

Revidert sensorveiledning

JUS4111 – Metode og etikk, høst 2021

1 Litteratur og læringsmål

Oppgaven reiser spørsmål i metode-delen av JUS4111. Læringskravene finnes [her](#). Pensum er utvalgte kapitler i antologien *Juridisk metode og tenkemåte*, redigert av Jørn Øyrehagen Sunde og Alf Petter Høgberg, utgitt på Universitetsforlaget i 2019, se [her](#). I den fortløpende kommenteringen på oppgavene vil jeg komme tilbake til særlig relevante deler av boken.

Av læringskravene tester oppgavene kunnskapene særlig i relasjon til følgende to krav, som studentene skal ha «god forståelse» av:

- «Juridiske argumentasjonsmønstre, det vil si fellestrekk i juristers utsagn til støtte for standpunkt til rettsspørsmål, blant annet utsagn om hvilke argumentkilder som anses relevante, hvilke slutninger som trekkes fra argumentkildene, og hvordan relevante argumenter vektas og avstemmes i forhold til hverandre.»
- «Juridiske argumentasjonsmønstre i Norges Høyesterett.»

Videre knytter den seg til kravet om at studentene skal ha god forståelse av «teorier om juridisk metode», herunder «rettskildeprinsipper».

Det innebærer at kandidatene må kunne reflektere over hvordan Høyesterett resonnerer og kunne karakterisere begrunnelsen ved hjelp av fagets begreper. Det stiller også krav til refleksjon over hvordan vi utleder teoretiske konklusjoner fra en høyesterettsavgjørelse.

Kandidatene skal også ha tilegnet seg «ferdigheten» å evne til å skille mellom svake og sterke begrunnelser for rettslige standpunkt.

2 Om eksamensgjennomføringen høsten 2021

Det har vært en del variasjon i undervisningssituasjonen og eksamensgjennomføringen de siste semestrene pga. pandemien. Det er derfor fortsatt grunn til å omtale rammene for kandidatens eksamensbesvarelse her innledningsvis.

Det er fattet vedtak om at eksamen i JUS4111 høsten 2021 gjennomføres som [hjemmeeksamen](#). Både kandidatene og sensorene er forventet å sette seg inn i reglene for dette, se [her](#). Beslutningen om hjemmeeksamen endrer ikke den alminnelige karakterskalaen, «det vil si at den normale karakterskalaen er i bruk for de ulike emnene». Videre betyr det at kandidatene kan benytte alle hjelpemidler, men det er **"ikke tillatt å kommunisere med andre om oppgaven**, eller å distribuere



utkast til besvarelse eller fullstendig besvarelse. Dette anses som fusk." (uthevet i originalen) Hva gjelder henvisninger fremgår samme sted:

"Skoleeksamen som går som hjemmeeksamen følger alminnelige eksamensvilkår, og du kan skrive som om det var skoleeksamen. Om du da bruker runde vendinger, som "det er hevdet i juridisk teori at...", trenger du ikke bruke henvisninger. Dersom du bruker kilder og siterer direkte, eller direkte bygger på andres materiale, må du få frem at det er dette du gjør."

For nærmere omtale av hva som regnes som «fusk», se [her](#).

For dem som har vært sensor tidligere, er det verdt å fremheve at eksamenstiden er utvidet fra 4 timer til 6 timer. Fra fakultetets side er begrunnelsen for dette slik:

"Ettersom JUS4111 avlegges som hjemmeeksamen også høsten 2021, har fakultetet utvidet eksamenstiden fra 4 til 6 timer. Grunnen til dette er at mange studenter har ønsket utvidet eksamenstid, og dette er mulig å gjennomføre fordi det er hjemmeeksamen og ikke skoleeksamen."

Videre får kandidatene tilgang til oppgaven 15 minutter før «formell oppstart», og har tilgang til å besvare oppgaven frem til 30 minutter etter «formell avslutning», dvs. at utlevering av oppgaven skjer kl. 08:45, og at innleveringsfristen er 15:30, se [her](#). Kandidatene har altså 6 timer og 45 minutter på eksamen dette semesteret. Dette er en vesentlig økning i tiden til å besvare oppgaven fra tidligere år, og må hensyntas i sensuren.

Tilgangen på alle kilder, samt utvidet tid, må anses å heve kravene til kildehenvisninger og presisjon i omtale av kilder og synspunkter noe sammenliknet med skoleeksamen på fire timer. Siden kandidatene da har flere sikre utgangspunkter å bygge på i oppgavene, bør de komme raskere til det sikre, og kravene til originalitet må også heves noe, særlig sett i lys av den relativt sett gode tiden.

Til slutt nevnes det at denne sensorveiledningen går utover det som forventes av kandidatene. Siden kandidatene har god tid, tar den opp spørsmål og nyanser som det kan tenkes at forskjellige kandidater tar opp. Men det er ikke påkrevd at alt her tas opp for å få beste karakter. Se for øvrig det avsluttende punktet for litt om karaktersettingen.

3 Om eksamensoppgaven

3.1 Generelt

Eksamensoppgaven kan sies å være i sjangeren som ofte kalles «domsanalyse» (selv om det er snakk om en kjennelse). Oppgaven er imidlertid ikke en «åpen domsanalyse», da de fem spørsmålene retter kandidatene inn på sentrale emner i metodefaget.

Oppgaven er velvalgt da den tar tak i en avgjørelse som behandler et prinsipielt spørsmål som har vært omtvistet i faget dynamisk tingsrett, og hvor rettskildebildet er uklart og sprikende.

Avgjørelsen har en dissens, slik at det er en del å ta tak i. Oppgaven forutsetter ikke inngående

kjennskap til dynamisk tingsrett, og dommen er pedagogisk skrevet. Det må derfor antas at kandidatene vil kunne tilegne seg nok sakskunnskap til å besvare alle eksamensspørsmålene på en god måte ved å lese kjennelsen nøye. Når det er sagt, vil som vanlig kjennskap til det underliggende fagfeltet kunne bidra til å nyansere konklusjonene. Her stiller kandidatene likt, da utdanningsopplegget legger dynamisk tingsrett til semesteret før JUS4111.

Et tema som kommer opp i flere av oppgavene, og derfor kan egne seg for en behandling alt her, er hvordan kandidatene skal forstå spørsmål 2, 3 og 4, som alle spør om Høyesterett «gjør bruk» av visse argumenter (som rettskilde(faktor)). En slik formulering har neppe en helt entydig betydning i metodefaget. Siden en sentral del av metodefaget er å være presis om begreper om, og fremgangsmåter for å besvare, rettskildespørsmål, bør de beste kandidatene ta stilling til hva det betyr og hvilke føringer det legger for hva som er en god begrunnelse av et svar.

Etter mitt skjønn er den mest naturlige tolkningen av en slik formulering om Høyesterett selv mener de legger vekt på disse faktorene ved løsningen av rettsspørsmålet i saken. Dette innebærer at rene normative betraktninger er mer underordnet, men kan vel komme inn i tvilstilfeller, se nedenfor. Så lenge kandidatene har et bevisst forhold til formuleringen og begrunner standpunktet og følger opp med en analyse, må det være greit. Kandidatene som forutsetter en betydning og vinger i typene argumenter de benytter til å besvare spørsmålet, bør ikke få full uttelling.

Disponeringen av eksamensoppgaven følger naturlig av de enkelte spørsmålene. Jeg vil kommentere fortløpende der det er mulighet for variasjon i disponeringen, og ser nå på de enkelte spørsmålene.

3.2 Del I

Spørsmål 1 skal telle om lag 1/5, og lyder i sin helhet:

«Flertallet anført av dommer Steinsvik konkluderer i avsnitt 67 med at «regelen om selvstendig rettsvernhevd [er] en forlengelse av bestemmelsen om aksessorisk rettsvernhevd i [tinglysningsloven] § 21 andre ledd andre punktum».

Spørsmål 1: Oppstiller Høyesteretts flertall her en rettsregel på ulovfestet grunnlag, eller er det tale om en lovfestet regel? Ta utgangspunkt i dine kunnskaper i faget juridisk metode (og ikke materielle kunnskaper i dynamisk tingsrett som sådan).»

Spørsmålet ber kandidatene foreta en *karaktteristikk* av det rettskildemessige grunnlaget for flertallets konklusjon. Kandidatene kan merke seg at også Høyesterett innledningsvis (avsnitt 33) skiller mellom disse forskjellige grunnlagene for en regel om selvstendig rettsvernshverd:

«Spørsmålet i saken er om det er grunnlag for å oppstille et slikt unntak for *selvstendig rettsvernshverd* fra prioritetsregelen i [tinglysningsloven § 20](#), enten gjennom en tolkning av hevdsunntaket i [§ 21](#) andre ledd andre punktum, eller eventuelt på ulovfestet grunnlag.»

Sitatet fra avsnitt 67 er uklart på grunnlaget for konklusjonen, og viser til at regelen om selvstendig rettsvernshverd er en «forlengelse» av bestemmelsen om aksessorisk rettsvernshverd. Ordet

«forlengelse» er ikke en del av rettskildelærens vanlige terminologi, og kandidatene må derfor foreta en selvstendig vurdering av Høyesteretts avgjørelse for å fastslå grunnlaget for regelen.

Kandidater som sier noe forstandig om det teoretiske grunnlaget for å analysere og anvende teoretiske karakteristikk på Høyesteretts avgjørelser, bør premieres. En kan komme innom hvorvidt en slik karakteristikk skal bygge på den eksplisitte begrunnelsen, eller om en også kan bringe inn andre faktorer. Dem som ser at det egentlig er to spørsmål her – et spørsmål om hva Høyesterett selv har ment, og ett spørsmål om hva som er den riktige forståelsen av regelens grunnlag, uavhengig av hva man måtte mene Høyesterett selv tror – bør premieres. Forskjellige synspunkter om rettskildelærens grunnlag mv. kan her spille inn, og det sentrale er ikke at kandidatene lander alle disse svarene, men er vår på de teoretiske problemstillingene, og samtidig finner en fornuftig inngang til den videre drøftelsen. Slik faget metode undervises i dag, vil nok Høyesteretts eksplisitte begrunnelse uansett stå sentralt i vurderingen, og jeg vil hovedsakelig konsentrere meg om spor i teksten om hva Høyesterett har ment.

Kandidatene kan presisere hva de forstår med en «ulovfestet» og en «lovfestet» regel i denne sammenheng. Heller ikke dette er helt entydige begreper i norsk rettskildelære. Et teoretisk rammeverk som kan være retningsgivende, er Nygaards begrep om «primært rettsgrunnlag», dvs. en stillingstagen til hva som er objektet for tolkningen. Dette er blant annet omtalt av Thomas Frøberg i læreboken på side 513-515. Se også Jørn Jacobsens bidrag til samme bok om forskjellen mellom utvidende tolkning og analogisk anvendelse, se side 536-538, hvor han på side 538 benytter primært rettsgrunnlag-begrepet til å skille mellom grunnlagene for en regel (noe som ikke er helt ukontroversielt).

Spørsmål 1 ber kandidatene ta stilling til om flertallet oppstiller en rettsregel på «ulovfestet» eller «lovfestet» grunnlag. Et begrep om «ulovfestet grunnlag» er imidlertid ikke helt entydig. Hvis noen kandidater får noe ut av å nevne forskjellen på analogi som et ulovfestet grunnlag, og eventuelt andre, «friere» ulovfestede grunnlag, og bruke disse begrepsparene i oppgaven, bør det premieres.

Oppgaven kan disponeres på flere måter, og det kan nok trekkes inn en rekke argumenter for å begrunne et standpunkt her. Det vil naturlig nok bero på hvordan kandidatene definerer de sentrale begrepene i oppgaven, men siden kandidatene nok ikke er så vant til akkurat denne typen spørsmål, vil trolig variasjonen i begrunnelsesformer variere. Det tilsier at fornuftige besvarelser premieres.

Innledningsvis kan vi nevne en innfallsvinkel som nok uansett blir for enkel. Man kan se for seg noen kandidater som merker seg at ordlyden i § 20 og 21 annet ledd annet punktum her taler nokså klart mot flertallets resultat. Dette er imidlertid etter mitt skjønn ikke noe avgjørende argument for besvarelsen av spørsmålet om regelens grunnlag, for loven kan være grunnlaget for regelen uten at ordlyden dekker tilfellet som tolkes inn under loven (dette blir aller tydeligst på «legalitetsprinsippets område», hvor vi jo har en regel om at kun loven kan fungere som «grunnlag» for et inngrep, men hvor domstolene ikke er fremmede for utvidende tolkninger).

Kandidatene må ta tak i flertallets begrunnelse, og det er flere deler av denne man kan merke seg. Et poeng kandidatene må få med seg, er å vise til at Høyesterett bygger på kilder som knytter seg direkte til tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, se avsnitt 34-42. Her tolker de ordlyden «rettserverv ved hevd» i bestemmelsen, og finner holdepunkter for at ordlyden «ikke nødvendigvis var utelukket selv om hevdspretendenten skulle ha annen lovlig adkomst til eiendommen». Det kan vel tyde på at de mener å kunne forankre en regel om selvstendig rettsvernshevd i loven.

Flertallets anvendelse av etterarbeidene til andre lover enn tinglysingsloven kan også indikere at en mener å bygge regelen på en tolkning av § 21 annet ledd annet punktum, f.eks. når flertallet i avsnitt 46 uttaler:

«Disse uttalelsene viser at Sivillovbokutvalet forutsatte at § 21 andre ledd andre punktum kommer til anvendelse både der hevd er eneste grunnlaget for retten, og der hevd 'sløkkjer ut motsegner' mot andre stiftelsesgrunnlag.»

Og:

«Sivillovbokutvalet redegjør ikke nærmere for grunnlaget for regelen, men ut fra sammenhengen leser jeg det slik at regelen om selvstendig rettsvernshevd knyttes tett opp til hevdsunntaket i § 21 andre ledd andre punktum og utledes som en logisk konsekvens av denne bestemmelsen.»

Oppmerksomheten er rettet mot den lovfestede regelen, og at regelen om selvstendig rettsvernshevd «knyttes tett opp til» hevdsunntaket. Hvis man skulle ta uttalelsen om at tolkningsresultat er en «logisk konsekvens» av lovregelen (noe det kan sies mye om), kan det tas til inntekt for at regelen følger av loven. Kandidater som her merker seg at man på strafferettens område har tillatt såkalt «fullstendig lovanalogi» som grunnlag for straff, og at slike forankres i loven, må få uttelling.

Videre snakker flertallet i avsnitt 50 som at det man gjør er å avklare rekkevidden av «hevdsunntaket», forutsetningsvis i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, og i avsnitt 61 snakker Høyesterett om at en regel om selvstendig rettsvernshevd ikke følger «direkte av ordlyden» i § 21 annet ledd annet punktum, som kan tolkes i retning av at regelen likevel må innfortolkes.

På den annen side finnes det mange uttalelser som ikke forholder seg klart til om man oppstiller en selvstendig ulovfestet regel eller tolker § 21 annet ledd annet punktum. F.eks. «Spørsmålet om det gjelder en regel om selvstendig rettsvernshevd, er ikke endelig avklart i tidligere rettspraksis fra Høyesterett» (avsnitt 51), og i oppsummeringen (avsnitt 69-72) nevner ikke Høyesterett § 21 annet ledd annet punktum, men konkluderer med at det er «grunnlag for å oppstille en regel om selvstendig rettsvernshevd».

Kandidatene kan utvilsomt trekke på flere holdepunkter enn dette, og gode argumenter som knytter seg til vurderingstemaet de har oppstilt, må naturligvis få uttelling.

Uansett bør kandidatene, for å få full uttelling, ta et steg forbi analyser av de eksplisitte begrunnelsene. De kan f.eks. merke seg at Høyesteretts begrunnelse bygger på at regelen i § 21

annet ledd annet punktum *finnes*. De fremhever de «paradoksale» konsekvensene av å *ikke* innfortolke en regel om selvstendig rettsvernshemd når man har hevdsunntaket i § 21, se bl.a. avsnitt 66. Men hvis vi tenker oss bort § 21 annet ledd annet punktum, forsvinner dermed også spenningene i rettssystemet som fremprovoserer regelen om selvstendig rettsvernshemd. Kandidatene får et hint om dette argumentet i mindretallets votum avsnitt 87, hvor dommer Noer siterer Borgar Høgetveit Berg, som har observert at «Tenkjer me denne lovregelen [§ 21 andre ledd om rettsvern ved hevd] bort, vil det korkje vera behov eller grunnlag for sjølvstendig rettsvernshemd». Når en lovbestemt regel synes å være en nødvendig forutsetning for innfortolkningen av regelen om selvstendig rettsvernshemd, er det etter mitt skjønn mest naturlig å se den resulterende regelen slik at den har grunnlag i loven.

Alle kandidatene vil nok likevel ikke se dette poenget, og jeg vil tro det er stor bredde i besvarelsen av oppgaven. Og hvis kandidatene har et annet syn på hva som skal til for å forankre en regel i loven vs. i «ulovfestet rett», og argumenterer godt for det, kan jeg ikke se at dette skal utelukke full uttelling på oppgaven. Som vanlig må fornuftige besvarelser premieres.

Selv om oppgaven ikke eksplisitt spør etter det, bør kandidater som tar opp *betydningen* av klassifisering premieres. Rettsfølgen i saken er ikke straff, sml. grunnloven § 96, og angår ikke et «inngrep» iht. alminnelig forståelse av grunnloven § 113, slik at det ikke gjelder et særskilt krav om at rettsfølgen må ha «grunnlag i lov» (en tolkning: at det primære rettsgrunnlaget er lov). Men en kan lure på om ikke domstolene – på alle områder – behøver sterkere rettskildemessige holdepunkter for å oppstille ulovfestede regler enn for å tolke lover utvidende (evt. analogisk), slik at det kan påvirke rettskildeb Bruken. Det vil bero på hva man mener med ordene, og vil nok kunne variere.

3.3 Del II

Del II består av tre spørsmål, og skal totalt telle 3/5. Oppgaven angir ikke noen nærmere fordeling av premiering innad i oppgaven, og med god grunn, da det er en viss overlap mellom spørsmålene. Som nevnt benytter både spørsmål 2 og 3 termen «gjør bruk av» reelle hensyn, og det er naturlig med en definisjon av «reelle hensyn» i løpet av del II. Disponeringen mellom oppgavene bør ikke ha betydning, men besvarelsene må naturligvis kunne stå på egne bein.

Del II starter slik:

«Mindretallet (dommer Noer) er uenig i flertallets regelforståelse. I avsnitt 83 skriver hun: «Jeg forstår førstvoterende slik at hun mener reelle hensyn taler for den løsning hun kommer til. Om dette er jeg mer i tvil.».

Spørsmål 2: Er du enig med dommer Noer i at flertallet gjør bruk av reelle hensyn?»

Kandidatene bør her gi en definisjon av hva de forstår med «reelle hensyn» for å kunne besvare denne oppgaven. En kan her merke seg at oppgaven eksplisitt spør om kandidaten er «enig» med dommer Noer, og dermed at kandidaten må kunne fastlegge termen slik en mener er riktig, og ikke behøver å ta stilling til dommer Noers forståelse av termen.

Et naturlig startpunkt (her eller i spørsmål 4) for kandidatene vil være kapittel 11 i læreboken, skrevet av Alf Petter Høgberg. En slik innledende definisjonsavklaring kan gjøres på flere måter. Siden spørsmål 4 spør om hvilke «betraktninger» som typisk regnes som reelle hensyn, vil det kunne være en viss overlapp her.

Oppgaven gir ikke foranledning til å redegjøre nærmere for historien eller uenigheter om begrepet reelle hensyn, selv om forskjellige forståelser av termen «reelle hensyn» gjerne kan nevnes, før kandidatene lander på en forståelse som vil være førende i besvarelsen, og eventuelt kommer tilbake til forskjellige forståelser i besvarelsen.

Selv om spørsmålet kan forstås som et «ja/nei»-spørsmål, følger det direkte av innledningen til spørsmålene at man skal gi «begrunnede svar» på spørsmålet. Begrunnelsen må henge sammen med definisjonen av «reelle hensyn» kandidatene ga innledningsvis. En forståelse av «reelle hensyn» er alle vurderinger (av resultatets godhet) som en rettsanvender foretar. Med en slik forståelse benytter en rettsanvender «reelle hensyn» når hen slutter fra lovtekst, forarbeider og rettspraksis, og når man ser disse i sammenheng. For å få full uttelling må kandidatene likevel identifisere en snevrere forståelse av «reelle hensyn» som de også drøfter. En må forstå oppgaven slik at den ber om at kandidatene skal begrunne synspunktet med utdrag fra flertallets begrunnelse, og at et nærmest terminologisk svar om at dommere alltid gjør bruk av reelle hensyn er ikke godt nok. Når det er sagt, kan en tenke seg flere måter å begrunne standpunktet på. Spørsmålet er ikke tydelig på at kandidaten må identifisere «alle» reelle hensyn flertallet bruker (sml. spørsmål 3), så kandidatene må kunne gjøre et visst utvalg, så lenge de gir et godt og begrunnet svar på spørsmålet. Her skal jeg nevne noen tekststykker jeg merket meg som kan gi opphav til gode drøftelser hos kandidatene.

For det første synes førstvoterende selv å forutsette at hun gjør bruk av reelle hensyn, se avsnitt 53: «Jeg kommer tilbake til betydningen av dette under drøftelsen av de reelle hensyn».

Videre gir dommer Noers votum en inngang til spørsmålet, for etter sitatet i avsnitt 83 så gjennomgår hun de reelle hensynene hun selv har identifisert, se avsnitt 84-90. Noen av disse vil man finne igjen drøftet av flertallet.

Delen av flertallets votum det er særlig naturlig å se hen til, har overskrift «Hensynene bak tinglysingslovens rettsvernsregler». Her gjennomgår førstvoterende en rekke argumenter og hensyn som er mer løsrevet fra de konkrete rettskildefaktorene hun diskuterte forut for dette. Men også her kan argumentene klassifiseres på flere måter, hvor de faller innenfor/utenfor begrepet «reelle hensyn».

Et spørsmål er om grunnleggende prinsipper og begrunnelser på rettsområdet skal anses som «reelle hensyn». Førstvoterende trekker på det tingsrettslige grunnprinsippet om *først i tid, best i rett*, se avsnitt 62. Skal dette anses som et «reelt hensyn» i denne sammenheng? Etter mitt skjønn er det kanskje ikke den mest analytisk fruktbare begrepsforståelsen, men så lenge kandidatene har forstandige drøftelser, må det premieres.

Kandidatene kan også drøfte hensynet til kreditorsvik (avsnitt 63-65), hvor førstvoterende foretar rettslige og faktiske vurderinger, og konkluderer med at et sentralt *hensyn* bak regelen om rettsvern ikke gjør seg gjeldende ved selvstendig rettsvernshevd. Dette er vurderinger av faktiske forhold og virkningen av en gitt regel (som mindretallet synes å være uenig i, se avsnitt 86), og er vel naturlig å vurdere som et reelt hensyn i vår tradisjon.

Det vil også være naturlig å trekke frem avsnitt 66, som foregir å drøfte det (klassiske) reelle hensynet «rettstekniske hensyn». Kandidatene kan gjerne gjøre en innsats for å beskrive hensynet noe nærmere, og forklare hvorfor dette anses som et «reelt hensyn». For eksempel har dette en klar side til en god/rettferdig regel, likebehandling av tilfeller som vi vurderer må likebehandles, osv.

Det er flere forhold ved avgjørelsen som kan drøftes og som kan bidra til å vise at kandidaten forstår hva reelle hensyn er, og eventuelt kan bidra til å vise at de ikke forstår hva reelle hensyn er. Det siste kan være like viktig som det første i en bedømmelse. Kandidatene som går et steg videre enn å betegne noe som reelle hensyn, karakteriserer hensynet nærmere og drøfter for/imot, må naturligvis få uttelling.

Spørsmål 3 lyder:

«Hvilke reelle hensyn gjør mindretallet bruk av – og hvor?»

Opgaven krever ingen ny definisjon av «reelle hensyn», og det er vel ikke noen veldig fornuftige disponeringer hvor det gjøres først her.

Kandidatene må her lese mindretallets begrunnelse nøye. Oppgaven spør – tydeligere enn spørsmål 2 – om en mer eller mindre uttømmende oppregning av hvilke reelle hensyn mindretallet gjør bruk av. Det stiller nok høyere krav til at kandidatene gjennomgår de fleste her, men sensuren må også ta i betraktning at så lenge kandidatene har en fornuftig definisjon av «reelle hensyn», og anvender denne korrekt, så kan det ikke være avgjørende om jeg mener noe skal klassifiseres som et reelt hensyn.

Det er ikke helt entydig hvordan man skal individualisere og klassifisere forskjellige reelle hensyn. De beste kandidatene vil være bevisst utfordringen med individualisering og løfte denne frem, uten at de behøver å lande den fullstendig.

En kan også problematisere hvorvidt mindretallet egentlig «gjør bruk» av reelle hensyn. Strukturen i dommer Noers argument er vel snarere at hun mener ordlyden klart taler mot å oppstille en regel om selvstendig rettsvernshevd, at forarbeider, praksis og teori er nokså delt, og at hun er mer «i tvil» om reelle hensyn støtter en regel om selvstendig rettsvernshevd. Når hun da drøfter «reelle hensyn» i avsnitt 84-89, så er det i kontekst av å understreke at disse i alle fall ikke er entydige, og sånn sett at de er et «null-argument». Men hun anvender i alle fall argumenter som ofte omtales som «reelle hensyn».

Etter de nødvendige forpostfektninger må kandidatene drøfte de forskjellige argumentene dommer Noer anvender og som faller inn under kandidatens begrep om «reelle hensyn». Her er de jeg merket meg:

Dommer Noer drøfter i avsnittene 84-85 forholdet mellom rettsbeskyttelsen i form av rettsvern for den som har hevdet og den som har hatt en avtalt rett i hevds tid. I avsnitt 84 leder denne drøftelsen henne til å konkludere med at uavhengig av om det oppstilles en regel om selvstendig rettsvernshevd taler «mye for» at man «må kunne oppnå rettsvern uavhengig av tinglysing der det kan dokumenteres at manglende tinglysing ikke skyldes rettighetshavers forhold». Dette er vel nokså klart ut fra betraktninger om resultatets godhet.

Et annet helt sentralt hensyn hun fremhever, er hensynet til grunnbokas troverdighet (avsnitt 85). Kandidatene kan ikke forventes å huske all verdens fra faget dynamisk tingsrett, men dette er et grunnleggende hensyn, og dommer Noer har en del konsekvens-betraktninger av flertallets regel som vil gå utover grunnbokas troverdighet. Dette må også kunne karakteriseres som hensyn til resultatets godhet i stort. Dette har også vært en sentral del av kritikken av avgjørelsen – at den medfører et nytt, uønsket skår i grunnbokas troverdighet.

I avsnitt 86 fremhever dommer Noer at flertallets tolkning vil medføre fare for «rettsklarhet og rettstvister». Poenget her er at regelen flertallet tar til orde for, vil åpne for skjønn og vanskelige grensedragninger, og dermed rettssaker og uklarhet. Dette er vel både vurderinger av konsekvensene, at disse er dårlige, og omtales vel tidvis også som «rettstekniske» hensyn, uten at disse termene er entydige.

I dette avsnittet fremhever hun også at hun mener flertallets løsning vil øke sannsynligheten noe for kreditorsvik. Etter mitt skjønn er det siste her et litt annet reelt hensyn enn faren for «rettsklarhet og rettstvister», som hun innleder avsnittet med. Kandidatene kan her identifisere en uenighet mellom flertall og mindretall i de *faktiske konsekvensene* av regelen som oppstilles av flertallet.

Dommer Noer har også et argument i avsnittene 87-89 som jeg ikke syns det er helt enkelt å klassifisere. Argumentet knytter seg til begrunnelsen for en regel om selvstendig rettsvernshevd, og hun går i rette med en sentral begrunnelse for flertallets begrunnelse, nemlig det «paradoksale» i å behandle dårligere den som har en avtalt rett i hevdstid, enn den som har hevdet en rett de ikke hadde. Det er regelen om aksessorisk rettsvernshevd som «skaper» paradokset, og hun påpeker at hevding av rettigheter nok blir mindre vanlig fremover. Jeg forstår poenget som at hun da tenker at den praktiske ubalansen eller urettferdigheten ikke er så stor, selv om den prinsipielt sett fortsatt gjør seg gjeldende. Og hun trekker frem en forskjell på den som hevder og den som har en rett. Poenget her er vel mer å peke på svakheter med flertallets begrunnelse, enn å fremheve «selvstendige» reelle hensyn, men det tilsier i alle fall at *behovet* for regelen til flertallet ikke er så sterkt som de selv har forutsatt, og kan knyttes til en vurdering om resultatets godhet.

Kandidatene kan tenkes å trekke frem flere reelle hensyn (bl.a. den nærmest nødvendige sannheten at man gjør bruk av det ved slutning fra andre rettskilder), men for å få full uttelling må de i alle fall være gjennom flere av de reelle hensynene som er omtalt her.

Spørsmål 4 lyder:

«Gjør rede for hvilke betraktninger som typisk regnes som 'reelle hensyn'. Bruk egne ord og egne eksempler for å illustrere ulike typer av 'reelle hensyn'.»

Oppgaven er nokså rett frem, og kandidatene har tilgang til Høgbergs artikkel. Kandidatene kan med fordel si noe om særpreget ved «reelle hensyn» som rettskilde«faktor» (om de ikke alt har gjort det). Et sentralt poeng er at den alminnelige taksonomien tar utgangspunkt i *argumentbærer*, eller, som Høgberg skriver, den «drakt» argumentet er ikledd, og ikke argumentets innhold. Reelle hensyn er navnet på «argumenter av et bestemt innhold, og ikke navnet på en *argumentbærer* vi slutter fra» (s. 347).

Hva gjelder den nærmere definisjonen, kan det vises til følgende sitat fra Høgberg (s. 345):

«Reelle hensyn defineres gjerne som «vurderinger av resultatets godhet» eller «hensyn til resultatets godhet». Reelle hensyn vil nærmere bestemt si hensyn til resultatets godhet enten i betydningen «rettferdighet»/«rimelighet» når det gjelder det konkrete resultat eller i betydningen «formålstjenlig»/«hensiktsmessig»/«nyttig» når det gjelder den *generelle rettsregelen* vi skal komme frem til. Reelle hensyn kan altså kytte seg til 1) dommens rettskraftvirkning, 2) dommens prejudikatvirkning og 3) den rettskildemessige effekt.»

Videre omhandler punkt 11.4 «Typer av reelle hensyn og bruken av dem», s. 348-353 nærmere omtale av tematikken.

Kandidatene bør ikke sitere noe særlig fra disse sidene (og må i så fall innta en henvisning), og må i alle fall forklare nærmere hva Høgberg mener med «egne ord og egne eksempler», slik oppgaven eksplisitt krever. Helst bør de ha gjort seg kjent med stoffet og kunne systematisere og omtale det med egen disposisjon og ord.

Noen kandidater vil kanskje også forholde seg til omtalen i Ola Mestads artikkel i læreboka (s. 110), definisjonene i andre lærebøker eller verk. All den tid det er læreboka som er pensum må kandidatene forholde seg til definisjonene og drøftelsene der, men om disse suppleres med andre forståelser, og eventuelt underlegges en kritisk diskusjon opp mot hverandre, må det naturligvis premieres. En systematikk som tidvis benyttes, finner man i høyesterettsdommer Jens Edvin A. Skoghøys lederartikkel i *Lov og Rett* nr. 4/2013, hvor han trekker frem (1) virkningsbaserte vurderinger, (2) innholdsmessige vurderinger, (3) retts tekniske vurderinger og (4) systemorienterte vurderinger.

Noen kandidater kan også tenkes å ha funnet frem til Sverre Blandhols bok *De beste grunner*, som er den grundigste behandlingen av temaet, og er tilgjengelig på rettsdata.no. Blandhol deler "reelle hensyn" i tre hovedkategorier: betraktninger om hva som er godt i seg selv,

konsekvensbetraktninger og betraktninger omkring tingenes og rettsforholdenes karakter og egenskaper.

Kandidater som viser et slik vidsyn, og bruker kategoriene på en god måte, må få uttelling. Men sensorene må hta i betraktning at det som nevnt uansett ikke er helt enkelt å kategorisere og avgrense vurderingene fra hverandre.

Kandidatene bør ta opp at som «reelle hensyn» er det også vanlig å inkludere de vurderingene som rettsanvendere foretar i håndteringen av de andre rettskildefaktorene, men det kan nok gjøres ganske kort, da det vel både er uomtvistet og ikke får på spissen det tidvis omtvistede spørsmålet om «reelle hensyn» skal tillegges vekt som en «selvstendig rettskilde».

Kandidatene må altså behandle de typetilfellene som er relevante ut fra den definisjonen de benytter. Det er ikke naturlig i en sensorveiledning å gå nærmere inn på hvilke eksempler mv. kandidatene kan bruke. Her må de få velge mellom å illustrere poengene sine enten med rettspraksis eller eksempler de selv finner på. For å få full uttelling må de gjennomgående eksemplifisere de typene reelle hensyn de identifiserer – her er oppgaveteksten nokså klar, men sensorene får utvise noe skjønn. Det er et selvstendig poeng at kandidatene benytter eksempler som treffer – hvis eksemplene ikke treffer, viser det manglende forståelse.

Hvis kandidatene også peker på hvilke typer vurderinger som *ikke* kan anses som reelle hensyn i norsk rett, vil det bidra til å avgrense hensynene som er relevante, og må gi uttelling.

Del III

Den siste delen består av ett spørsmål, og skal telle om lag 1/5. Spørsmålet lyder:

«Både flertall og mindretall viser til juridisk litteratur, se avsnittene 40-42, 56 (sitatet), 59, 60 og 82.

Spørsmål 5: Gjør Høyesterett med dette bruk av rettslitteratur som rettskilde?»

Spørsmålet knytter seg til diskusjonen om juridisk teori (rettslitteratur) «som rettskilde». Temaet er behandlet i læreboka i kapittel 16, «Rettsoppfatninger som rettskilde», og er skrevet av Bjarte Askeland.

Kandidatene bør innledningsvis tolke spørsmålet. Siden spørsmålet skiller mellom at både flertall og mindretall «viser til» juridisk litteratur, og spørsmålet er om Høyesterett med dette «gjør bruk» av rettslitteratur «som rettskilde», angår det om Høyesterett her tillegger rettslitteratur en «egenvekt».

Gode kandidater vil peke på flere måter Høyesterett kan anvende rettslitteratur på som ikke er å benytte den «som rettskilde». Også der rettslitteratur benyttes «som rettskilde», kan det enten brukes til å begrunne hvordan regelen skal tolkes eller til å begrunne hvordan et konkret tolkningsspørsmål skal løses. Men siden dette fremgår direkte av Askeland, må ikke slike

betraktninger telle for mye - med boken tilgjengelig på eksamen vil slike teoretiske systematiseringer måtte gi noe mindre uttelling enn dem som gjør det «av seg selv» på eksamen.

Spørsmålet ber om en tolkning av hva Høyesterett har gjort i avgjørelsen, og metoden vil dermed primært måtte være en analyse av Høyesteretts anførte begrunnelse for resultatet, for å forsøke å finne ut av om de faktisk har lagt «selvstendig» vekt på hva litteraturen har kommet frem til. Det fremgår ikke klart av spørsmålet om det å «gjøre bruk» av juridisk teori, eller å tillegge en kilde «egenvekt», innebærer at resultatet kunne blitt et annet hvis man tenkte kilden borte, men det må være vel forutsetningen. Som kjent er dette en vanskelig og usikker øvelse å foreta, men likevel noe kandidatene bør være nokså trent i.

Kandidatene kan gjerne si noe kort om den teoretiske og normative diskusjonen om bruk av rettslitteratur som rettskilde, og en slik omtale vil uansett gi argumenter som kandidaten kan bruk når hen skal forsøke å finne ut om Høyesterett gjør bruk av rettslitteraturen som rettskilde, f.eks.: medfører det å nevne et argument at man «legger vekt» på det, osv.

Kandidatene kan konstatere det åpenbare i at Høyesterett nevner juridisk teori flere ganger, og i sammenheng med det som vitterlig er rettskildefaktorer med selvstendig vekt. Samtidig kan det konstateres et verken flertall eller mindretall eksplisitt sier noe om at de legger vekt på uttalelsene i teorien (sml. i den sammenheng flertallets uttalelser i avsnitt 50).

En grei disponering er å tolke de aktuelle uttalelsene i avsnitt 40-42, 56 (sitatet), 59, 60 og 82, for deretter å ta en helhetlig vurdering.

I avsnitt 40-42 siteres tre tingsrettslige verk. I avsnitt 40 og 41 synes poenget å være å underbygge at det har vært en (utbredt) oppfatning at «hevdsinstituttet fra gammelt av i tillegg til å ha en rettsstiftende funksjon også dannet grunnlag for å sikre vern om bestående rettsforhold». Dette kan på sett og vis anses mer som belegg for faktiske oppfatninger enn at man legger noe særlig vekt på rettsoppfatningen til akkurat disse forfatterne.

I avsnitt 42 siteres Brækhus og Hærem, og her er poenget at de har lagt til grunn at hevd kan fungere som rettsverssurrogat. Her siterer altså flertallet en forfatter som støtter deres konklusjon på spørsmålet.

Kandidatene må også se at uttalelsene benyttes i avsnitt 43, hvor førstvoterende skriver:

«Den rådende oppfatningen ved vedtakelsen av tinglysningsloven, om at hevd også kunne sikre vern av bestående rettsforhold, må imidlertid tas i betraktning ved tolkningen av unntaket i § 21 andre ledd andre punktum. At hevd også kunne påberopes til vern om bestående rettigheter, kan tilsi at «rettserverv ved hevd» ikke nødvendigvis var utelukket selv om hevdspretendenten skulle ha annen lovlig adkomst til eiendommen, for eksempel gjennom avtale.»

Førstvoterende bruker altså juridisk litteratur til å utlede en «rådende oppfatning» om rettsstilstanden ved vedtakelsen av tinglysningsloven, og bruker denne i tolkningen (dette gjelder primært avsnitt 40

og 41, avsnitt 42 angår noe litt annet). Her benyttes altså juridisk teori snarere til å fastsette oppfatningene før en lov ble vedtatt, enn at *løsningen* på rettsspørsmål i teorien tillegges selvstendig vekt. Så lenge kandidatene trekker opp disse distinksjonene, så er det ikke avgjørende om dette er å bruke teorien «som rettskilde». Men etter mitt skjønn er det ikke så naturlig å omtale det slik.

I sitatet i avsnitt 56 siteres igjen en rekke tingsrettslige verk, i sammenheng med å påpeke at selvstendig rettsvernshevd har vært akseptert i «nokså stor utstrekning» i teorien. Uttalelsen bidrar ikke med så mange konkrete holdepunkter for tolkningen, men det faktum at Høyesterett har tatt seg bryet med å sitere verkene tilsier vel at det i alle fall har gjort et visst inntrykk på dem, og kanskje at de har lagt litt «vekt» på dem.

I avsnitt 59 fremheves en kritikk av Borgar Høgetveit Berg av avgjørelsen i HR-2017-33-A (Forusstranda), og her er det altså ikke en forfatters synspunkt på en rettslig konklusjon, men dennes kritikk av en avgjørelse fra Høyesterett, det vises til. For førstvoterende blir dette et støtteargument for å se nærmere på de grunnleggende hensynene på området. Det er kanskje ikke så naturlig å anse dette som en *rettskilde(faktor)* som benyttes av førstvoterende, for litteraturen innebærer ikke her et standpunkt til et rettsspørsmål. Men det viser igjen at teori kan benyttes og informere Høyesterett på flere måter, uten at det nødvendigvis er som rettskildefaktor.

I avsnitt 60 synes juridisk teori å trekkes frem som et (av flere) argumenter som tilsier at Høyesterett i denne avgjørelsen kan stille seg «noe fritt» fra uttalelsene i Forusstranda-dommen, som isolert skulle tilsi at selvstendig rettsvernshevd ikke ble akseptert. Tolket i sammenheng tyder dette på at Høyesterett la vekt på juridisk teori for å redusere vekten av uttalelsene i Forusstranda-dommen, men det er naturligvis vanskelig å vite om de ville vurdert det annerledes om det ikke fantes juridisk teori/om juridisk teori gikk motsatt vei.

Mindretallet viser til juridisk teori i avsnitt 82. Sammenhengen er først å vise til at juridisk teori (og etterarbeider) i «stor grad» har bygget på at man kan få rettsvern uten tinglysning også for avtalte rettigheter, men for deretter å si at «vilkårene for dette er i liten grad utdypet», og at det også finnes teori som er uenig i dette.

Gjennom omtalen av kildene synes også mindretallet her forutsetningsvis å mene at det har en viss betydning hva litteraturen måtte mene – hvorfor skulle man ellers bruke tid på å nyansere bildet i litteraturen? Kandidatene kan her også peke på at mindretallet kanskje kan forstås slik at hun nedvurderer vekten av teorien fordi man i liten grad hadde utdypet vilkårene for når selvstendig rettsvernshevd ville oppstå.

Spørsmålet har form som et «ja/nei»-spørsmål, og det må vel kreves at kandidatene konkluderer, enten eksplisitt eller implisitt. Men svaret her må vel karakteriseres som underordnet. Det avgjørende er at kandidatene ser de teoretiske nyansene og klarer å drøfte uttalelsene fra Høyesterett på en fornuftig måte.

4 Om karaktersetting og litt om studiesituasjonen

De sensorveiledningene jeg har skrevet så langt under pandemien har avsluttet med å fremheve at eksamenssituasjonen er utfordrende for kandidatene under vanlige omstendigheter, og at den særlig har vært det under pandemien. Senhøsten 2021 er det imidlertid en erkjennelse at pandemien i liten grad har preget undervisningen og eksamenssituasjonen. I den grad pandemien har hatt betydning, er det nok primært ved å gi kandidatene mer fleksibilitet mtp. undervisningstilbud. Lesesalene har igjen vært åpne hele semesteret. Selv om usikkerhet rundt situasjonen vil ha preget noen, er det ikke mer enn mange studenter nok må leve med i et vanlig år. Selv om det nok aldri er enkelt å være student, er det ikke lenger grunn til å legge vekt på pandemien ved bedømmelsen av eksamen.

Som nevnt innledningsvis, har studentene under eksamen hatt tilgang til alle kilder. Eksamenstiden er seks timer. Så vidt jeg kan forstå har kandidatene da nokså god tid. Kandidatene bør både ha tid til å finne holdepunkter i læreboken til å gi de teoretiske rammene rundt besvarelsene, og gjennomgå avgjørelsen nokså nøye for å finne gode, konkret forankrede poenger.

Sensorene må foreta en helhetlig bedømmelse av hver enkelt besvarelse. Til en viss grad må den enkeltes prestasjon også ses i lys av det generelle prestasjonsnivået. Evnen til refleksjon og selvstendighet fremheves i retningslinjene for karaktergivning i juridiske fag. Metodiske ferdigheter, språkbruk og evne til logisk strukturering står også sentralt. Men kunnskap om fagområdene er selvsagt viktig. Jeg har antydnet noen hovedtemaer over, og hvordan behandlingen av dem kan spille inn i vurderingen.

Det bør legges større vekt på de positive elementene enn på eventuelle feil og utelatelser. Det er da ekstra viktig at karakteren først og fremst fastsettes på bakgrunn av en bedømmelse av kvaliteten på de spørsmålene kandidaten har besvart, og at det ikke fokuseres så mye på det kandidatene har utelatt. Det er altså fullt mulig å få en god karakter uten at en behandler samtlige spørsmål som er tatt med i denne veiledningen. God forståelse for grunnspørsmålene i metodefaget bør tillegges stor vekt. Særlig vil evnen til å posisjonere besvarelsen i relasjon til de mange problemstillingene i faget kunne være egnet til å identifisere de beste kandidatene. Samtidig vil kandidatene som lar problemstillinger gli over i hverandre, ikke problematiserer spørsmålsstillinger, eller gir eksempler som ikke eksemplifiserer det de skal, avdekke manglende kunnskap.

Til syvende og sist vil karaktersetningen avgjøres på grunnlag av en bredere vurdering av helhetsinntrykket i kandidatens prestasjon. Dette viktige signalet til sensuren kan det være greit nevne til slutt, ikke bare som påminnelse til sensorene, men også fordi det er viktig at kandidatene ikke blir forledet til å tro at oppskriften på en god karakter er å følge innholdet i en sensorveiledning.

Sensorveiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser, og det ble gjort én endring etter sensormøtet, i spørsmål 1, som før lød: "Noen kandidater kan tenkes å drøfte om grunnlaget for regelen eventuelt er analogi, eller et annet ulovfestet grunnlag."

.....

Av Tomas Midttun Tobiassen

Oslo, desember 2021
