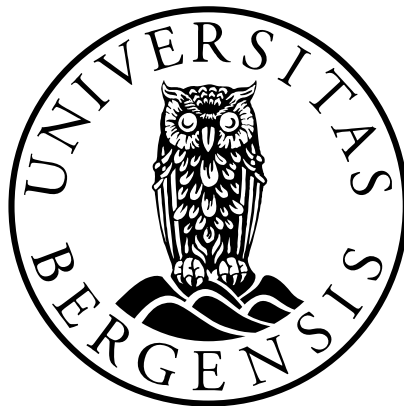


Forholdet mellom EMK P1-1 og rettstap ved passivitet

En vurdering av om anvendelsen av den ulovfestede ekstinksjonsregelen om rettstap ved passivitet oppfyller vilkårene for inngrep i eiendomsretten som følger av Den europeiske menneskerettskonvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1.

Kandidatnummer: 163

Antall ord: 14960



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema, problemstilling og struktur.....	3
1.2 Aktualitet	5
1.3 Presisering av oppgavens problemstilling	7
1.4 Metode.....	8
2 Rettstap ved passivitet.....	9
2.1 Generelt	9
2.2 Rettspraksis.....	10
2.2.1 Sigdal.....	10
2.2.2 Øraker og Øyer statsallmenning.....	12
2.2.3 Fårøya.....	13
2.2.4 HR-2017-2064-A	15
2.2.5 Sammenstilling.....	16
3 Overordnet om EMK P1-1 og noen utgangspunkter.....	17
3.1 Generelt om P1-1 og videre struktur	17
3.2 Abstrakt lovlighetskontroll eller konkret vurdering?	18
3.3 Kort om faktum og saksgangen i Pye-saken	19
4 Regelvalg.....	22
4.1 De tre reglene.....	22
4.2 Betydningen regelvalget har for vurderingen	22
4.3 Regelvalget	23
5 Lovkravet	27
5.1 Overordnet om Lovkravet	27
5.2 Lovkravets innhold	28
5.2.1 Forutberegnelighet	29
5.3 Vurdering av lovkravet.....	32
6 Forholdsmessighetskravet	35
6.1 Legitimt formål.....	35
6.2 Overordnet om forholdsmessighetskravet.....	37
6.3 Skjønnsmargin	38

6.4	Vekten av det legitime formålet	39
6.5	Rettsregelens kvalitet.....	40
6.6	Adekvate nasjonale vurderinger	40
6.7	Fravær av kompensasjon	41
6.8	Sannsynligheten for at rettsregelen får urimelige utslag	42
6.9	Rette eiers mulighet til å beskytte sin eierposisjon.....	43
6.10	Konklusjon.....	44
7	Oppsummering og avsluttende bemerkninger.....	46
	Litteraturliste	49

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema, problemstilling og struktur

Eiendomsretten ble i 1954 innfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) ved konvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1 (P1-1).¹ På dette tidspunktet var det nok utenkelig for medlemsstatene at artikkelen ikke bare skulle regulere statenes adgang til å direkte gjøre inngrep i den enkeltes rett til eiendom, typisk ved ekspropriasjon, men også regulere tingsrettslige tvister mellom private parter. Kjernen i artikkelen var, og er, å beskytte individet mot statlige overgrep. I lang tid var det også slik artikkelen ble håndhevet av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).

Konvensjonen er imidlertid, som gjentatt av EMD utallige ganger, «*a living instrument*».² Dette innebærer, litt satt på spissen, at EMD i praksis har reservert seg retten til å videreutvikle innholdet av konvensjonens artikler etter eget ønske. Rettspraksis rundt P1-1 fra senere år viser også at EMD har tatt i bruk denne retten for å utvide artikkelens virkeområde slik at den i økende grad også omfatter tingsrettslige tvister av privat natur.³ Fra et norsk perspektiv er det særlig tomtfestesakene som er av interesse i denne sammenheng. Da Norge i 2012 ble dømt i Strasbourg i Lindheim-dommen,⁴ ble norske rettsanvendere for alvor oppmerksomme på i hvor stor grad P1-1 kan gjøre innhugg i regler som tradisjonelt sett har vært ansett som nasjonale anliggender. I dommen erkjente EMD også eksplisitt at nyere rettspraksis fra domstolen representerer «*jurisprudential developments in the direction of a stronger protection under Article 1 of Protocol No 1.*»⁵

Sett i lys av denne utviklingen kan en stille seg spørsmålet om medlemsstatenes nasjonale regler om ekstinksjon av eiendomsrett lever farlig. Det var det i hvert fall mange som gjorde da EMD i kammeravgjørelsen J.A. Pye (Oxford) v. UK, avsagt under dissens 4-3, kom frem

¹ Bestemmelsen og dens struktur blir presentert i pkt. 3.1

² Først formulert i Tyrer v. Uk avsnitt 31: “*The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.*”

³ Se eksempelvis Anheuser-Busch Inc. v. Portugal og Evaldsson and Others v. Sweden som begge omhandler privatrettslige tingsrettslige tvister. Se videre Solheim (2008) s. 122, hvor Solheim påpeker at disse sakene virker å være utslag av en ny trend, ettersom myndighetene i disse sakene ikke selv aktivt grep inn i borgernes eiendomsrett. Også Berg og Harborg (2003) på side 318 påpeker denne utviklingen i EMDs praksis, se videre generelt Marthinussen (2008) som omhandler nettopp denne utviklingen.

⁴ Lindheim and others v. Norway

⁵ Ibid. avsnitt 135

til at det engelske hevdsliignende instituttet «adverse possession» var i strid med P1-1.⁶ Saken gikk imidlertid videre til storkammer, hvor resultatet ble motsatt.⁷ Selv om resultatet i storkammeravgjørelsen ikke ble konvensjonsbrudd, viser den utførlige drøftelsen i begge avgjørelsene at EMD på generelt grunnlag ikke er fremmed for å vurdere konvensjonsmessigheten av ekstinksjonsregler. Storkammeravgjørelsen ble også avsagt under dissens 10-7 med to forskjellige mindretallsvota og gjaldt dessuten et tilfelle hvor rettsregelen hvilte på en klar og utvetydig lovtekst. Med andre ord kan man ikke på bakgrunn av dommen på generelt grunnlag si at de fleste ekstinksjonsregler nå vil måtte anses forenlige med P1-1.

Med dette som bakteppe, er det interessant å vurdere hvorvidt den ulovfestede norske ekstinksjonsregelen om rettstap ved passivitet, som er utviklet gjennom rettspraksis, er forenlig med P1-1. Etter Rt-1986-1210 (Norske Fjellhus) åpnet døren for ulovfestet ekstinksjon ved å vurdere om et tilfelle av momentant godtroerverv i en tredjemannskonflikt kunne skje utenfor tinglysingslovens system, tok det ikke lang tid før Høyesterett i Rt-1992-352 (Sigdal) fastslo at det også er mulig med ulovfestet ekstinksjon inter partes som følge av rettstap ved passivitet.

I kjølvannet av denne avgjørelsen påpekte enkelte teoretikere at regelen som her ble utviklet kunne anses problematisk opp mot P1-1,⁸ men foruten disse korte bemerkningene har problemstillingen aldri vært underkastet noen grundig analyse i teorien.

Oppgavens problemstilling er dermed hvorvidt anvendelsen av den domstolskapte regelen om rettstap ved passivitet oppfyller vilkårene til inngrep i eiendomsretten som følger av EMK P1-1.⁹

⁶ Se eksempelvis Marthinussen (2006) s. 24-25, hvor Marthinussen påpeker at dommen var problematisk for det norske hevdsinstituttet, og uttrykker overraskelse over at EMD i det hele tatt velger å vurdere nasjonale ekstinksjonsregler opp mot artikkelen, da slike spørsmål ligger relativt langt fra det man intuitivt tenker på som klassiske menneskerettsspørsmål.

⁷ Se pkt. 3.3 for en gjennomgang av faktum og saksgangen i Pye-saken. Saken er det eneste eksempelet på at EMD har drøftet ekstinksjonsspørsmål opp mot P1-1, og legger derfor viktige føringer for vurderingen av oppgavens problemstilling.

⁸ Se særlig Berg og Harborg (2003) s. 333, hvor det settes spørsmålstejn ved hvorvidt passivitetsregelen utviklet i Sigdal-dommen oppfyller kravet P1-1 stiller til rettsregelens hjemmel (lovkravet).

⁹ Se pkt. 1.3 om presisering av oppgavens problemstilling for hvorfor oppgaven begrenser seg til å vurdere kun denne formen for ulovfestet ekstinksjon.

Dersom vilkårene ikke er oppfylt, vil regelens anvendelse representere et konvensjonsbrudd for staten Norge i tillegg til å være feil rettsanvendelse i intern norsk rett som følge av menneskerettsloven § 3.

For å vurdere om regelen om rettstap ved passivitet oppfyller kravene som konvensjonsartikkelen stiller, må det nødvendigvis først redegjøre for regelens innhold (del 2). Etter dette vil kravene som stilles til inngrep i eiendomsretten etter P1-1 gjennomgås, samtidig som regelen om rettstap ved passivitet vil vurderes opp mot disse (del 3-6).

1.2 Aktualitet

Norge er svært opptatt av å være blant de nasjoner som prioriterer etterlevelse av menneskerettighetene.¹⁰ Det synes derfor lite holdbart om det skulle vise seg at Norge har rettsregler hvis anvendelse vil innebære en krenkelse av EMK.

Samtidig er det, som illustrert av utviklingen i EMDs praksis rundt P1-1 redegjort for ovenfor, krevende å spå i hvilken retning domstolen vil utvikle rettstilstanden videre, særlig når domstolen forsøker å balansere spenningsforholdet mellom sin formålsrettede tolkning og en tilstrekkelig grad av respekt for nasjonale rettstradisjoner.¹¹

Videre ble det i Rt-2000-996 (Bøhler) klarlagt at selv om norske domstoler i utgangspunktet skal anvende samme metode som EMD, er det EMD som i første rekke skal utvikle konvensjonen. Norske domstoler skal derfor ved tvil om konvensjonens rekkevidde ikke tolke den «for dynamisk» slik at det legges bånd på norsk lovgivning som senere viser seg å ikke vært nødvendig opp mot EMK.¹²

Norske domstoler skal imidlertid fortsatt anvende tolkningsprinsippene til EMD,¹³ og å identifisere grensen for hva som er en «for dynamisk» tolkning, som angitt i Bøhler-dommen, i det enkelte tilfellet er en krevende øvelse. Dette innebærer at veien, til tross for denne tilnærmingen, tilsynelatende er kort til rettsavgjørelser som setter norske rettsregler til side

¹⁰ Godt illustrert av Grunnlovsreformen fra 2014, hvor Grunnloven fikk et nytt menneskerettskapitel og grunnlovfestet en rekke menneskerettigheter som tidligere kun fulgte av normal lovgivning og internasjonale konvensjoner.

¹¹ Illustrerende er forskjellen mellom kammer- og storkammeravgjørelsene i Pye-saken, hvor votumet til flertallet i sistnevnte avgjørelse bærer preg av en større forståelse for at varianter av hevdsliknende regler er svært vanlig i de forskjellige konvensjonsstatene og har lange historiske røtter, se pkt. 3.3.

¹² Rt-2000-996 s. 1007

¹³ Ibid.

som følge av menneskerettsloven § 3, men som senere viser seg å strekke artikkelens vern lengre enn det EMD fastlegger.¹⁴ Det er derfor vanskelig å ikke sympatisere noe med Marthinussens standpunkt når han i en artikkel fra 2008, på bakgrunn av denne usikkerheten, argumenterer for at det er bedre å la norsk rett gå sin gang uhindret av de konvensjonsmessige problemstillingene, og heller akseptere en eventuelt fellende dom i Strasbourg.¹⁵

På den annen side vil en slik tilnærming bidra til å uthule det subsidiaritetsprinsipp som nå er nedfelt i konvensjonens fortale¹⁶ og som hele EMK-systemet er avhengig av for effektiv rettshåndheving.¹⁷ Videre har det siden 2008 skjedd mye på området til P1-1, både i Strasbourg, men også i Norge. Som nevnt fungerte Lindheim-dommen som en slags kollektiv oppvåkning for norske rettsanvendere – plutselig var P1-1 for alvor på agendaen, i stedet for å være ansett som «et siste halmstrå» som fort ble avfeid. Om en ser på utviklingen i Høyesteretts vurdering av anførsler rundt P1-1, var tendensen allerede før Lindheim-dommen at vurderingene ble grundigere og vitnet om en større forståelse av artikkelens struktur.¹⁸ Etter Norge ble dømt, og særlig via de påfølgende tomtefestesakene som deretter kom opp i Høyesterett, ser en at P1-1 nå blir drøftet mer inngående og med en større forståelse for EMDs metode.¹⁹

Tross vanskelighetene med å forutse EMDs utvikling av eiendomsrettsvernet etter P1-1, er realiteten altså at artikkelen fortsetter å bli stadig mer fremtredende i norske rettsaler og i bevisstheten til norske rettsanvendere. I tillegg kommer det at den kontrollen EMD foretar, i svært mange tilfeller bærer preg av å være av mer prosessuell karakter, i den forstand at domstolen ofte nøyer seg med å kontrollere hvorvidt nasjonale domstoler har foretatt en adekvat vurdering av konvensjonsspørsmålet. Så fremt domstolene har anvendt de kriterier og momenter som er utviklet av EMD, lar EMD gjerne være å gå inn på de materielle spørsmålene i særlig stor grad.²⁰ EMDs prøvingsintensitet vil med andre ord bero på hvor

¹⁴ Marthinussen (2008) s. 199-200.

¹⁵ Ibid. s. 201.

¹⁶ “Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols hereto [...]”

¹⁷ Marthinussen erkjenner dette poenget, men mener mangelen på rettskilder på akkurat dette området tilsier at det er god grunn til å la EMD alene ta styringen her, se Marthinussen (2008) s. 201.

¹⁸ Solheim (2016) s. 418.

¹⁹ Ibid. Se videre HR-2016-304-S og mindretallet i HR-2016-2195-A. Her følger Høyesterett EMDs oppskrift: først presenteres P1-1 i sin helhet, deretter vurderes regelvalg, lovkravet, legitimt formål og forholdsmessighet. Kontrasten er stor fra eksempelvis Rt-2004-1092, hvor en anførsel om P1-1 avfeies på et par setninger (avsnitt 72).

²⁰ Elgesem (2021) s. 445.

nøye nasjonale domstoler har vurdert konvensjonsspørsmålet. I stedet for å la norsk rett gå sin gang og eventuelt akseptere en fellende dom i Strasbourg, kan altså grundige vurderinger av konvensjonsspørsmålet bidra til at Norge ikke blir dømt i det hele tatt.

Den økende bevisstgjøringen rundt P1-1 i norsk rett, samt betydningen av adekvate nasjonale vurderinger av konvensjonsspørsmålet, gjør det klart at forsøk på å avklare forholdet mellom nasjonale regler og P1-1 er en øvelse som er verdt å gjennomføre.

1.3 Presisering av oppgavens problemstilling

Som det fremgår av oppgavens tittel og innledning er oppgaven avgrenset til å behandle regelen om rettstap ved passivitet som ble skapt ved Sigdal-dommen. At oppgaven begrenser seg til å vurdere konvensjonsmessigheten av ulovfestede ekstinksjonsregler er en logisk avgrensning med tanke på det spesielle hjemmelskravet EMK-retten opererer med.²¹ At oppgaven skal være begrenset til å vurdere én spesifikk regel for én spesifikk type formuesgode (fast eiendom), er kanskje ikke en like åpenbar avgrensning. Omtaler om ulovfestet ekstinksjon tar gjerne for seg både regelen om momentant godtroerverv som utledes av Norske Fjellhus-dommen i tillegg til regelen om rettstap ved passivitet. Ytterligere har det gjennom HR-2021-2248-A blitt bekreftet at det gjelder et ulovfestet krav om overlevering for rettsvern av løsøre i relasjon til kreditorekstinksjon, og det finnes tilfeller av ulovfestet ekstinksjon av fast eiendom basert på analogi fra tinglysningsreglene,²² samt læresetningene om alders tids bruk og festnede rettsforhold.²³

For alle former for ulovfestet ekstinksjon vil de samme problemstillingene rundt P1-1 materialisere seg i større eller mindre grad. Når jeg likevel avgrenser oppgaven til å gjelde kun rettstap ved passivitet, er dette for å sikre et omfang som gir mulighet for en tilstrekkelig grundig analyse av problemstillingen, slik at en overfladisk og upresis behandling av flere regler unngås.

²¹ Se del 5

²² Se spesielt den sterkt kritiserte Rt-1999-352 (Hopsdal).

²³ Se Marthinussen (2006), for en del andre tilfeller hvor ulovfestet ekstinksjon kan være aktuelt.

1.4 Metode

Ved klarleggingen av regelen om rettstap ved passivitet må naturligvis alminnelig juridisk metode anvendes. Når det skal tas stilling til om regelens anvendelse vil være et lovlig inngrep etter EMK P1-1, blir det imidlertid noe mer komplisert. Jeg vil ikke benytte meg av den «norske» versjonen av EMDs metode nevnt under pkt. 1.2, da oppgavens mål ikke er å avklare hvordan en norsk domstol burde vurdere konvensjonsspørsmålet. I stedet vil jeg anvende EMDs alminnelige metode for å ta stilling til hva som ville blitt resultatet ved en eventuell klage til EMD.

EMD anvender en dynamisk, formålsrettet tolkningsstil. Med dette menes at traktatens ordlyd og traktatpartenes originale intensjoner ved traktatinngåelsen kommer mer i bakgrunnen, mens det tolkningsresultat som best samsvarer med en realisasjon av traktatens formål skal legges til grunn.²⁴ Man er med andre ord ganske langt unna den hierarkiske rettskildelæren vi er kjent med fra norsk rett. Ettersom EMK, i motsetning til de fleste andre traktater, omhandler forholdet mellom stat og individ, og ikke forholdet mellom stater, anvender EMD en tolkningsstil som skal sørge for at de rettighetene som konvensjonen forplikter statene å sikre borgerne, ikke blir illusoriske, men effektive.²⁵ At metoden er dynamisk innebærer at EMD ikke er redd for å bruke sin posisjon til å videreutvikle innholdet av konvensjonens artikler ettersom tiden går og samfunnsoppfatninger endrer seg.

På grunn av denne metodiske tilnærmingen er den viktigste rettskildefaktoren EMDs egen praksis. I norsk rett kommer en gjerne et godt stykke på vei med en god ordlydstolkning og noen forarbeider. For EMKs del står en i praksis på bar bakke uten å se til rettspraksis, ettersom rettsanvendelsen er mer løst fra selve konvensjonsteksten og øvrige rettskildefaktorer enn vi er kjent med fra vårt eget rettssystem. Dette kommer særlig på spissen i relasjon til P1-1, ettersom artikkelens systematikk og de tre reglene den inneholder ikke kan identifiseres gjennom en lesning av artikkelens ordlyd.

En kan si svært mye mer om metoden til EMD,²⁶ men for denne oppgavens formål er det tilstrekkelig å ha disse hovedlinjene i bakhodet.

²⁴ Elgesem (2021) s. 451.

²⁵ Ibid. s. 460.

²⁶ Se Elgesem (2021)

2 Rettstap ved passivitet

2.1 Generelt

Utgangspunktet ved ekstinksjon av rettigheter i fast eiendom mellom partene (inter partes) er at dette skjer gjennom reglene i hevdsloven.²⁷ Oppgavens problemstilling fordrer ikke en grundig fremstilling av hevdsinstituttet, men det er likevel formålstjenlig med noen ord om den regelen som rettstap ved passivitet supplerer, særlig for å fremheve hensynene som er felles for både den lovfestede- og den ulovfestede regelen. Disse hensynene er viktige for å forstå rekkevidden og innholdet av den ulovfestede regelen, men også fordi det dels er disse hensynene som vil representere det legitime formålet som må påvises og deretter veies opp mot inngrepet i forholdsmessighetsvurderingen i P1-1 (del 6).

Reglene om hevd bygger blant annet på et ønske om å bevare etablerte tilstander samt en tanke om best mulig utnyttelse av eiendom fra et mer overordnet samfunnsperspektiv.²⁸ For å hevde må en person ha en eiendom «som sin egen» sammenhengende i 20 år.²⁹ Han må også være i aktsom god tro.³⁰

Selv om rettsregelen utviklet i dommen ikke er gjenstand for behandling i denne oppgaven, var det Rt-1986-1210 (Norske Fjellhus) som åpnet døren for begge regelsettene vi omtaler som ulovfestet ekstinksjon av rettigheter i fast eiendom. Høyesterett måtte ta stilling til om et tilfelle av momentant godtroerverv av fast eiendom kunne skje utenfor tinglysingslovens system. Dommen endte ikke i ekstinksjon, men en samlet Høyesterett ga uttrykk for at det kunne komme på tale, men at det krevde «sterke grunner».³¹

Fem år senere fikk en rekke hytteeiere medhold i sin påstand om ulovfestet ekstinksjon av den egentlige grunneierens eiendomsrett i Rt-1992-352 (Sigdal).³² Mantraet om «sterke grunner» ble gjentatt, men det var samtidig klart at ekstinksjonen som fant sted her ikke var

²⁷ Lov av 12. september 1966 nr. 1 om hevd [hevdslova]

²⁸ Hevdsreglenes primære funksjon og begrunnelse var i utgangspunktet å avhjelpe de store usikkerhetene tilknyttet eiendomsgrensene i Norge, men i dag eksisterer ikke lengre denne problematikken, så man kan argumentere for at hevdsreglene er blitt antikverte, se Marthinussen (2019) s 62-63.

²⁹ Hevdsloven § 2

³⁰ Hevdsloven § 4

³¹ Rt-1986-1210 s. 1217

³² Saksforholdet gjennomgås i pkt. 2.2.1

sammenlignbar med det tilfellet som ble vurdert i Norske Fjellhus-dommen. Ekstinksjonen hadde skjedd blant annet som følge at det hadde gått lang tid og minnet derfor mer om hevd.

Et poeng å ta med seg er at det ikke var særlig aktuelt for taperen i Sigdal-saken å ta saken sin til Strasbourg, selv om det er lett å argumentere for at rettsregelen som ble anvendt i dommen kom «som lyn fra klar himmel» slik at lovkravet i P1-1 neppe kunne anses oppfylt.³³ Som redegjort for innledningsvis er det først i senere år, og særlig i etterkant av Lindheim-dommen, at norske rettsanvendere har fått øynene opp for EMKs økende relevans på tingsrettens område. Ettersom Sigdal-saken fant sted over 20 år før denne «kollektive oppvåkningen», kan man ikke rette altfor krass kritikk mot advokaten til den tapende parten.

I det følgende vil det gis en gjennomgang av rettspraksis for rettstap ved passivitet før en avsluttende sammenstilling av regelens innhold. Denne gjennomgangen er en nødvendig forutsetning for vurderingen av hvorvidt regelen strider med P1-1 eller ikke, ettersom man vanskelig kan ta stilling til dette spørsmålet uten å ha klarlagt regelens innhold. Særlig i relasjon til lovkravet i P1-1 er det nødvendig å kartlegge hvor presis og forutberegnelig rettsregelen er.³⁴

2.2 Rettspraksis

2.2.1 Sigdal

I Rt-1992-352 (Sigdal) var tilfellet at fire hyttetomter i tidsrommet mellom 1965 til 1971 hadde blitt utskilt og solgt fra en større eiendom eid av Besserud. Hyttetomtene hadde blitt bebygget og enkelte av dem solgt videre i tiden etter overdragelsene. I 1984 ble man oppmerksom på at som følge av grensen fastsatt ved en utskifting i 1953, tilhørte de fire hyttetomtene egentlig naboeiendommen til Besserud, Kolbjørnsrud. Kolbjørnsrud junior hadde tatt over eiendommen etter sin fars død i 1962. Rett etter overtakelsen påviste Besserud grensen som senere skulle vise seg å ikke stemme, og Kolbjørnsrud slo seg til ro

³³ Noe som påpekes av blant annet Marthinussen (2008) s. 200, selv om han blander litt når han uttaler at også resultatet i Norske Fjellhus-saken var så vanskelig å forutse basert på det foreliggende rettsgrunnlaget at man kan argumentere for at lovkravet ikke var oppfylt. Dette ville vært tilfelle om Norske Fjellhus-dommen endte i ekstinksjon, noe den ikke gjorde.

³⁴ Del 5

med at denne var korrekt uten ytterligere undersøkelser, selv om han hjemme hadde liggende en kopi av utskiftningsforretningen med tilhørende kart og grensebeskrivelser.

Etter den uriktige grensen ble avdekket, gikk Kolbjørnsrud til sak mot hytteeierne med påstand om å være eier av hyttetomtene.

Hytteeierne hadde to påberopte rettsgrunnlag for hvorfor de hadde blitt eier av eiendommene: hevd og ulovfestet ekstinksjon. Selv om hytteeierne klart var i aktsom god tro, kunne ikke hevd føre frem ettersom denne gode troen ikke hadde vart i full hevdstid, da Besserud neppe kunne antas å ha vært i aktsom god tro da han hadde vært med på delingsforretningen i 1953.

På spørsmålet om ulovfestet ekstinksjon delte Høyesterett seg i et flertall og et mindretall. Mindretallet på to dommere fant at ekstinksjon var uaktuelt ettersom de fant at avgjørende for ekstinksjonsspørsmålet var om Kolbjørnsrud var *«slik å bebreide for det uføre hytteeierne uforskyldt er havnet i, at hans eiendomsrett likevel bør vike.»*³⁵ Slik bebreidelse ville ikke mindretallet rette mot Kolbjørnsrud for at han som ung mann hadde slått seg til ro med den grensen han hadde fått påvist av sin eldre nabo.³⁶

Flertallet startet vurderingen sin ved å fastslå at det kreves *«sterke grunner»*, men at den klandereren som mindretallet mente var et vilkår for ekstinksjon ikke kunne være et ubetinget vilkår dersom *«saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnløstelse av å foreta seg noe, rettsvirkning.»*³⁷

Deretter ble det påpekt at selv om det var vanskelig å rette noen subjektiv bebreidelse mot Kolbjørnsrud, var det likevel av *«betydning at Kolbjørnsrud hadde kjennskap til overdragelsene og at han selv hele tiden har oppbevart dokumentene som viste eiendomsgrensen.»*³⁸

Flertallet gikk deretter videre til å beskrive situasjonen fra hytteeiernes perspektiv: de hadde alle ervervet hyttetomtene i aktsom god tro, uten at Kolbjørnsrud eller andre på noe som helst tidspunkt hadde trukket eierskapet til den aktuelle grunnen i tvil. I tillitt til dette hadde de investert betydelig i tomtene, hovedsakelig gjennom å sette opp hytter. Videre hadde flere av

³⁵ Rt-1992-352 s. 355

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid. s. 356.

³⁸ Ibid.

de aktuelle eiendommene vært omsatt både én og to ganger. Det hadde gått 14 år fra tomtene ble solgt til skaden ble oppdaget.³⁹

Høyesterett vurderte deretter at erververnes gode tro kombinert med «*det lange tidsrom*» på 14 år samt at hytteeierne «*har hatt betydelige investeringer i forbindelse med oppsetting av hyttene*» burde bli avgjørende «*selv om det manglet noen år på full hevdstid*».⁴⁰

Samlet sett forelå det dermed så tungtveiende grunner på hytteeiernes side at interessene til den opprinnelige eieren måtte vike.⁴¹

2.2.2 Øraker og Øyer statsallmenning

I Rt-2000-604 (Øraker) var det spørsmål om eiendomsrett til en del av en eiendom som ved en feil lå innenfor hagegjerdet til en villa. Rettsforjengeren til villaeieren hadde ikke vært i aktsom god tro, så det manglet noen år på full hevdstid. Siste håp var derfor rettstap ved passivitet på ulovfestet grunnlag.

Høyesterett startet vurderingen ved å si at det var mulig å tape eiendomsrett ved passivitet også før tiden er lang nok til hevd, og viste i denne forbindelse til Sigdal-dommen. Det ble deretter poengtert at Sigdal-dommen var svært spesiell og at det i foreliggende tilfelle ikke hadde blitt gjort noen investeringer på eiendommen.⁴² Man var derfor «*klart*» utenfor de tilfellene som kan gi grunnlag for ekstinksjon.⁴³

Dommen viser at det neppe kan tenkes tilfeller av rettstap ved passivitet der det ikke er gjort investeringer av et visst omfang. Dette poenget illustreres enda bedre av Rt-2009-203 (Øyer statsallmenning), ettersom en anførsel om ulovfestet ekstinksjon ble avfeid på én setning:

«Eg nøyer meg med å vise til at seterhavarane ikkje har gjort gjeldande at dei har investert i setereigedommane, og går elles ikkje nærare inn på vilkåra for ulovfesta ekstinktvt erverv, i det denne synsmåten då klart ikkje kan føre fram.»⁴⁴

³⁹ Ibid s. 357

⁴⁰ Ibid. Når 6 av 20 år ikke er fullført er det kanskje i overkant bagatelliserende å si at det manglet «noen år» på full hevdstid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Rt-2000-604 s. 609

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Rt-2009-203 avsnitt 40.

2.2.3 Fårøya

I Rt-2015-1157 (Fårøya) gir Høyesterett en svært interessant klargjøring av regelen om rettstap ved passivitet. I dommen hadde én av flere sameiere til en gammel og falleferdig hytte, Nilsen, over en periode på 18 år foretatt en fullstendig renovering av fritidseiendommen for egen regning. Han hadde videre betalt alle løpende utgifter til hytta. Ingen av de øvrige sameierne hadde tatt hytta i bruk på noe punkt i løpet av de 18 årene, og mens Nilsen foretok den omfattende rehabiliteringen hadde de ikke tatt opp temaet om eierskap til hytta, selv om de kunne se ham betale alle utgifter og bygge det som i praksis ble en helt ny hytte på eiendommen. I 2012 krevde en del av sameierne at sameiet skulle oppløses ved salg av eiendommen i tråd med sameieloven § 15. Nilsen protesterte da han mente å være eneier av hytta. Det eneste rettsgrunnlaget Nilsen kunne påberope seg var rettstap som følge av passivitet.⁴⁵

Høyesterett delte seg i et flertall og et mindretall på 3 og 2 dommere, hvor mindretallet la avgjørende vekt på at de mente at en eventuell aktivitetsplikt for å avklare de reelle eierforhold i løpet av de 18 årene burde påhvile Nilsen og ikke de øvrige sameierne, ettersom det var Nilsen som ønsket rettsendring.⁴⁶ Eiendomsretten kunne derfor ikke ha gått tapt som følge av passivitet.

Flertallet startet votumet sitt ved å si at et grunnleggende trekk ved rettstap som følge av passivitet er at «*det gripes helt konkret an*».⁴⁷ Deretter oppsummertes de momenter som har vært fremhevet i rettspraksis:

«Høyesteretts avgjørelser viser at en rekke forhold etter omstendighetene da får betydning, spesielt partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av en festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning.»⁴⁸

⁴⁵ Det manglet to år på hevdstid og dessuten ligger det i sakens natur at Nilsen ikke var i aktsom god tro om at han var eneier av hytta.

⁴⁶ Rt-2015-1157 avsnitt 55

⁴⁷ Ibid. avsnitt 33

⁴⁸ Ibid.

Ved disse uttalelsene er det klarlagt at rettstap ved passivitet ikke er noen fastere regel enn en ren interesseavveining mellom partenes interesser, hvor alle mulige momenter i prinsippet kan ha betydning.

For det første pekte flertallet på at hytta slik den stod på domstidspunktet og den økonomiske verdien den representerte, utelukkende var et resultat av Nilsens innsats, da de øvrige sameierne hadde gitt opp hytta - om Nilsen ikke hadde tatt ansvar, hadde det ikke eksistert en hytte å tviste om.⁴⁹ Videre ble det uttalt at selv om Nilsen i utgangspunktet var den av partene som var nærmest til å avklare rettsforholdene, ble denne aktivitetsplikten gradvis skjøvet over på de øvrige sameierne ettersom årene gikk og Nilsen fortsatte å rehabilitere hytta – dette skapte «*gradvis en bestyrket forventning*» om at de øvrige sameierne ikke lenger hadde eierinteresser i hytta, slik at den tilhørte ham alene.⁵⁰

Da de øvrige sameierne så de svært omfattende og kostbare arbeider som Nilsen utførte over en lang tidsperiode, var det «*nærliggende [...] å tolke Nilsen handlemåte som uttrykk for at han anså den rehabiliterte hytten som sin*».⁵¹ Om de øvrige sameierne skulle hatt en annen forestilling enn denne, «*hadde det vært grunn til å gjøre denne kjent for Nilsen på et vesentlig tidligere stadium*».⁵²

Utover disse momentene, trakk førstvoterende også inn ren rimelighet: «*At Nilsen anses som eneier av hytten er, etter mitt syn, også rimelig*».⁵³

Etter en «*samlet bedømmelse av de konkrete forholdene i saken*» kom flertallet til at det forelå «*sterke grunner*» som tilsa at de øvrige sameierne hadde mistet sin eiendomsrett i hytta.⁵⁴

Høyesterett viser i denne dommen at regelen om rettstap ved passivitet er en ren konkret interesseavveining mellom partene, der terskelen for at eiendomsrett skal bortfalle er høy jf. «*sterke grunner*».⁵⁵ Høyesterett pekte også på en rekke momenter av relevans i den konkrete vurderingen som må gjøres, men disse kan neppe anses som uttømmende.

⁴⁹ Ibid. avsnitt 34

⁵⁰ Ibid. avsnitt 36-37

⁵¹ Ibid. avsnitt 40

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid. avsnitt 41.

⁵⁴ Ibid. avsnitt 42.

⁵⁵ Forsøk på å organisere og rasjonalisere resultatet i Sigdal-dommen inn i en mer rigid regel, slik som eksempelvis Berg og Harborg (2003) s. 324 flg. gjør ved å hevde at det gjelder minstevilkår med en etterfølgende helhetsvurdering, har derfor vist seg å være relativt fruktløse. Å finne skjult mening og «lese

Videre ble det avkrefte at aktsom god tro hos pretendenten er en *absolutt* forutsetning for ekstinksjon, slik enkelte har hevdet (men i de aller fleste tilfeller er det nok for alle praktiske formål nettopp det).⁵⁶

2.2.4 HR-2017-2064-A

Etter Fårøya-dommen kom spørsmålet om rettstap ved passivitet igjen opp i HR-2017-2064-A. En mann hadde bekostet og oppført en hytte på sin kjærestes tomt, og partene inngikk ingen avtale om at hytten skulle tilhøre dem i sameie. Da forholdet senere gikk skeis, kontaktet mannen sin ekskjæreste for å få ryddet opp i forholdene rundt hytta. Det kom ingen respons på denne henvendelsen. Først seks år senere ble problematikken igjen tatt opp av mannen, og det hele endte i søksmål.

Mannen mente å ha etablert sameie i hytta blant annet som resultat av regelen om rettstap ved passivitet. «*Rene rimelighetshensyn*» kunne tilsi at mannen hadde blitt medeier.⁵⁷ Men de seks årene fra mannen tok kontakt angående hytta frem til konflikten kom på spissen, hvor kvinnen forholdt seg «passiv» etter å ha mottatt henvendelsen om eierforholdene til hytteeiendommen, kunne klart nok ikke føre til at hun hadde mistet (halve) eiendomsretten til hytta - hun hadde for alle praktiske formål tatt over rådigheten av hytta og hadde derfor ikke noen umiddelbar oppfordring til å handle, og det hadde dessuten bare gått seks år.⁵⁸

Det forelå derfor ikke «*tilstrekkelig rettsstiftende grunnlag*» for sameie i hytta til tross for de investeringer og den innsats mannen hadde gjort på eiendommen.⁵⁹

Resultatet er ikke overaskende – det forelå riktignok momenter som tilsa sameierett, men den samlede vekten av disse er *langt* unna det som var tilfelle i de to dommene vi har hvor

mellom linjene» for å ekstrahere systematikk i ulovfestede regler utviklet i knappe og svært konkret avgjorte rettsavgjørelser er ikke akkurat et ukjent fenomen blant jurister.

⁵⁶ Igjen eksempelvis Berg og Harborg (2003) s. 326: «*aktsam god tru hjå ervervaren må tvillaust vera eit vilkår [...] og det må gjelde både for umiddelbar ekstinksjon og ekstinksjon ved passivitet*». Dette er imidlertid en svært logisk slutning å trekke all den tid all annen form for ekstinksjon, herunder hevd, opererer med et slikt absolutt krav. Faktum i Fårøya-dommen var *svært* spesielt – det er nok ikke mange sammenlignbare tilfeller hvor en person er klar over at han investerer i eiendom han ikke har (full) eiendomsrett over, men hvor faktum likevel ligger slik an at en konkret vurdering tilsier at han burde tilkjennes eiendomsrett.

⁵⁷ HR-2017-2064-A avsnitt 41

⁵⁸ Ibid. avsnitt 45

⁵⁹ Ibid. avsnitt 46

ekstinksjon har blitt konklusjonen – her når man rett og slett ikke opp til terskelen som ligger i «sterke grunner».

2.2.5 Sammenstilling

Oppsummert er regelen om rettstap ved passivitet en konkret interesseavveining eller helhetsvurdering, hvor momentene som tilsier ekstinksjon må være svært tungtveiende slik at terskelen «sterke grunner» nås. Dette innebærer at interessene på siden til den som krever ekstinksjon må veie *vesentlig* tyngre enn interessene til rette eier – hvilket illustreres godt av hvor ofte denne typen ekstinksjon har blitt påberopt samtidig som det kun er to Høyesterettsdommer hvor en slik anførsel har ført frem.

Momenter av relevans i denne vurderingen er medgått tid, foretatte investeringer, partenes atferd og hvilken forventning denne var egnet til å skape, god tro, foretatte investeringer, partenes oppfordring til å få klarhet i rettsforholdene, samt rene rimelighetsbetraktninger. Disse ble opplistet av Høyesterett i Fårøya-dommen, men listen kan neppe anses som uttømmende. Videre kan det fastslås at det vanskelig kan tenkes eksempler av rettstap ved passivitet hvor det ikke har vært foretatt investeringer av i hvert fall en viss betydning.

Kritikken man kan rette mot denne ekstinksjonsregelen er primært at den ikke er særlig fast eller klar, hvilket problematiserer lovkravet i EMK P1-1, ettersom dette blant annet innebærer at rettsregelen må inneha en viss grad av presisjon eller forutberegnelighet. Det er også dette området hvor rettsregelen som vurderes her skiller seg mest åpenbart fra den som ble vurdert i Pye-saken, da regelen som der ble anvendt var en klar og utvetydig lovfestet regel uten rom for skjønsmessige vurderinger. Jeg kommer nærmere tilbake til dette poenget under vurderingen av lovkravet til P1-1.⁶⁰

⁶⁰ Del 5.

3 Overordnet om EMK P1-1 og noen utgangspunkter

3.1 Generelt om P1-1 og videre struktur

EMK P1-1 har følgende ordlyd:

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 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.

Som nevnt i pkt. 1.4 vil en isolert lesning av ordlyden gi lite veiledning for hvordan man vurderer et eiendomsinngrep opp mot artikkelen, da dette er utpenslet gjennom EMDs praksis.

Når man skal vurdere om det foreligger brudd på artikkelen, må man først se om det foreligger en «*possession*» for å fastslå om den aktuelle interessen er vernet av artikkelen.⁶¹ Deretter må man se om man kan identifisere en «*interference*» (et inngrep).⁶² For at et inngrep skal gå klar av artikkelens vern, må man for det første identifisere hvilken av de tre reglene artikkelen inneholder som kommer til anvendelse, ettersom utfallet fort kan bli annerledes basert på regelvalget. Reglene og regelvalget gjennomgås i del 4, men kort fortalt vil et inngrep subsumeres enten under avståelsesregelen, kontrollregelen, eller prinsippregelen.⁶³ Dersom et tilfelle faller innunder avståelsesregelen er den klare hovedregel at inngrepet ikke er forholdsmessig dersom det ikke tilkjennes kompensasjon for avståelsen, mens dette ikke gjelder for de øvrige to reglene.⁶⁴

Videre må inngrepet man har identifisert være «*subject to the conditions provided by law*», inngrepet må begrunnes i en «*legitimate aim*» og til slutt må det foreligge forholdsmessighet

⁶¹ Megadat.com Srl v. Moldova avsnitt 62

⁶² Ibid. avsnitt 64

⁶³ Aall (2018) s. 339

⁶⁴ Nærmere om dette under pkt. 4.2

eller en «*fair balance*» mellom en respekt for individets fundamentale rettigheter og samfunnsbehovet som begrunner inngrepet.⁶⁵ Inngrepsvilkårene er altså de samme som for de fleste øvrige konvensjonsrettigheter,⁶⁶ selv om artikkelen er bygd opp på en annen måte enn artikkel 8-11.

P1-1 inneholder svært mange aspekter som gjør det nødvendig å spisse vurderingen til de aspektene som faktisk er problematiske. Et eksempel på hva som ikke er relevant i lys av oppgavens vurderingstema, er hva som faller innunder begrepet «*possessions*» og dermed bestemmer rekkevidden av hva som er vernet under artikkelen,⁶⁷ da eiendomsrett til fast eiendom er selve kjerneområdet for artikkelens virkeområde.

Det kan derfor uten videre legges til grunn at det foreligger «*possessions*» i form av eiendomsrett til fast eiendom, og at en eventuell ekstinksjon av eiendomsrett vil være å regne som en «*interference*».⁶⁸ Først må derfor regelvalget vurderes (del 4), deretter lovkravet (del 5) og til slutt forholdsmessighetskravet (del 6). Vilkåret om at det må foreligge en «*legitimate aim*» som begrunner inngrepet er sjelden problematisk da EMD på området til P1-1 er forsiktige med å overprøve statens vurdering.⁶⁹ Selv om vilkåret normalt er oppfylt, er det denne legitime interessen som inngrepet skal veies opp mot i forholdsmessighetsvurderingen. På grunn av denne nære sammenhengen vil vilkåret behandles som en opptakt til forholdsmessighetsvurderingen i del 6.

3.2 Abstrakt lovlighetskontroll eller konkret vurdering?

EMD hevder at domstolen ikke holder på med abstrakt lovlighetskontroll – det er det konkrete inngrepet som skal vurderes.⁷⁰ I utgangspunktet skal man altså ikke vurdere om rettsregelen som sådan er konvensjonsstridig, men heller hvorvidt et gitt konkret tilfelle hvor regelen anvendes er det.⁷¹ Samtidig skal man ikke strekke dette poenget for langt, da EMD i flere tilfeller vurderer selve regelen på et mer abstrakt nivå. I *James and others v. UK* uttalte

⁶⁵ *Megadat.com Srl v. Moldova* avsnitt 67-68

⁶⁶ Aall (2018) s. 335

⁶⁷ For en utførlig analyse og gjennomgang av eiendomsbegrepet i P1-1, se Solheim (2010).

⁶⁸ Hvilket *Pye*-saken illustrerer ettersom denne omhandler nettopp ekstinksjon av eiendomsrett til fast eiendom.

⁶⁹ Se del 6.1.

⁷⁰ *Ashingdane v. UK* avsnitt 59: «*[the court] has to confine its attention, as far as possible, to the concrete case before it.*»

⁷¹ Anvendelsen av en regel kan naturligvis ha mye hardere og uproporsjonale utslag fra en sak til en annen.

flertallet at selv om det i utgangspunktet er det konkrete tilfellet som skal vurderes, var klagernes argumenter i saken primært rettet mot selve rettsregelen som hjemlet inngrepet, og da var det forsvarlig for domstolen å «*direct its attention primarily to the contested legislation itself, in order to determine whether that legislation is compatible with Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1).*»⁷² Tilsvarende fokuserte EMD sin oppmerksomhet i hovedsak på selve lovgivningen i Pye-saken.⁷³

Den mer abstrakte vurderingen av en rettsregel som foretas i denne oppgaven er altså ikke ukjent for EMD selv, og da er det klart at dette er en forsvarlig tilnærming.

3.3 Kort om faktum og saksgangen i Pye-saken

Pye-saken er sentral i vurderingen som skal foretas ettersom dette er det eneste tilfellet hvor EMD har vurdert om anvendelsen av en ekstinksjonsregel strider med P1-1. Det er derfor formålstjenlig med en kort gjennomgang av faktum og saksgangen for å danne et felles grunnlag når regelvalget, kravet til legitimt formål og forholdsmessighetskravet vurderes i det følgende.⁷⁴ De rettslige vurderingene foretatt av EMD vil ikke gjennomgå i detalj her, da det er mer naturlig å trekke frem de relevante aspektene underveis i vurderingen.

Et eiendomsselskap hadde over en lengre periode leid en eiendom til sin nabo, Graham, som hadde brukt eiendommen som beiteområde.⁷⁵ Ved avtalens utløp forsøkte Graham å få til en ny tilsvarende avtale, men eiendomsselskapet hadde øynet en mulighet til å få godkjent en reguleringsplan for å utvikle eiendommen, så forespørselen ble nektet.⁷⁶ Graham fortsatte imidlertid å okkupere eiendommen som før, og litt over 12 år senere framsatte de krav om å ha blitt eier av eiendommen som følge av såkalt «adverse possession».⁷⁷

For å forklare «adverse possession»-regelen er det nødvendig med litt bakgrunn om hvordan eiendomsretten fungerer i Storbritannia sammenlignet med den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen. Eiendomsretten hviler fremdeles på føydalsystemet, hvor ideen er at det er kun dronningen som eier eiendom, mens eiendommen «leies ut» til de som eier en rett til å

⁷² James and others v. UK avsnitt 36

⁷³ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK avsnitt 56

⁷⁴ Saken gir ingen føringer for vurderingen av lovkravet som skal foretas ettersom rettsregelen i saken hvilte på en klar og utvetydig lovtekst, se del 5.

⁷⁵ J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. UK avsnitt 9

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid. avsnitt 12

besitte eiendommen.⁷⁸ Denne retten kalles en «title» og gir altså rett til å besitte og utnytte en en «estate».⁷⁹ Denne leieretten varer evig og er vederlagsfri.⁸⁰ Formelt sett er det altså en stor forskjell fra den kontinentaleuropeiske tankegangen om eiendomsrett som absolutt eierskap, men ettersom leieretten er vederlagsfri og evigvarende, er den underliggende realiteten den samme.

«Adverse possession»-regelen bestemte at dersom en person hadde besittet en annens eiendom i 12 år, tapte den egentlige eieren vindikasjonsrett til sin «estate». Samtidig ble rette eiers «title» til eiendommen ekstingvert, mens besitteren ble oppsatt som formell eier – han ble tilkjent «title».⁸¹ Formelt sett er det altså tale om tap av vindikasjonsrett med en etterfølgende formalisering av de nye eierforholdene, men fra et kontinentaleuropeisk perspektiv er det en regel om hevd uten krav om god tro med 12 års hevdstid.

Etter noen runder i det britiske rettssystemet vant Graham frem med sin påstand om «adverse possession», og saken kom deretter opp for EMD.

Saken ble først tatt opp til kammeravgjørelse, hvor flertallet (dissens 4-3) kom til at P1-1 var brutt, blant annet som følge av at de fant at avståelsesregelen kom til anvendelse, hvilket gjorde veien kort til manglende forholdsmessighet og dermed konvensjonsbrudd ettersom det ikke hadde blitt tilkjent kompensasjon for avståelsen.⁸² Mindretallet så annerledes på det – i forholdsmessighetsvurderingen la de tung vekt på at det var tale om et profesjonelt eiendomsselskap som burde ha hatt full kunnskap om relevant lovgivning og derfor burde ha foretatt en fristavbrytende handling i løpet av de 12 årene.⁸³ Selv om man skulle legge avståelsesregelen til grunn mente derfor mindretallet at det ikke kunne konkluderes med brudd.⁸⁴

Saken ble deretter tatt opp til storkammerbehandling. En forskjell fra kammerbehandlingen var at det nå ble fremlagt et større utvalg komparativt materiale, hvilket gjorde det klart at

⁷⁸ Marthinussen (2008) s. 182.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. UK avsnitt 14

⁸² Ibid. avsnitt 72-76

⁸³ Ibid. Dissens avsnitt 2

⁸⁴ Ibid.

hevdslignende institutter er vanlig i svært mange medlemsland,⁸⁵ og flertallets votum bærer preg av en bedre forståelse av dette enn det som var tilfellet i kammeravgjørelsen.⁸⁶

Domstolen delte seg i et flertall på ti dommere og to mindretall på henholdsvis fem og to dommere. Flertallet fant at kontrollregelen kom til anvendelse,⁸⁷ og kom til slutt til at det ikke forelå menneskerettsbrudd.⁸⁸ Mindretallet på fem dommere kom også til at kontrollregelen kom til anvendelse,⁸⁹ men fant at det påviste legitime formålet ikke var tungtveiende nok til å forsvare inngrepet i klagernes rettigheter.⁹⁰ Det siste mindretallet på to dommere mente at kravet til «*legitimate aim*» ikke var oppfylt, og konkluderte derfor med brudd.⁹¹

⁸⁵Marthinussen (2008) s. 193

⁸⁶J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK særlig avsnitt 72 og 74

⁸⁷Ibid. avsnitt 66

⁸⁸Ibid. avsnitt 85

⁸⁹Ibid. dissens 1 avsnitt 6

⁹⁰Ibid. avsnitt 21

⁹¹Ibid. dissens 2

4 Regelvalg

4.1 De tre reglene

Da det er klargjort at anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet for det første rammer «*possessions*» og for det andre vil innebære en «*interference*», blir det første spørsmålet hvilken av de tre reglene som kommer til anvendelse.

Den første regelen utledes av artikkelens første setning i første avsnitt, altså at enhver har rett til «*peaceful enjoyment of his possessions*», og omtales som prinsippregelen ettersom den omhandler det overordnede prinsippet om retten til å nyte sin egen eiendom i fred. Den andre regelen utledes av artikkelens annet avsnitt som omhandler statenes adgang til å kontrollere bruken av eiendom, og kalles derfor for kontrollregelen. Den siste regelen omtales som avståelsesregelen og utledes av den andre setningen i artikkelens første avsnitt, som omhandler hva som skal til for at en person kan bli «*deprived of his possessions*».

EMDs tilnærming er å først undersøke om avståelsesregelen kommer til anvendelse.⁹² Hvis svaret er nei blir spørsmålet om kontrollregelen kommer til anvendelse, og dersom heller ikke dette er tilfellet vil inngrepet subsumeres under prinsippregelen.⁹³

Reglene er ikke uavhengige av hverandre, da både avståelses- og kontrollregelen må forstås i lys av det overordnede prinsippet om retten til «*peaceful enjoyment of his possessions*».⁹⁴

4.2 Betydningen regelvalget har for vurderingen

Selv om inngrepsvilkårene er de samme uavhengig av hvilken regel et tilfelle faller innunder, har regelvalget betydning for den endelige proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas. Dersom et tilfelle blir kategorisert under avståelsesregelen er den klare hovedregel at det blir konkludert med manglende forholdsmessighet dersom individet som har mistet sin eiendom ikke har blitt kompensert økonomisk, selv om kompensasjonen ikke nødvendigvis må tilsvare full markedspris.⁹⁵ I helt eksepsjonelle tilfeller har det riktignok blitt lagt til grunn at noe som

⁹² Aal (2018) s. 339

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Bruncrona v. Finland avsnitt 65

⁹⁵ The Holy Monasteries v. Greece avsnitt 71

faller innunder avståelsesregelen kan skje uten kompensasjon,⁹⁶ men dette er ikke særlig praktisk. Det skal riktignok sies at kompensasjon også tidvis blir trukket inn i forholdsmessighetsvurderingen ved tilfeller som faller innunder kontrollregelen,⁹⁷ men her som et av mange momenter, i stedet for å være helt avgjørende som for tilfeller vurdert under avståelsesregelen. På generelt grunnlag har EMD uttalt følgende om forholdsmessighetsvurderingen for tilfeller kategorisert under kontrollregelen:

«The Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question.»⁹⁸

Generelt har statene altså en videre skjønnsmargin ved tilfeller kategorisert under kontrollregelen enn under avståelsesregelen, hvilket gjør at det skal mer til for å konkludere med manglende forholdsmessighet og dermed artikkelbrudd.⁹⁹

Det ligger i alle ekstinksjonsreglers natur at kompensasjon er utelukket, så dersom rettstap ved passivitet skulle kategoriseres under avståelsesregelen er veien kort til å konkludere med menneskerettsbrudd. Illustrerende for dette poenget er flertallets votum i både kammer- og storkammeravgjørelsen i Pye-saken. Mens flertallet i kammeravgjørelsen mente avståelsesregelen kom til anvendelse, ble kontrollregelen lagt til grunn av flertallet i storkammeravgjørelsen,¹⁰⁰ og dette var en sentral faktor for hvorfor det ble konkludert motsatt i de to avgjørelsene.

4.3 Regelvalget

Hovedlinjen i EMDs praksis er naturlig nok at tilfeller hvor en person blir fratatt sin eiendomsrett blir kategorisert under avståelsesregelen. EMD ser på effekten inngrepet har på klagerens eierposisjon når regelvalget foretas, hvilket innebærer at også ekstreme rådighetsinnskrenkninger blir ansett som de facto-ekspropriasjon slik at avståelsesregelen

⁹⁶ Jahn and others v. Germany avsnitt 117

⁹⁷ Depalle v. France avsnitt 91

⁹⁸ Agosi v. UK avsnitt 52

⁹⁹ Skjønnsmarginen blir behandlet i pkt. 6.3

¹⁰⁰ Se pkt. 3.3

kommer til anvendelse.¹⁰¹ Det er likevel flere tilfeller hvor noen åpenbart har mistet sin eiendomsrett, men hvor tilfellet likevel subsumeres under kontrollregelen. For å kunne identifisere hvilken regel som kommer til anvendelse for rettstap ved passivitet, må det klargjøres hva slags tilfeller av tap av eiendomsrett EMD velger å subsumere under kontrollregelen.

Konfiskasjonen av en mengde gullmynter ble i *Agosi v. UK* kategorisert under kontrollregelen fordi konfiskasjonen bare var å anse som et ledd i gjennomføringen av et importforbud for gullmynter.¹⁰² Logikken er altså at eiendomsavståelsen ikke er det som er i fokus, men den er likevel en nødvendig brikke i utøvingen av statens kontroll. I samme retning ble konfiskeringen av en betongmikser i *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands* ansett som et kontrolltilfelle ettersom dette ble gjort for å sikre betaling av skatt, til tross for at det var skatteskylden til klagerens medkontrahent og ikke klageren selv som ble sikret.¹⁰³

De tilfellene omtalt ovenfor er klart noe helt annet enn både ekstinksjonsregelen som vurderes her og det tilfellet som ble subsumert under kontrollregelen i *Pye-avgjørelsen*. En forståelse av hvilke faktorer som avgjorde storkammerets vurdering er nødvendig for å vurdere regelvalget for rettstap ved passivitet.

Flertallet påpekte først at tilfellet ikke var sammenlignbart med mange andre tilfeller subsumert under kontrollregelen, som ofte kjennetegnes ved at det ble anvendt lovgivning «*which permitted the State to transfer ownership in particular circumstances*»¹⁰⁴ (slik som i tilfellene nevnt ovenfor). I stedet var eiendomsretten tapt som følge av «*the operation of the generally applicable rules on limitation periods for actions for recovery of land.*»¹⁰⁵

Videre uttalte flertallet:

«The statutory provisions which resulted in the applicant companies' loss of beneficial ownership were thus not intended to deprive paper owners of their ownership, but rather to regulate questions of title in a system in which, historically, twelve years' adverse possession was sufficient to extinguish the former owner's right to re-enter or

¹⁰¹ *The Holy Monasteries v. Greece* avsnitt 66

¹⁰² *Agosi v. UK* avsnitt 51

¹⁰³ *Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands* avsnitt 59

¹⁰⁴ *J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK* avsnitt 65

¹⁰⁵ *Ibid.*

to recover possession, and the new title depended on the principle that unchallenged lengthy possession gave a title. The provisions of the 1925 and 1980 Acts which were applied to the applicant companies were part of the general land law, and were concerned to regulate, amongst other things, limitation periods in the context of the use and ownership of land as between individuals»¹⁰⁶

På grunn av disse forhold kom kontrollregelen til anvendelse.¹⁰⁷ Uttalelsen må leses med det som ovenfor er sagt om hvor annerledes tingsretten er bygd opp i Storbritannia sammenlignet med kontinentaleuropa i bakhodet.¹⁰⁸ Essensen er at det var snakk om generelt gjeldende regler ment å regulere tingsrettslige spørsmål mellom private parter som ble operasjonalisert da vilkåret, 12 års besittelse, var oppfylt. Uttalelsen viser forståelse for at rettsregelen er en liten brikke av et større hele eller system av eiendomsrettsregulering, hvilket førte til at det ble gjort et unntak fra den klare hovedregelen om at tap av eiendomsrett subsumeres under avståelsesregelen.

På bakgrunn av begrunnelsen for regelvalget i Pye-saken er det vanskelig å komme til en annen konklusjon enn at kontrollregelen må komme til anvendelse for rettstap ved passivitet. På samme måte som regelen som var gjenstand for analyse i avgjørelsen, er regelen en generelt gjeldende regel som regulerer aspekter ved eiendomsretten, nærmere bestemt hva slags vilkår som må oppfylles for at eiendomsrett skal overføres fra en privat part til en annen.

Det er derfor lett å si seg enig med Marthinussen når han sier at uttalelsen fra Pye-saken gjengitt ovenfor «er en sentral uttalelse i forhold til senere behandling av tingsrettslige konflikter om eiendomsrett og ekstinksjonsregler, ettersom slik regulering, i tråd med det som her er uttalt, vanskelig kan falle inn under noe annet alternativ enn 'control of use'». ¹⁰⁹ Det er neppe realistisk at EMD skulle velge å subsumere anvendelsen av en ekstinksjonsregel under avståelsesregelen når domstolen allerede har subsumert et tilfelle under kontrollregelen, selv om dette som nevnt er et brudd med den klare hovedregel om at faktisk avståelse subsumeres under avståelsesregelen. Dette blir særlig klart når vi vurderer en regel som rettstap ved passivitet, da denne minner mer om «adverse possession»-regelen enn ekstinksjonsreglene som regulerer tredjemannskonfliktene, ettersom det er en regel om ekstinksjon inter partes

¹⁰⁶ Ibid. avsnitt 66

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Pkt. 3.3

¹⁰⁹ Marthinussen (2008) s. 194.

hvor passivitet hos rette eier og medgått tid er sentrale aspekter. Det skal også nevnes at selv om Pye-dommen ble avsagt under dissens 10-7, var det kun et mindretall på 2 dommere som mente at avståelsesregelen kom til anvendelse.

Etter dette må det legges til grunn at kontrollregelen kommer til anvendelse for rettstap ved passivitet.

5 Lovkravet

5.1 Overordnet om Lovkravet

Ettersom det er etablert hvilken regel som kommer til anvendelse for rettstap ved passivitet, blir det neste spørsmålet om anvendelsen av regelen oppfyller kravet om at inngrepet må være «*subject to the conditions provided for by law*». Begrepet «*law*» er autonomt og skal forstås på samme måte på tvers av alle konvensjonsrettigheter,¹¹⁰ hvilket innebærer at EMDs praksis angående andre konvensjonsartikler har overføringsverdi for vurderingen av P1-1. At begrepet er autonomt innebærer at EMDs egen klassifisering er avgjørende, og ikke nasjonale merkelapper.¹¹¹ EMD oppstiller ingen krav om at «*law*» må være formell lovgivning, men aksepterer at en rettsregel kan hjemles i forskjellige nasjonale rettskilder, såfremt visse minimumsstandarder er oppnådd.¹¹² Mer presist formulert må et inngrep i eiendomsvernet skje i tråd med en rettsregel som innehar visse kvaliteter.

Som nevnt innledningsvis er det særlig dette vilkåret som har blitt påpekt som potensielt problematisk for rettstap ved passivitet.¹¹³ Dette er også et punkt hvor regelen oppgaven vurderer skiller seg markant fra ekstinksjonsregelen som ble vurdert i Pye-saken, ettersom «*adverse possession*»-regelen hvilte på en klar og utvetydig lovtekst – den bestod av ett vilkår, 12 års besittelse, og dette åpnet klart nok ikke for noen grad av skjønn. Med andre ord var inngrepet i saken en ren automatisk operasjonalisering av lovteksten, mens regelen vi skal vurdere for det første er ulovfestet og for det andre åpner for en stor grad av skjønn.

Selv om lovkravet er et av flere kumulative vilkår som må være oppfylt for at et inngrep skal være konvensjonsmessig, og slik sett er binært spørsmål, slutter ikke hjemmelens kvalitet å ha betydning selv om man skulle komme til at vilkåret er oppfylt. EMD fremhever selv at hovedfunksjonen til P1-1 er å sikre at ethvert eiendomsinngrep har tilstrekkelig grunnlag i

¹¹⁰ Béláné Nagy v. Hungary avsnitt 112

¹¹¹ Aall (2018) s. 116

¹¹² At det er uproblematisk at en rettsregel følger av rettspraksis ble klargjort tidlig i Sunday Times v. UK, se avsnitt 46 flg.

¹¹³ Eksempelvis Berg og Harborg (2003) s. 333

lov,¹¹⁴ og domstolen vil ofte tillegge svakheter ved hjemmelen betydning i den etterfølgende forholdsmessighetsvurderingen, selv om selve lovkravet som sådan skulle anses oppfylt.¹¹⁵

5.2 Lovkravets innhold

Som nevnt må det altså foreligge en rettsregel som innehar visse kvaliteter som ligger til grunn for eiendomsinngrepet. Disse kvalitetene er primært at rettsregelen må være tilstrekkelig tilgjengelig og forutberegnelig.¹¹⁶ Et ytterligere aspekt ved lovkravet som har nær sammenheng med regelens forutberegnelighet og som stadig oftere blir fremhevet av EMD, er at det må foreligge prosessuelle minsterrettigheter av et visst omfang. Alle disse aspektene ved lovkravet stammer fra de samme rettsstatsidealer – rettsregelen må være tilgjengelig så borgerne har mulighet til å gjøre seg kjent med den, den må være presis nok til at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling, og borgerne må ha mulighet til å utfordre inngrepets validitet rettslig.¹¹⁷

Det må påpekes at det ikke er noe problem for tilgjengelighets- og forutberegnelighetsaspektet at klageren må søke juridisk bistand for å finne frem til og forstå de relevante rettsreglene. I *Slivenko v. Latvia*, som gjaldt artikkel 8, uttalte EMD følgende:

*«The applicants must have been able to foresee to a reasonable degree, at least with the advice of legal experts, that they would be regarded as covered by the treaty provisions requiring the departure of relatives of Russian military officers affected by the withdrawal and that, consequently, they could not be granted permanent residential status in Latvia as provided for in the domestic legislation.»*¹¹⁸

Når det gjelder tilgjengelighetsaspektet ved lovkravet er det ikke nødvendig å problematisere dette nevneverdig. I common law-systemer følger de aller fleste rettsregler av rettspraksis, og dette er ikke problematisk opp mot EMK.¹¹⁹ At rettsregelen fremgår av Høyesterettspraksis oppfylder dermed klart tilgjengelighetskravet.

¹¹⁴ *Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italy* avsnitt 56

¹¹⁵ *Beyeler v. Italy* avsnitt 110

¹¹⁶ *Silver and others v. UK* avsnitt 87-88

¹¹⁷ *Jorem* (2021) s. 92

¹¹⁸ *Slivenko v. Latvia* avsnitt 107

¹¹⁹ Se eksempelvis *Sunday Times v. UK*

Kravet om prosessuelle minsterettigheter er heller ikke problematisk for regelen om rettstap ved passivitet. De tilfellene hvor dette har vært et problem kjennetegnes av at staten aktivt har gått inn og gjort et eiendomsinngrep uten at det er blitt gitt adekvat mulighet til å utfordre inngrepet rettslig.¹²⁰ For rettstap ved passivitet ligger det i selve systemet at inngrepet går gjennom en grundig domstolsbehandling, ettersom en domstol er den som bekrefter om ekstinksjon har funnet sted eller ikke. Det er neppe tenkelig at kartverket vil tinglyse en eiendomsoverdragelse basert på en påstand om rettstap ved passivitet ved mindre man har fått dette slått fast i en domstol.

Det er altså kun forutberegnelighetsaspektet som er problematisk for rettstap ved passivitet. I det følgende vil det gis en gjennomgang av kravets innhold med en etterfølgende vurdering av om det er oppfylt.

5.2.1 Forutberegnelighet

Rettsregelen må altså være tilstrekkelig «*precise and foreseeable*».¹²¹ Det sier seg selv at jo større grad av skjønn en rettsregel åpner for, desto mindre forutberegnelig blir regelen. Det at en rettsregel inneholder en relativt stor grad av skjønn, innebærer imidlertid ikke nødvendigvis at forutberegnelighetskravet ikke er oppfylt.

I *Gillow v. UK*, som gjaldt artikkel 8, hadde et forvaltningsorgan gjennom en lovbestemmelse blitt tildelt kompetanse til å avgjøre søknader om tillatelse til å okkupere hus. Bestemmelsen forutsatte at forvaltningsorganet skulle ta beslutningen basert på en rekke opplistede vurderingskriterier, og en del av disse var svært skjønnsbaserte – særlig et «sekkemoment» som ga forvaltningsorganet rett til å legge vekt på også øvrige forhold enn de opplistede. Klageren mente derfor at rettsregelen var for vag til at forutberegnelighetskravet var ivaretatt. Om dette uttalte EMD:

«A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with the requirement of foreseeability, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure

¹²⁰ Se eksempelvis *Hentrich v. France*

¹²¹ *Lecić v. Slovenia* avsnitt 95

*in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.»*¹²²

EMD fant derfor at forutberegnelighetskravet var oppfylt.¹²³

I *Sunday Times v. UK*, som gjaldt artikkel 10, ble avisen *Sunday Times* blokkert fra å publisere en oppfølgingsartikkel om den potensielle koblingen mellom bruk av et beroligende medikament for gravide kvinner og kjønnsdefekter under henvisning til en verserende rettssak om problemstillingen. Blant annet ble en domstolskapt norm kalt «the prejudgement principle» anvendt. Regelen gikk ut på at dersom retten fant at det å diskutere innholdet i en rettsak i pressen ville påvirke rettens gang, var dette å regne som «contempt of court» og dermed ulovlig.¹²⁴ Klagerens innvending var primært at dette var en rettsregel som aldri var blitt anvendt av en domstol. EMD fant det imidlertid tilstrekkelig at normen hadde blitt nevnt i enkelte obiter dicta, «*even if the Court does have certain doubts concerning the precision with which that principle was formulated at the relevant time.*»¹²⁵ Tvilen knyttet til regelen presisjon kom særlig av at rettsregelen ikke hadde blitt formulert med noen særlig grad av presisjon utenom i en uttalelse fra en rettsavgjørelse fra 1889.¹²⁶

Dette er altså et eksempel på at en relativt vag domstolskapt regel med et noe usikkert rettsgrunnlag har blitt akseptert som tilstrekkelig forutberegnelig av EMD.

I *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia* hadde et selskap benyttet seg av såkalte «tax optimisation techniques» ved å konstruere en selskapsstruktur på en måte som gjorde at selskapet unngikk å betale skatt det egentlig skulle ha betalt dersom selskapsstrukturen hadde reflektert de underliggende realitetene.¹²⁷ Den russiske domstolen hadde derfor omklassifisert en rekke disposisjoner foretatt av skallselskaper som om de var foretatt av selskapet selv, hvilket innebar at selskapet hadde brutt en rekke skatteregler.¹²⁸ For å foreta denne omklassifiseringen hadde domstolen anvendt en «bad faith doctrine» som minner om de norske skattegjennomskjæringsreglene som nå er blitt lovfestet i skatteloven § 13-2, og gikk grovt sett ut på at åpenbar tilrettelegging for å unngå skatt kunne ses bort ifra, slik at de

¹²² *Gillow v. UK* avsnitt 51

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Sunday Times v. UK* avsnitt 52

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia* avsnitt 591

¹²⁸ *Ibid.* avsnitt 596

underliggende realitetene ble lagt til grunn.¹²⁹ Rettsregelen hvilte dels på lovgivning og dels på høyesterettspraksis.¹³⁰ Klageren mente den anvendte rettsregelen var for upresis. Om dette uttalte EMD:

«In so far as the applicant company complained that the bad faith doctrine had been too vague, the Court would again reiterate that in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation and there will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. In order to avoid excessive rigidity, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice [...] On the facts, it would be impossible to expect from a statutory provision to describe in detail all possible ways in which a given taxpayer could abuse a legal system and defraud the tax authorities.»¹³¹

Her ser vi at EMD viser stor forståelse for at en rettsregel, for å kunne oppfylle sin funksjon, ofte må være ganske vag og bøyelig. Ofte vil en rettsregel ha som formål å ramme tilfeller som innehar visse karakteristika, uten at det er hverken mulig eller formålstjenlig å forsøke å liste opp nøyaktig hvilke tilfeller som regelen rammer, da den nærmere utpenslingen må skje i rettsalen når en domstol anvender rettsregelen på et konkret faktum.

I *Beyeler v. Italy* var tilfellet at en person hadde kjøpt et maleri av Van Gogh gjennom en tredjeperson i 1977. For å kjøpe maleriet måtte det sendes en søknad til en italiensk offentlig institusjon, og tredjepersonens navn ble oppgitt i søknaden, uten at det ble oppgitt at maleriet ble kjøpt på noen andres vegne. Da maleriet skulle selges igjen i 1988, utøvde den italienske staten en forkjøpsrett på maleriet som ga dem rett til å betale den samme prisen som maleriet hadde blitt solgt for i 1977. Forkjøpsretten hvilte på en lovbestemmelse med et vilkår om feilrapportering, slik som hadde skjedd her.¹³²

EMD kritiserte imidlertid bestemmelsen for å være vag ettersom den *«leaves open the time-limit for the exercise of a right to pre-emption in the event of an incomplete declaration without, however, indicating how such an omission can subsequently be rectified.»¹³³* Denne

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid. avsnitt 597

¹³¹ Ibid. avsnitt 598

¹³² *Beyeler v. Italy* avsnitt 109.

¹³³ Ibid.

uklarheten var imidlertid ikke nok til at forutberegnelighetskravet ikke var oppfylt.¹³⁴ Den manglende klarheten ble imidlertid tillagt vekt i forholdsmessighetsvurderingen,¹³⁵ og saken endte med konvensjonsbrudd.¹³⁶

5.3 Vurdering av lovkravet

Som redegjort for under pkt. 5.2 er både tilgjengeligheten og det prosessuelle aspektet ved lovkravet klart oppfylt for rettstap ved passivitet i norsk rett. Følgelig er det forutberegneligheten det gjenstår å ta stilling til.

Som redegjort for i sammenstillingen i pkt. 2.2.5, er rettstap ved passivitet en konkret interesseavveining mellom originale eier og pretendenten. Interessene på pretendentens side må veie vesentlig tyngre enn eierens interesser, da det stilles en høy terskel gjennom begrepet «sterke grunner». Hvor tungtveiende interessene på pretendentens side må være illustreres godt av at det kun er to tilfeller hvor en anførsel om rettstap ved passivitet har ført frem, og de kan begge beskrives som *meget* spesielle tilfeller hvor den faktiske situasjonen har utviklet seg på en sånn måte at den spriker så mye fra de rettslige realitetene at det å rippe opp i den faktiske situasjonen fremstår som kvalifisert urimelig.

I Fårøya-dommen listet Høyesterett opp en rekke momenter som kan tillegges vekt i denne vurderingen, og en fellesnevner for disse momentene er at de er sterkt skjønnspregede – særlig momentet om konkret rimelighet illustrerer dette godt. De opplistede momentene er heller ikke uttømmende, så også andre omstendigheter kan tillegges vekt.

Om vi sammenligner denne regelen med de tilfellene vurdert av EMD redegjort for ovenfor, kan man identifisere flere likhetstrekk. Uttalelsen EMD kom med i *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia* om at rettsregler for å kunne oppfylle sin funksjon ofte må inneholde en grad av vaghet er et godt utgangspunkt for vurderingen. Som EMD redegjorde for, var «bad faith»-normen som hadde blitt anvendt i saken sterkt skjønnspreget nettopp fordi det ikke er mulig eller hensiktsmessig å forsøke å presisere med noen grad av detalj hvilke mulige måter et selskap kan forsøke å unndra sine skatteforpliktelser ved kreativ tilrettelegging. Med andre ord kan man si at EMD aksepterer en større grad av skjønn dersom

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid. avsnitt 119.

¹³⁶ Ibid. avsnitt 122.

graden av skjønn er velbegrunnet og nødvendig for at rettsregelen skal kunne oppfylle sin funksjon.

Rettstap ved passivitet er på samme måte en sterkt skjønnspreget og konkret vurdering, nettopp fordi den er ment å fange opp de svært spesielle tilfellene hvor ekstinksjon inter partes bør finne sted utenom de lovfestede hevdsreglene. Å forsøke å definere disse tilfellene med noen særlig grad av presisjon ville virke mot regelens hensikt da de tilfellene den er ment å ramme er de unike tilfellene hvor interessene på pretendentens side er så tungtveiende at de originale rettslige eierforholdene ikke bør bestå, selv om kravene til aktsom god tro eller full hevdetid ikke skulle være oppfylt.¹³⁷ Regelen er altså ment å fylle et hull i lovgivningen som presise lovregler, som hevdsreglene er, per definisjon etterlater, og da er det, på samme måte som i Yukos-saken, naturlig at regelen er sterkt skjønnspreget. Dette taler derfor for at forutberegnelighetskravet er oppfylt ved anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet.

Videre viser rettsregelen som ble anvendt i *Gillow v. UK*, som bestod av en rekke opplistede faktorer som forvaltningsorganet kunne legge vekt på i en skjønsmessig vurdering, uten at denne listen var uttømmende ettersom bestemmelsen ga forvaltningsorganet mulighet til å vektlegge også andre forhold, at en slik form for skjønsmessig helhetsvurdering med en ikke-uttømmende oppstilling av relevante momenter kan anses å være tilstrekkelig forutberegnelig. Det skal riktignok sies at rettstap ved passivitet likevel inneholder en større grad av skjønn enn regelen i *Gillow v. UK*, ettersom de fleste av de opplistede momentene var mer konkrete og ga rom for en mindre grad av skjønn enn momentene i vurderingen som foretas ved rettstap ved passivitet. Likevel underbygger dette videre poenget om at EMD tar en pragmatisk tilnærming til regelens forutberegnelighet i den forstand at en større grad av skjønn aksepteres dersom det er nødvendig for at regelen skal oppfylle sin funksjon.

Rettsregelen og dens rettskildemessige grunnlag i *Sunday Times v. UK* er særlig interessant å sammenligne med rettstap ved passivitet. «The prejudgement principle» var en skjønnspreget vurdering ettersom domstolen måtte ta stilling til hvorvidt en konkret omtale av en problemstilling i pressen ville påvirke rettsakens gang eller ikke. Som nevnt var rettsgrunnlaget noe usikkert ettersom regelen kun hadde blitt nevnt kort i diverse obiter dicta,

¹³⁷ Som nevnt skal det nok imidlertid svært mye til for at ekstinksjon skal finne sted dersom pretendenten ikke er i god tro, men dette illustrerer poenget ytterligere: De ekstreme tilfellene som regelen er reservert for, som det som var oppe i Fårøya-dommen, hadde fort falt utenfor regelens anvendelsesområde dersom Høyesterett hadde gjort regelen mer rigid med et absolutt minstevilkår om god tro på pretendentens side.

og selve vurderingstemaet hadde bare blitt redegjort for ved et par setninger i en rettsavgjørelse fra 1889. EMD stilte derfor spørsmålstegn ved regelens presisjon, uten at dette ble avgjørende. For rettstap ved passivitet har vi klart et sterkere rettsgrunnlag enn «the prejudice principle» hadde, da rettsregelen hviler på flere rettsavgjørelser hvor regelen har vært rettsakens primære vurderingstema, og i Fårøya-dommen fikk man en så presis formulering av regelens innhold som er mulig sett i lys av regelens sterkt skjønnspregede karakter. Også dette taler altså for at forutberegnelighetskravet er oppfylt.

Selv om man kan vise til mange argumenter for hvorfor rettstap ved passivitet er en sterkt skjønnspreget regel, og at det derfor kan argumenteres for at det er sannsynlig at EMD ville vurdert forutberegnelighetskravet som oppfylt, kommer man ikke unna at regelen må anses å ligge helt i ytterpunktet av hvor generell og skjønnsmessig en rettsregel kan være for å aksepteres som tilstrekkelig presis og forutberegnelig. Vurderingstemaet er definitivt bredere enn rettsreglene som er gjengitt fra EMDs praksis ovenfor, da det er en ren interesseavveining hvor i prinsippet alle mulige forhold kan spille inn. Et kjennetegn ved EMDs praksis er at domstolen foretar en svært konkret vurdering,¹³⁸ hvilket gjør det krevende å forutse nøyaktig hva domstolen vil konkludere med i et grensetilfelle som dette.

Til tross for denne usikkerheten mener jeg det er forstandig å konkludere med at forutberegnelighetskravet er oppfylt. Det som ovenfor er sagt om EMDs pragmatiske tilnærming til hvor presis regelen må være formulert avhengig av regelens funksjon, innebærer etter mitt syn at EMD mest sannsynlig vil akseptere rettstap ved passivitet som tilstrekkelig forutberegnelighet. Ettersom regelen er så skjønnspreget som den er, kommer man imidlertid ikke unna at den skaper en ikke ubetydelig grad av usikkerhet, hvilket må vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen som i *Beyeler v. Italy*.

Ettersom de øvrige aspektene ved lovkravet som nevnt ikke er problematiske, innebærer dette at lovkravet er oppfylt for rettstap ved passivitet.

¹³⁸ Solheim (2008) s. 116

6 Forholdsmessighetskravet

6.1 Legitimt formål

Da lovkravet er oppfylt er de resterende to vilkårene kravet til legitimt formål og forholdsmessighet. På grunn av den nære sammenhengen mellom vilkårene behandles kravet til legitimt formål her.

Som nevnt må staten kunne vise til at et gitt inngrep har en «*legitimate aim*» for at inngrepet skal oppfylle artikkelens krav.¹³⁹ Dette kravet gjelder også for å gjøre inngrep i andre konvensjonsrettigheter, men en nøkkelforskjell er at det gjennom EMDs praksis vedrørende øvrige rettigheter er presisert hvilke formål som vil oppfylle kravet til legitimt formål, mens dette ikke er tilfelle for P1-1.¹⁴⁰ Så lenge staten kan vise til et formål som ikke er «*manifestly without reasonable foundation*», vil EMD i relasjon til P1-1 godta formålet som legitimt.¹⁴¹ Dette følger av at på eiendomsrettens område er nasjonale myndigheter bedre posisjonert enn EMD til å vurdere om et gitt formål er legitimt på grunn av deres «*direct knowledge of their society and its needs*».¹⁴²

Illustrerende for hvor lite som skal til for at kravet til legitimt formål er oppfylt er EMDs vurdering av inngrepsformålet i Pye-saken. Regelen om «adverse possession», altså at rette eier taper sin vindikasjonsrett til en eiendom etter 12 år, var innført for å avhjelpe en mangel ved den engelske grunnbokens positive troverdighet som fulgte av at veldig mange eiendommer tidligere ikke var registrerte.¹⁴³ Ettersom de aller fleste eiendommer nå var registrerte, inkludert eiendommen som var gjenstand for konflikt i saken, var begrunnelsen bak regelen i praksis bortfalt.¹⁴⁴ Likevel vurderte flertallet i storkammeret at kravet til legitimt formål var oppfylt¹⁴⁵ med henvisning til at «*it is characteristic of property that different countries regulate its use and transfer in a variety of ways. The relevant rules reflect social policies against the background of the local conception of the importance and role of*

¹³⁹ Broniowski v. Poland avsnitt 148

¹⁴⁰ Jorem (2021) s. 92-93

¹⁴¹ Jahn and others v. Germany avsnitt 91

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Solheim (2008) s. 120-121

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK avsnitt 74

property.»¹⁴⁶ Her viser altså EMD at domstolen nødvendig vil overprøve nasjonale vurderinger av det legitime formålet bak slik eiendomsregulering.

Som nevnt under pkt. 2.1, må noen av hensynene som begrunner hevdsreglene, altså et ønske om å bevare etablerte tilstander samt best mulig eiendomsutnyttelse fra et overordnet samfunnsperspektiv, anses for også å være deler av begrunnelsen for regelen om rettstap ved passivitet. I forlengelsen av disse hensynene kan man peke på et trekk ved de to tilfellene hvor rettstap ved passivitet har ført frem. Felles for Sigdal- og Fårøya-dommen er at den faktiske situasjonen rundt de relevante eiendommene hadde utviklet seg på en sån måte at det forelå et stort sprik mellom de faktiske forhold og de underliggende rettslige eierforhold. I Fårøya-dommen uttalte flertallet at hensynet til en rimelig løsning når situasjonen har utviklet seg på denne måten kan tillegges vekt i vurderingen.¹⁴⁷ Dette er egentlig bare en videre utpensling av hensynet til etablerte tilstander, men illustrerer at dette er et bærende hensyn bak regelen.

Utover disse mer overordnede hensynene kan det videre pekes på selve funksjonen som regelen om rettstap ved passivitet fyller i den private eiendomsrettsreguleringen, nemlig å fange opp de tilfellene av passivitet som ikke oppfyller vilkårene i hevdslovgivningen, men hvor ekstinksjon likevel bør finne sted.

Basert på det som ovenfor er sagt om hvor lite som skal til for at vilkåret skal anses oppfylt, særlig i tilfeller av privat eiendomsregulering som her, er det klart at de hensynene som her er pekt på oppfyller kravet til legitimt formål.

Disse hensynene vil imidlertid være viktige i forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det er det påviste legitime formålet som skal veies opp mot inngrepets intensitet.¹⁴⁸

¹⁴⁶ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK avsnitt 74

¹⁴⁷ Rt-2015-1157 avsnitt 33

¹⁴⁸ Jorem (2021) side 93

6.2 Overordnet om forholdsmessighetskravet

Det siste vilkåret som må være oppfylt for at et eiendomsinngrep skal være rettmessig, er at inngrepet må være forholdsmessig. EMD uttrykker det gjerne som at det må foreligge en «*fair balance*» mellom samfunnsbehovet som begrunner inngrepet og beskyttelsen av individets fundamentale rettigheter.¹⁴⁹ Dette innebærer primært at det må foreligge «*a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*»,¹⁵⁰ men også andre faktorer, herunder spesielt statens skjønnsmargin, vil påvirke vurderingen av om kravet til «*fair balance*» er oppnådd.

Man kan derfor si at proporsjonalitet mellom mål og middel er nødvendig, men ikke i seg selv tilstrekkelig, for at kravet til «*fair balance*» skal anses oppfylt.¹⁵¹ Vurderingen av proporsjonalitet mellom mål og middel, eller den substansielle forholdsmessighetsvurderingen, fokuserer kun på inngrepets intensitet holdt opp mot inngrepets formål, mens det overordnede vurderingstemaet om «*fair balance*» innebærer et videre perspektiv hvor statens skjønnsmargin og eventuelle øvrige faktorer vil spille inn.¹⁵²

Læren om statenes skjønnsmargin springer ut av subsidiaritetsprinsippet, altså at det primært er statene som skal håndheve konvensjonens rettigheter.¹⁵³ For at dette prinsippet skal være praktisk anvendelig, tilkjennes statene en skjønnsmargin, hvilket betyr at nasjonale myndigheter er gitt et handlingsrom til å ta de beslutningene de mener er nødvendige, uten at EMD prøver innholdet av disse vurderingene.¹⁵⁴ I forlengelsen av dette begrunnes skjønnsmarginen også i at det er nasjonale organer som er best posisjonert til å foreta de politiske og økonomiske vurderinger som gjør seg gjeldende i en gitt sak.¹⁵⁵

Skjønnsmarginen er altså bestemmende for EMDs prøvingsintensitet, og spiller derfor en sentral rolle i om kravet til «*fair balance*» er oppnådd. I praksis er det ofte vanskelig å identifisere om et gitt argument knytter seg til statens skjønnsmargin eller den substansielle forholdsmessighetsvurderingen, ettersom EMD sjelden er veldig klar på dette.¹⁵⁶ Samspillet

¹⁴⁹ Eksempelvis *Beyeler v. Italy* avsnitt 114

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Jorem (2021) s. 94

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ En henvisning til subsidiaritetsprinsippet og statenes skjønnsmargin er nå blitt inkludert i konvensjonens fortale.

¹⁵⁴ Jorem (2021) s. 108

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.* side 95-96

mellom disse vurderingstemaene kan formuleres som at «*skjønnsmarginen kvalifiserer resultatet av den substansielle forholdsmessighetsvurderingen.*¹⁵⁷ Etter å ha foretatt en vurdering av om inngrepet er proporsjonalt sett opp mot inngrepets formål, vurderer EMD om inngrepet er forholdsmessig eller ikke sett i lys av den skjønnsmarginen staten er tilkjent.¹⁵⁸

I tråd med denne tilnærmingen vil det i det følgende først redegjøres for hvor vid statens skjønnsmargin er for rettstap ved passivitet. Deretter vil de momentene som har betydning i den substansielle forholdsmessighetsvurderingen gjennomgås. Statens skjønnsmargin vil igjen trekkes inn ved slutten av vurderingen for å fastslå om kravet til «*fair balance*» er oppfylt.

6.3 Skjønnsmargin

Først og fremst må det påpekes at statenes skjønnsmargin på generelt grunnlag er vid for inngrep i P1-1 sammenlignet med inngrep i øvrige konvensjonsrettigheter, da eiendomsregulering er et område hvor økonomiske og politiske vurderinger vil være veldig forskjellig fra stat til stat.¹⁵⁹ Videre er skjønnsmarginen videre for tilfeller subsumert under kontrollregelen, som her, enn for avståelsestilfeller.¹⁶⁰

I Pye-saken uttalte flertallet i storkammeret at skjønnsmarginen i relasjon til P1-1 er vid og at «*this is particularly true in cases such as the present one where what is at stake is a long-standing and complex area of law which regulates private-law matters between individuals*»,¹⁶¹ og viste i denne forbindelse til at svært mange medlemsstater har rettsregler som overfører eiendomsrett på en måte som ligner på «adverse possession»-instituttet.¹⁶²

Rettstap ved passivitet er klart nok i denne kategorien da det er snakk om privat eiendomsregulering i form av en rettsregel som minner mye om «adverse possession»-regelen, da eierskap blir overført som resultat av en kombinasjon av (blant annet) passivitet hos rette eier og medgått tid.

Ettersom det er tale om privat eiendomsrettsregulering utvides altså skjønnsmarginen ytterligere, og selv om det er umulig å definere med noen særlig grad av nøyaktighet hvor vid

¹⁵⁷ Ibid. side 95.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Agosi v. UK avsnitt 52.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK avsnitt 71

¹⁶² Ibid. avsnitt 72.

skjønnsmarginen er, kan det likevel legges til grunn at den er videre enn gjennomsnittstilfellet EMD har vurdert i relasjon til P1-1.

Et annet aspekt som av EMD både har vært anvendt som et argument for å utvide eller snevre inn skjønnsmarginen, men som også som er blitt anvendt som et moment i den substansielle forholdsmessighetsvurderingen, er hvorvidt nasjonale myndigheter har foretatt en adekvat vurdering av de motstridende interessene i saken.¹⁶³ Av strukturhensyn vil jeg behandle dette aspektet som et moment i den substansielle forholdsmessighetsvurderingen, men man kan like gjerne se det som om prøvingsintensiteten styrkes eller svekkes avhengig av de nasjonale vurderingene.¹⁶⁴ Realiteten er for alle praktiske formål den samme, og EMD er ikke konsekvent på hvilken tilnærming som anvendes.

6.4 Vekten av det legitime formålet

Vekten av det legitime formålet som begrunnet inngrepet er naturligvis sentral i forholdsmessighetsvurderingen ettersom inngrepet må være forholdsmessig i relasjon til formålet.

Som redegjort for under pkt. 6.1 var det legitime formålet bak «adverse possession»-regelen i Pye-saken i praksis bortfalt – selv om regelen i utgangspunktet ble innført for å avhjelpe et problem med den engelske grunnbokens positive troverdighet, eksisterte ikke lenger dette problemet. Det er interessant at domstolen kom til at inngrepet var forholdsmessig selv om inngrepsformålet tilsynelatende var så lite tungtveiende.

For rettstap ved passivitet fyller regelen en klart praktisk funksjon i den private eiendomsreguleringen ettersom den fanger opp tilfeller utenfor hevdsreglenes virkeområde hvor ekstinksjon inter partes bør finne sted. I tillegg kommer hensynet til etablerte tilstander og best mulig eiendomsutnyttelse fra et mer overordnet samfunnsperspektiv.

Selv om det er umulig å kvantifisere nøyaktig hvor mye vekt et gitt inngrepsformål skal tilkjennes, er det klart at vekten av inngrepsformålet for rettstap ved passivitet er mer tungtveiende enn inngrepsformålet i Pye-saken, hvilket vil påvirke vurderingen.

¹⁶³ Lindheim and others v. Norway avsnitt 128 er et eksempel på det førstnevnte, mens Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria avsnitt 53 er et eksempel på det sistnevnte.

¹⁶⁴ Jorem (2021) side 110

6.5 Rettsregelens kvalitet

Selv om lovkravet som sådan er oppfylt, kan som nevnt svakheter ved hjemmelens kvalitet likevel vektlegges i forholdsmessighetsvurderingen. I *Beyeler v. Italy* uttalte EMD at «*the element of uncertainty in the statute and the considerable latitude it affords the authorities are material considerations to be taken into account in determining whether the measure complained of struck a fair balance.*»¹⁶⁵

Som redegjort for under pkt. 5.3 må regelen om rettstap ved passivitet anses å ligge helt i ytterpunktet for hvor vag en rettsregel kan være og likevel oppfylle forutberegnelighetsaspektet ved lovkravet. Regelen er en konkret interesseavveining hvor i prinsippet alle mulige momenter kan tenkes å spille en rolle i vurderingen, og innebærer dermed en betydelig grad av usikkerhet for nøyaktig hvilke tilfeller den kan komme til å ramme. Rettsregelens kvalitet må dermed tillegges vekt i retning av at regelens anvendelse ikke er forholdsmessig.

6.6 Adekvate nasjonale vurderinger

Som nevnt under pkt. 6.3 har EMD anvendt betydningen av adekvate nasjonale vurderinger både som grunnlag for å justere skjønnsmarginen og som et moment i den substansielle forholdsmessighetsvurderingen, uten at det har noen stor praktisk betydning om den ene eller den andre tilnærmingen velges.

I *Lindheim and others v. Norway* la EMD vekt på at det i relasjon til endringene i tomtefestereguleringen ikke så ut til at «*any specific assessment was made of whether the amendment to section 33 regulating the extension of the type of ground lease contracts at issue in the applicants' case achieved a "fair balance" between the interest of the lessors, on the one hand, and those of the lessees, on the other hand.*»¹⁶⁶

I samme retning ble det i *Megadat.com Srl v. Moldova*, som gjaldt sanksjoner mot en av de største internettleverandørene i Moldova, vektlagt at «*the domestic courts did not give due consideration to some of the major arguments raised by the applicant company in its defence*

¹⁶⁵ *Beyeler v. Italy* avsnitt 110

¹⁶⁶ *Lindheim and others v. Norway* avsnitt 128

[...] No balancing exercise appears to have been carried out between the general issue at stake and the sanction applied to the applicant company.»¹⁶⁷

Dette går tilbake til det som innledningsvis under pkt. 1.2 er sagt om at EMDs kontroll gradvis har utviklet seg til å inneha en mer prosessuell karakter. Etersom det i første rekke er nasjonale organer som skal håndheve konvensjonsrettighetene, er et av de viktigste aspektene ved EMDs vurdering blitt å kontrollere at de nasjonale myndigheter har forsøkt å balansere de motstridende interessene som gjør seg gjeldende på en adekvat måte.

Dette momentet er særlig interessant i relasjon til rettstap ved passivitet, nettopp fordi regelen er en konkret interesseavveining mellom interessene til originale eier på den ene siden og pretendenten på den andre siden, hvor pretendentens interesser må veie vesentlig tyngre enn originale eiers interesser før ekstinksjon skal finne sted. Med andre ord må den norske domstolen per definisjon foreta en vurdering av om det foreligger en «*fair balance*» mellom de motstridende interessene i saken før den konkluderer på ekstinksjonsspørsmålet. Momentet må derfor tillegges vekt i retning av at anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet er forholdsmessig.

6.7 Fravær av kompensasjon

Som redegjort for under pkt. 4.2 er betydningen av kompensasjon størst for avståelsestilfellene, ettersom hovedregelen for disse tilfellene er at kompensasjon er en forutsetning for forholdsmessighet. Selv om samme hovedregel ikke gjelder for kontrolltilfeller, har EMD klargjort at «*where a measure controlling the use of property is in issue, the lack of compensation is a factor to be taken into consideration in determining whether a fair balance has been achieved.*»¹⁶⁸

I relasjon til dette påpekte flertallet i storkammeret i Pye-saken at «*that a requirement of compensation would sit uneasy alongside the very concept of limitation periods, whose aim is to further legal certainty by preventing a party from pursuing an action after a certain date.*»¹⁶⁹

¹⁶⁷ Megadat.com Srl v. Moldova avsnitt 74

¹⁶⁸ Depalle v. France avsnitt 91

¹⁶⁹ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. UK avsnitt 79

Denne uttalelsen må igjen leses på bakgrunn av det som under pkt. 3.3 er sagt om oppbyggingen av den engelske eiendomsretten, nærmere bestemt at «adverse possession»-regelen formelt sett innebar tap av vindikasjonsrett til retten til å besitte en eiendom, men at realiteten fra et kontinentaleuropeisk eiendomsrettsperspektiv innebar en ekstinksjon av eiendomsrett. På samme måte ville et krav til kompensasjon uthule selve funksjonen til regelen om rettstap ved passivitet, ettersom det ligger i selve systemet til denne og øvrige ekstinksjonsregler at kompensasjon er utelukket, da reglene er ment å fordele et begrenset antall økonomiske goder på en bestemt måte.

Følgelig kan ikke mangelen på kompensasjon tillegges vekt i retning av at anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet er uforholdsmessig.

6.8 Sannsynligheten for at rettsregelen får urimelige utslag

«Adverse possession»-regelen i Pye-saken krevde kun 12 års besittelse for at eiendomsretten skulle overføres, og det gjaldt ingen krav til god tro hos pretendenten. Som redegjort for under pkt. 3.3 hadde Graham leid eiendommen som beiteområde, og ved avtalens slutt forsøkt å få til en ny avtale med klageren for å fortsette denne ordningen, uten at dette førte frem. Da Graham fortsatte å bruke eiendommen de neste 12 årene, for deretter å gjøre krav på eiendommen, fremsto dette som en kalkulert strategi for å skaffe seg en eiendom som Graham ikke hadde noen rettmessig eller rimelig interesse i få tilkjent.

Votaene til henholdsvis flertallet i kammeravgjørelsen og de to mindretallene i storkammeravgjørelsen bærer preg av å være farget av hvor urimelige utfall en slik regel kan få. Eksempelvis uttalte mindretallet på fem dommere i storkammeret at «*in a case such as the present where there is no mistake on the part of the adverse possessor as to the owner of the land [...] we are quite unable to accept that the adverse possessor has any legitimate interest in obtaining the windfall of acquiring title to the land itself without payment or compensation.*»¹⁷⁰ Videre ble det uttalt at «*it is difficult to see any justification for a legal rule*

¹⁷⁰ J.A. Pye (Oxford) and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. UK dissens 1 avsnitt 13

which compels such an apparently unjust result as to deprive the owner of his beneficial title in favour of an adverse possessor.»¹⁷¹

En sammenligning av den rigide «adverse possession»-regelen med regelen om rettstap ved passivitet viser umiddelbart at sannsynligheten for slike urimelige og ufortjente utslag som i Pye-saken i praksis er umulig for den sistnevnte regelen. For at noen skal få eiendomsretten sin ekstingvert som et resultat av passivitet, kreves det en tung interesseovervekt på pretendentens side. Videre er det neppe mulig å få medhold i en påstand om slik ekstinksjon ved mindre det er gjort betydelige investeringer på eiendommen. De to tilfellene hvor ekstinksjon som følge av passivitet har funnet sted har vært svært spesielle tilfeller med så stor interesseovervekt på pretendentens hånd at det hadde fremstått som urimelig å holde fast ved de opprinnelige eierforholdene.

Ettersom rettsregelen er bygd opp på denne måten med denne graden av fleksibilitet, er det utenkelig at et tilfelle som det i Pye-saken hadde endt med ekstinksjon. Regelen er heller bygd opp på en slik måte at den bare ender i ekstinksjon dersom det fremstår som svært velbegrunnet og rimelig. Dette trekker videre i retning av at anvendelsen av rettstap ved passivitet er forholdsmessig.

6.9 Rette eiers mulighet til å beskytte sin eierposisjon

Flertallet i kammeravgjørelsen i Pye-saken la i forholdsmessighetsvurderingen tung vekt på at det i «adverse possession»-regelen ikke var innbakt et vilkår om at pretendenten måtte varsle rette eier før utløpet av de 12 årene.¹⁷² Tilsvarende uttalte det ene mindretallet på fem dommere i storkammeravgjørelsen at «*what was lacking were effective safeguards to protect a registered landlord from losing beneficial ownership*»¹⁷³

Tanken her er altså at det fra rette eiers perspektiv virker lite rimelig at hans eierposisjon skal måtte vike når han ikke har fått en klar oppfordring til å handle.

¹⁷¹ Ibid. dissens 1 avsnitt 7

¹⁷² J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. UK avsnitt 73

¹⁷³ J.A. Pye (Oxford) and J.A. Pye (Oxford) Land ltd v. UK dissens 1 avsnitt 17

Mindretallet i kammeravgjørelsen mente imidlertid at *«the duty in this particular case – to do no more than begin an action for repossession within 12 years – cannot be regarded as excessive or unreasonable»*.¹⁷⁴ Tilsvarende la flertallet i storkammeret vekt på at i løpet av de 12 årene kunne klagerne *«remedy the position by bringing a court action for repossession of the land»*.¹⁷⁵

Det eneste rette eier trengte å gjøre for å beskytte seg var altså å ta rettslige steg, og flertallet i storkammeret mente ikke dette var en urimelig forventning.

For rettstap ved passivitet trenger ikke rette eier å ta rettslige skritt for å beskytte seg, da det er tilstrekkelig å gi uttrykk for at han anser eiendommen som sin, slik at pretendenten ikke blir gitt en rettmessig forventning om eierskap. Dersom rette eier sier ifra før det har gått særlig lang tid og uten at det er gjort betydelige investeringer på eiendommen, vil interessene på pretendentens side neppe nå opp til terskelen som ligger i *«sterke grunner»*. Det er riktignok så at rettsregelen ikke krever at rette eier er klar over at noen bruker hans eiendom som sin egen, hvilket gjør at han ikke nødvendigvis har en oppfordring til å handle (hvilket Sigdal-dommen er et godt eksempel på). Imidlertid opererte heller ikke «adverse possession»-regelen med et krav om at rette eier måtte ha kjennskap til at noen andre brukte hans eiendom, så dette kan ikke tillegges vekt i retning av manglende forholdsmessighet. Dette underbygges av at det ikke er nødvendig å ta rettslige skritt for å beskytte seg som i Pye-saken, da en uformell henvendelse er tilstrekkelig.

6.10 Konklusjon

Det mest tungtveiende argumentet i retning av manglende forholdsmessighet er at regelen om rettstap ved passivitet er en svært skjønnsmessig og dermed vag regel. Samtidig er det også, som vist, flere sider ved rettsregelens grad av skjønn som taler for forholdsmessighet – regelen forutsetter en balansert vurdering av de motstridende interessene i saken og den er konstruert på en slik måte at sannsynligheten for kvalifisert urimelige resultater er ikke-eksisterende.

Når man i tillegg legger ved at vekten av det legitime formålet er tyngre enn i Pye-saken, og ser hen til den vide skjønnsmarginen som redegjort for under pkt 6.3, fremstår det som

¹⁷⁴ Note 172 dissens avsnitt 2

¹⁷⁵ Note 173 avsnitt 80

nærmest utenkelig at EMD skulle kommet til at anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet ikke ivaretar en «*fair balance*» mellom en respekt for individets fundamentale rettigheter og samfunnsbehovet som begrunner inngrepet.

Det må derfor konkluderes med at også forholdsmessighetskravet er oppfylt, slik at samtlige inngrepsvilkår som følger av EMK P1-1 må anses oppfylt ved anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet.

7 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Å miste eiendomsrett til fast eiendom gjennom regelen om rettstap ved passivitet er et inngrep i retten til eiendom som følger av EMK P1-1, hvilket innebærer at en rekke vilkår må være oppfylt for at det ikke skal foreligge konvensjonsbrudd.

Fremstillingen har illustrert at selv om P1-1s virkeområde utvilsomt har blitt utvidet slik at EMD i økende grad behandler tvister mellom private parter, viser EMD forståelse og respekt for at slik eiendomsregulering i stor grad er et nasjonalt anliggende, da statene må kunne regulere det privatrettslige eiendomssystemet på en måte de selv mener er formålstjenlig fra et nasjonalt perspektiv.¹⁷⁶

Det første utslaget av dette kommer til synet i regelvalget, hvor EMD i Pye-saken subsumerte et tilfelle av ekstinksjon under artikkelens kontrollregel, selv om klageren rent faktisk hadde mistet sin eiendomsrett, under henvisning til at dette skjedde som et utslag av en generelt gjeldende regel som regulerte privatrettslige aspekter av eiendomsretten. Ettersom rettstap ved passivitet må plasseres i samme kategorien, kommer kontrollregelen til anvendelse også her.

En stor del av forklaringen for denne anstrengte kategoriseringen, altså at et tilfelle av faktisk avståelse subsumeres som et kontrolltilfelle, ligger nok i en kombinasjon av den firkantede tilnærmingen til kompensasjon som en del av forholdsmessighetsvurderingen i tilfeller kategorisert under avståelsesregelen, sammenholdt med utviklingen på området til P1-1, både i relasjon til privatrettslige tvister, men også øvrige områder. Når «læresetningen» om kompensasjon ble utviklet, var EMDs håndhevelse av P1-1 fremdeles begrenset til de mer klassiske tilfellene av statlige overgrep hvor staten aktivt går inn og forstyrrer noens eiendomsrett. Tilfeller kategorisert under avståelsesregelen var da typisk tilfeller av ekspropriasjon. Så lenge artikkelen ble håndhevet på denne måten var det skjønnsomt å operere med et firkantet krav om kompensasjon for at inngrepet skal være forholdsmessig. Men når EMD i stadig økende grad begynte å behandle privatrettslige tvister og på andre måter utvidet P1-1s virkeområde, ble det gradvis klart at domstolen hadde malt seg selv inn i et hjørne. Det finnes svært mange velbegrunnede rettsregler som ikke kan kategoriseres som

¹⁷⁶ Selv om kritikerne av Lindheim-dommen kanskje ikke er helt enige i dette.

statlig ekspropriasjon, men som rent faktisk innebærer at noen blir fratatt sin eiendom uten kompensasjon. For å unngå at slike regler nærmest automatisk skulle måtte anses som konvensjonsstridige på grunn av manglende kompensasjon, har EMD i flere tilfeller måttet foreta en, etter mitt skjønn, svært unaturlig og anstrengt kategorisering.

I relasjon til lovkravet har fremstillingen vist at selv om rettstap ved passivitet må anses å oppfylle vilkåret, ligger regelen helt i ytterpunktet for hva EMD vil akseptere som tilstrekkelig forutberegnelig ettersom regelen er en svært konkret og skjønnsmessig vurdering, hvilket påvirker forholdsmessighetsvurderingen. I denne forbindelse kan det påpekes at det virker noe paradoksalt å kritisere Høyesterett for å anlegge en svært konkret vurdering, som rettstap ved passivitet er, når EMDs egen praksis kjennetegnes nettopp av at vurderingen som anlegges er svært konkret og dermed krevende å forutse. Samtidig henger dette sammen med at EMK er en konvensjon som gir borgerne rettigheter overfor staten, og en slik konkret tilnærming bidrar til at rettighetene blir effektive og håndhevbare i stedet for illusoriske.

I forlengelsen av dette er det vanskelig å se hvordan lovgiver eventuelt skulle ha kommet på banen for å gjøre rettsregelen mer presis, da slike presise regler om ekstinksjon inter partes allerede er lovfestet gjennom hevdsinstituttet. Rettstap ved passivitet er en konkret skjønnsmessig vurdering nettopp for å fange opp tilfellene som faller utenfor disse reglene, men hvor ekstinksjon likevel bør finne sted. En rettsregel som fyller et hull som presis lovgivning per definisjon etterlater kan vanskelig forbedres med mer lovgivning.

EMDs forståelse og respekt for nasjonal privat eiendomsrettsregulering kommer særlig til syne i relasjon til kravene om legitimt formål og forholdsmessighet, da domstolen i Pye-saken igjen refererte til disse reglenes utpregede nasjonale karakter. Dette resulterte både i at skjønnsmarginen på dette området er videre enn ellers, og at domstolen nødvendig vil overprøve nasjonale vurderinger av hva slags inngrepsformål som er legitimt.¹⁷⁷

Som et resultat av den vide skjønnsmarginen kombinert med en rekke øvrige faktorer som taler for forholdsmessighet som ikke var til stede i Pye-saken, er det klart at anvendelsen av regelen om rettstap ved passivitet vil innebære et forholdsmessig inngrep i eiendomsretten. Da alle vilkårene er oppfylt innebærer dette at anvendelsen av rettstap ved passivitet ikke vil representere et konvensjonsbrudd.

¹⁷⁷ Egentlig to sider av samme sak.

Selv om det innledningsvis under pkt. 1.2 ble påpekt at den svært konkrete tilnærmingen til EMD kombinert med utviklingen på området til P1-1 gjør det krevende å forutse nøyaktig hvilke eiendomsinngrep som vil kunne anses konvensjonsstridige, har fremstillingen vist at det absolutt er mulig å foreta en kvalifisert gjetning.

Litteraturliste

Litteratur (alfabetisk)

- Aall (2018) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 5. utgave. Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Berg og Harborg (2003) Berg, Høgetveit, Borgar og Harborg, Henning. «Ulovfesta ekstinksjon av fast eigedom.» *Jussens venner* (2003), s 312-339.
- Elgesem (2021) Elgesem, Frode. «Tolkning av den europeiske menneskerettskonvensjonen.» *Jussens venner* (2021), s. 441-487.
- Jorem (2021) Jorem, Henrik. «Eiendomsvernet i EMK.» *Jussens venner* (2021), s. 79-112.
- Marthinussen (2006) Marthinussen, Hans Fredrik. «Ulovfestet ekstinksjon.» *Jussens venner* (2006), s. 1-29.
- Marthinussen (2008) Marthinussen, Hans Fredrik. «Om europeiseringen av tingsretten – særlig i lys av den europeiske menneskerettighetsdomstols avgjørelser i Pye-saken.» *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2008), s. 179-207.
- Marthinussen (2019) Marthinussen, Hans Fredrik. *Tredjemannsproblemene. Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*. 2. utgave. Oslo: Cappelen Damm, 2019.
- Solheim (2008) Solheim, H., Jørgen. «Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).» *Tidsskrift for Eiendomsrett* (2008), s. 110-125.
- Solheim (2010) Solheim, H., Jørgen. *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*. Cappelen Damm, 2010.

Solheim (2016) Solheim, H., Jørgen. «Fra bot til bedring – Høyesteretts behandling av EMK P1-1.» *Rettsavklaring og rettsutvikling: Festskrift til Tore Schei*. Universitetsforlaget, 2018, s. 387-418.

Lovgivning

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 6. juli 1935 nr. 2 om tinglysning [tinglysningsloven]

Lov 12. september 1966 nr. 1 om hevd [hevdslova]

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

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

Internasjonale konvensjoner

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK), Roma 4. november 1950.

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, Paris 20. mars 1952.

Høyesterettspraksis (kronologisk)

Rt. 1986 s. 1210 (Norske Fjellhus)

Rt. 1992 s. 352 (Sigdal)

Rt. 1999 s. 352 (Hopsdal)

Rt. 2000 s. 604 (Øraker)

Rt. 2000 s. 996 (Bøhler)

Rt. 2004 s. 1092

Rt. 2009 s. 203 (Øyer statsallmenning)

Rt. 2015 s. 1157 (Fårøya)

HR-2016-304-S

HR-2016-2195-A

HR-2017-2064-A

HR-2021-2248-A

Den europeiske menneskerettsdomstol (kronologisk)

Tyrer v. The United Kingdom [J], Application no. 5856/72, Judgement of 25 April 1978

Sunday Times v. The United Kingdom [P], Application no. 6538/74, Judgement of 26 April 1979

Silver and others v. The United Kingdom [J], Application no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7113/75 and 7136/75, Judgement of 25 March 1985

Ashingdane v. The United Kingdom [J], Application no. 8225/78, Judgement of 28 May 1985

James and others v. The United Kingdom [P], Application no. 8739/79, Judgement of 21 February 1986

Agosi v. The United Kingdom [J], Application no. 9118/80, Judgement of 24 October 1986

Gillow v. The United Kingdom [J], Application no. 9063/80, Judgement of 24 November 1986

Hentrich v. France [J], Application no. 13616/88, Judgement of 22 September 1994

The Holy Monasteries v. Greece [J], Application no. 13092/87 and 13984/88, Judgement of 9 December 1994

Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands [J], Application no. 15375/89, Judgement of 23 February 1995

Beyeler v. Italy [GC], Application no. 33202/96, Judgement of 5 January 2000

Belvedere Alberghiera S.r.l. v. Italy [J], Application no. 31524/96, Judgement of 30 May 2000

Slivenko v. Latvia [GC], Application no. 48321/99, Judgement of 9 October 2003

Bruncrona v. Finland [J] Application no. 41673/98. Judgement of 16 November 2004

Jahn and others v. Germany [GC], Application no. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, Judgement of 30 June 2005

Broniowski v. Poland [GC], Application no. 31443/96, Judgement of 28 September 2005

J.A Pye (Oxford) Ltd v. The United Kingdom [J], Application no. 44302/02, Judgement of 15 November 2005 (ikke rettskraftig)

J.A. Pye Oxford ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom [GC], Application no. 44302/02, Judgement of 30 August 2007

Anheuser-Busch Inc. v. Portugal [GC], Application no. 73049/01, Judgement of 11 January 2007

Evaldsson and Others v. Sweden [J], Application no. 75252/01, Judgement of 13 February 2007

Hamer v. Belgium [J], Application no. 21861/03, Judgement of 27 November 2007

Megadat.com Srl v. Moldova [J], Application no. 21151/04, Judgement of 8 April 2008

Depalle v. France [GC], Application no. 34044/02, Judgement of 29 March 2010

Lindheim and others v. Norway [J], Application no. 13221/08 and 2139/10, Judgement of 12 June 2012

Oao Neftyanya Kompaniya Yukos v. Russia [J], Application no. 14902/04, Judgement of 20 September 2011

Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria [J], Application no. 46577/15, Judgement of 21 April 2016

Béláné Nagy v. Hungary [GC], Application no. 53080/13, Judgement of 13 December 2016

Lecić v. Slovenia [GC], Application no. 36480/07, Judgement of 11 December 2018