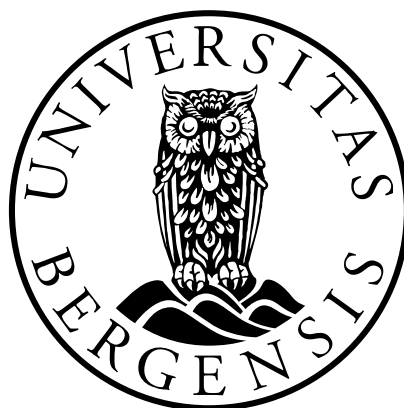


Selvstendig rettsvernshevd

Gjeldende rett etter nyere rettspraksis

Kandidatnummer:
130271

Antall ord: 14707
)



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	Feil! Bokmerke er ikke definert. 2
1,1: Tema, aktualitet og problemstilling	4
1,1,1: Aktualitet	5
1,1,2: Problemstilling	5
2 Formuerettslige utgangspunkter, hensyn og metode	7
2,1: Fra et substansielt til funksjonelt eiendomsbegrep	7
2,2: Grunnleggende prinsipper, og konflikter	7
2,3: Hensyn	9
2,3,1: Kreditorbeslag ved konkurs, og hensyn	9
2,3,2: Godtroerverv og hensyn	11
2,3,3: Koherens	12
2,3,4: Andre hensyn – hensynene som begrunner hevd, og klanderhensyn	12
2,4: Metode	13
2,4,1: Rettsdogmatikk	13
2,4,2: Metode på formuerettens område	13
2,4,2,1: Rt 1994, s. 1447	14
2,4,2,2: Rt 1997, s. 1050	14
2,4,2,3: Rt 1998, s. 268	15
3 Juridisk teori og rettskildene	17
3,1: Juridisk teori	17
3,1,2: Brækhus og Hærem	17
3,1,3: Fleischer	17
3,1,4: Falkanger	18
3,1,5: Lilleholt	18
3,1,6: Høgetveit Berg	18

3,1,7: Marthinussen	19
3,1,8: Salvesen	19
3,2: Rettskildene	19
3,2,1: Rådsegn 6 - Forarbeidene til hevdsloven	20
3,2,2: Nou 1982: 17 - Ny tinglysingslov	21
3,2,3: Rt 2015, s 120	22
3,2,4: Hr 2017- 33 - A (Forusstranda)	22
3,2,5: Hr 2021- 1773- A	23
4 Selvstendig rettsvernshevd	26
4,1: Ved konkurs	27
4,2: Ved godtroerverv	30
4,3: Ved passivitet	33
4,3,1: passivitet og godtroerverv	34
4,3,2: passivitet og kreditorposisjonene	36
5 Oppsummering og avsluttende betraktninger	38
Litteraturliste	39

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Temaet for oppgaven er regelen om selvstendig rettsvernshevd, og hvilken rekkevidde den kan sies å ha etter rettsutvikling på området.

En slik regel, og eksistensen av den, har lenge vært diskutert i juridisk teori, og stridens kjerne har gjerne vært om rettsvern kan 'hevdes' på samme måte som andre retter kan hevdes.¹

Rettsvernshevd kan deles i to kategorier – aksessorisk rettsvernshevd og selvstendig rettsvernshevd. Den aksessoriske rettsvernshevd for fast eiendom følger av tinglysningsloven § 21 annet ledd, og følger med den hevdede retten. En hevder av en eiendom vil vanligvis heller ikke se noen grunn til å skaffe seg rettsvern – en som vet at han ikke eier noe, vil ikke hevde, jf hevdsloven § 4. Tinglysning av en eiendom som man av ulike årsaker tror at man eier, er dermed ikke noe en hevder som oppfyller hevdsvilkårene behøver å tenke på i henhold til tinglysningsloven § 21 annet ledd.

Selvstendig rettsvernshevd brukes som en betegnelse på at den som har hatt en gyldig stiftet rett i fast eiendom i full hevdstid, etablerer rettsvern uten tinglysning². Høyesterett definerte begrepet i HR-2017-33 A slik:³

'Det betegnes som selvstendig rettsvernshevd dersom man har en gyldig stiftet rett, slik at retten ikke hevdes, men man likevel ved å ha hatt eiendom som sin i hevdstid, får etablert rettsvern.'

Spørsmålet om selvstendig rettsvernshevd foreligger vil da typisk dukke opp i de situasjoner hvor en eiendomsrett er stiftet gjennom å avlede retten fra en opprinnelig hjemmelsmann, og erververen av en eller annen grunn unnlater å skaffe seg rettsvern gjennom tinglysning.

Forskjellen mellom aksessorisk rettsvernshevd og selvstendig rettsvernshevd ligger da i at førstnevnte fordrer et ekstinktivt erverv gjennom hevd, mens det sistnevnte gjøres gjeldende for en rett som har et derivativt ervervsgrunnlag⁴.

Høyesterett har i stor grad gjennom Hr 2021-1773-A satt opp hva som skal til for at rettsvern skal anses å være dannet gjennom selvstendig rettsvernshevd, blant annet at eier bortsett fra å

¹ I henhold til hevdslova § 1, første ledd er det bare eiendomsrett eller bruksrett som kan hevdes. Når en snakker om selvstendig rettsvernshevd er det altså fordi øvrige hevdsvilkår er oppfylt, 'som om' rettsvern også er hevdet. Se også NUT 1961: Rådsegn 6, og NOU 1982:17.

² Sverre Magnus Salvesen, Kreditorvern, Cappelen Damm akademisk, Oslo 2021, s. 281

³ HR-2017-33-A, avsnitt 56.

⁴ Sverre Magnus Salvesen, 'selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A, Jussens Venner nr 4/2018, s. 205-226, på s 206.

være i god tro, ellers oppfyller hevdsvilkårene om bruk av eiendommen 'som sin' i 'full hevdstid'⁵.

Men Høyesterett lar selv et par konfliktsituasjoner være åpne som de ikke tar stilling til. Spesifikt gikk dette på hvilken rekkevidde en slik regel har, og da overfor en godtroende erverver. Høyesterett sier også at det heller ikke er tatt stilling til hvorvidt et hevdet rettsvern kan falle bort ved passivitet.

I tillegg til disse to tilfellene, synes jeg det er interessant å se på rekkevidden for regelen overfor en konkurskreditor.

Oppgaven vil forsøke å belyse om det kan oppstilles selvstendig rettsvernshevd overfor en godtroerverver og en konkurskreditor, og om rettsvernet kan falle bort.

Oppgaven tar for seg selvstendig rettsvernshevd i tilfeller for formuesgodet fast eiendom.⁶ Det vil videre ikke tas opp forholdet til EMK P1-1. Den såkalte hjemmelsmannskonflikten berøres heller ikke.

1.1.1 Aktualitet

Det kan innvendes mot temaet at det sjeldent vil komme på spissen i det praktiske livet, og slike situasjoner unngås heldigvis som oftest. Allikevel viser nettopp de to nyere avgjørelsene i HR-2017-33-A og HR-2021-1773-A at det heller ikke er utenkelig at de dukker opp. Slik sett er den avklaringen som Høyesterett foretok i og med den sistnevnte avgjørelsen nyttig, ikke minst som en rettesnor for å kunne fastslå rettstilstanden i de øvrige konflikttypene.

Temaet har også vært debattert i juridisk teori i mange tiår, og med økende hyppighet, og har slik sett beholdt sin aktualitet der.

1,1,2 Problemstilling

Problemstillingen er da hvilken rekkevidde en regel om selvstendig rettsvernshevd har etter gjeldende rett.

Kan den oppsettes overfor en godtroende omsetningsserverver, overfor en konkurskreditor, og kan den falle bort etter passivitetsbetraktninger? For å svare på dette må de ulike

⁵ HR-2021-1773-A, avsnitt 73.

⁶ Borgar Høgetveit Berg, 'Rettsvernshevd', Jussens Venner nr 3/2005, s201-209, på side 209.

konfliktsituasjonene vurderes, hvilke hensyn som gjelder for de ulike rettighetsposisjonen, og hvilke rettskilder som kan belyse spørsmålet, hvor relevante de er og hvordan de skal vektes.

2 Formuerettslige utgangspunkter, hensyn og metode

2,1: Fra et substansielt til funksjonelt eiendomsbegrep

På det norske og nordiske formuerettslige området sies det⁷ at vi i løpet av det siste århundret har gått fra å ha en substansiell til en funksjonell tilnærming til eiendomsbegrepet. Etter den substansielle tilnærmingen ble eiendomsretten sett på som en enhet, hvor det ved en rettighetsovergang av eiendom mellom to parter var slik at rettsvernet fulgte eiendomsretten. Det var altså ikke et skille mellom eiendomsretten og rettsvernet.⁸ Rettsvernet fulgte med på 'kjøpet', som en av virkningene av avtalen som ble gjort partene imellom⁹. Men i dag antas det at vi har en funksjonell tilnærming, som vil si at en vurderer eiendomsretten som en sum av funksjoner. Rettsvernet, og dermed prioriteten for en rett, blir så en av disse funksjonene. Ordet 'eiendomsrett' blir da å anse som et 'koblingsord' mellom et stiftelsesgrunnlag og de rettsvirkningene som dette utløser.¹⁰

Slik ble spørsmålet om når man har ervervet en eiendomsrett, og når man har fått rettsvern for retten, framkoblet hverandre.

Dette gjør at man ser på en rett i et formuesgode og rettsvernet som adskilte rettslige størrelser. Spørsmålet blir da når og om en erverver har oppnådd rettsvern for sin rett.

Når dette er tatt med her, er det for å belyse de metodiske utfordringene som kan oppstå på området. Ulike hensyn virker til fordel for ulike rettighetsposisjoner, og hensynene som gjør seg gjeldende ved vurderingen av en suksesjonskonflikt mellom en eldre rett og et konkursbo, er ulike de hensynene som gjelder for konflikten mellom en yngre godtroerverver og en eldre rett.

Det gjelder en positivistisk metode for tolkning av rettsvernsreglene (se punkt 2,4,2), men det å ha for seg skillet mellom en substansiell og funksjonell tilnærming kan hjelpe med en videre forståelse av hvor langt en positivistisk tolkning skal strekkes. Det er også denne funksjonelle tilnærmingen som gjør at problematikken rundt selvstendig rettsvernshevd har oppstått, og det kan derfor være nyttig å ha i bakhodet ved behandling av temaet.

2,2: Grunnleggende prinsipper, og konflikter

Rettsreglene på området for dynamisk tingsrett er ment å gi anvisning på hvordan en løser konflikter som oppstår mellom flere kolliderende, eller uforenlige, rettigheter i et

⁷ Sverre Magnus Salvesen, 2021, s. 35.

⁸ Nut 1961: Rådsegn 6, s 6.

⁹ Sverre Salvesen, 2021, s. 78.

¹⁰ Lilleholt, Allmenn formuerett, Oslo, 2012, s 69.

formuesgode i forbindelse med en rettighetsovergang. Spørsmålet er hvilken rett som har best prioritet i forhold til en annen¹¹.

Konfliktene oppstår i det en person A sitter med legitimasjonen til et formuesgode, men der legitimasjonen ikke gjenspeiler de faktiske forholdene, og han da enten selger den samme retten i det samme godet to ganger til to ulike etterfølgere, eller han overfører en rett han egentlig ikke har, for eksempel en sykkel som han bare har lånt, fra sin forgjenger og over til en tredjeperson. Ved det førstnevnte tilfellet tales det om at vi har en suksesjonskonflikt, mens det sistnevnte tilfellet kalles en hjemmelsmannskonflikt.

De sentrale prinsippene for å løse slike konflikter er 'først i tid, best i rett', og at man ikke kan overføre større rett enn man selv har. Disse prinsippene følger logisk av hverandre. Har man allerede overført et formuesgode, så kan det ikke gjøres på nytt, da man ikke lengre har en rett å overføre. Da kan den man på ny forsøker å overdra godet til heller ikke være best i rett, siden han ikke har vært først i tid. Allikevel passer prinsippet 'først i tid, best i rett' best for suksesjonskonflikten, mens det at ingen kan overføre bedre rett enn man har best betegner hjemmelsmannskonflikten. Oppgaven vil i det videre avgrenses mot hjemmelsmannskonflikten.

Skal en løse en suksesjonskonflikt er utgangspunktet derfor prinsippet om først i tid, best i rett. Ekstinksjon, eller utsløkking av en annen uforenlig rett, blir et unntak fra denne hovedregelen. Det er derfor unntaket som krever hjemmel¹², og for fast eiendom er der en slik hjemmel i tinglysningsloven § 20.

Bestemmelsen gir anvisning på hvilken rett som skal være prioritert foran en annen – for å være prioritert først må retten være registrert, og den har da rettsvern mot etterfølgende like retter. For den opprinnelige rettighetshaveren vil dette si at han må foreta den rettsvernsakten som loven foreskriver før den konkurrerende retten har foretatt en sikringsakt. For fast eiendom er dette tinglysning.

Dersom ingen av rettene har fått rettsvern ved tinglysning faller man tilbake til utgangspunktet, og prioriteten ordnes etter prinsippet først i rett, best i tid. Kan de to rettene eksistere side som side, så blir det ikke tale om prioritetsordning eller ekstinksjon.

Det er altså hvilken av de uforenlige rettene som skal få prioriteres før en annen som rettsvernslovgivningen ordner. Har man fått rettsvern, så har man vern mot at en tredjemann kan få en rett som ekstingverer ens egen eldre rett¹³.

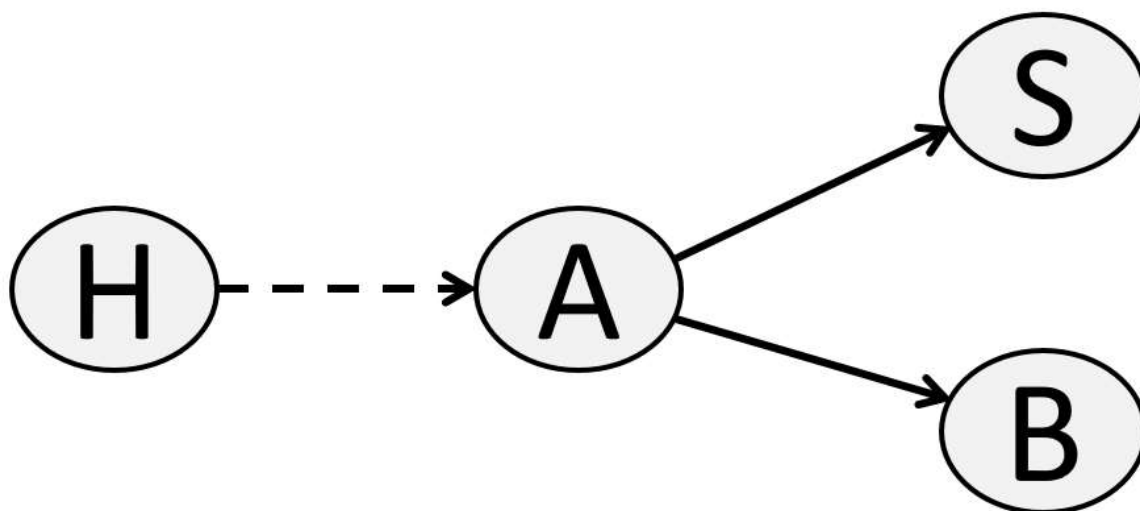
For å vise dette skjematisk, har man i lærebøkene ofte benyttet seg av den såkalte HASB – modellen:

¹¹ Jf for eksempel tinglysningsloven § 20 første ledd, § 21 første ledd og § 23.

¹² Hans Fredrik Marthinussen, 'Hevd som rettsvernssurrogat?', Jussens Venner 2003, s 264- 275, s 266.

¹³ Jf tinglysningsloven § 20 første ledd.

HASB-modellen



Dette er en fremstilling som utelukkende er for pedagogiske formål, for å vise hvilke ulike rettighetsposisjoner som kan opptre, og hvordan de speiler konfliktene.

A er den sentrale aktøren, som det hele springer ut fra. Han sitter med et formuesgode, som han på en eller annen måte egentlig har tapt retten til, eller aldri egentlig hatt det. S og B er As etterfølgere, som han har overført rett til, og H er hans hjemmelsmann, eller rettsforgjenger. Når det videre i fremstillingen vises til disse bokstavene, må det forstås som disse ulike rettighetsposisjonene.

I suksesjonskonfliktene har en A, som innehaver av grunnbokshjemmelen, to etterfølgende rettighetshavere. S har ervervet eiendommen fra A først, men forsømt å skaffe rettsvern ved å tinglyse. Så blir eiendommen enten omsatt en gang til en godtroende erverver B, eller den blir tatt utlegg i eller forsøkt inntatt i et konkursbo av en kreditor B. Vi får da to konflikter A – S – B. Spørsmålet i konfliktene er da om B kan ek스팅vere S sin rett.

Oppgaven tar for seg selvstendig rettsvernshevd, og spør om rettsvernet for eiendomsretten i en eiendom etter gjeldende rett kan hevdes slik selve eiendomsretten kan hevdes.

For å svare på dette er det disse to konfliktene som må tas under lupen. Spørsmålet blir så for det første *om* en regel om selvstendig rettsvernshevd kan oppstilles overfor en kreditor B og en omsetningserverver B, og for det andre *når* den kan oppstilles.

2,3: Hensyn

2,3,1: Kreditorbeslag ved konkurs, og hensyn

For at en eiendomsoverdragelse mellom A og hans suksessor S som er stiftet ved avtale skal kunne stå seg overfor konkurs, må ha S fått rettsvern for ervervet sitt¹⁴. Formålet med denne rettsvernsregelen er å forhindre kreditorsvik¹⁵.

Hensynene som skal ivareta at kreditorsvik ikke oppstår, er særlig hensynene til notoritet og publisitet.

Notoritetshensynet er ment å skulle ivareta det bevismessige rundt en disposisjon, slik at når en disposisjon er gjort notorisk, betyr det at det er mulig å kontrollere forholdene rundt den på en tilfredsstillende måte¹⁶. Publisitet vil si at ervervet er publikt, altså offentliggjort slik at det er mulig for andre å få innsyn i det¹⁷.

Årsaken til at det er akkurat disse to hensynene som best hindrer kreditorsvik er tanken om at når debitor begynner å få betalingsproblemer vil det være fristende å illojalt forsøke å unndra midler fra kreditorene.¹⁸ Det kan være han vil forsøke å kvitte seg med aktiva for å hindre at kreditorene får tak i dem, eller for å tilgodese en kreditor fremfor andre. Han kan for eksempel arrangere et salg, eller tilbakedatere det dersom det kan tenkes å bli rammet av omstøtningsreglene.¹⁹ Derfor må disposisjonene være notoriske og mulige å etterprøve slik at det kan sjekkes om de var reelle og lojale. I Forusstrandadommen formulerte Høyesterett det slik at:

‘Det er (...) nødvendig å kreve sikker dokumentasjon for de disposisjonene som er foretatt, blant annet når det gjelder innhold og tidspunkt for disposisjonen. Dette betegnes som krav om notoritet.’²⁰

Rettsvernsreglene er videre ment å være retts teknisk enkle²¹, og for at unødvendige prosesser i størst grad skal unngås er der lite rom for skjønn ved tolkningen av dem.²²

Derfor er det etter rettspraksis slik i norsk rett at det kun er den foreskrevne rettsvernsakten på området som fullt ut ivaretar hensynet til notoritet.²³ Slik blir da en suksessor S forhindret i å kunne føre beviser for at ervervet faktisk var reelt og lojalt.²⁴

Disposisjonen må også være publik. At ervervet gjøres offentlig tilgjengelig er ment å skulle sikre at en kreditor har mulighet til å se hva debitor foretar seg, og at han vil være bedre rustet mot illojale handlinger fra debitor ved at han lettere kan ta stilling til videre fremgangsmåte for å få inndrevet kravet sitt.

¹⁴ Jf tinglysningsloven § 23.

¹⁵ Jf HR-2017-33-A, avsnitt 31 og 40.

¹⁶ Mads Henry Andenæs, Konkurs, 2012, s 245.

¹⁷ Kåre Lilleholt, Legitimasjon, publisitet og notoritet, Jussens Venner 1996 s 69-97, s 70.

¹⁸ Salvesen, 2021, s 48.

¹⁹ Jf dekningsloven kap 5.

²⁰ HR -2017-33-A, avsnitt 31.

²¹ Se også punkt 2,4,2

²² Rt 1997, s 1050, på s. 1054 og Rt 1998, s 268, på s 275.

²³ Rt 1997, s 1050, på s 1054: ‘Rettsvernsreglene gjelder absolutt’.

²⁴ Salvesen, 2021, s 51.

Ved tolkningen av kreditorstinksjonsbestemmelsene, er disse hensynene helt sentrale.²⁵

2,3,2: Godtroerverv og hensyn

Utgangspunktet er at en erverver ikke kan få bedre rett enn det som selgeren har. Ved omsetningsekstinksjoner vil derfor legitimasjonshensynet være viktig, og er knyttet til kravet om god tro, jf. tinglysingsloven § 21 første ledd. Med legitimasjon menes ‘et ytre skinn av rett’²⁶ som gjør at noen får en grunn til å oppfatte en selger som den rette eieren av godet. Dette kan være at han for eksempel bærer med seg et løseøre, eller noe annet som gir omverdenen inntrykk av at han innehar retten. Dersom han har grunnbokshjemmelen til en eiendom, vil virkningen av dette være at han har ‘full’ legitimasjon²⁷, og en sterk indikasjon på kjøperens gode tro.

I tinglysingsloven § 21 første ledd og § 27 kommer det til uttrykk at legitimasjon både er et hensyn og et vilkår for godtroerverv.

Videre knyttet til legitimasjonshensynet, er hensynet til grunnbøkens troverdighet. I NOU 1982: 17, side 50 uttales det at systemet med grunnboken skaper en ‘kunnskapskilde for faste eiendommers rettsforhold’, som er ment å skulle være til hjelp for en erverver og kreditor, slik at en letter omsetningslivet og realkreditten, og at tvister om rettigheter slik unngås.²⁸

Vanligvis tenker man på den positive troverdigheten – at en godtroende erverver skal kunne stole på at det som står registrert også stemmer – som den rettslige troverdigheten og den negative – at en skal kunne regne med at det som ikke er registrert heller ikke skulle vært det – som den faktiske troverdigheten²⁹. Formålet med tinglysing er da å skape et troverdig registersystem, slik at rettssubjektet kan handle i tillit til at det som er oppført der stemmer³⁰. Ved å stole på den negative troverdigheten har en godtroende erverver da gjort det han skulle, og det er dette som gjør at han vinner rett. Er den eldre retten da ikke tinglyst, vil den godtroende erververen ekstingvere denne når sikringsakten er gjort, jf. tinglysingsloven § 21, jf. 20. Den fulle legitimasjonen til avhenderen gjelder overfor en B frem til første suksessor S har fått tinglyst ervervet, og slik fått fratatt avhenderen legitimasjonen.

Allikevel er det slik at lovgiver godtar skår i grunnboken. Hevdsinstituttet er et slik skår³¹, tinglysingsloven § 27 annet ledd et annet, og videre er det ingen plikt å tinglyse. Til gjengjeld oppstiller loven klare konsekvenser for den som forsømmer å tinglyse. Samlet sett vil disse hensynene til den godtroende erverver måtte ilegges vekt ved regeldannelse.

²⁵ Marthinussen, 2017, s. 75.

²⁶ Lilleholt, Legitimasjon, publisitet og notoritet, Jussens venner, 1996, s 69-97, s 70.

²⁷ Lilleholt, 1996, s. 76.

²⁸ Også Austenå, Harbek og Solem, Tinglysing, 1990, s 192: ‘Denne informasjonen (tinglysingsordningen) vil for den interesserte være en vesentlig del av hans beslutningsgrunnlag’.

²⁹ NOU 1982: 17, s. 51

³⁰ NOU 1982: 17, s 50.

³¹ Ot. Prp. Nr. 9 (1935), s 37

2,3,3: Koherens

Hensynet til koherens vil spille inn i begge typetilfellene over. Fordi det i norsk rett er en funksjonell tilnærming til eiendomsretten (jf punkt 2,1) så er rettsvernsreglene et fragmentert rettsområde, med mange ulike lovbestemmelser om godtro – og kreditorekstinksjon. Begge disse posisjonene vil ha et behov for å kunne beregne sin rettsstilling, og dersom en rettsanvender tar med et koherenshensyn til grunn for løsningen av et rettslig spørsmål, kan det gjøre det lettere for ham å komme frem til et resultat som samsvarer med de øvrige reglene på området. De hensynene og prinsippene som ligger bak de lovfestede reglene bør under et slikt hensyn til koherens, i tillegg til å få vekt ved tolkningen av lovbestemmelser, også spille inn på hvilke hensyn som er relevante å ta med ved løsningen av et spørsmål på ulovfestet område.³²

Hensynet skal altså være med og danne en sammenheng i rettsreglene på området, særlig de lovfestede, men også eventuelle ulovfestede. Et koherenshensyn gir slik anvisning på at dersom en lovbestemmelse x tolkes som å gi tolkningsresultat y, så bør også lovbestemmelse z ved like tilfeller også gi tolkningsresultat y³³. Og videre på uregulert område må da reglene og prinsippene som styrer dem, bygge på en konsekvensbetraktning fra de lovfestede tilfellene slik at det oppnås en sammenhengende struktur.

2,3,4: Andre hensyn – hensynene som begrunner hevd, og klanderhensyn

I HR-2021-1773-A oppstilles det to hevdsvilkår som må være oppfylt for å oppstille selvstendig rettsvernshevd, ‘som sin’, og ‘hevdstid’.³⁴ Hensynene som begrunner disse vilkårene vil da også gjøre seg gjeldende for selvstendig rettsvernshevd..

Begge vilkårene er begrunnet i verdien av å bevare allerede etablerte rettsforhold, og at det ikke er ønskelig ut ifra samfunnsmessige synspunkter å bryte opp i slike festnede ordninger. På denne måten tjener hevdten som en erstatning for vanlig bevisføring for ektheten av et eiendomsforhold³⁵, og har vært en viktig form for erverv i ‘landsens forhold’.³⁶

Til sist kan det nevnes et hensyn som må vurderes til ulempe for den som er å klandre for at en tvist oppstår. At den av partene i en konflikt som kan klandres for at den har oppstått, heller ikke bør tilgodeses, er trukket frem av blant annet Marthinussen.³⁷ Som han påpeker kommer dette hensynet også til uttrykk i tinglysingsloven § 20, ettersom det faktisk er nedfelt der at en eldre rett taper mot en yngre dersom en rettsvernsakt ved tinglysing ikke er foretatt.

³² Salvesen, 2021, s 53, og Marthinussen, 2003, s267-268.

³³ Marthinussen, 2003, s 267 -268.

³⁴ HR-2021-1773-A, avsnitt 73

³⁵ Thor Falkanger, Tingsrett, 2005, s 283.

³⁶ Ot. Prp. Nr 9 (1935) s 37.

³⁷ Marthinussen, 2003, s 269 og s 274-

2,4: Metode

2,4,1: Rettsdogmatikk

Avhandlingen vil basere seg på en rettsdogmatisk metode. Dette vil si å systematisk redegjøre for gjeldende rett på området, gjennom å analysere rettskildematerialet, for derigjennom å se hva slags grunnlag dette gir for å besvare problemstillingen.³⁸ Den rettsdogmatiske metoden er ikke som sådan annerledes enn den juridiske metoden som er kjent fra faget ellers, og forståelsen av det som er gjeldende rett må begrunnes innenfor rammene som er satt av metodereglene, og på en måte som er kjent for det juridiske fellesskapet.³⁹ Tolkningen av gjeldende rett må da være basert på vitenskapelige idealer, slik at den kan etterprøves.

I en rettsdogmatisk avhandling tas det ikke stilling til en konkret tvist, slik som det er for domstolene. Derfor kan en rettsdogmatiker ta stilling til gjeldende rett innenfor et videre spekter, og gjøre rede for rommet for argumentasjon som kan finnes på området. Slik sett kan avhandlingen heller enn å spå hva Høyesterett vil lande på i fremtiden, peke på mulige fremtidige løsninger innenfor dette rommet⁴⁰.

Slik må en rettsdogmatisk avhandling vise til hva som finnes av relevante kilder på området, og ta stilling til et rettslig spørsmål på bakgrunn av dette⁴¹.

2,4,2: Metode på formuerettens område

Ved tolkning av rettsvernsregler gjelder en positivistisk metodisk tilnærming. Det er mindre rom for rimelighetsbetraktninger, og betraktninger om hva som i en konkret sak ville ha vært et 'rettferdig' resultat enn på andre rettsområder. Årsaken til dette er ønsket om å ha rettsregler som er retts teknisk enkle, og som det derfor er enkelt for rettssubjektene å forholde seg til – analogier, eller tolkninger som utvider eller innskrenker lovens ordlyd skal helst unngås. Marthinussen sier det slik at: ⁴²

'Rettsvernsregler skal tolkes og anvendes på en «firkantet» måte, der det ikke er rom for å vurdere om resultatet er rimelig. Når reglene rammer så hardt, og uten rom for skjønsmessige tilpasninger, er det av rettsikkerhetshensyn særlig problematisk å tolke dem utvidende'.

³⁸ Salvesen, 2021, s 31, og Synne Sæther Mæhle, Jussens venner 2004 s. 329-342, s 329.

³⁹ Synne Sæther Mæhle, Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?, Jussens Venner 2004, s. 329-342, s 333.

⁴⁰ Salvesen, 2021. s 33-34.

⁴¹ Hans Petter Graver, Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikk, TfR 2008, s. 149-178, s 159: 'Vitenskap er systematisk viten. Rettsvitenskapelige tekster må derfor, for å være vitenskapelige, ha formål utover det å ta standpunkt til rettsspørsmål, som systematisering av et rettsmateriale, utvikling av begreper, utprøving av påstander om gjeldende rett i forhold til et bredere materiale enn tidligere eller på nye områder, etc. Formålet kan således være å komme frem til standpunkter om rettsspørsmål, men vel så mye å teste holdbarheten av de standpunkter andre har inntatt i praksis eller teori, i lys av en systematisk utprøving av begreper, teorier og begrunnelser.'

⁴² Hans Fredrik Marthinussen, Jussens venner 2017 s. 67-97, s 71.

På tross av dette kom Høyesterett i Hr- 2021- 1773-A til at en regel om selvstendig rettsvernshevd overfor en utleggstaker kunne oppstilles etter en utvidende tolkning av tinglysingsloven §21 annet ledd annet punktum⁴³. Det metodiske utgangspunktet er riktignok klart, men det kan spørres om Marthinussens syn bør modereres noe. Det kan også være at det kun er ved tilfellene som oppstår ved selvstendig rettsvernshevd at dette gjelder.

Høyesterett har i spesielt tre avgjørelser⁴⁴ på nitti-tallet gitt uttrykk for at det på dette området skal gjelde firkantede regler hvor loven skal forstås etter sin ordlyd.

2,4,2,1: Rt 1994, s. 1447

I Rt 1994, s 1447 var saksforholdet at en utbygger av boliger hadde gått konkurs etter å ha solgt en rekke tomter. Tomtekjøperne hadde betalt for tomtene og fått skjøter, men var enda ikke blitt tinglyst på tidspunktet for konkursen⁴⁵. Konkursboet ønsket da i medhold av tinglysingsloven § 23 å trekke de solgte boligene inn i boet for å realisere verdiene. Lagmannsretten satte til side konkursboets krav under henvisning til konkursloven § 99 annet ledd nr 3.

Høyesterett kom til at konkursloven § 99 annet ledd nr 3 ikke kunne forstås slik at den kunne brukes til å sette til side et vedtak av en bostyrer som var gjort etter en slik klar bestemmelse som tinglysingsloven § 23⁴⁶, og videre at:

‘Det vil etter min mening være lite konsekvent om man på den ene siden har klare og strenge regler om hva som kreves for rettsvern i konkurs, men på den annen side tolker reglene om skifterettens omgjøringsadgang slik at de åpner mulighet for å innskrenke kreditorenes beslagsrett i forhold til det som følger av rettsvernsreglene (...) Jeg peker særlig på at det kan gi usikkerhet og være prosessfremmende om klare rettsvernsregler her blir supplert med en adgang til etterfølgende rimelighetsprøving fra skifterettens side.’⁴⁷

2,4,2,2: Rt 1997, s. 1050

I Rt 1997, s. 1050 (Momentum) var saken at Momentum hadde solgt aksjer til Cabanco. Sistnevnte hadde betalt for aksjene, og det var ingen tvil om ervervet, men kontoføreren som hadde oppfattet regelverket feil, nektet å overføre aksjene til Cabancos verdipapirkonto. Dermed var ikke rettsvernsakten etter daværende verdipapirsentrallov § 5-3 oppfylt. I mellomtiden hadde Momentum gått konkurs. Det var ikke spørsmål om realiteten ved handelen, som det kunne føres gode beviser for. Spørsmålet for Høyesterett var da om

⁴³ HR- 2021- 1773- A, avsnitt: (?) Analyse av dommen følger i punkt (?)

⁴⁴ Rt. 1994 s. 1447, Rt 1997, s 1050 (Populærnavn: Momentum) og Rt. 1998 s. 268 (Populærnavn: Cruise Charter, eller Dorian Grey).

⁴⁵ I tinglysingsloven § 23 står det at en rettsstiftelse må være registrert ‘senest dagen før konkursåpningen’ for å kunne stå seg overfor konkurs. Konkursen behøver dermed ingen egen tinglysing, selv om det etter konkursloven § 79 er slik at

⁴⁶ Rt 1994, s 1447, på side 1450.

⁴⁷ Rt 1994, s 1447, s 1450-1451.

konkursboet kunne ekstingvere retten til aksjene i henhold til tinglysningsloven § 23, eller om det kunne gjøres unntak ettersom overdragelsen utvilsomt var reell. Høyesterett uttalte her at:

‘Det klare utgangspunkt er at *rettsvernsreglene gjelder absolutt*, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene⁴⁸’ (min kursivering).

Igjen så vektlegger Høyesterett retts tekniske enkle hensyn, slik at en i størst mulig grad unngår å få denne type saker for retten på grunn av usikkerhet rundt spørsmålene.

2,4,2,3: Rt 1998, s. 268

Dette er også vektlagt i den såkalte Cruise Charter/ Dorian Grey – dommen, Rt 1998, s 268, der saken var at Gjensidige forsikring etter å ha utbetalt erstatning etter dommen om skipet Dorian Grey i henhold til vilkår for forsikringen da hadde rett på å overta eiendomsretten til skipsvraket for uthenting av de verdier som var igjen der. Etter at erstatningen ble utbetalt, men før Gjensidige hadde sikret seg rettsvern for vraket, gikk selskapet som eide skipet, Cruise Charter, konkurs. Bostyrer mente derfor at vraket kunne trekkes inn i boet for realisering av verdier til kreditorene. Høyesterett uttalte:

‘Spørsmålet blir så om det kan tenkes ulovfestede unntak fra kravet om registrering i sjøloven § 25 første ledd i tilfeller hvor det avtalebaserte erverv langt på vei ivaretar de sentrale hensyn bak registreringskravet, særlig notoritetshensynet og betydningen av å unngå kreditorsvik. Etter min mening er det sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere dette spørsmål i den enkelte sak, vil man nokså snart komme inn i meget problematiske grensedragninger. Hensynet til en objektiv og retts teknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak.’⁴⁹

Høyesterett hentet støtte for sitt standpunkt i Momentum-dommen, og siterte derfra at ‘det klare utgangspunktet er at rettsvernsreglene gjelder absolutt’, og at det ikke er slik at hensynene bak reglene nødvendigvis tilsier at en oppnår det som ellers ville blitt sett på som et rimelig resultat.

Rettspraksis er på dette området dermed entydig på at ved tolkning av rettsvernsreglene som beskytter kreditor skal hensynene som begrunner dem – som er der for å oppfylle reglenes formål om å unngå kreditorsvik - vektet tungt. Derfor er det ikke er rom for konkrete vurderinger fra sak til sak. At notoriteten for en overdragelse ivaretas av at den tinglyses, er også gjentatt av Høyesterett i Forusstranda-dommen.⁵⁰

⁴⁸ Rt 1997, s 1050, s. 1054- 1055.

⁴⁹ Rt 1998, s 268.

⁵⁰ HR-2017-33-A, avsnitt 31.

3 Juridisk teori, og rettskildene

3,1: Juridisk teori

Juridisk teori har i seg selv ingen rettskildevekt, men kan inneholde god eller dårlig argumentasjon, for eller mot et standpunkt, alt etter hvilke rettskilder den bygger på.⁵¹ En ser også at Høyesterett somme tider refererer til standpunkter som er tatt i teorien⁵². For den videre fremstillingen er det derfor interessant med en oversikt over hva ulike teoretikere har lagt til grunn angående temaet, for å få et inntrykk av hvordan en regel om selvstendig rettsvernshevd har blitt oppfattet i det juridiske miljøet. I de etterfølgende punktene vil jeg videre se på hvordan temaet har blitt behandlet i rettskildene, og i rettspraksis.

3,1,2: Brækhus og Hærem

Forfatterne legger til grunn at selvstendig rettsvernshevd og den aksessoriske rettsvernshevd følger av tinglysningsloven § 21 annet ledd annet punktum, og går ut på det samme. De omtaler begge størrelsene som 'rettsvernssurrogater':

'Endelig kan hevden ha betydning som rettsvernssurrogat. (...) Denne beskyttelsen som tilkommer hevderen, må også de nyte godt av som har forsømt å tinglyse en rett som de har ervervet på normalt vis, men som de har utøvet i hevdstid.'⁵³

Brækhus og Hærem syn er at vilkårene for at en regel om selvstendig rettsvernshevd kan oppstilles er 'utøvelse i hevdstid', altså tid og bruk. De legger ikke til grunn et vilkår om god tro, da ervervet er gjort 'på normalt vis'.

3,1,3: Fleischer

Carl August Fleischer⁵⁴ berører spørsmålet i sin artikkel Tinglysing fra 1968, og da under avsnittet for hevd. Hevden, skriver Fleischer, 'tjener ofte til utfylling av en mangelfull adkomst, der hevderen i og for seg hadde papirene i orden'⁵⁵, og som bøter på mangelfulle opplysninger om eierforholdene til en eiendom. Dette gjelder slik loven er selv om hevderen kan være å bebreide for at det ikke er tinglyst, og selv om det ikke i seg selv virker rimelig.

Han legger til grunn at selvstendig rettsvernshevd kan oppstilles som en regel, men at det – lik hevdsinstituttet – kan gi noen resultater som er urimelige. Også Fleischer går ut fra at

⁵¹ Marthinussen, 2003, s 272-273.

⁵² For eksempel HR 2017, 33-A, avsnitt 61, og HR 2021, 1773-A avsnitt 42.

⁵³ Brækhus og Hærem, 1964, s 571 og s 448-449.

⁵⁴ Carl August Fleischer, Tinglysing, Jussens Venner 1968, 269 -321.

⁵⁵ Fleischer, 1968, s 299.

selvstendig rettsvernsherd følger av en logisk slutning fra det mer til det mindre, ettersom det ikke er mindre grunn til å beskytte noen med lovlig adkomst fremfor en som ikke har hatt det.

Men ifølge Fleischer bør hensynene for selvstendig rettsvernsherd avveies mot hensynene til godtroende avtaleerhverver⁵⁶.

3,1,4: Falkanger

Falkanger har det samme utgangspunktet om at en rett som er ervervet på lovlig vis ikke bør stå tilbake for en rett som i utgangspunktet er tilegnet seg ulovlig:

‘Man hevder altså rettsvern, og dette prinsipp bør også komme den til gode som har en gyldig stiftet rett, men har unnlatt å tinglyse.’⁵⁷

Her begrunner Falkanger sitt syn med det en må si er en utvidende tolkning av tinglysingsloven § 21 annet ledd – at bestemmelsen også omfatter selvstendig rettsvernsherd i tillegg til den aksessoriske (‘også utenfor de virkelige hevdservver’).⁵⁸

Det er også Falkangers oppfatning at argumentasjonen om at en hevder eller rettmessig eier *burde* ha tinglyst, ikke ligger ‘til grunn for tinglysingsloven § 21 annet ledd’. Etter hans mening er da en eldre rettighetshavers eventuelle klander, ikke noe som kan påberopes som et grunnlag for ekstinksjon av den eldre retten.

Falkanger kan også leses slik at en oppdeling av funksjoner i ‘aksessorisk’ og ‘selvstendig’ rettsvernsherd ikke er mulig etter tinglysingsloven § 21, men at det ene følger det andre.

3,1,5: Lilleholt

Lilleholt viser til interessen som samfunnet har i at rettsforholdene omkring fast eiendom er stabile, dersom det er slik at disse har vart så lenge at de må sies å være festnede⁵⁹. Dette er samme hensyn som begrunner hevdsinstituttet, og at i forbindelse med selvstendig rettsvernsherd så er det disse som bør vurderes:

‘Det er like viktig at en rett som bygger på et selvstendig grunnlag kan sikres gjennom hevdsreglene, og i slike tilfeller får retten samme vern som en som bare bygger på hevd⁶⁰’.

3,1,6: Høgetveit Berg

Høgetveit Berg har behandlet spørsmålet både i sine kommentarbøker til hevdsloven og til tinglysingsloven (sistnevnte sammen med Bråthen Otterbech), samt i sin artikkel

⁵⁶ Jf tinglysingsloven § 21, 2 ledd, 2 punktum.

⁵⁷ Thor Falkanger, Tingsrett, 2005, s 283.

⁵⁸ Falkanger, 2005, s 305-306.

⁵⁹ Kåre Lilleholt, Allmenn formuerett, 2012, s 136.

⁶⁰ Lilleholt, 2012, s 138.

Rettsvernshævd fra 2003.⁶¹ Ifølge ham er det slik at uttrykket ‘rettsvernssurrogat’ omfatter både den aksessoriske og selvstendige rettsvernshævd.

For at selvstendig rettsvernshævd kan skje må ifølge Høgetveit Berg øvrige vilkår for hævd være oppfylt – i tillegg til å måtte bevise at hævd ville vært fullført dersom hævderen ikke hadde hjemmel til eiendommen, må han ha hatt eksklusiv bruk.⁶²

3,1,7: Marthinussen

Marthinussen har uttrykt skepsis mot eksistensen for en regel om selvstendig rettsvernshævd. Det er særlig reelle hensyn som har begrunnet hans standpunkt⁶³.

I etterkant av Hr 2017- 33 – A (Forusstranda), hvor Høyesterett uttalte at det der ikke var grunnlag i det tilfellet for å oppstille en regel om selvstendig rettsvernshævd, har Marthinussen i en artikkel fra 2017⁶⁴ hevdet at grunnlaget for en generell regel da trolig ikke var tilstede. Hensynet til grunnbokens troverdighet blir for ham det bærende hensynet.⁶⁵

Allikevel åpner han for at dommen kan tolkes slik at den avgrenser mot rettsvernshævd i de tilfellene som er like problemstillingen i den saken⁶⁶. Men dette legger han ikke avgjørende vekt på, da det bryter med kravene til klare regler på området, slik som Høyesterett har lagt opp til i Momentum og Cruise Charter – dommene.

3,1,8: Salvesen

Salvesen skrev i etterkant av Marthinussens artikkel fra 2017 et tilsvaret til denne, der han imøtegikk Marthinussens oppfatning om statusen til selvstendig rettsvernshævd i etterkant av Forusstranda-dommen⁶⁷. Han er enig med Marthinussen i at selvstendig rettsvernshævd ikke kan utledes av en utvidende tolkning av tinglysningsloven § 21 annet ledd annet punktum, men mener at den kan etableres på et ulovfestet grunnlag.

Også retts tekniske hensyn mener han bør støtte en regel om selvstendig rettsvernshævd, fordi de tilfellene hvor ekte hævd forekommer ikke er vesensforskjellige fra tilfellene med rettsvernshævd, men dersom vi da ikke kan oppstille selvstendig rettsvernshævd vil dette gjøre at det får rettslig betydning om retten har derivativt grunnlag eller er hevdet.⁶⁸

3,2: Rettskildene

⁶¹ Høgetveit Berg, Rettsvernshævd, Jussens Venner 2003 s202.

⁶² Høgetveit Berg, 2003, s 203

⁶³ Hans Fredrik Marthinussen, ‘Hævd som rettsvernssurrogat?’, Jussens Venner 2003 s 264- 275, s 266.

⁶⁴ Hans Fredrik Marthinussen, Forusstranda: Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshævd og formuesrettslige metodespørsmål, Jussens Venner 2017, s 67 -97.

⁶⁵ Marthinussen, 2017, s 89.

⁶⁶ Marthinussen, 2017, s 92,

⁶⁷ Sverre M B Salvesen, Selvstendig rettsvernshævd i lys av Hr 2017, 33-A, Jussens Venner 2018, s 205-226.

⁶⁸ Salvesen, 2018, s 219

Tinglysingsloven fra 1935 inneholder ikke en egen bestemmelse om selvstendig rettsvernshevd, og det er heller ikke særskilt nevnt i forarbeidene til loven. Temaet er behandlet i forarbeidene til hevdslova, og utredningen for ny tinglysingslov fra 1982. Spørsmålet er så om disse utredningene kan betraktes som relevante rettskilder for å avklare gjeldende rett for selvstendig rettsvernshevd, og i så fall med hvilken tyngde.

3,2,1: Forarbeidene til hevdslova

Selvstendig rettsvernshevd er behandlet spesifikt i NUT 1961: 1, Rådsegn 6. Proposisjonen som utvalget la grunnlaget for, Ot prp. Nr. 30 (1965- 1966) nøyer seg med å gjenta det utvalget har skrevet om emnet. I Rådsegn 6 står det:

‘Ei ugild avtale kan ikkje stå sterkare enn ei som i alle måtar er rettgild. Rettsvernshevd vert såleis ein sjølvstendig skipnad reint logisk. Men hevdsreglane her er dei same som elles i eigedomshevd og brukshevd, og rettsvernshevd er ikkje særskilt lovgjevingsemne⁶⁹.’

Marthinussen har påpekt at forarbeidene til hevdsloven ikke er en ‘egentlig rettskilde ved tolkningen av den eldre tinglysingsloven’, og at den ‘logiske slutningen’ som Rådsegn 6 legger opp til ikke kan trekkes lengre enn formålet bak tinglysingslovens bestemmelse om vanlig hevd.⁷⁰

Han har allikevel i en tidligere artikkel kommentert sivillovutvalgets uttalelser, og da spesifikt siste delsetning i sitatet over om at ‘rettsvernshevd er ikkje særskild lovgjevingsemne’.

Hans oppfatning var der at utvalget med dette må ha ment det ikke var meningen å åpne opp for en regel om rettsvernshevd.⁷¹ Høgetveit Berg har også kommentert denne uttalelsen, men han er av den oppfatning at utvalget med dette skriver at selvstendig rettsvernshevd ikke lå innenfor deres mandat å vurdere⁷².

Det er en uttalelse som det ikke umiddelbart er så lett å bli klok på, men det er etter mitt syn vanskelig å forstå den slik at den stenger for selvstendig rettsvernshevd, all den tid utvalget i setningene rett forut for denne bruker tid på å forklare at selvstendig rettsvernshevd er en ‘sjølvstendig skipnad reint logisk’. Derfor er det Høgetveit Bergs standpunkt angående dette som det for meg er det letteste å godta, da utvalget kan ha ment å overlate det nærmere innholdet i en slik regel til rettspraksis eller lovgivning på et annet område.

Heller ikke flertallet i Hr 2021- 1773- A har forstått det på annen måte enn at utvalget her åpnet for selvstendig rettsvernshevd – i denne avgjørelsen er utvalgets uttalelse inntatt i flertallets begrunnelse for sitt syn, idet det viser til Rådsegn 6, side 6⁷³:

‘Disse uttalelsene viser at Sivillovbokutvalet forutsatte at § 21 andre ledd andre punktum kommer til anvendelse både der hevd er eneste grunnlaget for retten, og der hevd «sløkkjer ut

⁶⁹ Rådsegn 6, s 6.

⁷⁰ Marthinussen, 2017, s. 89

⁷¹ Marthinussen, 2003, s 267

⁷² Høgetveit Berg, Hevd, 2005, s. 202.

⁷³ HR-2021-1773-A, avsnitt 46.

motsegner» mot andre stiftelsesgrunnlag (...) Utvalget forutsetter altså at en erverver med annet stiftelsesgrunnlag enn hevd vil kunne «hevde» rettsvern på selvstendig grunnlag. Sivillovbokutvalet redegjør ikke nærmere for grunnlaget for regelen, men ut fra sammenhengen leser jeg det slik at regelen om selvstendig rettsvernshevd knyttes tett opp til hevdsunntaket i § 21 andre ledd andre punktum og utledes som en logisk konsekvens av denne bestemmelsen.’

Videre legger Høyesterett i avsnitt 50 vekt på Rådsegn 6 som en rettskilde for å finne rekkevidden av hevdsunntaket i tinglysingsloven, i mangel av konkrete autorative kilder.

Etter denne avgjørelsen må Rådsegn 6 kunne legges til grunn som en relevant og viktig rettskilde for å finne rekkevidden av en regel om selvstendig rettsvernshevd.

3,2,2: Nou 1982: 17, ‘Ny tinglysingslov’.

Utredningen står i en særstilling ettersom den aldri resulterte i en ny tinglysingslov. Slik sett er det ikke et egentlig ‘forarbeid’. Generelt er det også slik at en offentlig utredning vil ha mindre verdi enn forarbeider som ligger nærmere opp til vedtakelse av loven, men hvordan disse ville vært vites jo ikke. Spørsmålet har da vært hvilken rettskildemessig verdi utredningen kan ha.

Marthinussen har ment at utkastet neppe kan ha større vekt enn annen juridisk teori,⁷⁴ at det snarere må ses på som en form for etterarbeid, og ikke ilegges vekt utover dette.

Likevel er utvalget brukt som mønster for registerreglene i luftfartsloven og burettslagslova. Derfor er det Lilleholts oppfatning at det har fått en særlig tyngde som rettskilde.⁷⁵ Ettersom tinglysingsutvalget på denne måten har lagt grunnlaget for rettsvernsregler på andre områder enn fast eiendom, kan det spørres om det må få en større tyngde enn et vanlig teoretisk arbeid ellers.

I HR- 2021- 1773- A bekrefter Høyesterett at i tillegg til Rådsegn 6, må også tinglysingsutvalgets uttalelser få vekt ved fastleggelsen av rettstilstanden for selvstendig rettsvernshevd⁷⁶:

‘Selv om uttalelsene i utredningene fra Sivillovbokutvalet og Tinglysingslovutvalget ikke utgjør forarbeider til hevdsunntaket i tinglysingsloven må de, siden rekkevidden av hevdsunntaket ikke er endelig avklart i autoritative rettskilder, tillegges vekt ved fastleggelsen av rettstilstanden. Uttalelsene er avgitt av sakkyndige lovutvalg og inneholder balanserte avveininger av de hensyn som gjør seg gjeldende. Det gjelder heller ikke et rettsområde der særlige hensyn taler mot å legge vekt på denne type ‘etterarbeider.’’

Høyesterett er altså enige med Marthinussen i at utvalgets uttalelser kan betegnes som etterarbeider, men mener at arbeidet som er gjort der, er av en slik kvalitet at det kan

⁷⁴ Marthinussen, 2003, s 271.

⁷⁵ Lilleholt, Allmenn formuerett, 2012, s 149.

⁷⁶ HR-2021-1773-A, avsnitt 50.

vektlegges. Etter uttalelsene her, må det etter mitt syn være klart at tinglysingsutvalget kan vektlegges som rettskilde ved spørsmål om selvstendig rettsvernshevd, og da også for å fastslå rekkevidden av denne i en drøftelse om den også kan oppsettes overfor en konkurskreditor og en godtroende erverver.

3,2,4: Rt 2015, s 120

Saken dreide seg om omfanget til en hevdet veirett, og om bruken av den måtte tas til inntekt for rettighetens innhold. Det var altså ikke et sakskompleks som direkte knyttet seg til selvstendig rettsvernshevd, men dommen er interessant fordi den berører spørsmål som har verdi for temaet.

Rettens uttaler at det er et nært forhold mellom stiftelsesgrunnlagene avtale og hevd:

‘Dertil kommer at en hevdet bruksrett ofte har et avtalerettslig grunnlag som det kan være vanskelig å føre bevis for. I slike tilfeller vil det i realiteten være rettsvernet og ikke selve rettigheten som er hevdet. Videre kan ulike stiftelsesgrunnlag i praksis gli over i hverandre’⁷⁷

Dette kan da ha betydning for hvordan vi skal forstå hevden og hvilken virkning denne forståelsen får. Saken ble referert til i HR-2021-1773-A, som er omtalt under i punkt 3,2,6.

3,2,5: Hr 2017- 33 - A (Forusstranda)

Da selskapet Sønnichsen As gikk konkurs i 2012, hadde det etter diverse utfisjoner og fusjoner overdratt en rekke faste eiendommer til datterselskapene, og videre til tredjemann. Ingen av overdragelsene var tinglyst, og konkursboet gjorde derfor krav på eiendommene under henvisning til tinglysingsloven § 23.

Blant spørsmålene for Høyesterett var om et av de overtagende selskapene, Forusstranda Næringspark As, hadde fått rettsvern for to av eiendommene, som det hadde eid i over 20 år men aldri tinglyst, etter en regel om selvstendig rettsvernshevd.

Det gikk frem av faktum i saken at Forusstranda var fullt klar over at eiendomsoverdragelsene aldri var tinglyst, og at dette skyldtes et ønske om å unngå å betale dokumentavgift.

Unnlåtelsen var dermed fullt bevisst. Høyesterett mente på denne bakgrunnen at det ikke var foranledning til å drøfte en regel om selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag.⁷⁸

Spørsmålet var så om den som fullt bevisst unnlot tinglysning av økonomiske grunner likevel skal oppnå rettsvern etter en regel om selvstendig rettsvernshevd overfor konkurskreditor, noe Høyesterett svarte avkrefte på.

Dermed ble drøftelsen avgrenset mot annet enn slike situasjoner, og mot å drøfte eksistensen av en regel om selvstendig rettsvernshevd generelt. Derfor var rekkevidden av og virkeområdet til en slik regel ikke avklart i og med dommen..

⁷⁷ Rt, 2015, s 120, avsnitt 34.

⁷⁸ HR-2017-33-A, avsnitt 57-58. Dette kan bidra til å svekke avgjørelsens prejudikatvirkning på området for selvstendig rettsvernshevd, se Boe, 2012, s 142.

Allikevel tok dommen klart stilling til at selvstendig rettsvernshevd ikke kan oppstilles i situasjoner hvor innehaveren av den eldre retten fullt bevisst unnlater å tinglyse av økonomiske grunner. Et spørsmål blir da om den kan sies å oppstille en yttergrense for rekkevidden av en slik regel, som da vil gå ved denne type situasjoner.

Etter mitt syn er dommen i seg selv klar på at grensen for når en regel om selvstendig rettsvernshevd kan oppsettes, må gå ved de tilfellene hvor tinglysing bevisst ikke er foretatt, av økonomiske grunner. Dermed stiller den opp en avgrensing av rekkevidden til selvstendig rettsvernshevd. Noe annet er det selvsagt å betrakte den slik som Høgetveit Berg gjør, at den bygger på feil premisser og mangelfull drøftelse av de hensynene som begrunner selvstendig rettsvernshevd.⁷⁹

Et spørsmål er da om og eventuelt i hvilken grad, kjennelsen i HR-2021-1773-A innebærer en fravikelse av Forusstranda-dommen.

3,2,6: HR- 2021- 1773- A

En utleggsdebitor hadde solgt en eiendom i 1998, til en kjøper som hadde aldri tinglyst ervervet.. I 2019 tok så en av selgers kreditorer, Bank Norwegian, utlegg i eiendommen under henvisning til prioritetsregelen i tinglysingsloven § 20.

Kjøperen protesterte mot at Bank Norwegian kunne ta utlegg, og begjærte omgjøring idet han viste til at han hadde eid og brukt eiendommen i over 20 år, og hadde oppnådd rettsvern etter en regel om selvstendig rettsvernshevd.

Flertallet tok utgangspunkt i prioritetsregelen i tinglysingsloven § 20 første ledd, og at en tinglyst rett i fast eiendom etter bestemmelsen går foran en utinglyst rett:

‘Når et dokument er registrert, går det rettserverv som dokumentet gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle foran rettserverv som ikke er registrert samtidig eller tidligere.’

Et unntak fra denne bestemmelsen er tinglysingsloven § 21 annet ledd for lovbestemte rettigheter, og for hevd i annet ledd annet punktum:

‘For andre lovbestemte rettigheter enn pant har tinglysing ingen betydning, hvor ikke annet er særlig bestemt. Det samme gjelder rettserverv ved hevd.’

Kjøperen hadde anført at unntaket i § 21 annet ledd annet punktum også måtte få anvendelse for en avtaleerverver som har eid eiendommen i hevdstid.

Spørsmålet for Høyesterett var så om det var grunnlag for å oppstille et slikt unntak for selvstendig rettsvernshevd fra § 20, enten gjennom en tolkning av hevdsunntaket i § 21 annet ledd annet punktum eller på ulovfestet grunnlag.⁸⁰

⁷⁹ Høgetveit Berg, 2021, s 364.

⁸⁰ HR-2021-1773-A, avsnitt 32-33.

Høyesterett tok utgangspunkt i ordlyden i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, og fastslo at den språklig sett i utgangspunktet kun dekker tilfeller hvor ervervet er gjort ved hevd, og at rettserverv med et annet stiftelsesgrunnlag faller utenfor.⁸¹

Så gjennomgår Høyesterett rettskildematerialet, og de spesielle hensynene som begrunner hevden, som det er redegjort for i Ot. Prp. Nr 9 (1935) s. 35-38. Proposisjonen uttaler at det etter gjeldende rett finnes rettsstiftelser som antas å ha rettsvern uten tinglysing, som forminsker grunnbokens negative troverdighet. Om hevd uttales det der at det 'for norsk retts del ville være forbundet med overveiende betenkeligheter å bringe hevden inn under tinglysingsreglene'. Deretter gjennomgås juridisk teori angående hevdsinstituttet,⁸² for å synliggjøre hva som var den rådende oppfatningen i det juridiske miljøet da hevdslova ble vedtatt, med vekt på at hevden i tillegg til å stifte ny rett, også er ment å verne om retter som alt er til. Så uttales det i avsnitt 43:

'At hevd også kunne påberopes til vern om bestående rettigheter, kan tilsi at «rettserverv ved hevd» ikke nødvendigvis var utelukket selv om hevdspretendenten skulle ha annen lovlig adkomst til eiendommen, for eksempel gjennom avtale.'⁸³

På denne måten kommer retten frem til hvilken betydning og innhold som den finner at det må legges til grunn at hevden hadde da hevdslova ble til.

Videre gjennomgås Rådsegn 6 sine uttalelser om selvstendig rettsvern (jf punkt 3,2,1), og retten viser i avsnitt 46 til at:

'Disse uttalelsene viser at Sivillovbokutvalet forutsatte at § 21 andre ledd andre punktum kommer til anvendelse både der hevd er eneste grunnlaget for retten, og der hevd «sløkkjer ut motsegner» mot andre stiftelsesgrunnlag. (...) Utvalget forutsetter altså at en erverver med annet stiftelsesgrunnlag enn hevd vil kunne «hevde» rettsvern på selvstendig grunnlag.'

Slik viser Høyesterett hvordan hevden også var å oppfatte som at den reparerte manglende opplysninger og beviser for fast eiendoms rettsforhold, slik også Falkanger har oppfattet det.⁸⁴ På denne måten blir hevd av rettsvern en logisk konsekvens av hensynene som begrunner hevden, og som da kan forankres i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum. Deretter gjennomgås de sentrale uttalelsene i Nou 1982:17, hvor det legges til grunn at selvstendig rettsvernshevd-regelen eksisterer.

⁸¹ HR-2021-1773-A, avsnitt 35.

⁸² Blant annet Gjelsvik, Norsk tingsrett, 3. utgave ved Erik Solem, 1936, s 356-357, og Brækhus og Hærem, 1964.

⁸³ HR-2021-1773-A, avsnitt 43.

⁸⁴ Falkanger, 2005, s. 283

Så går kjennelsen over til å diskutere rettspraksis. Den begynner med Rt 2015, s 120, og uttalelsene der om forholdet mellom ervervsformene hevd og avtale,⁸⁵ som retten oppfatter som så ‘nært’ at de i praksis ofte vil gli over i hverandre:

‘Dette er nettopp i tråd med synspunktene som ble fremholdt av Sivillovbokutvalet til støtte for at rettsserverv gjennom hevd og avtale må likestilles i relasjon til etablering av rettsvern’.⁸⁶

Dermed legger retten her, slik jeg ser det, til grunn at for etablering av rettsvern etter regelen om hevd i tinglysningsloven § 21 annet ledd annet punktum, så kan det ikke opereres med et skille mellom hevd og avtale, fordi de ofte følger og fulgte hånd i hånd. Dette begrunnes i at hevd, der det var uklarheter rundt en avtale eller ingen visste om en forelå, også tjente til å tapetsere over sprekkene og manglene til et eiendomsforhold, ved at den da ble det rettslige grunnlaget for eksistensen av det, slik som fremholdt av proposisjonen til tinglysningsloven og Rådsegn 6 til hevdslova. Slik sett blir det etter mitt syn nesten ikke snakk om at kjennelsen foretar en utvidende tolkning, men nesten en klargjøring av hvordan begrepet hevd skulle forstås på tilblivelsestidspunktet for tinglysningsloven.

Retten går så over til å diskutere HR-2017-33-A, Forusstranda..

I avsnitt 60 sies det at ettersom Forusstranda ikke inneholder noen drøftelse av de ‘grunnleggende hensynene bak reglene om rettsvern’, og siden Høyesterett i Forusstranda uttalte at de ikke tok stilling til selvstendig rettsvernshevd på generelt grunnlag, så kan ‘dommen ikke (...) tillegges noen større vekt ved fastleggelsen av rettstilstanden’.

Flertallet sier så i samme avsnitt at når de nå tar stilling til selvstendig rettsvernshevd på ‘prinsipielt grunnlag’, så anser det seg ‘noe’ fritt med hensyn det Forusstranda-dommen kom frem til, og at det da blir hensynene som begrunner reglene om rettsvern og kreditorekstinksjon i tinglysningsloven som må vurderes. Slik jeg ser det stiller flertallet seg da bak Høgetveit Bergs argumentasjon mot det som ble resultatet i Forusstranda, på bakgrunn av at det der ikke ble foretatt noen drøftelse av hensynene bak rettsvernsreglene.⁸⁷

Retten går så videre til å diskutere hensynene som begrunner kreditorekstinksjonsreglene, og påpeker at dette er unntak fra grunnprinsippet om først i tid, best i rett. Den kommer så til at disse hensynene ikke gjør seg gjeldende sett opp mot vilkåret som er satt opp for selvstendig rettsvernshevd, som er ‘rådighet og bruk i hevdstid’ (avsnitt 65). Videre finner den at den nære forbindelsen mellom hevd og avtale gjør at disse grunnlagene i praksis vil gli over i hverandre, og at retts tekniske hensyn tilsier ‘med tyngde å likestille’ disse ervervsgrunnlagene (avsnitt 66).

I avsnitt 70 kommer så retten frem til at avtaleerverv og hevdsserverv må likestilles, og at en regel om selvstendig rettsvernshevd derfor kan oppstilles, forutsatt at:

⁸⁵ Rt 2015, s 120, avsnitt 34: ‘Dertil kommer at en hevdet bruksrett ofte har et avtalerettslig grunnlag som det kan være vanskelig å føre bevis for. I slike tilfeller vil det i realiteten være rettsvernet og ikke selve rettigheten som er hevdet.’

⁸⁶ HR-2021-1773-A, avsnitt 53.

⁸⁷ Høgetveit Berg, 2021, s. 353-354.

‘Forutsetningen for å gi regelen anvendelse er at hevdsvilkårene er oppfylt. I praksis vil dette si at erververen må ha hatt rådighet over eiendommen og utøvd denne i full hevdstid’.⁸⁸

Som følge av at adkomsten ellers er lovlig, oppstilles det ikke et eget vilkår om god tro.

I og med at flertallet uttaler at det tok stilling til selvstendig rettsvernshevd ‘på prinsipielt grunnlag’⁸⁹ og som en utvidende tolkning av tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum, må det legges til grunn at dommen har en generell rekkevidde, og at den har avklart innholdet i bestemmelsen på dette området. Som sådan vil den ha en prejudikatsvirkning, og kan få betydning utover det konkrete tilfellet den behandlet.⁹⁰

Den stiller seg også bak uttalelsene i Rt 2015, s 120 om forholdet mellom stiftelsesgrunnlagene avtale og hevd. Dette vil styrke rettskildevekten av dette synspunktet siden man da begynner å få en rettspraksis for en slik tolkning.⁹¹

Samtidig sier Høyesterett i HR-2021-A avsnitt 72 at det ikke er tatt stilling til rekkevidden av selvstendig rettsvernshevd overfor en godtroende erverver, eller om rettsvernet kan falle bort ved passivitet. Rettstilstanden overfor en konkurskreditor var retten ikke inne på. Dette kan tyde på at retten ikke så det som nødvendig, i og med at den positivt nevner de andre tilfellene.

Derfor er det med hensyn til Forusstranda, og hvorvidt den i etterkant av HR-2021-1773-A kan sies å være forlatt, et lite spørsmål om denne avsikten enda har betydning for hvordan vi skal forstå selvstendig rettsvernshevd i konkurs. Imidlertid er uttalelsen i første setning i avsnitt 60 (over) klar på at Forusstranda ‘ikke kan tillegges noen større vekt ved avgjørelsen av rettstilstanden.’ Men vil det gå en yttergrense for tilfellene der tinglysing er bevisst unnlatt?

Mindretallet la vekt på ordlyden i tinglysingsloven, og at denne måtte få gjennomslag i mangel av kilder til loven som støttet rettsvern uten tinglysing, selv om det forelå tunge hensyn for begge sider. Men det tar forbehold for de tilfeller der rette eier kan dokumentere at den manglende rettsvernsakten skyldes forhold utenfor hans kontroll.

Spørsmålet i det videre er hvordan mindretallets uttalelse påvirker prejudikatsvirkningen til dommen. Er det slik at det peker på forhold som bør holdes utenom området for selvstendig rettsvernshevd, eller slik at Høyesterett ved flertallet da har vurdert mindretallets uttalelser, og stemt imot det?

4 Selvstendig rettsvernshevd

⁸⁸ HR-2021-1773-A, avsnitt 70.

⁸⁹ HR-2021-1773-A, avsnitt 60.

⁹⁰ Erik Magnus Boe, Grunnleggende juridisk metode, Oslo, 2012, s. 141.

⁹¹ Boe, 2012, s. 142.

Etter HR-2021-1773-A kan det slås fast at en regel om selvstendig rettsvernshevd overfor en utleggstaker er gjeldende rett, og at forarbeidene til hevdslova og tinglysingsutvalget av 1982 var relevante rettskilder for løsningen av spørsmålet.

Allikevel sier Høyesterett at det i og med avgjørelsen ikke er tatt stilling til regelens rekkevidde overfor en godtroende erverver, eller ved passivitet.⁹² Det er da disse spørsmålene som det i det videre er interessant å se på. I tillegg synes jeg det er interessant å vurdere om regelen kan oppsettes overfor en konkurskreditor, både ut fra hva avgjørelsen i HR-2021-1773-A kan si om rettsstillingen her, og for å vurdere HR-2017-33-A sin fortsatte rettskildevekt.

Spørsmålet er så om prejudikatsvirkningen av HR-2021-1773-A vil omfatte tilfellene som gjelder en konkurskreditor og en godtroende erverver, samt om og når hevdet rettsvern kan falle bort ved passivitet.

4,1: Ved konkurs

Formålet med rettsvernsregelen i tinglysingsloven § 23 er å hindre kreditorsvik. Ordlyden i bestemmelsen er klar på at avtaleerwerb må tinglyses for å stå seg overfor konkurs:

‘For at en rett som er stiftet ved avtale, skal kunne stå seg overfor konkurs, må rettsstiftelsen utenfor de tilfeller som er nevnt i § 21 tredje ledd og §22, være registrert senest dagen før konkursåpningen.’⁹³

Det er da et spørsmål om hvordan en regel om selvstendig rettsvernshevd kan stå seg overfor konkurs. Slike erwerb bunner jo nettopp i en avtale, som er opphav til problemstillingen i utgangspunktet.

Flertallet i HR-2021-1773-A viser i sin redegjørelse i avsnitt 59 for standpunktet som ble tatt i Forusstranda-dommen, og til at den avgjørelsen ikke foretok en drøftelse av hensynene som begrunner rettsvernsreglene og kreditorekstinksjon. Det uttaler videre i avsnitt 61 at ordlyden i § 23 taler mot en regel om selvstendig rettsvernshevd.

Deretter foretas en avveining av hensynene som begrunner kreditorekstinksjon opp mot hensynene som begrunner hevd.

Flertallet uttaler så at rettskildene ‘med tyngde taler for å likestille erwerb med grunnlag i hevd og avtale’ på grunn av ervervsformene i praksis glir over i hverandre.⁹⁴ Når det uttaler seg slik kan det som jeg ser det, forstås slik at ‘avtale’ på dette området kommer inn under hevden, slik at når ervervet etter hvert har oppfylt hevdsvilkårene, så er det å regne som

⁹² HR-2021-1773-A, avsnitt 72. Dette da selv om retten i avsnitt 48 etter min mening kan oppfattes som om at den tar stilling til spørsmålet overfor godtroende tredjemann, idet den viser til Nou 1982:17 sin behandling av spørsmålet, og at utvalget sier om dette at de samme innsigelser som kan rettes mot en selvstendig rettsvernshevd også i noen utstrekning kan gjøres gjeldende overfor en som er ‘vanlig’ hevder.

⁹³ Tinglysingsloven § 23 første led, første punctum.

⁹⁴ HR-2021-1773-A, avsnitt 66.

likestilt med hevd. Etter disse uttalelsene kan det da være et spørsmål om ‘avtale’ i tinglysingsloven § 23 i relasjon til selvstendig rettsvernshevd må tolkes innskrenkende.

På dette området gjelder det allikevel en positivistisk lovforståelse, hvor rettsvernsreglene skal forstås slik det står. Hensynene som skal hindre kreditorsvik er i første rekke kravene til notoritet og publisitet.

I Momentum, - og Cruise Charter- avgjørelsene⁹⁵ er det oppsatt klare retningslinjer på at det kun er rettsvernsaktene slik som de kommer til uttrykk i ulike lovbestemmelser som kan ivareta disse hensynene. For fast eiendom vil dette si tinglysning, og for verdipapirer og skip - som var godene for hvilke rettighetsprioriteten var omtvistet i de to dommene – registrering i henholdsvis verdipapirregisteret og skipsregisteret. Det er da etter disse dommene ingen rom for å vurdere andre beviser for at et erverv var reelt og lojalt etter vanlig bevisføring, slik som for eksempel ved å legge frem bankoverføringer. En etterfølgende suksessor med utinglyst rett vil da heller ikke bli gitt adgang til å føre slike beviser. Gjeldende rett på området er utvilsom, og kan tale imot at det gis adgang til selvstendig rettsvernshevd overfor konkurs.

Marthinussen har også ment at ‘en skjønsmessig adgang til i enkelte tilfeller å korrigere rettsvernsreglene’ er i ‘strid med metoden (...) Høyesterett har etablert på dette området’.⁹⁶

Flertallet presiserer i avsnitt 72 at det ikke tar stilling til rettstilstanden for godtroerververe, og om hevdet rettsvern kan falle bort ved passivitet. Men det sier ingenting om hva det mener er rettstilstanden for selvstendig rettsvernshevd overfor konkurskreditor. Det er allikevel ingenting ved resonnementet i avsnittene 60-68 som tyder på at det ikke har ment å ta stilling til det, fordi hensynene som diskuteres er de samme for både en utleggstaker og en konkurskreditor. Det at det ikke nevnes i avsnitt 72 kan tyde på at det mente det var overflødig ved siden av drøftelsen som ble gjort, i og med at de andre tilfellene positivt nevnes.

Imidlertid nevner mindretallet i avsnitt 79 at det er ‘vanskelig å forene’ ordlyden i tinglysingsloven § 23 med en regel om selvstendig rettsvernshevd.

Vanligvis vil det svekke en doms prejudikatverdi dersom den ikke er enstemmig, spesielt om dissensen går på uenighet om tolkningsspørsmålet.⁹⁷ Mindretallet uttaler at det er lovens ordlyd som er den grunnleggende rettskilden på området, og at endringer i avgrensingen som følger av ordlyden må være opp til lovgiver å foreta.⁹⁸ Dette kan tyde på at det er dissens på tolkningen av kreditorvernreglene, og kanskje også tinglysingsloven § 23 om tolkningen av ordet ‘avtale’.

Mindretallet tar ikke på en direkte måte opp flertallets syn på at hensynene som begrunner kreditorvern ikke kan få anvendelse, og at rettskildene ifølge flertallet ‘med tyngde’ tilsier at avtaleerverv og hevd her bør sidestilles, men adresserer dette med å fremholde sitt syn på at

⁹⁵ Rt 1997, s 1050 og Rt 1998, s 268.

⁹⁶ Marthinussen, 2016, s. 91.

⁹⁷ Boe, 2012, s. 142.

⁹⁸ HR-2021-1773-A avsnitt 78.

ordlyden bør veie tyngst, og at hensynene ikke bør vektes så strengt at ordlyden kan forlates ved tolkning. I så fall har flertallet vurdert mindretallets innsigelse, og stemt mot det. Det er slik jeg ser det, videre ikke andre spørsmål som mindretallet tar opp som ikke er vurdert av flertallet. Det kan innvendes at det er uenighet om tolkningen av innholdet i ordlyden i reglene om rettsvern, men kjennelsen setter seg fore å ta stilling til selvstendig rettsvernshevd på et prinsipielt grunnlag⁹⁹. Dette vil generelt styrke prejudikatverdien, tross dissens.

Flertallet finner så i avsnitt 69 at det er grunnlag for å oppstille en regel om selvstendig rettsvernshevd, at 'rettserverv ved avtale må likestilles med rettserverv ved hevd og følgelig har rettsvern mot *kreditorbeslag* uten tinglysing'.¹⁰⁰ (min kursivering) Ved å bruke ordet 'beslag' istedenfor 'utleggskreditor' tas det etter mitt syn sikte på å favne bredere enn bare utlegg, og slik at det omfatter alle beslag, også ved konkurs. Dette taler sterkt for at flertallet har vurdert selvstendig rettsvernshevd overfor konkurskreditor, og at en regel om det her kan oppstilles også her.

Så, med hensyn til spørsmålet om det på bakgrunn av Forusstranda-dommen kan gjelde en yttergrense for en regel om selvstendig rettsvernshevd overfor en konkurskreditor som går ved sterk klander (fullt bevisst av økonomiske grunner), så må denne grensen, om den fantes, anses forlatt i og med kjennelsen i HR-2021-1773-A. Flertallet uttaler at det anser seg å stå 'noe fritt' i forhold til Forusstranda-dommen,¹⁰¹ og videre at Forusstranda-dommen ikke kan legges til grunn som et prejudikat for eksistensen av selvstendig rettsvernshevd.¹⁰² Etter mitt syn må kjennelsen i HR 2021-1773-A sees slik at motivasjonen for manglende tinglysing ikke lengre kan ilegges vekt¹⁰³, og at Forusstranda da må anses som fraveket. Dermed vil en det tatt i betraktning, sammen med resultatet for øvrig i HR-2021-1773-A, stå fritt fra Forusstranda også ved vurderingen av om selvstendig rettsvernshevd kan påberopes overfor en konkurskreditor hvis manglende tinglysing var bevisst.

Selv om det på dette området gjelder sterkt positivistiske regler, er formålet med kreditorvernreglene og den positivistiske måte å tolke dem på, å skulle motvirke kreditorsvik. Det vil neppe kunne tenkes et praktisk tilfelle hvor en debitor i et forsøk på å unndra aktiva fra en eller flere kreditorer, tenker over 20 år frem i tid, og så overfører en eiendom til en annen som da må bruke den 'som sin' for at vilkåret for selvstendig rettsvernshevd skal oppfylles¹⁰⁴. Debitor har da ingen nytte av eiendommen. Når formålet for alle praktiske henseende må sies å ha falt bort, kan ikke rekkevidden av rettspraksis som oppsatt i Momentum og Dorian Grey - avgjørelsene kunne strekkes til å omfatte tilfeller av selvstendig rettsvernshevd, hvor en fast eiendom må tilhøre og brukes av en suksessor i full hevdstid, selv om de gjelder ellers på området for suksesjonskonflikter. Når hensynene som begrunner ekstinksjon ikke lengre kan få anvendelse, bør en gå tilbake til hovedregelen om først i tid,

⁹⁹ HR-2021-1773-A, avsnitt 60.

¹⁰⁰ HR-2021-1773-A, avsnitt 69-70.

¹⁰¹ Hr-2021-1773-A, avsnitt 60.

¹⁰² HR-2021-1773-A, avsnitt 57.

¹⁰³ Hr-2021-1773-A, avsnitt 70: 'rådighet over eiendommen og utøvd denne i full hevdstid'. Det er ikke oppsatt vilkår som går på det klanderverdige.

¹⁰⁴ HR-2021-1773-A, avsnitt 70.

best i rett. At disse dommene ikke kan få vekt ved løsningen av et spørsmål om selvstendig rettsvernshevd, er også bekreftet i HR-2021-1773-A, avsnitt 64-65.

Det er videre såpass mange likheter mellom utlegg og konkurs at det etter mitt syn er både koherens-, og retts tekniske hensyn som taler for at en regel om selvstendig rettsvernshevd skal kunne påberopes overfor konkurskreditor. Dersom det i det overfor utleggskreditor skulle være mulig å sette opp en regel om det, og ikke overfor konkursdebitor, kan det medføre at den eldre rettighetshaveren oppmuntres til å skjule forholdene som lå til grunn for ervervet¹⁰⁵, eller at det lønner seg for kreditor å gå veien om konkurs i stedet for utlegg. Videre er det de samme hensynene som gjør seg gjeldende til fordel for både en utleggstaker og et konkursbo, og ettersom en anførsel om fare for kreditorsvik i et tilfelle med selvstendig rettsvernshevd for alle praktiske formål ikke kan gjøres gjeldende, er det ingen grunn til å foreta et skille mellom konkurskreditor og utleggstaker. Hensynene har også nå vært vurdert av Høyesterett til ikke å være vektige nok til å slå igjennom overfor en selvstendig rettsvernshevder.¹⁰⁶

Også tinglysingsutvalget antok at det er gjeldende rett at selvstendig rettsvernshevd kan oppsettes overfor en konkurskreditor, som ga seg utslag i forslag til ny lov § 26 hvor dette ble foreslått kodifisert.¹⁰⁷

Til sist er spørsmålet om ordet ‘avtale’ i tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum nå må tolkes innskrenkende i relasjon selvstendig rettsvernshevd, slik at ‘avtale’ nå ikke omfatter slike tilfeller. Til dette vil jeg svare bekreftende – i og med HR-2021-1773-A er det slått fast at det er en slik nær forbindelse mellom hevd og avtale at dersom hevdsvilkårene ellers er oppfylt, bortsett fra kravet om god tro, så vil ikke ordlyden omfatte selvstendig rettsvernshevd. Dermed vil ikke selvstendig rettsvernshevd komme inn under ekstinksjonsregelen for konkurs i tinglysingsloven § 23. Selv om det ellers gjelder positivistiske regler på området, er det ingenting som stenger for en slik tolkning på området for selvstendig rettsvernshevd, i og med at formålet som hensynene notoritet og publisitet skal ivareta ikke lenger er i spill.

På bakgrunn av dette må det være gjeldende rett at hevdet rettsvern står seg overfor en konkursdebitor, og at dette gjelder uavhengig av motivasjonen for ikke å tinglyse.¹⁰⁸ En tenkt yttergrense, som kan utledes av HR-2017-33-A, er etter mitt syn også forlatt. Hensynene som begrunner kreditorekstinksjon kan heller ikke få vekt i en slik situasjon, ettersom det ikke foreligger fare for kreditorsvik, mens hensynene som taler for hevd, et etablert og langvarig rettsforhold, taler imot.¹⁰⁹

4,2: Ved godtroerverv

¹⁰⁵ Jf NOU 1982:17, s. 134-135.

¹⁰⁶ Også i denne retningen, Fleischer, 1968, s 301 -302.

¹⁰⁷ Nou 1982: 17, s 153.

¹⁰⁸ HR-2021-1773- A, avsnitt 72.

¹⁰⁹ HR-20217-1773-A, avsnitt 65.

Godtroerverv får prioritet overfor en eldre utinglyst rett etter følgende regel i tinglysningsloven § 21 første ledd:

‘Et eldre rettserverv går uten hensyn til § 20 foran et yngre, dersom dette er stiftet ved rettshandel og erververen da hans rett ble registrert, kjente eller burde kjenne den eldre rett.’

Utgangspunktet om først i tid, best i rett forlates altså her dersom den nyere rettighetshaveren er i god tro. Han får da bedre prioritet enn det eldre ervervet i henhold til tinglysningsloven § 20 første ledd.

Hensynene som ligger bak regelen, om at en godtroende erverver skal kunne stole på grunnbokens negative og positive troverdighet og handle i tillit til denne, er vektige. De skal ivareta at omsetningen kan foregå uten at aktørene i for stor grad skal behøve å frykte skjulte forhold. Dersom det da har oppstått et skår i grunnboken som ikke omfattes av tilfellene der hvor loven åpner for skår, vil en godtroerverver ekstingvere eldre retter i henhold til tinglysningsloven § 21 første ledd, dersom de to rettene kolliderer.

Følgene for den eldre rettighetshaveren av å ha latt det være åpent et skår i grunnboken ved å la være å tinglyse, er da at retten hans går tapt.

I opp til 20 år er en godtroende erverver på denne måten ‘beskyttet’ mot hevdservv som ikke fremkommer av grunnboken. Er det da også slik at han bør finne seg i å ikke være det når eldre rettighetshaver har hatt eiendommen i over 20 år, slik som for området for hevd og hevdet rettsvern? For en godtroende erverver vil det jo være det samme om den eldre retten har bestått i ett eller 30 år. Men akkurat det gjelder også for ‘ekte’ hevd – som ble vurdert og godtatt av Ot prp nr 9 (1935) side 37.

De samme hensynene som begrunner hevden, vil da måtte vurderes for den eldre retten, jf HR-2021-1773-A, avsnitt 67.

Fleischer er usikker på om ikke hensynene til en godtroende erverver bør gå foran retten til en selvstendig rettsvernshevd. Han er med på at hevd ofte tjener til å utfylle ‘en mangelfull atkomst’, det vil si at etter 20 år blir hevden rettsgrunnlag for eiendomsretten selv om det kanskje forelå en avtale med mangler tilknyttet ervervet, men at det er å ‘gå lengre’ å si at den som erverver på vanlig normal måte skal få hevdet rettsvern etter 20 år etter å ha forsømt tinglysing. Etter hans oppfatning kan det spørres om ikke hensynene til en godtroerverver da er av større betydning, og bør få gjennomslag.¹¹⁰

Marthinussen har tidligere kritisert ideen om en regel om selvstendig rettsvernshevd og blant annet begrunnet det med at tinglysningsloven § 21 annet ledd sin ordlyd er ‘rettservv’, som han ikke mener kan omfatte selve rettsvernet.¹¹¹

¹¹⁰ Fleischer, 1969, s 299.

¹¹¹ Marthinussen, 2003, s. 267: ‘Rettsvern innebærer etter mitt skjønn kun en beskyttelse av eiendomsretten, og er ikke en rettighet i seg selv, som kan erverves. Selv om det skulle være anledning til å hevde en allerede eksisterende rettighet, skjer det følgelig ikke noe erverv.’

Han peker også på at slutningen fra det mer til det mindre er avhengig av ståstedet til den som vinner eller taper rett – det er ikke nødvendigvis ‘til det mindre’ for en godtroende erverver å måtte stå tilbake for en rettsvernshevd. De øvrige reelle hensyn som taler til fordel for en regel om selvstendig rettsvernshevd, peker Marthinussen på at like gjerne kan anføres til fordel for en suksessor med en yngre rett.

Det er også slik at hensynene til fordel for en godtroende erverver veier tungt i prioritetsreglene i tinglysingsloven, også etter § 27 vil disse hensynene i stor grad slå igjennom overfor eldre retter.

Nou 1982:17 viser til Fleischer for sin redegjørelse på side 134, for lovutkastet som ville kodifisert selvstendig rettsvernshevd. Det er utvalgets syn at det samme ankepunktet som Fleischer har, også kan anføres overfor den som bare har hevdsgrunnlag, da han så lenge han tror han har lovlig adkomst, også bør være klar over at det ikke er tinglyst.¹¹² Slik jeg ser det, er dette et synspunkt det er vanskelig å være uenig i.

Legitimasjonshensynet tilsier at en som har ervervet eiendommen bør ta kontroll over grunnbokshjemmelen for at det ikke skal oppstå situasjoner hvor det er forvirring med hensyn til hvem som er legitimert.

Men etter HR-2021-1773-A bør det kunne legges til grunn at de eneste vilkårene som må være oppfylt er at kjøperen har hatt gyldig adgang til eiendommen i full hevdstid, og utøvd full rådighet, slik at motivene eller klanderverdigheten bak den manglende tinglysingen ikke kan få avgjørende betydning for vurderingen av om det kan oppsettes selvstendig rettsvernshevd.¹¹³ I og med avgjørelsen kan det ikke lengre legges til grunn et skille mellom ervervsformene avtale og hevd, og de samme hensynene som begrunner hevden vil begrunne en regel om selvstendig rettsvernshevd.¹¹⁴ Retten uttaler også der at den nære forbindelsen mellom de to ervervsformene gjør at selvstendig rettsvernshevd må ses på som en forlengelse av den aksessoriske rettsvernshevd i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum.¹¹⁵ Dette tyder på at en regel om selvstendig rettsvernshevd også må kunne oppstilles overfor en godtroende erverver.

Det er også slik at da tinglysingsloven ble til, var grunngivningen for at hevdsinstituttet ble beholdt at et system tilsvarende det danske med tinglysing ikke ville fungere her til lands. Et krav om tinglysing for hevdede rettigheter ble slik vurdert og forkastet, og skåret i grunnboken som hevden da gjorde ble godtatt.¹¹⁶ Det samme må da i lys av rettsutviklingen også godtas for selvstendig rettsvernshevd. På bakgrunn av dette aksepterte skåret i grunnboken vil den som erverver en rett i en fast eiendom hele tiden risikere å måtte vike til fordel for en allerede hevdet rett som det ikke finnes opplysninger om i grunnboken. Etter mitt syn er en regel om selvstendig rettsvernshevd ingen betydelig utvidelse av dette.

¹¹² Nou 1982:17, s 134.

¹¹³ HR-2021-1773-A, avsnitt 67,70 og 73; Salvesen, 2021, s 291.

¹¹⁴ HR-2021-1773-A, avsnitt 66.

¹¹⁵ HR-2021-1773-A, avsnitt 67.

¹¹⁶ Ot. Prp. Nr 9 (1935), s. 37.

Hensynene som begrunner hevd – å ta vare på festnede rettsforhold, og at den er med på å gjøre uklarheter ved rettene klarere ved at den klargjør omfanget av dem – får da gjennomslag overfor hensynene som ivaretar en godtroende erverver. Det samme prinsippet må også komme en selvstendig rettsvernshevd til gode.¹¹⁷

Også Rådsegn 6 gikk ut fra at hevd og avtale var ervervsformer som bidro til å utfylle hverandre på området, der hvor det var mangel på beviser for detaljene i innholdet for en gammel avtale. Utvalget gikk videre ut fra at det ut fra dette også kunne utledes en regel om selvstendig rettsvernshevd, fordi en ‘ugild avtale kan ikkje stå sterkare enn ei som i alle måtar er ugild’.¹¹⁸ Høyesterett har i HR-2021-1773-A uttalt at utvalgets synspunkter må tillegges vekt ved fastsettelsen av rettstilstanden¹¹⁹. I Rådsegn 6 tas det ikke et forbehold om at regelen kun kan settes opp overfor kreditorer, men setter den i sammenheng med hevdsregelen i tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum for øvrig, som viser til første ledd hvor det står at ‘tinglysing ikke har betydning’, og uttaler så at den gjelder både for hevd og der hvor ‘hevda berre slökkjer ut motsegner mot ei avtale eller anna formelt rettsgrunnlag’.¹²⁰ Det skriver videre at ‘det samme lyt då gjelda der rettsgrunnlaget er i orden formelt og reelt’, men hvor tinglysing mangler.¹²¹ Da må det etter mitt syn være slik at dette gir støtte for å oppstille en regel om selvstendig rettsvernshevd også overfor godtroerververe.

Dermed åpner gjeldende rett for at en selvstendig rettsvernshevd vinner gjennom overfor en etterfølgende godtroende avtaleerverver, som en forlengelse av den aksessoriske rettsvernshevd.

4,3: Ved passivitet

Flertallet i HR-2021-1773-A gir i avsnitt 72 uttrykk for at det ‘særlig overfor en godtroende omsetningserverver’ kan være grunnlag for at også et hevdet rettsvern kan gå tapt dersom det i etterkant av at rettighetshaveren har ‘fått dom for sin rett eller på annen måte hatt mulighet til å tinglyse’, lar være å tinglyse. De viser i denne forbindelse til Rt 1974, s. 710 hvor en lovbestemt rett med rettsvern uten tinglysing i henhold til tinglysingsloven § 21 annet ledd første punktum, falt bort etter at rettighetshaveren ventet ‘urimelig lenge’ med å tinglyse etter å ha fått mulighet for det.¹²²

Overfor kreditorer utelukker ikke flertallet at en hevdet rett i ‘særlige tilfeller’ kan måtte gi tapt etter passivitetsbetraktninger.¹²³

Hevd gir rettsvern uten tinglysing gjennom en aksessorisk rettsvernshevd, jf tinglysingsloven § 21 annet ledd annet punktum. Det samme vil gjøre seg gjeldende for selvstendig rettsvernshevd. Dersom en aksessorisk rettsvernshevd kan falle bort, kan det samme gjelde for

¹¹⁷ Falkanger, 2005, s. 283.

¹¹⁸ Rådsegn 6, s 5 og 6.

¹¹⁹ HR-2021-1773-A, avsnitt 50.

¹²⁰ Rådsegn 6, s. 6.

¹²¹ Rådsegn 6, s. 6.

¹²² HR-2021-1773-A, avsnitt 72.

¹²³ HR-2021-1773-A avsnitt 72.

selvstendig rettsvernshevd, ut ifra hensyn til koherens, som også vil gjelde på ulovfestede rettsregler på området.

Kan det så tenkes tilfeller der rettsvernet kan falle bort på grunn av passivitet? Spørsmålet kan stilles både om hva som kan gi grunnlag for bortfall av hevdet rettsvern overfor en godtroererver, og overfor en kreditor.

4,3,1: passivitet og godtroererv

Hensynet til grunnbokens troverdighet tilsier at en rettighetshaver bør tinglyse.

I tinglysingsloven følger det aksessoriske rettsvernet med de lovbestemte rettighetene som er omfattet av § 21 andre ledd første punktum, og for hevd i annet punktum. Loven sier ikke noe om at rettsvernet som følger med hevden kan falle bort. I forarbeidene er spørsmålet om tinglysing behandlet på side 37¹²⁴, men det er mest betraktninger om hvorfor man fant det uhensiktsmessig å oppsette tinglysing som vilkår for hevd her til lands. Jeg oppfatter ikke at disse uttalelsene kan gi støtte for et standpunkt vedrørende bortfall på grunn av passivitet.

Høgetveit Berg er av den oppfatning at det særlig er fire situasjoner som gir gode grunner for å kreve tinglysing. Av disse er to av situasjonene av interesse for denne oppgavens tema – dersom rettighetshaveren har fått dom for hevdservervet, og ved selvstendig rettsvernshevd der tinglysing i sin tid ble forsømt, men der det har blitt rettet opp igjen ved hevden.¹²⁵

I den senere kommentarboken til tinglysingsloven skrevet sammen med Bråthen -Otterbech, inntar Berg tilsynelatende det motsatte standpunktet. Her sies det at det ikke er noen grunn til å behandle ‘bortfall av rettsvern ved passivitet annerledes enn spørsmålet om å kreve tinglysing’.¹²⁶ Diskusjonen gjelder her den ‘ekte’ hevden, og det er grunn til å anta at det er dette Berg og Bråthen Otterbech sikter til.

I Rt 1974, s 810 var spørsmålet for Høyesterett om en forkjøpsrett etter daværende jordloven § 13 hadde rettsvern uten tinglysing i ubegrenset tid, eller om den måtte tinglyses innen et gitt tidspunkt for å fortsatt nyte rettsvern. Det ble der drøftet om tinglysingsloven § 21 annet ledd første punktum ga anvisning på et tidsbegrenset rettsvern. Førstvoterende mente nei, men at alle rettighetene som fikk vern uten tinglysing ‘synes å være av den karakter at de skal avvikles i løpet av forholdsvis kort tid’.

Eriksen mener at stillingene til partene i saken var de samme som de en finner i tilfeller av selvstendig rettsvernshevd, og at dommen derfor har overføringsverdi i vurderingen av spørsmålet også her. Han mener videre at det gjennom denne dommen er blitt gitt ‘generelle synspunkter på innholdet og omfanget av unntaksregelen om rettsvern uten tinglysing’.¹²⁷

¹²⁴ Ot. Prp. Nr 9 (1935), s 37 – 38.

¹²⁵ Høgetveit Berg, 2003, s. 208.

¹²⁶ Høgetveit Berg, Bråthen- Otterbech, Tinglysing, Oslo, 2009, s 272.

¹²⁷ Eriksen, 2002, s. 172.

Førstvoterende i saken formulerte tvisten som et spørsmål om 'rettighetshaveren på et eller annet tidspunkt må gå til tinglysing for å bevare rettsvernet'. Førstvoterende mente ikke at det var grunnlag for å oppstille et så strengt vilkår til det offentlige om at de 'skal sørge for tinglysing uten ugrunnet opphold' men at det burde vært gjort 'senest da (staten) gikk til søksmål i august 1964'.¹²⁸ Det hadde da gått ni måneder fra forkjøpsretten hadde blitt gjort gjeldende til søksmålet ble inngått. Da staten enda på dette tidspunktet forsømt tinglysing, kom retten til at rettsvernet måtte sies å være falt bort på grunn av passivitet.

Overføres dette til hevdstilfellene er det da etter Eriksens synspunkt slik at det er hensynet til hevdens effektivitet kontra hensynet til grunnbøkens troverdighet som må avveies:

'På hevderens side er det som nevnt sentralt å beskytte en over tid etablert tilstand. Omsetningsserververen må på sin side kunne forvente omsetningssikkerhet, noe som må sies å være til stede i liten grad når han etter å ha inngått avtale med den legitimerede må resignere overfor en hevder som har «usynlig» rettsvern.'¹²⁹

I Rt 1974, s 710 legges det avgjørende vekt på hensynet til en godtroende tredjemann.

Det er videre slik at det uttales i dommen at ordlyden i tinglysingsloven § 21 annet ledd ikke gir noen tidsbegrensing, men at de 'lovbestemte (...) rettighetene som regelen omfatter' er slik at de 'skal avvikles i løpet av kort tid'. Uttalelsen gjelder for de lovbestemte rettighetene, og etter mitt syn, siden lovteksten i tinglysingsloven § 21 sier 'det samme gjelder' for hevd, så kan dette trekke i retning av det skal forstås slik at når først spørsmålet kommer på spissen – i hevdens og rettsvernshevdens tilfelle etter over 20 år – så utløser det en aktivitetsplikt til å påse at det denne gangen gjøres riktig med hensyn til registrering.

Dersom det da er slik at rettsvernshevdens er bekreftet med en dom, så er oppfordringen til å ordne opp i skåret i grunnboken såpass sterk at det tilsier at rettighetshaveren bør ta affære. Og aktivitetspliktens bakside er at passivitet kan føre til rettstap.

Det er også tinglysingslovens formål å skape et troverdig registersystem. Selvstendig rettsvernshevd blir brukt 'ved siden av' hevdens fordi også hevdens i sin tid ble oppfattet som å kunne glatte over noen sprekker i den offentlige registreringen over eiendomsforhold, som ble vurdert best å beholde. Det var mange rettsforhold hvis opprinnelse ikke lot seg bevise i form av en gammel avtale eller annet grunnlag, og hevdens kom her inn i stedet for bevisreglene som en konserverende faktor for en allerede etablert rettstilstand. Men dersom det så hadde kommet for dagen en gammel avtale som virkelig beviste det faktiske forhold så ville det være en klar oppfordring til å tinglyse dette dokumentet, jf flertallets syn i avsnitt 72 om 'på annen måte' fått mulighet til å tinglyse¹³⁰. Det bør ikke stille seg annerledes ved selvstendig rettsvernshevd, dersom hevderen kommer over en gammel avtale, eller på annen måte får positiv kunnskap om manglende tinglysing, eller får en dom for at han har vunnet frem. Da har han fått oppfordringen 'på ny', og har mulighet til å bøte på et skår i grunnboken. Dersom

¹²⁸ Rt 1974, s 710, på side 714 - 715.

¹²⁹ Gunnar Eriksen, Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet, Lov og rett nr 3/ 2002, s 164- 175, på s. 173-174.

¹³⁰ HR-2021-1773-A, avsnitt 72.

han ikke gjør det, bør det være grunnlag for å oppstille en regel om bortfall av rettsvern på grunn av passivitet.

4,3,2: Passivitet og kreditorposisjonene

Overfor en kreditor setter flertallet i HR-2021-1773-A opp at det at rettsvernshevd kan falle bort ved passivitet, ikke kan 'utelukke(s)' i 'særlige tilfeller'.¹³¹

I seg selv antyder uttalelsen at det er mindre grunn for å sette opp en bortfallsregel på grunn av passivitet overfor en kreditor enn overfor en godtroende tredjemann. Årsaken til dette må være at hensynene til fordel for en godtroerverver er 'konstante', og gjør seg gjeldende uavhengig av tidsperspektiv, og som gjør at hevdsverv som en omsetningsserverver ikke aner noe om at kan ramme ham, i seg selv ikke ses på som uproblematisk. Derfor diskuterer også forarbeidene til tinglysingsloven dette, men kommer til at hevden slik man kjente den måtte bestå på grunn av de spesielle forholdene her til lands.¹³² I kjølvannet av dette følger det aksessoriske og selvstendige rettsvernet.

Hensynene som begrunner rettsvernsreglene til fordel for kreditor, som skal hindre kreditorsvik, vil ikke gjøre seg gjeldende etter at hevdstiden er utløpt.¹³³

Hensynene blir da andre. I og med at flertallet skriver 'særlige tilfeller' så kan det åpne for at tilfeller likt det som var oppe i Forusstranda, der det var full bevissthet om manglende tinglysing, kan bli behandlet likt som i den saken, dersom det etter at eldre rettighetshaver på ny fikk kunnskap om den manglende registreringen allikevel er slik at han drøyer med tinglysingen. Altså ikke at bevissthet om manglende tinglysing stenger for selve rettsvernhevd med tilhørende rettsvern i utgangspunktet, men at det kan stenge for fortsatt rettsvern hvis registrering i etterkant av bevisstgjøring da blir forsømt. En aktivitetsplikt fordrer tross alt en eller annen grad av bevissthet. Slik sett kan en si at synspunktene i Forusstranda ikke er totalt forlatt. Dersom dette oppstår, bør da slike hensyn veie mot å la den eldre rettighetshaveren vinne rett.

Slike 'særlige tilfeller' som flertallet nevner, kan da bestå i en konkret oppfordring som rettighetshaveren har fått til å tinglyse ervervet, men så at han allikevel forsømmer det. Dersom det så oppstår en situasjon som flertallet nevner, der en utleggstaker kunne ha tatt utlegg i et annet gode dersom grunnboken hadde god nok negativ troverdighet, så kan dette være forhold som kan tale mot at den eldre rettighetshaveren har beskyttelse for retten. Det at den eldre rettighetshaveren da i enda større grad er å klandre for at situasjonen har oppstått, bør da ikke være til fordel for ham. Men for en konkursdebitor vil ikke en slik situasjon kunne oppstå. Allikevel tilsier koherenshensyn at en må løse disse spørsmålene likt. Altså da at passivitet kan få følger overfor begge kreditortypene.

¹³¹ HR-2021-1773-A, avsnitt 72.

¹³² Ot. Prp. Nr 9 (1935), s. 37.

¹³³ HR-2021-1773-A, avsnitt 65.

Det som kan utledes av dette, er at rettsvernet vil bestå overfor en kreditor bortsett fra ved 'særlige tilfeller'. Dette bør slik jeg ser det tolkes som å gjelde tilfeller med en stor grad av klander.

Det å se en rett gå tapt ved passivitet er heller ikke ukjent på rettsområdet for øvrig, eller på andre rettsområder som i erstatningsretten, eller avtaleretten. Det er eksempler i rettspraksis der dette har skjedd, dog ingen som direkte går på tap av rettsvern som følge av passivitet.¹³⁴

Det er også slik at passivitetsvirkninger følger hevden – Rådsegn 6 nevner at 'den som tåler eit faktisk råvdvaldhøve som er ulovleg andsynes han, kan missa retten sin om han syner klanderverdig passivitet'.¹³⁵ Med dette siktes det til den opprinnelige rettighetshaveren, altså A i rettighetsposisjonsfiguren, men det illustrerer at hevdsinstituttet har en side mot passivitets- og foreldelsesbetraktninger. Slike generelle betraktninger om klanderverdig passivitet kan godt slik jeg ser det overføres til å gjelde en suksessor som tross en oppfordring, og i et 'særlig tilfelle' ikke tar affære med hensyn til tinglysingen.

¹³⁴ Rt 1902, s 641, Rt 1997, s 1929.

¹³⁵ Rådsegn 6, s. 6.

5 Oppsummering, og avsluttende betraktninger.

I etterkant av avgjørelsen i HR-2021-1773-A kan det slås fast at gjeldende rett er at en regel om selvstendig rettsvernshevd kan oppstilles overfor en yngre godtroerverver, konkurskreditor og utleggscreditor.

Den vil videre kunne falle bort ved passivitet slik som beskrevet overfor godtroerverv, mens rettstilstanden ved passivitet som bortfallsårsak overfor kreditorbeslag er mer usikker. I utgangspunktet er en kreditor mindre beskyttelsesverdig i disse tilfellene enn en omsetningserverver, men der det kan pekes på forhold av en særlig grad av klander vil en rett kunne falle bort som følge av passivitet.

Årsaken til at 'problemet' selvstendig rettsvernshevd har oppstått, er at det er vanskelig å komme utenom ved siden av det som følger av hevdsinstituttet, særlig siden dette også brukes for å bøte på manglende dokumentasjon for en rett. Da følger selvstendig rettsvernshevd i kjølvannet av dette, som en godtatt og logisk konsekvens av de hensynene som begrunner hevden for øvrig.

Jeg er enig med mindretallet i HR-2021-1773-A om at lovgiver burde inntatt regler om dette i tinglysingsloven. NOU 1982:17 har også forslag til bestemmelser angående selvstendig rettsvernshevd, men de har ikke forslag til konkrete løsninger angående virkninger ved passivitet.

Inntil det skjer, må spørsmålet løses i henhold til det som er avklart i HR-2021-1773-A.

Kanskje er det også slik at disse situasjonene helst oppstår der en eiendom skifter eier innenfor familien, og den nye eieren da ikke ser seg tjent med å betale dokumentavgift. Han stoler på at den han utledet retten fra ikke har tenkt å omsette videre til en tredjemann. I en situasjon hvor eiendomsprisene i de siste 20- 25 årene har steget mye mer enn lønningene for øvrig, ville det kanskje vært en ide å senke dokumentavgiften, slik at en er sikrere på å oppnå formålet med tinglysingsloven. Dette er å skape en troverdig registerordning, som skal sikre en trygg omsetning, og som også gjør at kredittytere kan vite hvordan eiendomsforholdene ligger an.

Det går også an å tenke seg at det er mulig med forsikringsordninger som dekker kostnadene som måtte oppstå ved tredjemannskonflikter rundt eiendomsforhold.

Oppsummert så har HR-2021-1773-A i stor grad avklart rettstilstanden på et område som har vært debattert, og til nå antatt i teorien. Det er allikevel ikke sikkert at et tilfelle slik som det refereres til i avsnitt 72 ikke vil komme på spissen for fremtiden. Det er da min oppfatning at rettstilstanden tilsier at spørsmålet må løses slik som diskutert over.

Litteraturliste

Norske Lover:

Tinglysingsloven – Lov om tinglysing av 7. juni 1935 nr. 2

Hevdslova – Lov om hevd av 9. desember 1966 nr. 1.

Panteloven – Lov om pant 8. februar 1980 nr. 2.

Konkursloven – Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs 8. juni 1984 nr. 58.

Dekningsloven – Lov om fordringshaveres dekningsrett 8. juni 1984 nr. 59

Jordloven – Lov 18. mars 1955 nr. 2 om tilskibing av jorbruk.

Forarbeider:

Ot.prp.nr.9 (1935-1936) - Om lov om tinglysing

Rådsegn 6 (1961) - Innst. 1961:2 Om hevd (Rådsegn 6 frå Sivillovbokutvalet)

Ot.prp.nr.30 (1965-1966) - Om lov om hevd

NOU 1972: 20 – Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1982:17 - Ny tinglysingslov

Avgjørelser:

Rt 1974, s 710

Rt 1994, s. 1447

Rt 1997, s. 1050

Rt 1998, s 268

Rt 2015, s 120

HR-2017-33-A

Hr-2021-1773-A

Litteratur:

Mads Henry Andenæs, Konkurs, Oslo, 2012.

Torgeir Austenå, Ole Harbek, Erik Solem, Tinglysingsloven med kommentarer, Oslo 1990

Bjarte Askeland, Om rettsdogmatisk metode og sammenligning, Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 2013 s. 15-25

Borgar Høgetveit Berg og Stein Bråthen-Otterbech, Tinglysing lov om tinglysing 7. juni 1935 nr. 2 med kommentarer 2009

Borgar Høgetveit Berg, Hevd lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 med kommentarer 2005

Borgar Høgetveit Berg, Rettsvernshevd, Jussens Venner 2003, s 201-209

Erik Magnus Boe, Grunnleggende juridisk metode, en introduksjon til rett og rettstenkning, Oslo 2012

Sjur Brækhus og Axel Hærem, Norsk Tingsrett, Oslo 1964

Gunnar Eriksen, Bortfall av hevdet rettsvern ved passivitet, Lov og Rett 2002 s. 164-175

Thor Falkanger, Tingsrett, Oslo, 2005

Carl August Fleischer, Tinglysing, Jussens Venner 1968 s. 269-321

Hans Petter Graver, Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikk, TfR 2008, s. 149-178,

Kåre Lilleholt, Legitimasjon, publisitet og notoritet, Jussens venner, 1996, s 69-97

Kåre Lilleholt, Allmenn formuerett, Oslo 2012

Hans Fredrik Marthinussen, Hevd som rettsvernssurrogat, Jussens Venner, 2003 s. 264-275

Hans Fredrik Marthinussen, 'Forusstranda': Kreditorvern ved fisjon og fusjon, rettsvernshevd og formuerettslige metodespørsmål, Jussens venner 2017 s. 67-97

Hans Fredrik Marthinussen, Tredjemannsproblemene, Oslo, 2016.

Synne Sæther Mæhle, Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?, *Jussens Venner* 2004, s. 329-342

Sverre Magnus Salvesen, *Kreditorvern*, Oslo, 2021.

Sverre Magnus Salvesen, Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A, *Jussens Venner* 2018, s. 205-226.

Lister over tabeller, figurer o.l.

Figur 1: HASB- modellen