette momenter som det også er naturlig å vektlegge i ansvarsvurderingen ved domstolsfeil.

#### 5.4.4 Skadelidtes forhold

I tvistelovens forarbeider og i rettspraksis om tvisteloven § 20-12 er det gitt uttrykk for at det «ved vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag [må] vurderes om det er «like nærliggende» at merkostnadene må dekkes av parten selv.»<sup>310</sup> Dette er i tråd med alminnelige erstatningsrettslige regler om at rimelige forventninger til skadelidtes opptreden kan medføre at skadevolder ikke kan anses å ha opptrådt ansvarsbetingende.<sup>311</sup> Noe annet er at ansvaret kan falle bort på grunn av skadelidtes medvirkning, men dette må holdes utenfor vurderingen av om det foreligger ansvarsgrunnlag. Partenes forhold har derfor klart også betydning ved spørsmål om domstolsansvar for andre tap enn sakskostnadene.

I rettspraksis finnes det få eksempler på at en tapsbringende feil som i utgangspunktet kan føres tilbake til domstolen ut fra risikobetraktninger likevel har måttet dekkes av parten. Dette er nok dels fordi ankeutvalget i sin praksis har gitt uttrykk for at det må vises tilbakeholdenhent med å anvende denne reservasjonen.<sup>312</sup> Det er ikke gitt at dette standpunktet kan generaliseres slik at det samme kan legges til grunn for andre økonomiske tap. Sakskostnadene står i en særstilling fordi de er nødvendige for i det hele tatt å få et rettsspørsmål prøvd på nytt, og er derfor også spesielt viktige å få dekket. Utenfor dette området er det neppe grunn til å vise noe mer tilbakeholdenhent enn en ellers ville gjort i erstatningsrettslig sammenheng.

Fra rettspraksis finnes det i alle fall ett eksempel på at en part måtte bære risikoen for meromkostningene som følge av en feil retten hadde begått. I Rt. 2012 s. 484 hadde A anket over en tingrettskjennelse i en skiftesak. C gikk imot As anke, men kjennelsen ble opphevet på grunn av en saksbehandlingsfeil. C ble pålagt å betale både egne og As sakskostnader for ankebehandlingen. Disse krevde han dekket av staten på grunnlag av tvisteloven § 20-12 bokstav b), men fikk ikke medhold. Høyesteretts ankeutvalg sluttet seg til lagmannsrettens avgjørelse. Lagmannsretten kom til at C kunne unngått å pådra seg saksomkostningene ved å slutte seg til

---

<sup>310</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 451. Jf. også særlig Rt. 2012 s. 484.

<sup>311</sup> Nygaard (2007) s. 301–302, Lødrup (2009) s. 158–165.

<sup>312</sup> Jf. særlig Rt. 2008 s. 1716 og Rt. 2012 s. 484.

As anke og at han hadde forstått betydningen av den feilen som var begått. Men hans valg om å gå imot anken ledet etter lagmannsrettens oppfatning til at «han ikke i ettertid kan kreve erstatning av staten, basert på de samme faktiske omstendigheter, men vurdert på motsatt måte».<sup>313</sup>

Et annet eksempel på forhold som parten typisk vil måtte bære risikoen for er situasjonen hvor saksbehandlingen trekker ut og parten direkte eller indirekte har bidratt til at dette har skjedd.<sup>314</sup> Ellers må dette vurderingsmomentet ses på bakgrunn av at domstolen har særlige aktivitetsplikter i visse saker, typisk der parten er selvprosederende eller det er en helt eller delvis indispositiv sak.<sup>315</sup> I slike tilfeller vil det sjeldnere bli tale om manglende ansvar på grunn av partenes forhold.

#### 5.4.5 Subjektive unnskyldningsgrunner

Eksistensen av subjektive unnskyldningsgrunner gjør at culpaansvaret ikke er et objektivt ansvar.<sup>316</sup> I litteraturen finnes det ulike oppfatninger av hvilke momenter som utgjør en del av culpanormens subjektive side, men faktisk og rettslig villfarelse anses vanligvis som subjektive unnskyldningsgrunner.<sup>317</sup> Som nevnt innledningsvis i dette kapitlet, er selve spørsmålet om en feil i en rettslig avgjørelse er ansvarsbetingende normalt et spørsmål om det foreligger en unnskyldelig rettsvillfarelse. Foreligger det ikke en rettsanvendelsesfeil men en feil i det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, er det som vist tvil om det i det hele tatt kan bli tale om domstolsansvar.<sup>318</sup> I begge tilfeller vurderes spørsmålet etter en objektiv målestokk, slik at spørsmålet er hva en aktsom dommer burde forstått.<sup>319</sup> Det er dermed rolleforventningen som blir avgjørende.

---

<sup>313</sup> Jf. LF-2011-112674.

<sup>314</sup> Jf. Rt. 2012 s. 1743, som gjaldt manglende aktiv saksstyring. Saken stod for tingretten i nesten tre år før det ble inngått rettsforlik. Den lange saksbehandlingstiden kunne dels føres tilbake til saksøkers forhold, og det ble påpekt at han burde fulgt opp provokasjoner og varslede prosesskriv, jf. avsnitt 47.

<sup>315</sup> Jf. kapittel 5.4.2.1 over og NOU 2001: 32 B s. 946.

<sup>316</sup> Nygaard (2009) s. 175.

<sup>317</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 139–142.

<sup>318</sup> Jf. kapittel 5.4.2.1.

<sup>319</sup> Lødrup (2009) s. 155, Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 143. Jf. også Nygaard (2009) s. 209 om at begrepet «subjektive vilkår» er noe misvisende fordi regelen vil være den samme for alle i samme type-tilfelle (som opptrer i samme rolle).

I erstatningsretten er det likevel slik at skadevolders individuelle forutsetninger i noen sjeldne tilfeller kan tillegges betydning og lede til at ansvar ikke kan konstateres fordi disse forutsetningene gjør handlingen unnskyldelig.<sup>320</sup> Ved krav om erstatning for domstolsfeil er det på dette punktet verdt å merke seg at saken kan få et ulikt utfall avhengig av hvilket rettslig grunnlag kravet bygges på. Som nevnt over i kapittel 5.2.5 er statens ansvar etter domstolloven § 200 andre ledd konstruert som et subsidiært ansvar – det er avledet av den enkelte dommers personlige ansvar. Dette innebærer at staten må kunne gjøre ansvarsfrihet på grunnlag av subjektive unnskyldningsgrunner gjeldende i like stor grad som den enkelte dommer selv kunne gjort dersom denne bestemmelsen anvendes som ansvarsgrunnlag.

Etter arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1 er det antageligvis noe mindre rom for å påberope seg subjektive unnskyldningsgrunner. Ettersom ansvaret også dekker anonyme og kumulative feil og dermed ikke er betinget av at det kan konstateres et personlig ansvar, er det vanskelig å se at det kan være noe rom for å tillegge subjektive forhold på *individnivå* noen betydning. Annerledes stiller dette seg for unnskyldningsgrunner på organnivå.<sup>321</sup> Det følger av skadeserstatningsloven § 2-1 at det i vurderingen av om ansvar skal tillegges må ta hensyn til hvilke krav som «med rimelighet» kan stilles til virksomheten. Her er både resursmangel og andre særlige forhold ved den konkrete virksomheten fremholdt som relevant for spørsmålet om det offentliges ansvar for skader voldt av forvaltningsorganer.<sup>322</sup> Dette må gjelde i like stor grad for domstolsansvaret.

#### **5.4.6 Kravet om beskyttelsesinteresse**

I erstatningsretten stilles det krav om at den rettsregelen som er overtrådt må ta sikte på å beskytte den skadelidte interessen.<sup>323</sup> Dette må også gjelde ved domstolsfeil. At økte saksomkostninger alltid vil kunne kreves dekket dersom de øvrige vilkårene i tvisteloven § 20-12 er oppfylt må anses som klart etter vedtakelsen av saksomkostningsregelen. For andre økonomiske tap er det lettere å se for seg at spørsmålet om betydningen av regelens beskyttelsesformål kan komme på spissen. En svensk høyesterettsdom er illustrerende på dette punktet.

---

<sup>320</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 143–145.

<sup>321</sup> Fredriksen (2013) s. 314.

<sup>322</sup> Hagstrøm (1987) s. 105–106, Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 229–234.

<sup>323</sup> Hagstrøm (1981) s. 22, Hagstrøm (1987) s. 106–107, Lødrup (2009) s. 137–138, Hjelmeng (2007) s. 36.

I NJA 2007 s. 862 krevde to konsesjonshavere erstatning fra staten for tapte kostnader som følge av Högsta förvaltningsdomstolen – på den tiden kalt Regeringsrätten – ikke informerte om at det var begjært såkalt «rättsprövning» av konsesjonsavgjørelsen og at de dermed også fikk et uforutsett opphold i bergverksdriften.<sup>324</sup> Dette utgjorde et brudd på förvaltningsprocesslagen 10 §, som med noen få unntak stadfester en underrettningsplikt idet en «ansökan, ett överklagande eller en annan handling som inleder ett mål» foreligger.<sup>325</sup> Bestemmelsen er et utslag av det forvaltningsrettslige kontradiksjonsprinsippet.

Flertallet uttalte først at konsesjonshaverne burde blitt underrettet om begjæringen før konsesjonsnemndas beslutning ble opphevet i deres disfavør. At dette ikke ble gjort var likevel ikke tilstrekkelig til å utløse erstatningsansvar. Flertallet fremholdt at saksøkerne ikke hadde gjort gjeldende at de ville anført argumenter som kunne ledet til et avslag på begjæringen om «rättsprövning». Dette var for øvrig også årsaken til at Regeringsrätten ikke hadde opplyst om begjæringen – avgjørelsen var ansett å være av rent rettslig karakter, og det var dermed ingenting vesentlig som kunne tilføres saken selv om underrettelse hadde blitt gitt. Spørsmålet som oppstod var dermed om konsesjonshavernes *informasjonsinteresse* var beskyttet av förvaltningsprocesslagen 10 §, og dermed hadde erstatningsrettslig vern.

Flertallet så det slik at bestemmelsen skulle sikre det grunnleggende prinsippet om at «ingen skall dömas ohörd», og at det sentrale var at en part må gis anledning til å imøtegå motpartens påstander og legge frem sitt syn på saken før det treffes en avgjørelse. På denne måten blir saken også bedre utredet, noe som bidrar til å sikre målet om et materielt riktige avgjørelser. Flertallet så det imidlertid slik at det *ikke* var en rett «i första hand att bli informerad om målet utan i stället att bemöta vad som anförs inom ramen för ett kontradiktoriskt förfarande». Den overtrådte regelen ble dermed ansett å ha et rent prosessuelt formål.<sup>326</sup> Mindretallet vurderte imidlertid regelens beskyttelsesformål bredere:

«I första hand syftar givetvis kommunikationsförfarandet till att parten får tillfälle att yttra sig. Genom att parten får kännedom om att en talan väckts bereds parten emellertid också

---

<sup>324</sup> *Rättsprövning* innebærer at visse regjeringsbeslutninger kan gjøres til gjenstand for domstolsprøving, jf. Lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.

<sup>325</sup> Jf. Förvaltningsprocesslag (1971:291) 10 §.

<sup>326</sup> Andersson (2013) s. 504.



möjlighet att inrätta sig efter detta förhållande ... Möjligheten för en part att, efter en bedömning av sannolikheten av att motpartens talan kan komma att bifallas, inrätta sig efter vetskapen om den och att tillvarata de intressen som angrips även på andra sätt än inom ramen för rättegången får anses vara av sådan vikt för allmänhetens förtroende för rättssystemet att intresset måste anses vara skyddat såväl av 10 § förvaltningsprocesslagen som av bestämmelsen i artikel 6 Europakonventionen.»

Mindretallet så det altså slik at informasjonsplikten også skulle beskytte partenes behov for innrettelse, og dermed også prinsipielt sett ga vern for økonomiske tap som inntrådte som følge av at informasjonsplikten ikke ble overholdt.<sup>327</sup> Dommen illustrerer også det som også er avgjørende i norsk erstatningsrett, nemlig at spørsmålet om bestemmelsens beskyttelsesformål må løses gjennom en tolkning av den aktuelle rettsregelen.

## 5.5 Konklusjoner. Reformbehov?

I 2014 ble det avgitt en utredning med utkast til en ny domstollov.<sup>328</sup> Mandatet gikk i hovedsak ut på en lovteknisk og lovspråklig oppdatering av loven. Domstoloven § 200 er foreslått flyttet til en ny § 19-4, og «dommere» er eksplisitt tilføyet i oppregningen av persongruppene som omfattes av ansvarsregelen i nåværende § 200 første ledd.<sup>329</sup> Statens subsidiære ansvar er beholdt i annet ledd, men søksmålsbegrensningene i § 200 tredje ledd er foreslått flyttet til en egen bestemmelse som regulerer behandlingsmåten for spørsmål om rettergangsansvar i § 19-6.<sup>330</sup> Disse språklige og lovtekniske endringene representerer ingen realitetsendring.

Som jeg allerede har antydnet flere steder i kapittel 5, er min oppfatning at skadeserstatningsloven § 2-1 er bedre egnet som ansvarsregel når en part blir påført tap som følge av en feil under domstolsbehandlingen av en sak. Arbeidsgiveransvaret er prinsipielt, det gjelder uavhengig av hvilken domstol som har begått feilen, det dekker kumulative feil og har en mer moderne utforming. Dersom domstolsansvaret i § 200 *ikke* skulle videreføres i en ny domstollov, betyr ikke dette at kravet om en «kvalifisert klanderverdig» domstolsfeil for ansvar må

---

<sup>327</sup> Mindretallets argumentasjon har fått støtte i svensk teori, jf. Andersson (2013) s. 503–506.

<sup>328</sup> «Ny domstollov»: Utredning ved Tron Sundet, avgitt 31. oktober 2014. Tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/contentassets/17b6f23b1479462289018c3fe94cd13c/ny-domstollov---utredning-ved-tron-sundet.pdf> (sist besøkt desember 2017).

<sup>329</sup> «Ny domstollov» s. 57.

<sup>330</sup> «Ny domstollov» s. 58.

eller bør forkastes. Den høye ansvarsterskelen har vært ansett som nødvendig både på nasjonalt og internasjonalt nivå, og er fremdeles velgrunnet. Den ivaretar de særlige hensynene som gjør seg gjeldende for domstolenes virksomhet, og bidrar til at erstatningssøksmål om rettslige avgjørelser ikke anvendes som *et fjerde rettsmiddel* i saker hvor søksmålsbegrensningene i § 200 tredje ledd ikke kan forhindre dette. Som fremstillingen har vist, gjelder dette spesielt i saker hvor det pretenderes å foreligge et brudd på EU/EØS-rettslige forpliktelser som skriver seg fra en nasjonal domstol.

Det vil ikke kreves noen endringer i skadeserstatningsloven § 2-1 for å videreføre den ansvarsnormen som er etablert i domstolloven § 200 dersom § 200 ikke lenger gis anvendelse som ansvarsregel ved domstolsfeil. Akkurat som for den «milde» ansvarsnormen for offentlig- kontroll og servicevirksomhet, er det tilstrekkelig om forarbeidene utdyper at det skal gjelde en særlig høy terskel, og at ansvarsnormen skal formuleres som et spørsmål om det foreligger en «kvalifisert klanderverdig» domstolsfeil. En ulempe ved å fjerne § 200 som ansvarsregel er riktignok at de spesielle prosessuelle reglene i domstolloven § 200 om at det ikke må reises særskilt erstatningssøksmål ikke lenger vil gjelde. Denne ulempen avdempes imidlertid ved at § 200 ikke lenger regulerer statens ansvar for partenes sakskostnader, som jo er de økonomiske tapene det oftest reises søksmål om. Etter tvisteloven § 20-12 femte ledd siste setning kan sakskostnadskrav som fremmes mens saken verserer forenes med denne «hvis det er hensiktsmessig». Og gjelder søksmålet andre økonomiske tap enn sakskostnadene, vil dette kunne reise vanskelige faktiske og rettslige spørsmål som det kanskje er like hensiktsmessig at får en grundig behandling i et eget søksmål.

Dersom § 200 fjernes som ansvarsregel for domstolsfeil, er det dessuten også naturlig å flytte søksmålsbegrensningene i tredje ledd. En naturlig løsning at disse plasseres i en egen bestemmelse i tvisteloven sammen med de alminnelige prosessforutsetningene. Dette var løsningen etter tvistemålsloven, og gir etter min oppfatning også den beste løsningen i dag.<sup>331</sup>

---

<sup>331</sup> Tvistemålsloven § 436.

# **Kilderegister**

## **Lover**

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

Lov om domstolene (domstoloven) av 13. august 1915 nr. 5

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

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10 februar 1967 nr. 00

Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr. 26

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 Nr. 109

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

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

## **Lovforarbeider**

Ot.prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemåal

Ot.prp. nr. 10 (1913) Om utfærdigelse av lov om domstolene, lov om rettergangsmaaten i tvistemåal og lov om tvangsfuldbyrdelse

Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) Om lov om skadeserstatning i visse forhold

Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning)

Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) Om lov om endringer i domstolloven m.m. (den sentrale domstoladministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling)

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

Prop. 30 LS (2013–2014) Samtykke til ratifikasjon av protokoll nr. 15 av 24. juni 2013 om endring av den europeiske menneskerettskonvensjon og endringer i menneskerettsloven

NOU 1999: 19 Domstolene i samfunnet – Administrativ styring av domstolene. Utnevelser, sidegjøremål, disiplinærtiltak. Midlertidige dommere.

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

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

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Udkast til lov om domstolenes ordning (1902)

Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar (1958)

### **Nasjonal rettspraksis**

Rt. 1934 s. 48

Rt. 1935 s. 107

Rt. 1936 s. 566

Rt. 1936 s. 897

Rt. 1954 s. 1139

Rt. 1974 s. 935

Rt. 1979 s. 1481  
Rt. 1989 s. 1318  
Rt. 1990 s. 214  
Rt. 1995 s. 1350  
Rt. 1997 s. 615  
Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)  
Rt. 2004 s. 1868  
Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II)  
Rt. 2005 s. 1050  
Rt. 2006 s. 1547  
Rt. 2008 s. 1716  
Rt. 2008 s. 610  
Rt. 2009 s. 414  
Rt. 2012 s. 691  
Rt. 2011 s. 943  
Rt. 2012 s. 484  
Rt. 2012 s. 784  
Rt. 2012 s. 1338  
Rt. 2012 s. 1743  
Rt. 2013 s. 1661  
Rt. 2014 s. 571  
Rt. 2014 s. 849  
Rt. 2014 s. 2048  
Rt. 2014 s. 571  
HR-2016-2195-S  
HR-2016-2383-U  
HR-2017-563-U  
HR-2017-1504 U  
HR-2017-2026-U  
HR-2017-2159-U  
LB-1995-1304  
LB-1999-810  
LB-2009-127714  
LB-2010-54232

LB-2011-146995  
LB 2015 s. 145784  
LE-1986-367  
LF-2011-112674  
TAHER-2011-102495  
TOSLO-2001-12255  
TOSLO-2013-174303  
TOSLO-2016-50844

### **Rettspraksis fra EU-domstolen**

Sak C-6/90, *Francovich mot Italia*, Sml. 1991 s. I-5357  
Forente saker C-46/93 og C-48/93, *Brasserie du Pêcheur mot Tyskland og The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame*, Sml. 1996 s. I-1029  
Sak C-224/01, *Köbler mot Østerrike*, Sml. 2003 s. I-10239  
Sak C-173/03, *Traghetti mot Italia*, Sml. 2006 s. I-5177  
Sak C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito mfl. mot Portugal*

### **Rettspraksis fra EFTA-domstolen**

Sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95  
Sak E-4/01, *Karlsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. s. 2002 s. 240  
sak E-8/07, *Nguyen mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 223  
Sak E-2/10, *Kolbeinsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234

### **Rettspraksis fra EMD**

Sak 12444/86 *Pizzetti mot Italia*, Rapport de la Commission (adopté le 10 décembre 1991)  
Sak 26390/95 *Beck mot Norge*, dom 26. juni 2001  
Sak 28945/95 *T.P. og K.M. mot Storbritannia*, dom 10. mai 2001  
Sak 30210/96 *Kudla mot Polen*, dom 26. oktober 2000  
Sak 36813/97 *Scordino mot Italia*, dom 29. mars 2006  
Sak 38361/97 *Anguelova mot Bulgaria*, dom 13. juni 2002  
Sak 35605/97 *Kingsley mot Storbritannia*, dom 28. mai 2002

Sak 59261/00 *Menesheva mot Russland*, dom 9. mars 2006

Sak 17647/04 *Edwards mot Storbritannia*, dom 24. oktober 2006

Sak 46931/12 *APAP Bologna mot Malta*, dom 30. august 2016

## **Svensk rettspraksis**

NJA 2003 s. 285

NJA 2007 s. 862

NJA 2011 s. 411

NJA 2013 s. 842

## **Litteratur**

**Alten (1961):** Alten, Edvin (1961). *Domstolsloven: med kommentarer*. 3. utg. Oslo: Aschehoug.

**Andersson (2013):** Andersson, Håkan (2013). *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*. Uppsala: Iustus Förlag.

**Andenæs, Motzfeldt Kravik og Bjørge (2015):** Andenæs, Mads, Motzfeldt Kravik, Andreas og Bjørge, Eirik (2015). «Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin». I *Lov og Rett*, s. 261–278.

**Askeland og Aall (2017):** Askeland, Bjarte og Aall, Jørgen (2017). «Statens oppreisningsansvar ved menneskerettighetsbrudd». I *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, s. 3–6.

**Backer (2015):** Backer, Inge Lorange (2015). *Norsk sivilprosess*. Oslo: Universitetsforlaget.

**Barkhuysen og van Emmerik (2006):** Barkhuysen, Tom og van Emmerik, Michiel L. (2006). «Accountability of the Judiciary on the National Level for Violations of the European Convention on Human Rights». I Andenæs, Mads, Canivet, Guy og Fairgrieve Duncan (reds.)

*Independence, Accountability and the Judiciary*. London: The British Institute of International and Comparative law, s. 419–429.

**Baudenbacher (2012):** Baudenbacher, Carl (2012). «Some Thoughts on the EFTA Court's Phases of Life». I EFTA Court (red.) *Judicial Protection in the European Economic Area*. Stuttgart: German Law Publishers.

**Bengtsson (1972):** Bengtsson, Bertil (1972). «Ansvar för fel i domstolsverksamhet». I Hessler, Henrik (red.) *Festskrift till Per Olof Ekelöf*. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, s. 82–112.

**Bengtsson (1976):** Bengtsson, Bertil (1976). *Skadestånd vid myndighetsutövning I*. Institutet for Rättsvetenskaplig Forskning. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag.

**Bengtsson (1978):** Bengtsson, Bertil (1978). *Skadestånd vid myndighetsutövning II*. Institutet for Rättsvetenskaplig Forskning. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag.

**Bengtsson (2001):** Bengtsson, Bertil (2001). «Governmental Liability in Swedish Law». I *Scandinavian Studies in Law*, s. 55–64.

**Bengtsson (2014):** Bengtsson, Bertil (2014). «Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten». I *Svensk Juristtidning*, s. 431–439.

**Bolding (1965):** Bolding, Per Olof (1965). «Den felaktiga domen». I *Svensk Juristtidning*, s. 465–475.

**Bøhn (2013):** Bøhn, Anders (2013). *Domstolloven: lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene: kommentarutgave*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget. Digital utgave, tilgjengelig på <http://www.kommentarutgaver.no> (sist besøkt desember 2017).

**Emberland (2013):** Emberland, Marius (2013). «Effektivisering av subsidiaritet i EMK». I *Lov og Rett*, s. 513–514.



**Fredriksen (2013):** Fredriksen, Halvard Haukeland (2013). *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Bergen: Fagbokforlaget.

**Fredriksen og Mathisen (2014):** Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund (2014). *EØS-rett*. 2. utg. Bergen: Fagbokforlaget.

**Groussot og Minssen (2007):** Groussot, Xavier og Minssen Timo (2007). «Res Judicata in the ECJ Case Law: Balancing Legal Certainty with Legality?». I *European Constitutional Law Review*, Issue 3, s. 385–417.

**Hagstrøm (1981):** Hagstrøm, Viggo (1981). *Culpanormen*. 3. utg. Oslo: Aschehoug.

**Hagstrøm (1987):** Hagstrøm, Viggo (1987). *Offentligrettslig erstatningsansvar: studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett*. Oslo: TANO.

**Hagstrøm og Stenvik (2015):** Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are (2015). *Erstatningsrett*. Oslo: Universitetsforlaget.

**Hjelmeng (2007):** Hjelmeng, Erling (2007). *Revisors erstatningsansvar – en analyse av ansvarsnormen*. Bergen: Fagbokforlaget.

**Hjelmeng (2016):** Hjelmeng, Erling (2016). «Folkerettslig påvirkning av norsk erstatningsrett – to høyesterettsdommer». I *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, s. 211–229.

**Krüger (2001):** Krüger, Kai (2001). «Finanger-dommen og den nye rettskildefaktor: frykten». I *Jussens Venner*, s. 89–104.

**Liisberg (2005):** Liisberg, Bent (2005). *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet: kritikk av en juridisk vranglære*. Bergen: Fagbokforlaget.

**Lødrup (2009):** Lødrup, Peter (2009). *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo: Gyldendal akademisk.

**Mæland (2013):** Mæland, Henry John (2013). *Kort prosess: en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*. 3. utg. Bergen: Justian.

**Møse (2003):** Møse, Erik (2003). *Menneskerettigheter*. Oslo: Cappelen.

**Nisja og Sørli (2013):** Nisja, Ola Ø. og Sørli, Arne-Martin H. «Erstatningsansvar ved ugyldige forvaltningsvedtak: Hvor står vi nå? – Kommentar til Markus Hoel Lie» i *Lov og Rett*, s. 311–316.

**Nygaard (2007):** Nygaard, Nils (2007). *Skade og ansvar*. 6. utg. Oslo: Universitetsforlaget.

**Nygaard (2013):** Nygaard, Nils (2013). «Om «mild norm» ved skadebotkrav mot det offentlige». I *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, s. 483–492.

**Robberstad (2006):** Robberstad, Anne (2006). *Rettskraft*. Bergen: Fagbokforlaget.

**Schei (1998):** Schei, Tore (1998). *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6. 1915 med kommentarer*. Oslo: Tano Aschehoug.

**Schei mfl. (2013):** Schei, Tore, Nordén, Dag Bugge, Bårdsen, Arnfinn, Reusch, Christian og Øie, Toril M., *Tvisteloven, Kommentarutgave*. 2. Utg. Oslo: Universitetsforlaget.

**Sejersted mfl. (2011):** Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Foyn, Sten og Kolstad, Olav (2011). *EØS-rett*. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.

**Skoghøy (1987):** Skoghøy, Jens Edvin A. (1987). «Rettergangsstraff: særlig om domstolslovens §§ 198, 200 og 202-204». I 51 *Den norske advokatforening*. 2. utg. Oslo: Den norske advokatforening.

**Skoghøy (2017):** Skoghøy, Jens Edvin A. (2017). *Tvisteløsning*. 3. utg. Oslo: Universitetsforlaget.

**Thorson (2011):** Thorson, Bjarte (2011). *Erstatningsrettslig vern for rene formuestap*. Oslo: Gyldendal Akademisk.

**Thune (1993):** Thune, Gro Hillestad (1993). «The Right to an Effective Remedy in Domestic Law: Article 13 of the European Convention on Human Rights». I Gomien, Donna (red.) *Broadening the Frontiers of Human Rights. Essays in Honour of Asbjørn Eide*. Oslo: Universitetsforlaget.

**Trolle (1958):** Trolle, Jørgen (1958). «Om Dommeres Erstatningsansvar». I *Juristen*, s. 1–18.

**Vaaler (2017):** Vaaler, Henrik (2017). «Erstatning for ikke-økonomisk tap ved krenkelser av EMK.» I *Lov og Rett*, s. 299–317.

**Van Dijk mfl. (2006):** Van Dijk, Peter, Arai, Yukata, van Hoof, G.J.H (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4. utg. Antwerpen: Intersentia.

**Varuhas (2016):** Varuhas, Jason NE (2016). *Damages and Human Rights*. Oxford/Portland/Oregon: Hart Publishing.

**Wattel (2004):** Wattel, Peter (2004). «Köbler, Cilfit and Welthgrove: We Can't Go on Meeting Like This». I 41 *Common Market Law Review*, Issue 1, s. 177–190.

**Wessel-Aas (2013):** Wessel-Aas, Jon (2013). «Effektivisering av subsidiaritet i EMK – en replikk til Marius Emberland». I *Lov og Rett*, s. 702–704.

**Wågheim (2009):** Wågheim, Toralf (2009). *Advokaters erstatningsansvar*. Oslo: Gyldendal Akademisk.

**Aall (2015):** Aall, Jørgen (2015). *Rettsstat og menneskerettigheter*. 4. utg. Bergen: Fagbokforlaget.