

Teknisk utreder sin rolle i jordskifteretten

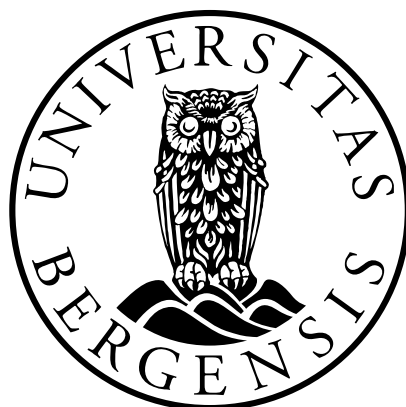
*Rettslige rammer for utøvelsen av rollen i møte
med parter i rettsendrende og rettsfastsettende
saker for jordskifteretten*

Kandidatnummer:

8

Antall ord:

14 392



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3. juni 2019

Forord

En teknisk utreder i jordskifteretten er en aktør og stillingsgruppe som man ellers ikke ser i de ordinære domstoler, og er en karakter som gjenspeiler hvordan jordskifteretten som konfliktløser opererer. I takt med et økende fokus på profilen som domstol og moderne prosessuelle prinsipper, blir imidlertid de tradisjonelle og særegne aspektene ved stillingen gradvis vasket ut til fordel for en mer enhetlig domstolstruktur. Avhandlingen fokuserer på teknisk utreder og hvordan de kan opptre i møte med partene, men gjenspeiler også effekten av den utviklingen som skjer rundt det pågående arbeidet med spørsmål rundt jordskifterettens fremtid.

Under arbeidet med denne avhandlingen har jeg oppdaget hvor lite fokus teknisk utreder generelt har fått i lovgivningsarbeidet, noe som kan forklare hvorfor praksis er så sprikende på tvers av sognene. Dette har ført til at teknisk utreder innehar en rekke ulike roller ved ulike kontorer, og det uklart hvordan partene skal forholde seg til dem og vice versa. Jeg anser ikke spørsmålet om hvor langt teknisk utreder kan strekke seg som veileder, mekler og utreder som endelig besvart i denne avhandlingen, men håper den kan bidra til å skape bedre oversikt over de hensyn og regler som gjør seg gjeldende.

Jeg benytter muligheten til å takke Haugalandet og Sunnhordland jordskifterett for skriveplass og godt selskap, og for mye god hjelp i forbindelse med oppgaveskrivingen. En særlig takk til ingeniørene Magnus I. Svindal, Jan Vidar Kannelønning og Terje Olav Bakke for mange gode innspill.

En stor takk til alle jordskifterettene i Norge for å ha tatt seg tid til å svare på spørsmål og kommet med andre innspill.

Jeg vil også rette en takk til Domstoladministrasjonen for økonomisk støtte.

Sist men ikke minst vil jeg takke Per Kåre Sky som veileder for mange gode og konstruktive tilbakemeldinger.

Med denne avhandlingen håper jeg å kunne redusere avstanden mellom juss og jordskifte som fagområde. Jeg håper en oversikt over hvilke rammer lovgivningen og prinsippene trekker for ingeniørenes arbeid i jordskifteretten vil være praktisk for stillingsgruppen, og at problematikken jeg reiser vil vise seg nyttig ved vurderingen av hvilken rolle de burde ha for fremtidens jordskifterett.

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Avhandlingens tema og aktualitet	4
1.2 Definisjoner – hvem er «teknisk utreder»?	5
1.3 Kilder og metode	6
1.4 Den videre fremstilling.....	7
2. Kort innføring i den interne rollefordelingen	8
2.1 Generelt	8
2.2 Litt om arbeidsoppgaver.....	9
2.2.1 Lov og forarbeider.....	9
2.2.2 Moderne måleutstyr stiller nye krav til utnyttelse av teknisk utreder som ressurs	10
3. Bakgrunn for innholdet i rollen	10
3.1 Generelt om jordskifteretten.....	10
3.1.1 Sakstypene.....	11
3.1.2 Organisatorisk tilhørighet.....	14
3.2 Effektivitetshensyn som en bakenforliggende drivkraft.....	15
3.3 Domstolprinsippene som ramme for utøvelsen av rollen.....	16
4. Teknisk utreder i en meklerrolle	17
4.1 Formål og hensyn	17
4.1.1 Målet om en minnelig løsning.....	17
4.2 Adgangen til mekling	18
4.2.1 Begrepsavklaring – hva menes med «mekling»?.....	18
4.2.2 Rettskildebildet og kompetanse til uformell mekling	19
5. Utrederrollen	22
5.1 Formål og hensyn	22
5.1.1 Større ansvar for saksforberedelsen	22
5.1.2 Målet om en materielt riktig avgjørelse	24
5.2 Rettslige rammer for utrederrollen	26
5.2.1 Forhandlings- og disposisjonsprinsippet som en motvekt	26
6. Teknisk utreder i en veilederrolle	32
6.1 Hvorfor trenger teknisk utreder å veilede?.....	32
6.1.1 Selvprosederende parter	33
6.1.2 Kvaliteten på eiendomsregisteret og økonomisk kartverk	34
6.1.3 Andre årsaker til et økt veiledningsbehov.....	35
6.2 Rettslige begrensninger knyttet til veiledning av partene	36
6.2.1 Retten til en upartisk domstol	36
6.2.2 Prinsippet om kontradiksjon	40
7. Avsluttende bemerkninger	41
7.1 Noen refleksjoner om fremtiden.....	42

1. Innledning

1.1 Avhandlingens tema og aktualitet

Hovedmålet med avhandlingen er å foreta en juridisk analyse av den rolle tekniske utreder har i dagens jordskifterett, og hvordan dette stiller seg i forhold til de grunnleggende sivilprosessuelle prinsipper som jordskifteretten er underlagt som domstol, jf. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven) § 1-1, jf. Lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av eigheds- og rettshøve på fast eiendom m.m. (jordskifteloven) § 1-1. Temaet er mest aktuelt i de situasjonene hvor teknisk utreder er alene med partene og tar på seg ansvar for en del av den materielle prosessledelsen, saksforberedelsen eller som mekler på vegne av dommeren.

Det er flere forhold som aktualiserer behovet for å klarlegge disse grensene. Praksisen for hvordan rollen blir utøvd synes å være sprikende og avhengig av sogn, sakstyper og kontorledelse. Tradisjonelt har det tekniske personalet brukt mye tid alene sammen med partene som ledd i det tekniske arbeidet, henholdsvis allerede fra saksforberedelse, kartlegging av eksisterende retter, verdsetting, til eventuelt et nytt kart produseres og nye grenser eventuelt blir satt ut. Som følge av dette er teknisk utreder den representanten fra retten som partene oftest er best kjent med.

I tillegg har Domstoladministrasjonen i sin rapport av juni 2018 gitt uttrykk for at de ser et behov for å effektivisere saksbehandlingen ved å utnytte teknisk utreder som en ressurs på en bedre og mer effektiv måte.¹ Dette innebærer blant annet at de bør delegeres oppgaver som de er like kompetent som dommeren til å utføre.² For å klarlegge hvilken kompetanse som kreves for disse oppgaver og hvor langt teknisk utreder kan strekke seg ved utøvelsen av sin rolle, synes derfor å være på tide med en avklaring og oversikt over hvilke juridiske rammer som er aktuelle og potensielt kan skape begrensninger i denne sammenheng.

Organiseringen av jordskifteretten går en usikker fremtid i møte, og blir stadig gjenstand for spørsmål knyttet til rammene for dens kompetanse. Senest i januar 2019 har

¹ Domstoladministrasjonen (DA) (2018): *Ingeniørrollen og det tekniske arbeidet ved jordskifterettene i et fremtidsperspektiv*, s. 44

² DA (2018) s. 44

Domstoladministrasjonen gitt uttrykk for behovet for en samlokalisering eller sammenslåing med tingretten.³ Det stilles i den forbindelse flere spørsmål om hvilken rolle teknisk utreder da vil ha i fremtiden. Avhandlingen vil derfor måtte ta i betraktning eventuelle virkninger av denne potensielle utviklingen.

I arbeidet med avhandlingen har jeg innsett at mange sider ved det tekniske arbeidet kunne blitt problematisert, men har valgt å avgrense oppgaven til hvordan teknisk utreder kan opptre i møte med partene. Dette innebærer at fokuset vil ligge på hvilken adgang og på hvilken måte teknisk utreder har til å utøve en aktiv rolle overfor partene, ikke hvilke konsekvenser det eventuelt vil måtte innebære. Dette innebærer at spørsmål vedrørende hvordan eventuell inhabilitet av en som er utenfor dommerpanelet kan anses som en saksbehandlingsfeil, konsekvenser ved uriktig veiledning fra teknisk utreder eller generelle spørsmål om hvordan faglige vurderinger gjort av utreder skal behandles av retten, mm. holdes utenfor. Jeg vil likevel oppfordre andre til å vurdere å bygge videre på dette som et videre arbeid.

Avhandlingen vil derfor bestå i en systematisk fremstilling og redegjørelse av den rolle teknisk utreder tradisjonelt har hatt og har per i dag ved de norske jordskifterettene, med en påfølgende oversikt over hvilke rettslige rammer norske og internasjonale regler stiller til utøvelsen av denne rollen. De styrende hensynene er rettens veiledningsplikt, kravet om en effektiv saksbehandling, målet om en minnelig løsning og målet om et materielt riktig resultat, samt andre tradisjonelle og historiske faktorer som danner utgangspunktet for hvilken teknisk utreder er ment å fylle i dagens jordskifterett. Dette gjelder henholdsvis rollen som mekler, veileder og generelt rollen som utreder. Hvordan disse rollene skal og bør utøves overfor partene styres for øvrig av etablerte domstolprinsipper. Prinsippene som skal redegjøres for i denne sammenheng er retten til å få sin sak behandlet av en upartisk domstol, jf. EMK art. 6 nr. 1, jf. dl. kap. 6, det kontradiktoriske prinsipp, disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet, jf. tvl. § 11-2.

1.2 Definisjoner – hvem er «teknisk utreder»?

Et kjært barn har mange navn, og det tekniske personalet i jordskifterettene er intet unntak. Begreper som må avklares i denne sammenheng er ingeniør, tekniker, landskonsulent og

³ Domstoladministrasjonen (2019): *Økt samhandling eller sammenslåing mellom tingrett og jordskifterett?*

utreder. Den muntlige termen på gruppen er ingeniører, mens man mer formelt henviser til dem som tekniske personale. Loven benytter seg av den sistnevnte definisjonen, jf. jordskifteloven § 2-3 andre ledd.

Det tekniske personalet ved jordskifteretten er kort fortalt aktører med fagkunnskap innenfor landmåling, kart, geodata, geografiske informasjonssystemer og eiendom, og har direkte tilknytning til domstolen. Jordskifteretten har da i motsetning til de ordinære domstoler tilgang på fagkyndige som bistår i det tekniske arbeidet under saksbehandlingen, og som bidrar i de faglige vurderinger og løsninger som retten selv kommer frem til.

Landskonsulenten er ment å ha særskilt ansvar for utvikling og støtte til jordskiftedomstolene innenfor ulike fagområder.⁴ Mer konkret bistår landskonsulentene med rådgivning innenfor spesifikke fagområder til jordskiftedomstolene, og er rent formelt underlagt Domstoladministrasjonen. Avhandlingen vil ikke behandle landskonsulentene nærmere.

I dag har det tekniske personalet ved jordskifteretten en to-delt rolle som ingeniør og «vanlig» utreder som blir brukt for de ordinære domstoler. Bakgrunnen er et økende ansvar for saksforberedelsen og generell utredning av saker, i tillegg til et hovedansvar for den tekniske delen. Domstoladministrasjonen foreslo i en rapport av juni 2018 å endre stillingstittelen fra ingeniør til teknisk utreder, fordi den er mer dekkende for det arbeidet som utføres av ingeniøren i dag.⁵

Avhandlingen vil ikke behandle bruk av utredere i domstol utenfor jordskifterettens virke. Dette gjelder for eksempel bruk av teknisk utreder i lagmannsretten eller vanlig utreder i ordinære domstoler.⁶

1.3 Kilder og metode

Det er særlig mangelen på lovregler og litteratur som har skapt utfordringer for behandlingen av temaet, men det er også det som gjør det enda mer aktuelt å se nærmere på. For å få en fornuftig fremstilling og inntrykk av hvordan praksis er, er en side til empiri naturlig selv om

⁴ Domstoladministrasjonen (2011) pkt. 5.2

⁵ DA (2018) s. 47

⁶ Jordskiftelova § 2-3 om tekniske personale i lagmannsretten, jf. jskl. § 8-11

formelle intervju ikke er gjennomført eller på annen måte kommer til å ha fokus. Det vil derimot forekomme en del henvisninger til hvordan de ulike aktørene i jordskifterettene selv oppfatter hvordan rollen burde utøves og hva den konkret innebærer hos de ulike jordskifterettene.

Selv om Domstoladministrasjonen i 2018 har kommet med en rapport om at teknisk utreder burde brukes mer effektivt i dagens jordskifterett, foreligger det overraskende få uttalelser om hvordan det stiller seg til loven og dets eventuelle begrensninger. Her byr heller ikke forarbeidene på stort, men er blitt brukt i avhandlingen for å belyse hvordan ulike organer oppfatter innholdet i den rolle teknisk utreder burde ha. Det foreligger også langvarig praksis og en del rapporter knyttet til bruk av ingeniører i jordskifteretten som bidrar til å belyse innholdet i og behovet for stillingen.

I tillegg til dette er teknisk utreder sin befatning og aktivitet i enkeltsaker sjelden tatt med som ankegrunn, og det foreligger dermed svært lite rettspraksis vedrørende temaet. Som følge av dette vil ikke avhandlingen være basert på en ren analyse av rettspraksis, men fokusere på hypotetiske situasjoner som belyser de relevante sidene rundt temaet. Omfanget av rettspraksis er derimot ikke ensbetydende med temaets viktighet, og gjør det tvert imot viktigere å belyse for å bevare rettssikkerheten i prosessen.

1.4 Den videre fremstilling

I første omgang vil jeg gi en kort innføring i arbeidsoppgavene til teknisk utreder og den tiltenkte rollefordelingen i jordskifteretten mellom dømmende og teknisk personale (punkt 2). Videre vil punkt 3 bestå av en redegjørelse av hvilke historiske og øvrige faktorer som danner bakgrunnen for innholdet i teknisk utreder sin rolle i jordskifteretten.

Deretter følger en fremstilling av hvilke prinsipper og hensyn som former den rollen de kan og bør spille overfor partene, både når det gjelder ved mekling (punkt 4), saksforberedende arbeid som utreder (punkt 5), og ved veiledning av partene (punkt 6). Jeg vil her forsøke å skape en oversikt over de regler og hensyn som også trekker rammene for hvordan teknisk utreder kan utøve disse rollene, og hvordan det stiller seg i forhold til kryssende prinsipper og hensyn. Avslutningsvis vil det være aktuelt med noen bemerkninger knyttet til hvordan funnene jeg har gjort passer overens med formålet bak rollen, og hvordan dagens rettstilstand

og eventuelle uklarheter potensielt kan påvirke jordskifterettens tradisjonelle virke i et fremtidsperspektiv (punkt 7).

2. Kort innføring i den interne rollefordelingen

2.1 Generelt

Jordskifteloven har som et overordnet formål å legge til rette for «effektivt og rasjonell utnytting av eigedom og ressursar til beste for eigarane, rettshavarane og samfunnet», jf. jskl. § 1-1. Hva som er effektivt og rasjonelt beror til dels på tekniske vurderinger, og tilsier derfor at behovet for en teknisk støttefunksjon er fremtredende. Loven forutsetter et samspill mellom stillingsgruppene dommer og teknisk personell. Dette gjenspeiles også i at det er lovbestemt at jordskifteretten skal ha teknisk personale, jf. jordskifteloven § 2-3 andre ledd. Regelen er ny, men fastsetter likevel langvarig praksis.

Teknisk utreder i jordskifteretten har ofte utdanning innen landmåling/geodesi, eiendomsfag eller annet, ofte på bachelornivå, og er ansatt for å ha en særlig fagkyndighet på de tekniske delene av jordskiftesakene.⁷ På mange måter opptrer dommer og ingeniør som samarbeids- og diskusjonspartnere, både på rettsmøter og under arbeidet med saker ellers, og utfyller derfor hverandres roller. Samspillet kan også ses i resultatet ved slutta sak, da partene for det første vil få en juridisk bindende avgjørelse, men også tilhørende kart og en eventuell grensebeskrivelse og grensemerker i marka.⁸

Teknisk utreder utgjør en nøkkelrolle i den jordskifteretten vi har i dag, og bidrar til at virksomheten har en særlig funksjon og kompetanse sammenlignet med alminnelige domstoler. Etter spørsmål til flere jordskifteretter kom det frem en oppfatning av at det foreligger et behov for to ulike roller i jordskifteretten; en som er kompetent i tingsrett og prosessuelle regler, og en som er kompetent i det tekniske og som er kyndig på kart. Inntrykket er at den ene rollen ikke kan fungere uavhengig av den andre, og at de to ulike

⁷ Studieplan for landmåling og eiendomsdesign ved Høgskulen på Vestlandet: <https://www.hvl.no/studier/studieprogram/2019h/leie/studieplan/> (2019)

⁸ Karl Skålbones og Aarstein Waade: «Utviklingen av landmålingsfaget i jordskiftedomstolen», *Perspektiver på jordskifte*, Øyvind Ravna (red.) 2009 s. 606

stillingene fungerer sammen som en enhet med et felles mål om å finne den mest rasjonelle og fornuftige løsningen i hver enkelt sak, jskl. § 1-1.

2.2 Litt om arbeidsoppgaver⁹

2.2.1 Lov og forarbeider

Jordskifteloven definerer ikke arbeidsoppgavene til det tekniske personalet. Omfanget av arbeidsoppgavene spriker over et stort felt, og praksisen på tvers av sognene er varierende. Jeg skal likevel forsøke å skape en oversikt over de viktigste arbeidsoppgavene.

Domstoladministrasjonen har i sitt hørings svar til jordskiftelova beskrevet oppgavene til det tekniske personalet som at de *«utreder saken for dommeren, utarbeider og presenterer de ulike alternativene for jordskifteløsning, bistår i verdsettingsarbeid, registrerer og måler inn grenser.»*¹⁰ Normalt er det én ansvarlig teknisk utreder, men i mer omfattende saker kan flere være nødvendig. Oppgavene kan også bestå i datainnsamling av kart og andre dokumenter til bruk i saken, utarbeiding av forslag til jordskifteløsning og annet saksrelatert arbeid.¹¹

Videre uttaler Departementet at *«det ikke er hensiktsmessig å lovregulere oppgåvene til det tekniske personalet. På den måten får den enkelte jordskifterettsleiar spelerom til å kunne bruke det tekniske personalet etter behov og ut frå kompetanse»*. Med andre ord er ikke loven klar på hvilke arbeidsoppgaver tekniske utreder ved jordskifterettene kan tildeles. Ved enkelte kontorer ser man en mer tilbaketrukket bruk av ingeniører uten dommer tilstede, for eksempel at hun ikke får foreta seg noe i saken uten at det skjer på klar bestilling av dommer. Andre steder har hun imidlertid en nokså aktiv rolle og står for mye av saksforberedelsen, veiledningen, rettsmekling og ikke minst tilrettelegging av grunnlaget for den endelige dom eller jordskifteavgjørelse. Inntrykket er at praksisen varierer i takt med hvilke personlige egenskaper og ønsker den enkelte har, og det kan ikke konkluderes med at stillingen utøves konsekvent likt på den ene eller andre måten.

En positiv virkning av dette er at det skaper fleksibilitet for hvert kontor til å bruke tekniske utredere etter eget ønske og behov. De ulike jordskifterettene opplever en svært varierende

⁹ DA (2018) s. 19-20

¹⁰ Prop.101 L (2012–2013) s. 94

¹¹ Øystein Jakob Bjerva m.fl., *Jordskifteloven med kommentarer*, Oslo 2016 s. 38

grad av sakspress og krav om ulike sakstyper, og det vil være vanskelig å fastsette konkrete arbeidsoppgaver for en stilling som varierer såpass mye i omfang og innhold på tvers av sognene. Departementet har derfor et godt poeng når de ikke anser det som hensiktsmessig å lovregulere oppgavene til det tekniske personalet. En viktig negativ linje ved denne fleksibiliteten er imidlertid at man lettere står i fare for å handle i konflikt med domstolsprinsipper eller andre hensyn som har røtter i å beskytte partenes rettssikkerhet, noe som danner bakgrunnen for avhandlingens problemstilling.

2.2.2 Moderne måleutstyr stiller nye krav til utnyttelse av teknisk utreder som ressurs

Som en følge av at arbeidsoppgavene til det tekniske personalet ikke er fastsett i lov, har det mange steder skjedd en utvikling av innholdet i teknisk utreder sine oppgaver. Dette ser vi tydelig i en rapport fra 1995 utarbeidet av en arbeidsgruppe for Jordskifteverket, hvor de konkret foreslår at ingeniørgruppen skal ta på seg flere oppgaver som følge av at de har fått frigjort betydelige ressurser gjennom bruk av moderne målesystemer.¹² Denne oppfatningen er videreført også i kjølvannet av flere økonomiske kutt til jordskifteretten som domstol og den økende saksinngangen.¹³ En effekt av dette er at mange jordskifteretter har sett etter nye måter å utnytte teknisk utreder på, og lovgiver har også som følge av dette blant annet gitt dem eksplisitt kompetanse til å rettsmekle etter lovendringen av 2013, jf. § 6-18.

3. Bakgrunn for innholdet i rollen

3.1 Generelt om jordskifteretten

Jordskifteretten er en særdomstol, jf. Lov 13. august 1915 nr. 3 om domstolene (domstolloven eller dl) § 2 nr. 1. Dette innebærer at den har et definert og positivt avgrenset saklig kompetanseområde. Med andre ord kan den bare avgjøre rettslige spørsmål som blir tillagt den i tråd med lov, i motsetning til de alminnelige domstoler. Jordskifteretten blir ofte omtalt som en problemløser for alle som har eiendom i Norge, og som kan løse både de praktiske og juridiske problemer som oppstår mellom eiere og andre som har rettigheter i fast eiendom.¹⁴

¹² Landbruksdepartementet: *Jordskifteverkets arbeidsrutiner* (1995) s. 11

¹³ DA (2018) s. 44

¹⁴ NOU 2002: 9 s. 102 under punkt 9.3.5

Den private eiendomsrett i Norge danner grunnlaget for et av de viktigste formuesrettighetene vi har, og eiendomsstrukturen og den lange perioden med skylddelinger i landet har vært roten til mange konflikter.¹⁵ Typisk var Norges eiendommer tidligere inndelt i mange ulike teiger og sameier i utmark som følge av behovet for gårdsdelinger og oppdeling ved arveskifte. Den konstante oppdelingen av innmark ga grunnlag for flere og flere sameiere i utmark, og skapte etterhvert problemer for en rasjonell drift av eiendommen. Behovet for utskiftning var dermed tilstedeværende, og mange gårdseiere ønsker å endre eller skifte eiendomsstrukturen ved å slå sammen teiger eller oppløse utmarkssameiene, eller gi regler for bruksrettigheter.¹⁶ Kort fortalt ble starten på det som i dag kalles for jordskifteretten opprettet for å imøtekomme og bøte på disse problemene. Jordskifterettene var allerede i 1821 etablert som domstol.¹⁷ Siden utskiftningsvesenet ble etablert i 1859 har kartlegging og landmåling vært en viktig del av jordskiftarbeidet.¹⁸

Den første viktige loven er utskiftningsloven fra 1857, som ga grunnlag til jordskifteretten slik vi kjenner den i dag.¹⁹ Retten fikk her utvidet kompetanse til blant annet å avgjøre omfanget av området det skulle holdes jordskifte i, avløse eksisterende rettigheter og ordne fellesbruk.²⁰ I 1934 ble grensefastsettelse innført som en egen sak.²¹ Jordskifte ble først innført i 1950, hvor loven senere (i 1979) fikk en hjemmel til å gjennomføre rettsfastsettelse som egen sak. Fokuset lå nå mer på å løse konkrete problemer fremfor å skifte ut et område totalt. Utviklingen de siste årene knyttet til jordskifterettens kompetanse har vært med på å definere og endre innholdet i teknisk utreder sin rolle. Særlig gjelder dette i forbindelse med hvilke type saker jordskifteretten har og har hatt kompetanse til å behandle.

3.1.1 Sakstypene

I jordskifteretten skiller man i utgangspunktet mellom rettsendrende og rettsfastsettende saker. De rettsfastsettende sakene har hjemmel i §§ 4-1 til 4-4 og de rettsendrende sakene har hjemmel i §§ 3-1 til 3-3. Sistnevnte er det som normalt blir referert til som *tradisjonelle*

¹⁵ Mads Langnes, *Utskiftingsrett og gardsskipnad*, 2018 s. 93-97

¹⁶ Hans Sevatdal, Per Kåre Sky og Erling Berge (red.), *Eigedomshistorie – Hovudliner i norsk eigedomshistorie frå 1600-talet fram mot nåtida*, Ås 2017 s. 196–199

¹⁷ Ot.prp.nr. 106 (2002-2003) s. 9

¹⁸ Skålbones/Waade, Øyvind Ravna (red.) 2009 s. 606

¹⁹ Bjerva m.fl. (2016) s. 14

²⁰ Sevatdal (2017) s. 184-185

²¹ Sevatdal (2017) s. 187

jordskiftesaker, og er gjerne dem som reiser spesielle utfordringer i jordskifteretten.²² I tillegg til dette har jordskifteretten kompetanse til å behandle kombinasjonssaker som innebærer rettsendrende saker og samtidig skjønn, herunder tiltaksjordskifte og vernejordskifte etter § 5-1, samt egne saker om skjønn.²³

3.1.1.1 Rettsendrende saker

Jordskifte og rettsendrende saker er kort fortalt virkemidler for å omskape eiendommer på en slik måte at de blir mer tjenlige. Dette gjelder både på en fysisk, hvor en eiendom eller bruksrett utformes på nytt, og på en organisatorisk måte, herunder at det fastsettes eller endres allerede etablerte regler for utnyttelse av eiendom eller bruksrett.²⁴ En forutsetning for at jordskifte skal gjennomføres av jordskifteretten er at minst én eiendom eller rettighet er vanskelig å utnytte på en forsvarlig og fornuftig måte sett i lys av eiendommens ressurser og potensiale, eller vil i fremtiden bli det på grunn av gjennomføringen av nye tiltak, jf. jskl. § 3-2. Vilkåret etter ordlyden er at eiendommen(e) er «vanskeleg å nytte på tenleg måte etter tida og tilhøva». Dersom utjenlighetskravet er oppfylt, står jordskifteretten fritt til å bruke et eller flere virkemidler for å bøte på de forhold som hindrer en rasjonell utnyttelse av en eller flere eiendommer, jf. § 3-1. Dette gjelder såfremt «kostnadane og ulempene [ikke] blir større enn nytten for nokon eigedom eller bruksrett», jf. § 3-18.

I de jordskiftesakene som endrer eiendomsforholdene, vil det foreligge et behov for verdsetting av områdene. Jordskifteloven fastslår i § 3-14 at jordskifteretten skal verdsette «det som går i bytte». Formålet med verdsettingen er at den er forsvarlig og rettferdig, og resultatet av den er sentral for den endelige jordskifteløsningen.²⁵ For å forsikre seg et vern mot tap etter § 3-18 må derfor området verdsettes før og etter endring for å få til et bytte av samme verdi.²⁶ Teknisk utreder sitt arbeid i forbindelse med verdsetting er interessant i tilknytning til hvordan slike faglige vurderinger skal behandles, herunder om det skal betraktes som sakkyndighet foran eller bak dommerbordet. For en nærmere drøftelse av dette henvises det en allerede avlevert masteroppgave vedrørende temaet fra Universitetet i Oslo.²⁷

²² Camilla Bernt og Solfrid Mykland, «Materiell prosessledning», *Perspektiver på jordskifte, Ravna (red.)*, 2009 s. 355

²³ NOU 2002: 9, kap. 4.4.3

²⁴ Per Kåre Sky og Øystein Bjerva, *Innføring i jordskifterett*, Ås 2018 s. 17

²⁵ Bjerva mfl. (2016) s. 97

²⁶ Tor Langbach, «Jordskiftedomstolene og de alminnelige domstolene – likheter og ulikheter», *Perspektiver på jordskifte, Øyvind Ravna (red.)* Oslo 2009 s. 35-49 (s. 42-43)

²⁷ Masteroppgave Oslo (2014): *Sakkyndighet foran eller bak dommerbordet i jordskifteretten?*

3.1.1.2 Rettsfastsettende saker

I 1979-loven ble rettsutgreiing innført som ny sakstype. Dette er saker som gjelder rettsfastsettelse av eksisterende eiendoms- og rettighetsforhold innenfor rammene i jskl. § 4-1. Dersom det er tvist om grenser eller andre rettigheter til eiendom, har jordskifteretten kompetanse til å avsi dom dersom det er nødvendig for å avgjøre saken, jf. § 4-4.

I 1935 fikk jordskifteretten myndighet til å holde grensefastsettelse som egen sakstype, jf. nåværende jskl. § 4-2. Med første øyekast kan jordskifterettens kompetanse her tilsynelatende overlappende med de alminnelige domstoler.²⁸ I Rt. 1959 s. 1059 ble kompetansespørsmålet tatt opp, hvor Høyesteretts flertall la til grunn at «de to domstoler har samme saklige kompetanse for så vidt den art saker som valgfriheten gjelder». Jordskifteretten ble ansett å ha kompetanse til å avgjøre spørsmål om eiendomsrett fordi det var «nødvendig for å fastsette grensene mellom eiendommene».²⁹ Høyesterett har også i HR-2019-500-U fastsatt rammene nærmere for jordskifterettens kompetanse i grensefastsettende saker. Retten trekker her strek ved «rene spørsmål om eiendomsrett». Dersom partene derimot kan påvise et «reelt behov» for avklaring av hvor grensen går, herunder at grensene for den aktuelle teigen er uklare, er jordskifteretten kompetent til å avgjøre spørsmålet, jf. avsnitt 19 i dommen.

I slike saker skiller jordskifterettens virksomhet seg markant fra de alminnelige domstoler, ettersom det ikke trenger å foreligge en tvist for å kunne kreve sak. Det er nok at grensene er uklare. For å finne ut hvor de går, har teknisk utreder tradisjonelt vært med på å hjelpe og veilede partene om hvor grensa sannsynligvis er ved å tolke dokument og finne merker i terrenget. Etterarbeidet som innebærer teknisk oppfølgingsarbeid av ingeniørene, herunder kartlegging, måling og merking, skiller seg også klart fra praksis i de ordinære domstoler.³⁰ Denne ulikheten må derfor tas i betraktning, og vil gjennomgå nærmere under punkt 5.2.1.2.1.

3.1.1.3 Utviklingen

Praksisen i jordskifteretten skaper som følge av de rettendrende sakene en mer utpreget form for samarbeid og ansvarliggjøring av parter, slik at partene på mange måter kan påvirke

²⁸ Ot.prp. nr. 106 s. 10

²⁹ Torgeir Austenå og Sverre Øvstedal, *Jordskifelloven: Kommentartutgave*, Oslo 2000 s. 384

³⁰ Sevatdal (2017) s. 258

resultatet i et vedtak eller jordskifteavgjørelse ved å komme med merknader. Jordskifteretten vil her være mer opptatt av hva som er mest praktisk og nyttig for eiendommene i rettsendrende saker, og innslaget av tekniske vurderinger er markant. Teknisk utreder sin nøkkelrolle kommer særlig til uttrykk i disse sakene.

Utviklingen de siste årene har imidlertid gått i retning av en økende mengde av rettsfastsettende saker, som ligner mer tilnærmede rene juridiske vurderinger og tvisteavgjørelser. Ifølge DA sin egen statistikk har saker med krav om rettsfastsetting økt med nærmere 90 % siden år 2000.³¹ Det er fortsatt disse sakene jordskifteretten behandler flest av i løpet av et år, og kan være en indikasjon på at jordskifteretten som domstol må tilpasse seg praksisen i de ordinære domstoler såfremt saksbehandlingen burde være lik. Dette kan potensielt skape utfordringer knyttet til den tradisjonelle rollen teknisk utreder har spilt i jordskifteretten.

3.1.2 Organisatorisk tilhørighet

Nye lover, organiseringen av jordskifteretten, begrepsbruken og saksbehandlingen, har forsterket domstolbegrepets betydning knyttet til jordskifteretten som konfliktløser.³² «Løken-utvalget» utførte en omfattende drøftelse av jordskifterettens rolle og fastslo at den var å regne som en domstol.³³ Utvalget fant at organiseringen som særdomstol var den riktige basert på at den har særlig kompetanse på et snevert område, og den foretar en rekke avgjørelser som krever rettskraft.³⁴ Dette førte organisatorisk til at jordskifteretten ble underlagt Domstoladministrasjonen fremfor Landbruksdepartementet, nettopp for å sikre uavhengighet overfor den utøvende makt i likhet med de alminnelige domstolene.

Utredeisen til «Løken-utvalget» medfulgte en skjerpet bevisstgjøring rundt profilen som domstol, og derav en endring i saksbehandlingsreglene tilpasset moderne domstolprinsipper.³⁵ Tvisteloven sine saksbehandlingsregler er henvist til i ny jordskiftelov av 2013, jf. jskl. § 6-1. De sivilprosessuelle grunnprinsippene har dermed fått en større plass i prosessen, og jordskifteretten har måttet tilpasse sin virksomhet deretter.

³¹ DA (2018) s. 10

³² Jon Ola Syrstad, «Jordskifte – Jordpolitisk verktøy og privat konfliktløysar», *Perspektiver på Jordskifte*, Oslo 2009 s. 49-64 (s. 49)

³³ NOU 2002: 9 s. 99

³⁴ NOU 2002: 9 s. 89

³⁵ Ot.prp.nr. 78 (2004-2005) kap. 7.

Jordskifterettens arbeid er imidlertid i sin natur ikke utelukkende dømmende, selv om organiseringen og rollen som domstol tilsier det. Dette ser man særlig i de typiske jordskiftesakene og i saker hvor jordskifteretten skal behandle uklare grenser. Det klare fokuset jordskifteretten har om å komme frem til minnelige løsninger er også et aspekt som viser at de ikke utelukkende kan sammenlignes med de ordinære domstoler, noe som også stiller andre krav til teknisk utreder enn det den nye jordskifteloven tilsynelatende har tatt høyde for.³⁶ Disse faktorene som skiller jordskifterettens virke fra alminnelige domstoler er derfor med på å påvirke hvilken betydning domstolprinsippene burde ha, og disse ulikhetene må derfor tas i betraktning ved vurderingen av hvilke rammer som burde trekkes opp for utøvelsen av teknisk utreder sin rolle. Dette vil gjennomgås nærmere i punkt 4 til 6.

3.2 Effektivitetshensyn som en bakenforliggende drivkraft

Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) art. 6 nr. 1 holder det som et grunnleggende mål at rettergangen gjennomføres «innen rimelig tid», jf. Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2. Formålet er å sørge for at saken blir gjennomført på en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig måte i tråd med Grunnloven § 95 og menneskerettighetene. Jordskifterettene er i motsetning til de alminnelige domstolene ikke underlagt et krav om en bestemt saksbehandlingstid, og hva som er «rimelig tid» vil variere ut fra saksomfang og de konkrete tilgjengelige ressurser.³⁷ Det skal likevel nevnes at dersom jordskifterettene ikke er i stand til både å løse problemet og gjøre det raskt, vil jordskifte som virkemiddel være uaktuelt for en rekke saker.³⁸ Dette vil være med på å redusere terskelen for hva som er innen «rimelig tid» i jordskiftesaker, og det stilles derfor krav til en viss saksbehandlingstid. Forarbeidene nevner for øvrig at en sak for jordskifteretten tar i gjennomsnitt 2,4 år fra saken er krevet til den avsluttes, og at målet for sivile saker generelt ved de ordinære domstolene er ca. 0,6 år.³⁹ Selv om det er store materielle forskjeller i sakene, mener departementet at tidsforbruket likevel må reduseres.

³⁶ Prop. 101 L s. 327

³⁷ DA (2018) s. 45

³⁸ Landbruksdepartementet (1995) s. 1

³⁹ Ot.prp.nr. 78 s. 17

Behovet for en effektiv saksbehandling må balanseres opp mot det overordnede prinsippet at saksbehandlingen skal være forsvarlig, slik at den blant annet fremstår som tillitskapende.⁴⁰ Proporsjonalitetsprinsippet stiller også krav til at rettssaken konsentreres om de sentrale deler og da av slikt omfang og kostnader som står i forhold til verdien av tvistegjenstanden.⁴¹ Rent praktisk vil dette innebære at jordskifteretten må utnytte de tilgjengelige ressurser for å få saksbehandlingen så effektiv som mulig sett i forhold til sakens verdi og omfang. Som et bakteppe fungerer da effektivitetskravet i EMK art. 6 nr. 1 som en drivkraft for utviklingen og defineringen av innholdet i teknisk utreder sin rolle, og innebærer i praksis at hun må fylle en rekke ulike roller i møte med partene i saker for jordskifteretten. Blant annet gjelder dette rollene som utreder, mekler og veileder, alt ettersom hvilke behov og hensyn som gjør seg gjeldende.

3.3 Domstolprinsippene som ramme for utøvelsen av rollen

Ved domstolorganisering av jordskifteretten vil sluttresultatet av dens virksomhet gis rettskraft i de fleste tilfeller. Dette innebærer at partene må akseptere resultatet som endelig etter at ankefristen er gått ut, jf. jskl. § 6-28. Dette setter visse krav til saksbehandlingen og at prosessen foregår på en betryggende, tillitsfull og rettssikker måte, slik at prosessen er konsentrert og effektivt samtidig som at resultatet blir riktig, jf. jskl. § 1-1 andre ledd.

Som en overordnet hovedregel skal saksbehandlingen for domstolene være «forsvarlig». Dette er fastslått i Grunnloven § 95, hvor det heter at «enhver» har rett til å få sin sak avgjort av «en upartisk og uavhengig domstol innen rimelig tid». Videre heter det at rettergangen skal være «rettferdig og offentlig». Retten til en rettferdig rettergang regnes som en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i moderne rettsstater. Bestemmelsen er en refleksjon og inspirasjon av EMK art. 6 og SP art. 14 nr. 1, som fastslår det grunnleggende prinsippet om «fair trial». Forarbeidene til jordskifteloven uttaler at selv om jordskifteretten er en særdomstol, bør formålene og prinsippene som ligger til grunn for jordskifteprosessen være de samme som i tvisteloven.⁴² Tvisteloven og tilhørende rettskilder vil derfor være sentralt for å kartlegge hvilke rettslige rammer som skaper begrensninger for teknisk utreder sin fremtreden og adferd overfor partene.

⁴⁰ Henry John Mæland, *Kort prosess*, 2013 s. 27

⁴¹ Mæland (2013) s. 33

⁴² Prop.101 L (2012-2013) s. 76 nederst under punkt 6.2.3

4. Teknisk utreder i en meklerrolle

4.1 Formål og hensyn

4.1.1 Målet om en minnelig løsning

Jordskifteretten har lang tradisjon og kultur for å legge til rette for minnelige løsninger mellom partene, og har generelt et stort fokus på det gjennom hele prosessen.⁴³ Det sies at mekling er en integrert del av jordskifterettens arbeid, og at dommerne generelt er opptatt av å skape et godt forhandlingsklima.⁴⁴ Grunnen til dette er at partene ofte er naboer og vil fortsette å ha en geografisk nær relasjon også etter at saken er behandlet, og en minnelig løsning vil legge et bedre grunnlag for relasjonen mellom partene. Minnelige løsninger vil sannsynligvis også reduserer risikoen for nye konflikter.

Innenfor de rettsendrende sakene vil fokuset ligge på å finne rasjonelle og praktiske løsninger.⁴⁵ Poenget er at det skal skje en endring. Det samme gjør seg til en viss grad gjeldende innenfor de rettsfastsettende sakene også, da partene gjerne har et behov for å få til en praktisk god og fornuftig løsning som kan fungere i lang tid fremover. Mekling er derfor et høyst aktuelt virkemiddel i alle sakstyper for jordskifteretten for å bevare kravet til en fornuftig, proporsjonal og effektiv rettergang, jf. jskl. § 6-6.

Forarbeidene uttaler at: «*Ingeniøren er [...] den i jordskifteretten som kanskje er mest i dialog med partene gjennom registreringsarbeidet. Ingeniøren bidrar i stor grad, gjennom samtaler med partene, til å holde konfliktnivået i sakene på et minimum*».⁴⁶ Teknisk utreder, som oftest har mest kontakt med partene, vil derfor stå i en god posisjon for å løse saker på minnelig vis. Det er derfor aktuelt å undersøke hvor langt det tekniske personalet etter de nåværende rettsreglene kan gå for å få partene til å bli enige utenfor et formelt rettsmeklingsmøte på vegne av jordskiftdommeren i saken.

⁴³ Prop. 101 L s. 296

⁴⁴ Camilla Bernt, Solfrid Mykland og Per Kåre Sky: «Evaluering av rettsmekling i jordskifterettene», *Lov og Rett nr. 6*, 2012 s. 334-359 (s. 336)

⁴⁵ Øyvind Ravna: «En sammenlikning av prosessforutsetninger i sivilprosessen og jordskifteprosessen», *Kart og Plan 1*, 2004 s. 20-34 (s. 23)

⁴⁶ Prop. 101 L s. 94

4.2 Adgangen til mekling

Jordskifteloven har på lik linje med tvisteloven et overordnet mål at retten på «ethvert steg» i saken vurderer og forsøker å få partene til å komme til en minnelig løsning, jf. jskl. § 6-17. I annet ledd presiseres det at «mekling skal skje» ved at retten i rettsmøte eller gjennom «anna kontakt med partane» søker å «leggje grunnlaget for ei minneleg løysing». Loven legger derfor opp til at mekling kan skje ved flere anledninger, både i og utenfor rettsmøte, og at retten har en plikt til å vurdere dette, jf. ordlyden «skal vurdere». Ut fra en antitetisk tolkning vil § 6-17 tolkes slik at den også gjelder en form for mekling som faller utenfor de formelle rettsmeklingsmøter i § 6-18.

Mekling er mest aktuelt ved tvistesaker etter kapittel 4, herunder særlig grensefastsettende saker etter § 4-2, men er også aktuelt som ledd i en jordskifteavgjørelse i rettsendrende saker. Saksbehandlingsreglene i de rettsendrende sakene legger generelt opp til en dialog og innspill fra partene i et forsøk å finne en løsning som de kan bli enige i. Dette ser vi blant annet i § 6-21 annet ledd, hvor partene får anledning til å komme med merknader til forslaget til jordskifteavgjørelse før endelig avgjørelse fattes. Prosessen i loven har med andre ord en utpreget form for meklingslignende fremgangsmåte og mål om å nå minnelige løsninger.

Forarbeidene til tvisteloven § 8-1 presiserer at alternativet ved «anna kontakt» er tatt med for å ikke utelukke mekling i forbindelse med uformell kontakt mellom retten og partene.⁴⁷ Jskl. § 6-1 henviser til bestemmelsen, og forarbeidsuttalelsene er derfor aktuelle for tolkningen av jordskifteloven § 6-17. Hva dette innebærer rent praktisk fremgår ikke klart av lovteksten, og hva som ligger i ordet «mekling» må klargjøres for å få en nærmere forståelse av innholdet og adgangen til mekling.

4.2.1 Begrepsavklaring – hva menes med «mekling»?

Bernt (2011) har tatt utgangspunkt i en romslig definisjon på mekling, og betrakter det som «en prosess hvor to eller flere parter søker å løse en konflikt eller tvist med bistand fra en tredjepart».⁴⁸ Gjennomgående kan man se fire ulike begrep som omhandler meklingsformer brukt i lov, teori og forarbeider: Rettsmekling, ordinær mekling, uformell mekling og mekling. For den videre analyse av teknisk utreder sin adgang til å mekle mellom partene

⁴⁷ Ot.prp.nr.51 (2004)-2005) s. 388

⁴⁸ Camilla Bernt, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Bergen 2011 s. 17

utenfor rettsmeklingstilfelle, herunder for eksempel under befaring, kreves det en avklaring av disse begrepene.

Bernt har delt mekling inn i rettsmekling og ordinær mekling.⁴⁹ Rettsmekling etter § 6-18 er den begrepsformen som er best avklart av loven, og omfatter de tilfeller hvor retten kaller inn til særskilte rettsmøter ment for rettsmekling. Det er klart etter denne bestemmelsen at teknisk personale kan rettsmekle.

Innholdet i begrepet *ordinær mekling* er ikke videre angitt. Avhandlingen til Bernt fokuserer riktignok kun på mekling i *tingretten*, og de samme konklusjoner gjør seg ikke nødvendigvis gjeldende for jordskifteretten. Det skal likevel nevnes at tvistelovens regler om *ordinær mekling* er gitt anvendelse i jordskifteloven § 97 første ledd bokstav a, som er den gamle § 6-17. Bernt, Mykland og Sky (2014) definerer ordinær mekling i jordskifterettene som meklingsaktivitet innenfor rammen av daværende tvistemålslov § 99, herunder mekling under rettslig prøving.⁵⁰ I denne avhandlingen vil ordinær mekling derfor bli definert som mekling i forbindelse med rettslig prøving av saken.

Uformell mekling vil her bli brukt som en forklaring på all mekling som skjer ved «anna kontakt» med partene, jf. § 6-17.⁵¹ Begrepet er eksempelvis i teorien blitt brukt om mekling i felt utført av en teknisk utreder.⁵²

4.2.2 Rettskildebildet og kompetanse til uformell mekling

Nå som det er fastslått at det er adgang til å mekle mellom partene utenfor rettsmøte, er det grunn til å undersøke om teknisk utreder har kompetanse etter loven til å være mekler i slike tilfeller.

Jordskifteloven fastslår at det er «Jordskifteretten» som skal vurdere mekling som konfliktløsningsmetode, jf. § 6-17 første ledd. I den gamle jordskifteloven av 1979 var det «Retten» som skulle prøve mekling før dom, jf. § 17 femte ledd. Spørsmålet er om loven utelukker bruk av teknisk personale til å lede mekling utenfor rettsmøte.

⁴⁹ Bernt (2011) s. 17

⁵⁰ Nåværende tvl. § 8-1, Bernt m.fl., Lov og Rett (2014) s. 338

⁵¹ Ot.prp.nr. 51 s. 388

⁵² Skålbones/Waade (2009) s. 606

Ordvalget i loven står i motsetning til jordskiftedomstol, som mer konkret peker på det dømmende personalet. Den naturlige ordlydstolkningen av «Jordskifteretten» tilsier at det er retten som en helhet, men vil også trekke i retning av at det er den som er ansvarlig for saksfremgangen som også skal vurdere mekling. Dette vil typisk være den ansvarlige dommeren i saken. Ordlyden taler dermed isolert sett for at bestemmelsen i utgangspunktet er ment for at den ansvarlige i retten har anledning og plikt til å vurdere mekling, herunder jordskiftedommeren i saken.

Forarbeidene presiserer at «*Mekling skal skje ved ein jordskiftedommar*», og «*Andre enn jordskiftedommarane kan likevel drive utanrettsleg mekling (...), og teknisk personale ved jordskifterettane kan mekle etter lovforslaget § 6-18*».⁵³ Forarbeidsuttalelsene legger her tilsynelatende opp til at teknisk personale kun kan mekle dersom det er innkalt til rettsmekling i § 6-18, og at det generelt bare er jordskiftedommeren som kan drive ordinær mekling. At dommere skal stå for meklingen legger også teorien for tilsvarende bestemmelse i tvisteloven opp til.⁵⁴

Forarbeidene er imidlertid ikke klare på hva som legges i begrepet «mekling», herunder om det kun gjelder innenfor rammene i hovedforhandling eller også ved uformelt møte med partene. Dersom forarbeidene legger til grunn en romslig tolkning av «mekling»⁵⁵, taler det imot at det tekniske personalet har hjemmel til å forsøke å få partene til enighet uten for rettsmeklingstilfellene.

Lovgivers oppfatning av at det tekniske personalet sine arbeidsoppgaver ikke skal reguleres særskilt taler imidlertid imot en slik tolkning.⁵⁶ Den langvarige praksisen med bruk av ingeniørene til meklingslignende oppgaver har bakgrunn i at jordskifterettene har kunnet bruke dem etter kontorets behov og den enkelte ingeniørs personlige egnethet, samt at de står i en god posisjon til å forhandle frem gode løsninger. I takt med dette har teknisk utreder ved de ulike jordskiftedomstolene blitt flinkere på å foreta et godt grunnarbeid for å utarbeide et forslag etter § 6-22, såkalt dom basert på enighet mellom partene, noe som naturligvis innebærer et forsøk på å forene partene til felles enighet eller på annen måte forsøke å legge

⁵³ Prop. 101 L s. 459

⁵⁴ Schei mfl. (2013) s. 275

⁵⁵ Bernt sin definisjon: «*en prosess hvor to eller flere parter søker å løse en konflikt eller tvist med bistand fra en tredjepart*».

⁵⁶ Prop. 101 L s. 94

grunnlaget for det. Uten en adgang til mekling under befaring ville ikke målet om å legge grunnlaget for dom etter § 6-22 ikke stått i posisjon til å gjennomføres i praksis uten at dommeren måtte stått for hele prosessen.

Ettersom langvarig praksis viser at det tekniske personalet har hatt en meklingslignende rolle, gir det også lovgiver desto større grunn til å kommentere innholdet i jskl. § 6-17 dersom denne praksisen var ment å skulle ta slutt. Slik det fremstår nå bærer den nye jordskifteloven § 6-17 preg av å være en passiv etterligning av innholdet i tvisteloven § 8-1, uten å ta høyde for ulikhetene i saksbehandlingen og særlig saksforberedelsen ved jordskifteretten sammenlignet med de ordinære domstoler. Lovgivers taushet taler dermed for at § 6-17 ikke er ment å skape en skranke for teknisk utreders adgang til å legge grunnlaget for at partene blir enige under befaring eller annen kontakt, og legger tvert imot opp til en videreføring av tidligere rett og langvarig praksis.

En lignende argumentasjon kan man finne i kommentarutgaven til jordskifteloven, hvor det uttales at: «Det *normale* er at mekling etter [§ 6-17] gjennomføres av en jordskiftedommer. [...] teknisk personale, jf. § 2-3 annet ledd, *kan for eksempel foreta mekling*» [Min utheving].⁵⁷ Teori omkring jordskifteloven legger derfor tilsynelatende opp til at frasen «*Meklinga skal skje ved ein jordskiftedommar*»⁵⁸, kun skal tolkes som at jordskiftedommeren har det overordnede ansvaret. I praksis innebærer dette at dersom teknisk utreder på vegne av dommeren kommer frem til en minnelig løsning, sendes dette likevel senere ut på vegne av dommeren med hans signatur.⁵⁹

Dette støttes også av at formålet bak målet om å komme til en minnelig løsning er et ønske om effektiv saksbehandling. For å oppfylle dette formålet vil det tekniske personalet utgjøre en stor ressurs, nettopp fordi de står i en faglig sterk posisjon for å forhandle frem gode og praktiske løsninger for partene. Tilstedeværelsen av en nøytral fagperson fra jordskifteretten kan generelt bidra til å senke konfliktnivået og skape en god plattform for uformell diskusjon, og denne situasjonen bør utnyttes i lys av effektivitetskravet, jf. EMK art. 6 nr. 1.

⁵⁷ Bjerva m.fl. (2016) s. 204

⁵⁸ Prop. 101 L s. 459

⁵⁹ Ot.prp. nr. 57 (1997-1998) punkt 17.4.4 hvor Departementet kommenterer at et slikt utkast «[...] *sender dommaren deretter til partane for eventuelle merknader* [...]»

Det ville derfor vært lite prosessøkonomisk rasjonelt dersom teknisk utreder ikke skulle kunne mekle utenfor rettsmeklingsmøtene. Konklusjonen må derfor være at jskl. § 6-17 ikke er til hinder for at teknisk utreder kan mekle og komme frem til en minnelig løsning på vegne av dommeren, såfremt dommeren har det overordnede ansvaret.

Fremgangsmåten og hvor langt teknisk utreder kan gå for å komme frem til en minnelig løsning, er nærmere fastslått i jskl. § 6-17 siste ledd. Loven nevner å komme med «løsningsforslag, råd eller synspunkt som kan svekkje tilliten til at retten er upartisk» som rettslige begrensninger for fremgangsmåten ved ordinær mekling. De rettslige rammene knyttet til å beholde en upartisk domstol vil gjennomgå nærmere ved redegjørelsen av habilitetsreglenes betydning for teknisk utreder, se punkt 6.2.1.

5. Utrederrollen

5.1 Formål og hensyn

5.1.1 Større ansvar for saksforberedelsen

Allerede i 1988 konkluderte en arbeidsgruppe (Barstad-utvalget) med at ingeniørens arbeidsoppgaver burde utvides til å bli mer selvstendig planlegging og saksforberedelse for jordskiftedommeren.⁶⁰ Arbeidsgruppen fra Jordskifteverket som foreslo at ingeniørgruppen skulle ta på seg flere oppgaver, foreslo også at stillingsgruppen skulle overta oppgaver som dommeren i dag utfører, særlig da med et større ansvar for saksforberedelsen.⁶¹ Bakgrunnen for denne oppfatningen er at en grundig saksforberedelse vil frigjøre mye tid og ressurser for jordskiftedommeren, og gjøre behandlingen mer rasjonell og konsentrert. Dette gjelder særlig i rettsendrende saker, da teknisk utreder vil ha en viktig rolle knyttet til å komme med løsningsforslag i jordskiftesaker og utrede vedrørende eiendommens verdi.

I de rettsfastsettende sakene er det en mer fremtredende karakter av tvistebehandling, og behovet for utarbeidelse av tekniske vurderinger er mindre. Likevel, i takt med ønsket om å utnytte den fagkunnskapen og ressursene som teknisk utreder har mer effektivt, fastslo en arbeidsgruppe om Jordskifteverkets arbeidsrutiner i 1995 at saksforberedelse burde utføres av

⁶⁰ LD (1995) s. 35

⁶¹ LD (1995) s. 9

teknisk utreder uten at dommeren nødvendigvis skulle være tilstede også i de rettsfastsettende sakene.⁶² Dette gjaldt særlig i grensetvister, og da spesielt grensefastsettelse av uklare grenser etter nåværende jskl. § 4-2. Arbeidsgruppen foreslo at utreder burde stå ansvarlig for å kalle sammen partene til en befarings hvor de ble bedt om å ta med seg dokumenter og annet grunnlagsmateriale om den omtvistede grensen. Dersom en slik befarings blir gjennomført uten dommer tilstede, blir det mer muntlig omtalt som «teknisk saksforberedelse».

5.1.1.1 Begrepsavklaring – «teknisk saksforberedelse»

Definisjonen av «teknisk saksforberedelse» er ikke klar, og etter spørsmål til jordskiftedomstolene i landet ser mange ut til å ha ulike oppfatningen av hva dette innebærer. Enkelte definerer det som den saksforberedende biten som skjer ute i terrenget i forkant av første ordinære rettsmøte, mens andre anser det som hele prosessen i forkant av selve hovedforhandlingen eller det avsluttende rettsmøtet. DA definerer det som gjennomgang av innkomne dokumenter og annet grunnlagsmateriale, samt undersøkelse av om det finnes annet materiell som beskriver eiendommene i saken.⁶³

Twisteloven definerer saksforberedelsesperioden fra da stevning kom inn til to uker før hovedforhandling, jf. tvl. § 9-10. Jordskifteloven har ingen egen definisjon på hva som omtales som saksforberedelse, og gjennomfører ofte, særlig i rettsendrende saker, flere rettsmøter med ulike formål. Det er derfor vanskelig å definere en bestemt saksforberedelseperiode i rettsendrende saker basert på når første rettsmøte finner sted.

I rene tvistesaker kan saksgangen imidlertid enklere sammenlignes med saksforberedelse for de ordinære domstoler, da det eneste formelle rettsmøtet ofte er selve hovedforhandlingen. Alt arbeid i forkant av hovedforhandling vil da i tråd med definisjonen i tvisteloven defineres som saksforberedelse, også for jordskifterettene. En naturlig definisjon sett i lys av oppbyggingen av saksprosessen i jordskifteloven sammenlignet med tvisteloven, vil da være det forberedende arbeidet som blir gjort fra kravet kommer inn til det første ordinære rettsmøtet.⁶⁴

Etter jordskifteloven er det kun jordskiftedommeren som har kompetanse til å gjennomføre saksforberedende møter, og den tekniske saksforberedelsen skal ikke forveksles med et

⁶² LD (1995) s. 34-35

⁶³ DA (2018) s. 19

⁶⁴ I denne retning også Bjerva m.fl. (2016) s. 19

rettslige forpliktende møte. Med andre ord kan ingeniører i praksis løse saken ved teknisk saksforberedelse, men det skal ikke på noen måte anses rettslig bindende før dommer har avsagt dom, jf. for eksempel jskl. § 6-22. Dersom man ser på det slik, er det tilsynelatende ingenting i veien for at teknisk utreder står ansvarlig for gjennomføringen av slike befaringer.

Utfordringene oppstår imidlertid da teknisk utreder i realiteten vil ha de samme arbeidsoppgaver som dommeren har i vanlige saksforberedende møter, da det også medfører et behov for å fylle den rolle som dommeren er ment å spille i slike tilfeller for at partenes rettssikkerhet blir ivaretatt på samme måte. En større ansvarliggjøring av teknisk utreder knyttet til det saksforberedende arbeidet har derfor også ringvirkninger for hvilke andre oppgaver hun blir underlagt utover det rent tekniske. Dette gjelder særlig behovet for veiledning, som vil kommenteres nærmere under punkt 6.

Spørsmålet videre i dette punktet er hvordan domstolprinsippene stiller seg til innholdet og omfanget av den tekniske saksforberedelsen, og hvilke rettslige rammer som trekkes for fremvisning av tekniske forarbeider overfor partene i denne forbindelse.

5.1.2 Målet om en materielt riktig avgjørelse

Et overordnet mål med rettergangen i det norske rettssystemet er at rettsavgjørelser får et resultat som stemmer overens med virkeligheten og gjeldende rett. Det materielle sannhetsprinsippet har ingen direkte forankring i lovtekst, men kommer til uttrykk gjennom formålet bak rettsreglene. Den nærmeste eksplisitte gjengivelsen av prinsippet finner man i tvl. § 11-5, som fastslår at målet med veiledningsplikten er at tvisten får «et materielt riktig resultat ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler». Dette prinsippet må også gjelde for saker i jordskifteretten, jf. jskl. § 1-1.

Gjennom langvarig virke har jordskifteretten fått viktig kunnskap om eiendomshistorie og hvordan eiendommer har vært brukt og brukes i Norge. Jordskifteretten sitter dessuten på direkte tilgang til informasjon om tidligere jordskifter, grenseganger med gamle utskiftningsprotokoller, rettsbøker og kart m.m.⁶⁵ Ofte vil ikke partene selv kunne vite nok historie eller generelt ha kunnskap til å lete slike ting frem selv, og dette vil særlig være en utfordring ved kjøp og salg av eiendom utenfor familie. Risikoen for at retten må basere en

⁶⁵ Einar Bergsholm, *Rettingheter i fast eiendom*, Ås 2016 s. 102-103

avgjørelse på uriktig eller ufullstendig faktum er derfor mer overhengende enn i alminnelige tvistesaker.

Generelt har domstolene en plikt til å sørge for at en sak er best mulig opplyst før det fattes en avgjørelse, og de kan tilby bevis dersom partene ikke motsetter seg det, jf. tvl § 11-2 andre ledd annet punktum og jskl. § 6-15 fjerde ledd. En grundig teknisk saksforberedelse vil på mange måter bidra til at saken blir best mulig opplyst, og et viktig verktøy for å oppnå dette målet er ved bruk av en metode kalt «georeferering».

5.1.2.1 Georeferering – en tilpasset virkelighet?

Kort fortalt er georeferering en metode for å sammenligne gammel informasjon med ny, for eksempel ved hjelp av gamle utskiftningskart eller flybilder, slik at geografiske koordinater blir rekonstruert for å danne seg et referert bilde av hvordan kartet ser ut i dag. Georeferering kan enkelt forklares som en tilpasning av gamle kart til et nytt kart som skal forsøke å danne et referert bilde av «virkeligheten», herunder for eksempel hvor grensene går.⁶⁶ Tidligere brukte man mer hyppig kart og kompass, målebånd og detaljer i terrenget for å få frem fakta i saken.

Målet om å treffe en materielt riktig avgjørelse vil i aller høyeste grad bli ivaretatt gjennom slike tekniske forarbeider, nettopp fordi det viser seg å være et viktig og nyttig verktøy for å finne fakta i saken. Dette er en oppfatning som virker å være rådende også innenfor jordskifterettene, og kan illustreres ved jordskifterettens egen vektlegging av et georeferert kart som den «riktige metode» for å finne grenser i JSAR-2017-155129. I tillegg blir også mange saker løst ute i felten som følge av det skaper et oversiktlige bilde for partene.⁶⁷ Et anslag gjort av LD er at 1/4-part til 1/3-part av sakene kan løse seg gjennom en grundig teknisk saksforberedelse.⁶⁸

Det skal imidlertid nevnes at sluttproduktet av georeferering kan være gjenstand for tilpasninger i kartet for å få til overlapp, særlig hvor man ikke kan finne klare detaljer som korser, skiftesteiner, holmer eller andre fysiske holdepunkter i terrenget. Spørsmålet er da

⁶⁶ Per Terje Mortensen: «Utfordringer ved bruk av GIS i jordskiftedomsolene», Øyvind Ravna (red.), *Perspektiver på jordskifte*, 2009, side 662

⁶⁷ Magne Reiten, «Jordskifteretten som konfliktløser», *Kart og Plan* 3, 2012 s. 229

⁶⁸ LD (1995) s. 35

hvordan øvrige domstolprinsipper stiller seg til bruk av georeferering som belysing av faktum overfor partene. De viktigste prinsippene for denne vurderingen vil problematiseres nedenfor.

5.2 Rettslige rammer for utrederrollen

5.2.1 Forhandlings- og disposisjonsprinsippet som en motvekt

Plikten til å sørge for en materielt riktig avgjørelse strekker seg i utgangspunktet ikke lenger enn at retten må holde seg innenfor partenes påstander og påstandsgrunnlag i dispositive saker, jf. tvl. § 11-2 andre ledd.⁶⁹

Forhandlingsprinsippet fastslår viktigheten av at prosessen skal gå som en forhandling mellom partene.⁷⁰ Dette innebærer to viktige elementer: Partene skal ha hovedansvaret for å skaffe til veie det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse. Det betyr at de er ansvarlige for å fremskaffe og føre bevis. For det andre kan ikke retten bygge på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.⁷¹ Sistnevnte henger tett sammen med kontradiksjonsprinsippet. Sammen med disposisjonsprinsippet utgjør dette rammene for den rådighet retten har overfor saken, jf. tvl. § 11-2 første ledd hvor prinsippet er kodifisert.

Spørsmålet videre er i hvilken grad prinsippene gjør seg gjeldende innenfor den enkelte sakstype, og hvordan dette påvirker teknisk utreders arbeid knyttet til bruk av georeferering og generell bistand med å finne merker i terrenget for å belyse sakens faktum.

5.2.1.1 Rettsendrende saker

Jordskifteretten er til en viss grad underlagt begrensninger etter disposisjonsprinsippet på samme måte som de alminnelige domstoler, men av ulike grunner har dette prinsippet vært gjenstand for diskusjon i forbindelse med den rolle jordskifteretten har som konfliktløser i samfunnet.⁷² I forbindelse med den rettsendrende delen av jordskifte kan det være hensyn som tilsier at prinsippet bør fravikes i noen grad. Dette vil gjennomgåes kort nedenfor.

⁶⁹ Hans Michelsen, *Sivilprosess*, 1999 s. 187

⁷⁰ Mæland (2013) s. 129

⁷¹ Bernt og Mykland (2009) s. 338

⁷² Øyvind Ravna: «Disposisjonsprinsippets plass i jordskifteloven av 2013», *Kart og Plan 2*, 2015 s. 124-128

I tråd med formålsparagrafen til jordskifteloven vil fokuset i rettsendrende saker også ha et aspekt av hva samfunnet er mest tjent med, noe som innebærer en vurdering av hvilke midler jordskifteretten bør bruke for å bøte på de utjenlige eiendomsforholdene, jf. § 1-1 første ledd. For å best bevare formålet bak loven er det derfor essensielt at partene ikke kan innskrenke rettens handlerom i strid med formålet om effektiv og rasjonell utnyttelse i kraft av sine påstander og generell rådighet over saken. Allerede i formålsparagrafen ser man derfor et behov for å fravike disposisjonsprinsippet til en viss grad.

Forarbeidene har videre uttalt at det vil kunne skape problemer for gjennomføringen dersom partene skulle binde retten til bestemte jordskifteløsninger, da formålet med jordskifte er å komme frem til hensiktsmessige totalløsninger.⁷³ Det kan derfor i dag konstateres at disposisjonsprinsippet til en viss grad er fraveket i enkelte bestemmelser i jordskifteloven. Dette ser man for eksempel i § 3-1 første ledd hvor jordskifteretten har kompetanse til å bestemme hvilke virkemidler som skal anvendes til dels uavhengig av partenes påstander, jf. virkemidlene i §§ 3-4 til 3-12.

Teknisk utreder har derfor adgang til å foreta tekniske saksforberedelser i nokså utstrakt grad i rettsendrende saker, nettopp for å tjene formålet om å finne en fornuftig og praktisk løsning til dels uavhengig av partenes påstander. Prinsippene om partenes rådighet står derfor i utgangspunktet ikke i veien for bruk av georeferte kart eller generelt bistå med å finne fakta i saken.

5.2.1.2 I rettsfastsettende saker

Spørsmålet er så hvilken plass forhandlings- og disposisjonsprinsippet har i de rettsfastsettende sakene, og hvordan det påvirker den tekniske utrederens arbeid, jf. jskl. kapittel 4.

Tidligere hadde jordskifteretten kompetanse til å «regulere grensene på den måten han meiner er mest tenleg for dei eigedomane det gjeld», dersom partene ikke kom til enighet.⁷⁴ Dette ble imidlertid ansett å være i strid med disposisjonsprinsippet i senere tid, noe som resulterte i endringslov nr. 84/1998 hvor det het i jskl § 88 nytt fjerde ledd at retten ikke skal gå utenfor

⁷³ NOU 2002: 9 s. 64

⁷⁴ Jordskifteloven 1950 § 100, drøftet i Rt. 1962 s. 1107. Se Ravna (2015) s. 123

kravet og omfanget av saken i rettsfastsettende saker.⁷⁵ Prinsippet er også videreført i ny lov av 2013, og jordskifteretten har altså ikke kompetanse til å regulere ulaglige grenser av eget tiltak lengre.⁷⁶ Disposisjonsprinsippet har gjennom ny jordskiftelov fått en mer forpliktende plass i prosessen, og skal i prinsippet gjelde fullt ut på lik linje som ved alminnelig tvistesak i ordinære domstoler. Ravna mener også at prinsippet er innarbeidet fullstendig, og nevner også at lovutvalget som utarbeidet forslag til ny jordskiftelov (1979) mente det skulle gjelde ved tvistebehandling i jordskifteretten.⁷⁷

Ettersom partene etter disse prinsipper skal ha den primære rådighet over saken og ansvar for å hente frem bevis, setter dette i utgangspunktet lås på muligheten teknisk utreder har til å innhente materiale som belyser faktum i rettsfastsettende saker, for eksempel ved å finne merker i terrenget, jf. tvl. §§ 21-2 og 21-3, jf. jskl. § 6-15 siste ledd. Dette kan også tale for at bruk av georefererte kart vil være i strid med prinsippene, da dette ikke er bevis partene selv har fremskaffet og tilbudt for retten, jf. forhandlingsprinsippet.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved de tilfeller det foreligger en tvist, men det er åpenbart teknisk utreder har funnet den «riktige» løsningen. Problemstillingen blir da om teknisk utreder kan fremlegge det georeferte kartet som viser løsningen, eller om retten er nødt til å be om tillatelse til å innhente bevis først, jf. jskl. § 6-15 fjerde ledd.

Prinsippene om partenes rådighet over saken er ikke absolutte, og avgrensning bør i tråd med målsetningen om rettfærdig rettergang også trekkes mot hensynet om en materielt riktig avgjørelse. Dette tilsier at retten ikke kan være en passiv mottaker, men bør ha adgang og til dels plikt til å medvirke til at det trekkes de nødvendige rammer for saken for at det skal avsies en riktig avgjørelse. Dette taler isolert sett for at teknisk utreder burde ha adgang til å fremvise sine funn for partene, både for georeferte kart og dersom hun finner merker i terrenget som klart belyser sakens faktiske side.

Prinsippene om partenes rådighet tjener formålet om en nøytral og upartisk domstol, i tillegg til kontradiksjon, og hensynet til et materielt riktig resultat må derfor avbalanseres på en slik måte at det ikke går på bekostning av disse hensynene. I utgangspunktet legger derfor tvl. §

⁷⁵ Ot.prp.nr. 57 (1997-1998) s. 13. sp. 2.

⁷⁶ Ravna (2015) s. 130

⁷⁷ Ravna (2015) s. 123 og 132

11-2 opp til at retten ikke har noen plikt til å sørge for bevisføring i de sakene hvor partene har fri rådighet. Partene har fri rådighet over sivile saker med mindre «offentlige hensyn» taler for at retten skal sørge for supplerende bevisføring, jf. tvl. § 11-4. Spørsmålet blir da om parters dårlige forutsetninger for å belyse sakens faktiske side medfører at «offentlige hensyn» for å sikre en materielt riktig resultat, tilsier at teknisk utreder burde ha adgang til å finne merker i terrenget eller fremvise georefererte kart.

Ordlyden av «offentlige hensyn» tilsier hensyn som tjener allmennhetens interesse. Begrepsbruken er vid, og skaper i utgangspunktet en bred adgang for retten til å begrense partenes prosesshandlinger. Begrensningen er imidlertid i utgangspunktet ment å gjelde for å ivareta hensyn som strekker seg utover partenes egne interesser i saken, slik at partenes handlinger ikke går på bekostning av andre.⁷⁸ Ettersom rettsfastsettende saker for jordskifteretten i utgangspunktet er tvistesaker mellom grunneiere, kan det vanskelig trekkes ut noen «offentlige hensyn» som skulle tilsa at partene skal miste delvis kontroll over saken, jf. § 11-4.

Slik landskapet i rettskildebildet ser ut nå, har tilsynelatende ikke teknisk utreder noen adgang til å fremlegge sine funn for partene uten å be om tillatelse etter jskl. § 6-15 fjerde ledd. Dette selv om det er åpenbart at partene baserer sine påstander på ufullstendig faktum.

Konklusjonen må derfor være at teknisk utreder alltid skal be om tillatelse før hun fremstiller georefererte kart eller viser grensemerker i terrenget. I mangel på en egen regel vedrørende rettens adgang til å belyse faktum for rettsfastsettende saker i jordskifteloven, legger ordningen slik den fremstår nå opp til en tilnærmet praktisering av forhandlingsprinsippets betydning innenfor rettsfastsettende saker som for ordinære tvistesaker i alminnelige domstoler. Effekten er at vi får krav om en passiv teknisk utreder dersom det foreligger tvist, noe som vil trolig gå på bekostning av målet om å nå materielt riktig resultat, særlig dersom partene motsetter seg at teknisk utreder fremstiller sine egne vurderinger. Hvor heldig dette er vil kommenteres nærmere under punkt 7.

⁷⁸ NOU 2001: 32 s. 707

5.2.1.2.1 En modifikasjon av forhandlings- og disposisjonsprinsippets betydning ved uklare grenser?

Jordskifteloven hjemler en kompetanse for jordskifteretten til å behandle uklare grenser og avsi dom etter § 6-22, jf. § 4-2. For å oppfylle dette formålet er det en forutsetning om at saksbehandlingen ikke er helt lik som for ordinære tvistesaker. Sakstypen stiller derfor andre krav til teknisk utreder med et visst ansvar for å finne ut «sannheten». Dette legger isolert opp til at prinsippene om partenes frie rådighet ikke burde gjelde like sterkt for grensefastsettende saker som for ordinære tvistesaker i alminnelige domstoler.

Som forarbeidene kommenterer var utviklingen av jordskifteretten som særdomstol basert på å klarlegge eiendomsforhold i rettsutgreiingssaker, og det fulgte naturlig med å bruke et organ med fagkyndighet på området til denne jobben.⁷⁹ De vanlige domstoler manglet landmålerkompetanse, og resultatet ble at jordskifteretten har tatt på seg en stor del av arbeidet for å få ryddet opp i de uklare eiendomsgrensene. Som en følge av dette har utviklingen gått i retning av at det stilles krav til at teknisk utreder bruker sin fagkunnskap for å finne ut hvor grensene går, slik at eiendomsregisteret blir så riktig som mulig.

Forarbeidene har også lagt opp til at teknisk utreder skal spille en nøkkelrolle i å bistå partene med å finne ut hvor grensene går basert på sin fagkunnskap på området. Forarbeider nevner det som en konfliktløsningmetode da: *«jordskifteretten si rolle [vil] ofte vere å gå på synfaring i marka med partane, og hjelpe partane med å tolke kart og finne grensemerke etc.»*⁸⁰ Bakgrunnen for dette er at tekniske personalet har en unik kunnskap om eiendomshistorie og hvordan eiendommer har blitt eller blir utnyttet i Norge, samt hvor grensemerker vanligvis blir plassert, og har klart de beste forutsetninger for å finne «sannheten». Partene går også inn i prosessen uten noen klar oppfatning eller formening om hva som er eller burde være riktig løsning, og kravet om klare påstander etter forhandlingsprinsippet synes ikke å være passende for grensefastsettende saker.

Videre har tvisteloven og prosesslovgivningen fått et økt fokus på konsentrasjon og proporsjonalitet. Hvor mye tid skal da forspilles på at partene skal finne frem grensemerker når de ikke engang vet hvor de skal begynne å lete, dersom dette enkelt kan løses ved bistand av teknisk utreder? Et viktig argument for at teknisk utreder skal kunne bruke tid på å lete

⁷⁹ Ot.prp.nr. 106 s. 12

⁸⁰ Ot.prp.nr. 57 s. 76

frem merker i terrenget, og ellers være en aktiv medhjelper under teknisk saksforberedelse ved for eksempel bruk av georeferte kart, er at effektiviteten øker betraktelig og sannsynligheten er stor for at partene kommer til enighet om hva som er den riktige løsningen. Disse hensynene og sammenheng i rettssystemet taler dermed også i mot at forhandlings- og disposisjonsprinsippet skal tolkes så strengt at det hindrer utøvelse av en slik aktiv rolle.

Dersom teknisk utreder får ha en aktiv rolle i saksforberedelsen, kan det også tenkes å redusere avstanden mellom retten og partene. Forarbeidene presiserer at den gamle tvistemålsloven § 86, som hjemlet forhandlingsprinsippet, «*først og fremst [får] betydning for den dømmende del av virksomheten*». Dette er fordi dersom retten i utstrakt grad har innhentet bevis, kan det reises tvil om den har «hjulpert» en part mer enn en annen.⁸¹ Dersom innhentingene derimot blir opp til teknisk utreder, kommer fagkyndigheten fra et «mellomledd», og kan i seg selv redusere spennet mellom dommer og partene og redusere risikoen for at retten fremstår partisk. Dette er såfremt det skjer på en «*avbalansert og nøytral måte*», som forarbeidene selv fremhever. Dette kan bidra til å senke konfliktnivået og skaper en god mulighet for å oppnå minnelige løsninger tidlig i prosessen.

På den andre siden står jordskifteretten i fare for å miste sin kraft i rollen som domstolvirksomhet dersom det gis et for stort spillerom til å hente frem merker i terrenget, ettersom det tilsynelatende er lite som skiller den type virksomhet fra en rådgivende forvaltningsvirksomhet. For å holde på et klart skille mellom retten og partenes arbeidsfordeling i denne sammenheng, taler det for at partene bør ha det overordnede ansvaret for saken og hvilke bevis som skal fremlegges for øvrig.

Oppsummeringsvis vil forhandlings- og disposisjonsprinsippet måtte ha betydning også i grensefastsettende saker, da partene fremdeles bør ha en viss kontroll over saken og dens omfang. Dette er av hensyn til at de betaler for saken, og det er generelt uheldig om jordskifteretten skal kunne regulere grenser mot partenes ønske.⁸² Likevel ser man her at prinsippene om partenes rådighet over sakene for jordskifteretten setter en skranke for en tilfredsstillende utøvelse av den rolle teknisk utreder er ment å inneha, og det medfører et krysspress av ulike hensyn til innholdet i den tekniske saksforberedelse. De potensielle virkningene av dette vil kommenteres nærmere under punkt 7.

⁸¹ NOU 2002: 9 s. 78

⁸² NOU 2002: 9 s. 74

6. Teknisk utreder i en veilederrolle

6.1 Hvorfor trenger teknisk utreder å veilede?

Reglene om materiell prosessledning bygger på en erkjennelse av at partene ikke alltid er i stand til å føre sine saker på en måte som legger til rette for at saken blir godt nok opplyst, jf. jskl. § 6-16, jf. tvl. § 11-5.⁸³ Et system der partene risikerer å bli idømt materielt uriktige avgjørelser vil stå i fare for å tape allmennhetens tillit.⁸⁴ En vellykket veiledning kan bidra til å effektivisere rettergangen, samtidig som sen veiledning medfører en særlig oppmerksomhet til at hensynet til kontradiksjon ivaretas.⁸⁵ Veiledningsplikten etter jskl. § 6-16 og tvl. § 11-5 er i utgangspunktet er underlagt retten ved jordskiftedommeren. Som jeg kommer tilbake til foreligger det i lys av effektivitetshensyn og konsentrert prosess likevel noen ganger et behov for at teknisk utreder veileder partene.

I de rettsendrende sakene er behovet for veiledning fra teknisk utreder størst, ettersom det innebærer mange vurderinger av teknisk karakter, herunder hva som objektivt sett er en fornuftig og rasjonell utnyttelse av eiendom, jf. jskjl. §§ 3-1 til 3-3. Vurderingen innebærer blant annet hva som kan anses som «påreknelig bruk» etter jskl. § 3-15, og jordskifteretten legger ikke partenes subjektive vurderinger til grunn. Dette står i motsetning til de rettsfastsettende sakene som langt på vei tilsvarende tradisjonelt domstolarbeid med tvistebehandling, og teknisk utreder sin mulighet til å veilede vil påvirkes av de rammene som trekkes opp i denne sammenheng. Likevel kan teknisk utreder kunne bidra med mye veiledning knyttet til hvordan eiendommer tidligere ble brukt, tolkning av gamle skylddelingsdokumenter, målebrev, mv.

DA nevner også i sin rapport at veiledning etter jskl. § 6-16 inngår som en del av utreder sin arbeidshverdag, og burde fortsette å gjøre det i årene fremover også.⁸⁶ Faktorene og bakgrunnen for dette vil kort gjennomgås nedenfor.

⁸³ Bernt og Mykland (2009) s. 338

⁸⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utg., 2001 s. 713-715

⁸⁵ Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans). Et eksempel på en dom der Høyesterett synes å gå langt i materiell prosessledning på et sent stadium av saken. Se Schei m.fl., *Tvisteloven: Kommentartutgave*, 2007 s. 531.

⁸⁶ DA (2018) s. 18

6.1.1 Selvprosederende parter

Det er en generell rettighet at partene i det norske rettssystemet har rett til å representere seg selv.⁸⁷ Sky og Bjerva har anslått at omtrent en fjerdedel av sakene for jordskifteretten har parter med advokater som prosessfullmektiger.⁸⁸ Det lave antallet prosessfullmektiger i saker for jordskifteretten kan begrunnes i jordskifteretten lenge har tilstrebet å legge til rette for at partene skal kunne prosedere sakene selv, og at jordskifteloven generelt skal legge til rette for selvprosederende parter.⁸⁹ Dette har blant annet bakgrunn i en sterk forlik- og løsningsorientert kultur som finnes i jordskifterettene.⁹⁰ Målet er da at partene skal kunne snakke sammen, og bruk av en prosessfullmektig vil potensielt kunne komme i veien for en slik fremgang. Denne praksisen er positiv i den forstand at partene får en sterkere følelse av ansvarliggjøring, men kan også medføre enkelte utfordringer.

Det store antallet selvprosederende parter innebærer at det stilles ekstra store krav og behov til materiell veiledning fra retten. Dommerne er underlagt en særlig plikt til å være oppmerksomme på behovet for veiledning av selvprosederende parter etter jskl. § 6-16 tredje ledd, hvor det fastslått at «Retten skal ta særleg omsyn til det behovet partar uten prosessfullmektig har for rettleiing». Bestemmelsen er en gjengivelse av tvisteloven § 11-5 sjette ledd. Bakgrunnen for denne regelen er at ulikheter i ressurser hos partene ikke skal ha avgjørende betydning for sakens utfall, jf. tvl. § 1-1 annet ledd punkt fem, og kan også trekkes ut av det generelle prinsippet om «rettferdig rettergang», jf. EMK art. 6. For å forhindre at styrkeforholdene mellom partene får betydning for den endelige avgjørelsen, er det viktig å la veiledningen variere i takt med behovet hos den enkelte part.

I forbindelse med at partene opptrer oftere sammen med teknisk utreder enn dommer i saksprosessen, må det også forventes at behovet for å veilede dem underveis kan oppstå. For å opprettholde en effektiv fremgang i saken er det derfor ønskelig at teknisk utreder kan bistå partene med veiledning i slike tilfeller, og behovet melder seg naturligvis oftere i møte med selvprosederende parter. I de saker hvor teknisk utreder alene deltar på det første møtet med partene som ledd i den tekniske saksforberedelsen, vil hun måtte ta en del av dommerens veiledningsplikt der behovet melder seg dersom denne effektiviteten skal ivaretas. Dette vil

⁸⁷ Ot.prp. nr. 51 s. 59

⁸⁸ Sky/Bjerva (2018) s. 45

⁸⁹ Prop. 101 L s. 58

⁹⁰ Prop. 101 L s. 327

også gjøre seg gjeldende ved klarlegging av påstander eller annet teknisk arbeid hvor det foregår en dialog med partene.

6.1.2 Kvaliteten på eiendomsregisteret og økonomisk kartverk

Bakgrunnen for mange av sakene for jordskifteretten har røtter i uklarheter knyttet til kvaliteten av eiendomsregisteret vårt. Sevatdal definerer begrepet eiendomsregister som en del av samfunnets infrastruktur for å få institusjonen eiendomsrett til å fungere i samfunnet.⁹¹

Lov 17. juni 2005 nr. 101 om egedomsregistrering (matrikkelloven) ble satt i kraft i 2007, og etablerte et landsomfattende register med informasjon om hvert enkelt bruksnummer.⁹²

Formålet med loven er å sikre «tilgang til viktige egedomsopplysningar, ved at det blir ført eit einsarta og påliteleg register over alle faste egedomar i landet, og at grenser og egedomsforhold blir kartlagde», jf. § 1 første ledd. Loven skal sikre tilgang til «et felles geodetisk grunnlag», jf. annet ledd.⁹³ Matrikkelen består derfor i en tekstdel og en kartdel.

Derimot er ikke dette registeret noe som blir fylt inn med ny informasjon automatisk, og er heller ikke en fullstendig oversikt over de rettighetene som eksisterer. I forarbeidene blir eiendomsgransene i økonomisk kartverk omtalt som i prinsippet «kunstige» i den forstand at de er «tenkte», ofte rette linjer i landskapet.⁹⁴ I virkeligheten følger de i liten grad naturlige og synlige elementer i terrenget som elver, bekker og vann, høydedrag og lignende, noe som stiller krav til merking, oppmåling og beskrivelse for å kunne fungere i praksis. Som forarbeidene konkluderer med fører det til at det kombinert med et svakt utviklet system bidrar til at det skapes ytterligere uklarhet.

I tillegg har måten økonomisk kartverk har blitt til på vært gjenstand for kritikk, som igjen skaper usikkerhet rundt dens kvalitet og betydning i rettslig sammenheng.⁹⁵ Bakgrunnen for dette er at grensene kom inn i kartet ved en masseregistrering gjennom fotogrammetrisk metode. Kort fortalt ble grunneiere oppfordret til å merke grensepunktene sine med hvite plater som var synlige på flyfoto, og i kombinasjon med befaring i marka ble dette overført til

⁹¹ Sevatdal (2017) s. 225.

⁹² Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingrett*, 8 utg. Oslo 2016 s. 83

⁹³ Falkanger og Falkanger (2016) s. 85.

⁹⁴ Ot.prp.nr. 106 s. 11

⁹⁵ Falkanger og Falkanger (2016) s. 93

et kart gjennom fotogrammetrisk konstruksjon som innebar at ingeniørene stakk ut punkter basert på disse flybildene.⁹⁶ Dersom ingen av grunneierne møtte opp på slike befaringer, eller ikke hadde lagt ut noen plater i terrenget, baserte ingeniørene innmålingen av grensepunktene på omtrentlige målinger. Resultatet er det kartverket vi har i dag, hvor det naturligvis må regnes å ha en varierende grad av kvalitet.⁹⁷

Gulating lagmannsrett drøftet betydningen av økonomisk kartverk i LG-2009-60801, hvor de uttalte at «*Grensene som framgår av økonomisk kartverk er ikke i seg selv rettskraftige og har følgelig liten bevisverdi alene*». Frostating lagmannsrett uttalte også i 2011 at: «*Økonomisk kartverk har ikke rettslig virkning hva grensefastsetting gjelder, men kan ha betydelig bevisverdi*».⁹⁸ Utviklingen går dermed i retning av å tillegge økonomisk kartverk mer bevisverdi, uten at det nødvendigvis har noen direkte rettslig virkning *inter partes*.⁹⁹ Dette medfører et større behov for klarlegging overfor partene hvilken betydning det norske matrikkelsystemet rettslig sett har, og her vil teknisk utreder kunne bistå og veilede partene med mye verdifull og viktig kunnskap for å forhindre konflikter og misforståelser.

Departementet har uttalt i forarbeidene til lovendring av 1999 at: «*ingeniøren [skal] ha hand om såkalla «forenkla grensegang», der han kan påta seg å greie ut for partane reint tekniske spørsmål om kvar ei grense går. [...]*»¹⁰⁰. Forarbeidene legger derfor her opp til en viss arbeidsfordeling mellom teknisk utreder og partene, hvor førstnevnte har en mer aktiv veiledende rolle enn aktører for de ordinære domstoler normalt har overfor partene i sivile saker.

6.1.3 Andre årsaker til et økt veiledningsbehov

I saker for jordskifteretten vil man ofte støte på tilfeller hvor den ene part er nyinnflyttet eller arving til eiendommen, og har lite kunnskap om eiendommen og dens historie for øvrig. Blant annet vil dette særlig være tydelig om den nye eieren ikke kjenner til det norske eiendomsinstituttet eller annen kunnskap som er nødvendig for en fornuftig tolkning av gamle dokumenter. I slike tilfeller teknisk utreder komme i en posisjon hvor hun burde veilede

⁹⁶ Sevatdal (2017) s. 249

⁹⁷ Harald S. Haraldstad, «Økonomisk kartverk og eiendomsgrenser. Noen erfaringer som jordskiftedommer og tidligere inventør», *Kart og Plan 4*, 2013 s. 255-263 s. 262

⁹⁸ LF-2011-166441

⁹⁹ I samme retning Haraldstad (2013) s. 262

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 57 s. 77

vedkommende om prosess, eiendomshistorie og annet materiale av betydning for saken, nettopp for å utjevne forskjellene mellom partene, jf. jskl. § 6-16.

6.2 Rettslige begrensninger knyttet til veiledning av partene

6.2.1 Retten til en upartisk domstol

Et velkjent og høyst sentralt prinsipp er at domstolen man velger å ha sin sak for skal opptre upartisk og uavhengig. Prinsippet er i seg selv en viktig komponent i det overordnede forsvarlighetskravet, som danner de ytre rammene for hvilke handlinger som skal foretas på ethvert steg i prosessen, jf. formålsparagrafen i jskl. § 1-1. Jordskifteloven fastslår prinsippet mer konkret i jskl. § 6-16 siste ledd, hvor det heter at retten skal veilede «på ein måte som ikkje svekkjer tilliten til at han er upartisk». Prinsippet danner i seg selv en sentral ramme knyttet til hvordan og når teknisk utreder kan veilede partene.

Forarbeidene fastslår generelt for tvisteloven og domstolprosessen at målet er å sikre at retten møter saken og partene med et åpent sinn.¹⁰¹ Dette er begrunnet i at det ikke skal være noen momenter utover sakens rammer som preger hvilket resultat avgjørelsen får. For å unngå upartiskhet skal dommeren være habil og generelt fremstå som nøytral. Dommerne er underlagt strenge habilitetsregler i kraft av domstolloven § 55 tredje ledd og kapittel 6 for øvrig.

Jordskiftelova § 2-3 andre ledd fastslår at reglene i domstolloven kapittel 6 skal gjelde for det tekniske personalet «så langt dei høver». Med andre ord vil teknisk utreder etter loven ha et visst ansvar og en plikt til å fremstå som upartisk og nøytral i sin fremtreden med partene. Det er likevel uklart hvor denne grensen går, og om teknisk utreder er underlagt de samme forpliktelser som dommeren. Dette er særlig fordi teknisk utreder ikke formelt anses som en del av det dømmende personalet, og det kan stilles spørsmål ved hvor stor overføringsverdi habilitetsreglene i domstolloven egentlig har.

Den naturlige ordlydstolkningen av «så langt dei høver» tilsier at habilitetsreglene kun slår inn med virkning der det er aktuelt i forhold til den rolle det tekniske personalet får i enkeltsaker. Dette kan leses på bakgrunn av at selve uavhengigheten knytter seg til den

¹⁰¹ NOU 2001: 32A s. 171

dømmende virksomheten.¹⁰² Med andre ord vil teknisk utreder være underlagt de samme habilitetsregler som dommeren når disse reglene «høver» sett i lys av hvilken rolle de har, jf. § 2-3 annet ledd.

Lovgiver har ved denne henvisningen anerkjent at teknisk utreder i jordskifteretten har en såpass viktig rolle, at behovet for å underlegge dem begrensninger i form av habilitetsregler er til stede. Denne oppfatningen finner man langt tilbake i tid.¹⁰³ Bakgrunnen for hvorfor lovgiver mener dette fremgår ikke direkte av forarbeidene. En tanke er at uavhengigheten skal gjenspeiles blant alle aktørene i retten og være synlig overfor partene, og partene vil generelt kunne oppfatte teknisk utreder som en representant fra jordskifteretten. At teknisk utreder er underlagt visse begrensninger i forbindelse med habilitet fremstår derfor som forsvarlig i tråd med målsettingen i jskl. § 1-1 andre ledd.

Inhabilitet av en overingeniør ble forsøkt tatt opp som ankegrunn i JOHA-2014-9 (Hålogaland jordskifteoverrett), hvor ankende part hevdet at ingeniøren i saken hadde engasjert seg for mye for den ene part. Jordskifteretten hadde i saken tatt stilling til hans inhabilitet som følge av dette, men hadde kommet til at han ikke var inhabil uten å avsi en kjennelse om spørsmålet. Ankende part hadde senere reagert på at vedkommende fortsatte med arbeid i saken, spesielt da han hadde forberedt og tilrettelagt grunnlaget for jordskifterettens avgjørelser også i etterkant. Saken er interessant da ankende part gir sterkt uttrykk for at hun hadde mistet tillit til jordskifterettens avgjørelse som følge av ingeniørens engasjement og tilsynelatende partiske befatning med saken. Jordskifteoverretten tok derimot ikke særskilt stilling til spørsmålet da det ikke var anket som selvstendig grunn over saksbehandlingen, men var kun tatt med som ankegrunn når realitetsavgjørelsen i saken ble anket, jf. tvl. § 29-2 andre ledd.

Retten kom imidlertid med noen generelle bemerkninger om at ingeniører ikke er en del av retten som treffer beslutninger, og at deres oppgave kun er av teknisk og forberedende art. Med bakgrunn i dette la retten til grunn at ingeniører ikke skal oppfylle «*helt de samme vilkår som dommeren*», men bemerker likevel viktigheten av at ingeniørene opptrer på en måte som

¹⁰² Langbach (2009) s. 41

¹⁰³ Torleif Grendahl (red.): *Jordskifteverket gjennom 100 år: 1850-1958*, 1959 s. 249 om jordskifteloven av 1950 hvor landmåleren «*som sådan ikke [er] medlem av retten, men domstolslovens regler om ugildhet for dommere gjelder for ham*».

gir partene grunn til å ha tillit til saksbehandlingen. Denne konklusjonen trekkes uten å foreta en nærmere tolkning av ordlyden «så langt dei høver», jf. jskl. § 2-3 andre ledd.

Teorien har derimot tatt til høyde for at det ut fra «*sammenhengen i regelverket og rettsikkerhetshensyn [må] legges til grunn at reglene for dommere også bør gjelde teknisk personale som har befatning med partene i forbindelse med enkeltsaker*». ¹⁰⁴ Forfatterne ser dermed ut til å mene at habiliteten for teknisk utreder skal vurderes på samme måte som om han eller hun var dommer i den enkelte sak. Dette gjelder når deres rolle er å tilrettelegge saken. Videre uttaler de også at det samme må gjelde hvor teknisk personale går opp grenser eller på annen måte klarlegger jordskifteområdet i marka sammen med partene, eller hvor de lager utkast til avgjørelser.

En interessant observasjon her er at når man i den ene enden mener reglene i domstolloven skal gjelde helt på samme måte for teknisk personale som for dommer, har jordskifteoverretten sett ut til å ta utgangspunkt i at ingeniører ikke er del av retten og at deres oppgaver «*kun er av teknisk og forberedende art*». Saken ble behandlet etter den gamle jordskifteloven av 1979. Den gamle § 7 sjette ledd har imidlertid lik ordlyd og tilsier dermed ikke noen endring knyttet til meningsinnholdet i «så langt dei høver», jf. § 2-3 annet ledd.

Basert på de ulike oppfatningene i teori og rettspraksis, gir ikke henvisingen «så langt dei høver» til habilitetsreglene domstolloven isolert et klart bilde av hvordan teknisk utreder kan veilede partene. Den gjennomgående oppfatningen synes likevel å være at habilitetsreglene «høver» dersom teknisk utreder har en del befatning med saken, for eksempel dersom hun påtar seg en del av dommeres oppgaver. Dette vil være tilfellet ved veiledning.

Habilitetsreglene burde derfor, for å sikre at domstolen som en helhet fremstår som nøytral, ha overføringsverdi til teknisk utreder dersom hun opptre i en veilederrolle i saken.

Habilitetsreglene i domstolloven danner da i seg selv en rettslig ramme for hvilken befatning den enkelte teknisk utreder kan ha med saken og partene i en veilederrolle.

Den viktigste rammen for omfanget av veiledningen bør likevel trekkes ut fra et overordnet mål om at veiledningen ikke «svekkjer tilliten til at han [retten] er upartisk», jf. § 6-16 annet ledd.

¹⁰⁴ Bjerva m.fl. (2016) s. 38

Ordlyden tilsier at veiledningen i seg selv ikke skal kommuniseres på en slik måte at det kan reise tvil om rettens habilitet. Selv om teknisk utreder ikke er en del av det dømmende personalet, representerer de «han» utad, herunder retten som en helhet. Dersom en teknisk utreder fremstår som partisk ved å aktivt veilede en part, kan det være egnet til å svekke tilliten til den endelige avgjørelsen, selv om den i realiteten ikke har vært motivert av partiske grunner. Aktiv veiledning fra teknisk utreder kan derfor få ringvirkninger for den tillit partene har til rettens upartiskhet, ikke bare dommerne, og dens rolle må derfor tas alvorlig for å sikre partenes rettssikkerhet og tillit til systemet. Vurderingen må derfor være objektiv sett fra partenes synspunkt.

I den ovennevnte saken la jordskifteoverretten vekt på at det forholdet som overingeniøren uttalte seg om, var et spørsmål av teknisk art. Jordskifteoverretten virker derfor å legge opp til at spørsmål av teknisk art generelt må anses å være innenfor de rammer teknisk utreder kan veilede om. Likevel skal det bemerkes at forhold av teknisk art også er en del av avgjørelsen i rettsendrende saker, fore eksempel ved verdsetting, og det kan stilles spørsmål ved om dette utgangspunktet kan gjelde for alle tilfeller.

Et eksempel som kan trekkes frem er en sak fra Stryn, hvor ingeniøren i saken hadde foretatt det han selv kalte et ”skipperskjønn”, såkalt skjønn basert på egne erfaringer.¹⁰⁵ Dommeren i saken uttalte at det generelt er uheldig at et slikt notat blir fremlagt i sak for jordskifteretten, uten at det kommenteres noe videre. En slik form for veiledning vil være av ren teknisk art, som jordskifteoverretten i JOHA-2014-9 ser ut til å mene er innenfor det en teknisk utreder burde kunne veilede om.

Som en overordnet hovedregel legger jordskifteloven opp til en bedømming av teknisk utreder tilnærmet på lik linje med dommere, særlig dersom de tar på seg en del dommeroppgaver som veiledning. Dette innebærer at teknisk utreder må vise forsiktighet med å gi uttrykk for sine synspunkter som gjelder konkret for den enkelte sak. Dette kan for eksempel være i tilfellet der vedkommende uttaler seg for mye om hvor grensen går, hvilken verdi området har, eller er bastant i veiledningen av hvordan gamle dokumenter bør tolkes. I

¹⁰⁵ Saksnr. 2500-2015-0001 Meland (Gulating Lagmannsrett), avsluttet 24.06.2015

slike tilfeller vil partene få en berettiget forventning om at det utreder har uttalt seg om er riktig, da hun tross alt er en representant for domstolen med kyndighet på området.

Konklusjonen må derfor være at teknisk utreder sin adgang til å veilede partene skal avgrenses mot forhold som kan være egnet til å svekke partenes tillit til at den endelige avgjørelsen har grunnlag i upartiske vurderinger, jf. § 6-16 annet ledd.

6.2.2 Prinsippet om kontradiksjon

Kontradiksjon er et grunnleggende prosessuelt prinsipp i norsk rettergang om at retten ikke skal avgjøre en sak basert på faktum som partene ikke har fått anledning til å uttale seg om, eller uten at partene har fått anledning til å imøtegå motpartens fremstilling av saken.

Prinsippet er overordnet forankret i de krav som følger av EMK art. 6 om rettferdig rettergang, og fremgår eksempelvis mer spesifikt av jskl. § 6-14 andre og tredje ledd. Det samme fremgår av tvisteloven § 11-2. Selv om ordlyden er ulik, er meningsinnholdet ment å være det samme.¹⁰⁶

Jskl. § 6-14 gjelder generelt for alle «avgjerd» i jordskifteretten, og omfatter dermed etter ordlyden alle avgjørelsesformer nedfelt i § 6-23. Med andre ord gjelder derfor kravet til kontradiksjon like fullt ut for jordskifteavgjørelse eller et vedtak i en sak som for dom. Bakgrunnen for dens brede anvendelsesområde er at gjennomføringen av det kontradiktoriske prinsipp anses gjennomgående som en vesentlig rettssikkerhetsgaranti, også utenfor de rene tvistebehandlingstilfellene.

I utgangspunktet har dommeren det overordnede ansvaret for at retten til kontradiksjon ivaretas på en forsvarlig måte, jf. jskl. § 6-14 (2) hvor det heter at «retten» ikke kan bygge sin avgjørelse på «faktiske tilhøve» som partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.

En særlig utfordring i denne sammenheng er de tilfeller hvor ikke alle parter møter til den teknisk saksforberedelse (*ex parte*). Dette begrunnes dels fordi partene ikke tar seg tid, dels fordi de stoler på at alt er korrekt, og dels grunnet fysiske og helsemessige årsaker som gjør det vanskelig for dem å gjennomføre en befaring i skog og terreng. Selv om slike møter ikke formelt er et rettsmøte, kan det bli veiledet om informasjon som potensielt kan få betydning

¹⁰⁶ Prop. 101 L s. 456

for sakens avgjørelsesgrunnlag. Dette stiller krav til hvordan utreder forholder seg til partene, både overfor de fraværende og oppmøtte.

Selv om dommeren i saken har det overordnede ansvaret for at «faktiske tilhøve» som kommer for dagen i slike møter blir gjenstand for en tilfredsstillende grad av kontradiksjon¹⁰⁷, vil ingeniøren være den eneste representanten fra retten tilstede. Med andre ord hviler en del av dommerens ansvar i slike tilfeller på teknisk utreder. Dette innebærer at alle parter, inkludert de som ikke har møtt opp, må få anledning til å imøtegå de faktiske forhold som blir oppdaget og lagt frem under møtet dersom det potensielt kan vektlegges i en senere avgjørelse. Noe annet ville vært i strid med jskl. § 6-14 (2).

For å vurdere om fremgangsmåten tilstrekkelig ivaretar kravet til kontradiksjon, er det særlig to hensyn som gjør seg gjeldende.¹⁰⁸ For det første vil åpenhet i saksbehandlingen gjennom kontradiksjon bidra til at prosessen fremstår som tillitsfull. For det andre vil kontradiksjon omkring ingeniørens fagkyndige vurderinger sikre en materielt riktig avgjørelse, da både svakheter og uriktigheter ved vurderingen kan påpekes av partene.

Igjen ser vi at hensynene tillit og målet om en materielt riktig avgjørelse, skaper de kryssende hensyn til prinsippene som trekker rammene for teknisk utreder sin rolle. Særlig vil dette skape et krysspess i rollen som utreder og veileder, da retten til en upartisk domstol og prinsippene om partenes frie rådighet vil skape en motvekt. Selv om det ikke fremgår direkte av loven, vil derfor teknisk utreder sin utøvelse av rollene trolig basere seg på en balansering av disse hensynene tilpasset den konkrete situasjonen, slik at prosessen utad fremstår som åpen, tillitsfull og forsvarlig i tråd med lovens formål, jf. jskl. § 1-1 andre ledd.

7. Avsluttende bemerkninger

Teknisk utreder får en overlappende rolle mellom «vanlig» utreder, «erfaren deltaker», «sakkyndig» og et «medlem av retten», og kan verken anses som del av det dømmende personalet eller som et sakkyndig vitne. I lovens øyne faller teknisk utreder da mellom to stoler, og er ikke klar på hvordan disse overlappende rollene nærmere bestemt skal utøves

¹⁰⁷ Utkast til etiske regler for jordskiftedommere (DA), «Aasland»-utvalget (2007) s. 25

¹⁰⁸ Masteroppgave, *Dommerens private kunnskap og rettens faktumfastsetting i sivile saker*, (Bergen 2018) s. 20

konsekvent i møte med partene. Selv om de viktigste rettslige rammene for teknisk utreder sitt arbeid er gjennomgått, er det ingen faste retningslinjer de kan forholde seg til når det gjelder hvor langt hun kan gå i utøvelsen sin rolle.

En observasjon som er blitt gjort under arbeidet med denne avhandlingen er at mange tekniske utredere i dag ikke får mulighet til å yte den service og formidle de kunnskaper de ønsker overfor partene, fordi de selv er redd for å havne i konflikt med moderne prosessuelle prinsipper. Selv om domstolprinsippene som nå er gjennomgått ikke nødvendigvis direkte hindrer en viss adgang til veiledning, mekling eller utarbeidelse av georeferte kart eller å finne merker i terrenget, skaper usikkerheten rundt det en utilfredsstillende utøvelse av dens tiltenkte rolle. Dette mest fordi loven i seg selv er en kopi av eller har passive henvisninger til tvistelovens eller domstollovens regler, som i utgangspunktet er lagt med et øye for den ordinære saksbehandlingen for alminnelige domstoler. Igjen skaper det en uklarhet knyttet til om praksis og domstolprinsippene samsvarer, og er tilsynelatende ikke er forenlig med eller lite tilpasset den rollen som teknisk utreder burde ha sett ut fra de forventninger som stilles til jordskifteretten som konfliktløser i samfunnet.

7.1 Noen refleksjoner om fremtiden

Det viktigste spørsmålet som må stilles er hvilken plass man ønsker at moderne prosessprinsipper skal ha i saker for jordskifteretten, og hvor ønskelig det er at prosessen skal være en kopi av tvisteloven og saksbehandling for de ordinære domstoler. Dette blir igjen er spørsmål om hvilken rolle man ønsker at jordskifteretten skal spille i samfunnet. Ønsker man å bevare en særdomstol som krever særlig sakkyndighet og erfaring for å forstå sakens spesielle karakter hvor retten generelt må bidra med aktivt i saken? Eller ønsker man å standardisere domstolvirksomheten til en mer enhetlig domstolstruktur hvor avstanden til brukerne i alminnelige skal være større?

På den ene siden vil en tilnærmet praktisering av tvisteloven bidra til en ryddig prosess og klar ansvarliggjøring av partene, mens det på den andre siden ikke synes å være forenlig med den praksis jordskifteretten tradisjonelt har hatt. Dersom moderne domstolprinsipper får en fremtredende plass i saker for jordskifteretten, står man i fare for å miste effekten og poenget med rettsendrende saker og formålet med å ha grensefastsettelse i jordskifteretten. I tillegg vil det øke risikoen for uriktige avgjørelser der partene ikke har forutsetninger for å finne riktige

bevis. Teknisk utreder er med på å redusere avstanden mellom bruker og domstol gjennom den rollen hun har i dag, og gjennom den avstanden som nå oppstår mellom partene og retten vil det bidra til å «utvanne» den rolle teknisk utreder tradisjonelt har hatt i saker for jordskifteretten. Det vil til slutt ikke være mye som skiller hun fra en «vanlig» utreder, og jordskifterettens nøkkelrolle vil stå i fare for å bli tapt dersom dette ikke tas i betraktning ved en eventuell sammenslåing med tingretten.

Det synes derfor å være på tide med en tilpasning av jordskifteloven med et øye for hvilken rolle teknisk utreder spiller for jordskifterettens opprinnelige og tradisjonelle virke, som er en konfliktløser med særlig fagkyndighet innenfor eiendom og for gode og praktiske løsninger. En passiv henvisning til tvisteloven eller domstollovens regler er som illustrert ovenfor ikke passende for den særegne rollefordelingen som finnes mellom dømmende og teknisk personalet, og skaper generelt et uklart bilde av hvordan landskapet i dagens rettstilstand ser ut. Dette bør blant annet innebære en lovfesting av teknisk saksforberedelse. I tillegg fortjener omfanget av innarbeidelse av forhandlings- og disposisjonsprinsippet mer oppmerksomhet knyttet til hvordan det eventuelt tilpasser seg de ulike sakstypene for jordskifteretten.

Litteraturliste

Lover

Kongeriket Noregs grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov angaaende Jords og Skovs Udskiftning av Fællesskab 17. august 1821 (Opphevet)

Utskiftningslov for Jord og Skovs udskiftning av Fællesskab 12. oktober nr. 6 1857 (Opphevet)

Lov om domstolene 13. august nr. 3 1915 (Domstoloven)

Lov om jordskifte o.a. 21. desember nr. 77 1979 (Opphevet)

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

Lov om mekling og rettergang i sivile saker 17. juni nr. 90 2005 (Tvisteloven)

Lov om eigedomsregistrering 17. juni nr. 101 2005 (Matrikkeloven)

Lov om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. 21. juni 2013 nr. 100
2013 (Jordskifteloven)

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) 4. November 1950

Lovforarbeider

Prop.101 L (2012-2013) *Lov om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova)*

Ot.prp.nr. 70 (2004-2005) *Om lov om eigedomsregistrering*

Ot.prp.nr. 78 (2004-2005) *Om lov om endringer i jordskifteloven m.v.*

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

Ot.prp.nr. 106 (2002-2003) *Om lov om endringer i domstolloven og jordskifteloven (jordskifterettens stilling og funksjoner)*

Ot.prp.nr. 57 (1997-1998) *Om lov om revisjon av lov 21. Desember 1979 nr. 77 om jordskifte o.a. og endringer i enkelte andre lover*

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

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

NOU 2002: 9 *Jordskifterettens stilling og funksjoner*

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1959 s. 1059

Rt. 1962 s. 1107

Rt. 1992 s. 504

HR-2019-500-U

Lagmannsrett

LG-2013-170053-1 (Gulating)

LG-2009-60801 (Gulating)

LF-2011-166441 (Frostating)

Saksnr. 2500-2015-0001 Meland (Gulating Lagmannsrett), avsluttet 24.06.2015

Jordskifteoverrett

JOHA-2014-9 (Hålogaland jordskifteoverrett)

Jordskifterett

JSAR-2017-155129 (Østfold jordskifterett)

Litteratur

Austenå, Torgeir og Sverre Øvstedal, *Jordskifteloven: Kommentartutgave*, (Oslo 2000)

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, (Oslo 2015)

Bergsholm, Einar, *Rettigheter i fast eiendom*, (NMBU 2016)

Bernt, Camilla, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, (2011)

Bernt, Camilla og Solfrid Mykland, «Materiell prosessledning», *Perspektiver på jordskifte*, Øyvind Ravna (red.) (2009) s. 335-368

Bernt, Camilla, et. al., *Evaluering av rettsmekling i jordskifterettene*, Lov og Rett nr. 6 s. 334-359, (2014)

Bjerva, Øystein J. mfl., *Jordskifteloven: Kommentartutgave*, (Oslo 2016)

Falkanger, Thor mfl., *Tingsrett*, 8. utgave (Oslo 2016)

Grendahl, Torleif (red.): *Jordskifteverket gjennom 100 år: 1850-1958* (Oslo 1959)

Haraldstad, Harald S., «Økonomisk kartverk og eiendomsgrenser. Noen erfaringer som jordskiftedommer og tidligere inventør», *Kart og Plan 4*, 2013 s. 255-263

Langnes, Mads, *Utskiftningsrett og gardsskipnad* (2018)

Langnes, Mads «Frå utskiftningsvesen til jordskifterett - jordskifterettens si historie fra 1800-tallet og fram til i dag», *Perspektiver på jordskifte*, Øyvind Ravna (red.) (2009) s. 93-97

Langbach, Tor, «Jordskiftedomstolene og de alminnelige domstolene – likheter og ulikheter», *Perspektiver på jordskifte*, Øyvind Ravna (red.) (2009) s. 35-49

Michelsen, Hans, *Sivilprosess* (1999)

Mortensen, Per Terje, «Utfordringer ved bruk av GIS i jordskiftedomstolene», Øyvind Ravna (red.), *Perspektiver på jordskifte*, (2009) s. 643-664

Mykland, Solfrid, *Mekling og ledelse*, (Bergen 2011)

Mæland, Henry John, *Kort prosess*, 3. revidert utgave, (Bergen 2013)

Nysæter, Helge, «Formålet med koordinater på grensepunkt i Norge», *Kart og Plan 4*, 2018 s. 321-336

Ravna, Øyvind, «En sammenlikning av prosessforutsetninger i sivilprosessen og jordskifteprosessen», *Kart og Plan 1*, 2004 s. 20-34

Ravna, Øyvind, «Disposisjonsprinsippets plass i jordskifteloven av 2013», *Kart og Plan 2*, 2015 s. 121-132

Reiten, Magne, «Jordskifteretten som konfliktløser», *Kart og Plan 3*, 2012, s. 227-229

Schei, Tore m.fl., *Tvisteloven: Kommentartutgave*, Bind 1 (2007)

Schei, Tore mfl., *Tvisteloven: Kommentartutgave*, 2. utg., Bind I (2013)

Sevatdal, Hans, Per Kåre Sky og Erling Berge (red.), *Eigedomshistorie – Hovudliner i norsk eigedomshistorie frå 1600-taler fram mot nåtida*, (Ås 2017)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, 2. utg. (2001)

Sky, Per Kåre og Øystein J. Bjerva, *Innføring i jordskifterett*, (Ås 2018)

Skålbones, Karl og Aaarstein Waade: «Utviklingen av landmålingsfaget i jordskiftedomstolen», *Perspektiver på jordskifte*, Øyvind Ravna (red.) (2009) s. 569-607

Syrstad, Jon Ola, «Jordskifte – Jordpolitisk verktøy og privat konfliktløysar», *Perspektiver på Jordskifte*, Øyvind Ravna (red.) (2009) s. 49-64

Rapporter

Domstoladministrasjonen: *Økt samhandling eller sammenslåing mellom tingrett og jordskifterett?*, (Januar 2019)

Domstoladministrasjonen: *Ingeniørrollen og det tekniske arbeidet ved jordskifterettene i et fremtidsperspektiv*, (Juni 2018)

Domstoladministrasjonen: *Fremtidig organisering og struktur i jordskiftedomstolene*, (2011)

Domstoladministrasjonen: *Utkast til etiske regler for jordskiftedommere*, «Aasland»-utvalget, (Juni 2007)

Landbruksdepartementet: *Jordskifteverkets arbeidsrutiner* (September 1995)

Domstoladministrasjonen: *Utkast til etiske regler for jordskiftedommere*, «Aasland»-utvalget (2007)

Masteroppgaver

Masteroppgave Det juridiske fakultet Oslo: *Sakkyndighet foran eller bak dommerbordet i jordskifteretten?* (2014)

Masteroppgave Det juridiske fakultet Bergen: *Dommerens private kunnskap og rettens faktumfastsetting i sivile saker*, (2018)

Nettsider

Høgskulen på Vestlandet: Studieplan 2019, Tilgjengelig (27.05.19):

<https://www.hvl.no/studier/studieprogram/2019h/leie/studieplan/>