

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Fredrik Heslien

En analyse av «avgi»-vilkåret
i Grunnloven § 105

Særlig om overføringselementets betydning

582

En analyse av «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105

Særlig om overføringselementets betydning



MarIus No. 582

Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2024

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet

University of Oslo

Scandinavian Institute of Maritime Law

P.O. Box 6706 St. Olavs plass 5

N-0130 Oslo

Norway

Phone: 22 85 96 00

E-mail: sjorett-adm@jus.uio.no

Internet: <https://www.sjorettsfondet.no/>

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –

e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

Digital Publishing: Aksell AS

Forord

Denne avhandlingen er i det vesentlige lik masteroppgaven jeg skrev i perioden som vitenskapelig assistent ved Nordisk institutt for sjørett, tilknyttet forskergruppen i naturressursrett og prosjektet «Ekspropriasjons- og fast eiendoms tingsrett». Det er gjort noen endringer i overskrifter, i tillegg til noen språklige og mindre innholdsmessige endringer.

Avhandlingen er aujourført per leveringsdatoen 3. juni 2024. Av relevant juridisk teori utgitt i perioden mellom levering og publisering vil jeg særlig nevne Stavang/Stenseth (2024): *Fast eiendoms tingsrett*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, og Smith (2024): *Konstitusjonelt demokrati*. 6. utg., Bergen: Fagbokforlaget.

Det er mange jeg ønsker å takke. En stor takk til min veileder Endre Stavang – tusen takk for alle tipsene og rådene, engasjementet for prosjektet, og for oppmuntringene til å forske. Takk til Geir Stenseth for å ha introdusert meg for temaet, og for innspill underveis i prosjektet. Takk til Kirsti Strøm Bull for innspill og samtaler om de samerettslige delene av oppgaven, og til Ivar Alvik for samtaler om oppgavens tema underveis og for innspill til oppgavens konklusjoner. Takk også til Thomas Andersen hos min nåværende arbeidsgiver Brækhus Advokatfirma for innspill til disposisjonen og oppgaven tidlig i arbeidet.

Jeg ønsker å takke alle mine tidligere kollegaer ved Nordisk institutt for sjørett for et lærerikt og svært hyggelig arbeidsmiljø, og til naturressursgruppen for muligheten til å innlede naturressurslunsj. Takk til Felix Engesmo for utallige samtaler og kaffepauser underveis i året som vitenskapelige assistenter, til Julie Lea Søderblom for korrekturlesing av oppgaven, og til Anna Aamo for tips og råd til muntlig eksamen.

Til slutt vil jeg rette en stor takk til mine foreldre Truls og Cecilie, og min lillebror Magnus, for all hjelp, støtte og oppmuntring gjennom arbeidet.

Drammen, 26. august 2024.

Fredrik Heslien

En analyse av «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105

Særlig om overføringselementets betydning

Fredrik Heslien

Innhold

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1 Innledning | 9 |
| 1.1 Emne og problemstilling | 9 |
| 1.2 Materiale og metode | 10 |
| 1.2.1 Metode | 10 |
| 1.2.2 Materiale | 11 |
| 1.3 Begrepsavklaring | 12 |
| 1.4 Oversikt over den videre fremstillingen | 13 |
| 2 Om rettigheter i fast eiendom | 14 |
| 2.1 Innledning | 14 |
| 2.2 Utgangspunkter om rettigheter i fast eiendom | 14 |
| 2.3 Et rettsteoretisk perspektiv på rettigheter i fast eiendom | 18 |
| 2.3.1 Innledning | 18 |
| 2.3.2 Oversikt over rettigheters meningsaspekt | 18 |
| 2.3.3 Ross' koblingsordanalyse | 18 |
| 2.4 Oppsummering | 19 |
| 3 Grunnloven § 105 – tolkning og utgangspunkter | 21 |
| 3.1 Innledning | 21 |
| 3.2 Særlige forhold ved tolkning av Grunnloven § 105 | 21 |
| 3.3 Prøvingsrett og prøvingsintensitet | 21 |
| 3.4 Om Grunnloven § 105 | 23 |
| 3.4.1 Kort om historikk | 23 |
| 3.4.2 Kort om reelle hensyn | 24 |
| 3.4.3 Ekspropriasjonsvernet – vilkår og virkning | 25 |
| 4 Nærmere om «avgi»-vilkåret og overføringselementet i Grunnloven § 105 | 26 |
| 4.1 Innledning | 26 |
| 4.2 Grunnlovens ordlyd | 26 |
| 4.3 Teori og praksis om Grunnloven § 105 | 27 |
| 4.3.1 Innledning | 27 |
| 4.3.2 Det rettshistoriske bakteppet – teori og praksis før konsesjonslovdommen | 28 |
| 4.3.3 Den første milepælen – Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov) | 31 |
| 4.3.4 Juridisk teori mellom konsesjonslovdommen og strandlovdommen | 33 |
| 4.3.5 Den andre milepælen: Rt. 1970 s. 67 (strandlov) | 37 |
| 4.3.6 Oppsummering – overgang til typetilfellene | 40 |
| 4.4 Typetilfeller | 41 |
| 4.4.1 Innledning | 41 |
| 4.4.2 Første typetilfelle: Fredning av natur | 41 |
| 4.4.3 Andre typetilfelle: Demokratisering av forretningsbankene | 51 |
| 4.4.4 Tredje typetilfelle: Tomtefeste og ekspropriasjonsvernet | 53 |
| 4.4.5 Fjerde typetilfelle: Justering av allemannsretten – en mellomsituasjon? | 56 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4.4.6 Femte typetilfelle: Noen kommentarer til praksis tilknyttet inngrep i privatrettslige samiske beiterettigheter | 66 |
| 4.4.7 Oppsummering av typetilfellene | 70 |
| 4.5 Særlig om betydningen av Grunnloven § 97 | 71 |
| 4.5.1 Innledning | 71 |
| 4.5.2 Forholdet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning som tolkningsmoment for «avgi» i Grunnloven § 105 | 72 |
| 4.5.3 Grunnloven § 97 som begrunnelse for en innskrenkende tolkning av «avgi»? Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) | 73 |
| 4.6 Betydningen av eiendomsvernet i EMK P1-1 og praksis fra EMD | 75 |
| 4.6.1 Innledning | 75 |
| 4.6.2 Bestemmelsens oppbygning og utgangspunkter, herunder regelvalgets betydning for krav om erstatning | 75 |
| 4.6.3 Nærmere om regelvalget, med særlig fokus på virkeområdet til avståelsesregelen | 77 |
| 4.6.4 Hvilken betydning har virkeområdet til avståelsesregelen «deprived» for tolkningen av «avgi» i Grunnloven § 105. | 78 |
| 4.6.5 Sammenfatning og konklusjon | 82 |
| 4.7 Reelle hensyn | 82 |
| 5 Sammenfatning og konklusjon | 84 |
| 5.1 Innledning og overordnet konklusjon | 84 |
| 5.2 Vurdering av overføringselementet | 84 |
| 5.3 Løsningsmodell | 86 |
| 5.4 Avsluttende bemerkninger og veien videre | 87 |
| Litteratur- og kildeliste | 88 |

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Rettigheter i fast eiendom innehar en sentral posisjon i fysiske og juridiske personers rettighetskatalog. Hva disse rettighetene innebærer vil variere ut fra filosofiske og rettslige synspunkter. Særlig utviklet idéen om eiendomsretten seg i og etter opplysningstiden, og påvirket en rekke av konstitusjonene som ble vedtatt – blant annet i Frankrike, USA og Norge.

Som en del av rettighetene følger regler om vern, som kan ha forskjellig utforming. For norsk rett følger eiendomsvernet på konstitusjonelt nivå hovedsakelig av ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105.¹ I tillegg kan tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 være relevante. Regler om erstatningsvern er også gitt i formell lov, for eksempel i naturmangfoldloven § 50 og plan- og bygningsloven § 15-3.

Grunnloven § 105 er utformet som en erstatningsbestemmelse, der vilkårene for erstatning er at noen må «avgi» sin «rørlige eller urørlige eiendom». De eiendomsinngrepene som oppfyller «avgi»-vilkåret vil utløse krav om «full erstatning». Den klare hovedregelen for de eiendomsinngrepene som ikke oppfyller «avgi»-vilkåret er at rettighetshaver ikke har krav på erstatning etter Grunnloven § 105. Tradisjonelt har grensdragningen gått mellom «ekspropriasjoner» og «rådighetsinnskrenkninger».² Førstnevnte utløser retten til full erstatning direkte etter bestemmelsen, mens sistnevnte utløser som klar hovedregel ikke rett til erstatning med mindre de strenge vilkårene ved læren om analogisk anvendelse av bestemmelsen er oppfylt.

Den sentrale forskjellen mellom ekspropriasjoner og rådighetsinnskrenkninger er at ekspropriasjoner innebærer en «overføring av rådighet», mens rådighetsinnskrenkninger innebærer at rådigheten kun «i større eller mindre grad fryses fast».³ I utgangspunktet er dette en enkel regel, men problemene oppstår når den skal anvendes på eiendomsinngrep som har elementer fra begge disse to kategoriene i seg.

Med dette som bakgrunn reiser avhandlingens problemstilling seg: Hvilken betydning har overføringselementet til et eiendomsinngrep for om inngrepet utløser ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105. Med «overføringselement»⁴ sikter jeg overordnet til det elementet ved et inngrep i fast eiendom som innebærer at rådighet, herunder verdi eller interesse, overføres fra ett rettssubjekt til et annet, herunder en avgrenset gruppe personer eller allmennheten. Siden problemstillingen knytter seg til elementer ved selve inngrepet, vil et eventuelt svar bero på en tolkning av Grunnloven § 105 sitt «avgi»-vilkår, siden dette er vilkåret som er knyttet til selve inngrepet.

En sentral del av avhandlingen blir dermed å belyse de forskjellige sidene av overføringselementet. Noen overordnede spørsmål avhandlingen må undersøke nærmere er:

¹ Løpende lovhenvvisninger er til lovenes navn. Fullstendig referanse med navn i parentes finnes i litteratur- og kildelisten.

² Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov) og Rt. 1970 s. 67 (strandlov).

³ Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) s. 89.

⁴ Begrepet er inspirert av to artikler av Steinar Tjomsland: I Tjomsland (1988) s. 353 har han uttrykt at et vilkår for at et inngrep skal sees på som ekspropriasjon er «overdragelseelementet», mens i Tjomsland (2006) s. 401 har han beskrevet at det «elementet av rådighetsoverføring» som forelå i barns fiskerett-dommen skapte et spenningsforhold både i forhold til resultat og begrunnelse.

- Hvilken rolle vurderingen av overføringsselementet har ved avgjørelsen av om et eiendomsinngrep oppfyller «avgj»-vilkåret – er det avgjørende, eller må det suppleres med andre vurderinger?
- Hvordan den nærmere fremgangsmåten er for å vurdere overføringsselementet til et eiendomsinngrep?
- Om svaret på vurderingen enten er at eiendomsinngrepet er en *ekspropriasjon* eller en *rådighetsinnskrenkning*, eller om det må åpnes for et *gradert* overføringsselement?

Problemstillingen er særlig aktuell etter høyesterettsdommen HR-2021-1429-A (Saarivuoma).⁵ Fire dommere konkluderte med at grensereinbeitelevens sine bestemmelser som forhindret den svenske samebyen Saarivuoma fra å benytte sin privatrettslige beiterett i Norge var en regulering, og at det kun var aktuelt med erstatning etter analogi fra Grunnloven § 105. Dette til tross for at andrevoterende, med tilslutning fra femtevoterende, mente at saksforholdet hadde «klare likhetstrekk med ekspropriasjon».⁶ Først- og fjerdevoterende dannet flertallet sammen med tredjevoterende i erstatningsspørsmålet, og det ble ikke tilkjent erstatning. Dommen er anket og sluppet inn til behandling i Den europeiske menneskerettsdomstolen, og et av ankegrunnlagene til samebyen er at reguleringen «reelt sett er en ekspropriasjon».⁷

1.2 Materiale og metode

1.2.1 Metode

Avhandlingen består av en redegjørelse og analyse av gjeldende rett. Problemstillingen reiser noen særlige metodiske spørsmål som avhandlingen må ta stilling til underveis, i tillegg til at det må foretas noen metodiske avgrensninger.

Et første metodisk problem er forholdet til EMK P1-1 og praksis fra EMD. Siden avhandlingen sin problemstilling knytter seg til vernet etter Grunnloven § 105, blir EMK P1-1 og praksis fra EMD ikke behandlet på selvstendig grunnlag, herunder norske domstolers forståelse av dette. Spørsmålet som avhandlingen skal behandle er om, og i så fall hvordan, EMK P1-1 og praksis fra EMD får betydning for tolkningen av Grunnloven § 105.⁸

Et annet metodisk problem er tilknyttet rettskildematerialet. Avhandlingens problemstilling er knyttet til «avgj»-vilkåret og dets nærmere innhold, herunder grensdragningen mellom ekspropriasjoner og rådighetsinnskrenkninger. Dette spørsmålet er behandlet utfyllende i både teori og praksis. Et problem som dermed oppstår, er hvordan dette omfattende kildematerialet skal behandles. Jeg har valgt å foreta tre metodiske grep i avhandlingen for å bedre se sammenhengen i dette materialet.

Det første grepet er å behandle teori og praksis samlet. Dette gjør jeg på bakgrunn av samspillet mellom de to kildene i utviklingen, og for å illustrere både utviklingslinjene og påvirkningen de to kildene har hatt på hverandre.

Det andre grepet er å ta utgangspunkt i to milepæler i rettsutviklingen på området – Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov) og Rt. 1970 s. 67 (strandlov), og behandle utviklingen før og mellom dommene kronologisk.⁹ Dette grepet er også gjort for

⁵ Løpende henvisninger til dommer blir gjort enten ved full referanse eller populærnavn, avhengig av henvisningens kontekst.

⁶ HR-2021-1429-A (Saarivuoma) avsnitt 180.

⁷ <https://rett24.no/articles/hoyesterett-delte-seg-2-2-1--na-er-saken-sluppet-inn-til-strasbourg> [hentet 17.08.23].

⁸ Se punkt 4.6.

⁹ Andenæs (1976) s. 384 omtalte de to sakene som «milepæler i rettsutviklingen».

å vise utviklingstrekkene og samspillet mellom kilden, samtidig som det viser hvordan milepælene endret utviklingen.

I tilknytning til utviklingen etter den andre milepælen, er det tredje grepet at denne delen av teori og praksis behandles som typetilfeller. Dette blir gjort av tre grunner. For det første vil de forskjellige typetilfellene illustrere forskjellige aspekter av vurderingen. For det andre vil det vise utviklingen klarere enn en kronologisk behandling, nettopp fordi typetilfellene illustrerer forskjellige aspekter av vurderingen. For det tredje vil funksjonen til de forskjellige typetilfellene være forskjellige – noen typetilfeller brukes for å illustrere gjeldende rett, mens andre vil i større grad sees fra et kritisk perspektiv.

Et tredje metodisk problem er på hvilken måte og hvordan perspektiver skal trekkes inn. Jeg har valgt å legge fokuset på rettshistoriske og rettsteoretiske perspektiver. De rettshistoriske perspektivene kommer frem i punkt 3.4.1¹⁰ om historikk, og i teori og praksis fra før Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov). De rettsteoretiske perspektivene blir behandlet overordnet i punkt 2.3, i tillegg til gjennomgående i avhandlingen. Andre perspektiver som kunne vært behandlet hadde vært rettsøkonomiske og komparative perspektiver, men av plasshensyn må jeg avgrense fra dette.

1.2.2 Materiale

Problemstillingen er knyttet til Grunnloven § 105, som lyder:

«Fordrer statens tarv at noen må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk, så bør han eller hun ha full erstatning av statskassen.»

I nynorsk språkdrakt lyder bestemmelsen:

«Krev omsyn til samfunnet at nokon må gje frå seg sin faste eller rørlige eigedom til offentleg bruk, skal ho eller han få fullt vederlag av statskassa.»

Av andre konstitusjonelle normer er tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 viktig. Et aspekt ved normen er et vern av bestående rettigheter mot senere regulering – også kalt uegentlig tilbakevirkning.¹¹ Paragrafen lyder:

«Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.»

I tilknytning til Grunnloven har høyesterettspraksis en sentral posisjon. Helt siden 1800-tallet har Høyesterett avsagt dommer der virkeområdet til Grunnloven § 105 gjennom tolkningen av «avgi»-vilkåret har vært behandlet. Parallelt med dette har juridisk teori drøftet spørsmålet, både gjennom analyser av gjeldende rett og kritikk av praksis.

På traktat- og konvensjonsnivå er det to artikler som kan nevnes for spørsmålet om eiendomsretts- og ekspropriasjonsvernet. Eiendomsvernet ble inntatt i FNs Verdenserklæring artikkel 17, men et tilsvarende vern ble verken tatt inn i SP eller ØSK. I europeisk sammenheng ble et eiendomsretts- eller ekspropriasjonsvern tatt med i EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. Her fikk også andre økonomiske rettigheter et vern. Etter menneskerettsloven §§ 3 jf. 2 nr. 1 bokstav a er protokollen gitt forrang for formell lov. Artikkelen lyder:

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the

¹⁰ Når jeg viser til «punkt» er dette krysshenvisninger i avhandlingen, med mindre annet blir sagt uttrykkelig eller følger av konteksten.

¹¹ Se Fleischer (1975) s. 190 flg.

public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

Praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen vil her være av interesse når det gjelder tolkningen av EMK. Siden problemstillingen knytter seg til Grunnloven § 105, blir spørsmålet om og hvordan artikkelen og EMD-praksis påvirker tolkningen av grunnlovsbestemmelsen.

I tillegg til normer på konstitusjonelt og semi-konstitusjonelt nivå med tilhørende praksis og teori, finnes også formell lov som verner aspekter av eiendomsretten. Her vil jeg særlig nevne naturmangfoldloven § 50 og plan- og bygningsloven § 15-3, som begge er lovbestemmelser det kan argumenteres for at gir rett til erstatning for inngrep som i utgangspunktet faller utenfor «avgj»-vilkåret i Grunnloven § 105. Disse lovbestemmelsene er av mindre relevans for problemstillingen, som knytter seg til Grunnlovens vern.

Siden mye av tematikken i avhandlingen er behandlet utfyllende i juridisk litteratur, vil avhandlingen gjennomgående referere til denne litteraturen. Litteraturen vil dermed få stor plass, og jeg må derfor understreke at den rettskildemessige vekten til litteraturen kommer gjennom dens argumentasjonsverdi og eventuell tilslutning fra rettspraksis.

1.3 Begrepsavklaring

Før avhandlingen går inn første hoveddel skal jeg avklare noen begreper. Dette er både for å klarlegge hva avhandlingen legger i visse begreper, og for å nyansere de begreper som teori og praksis tilknyttet Grunnloven § 105 har utviklet.

Jeg bruker begrepet «inngrep» eller «eiendomsinngrep» som en overterm, som refererer til alle sider av myndighetenes inngrep i fast eiendom uavhengig av hjemmelsgrunnlag.

Som beskrevet innledningsvis har det utviklet seg en skillelinje i teori og praksis mellom to kategorier av inngrep – ekspropriasjoner og rådighetsinnskrenkninger. Bruk av dette begrepsapparatet må imidlertid nyanseres fra to perspektiver.

For det første har man ifølge Fleischer – imellom de opplagte ekspropriasjonene som vedtas med hjemmel i oreigningslova § 2 og de opplagte generelle reguleringene – inngrep som har «egenskaper fra begge sider». ¹² Som Stavang/Stenseth videre har uttrykt er det nærliggende å se på begrepsparet som «en slags pedagogisk forenkling eller et retorisk virkemiddel» som i et rettskildeperspektiv kan sees på som «en glideskala av inngrep i rett» med ytterpunkter, men hvor det mellom ytterpunktene er «en mengde ulike inngrep som i varierende grad fortjener betegnelsen ekspropriasjon». ¹³

Glideskalaperspektivet ¹⁴ er sentralt for avhandlingen. Fra rettspraksis har man eksempler i både Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) og HR-2021-1429-A (Saarivuoma) på slike inngrep. Om inngrepet i førstnevnte uttalte Høyesterett at inngrepet «inneholder [...] elementer fra begge disse to kategorier inngrep», mens om sistnevnte uttrykte andrevoterende at inngrepet hadde «klare likhetstrekk med ekspropriasjon» selv om det ble kategorisert som en rådighetsinnskrenkning. ¹⁵ I teorien har dette også blitt eksemplifisert med utnyttelsesforbud av bruksrettig-

¹² Fleischer (1978) s. 42.

¹³ Stavang/Stenseth (2016) s. 279–280, med henvisning til Fleischer (1978) s. 41–42.

¹⁴ Bygger på uttalelsene til Stavang/Stenseth (2016), se rett over.

¹⁵ Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 43 og HR-2021-1429-A (Saarivuoma) avsnitt 180.

heter. Siden prinsippet om eiendomsrettens elastisitet innebærer at «innskrenkninger av rådighet for innehaver av en begrenset rett lett innebærer utvidelser av grunneierens rådighet», vil slike utnyttelsesforbud få «mye av den samme virkning som en overføring av eiendomsrett».¹⁶ Etter mitt syn må glideskalaperspektivet sees i sammenheng med overføringselementet, ved at den nærmere vurderingen av inngrepets overføringselement er styrende for hvor på glideskalaen inngrepet skal plasseres.

For det andre er det «avgj»-vilkåret som er det operative vilkåret i Grunnloven § 105 tilknyttet selve inngrepene. Det er ikke opplagt at det som normalt kalles «ekspropriasjon» uttømmer dette virkeområdet, og det å omtale et inngrep som det ene eller det andre kan dermed være med på å farge vurderingen.

På bakgrunn av disse to perspektivene vil avhandlingen bruke begrepsparet deskriptivt, det vil si som beskrivende ord uten normerende funksjon over virkeområdet. Begrepet «rådighetsinnskrenkning» brukes deskriptivt om de inngrepene der formål og virkning i hovedsak er i større eller mindre grad å fryse rådigheten fast. Begrepet «ekspropriasjon» eller «formell ekspropriasjon» forbeholdes de formelle ekspropriasjonsvedtak slik definert i henhold til den konkrete ekspropriasjonshjemmelen.¹⁷ Disse innebærer som oftest en helt eller delvis tvangsoverføring av eiendomsrett eller annen rett, herunder stiftelse av individuelle rettigheter i eiendommen. Gjennomgående vil avhandlingen benytte de nøytrale overtermene «inngrep» eller «eiendomsinngrep» der det er naturlig, og særlig for inngrepene som faller imellom ytterpunktene. I noen sammenhenger benyttes begrepet «rådighetsoverføring», og dette sikter til inngrep som ligger i kjernen av «avgj»-vilkåret – enten formelle ekspropriasjoner eller inngrep som må likestilles med disse.

1.4 Oversikt over den videre fremstillingen

I neste punkt skal jeg redegjøre overordnet for rettigheter i fast eiendom fra både et rettsdogmatisk og et rettsteoretisk perspektiv. I punkt 3 skal jeg redegjøre overordnet om tolkningen av og utgangspunkter om Grunnloven § 105, før jeg går inn i den nærmere analysen av «avgj»-vilkåret og overføringselementet i punkt 4. Til slutt skal jeg komme med noen konklusjoner og forslag til løsningsmodell i punkt 5.

¹⁶ Stavang/Stenseth (2016) s. 278.

¹⁷ Eksempelvis oreigningslova § 2, plan- og bygningsloven § 16-2, veglova § 50, ekomloven § 12-3, og mineralloven §§ 37 og 38, med definisjon av ekspropriasjonstiltak eller lignende i eksempelvis orl. § 1, pbl. § 16-1 og vegl. § 49.

2 Om rettigheter i fast eiendom

2.1 Innledning

Siden problemstillingen knytter seg til inngrep i rettigheter i fast eiendom, skal jeg gi en oversikt over disse rettighetene, herunder eiendomsretten og andre rettigheter. Formålet er ikke en dyptgående analyse, men å gi en kontekst for den videre fremstillingen.

Før avhandlingen tar for seg rettigheter i fast eiendom, skal jeg kort beskrive hva som menes med *fast eiendom*. Som et utgangspunkt er fast eiendom en nærmere avgrenset del av jordoverflaten. Hvor grensene for den faste eiendommen går er et eget rettslig spørsmål, og avhenger av om det er en nabogrense (på land, i vassdrag eller i sjøen), grense ut mot sjø, eller grense ut mot innsjø med fritt midtstykke, som problematiseres. Fast eiendom strekker seg også ned i bakken og opp i luften, og dette beror også på en nærmere vurdering.¹⁸

Utover den avgrensede delen av jordoverflaten, i tillegg til ned i bakken og opp i luften, hører også en rekke andre ting med. Falkanger har delt disse inn i fire overordnede kategorier.¹⁹ Første kategori er de «[n]aturlige bestanddeler», eksempelvis jord og grus, trær og blomster, og uhøstet korn.²⁰ Her må det avgrenses fra løsøre, som for eksempel kan være der «trær felles eller avling høstes», der «fjell eller store steiner [er] sprengt og knust som ledd i pukkproduksjon», eller der «sand fra sandtaket [er] deponert med sikte på bortkjøring».²¹ Andre kategori er «byggverk mv.», mens tredje kategori er «[t]ilbehør».²² Siste kategori er «[r]ettigheter over annen eiendom», eksempelvis en realservitutt til ferdsel over en naboeiendom.²³

2.2 Utgangspunkter om rettigheter i fast eiendom

Rettigheter i fast eiendom er en stor gruppe rettigheter som innebærer en større eller mindre mulighet til å utnytte seg av fast eiendom. Et grunnleggende skille kan gjøres mellom «eiendomsrett» og «andre rettigheter i fast eiendom».²⁴

Som et juridisk utgangspunkt kan eiendomsretten beskrives som retten til å råde over eiendom – enten det er fast eiendom eller løsøre. Som uttrykt i Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov), er eiendomsretten

«retten til at raade over sin eiendom med de almindelige indskrænkninger, som flyter umiddelbart av loven og retsordenen.»²⁵

En nyere formulering finnes i Rt. 2011 s. 780 (Jæren Energi), der Høyesterett uttrykte at eiendomsretten gjerne beskrives som:

«en rett til å råde rettslig og faktisk over ting eller fast eiendom så langt dette ikke er forbudt ved lov eller strider mot rettigheter som tilkommer andre.»²⁶

Med dette som utgangspunkt er det to spørsmål som må stilles: Hvordan stifter man eiendomsrett, og hva er det nærmere innholdet i «å råde».

¹⁸ Om grenser, se Falkanger (2023) §§ 4.3 til 4.5 og Stavang/Stenseth (2016) kapittel 3.3.

¹⁹ Falkanger (2023) s. 87–88.

²⁰ Falkanger (2023) s. 87.

²¹ Falkanger (2023) s. 87–88.

²² Falkanger (2023) s. 88.

²³ Falkanger (2023) s. 88.

²⁴ Stavang/Stenseth (2016) opererer med dette skillet, se blant annet s. 13.

²⁵ Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov) s. 405.

²⁶ Rt. 2011 s. 780 (Jæren Energi) avsnitt 59.

Stiftelse av eiendomsrett må bygge på et stiftelsesgrunnlag. Disse grunnlagene har i teorien blitt delt inn i tre overordnede grupper.

For det første har man de opprinnelige ervervene, også kalt «originære erverv».²⁷ Ved opprinnelig erverv har den konkrete eiendommen ingen eier, og på nærmere vilkår stifter erververen den opprinnelige eiendomsretten. For det andre har man de avledede ervervene, også kalt «derivative erverv».²⁸ Ved avledede erverv har eiendommen en eier, og erververen bygger sin eiendomsrett på den tidligere eierens rett. Eksempler på dette er kjøp/salg, gave og arv. Ekspropriasjon er også eksempel på et derivativt erverv. For det tredje har man de utslettende ervervene, også kalt «ekstinktive erverv».²⁹ Ved utslettende erverv har eiendommen en eier, og denne eierens rett blir utslettet på nærmere vilkår til fordel for erververen. Eksempler på dette er godtroekstinksjon, kreditorekstinksjon og preklusive erverv. En særlig gruppe utslettende erverv er hevd, som er regulert i hevdsloven.³⁰

Når stiftelsesgrunnlagene er kartlagt, kan blikket vris til det andre spørsmålet – nemlig hva som nærmere ligger i «å råde»?

Falkanger har uttrykt at rådighet er «en rekke beføyelser», og samlet blir disse beføelsene «eiendomsrettens innhold».³¹ Når det gjelder en eiers rådighet har Falkanger sondret mellom de på to måter. For det første kan det sondres mellom *rettslig rådighet* og *faktisk rådighet*, og for det andre kan det sondres mellom *positiv rådighet* og *negativ rådighet*.³² Etter denne kategoriseringen er det dermed fire underkategorier av eierrådighet.

For det første har eieren den positive faktiske rådigheten, som innebærer at eieren kan fysisk benytte eiendommen på forskjellige måter – bygge hus, dyrke jorda, gjerde den inn og hugge trær. For det andre har eieren den negative faktiske rådigheten, som innebærer at eieren kan forhindre andre fra å fysisk benytte seg av eiendommen. For det tredje har eieren den positive rettslige rådigheten, som innebærer at eieren juridisk kan råde på forskjellige måter – han kan selge eiendommen, leie den ut, pantsette den eller inngå servituttavtaler. For det fjerde har eieren den negative rettslige rådigheten, som innebærer at han kan nekte andre å juridisk råde over eiendommen.³³

Eierrådigheten begrenses på forskjellige måter, og som formulert i sitatet fra Jæren Energi-dommen kan disse begrensningene ha sin hjemmel i lov eller i andres rettigheter. Falkanger har uttrykt at begrensningene kan være privatrettslige eller offentligrettslige, i tillegg til særskilte eller alminnelige.³⁴

De privatrettslige begrensningene kan grupperes på forskjellige måter – Falkanger har gruppert de overordnet i fire grupper, og har skilt ut de begrensninger som følger av sameie for seg.³⁵ Grupperingene baserer seg på rettsgrunnlaget, og har sitt utspring i (1) eierens egne disposisjoner, (2) tidligere eiers disposisjoner, (3) kreditorenes beslagsrett og (4) naborettslige begrensninger. Eksempler fra de forskjellige gruppene er en ferdseisrett eller en negativ servitutt for gruppe 1 og 2, tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-19 og 7-20, jf. panteloven kapittel 1 for gruppe 3, og grannelova § 2 første ledd første punktum for gruppe 4.³⁶

²⁷ Om originære erverv, se Falkanger (2023) § 5.2

²⁸ Om derivative erverv, se Falkanger (2023) § 5.3.

²⁹ Om ekstinktive erverv, se Falkanger (2023) § 5.4.

³⁰ Om hevd, se Falkanger (2023) § 5.5 og Stavang/Stenseth (2016) kapittel 4.

³¹ Falkanger (2023) s. 37.

³² Falkanger (2023) s. 37.

³³ Falkanger (2023) s. 37–38 for utfyllende om de forskjellige rådighetsgruppene.

³⁴ Om privatrettslige begrensninger, se Falkanger (2023) § 2.3. Om offentligrettslige begrensninger, se Falkanger (2023) §§ 2.4 og 7.

³⁵ Om sameie, se Falkanger (2023) § 10 og Stavang/Stenseth (2016) kapittel 7.

³⁶ For eksemplene og grupperingene, se Falkanger (2023) s. 39–41.

De offentligrettslige begrensningene er en gruppe begrensninger det offentlige kan utøve over eiendom, og kan begrunnes på forskjellige måter. Eksempler på dette er naturfredninger etter naturmangfoldloven, bygningsregulering etter plan- og bygningsloven, og forskjellige typer konsesjon etter konsesjonslovgivningen. I tillegg kan myndighetene vedta *ekspropriasjon* av eiendommen, herunder stifte servitutter på eiendommen.

På bakgrunn av dette har Falkanger gitt følgende alminnelige definisjon av eiendomsretten:

«Eiendomsretten er negativ avgrenset; eieren har alle de beføyelser som ikke på et eller annet grunnlag er unntatt».³⁷

Ut fra dette har Falkanger beskrevet eiendomsretten som «elastisk».³⁸ Hvis eieren for eksempel inngår en avtale om bruksrett kan hans rådighet bli innskrenket, og dersom denne begrensningen bortfaller vil rådigheten utvide seg igjen. Dette prinsippet er årsaken til at planinngrep i bruksrettigheter kan få «mye av den samme virkning som en overføring av eiendomsretten fra ett rettssubjekt til et annet» slik Stavang/Stenseth har beskrevet.³⁹

Med en slik funksjonell tilnærming til eiendomsretten som bakgrunn har noen rettsteoretikere analysert eiendomsretten om et koblingsord.⁴⁰ Ordet «eiendomsrett» fungerer da som en kobling mellom stiftelsesgrunnlagene (også kalt rettsfakta) og de forskjellige formene for rådighet og eventuelle rettigheter som følger av stiftelsen (også kalt rettsfølger). Et sentralt rettsteoretisk poeng her er om man begrenser koblingsordanalysen til å være et analyseverktøy for gjeldende rett, eller om koblingsordanalysen i tillegg kan strekkes til å bli den eneste måten å se rettighetstermer på.

Et spørsmål som oppstår er om den funksjonelle tilnærmingen, der eiendomsretten utelukkende er en «restrettighet», uttømmer eiendomsrettsbegrepet i et norsk, internrettslig perspektiv. Alvik har fremhevet at dette synspunktet blir «for unyansert» på bakgrunn av avgjørelsen i Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratisering).⁴¹ I saken grep regulering inn i «kjernen av eiendomsretten», som betød at reguleringen måtte «likestilles med ekspropriasjon av en del av eiendomsretten».⁴² Videre har Alvik uttrykt at der eier på bakgrunn av eiendomsretten disponerer, handler eller innretter seg på en måte som «fyller eiendomsretten med innhold og gir den et mer «positivt» preg», kan det «utkrystalliseres mer definerte rettsposisjoner med et legitimt krav på beskyttelse».⁴³

Ved siden av eiendomsretten kan fysiske og juridiske personer ha andre former for interesse i fast eiendom, som kan betegnes som «andre rettigheter i fast eiendom».⁴⁴ Falkanger har gruppert de andre rettighetene i fem grupper med «varierende rettslig styrke og økonomisk betydning», og avhandlingen skal kort redegjøre for disse.⁴⁵

Den første gruppen er de «*begrensede rettigheter* av typen leierett, servituttrett, panterett, forkjøpsrett osv.».⁴⁶ Disse rettighetene «nyter rettsordenens beskyttelse på samme måte som eiendomsretten».⁴⁷ Dette betyr at rettighetshaver kan få dom

³⁷ Falkanger (2023) s. 43.

³⁸ Falkanger (2023) s. 43.

³⁹ Stavang/Stenseth (2016) s. 278–279.

⁴⁰ Se Ross (1951) s. 478, og punkt 2.3.3.

⁴¹ Alvik (2021b) s. 153, og punkt 4.4.3.

⁴² Alvik (2021b) s. 153.

⁴³ Alvik (2021b) s. 153.

⁴⁴ Stavang/Stenseth (2016) s. 13.

⁴⁵ Falkanger (2023) s. 43–45.

⁴⁶ Om servitutter, se Falkanger (2023) § 12 og Stavang/Stenseth (2016) kapittel 6.

⁴⁷ Falkanger (2023) s. 43.

på rettighetens eksistens og innhold, erstatning ved angrep fra tredjeperson og rett til full erstatning ved ekspropriasjon.⁴⁸

Den andre gruppen er allemannsretten.⁴⁹ Friluftsløven er det sentrale grunnlaget, men retten kan også følge av annen lovgivning.⁵⁰ Allemannsretten innebærer for eksempel nærmere avgrensede ferdselsretter, fiskeretter og høstingsretter. En person kan «få dom for at man har en slik rett», men har «en meget svakere status» enn den første gruppen.⁵¹ Blant annet har allemannsretten «i alminnelighet ikke ekspropriasjonsrettslig vern», men med nærmere unntak.⁵²

Den tredje gruppen er allmeningsrettigheter.⁵³ De sentrale lovene for disse er bygdeallmeningsloven, statsallmeningsloven og fjellova. Lovene gir for eksempel gårdsbruk i bygdelaget «rett til å ta trevirke, la dyrene beite og til å ha seter – så langt gårdens behov tilsier» i allmenningen.⁵⁴

Den fjerde gruppen er de samiske rettighetene.⁵⁵ Når det gjelder reindriftssamenes beiterettigheter, er disse lovfestet i reindrifftsloven § 4 første ledd første punktum med grunnlag i alders tids bruk. I bestemmelsens tredje ledd er det også lovfestet at erstatningsvurderingen ved inngrep skal foretas etter «alminnelige ekspropriasjonsrettslige grunnsetninger».⁵⁶

Den femte gruppen er en mindre konkret avgrenset gruppe interesser som har rettslig karakter. Her har Falkanger særlig nevnt nabolovgivningen, som «egentlig er et vern om As posisjon som eier av en fast eiendom».⁵⁷ Grunneier kan blant annet nekte naboen å ha, gjøre eller sette i verk noe som er «urimeleg eller uturvande» til «skade eller ulempe» på sin eiendom.⁵⁸

Etter dette har Falkanger formulert den sentrale forskjellen mellom eiendomsretten og andre rettigheter i fast eiendom. Der eiendomsretten er negativt avgrenset, er de andre rettighetene i fast eiendom «positivt avgrenset».⁵⁹ Dette innebærer at grunnlaget for de andre rettighetene er styrende for rådigheten, i den forstand at rettighetens grunnlag ferdig tolket er styrende for rådighetens innhold og grenser. Slik som eiendomsretten kan de andre rettighetene analyseres i koblingsordperspektivet, men med justeringer på rettsfakta- og rettsfølgesiden.

For å oppsummere innebærer eiendomsretten at eiendomsrettshaver har all rådighet han ikke er avgrenset fra, mens de andre rettighetene er fra eiendomsrettshavers perspektiv en gruppe begrensninger med forskjellige grunnlag.⁶⁰ Fra rettighetshaver av de andre rettighetenes perspektiv er deres rettigheter positivt avgrensede rettigheter til annen fast eiendom som de kan benytte seg av. Spenningsforholdet mellom eiendomsretten og de andre rettighetene reiser ekspropriasjonsrettslige problemstillinger i lys av prinsippet om eiendomsrettens elastisitet – når en annen rettighet blir utvidet vil eiendomsrettshavers rådighet tilsvarende bli beskåret.⁶¹ Et spørsmål som reiser seg her er om, og i så fall

⁴⁸ Falkanger (2023) s. 43–44.

⁴⁹ Om allemannsretten, se Falkanger (2023) § 9 og Reusch (2011).

⁵⁰ For eksempel lakse- og innlandsfiskeloven § 18, se punkt 4.4.5.

⁵¹ Falkanger (2023) s. 44.

⁵² Falkanger (2023) s. 213 med videre henvisning.

⁵³ Om allmenninger, se Falkanger (2023) § 8, Falkanger (2009), Ravna/Eriksen (2023) og Stenseth (2005).

⁵⁴ Falkanger (2023) s. 44.

⁵⁵ Om samerett, se Funderud Skogvang (2023).

⁵⁶ Nærmere om dette i punkt 4.4.6.1.

⁵⁷ Falkanger (2023) s. 44–45. Om naborett, se Falkanger (2023) § 13 og Stavang/Stenseth (2016) kapittel 5.

⁵⁸ Grannelova § 2 første ledd første punktum.

⁵⁹ Falkanger (2023) s. 45 har begrenset dette til de begrensede rettighetene i første gruppe, men har presisert i fotnote 30 at «[t]ilsvarende gjelder i prinsippet også for de øvrige grupper».

⁶⁰ Spørsmålet om eiendomsrettens substans tar jeg ikke stilling til.

⁶¹ Falkanger (2023) s. 43.

hvordan, en slik utvidelse i for eksempel lovs form omfattes av «avgj»-vilkåret i Grunnloven § 105.⁶²

2.3 Et rettsteoretisk perspektiv på rettigheter i fast eiendom⁶³

2.3.1 Innledning

I dette punktet skal avhandlingen se nærmere på eiendomsretten fra et rettsteoretisk perspektiv, med fokus på Ross' koblingsordanalyse. Før avhandlingens ser nærmere på dette er det to aspekter ved rettighetsteori som må nevnes, nemlig rettigheters meningsaspekt og virkelighetsaspekt.⁶⁴ Kartlegging av meningsaspektet går i korte trekk ut på en analyse av hvordan rettighetstermer blir brukt, mens virkelighetsaspektet går ut på en analyse av rettigheters virkelighetsnivå og begrunnelse. Avhandlingen vil hovedsakelig behandle meningsaspektet.

2.3.2 Oversikt over rettigheters meningsaspekt

Som fremhevet av Eng, inneholder eiendomsretten en rekke meningsaspekter. Han har særlig trukket frem tre aspekter.

Det første er at «én persons rettighet svarer en annen persons plikt».⁶⁵ Hvis den man etter rettigheten har et krav ovenfor kan nekte å utføre det rettighetshaveren krever, har Eng anført at det da ikke er en rettighet man har. Det andre er at «til en persons rettighet svarer et element av selvbestemmelse».⁶⁶ Dette innebærer både at den som har rettigheten fritt kan velge om de vil benytte seg av rettigheten eller ikke, i tillegg til at kompetanse er en del av rettighetens innhold. Det tredje er at det også ligger en passiv side til rettigheter – også kalt for «et forsvar».⁶⁷ Dette har en selvstendig betydning, i tillegg til å være en omformulering av den aktive siden. Eng har eksemplifisert dette med eiendomsretten – vi kan nekte staten å ta vår eiendom uten å få full erstatning.⁶⁸

Med denne bakgrunnen har Eng stilt opp tre sentrale linjer i rettighetsspråket. Den første linjen er at rettigheter innebærer «krav overfor andre som vi selv kan velge om vi vil gjøre gjeldende».⁶⁹ Den andre linjen er at rettigheter innebærer «kompetanser av forskjellige slag».⁷⁰ Den tredje linjen er at rettigheter innebærer et «vern mot andres inngripen i rettighetens gjenstand».⁷¹

2.3.3 Ross' koblingsordanalyse

Før jeg ser nærmere på Ross' koblingsordanalyse, må skjemaene til Wesley Newcomb Hohfeld nevnes. Hohfelds skjemaer var et forsøk på å organisere rettighetsspråket gjennom to skjemaer. For det første inneholder rettigheter et pliktaspekt. Hohfeld fant her to forhold av interesse: (1) krav–plikt og (2) ikke-krav–frihet.⁷² For det andre inneholder rettigheter et kompetanseaspekt. Hohfeld fant også her to forhold av interesse: (3) kompetanse–avhengighet og (4) inkompetanse–immu-

⁶² Se punkt 4.4.5, der spørsmålet om justering av allemannsretten og andre tilgrensende rettighetsforhold blir behandlet.

⁶³ Redegjørelsen og drøftelsen tar utgangspunkt i Eng (2007) II kapittel 6.

⁶⁴ Eng (2007) s. 143.

⁶⁵ Eng (2007) s. 144.

⁶⁶ Eng (2007) s. 144.

⁶⁷ Eng (2007) s. 145.

⁶⁸ Eng (2007) s. 145.

⁶⁹ Eng (2007) s. 145.

⁷⁰ Eng (2007) s. 145.

⁷¹ Eng (2007) s. 145.

⁷² Se Eng (2007) s. 146 for illustrasjon.

nitet.⁷³ Hohfeld mente at alle rettigheter kan uttrykkes gjennom disse fire relasjonene.⁷⁴

Ifølge Eng bygget Ross' koblingsordanalyse på Hohfelds skjemaer, og forholdet mellom teoriene er at «Hohfelds kategorier dukker opp [...] på rettsfølgesiden av rettighetstermer som koblingord».⁷⁵ De to analysene «står altså ikke i motstrid med hverandre, men utfyller hverandre».⁷⁶

Ifølge Ross var eiendomsrett eksempel på et ord «uden mening, d. v. s. uden enhver semantisk referens» og tjener kun til «fremstillingstekniske formål».⁷⁷ Som Eng har formulert fungerer dermed ordene som «formidlere mellom alternative rettsfakta og kumulative rettsfølger».⁷⁸ Rettsfaktaene kan også kalles vilkår, og for eiendomsretten er dette de forskjellige stiftelsesgrunnlagene. Rettsfølgene er resultatet av at et av rettsfaktaene foreligger, og for eiendomsretten er dette de forskjellige måtene eieren kan råde over eiendommen på og andre virkninger av at eiendomsrett er stiftet, herunder rett til full erstatning der man må «avgi» sin eiendom.

Det som gjør Ross' idé spesiell var at den innebar to elementer, i tillegg til koblingsord som et analytisk verktøy, som førte Ross' koblingsordanalyse inn i området for normers virkelighetsaspekt.⁷⁹ Siden avhandlingen hovedsakelig knytter seg til koblingsords betydning for meningsaspektet, blir dette behandlet kort.

Det første elementet var at Ross argumenterte for en «absoluttering av koblingsordperspektivet», det vil si at rettigheters funksjon som koblingsord er «den eneste funksjon som rettighetstermene har i vårt språk og vår argumentasjon».⁸⁰ Dette er den eneste måten man kan analysere rettigheter på, og avskjærer andre perspektiver. Absolutteringen av koblingsordanalysen er omdiskutert, og har blant annet blitt kritisert av Baldersheim og Eng.⁸¹

Det andre elementet er at vi «ikke har noen mulighet for fornuftsmessig vurdering og kritikk av det normative».⁸² Med dette tok Ross et non-kognitivistisk standpunkt til normativitet, som innebærer en «mer grunnleggende» premiss.⁸³

Grunnen til at jeg fremhever koblingsordanalysen særskilt, er at dens funksjon som analytisk verktøy for forståelsen av normers meningsaspekt illustrerer nyanseforskjellen mellom konseptene *rettigheter i fast eiendom* og *rådighet*. Rettighetene er det man stifter gjennom stiftelsesgrunnlagene, og som medfører rådighet med begrensninger. Det er noe formelt. Rådighet er derimot funksjonen av å ha rettigheten – for eksempel å bygge eiendommen, ha beite, nekte andre adgang og så videre. Det er noe funksjonelt. Som jeg kommer tilbake til senere, mener jeg dette skillet er en relevant nyanse ettersom praksis har lagt opp til at det er *rådigheten* som må overføres.

2.4 Oppsummering

For å oppsummere er særlig to poenger avhandlingen skal trekke ut fra denne gjennomgangen av rettigheter i fast eiendom.

⁷³ Se Eng (2007) s. 147 for illustrasjon.

⁷⁴ Eng (2007) s. 146.

⁷⁵ Eng (2007) s. 149.

⁷⁶ Eng (2007) s. 149.

⁷⁷ Ross (1951) s. 478.

⁷⁸ Eng (2007) s. 105.

⁷⁹ Eng (2007) s. 150.

⁸⁰ Eng (2007) s. 154, illustrert ved sitatet fra Ross over.

⁸¹ Se Baldersheim (2017) s. 87 og Eng (2007) s. 154–155.

⁸² Eng (2007) s. 155.

⁸³ Eng (2007) s. 156.

For det første er det prinsippet om eiendomsrettens elasticitet, som ved siden av planinngrep i servitutter, også får betydning der grensedragningen mellom tilgrensende rettigheter justeres i for eksempel lovs form. For det andre er det sontringen mellom rettighet og rådighet, der rettighet etter et rettsteoretisk perspektiv sikter til noe mer formelt, mens rådighet sikter til noe mer funksjonelt eller reelt.

3 Grunnloven § 105 – tolkning og utgangspunkter

3.1 Innledning

Først i dette punktet skal det redegjøres for noen særlige forhold ved tolkningen av Grunnloven § 105 i punkt 3.2, for så en kort redegjørelse for prøvingsretten og prøvingsintensitet i punkt 3.3. Etter dette skal det redegjøres overordnede for Grunnloven § 105 i punkt 3.4, før avhandlingen går over i hovedproblemstillingen i punkt 4.

3.2 Særlige forhold ved tolkning av Grunnloven § 105

For å nærmere fastslå innholdet «avgi»-vilkåret, herunder overføringselementets betydning, må bestemmelsen tolkes. Siden det er noen særlige forhold som gjør at grunnlovstolkningen skiller seg fra vanlig lovtolkning, vil dette punktet redegjøre overordnet for dette.

Utgangspunktet for tolkningen er den alminnelige rettskildelæren, der «[o]rdlyden er utgangspunktet».⁸⁴ Det er likevel «visse særtrekk» ved Grunnloven som gjør at tolkningen skiller seg fra vanlig lovtolkning.⁸⁵ For Grunnloven § 105 vil jeg særlig fremheve tre særtrekk som vil påvirke tolkningen.⁸⁶

Et første særtrekk er *bestemmelsens alder*. Siden Grunnloven § 105 ble vedtatt på Riksforsamlingen i 1814, og foruten språklig oppdatering har vært lik siden da, er dette relevant for bestemmelsen. Blant annet vil dette påvirke betydningen av EMK P1-1, som ble utformet senere. Et annet særtrekk er *bestemmelsens sparsomme ordlyd og forarbeider*. Ordet «avgi» er sentralt for om et inngrep omfattes av vernet. I lys av denne knappheten må rettspraksis og andre kilder gis vekt ved tolkningen. Forarbeidene gir også lite veiledning, og Lønningutvalgets uttalelser i forbindelse med Grunnloven § 105 har mer karakter av å være etterarbeider. Et tredje særtrekk er *lovgivers egen tolkning*, og dette må sees i lys av prøvingsrett og prøvingsintensitet som behandles i punkt 3.3.

Andre grunnlovsbestemmelser kan også fungere som tolkningsmomenter, og avhandlingen skal se nærmere på tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97.⁸⁷ I tillegg skal avhandlingen redegjøre og vurdere den rettskildemessige posisjonen til EMK P1-1 og praksis fra EMD. Til slutt i tolkningen skal avhandlingen se på reelle hensyn.

3.3 Prøvingsrett og prøvingsintensitet

Spørsmålet avhandlingen ser på – hva som nærmere ligger i «avgi»-vilkåret og betydningen av overføringselementet, vil være aktuelt der myndighetene for eksempel vedtar en lov som gjør inngrep i eiendom uten erstatning, men som det etter Grunnloven § 105 skulle vært gitt full erstatning for. I den situasjonen kan rettighetshaver ta saken inn for domstolene, og det aktualiserer spørsmålet om domstolens kompetanse til å prøve forholdet mellom formell lov eller vedtak på den ene siden, og Grunnloven på den andre siden.

Avhandlingen tar utgangspunkt i reglene og prinsippene etter Grunnloven § 105, som vil si hva som kan sluttes ut fra «avgi»-vilkåret, og ikke til en konkret prøving av om et vedtak eller en lov er grunnlovsstridig. For avhandlingen settes derfor ikke spørsmålet om prøvingsrett og prøvingsintensitet på spissen, men det skal

⁸⁴ HR-2020-2472-P (klima) avsnitt 84.

⁸⁵ Smith (2021) s. 95.

⁸⁶ Særtrekk nevnt i Høgberg/Moltumyr Høgberg (2013) kapittel 2.

⁸⁷ Verken Grunnloven § 112 eller § 113 har stor betydning for spørsmålet avhandlingen behandler, men er relevante for andre aspekter av Grunnloven § 105.

likevel redegjøres for noen overordnede utgangspunkter om dette for at helheten i systemet skal komme frem.

I dag er prøvingsretten grunnlovfestet i Grunnloven § 89, som uttrykker at domstolene har «rett og plikt» til både å prøve om anvendelse av en lovbestemmelse «strider mot Grunnloven» og om det «strider mot Grunnloven eller landets lover å anvende andre beslutninger truffet under utøving av offentlig myndighet». Denne prøvingsretten er et resultat av rettsutvikling over tid. Allerede på midten av 1800-tallet så man tanker om prøvingsrett i juridisk teori, da for eksempel i Schweigaard/Motzfeldt sin betenkning om opphevelsen av det bergenske bakerlaugets privilegier.⁸⁸ Smith har trukket frem tre sentrale saker for prøvingsrettens fremvekst.⁸⁹

Siden domstolen kan og må prøve grunnlovsmessigheten av myndighetsutøvelse, blir spørsmålet hvor *intens* denne prøvingen skal være. I Rt. 1976 s. 1 (Kløfta), som blant annet gjaldt spørsmålet om den tidligere ekspropriasjonsstatningsloven av 1973 §§ 4 og 5 var i strid med Grunnloven § 105, stilte Høyesterett opp utgangspunktene for prøvingens intensitet.⁹⁰ Høyesterett opererte med tre kategorier av prøvingsintensitet avhengig av hva grunnlovsbestemmelsen handlet om.

Der grunnlovsbestemmelsen dreier seg om «vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet» må «grunnlovens gjennomslagskraft [...] være betydelig».⁹¹ Eksempler på dette er ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og retten til privatliv i Grunnloven § 102. For grunnlovsbestemmelser som «regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse» må domstolen «i vid utstrekning [...] respektere Stortingets eget syn».⁹²

I «en mellomstilling» kommer de bestemmelsene som handler om «vern om økonomiske rettigheter».⁹³ For slike bestemmelser må Stortingets egen forståelse «spille en betydelig rolle» når grunnlovsmessigheten skal prøves, og domstolen «må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens».⁹⁴ I konkrete saker vil derfor spørsmålet bli om «lovens regler leder til resultater som er forenlig med grunnlovens § 105», ikke om «resultatene ville blitt de samme uten lovregler».⁹⁵ Dette betyr at Høyesterett vil «vike tilbake» for å konstatere at en lov er grunnlovsstridig der det «foreligger rimelig tvil» om grunnlovsstriden og der «Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven».⁹⁶ Men prøvingsretten må benyttes der det er «hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven».⁹⁷

Til slutt presiserte Høyesterett to ting: For det første må domstolen «uten videre akseptere lovgiverens politiske vurderinger», og spørsmålet er derfor kun om «den måte Stortinget har realisert sine intensjoner på, er forenlig med grunnloven».⁹⁸ For det andre har domstolen «rett og plikt» til å «anvende loven på den måte som

⁸⁸ Schweigaard/Motzfeldt (1841) – dette poenget har blitt fremhevet i Alvik (2021a) s. 1184, se punkt 4.3.2.

⁸⁹ Rt. 1866 s. 823 (Wedel-Jarlsberg), Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov) og Rt. 1976 s. 1 (Kløfta), se Smith (2021) s. 274–276.

⁹⁰ Omtalt som «Kløfta-læren», se Smith (2021) s. 323 flg.

⁹¹ Kløftadommen s. 5.

⁹² Kløftadommen s. 5, med henvisning til Rt. 1952 s. 1089 (hvalavgift) på særlig s. 1098.

⁹³ Kløftadommen s. 6.

⁹⁴ Kløftadommen s. 6.

⁹⁵ Kløftadommen s. 6.

⁹⁶ Kløftadommen s. 6.

⁹⁷ Kløftadommen s. 6.

⁹⁸ Kløftadommen s. 6.

best harmonerer med grunnloven eller med det prinsipp den enkelte grunnlovsbestemmelse er sprunget ut av» ved tvil om tolkningen av en lov.⁹⁹

Grunnloven § 105 er eksempel på en bestemmelse som faller i mellomkategorien, siden eiendom er en økonomisk rettighet. Dersom domstolen skal ta stilling til spørsmålet, må de dermed legge en betydelig vekt på Stortingets syn, og overprøving kan skje dersom Stortinget ikke har vurdert grunnlovsmessigheten, eller dersom det er hevet over rimelig tvil at loven er grunnlovsstridig. Grunnloven § 105 kan etter den andre presiseringen også anvendes som tolkningsprinsipp, og her er det særlig «full erstatning» som kan være en relevant retningslinje når det er usikkerhet knyttet til erstatningsutmålingen ved ekspropriasjonsvedtak.

3.4 Om Grunnloven § 105

3.4.1 Kort om historikk¹⁰⁰

Grunnloven § 105 er en av de bestemmelsene som relativt uforandret har vært en del av konstitusjonen siden dens vedtakelse 17. mai 1814.

I forbindelse med Riksforsamlingen ble det utarbeidet flere grunnlovsutkast. Av disse har utkastet som ble utarbeidet av Adler-Falsen blitt beskrevet som «[d]et viktigaste for det vidare arbeidet»,¹⁰¹ Mestad har blant annet vist til uttalelsene fra komited medlem Jacob Aall, som uttrykte at utkastet ble brukt «som en bestandig Ledetraad».¹⁰²

I Adler-Falsens utkast nøy eiendomsretten som sådan en beskyttelse i utkastets § 4:

«Eiendomsret er den Ret, som hver Borger har, til at nyde og raade over sit Gods, sine Indtægter, over Frugterne af sit Arbeide og sin Flid.»

Utgangspunktene for ekspropriasjon ble gitt i utkastets § 14 andre og tredje punktum. For helhetens skyld gjengis hele paragrafen:

«Folket kan ikke forpligtes ved andre Love end dem, som det, ved sine frit valgte Repræsentanter, har givet sig selv. Som Følge heraf kan intet Individ berøves den mindste Deel af sin Eiendom, uden sit eget, eller den repræsenterende Forsamlings Samtykke. Fordrer den offentlige Nødvendighed, paa en ved Lovene bestemt Baade, at et Individ maa afgive sin Eiendom til offentlig Brug, saa maa han derfor have en fyldestgjørende Erstatning.»

I den vedtatte Grunnloven ble flere deler av eiendomsretts- og ekspropriasjonsvernet endret. Prinsippbestemmelsen i utkastets § 4 ble ikke videreført, og Andenæs/Fliflet har antydnet at grunnen til dette er at «Riksforsamlingen hadde liten sans for slike prinsipplæringer av rettsfilosofisk natur».¹⁰³ Ekspropriasjonsvernet i utkastets § 14 andre og tredje punktum ble endret. Deler av andre punktum ble videreført andre steder, mens tredje punktum ble noe justert. Paragraf 105 ble vedtatt med følgende ordlyd:

«Fordrer Statens Tarv, at Nogen maae afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentligt Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.»

⁹⁹ Kløftadommen s. 6, med videre henvisninger til Rt. 1880 s. 278 (Kristiania magistrat) på særlig s. 280 og Rt. 1958 s. 479 (Mykle) på særlig s. 482.

¹⁰⁰ Om Grunnloven § 105 sin historikk, se Alvik (2021a).

¹⁰¹ Mestad (2021) s. 41.

¹⁰² Aall (1859) s. 402–403 og Mestad (2021) s. 41.

¹⁰³ Andenæs/Fliflet (2017) s. 542.

Dette illustrerer forskjellene mellom Adler-Falsens utkast og den vedtatte grunnlovsteksten. Som fremhevet av Aall, vil man «finde en stor Ulighed imellem hiint og denne». ¹⁰⁴ Av de forskjellene som Aall nevnte, er flere relevante for forskjellen mellom Adler-Falsens utkast §§ 4 og 14 andre og tredje punktum, og den vedtatte Grunnloven § 105. Blant annet pekte Aall på at den vedtatte Grunnloven hadde «en meer sammentrængt Korthed, et mere passende Lovsprog, udtrykt i korte befalende Sætninger, uden lange og uhensigtsmessige Raisonnements». ¹⁰⁵

Etter vedtakelsen av Grunnloven 17. mai 1814 forble Grunnloven § 105 uendret frem til revisjonen som ble gjort i forbindelse med Grunnlovens 200-årsjubileum. I revisjonsarbeidet foreslo Lønningutvalget at Grunnloven § 105 skulle «videreføres i uendret form». ¹⁰⁶ Dette ble begrunnet med at bestemmelsen var innarbeidet med mye rettspraksis knyttet til seg, sammenholdt med at kravet til full erstatning «går lengre enn de internasjonale konvensjoner» og «like langt eller lengre enn konstitusjonene i andre europeiske land». ¹⁰⁷ Samtidig så de ikke et behov for å grunnlovsfeste vernet mot rådighetsinnskrenkninger, siden dette burde løses «gjennom ordinær lovgivning og praksis». ¹⁰⁸ Bestemmelsen ble gjort til en del av kapittel E om Menneskerettigheter, og fikk en oppdatert språkdrakt. Av relevans for avhandlingen ble «avgive» endret til «avgj», og ble oversatt til «gje frå seg» på nynorsk. ¹⁰⁹

Basert på disse historiske utgangspunktene ser man at rettspraksis har en sentral rolle i forståelsen av vernet. Grunnloven § 105 sitt vern omfatter der borgeren må «avgj» eiendom, og hva som ligger i dette må tolkes. I sammenheng med dette ser man også at rettspraksis helt fra bestemmelsens vedtakelse i 1814 er relevant, siden det ikke har skjedd noen endringer av bestemmelsen foruten en språklig oppdatering. Som avhandlingen kommer tilbake til senere, ser man noen historiske milepæler som overprøvde eller justerte kursen, sammenlignet med tidligere praksis.

3.4.2 Kort om reelle hensyn

Grunnloven § 105 hviler på forskjellige hensyn.

På den ene siden er eiendomsretten og andre rettigheter i fast eiendom en sentral del av rettsstaten. Fra et perspektiv har naturretten på metafysisk grunnlag oppstilt eiendomsretten som en iboende rettighet for å ivareta de mer grunnleggende rettene til liv og frihet. Men også i den moderne rettsfilosofien har eiendomsretten en sentral plass. Ross har blant annet uttrykt at «sikkerhed mod overgreb mod person og ejendom» er blant de «nødvendige forudsætninger for, at demokratiet kan virkeliggøres efter sin mening». ¹¹⁰ Et vern av eiendom kan også, ved siden av frihets- og demokratihensyn, også begrunnes i likhetshensyn og rettferdighetshensyn. ¹¹¹

På den andre siden står behovet for offentlige inngrep i eiendomsretten og begrensede rettigheter, som kan hvile på forskjellige hensyn og ta forskjellige former. Det er både i fellesskapets og individenes interesse at eiendom benyttes på en fornuftig, trygg og bærekraftig måte. Interessen er særlig fremtredende når eiendommen inneholder viktige naturressurser, verneverdig natur eller kultur, eller når arealet er nødvendig for bygging av infrastruktur. Derfor kan inngrep i eiendom begrunnes i for eksempel kontroll og forvaltning av naturressurser, vern

¹⁰⁴ Aall (1859) s. 402.

¹⁰⁵ Aall (1859) s. 402 og Mestad (2021) s. 43.

¹⁰⁶ Lønningutvalget s. 197.

¹⁰⁷ Lønningutvalget s. 197.

¹⁰⁸ Lønningutvalget s. 197.

¹⁰⁹ Grunnlovsspråkutvalget s. 82.

¹¹⁰ Ross (1966b) s. 584.

¹¹¹ Se punkt 4.7.

av natur, eller bygging av infrastruktur. Inngrepene kommer i forskjellige former og styrke, og kan gjøres som konsesjon for kraftutbygging, regulering av og forbud om bygging, og ekspropriasjon av grunneiendom.

Grunnloven § 105 kan sees på som et resultat av disse kryssende hensynene. Bestemmelsen setter ingen begrensninger på eiendomsinngrep, foruten det tilsynelatende kravet til offentlige interesser. Det bestemmes uttrykker, er at dersom eiendom avgis skal eieren ha full erstatning. Rammen for erstatningsfrihet for myndighetene der inngrepene ikke innebærer at eiendom avgis er vid etter bestemmelsen. Skillet mellom de to situasjonene kan være et utslag av rettferdighetshensynet. Som borgere i et samfunn må vi tåle at myndigheten i stor grad setter rammen for måten vi kan utnytte eiendom på, men dersom de fratar oss vår eiendom vil det være både urettferdig og urimelig å ikke få kompensasjon for dette.

3.4.3 Ekspropriasjonsvernet – vilkår og virkning

Før avhandlingen går inn i den nærmere analysen av Grunnloven § 105 og «avgis»-vilkåret, skal avhandlingen redegjøre kort for *vilkårene* og *virkningene* tilknyttet ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105.

Det sentrale for oppgaven er Grunnloven § 105 sitt krav til *inngrepet*, herunder overføringselementets betydning. Dette blir behandlet i avhandlingens punkt 4.

Videre stilles det krav til det som avgis. Det må dreie seg om noens «rørlige eller urørlige eiendom». Avhandlingen ser ikke nærmere på dette, siden den behandler rettighetstyper som utvilsomt er omfattet av ordlyden – eiendomsrett, servitutter og samiske beiterettigheter.

Det stilles tilsynelatende et krav om begrunnelse for inngrepet, siden bestemmelsen uttrykker at inngrepet må være gjort «til offentlig bruk» hvis det «[f]ordrer statens tarv». Dette kan tolkes som en begrensning på det offentlige, siden offentlige hensyn må begrunne ekspropriasjonen, og ekspropriasjonen må gjøres til offentlig bruk. I oreigningslova § 2 er det fastsatt en rekke formål det kan eksproprieres til fordel for, og som Smith har uttrykt er det «lite tenkelig at domstolene hos oss vil tilsidesette et lovbestemt formål for ekspropriasjon fordi det i seg selv ikke oppfyller kravet om å ivareta «statens tarv»». ¹¹² At det kan eksproprieres til private er det liten tvil om, og at retten til full erstatning også utløses ved ekspropriasjon til private «er hevet over tvil». ¹¹³

Dersom noen må avgis sin rørlige eller urørlige eiendom, er virkningen at opprinnelig rettighetshaver får krav på «full erstatning». Grunnlovens ord er «bør», men dette er tolket som en plikt. Den nærmere utmålingen av hva som ligger i «full erstatning» har vært utviklet i domstolpraksis, og de nærmere utmålingsprinsippene er nå lovfestet i oreigningsvederlagslova med tilhørende praksis.

Grunnloven § 105 kan dermed oppsummeres slik: Det stilles to kumulative vilkår for at retten til «full erstatning» skal utløses. Det første knytter seg til selve inngrepet – «avgis», mens det andre knytter seg til det som det blir gjort inngrep i – «rørlige eller urørlige eiendom».

Som en følge av dette vil når et inngrep innebærer at rettighetshaver må «avgis» sin eiendom ha stor betydning for rettsposisjonen til rettighetshaver. Hva som nærmere ligger i dette, herunder overføringselementets betydning, vil være en sentral del av avhandlingens hovedproblemstilling i neste punkt.

¹¹² Smith (2021) s. 396.

¹¹³ Smith (2021) s. 396.

4 Nærmere om «avgi»-vilkåret og overføringselementet i Grunnloven § 105

4.1 Innledning

I dette punktet skal avhandlingens hovedproblemstilling behandles nærmere. Først skal jeg se nærmere på hvilke slutninger som kan trekkes ut av Grunnlovens ordlyd i punkt 4.2. Deretter skal jeg se nærmere på teori og praksis i punkt 4.3, som vil illustrere utviklingen i overføringselementets betydning for «avgi»-vilkåret. Etter en behandling av teori og praksis, skal avhandlingen se nærmere på typetilfeller i punkt 4.4, der både spørsmålet om «avgi»-vilkåret som en glideskala basert på overføringselementet, og betydningen av inngrepets realiteter blir sett nærmere på.

I de to punktene etter dette – 4.5 og 4.6 – skal jeg se på betydningen av henholdsvis Grunnloven § 97 og EMK P1-1, før jeg ser kort på reelle hensyn som en siste rettskilde i punkt 4.7. Til slutt skal jeg sammenfatte rettskildene og konkludere i punkt 5.

4.2 Grunnlovens ordlyd

Utgangspunktet for tolkningen er grunnlovens ordlyd. Etter ordlyden er det de inngrepene som innebærer at noen må «avgi» sin «rørlige eller urørlige eiendom» som utløser kravet om «full erstatning». Ut fra ordet «avgi» kan det foretas en rekke språklige slutninger.

For det første tilsier «avgi» rent språklig at inngrepet må innebære at rettighets- haver må gi fra seg eiendommen før ekspropriasjonsvernet utløses. Sagt på en annen måte tilsier ordlyden at «eiendomsretten blir *overført* til andre».¹¹⁴ Ordlyden spesifiserer ikke nærmere om det må være hele rettigheten, eller om vernet utløses ved at rettighetshaver må gi fra seg deler av rettigheten – enten fysisk eller juridisk. På dette punktet er det lagt til grunn i teori og praksis at der rettighets- haver må gi fra seg deler av sin rettighet – enten ved at eiendomsretten til en del av eiendommen overføres eller ved at det stiftes individuelle rettigheter på eiendommen – utløses ekspropriasjonsvernet.¹¹⁵

For det andre kan ordlyden indikerer at det kreves en form for endelighet ved inngrepet. Om fratakelsen er av en kortsiktig, midlertidig karakter kan det problematiseres om eiendommen er avgitt. For eksempel vil et vedtak om ekspropriasjon etter oreigningslova medføre at eiendomsretten blir overført med endelig virkning, og om dette skal endres tilbake kreves et nytt vedtak om ekspropriasjon. Om en rådighetsinnskrenkning har den samme endeligheten vil variere etter den konkrete innskrenkningen. Her er likevel ikke ordlyden klar, og midlertidighet kan også problematiseres opp mot «full erstatning».

For det tredje krever ordlyden at inngrepet skjer under tvang, når man leser «avgi» i sammenheng med «må». Hvis det ikke foreligger tvang, men grunneier for eksempel inngår en frivillig avtale om avgivelse av grunn til staten, er man utenfor vernet i Grunnloven § 105. Dette avskjærer derimot ikke fra å frivillig avtale at vederlaget for avtalen skal utmåles etter ekspropriasjonsrettslige prinsipper, og dermed Grunnloven § 105 sitt krav om «full erstatning».

¹¹⁴ Smith (2021) s. 397.

¹¹⁵ Smith (2021) s. 397: Erstatningsvernet inntreer når «eiendomsretten helt eller delvis (ved servitutter e.l.) blir *overført* til andre». Også lenger opp på samme side, der Smith uttrykker på bakgrunn av ordlyden at avgi også gjelder «når særskilte *rettigheter* over eiendommen blir overført til andre; jeg får f.eks. en veirett over en del av naboeiendommen (servitutt)». Fleischer (1968) s. 11 har uttrykt at dette beror på en «utvidende fortolkning» av Grunnloven § 105.

For det fjerde, når «avgj» leses i sammenheng med «eiendom», kan dette gi en indikasjon på hva som nærmere ligger i «avgj». Ordet «eiendom» kan både sikte til eiendomsrett og andre rettigheter, i tillegg til både rettigheten som sådan og til rådigheten. Det er ikke naturlig å avgrense dette ordet til kun å bety rettigheten som sådan. Dette kan indikere at ordlyden må forstås mer reelt eller funksjonelt, som vil si at vernet også omfatter flere tilfeller enn de formelle ekspropriasjonene.

For det femte er det ikke grunnlag for å tolke «avgj» antitetisk i den forstand at lovgiver eller domstolene er avskåret fra å gi erstatning når inngrepet ikke oppfyller vilkåret. Den naturlige språklige forståelsen av bestemmelsen er som et minstekrav. Lovgiver kan gi lover som verner et bredere spekter av rettighetsinngrep, men kan ikke vedta lover eller beslutte vedtak som innebærer at myndighetene erstatningsfritt eller for lavere erstatning enn «full erstatning» gjør inngrep som innebærer at noen må «avgj» eiendom.

Basert på disse språklige slutningene har overføringsselementet en viktig posisjon. Oppsummert indikerer avgj at hele eller deler av rettigheten eller rådigheten må overføres ved tvang før retten til full erstatning inntreffer. Ut fra dette utgangspunktet omfatter «avgj»-vilkåret de formelle ekspropriasjonene, ettersom de med endelig virkning overfører hele eller deler av eiendomsretten eller andre rettigheter til andre, herunder stiftelse av individuelle rettigheter. Noe som også kan sluttet ut fra ordlyden er at en rekke rådighetsinnskrenkninger som utgangspunkt faller utenfor, siden de som utgangspunkt ikke innebærer en rådighetsoverføring.

Noe som ikke er like klart ut fra ordlyden, er om eiendomsinngrep som inneholder et overføringsselement uten at rettigheten som sådan overføres til andre omfattes. Overføringsselementet kan være mer eller mindre fremtredende, og ordlyden gir ingen klare holdepunkter for hvor grensen går. En mulig løsning her er å se på dette som en glideskala, der vernet vil bero på en nærmere, konkret vurdering.

Et annet spørsmål som ikke er klart ut fra ordlyden er om de rådighetsinnskrenkningene som har de samme virkningene for rettighetshaver isolert sett som en formell ekspropriasjon, uten at de innebærer noen rådighetsoverføring eller inneholder et overføringsselement, omfattes av «avgj»-vilkåret. Dette er et spørsmål om «avgj»-vilkåret alene beror på en vurdering av overføringsselementet, eller om det må strekkes videre.

Et siste spørsmål som heller ikke er avklart, er betydningen av inngrepets formål, og den eventuelle sammenhengen dette har med inngrepets formelle hjemmel.

4.3 Teori og praksis om Grunnloven § 105

4.3.1 Innledning

Etter å ha sett på Grunnlovens ordlyd, vil avhandlingen gå inn i en analyse av teori og praksis tilknyttet bestemmelsen. Metodisk har praksis fra Høyesterett en klart større plass i tolkningen, men ettersom det på dette feltet er flere eksempler på der det har vært et samspill mellom teorien og praksis fra Høyesterett, behandler avhandlingen dette samlet.

Alvik har fremhevet to hensyn og linjer man kan følge i praksis tilknyttet «avgj»-vilkåret. Den første linjen er «forholdet mellom alminnelige reguleringer og inngrep som pålegger den enkelte en individuell byrde», mens den andre linjen er «spørsmålet om eiendomsrett har en kjerne eller substans som ikke kan kreves avstått uten erstatning».¹¹⁶ Den lange linjen er ifølge Alvik «en stadig sterkere grunnfesting av utgangspunktet om lovgivningens frihet til å regulere innholdet og utøvelsen av eiendom og beslektede rettigheter».¹¹⁷

¹¹⁶ Alvik (2021a) s. 1191.

¹¹⁷ Alvik (2021a) s. 1191.

I tillegg til dette vil jeg fremheve to linjer som teori og praksis vil illustrere tilknyttet overføringselementet. Den første linjen er styrkingen av overføringselementets rolle i vurderingen av om inngrepet utløser ekspropriasjonsvernet, særlig i lys av Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov) og Rt. 1970 s. 67 (strandlov). Den andre linjen er om vurderingen av overføringselementet er et spørsmål om inngrepet *er* eller *ikke er* en rådighetsoverføring, eller om det i tillegg må spørres om *i hvilken grad* inngrepet innebærer en rådighetsoverføring.

Først skal jeg se på teori og praksis før konsesjonslovdommen. Dette er hovedsakelig av rettshistorisk interesse, men vil gi perspektiver på den senere rettsutviklingen og vise utviklingstrekkene tilknyttet Grunnloven § 105.

Deretter skal avhandlingen redegjøre og analysere den første av de to grunnleggende dommene for problemstillingen, Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov). Etter dette skal avhandlingen se på teoridannelsen mellom denne dommen og den andre sentrale dommen, for så å redegjøre nærmere for den andre dommen, Rt. 1970 s. 67 (strandlov).

Etter dette vil avhandlingen gå gjennom teori og praksis tilknyttet problemstillingen på forskjellige rettsområder og for forskjellige rettighetstyper i etterkant av strandlovdommen. Her vil avhandlingen særlig se på fredning av natur, demokratisering av forretningsbankene, tomtefeste, justering av allemannsretten og inngrep i samiske beiterettigheter.¹¹⁸ Disse typetilfellene vil illustrere forskjellige sider av vernet, og blir nærmere forklart i punkt 4.4.

4.3.2 Det rettshistoriske bakteppet – teori og praksis før konsesjonslovdommen¹¹⁹

I 1841 ble rekkevidden av Grunnloven § 105 når det gjelder inngrepene problematisert av Schweigaard/Motzfeldt i en betenkning på vegne av Det juridiske fakultet om «Ophævelsen af det bergenske Bagerlaugs Privilegier».¹²⁰ Bakerlauget i Bergen hadde fra 1744 visse privilegier som det i 1839 ble bestemt i lov angaaende Haandværksdriften av 1839 at skulle opphøre. Spørsmålet betenkningen skulle ta for seg var om opphevelsen av disse privilegiene var noe som bakerlauget kunne kreve erstatning for etter Grunnloven §§ 97 og 105. I relasjon til dette kom Schweigaard/Motzfeldt med uttalelser vedrørende forståelsen av Grunnloven § 105.

I betenkningen tok professorene til orde for en snever forståelse av rekkevidden til Grunnloven § 105. Man kan med hjemmel i bestemmelsen verken «bygge nogen Indsigelse imod et Lovsbuds Gyldighet» eller «Ret til Erstatning» når loven «overhovedet ikke angaar Afgivelsen af ens rørlige eller urørlige Eiendom».¹²¹ Samtidig tok professorene til ordet for at dersom «nogen Borger berøvedes en Rettighed» i offentlig interesse og «Loven tydelig skulde negte ham Erstatningen», måtte erstatning likevel gis ettersom «Gundloven er sterkere enn Loven».¹²²

Alvik har fremhevet at disse to poengene gjør betenkningen «på mange måter bemerkelsesverdige» – for det første finner man synspunkter om «lovgivers reguleringsfrihet» som er «på linje med synspunkter som er rådende i dag», og for det andre «uttalelser som tyder på at prøvingsretten som prinsipp» hadde fått aksept i tilknytning til Grunnloven § 105 på Det juridiske fakultet i 1841.¹²³

¹¹⁸ Av plasshensyn må jeg avgrense fra andre typetilfeller som kunne vært av interesse. Eksempel på dette er planinngrep i servitutter, som er behandlet i Stavang/Stenseth (2016) kapittel 9.3, eller jordskifte og ekspropriasjonsvernet.

¹¹⁹ Generell henvisning til Harbo (2007) kapittel I og Alvik (2021a) kapittel 4.

¹²⁰ Betenkningen er inntatt i Rt. 1895 s. 289.

¹²¹ Schweigaard/Motzfeldt (1841) s. 292.

¹²² Schweigaard/Motzfeldt (1841) s. 291.

¹²³ Alvik (2021a) s. 1184.

Det sentrale etter Schweigaard/Motzfeldt sitt syn var derfor at inngrepet måtte innebære en avgivelse, og Grunnloven § 105 sitt erstatningsvern kan ikke strekkes lengre enn dette.

I den første avgjørelsen fra Høyesterett avhandlingen skal se på fra før konsesjonslovdommen, Rt. 1880 s. 257 (Holther), ble et annet standpunkt inntatt.

I 1866 ble en grunneiendom i Drammen lovlig regulert til gate med hensikt å ekspropriere i ettertid. I årene etterpå hadde ikke kommunen foretatt seg noe i prosessen for å få ekspropriert grunnen, noe som gjorde at eieren ønsket å bebygge den. Han meddelte dette til bygningskommisjonen i Drammen i 1875. Reguleringskommisjonen erklærte at dette ikke kunne gjøres, siden lovlig regulering var vedtatt av kommunestyret. Eieren ønsket dermed at kommunen enten skulle innløse eiendommen, eller at han skulle få tillatelse til å bygge. Kommunen nektet begge alternativene, og tvist etterfulgte.

Høyesteretts tolkning av Grunnloven § 105 var ikke streng. Ekspropriasjonsvernet i norsk rett var etter Høyesteretts syn et mer grunnleggende prinsipp eller rettssetning, og Grunnloven § 105 var kun et uttrykk for denne. Flertallet mente det avgjørende var hva som fulgte av «den almindelige Retssætning». ¹²⁴ Justitariusen sluttet seg til dette, men oppstilte også «hvad naturlig Retfærdighed og Billighed mod Enkeltmand tilsiger» som et alternativt grunnlag til de alminnelige rettsgrunnsetningene. ¹²⁵

I ettertid ble begge grunnlagene Holtherdommen bygget på, det vil si Grunnloven § 105 som uttrykk for et alminnelig prinsipp og rett til erstatning basert på rimelighet, kritisert av Aschehoug.

Til Grunnloven § 105 som uttrykk for et alminnelig prinsipp, mente Aschehoug at det var «en væsentlig Forskjel mellem» på den ene siden «det Slags Foranstaltninger, hvorved Staten tager en Ting fra Eierne enten for at beholde eller tilintetgjøre den» og på den andre siden «blotte Forbud mod at benytte den paa en eller flere bestemte Maader». ¹²⁶ Lovgiver måtte etter dette «have større Myndighed til at begrænse Eierens egen Raadighed over Tingen» enn til å «indrømme andre Adgang til at benytte den». ¹²⁷ Det var kun i det sistnevnte tilfelle at «Eiendommens [...] Character af Rettighed egentlig aabenbarer sig». ¹²⁸

Ut fra dette har Harbo sluttet at det «åpnes [...] opp for å inkludere et subjektivt element i vurderingen» – det er ikke realiteten som er avgjørende, men «hvordan denne realiteten er begrunnet». ¹²⁹ Hvis staten forbyr hvalfangst for å «begunste annen konkurrerende hvalfangstindustri, vil vedtaket være en ekspropriasjon», men «ikke dersom hensikten med forbudet er å verne om hvalbestanden». ¹³⁰ Dette aspektet ved Grunnlovens ekspropriasjonsvern kan spores i senere teori, og i avgjørelsen i Rt. 1973 s. 705 (Krokedal) der betydningen av et inngreps tilsiktede formål ble fremhevet. ¹³¹

Til rett til erstatning basert på rimelighet mente Aschehoug det var tilfeller der et «Forbud [...] kunne ramme Eierne saa haardt, at de billigvis bør have erstatning», men dette «gjælder ikke altid eller engang i Regelen». ¹³² Tilfellet var det at en eier «kan have meget stærkt Billighedskrav paa Erstatning», men «aldrig nogen

¹²⁴ Rt. 1880 s. 257 (Holther) s. 266, se også Harbo (2007) s. 36.

¹²⁵ Rt. 1880 s. 257 (Holther) s. 269, se også Harbo (2007) s. 36.

¹²⁶ Aschehoug (1885) s. 78.

¹²⁷ Aschehoug (1885) s. 79.

¹²⁸ Aschehoug (1885) s. 79.

¹²⁹ Harbo (2007) s. 38.

¹³⁰ Harbo (2007) s. 38. Eksempelet med hvalfangst er hentet fra betenkningen utformet av Aschehoug (1903) inntatt i Rt. 1903 s. 241, med dissens fra professorene to professorer tok forbehold for læren til Morgenstjerne jf. Harbo (2007) s. 38 fotnote 26.

¹³¹ Se punkt 4.4.2.2 med videre henvisninger.

¹³² Aschehoug (1885) s. 78.

Ret dertil».¹³³ Om det skulle gis erstatning som følge av et slikt billighetskrav, «beroer ikke blot paa, hvor stor Deel af deres Værdi, Forbudet berøver de Ting, det rammer, men paa Forbudets Beskaffenhed, hvormange det rammer osv.».¹³⁴

I Aschehous synspunkter ser man trekk som nyere rettspraksis har videreutviklet. Det er kun avgivelser, som der staten tar eiendom eller gir andre adgang til å bruke den, som utløser ekspropriasjonsvernet. Det kan gis erstatning etter en nærmere vurdering for innskrenkning av rådighet, men det er ikke hovedregelen.

Noen år etter Holtherdommen og den etterfølgende kritikken fra Aschehoug, avsa Høyesterett den andre relevante dommen – Rt. 1891 s. 569 (Backe). På den ene siden har Harbo tolket dommen som «en avvisning av Aschehoug så vel som Schweigaards og Motzfeldts fortolkning av grl. § 105».¹³⁵ Dette blir begrunnet med at Holtherdommens syn på Grunnloven § 105 ble gjentatt – både når det gjaldt rimelighets- og rettferdighetsbetraktningene, og synet på Grunnloven § 105 som uttrykk for en rettsgrunnsetning. På den andre siden har Fleischer stilt spørsmålstegn ved den prinsipielle betydningen av Holtherdommen og Bakedommen, og har ment at dommene bygger på «forståelsen av dagjeldende lovgivning og alminnelige rettsgrunnsetninger utenfor Grunnloven, ikke på denne».¹³⁶

Fra teorien før konsesjonslovdommen var det særlig Morgenstjerne som fulgte et lignende resonnement som Høyesterett gjorde i Holtherdommen og Bakedommen, med visse modifikasjoner. Morgenstjerne tok utgangspunkt i spørsmålet om hva Grunnloven legger i at «nogen maa afgive sin Eiendom til offentlig Brug».¹³⁷ Dette vil være tilfellet der «nogen berøves sin Eiendomsret til Tingen», men bestemmelsen forbyr ikke lovgivningen å «lægge Baand paa en Eiers Frihed i Benyttelse af sin Eiendom» eller lover som «indskrænker [...] hans Eneraadighed over Tingen ved f. Ex. At utvide den almindelige Nyttetsret».¹³⁸ Disse tilfellene «beror paa en Fortolkning af Grl. § 97».¹³⁹

Videre åpnet Morgenstjerne for at noen «Indskrænkinger i Benyttelsesretten [er] af en saa indgribende Art, at de for Eieren vil stille sig som omtrent jævngode med Eiendomsrettens Berøvelse».¹⁴⁰ Der hvor «Indskrænkingen rammer den eneste Benyttelse, hvortil Tingen praktisk talt er skikket» og disse innskrenkningene rammer «kun en enkelt eller nogle faa af dem», vil dette inngrepet få «en saa expropriationsartet Karakter, at det maa antages at rammes af Erstatningsbudet i Grl. § 105».¹⁴¹ Morgenstjerne eksemplifiserte dette med «at forbyde Eieren af en til Bebyggelse egnet Bytomt helt å bebygge denne Tomt» for å skaffe mer lys og luft for naboer, eller at «en Almenheden indrømmet Nyttetsret eller Brugsret over Eiendommen» er inngripende eller omfattende nok, og som rammer en enkelt eller en snever krets eiendommer.¹⁴²

Morgenstjerne la med dette stor vekt på inngrepets utforming og virkning, og vurderingen av overføringselementet var kun et utgangspunkt det kunne gjøres unntak fra i begge retninger. For eksempel kan det argumenteres for at et inngrep som gir allmennheten en nyttesrett over eiendommen, og som dermed gjør inn-

¹³³ Aschehoug (1885) s. 79.

¹³⁴ Aschehoug (1885) s. 78.

¹³⁵ Harbo (2007) s. 38.

¹³⁶ Fleischer (1968) s. 163–164.

¹³⁷ Morgenstjerne (1900) s. 648.

¹³⁸ Morgenstjerne (1900) s. 648.

¹³⁹ Morgenstjerne (1900) s. 648. Synspunktet ble videreført i tredje utgave, se Morgenstjerne (1927) s. 390 der han uttrykte at disse tilfellene «prinsipielt ikke [er] ekspropriation».

¹⁴⁰ Morgenstjerne (1900) s. 648.

¹⁴¹ Morgenstjerne (1900) s. 648.

¹⁴² Morgenstjerne (1900) s. 649. Dette ble videreført i tredje utgave der Morgenstjerne uttrykte at en slik bruks- eller nyttesrett kan «være av en saa indgripende eller omfattende natur, at ekspropriationsprincippet måtte komme til anvendelse» jf. Morgenstjerne (1927) s. 395.

grep i eierens enerett, kan inneholde et overføringsselement. Disse omfattes etter Morgenstiernes syn bare når de er inngripende eller omfattende nok.

Fra før konsesjonslovdømmen kan det trekkes ut to overordnede måter å se Grunnloven § 105 på når det gjelder inngrepene. Den ene siden antok at vernet kun gjaldt så langt ordlyden «avgive»/«avgj» nådde, mens den andre siden la mindre vekt på ordlyden og større vekt på Grunnloven som uttrykk for et alminnelig prinsipp om vern av eiendom der inngrepets virkning for rettighetshaver isolert var det sentrale. Schweigaard/Motzfeldt og Aschehoug er eksempler på den ene siden, mens Morgenstierne og Høyesterett ved Holtherdommen og Bakedommen er eksempler på den andre siden.

4.3.3 Den første milepælen – Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov)

På slutten av 1800-tallet og begynnelsen av 1900-tallet endret synet på eiendomsretten og domstolene seg, noe som forårsaket et skifte i debatten rundt Grunnloven § 105. Som Harbo har beskrevet skiftet den økonomiske grunnteorien seg fra den Smithske markedsøkonomi til en omfordelingsøkonomi, noe som fikk uttrykk i «sosialstatens positivrettslige intervensjonspolitik». ¹⁴³ Dette medførte også endringer i synet på eiendomsretten. Dette skiftet kulminerte i 1918 da Høyesterett avgjorde «Den store konsesjonssaken» i Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov), der Høyesterett brøt med praksisen fra Holtherdommen og Bakedommen.

Saken gjaldt spørsmålet om lov om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom av 1909 §§ 1 og 2 var i strid med Grunnloven § 105. Etter norsk rett var grunneier også eier av vannfall som lå innenfor eiendommens grenser. Med dette fulgte en rett til den energien som vannfallene kunne ha produsert ved kraftutbygging. Siden en andel av grunneiere ikke hadde mulighet til selv å benytte seg av denne energien, enten til eget bruk eller kommersielt, kunne det være aktuelt å selge vannfallet. Etter loven var dette noe grunneier fritt kunne gjøre dersom kjøper var den norske stat, norske kommuner eller norske statsborgere. I den situasjonen der kjøper var andre enn disse, for eksempel utenlandske statsborgere eller selskaper, krevdes konsesjon. Et av vilkårene loven oppstilte var at konsesjon kunne gis i et tidsrom på 60 til 80 år. Når perioden var over, ville vannfallet og innretninger bli overført uten vederlag til staten. Det sistnevnte omtales som «hjemfallsretten», og ble problematisert opp mot Grunnloven § 105.

Spørsmålet var etter dette om den vederlagsfrie overføringen av vannfall og innretninger til staten var omfattet av ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105, og om grunneier i så fall hadde krav på full erstatning.

Førstvoterende i saken, som var talsperson for flertallet, startet drøftelsen med en definisjon av eiendomsretten. ¹⁴⁴ Lovgiver hadde utstrakt kompetanse til å begrense bruken av eiendommen, og for fremtiden utvide eller innskrenke den slik lovgiver finner det nødvendig og ønskelig innenfor kompetansen.

Deretter beskrev førstvoterende hva loven innebar, og presiserte at en eventuell rettskrenkelse vil rette seg mot selgeren. Dette var fordi det er selgerens eiendomsrett og medfølgende rett til salg som «ved loven er begrenset». ¹⁴⁵

Førstvoterende formulerte så problemstillingen: Innebar hjemfallsretten en begrensningen i eiendomsretten som var «saa væsentlig, at den maa sættes tilside som stridende mot grundlovens § 105». ¹⁴⁶ Grunnen til at Høyesterett formulerte problemstillingen slik var at loven ikke falt direkte inn under Grunnloven § 105, siden loven ikke «foreskriver [...] noget om, at eieren skal avgj sin eiendom til staten». ¹⁴⁷ Spørsmålet ble derfor om loven «maa sidestilles med en eiendomsavgj-

¹⁴³ Harbo (2007) s. 41–42.

¹⁴⁴ Se sitatet i punkt 2.2.

¹⁴⁵ Konsesjonslovdømmen s. 406.

¹⁴⁶ Konsesjonslovdømmen s. 406.

¹⁴⁷ Konsesjonslovdømmen s. 406.

velse».¹⁴⁸ Etter dette uttrykte førstvoterende at man i tolkningen av Grunnloven § 105 må utvise forsiktighet med å utvide dens anvendelsesområde til å gjelde det den ikke direkte omfatter.

Konklusjonen til førstvoterende var at loven ikke kunne sidestilles med tvungen eiendomsavståelse etter en nærmere vurdering. Førstvoterende la for et første vekt på at loven ikke innebar «nogen pligt til at avgj sin eiendom; han kan fremdeles besidde den og utnytte den som før».¹⁴⁹ Det er først hvis eieren selv har valgt å selge eiendommen til andre enn gruppene omfattet av loven at hjemfallsretten trådte inn. For det andre kunne ikke begrensningen i utnyttelse som salgsbetingelsen innebar være avgjørende, ettersom det måtte legges til grunn at lovgivende myndighet «ved lovens vedtagelse har tat de samfundsmæssige hensyn».¹⁵⁰ Her fremhevet førstvoterende de mulige negative sosiale og samfunnsøkonomiske konsekvensene det kunne fått på sikt dersom fysiske eller juridiske personer utenfor den definerte gruppen i loven kunne erverve vannfall uten konsesjon og hjemfallsrett for staten. Blant annet har det blitt fremhevet i teorien at nasjonal kontroll over naturressurser og økonomisk virksomhet kunne «presenteres som en logisk videreføring av selvstendighetsarbeidet» i perioden etter unionsoppløsningen i 1905.¹⁵¹

Førstvoterende skilte dermed mellom de inngrepene som innebar at eieren måtte «avgj» sin eiendom til staten, og de som ikke gjorde det. For innskrenkninger som falt utenfor ordlyden, skal det mye til før erstatningsvernet utløses. Som avhandlingen vil vise i punkt 4.3.5 bygget forståelsen på tredjevoterende Siewers votum fra byrettsdommen i saken.¹⁵²

Avgjørelsen var ikke enstemmig, og andrevoterende assessor Mejdell dissenterte med støtte fra to andre dommere. Kort oppsummert var kjernen i problemstillingen et spørsmål om «saadan lov som koncessionsloven kan gives, uten at der ydes erstatning til de borgere, der rammes av den».¹⁵³

I tolkningen begynte andrevoterende med å slå fast at det ikke måtte foretas noen analogisk eller utvidet anvendelse av Grunnloven § 105. Paragraf 105 var ikke en unntaksbestemmelse, men «et enkelt utslag av et i grundloven i flere anvendelser uttalt almindelig princip, et princip, der tilsigter, som jeg har sagt, at yde den private borger retssikkerhet likeoverfor statsmagterne».¹⁵⁴ Av plasshensyn kan jeg ikke gå inn i detaljene i votumet, men jeg vil trekke frem et interessant poeng. Andrevoterende la vekt på at inngrepet var et «substansielt indgrep i eiendomsretten», siden loven innebar at man tok en eiendomsrett og forandret den til en rådgighetsrett som var «av saa indskrænket beskaffenhet, at kjernen blir borte og kun skallen igjen».¹⁵⁵ Dette poenget ble tatt opp igjen etter strandlovdommen, og var sentralt i Lamyradommens begrunnelse og den senere rettsutviklingen frem til Rønnåsmyra II-dommen.¹⁵⁶

I etterkant ble konsesjonslovdommen kritisert av Morgenstjerne og Castberg.¹⁵⁷ Morgenstjerne sondret som tidligere mellom individuelle og alminnelige innskrenkninger, der individuelle innskrenkninger har en «utvilsom ekspropriasjons-

¹⁴⁸ Konsesjonslovdommen s. 406.

¹⁴⁹ Konsesjonslovdommen s. 406.

¹⁵⁰ Konsesjonslovdommen s. 406.

¹⁵¹ Fagernæs (2015) s. 662, med videre henvisning til Fuglum (1995) s. 438.

¹⁵² Rt. 1914 s. 177 (konsesjonslov – byretten) s. 205 flg.

¹⁵³ Konsesjonslovdommen s. 408.

¹⁵⁴ Konsesjonslovdommen s. 410.

¹⁵⁵ Konsesjonslovdommen s. 414.

¹⁵⁶ Se punktene 4.4.2.3 og 4.4.2.4.

¹⁵⁷ Morgenstjerne (1927), der Castberg hadde stått for revisjonen av der relevante kapittelet, se Harbo (2007) fotnote 68.

artet karakter».¹⁵⁸ Det motsatte gjaldt ved alminnelige innskrenkninger. Disse var «prinsipielt ikke expropriation», noe som omfattet både rådighetsinnskrenkninger og begrensninger i enerådigheten «f. eks. ved at utvide den almindelige nyttesrett».¹⁵⁹ Som tidligere var dette et utgangspunkt, som Morgenstjerne mente måtte «lide begrænsninger i flere retninger».¹⁶⁰ Morgenstjerne nevnte tre tilfeller der ekspropriasjonsvernet måtte anvendes på innskrenkninger:

- 1) Der innskrenkningen «kun er en ydre form for en delvis tilegnelse av eiendommens værdi fra statens side».¹⁶¹
- 2) Der innskrenkningen «i virkeligheten skjuler indgrep i eiendomsretten til enkelte bestemte eiendomme».¹⁶²
- 3) Der innskrenkningen var «av en saa radikal natur, at den for eieren blir omtrent jevngod med eiendomsrettens berøvelse».¹⁶³

Morgenstjerne mente inngrepet som ble problematisert i konsesjonslovdommen falt inn under det første unntaket, og at man måtte «gi mindretallet i Høiesterett medhold i at grl. § 105 rettelig fortolket, ikke berettiger lovgiveren til at opstille koncessionsbetingelser av denne art, hvorigjennom staten uten erstatning tilegner sig en del av eiendommens værdi».¹⁶⁴ Morgenstjerne og Castberg støttet med dette andrevoterendes syn i konsesjonslovdommen.

4.3.4 Juridisk teori mellom konsesjonslovdommen og strandlovdommen

I perioden mellom konsesjonslovdommen og strandlovdommen var det en stor mengde teori som analyserte Grunnlovens ekspropriasjonsvern på bakgrunn av det tidligere rettskildematerialet.

Tidlig i perioden skrev Knoph om hensiktens betydning for spørsmålet om brudd på Grunnloven.¹⁶⁵ Et poeng han argumenterte for ved forståelsen av Grunnloven §§ 97 og 105 var at deres funksjon som skranker ikke bare gjaldt der lovgiver har gitt en lov som direkte sto i strid med bestemmelsene, men også der loven sto i strid med bestemmelsene «indirekte».¹⁶⁶ Knoph eksemplifiserte dette med at lovgiveren har brukt «andre sider av sin maktfylde til å nå resultater som grunnloven vil hindre» – offentlig myndighetsutøvelse må skje «i lojalitet så vel overfor borgerne som overfor de overordnede rettsnormer».¹⁶⁷ Etter Knophs syn vil dette ikke bare bety at lovgiver har handlet på en måte som «ikke stemmer med statens verdighet», men også «direkte i strid med de rettsbud, som påbyr dem å optræ i sin funksjon ånd, og deres handlemåte kolliderer derfor med grunnloven».¹⁶⁸ Synspunktet om hensiktens og formålets betydning gjenfinnes i senere teori og praksis.¹⁶⁹

¹⁵⁸ Morgenstjerne (1927) s. 389–390.

¹⁵⁹ Morgenstjerne (1927) s. 390, som blir henvist til Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 54.

¹⁶⁰ Morgenstjerne (1927) s. 391, som vil være tilfellet der «indskrænkningen dikteres av en fiskal interesse» jf. samme sted.

¹⁶¹ Morgenstjerne (1927) s. 391.

¹⁶² Morgenstjerne (1927) s. 393.

¹⁶³ Morgenstjerne (1927) s. 394. Under dette punktet faller unntaket for allmenn bruksrett og nyttesrett, se s. 395.

¹⁶⁴ Morgenstjerne (1927) s. 392–393.

¹⁶⁵ Knoph (1921). I ettertid har Fleischer hevdet at verket er «preget av tradisjonelle synsmåter og avhengighet av disse», og at på de punkter der Knoph er enig med Morgenstjerne kan man «ikke legge noen synderlig vekt» på det, jf. Fleischer (1968) s. 166.

¹⁶⁶ Knoph (1921) s. 72.

¹⁶⁷ Knoph (1921) s. 72.

¹⁶⁸ Knoph (1921) s. 72–73.

¹⁶⁹ Odberg (1967) s. 231–237, Smith (2021) s. 398 og Rt. 1973 s. 705 (Krokedal) s. 712.

Når det gjelder inngrepene, sondret Knoph mellom rådighetsinnskrenkninger som «resulterer i eiendomsrettens avgivelse» og de rådighetsinnskrenkninger som «f.eks. en forbudslov fører med sig».¹⁷⁰ For de førstnevnte tilfellene måtte grensene søkes ved «analogi fra beskatningsretten», mens i de sistnevnte tilfellene er det regelen om «det uvesentlige inngreps tillatelighet» som satt grensen.¹⁷¹

Noen år etter kritikken av konsesjonslovdommen fra Morgenstjerne ble problemstillingen løftet av Castberg. Utgangspunktet for Castberg var at Grunnloven § 105 forbød erstatningsfri «avgivelse av eiendom» pålagt gjennom lov.¹⁷² Utgangspunktet var motsatt ved forbud mot visse utnyttelser – og når dette begrunnes med at utnyttelsen er skadelig, kan man heller ikke anvende den analogisk. Etter Castbergs syn var det ikke tilstrekkelig for å kreve erstatning at eiere led et økonomisk tap «som følge av lovgiverens varetagelse av samfundets interesser».¹⁷³

Castberg hevdet at både forbud og påbud kunne utløse krav om erstatning hvis de var ekspropriasjonsartet. Når det gjelder forbudene mente han det ikke var noen grunn til å behandle en tvangstilegnelse annerledes enn en forføyning som «formelt har karakteren av et forbud mot en bestemt utnyttelse av tingen, men som økonomisk sett har samme funksjon som en tilegnelse».¹⁷⁴ Et sentralt spørsmål var om forbudet er generelt eller spesielt, men skillet var ikke avgjørende siden det både kunne tenkes spesielle forbud som ikke krevde erstatning, og generelle forbud som krevde det. Castberg eksemplifiserte det sistnevnte med en lov som forbyr hogst av en skog «i det øiemed at skogen skal tjene som naturpark for byenes innbyggere» – her må «[e]ierne [...] kunne kreve erstatning efter grunnlovens § 105».¹⁷⁵

I siste utgave tok Castberg forbehold mot de «mindre vesentlige inngrep i eiendomsretten i almenhetens interesse», som vil «kunne gjennomføres uten erstatning», og eksemplifiserte dette med en «viss utvidelse av «den uskyldige nyttesrett»».¹⁷⁶

Grensen er her flytende, hvor det blant annet vil bli lagt vekt på om det generelle forbudet er begrunnet i å forby «en samfundsskadelig utnyttelse av tingene».¹⁷⁷

Når det gjelder påbudene kunne de utløse ekspropriasjonsvernet hvis de har samme økonomiske virkningen som «en bestemmelse om avståelse av en viss rådighet over tingen» eller «et ekspropriasjonsartet forbud».¹⁷⁸ Her fremhevet Castberg to eksempler: For det første vil det være tilfellet der grunneier påbys at «dyrket mark skal beplantes med skog, for at en by i nærheten derved skal opnå beskyttelse mot vær og vind eller ha andre fordeler», og for det andre dersom grunneier må «ombygge et lovlig opført hus av hensyn til en senere oppstått tett bebyggelse omkring huset».¹⁷⁹

For de ekspropriasjonsartede påbudene måtte det ifølge Castberg tas to forbehold. Det første forbeholdet er der påbudet har til «formål å søke avverget en fare, som truer fra tingen selv».¹⁸⁰ Av større interesse for avhandlingen er det andre forbeholdet, som gjelder når påbudet «kan betraktes som et forholdsvis uvesentlig inngrep i eierens rett».¹⁸¹ Castbergs begrunnelse var at dette kan «sees under

¹⁷⁰ Knoph (1921) s. 72.

¹⁷¹ Knoph (1921) s. 72.

¹⁷² Castberg (1935) s. 346.

¹⁷³ Castberg (1935) s. 346.

¹⁷⁴ Castberg (1935) s. 347.

¹⁷⁵ Castberg (1935) s. 349, med henvisning til Skeie (1923) s. 55–56.

¹⁷⁶ Castberg (1964) s. 254. Disse uttalelsene blir henvist til i Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 54.

¹⁷⁷ Castberg (1935) s. 349.

¹⁷⁸ Castberg (1935) s. 355.

¹⁷⁹ Castberg (1935) s. 355.

¹⁸⁰ Castberg (1935) s. 356.

¹⁸¹ Castberg (1935) s. 356.

synspunktet av en art beskatning», og eksemplifiserte dette på to måter.¹⁸² For det første må grunneier akseptere at en lov påbyr han å gjøre «visse forandringer med allerede eksisterende hus til avvergelse av en ildfare, som kanskje først og fremst skyldes bebyggelsen i husets omgivelser», og for det andre en lov som påbyr «eierne av en skog å holde sin eiendom tilgjengelig for almenheten til utøvelse av en «uskyldig nyttesrett» av den ene eller annen art, ut over hvad den eldre lovgivning har hjemlet».¹⁸³

Forbeholdene om de «mindre vesentlige inngrep» og «uvesentlig inngrep» i henholdsvis ekspropriasjonsartede forbud og påbud må sees i lys av at overføringsselementets betydning ikke var like avgjørende for Castberg og Morgenstjerne. Overføringsselementet var et utgangspunkt som kunne modifiseres i begge retninger. Selv om overføringsselementets betydning i senere teori og praksis har styrket seg, er det eksempler der forbeholdene benyttes.¹⁸⁴

Senere i perioden mellom milepælene utviklet det seg teorier om at visse typer inngrep utløser ekspropriasjonsvernet uten at det er vedtak om ekspropriasjon, fordi de i realiteten innebærer en ekspropriasjon. Denne typen inngrep ble betegnet som «maskert ekspropriasjon» eller «ekspropriasjonsartede rådighetsinnskrenkninger», og det kan argumenteres for at dette ligger nærmere ordlyden og rettspraksis enn teoriene til Morgenstjerne og Castberg.

Andenæs beskrev utgangspunktet for Grunnloven § 105 sin betydning for rådighetsinnskrenkninger, som var at den ikke hindrer at lovgiver «begrenser eierens rådighet over sine ting», for deretter å liste opp en rekke eksempler på dette.¹⁸⁵ Men etter hans syn må det gjøres to forbehold. Det første forbeholdet var der begrensningen er «gitt i den hensikt å redusere erstatningen ved en påtenkt ekspropriasjon», mens det andre forbeholdet var «maskert ekspropriasjon».¹⁸⁶ I etterkant av Rt. 1970 s. 67 (strandlov) presiserte Andenæs nærmere hva han mente med maskert ekspropriasjon. Dette var situasjonene der «en rådighetsinnskrenkning i realiteten medfører en overføring av rådigheten fra eieren til staten eller almenheten».¹⁸⁷

Odberg formulerte utgangspunktene for vurderingen av om inngrep utløser ekspropriasjonsvernet som et spørsmål om «den rådighetsutøvelse samfunnet således i et gitt øyeblikk tillater, helt eller delvis overføres fra et rettssubjekt til et annet».¹⁸⁸ En presisering Odberg foretok var for de inngrepene som «i formen fremtrer som en rådighetsinnskrenkning, men i realiteten innebærer en rådighetsoverførsel — altså en maskert ekspropriasjon».¹⁸⁹ Her «må erstatning betales like fullt».¹⁹⁰ Det skulle derimot ikke betales erstatning ved «restriksjoner og påbud som tar sikte på en rasjonell og fornuftig utnyttelse av hans egen eiendom».¹⁹¹

I lys av dette vil «[h]ensikten [...] ofte være avgjørende for hvorvidt erstatning må betales eller ei».¹⁹² Om et inngrep er en ren rådighetsinnskrenkning eller en maskert ekspropriasjon vil ofte kunne avgjøres ut fra å se «[h]ensikten [...]

¹⁸² Castberg (1935) s. 356.

¹⁸³ Castberg (1935) s. 356, med videre henvisning til Aschehoug (1893) s. 74. Castberg anfører det samme i tredje utgave, se Castberg (1964) s. 260.

¹⁸⁴ Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 60–61, se punkt 4.4.5.5.

¹⁸⁵ Andenæs (1962) s. 299.

¹⁸⁶ Andenæs (1962) s. 299–300.

¹⁸⁷ Andenæs (1975) s. 247 fotnote 7 og Andenæs (1976b) s. 387. Det må presiseres at Andenæs sin betegnelse «maskert ekspropriasjon» ble tatt ut av Statsforfatningen i Norge fra og med femte utgave fra 1981.

¹⁸⁸ Odberg (1967) s. 235.

¹⁸⁹ Odberg (1967) s. 235.

¹⁹⁰ Odberg (1967) s. 235.

¹⁹¹ Odberg (1967) s. 236.

¹⁹² Odberg (1967) s. 236. Poenget til Odberg om hensiktens betydning kan spores i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1973 s. 705 (Krokedal) s. 712. Se punkt 4.4.2.2 for nærmere om dommen.

sammenholdt med virkningen». ¹⁹³ Odberg antok at rettspraksis sine vurderinger av «vedtakets saklighet og forsvarlighet» ble gjort for å se om «vedtaket inneholder en lojal eller illojal hensikt». ¹⁹⁴ Men spørsmålet om vedtaket er en ren rådighetsinnskrenkning eller en maskert ekspropriasjon vil «ofte være særdeles vanskelig å avgjøre», og det er «mulig at man ved disse avgjørelser ikke kommer forbi et visst skjønn». ¹⁹⁵ Det avgjørende for vurderingen var ikke «rimelighetskriteriet», men «hvorvidt inngrepet i realiteten innebærer en overførsel av rådighetsutøvelse og ikke bare en rådighetsinnskrenkning». ¹⁹⁶

Til slutt kan Trampe Kindt nevnes. Trampe Kindt går lengre enn både Andenæs og Odberg i sitt syn på ekspropriasjonsartede rådighetsinnskrenkninger, ved at han blant annet mente i relasjon til konsesjonslover at «grunnlovsmessigheten av den bebudede konsesjonslov bør tas opp til nærmere vurdering og mulig senere domstolsprøvelse». ¹⁹⁷

Et annet synspunkt ble forfektet av Fleischer, som var kritisk til tankene om «maskert ekspropriasjon» og «ekspropriasjonsartede rådighetsinnskrenkninger». ¹⁹⁸ Ordlyden «avgive» (nå «avgj») i Grunnloven § 105 omhandlet «en ordinær, full ekspropriasjon til offentlig bruk». ¹⁹⁹ For Grunnloven § 105 sin anvendelse på «andre rettigheter enn eiendomsrett», der for eksempel staten «eksproprierer [...] en bruksrett fra bruksrettshaveren» eller «når det er en negativ servitutt som blir stiftet ved ekspropriasjon overfor eieren av den tjenende eiendom», vil vernet bero på en «utvidende fortolkning» av Grunnloven § 105. ²⁰⁰

Når det gjelder rådighetsinnskrenkninger uttrykte Fleischer at «[u]tgangspunkt og hovedregelen er selvfølgelig at det ikke skal betales noen erstatning fordi en eier får sin frihet innskrenket». ²⁰¹ Selv om han var kritisk til teoriene til Andenæs, Odberg og Trampe Kindt, lukket han ikke helt for at rådighetsinnskrenkninger kunne utløse erstatningsansvaret etter en analogi fra Grunnloven § 105. Etter hans syn var det sentrale for vurderingen om «innskrenkningen er av en slik art at det finnes rimelig – alle hensyn tatt i betraktning – å likestille den med en virkelig ekspropriasjon». ²⁰² Denne vurderingen måtte tas på den bakgrunn at Grunnloven § 105 «ikke forhindrer en rimelig regulering av interessekollisjoner og inntektsfordeling fra Stortingets side». ²⁰³ Det analogien skal forhindre er at «lovgiverens tiltak får tilfeldige og urimelige utslag i enkelttilfelle». ²⁰⁴ Særlig vektla Fleischer «hvor vesentlig inngrepet er». ²⁰⁵ I tillegg måtte det vurderes om innskrenkningen «griper inn i den utnyttelsesmåte som er den tradisjonelle både for vedkommende eiendom og i nabolaget», ²⁰⁶ om reguleringen fører til «en vesentlig reduksjon av eiendommens

¹⁹³ Odberg (1967) s. 236.

¹⁹⁴ Odberg (1967) s. 236.

¹⁹⁵ Odberg (1967) s. 236.

¹⁹⁶ Odberg (1967) s. 236.

¹⁹⁷ Trampe Kindt (1967) s. 64.

¹⁹⁸ I senere verk har Fleischer omtalt disse teoriene som «tendenser til begrepsjurisprudens», se Fleischer (1978) s. 41.

¹⁹⁹ Fleischer (1968) s. 9.

²⁰⁰ Fleischer (1968) s. 11.

²⁰¹ Fleischer (1968) s. 205.

²⁰² Fleischer (1968) s. 211.

²⁰³ Fleischer (1968) s. 211.

²⁰⁴ Fleischer (1968) s. 211.

²⁰⁵ Fleischer (1968) s. 211–212.

²⁰⁶ Fleischer (1968) s. 212.

salgsverdi»,²⁰⁷ om innskrenkningen har «preg av en *tilegnelse*»,²⁰⁸ om «inngrepet virker *generelt eller spesielt*»,²⁰⁹ med videre.²¹⁰

Slik jeg tolker Fleischer sondret han mellom den direkte og utvidende anvendelsen av Grunnloven § 105 på den ene siden, og den analogiske anvendelsen av Grunnloven § 105 på den andre siden. Der myndighetene vedtar ekspropriasjon av hele eller deler av en persons eiendomsrett eller begrensede rettighet gir Grunnloven § 105 rett til full erstatning basert på en direkte eller utvidet tolkning. Utenfor disse tilfellene kan det gis erstatning basert på en analogislutning fra Grunnloven § 105, der erstatningskravet beror på en helhetsvurdering av rimeligheten til erstatningskravet.

For Fleischer var spørsmålet om inngrepet i realiteten innebar en overføring en del av helhetsvurderingen, og ikke en direkte begrunnelse for at inngrepet er å «avgj». Dette kommer klarere frem i et senere verk, der Fleischer har uttrykt at gjeldende rett ikke har oppstilt «noe enkelt kriterium for å avgjøre når et inngrep medfører erstatningsplikt, og når dette ikke er tilfelle» – for å avgjøre om erstatning skal gis i tilfellene mellom «den «opplagte» (f eks. med hjemmel i O. § 2) ekspropriasjon og den «opplagte» generelle regulering» må det ofte foretas «en komplisert og omfattende vurdering av en rekke momenter» – det kan ikke avgjøres ved å «sette en strek et bestemt sted».²¹¹

Fleischer sitt syn der rimelighet står sentralt har i sin tur blitt kritisert av blant annet Odberg, som antok at Grunnloven «ikke [beskytter] mot ufornuftige, urimelige eller byråkratiske lover», men mot «tilbakevirkende lover» jf. Grunnloven § 97, og «tvungne rådighetsoverførsler» jf. Grunnloven § 105.²¹² I senere tid har imidlertid Høyesterett slått fast at naturfredninger som blant annet er «sterkt urimelig» er vernet av Grunnloven § 105 etter en analogi.²¹³

De to overordnede betraktningmåtene som har blitt gjennomgått her har blitt omtalt av Stordrange som «den «formelle» og den «materielle» betraktning», der Fleischer representerer førstnevnte og Andenæs representerer sistnevnte.²¹⁴ For førstnevnte må erstatningsspørsmålet «ses forskjellig etter hvilket rettslig grunnlag som benyttes», mens for sistnevnte er det typiske at man «spør etter virkningen av reguleringen».²¹⁵

4.3.5 Den andre milepælen: Rt. 1970 s. 67 (strandlov)

I 1970 kom den andre av de to grunnleggende dommene om forholdet mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjoner, nemlig Rt. 1970 s. 67 (strandlov).

I 1965 trådte den midlertidige strandloven i kraft, som forbød bygging i en sone på 100 meter fra sjøen med mindre man hadde fått samtykke. Dette betydde at det ikke kunne bygges mer på Sauholmen, ettersom ingen steder på holmen lå lengre unna sjøen enn 100 meter. Eierne ønsket å bygge mer der, men fikk avslag fra kommunen. Dette avslaget ble stadfestet av departementet. Etter dette gikk eieren til sak og krevde erstatning.

Høyesterett avsa en enstemmig plenumsdom, der konklusjonen ble at eier ikke hadde krav på erstatning. Etter å ha slått fast at strandloven av 1965 ikke inneholdt noen selvstendig erstatningsregel, uttrykte Høyesterett at det i lovmotivene og i

²⁰⁷ Fleischer (1968) s. 212–213.

²⁰⁸ Fleischer (1968) s. 213.

²⁰⁹ Fleischer (1968) s. 215.

²¹⁰ Se Fleischer (1968) kapittel VII B.

²¹¹ Fleischer (1978) s. 41–42.

²¹² Odberg (1967) s. 237.

²¹³ Se punkt 4.4.2.5.

²¹⁴ Stordrange (1988) s. 18 flg.

²¹⁵ Stordrange (1988) s. 21.

stortingsbehandlingen var forutsatt at erstatningsansvar skulle «avgjøres alene ut fra Grunnloven § 105».²¹⁶

Utgangspunktet for vurderingen var vurderingstemaet som ble lagt til grunn i konsesjonslovdommen, og flertallet i Høyesterett viste til tredjevoterende i byretten – assessor Siewers – votum, ettersom flertallet i konsesjonslovdommen bygget på dette. Siewers uttrykte at dersom:

«den legale innskrenkning [medfører] en avstaaelse fra eierens side og fra statens side en tilegnelse, som helt eller delvis overfører eiendomsraadigheten til staten eller andre til dens videre utnyttelse i samme eller andet øiemed, følger det av grundlovens § 105 og almindelige retsbegreper, at der maa ydes fuld erstatning. Og det kan ikke gjøre nogen forskjel, om tilegnelsen er væsentlig eller uvæsentlig.

Anderledes staar saken, hvor der ikke er tale om en avståelse og tilegnelse, men om saadanne bestemmelser, som av almene hensyn, i samfundets interesse sigter til at regulere eiendomsraadigheten, uten at der sker nogen overførelse til andre.»²¹⁷

Siewers uttrykte her hvor det grunnleggende skillet går mellom de inngrepene som utløser erstatningskrav etter Grunnloven § 105, og de som ikke gjør det. Overordnet må eiendomsrådigheten overføres. Vurderingen av om det skjer består av to ledd – det må skje en avståelse av eierrådigheten, for så at staten tilegner seg eierrådigheten for deres egen eller andres bruk. Inngrepet må dermed ha et *avståelseelement*, som må samvirke med et *tilegnelseelement*. Begge må være til stede, og samlet utgjør de inngrepets *overføringselement*. Avståelseelementet er innskrenkningen eller fratakelsen av rådigheten, herunder verdi eller interesse, mens tilegnelseelementet er rådigheten, herunder verdien eller interessen, som blir videreført til andre på bekostning av for eksempel eiendomsrettshaver. Som typetilfellene vil illustrere, kan også disse to elementene sees i glideskalaperspektivet, der svaret kan bli gradert.

I Siewers votum fantes heller ikke noe krav om at de formelle rettighetene overføres eller at det stiftes individuelle rettigheter for mottakeren – det sentrale var om den legale innskrenkningen overfører eiendomsrådigheten på en slik måte at staten eller andre kan fortsette med utnyttelse av eiendommen på samme eller annen måte. At Siewers brukte termen «innskrenkning» trekker også i denne retningen.

Når det gjelder «lovgivningens regulering av eierrådigheten» vil dette normalt ikke påføre erstatningsplikt, og det «skal meget til før det må betales erstatning etter prinsippet i Grunnloven § 105».²¹⁸ Etter dette gikk Høyesterett inn i den konkrete vurderingen, hvor de til slutt konkluderte med at det ikke forelå erstatningsplikt. De la i vurderingen særlig vekt på at begrensningen forhindret en eiendomsutnyttelse som «allment er erkjent å være uheldig», at den ikke begrenset «den etablerte bruk» av eiendommen», at begrensningen «ikke overfører noen rådighet over stranden til andre» eller «gir andre, spesielt allmennheten, noen bruksrett eller annen faktisk bruksmulighet utover det som alt eksisterer i kraft av friluftsløven og gammel sedvane», og at innskrenkningen var «gjort generelt».²¹⁹

For avhandlingen er særlig det nest siste poenget interessant. Dette momentet kan tolkes på to forskjellige måter. Mente Høyesterett med dette at dersom forbudet enten overførte rådighet eller ga andre bruksrett eller annen faktisk bruksutnyttelse utover det de allerede hadde rett til, at dette

²¹⁶ Strandlovdommen s. 70.

²¹⁷ Strandlovdommen s. 70–71, med videre henvisning til Rt. 1914 s. 177 (konsesjonslov – byretten) s. 205 flg.

²¹⁸ Strandlovdommen s. 73.

²¹⁹ Strandlovdommen s. 74.

- 1) Ville blitt lagt vekt på i retning erstatningsansvar etter helhetsvurderingen, eller
- 2) Ville ført vurderingen inn i Grunnloven § 105 sitt direkte virkeområde ved at «avgj»-vilkåret var oppfylt.

Denne nyansen er illustrerende for forskjellen mellom de to betraktningmåtene som kan utledes av henholdsvis Andenæs og Odberg på den ene siden og Fleischer på den andre siden. Det første tolkningsalternativet ligger nærmere Fleischer sin betraktningmåte, mens det andre tolkningsalternativet ligger nærmere Andenæs og Odberg sine betraktningmåter.

Strandlovdømmen kan videre illustrere forholdet mellom inngrep i *byggesjans* kontra *etablert bruk* i tilknytning til overføringselementet. For byggeforbudet, og for de fleste inngrepene som kategoriseres som rådighetsinnskrenkninger, vil avståelseselementet være begrensningen av muligheten til å bygge eller positivt råde over eiendommen. Dette kan fremstå som sterkt. Tilegnelseselementet vil derimot fremstå som svært svakt, siden rådigheten som utgangspunkt kun fryses fast.²²⁰

Annerledes hadde det vært om strandloven av 1965 hadde grepet inn i etablert bruk, for eksempel ved påbud om rivning av bygg på holmen.²²¹ I den situasjonen ville avståelseselementet fremstått enda sterkere, siden det her er noe allerede bygget som må fjernes. Tilegnelseselementet ville også fremstått sterkere, ved at allmennheten fra en synsvinkel hadde fått utvidet sin allmenne bruksutnyttelse eller interesse ved at bygget ikke lenger står der. Etter en konkret vurdering kan det være lite treffende å beskrive rivningspåbudet som at rådigheten kun fryses fast, og i noen situasjoner kan det til og med være treffende å kalle det for en rådighetsoverføring. Som blir gjennomgått senere, vil det også være relevant å se til inngrepets formål.²²²

Etter strandlovdømmen fortsatte debatten mellom Andenæs og Fleischer i lys av avgjørelsen. Fleischer uttrykte at strandlovdømmen for enkelte kunne virke overraskende, siden den herskende teori var at Grunnloven § 105 i «vid utstrekning» kunne påberopes som erstatningsgrunnlag for rådighetsinnskrenkninger.²²³ Dommen måtte sees på som et resultat av at «hensynet til de samfunnsmessige realiteter må tillegges avgjørende vekt i grunnlovsfortolkningen», og at dommen derfor var «en klok dom».²²⁴

Andenæs på sin side fremhevet at han var «enig i plenumsdommen».²²⁵ Senere uttrykte han at strandlovdømmen var forenlig med hans teori om maskert ekspropriasjon, og viste til at byggeforbudet i strandlovdømmen «ikke overførte noen rådighet over stranden til andre, eller ga almenheten noen bruksrett eller bruksmulighet utover det som alt eksisterte i kraft av friluftsløven og gammel sedvane».²²⁶

²²⁰ Det kan konstrueres et tilegnelseselement fra den synsvinkelen at allmennheten får bevart sine interesser ved at området ikke blir bygget. Dette bygger på løsere interesser, og for Høyesterett i strandlovdømmen var det avgjørende at allmennheten ikke fikk noen utvidet eller ny bruk. Derfor vil tilegnelseselementet og overføringselementet i de klassiske rådighetsinnskrenkningene – bygningsregulering, konsesjonslovgivning og naturfredninger – ofte kunne karakteriseres som «(svært) svakt eller ikke-eksisterende» eller lignende. Tilegnelsen må konkretiseres. Lignende synspunkt finnes i Rt. 1989 s. 1339 (Biliåsen) s. 1347, se punkt 4.4.2.5.

²²¹ Eksempelet er hentet fra Alvik (2021b) side 155 flg., som har brukt eksempelet som et argument for et sterkere vern også utenfor «avgj», siden det her gjøres inngrep i en rettighet som etter en nærmere vurdering kan ha «et positivt innhold eller en hardere substans», som bare kan vike der det er begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn».

²²² Rt. 1973 s. 705 (Krokedal), og punkt 4.4.2.2.

²²³ Fleischer (1970) s. 222, og viser til teoriene til Andenæs, Castberg og Morgenstjerne.

²²⁴ Fleischer (1970) s. 223.

²²⁵ Andenæs (1970) s. 434.

²²⁶ Andenæs (1976b) s. 387, med henvisning til strandlovdømmen s. 74.

4.3.6 Oppsummering – overgang til typetilfellene

Inngrepene som ble problematisert i konsesjonslovdømmen og strandlovdømmen representerte, etter Høyesteretts syn, innskrenkninger i eierrådigheten. Hvis eiendomsretten ses fra koblingsordperspektivet, innskrenket inngrepene i dommene to forskjellige aspekter av den positive rådigheten. Inngrepene konsesjonslovdømmen behandlet gjorde innskrenkninger i eierens positive, juridiske rådighet i den forstand at hvis eier valgte å selge ville det skje under de forutsetningene som konsesjonsloven oppstilte. Inngrepene strandlovdømmen behandlet gjorde innskrenkninger i eierens positive, faktiske rådighet i den forstand at eieren fikk forbud mot å bygge mer på en holme som følge av byggeforbudet i strandsonen i den midlertidige strandloven av 1965.

Et interessant poeng i det videre er at begge avgjørelsene, gjennom sin henvisning og tilslutning til dommer Siewers votum fra byretten, understreker at det er *rådighet* som må overføres. Hvis eiendomsretten analyseres som et koblingsord, ser man at rådighet er en funksjon av det å ha eiendomsretten, ikke rettigheten som sådan. Ved formell ekspropriasjon vil rådigheten følge med, ettersom rådigheten er en funksjon av å ha rettigheten. Det kan også tenkes inngrep der den formelle eiendomsretten ikke blir overført, men som etter en nærmere vurdering av realitetene innebærer en rådighetsoverføring eller et sterkt overføringselement. Det kan ikke slutes ut fra strandlovdømmen at disse faller utenfor «avgj»-vilkåret.

I perioden før *konsesjonslovdømmen* var det uenigheter om i hvilken grad Grunnloven § 105 vernet inngrep utover det som faller direkte inn under Grunnloven § 105 sitt «avgj»-vilkår. På den ene siden hadde man Schweigaard/Motzfeldt og Aschehoug, som tok til orde for en forståelse av Grunnloven § 105 nærmere ordlyden, og på den andre siden hadde man Holtherdommen, Backedømmen og teoriene til Morgenstjerne som utvidet Grunnloven § 105 til å gjelde en rekke inngrep som ikke faller direkte inn under ordlyden «avgj».

Ved *konsesjonslovdømmen* ble utgangspunktet om at vernet ligger nært ordlyden «avgj» slått fast, hva som nærmere ligger i «avgj», og at utvidelser utover dette må gjøres med forsiktighet. Det måtte skilles mellom ekspropriasjoner og rådighetsinnskrenkninger, der ekspropriasjoner er innenfor mens rådighetsinnskrenkninger er utenfor.

I tiden mellom *konsesjonslovdømmen* og *strandlovdømmen* fortsatte diskusjonene om virkeområdet, og teoriene til Morgenstjerne og Castberg antok fortsatt at virkeområdet til Grunnloven § 105 måtte utvides til å gjelde forskjellige former for rådighetsinnskrenkninger. Senere i perioden tok noen teoretikere til orde for at Grunnloven § 105 måtte gjelde videre enn de formelle ekspropriasjonsvedtakene, basert på at noen rådighetsinnskrenkninger i realiteten hadde samme virkninger som ekspropriasjoner. Begreper som «maskert ekspropriasjon» og «ekspropriasjonsartede rådighetsinnskrenkninger» ble brukt om disse inngrepene – som eksemplifisert med synspunktene til Andenæs, Odberg og Trampe Kindt. Særlig stilte Fleischer seg kritisk til disse synspunktene, og vernet kunne etter hans syn bare utvides utover de formelle ekspropriasjonene ved en helhetsvurdering basert på rimeligheten av å gi erstatning.

Ved *strandlovdømmen* ble utgangspunktene fra konsesjonslovdømmen bekreftet. Dermed ble det prinsipielle skillet mellom ekspropriasjoner og rådighetsinnskrenkninger på nytt slått fast, og på nytt en tilbakevisning av synspunktene til Morgenstjerne og Castberg. Med strandlovdømmen ble også det klare utgangspunktet om at et eiendomsinngrep må innebære en rådighetsoverføring ved avståelse og tilegnelse slått fast, med visse holdepunkter for at dette kan nå lengre enn de formelle ekspropriasjonene.

I *etterkant av strandlovdømmen* var det disse uttalelsene, sammenholdt med konsesjonslovdømmen og dommer Siewers votum, som ble bygget på som utgangs-

punktene for vurderingen av «avgi»-vilkåret.²²⁷ En stor mengde rettspraksis ble avsagt som presiserte og forklarte grensen, med tilhørende bidrag fra juridisk teori. Diskusjonen om Grunnloven § 105 omfattet de såkalte «maskerte ekspropriasjonene» fortsatte. I tillegg ble et nytt spørsmål stilt, nemlig om noen rådighetsinnskrenkninger hadde en slik virkning for grunneier at de måtte behandles likt som ekspropriasjon – uavhengig av innskrenkningens vesentlighet.

4.4 Typetilfeller

4.4.1 Innledning

I dette punktet skal avhandlingen redegjøre og analysere en rekke typetilfeller der Grunnloven § 105 både har blitt tolket og vært relevant i løsningen av rettsspørsmål. Typetilfellene har forskjellige formål og funksjoner.

Når det gjelder formålet vil naturfredning på den ene siden, og demokratisering av forretningsbanker og tomtfeste på den andre siden, illustrere to ytterpunkter i glideskalaperspektivet utenfor de formelle ekspropriasjonene, basert på en vurdering av overføringselementet. Justering av allemannsretten og inngrep i samiske beiterettigheter kan illustrere saker som havner et sted imellom.

Når det gjelder funksjonen vil de fire første typetilfellene fungere som illustrasjoner av utgangspunktene for vurderingen, som først og fremst baserer seg på en vurdering av overføringselementet. Det siste typetilfellene – inngrep i samiske beiterettigheter – vil i større grad sees i et kritisk perspektiv på bakgrunn av de fire første typetilfellene og tidligere praksis.

4.4.2 Første typetilfelle: Fredning av natur

4.4.2.1 Innledning og bakgrunnen

Etter vedtakelsen av den nå opphevede naturvernloven av 1970 fikk spørsmålet om virkeområdet til Grunnloven § 105 betydning for erstatning ved naturfredning. Frem til 1985 ga naturvernloven av 1970 § 20 rett til erstatning der eiendom fredes som naturreservat, nasjonalpark og landskapsvernområde etter «alminnelige rettsgrunnsetninger». Ved en lovendring i 1985 ble grunneiere gitt et lovfestet erstatningskrav ved fredning som naturreservat og naturminne, mens nasjonalparker, landskapsvernområder og midlertidig vern fortsatt ble vurdert etter alminnelige rettsgrunnsetninger etter naturvernloven av 1970 § 20 b.²²⁸

I 2009 ble naturmangfoldloven vedtatt, og for erstatningsspørsmålet ved naturfredninger har loven en annen regulering enn naturvernloven av 1970. Etter naturmangfoldloven § 50 kan grunneier kreve erstatning for økonomisk tap som følge av at eiendom blir vernet som «nasjonalpark, landskapsvernområde, naturreservat, biotopvernområde eller marint verneområde», såfremt vernet innebærer en «vanskeliggjøring av igangværende bruk». I juridisk teori har det blitt stilt spørsmål ved om denne vedtakelsen innebar et «paradigmeskifte».²²⁹

Grunnen til at praksisen tilknyttet naturvernloven av 1970 og dens ordlyd «alminnelige rettsgrunnsetninger» er relevant, er at dette ble tolket slik at erstatning skulle gis etter prinsippene i Grunnloven § 105.²³⁰ Selv om uttalelsene etter vedtakelsen av naturmangfoldloven har begrenset vekt for det konkrete erstatningsspørsmålet ved naturfredning, har praksisen fortsatt relevans for tolkningen av Grunnloven § 105.

²²⁷ Se blant annet Rt. 1971 s. 981 (Steigen) s. 983, Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 42 og Smith (2021) s. 397–398.

²²⁸ Se Stavang (2007) kapittel 9 for en nærmere redegjørelse, drøftelse og kritikk av bestemmelsen.

²²⁹ Se Bugge (2009) s. 257–258.

²³⁰ Se Rt. 1978 s. 442 (Lamyra) s. 447, Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) s. 90 og Harbo (2007) s. 50.

4.4.2.2 Fredning av elv og betydningen av inngrepets formål: Rt. 1973 s. 705 (Krokedal)

Med hjemmel i lakseloven av 1964 § 68 ble Vikedalselvens utløp og områder rundt fredet i 1967 og gjentatt i 1968. Dette omfattet et område som en fisker leide, og som utgjorde mellom 80 og 90 prosent av fiskeinntektene. Som følge av fredningen krevde fiskeren erstatning for sitt økonomiske tap, og at fredningen skulle bli kjent ugyldig.

Høyesterett konkluderte først at «angrepet på vedtakets gyldighet [...] ikke kan føre frem».²³¹ Heller ikke erstatningskravet kunne føre frem når «fredningsvedtaket [...] ikke kjennes ugyldig».²³²

Etter dette gikk Høyesterett inn i begrunnelsen for konklusjonene. Ugyldighets-spørsmålet er av mindre relevans for avhandlingens problemstilling, og det er fiskerens subsidiære anførsel om at inngrepet «må likestilles med et ekspropriasjonsartet tiltak som etter analogi med grunnlovens 105 må gi ham krav på erstatning», som er av interesse.²³³

Høyesterett erkjente at fiskeren «rammes hårdt av den fredning som er gjennomført» og at fredningens virkning for ham var «meget vesentlig».²³⁴ Etter dette tok Høyesterett opp utgangspunktet om at det på flere områder har blitt «truffet regulerende vedtak uten erstatning» når det ut fra «samfunnsmessige hensyn har gjort det nødvendig».²³⁵

Et viktig moment for Høyesterett i vurderingen var at fredning av fisk er et «viktig samfunnsmessig formål», ettersom «laksestammen er sterkt beskattet og at fredningstiltak er nødvendig for å bevare den».²³⁶ Høyesterett vektla også at fiskeren «må ha vært forberedt på at fredningen kunne bli gjennomført på en måte som ville berøve ham det grunnlag for fiskeyrket som han hadde satset på», siden det i Norge har vært «en lang og velkjent tradisjon» for slike fredningstiltak og at dette «er blitt gjennomført for det overveiende antall lakseelver».²³⁷ Av betydning var også at vedtaket var av «generell karakter».²³⁸

Sentralt for Høyesterett, og for avhandlingens problemstilling, er spørsmålet om siktemålet til reguleringen. Det ble problematisert om fredningsvedtaket måtte anses som ekspropriasjonsartet siden det i sin virkning kunne begünstige andre rettighetshavere i nærheten. Høyesterett avkreftet dette med den begrunnelse at fredningen «ikke tar sikte på å overføre verdier fra [fiskeren] til andre», og om fredningen likevel innebar fordeler for andre måtte dette være en «utilsiktet bivirkning som ikke kunne unngås hvis fredningen skulle gjennomføres».²³⁹

I en betenkning tilknyttet forarbeidene til naturmangfoldloven har Innjord behandlet dette poenget.²⁴⁰ Innjord har uttalt at det avgjørende for Høyesterett i om inngrepet var et ekspropriasjonsinngrep var om det forelå «en *tilsiktet overføring* av verdier; dvs. om *formålet* med inngrepet var å overføre verdier (eller råderett) fra den som inngrepet rammet, til det offentlige eller andre».²⁴¹ At det offentlige eller andre «*rent faktisk* kunne ha mer eller mindre tilfeldige fordeler av en rådighetsregulering, ble ikke ansett avgjørende».²⁴²

²³¹ Krokedaldommen s. 708.

²³² Krokedaldommen s. 708.

²³³ Krokedaldommen s. 710.

²³⁴ Krokedaldommen s. 711.

²³⁵ Krokedaldommen s. 711, med henvisning til Rt. 1970 s. 67 (strandlov).

²³⁶ Krokedaldommen s. 711.

²³⁷ Krokedaldommen s. 712.

²³⁸ Krokedaldommen s. 712.

²³⁹ Krokedaldommen s. 712.

²⁴⁰ Betenkningen er inntatt som vedlegg 6 til NOU 2004: 28.

²⁴¹ Innjord (2004) s. 719.

²⁴² Innjord (2004) s. 719.

At inngrepets formål eller hensikt har betydning ved anvendelse av grunnlovsvernet har også blitt argumentert for tidligere av Knoph og Odberg. Selv om tidligere teori har brukt begrepet *hensikt*, bruker jeg hovedsakelig begrepet *formål* av to årsaker. For det første uttrykte Krokedaldommen at spørsmålet er om inngrepet «tar sikte på» en overføring.²⁴³ Dette tolker jeg, slik som Innjord, som en referanse til en formålsbetraktning. For det andre kan det være svært vanskelig å identifisere en hensikt, ettersom dette hviler på subjektive elementer. Identifisering av formål kan gjøres på bakgrunn av mer objektive holdepunkter – eksempelvis inngrepets hjemmel, lovforarbeider og lignende, i tillegg til en mer subjektiv hensikt. Uttalelsene i teorien tilknyttet *hensikt* vil dermed ha relevans for vurderingen, ettersom formålsbetraktningen i denne sammenhengen omfatter blant annet hensikten.

Dermed kan Krokedaldommen med støtte fra tidligere og senere teori, tolkes slik at det ved siden av om inngrepet medfører en faktisk rådighetsoverføring, er relevant å vurdere formålet bak inngrepet. Umiddelbart ut fra Krokedaldommen ser man at en *positive side* av denne vurderingen trer frem – nemlig at der myndighetene positivt har angitt at formålet er en rådighetsoverføring vil kravet være oppfylt, og motsatt der myndighetene positivt har angitt at formålet er å innskrenke rådighet begrunnet i samfunnshensyn. Om man tolker dommen videre i lys av tidligere og nyere teori, ser man at en *negative side* av vurderingen også trer frem. Poenget her er at der myndighetenes reelle formål er en rådighetsoverføring, vil kravet også være oppfylt. Dette standpunktet bygger på lojalitets- og gjennomskjæringsbetraktninger, og både tidligere og senere teori har kommet med uttalelser i denne retningen.²⁴⁴

4.4.2.3 Fredningens virkning for grunneier som begrunnelse for erstatning etter «avgj»? Rt. 1978 s. 442 (Lamyra)

Selv om konsesjonslovdommen og strandlovdommen skilte klart mellom *ekspropriasjoner* og *rådighetsinnskrenkninger*, har Innjord beskrevet at det i ettertid ble hevdet av noen at reguleringer som «fratok eieren all aktuell rådighet over et område, i erstatningsmessig sammenheng måtte «likestilles med ekspropriasjon»; dvs. at erstatning måtte ytes uavhengig av om inngrepet var vesentlig».²⁴⁵ Dette spørsmålet dannet bakteppet for den videre praksisen.

I 1973 ble Lamyra og tilhørende kantsone midlertidig fredet. To år senere ble området fredet varig som naturreservat. Innenfor utmarksområdet fantes det sandforekomster på cirka 940.000 kubikkmeter, og uttak av sand var igangsatt før fredningen. Fredningen forhindret uttak av et sted mellom 60.000 og 70.000 kubikkmeter sand, og grunneier krevde erstatning for det økonomiske tapet de led som følge av dette. Høyesterett delte seg i et flertall på 3 dommere og et mindretall på 2 dommere.

Andrevoterende, som var talsperson for flertallet, tok utgangspunkt i at en grunneier kan pålegges «begrensninger i hans rådighet over eiendom uten at han har krav på erstatning».²⁴⁶ I den konkrete saken var det imidlertid «særlige forhold» som medførte at fredningsvedtaket når det gjaldt sandforekomsten måtte «likestilles med ekspropriasjon».²⁴⁷

For det første la andrevoterende vekt på at vedtaket kun var rettet mot «noen få bestemte eiendommer».²⁴⁸ Dette har en side til fokuset i tidligere teori på sondringen mellom generell regulering og regulering som rammer spesifikke eiendommer, og som en av linjene i rettspraksis som har blitt trukket frem av Alvik.

²⁴³ Krokedaldommen s. 712.

²⁴⁴ Knoph (1921) s. 72–73, Odberg (1967) s. 236 og Smith (2021) s. 398 med tilhørende fotnote 17.

²⁴⁵ Innjord (2004) s. 719.

²⁴⁶ Lamyradommen s. 447.

²⁴⁷ Lamyradommen s. 447.

²⁴⁸ Lamyradommen s. 447.

For det andre var drift som sandtak den «eneste mulig anvendelse» av arealet sandforekomstene lå på.²⁴⁹ For det tredje var driften allerede i gang før det første vedtaket.²⁵⁰ At en allerede foregående bruk har et sterkere vern enn en forventning om fremtidig drift, bygging eller bruk ser man spor av i senere lov og praksis.²⁵¹

Når Høyesterett så momentene i sammenheng sto grunneier igjen med «en formell, en «tom», eiendomsrett», noe som innebar et «totalt bortfall av rådigheten».²⁵² Dette var noe som måtte «fremstå likt med en fysisk avståelse».²⁵³ Etter dette resonnementet argumenterte andrevoterende ut fra likhetsbetraktninger for at inngrepet ikke måtte være vesentlig for tilkjennelse av erstatning. Hvis det skulle vært tilfelle, ville rettsstillingen være «avhengig av lovgiverens valg av form med hensyn til den samme realitet, og det kan ikke være akseptabelt».²⁵⁴

Etter denne drøftelsen konkluderte andrevoterende med at grunneier hadde krav på erstatning for sandforekomsten som ble rammet av fredningsvedtaket, uavhengig av inngrepet vesentlighet.

Mindretallet på to dommere tilkjente ikke erstatning. Etter førstvoterendes syn måtte erstatningsspørsmålet løses på bakgrunn av «de retningslinjer som har utviklet seg på basis av prinsippet i Grunnloven § 105».²⁵⁵ Utgangspunktet er dermed at «naturverninngrep som medfører innskrenkninger i eierrådigheten» ikke utløser erstatningskrav, bortsett fra der de har «økonomiske virkninger av et visst større format».²⁵⁶ Andrevoterende uttalte at i den konkrete saken, der fredningen forhindret uttak av «de siste 60-70 000 kbm. av en sandforekomst på totalt ca. 940 000 kbm.», kunne «den økonomiske betydning av båndleggelsen ikke ha slikt format at det kan gi krav på erstatning».²⁵⁷

I etterkant ble dommen kritisert i teorien, da særlig av Fleischer.²⁵⁸ Fleischer var blant annet kritisk til argumentet om at inngrepet hadde samme realitet som ekspropriasjon siden det medførte et totalt bortfall av rådighet. Etter hans syn vil argumentet med «samme realitet» gjelde for «*enhver regulering* som begrenser rådigheten» siden «forbud mot en bestemt rådighet kan etableres så vel ved avtale eller ved en vanlig ekspropriasjon mot erstatning som ved det som normalt er en erstatningsfri regulering etter bygningsloven».²⁵⁹ Riktignok begrenset flertallet synspunktet til der det skjer et total bortfall av rådighet, men her har Fleischer stilt spørsmålet om hvorfor «samme realitet»-argumentet «er relevant i forhold til tilfelle av totalt bortfall av rådigheten, mens man altså ikke kan likestille de partielle rådighetsinnskrenkninger med partielle ekspropriasjonstiltak».²⁶⁰ Med andre ord blir spørsmålet hvorfor det er den totale bortfall av rådighet som gjør at inngrepet må likestilles med ekspropriasjon, når det finnes en rekke former for

²⁴⁹ Lamyradommen s. 447.

²⁵⁰ Lamyradommen s. 447.

²⁵¹ Eksempelvis: Naturmangfoldloven § 50 hjemler erstatning for «igangværende bruk», reguleringsplan har etter plan- og bygningsloven § 12-4 første ledd første punktum virkning for «nye tiltak eller utvidelse av eksisterende tiltak», og betydningen av en «lovlig påbegynt virksomhet» i Rt. 1979 s. 971 (Rønnåsmyra I) – se rett nedenfor om Rønnåsmyra I-dommen.

²⁵² Lamyradommen s. 447.

²⁵³ Lamyradommen s. 447.

²⁵⁴ Begrunnelsen har likhetstrekk med EMD sin lære om «de facto-expropriation», der en grunnleggende dom er Sporrang and Lönnroth (1982), se nærmere i punkt 4.6.3. Det kan også trekkes paralleller mellom begrunnelsen i Lamyradommen og assessor Mejdells mindretallsvotum i konsesjonslovdømmen, se punkt 4.3.3.

²⁵⁵ Lamyradommen s. 445.

²⁵⁶ Lamyradommen s. 445–446.

²⁵⁷ Lamyradommen s. 446.

²⁵⁸ Fleischer (1981) s. 249–265.

²⁵⁹ Fleischer (1981) s. 261.

²⁶⁰ Fleischer (1981) s. 263.

ekspropriasjon som ikke innebærer et slikt bortfall av rådighet – for eksempel der det eksproprieres en rett til å legge rør over naboeiendommen.

For å ta dette argumentet et steg videre kan det problematiseres om inngrepet i Lamyradommen faktisk kan likestilles med ekspropriasjon i den forstand at det er «samme realiteter». Det sentrale for skillet er at inngrepene som rammes av Grunnloven § 105 innebærer både en *avståelse* og en *tilegnelse*, som resulterer i en *overføring av rådighet*.²⁶¹

Inngrepet i Lamyradommen sin virkning for grunneier kan likestilles med avståelseselementet i vurderingen, men en konkret tilegnelse mangler – tilegnelseselementet er svært svakt eller ikke-eksisterende. Argumentet i Lamyradommen hadde stått sterkere hvis myndighetene gjennom reguleringssituasjonen hadde gitt seg selv eller andre adgang til å ta ut sandforekomstene. I den situasjonen ville man stått ovenfor et inngrep der realitetene fremstår like med en ekspropriasjon, siden muligheten til å råde over sandforekomsten og dens økonomiske verdi ville blitt overført – inngrepet hadde hatt et avståelseselement og et tilegnelseselement, og dermed et sterkere overføringselement.²⁶²

En lignende innvending ble anført av Fleischer. Han har fremhevet at det ved inngrepet i Lamyradommen «tross alt kun [var] tale om et forbud», siden det «ikke [skjedde] noen aktiv tilegnelse fra det offentliges side».²⁶³ En tenkt innvending kunne være at «bestemmelsene om forvaltning av området var så vidt omfattende at de nærmet seg en virkelig «overtakelse»», og at dommen muligens ville «stått sterkere om flertallet hadde kjørt dette siste noe sterkere i forgrunnen».²⁶⁴

4.4.2.4 Begrensning og fravikelse av uttalelsene i Lamyradommen

I perioden etter Lamyradommen avsa Høyesterett en rekke dommer som innskrenket betydningen av begrunnelsen for erstatningsvern ved naturfredninger som flertallet i Lamyradommen formulerte, før begrunnelsen ble uttrykkelig fraveket i 1987.

En første dom som begrenset Lamyradommens uttalelser, er Rt. 1979 s. 971 (Rønnåsmyra I). Miljøverndepartementet fredet Rønnåsmyra midlertidig som myrreservat i 1973 med hjemmel i naturvernloven av 1970 § 18 tredje ledd. Som følge av dette kunne ikke Nittedal Torvindustri, som hadde inngått avtale om leie av myra for uttak av torv, ta ut torv for videre bearbeidelse i en allerede bygget og innredet fabrikk. Nittedal Torvindustri krevde blant annet erstatning for tapet de led som følge av fredningen.

Høyesterett konkluderte med at Nittedal Torvindustri skulle tilkjennes erstatning for det økonomiske tapet.²⁶⁵ Selv om resultatet ble erstatning, må Høyesteretts begrunnelse likevel sees på som en innstramning av uttalelsene i Lamyradommen.²⁶⁶ Førstvoterende tok utgangspunkt i at det er en «betydelig forskjell» på situasjoner der «en eiendom eksproprieres for å utnyttes av andre» og der myndighetene «ut fra hensynet til naturmiljøet treffer vedtak om at et område skal bevares som det er».²⁶⁷ Ved naturfredning blir det «i større eller mindre utstrekning lagt bånd på eieres og rettighetshavers adgang til å råde over det grunnareal som

²⁶¹ Som fastslått ved Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov) og Rt. 1970 s. 67 (strandlov) sin referanse til tredjevoterende dommer Siewers votum i «Den store konsesjonssaken».

²⁶² Dette er et tenkt tilfelle for å illustrere poenget. Et annet spørsmål er om myndighetene hadde hatt kompetanse til å regulere på en slik måte, eller om de uansett hadde måttet gått veien om et formelt ekspropriasjonsvedtak.

²⁶³ Fleischer (1981) s. 260.

²⁶⁴ Fleischer (1981) s. 260. Grunnloven § 105 og skjøtselstiltak er nærmere behandlet i tilknytning til Rt. 1987 s. 311 (Tveiterås), se punkt 4.4.2.5.

²⁶⁵ Rønnåsmyra I-dommen s. 974.

²⁶⁶ Se Stavang (2007) s. 262.

²⁶⁷ Rønnåsmyra I-dommen s. 974.

fredes».²⁶⁸ Dette kan lede til at den økonomiske utnyttningen av arealet begrenses, men en slik begrensning vil ikke i seg selv medføre erstatningsplikt.

Etter dette gikk Høyesterett inn i vurderingen av om erstatning skal gis. Etter en redegjørelse av fredningssystemet og forskjellen på varig og midlertidig fredning, begrunnet de hvorfor erstatning skulle gis. Uttak av torv var «inngrep overfor en bedrift som allerede var i gang», og innebar dermed en «stansning av en lovlig påbegynt virksomhet».²⁶⁹ Dommen vektla dermed igangværende bruk, og som senere rettsutvikling viser har dette et sterkere, generelt vern enn for eksempel byggesjånse.

Dommen ble kritisert av Fleischer, som blant annet mente at Høyesterett «går noe langt i å ta hensyn til de foretatte investeringer».²⁷⁰ I senere teori har det blitt problematisert om denne dommen fortsatt er gjeldende rett, særlig i lys av Rt. 1993 s. 321 (Hydalen).²⁷¹

To dommer som uttrykkelig innskrenket Lamyradommens betydning var Rt. 1980 s. 94 (Fiskum) og Rt. 1982 s. 850 (Arekilen). I begge sakene ble områder fredet som naturreservat. I Fiskumdommen krevde grunneierne erstatning på grunn av forbud mot nydyrking, mens i Arekilendommen krevde grunneierne erstatning fordi hogst ble forbudt. Begge dommene tok utgangspunkt i naturvernloven av 1970 § 20 for erstatningsvurderingen, og dermed prinsippet i Grunnloven § 105.²⁷²

I begge sakene ble Lamyra-prinsippet anført som grunnlag for erstatning. Som formulert i Arekilendommen var det anført at fredningen var «så massiv at den rammes direkte av Grunnloven § 105», og erstatning må gis «uansett om tapet er vesentlig eller ikke».²⁷³ I begge sakene ble dette prinsippet avvist.

I Fiskumdommen uttrykte Høyesterett at Lamyradommens uttalelser hadde «en meget begrenset anvendelse», og at saken måtte vurderes opp mot uttalelsene i strandlovdommen om at det skal «mye til før det må betales erstatning» for «innskrenkninger i eiendomsretten».²⁷⁴ I Arekilendommen uttrykte Høyesterett at Lamyradommen var «meget spesiell», og henviste til uttalelsene i Fiskumdommen om Lamyraprinsippets begrensede anvendelse.²⁷⁵ Saken måtte derfor avgjøres på bakgrunn av «de prinsipper som gjelder for rådighetsinnskrenkninger over eiendom».²⁷⁶ I verken Fiskum- eller Arekilendommen ble grunneierne tilkjent erstatning.

Dommen som ble en avslutning på rettsutviklingen i kjølvannet av Lamyradommen, var den enstemmige plenumsdommen Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II).

Saken gjaldt fredning av Rønnåsmyra som naturreservat, etter en periode med midlertidig fredning. Saken ble løst på et annet grunnlag enn spørsmålet om karakteriseringen av inngrepet og forholdet til Grunnloven § 105, men ettersom dette hadde stått sentralt både i partenes prosedyrer og i tidligere rettspraksis valgte Høyesterett å kommentere dette.

Høyesterett begynte drøftelsen med å fastslå at «fredningsvedtak etter naturvernloven, også reservat- og naturminnefredning» er «rådighetsinnskrenkninger og ikke ekspropriasjoner».²⁷⁷ Begrunnelsen for dette var at fredninger ikke inne-

²⁶⁸ Rønnåsmyra I-dommen s. 974.

²⁶⁹ Rønnåsmyra I-dommen s. 975.

²⁷⁰ Fleischer (1981) s. 267. I tillegg kritiserte han at naturvernloven av 1970 § 20 ble tolket i vurderingen, ettersom det tidligere hadde blitt slått fast at regelen ikke var en selvstendig erstatningsregel, men kun viste til prinsippene i Grunnloven, se s. 266.

²⁷¹ Odberg (1995) s. 242–243.

²⁷² Rt. 1980 s. 94 (Fiskum) s. 97–98 og Rt. 1982 s. 850 (Arekilen) s. 854.

²⁷³ Arekilendommen s. 854.

²⁷⁴ Fiskumdommen s. 98.

²⁷⁵ Arekilendommen s. 854–855.

²⁷⁶ Arekilendommen s. 855.

²⁷⁷ Rønnåsmyra II-dommen s. 89.

bærer en «overføring av rådighet», men kun at «adgangen til å utnytte et område i større eller mindre grad fryses fast».²⁷⁸ At reservater og naturminnefredninger var rådighetsinnskrenkninger var etter Høyesteretts syn en av årsakene til lovendringen i 1985, siden dette var «rådighetsinnskrenkninger som i sine virkninger lå nær opp til ekspropriasjon».²⁷⁹ Jeg tolker Høyesterett slik at med «virkninger» mener de den isolerte virkningen for grunneier, alternativt formulert som det isolerte avståelseelementet.

Deretter kommenterte Høyesterett Lamyradommen uttrykkelig. Etter Høyesteretts syn var Lamyradommens begrunnelse for erstatning en «ikke holdbar» begrunnelse, og måtte uansett anses som «vesentlig fraveket ved senere rettspraksis».²⁸⁰

Jeg tolker Rønnåsmyra II-dommen slik at Lamyradommens begrunnelse for erstatningsvern for naturfredninger uavhengig av vesentlighet ikke lenger er gjeldende rett. Som beskrevet av Tjomsland har «inngrepets virkning for grunneieren ikke [...] betydning i relasjon til sontringen mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon», men dette er et «moment av betydning» i helhetsvurderingen av om erstatning skal gis.²⁸¹ Det sentrale er å vurdere om det har skjedd en overføring av rådighet, som av Tjomsland har blitt kalt for «overdragelseelementet».²⁸²

Noe som dommen etter mitt syn ikke avskjærer fra, er å se på realitetene i om det skjer en rådighetsoverføring. Rønnåsmyra II-dommen formulerte ikke noe krav om formell ekspropriasjon, og brukte betegnelsen *rådighet* om det som må overføres. Og siden dommen knytter seg til naturfredning, som ikke inneholder noe konkret tilegnelse, vil resultatet i saken ha mindre relevans for inngrep som har elementer av begge ytterpunktene i seg. Tjomsland har omtalt noen «spesielle tilfeller» der det vil være «vanskelig å trekke grensen mellom en rådighetsinnskrenkning og en negativ servitutt» på bakgrunn av overdragelseelementet – her må det vektlegges om «lovgiver har betraktet inngrepet som en ekspropriasjon eller som en rådighetsinnskrenkning».²⁸³

4.4.2.5 Perioden etter Rønnåsmyra II-dommen

Høyesterett avgjorde en rekke saker som gjaldt naturfredning basert på rettstilstanden etter Rønnåsmyra II-dommen og lovendringen i 1985, der naturreservatfredning og naturminnefredning fikk et lovfestet erstatningsvern i naturvernloven av 1970 § 20, mens nasjonalparker og landskapsvernområder fortsatt måtte avgjøres ut fra alminnelige rettsgrunnsetninger i naturvernloven av 1970 § 20 b.²⁸⁴ Ingen av dommene tilkjente erstatning, siden erstatning bare kunne gis i særlige tilfeller etter en helhetsvurdering. Her vil jeg trekke frem tre dommer av interesse for avhandlingen – to gjelder rekkevidden av den økonomiske regulering grunneiere må tåle, mens den tredje gjelder Grunnloven § 105 og skjøtselstiltak.

I Rt. 1989 s. 1339 (Biliåsen) ble et skogareal fredet som landskapsvernområde, og erstatningsspørsmålet skulle avgjøres etter naturvernloven av 1970 § 20 b og alminnelige rettsgrunnsetninger. Dermed måtte det tas utgangspunkt i prinsippene i Grunnloven § 105, som utviklet i konsesjonslovdommen og strandlovdommen. Fredningen var en rådighetsinnskrenkning, og måtte dermed være vesentlig om erstatning skulle gis. Grunneierne problematiserte at vernevedtaket kun ram-

²⁷⁸ Rønnåsmyra II-dommen s. 89.

²⁷⁹ Rønnåsmyra II-dommen s. 89.

²⁸⁰ Rønnåsmyra II-dommen s. 89, med videre henvisning til uttalelsene i Fiskumdommen og Arekileldommen.

²⁸¹ Tjomsland (1988) s. 353.

²⁸² Tjomsland (1988) s. 353.

²⁸³ Tjomsland (1988) s. 353.

²⁸⁴ Sentrale dommer er Rt. 1987 s. 311 (Tveiterås), Rt. 1988 s. 890 (Jærstrendene), Rt. 1989 s. 1339 (Biliåsen), Rt. 1993 s. 321 (Hydalen) og Rt. 1993 s. 1333 (Småsetran).

met noen få grunneiere, og at «befolkningen i videre forstand» fikk fordeler av fredningen.²⁸⁵ For Høyesterett var ikke dette avgjørende i vesentlighetsvurderingen, ettersom fredningene «ikke [kan] sees isolert, men må ses som ledd i det offentliges samlede arbeid for naturvern».²⁸⁶ Erstatning ble ikke tilkjent.

I Rt. 1993 s. 321 (Hydalen) ble et område i Hemsedal fredet som landskapsvernområde, noe som gjorde at grunneierne verken kunne selge tomter til hytteformål eller bygge utleiehytter. Som i Biliåsdommen berodde erstatningsspørsmålet på naturvernloven av 1970 § 20 b og dermed alminnelige rettsgrunnsetninger, det vil si prinsippene i Grunnloven § 105. Selv om eiendommenes økonomiske verdi for grunneier ble sterkt begrenset som følge av vernevedtaket, tilkjente ikke Høyesterett erstatning. Det ble i avgjørelsen blant annet lagt vekt på at fredningen nettopp hadde til formål «å hindre en slik hyttebygging som tomteeierne har tatt sikte på», og at «adgangen til å bygge på sin faste eiendom [...] har ved rådighetsinnskrenkninger et svakt erstatningsrettslig vern».²⁸⁷ I teorien har det vært anført at Rt. 1979 s. 971 (Rønnåsmyra I) ikke lenger er en holdbar rettsoppfatning i lys av Hydaldommen.²⁸⁸

Smith har trukket frem disse to avgjørelsene som eksempler på hvor stor regulering av økonomisk verdi grunneier må akseptere.²⁸⁹ Det er ikke tilstrekkelig at vedtaket «rammer bare noen få», såfremt «tiltaket inngår i en samlet politikk (f.eks. å bevare verneverdig natur)».²⁹⁰

I Rt. 1987 s. 311 (Tveiterås) ble et særlig spørsmål relevant til rekkevidden av Grunnloven § 105 problematisert, nemlig betydningen av skjøtselstiltak. I naturvernloven av 1970 fulgte det av de enkelte bestemmelsene om naturfredning at det kunne fastsettes nærmere bestemmelser om et fredet områdes «skjøtsel». Tveiterås Gård fremhevet at skjøtelsbestemmelsene innebar at det offentlige hadde «tiltatt seg positiv rådighet over området, mens eieren er fratatt enhver praktisk disposisjonsrett».²⁹¹ Høyesterett startet sin drøftelse i relasjon til dette med at det ved «vedtak etter naturvernloven dreier seg om rådighetsinnskrenkninger», og at sontringen mellom dette og ekspropriasjon har betydning for erstatningsspørsmålet.²⁹² Etter dette slo Høyesterett fast at skjøtelsbestemmelser ikke medførte at i det «foreliggende tilfellet skulle måtte anse inngrepet som en ekspropriasjon».²⁹³ Høyesterett la her vekt på to momenter. For det første at «skjøtselstiltakene holdes innenfor rammen av formålet med etableringen av landskapsvernområdet», og for det andre at Staten «verken [har] fått eiendomsrett til eller noen alminnelig disposisjonsrett over arealene».²⁹⁴

I naturmangfoldloven er skjøtselstiltak hjemlet i § 47 med nærmere avgrensninger. Skjøtselstiltak foretas der det «ikke [er] tilstrekkelig å bare legge begrensninger på virksomhet og ferdsel i området», og i områder «[d]er verneverdiene er knyttet til en tradisjonell bruk eller utnyttelser av naturverdier, kan det være nødvendig med fortsatt bruk eller andre aktive tiltak som sikrer verdiene».²⁹⁵ Etter naturmangfoldloven § 47 andre ledd første punktum kan dette være tiltak som innebærer «å kanalisere ferdsel, fjerning av vegetasjon eller fremmede treslag og restaurering etter naturinngrep». Som en begrensning kan det ikke foretas

²⁸⁵ Biliåsdommen s. 1347.

²⁸⁶ Biliåsdommen s. 1347.

²⁸⁷ Hydaldommen s. 326.

²⁸⁸ Odberg (1995) s. 242–243.

²⁸⁹ Smith (2021) s. 398.

²⁹⁰ Smith (2021) s. 398 med henvisning til Rt. 1989 s. 1339 (Biliåsen).

²⁹¹ Tveiteråsdommen s. 316, der dette kobles opp mot retten til innløsning.

²⁹² Tveiteråsdommen s. 319, med henvisning til Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II).

²⁹³ Tveiteråsdommen s. 319.

²⁹⁴ Tveiteråsdommen s. 319.

²⁹⁵ Bugge (2022) s. 383.

skjøtselstiltak som innebærer «høsting av naturlige ressurser» eller «en vesentlig endring i naturtilstanden slik den var da vernarbeidet tok til» jf. andre ledd andre punktum. Og dersom kjøtselstiltaket innebærer økonomiske fordeler tilfaller dette grunneier eller rettighetshaver jf. fjerde ledd.

Et perspektiv i forhold til Høyesterett sin aksept av kjøtselstiltak er som en mellomsituasjon på glideskalaen. Selv om kjøtselstiltak innebærer at det offentlige får positiv rådighet over det vernede området, er det tale om en begrenset tilegnelse – både sett hen til de konkrete tiltakene det offentlige kan foreta, og at de må holde seg innenfor formålet med vernet. Viktigst er kanskje at de ikke kan høste naturressurser, og økonomiske fordeler skal komme grunneier eller rettighetshaver til gode. Selv om de kan råde positivt over området, har det en begrenset betydning. Men ser man mer prinsipielt på situasjonen, vil det som Tjomsland har beskrevet i tilknytning til Tveiteråsdommen, fremstå som «et visst paradoks at staten gjennom kjøtselsbestemmelsene nettopp oppnådde den rådighet over arealet som staten ønsket å utøve».²⁹⁶

I etterkant av utviklingen som skjedde gjennom naturfredningsdommene på 70-, 80- og 90-tallet oppsto det et behov for å sammenfatte praksisen fra Høyesterett. Gjennom to dommer på midten av 2000-tallet fastslo og bekreftet Høyesterett læren om analogisk anvendelse av Grunnloven § 105 på rådighetsinnskrenkninger. I Rt. 2004 s. 1092 (Senja) sluttet Høyesterett seg til Skoghøy sin oppfatning, nemlig at det ved siden av et krav om vesentlighet også må kreves at «inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles».²⁹⁷ Dette ble bekreftet i Rt. 2005 s. 469 (Gardermoen), som gjaldt fredning som landskapsvernområde.²⁹⁸

I teorien har spørsmålet om hvor generelt denne høye terskelen gjelder blitt problematisert, og for planinngrep i servitutter har Stavang/Stenseth lagt til grunn at anvendelse av denne høye terskelen «er [...] ikke riktig».²⁹⁹

Når det gjelder selve terskelen har Smith tatt til orde for, med bakgrunn i praksis og teori, at det er «lite sannsynlig at domstolene vil tilstå erstatning» etter analogisk anvendelse.³⁰⁰ I stedet for å fokusere på denne skjønsmessige standarden, bør man heller se rettsstillingen rundt Grunnloven § 105 slik: Praksis ligger nå «nær det som følger av ordlyden i § 105, i den forstand at det bare er «avgivelse» av eiendomsretten (eller deler av den) til andre, som gir krav på erstatning», mens spørsmålet om tap ved offentlig regulering heller bør være om grunneier «etter en politisk vurdering bør gis krav på erstatning i kraft av vanlig lov».³⁰¹

4.4.2.6 Oppsummering og betydning

Dommene om naturfredning gir et innblikk i utviklingen av Høyesteretts syn på forholdet mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjoner, og nærmere om Grunnloven § 105 sitt «avgj»-vilkår og overføringselementets betydning. Fra praksisen kan det trekkes ut en rekke konklusjoner, men visse spørsmål er åpent.

For det første fastslår og presiserer praksisen hva som nærmere ligger i «avgj». Det sentrale er om inngrepet innebærer en «overføring av rådighet», eller om at det kun innebærer at «adgangen til å utnytte et område i større eller mindre grad fryses fast».³⁰² Dette bygger på uttalelsene fra byrettens tredjevoterende Sie-

²⁹⁶ Tjomsland (2006) s. 401.

²⁹⁷ Rt. 2004 s. 1092 (Senja) avsnitt 76, som siterer Skoghøy (1995) s. 213. Senjadommen sin ekspropriasjonsrettslige posisjon blir nærmere vurdert i punkt 4.4.6.2.

²⁹⁸ Rt. 2005 s. 469 (Gardermoen) avsnitt 29, med henvisning til Senjadommen.

²⁹⁹ Stavang/Stenseth (2016) s. 283.

³⁰⁰ Smith (2021) s. 398.

³⁰¹ Smith (2021) s. 398.

³⁰² Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) s. 89.

wers i «Den store konsesjonssaken».³⁰³ Hva som nærmere ligger i «rådighet» eller «eiendomsraadigheten» er derimot ikke presisert. Der eiendomsrett eller annen rettighet i fast eiendom blir overført ved vedtak om ekspropriasjon er man innenfor, men i situasjonene utenfor dette der inngrep i større eller mindre grad har et overføringselement gir ikke praksisen et klart svar. Dette kan ha med at praksisen tilknyttet naturfredninger ikke åpner for en slik nyansering. Fredningene representerer et ytterpunkt i glideskalaperspektivet på motsatt side av formelle ekspropriasjoner, siden overføringselementet i fredninger er svakt på grunn av et svært svakt eller ikke-eksisterende tilegnelselement. Et unntak her er skjøtselstiltak, men disse ble akseptert av Høyesterett i Tveiteråsdommen.

For det andre gir Krokedaldommen en illustrasjon av formålet betydning. Et inngrep kan ikke klassifiseres som ekspropriasjonart, som i sammenhengen betyr at det utløser ekspropriasjonsvernet, selv om det «har medført fordeler for andre» når det «ikke tar sikte på å overføre verdier fra ham til andre» og en eventuell fordel må sies å være «en utilsiktet bivirkning».³⁰⁴ Altså er formålet et relevant og viktig moment i vurderingen.

For det tredje avklarer praksisen betydningen av inngrepets virkning for rettighetshaver. Selv om Lamyradommen åpnet for direkte anvendelse av Grunnloven § 105 der inngrepets virkning er lik som fysisk avståelse, ble denne begrunnelsen begrenset i Arekilendommen og Fiskumdommen, og etter hvert fraveket i Rønnåsmyra II-dommen. Dermed er inngrepets virkning for grunneier isolert sett kun relevant for helhetsvurderingen, som etter Senja- og Gardermoendommen ligger ved «vesentlig» og «sterkt urimelig». For selve vurderingen av «avgi»-vilkåret har derimot inngrepets virkning ingen relevans. Men som argumentert for i tilknytning til Rønnåsmyra II-dommen, innebærer ikke dommen en avskjæring av å vurdere inngrepets *realiteter* i tilknytning til «avgi»-vilkåret og overføringselementet, herunder avståelseelementet sett i sammenheng med tilegnelseelementet.

Noen spørsmål avklarer praksisen ikke.

Et første spørsmål er om Grunnloven § 105 åpner for et gradert vern basert på en modifisert tålegrense. Praksisen videreførte det prinsipielle skillet mellom ekspropriasjoner og rådighetsinnskrenkninger, der ekspropriasjoner utløser rett til full erstatning, mens rådighetsinnskrenkninger kun utløser det dersom de er vesentlige og sterkt urimelige. Som beskrevet ovenfor kan dette ha en sammenheng med at naturfredninger representerer ett ytterpunkt i glideskalaperspektivet, og nyanseringen er derfor ikke relevant å vurdere i sakene.

Et annet spørsmål er om det kun er relevant å se til formalitetene bak inngrepet, eller om også realitetene bak inngrepet må vurderes. Dette kan ha sammenheng med at sakene om fredninger ikke reiser disse spørsmålene, siden de ikke innebærer en slik reell overføring. Selv om det fra en synsvinkel kan sies at for eksempel byggesjans overføres til allmennheten ved at området ivaretas som naturområder – en løsere form for interesse i eiendommen blir overført – har Høyesterett lagt til grunn uttrykkelig ved flere anledninger at dette ikke er en form for inngrep som innebærer en overføring av rådighet. At praksisen legger til grunn at «avgi»-vilkåret er oppfylt ved overføring av «rådighet», kan som nevnt tidligere indikere at realitetene også må vurderes.

I de to neste punktene 4.4.3 og 4.4.4 skal avhandlingen ta for seg eiendomsinngrep som representerer det andre ytterpunktet i skalaen mot formelle ekspropriasjoner – inngrep som har blitt likestilt med formell ekspropriasjon.

³⁰³ Se punkt 4.3.5 for Siewers uttalelser.

³⁰⁴ Rt. 1973 s. 705 (Krokedal) s. 712.

4.4.3 Andre typetilfelle: Demokratisering av forretningsbankene

4.4.3.1 Innledning og bakgrunn

I den såkalte bankdemokratiseringsloven av 1977 – en endringslov til forretningsbankloven av 1961 – som trådte i kraft i 1978 ble blant annet reglene om representantskapene endret. Tidligere ble tre fjerdedeler av representantskapet valgt av aksjonærene på generalforsamling, mens den resterende fjerdedelen enten ble valgt av det offentlige i de store bankene, eller av og blant innskyterne i de mindre bankene. I endringen ble bestemmelsesretten over representantene forskjøvet fra aksjonærene til det offentlige, ved at Stortinget eller fylkestinget skulle velge åtte femtendeler av representantskapet. Aksjonærene på generalforsamlingen fikk velge fire femtendeler av representantskapet, mens de resterende tre femtendeler ble valgt av og blant de ansatte i banken. Representantskapet skulle være øverste myndighet i forretningsbanken, med mindre annet var bestemt i lovs form.

Som følge av endringene i representantskapet ble det gitt regler som ga aksjonærer mulighet til å innløse aksjene innen en viss frist, med regler om beregning av vederlag med myndighet hos bankkommisjonen. Siden det her var en forskyvning av myndigheten til å bestemme over forretningsbanken, reiste det seg et spørsmål om reglens forhold til Grunnloven § 105. I forbindelse med lovforarbeidene ble det hentet inn to betenkninger, en fra Andenæs og en fra Opsahl.³⁰⁵ Etter lovens vedtakelse saksøkte en gruppe aksjonærer Staten, der et av spørsmålene var om reglene var forenlig med Grunnloven § 105. For avhandlingen er det gjennomgående spørsmålet om inngrepets stilling i forhold til ekspropriasjonsvernet som er av interesse – spørsmålet om utmåling av erstatning er ikke relevant.

4.4.3.2 Betenkningene fra Andenæs og Opsahl

Betenkningen til Andenæs besto av to deler. Første del tok for seg spørsmålet om inngrepet utløste erstatningsplikt, mens 2. del var knyttet til erstatningsberegningen. Det er dermed del 1 som er av interesse for avhandlingen.

Etter noen generelle uttalelser om grunnlovstolkning, prøvingsretten og prøvingsintensitet i kapittel II, uttrykte Andenæs et sentralt synspunkt i kapittel III. Etter hans syn skilte medbestemmelsesretten seg fra vanlige begrensninger av eierrettigheter – som for eksempel «forbud eller påbud overfor eieren» eller at «visse former for rådgighetsutøvelse [er] avhengig av tillatelse av en offentlig myndighet», ved at «eieren må dele selve utøvelsen av den alminnelige råderetten med andre».³⁰⁶ Det som skjedde var at «[e]ierens rett angripes så å si innenfra».³⁰⁷ Deretter redegjorde Andenæs for medbestemmelsesretten i personlig eide bedrifter i kapittel IV, for deretter generelt om medbestemmelse i aksjeselskap i kapittel V, de forskjellige formene for medbestemmelse i aksjeselskaper i kapittel VI, og noen særlige poenger om bankaksjeselskaper i kapittel VII.

Til slutt i 1. del kapittel VII 3 foretok Andenæs en oppsummering. Etter å ha tatt forbehold om usikkerheten knyttet til spørsmålet – både samfunnsmessige og i forhold til organiseringsformen – konkluderte han med at aksjonærene må akseptere at det offentlige «peker ut medlemmer av representantskap og styre» såfremt aksjonærene «beholder retten til å utpeke flertallet».³⁰⁸ Dersom dette blir tatt fra aksjonærene i styre og/eller representantskapet, må dette sees på som «et ekspropriasjonsartet inngrep».³⁰⁹ Sett i lys av uttalelsene om at medbestemmelsesretten innebar at «[e]ierens rett angripes så å si innenfra», er det blitt tatt til ordet for at Andenæs ga uttrykk for en substansbetragtning – når eieren må gi fra seg

³⁰⁵ Betenkningene er tatt inn som henholdsvis vedlegg 3 og vedlegg 4 til NOU 1976: 52.

³⁰⁶ Andenæs (1976a) s. 258.

³⁰⁷ Andenæs (1976a) s. 258.

³⁰⁸ Andenæs (1976a) s. 270.

³⁰⁹ Andenæs (1976a) s. 270.

den alminnelige råderetten rokker man ved eiendomsrettens substans, og dette er ikke noe som kan gjøres uten erstatning.³¹⁰

Opsahls betenkning er tredelt, og kom til et annet resultat enn Andenæs. Etter å ha sett på utgangspunktene rundt eiendomsvernet foretok Opsahl en foreløpig oppsummering i del I kapittel 4. Først slo Opsahl fast noen utgangspunkter om usikkerheten ved tolkningen og rettsreglene på området, og uttrykte at «[h]verken grunnlov, lov eller domstoler har hittil gitt direkte svar på de grunnleggende spørsmål som er reist ovenfor».³¹¹ Svar vil bero «på samfunnssyn, og er for så vidt politisk bestemt», og da gjør «[d]els [...] nedarvede, men ikke gjennomprøvede forestillinger om Grunnlovens eiendomsvern seg gjeldende.»³¹²

Deretter oppsummerte Opsahl sine betraktninger. Selv om Grunnloven § 105 går lengre enn «ekspropriasjon i lovens forstand», var det hans oppfatning at mange sider av styringsretten bør forstås som «noe annet enn utslag av eiendomsrådighet i juridisk forstand».³¹³ Etter hans syn begrenset ikke Grunnloven § 105 muligheten til å regulere styringsretten i selskaper såfremt «den enkelte personlige eiers rådighet over den innskutte kapital (eventuelt aksje) og dens avkastning er i behold, eller dens verdi blir erstattet».³¹⁴

Opsahl uttrykte med dette at problemet med å anvende ekspropriasjonsvernet på bankdemokratisering er at styringsretten er noe annet enn eierrådighet – det er innskutt kapital, aksjer og avkastning som er vernet etter Grunnloven § 105.

Videre i del II så Opsahl nærmere på plikten til full erstatning og når den utløses. Hans konklusjon i kapittel 4 var at så lenge «forretningsbankene bibeholdes som aksjeselskaper» vil bankdemokratisering «ikke nødvendigvis være noe ekspropriasjonsartet inngrep overfor aksjonærene».³¹⁵ Det hadde vært annerledes om enten «selve aksjene overtas samtidig» eller dersom «bankene omdannes til selveiende institusjoner ved at aksjene konverteres i obligasjoner».³¹⁶

Opsahl begrunnet sitt standpunkt med følgende argumenter:

- 1) At «formodningen er for at lovgiverens myndighet ikke er innskrenket uten ved de regulære avståelser».³¹⁷
- 2) At «den enkelte aksjonærs andel i styringen er nærmest fiktiv, både juridisk og praktisk».³¹⁸
- 3) At «selve aksjonærfellesskapet ikke har noen grunnlovsbeskyttet styringsrett».³¹⁹
- 4) At «vesentlige deler av styringsretten ikke er utslag av eierrådighet, men f.eks, bare består i å stifte rett og plikt for banken som kontraktspart».³²⁰

Etter dette mente Opsahl at eiendomsvernet ikke var relevant ved «den generelle sammensetningen av organene», men det var relevant for eksempel «ved at avgjørelsen av saker som særlig angår eierne, må forbeholdes et flertall bestående av deres tillitsmenn ved særlige saksbehandlingsregler som må utredes nærmere».³²¹

³¹⁰ Se Alvik(2021a) s. 1196.

³¹¹ Opsahl (1976) s. 296

³¹² Opsahl (1976) s. 296.

³¹³ Opsahl (1976) s. 296.

³¹⁴ Opsahl (1976) s. 297.

³¹⁵ Opsahl (1976) s. 301.

³¹⁶ Opsahl (1976) s. 301.

³¹⁷ Opsahl (1976) s. 301.

³¹⁸ Opsahl (1976) s. 301.

³¹⁹ Opsahl (1976) s. 301.

³²⁰ Opsahl (1976) s. 301.

³²¹ Opsahl (1976) s. 301.

Til slutt understrekte Opsahl at spørsmålet er «tvilsomt» og at det kan tenkes at bankdemokratiseringen kan være «så vidt inngripende at mye kan tale for ved loven å innrømme de nåværende aksjonærer rett til å få sine aksjer utløst av selskapet eller staten» – men at et slikt krav er «vanskelig å begrunne» som et «selvstendig grunnlovskrav».³²²

4.4.3.3 Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratisering), herunder betydningen av avgjørelsen.

I vurderingen av om bankdemokratiseringen utløste erstatningsansvar startet Høyesterett med å fremheve at aksjonærenes bestemmelsesrett fra før var «sterkt innskrenket på grunn av den vidtgående regulering av bankenes virksomhet», og at aksjonærene fortsatt kan «gi uttrykk for sin mening og delta i de avgjørelser som blir truffet».³²³ Det avgjørende for Høyesterett var at aksjonærene mistet «den avgjørende bestemmelsesrett over forretningsbankenes drift».³²⁴ Dette inngrepet var «av slik betydning at det må utløse krav om erstatning».³²⁵

Alvik har fremhevet to betraktningmåter for den konklusjonen Høyesterett kom til i saken. Den ene er at Høyesterett fulgte det som ble anført av Andenæs, nemlig at bankdemokratiseringen innebar «et inngrep i eiendomsrettens innerste kjerne som ikke kunne gjøres uten erstatning».³²⁶ Andenæs uttrykte dette som at «[e]ierens rett angripes så å si innenfra».³²⁷ Den andre er en «mer formell eller prinsipiell betraktning», nemlig at dommen opererte med et «formelt skille mellom rådighetsinnskrenkninger, som i utgangspunktet ikke krever erstatning, og overføring av eierrådighet eller bestemte beføyelser som i utgangspunktet utgjør erstatningsbetingende ekspropriasjon».³²⁸

Uavhengig av hvilken betraktningmåte som legges til grunn, viser bankdemokratiseringsdommen et interessant poeng i relasjon til Grunnloven § 105 sitt virkeområde. I saken ble ekspropriasjonsvernet utløst av en lovendring som endret sammensetningen av et styrende organ i en sammenslutning. Altså ble inngrepet i eiendom i vid forstand *likestilt* med formell ekspropriasjon, selv om verken hele eller deler av eiendomsretten til banken i form av aksjene ble overført til andre. Ordlyden «avgi» når med dette lenger enn kun de formelle ekspropriasjonene – her gjaldt det tilfellet der aksjonærene måtte gi fra seg den avgjørende bestemmelsesretten i en sammenslutning, og dette ble tilegnet det offentlige og andre. Generelt kan også Opsahl sin påpeking av at eiendomsvernet i Grunnloven «gjelder riktignok ikke bare ved ekspropriasjon i lovens forstand» nevnes som støtteargument i denne retningen.³²⁹

4.4.4 Tredje typetilfelle: Tomtefeste og ekspropriasjonsvernet

4.4.4.1 Innledning – kort om tomtefeste og relevante regler³³⁰

Tomtefeste er en type kontraktsforhold som går ut på at et rettssubjekt leier grunn til hus av grunneiere. Rettssubjektet som leier grunnen omtales som «fester», mens grunneier – utleier – omtales som «bortfester», og leie kalles for «feste».

³²² Opsahl (1976) s. 301.

³²³ Bankdemokratiseringsdommen s. 586.

³²⁴ Bankdemokratiseringsdommen s. 586.

³²⁵ Bankdemokratiseringsdommen s. 586.

³²⁶ Alvik (2021a) s. 1196.

³²⁷ Andenæs (1976a) s. 258.

³²⁸ Alvik (2021a) s. 1196.

³²⁹ Opsahl (1976) s. 296.

³³⁰ For nærmere om tomtefeste, se Falkanger (2023) § 11, Stavang/Stenseth kapittel 9.2, Falkanger (2017) og Kjøllesdal m.fl. (2016).

Avhandlingen tar for seg de tomtefesteforholdene som reguleres av tomtefestelova, som etter § 1 første ledd gjelder:

«feste (leige) av grunn til hus som festaren (leigaren) har eller får på tomta.»

Siden kontraktsforholdet går ut på at en person for eksempel eier et hus på grunn de ikke eier, men leier, reiser det seg en rekke spørsmål på grunn av kontraktsforholdets karakter og lengde. Dette er spørsmål som adgangen til å forlenge kontraktsforholdet, justering av vederlaget (hvis det skal betales vederlag) og hvordan kontraktsforholdet skal avsluttes.

I 2007 avgjorde Høyesterett tre plenumsdommer der grunnlovsmessigheten av bestemmelser i tomtefestelova ble problematisert – Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern), Rt. 2007 s. 1306 (Rollag) og Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim). Disse sakene behandlet både forholdet mellom Grunnloven §§ 105 og 97, i tillegg til spørsmålet om virkeområdet til Grunnloven § 105. I de følgende punktene skal avhandlingen fokusere på avgjørelsene sin vurdering av inngrepet opp mot «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105.

4.4.4.2 Forlengelsesrett: Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) og Rt. 2007 s. 1306 (Rollag)

Den første av de tre plenumsdommene er Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern). Spørsmålet i saken var om tomtefestelovas dagjeldende § 33, som i festeforhold gjeldende bolig- eller fritidshus ga festere rett til «lenging av festet på same vilkår som før» på nærmere vilkår jf. første punktum, var i strid med Grunnloven §§ 97 eller 105. Etter en gjennomgang av rettsutviklingen rundt reglene og domstolenes prøvingsrett, gikk Høyesterett inn i den første vurderingen av relevans – om vurderingen skal «ta utgangspunkt i Grunnloven § 97 eller § 105». ³³¹

I vurderingen av Grunnloven § 105 isolert konstaterte Høyesterett at retten til forlengelse ikke var en rådighetsinnskrenkning, og viste til uttalelsene fra tredjevoterende Siewers som Høyesterett bygget på i Rt. 1918 s. 403 (konesesjonslov). ³³² Det sentrale var om inngrepet «overfører eiendomsraadigheten». ³³³ Retten til forlengelse medførte at «festeren [er] gitt en rett til å feste tomten i en lengre periode enn avtalen gir adgang til», og dette mente Høyesterett innebar at forlengelsesretten var en «overføring av rettigheter til eiendommen ut over den avtalte perioden». ³³⁴

Det interessante er at forlengelsesretten ikke er en hjemlet i en ekspropriasjonsbestemmelse. I vurderingen av Grunnloven § 105 isolert sett så Høyesterett dermed forbi hjemmelsgrunnlaget og formalitetene, og vurderte at lovens realiteter lå i kjernen av «avgi»-vilkåret – med andre ord ble rådigheten i realiteten overført fra bortfester til fester.

På tross av dette konkluderte Høyesterett med at grunnlovsmessigheten måtte vurderes etter Grunnloven § 97, i lys av spørsmålsstillingen. Den nærmere analysen av Høyesteretts standpunkt, som kan forstås slik at Grunnloven § 105 må tolkes *innskrenkende* der Grunnloven § 97 også kan anvendes, foretas i punkt 4.5.3. Resultatet ble at loven ikke stred med Grunnloven § 97 etter en helhetsvurdering. ³³⁵ Uavhengig av dette vil dommens vurdering forlengelsesretten opp mot Grunnloven § 105 isolert sett trekke i retning av at realitetene må vurderes. I tillegg ble Høyesteretts metodebruk kritisert i ettertid. ³³⁶

³³¹ Øvre Ullern-dommen avsnitt 85.

³³² Øvre Ullern-dommen avsnitt 88.

³³³ Rt. 1914 s. 177 (konesesjonslov – byretten) s. 205.

³³⁴ Øvre Ullern-dommen avsnitt 89.

³³⁵ Øvre Ullern-dommen avsnitt 121.

³³⁶ Se punkt 4.5.3.

Høyesterett fant heller ikke at forlengelsesretten stred med EMK P1-1.³³⁷

Den andre av de tre plenumsdommene er Rt. 2007 s. 1306 (Rollag). Høyesterett fant ikke grunn til å skille mellom denne saken, som gjaldt forlenging av feste på uendrede vilkår ved fritidsboligfeste, og Øvre Ullern-dommen som gjaldt samme situasjon for bolig.

For helhetens skyld skal jeg kort redegjøre for utviklingen etter Rollag-dommen. Rollag-dommen og «noen likeartede tilfeller» ble bragt inn for EMD, der Norge ble dømt for brudd på EMK P1-1.³³⁸ Dette førte til en midlertidig lov, for deretter en endring i tomtefestelova for å reparere menneskerettsbruddet og for å «tilfredsstille de krav EMD hadde stilt».³³⁹ I etterkant av dette fulgte det flere søksmål som problematiserte EMK P1-1 og tomtefestelova. I 2022 fikk dette etterspillet sin mulige slutt med dommen *The Karibu Foundation* (2022), som har blitt beskrevet som en «full «vindikasjon» – eller oppreisning – for det norske tomtefesteinstituttet», og at dommen «bør sette en stopper for søksmål som problematiserer tomtefestelovens forhold til EMK P1-1».³⁴⁰

4.4.4.3 Innløsningsrett: Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim)

Den tredje av de tre plenumsdommene er Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim). Spørsmålet i saken var om tomtefestelova § 37 sin tidligere regel om at innløsningssummen skulle fastsettes til 40 prosent av tomteverdien var i tråd med Grunnloven § 105. Utmålingsspørsmålet er av mindre relevans for avhandlingen, og det relevante er Høyesterett sitt syn på innløsningssystemet i tomtefestelova.

Høyesteretts flertall viste til forståelsen av skillet mellom rådgighetsinnskrenkninger og regulære ekspropriasjoner som rettspraksis over lang tid har bygget på, nemlig den karakteristikken som formulert av tredjevoterende dommer Siwers fra byretten i «Den store konsesjonssaken».³⁴¹ Det sentrale er at innløsning innebærer at «bortfester [tvinges] til å avstå eiendomsretten og overføre den til fester».³⁴² Forskjellen fra Øvre Ullern-dommen var at det «ikke [er] spørsmål om å regulere bortfesters rettigheter, men om å tvinge ham til å avstå sin eiendomsrett, samtidig som han mister de årlige – lovlige – ytelsene fra festeren».³⁴³ Etter flertallets syn kunne det derfor «ikke være tvilsomt at dette er ekspropriasjonsinngrep som utløser krav om full erstatning etter Grunnloven § 105».³⁴⁴ Flertallet viste til forarbeidene som støtteargument.³⁴⁵

Denne forståelsen var mindretallet på en dommer uenig i, som mente at også denne saken måtte vurderes etter Grunnloven § 97. Andrevoterende begrunnet dette med at forholdet gjaldt «[i]nngrep i kontraktsforhold» som «har tradisjonelt vært vurdert i forhold til Grunnloven § 97».³⁴⁶

I Sørheimdommen var flertallets oppfatning at innløsning lå i kjernen av vernet etter Grunnloven § 105. Som Øvre Ullern-dommen gir Sørheimdommen et eksempel på inngrep som blir vurdert etter Grunnloven § 105 direkte etter en vurdering av inngrepets realiteter, som var at bortfesteren ble tvunget til å «avstå sin eien-

³³⁷ Øvre Ullern-dommen avsnitt 132.

³³⁸ Lindheim and Others (2012), se Falkanger (2023) s. 269–270.

³³⁹ Falkanger (2023) s. 270.

³⁴⁰ Jorem (2023b) s. 133.

³⁴¹ Rt. 1914 s. 177 (konsesjonslov – byretten) på side 205 flg.

³⁴² Sørheimdommen avsnitt 36.

³⁴³ Sørheimdommen avsnitt 37.

³⁴⁴ Sørheimdommen avsnitt 37.

³⁴⁵ Sørheimdommen avsnitt 38, med videre henvisning til Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) s. 48 og Innst.O. nr. 105 (2003–2004) s. 16.

³⁴⁶ Sørheimdommen avsnitt 84, også henvist til Rt. 1990 s. 284 (Selsbakk).

domsrett».³⁴⁷ Inngrepet i Sørheimdommen lå dermed i kjernen av «avgi»-vilkåret, og ble omtalt av Høyesterett som et «ekspropriasjonsinngrep».³⁴⁸

4.4.4.4 Oppsummering og betydning

Som i bankdemokratiseringsdommen viser tomtefestesakene at ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105 når lengre enn formelle ekspropriasjoner. I tomtefestesakene vurderte Høyesterett realitetene som loven medførte, og likestilte forlengelsesretten (isolert) og innløsningsretten med formell ekspropriasjon. Begge sakene lå i kjernen av Grunnlovens «avgi»-vilkår, og i glideskalaperspektivet lå disse i ytterpunktet mot formelle ekspropriasjoner.

På bakgrunn av tomtefestesakene kan det derfor konkluderes med at ekspropriasjonsvernet når lengre enn de formelle ekspropriasjonene etter en vurdering av overføringselementet, og at dette må vurderes basert på inngrepets realiteter.

4.4.5 Fjerde typetilfelle: Justering av allemannsretten – en mellom situasjon?

4.4.5.1 Innledning

I de foregående tre punktene har avhandlingen sett på to ytterpunkter i glideskalaperspektivet knyttet til «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105. I den ene enden er fredning av natur, som kun innebærer at rådigheten fryses fast.³⁴⁹ I den andre enden er bankdemokratisering og tomtefestesakene, der i alle fall tomtefestesakene har blitt karakterisert som en rådighetsoverføring. For førstnevnte tilfelle kan erstatning etter Grunnloven § 105 kun kreves der inngrepet er vesentlig og sterkt urimelig, mens sistnevnte kan erstatning kreves uavhengig av inngrepets vesentlighet og urimelighet.

På bakgrunn av denne praksisen kan det virke som at alle eiendomsinngrep må plasseres i den ene eller andre kategorien – enten som en rådighetsoverføring eller ikke. Dette står i et spenningsforhold til glideskalaperspektivet der forskjellige inngrep i forskjellig grad fortjener erstatningsvern, og der den ubetingede erstatningsretten og analogislutningen representerer ytterpunkter. Dette spenningsforholdet kom på spissen i tilknytning til vedtakelsen av barns fiskerett, som kulminerte i høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett).

Først skal avhandlingen se på bakgrunnen for saksforholdet – vedtakelsen av lakse- og innlandsfiskeloven § 18 – og lovforarbeidene i tilknytning til bestemmelsen i punkt 4.4.5.2. Deretter skal avhandlingen redegjøre for to betenkninger som ble innhentet om lovbestemmelsen opp mot Grunnloven § 105, den ene av Justisdepartementets lovavdeling og den andre av Eivind Smith, i henholdsvis punkt 4.4.5.3 og 4.4.5.4. Etter å ha sett på betenkningene skal avhandlingen redegjøre for og analysere Høyesteretts avgjørelse i saken – Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) – i punkt 4.4.5.5, før avhandlingen skal se kort på justering av andre tilgrensende rettighetsforhold i punkt 4.4.5.6. Til slutt skal kildematerialet oppsummeres og sammenfattes i punkt 4.4.5.7.

4.4.5.2 Bakgrunnen og lovforarbeider

Som tidligere beskrevet følger det av prinsippet om eiendomsrettens elastisitet at dersom lovgiver utvider en rettighet i fast eiendom blir eiendomsretten tilsvarende avgrenset. Motsatt gjelder der en annen rettighet i fast eiendom blir begrenset. Problemstillingen der en annen rettighet ble utvidet på bekostning av eiendomsretten ble vurdert av Høyesterett i tilknytning til vedtakelsen av lakse- og innlandsfiskeloven § 18, der barn under 16 år ble gitt fiskerett i vassdrag

³⁴⁷ Sørheimdommen avsnitt 37.

³⁴⁸ Sørheimdommen avsnitt 37.

³⁴⁹ Her kan også konsesjonsplikt og generell bygningsregulering plasseres.

på nærmere vilkår. Lovbestemmelsen innebar en utvidelse av allemannsretten som begrenset grunneiers eksklusive fiskerett. Loven hjemlet ingen erstatning for grunneiere, men inneholdt en unntaksbestemmelse i fjerde ledd som ga myndighetene mulighet til å begrense fiske dersom det var til «vesentlig fortrengsel for rettighetshavernes fiske».

Forholdet til Grunnloven § 105 ble kommentert kort på to steder i lovproposisjonen, uten noen nærmere argumentasjon. Generelt mente departementet at lovforslaget «ikke [...] er en slik innskrenking i grunneierretten at det vil kreve ekspropriasjon og erstatning».³⁵⁰ Og spesielt om bestemmelsen uttalte departementet at lovforslaget ikke er «et slikt inngrep i grunneiers rettigheter at den skal kunne skulle utløse krav om erstatning i forhold til Grunnloven § 105».³⁵¹ I innstillingen ble det reist spørsmål i komiteen om bestemmelsen kunne innføres «uten at det utløser erstatningsplikt etter Grunnlovens § 105», og at dette spørsmålet ikke var blitt «undergitt en reell vurdering» i verken proposisjonen eller svaret fra departementet.³⁵²

4.4.5.3 Særlig om betenkningen fra Justisdepartementets lovavdeling³⁵³

Lovavdelingen begynte betenkningen med å oppstille det overordnede spørsmålet, nemlig om lovforslaget § 18 vil «utløse erstatningsansvar for staten etter Grunnloven § 105 – eller prinsippet i denne».³⁵⁴

Etter en redegjørelse for lovens system, der hovedregelen er at grunneier har enerett til fiske av innlandsfisk i sine vassdrag, og unntak fra dette krever særskilt hjemmel jf. lovforslaget § 17, antok Lovavdelingen at «eneretten til fiske er en rettighet som i utgangspunktet er beskyttet av Grunnloven § 105».³⁵⁵ Vernet gjelder ikke ubetinget for inngrep i rettigheten, siden det må skilles mellom «innskrenking av rådigheten» og «overføring av denne (ekspropriasjon)».³⁵⁶ Ved overføring kan erstatning som utgangspunkt «alltid kreves», mens ved rådighetsinnskrenkninger skal erstatning «som hovedregel ikke ytes».³⁵⁷

På bakgrunn av dette blir det «sentralt å trekke grensen mellom rådighetsinnskrenkning og overføring av rådighet».³⁵⁸ En rådighetsinnskrenkning vil typisk innebære at den «forbyr eller setter skranker for eierens (rettighetshaverens) adgang til å utnytte eiendommen (rettigheten) uten at det samtidig skjer en overføring av rådighet til andre».³⁵⁹

Lovavdelingen gikk så over til å vurdere lovforslaget, som i § 18 innebar at «en del av allmennheten (barn under 16 år) gis rett til å fiske uten grunneierens samtykke».³⁶⁰ Dette kunne etter Lovavdelingens syn «[r]ent umiddelbart [...] framstå som en overføring av rådighet – fra grunneieren til en del av allmennheten – som kan utløse erstatningskrav, og ikke en typisk rådighetsinnskrenkning».³⁶¹ Likevel mente Lovavdelingen at dette ikke kunne være avgjørende, siden «fra eldre tid synes det nemlig å være lagt til grunn at lovgiver har en viss adgang til å utvide

³⁵⁰ Ot.prp. nr. 29 (1991–1992) s. 42 punkt 2.12.6.3.

³⁵¹ Ot.prp. nr. 29 (1991–1992) s. 50.

³⁵² Innst.O. nr. 58 (1991–1992) s. 6.

³⁵³ Inntatt som Vedlegg 1, Undervedlegg 2 til Innst.O. nr. 53 (1991–1992), også i JDLOV-1992-635

³⁵⁴ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 2.

³⁵⁵ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3.

³⁵⁶ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3.

³⁵⁷ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3. Lovavdelingen viste her til Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov), Rt. 1970 s. 67 (strandlov) og Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II). For fiskerettigheter er lignende utgangspunkt slått fast i Rt. 1973 s. 705 (Krokedal).

³⁵⁸ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3.

³⁵⁹ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3. Lovavdelingen viser til Andenæs (1990) s. 459.

³⁶⁰ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3.

³⁶¹ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3.

«allmennhetens nyttesrett» uten at dette vil gi grunneierne krav på erstatning». ³⁶² Videre viste Lovavdelingen til forarbeider til andre lover. ³⁶³

Et poeng Lovavdelingen fremhevet til slutt i tolkningen var at utviklingen har gått i retning av at mer omfattende innskrenkninger av eiendomsrådigheten aksepteres enn tidligere. ³⁶⁴ Selv om dette i utgangspunktet gjaldt «de typiske rådighetsinnskrenkningene» eksemplifisert med «bygningslovgivningen, konsesjonslovgivningen, fredningslovgivningen m v.», antok Lovavdelingen at dette også måtte gjelde for «andre generelle begrensninger i eiendomsretten», som blant annet «å utvide allmennhetens rett». ³⁶⁵

Etter denne tolkningen foretok Lovavdelingen en konkret vurdering av om lovforslaget § 18 utløste erstatningskravet. Etter deres syn gjorde den ikke det, og det er «to forhold som etter [Lovavdelingens] oppfatning må tillegges betydelig vekt». ³⁶⁶ Lovforslaget var et «svært beskjedent inngrep overfor de berørte grunneiere», og forslaget var «generelt utformet». ³⁶⁷

4.4.5.4 Særlig om betenkning fra Eivind Smith ³⁶⁸

Som et svar til Lovavdelingens vurdering innhentet Norges Bondelag en uttalelse fra Eivind Smith om spørsmålet, som ble sendt til kommunal- og miljøvernkomiteen.

Som Lovavdelingens vurdering var det sentrale spørsmålet om «§ 18 i lovforslaget sto i strid med bestemmelsene i grunnloven (grl.) § 105». ³⁶⁹ Etter en gjennomgang av lovbestemmelsens system og vern, uttrykte Smith at problemer opp mot Grunnloven § 105 bare blir aktuelt dersom inngrepet vedtas og det «uttrykkelig bestemmes eller forutsettes at erstatningsplikt ikke derved blir utløst». ³⁷⁰

Deretter redegjorde Smith for betydningen av Stortingets tolkingsstandpunkt. Etter å ha redegjort for utgangspunktene i Rt. 1975 s. 1 (Kløfta) og behandlingen i Stortinget, fremhevet han at grunnlovsspørsmålet, etter hans syn, «ikke [...] har vært undergitt en forberedende behandling som svarer til rimelige minstekrav» i forberedelsen frem til proposisjonen. ³⁷¹ Blant annet begrunnet han dette med at uttalelsen i proposisjonen var en kommentar til høringsuttalelser, og dette kan tilsi at grunnlovsspørsmålet «ikke var reist på mer selvstendig grunnlag». ³⁷² I tillegg pekte han på at det i uttalelsene ikke forelå noen argumentasjon eller nærmere begrunnelse for standpunktet, og at det heller ikke var noe som tydet på at Lovavdelingen hadde utredet spørsmål tidligere. Advokatforeningen var heller ikke høringsinstans i behandlingen – noe som kan tyde på at «de mer spesifikke juridiske – derunder konstitusjonell – sider av lovutkastet har fått liten oppmerksomhet». ³⁷³

Spørsmålet ble dermed om uttalelsen fra Justisdepartementet lovavdeling «er i stand til å rette på forholdet», og dette ledet Smith inn i grunnlovsspørsmålet. ³⁷⁴ Skillet måtte trekkes ut fra om «begrensningene i eierrådigheten» skjedde «med

³⁶² Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 3. Lovavdelingen viste til forfatterne Aschehoug (1885) s. 73, Morgenstierne (1927) s. 389–390 og Castberg (1964) s. 254. Se også punktene 4.3.2–4.3.4.

³⁶³ Innst. O. XV (1937) s. 2 og Friluftslvkomiteens innstilling avgitt september 1954 s. 26–27.

³⁶⁴ Lovavdelingen viser her til Andenæs (1990) s. 452–454.

³⁶⁵ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 4.

³⁶⁶ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 4.

³⁶⁷ Innst.O. nr. 53 (1991–1992) s. 4.

³⁶⁸ Smith (1992), inntatt som Vedlegg 2, Undervedlegg 1 til Innst.O. nr. 53 (1991–1992).

³⁶⁹ Smith (1992) s. 5.

³⁷⁰ Smith (1992) s. 5.

³⁷¹ Smith (1992) s. 6.

³⁷² Smith (1992) s. 6.

³⁷³ Smith (1992) s. 6.

³⁷⁴ Smith (1992) s. 6.

eller uten overføring av de aktuelle beføyelser til andre enn eieren». ³⁷⁵ Tvungen avgivelse vernes etter Grunnloven § 105, og det spilte dermed ingen rolle om det gjelder «større eller mindre deler» av eiendommen, og heller ikke «inngrepets og/eller tapets størrelse» er relevant. ³⁷⁶ Rådighetsbegrensninger, der «eierens råderett blir begrenset uten at de aktuelle beføyelser blir overført til andre», omfattes etter Smith sitt syn ikke av ordlyden – det er «klart at slike inngrep ikke representerer «avgivelse»». ³⁷⁷

Men rådighetsbegrensninger kan være «så massive at de – i relasjon til erstatningsplikten etter grl. § 105 – må likestilles med ekspropriasjon, i samme retning kan det trekke hvis inngrepet ikke er av generell karakter». ³⁷⁸ Det skal uansett «meget til for at rådighetsbegrensninger uten overføring til andre utløser erstatningsplikt etter grl. § 105». ³⁷⁹

Etter å ha gjennomgått tolkningen, så Smith på det aktuelle lovutkastet. Som Lovavdelingen la han til grunn utgangspunktene om enerett til fiske i vassdrag, og poengterte at «denne side av eiendomsretten ikke er avhengig av at det er fastsatt lovbestemmelser i samme retning». ³⁸⁰ Retten kan reguleres ved lov, og slik regulering vil ikke utløse grunnlovsvernet.

Det kan «imidlertid ikke tas for gitt at forslaget bare innebærer en rådighetsbegrensning», siden «inntrykket er tvert imot at [lovforslaget] tar sikte på å overføre en del av rådigheten over fisket fra grunneieren til barn under 16 år», noe Lovavdelingen «rent umiddelbart» også mente. ³⁸¹ Etter dette så Smith på Lovavdelingens argumentasjon for hvorfor erstatning likevel ikke skulle tilkjennes.

Lovavdelingen mente at det sentrale var at allmennhetens nyttesrett «kan utvides gjennom ny lovgivning» uten erstatning. ³⁸² Etter Smiths syn gjorde Lovavdelingen en innrømmelse om at uttalelsene gjelder «de typiske rådighetsinnskrenkninger», men at de antar at «det samme må gjelde i forhold til andre generelle begrensninger i eiendomsretten». ³⁸³ Et poeng her var at «en rekke inngrep som utvilsomt innebærer overføring av råderett til andre» kan være «generelle begrensninger i eiendomsretten». ³⁸⁴

Dette brøt også med utgangspunktet om at «ekspropriative inngrep» utløser erstatning «selv når deres omfang er beskjedent». ³⁸⁵ Her viste Smith til Andenæs, som poengterte at byggeforbudet i strandsonen etter den midlertidige strandloven av 1965 ikke «ga almenheten noen bruksrett eller bruksmulighet utover det som alt eksisterte i kraft av frilufsloven og gammel sedvane». ³⁸⁶ Smith antok det er «klart» at lovforslaget går lenger enn «frilufsloven og gammel sedvane». ³⁸⁷

Antagelsen om erstatningsfrihet var dermed etter Smiths syn i strid med «det sikre utgangspunkt om at rådighetsbegrensninger som innebærer at (deler av) rådigheten skal overføres til andre, representerer «avgivelse» i den forstand at erstatningsplikten etter grl. § 105 blir utløst». ³⁸⁸ Konklusjonen var derfor at «inn-

³⁷⁵ Smith (1992) s. 6.

³⁷⁶ Smith (1992) s. 6

³⁷⁷ Smith (1992) s. 6.

³⁷⁸ Smith (1992) s. 6–7. Dette er nå videreutviklet til læren om analogisk anvendelse av Grunnloven § 105.

³⁷⁹ Smith (1992) s. 7. Her viser Smith til Rt. 1970 s. 67 (strandlov).

³⁸⁰ Smith (1992) s. 7.

³⁸¹ Smith (1992) s. 7.

³⁸² Smith (1992) s. 7.

³⁸³ Smith (1992) s. 7.

³⁸⁴ Smith (1992) s. 7.

³⁸⁵ Smith (1992) s. 7.

³⁸⁶ Andenæs (1986) s. 463.

³⁸⁷ Smith (1992) s. 7.

³⁸⁸ Smith (1992) s. 7–8.

grepets omfang som utgangspunkt er irrelevant for vurderingen av om erstatningsplikt etter grl. § 105 overhodet vil inntre», og at Justisdepartementets antagelse «i beste fall er utilstrekkelig begrunnet».³⁸⁹

Etter denne konklusjonen drøftet Smith subsidiært rundt helhetsvurderingen Lovavdelingen foretar, som er av mindre relevans for avhandlingen. Smith konkluderte med at lovforslaget «representerer en overføring av rådighet fra grunneieren til andre», og «utløser erstatningsplikt etter grl. § 105».³⁹⁰ I tillegg konkluderte han med at verken forarbeidene eller Lovavdelingens betenkning gir «forsvarlig grunnlag for å fravike det nevnte utgangspunkt».³⁹¹ Disse to konklusjonene tilsier at lovforslaget enten må endres slik at «spørsmålet om erstatningsplikt etter grl. § 105 i det minste holdes åpent» eller at det foretas «en mer tilfredsstillende utredning av forholdet til grl. § 105» før lovutkastet behandles videre.³⁹²

4.4.5.5 Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett)

Den rettslige problemstillingen for Høyesterett var om inngrepet i eiendomsretten som fiskeretten for barn under 16 år medførte var «av en slik karakter eller har et slikt omfang at det utløser krav om erstatning, jf. Grunnloven § 105.»³⁹³

Etter en gjennomgang av lovbehandlingen, der betenkningene Justisdepartementets lovavdeling og Smith blir henvist til, går Høyesterett inn i grunnlovsspørsmålet.³⁹⁴ Bakgrunnen for spørsmålet er at grunneier gjennom sedvane og lov har enerett til fiske som del av sin eiendomsrett.

Når det gjelder inngrep i eiendom, tok Høyesterett utgangspunkt i skillet mellom rådighetsinnskrenkninger og inngrep som overfører rettigheter til andre, med henvisning til konsesjonslovdommen og strandlovdommen. Det konkrete inngrepet var derimot særegent siden det fra rettighetshavers perspektiv hadde «likhet med en regulær overføring av rett til fast eiendom», mens grunneier «fortsatt har i behold sin fiskerett, selv om den for fiske med stang og håndsnøre altså ikke lenger er en enerett».³⁹⁵ Høyesterett mente derfor inngrepet inneholdt «elementer fra begge disse to kategorier inngrep» – det vil si rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjoner.³⁹⁶ Spørsmålet er hvilken vern et slikt inngrep har etter Grunnloven § 105.

Vurderingen for Høyesterett ble etter dette om et slikt inngrep inngrepet var av en slik art at gjennomføringen utløste retten til full erstatning etter Grunnloven § 105.

Det første Høyesterett gjorde var å se på utviklingen av grensedragningen mellom eiendomsretten og allemannsretten.³⁹⁷ Både allemannsretten og eiendomsretten har et historisk grunnlag, og allemannsretten innebærer, ved siden av «[r]etten til ferdsel» også «rett til å oppholde seg på annenmanns eiendom» og «rett til å tillegne seg noe av det som vokser på eiendommen, for eksempel sopp og ville bær og blomster».³⁹⁸ Som følge av dette oppstår et «spenningsforhold» dem imellom – og gjennom historien har forholdet mellom dem endret seg på linje med endringer i

³⁸⁹ Smith (1992) s. 8.

³⁹⁰ Smith (1992) s. 8.

³⁹¹ Smith (1992) s. 8.

³⁹² Smith (1992) s. 8.

³⁹³ Barns fiskerett-dommen avsnitt 34.

³⁹⁴ Se punktene 4.4.5.3 og 4.4.5.4 for en nærmere redegjørelse tilknyttet de to betenkningene.

³⁹⁵ Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 43.

³⁹⁶ Barns fiskerett-dommen avsnitt 43.

³⁹⁷ Barns fiskerett-dommen avsnitt 44.

³⁹⁸ Barns fiskerett-dommen avsnitt 45.

samfunnet.³⁹⁹ Ved frilufsloven ble en «vesentlig del» av allemannsretten lovfestet «uten at det har utløst erstatning etter Grunnloven § 105».⁴⁰⁰

Disse endringene må etter Høyesteretts syn medføre at lovgiveren har «et visst handlingsrom [...] i grenseoppgangen mot eiendomsretten», og ettersom inngrepet knytter seg til økonomiske rettigheter står de i en mellomstilling mellom «vern av enkeltmenneskers frihet og sikkerhet» og bestemmelser om «statsmaktens arbeidsmåte og kompetanse» når det gjelder prøvingsintensiteten.⁴⁰¹

Når det gjelder den konkrete retten til fiske for en aldersbestemt andel av allmennheten i lakse- og innlandsfiskeloven § 18 påpekte Høyesterett at bestemmelsen ikke utvider etablerte rettigheter, ettersom allemannsretten før bestemmelsen «ikke har gitt rett til noen form for fiske i vassdrag», men «etablerer en ny rettighet».⁴⁰² Dette kunne likevel ikke være avgjørende, siden lovgiver «i pakt med tiden og forholdene» må kunne gjøre justeringer også i situasjoner der det ikke tidligere eksisterte allemannsrett.⁴⁰³

Deretter gikk Høyesterett inn i den konkrete vurderingen av bestemmelsen. Det var klart at barns fiskerett «griper inn i grunneierens fiskerett», men grunneieren har både «i behold sin rett til fiske» og han kan «disponere over sin rett» ved utleie eller ved å avstå fra fiske.⁴⁰⁴ Ulempene grunneier opplever vil variere ut fra stedlige forhold, hans egen utøvelse av fiskeretten, og antallet barn og unge som ønsker å fiske på eiendommen.⁴⁰⁵ Ved siden av at slik bruk har vært tålt i «atskillig utstrekning før loven», setter loven klare rammer i form av aldersgrenser, begrensninger i hvilket fiskeutstyr som kan brukes, tidsperiode retten kan benyttes i, unntak for kreps og anadrome laks, og en begrensning i hvor mye fisken kan påvirke rettighetshaverens fiske.⁴⁰⁶

Bestemmelsen ga rett til å «høste formuesgoder fra den aktuelle eiendommen», men denne retten vil bare angripe «eiendommens substans» om det som kan høstes er «grunneierens eiendom, for eksempel avling, trær, m.m.».⁴⁰⁷ Selv om vassdragene «tilhører eieren av den grunn de dekker», har utnyttelsen av vassdragene «fra gammelt av vært spesielt regulert på flere måter» og det er «stor samfunnsmessig interesse til forvaltning av fiskeressursene».⁴⁰⁸

Det ble så vist til uttalelsene i teorien fra Aschehoug, Morgenstjerne og Castberg.⁴⁰⁹ Felles for forfatterne var at det ved «utvidelse av den allminnelige nyttesrett» måtte bli «stilt opp en terskel for når det kan kreves erstatning».⁴¹⁰ Høyesterett viste også til Frilufslovkomiteén fra 1950, som konkluderte med at «lovgivningen innen visse grenser kan gi regler om almenhetens rettigheter over privat eiendom uten erstatning i henhold til Grunnlovens § 105».⁴¹¹ En viktig nyanse var at der frilufsloven hadde «sin bakgrunn i gammel tradisjon», medførte

³⁹⁹ Barns fiskerett-dommen avsnitt 46.

⁴⁰⁰ Barns fiskerett-dommen avsnitt 46, som i samme avsnitt tilføyer at lovgivningen for servituttforhold og sameieforhold har «gitt rom for utvikling av rettsforholdet mellom partene».

⁴⁰¹ Barns fiskerett-dommen avsnitt 47, med videre henvisning til Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) s. 1429.

⁴⁰² Barns fiskerett-dommen avsnitt 48.

⁴⁰³ Barns fiskerett-dommen avsnitt 49.

⁴⁰⁴ Barns fiskerett-dommen avsnitt 50.

⁴⁰⁵ Barns fiskerett-dommen avsnitt 50.

⁴⁰⁶ Barns fiskerett-dommen avsnitt 50 og 51.

⁴⁰⁷ Barns fiskerett-dommen avsnitt 52.

⁴⁰⁸ Barns fiskerett-dommen avsnitt 52.

⁴⁰⁹ Barns fiskerett-dommen avsnitt 53 og 54.

⁴¹⁰ Barns fiskerett-dommen avsnitt 55.

⁴¹¹ Barns fiskerett-dommen avsnitt 56, med henvisning til Frilufslovkomiteens innstilling avgitt september 1954 s. 27.

lakse- og innlandsfiskeleken § 18 en «utvidelse av allmennhetens rett som ikke har en slik bakgrunn».⁴¹²

Etter denne gjennomgangen av forholdet mellom allemannsretten og eiendomsretten, måtte grunneiers erstatningsposisjon etter Grunnloven § 105 bero på en «helhetlig vurdering hvor ulike momenter vektlegges».⁴¹³ Høyesterett gjentok utgangspunktet om at lovgiver måtte kunne justere grensen mellom eiendomsretten og allemannsretten, også ved utvidelser. Derfor mente Høyesterett at ikke «enhver ulempe som oppstår, gir rett til erstatning», og konkluderte med at lakse- og innlandsfiskeleken § 18 lå «innenfor de inngrep som kan gjøres uten å utløse krav om erstatning».⁴¹⁴ Når dette leses i sammenheng med fremhevelsen av at inngrepet har elementer fra begge sider, kan det forstås slik at inngrepets overførings-elementer ikke var sterke nok til å beskrive det som en overføring av rådighet.

Høyesterett startet med de momentene som de «tillegger betydning» i helhetsvurderingen av om inngrepet utløste erstatning. For det første var det av betydning at loven var et «generelt utformet inngrep som retter seg mot alle grunneiere i vassdrag».⁴¹⁵ For det andre må grunneiere, ut fra samfunnsutviklingen, tåle «vesentlige begrensninger i sin rådighet over fast eiendom» uten erstatning.⁴¹⁶ For det tredje ivaretar bestemmelsen «samfunnets interesser i at våre naturressurser blir utnyttet på en hensiktsmessig måte».⁴¹⁷

Etter dette satt Høyesterett indirekte opp terskelen. Etter Høyesteretts syn var det av «[s]tørre betydning» at en forutsetning for bestemmelsen var at den bare var et «mindre vesentlig inngrep i grunneierens fiskerett».⁴¹⁸ Av «avgjørende betydning» var unntaksbestemmelsen i § 18 fjerde ledd, som etter Høyesteretts syn skal «forhindre at barns fiskerett medfører et inngrep av en slik betydning at det utløser erstatningsplikt etter Grunnloven § 105».⁴¹⁹ Ved unntaksbestemmelsen blir en eventuell ulempe redusert «slik at den blir et mindre vesentlig inngrep som ikke utløser erstatning».⁴²⁰ Med dette la Høyesterett til grunn at dersom inngrepet hadde gått utenfor et mindre vesentlig inngrep ville det utløst erstatning etter Grunnloven § 105.⁴²¹

Konklusjonen ble etter dette at søksmålsgrunnlaget i forbindelse med grunnlovsspørsmålet ikke førte frem, og saken var ikke lagt opp slik at Høyesterett kunne ta stilling til om grensen i § 18 fjerde ledd var overskredet. Høyesterett gikk så over til å vurdere spørsmålet opp mot EMK P1-1, som avhandlingen ikke ser nærmere på.

Som Tjomsland har påpekt, er det «en viss spenning både om resultatet og begrunnelsen» når man tar i betraktning det «elementet av rådighetsoverføring» som forelå i saksforholdet.⁴²² I teorien har det særlig vært to begrunnelseslinjer som har blitt fremhevet for hvorfor det ikke ble gitt erstatning i avgjørelsen, og som illustrerer to sider ved overføringsselementets betydning.

Den ene linjen er lovgivers mulighet til erstatningsfritt å utvide allemannsretten på bekostning av eiendomsretten. Denne begrunnelseslinjen bygger på tidligere teori og forarbeider, som blant annet har ment at det en slik utvidelse ikke er ekspropriasjon. At dette kan begrunne erstatningsfrihet er omdiskutert, og Smith

⁴¹² Barns fiskerett-dommen avsnitt 56.

⁴¹³ Barns fiskerett-dommen avsnitt 57.

⁴¹⁴ Barns fiskerett-dommen avsnitt 58.

⁴¹⁵ Barns fiskerett-dommen avsnitt 59.

⁴¹⁶ Barns fiskerett-dommen avsnitt 59.

⁴¹⁷ Barns fiskerett-dommen avsnitt 59.

⁴¹⁸ Barns fiskerett-dommen avsnitt 60.

⁴¹⁹ Barns fiskerett-dommen avsnitt 61.

⁴²⁰ Barns fiskerett-dommen avsnitt 61.

⁴²¹ Se Stavang/Stenseth (2016) s. 276 og Stenseth (2021) s. 10.

⁴²² Tjomsland (2006) s. 401.

har uttrykt at «[r]ent juridisk er ikke begrunnelsen lett å forstå».⁴²³ Hvis denne linjen sees i lys av overføringselementet, vil et argument være at overføringselementet blir mindre fremtredende når rettssubjektet som mottar rådigheten eller verdien er større eller uspesifisert, enn når mottaker er en person eller en mer spesifisert gruppe personer. En annen sak er den generelle betraktningen at jo større og mer uspesifisert gruppen som tilegner seg rådigheten er, desto sterkere må avståelseelementet antas å være.

Den andre linjen, som har sammenheng med den første, er at inngrepene var begrenset til de «mindre vesentlige» inngrepene gjennom lovgivningen, og for Høyesterett var dette av «[s]tørre betydning».⁴²⁴ Det vil si at dersom inngrepet hadde gått utover det som kan karakteriseres som «mindre vesentlig» hadde erstatningskrav blitt utløst etter Grunnloven § 105. Nyere teori har fremhevet at «[h]vor generelt en slik lære kan anvendes, er imidlertid uklart».⁴²⁵ Anvendelse av en slik terskel på formelle ekspropriasjoner vil stå i et spenningsforhold til konsesjonslovdømmen og strandlovdømmen, der det uttrykkelig fremheves i henvisningen til dommer Siewers votum at dersom inngrepet er en rådighetsoverføring kan det «ikke gjøre nogen forskjell, om tilegnelsen er væsentlig eller uvæsentlig».⁴²⁶

Dette foranlediger et sentralt spørsmål: Hvorfor ble inngrepet vurdert annerledes enn både naturfredningsdommene, bankdemokratiseringsdommen og tomtefestedommene? Det ble verken lagt til grunn at inngrepet måtte være vesentlig og sterkt urimelig, eller en ubetinget rett til full erstatning, men et mildere krav om at erstatning ikke skulle gis fordi inngrepet var «mindre vesentlig». Jeg vil argumentere for at dommen illustrerer hvordan vurderingen av overføringselementet, herunder avståelses- og tilegnelseelementet, under «avgj»-vilkåret må nyanseres til et spørsmål om grad av rådighetsoverføring, og at graden får betydning for vurderingen.

Først kan inngrepet i barns fiskerett-dommen analyseres ved å se isolert på inngrepets avståelseelement. I saken ble grunneieren fratatt en del av sin negative faktiske rådighet, ved at han ikke lenger kunne nekte barn under 16 år å fiske med fiskestang og håndsnøre. Inngrepet førte ikke med seg begrensninger i de andre delene av hans rådighet, for eksempel hans egen mulighet til å fiske eller på andre måter råde over rettigheten. I prinsippet foreligger det en avståelse av denne delen av eiendomsretten, men Høyesterett fremhevet at «han fortsatt har i behold sin fiskerett».⁴²⁷ Det isolerte avståelseelementet i barns fiskerett-dommen er svakere enn i for eksempel tomtefestesakene, hvor grunneier mistet eiendomsretten eller den økonomiske interessen i eiendommen. Etter mitt syn kan dette også vurderes som svakere enn i de mest omfattende naturfredningene, siden grunneier ved disse fredningene kan få begrenset store deler av sin positive rådighet. Isolert sett kan avståelseelementet trekke i retning av at inngrepet i barns fiskerett-dommen har et svakere vern etter «avgj»-vilkåret enn både naturfredninger og tomtefestesakene.

Praksis tilknyttet naturfredninger illustrerer at det ikke er avståelseelementet alene som avgjør om inngrepet utløser erstatningskravet opp mot «avgj»-vilkåret. Inngrepet må også innebære en tilegnelse for at det skal foreligge et overføringselement. I barns fiskerett-dommen har inngrepet et tilegnelseelement ved at barn under 16 år får utvidet sin allemannsrett ved at de kan fiske i vassdrag på nærmere vilkår. Dette tilegnelseelementet er isolert sterkere enn i naturfredninger, der dette som utgangspunkt ikke foreligger noe konkret tilegnelse. Videre

⁴²³ Smith (2021) s. 399 petit.

⁴²⁴ Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) avsnitt 60.

⁴²⁵ Smith (2021) s. 402, med videre henvisning til Castberg (1964) s. 260, Rt. 2014 s. 560 (Kjølen) avsnitt 51 og 62 flg., og Rt. 1974 s. 352 (Forbrigd). Se også Stavang (2014) s. 14–15 og Andersen (2016) s. 3–11 om Rt. 2014 s. 560 (Kjølen) og ekspropriasjonsrettslig tålegrense.

⁴²⁶ Rt. 1914 s. 177 (konsesjonslov – byretten) s. 205 flg.

⁴²⁷ Barns fiskerett-dommen avsnitt 43.

skiller tilegnelseselementet i barns fiskerett-dommen seg fra naturfredninger ved at tilegnelsen er det tilsiktede formålet, slik at forbeholdet i Krokedaldommen ikke treffer.

Ser man disse to elementene i sammenheng for å vurdere overføringsselementet, fremstår ikke avståelseelementet sterkt nok til å kunne fastslå at inngrepet er en rådighetsoverføring som må likestilles med formell ekspropriasjon. Imidlertid tilsier tilegnelseselementet at det heller ikke kan fastslås at rådigheten kun fryses fast. Inngrepet ligger i en mellomstusjon, eller som formulert av Høyesterett: Inngrepet har «elementer fra begge disse to kategorier inngrep». ⁴²⁸ I teorien har Høyesteretts aksept av inngrepet i barns fiskerett-dommen blitt omtalt som et eksempel på «en viss grad av rådighetsoverføring» som kan gjøres erstatningsfritt. ⁴²⁹

Videre viste Høyesterett i sin vurdering til at mottakersubjektet var en avgrenset del av allmennheten i vurderingen. Overføringsselementet ville kanskje stått sterkere om mottakersubjektet var en konkret angitt krets personer, for eksempel naboer.

Samlet sett er mitt synspunkt at dommen illustrerer hvordan ekspropriasjonsvernet under «avgi»-vilkåret kan nyanseres ut fra graden av rådighetsoverføring. I dommen ble det lagt til grunn en lavere terskel ved at erstatning skulle tilkjennes såfremt inngrepet ikke var mindre vesentlig. Inngrepet ligger verken i kjernen av «avgi» eller helt utenfor «avgi» – det mest naturlige kan være å karakterisere det slik at det treffes av en utvidende tolkning av «avgi»-vilkåret.

4.4.5.6 Kort om utvidelse i andre tilgrensende rettighetsforhold

Det finnes andre eksempler på tilgrensende rettighetsforhold enn eiendomsretten mot allemannsretten. I et servitutthforhold finnes for eksempel forholdet mellom servitutthaver og grunneier, eller mellom forskjellige servitutthavere til den samme tjenende eiendom. Lignende spørsmål som i barns fiskerett-dommen kan oppstå dersom lovgiver justerer forholdet mellom disse gruppene i lovs form.

Situasjonen ble kort omtalt av Sivillovbokutvalget i forarbeidene til servituttløva. Her blir det uttalt at det gjennom endringer i lov og rett kan skje «omskifte som kan skipla rettshøva noko» – det kan være lovbestemmelser om «det eine eller andre slag rettshøve» eller bestemmelser som «set grenser for egedomsrådevel-det». ⁴³⁰ Spørsmålet er så om dette skal regnes som ekspropriasjon. Etter Sivillovbokutvalget syn må partene i et servitutthforhold «lyt bøya seg noko langt for slike føresegner utan at det kan reknast for ekspropriasjon» og dermed utløser «krav på vederlag etter Grunnloven § 105» – hvor mye partene må tåle «kan det væra vandt å seia visst». ⁴³¹

Et interessant poeng er at det etter utvalgets syn var relevant å se på virkningene og formålet med en slik bestemmelse. Dersom virkningen og formålet er «å stengja den utnyttinga som rettshavaren har, for å fremja ei anna som er på eigaren si hand, kan det vera rimeleg at rettshavaren får vederlag». ⁴³² Men selv slike lovbestemmelser må rettshavaren «i nokon mon bøya seg for vederlagsfritt». ⁴³³

I teorien har det vært påpekt at lovgiver mente at «en tålegrensebetraktning er aktuell også ved tvangsmessig overføring av rådighet fra servitutthaver til andre». ⁴³⁴ Dette gjelder også der formålet i praksis er å overføre rådighet ved å stenge for servitutthavers bruk for å fremme en annen bruk av eieren. Hvor

⁴²⁸ Barns fiskerett-dommen avsnitt 43.

⁴²⁹ Taraldrud (2012) s. 200.

⁴³⁰ Rådsegn 5 s. 21.

⁴³¹ Rådsegn 5 s. 21.

⁴³² Rådsegn 5 s. 21.

⁴³³ Rådsegn 5 s. 21.

⁴³⁴ Stavang/Stenseth (2016) s. 276.

tålegrensen nærmere skal ligge i den situasjonen blir ikke spesifisert av utvalget, men utvalget skiller mellom generell regulering av rådigheten og der justeringen begunstiger en tilgrensende rettighet. Formuleringen «noko langt» i førstnevnte tilfelle kan tilsi en høyere terskel, mens formuleringen «nokon mon» i sistnevnte tilfelle kan tilsi en noe lavere terskel.⁴³⁵

Et beslektet synspunkt finnes i forarbeidene til beitelova. I spørsmålet om erstatning for regulering av beite har forarbeidene uttrykt at rettighetshaver må tåle «ei viss regulering av rettane» uten krav på erstatning «når dette er naudsynt av samfunnsomsyn».⁴³⁶ Men gjør reguleringen «innhogg i sjølve retten («rettens substans») er det knapt tvil om at det er grunnlag for skadebotskrav».⁴³⁷ Dette kan også tolkes som en terskelbetragtning – dersom reguleringen griper inn i rettighetens substans utløses et krav om erstatning.⁴³⁸

Med dette som bakgrunn blir et spørsmål om det gjelder en terskel for anvendelse av ekspropriasjonsvernet ved justeringer av tilgrensende rettighetsforhold mer generelt. Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett), Rådsegn 5 og forarbeidene til beitelova kan tilsi dette. I motsatt retning trekker det generelle synspunktet om at forarbeidene til servituttlova og beitelova har en begrenset vekt i grunnlovstolkningen, og at en slik terskel potensielt kan stå i et spenningsforhold til uttalelsene i sentral rettspraksis om at inngrepets vesentlighet ikke kan spille en rolle dersom det foreligger en rådighetsoverføring.

Hvis en slik terskel legges til grunn kan den ikke settes for høyt – en mulig terskel er «mindre vesentlig» som formulert av Høyesterett i barns fiskerett-dommen.

4.4.5.7 Oppsummering og betydning

For å oppsummere er det tre overordnede poenger jeg ønsker å trekke ut fra justeringssituasjonene, og særlig barns fiskerett-dommen.

Det første poenget er at justeringssituasjonene illustrerer behovet for en nyansering av virkeområdet til «avgi»-vilkåret utover at inngrep enten er rådighetsoverføringer eller rådighetsinnskrenkninger. Denne typen inngrep kan det argumenteres for at verken er treffende å omtale som en rådighetsoverføring eller en rådighetsinnskrenkning. Dette kan tale for et gradert overføringselement.

Det andre poenget er hvordan denne vurderingen skal foretas. I barns fiskerett-dommen identifiserte de avståelseelementet – det grunneier fikk begrenset eller måtte gi fra seg, og tilegnelseelementet – fordelen andre fikk på bekostning av grunneier. Vurderingen baserte seg på realitetene.

Det tredje poenget er som eksempler på hvordan en slik situasjon kan løses. I barns fiskerett-dommen ble det løst ved å stille opp en modifisert terskel kontra rådighetsinnskrenkningene – inngrepet hadde bare trengt å gå utover et «mindre vesentlig inngrep» for at erstatningsvernet skulle utløses.⁴³⁹ Uttalelser tilknyttet andre tilgrensende rettighetsforhold finnes i forarbeidene til både servituttlova og beitelova, som også trekker i retning av en lavere terskel. Det er imidlertid uklareheter rundt hvor generelt en slik terskel kan anvendes. På bakgrunn av uttalelsene i strandlovdommen og dommens tilslutning til Siewers votum vil jeg anta at en terskel ikke kan anvendes ved rådighetsoverføringer – det vil si formelle ekspropriasjoner og inngrep som kan likestilles med disse. Dette lukker imidlertid

⁴³⁵ Dette kan ha en parallell til den generelle tålegrensen for naturfredninger i Senjadommen og Gardermoendommen på «vesentlig» og «sterkt urimelig» (høyere terskel) sammenlignet med terskelen i barns fiskerett-dommen på «mindre vesentlig» (lavere terskel).

⁴³⁶ Ot.prp. nr. 19 (1959) s. 5, med videre henvisninger til skoglova.

⁴³⁷ Ot.prp. nr. 19 (1959) s. 5.

⁴³⁸ Alvik har fremhevet i tilknytning til Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) at terskelen som Høyesterett oppstilte i dommen kan sees på «som et uttrykk for en substansbetragtning», siden det til tross for at «loven overførte en rettighet til andre [...] angrep den likevel ikke eiendomsrettens substans – inngrepet var ikke vesentlig» jf. Alvik (2021a) s. 1196.

⁴³⁹ Barns fiskerett-dommen avsnitt 60–61.

ikke for en anvendelse av terskel i en mellomsituasjon, som jeg vil argumentere at barns fiskerett-dommen illustrerer.

4.4.6 Femte typetilfelle: Noen kommentarer til praksis tilknyttet inngrep i privatrettslige samiske beiterettigheter

4.4.6.1 Innledning

Det femte typetilfellet avhandlingen skal se på er inngrep i samiske reinbeiterettigheter. Det er særlig to avgjørelser fra Høyesterett jeg skal se nærmere på – Rt. 2004 s. 1092 (Senja) og HR-2021-1429-A (Saarivuoma). Sakene er på hver sin måte eksempler på hvordan eiendomsinngrep i form av regulering kan inneholde et overføringselement, men der vurderingen har blitt foretatt etter læren om analogisk anvendelse av Grunnloven § 105. Før avhandlingen ser på avgjørelsene, skal det redegjøres kort for de samiske beiterettighetenes ekspropriasjonsrettslige stilling.

I lang tid var den ekspropriasjonsrettslige stillingen til samiske reinbeiterettigheter uklar. Noen tok til orde for at rettighetene hadde et ekspropriasjonsvern, for eksempel utredningen av Andreas Tostrup Urbye fra 1901.⁴⁴⁰ I samme retning kan også Reindriftslovkomiteen av 1960 sitt forslag nevnes.⁴⁴¹ Andre tok til orde for at disse rettighetene egentlig var en form for tålt bruk.

I 1968 skjedde et skifte ved to avgjørelser. I Rt. 1968 s. 394 (Brekken), som gjaldt samenes rett til jakt og fiske, uttalte Høyesterett at «bruksutøvelsen gjennom lang tid [synes] å ha vært stedbundet og i sin kjerne så festnet at den ikke uten videre kan sidestilles med utøvelse av en uskyldig nyttesrett eller en allemannsrett».⁴⁴² I Rt. 1968 s. 429 (Altevann) uttrykte Høyesterett at samenes bruk av områdene til blant annet beite og fiske har «etablert og festnet en nødvendig bruk i næring», og at «inngrep i bruk av denne art etter vanlige rettsgrunnsetninger berettiger til erstatning ved ekspropriasjon».⁴⁴³ Senere ble det slått fast i Rt. 1982 s. 231 (Alta) at «samene nyter ekspropriasjonsrettslig vern for sin næringsutøvelse» på bakgrunn av rettspraksis.⁴⁴⁴

Disse utgangspunktene er nå lovfestet i reindriftsloven § 4. Første ledd gir reindriftssamene rett til «å utøve reindrift» i et nærmere angitt område basert på «alders tids bruk». Innholdet i denne rettigheten er nærmere spesifisert i loven, se blant annet reindriftsloven kapittel 3 og 4. Etter tredje ledd skal erstatning for inngrep i disse rettighetene vurderes etter «alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper», i tråd med tidligere rettspraksis. I dette ligger det grunnleggende kravet om full erstatning etter Grunnloven § 105 der eiendom avgis, og vilkårene og prinsippene som følger av oreigningslova og oreigningsvederlagslova. Forarbeidene har uttrykt at ekspropriasjonsvernet er en kodifisering av gjeldende rett, siden «[p]rinsippet om at reindriftsretten nyter ekspropriasjonsrettslig vern følger allerede av uskrevne regler».⁴⁴⁵

På bakgrunn av dette legger derfor avhandlingen til grunn at reindriftssamenes beiterettigheter, som en del av reindriftsrettighetene, i perioden etter 1968 nyter et ekspropriasjonsrettslig vern etter Grunnloven § 105 og alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper. Avhandlingen tar ikke stilling til situasjonen før 1968.

⁴⁴⁰ Se Strøm Bull (2002) s. 150, med videre henvisning i fotnote 28. Utredningen er gjengitt i Strøm Bull m.fl. (2001) s. 335–355.

⁴⁴¹ Se Strøm Bull (1997) s. 52.

⁴⁴² Rt. 1968 s. 394 (Brekken) s. 401.

⁴⁴³ Rt. 1968 s. 429 (Altevann) s. 438. I Rt. 1975 s. 1029 (Røssåga) bygget flertallet på disse uttalelsene når de uttrykte at samenes rett til reindrift «i prinsippet er beskyttet, slik at den er gjenstand for erstatning ved ekspropriasjonsinngrep» jf s. 1032.

⁴⁴⁴ Rt. 1982 s. 241 (Alta) s. 299.

⁴⁴⁵ Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) s. 53.

4.4.6.2 Fredning av reinbeite: Rt. 2004 s. 1092 (Senja)

I Rt. 2004 s. 1092 (Senja) ble et reinbeiteområde fredet etter reindriftsloven av 1978 § 11 andre ledd andre punktum. Etter bestemmelsen kunne Kongen gjennom vedtak frede «nærmere bestemte områder når særlige hensyn tilsier dette». Allerede i 1910 ble reinbeiteområdet fredet på grunn av problemer mellom reindriften og jordbruket i området rundt, ettersom reinen «stadig kom inn på dyrket mark».⁴⁴⁶ Fredningen var fortsatt gjeldende ved reindriftsloven av 1933 jf. § 103 bokstav c, og i 1981 fattet Landbruksdepartementet nytt vedtak om fredning etter reindriftsloven av 1978 § 11 andre ledd andre punktum. Dette ble gjort «for å kunne dispensere fra fredningen i særlig vanskelige vintre», siden den nye loven inneholdt en slik generell dispensasjonsadgang.⁴⁴⁷

Fredningen innebar i korte trekk at beiteretten ble innskrenket med en dispensasjonsadgang av hensyn til jordbruket i området rundt. Reineiere i området gikk til sak og krevde vedtaket kjent ugyldig, i tillegg til erstatning etter Grunnloven § 105.

Ingen av grunnlagene for ugyldighet førte frem, og i erstatningsspørsmålet etter Grunnloven § 105 var problemstillingen om reineierne hadde «krav om erstatning etter analogi fra Grunnloven § 105».⁴⁴⁸ Høyesterett henviste til Skoghøy sin oppsummering av praksis for erstatning ved rådhetsinnskrenkninger i naturfredningssaker og bygningsreguleringssaker, der vilkårene er at innskrenkningen er «vesentlig» og «sterkt urimelig» etter en helhetsvurdering.⁴⁴⁹ Konklusjonen til Høyesterett var at disse kriteriene «klart [...] ikke er tilfredsstillende».⁴⁵⁰

Et spørsmål jeg vil problematisere er om det er treffende å anvende de svært strenge kriteriene utviklet gjennom praksis tilknyttet naturfredninger og bygningsregulering på den konkrete reinbeitefredningen. Kjennetegnet ved naturfredninger og bygningsreguleringer er at de ikke innebærer en overføring av rådighet, siden de ikke innebærer en konkret tilegnelse – tilegnelseselement er svært svakt eller ikke-eksisterende. Om innskrenkningen hadde medført en overføring ville dette ofte vært en «utilsiktet bivirkning».⁴⁵¹

Denne beskrivelsen passer ikke like godt for reinbeitefredningen i Senjedommen. Inngrepet innebar at samenes rådighet over området ble innskrenket, og denne innskrenkningen innebar direkte fordeler for landbrukseiendommene ved at reinen ikke lenger kunne gjøre skade. Dette kan identifiseres henholdsvis som inngrepets avståelseselement og inngrepets tilegnelseselement. Når disse to elementene sees sammen har inngrepet et sterkere overføringsselement enn for eksempel naturfredninger.

Forbeholdet i Krokedaldommen om «utilsiktet bivirkning» passer heller ikke. Formålet med inngrepet er å minimere skade på landbrukseiendommene rundt på bekostning av samenes reinbeiterettighet – dette er inngrepets tilsiktede formål. Dette vil også medføre et sterkere overføringsselement enn naturfredninger, der det tilsiktede formålet er vern av allmenne hensyn.

Med bakgrunn i reinbeitefredningens virkninger og formål kan fredningen i større grad enn normal naturfredning sammenlignes med stiftelse av en negativ servitutt, ettersom en slik servitutt ofte vil ha samme type virkning og formål.

Jeg tar ikke stilling til om fredningen i Senjedommen burde vært vurdert som enten en rådighetsoverføring, som en mellomsituasjon med en modifisert terskel som den i Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett), eller om den analogiske anvendelsen var riktig. Det jeg ønsker å fremheve er at overføringsselementets fremtredendhet i

⁴⁴⁶ Senjedommen avsnitt 2.

⁴⁴⁷ Senjedommen avsnitt 3.

⁴⁴⁸ Senjedommen avsnitt 75.

⁴⁴⁹ Senjedommen avsnitt 76, med videre henvisning til Skoghøy (1995) s. 213.

⁴⁵⁰ Senjedommen avsnitt 77.

⁴⁵¹ Krokedaldommen s. 712.

reinbeitefredningen i hvert fall burde aktualisert en nærmere vurdering av «avgi»-vilkåret, særlig når reinbeitefredningen sammenlignes med naturfredningspraksisen.

4.4.6.3 Grensekryssende reinbeiteinngrep: HR-2021-1429-A (Saarivuoma)

Den foreløpige siste dommen fra Høyesterett der spørsmålet rundt «avgi»-vilkåret var aktuelt er HR-2021-1429-A (Saarivuoma).⁴⁵²

Den svenske samebyen Saarivuoma hadde «vinterbeite i Sverige og vår-, sommer-, og høstbeite (heretter bare kalt sommerbeite) i Norge» for sine mellom 8.000 og 13.000 rein.⁴⁵³ Bruk av området til reinbeite hadde pågått siden før grensen ble trukket i 1751, og bruken har blitt regulert gjennom konvensjoner og lover.

Svenske samers bruk av norske områder til reinbeite er regulert i grensereinbeite-loven av 1972.⁴⁵⁴ Saarivuoma har tilgang på visse områder etter loven med tilhørende forskrift.⁴⁵⁵ I tillegg hevdet Saarivuoma beiterett over et annet område de ikke hadde tilgang til etter forskriften, og som etter en annen forskrift var avsatt til Stállonjårga reinbeitedistrikt som vinterbeite.⁴⁵⁶ Et sentralt poeng var at de to gruppene bruk er konkurrerende. Som beskrevet av tredjevoterende i Saarivuomadommen vil sommer- og vinterbeite ikke kunne forenes selv om det skjer i forskjellige perioder, fordi «det ene [vil] ødelegge for det andre».⁴⁵⁷ Tredjevoterende henviste i avsnitt 209 til uttalelser fra den norsk-svenske reinbeitekommissjonen av 1997, som uttalte på side 19 at:

«Når reinen beveger seg barmarkstid på lavbeiteområder reduserer det utnyttelsen av samme områder om vinteren. Dels skades laven av tråkk og beiting, og dels har reinen om vinteren en tendens til å unngå de områder som er beitet på barmarkstid.»

Saarivuoma saksøkte staten med krav om beiterett i strid med grensereinbeite-loven med tilhørende forskriftsverk, i tillegg til erstatning som følge av at de var sperret ute fra beiteområdet. Saarivuoma tapte i både tingretten og i lagmannsretten, men fikk saken prøvd for Høyesterett.

Spørsmålet om erstatning var relevant for først- og andrevoterende ettersom begge konkluderte overordnet med at Saarivuoma hadde beiterett. Tredjevoterende avgjorde saken på et annet grunnlag som ikke aktualiserte erstatning.

Førstvoterende la til grunn at loven var en «reguleringslov, ikke en ekspropriasjonslov» siden «sommerbeiterettighetene ikke [er] overført fra samebyen til andre, bare båndlagt».⁴⁵⁸ Slik båndlegging må tåles av reindriftnæringen «selv om dette skulle komme andre interesser til gode», og viser til Rt. 2004 s. 1092 (Senja).⁴⁵⁹ Erstatning kunne dermed bare gis såfremt inngrepet var «vesentlig» og «av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles».⁴⁶⁰ Andrevoterende tok et lignende utgangspunkt.⁴⁶¹

I den konkrete vurderingen av om vilkårene var oppfylt, var førstvoterende og andrevoterende uenige. Førstvoterende konkluderte med at vilkårene ikke var

⁴⁵² Dommen er omtalt av Strøm Bull (2021). De ekspropriasjonsrettslige sidene ved saken er behandlet av Stenseth (2021).

⁴⁵³ Saarivuomadommen avsnitt 3.

⁴⁵⁴ Grensereinbeite-loven er en kodifisering av den nå opphørte Reinbeitekonvensjonen av 1972 mellom Norge og Sverige.

⁴⁵⁵ FOR-2005-06-21-717.

⁴⁵⁶ FOR-1963-07-01-1.

⁴⁵⁷ Saarivuomadommen avsnitt 209.

⁴⁵⁸ Saarivuomadommen avsnitt 153.

⁴⁵⁹ Saarivuomadommen avsnitt 153.

⁴⁶⁰ Saarivuomadommen avsnitt 153.

⁴⁶¹ Saarivuomadommen avsnitt 178.

oppfylt, mens andrevoterende konkluderte med at vilkårene var oppfylt.⁴⁶² Andrevoterende fremhevet noe interessant i den konkrete vurderingen. Regleringen hadde «klare likhetstrekk med ekspropriasjon», siden «muligheten for bruk av området til tradisjonell reindrift fratras [Saarivuoma] i sin helhet» for deretter å bli «videreført til andre, som vinterbeite».⁴⁶³

Både førstvoterende og andrevoterende fikk tilslutning fra en dommer hver. Tredjevoterende løste som nevnt tidligere saken på et annet grunnlag, og dette grunnlaget medførte ikke erstatning. Høyesteretts dom i erstatningsspørsmålet var derfor at det ikke skulle tilkjennes erstatning.

I ettertid har dommen blitt kritisert i teorien. Stenseth har fremhevet at verken først- eller andrevoterende vurderte sakens realiteter opp mot «avgj»-vilkåret.⁴⁶⁴ Førstvoterende la til grunn at loven var en reguleringslov, og så med dette «ikke på om de realiteter reguleringen har ført til, kan kvalifisere til «avgj» i Grunnlovens forstand».⁴⁶⁵ Andrevoterende vurderte realitetene «mot de strenge vilkår for rådgighetsinnskrenkning, og ikke mot uttrykket «avgj» i Grunnloven».⁴⁶⁶

Etter hans syn var saken et eksempel på en de facto-ekspropriasjon, der det «ville vært nærliggende å benytte Grunnloven § 105 direkte».⁴⁶⁷ For slike inngrep har praksis «oppstilt en terskel for uvesentlige rettighetsinngrep», men dette er uten betydning siden «samebyen i sin helhet var utestengt fra å bruke beiteretten i tvisteområdet».⁴⁶⁸ At dommen viste til Rt. 2004 s. 1092 (Senja) som uttrykk for at reineiere som klar hovedregel må finne seg i regulering er ikke treffende, ettersom det i Saarivuomadommen dreier seg om en regulering «gjort for å muliggjøre en konkurrerende bruk av *samme areal*» – sammenlignet med Senjedommen der beiteretten ble «regulert fordi utnyttelsen var til skade og ulempe for en etablert privatrettslig rettighet *på et annet område*».⁴⁶⁹ Med disse manglene har Stenseth argumentert for at dommen «neppe kan gis særlig prejudikatsverdi for andre saker der grensen mellom direkte anvendelse av Grunnloven § 105 og den domstolsskapte regelen om erstatning for sterkt urimelige rådgighetsinnskrenkninger er tema».⁴⁷⁰

Jeg er enig i denne kritikken. Dommen tok samme utgangspunkt som Senjedommen, nemlig i vurderingstemaet som praksis tilknyttet naturfredninger og bygningsreguleringer har stilt opp. I Saarivuomadommen var dette begrunnet med at loven var en reguleringslov, uten en nærmere vurdering av inngrepets realiteter.

Som for Senjedommen kan det argumenteres for at overføringselementet var sterkere i Saarivuomadommen enn i naturfredninger og bygningsreguleringer. Avståelseselementet var innskrenkningen av beiterettighetene til Saarivuoma, mens tilegnelseelementet var fordelen det norske reinbeitedistriktet mottok ved at innskrenkningen muliggjorde deres bruk. Krokedaldommens forbehold om «utilsiktet bivirkning» treffer heller ikke, da et av lovens formål var å «gi grunnlag for en bærekraftig utvikling for norske samers reindrift».⁴⁷¹

Dette sett i sammenheng kan tale for at det i denne situasjonen ikke var treffende å anvende Grunnloven analogisk, men at inngrepet i reinbeiterettigheten kunne vært vurdert som en rådgighetsoverføring direkte under «avgj»-vilkåret eller

⁴⁶² Saarivuomadommen avsnitt 158 og 159 (førstvoterende), og avsnitt 182 (andrevoterende).

⁴⁶³ Saarivuomadommen avsnitt 180.

⁴⁶⁴ Stenseth (2021) s. 10.

⁴⁶⁵ Stenseth (2021) s. 10.

⁴⁶⁶ Stenseth (2021) s. 10.

⁴⁶⁷ Stenseth (2021) s. 10.

⁴⁶⁸ Stenseth (2021) s. 10 med henvisning til Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett).

⁴⁶⁹ Stenseth (2021) s. 9.

⁴⁷⁰ Stenseth (2021) s. 10.

⁴⁷¹ Grensereinbeite-loven § 1 første ledd første punktum.

med en modifisert terskel slik som i Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett). Som for Senjdommen tar jeg ikke nærmere stilling til hvilken løsning som er riktig, men i stedet ønsker jeg å fremheve at overføringselementet ved inngrepet tilsier en nærmere vurdering opp mot «avgj».

4.4.6.4 Oppsummering og betydning

Både Senjdommen og Saarivuomadommen kan leses som at formalitetene er viktige, eller til og med avgjørende, i vurderingen av om et eiendomsinngrep utløser ekspropriasjonsvernet. Som jeg har forsøkt å påpeke kunne Høyesterett i begge avgjørelsene gått nærmere inn i vurderingen av realitetene, og begge inngrepene har elementer ved seg som gjør at dette i alle fall burde vært vurdert. Inngrepet i Senjdommen hadde likhetstrekk med stiftelse av negativ servitutt, mens Saarivuomadommens inngrep kunne sammenlignes med overføring av bruksrettighet.

Som Stenseth har uttrykt i forbindelse med Saarivuoma, kan saken «neppe [...] gis særlig prejudikatsverdi» for spørsmålet om den direkte anvendelsen av Grunnloven § 105.⁴⁷² Jeg vil argumentere for at det samme gjelder for Senjdommen, selv om overføringselementet muligens ikke er like sterkt som i Saarivuomadommen.

4.4.7 Oppsummering av typetilfellene

I dette punktet skal jeg kort oppsummere og sammenfatte praksisen og teorien tilknyttet typetilfellene.

Fredning av naturfredning illustrerer flere poenger. For det første viser det at hovedskillet mellom *ekspropriasjoner* og *rådighetsinnskrenkninger* er sentralt ved spørsmålet om inngrep innebærer at noen må «avgj» eiendom og dermed utløser ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105. For det andre viser det hvor skillet går – nemlig at ekspropriasjoner innebærer en *overføring av rådighet* slik konsesjonslovdommen og strandlovdommen la til grunn, mens for rådighetsinnskrenkninger blir *rådigheten i større eller mindre grad fryst fast*. For det tredje viser Krokedaldommen betydningen av inngrepets formål ved vurderingen. For det fjerde viser de at dersom inngrepet er utenfor ordlyden «avgj»-vilkåret skal det svært mye til for å få tilkjent erstatning etter analogisk anvendelse.

Demokratisering av forretningsbankene viser et interessant poeng i relasjon til det første poenget i fredning av natur. Det har blitt argumentert for at Høyesteretts avgjørelse i saken – Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratisering) – kan både forstås som uttrykk for det klare skillet mellom rådighetsoverføringer og ikke – en *overføringsbetragtning*, og som uttrykk for en *substansbetragtning*.⁴⁷³ Uavhengig av dette viser dommen at vernet når lengre enn de formelle ekspropriasjonene, ettersom bankdemokratiseringen ble likestilt med en formell ekspropriasjon.

Tomtefestesakene fra 2007 vil i denne sammenhengen være eksempler på to typer inngrep som ikke er formelle ekspropriasjoner – forlengelsesretten (isolert) og innløsningsretten – men der Høyesterett valgte å likestille dem med formelle ekspropriasjoner ut fra en vurdering av inngrepets realiteter og overføringselementet. Inngrepene var rådighetsoverføringer.

Justering av allemannsretten illustrerer at inngrep i eiendom kan falle i en kategori mellom ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkning, der det etter en analyse av overføringselementet verken er treffende å beskrive inngrepet som en overføring av rådighet eller at rådigheten kun fryses fast i større eller mindre grad. I den situasjonen stilte Høyesterett opp en lavere terskel sammenlignet med den som gjelder for den analogisk anvendelse. Noen spørsmål som her reiser seg, er hva som gjelder ved justering av andre tilgrensende rettighetsforhold og hvor generelt denne terskelen gjelder.

⁴⁷² Stenseth (2021) s. 10.

⁴⁷³ Alvik (2021a) s. 1196.

Til slutt er de to samebeitesakene eksempler på tilfeller der Høyesterett har lagt til grunn at inngrepene er rådgighetsinnskrenkninger – eiendomsretten fryses bare fast – men der inngrepene etter en nærmere analyse av overføringsselementet kunne utløst et sterkere vern. I Rt. 2004 s. 1092 (Senja) på grunn av nærheten til stiftelse av en negativ servitut, og i HR-2021-1429-A (Saarivuoma) på grunn av nærhet til overføring av bruksrettighet.

4.5 Særlig om betydningen av Grunnloven § 97

4.5.1 Innledning

I de følgende to punktene skal avhandlingen se nærmere på to synsvinkler Grunnloven § 97 kan være relevant for tolkningen av Grunnloven § 105. For det første kan systematikken i Grunnloven § 97 ha betydning som et *tolkningsmoment* ved fastleggelsen av «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105. For det andre kan det spørres om Grunnloven § 97, i lys av Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern), er grunnlag for en *innskrenkende tolkning* av Grunnloven § 105.

Før avhandlingen går nærmere inn i de to spørsmålene, skal det redegjøres overordnet for forholdet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Dette gjøres fordi forholdet er relevant til begge spørsmålene.

I teori og praksis tilknyttet tilbakevirkningsforbudet er det overordnet sondret mellom *egentlig tilbakevirkning* og *uegentlig tilbakevirkning*.⁴⁷⁴ Egentlig tilbakevirkning er der det «knyttes nye og tyngende virkninger, typisk straff, til eldre handlinger», mens uegentlig tilbakevirkning er der «en etablert rettsposisjon, eller rettighet, reguleres for fremtiden».⁴⁷⁵ Skillet har betydning for vernet, siden utgangspunktet for egentlig tilbakevirkning er et forbud, mens uegentlig tilbakevirkning bare er forbudt etter en helhetsvurdering.

I Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt) blir forholdet mellom de to formene beskrevet. Etter førstvoterendes syn må strid med Grunnloven § 97 vurderes ut fra «kor sterkt tilbakeverknadselementet er».⁴⁷⁶ Deretter beskrives to ytterpunkter; der loven «direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig», mens der lova «berre gir reglar om korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen de motsette».⁴⁷⁷ Normen for regulering av rettsposisjoner for fremtiden – uegentlig tilbakevirkning – har blitt formulert slik at tilbakevirkningen er tillatt såfremt den ikke er «klart urimelig eller urettferdig».⁴⁷⁸ Mellom disse to «finst det overgangsformer».⁴⁷⁹ I den konkrete saken ble tilbakevirkningen vurdert som en slik overgangsform, og normen fra Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) ble lagt til grunn – det måtte foreligge «sterke samfunnsmessige omsyn for at tilbakeverknad skal bli tillaten».⁴⁸⁰ Nyere praksis har fremhevet at det uavhengig av normvalget må foretas en interesseavveining.⁴⁸¹

Utgangspunktene kan dermed formuleres slik: For egentlig tilbakevirkning – der tilbakevirkningselementet er sterkt – er hovedregelen et forbud, og under visse omstendigheter et absolutt forbud.⁴⁸² For uegentlig tilbakevirkning – der tilbakevirkningselementet er svakt – er hovedregelen at det er tillat, med mindre tilbakevirkningen er klart urimelig og urettferdig. For mellomsituasjonene kan normen justeres avhengig av tilbakevirkningselementet, og et eksempel på dette

⁴⁷⁴ Se Fleischer (1975) s. 190 flg.

⁴⁷⁵ Alvik (2021b) s. 105–106.

⁴⁷⁶ Rederiskattdommen avsnitt 153.

⁴⁷⁷ Rederiskattdommen avsnitt 153.

⁴⁷⁸ For eksempel Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) s. 1430 og Rt. 2013 s. 1345 (strukturvote) avsnitt 94.

⁴⁷⁹ Rederiskattdommen avsnitt 153.

⁴⁸⁰ Rederiskattdommen avsnitt 154.

⁴⁸¹ HR-2016-389-A (stortingspensjon) avsnitt 76 og 77.

⁴⁸² For eksempel på strafferettens område, se Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) avsnitt 61.

er forbud, med mindre «sterke samfunnsmessige hensyn» begrunner tilbakevirkningen. Uavhengig av dette normvalg må det foretas en avveining, og det kan tenkes mellomkategorier i normvalget.

4.5.2 Forholdet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning som tolkningsmoment for «avgj» i Grunnloven § 105

At forholdet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning får betydning i tolkningen av «avgj»-vilkåret i Grunnloven § 105 baserer seg på systemlikhet ved parallelltolkning av bestemmelsene.

Selv om ordlyden i Grunnloven § 97 kan trekke i retning av at lover enten er tilbakevirkende eller ikke, der kun de tilbakevirkende er forbudte, er det fremhevet i rettspraksis at det heller er et spørsmål om grad – altså hvor sterkt lovens tilbakevirkende element er.⁴⁸³ Bestemmelsen har en kjerne i de egentlige tilbakevirkningene, men bestemmelsen kan omfatte de uegentlige tilbakevirkningene i forskjellig grad. Det er for de uegentlige tilbakevirkningene gradsspørsmålet er særlig interessant, ettersom graden av tilbakevirkning avgjør om loven som hovedregel er lovlig eller ulovlig.

På samme måte som Grunnloven § 97, tilsier ordlyden i Grunnloven § 105 ett av to resultater. Et inngrep er enten avgivelse – overføring av rådighet, eller ikke – rådigheten fryses kun fast. Er inngrepet en avgivelse har man krav på full erstatning, og er det ikke en avgivelse har man som klar hovedregel ikke et erstatningskrav når man sammenholder bestemmelse med praksis. Dette må derimot nyanseres siden eiendomsinngrep, i likhet med tilbakevirkende lover, kan være komplekse inngrep som har sammensatte virkninger. Selv om det er færre eksempler på slike sammensatte eiendomsinngrep enn tilsvarende for tilbakevirkende lover, kan Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) være eksempel på der Høyesterett har lagt til grunn at inngrepet har elementer fra begge ytterpunktene. Dette kan ha sin årsak i tilbakevirkende lovers kompleksitet sammenholdt med at anvendelsen på forskjellige rettsposisjoner kan medføre sammensatte virkninger.

På bakgrunn av en slik parallelltolkning vil jeg argumentere for at *overføringsselementet* – det vil si det elementet av et inngrep i fast eiendom som i større eller mindre grad innebærer at rådighet overføres – har en lignende funksjon i ekspropriasjonsvernet som *tilbakevirkningsselementet* har for tilbakevirkningsforbudet. Elementene er sentrale for å fastlegge rettighetens kjerne – formelle ekspropriasjoner eller likestilte inngrep for ekspropriasjonsvernet og egentlig tilbakevirkning for tilbakevirkningsforbudet, og for de situasjonene der hovedregelen ikke er vern – rådighetsinnskrenkninger for ekspropriasjonsvernet og uegentlig tilbakevirkning for tilbakevirkningsforbudet.

Men for å ivareta bestemmelsenes vern – henholdsvis tilbakevirkende lover og tvungne rådighetsoverføringer – vil elementenes fremtredenhet kunne vri presumsjonen slik at hovedregelen er vern i mellomkategorier, med mindre det kan unntas. Eksempler på dette fra tilbakevirkningsforbudet er normen i Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole) og Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt), der tilbakevirkningen bare kunne godtas hvis den er begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn». Fra ekspropriasjonsvernet er Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett) et eksempel, der det sentrale for erstatningsfrihet var at loven forutsatte at inngrepet kun var «mindre vesentlig».

I teorien har også likheten mellom normene som sådan blitt behandlet. Alvik har fremhevet at rådighetsinnskrenkninger kan «ses som tilbakevirkning overfor en etablert rettsposisjon etter § 97», og på bakgrunn av dette og likheten mellom normene har Alvik stilt spørsmål ved om «beskyttelsen mot rådighetsinnskrenkninger egentlig ikke følger av Grl. § 105, hverken direkte eller analogisk, og at «sterkt urimelig»-unntaket som Høyesterett har anvendt ved rådighetsinnskrenk-

⁴⁸³ Rederiskattdommen avsnitt 153.

ninger under Grl. § 105 i realiteten er avveiningsnormen under § 97 i forklaring». ⁴⁸⁴ Alvik har presisert at «[å] insistere på at Grl. § 105 ikke beskytter mot noen form for rådighetsinnskrenkning blir likevel for unyansert», med henvisning til bankdemokratiseringsdommen. ⁴⁸⁵

På bakgrunn av systemlikheten vil Grunnloven § 97 ha betydning for tolkningen av Grunnloven § 105 i den retning at overføringselementet får mye av den samme funksjonen som tilbakevirkningselementet. Når overføringselementet ses i sammenheng med glideskalaperspektivet, kan et fremtredende overføringselement aktualisere en lavere terskel for rett til erstatning selv om inngrepet ikke er i kjernen av Grunnloven § 105.

4.5.3 Grunnloven § 97 som begrunnelse for en innskrenkende tolkning av «avgi»? Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern)

Som beskrevet tidligere i punkt 4.4.4.2 var utgangspunktet i Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) at retten til forlengelse i tomtefestelova § 33 måtte likestilles med en formell ekspropriasjon siden det innebar en «overføring av eiendomsrådighet». ⁴⁸⁶ Ser man til konsesjonslovdommen og strandlovdommen skulle bortfesteren hatt et ubetinget krav på full erstatning etter Grunnloven § 105. På tross av dette mente Høyesterett at Grunnloven § 105 ikke kunne anvendes, siden inngrepet «må vurderes etter Grunnloven § 97 og ikke etter § 105». ⁴⁸⁷

Som støtte for synspunktet viste Høyesterett til uttalelser fra Knoph og en rekke høyesterettsavgjørelser. ⁴⁸⁸ Den konkrete vurderingen måtte derfor «vurderes etter Grunnloven § 97 og ikke etter § 105». ⁴⁸⁹

Under vurderingen etter Grunnloven § 97 ble inngrepet klassifisert som en uegentlig tilbakevirkning, som «etter omstendighetene kan rammes av Grunnloven § 97». ⁴⁹⁰ Men rettspraksis viste at det «skal mye til for at en lov som regulerer bestående tomtefesteforhold, blir grunnlovsstridig». ⁴⁹¹ Etter en helhetsvurdering, der hensyn på begge sider ble vektet, fant Høyesterett at «tomtefesteloven § 33 ikke er i strid med Grunnloven § 97» – hensyn som ble særlig vektlagt var at «[b]estemmelsen er begrunnet i tungtveiende boligsosiale hensyn», at det var et «klart beskyttelsesbehov for en rekke festere» og at «bortfesterne hadde ingen rimelig forventning om å kunne nyte godt av den helt særegne prisstigningen på tomtegrunn». ⁴⁹²

I Øvre Ullern-dommen ble dermed ekspropriasjonsvernet i Grunnloven § 105 ikke anvendt selv om inngrepet var en overføring av rådighet, fordi anvendelse av Grunnloven § 97 utelukker anvendelse av Grunnloven § 105. Høyesterett begrunnet dette med at det måtte foretas et valg mellom de to grunnlovsbestemmelsene. Denne forståelsen har blitt kritisert i teorien.

Smith har uttrykt at forutsetningen er «vanskelig å forstå», siden det «ikke [er] uvanlig at mer enn én rettsregel får anvendelse på samme forhold» og det at Grunnloven § 97 kan brukes medfører «ingen tvang til å se bort fra det som måtte

⁴⁸⁴ Se Alvik (2021b) s. 117.

⁴⁸⁵ Alvik (2021b) s. 117.

⁴⁸⁶ Øvre Ullern-dommen avsnitt 90.

⁴⁸⁷ Øvre Ullern-dommen avsnitt 90.

⁴⁸⁸ Øvre Ullern-dommen avsnitt 91–96, med henvisning til Knoph (1939) s. 160–162 og høyesterettsavgjørelsene Rt. 1962 s. 369 (Gullklausul), Rt. 1990 s. 284 (Selsbakk), Rt. 1988 s. 276 (Røstad) og Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik).

⁴⁸⁹ Øvre Ullern-dommen avsnitt 97.

⁴⁹⁰ Øvre Ullern-dommen avsnitt 99.

⁴⁹¹ Øvre Ullern-dommen avsnitt 100, med videre henvisning til Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) og Rt. 1990 s. 284 (Selsbakk).

⁴⁹² Øvre Ullern-dommen avsnitt 121.

bli resultatet dersom retten hadde holdt fast ved at det var tale om en overføring av eierrådighet etter § 105».⁴⁹³

Innjord har fremhevet at det har vært «den alminnelige oppfatningen hittil» at Grunnloven §§ 97 og 105 «gjelder ved siden av hverandre, og at anvendelsen av den ene bestemmelsen ikke utelukker anvendelsen av den andre».⁴⁹⁴ Innjord har derfor konkludert med at det «rettskildemessige grunnlaget for den *metodiske tilnærmingen*» – som var at Høyesterett mente spørsmålet måtte vurderes etter enten § 97 eller § 105, som vil si at begge bestemmelser ikke kan anvendes samtidig – er «vanskelig å se».⁴⁹⁵

Moltumyr Høgberg har også vært kritisk til Høyesteretts begrunnelse.⁴⁹⁶ Blant annet har hun fremhevet at det ikke har skjedd før at Høyesterett har «basert en avgjørelse på at egentlig tvangsavståelse av eiendom kan falle utenfor vernet etter Grl. § 105».⁴⁹⁷ Etter hennes syn er henvisningen til Knoph også lite treffende, siden Knoph fremhevet at uttalelsene gjaldt «i relasjon til rådighetsbegrensninger, ikke i relasjon til tvangsavståelser».⁴⁹⁸ Moltumyr Høgberg har derfor konkludert med at Øvre Ullern-dommen må sees bort fra i dette spørsmålet, og at den eldre forståelsen der «tvangsavståelser skal reguleres etter Grl. § 105, mens tilfeller som klassifiseres som rådighetsbegrensninger faller utenfor Grl. § 105, men med et potensielt vern etter Grl. § 97 basert på en konkret tilbakevirkningsvurdering» må videreføres.⁴⁹⁹

Jeg vil særlig fremheve at Høyesterett med avgjørelsen uttrykte et annerledes synspunkt enn fast og langvarig rettspraksis, som har lagt til grunn at en overføring av rådighet utløser retten til full erstatning etter Grunnloven § 105 uavhengig av en nærmere vurdering.⁵⁰⁰ Til forskjell fra Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett), sto ikke inngrepet i Øvre Ullern-dommen i en mellomstilling, ettersom Høyesterett uttrykkelig mente at inngrepet «medfører overføring av eiendomsrådighet».⁵⁰¹ Inngrepet var i kjernen av «avgj»-vilkåret.

Grunnlaget for den innskrenkende tolkningen var at der Grunnloven § 97 kan anvendes vil ikke Grunnloven § 105 gjelde – med begrunnelse i rettstradisjonen slik uttrykt i Knoph og rettspraksis. Gjennom denne forståelsen skal det i Høyesteretts ord «mye til» for at loven var grunnlovsstrid.⁵⁰² Dette har en parallell til normen for erstatning for rådighetsinnskrenkninger – en streng terskel som det skal svært mye til å anvende.⁵⁰³ Dette gjorde Høyesterett selv om de tidligere i samme dom uttrykkelig sa at tomtfestelova § 33 «at skiller seg klart fra en regule-

⁴⁹³ Smith (2021) s. 409.

⁴⁹⁴ Innjord (2008) s. 17. Innjord viser til Rt. 1961 s. 554 (Notfiske) og Rt. 1968 s. 62 som eksempler på avgjørelser der begge bestemmelsene har blitt vurdert, og til Castberg (1964) s. 237, Andenæs/Fliflet (2004) s. 376–377 og Fleischer (1975) s. 183 flg. fra teorien, se Innjord (2008) s. 17–18.

⁴⁹⁵ Innjord (2008) s. 18.

⁴⁹⁶ Se Moltumyr Høgberg (2010) s. 395 flg. for en detaljert kritikk.

⁴⁹⁷ Moltumyr Høgberg (2020) s. 165, med henvisning til kritikken til Innjord (2008) s. 11–27 og Moltumyr Høgberg (2010) s. 395 flg.

⁴⁹⁸ Moltumyr Høgberg (2020) s. 165. Se også Knoph (1939) s. 119 fotnote 1, der han skrev at «[e]gentlige tvangsavståelser snakker jeg derfor ikke om».

⁴⁹⁹ Moltumyr Høgberg (2020) s. 165.

⁵⁰⁰ Rt. 1914 s. 177 (konesjonslov – byretten) s. 205 flg. jf. Rt. 1918 s. 403 (konesjonslov) og Rt. 1970 s. 67 (strandlov), Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) s. 89.

⁵⁰¹ Øvre Ullern-dommen avsnitt 90.

⁵⁰² Øvre Ullern-dommen avsnitt 100.

⁵⁰³ Normen som blir oppstilt i Rt. 1996 s. 1415 (Borthen) s. 1415 er at tilbakevirkningen er «klart urimelig eller urettferdig», mens i Senjadommen og Gardermoendommen oppstiller Høyesterett en terskel ved «vesentlig» og «sterkt urimelig» for erstatningsvern ved rådighetsinnskrenkninger. Her er det viktig å presisere at Høyesterett ikke uttrykkelig viser til normen i Borthendommen i Øvre Ullern-dommen, men til en «helhetsvurdering» jf. Øvre Ullern-dommen avsnitt 99. Se også Alvik (2021b) s. 131 fotnote 154.

ring av eiendomsrådigheten»⁵⁰⁴ og at festernes anførsel om at bestemmelsen er en rådighetsinnskrenkning «ikke [kan] føre fram».⁵⁰⁵

Smith har uttrykt at en mulig grunn til at Grunnloven § 97 ble anvendt utelukkende i Øvre Ullern-dommen var et «ønske om å komme til «riktig» resultat» fra Høyesterett.⁵⁰⁶ Jeg vil fremheve følgende poeng når det gjelder resultatet i den sammenhengen. Den konkrete vurderingen og konklusjonen i Øvre Ullern-dommen illustrerer at boligsosiale hensyn var et svært tungtveiende hensyn for Høyesterett. Hadde Høyesterett fulgt tidligere teori og praksis, som man gjennom argumentasjonen til Smith, Innjord og Moltumyr Høgberg ser bygger på en forståelse av Grunnloven § 97 og § 105 som bestemmelser med overlappende virkeområder, kunne ikke disse hensynene ha blitt trukket inn i vurderingen av bestemmelsens grunnlovsmessighet. Dette fordi Høyesterett fant at inngrepet var en overføring av rådighet, og der ekspropriasjonsvernet anvendes direkte foretas ingen helhetsvurdering.

Basert på disse refleksjonene, og poengene tatt opp i teoriens kritikk av dommen, er min konklusjon som konklusjonene i juridisk teori, nemlig at begrunnelsen i Øvre Ullern-dommen for en innskrenkende tolkning av Grunnloven § 105 der Grunnloven § 97 kan anvendes ikke er tilstrekkelig. Det er mer nærliggende å se forholdet mellom bestemmelsene som bestemmelser med i utgangspunktet forskjellige virkeområder, men der de i enkelte tilfeller kan ha overlappende virkeområder.

På denne bakgrunnen legger jeg til grunn at det ikke foreligger en tilstrekkelig begrunnelse for at anvendelse av Grunnloven § 97 skal medføre en innskrenkende tolkning av Grunnloven § 105.

4.6 Betydningen av eiendomsvernet i EMK P1-1 og praksis fra EMD

4.6.1 Innledning

Som beskrevet tidligere vil EMK P1-1 og praksis fra EMD bli behandlet gjennom kildenes betydning for tolkningen av «avgj»-vilkåret i Grunnloven § 105. Vernet etter EMK P1-1 blir ikke behandlet på selvstendig grunnlag.

I punkt 4.6.2 skal avhandlingen redegjøre overordnet for EMK P1-1 sin oppbygning og utgangspunkter. I punkt 4.6.3 skal avhandlingen se nærmere på og analysere regelvalget og avståelsesregelen, før det metodiske forholdet mellom bestemmelsene behandles i punkt 4.6.4.

Grunnen til at spørsmålet om det metodiske forholdet behandles til slutt er fordi regelens oppbygning og nærmere innhold er relevante momenter i vurderingen av det metodiske forholdet, og må dermed sees på først for å kunne ta stilling til betydningen for grunnlovstolkningen.

4.6.2 Bestemmelsens oppbygning og utgangspunkter, herunder regelvalgets betydning for krav om erstatning

Artikkelens første ledd første punktum uttrykker utgangspunktet; alle fysiske og juridiske personer har rett til «the peaceful enjoyment of his possessions». Første ledd andre punktum oppstiller vilkår for når noen kan bli «deprived» av eiendom, som ikke kan skje utenom i «the public interest» og når det er «subject to the conditions» som er gitt i «law» og i «the general principles of international law». Andre ledd uttrykker at første ledd ikke begrenser statenes rett til å gi lover som

⁵⁰⁴ Øvre Ullern-dommen avsnitt 89.

⁵⁰⁵ Øvre Ullern-dommen avsnitt 88.

⁵⁰⁶ Smith (2021) s. 409.

de «deems necessary to control the use of property» i samsvar med «the general interest» eller «to secure the payment of taxes or other contributions or penalties».

I teori og praksis er det fastslått at EMK P1-1 gir uttrykk for tre regler, og disse er henholdsvis blitt omtalt som «prinsippregelen» (første ledd første punktum), «avståelsesregelen» eller «ekspropriasjonsregelen» (første ledd andre punktum) og «kontrollregelen» (andre ledd).⁵⁰⁷ Ved anvendelsen av EMK P1-1 må seks spørsmål besvares.⁵⁰⁸ De tre første spørsmålene klarlegger «hvorvidt det i prinsippet er gjort et inngrep», mens de tre siste ser på «forhold/grunner som i tilfelle kan rettferdiggjøre inngrepet».⁵⁰⁹

- 1) Foreligger det en eiendomsinteresse – «possessions» og «property» i EMK P1-1?
- 2) Foreligger det et inngrep i denne eiendomsinteressen?
- 3) Hvilken regel skal anvendes på inngrepet? Man foretar et regelvalg mellom avståelsesregelen i første ledd andre punktum og kontrollregelen i andre ledd, eller faller tilbake på prinsippregelen i første ledd første punktum.
- 4) Foreligger det en tilstrekkelig hjemmel for inngrepet?
- 5) Tjener inngrepet et legitimt formål?
- 6) Foreligger det proporsjonalitet mellom interessene bak inngrepet og konsekvensene av inngrepet for den private?

I relasjon til avhandlingens problemstilling er det spørsmål 3 som er av størst interesse, ettersom det forutsettes at det foreligger et eiendomsinngrep. Avståelsesregelen har paralleller til «avgi»-vurderingen, mens kontrollregelen har paralleller til utenfor «avgi»-vilkåret. For avhandlingen er det dermed virkeområdet til avståelsesregelen som er mest relevant å vurdere.

Før avhandlingen ser nærmere på regelvalget og særlig avståelsesregelen, skal det redegjøres overordnet for hvordan regelvalget får betydning for erstatningsvurderingen.

I Grunnloven § 105 er «avgi» sentralt for erstatningskravet. Er man innenfor «avgi» har man krav på full erstatning, mens er man utenfor har man som klar hovedregel ikke et slikt krav på erstatning.

Når det gjelder EMK P1-1, er regelvalgets forhold til erstatning ikke like klart. Dersom inngrepet må vurderes etter avståelsesregelen stilles det strengere krav til inngrep enn etter kontrollregelen, og hvordan prinsippregelen vurderes er vanskelig å tolke ut fra ordlyden. Ordlyden gir ingen indikasjon om erstatning.

Betydningen av regelvalget når det gjelder erstatning er tilknyttet proporsjonalitetsvurderingen. Siden erstatning etter EMK P1-1 «bare er en del av en helhetsvurdering av om inngrepet er proporsjonalt», kan prinsippene for erstatning etter EMK beskrives som «ikke [...] like faste og absolutte som etter tradisjonell norsk rett».⁵¹⁰ Om inngrepet er innenfor avståelsesregelen har Solheim oppsummert situasjonen slik at det er «myndighetene som må forklare hvorfor full kompensasjon eventuelt ikke er gitt», og dersom tiltaket ligger innenfor kontroll- eller prinsippregelen er det «klageren som må forklare hvorfor kompensasjon overhodet er nødvendig».⁵¹¹

Basert på dette ser man at regelvalget, og særlig om man er innenfor avståelsesregelen, har betydning for et eventuelt erstatningskrav gjennom proporsjonalitetsvurderingen. I denne proporsjonalitetsvurderingen vil presumsjonen være full

⁵⁰⁷ Se Solheim (2010) s. 61, med videre henvisning til Sporrang and Lönnroth (1982).

⁵⁰⁸ Solheim (2010) s. 59 flg. og Falkanger (2023) s. 264.

⁵⁰⁹ Falkanger (2023) s. 264.

⁵¹⁰ Solheim (2010) s. 100.

⁵¹¹ Solheim (2010) s. 113.

kompensasjon ved anvendelse av avståelsesregelen, mens ved kontrollregelen og prinsippregelen er presumsjonen motsatt.

4.6.3 Nærmere om regelvalget, med særlig fokus på virkeområdet til avståelsesregelen⁵¹²

Retningslinjene for regelvalget er utviklet i rettspraksis fra EMD. I James and Others (1986) uttrykte EMD at man først skal vurdere om det er avståelsesregelen eller kontrollregelen som kommer til anvendelse, for deretter om man må falle tilbake på prinsippregelen hvis inngrepet er vanskelig å kategorisere. Samtidig er ikke reglene «unconnected» i den forstand at avståelsesregelen og kontrollregelen må «be construed in the light of the general principle» i prinsippregelen.⁵¹³ Som Solheim har oppsummert, er det potensielt to vurderinger som først skal foretas – først om man «står ovenfor et avståelsestilfelle eller et kontrolltilfelle», og dersom inngrepet ikke kan kategoriseres i disse kategoriene «skal tilfellet vurderes etter prinsippregelen».⁵¹⁴

Før jeg går inn i den nærmere analysen av avståelsesregelen, må det påpekes at EMK P1-1 sin bruk av ordet «deprived» og ikke «expropriation» eller lignende tilsier at avståelsesregelen skal tolkes autonomt, det vil si «uavhengig av hvordan ekspropriasjon er definert i nasjonal sammenheng».⁵¹⁵

EMK P1-1 sin ordlyd gir indikasjon på hvordan regelvalget skal foretas gjennom ordlyden «deprived» («fratatt») i avståelsesregelen og «control» («kontrollere») i kontrollregelen. Umiddelbart tilsier ordlyden at avståelsesregelen er parallellen til «avgj», mens kontrollregelen er parallellen til utenfor «avgj». Men når man ser nærmere på ordene er det visse nyanseforskjeller i ordene «avgj» og «deprived». Som beskrevet i punkt 4.2 kan avgj tilsi at det må skje en form for overføring – når en person må avgj noe blir det tatt fra han og videreført til noen andre. «Deprived» har derimot ikke den samme indikasjonen på at det må skje en overføring – ordet kan også brukes der noen mister noe uten at det skjer en videreføring til andre. EMK P1-1 sin ordlyd alene kan derfor indikere at avståelsesregelen favner videre enn Grunnloven § 105 sitt «avgj»-vilkår, fordi ordlyden ikke har det samme umiddelbare kravet om overføring.

I juridisk teori har det vært uttrykt generelle synspunkter for hva som ligger i «deprived». Solheim har beskrevet at det som er «essensen ved eiendomsavståelse er at eierens rett utslokkes, normalt til fordel for noen andre, selv om dette verken er nødvendig eller tilstrekkelig i seg selv».⁵¹⁶ At dette ikke er nødvendig viser EMD sin utvikling av læren om de facto-ekspropriasjon i Sporrang and Lönnroth (1982) og senere avgjørelser. Jorem har uttalt at «the hallmark of deprivation is the transfer of property rights, by operation of law or by the exercise of legal power to the same effect».⁵¹⁷

Den grunnleggende dommen er Sporrang and Lönnroth (1982), men senere rettspraksis har presisert hvordan regelvalget skal foretas.⁵¹⁸ I Sporrang and Lönnroth (1982) begynte EMD med å slå fast at inngrepet som svenske myndigheter foretok «did not proceed to an expropriation of the applicants' properties», og de ble derfor ikke «formally «deprived of their possessions» at any time» siden de fortsatt kunne råde over eiendommene.⁵¹⁹ I fravær av slik formell ekspropria-

⁵¹² Avhandlingens redegjørelse bygger på beskrivelsen og systematiseringen i Solheim (2010) kapittel 3.3.

⁵¹³ James and Others (1986) avsnitt 37.

⁵¹⁴ Solheim (2010) s. 66 med henvisning til Sporrang and Lönnroth (1982) avsnitt 61.

⁵¹⁵ Solheim (2010) s. 66–67, med videre henvisning til Gauksdóttir (2004) s. 236–237.

⁵¹⁶ Solheim (2010) s. 66, med videre henvisning til Jacobs m.fl. (2006) s. 358.

⁵¹⁷ Jorem (2023a) s. 116

⁵¹⁸ Solheim (2010) s. 66 fotnote 165.

⁵¹⁹ Sporrang and Lönnroth (1982) avsnitt 62.

sjon mente EMD at man «must look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained».⁵²⁰ Med den begrunnelse at EMK skal sikre at rettighetene er «practical and effective», må EMD vurdere om «that situation amounted to a de facto expropriation».⁵²¹

I senere rettspraksis har kravene til de facto-expropriation blitt nærmere beskrevet. I Pine Valley Developments Ltd. and Others (1991) konkluderte EMD med at det ikke var tale om en de facto-expropriation. Årsaken til dette var at eiendommen «was not left without any meaningful alternativ use» og selv om verdien var redusert var eiendommen «not rendered worthless».⁵²² På bakgrunn av denne dommen uttrykker Jorem at EMD har utviklet en «strict test, and asked whether the property has lost meaningful alternative use, and whether the applicant's right has been deprived of its substance or otherwise been rendered worthless».⁵²³

Læren om de facto-expropriation har likhetstrekk med det prinsippet som Høyesteretts flertall argumenterte for i Lamyrdommen.⁵²⁴ Begrunnelsen ble avsagt under sterk dissens, og senere praksis har begrenset, for deretter fraveket, dette prinsippet.⁵²⁵ For vernet etter EMK P1-1 isolert sett har dette mindre relevans, men for EMK P1-1 sin betydning ved tolkningen av «avgi» i Grunnloven § 105 er dette relevant å se til.

Basert på Sporrang and Lönnroth (1982) og Pine Valley Developments Ltd. And Others (1991), kan virkeområdet til avståelsesregelen virke klarlagt.

Problemet er, som Jorem har poengtert, at rettspraksis fra EMD er «neither transparent nor consistent» når det gjelder analysen av «deprived» etter at man har sett på «the effects of the interference».⁵²⁶ For å vurdere om et inngrep innebærer at eiendom blir «deprived» har rettspraksis sett på andre faktorer som «the purpose of the interference, the type of asset involved, and the applicant's position in domestic law» – men hvordan dette blir vektlagt «is unclear».⁵²⁷ Et videre kompliserende element, som har blitt fremhevet av Falkanger, er at tendensen i nyere praksis fra EMD går «i retning av at EMD foretar et totalskjønn» når det gjelder regelvalget.⁵²⁸

4.6.4 Hvilken betydning har virkeområdet til avståelsesregelen «deprived» for tolkningen av «avgi» i Grunnloven § 105.

Etter denne overordnede gjennomgangen skal avhandlingen gå over i det sentrale spørsmålet tilknyttet EMK P1-1: Hvilken betydning har EMK P1-1, særlig avståelsesregelen, for tolkningen av «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105. Avhandlingen behandler kun det nærmere spørsmålet om, og i så fall hvordan, regelvalget under EMK P1-1 og særlig avståelsesregelen er relevant ved tolkning av «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105. Det avgrenses derfor fra å ta stilling til de andre aspektene i forholdet mellom EMK P1-1 og Grunnloven § 105.

I det videre skal avhandlingen redegjøre kort for de overordnede synspunktene i juridisk litteratur knyttet til betydningen av folkeretten og menneskerettigheter i tolkningen av Grunnloven, før den går inn i det konkrete spørsmålet om regel-

⁵²⁰ Sporrang and Lönnroth (1982) avsnitt 63, med henvisning til Van Droogenbroeck (1982) avsnitt 38.

⁵²¹ Sporrang and Lönnroth (1982) avsnitt 63, med henvisning til Airey (1979) avsnitt 24

⁵²² Pine Valley Developments Ltd. and Others (1991) avsnitt 56.

⁵²³ Jorem (2023a) s. 116–117.

⁵²⁴ Se punkt 4.4.2.3 for en nærmere behandling av dommen.

⁵²⁵ Se punkt 4.4.2.4 og særlig Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) s. 89.

⁵²⁶ Jorem (2023a) s. 121.

⁵²⁷ Jorem (2023a) s. 121.

⁵²⁸ Falkanger (2023) s. 159, med videre henvisning til Solheim (2010) s. 74–75.

valgets og avståelsesregelens betydning for tolkningen av «avgj»-vilkåret i Grunnloven § 105.⁵²⁹

Det første synspunktet er autonom tolkning. Etter dette synspunktet skal Grunnloven tolkes uavhengig av de internasjonale menneskerettighetene. Smith har uttrykt at en konstitusjon, der ikke annet er sagt, må «tolkes *autonomt* i den forstand at ord og uttrykk skal forstås uavhengig av tilsvarende ord og uttrykk i andre deler av den nasjonale rett eller i folkeretten».⁵³⁰ Dette medfører «ingen grunn til å tolke grunnlovsbestemmelser utvidende for å unngå at de gir *svakere* vern enn EMK», og «heller ingen grunn til å tolke grunnlovsbestemmelser som i utgangspunktet gir *bedre* vern, innskrenkende fordi vernet etter EMK går kortere».⁵³¹ At Grunnloven skal tolkes autonomt, er likevel ikke til hinder for at man kan «bruke traktatretten som kilde til *inspirasjon* ved tolkning av grunnlovsbestemmelser om tilsvarende spørsmål».⁵³² Stub har tatt dette standpunktet når det gjelder EMK art. 8 og SP art. 17 sin relevans for den tidligere Grunnloven § 102 (nå Grunnloven § 102 første ledd andre punktum). Han har konkludert at bestemmelsen «må undergis en selvstendig tolking, langt på vei uavhengig av EMK artikkel 8 og SP artikkel 17».⁵³³ Han har likevel åpnet for at det kan legges «atskillig vekt på de interesser som EMK og SP verner», og at man kan la seg «inspirere av den rettsutvikling som finner sted i disse rettssystemene».⁵³⁴

Den autonome tolkningen betyr dermed at man ser på Grunnloven og internasjonale menneskerettigheter som to forskjellige, uavhengige spor. Hvis den ene går lengre enn den andre påvirker ikke dette den andre, ettersom menneskerettighetene ikke skal innskrenke nasjonal rett og lovgiver kan vedta lover som går lengre enn menneskerettsvernet i Grunnloven.

Det andre synspunktet er å aktivt bruke de internasjonale menneskerettighetene, herunder EMK, i tolkningen av Grunnloven. Et slikt generelt utgangspunkt har blitt argumentert for av Kierulf, som har konkludert med at «Grl. § 110 c [nå Grl. § 92, min tilføyelse], hensynene bak presumsjonsprinsippet og menneskerettighetenes karakter» tilsier at EMK ikke «bare er en tillatt kilde, men bør trekkes inn i grunnlovstolkningen der det er aktuelt».⁵³⁵ Om dette er aktuelt, vil bero på om Grunnloven og internasjonale rettigheter er «av supplerende eller konkurrerende art», og hvor «åpen» den aktuelle grunnlovsbestemmelsen er for avveininger».⁵³⁶

Denne måten å tolke Grunnloven på innebærer at der det er aktuelt, skal internasjonale menneskerettigheter trekkes inn i tolkningen. Eksempel på dette er tolkningen av Grunnloven § 102 første ledd første punktum i Rt. 2015 s. 93 (Maria), der Høyesterett uttalte at bestemmelsen «skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene» i SP art. 17 og EMK art. 8.⁵³⁷

Spørsmålet jeg derfor skal undersøke her er om EMK P1-1 sin avståelsesregel er relevant for vurderingen av Grunnloven § 105 sitt «avgj»-vilkår.

Grunnloven selv løser ikke spørsmålet om de internasjonale menneskerettighetenes stilling i tolkningen av Grunnloven. I Grunnloven § 92 finnes riktignok en plikt for myndighetene til å «respekttere og sikre menneskerettighetene», både i «denne grunnlov» og i «bindende traktater om menneskerettigheter». Aall har tolket Grunnloven § 92 som en «konstitusjonell forankring for å trekke inn EMK

⁵²⁹ Spørsmålet om EMK P1-1 sin betydning for tolkningen av Grunnloven § 105 har blitt behandlet blant annet i Alvik (2021b) kapittel 2.1, Broch Hauge (2016) kapittel 9.2 og Stavang/Stenseth (2016) kapittel 9.3.2.

⁵³⁰ Smith (2021) s. 325.

⁵³¹ Smith (2021) s. 326.

⁵³² Smith (2021) s. 326.

⁵³³ Stub (2011) s. 102.

⁵³⁴ Stub (2011) s. 102–103.

⁵³⁵ Kierulf (2011) s. 45.

⁵³⁶ Kierulf (2011) s. 45.

⁵³⁷ Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57.

og lignende traktater ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsene».⁵³⁸ Om det er en plikt er derimot bestemmelsen ikke klar på. Skoghøy har fremhevet at bestemmelsen ikke er en inkorporering av internasjonale menneskerettigheter på konstitusjonelt nivå, men «et pålegg til domstolene om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er inkorporert i norsk rett, og å sørge for at eventuelle menneskerettskrenkelser blir reparert».⁵³⁹

Forholdet mellom bestemmelsene er drøftet av Lønningutvalget, som oppsummerte den rettslogiske forskjellen mellom bestemmelsene ved at Grunnloven § 105 sitt rettsvilkår er «eiendomssekspropriasjon» og rettsfølgen er «full erstatning», mens EMK P1-1 sitt rettsvilkår er «uforholdsmessig inngrep i eiendomsretten», mens rettsfølgen er «rimelig kompensasjon».⁵⁴⁰ Riktignok tyder uttalelser fra Lønningutvalget på at de mente praksis fra EMD var relevant ved tolkningen av Grunnloven § 105, men fremhevet også at det «manglende samsvaret mellom Grunnloven § 105 og EMK P1-1» vil tilsi at det må «utvises et kyndig skjønn når praksis relatert til EMK P1-1 skal nyttes ved tolkningen av Grunnloven § 105».⁵⁴¹

Praksis fra Høyesterett løser heller ikke svaret. For Grunnloven § 102 første ledd første punktum har Høyesterett lagt til grunn at bestemmelsen «skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene» – det vil si SP artikkel 17 og EMK artikkel 8.⁵⁴² Dette ble begrunnet med at bestemmelsen «bygger blant annet på» de folkerettslige forbildene, og «likhetstrekkene med EMK er store».⁵⁴³ Grunnloven § 105 og EMK P1-1 har et annet forhold, ettersom Grunnloven § 105 med unntak av den språklige fornyelsen i 2014 har forblitt uendret siden vedtakelsen i 1814. Når Grunnloven § 105 sammenlignes med avståelsesregelen i EMK P1-1 første ledd andre punktum, er det visse likhetstrekk i at vilkåret for inngrepene i Grunnloven er «avgj», mens det i avståelsesregelen er «deprived» (oversatt til «fratatt»). Inntrykket blir annerledes når man sammenligner praksisen som har utviklet seg i EMD tilknyttet «de facto-expropriation»⁵⁴⁴ og tendensen til å foreta «et totalskjønn»⁵⁴⁵, med Høyesteretts avvisning av de facto-ekspropriasjon basert på inngrepets virkning⁵⁴⁶ og det i utgangspunktet klare skillet mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjoner med en snever adgang for erstatning ved rådighetsinnskrenkninger.⁵⁴⁷ Uttalelsene i Rt. 2015 s. 93 (Maria) må etter dette ha begrenset vekt for spørsmålet om «deprived» sin betydning for «avgj», siden begrunnelsen for tolkningen i Mariadommen ikke treffer forholdet mellom Grunnloven § 105 og EMK P1-1.

Når det gjelder Høyesteretts behandling av saker der både Grunnloven § 105 og EMK P1-1 har blitt påberopt som rettslig grunnlag er det flere eksempler på at bestemmelsene behandles selvstendig. Både i Rt. 2004 s. 1985 (barns fiske rett) og Rt. 2008 s. 1281 (Øvre Ullern) behandlet Høyesterett spørsmålet om erstatning etter Grunnloven § 105 og EMK P1-1 separat. I HR-2021-1429-A (Saarivuoma) uttrykte både førstvoterende og andrevoterende at erstatning kan bygge på «ekspropriasjonsrettslige prinsipper»⁵⁴⁸ etter Grunnloven § 105 og EMK P1-1, men vurderingen ble tatt med utgangspunkt i vilkårene for analogiske anvendelsen av Grunnloven § 105.

⁵³⁸ Aall (2022) s. 46.

⁵³⁹ Skoghøy (2015) s. 19.

⁵⁴⁰ Lønningutvalget s. 89.

⁵⁴¹ Lønningutvalget s. 89.

⁵⁴² Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57.

⁵⁴³ Mariadommen avsnitt 57.

⁵⁴⁴ Se Sporrang and Lönnroth (1982) avsnitt 63.

⁵⁴⁵ Se Falkanger (2023) s. 159.

⁵⁴⁶ Se Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) s. 89.

⁵⁴⁷ Se Rt. 2004 s. 1092 (Senja) avsnitt 76 og Rt. 2005 s. 469 (Gardermoen) avsnitt 29.

⁵⁴⁸ HR-2021-1429-A (Saarivuoma) avsnitt 152 og 178.

Systembetragtninger kan tale for å holde de to bestemmelsene atskilt.⁵⁴⁹ Grunnloven er *lex superior* for formell lov og forskrift. Dette innebærer både at «grunnloven «går foran» rettsregler med lavere rang» (offensiv grunnlovskraft) og at grunnlovsbestemmelser «blir stående inntil den blir opphevet, endret eller fraveket gjennom vedtak (minst) på samme nivå som bestemmelsen selv» (defensiv grunnlovskraft).⁵⁵⁰ For å endre Grunnloven må prosessen som beskrevet i Grunnloven § 121 følges. EMK P1-1 er gjennomført i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 bokstav a, med forrang for annen lovgivning jf. menneskerettsloven § 3. Selv om artikkelen er gitt forrang for andre lover, innebærer ikke dette at den er på samme trinnhøyde som Grunnloven.

En samlet tolkning av bestemmelsene vil også åpne for vanskelige tolknings-spørsmål og avgrensninger. Grunnloven § 105 og EMK P1-1 er regler med ulik utforming med et stort tilfang av praksis tilknyttet seg. Der Grunnloven § 105 oppstiller en rett til full erstatning der noen må «avgi» eiendom, gir EMK P1-1 en prinsippregel om vern av eiendomsretten, i tillegg til at den baserer seg på proporsjonalitet i inngrepsvurderingen og i erstatningsvurderingen. Ifølge Kierulf vil situasjonen «der betingelses- eller virkningsssidene i de to rettighetsbeskyttelsene ikke er sammenfallende», bety at det vil «kunne være lite aktuelt å trekke inn EMK for å klarlegge Grunnlovens nærmere innhold» – noe «tilfellet kan være med eiendomsbeskyttelsen i Grl. § 105 og EMK P1-1».⁵⁵¹ Dette poenget har også blitt fremhevet av Aall, som har uttrykt at der «reglenes oppbygning [er] forskjellig, som ved eiendomsretten (Grl. § 105 og EMKs 1 TP artikkel 1), blir det mer utfordrende å overføre tolkninger av EMK til Grunnloven», og i stedet vil «Høyesterett gjerne holde seg til EMK-reguleringen uten å trekke inn Grunnloven».⁵⁵² Et motargument her kan være at avståelsesregelen i EMK (ordlyden «deprived») har likhetstrekk med den direkte anvendelsen av Grunnloven § 105 (ordlyden «avgi»), men disse likhetene blir mindre fremtredende når EMD sin lære om «de facto»-ekspropriasjoner⁵⁵³ og tendensen mot «et totalskjønn»⁵⁵⁴ trekkes inn.

Til slutt kan det påpekes at det ikke innebærer en innskrenkning av menneskerettighetene å holde de atskilte fra grunnlovstolkningen. Den rettigheten som når lengst av Grunnloven § 105 og EMK P1-1 vil bli anvendt, ettersom begge bestemmelsene gir et minstevern som lovgiver kan gå lengre enn. Som Høgberg/Moltumyr Høgberg har påpekt vil det for inkorporerte EMK-bestemmelser «uansett være et begrenset behov for å benytte EMK ved fortolkningen av en tilsvarende rettighetsbestemmelse i Grunnloven, siden EMK uansett kan påberopes direkte som en del av norsk rett».⁵⁵⁵ Og dersom myndighetene for eksempel gir en lov som forutsetningsvis er i tråd med Grunnloven § 105, men i strid med EMK P1-1, vil denne loven måtte vike for vernet etter EMK P1-1 ettersom artikkelen er gitt forrang for norsk lov. Hvis en norsk domstol havner i den situasjonen at den velger utelukkende å se til Grunnloven § 105, og ikke ser til EMK P1-1, kan dette bli klaget inn til EMD dersom dette fører til brudd på EMK P1-1.

Basert på disse synspunktene vil avhandlingen legge til grunn at tolkningen av begrepet «avgi» i Grunnloven § 105 skal være selvstendig, og som utgangspunkt uavhengig av «deprived» i EMK P1-1. Derimot kan det, som presisert av Stub, leg-

⁵⁴⁹ Stub (2011) s. 100 har brukt dette argumentet for tidligere Grunnloven § 102.

⁵⁵⁰ Smith (2021) s. 70, med henvisning til Ross (1966a) s. 170 f.

⁵⁵¹ Kierulf (2013) s. 441.

⁵⁵² Aall (2022) s. 47, med videre henvisning til Rt. 2015 s. 421 (Grimstvedt) og HR-2016-304-S (Guldberg).

⁵⁵³ Sporrang and Lönnroth (1982), se punkt 4.6.3.

⁵⁵⁴ Falkanger (2023) s. 159, med henvisning til Solheim (2010) s. 74–75.

⁵⁵⁵ Høgberg/Moltumyr Høgberg (2013) s. 215.

ges vekt på de interessene som EMK verner og ta inspirasjon fra rettsutviklingen i rettssystemet.⁵⁵⁶

4.6.5 Sammenfatning og konklusjon

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor vil regelvalget under EMK P1-1 og avståelsesregelen ikke ha direkte betydning som tolkningsmoment for «avgj». Dette betyr at blant annet EMD sin lære om «de facto-expropriation» ikke er relevant å se til ved avgjørelsen av om et inngrep er å «avgj» etter Grunnloven § 105. Dette forhindrer likevel ikke i å se til de grunnleggende hensynene regelen beskytter som reelle hensyn ved grunnlovstolkningen, eller å ta inspirasjon fra bestemmelsen.

Et poeng jeg vil trekke frem som kan være av betydning for forståelsen av Grunnloven § 105 i relasjon til «de facto-expropriation», er EMD sitt fokus på at rettighetsvernet skal være praktisk og effektivt, og at man av den grunn må se forbi formalitetene. Lignende synspunkt er argumentert for i tidligere statsrettsteori av Knoph, ved at lovgiver ikke kan gå utenfor Grunnlovens skranker «indirekte, ved å søke å bruke andre sider av sin maktfylde til å nå resultater som grunnloven vil forhindre».⁵⁵⁷ Når dette grunnleggende synspunktet overføres til «avgj» og vurderingen av overføringselementet, vil dette etter mitt syn trekke i retning av at overføringselementet til inngrepet må vurderes på bakgrunn av realitetene.

Dette synspunktet har begrenset vekt, ettersom man bare kan se til det som et reelt hensyn. Uavhengig av den rettskildemessige vekten til en slik synsmåte, vil det kunne være til inspirasjon for løsningen av spørsmålet om virkeområdet til Grunnloven § 105 i et de lege ferenda-perspektiv.

4.7 Reelle hensyn

Det siste avhandlingen skal se på i tolkningen av «avgj»-vilkåret og betydningen av overføringselementene er reelle hensyn. Avhandlingen skal særlig se på to hensyn som Grunnloven § 105 hviler på, og hvordan disse påvirker tolkningen.

Det første hensynet er rettferdighetshensynet. Som beskrevet av Andenæs/Fliflet vil det «være urettferdig å ta eiendommen fra en person uten å gi erstatning for det man tar».⁵⁵⁸ Om rådighetsoverføringen er formell eller reell, vil etter mitt syn ikke påvirke urettferdigheten av fratakelsen – det blir verken mer eller mindre urettferdig om overføringen er formell eller reell. I tillegg vil jeg fremheve at rettferdighetshensynet ikke gjør seg like gjeldende på generelt grunnlag der det ikke skjer en overføring, siden ingen oppnår konkrete fordeler på bekostning av personen og rettighetshavere må i større grad forvente regulering. Rettferdighetshensynet kan imidlertid begrunne erstatning ved de vesentlige og sterkt urimelige rådighetsinnskrenkningene, ettersom noe annet ville virket urettferdig.

Det andre hensynet som kan trekkes frem er likhetshensynet. Selv om bestemmelsen ikke forhindrer myndighetene å ta eiendom til samfunnsformål, beskytter bestemmelsen de private interessene ved at de ikke må bære det økonomiske tapet alene. Som Smith har formulert, vil den sikre at «den økonomiske *belastningen* som slike tiltak medfører, ikke bare rammer dem som mister sin eiendom», men at utgiftene i stedet blir «fordelt etter prinsipper som beskatning etter evne».⁵⁵⁹ Dette betyr, som fremhevet av Andenæs/Fliflet, at de «[ø]konomiske ofre som samfunnet krever, skal bæres av borgerne i fellesskap, ikke veltes over på den eller de enkelte som tilfeldigvis sitter med den eiendom det offentlige har bruk for».⁵⁶⁰ Også dette

⁵⁵⁶ Stub (2011) s. 102–103.

⁵⁵⁷ Knoph (1921) s. 72.

⁵⁵⁸ Andenæs/Fliflet (2017) s. 542.

⁵⁵⁹ Smith (2021) s. 394.

⁵⁶⁰ Andenæs/Fliflet (2017) s. 542.

hensynet gjør seg like gjeldende om overføringen er formell eller reell, siden det ikke innebærer noen mindre økonomiske ofre om overføringen skjer formelt eller reelt. Det kan i tillegg argumenteres for at hensynet til likhet gjør seg gjeldende også for inngrep uten overføringselement, siden inngrep uten overføringselement kan innebære store økonomiske ofre for personen, som kunne blitt pulverisert. Et motargument her er at dersom denne typen inngrep innebærer store økonomiske ofre vil dette ofte ta utgangspunkt i en fremtidig eller endret bruk, noe som har et generelt svakere vern enn en etablert eller påregnelig bruk.

Mer generelt kan også hensynet til lik behandling av like tilfeller trekkes frem i retning av at overføringselementet må vurderes basert på realitetene. Stavang/Stenseth har fremhevet dette hensynet for hvorfor planinngrep i servitutter der grunneiers rådighet utvides i tråd med eiendomsrettens elastisitet ikke kan vurderes etter praksis knyttet til naturfredning, med en terskel som «må ligge forholdsvis lavt».⁵⁶¹

Sammenfatningsvis vil de hensynene som Grunnloven § 105 bygger på, særlig rettferdighetshensynet og likhetshensynet, bety to ting. For det første at vernet hovedsakelig gjelder der det skjer en overføring, og for det andre at vurderingen av dette må skje på bakgrunn av både formalitetene og realitetene.

⁵⁶¹ Stavang/Stenseth (2016) s. 283.

5 Sammenfatning og konklusjon

5.1 Innledning og overordnet konklusjon

Etter gjennomgangen av kildene ovenfor, skal jeg sammenfatte mine synspunkter rundt overføringselementet betydning for vurderingen av om et eiendomsinngrep utløser ekspropriasjonsvernet etter «avgi»-vilkåret i Grunnloven § 105. Rettskildene er ikke entydige, men når de sees i lys av hensynene de bygger på vil jeg argumentere for følgende utgangspunkter.

For at et eiendomsinngrep skal utløse retten til full erstatning i Grunnloven § 105, må inngrepet innebære at rettighetshaver må «avgi» sin eiendom. Ut fra høyesterettspraksis – særlig Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov), Rt. 1970 s. 67 (strandlov) og Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II) – sett i lys av bestemmelsens formål, må dette tolkes slik at inngrepet må innebære en «overføring av rådighet». Denne regelen passer godt når den skal anvendes på ytterpunktene i glideskalaperspektivet, eksempelvis formelle ekspropriasjoner på den ene siden og naturfredninger på den andre siden. Den passer ikke like godt på inngrepene som har elementer av begge sider. For å nyansere dette, vil jeg anføre tre prinsipielle synspunkter tilknyttet overføringselementets betydning.

For det første vil jeg anføre at den sentrale vurderingen for spørsmålet om et eiendomsinngrep omfattes av «avgi» er en vurdering av overføringselementet, altså en vurdering av om inngrepet innebærer en rådighetsoverføring, eller om rådigheten bare i større eller mindre grad fryses fast. For det andre må både formalitetene og realitetene tas i betraktning når overføringselementet skal vurderes. For det tredje viser rettspraksis og juridisk teori at vurderingen av overføringselementet må nyanseres i lys av glideskalaperspektivet, og i noen situasjoner kan inngrepet verken sies å være en rådighetsoverføring eller bare innebære at rådigheten i større eller mindre grad fryses fast. Et sentralt spørsmål som kan spørres i de situasjonene er *i hvilken grad inngrepet innebærer en overføring av rådighet*.

I det neste punktet skal jeg redegjøre for hvordan overføringselementet bør vurderes på bakgrunn av rettspraksis. Deretter skal jeg skissere et forslag til en løsningsmodell, som både tar i betraktning ytterpunktene og mellomtilfellsene, i punkt 5.3. Til slutt skal jeg komme med noen avsluttende bemerkninger og noen ord om veien videre i punkt 5.4.

5.2 Vurdering av overføringselementet

Overordnet har vurderingen av overføringselementet – i hvilken grad inngrepet innebærer en overføring av rådighet – to aspekter med en indre sammenheng.

Det første aspektet er inngrepets faktiske virkninger. Hva som ligger i dette er presisert i rettspraksis, og særlig gir byrettens tredjevoterende Siewers votum veiledning. Etter hans syn må inngrep som faller inn under Grunnloven § 105 både innebære en «avstaaelse» fra eierens side og en «tilegnelse» fra statens side, som «overfører eiendomsraadigheten til staten eller andre til dens videre utnyttelse i samme eller andet øiemed».⁵⁶² Vurderingen av inngrepets faktiske virkninger kan dermed spaltes opp i to elementer – et *avståelseselement* og et *tilegnelseselement*. Alle eiendomsinngrep vil til en viss grad ha et element av faktisk overføring, slik at det blir et spørsmål om *grad av overføring*. Ved å skille mellom *avståelseselementet* og *tilegnelseselementet*, blir vurderingen mer presis.

Vurderingen må foretas konkret i det enkelte tilfellet, men noen momenter kan skisseres. Sentralt er om inngrepet medfører at andre får konkrete fordeler i form av økonomisk verdi eller faktisk rådighet (tilegnelseselementet), sammenholdt

⁵⁶² Rt. 1914 s. 177 (konsesjonslov – byretten) s. 205, med tilslutning fra flertallet i Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov) og Rt. 1970 s. 67 (strandlov).

med at dette skjer på bekostning av eiers eller rettighetshavers rådighet eller interesse (avståelseelementet). Naturfredninger kan være eksempel på et inngrep som kan ha et sterkt avståelseelement, men et svakt eller ikke-eksisterende tilegnelseelement. Inngrepet i barns fiskerett-dommen kan være eksempel på et inngrep med et sterkt tilegnelseelement, men et noe svakt avståelseelement.

Andre momenter kan være graden av sammenheng eller identitet mellom avståelseelementet og tilegnelseelementet. Mottakersubjektet kan også være relevant i lys av barns fiskerett-dommen, der anvendelse av Grunnloven § 105 med terskel blant annet ble begrunnet med at det var en definert gruppe av *allmennheten* som fikk tilegnet seg rådighet.

Det andre aspektet, som supplerer det første, er inngrepets formål. Der inngrepets formål er regulering og ikke overføring, og en eventuell fordel for andre er tilfeldig eller utilsiktet, betyr dette som utgangspunkt at man ikke står ovenfor en overføring av rådighet. Dersom formålet er overføring, vil det trekke i motsatt retning. Her vil det være relevant å vurdere loven eller vedtaket som hjemler inngrepet.

Formålsvurderingen har en positiv og en negativ side. Den *positive siden* er aktuell der myndighetene *angir* at inngrepets formål er at en overføring skal skje ved avståelse og tilegnelse, slik beskrevet i vurderingen av inngrepets faktiske virkninger. Den *negative siden* er der myndighetene ikke angir dette, men der det *reelle* formålet er å begunstige andre med rådighet eller verdi på bekostning av eier eller rettighetshaver. Dette bygger på uttalelsene i Rt. 1973 s. 705 (Krokedal), sett i sammenheng med beskrivelsene og uttalelsene fra Smith, Innjord, Odberg og Knoph, i tillegg til lojalitets- og gjennomskjæringsbetraktninger

Rt. 1973 s. 705 (Krokedal) side 712: Inngrepet «er ikke ekspropriasjonsartet for så vidt som vedtaket ikke tar sikte på å overføre verdier fra ham til andre. Dersom fredningen allikevel har medført fordeler for andre – det er her særlig pekt på Opsalgården som i noe begrenset omfang kan fortsette å fiske – så er det en utilsiktet bivirkning som ikke kunne unngås hvis fredningen skulle gjennomføres».

Knoph (1921) side 72: «[L]ovgiveren kan heller ikke [fatte bestemmelser som strider mot grunnloven] indirekte, ved å søke å bruke andre sider av sin maktfylde til å nå resultater som grunnloven vil hindre».

Odberg (1967) side 236: «Hensikten vil således ofte være avgjørende for hvorvidt erstatning må betales eller ei. Den vil, sammenholdt med virkningen, kunne fortelle hvorvidt man står overfor en maskert ekspropriasjon eller ei. Når Høyesterett i en rekke dommer uttaler seg om vedtakets saklighet og forsvarlighet, må det antas at dette er gjort nettopp for å konstatere hvorvidt vedtaket inneholder en lojal eller illojal hensikt».

Innjord (2004) side 719: Det avgjørende i Krokedaldommen for om inngrepet var et ekspropriasjonsinngrep var «om det forelå en tilsiktet overføring av verdier; dvs. om formålet med inngrepet var å overføre verdier (eller råderett) fra den som inngrepet rammet, til det offentlige eller andre. At andre rent faktisk kunne ha mer eller mindre tilfeldige fordeler av en rådighetsregulering, ble ikke ansett avgjørende».

Smith (2021) side 398: I «tilfeller der rådighetsbegrensningens reelle formål er å unngå erstatningsplikt [...] kan vi neppe se helt bort fra at domstolene vil kunne se bak fasaden».

De to vurderingene har en indre sammenheng. I de tilfellene der myndighetene positivt angir at et inngreps formål er å overføre rådighet, er det vanskelig å se at inngrepet ikke innebærer en faktisk overføring. Hvor sterk den faktiske overføringen er vil også kunne påvirke formålsvurderingen – sterkere faktisk overføringselement vil trekke i retning av at det reelle formålet har vært overføring, og motsatt der overføringen er svakere. Og som fremhevet at Odberg vil «[h]ensikten [...] sammenholdt med virkningen, kunne fortelle hvorvidt man står overfor en maskert ekspropriasjon eller ei».⁵⁶³

⁵⁶³ Odberg (1967) s. 236. Selv om Odberg bruker annen terminologi, er uttalelsen beskrivende for forholdet.

5.3 Løsningsmodell

Vurderingen av overføringselementet vil påvirke spørsmålet om vern etter Grunnloven § 105 på to forskjellige måter – ved fastlegging av erstatningsvernets utgangspunkt, og ved en eventuell helhetsvurdering.

Som lagt til grunn i teorien og illustrert i rettspraksis, kan man se ekspropriasjon og rådgighetsinnskrenkninger som ytterpunkter på en glideskala. Dette henger sammen med at overføringselementet – graden av overføring – vil variere i styrke, slik som tilfellet også er ved tilbakevirkningselementet i Grunnloven § 97. Rettspraksis tilknyttet Grunnloven § 105 tar i hovedsak for seg inngrep nær ytterpunktene, men det finnes spor av denne glideskalaen i rettspraksis. Etter mitt syn kan det skisseres opp tre overordnede kategorier.

Den første kategorien er kjernen av «avgj», nemlig formelle ekspropriasjoner. I denne kategorien faller også inngrep som må likestilles med formelle ekspropriasjoner, som forlengelsesretten (isolert) og innløsningsretten i henholdsvis Øvre Ullern-dommen og Sørheimdommen, og bankdemokratisering i bankdemokratiseringsdommen.⁵⁶⁴ Disse inngrepene ligger på ytterpunktet av glideskalaen der overføringselementet står sterkest. Inngrepene innebærer rådgighetsoverføring, og erstatning skal gis uavhengig av inngrepets vesentlighet eller urimelighet.

Den andre kategorien er inngrepene som ligger utenfor «avgj». En rekke rådgighetsinnskrenkninger faller i denne kategorien – eksempelvis naturfredninger, generelle byggeforbud og konsesjonslovgivning. Disse inngrepene ligger på ytterpunktet av glideskalaen der overføringselementet er svakt eller ikke-eksisterende, ettersom det verken kan identifiseres en konkret tilegnelse eller formål om overføring. Inngrepene innebærer at rådgigheten kun i større eller mindre grad fryses fast, og her er hovedregelen at erstatning ikke skal gis etter Grunnloven § 105 med mindre inngrepet både er «vesentlig» og «sterkt urimelig» etter en helhetsvurdering.

Den tredje kategorien er de inngrepene som ligger imellom de to førstnevnte. Dette er inngrep som verken innebærer en rådgighetsoverføring eller at rådgigheten kun i større eller mindre grad fryses fast. Siden overføringselementet i disse tilfellene er mer fremtredende enn den andre kategorien, vil ordlyden og prinsippet i Grunnloven § 105, sammenholdt med hensynene bak regelen og holdepunkter i rettspraksis, kreve et sterkere vern enn for rådgighetsinnskrenkningene i kategori to uten at de kan likestilles med formell ekspropriasjon. Dette kan kalles for en utvidende tolkning av «avgj»-vilkåret. Et eksempel på et slikt inngrep finnes i barns fiskerett-dommen, og avhandlingen har påpekt sider ved inngrepene i både Senja-dommen og Saarivuoma-dommen som kan aktualisere en nærmere vurdering. For denne kategorien kan det oppstilles et utgangspunkt om vern, der unntak kan tenkes. Følger man barns fiskerett-dommen vil «mindre vesentlig inngrep» unntas.

Hvordan den nærmere avgrensningen skal foretas mellom de tre kategoriene er vanskelig å si noe generelt om, og vurderingen er konkret. Det kan også tenkes mellomsituasjoner mellom kategoriene.

Når det gjelder grensedragningen mot inngrep som likestilles med formelle ekspropriasjoner, vil jeg overordnet anta at det skal mye til før et inngrep som ikke er en formell ekspropriasjon kan likestilles med dette. For dette må det være en klar sammenheng mellom avståelsen og tilegnelsen, og inngrepets formål om at det skal skje en overføring – enten i positiv eller i negativ forstand – må være fremtredende. Blant annet kan det være relevant å sammenligne inngrepets overføringselement med overføringselementet i formell ekspropriasjon, eller med inngrep som tidligere rettspraksis har likestilt med formell ekspropriasjon. Eksempler

⁵⁶⁴ Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 89, Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim) avsnitt 35 og Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratisering) s. 586.

på dette er festerens forlengelsesrett (isolert) og innløsningsrett fra tomtefestesakene, og bankdemokratisering.⁵⁶⁵

Når det gjelder grensdragningen mellom kategori to og tre, er denne vanskeligere. Siden erstatningen i disse tilfellene beror på en helhetsvurdering med forskjellige utgangspunkter og terskler, vil en eventuell tvil måtte vektlegges i den konkrete vurderingen. At overføringselementet kan være relevant i den konkrete vurderingen kan eksemplifiseres ved HR-2021-1429-A (Saarivuoma), der mindretallet vektla at inngrepet hadde «klare likhetstrekk med ekspropriasjon».⁵⁶⁶

5.4 Avsluttende bemerkninger og veien videre

Denne avhandlingen har tatt for seg et spørsmål som helt siden midten av 1800-tallet har vært omdiskutert. Av den grunn har rettskildematerialet vært omfattende og dels sprikende. Avhandlingen har forsøkt å se sammenhengene og utviklingslinjene i rettskildene – der særlig en styrking av overføringselementet som avgjørende for erstatningsvernet etter «avgj»-vilkåret kan trekkes frem. I tillegg har jeg foreslått noen overordnede momenter i vurderingen av overføringselementet, i tillegg til en løsningsmodell som baserer seg på praksis og reelle hensyn.

På grunn av det omfattende rettskildebildet, og de uklarhetene og tvetydighetene som materialet inneholder, er det etter mitt syn behov for rettsavklaring fra Høyesterett. Det er behov for både en oppklaring rundt hvordan den nærmere fremgangsmåten for å vurdere overføringselementet er, herunder realitetenes betydning, og i hvilken grad det er åpning for et gradert ekspropriasjonsvern på bakgrunn av glideskalaperspektivet. Som beskrevet av Stenseth, kan den siste dommen på området «neppe gis særlig prejudikatsverdi».⁵⁶⁷

I de kommende årene, der eiendomsretten vil møte kryssende hensyn som bekjempelse av naturtap og klimaendringene, er det behov for klare rammer for hvilke inngrep myndighetene kan foreta seg i eiendom før det konstitusjonelle ekspropriasjonsvernet utløses. Formelle lover kan supplere det konstitusjonelle vernet når det gjelder en rekke rådighetsinnskrenkninger, men for Grunnlovens «avgj»-vilkår må dette løses gjennom rettsavklaringer fra Høyesterett.

⁵⁶⁵ Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 89, Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim) avsnitt 35 og Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratisering) s. 586.

⁵⁶⁶ HR-2021-1429-A (Saarivuoma) avsnitt 180.

⁵⁶⁷ Stenseth (2021) s. 10 om HR-2021-1429-A (Saarivuoma).

Litteratur- og kildeliste

Lover

Gjeldende lover

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven, Grl.)
- Lov 28. juni 1957 om friluftslivet (friluftsløven, fril.)
- Lov 23. oktober 1959 om oreigning av fast eigedom (oreigningslova, orl.)
- Lov 16. juni 1961 om ymse beitespørsmål (beitelova)
- Lov 16. juni 1961 om rettshøve mellom grannar (grannelova, gl.)
- Lov 21. juni 1963 om vegar (veglova, vegl.)
- Lov 9. desember 1966 om hevd (hevdslova, hevdsl.)
- Lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom (servituttløva, servl.)
- Lov 9. juni 1972 om svensk reinbeiting i Norge og norsk reinbeiting i Sverige (grensereinbeiteløven)
- Lov 6. juni 1975 om utnytting av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane (fjellova, fjell.)
- Lov 8. februar 1980 om pant (panteløven, pantel.)
- Lov 19. april 1984 om vederlag ved oreigning av fast eigedom (oreigningsvederlagslova, orvl.)
- Lov 15. mai 1992 om laksefisk og innlandsfisk mv. (lakse- og innlandsfiskloven, laksfl.)
- Lov 19. juni 1992 om skogsdrift m.v. i statsallmenningene (statsallmenningsloven, statsalml.)
- Lov 19. juni 1992 om bygdeallmenninger (bygdeallmenningsloven, bgdalml.)
- Lov 26. juni 1992 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven, tvangsl.)
- Lov 20. desember 1996 om tomtefeste (tomtefesteløva, tfl.)
- Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskeretts-loven, mrl.)
- Lov 4. juli 2003 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven, e-koml.)
- Lov 15. juni 2007 om reindrift (reindriftsloven)
- Lov 27. juni 2008 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven, pbl.)
- Lov 19. juni 2009 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven, nml.)
- Lov 19. juni 2009 om erverv og utvinning av mineralressurser (mineralloven)

Opphevede lover

- Lov 15. juli 1839 angaaende Haandværksdriften
- Lov 18. september 1909 om erhvervelse av vandfald, bergverk og anden fast eiendom (konesjonsloven)
- Lov 12. mai 1933 om reindriften
- Lov 24. mai 1961 om forretningsbanker (forretningsbankloven, fbl.)
- Lov 15. mai 1964 om laksefisket og innlandsfisket (lakseløven)
- Midlertidig lov 25. juni 1965 om forbud mot bygging m.v. i strandområder ved sjøen (strandloven)
- Lov 19. juni 1970 om naturvern (naturvernloven)
- Lov 26. januar 1973 om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom (ekspropriasjonserstatningsloven)
- Lov 10. juni 1977 om endringer i lov 24. mai 1961 om forretningsbanker

(bankdemokratiseringsloven)

- Lov 9. juni 1978 om reindrift

Forskrifter

- Forskrift 1. juli 1963 om reinbeitedistrikt, Troms (FOR-1963-07-01-1)
- Forskrift 21. juni 2005 om beiteområder for svensk rein i Norge (FOR-2005-06-21-717)

Traktater og konvensjoner

- Verdenserklæringen 10. desember 1948 for Menneskerettigheter (FNs Verdenserklæring)
- Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)
- Protokoll 20. mars 1952 til Konvensjonen 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK P1)
- Internasjonal konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)
- Internasjonal konvensjon 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)
- Konvensjon 9. februar 1972 mellom Norge og Sverige om reinbeite (Reinbeitekonvensjonen av 1972 – opphørt)

Forarbeider / etterarbeider

- Innst. O. XV (1937) Innstilling fra justiskomiteén om lov om almenhetens adgang til ferdseil og badning på strandstrekninger m.v.
- Innstilling med utkast til lov om friluftsløven m.v. fra Friluftsløvskomiteen av 1950, avgitt september 1954
- Ot.prp. nr. 19 (1959) Lov om ymse beitespørsmål
- NUT 1960:1 Rådsegn 5 – Om særlege råderettar over framand eigedom
- NOU 1976:52 Om demokratisering av forretningsbankene
- Ot.prp. nr. 29 (1991–1992) Lov om laksefisk og innlandsfisk m.v
- Innst.O. nr. 48 (1991–1992) Innstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om laksefisk og innlandsfisk m.v.
- Innst.O. nr. 53 (1991–1992) Tilleggsinnstilling fra kommunal- og miljøvernkomiteen om lov om laksefisk og innlandsfisk m.v.
- Innstilling fra den norsk-svenske reinbeitekommissjonen av 1997, avgitt i 2001
- Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) Om lov om endringer i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste
- Innst.O. nr. 105 (2003–2004) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste mv.
- NOU 2004:28 Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold (naturmangfoldloven)
- Ot.prp. nr. 25 (2006–2007) Om lov om reindrift (reindriftsloven)
- Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Lønningutvalget)
- Dok.nr.19 (2011–2012) Rapport fra Grunnlovsspråkutvalget om utarbeidelse av språklig oppdaterte tekstversjoner av Grunnloven på bokmål og nynorsk (Grunnlovsspråkutvalget)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

- Rt. 1866 s. 823 (Wedel-Jarlsberg)
- Rt. 1880 s. 257 (Holther)
- Rt. 1891 s. 569 (Backe)
- Rt. 1918 s. 403 (konsesjonslov)
- Rt. 1952 s. 1089 (hvalavgift)
- Rt. 1962 s. 369 (gullklausul)
- Rt. 1970 s. 67 (strandlov)
- Rt. 1973 s. 705 (Krokedal)
- Rt. 1974 s. 352 (Forbrigd)
- Rt. 1978 s. 442 (Lamyra)
- Rt. 1979 s. 572 (bankdemokratisering)
- Rt. 1979 s. 971 (Rønnåsmyra I)
- Rt. 1980 s. 94 (Fiskum)
- Rt. 1982 s. 850 (Arekilen)
- Rt. 1987 s. 80 (Rønnåsmyra II)
- Rt. 1987 s. 311 (Tveiterås)
- Rt. 1988 s. 276 (Røstad)
- Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvik)
- Rt. 1988 s. 890 (Jærstrendene)
- Rt. 1989 s. 1339 (Biliåsen)
- Rt. 1990 s. 284 (Selsbakk)
- Rt. 1993 s. 321 (Hydalen)
- Rt. 1993 s. 1333 (Småsetran)
- Rt. 1996 s. 1415 (Borthen)
- Rt. 2004 s. 1092 (Senja)
- Rt. 2004 s. 1985 (barns fiskerett)
- Rt. 2005 s. 469 (Gardermoen)
- Rt. 2006 s. 293 (Arves trafikkskole)
- Rt. 2007 s. 1281 (Øvre Ullern)
- Rt. 2007 s. 1308 (Sørheim)
- Rt. 2010 s. 143 (rederiskatt)
- Rt. 2013 s. 1345 (strukturkvote)
- Rt. 2014 s. 560 (Kjølen)
- Rt. 2015 s. 93 (Maria)
- Rt. 2015 s. 421 (Grimstvedt)
- HR-2016-304-S (Guldberg)
- HR-2016-389-A (stortingspensjon)
- HR-2020-2472-P (klima)
- HR-2021-1429-A (Saarivuoma)

Underrettspraksis

- Rt. 1914 s. 177 (konsesjonslov – byretten)

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

- Case 6289/73 of Airey v. Ireland (1979)
- Case 7906/77 of Van Droogenbroeck v. Belgium (1982)
- Case 7151/75; 7152/75 of Sporrang and Lönnroth v. Sweden (1982)
- Case 8793/79 of James and Others v. The United Kingdom (1986)

- Case 12 742/87 of Pine Valley Developments Ltd. and Others v. Ireland (1991)
- Case 13 221/08 and 2139/10 of Lindheim and Others v. Norway (2012)
- Case 2317/20 of The Karibu Foundation v. Norway (2022)

Litteratur

- Aall (1859)
Aall, Jacob. *Erindringer som Bidrag til Norges Historie fra 1800 til 1815*. 2. utg., Christiania: I. W. Cappelen, 1859.
- Aall (2022)
Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter 1.*, Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Alvik (2021a)
Alvik, Ivar. «§ 105.» I *Grunnloven, Historisk kommentarutgave 1814-2020*. Ola Mestad (red.) og Dag Michalsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2021, s. 1178–1202.
- Alvik (2021b)
Alvik, Ivar. «Vernet av økonomiske rettigheter mot regulering under Grl. §§ 97 og 105 og EMK P1-1.» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* årg. 134, nr. 2-3 (2021) s. 97–164.
- Andenæs (1962)
Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 3. utg., Oslo: Johan Grundt Tanum Forlag, 1962.
- Andenæs (1970)
Andenæs, Johs. «Strandlovdommen og den juridiske teori: Noen bemerkninger til professor Fleischers kommentar». *Lov og rett* årg. 9, nr. 8 (1970) s. 434–435.
- Andenæs (1975)
Andenæs, Johs. «Grunnlov og ekspropriasjonserstatning». *Lov og Rett (Trykt Utg.)*, årg. 1975, nr. 6 (1975) s. 243–274.
- Andenæs (1976a)
Andenæs, Johs. «Erstatningsspørsmål ved en demokratisering av forretningsbankene». Vedlegg 3 til NOU 1976:52.
- Andenæs (1976b)
Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 4. utg., Oslo: Tanum-Norli, 1976.
- Andenæs (1990)
Andenæs, Johs. *Statsforfatningen i Norge*. 7. utg., Oslo: Tano, 1990.
- Andenæs/Fliflet (2004)
Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne. *Statsforfatningen i Norge*. 9. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2004.
- Andenæs/Fliflet (2017)
Andenæs, Johs. og Fliflet, Arne. *Statsforfatningen i Norge*. 11. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Andersen (2016)
Andersen, Tallag. «Ekspropriasjonsrettslig tålegrense?». *Lov og rett* årg. 55, nr. 1 (2016) s. 3–11.
- Aschehoug (1885)
Aschehoug, T. H. *Norges Nuværende Statsforfatning* 3. bd., Christiania: H Aschehoug & Co, 1885.
- Aschehoug (1893)
Aschehoug, T. H. *Norges Nuværende Statsforfatning* 3. bd., 2. utg. Christiania: P. T. Mallings Boghandels Forlag, 1893.
- Aschehoug (1903)

- Aschehoug, T. H. m.fl. «Betænkning afgivet af Det juridiske Fakultet angaaende Forstaaelsen af Grundlovens § 105». Inntatt i Rt. 1903 s. 241.
- Baldersheim (2017)
Baldersheim, Erlend. *Til tingsrettens teori*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2017.
 - Broch Hauge (2016)
Broch, Katrine Hauge. *Fallrettar og ekspropriasjonserstatning*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
 - Bugge (2009)
Bugge, Hans Chr. «Erstatning for rådighetsinnskrenkninger: Står vi ved et «paradigmeskifte»?» *Lov og Rett* årg. 48, nr. 5 (2009) s. 257–258.
 - Bugge (2022)
Bugge, Hans Chr. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 6. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
 - Castberg (1935)
Castberg, Frede. *Norges statsforfatning* 2. bd., Oslo: O. Christiansen Boktrykkeri, 1935.
 - Castberg (1964)
Castberg, Frede. *Norges statsforfatning* 2. bd., 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget 1964.
 - Eng (2007)
Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
 - Fagernæs (2015)
Fagernæs, Sven Ole. «Høyesteretts rolle ved utvikling av ekspropriasjons- og reguleringsretten – en juridisk historie om bygging av et land» i *Lov, sannhet og rett: Norges Høyesterett 200 år*. Tore Schei (red.), Jens Edvin A. Skoghøy (red.) og Toril M. Øie (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2015, s. 650–680.
 - Falkanger (2009)
Falkanger, Thor. *Allmenningsrett*. Oslo, Universitetsforlaget, 2009.
 - Falkanger (2017)
Falkanger, Thor. *Tomtefesteloven: kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
 - Falkanger (2023)
Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*. 6. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2023.
 - Fleischer (1968)
Fleischer, Carl August. *Grunnlovens grenser for lovregulert fastsetting av erstatning ved ekspropriasjon, særlig ved verdistigning som ikke skyldes grunneiers innsats*. Oslo: Universitetsforlaget, 1968.
 - Fleischer (1970)
Fleischer, Carl August. «Strandlovdommen». *Lov og Rett* årg. 9, nr. 4 (1970) s. 209–223.
 - Fleischer (1975)
Fleischer, Carl August. «Grunnloven § 97». *Jussens Venner* (1975) s. 183–251.
 - Fleischer (1978)
Fleischer, Carl August. *Norsk ekspropriasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget, 1978.
 - Fleischer (1981)
Fleischer, Carl August. «Naturvern og erstatningsansvar – avgrensningen mellom erstatningsbetingende og erstatningsfrie restriksjoner». *Tidsskrift for rettsvitenskap* årg. 95, nr. 2–3 (1981) s. 238–272.
 - Fuglum (1995)
Fuglum, Per. *Norges historie bind 12, Norge i støpeskjeen 1884–1920* 3. utg., Oslo: J. W. Cappelen Forlag, 1995.

- Funderud Skogvang (2023)
Funderud Skogvang, Susann. *Samerett*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2023.
- Gauksdóttir (2004)
Gauksdóttir, Guðrún. *The Right to Property and the European Convention on Human Rights. A Nordic Approach*. Lund: Lund University, 2004.
- Harbo (2007)
Harbo, Tor-Inge. «Eiendomsrettens grense: Rådighetsinnskrenking, reelle hensyn og norsk Høyesteretts rolle» *Retfærd* nr. 2/117, (2007) s. 32–61.
- Høgberg/Moltumyr Høgberg (2013)
Høgberg, Alf Petter og Høgberg, Benedikte Moltumyr. «Tolkning av grunnloven.» *Jussens venner* årg. 48, nr. 3 (2013) s. 193–226.
- Innjord (2004)
Innjord, Frode Andersen. «Erstatning for rådighetsreguleringer etter naturvernloven». Vedlegg 6 til NOU 2004:28.
- Innjord (2008)
Innjord, Frode Andersen. «Forholdet mellom Grunnloven § 97 og § 105.» *Tidskrift for eiendomsrett* årg. 4, nr. 1 (2008) s. 11–27.
- Jacobs m.fl. (2006)
Jacobs, Francis G., Robin C. A. White, Clare Ovey og Robin White. *The European Convention on Human Rights*. 4. utg., Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Jorem (2023a)
Jorem, Henrik. *The Development of the Right to Property in the European Convention on Human Rights*. Bergen: Skipnes Kommunikasjon / University of Bergen, 2023.
- Jorem (2023b)
Jorem, Henrik. «*The Karibu Foundation mot Norge – En «vindikasjon» for tomtefesteinstituttet.*» *Lov og Rett* årg. 62, nr. 2 (2023) s. 131–133.
- Kierulf (2011)
Kierulf, Anine. «Er internasjonale menneskerettigheter en relevant rettskilde ved grunnlovstolking?» *Retfærd* nr. 1 (2011) s. 23–48.
- Kierulf (2013)
Kierulf, Anine. «Innenfra og utenfra – Grunnloven og menneskerettighetene.» i *Tolkingar av Grunnlova*. Eirik Holmhøyvik (red.), Oslo: Pax Forlag, 2013, s. 424–448.
- Kjøllesdal m.fl. (2016)
Kjøllesdal, Toril G., Thomas Andersen og Harald O. Sletner. *Tomtefesteloven: med kommentarer*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.
- Knoph (1921)
Knoph, Ragnar. *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*. Kristiania: Olaf Norlis Forlag, 1921.
- Knoph (1939)
Knoph, Ragnar. *Rettslige standarder. Særlig om Grunnlovens § 97*. Oslo: Grøndahl & Søn, 1939.
- Mestad (2021)
Mestad, Ola. «Grunnlovshistoria – eit oversyn.» I *Grunnloven, Historisk kommentarutgave 1814-2020*. Ola Mestad (red.) og Dag Michalsen (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2021, s. 39–51.
- Moltumyr Høgberg (2010)
Høgberg, Benedikte Moltumyr. *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Moltumyr Høgberg (2020)
Moltumyr Høgberg, Benedikte. *Statsrett: Kort forklart*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.

- Morgenstjerne (1900)
Morgenstjerne, Bredo. *Lærebog i Den norske Statsforfatningsret*. Kristiania: Steen'ske Bogtrykkeri og Forlag, 1900
- Morgenstjerne (1927)
Morgenstjerne, Bredo. *Lærebog i den norske statsforfatningsret* 2. bd., 3. utg. Oslo: O. Christiansen Boktrykkeri, 1927.
- Odberg (1967)
Odberg, Per. «Grunnlovens §§ 97 og 105» *Lov og Rett* årg. 6, nr. 4 (1967) s. 231–237.
- Odberg (1995)
Odberg, Per. «Erstatning for rådighetsinnskrenkninger – betydningen av Hydaldommen» *Lov og Rett* årg. 34, nr. 4 (1995) s. 235–244.
- Opsahl (1976)
Opsahl, Torkel. «Grunnlovens eiendomsvern og bankdemokratiseringen». Vedlegg 4 til NOU 1976:52.
- Ravna/Eriksen (2023)
Ravna, Øyvind og Eriksen, Gunnar Ketil. *Allmenningsretten i Norge – ulike regler for like arealer*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2023.
- Reusch (2011)
Reusch, Marianne. *Allemannsretten – friluftslivets rettsgrunnlag*. Oslo: Flux forlag, 2011.
- Ross (1951)
Ross, Alf. «Tû-tû.» i *Festskrift til professor dr. juris Henry Ussing*. O. A. Borum (red.) og Knud Illum (red.), København: Nyt Nordisk Forlag, 1951, s. 468–484.
- Ross (1966a)
Ross, Alf. *Dansk statsforfatningsret I* 2. utg. København: Nyt Nordisk Forlag, 1966.
- Ross (1966b)
Ross, Alf. *Dansk statsforfatningsret II* 2. utg. København: Nyt Nordisk Forlag, 1966.
- Schweigaard/Motzfeldt (1841)
Schweigaard, A. M. og Motzfeldt, U. A. «Det juridiske Fakultets Betænkning af 18 januar 1941 angaaende Ophævelsen af det bergenske Bagerlaugs Privilegier». Inntatt i Rt. 1895 s. 289.
- Skeie (1923)
Skeie, Jon. *Eiendomsret og statsmonopol. Om statens ret til uden erstatning at indskrænke eiendomsraadigheden, særlig i det øyemed at gjøre en virksomhed til statsmonopol*. Kristiania: Olaf Norlis Forlag, 1923.
- Skoghøy (1995)
Skoghøy, Jens Edvin A. «Rådighetsinnskrenkninger og erstatning» *Lov og Rett* årg. 34, nr. 4 (1995) s. 213–214.
- Skoghøy (2015)
Skoghøy, Jens Edvin A. «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven» *Lov og Rett* årg. 54, nr. 4 (2015) s. 195–196.
- Smith (1992)
Smith, Eivind. «Brev til Norges Bondelag fra professor, dr. juris Eivind Smith, Universitetet i Oslo, datert 6. april 1992». Vedlegg 2, Undervedlegg 1 til Innst.O. nr. 53 (1991–1992).
- Smith (2021)
Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati, Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*. 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2021.
- Solheim (2010)
Solheim, Stig H. *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*. Oslo: Cappelen Akademisk, 2010.

- Stavang (2007)
Stavang, Endre. *Erstatningsrettslig analyse*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2007.
- Stavang (2014)
Stavang, Endre. «Tålegrense ved opphør av bruksrett til planovergang.» *Nytt i privatretten* årg. 2014 nr. 3 (2014) s. 14–15.
- Stavang/Stenseth (2016)
Stavang, Endre og Stenseth, Geir. *Fast eiendoms tingsrett*. Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.
- Stenseth (2005)
Stenseth, Geir. «Almenningens janusansikt. En sammenlignende rettslig analyse av almennings- og sameieforhold i norsk utmark». Oslo: Gyldendal Akademisk, 2005.
- Stenseth (2021)
Stenseth, Geir. «Forholdet mellom ekspropriasjon og regulering – litt om hvordan likeartede grunnlovsspørsmål behandles i Norge og USA.» *Nytt i privatretten* årg. 2021, nr. 3 (2021) s. 7–10.
- Stordrange (1988)
Stordrange, Bjørn. *Ekspropriasjonsrettslige emner. Særlig om erstatning for regulering*. Oslo: Tano, 1988.
- Strøm Bull (1997)
Bull, Kirsti Strøm. *Studier i reindriftsrett*. Oslo: Tano Aschehoug, 1997.
- Strøm Bull (2002)
Bull, Kirsti Strøm. «Rettsoppfatninger om samisk bruksutøvelse – med fokus på reindriften i Finnmark.» I *Retts teori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith*. Peter Lødrup (red.), Steinar Tjomsland (red.), Magnus Aarbakke (red.) og Gunnar Aasland (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2002, s. 139–153.
- Strøm Bull (2011)
Bull, Kirsti Strøm. *Kystfisket i Finnmark – en rettshistorie*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Strøm Bull (2020)
Bull, Kirsti Strøm. *Reindriftsloven. Lovkommentar*. Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Strøm Bull (2021)
Bull, Kirsti Strøm. «Spørsmål om grensereinbeite-loven av 1972 med forskrifter var i strid med en svensk samebys rettigheter til beiteområder i Troms ervervet gjennom alders tids bruk – HR-2021-1429-A.» *Nytt i privatretten* årg. 2021, nr. 3 (2021) s. 4–7.
- Strøm Bull m.fl. (2001)
Bull, Kirsti Strøm, Nils Oskal og Mikkel Nils Sara. *Reindriften i Finnmark: rettshistorie 1952–1960*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag, 2001.
- Stub (2011)
Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Taraldrud (2012)
Taraldrud, Karen Eg. «Forholdet mellom ekspropriasjon og erstatningsfri rådighetsbegrensning av fast eiendom.» *Tidsskrift for eiendomsrett* årg. 8, nr. 3 (2012) s. 183–203.
- Tjomsland (1988)
Tjomsland, Steinar. «Rådighetsinnskrenkning og erstatning. Plenumsdommen om Rønnåsmyra naturreservat (Rt. 1987 s. 80)» *Jussens Venner* årg. 23, nr. 9-10 (1988) s. 347–357.
- Tjomsland (2006)

Tjomsland, Steinar. «Erstatning for rådhetsinnskrenkninger 36 år etter strandlovdømmen. Noen strøtanker.» *Lov og Rett* årg. 45, nr. 7 (2006) s. 397–406.

- Trampe Kindt (1967)

Kindt, Olaf Trampe. «Ekspropriasjonsartede rådhetsinnskrenkninger over fast eiendom» *Lov og Rett* årg. 6, nr. 2 (1967) s. 54–64.