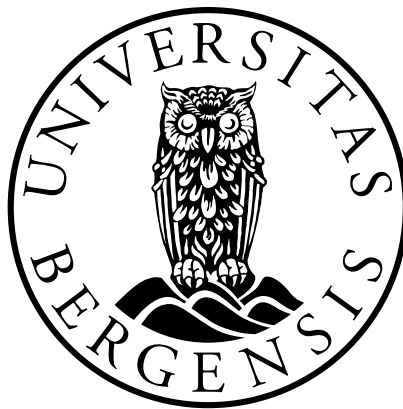


Allemannsrett til høsting av naturressurser

Høstingsretten etter straffeloven § 323 2.ledd og friluftsloven § 5

Kandidatnummer: 99

Antall ord: 10077



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

31.05.16

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	3
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	3
1.1.1	Emnets aktualitet i dag	3
1.1.2	Metodiske problemer knyttet til allemannsretten til høsting	5
2	FORHOLDET MELLOM EIENDOMSRETTE OG ALLEMANNSRETTE... 6	
2.1	Utviklingen av allemannsretten	8
2.2	Lovutviklingen	9
3	ALLEMANNSRETT TIL HØSTING ETTER GJELDENE RETT.....	11
3.1	Er §323 2.ledd en inkurie og hvilke konsekvenser får det?	11
3.2	Hva kan lovlig høstes etter § 5 i frilufsloven?	12
3.3	Høstingsrett etter § 323 2.ledd i straffeloven fra 2005	15
3.3.1	Innledning	15
3.3.2	Er høsting på utmark mindre tyveri?	15
3.3.3	Vilkårene i § 323 2. ledd	17
3.4	Straffefrihetsreglen i § 323 2.ledd brukt på forhold utenfor § 321	20
3.5	En sammenstilling av § 5 og § 323 2. ledd	21
4	NATURMANGFOLDETS BESKYTTELSE I DET NYE RETTSKILDEBILDET	
	21
5	LITTERATURLISTE:	24

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

I naturen finner man alt fra bær og sopp til småstein. Men hvor går grensen for hva man kan høste på andres eiendom innenfor lovens rammer? Hvilke ressurser har grunneier en enerett til? Et uklart eierforhold kan føre til overhøsting og bli en belastning for økosystemet. Selv om hver enkelt bare høster litt, kan det samlede trykket bli betydelig. En person med en eksklusiv høstingsrett vil kunne ha større interesse av å ta vare på disse ressursene enn andre som bruker felles ressurser. Samtidig skaper alt fra blåbærplukking til sanking av fine steiner langs stien glede i befolkningen, og matressurser som ellers ville stått og råtnet blir høstet. Folk får et insentiv til å komme seg ut i naturen når de får lov til å høste av det de finner der.

Allemannsretten til høsting bygger på eldre rett, både lovfestet og ulovfestet. Det har vært to viktige lovendringer de siste årene, den nye lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28 § 323 2.ledd og lov om friluftslivet (friluftsloven) 28. juni 1957 nr.16 § 5. Endringen i rettskildebildet reiser spørsmålet om hvordan de to nye bestemmelsene skal forstås i forhold til hverandre, til annen lovgivning, og til det øvrige rettskildebildet. Spørsmålet blir om de nye reglene innebærer en endring i gjeldende rett.

I oppgaven vil hovedfokuset ligge på innholdet i § 323 2.ledd i straffeloven og § 5 i friluftsloven. Disse to bestemmelsene er de to viktigste bestemmelsene som regulerer høsting i dag. Det finnes også andre bestemmelser som regulerer retten til spesifikke ressurser, slik som Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven) 24. november 2000 nr. 82 som omtaler uttak av vann i § 16. I oppgaven vil spesiallovene til enkeltressurser i liten grad bli gjennomgått. Det samme er tilfellet med de ulovfestede høstingsrettene, som må holdes utenfor av plasshensyn, men høstingsrettigheter utenfor de to nevnte lovreglene vil bli trukket inn der det er nødvendig for å belyse dagens lovtekst.

Jeg vil av plasshensyn ikke gå mer inn på skillet mellom utmark og innmark enn det jeg trenger for å kartlegge meningen i § 400 i den Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) fra 22. mai 1902 nr. 10. Spesialregelen som er knyttet til høsting i Finnmark og spesialregelen som regulerer høsting av molter må også holdes utenfor, men vil bli nevnt som eksempler for å belyse andre rettsspørsmål.

1.1.1 Emnets aktualitet i dag

Folk har brukt naturen siden de første menneskene kom til Norge. Før landområdet ble underlagt eiendomsrett, kunne folk høstet det de ønsket. I dag er alt land i Norge eid av noen, enten

det er private grunneiere, allmenninger eller staten. Spørsmålet blir da hvor langt det gjelder en allemannsrett til å høste naturressurser på land som andre eier.

All høsting medfører inngrep i naturen, men ofte er høstingen så uskyldig at ingen bryr seg. Tar en unge med seg en stein fra stranden, gjør det ingen skade og få vil protestere. Dersom det derimot kommer flere personer eller høstingen blir organisert, kan den bli av et slikt omfang at det gjør skade på naturen. Det kan brukes ulike virkemidler for å beskytte enkeltressurser mot overhøsting. Staten kan komme med lover eller forskrifter som regulerer eller forbyr enkelte typer høsting. Man kan også gi retten til å høste til enkeltpersoner eller grupper. Et eksempel på dette er Jaktloven fra 20. mai 1899 hvor retten til å jakte uten hund på småvilt ble overført fra allmenheten til grunneieren. For at slike mekanismer skal fungere optimalt for å beskytte det biologiske mangfoldet er det viktig med klare og enkle regler som gjør at allmenheten enkelt kan innordne seg.

En økende befolkning og økt interesse for friluftsliv gjør belastningen på naturen større, og øker dermed behovet for klarere regler. Samtidig kan den teknologiske utviklingen gjøre at ressurser som det tidligere ikke ble sett noen verdi i, plutselig får en økonomisk verdi. Dette har vi sett tidligere, for eksempel da is ble en betydelig eksportartikkel fra Norge. Da gikk høsting av is fra å være en rettighet ingen hadde sett noe verdi i, til å bli et knapphetsgode som tilkom grunneier¹.

Mer åpne grenser og innvandring kan også føre til at nye grupper kommer til Norge og ser muligheter i naturressurser som vi tidligere har sett liten eller ingen verdi i, som for eksempel kråkeboller og sevje. Nye former for friluftsliv utnytter kanskje naturen på en annen måte enn det friluftsliv som har vært utøvd der tidligere. Det er flere eksempler på at det har oppstått konflikter når nye grupper tar i bruk utmarken på måter som ikke har vært vanlig i Norge. Et eksempel på dette er terrengsykling. En aktivitet som har blitt populær de siste årene, men som har møtt sterk motstand fra flere hold. Etterhvert som nye grupper tar i bruk naturen på nye måter, kan det oppstå konflikter både med grunneiere og andre brukere av naturen. Nye bruksmåter utfordrer lokale skikker for akseptabel bruk av naturen.

Det har foregått en prosess for å samordne rettsreglene knyttet til allemannsretten i forbindelse med utarbeidelse av ny straffelov. I den forbindelse har man ønsket å ta mest mulig av reguleringen ut av straffeloven og legge den inn i særlovgivningen.² For å samle reglene knyttet til friluftsliv et sted, vedtok man § 5 i friluftsloven. Endringer i rettskildebildet har vært ment

1 Reusch 2012, 160-161

2 Ot.prp.nr22 (2008-2009) 8.12.2

klargjørende, men som etter all endring, vil det være behov for å kartlegge hva som er gjeldende rett etter endringene.

Oppgaven vil starte med å se på forholdet allemannsretten og eiendomsretten har til hverandre og spenningsforholdet mellom allemannsretten og eiendomsretten. Deretter kommer bakgrunnen for dagens regler til å bli forklart ved å se på den eldre lovgivningen. Så vil dagens lovgivning blir lagt fram og klargjort, før det avslutningsvis vil følge en drøfting av hvordan naturmangfoldets stilling er beskyttet med den lovgivningen som finnes i dag.

1.1.2 Metodiske problemer knyttet til allemannsretten til høsting

Allemannsretten har noen særegne juridiske metodeproblemer. Mye av allemannsrettens natur har vært en «uskyldig nyttes-rett».³ Altså en rett til å utnytte ressurser så lenge det ikke har skadet andre. Få konflikter har kommet til domstolene og dermed har det blitt begrenset rettspraksis og lite behov for lovgivning. De ressursene som tradisjonelt har vært utnyttet i allemannsretten har vært ressurser man har sett så liten verdi i at ingen har ønsket å gjøre noe for å forsvare retten til disse ressursene. Det kan derfor bli vanskelig å skille mellom hva som bare er tålt bruk og hva som er allemannsretten. Et eksempel på dette er Rt. 1889 s. 33, der det var blitt tålt høsting av agnskjell i lengre tid, men hvor spørsmålet først tilspisset seg når det begynte å bli knapphet på agnskjell. I tillegg til det man kan karakterisere som tålt bruk, har også konflikter blitt unngått med det man kan omtale som en utmarkskultur hvor aktørene har forholdt seg til sosiale normer uten at det har vært nødvendig å trekke inn rettsapparatet eller vært behov for lovgivning.

Rettskildebildet har i nyere tid blitt supplert med to paragrafer, straffeloven § 323 2.ledd og friluftsløven § 5. Likevel sitter man igjen med mye gammel praksis og oppfatninger som må ses på som ulovfestede regler på det samme området. Det vil bli et spørsmål om den tidligere rettsoppfatningen må sees på som avløst av de nye paragrafene, eller om eldre praksis kan brukes til å supplere rettskildebildet. De to paragrafene har lite og tildes motstridende forarbeider. Det kan derfor bli viktig å se på andre kilder for å fastslå gjeldende rett. Historien bak bestemmelsen vil få en særlig viktig plass for å kartlegge hva som ligger i dagens lovtekst. Det samme vil ulovfestet rett. Samtidig har samfunnet forandret seg mye og det kan være et spørsmål om utviklingen kan føre til endinger i hva som er allemannsrett.

Et annet metodisk problem er kombinasjonen av privatrett og strafferett. Det er i dagens lovgivning to paragrafer som regulerer høsting på utmark, § 323 2.ledd i straffeloven og § 5 i

3 Reusch 2012, 15

friluftsløven. De regulerer nesten samme forhold. Det at den ene paragrafen omhandler straffbarheten til et forhold gjør at den står i en særstilling. Det vil ikke være mulig å tolke § 323 2. ledd innskrenket til ugunst for tiltalte uten å kunne komme i konflikt med legalitetsprinsippet. Blandingen av privatrett og strafferett er ikke noe nytt, og mye av strafferetten beror på en forståelse av privatretten. Som det vil bli vist senere, har det i den tidligere lovgivningen vært brukt to paragrafer i straffeloven for å fastslå hvem som har høstingsrett på hva i utmark. Denne blandingen gjør at en må trå ekstra varsomt for ikke å komme i konflikt med grunnleggende rettsstatsprinsipper.

2 Forholdet mellom eiendomsretten og allemannsretten

For å undersøke allemannsretten og forstå den, er det et poeng også å undersøke eiendomsretten. Uten eiendomsretten ville det ikke vært behov for et begrep om allemannsrett. Alt ville ha vært åpent for alle og det eneste som da hadde blitt igjen av allemannsretten ville vel vært hensynsregelen.

Hvis man tenker seg et utgangspunkt der alt er lov, gir eiendomsretten ingen rettighet til grunneier bortsett fra retten til å nekte andre å bruke eiendommen på forskjellige måter. Eiendomsretten gir en rådighetsrett, det betyr at man både har rett til å bruke og tillate bruk, men også en rett til å nekte bruk. Som alle andre retter har også eiendomsretten begrensninger. Eiendomsretten til jord er begrenset både av andre privates bruksrett på en eiendom, men også av statlige eller kommunale reguleringer. Eiendomsretten kan ses på som de rettigheter som er igjen etter alle begrensningene.

Eiendomsretten er en ekskluderingsrett. Sagt på en annen måte; en rett til eksklusivitet. På denne måten er eiendomsretten en måte å fordele knappe ressurser. «Eigedommsrett er den sentrale institusjonen for å fordela og regulera tilgangen til knappe naturressursar. På det norske landområdet er naturressursar underlagt privat eller offentleg eigedommsrett, slik at andre enn eigarane er utestengte frå bruk som ikkje fell inn under allemannsrett.»⁴ Ved å være sikret en eksklusivitet over ressursen, har eieren fått en egeninteresse i at disse skal forvaltes på en best mulig måte.

Hva allemannsretten er, og hvordan man har tolket og begrunnet den, har skiftet i takt med samfunnet.⁵ Det er ofte ferdselsretten som i dag blir nevnt når allemannsretten blir omtalt,

4 Nordtveit 2012

5 Rt. 2004 s.1985 «Innholdet i allemannsretten har- på samme måte som innholdet i en grunneiers eiendomsrett- gjennom tidene vært gjenstand for endringer i pakt med skiftende samfunnsforhold. Det er vanskelig å tenke seg at de to rettsinstituttene skal være statiske og ikke kunne endre seg i samsvar med samfunnsutviklingen.»

selv om ferdselsretten var en av de siste rettene til å bli lovfestet. I Rt 1998 s.1164 deler høyesterett allemannsretten inn i tre hovedgrupper «ferdselsretten, oppholdsretten og høstingsretten». Allemannsretten er kjennetegnet ved at det er en rettighet som gjelder alle, altså ikke en bestemt person.⁶ Det at allemannsretten har vært åpen for alle, har vært et av de kjennetegn som har skilt allemannsretten fra for eksempel rettigheter til allmenninger der det ofte har vært fri bruk for en bygd eller en spesiell gruppe personer. Et unntak fra dette finner vi i Rt 2004 s.1985, hvor førstvoterende omtaler fiskerett for barn under 16 år som en etablering av en ny allemannsrett, selv om det kun er for en viss aldersgruppe. «loven etablerer en ny rettighet for allmennheten –eller riktigere en aldersbestemt andel av den.»⁷

Begrepet allemannsrett er på flere måter et misvisende begrep. For det første er det ikke snakk om en rettighet, men om et sett med rettigheter som vi har samlet i begrepet allemannsretten. Baldersheim tar dette opp i sin lærebok i eiendomsretten fra 2010 hvor han argumenterer for at en bør bruke begrepet allemannsrettene i stedet for allemannsretten. ««Allemannsretten» er eit samleomgrep for eit knippe rettar som alle og ein kvar har til å bruka eit grunnstykke på visse måtar. Sidan det er tale om fleire og varierende rettar, er det mest naturleg å bruke fleirtalsforma «allemannsrettane»»⁸.

For det andre kan begrepet «rettighet» lede en på ville veier. Allemannsretten er beskyttet på andre måter enn andre bruksretter til fast eiendom. «retten er av en særlig art ved at den ikke gir den enkelte bruksutøver samme solide posisjon som f.eks. en servitutthaver. En antydning om dette ligger i den betegnelse som ofte ble brukt tidligere: «den uskulldige nyttesrett» dvs. En rett som ikke i nevneverdig grad skulle være til fortrengsel for grunneieren.»⁹ Brukerne av allemannsretten kan for eksempel miste sin rett til et område ved at det blir omdisponert fra utmark til innmark.

Tilknyttet allemannsretten ligger det en generell hensynsregel som man finner igjen i alle rettighetene som er omfattet av allemannsretten, enten det er ferdsel, opphold eller høsting. All utnyttelse av allemannsretten skal skje hensynsfullt. Man finner hensynsregelen igjen i flere paragrafer i friluftsløven. For eksempel § 8 i friluftsløven om at bading ikke må skje hvis det er til “utilbørlig fortrengsel eller ulempe for andre” eller i § 5 om høsting hvor det kreves at høsting skjer “hensynsfullt og med tilbørlig varsomhet.” Friluftsløven har også en generell hensynsregel formulert i § 11. «Enhver som ferdes eller oppholder seg på annen mands grunn eller på sjøen utenfor, skal opptre hensynsfullt og varsomt for ikke å volde skade eller ulempe

6 Rynning 1928, 23

7 Rt. 2004 s.1985 (48)

8 Baldersheim 2010, 144

9 Falkanger 2000, 428

for eier, bruker eller andre, eller påføre miljøet skade.”. Hensynsreglen gjelder altså ikke bare ovenfor grunneier, men også ovenfor miljøet og andre brukere av naturen.

Rettigheten som blir knyttet til allemannsretten er spredt over flere lover og delvis ulovfestet grunnlag. I motsetning til rettigheter som vanligvis knytter seg til fast eiendom, har ikke allemannsretten sin bakgrunn i avtale. «I staden kviler allemannsrettane dels på ulovfesta sedvanereglar og dels på lovreglar»¹⁰. Dette gjør at allemannsretten for grunneier får mer preg av offentlig regulering enn av en vanlig rettighet til bruk av eiendom. Samtidig har man sett en utvikling hvor stat og kommune har gått inn i direkte avtaler med grunneiere for å sikre allmenhetens tilgang.

2.1 Utviklingen av allemannsretten

En finner spor av allemannsrett langt tilbake. Samtidig er det viktig å huske at allemannsretten slik vi kjenner den er et moderne konsept og selve ordet er ganske nytt. Selv om vi finner lover som omhandler lignende tema er dagens forståelse av eiendomsretten annerledes enn tidligere, og derfor får også allemannsretten en helt annen betydning. Et annet viktig poeng er at dagens allemannsrett er knyttet til friluftsliv¹¹, mens de regler som omhandler det samme i eldre rett er knyttet til retten til å kunne forflytte seg på en hensiktsmessig måte og kunne utnytte naturen. Derfor flyter også ofte allemannsretten i eldre rettskilder sammen med rettigheter til allmenninger.

I Moseloven er det en rett til å plukke druer som spises på veien over en annens vingård, altså veldig likt vår nøtteregel i dag.¹² I frostatingsloven er det nevnt at hester kan spise langs veien¹³. Det er verdt å merke seg at det er høstingsretten som er nevnt, ikke ferdselsretten som ofte er det vi tenker på som kjernen i allemannsretten i dag. Ferdselsretten var sett på som så selvsagt i eldre rettskilder at de ikke trengte å bli nevnt. Det var selvsagt at man hadde lov til å ferdes. Det som var tvilsomt var om man hadde lov til for eksempel å høste eller slå leir. Ett eksempel på dette så vi i den eldre straffeloven før friluftsløven ble vedtatt, hvor man stadfestet retten til høsting uten å nevne retten til ferdsel.¹⁴

10 Baldersheim 2010, 147.

11 Friluftsløven § 1 «Formålet med denne loven er å verne friluftslivets naturgrunnlag og sikre allmenhetens rett til ferdsel, opphold m.v. i naturen, slik at muligheten til å utøve friluftsliv som en helsefremmende, trivselsskapende og miljøvennlig fritidsaktivitet bevares og fremmes.»

12 «I det gamle testamentet kan nevnes femte mosebok, kapitel 23 vers 24 som sier at: «når du kommer inn i en annen manns vingård, kan du spise så mye druer du vil, til du blir mett. Men du må ikke sanke i spann.»» (Reusch 2012)

13 Reusch 2012, 40

“Ett annet kjennetegn ved allemannsretten er at den i stor grad har vært retter som ingen har hatt interesse av å beskytte.”¹⁵ Det å beskytte en rettighet ved å forsvare en eksklusivitet har alltid vært forbundet med en kostnad. Det har derfor bare vært de rettigheter som har vært forbundet med en viss verdi som har vært beskyttet av grunneier. De resterende rettighetene har vært åpen for alle å utnytte. Når ingen har påberopt seg enerett til visse rettigheter, har det etter hvert blitt oppfattet som rettigheter alle kan utnytte. Man har også sett det motsatte, at rettigheter som har blitt oppfattet som åpent for alle har gått over til grunneier når de har blitt et knapphetsgode.

2.2 Lovutviklingen

Tidligere var høstingsretten regulert av hovedsakelig to rettskilder. Man hadde straffelovens bestemmelse i straffeloven fra 1902 sin § 400, og § 399, og man hadde ulovfestet rett. I tillegg til dette var det spredd forskjellige høstingsretter fragmentarisk rundt i lovverket. Man ønsket med vedtagelsen av § 5 i frilufsloven å få mer orden i lovverket og samle alle de viktigste bestemmelsene knyttet til allemannsretten i én lov. § 5 i frilufsloven ble i stor grad en videreføring av hva som ble oppfattet som gjeldende rett fra den tidligere straffeloven. Derfor er det nødvendig med en forståelse av hva som lå i de tidligere bestemmelsene i straffeloven 1902 § 399 og § 400 for å forstå dagens lovgivning.

§ 399 var en straffebestemmelse som ga grunneier beskyttelse til en del naturprodukter. Produktene den beskyttet befant seg på «skog, mark eller eng». Det minner til en viss grad om det som frilufsloven omtaler som utmark, men det er ikke grunnlag for å si at det skal tolkes sammenfallende. Produktene § 399 beskyttet var «sten, sand, ler, jord, gjødsel, mineraler, torv, mose, lyng, blomster, busker, kvister, løv, never, bark, bar, tørre trær eller grener, treavfall, uhøstet eller avfallen grøde eller frukt, eller» «tang, ville østers eller skjell i vann, fjære eller strand». Denne oppramsingen er i stor grad det man kan tenke seg å finne i naturen. §

14 «Jaktretten er i loven kommet til uttrykk som en positiv rett for allmenheten. Ovennevnte straffelovens § 400 og dens nærmeste kilde, straffeloven av 1842, kap. 22-16, uttaler kun at de oppregnede handlinger, bærplukking osv. ikke blir at straffe. Spørsmålet blir om allmenheten har en virkelig positiv rett til at foreta disse handlinger. Schweigaard, i sin kommentar til straffeloven av 1842, 3 utg. I del side 37-38, drøfter dette og kommer til det resultat at allmenheten her virkelig har en rett som eieren ikke ved vakhold eller fysisk bortjagende kan hindre. Han henviser blant annet til at lovstedets kilde, Christian V, 6-17-27 og 32 ogsaa uttrykker regelen som en positiv tillatelse, og i sin kommentar til straffeloven kap. 22-10, II del, side 434 uttaler Schweigaard under henvisning til bestemmelsene om bærplukning m.v. at «det er klart at adgangen til utmarken er fri». Schweigaard uttaler I side 38 at «det er en følge av den strenge form der er iaktatt i den nye lov at man ikke direkte vil uttale handlingen som en tillatelse, men som ustraffbar.» (Onsager 1931)

399 fungerer slik at den gir en mindre straff for å høste de nevnte produktene, men i og med at § 399 ramser opp produkter som ligger nært det som er naturlig å høste i naturen, fungerer den i praksis slik at den stadfester straffbarheten ved å høste disse produktene.

§ 400 var som dagens § 323 2.ledd formulert som en straffefrihetsregel, selv om den var ment for å gi uttrykk for en rettighet. Den har videreført et eldre skille mellom de naturprodukter du har lov å medbringe hjem og de du må utnytte deg av på stedet. § 400 «Den, som paa uindhegnet Sted plukker vilde Nødder, som paa Stedet fortæres, eller vilde Bær, Sop eller Blomster eller optager Rødder af vilde Urter, bliver ikke at straffe».

Begrepet «paa uindhegnet Sted» har det vært vanlig praksis å forstå som utmark etter at friluftsløven ble vedtatt.¹⁶ Også før friluftsløven ble vedtatt ble dette synet tatt opp av Nils Onsager. Uten at han konkluderer, viser han til ulike kilder. «Gjelsvik uttaler om dette spørsmål side 160, at uinnhegnet sted «maa være det samme som det man i bygdene kaller utengjærdes («utangards»), det er all utmark, selv om den er inngjerdet. Eieren kan ikke hindre den uskyldige nyttesretsutøvelse i utmarken ved at sette gjærde omkring den. Dette gjælder ogsaa om formaalet med gjærdet netop er at sætte en hindring for denne nyttesret».»¹⁷

Straffeloven § 323 2.ledd skulle også være en videreføring av § 399 og § 400. Den nye paragrafen bruker et mer moderne lovgiverspråk og lager en mer generell straffefrihetsregel. Ordlyden her oppsummerer mye av det som har vært viktige prinsipper bak allemannsretten tidligere, men er ikke en videreføring av eldre rett slik § 5. § 323 2. er som skal vises senere både utvidende og innskrenkende i forhold til eldre rett. § 323 2. ledd er i forarbeidene omtalt som straffefrihetsregelen, noe den eldre § 400 og § 399 ikke var. I lovkommentaren til Finn Haugen, Jon Sverdrup Efstestad blir det at § 323 2. ledd ikke er fjernet, omtalt som en glipp.¹⁸ Om det skyldes en inkurie og hvilke konsekvenser det i så fall vil få, vil bli tatt opp i kapittel 3.1.

16 Falkanger 2000, 432

17 Onsager 1931, 35

18 Haugen og Efstestad 2015

3 Allemannsrett til høsting etter gjeldene rett

3.1 Er §323 2.ledd en inkurie og hvilke konsekvenser får det?

I forarbeidene til § 5 (Prop. 88 L 2010-2011 kapittel 7)¹⁹ blir tilpasning til annet lovverk drøftet. Her blir ikke § 323 2.ledd, men kun frilufsloven § 10 a fjernet. Denne skulle regulere det samme som § 5 i dag²⁰. Det at de ikke nevner en såpass viktig paragraf som § 323 2.ledd styrker mistanken om at det her foreligger en forglemmelse. Om tilpasningen til den eldre straffeloven sier Prop.88 L (2010-2011): «Bestemmelsen innebærer en kodifisering av gjeldende sedvanerett om allmennhetens høstingsrett, og innebærer oppheving av straffeloven § 399 og § 400, jf. også Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.12.2.» I Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.12.2. står det «Straffelovkommisjonen mener at allemannsretten i første ledd bør overføres til særlovgivningen, for eksempel til frilufsloven. Også det geografiske unntaket fra allemannsretten som følger av annet ledd, bør eventuelt videreføres i særlovgivningen.» Dette tyder på at tanken bak § 5 var at den fullstendig skulle overta for § 399 og § 400 og at vedtagelsen av § 323 2.ledd var en feil.

§ 323 2. ledd har blitt nevnt i juridisk straffeteori. Haugen og Efstad hevder at § 323 2.ledd har blitt værende etter vedtagelsen av § 5 som en tabbe: «Bestemmelsene om dette er opphevet i straffeloven 1902 (§§ 399 og 400) og overført til frilufsloven, men straffeloven 2005 § 323 annet ledd ble ikke opphevet under samme endring. Dette skyldtes antakelig en inkurie, og ser ikke ut til å ha vært tema ved Prop. 64 L (2014-2015) om ikrafttredelsesloven.»²¹

Mot at vedtagelsen av § 323 2.ledd er en inkurie kan nevnes at forarbeidene til § 323 2.ledd Ot.prp.nr.22 (2008-2009) nevner forslaget til § 10 a i frilufsloven som er det vi i dag kjenner som § 5. «Annet ledd avløser straffeloven 1902 § 400 og delvis § 399, og må ses i sammenheng med forslaget til ny § 10 a i lov 28. juni 1957 nr. 16 om frilufslivet».²² Forarbeidene til §323 2.ledd Ot.prp.nr.22 (2008-2009) nevner altså en paragraf som de delvis velger å overlapse. De samme forarbeidene har misforstått hva som tidligere lå i § 400. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) omtaler gamle § 400 som en straffefrihetsregel «Bestemmelsen viderefører dermed straffefrihetsregelen i § 400 første ledd», men som vist tidligere var § 400 ikke en straffefrihetsregel, men å betrakte som en rettighet.

19 Prop. 88 L 2010-2011 kapittel 7 «Ny § 5 i frilufsloven innebærer at ny straffelov (lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff § 412 nr. 50 om endringer i lov 28. juni 1957 nr. 16 om frilufslivet, ikke trådt i kraft) § 10 a oppheves. Den nye § 5 i frilufsloven medfører også at gjeldende straffelov (22. mai 1902 nr. 10) § 399 og § 400 oppheves.»

20 «Bestemmelsen til erstatning for straffeloven 1902 § 400 foreslås plassert i frilufsloven kapittel 1 som ny § 10 a, i forlengelsen av reglene om ferdsls- og oppholdsretter for allmennheten.» (Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.12.2.)

21 Haugen og Efstad 2015

22 Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

Jeg slutter meg likevel til Haugen og Efjestad sine betraktninger om at § 323 2.ledd har bestått ved en feil. Det virker, for det første, underlig at vi skal ha to paragrafer som regulerer dette samme rettsforholdet på to forskjellige måter og på den måten gjøre en og samme handling både straffefritt og ulovlig. Man skal kunne plukke stein på en annen sin strand ulovlig og så bli fritatt for straff for det samme tilfellet. For det andre virker forarbeidene til § 323 2. ledd å være lite gjennomtenkte. Hvis den skulle være en direkte videreføring av § 400 og § 399 ville det ført til en moderne og god rettsregel som ga godt rom for å praktisere loven på et samfunn i endring på grunn av de runde formuleringene. På den andre siden har ikke forarbeidene gått inn på den store betydning disse ordlydsendringene ville fått for endringene av rettstilstanden. § 400 var ikke alene en straffefrihetsregel slik den så ut ved første øyekast, men var regulering av rettighetsforhold til de aktuelle produktene. Forarbeidene går ikke inn på hvilke konsekvenser det ville få for miljøet at det blir et uklart eierforhold (se kapittel 4) og ser heller ikke ut til å drøfte den betydelige endringen av gjeldende rett.

Spørsmålet blir så hvilke konsekvenser det vil få at § 323 2. ledd består på bakgrunn av en inkurie. I visse tilfeller er det mulig å tolke seg forbi en inkurie. Vi kunne bruke lex posterior-prinsippet og sette til side den eldre lovteksten dersom de hadde vært direkte motstridende. Problemet som oppstår her er litt spesielt fordi det er på strafferettens område. Det betyr at man må være varsom med en tolkning som kan være til ugunst for en eventuell siktet. Etter legalitetsprinsippet må man ha hjemmel i lov for å iverksette inngrep mot enkeltmenneske. Jf. Grunnloven § 96 og § 113. § 323 2.ledd er ikke et straffebud, men et straffefrihetsbud. Det blir dermed vanskelig å straffeforfølge noen som holder seg innenfor § 323 2.ledd uten å bryte med legalitetsprinsippet. Derfor er det ikke mulig å harmonisere § 323 2.ledd med § 5, eller å tolke § 323 2.ledd bort, selv om det skulle være en inkurie. Derfor må § 323 2.ledd i straffeloven og § 5 i frilufsloven tolkes hver for seg.

3.2 Hva kan lovlig høstes etter § 5 i frilufsloven?

Ordlyden i § 5 er i stor grad en videreføring av det som tidligere sto i § 400 i straffeloven fra 1902. Det har skjedd noen endringer. I frilufsloven § 5 bruker man begrepet «under ferdsel i utmark» i sted for «på uinnhegnet sted» som var brukt i straffeloven. "Under ferdsel i utmark" passer bedre inn i frilufslovens system hvor hovedskillelinjen går mellom utmark og innmark. Dette medfører ikke noen endring av gjeldende rett. Det har vært lang tradisjon for å tolke uttrykket «på uinnhegnet sted» til å være i samsvar med utmarksbegrepet i frilufsloven. Dette blir blant annet tatt opp i T-3/07 Om lov om frilufsloven av 28. juni 1957 nr. 16 6.1 fjerde avsnitt: «Plukking er bare tillatt «på uinnhegnet Sted». Uttrykket anses å omfatte det sam-

me som utmark etter frilufsloven. Grunneier vil således ikke kunne gjerde inn sin eiendom for å holde allmenheten borte».

Frilufsloven § 5 bruker uttrykket «under ferdsel». Begrepet peker i retning av at det ikke er høsting som er hovedgeskjeften. Verken forarbeider eller juridisk teori nevner hvorfor akkurat denne uttrykksmåten er brukt. Annet enn frilufslovens generelle krav om at det må være i utmark. Det er ikke noe grunnlag for å trekke mer ut av ordlyden «under ferdsel». En tolkning hvor høstingsretten ikke kunne utnyttets sammen med oppholdsretten er det ikke grunnlag for, selv om det kunne antydes ut fra ordlyden.

Etter dette følger det en opprømsing av tenkelige naturprodukter som kan plukkes. Loven begynner med nøtter, og regulering av nøtter er i en særstilling. Det er lov å «høste ville nøtter som skal spises på stedet». Dette er en videreføring av straffeloven § 400 i 1902 loven. Det reglene om nøtter gjenspeiler, er uttrykk for en eldre rettspraksis hvor man har gitt beskyttelse for grunneier til enkelte ressurser som har blitt sett på som å ha betydelig verdi. En ganske vanlig beskyttelsesmåte har vært at det har vært fritt høste så lenge høstingen skjer hensynsfullt og blir fortært på stedet. Dette har for eksempel vært tilfellet med multer på muldebærland. Man har tenkt at verditapet for grunneieren har vært minimalt når man ikke har kunnet ta det med seg hjem. Nøtter er også i en viss grad spesielle siden det i eldre tid var relativt lett å lagre nøtter i motsetning til bær som ville råtne etter kort tid. De har dermed kunnet være et matforråd i tider hvor annen mat har krevd mer bearbeidelse for ikke å råtne. Beskyttelsen av nøtter er et eksempel på at når en ressurs blir oppfattet å ha en spesiell verdi, har grunneieren fått en beskyttelse.

Man har valgt å videreføre ordningen fra den eldre straffeloven i frilufsloven § 5 med at nøtter må spises på stedet. Det er forståelig at man ønsket å være varsom med å endre i gjeldende rett. Samtidig er det spesielt at nøtter fremdeles skal nyte dette spesielle vernet. I dag er ikke nøtter som en vill ressurs spesielt verdifullt og det er ikke noen grunn til at nøtter skulle nyte bedre vern enn andre planter som det kanskje er en større knapphet på.

Blant ressursene som § 5 sier man har lov til å «plukke og ta med seg» er «ville blomster, planter, bær og vill sopp, samt røtter av ville urter». Uttrykksmåten er høyst muntlig og bærer preg av at man hovedsakelig har tenkt på hva som er mulig å høste. Det kan i grunnen virke litt som "smør på flekk". Under en naturlig forståelse av «planter» er det naturlig også å forstå blomster og bær. Det er likeledes rom for å forstå røtter av urter som å falle inn under ordlyden «planter». Denne betraktningen danner rom for å spørre om man bør tolke «planter» innskrenkende. Med planter er det naturlig også å forstå trær og busker. Det er lang tradisjon for at trær er en grunneierrett. Dette var ordningen under straffeloven av 1902 § 400 og § 399 og

det er ikke grunn til å tro at det ikke skulle være ordningen nå. Det trekker derfor i retningen av at § 5 sitt uttrykk «planter» skal tolkes innskrenkende til kun å gjelde mindre planter.

Urter er som nevnt også naturlig å forstå som planter. Det at urter sine røtter blir nevnt spesielt, kan trekke i retning av at man ikke kan høste røtter av annet enn urter. En slik tolking var vanlig av § 400: «Av motsetningen mellom adgangen til å «plukke» blomster og til å «optage Rødder af vilde Urter», synes å fremgå at man ikke straffritt kan oppta røtter av blomster som ikke anses som urter»²³. Spørsmålet blir da hva som ligger i ordlyden urter. Man kunne lagt til grunn en biologisk definisjon, men siden friluftsløven er en lov som retter seg mot allmenheten er det ikke like naturlig å bruke strenge fagdefinisjoner som det ville vært hvis det var en lov som rettet seg mer inn mot ett spesifikt fagområde. I dagligspråk brukes urter om mindre planter som gjerne er ett- eller toårige og som har en form for nyttebruk. Hvorfor det skal være lov å høste røttene til bare denne gruppen planter og ikke hele gruppen planter er vanskelig å se. Hvis vi ser tilbake på eldre rett, skriver Matningsdal og Bartholm om «urter» etter § 400: «Med «Urter» må da forstås vekster hvor roten har en egen nyttefunksjon; f.eks. i husholdningen eller til fremstilling av medisiner o.l.»²⁴ Det er liten grunn til å si at det skulle være noe meningsforskjell mellom «urter» i § 5 og «urter» i § 400, men ordlydtolkningen Matningsdal og Bartholm legger til grunn er ganske fjernt fra en naturlig forståelse av begrepet «urter». På den andre siden passer deres tolking bedre inn med resten av lovteksten.

Utrykket «ville» står foran blomster og urter og «vill» står foran sopp. Ut fra setningsoppbyggingen er «ville» også et krav som gjelder «planter» og «bær». «Ville» er naturlig å forstå slik at det ikke omfatter planter som er plantet ut eller som blir kultivert. Det er ikke naturlig å forstå det som at planter trenger å være en del av den originale floraen. Forvillede planter som man i dag kan finne i store deler av landet, som humle eller nyper, er nok omfattet av ordlyden «ville», selv om de en gang i tiden har vært plantet ut. Det kan være vanskelig å se når for eksempel et bringebærkratt med forvillede hagebringeber har gått fra å være ikke ville til å bli "ville". En annet aspekt ved vilkåret «ville» er at det stiller krav om at ressursen ikke allerede har blitt høstet. Hvis en blåbærplukker alt har fylt opp sitt spann med blåbær, har disse blåbærene gått fra å være «ville» til å bli en gjenstand i hans eie.

Slik jeg ser det er det hovedsakelig seks hovedgrupper naturprodukter som det er praktisk å snakke om når det gjelder høsting i utmark. Det er vann, mineraler, planter, dyr, sopp og lav. § 5 gir høstingsrett på naturprodukter som ikke er vann, mineraler eller dyr. Spørsmålet er om vi kan bruke § 5 via analogi til også å omfatte endel naturprodukter som ikke er nevnt i opp-

23 Magnus Matningsdal og Anders Bratholm 1998. Straffeloven 1902 kommentarutgave. Tredje del. Forseelser.

24 Magnus Matningsdal og Anders Bratholm 1998. Straffeloven 1902 kommentarutgave. Tredje del. Forseelser.

ramsingen. Lav er et slikt eksempel som ikke går under en normal språklig forståelse av verken planter eller sopp. Mot en analogi taler den klare ordlyden. En bør legge til grunn at lovgiver har ment det en har skrevet. For en analogi trekker det at man har tatt ordlyden fra straffeloven fra 1902 § 400 ganske ordrett inn i § 5 det er dermed ikke like naturlig å være like bokstavelig med ordlyden som om det hadde vært en mer moderne ordlyd. Ordlyden var i stor grad et forsøk på å lovfeste ulovfestet rett og det er derfor ikke unaturlig at man bommet på noe i oppramsingen. Tilfeller som ligger svært nær ordlyden, som for eksempel lav, har nok ikke blitt utelatt med en bestemt hensikt, når det ikke er nevnt i forarbeidene.

3.3 Høstingsrett etter § 323 2.ledd i straffeloven fra 2005

3.3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg drøfte straffeloven § 323 2.ledd. Først vil jeg se på dens funksjon i straffeloven, deretter vil jeg gå inn på hvert enkelt vilkår og presentere ulike tolkninger av disse.

3.3.2 Er høsting på utmark mindre tyveri?

Allemannsretten er som nevnt tidligere en urgammel rett for allmennheten til å ferdes, oppholde seg i og høste visse produkter fra naturen. Det er derfor verdt å spørre seg hva lovgiver har ment ved å lage en bestemmelse som unntar utnyttelse av denne retten for straff. Det virker som om lovgiver legger til grunn at det er grunneier som eier naturproduktet. I straffeloven blir det nå omtalt som mindre tyveri, men blir gjort straffefritt. En slik tolking av lovens system blir støttet opp av forarbeidene Ot.prp.nr.22 (2008-2009) der det står: "I tillegg medfører annet ledd straffefrihet for bagatellmessige tilegninger av naturprodukter som i dag kan straffes som naskeri etter straffeloven 1902 § 399 jf. § 391 a." Her legges det altså til grunn at det er grunneier som har retten til utnyttelse og at noe bruk blir straffefritt. Å se på § 323 2. ledd som en straffefrihetsregel, har, som vi så, støtte i forarbeidene. Da er ikke § 323 2. ledd en videreføring av § 400 og § 399. Som de samme forarbeidene sier²⁵. § 400 skulle ikke leses som en straffefrihetsregel. At § 400 ikke skulle ses på som en straffefrihetsregel ser man flere steder. Et eksempel er i friluftsmeldingen (Fra Om lov om friluftslivet av 28. juni 1957 nr. 16) der det står: «I paragrafen er det uttrykt slik at den som plukker dette "bliver ikke at straffe", men det må oppfattes slik at dette er fullt ut rettmessige handlinger»²⁶

Det er flere måter å tolke plasseringen av § 323 2. ledd på. En mulig tolkning er at den gjør det straffefritt å ta naturprodukter som tilhører en annen. Hvis man ser det på den måten blir § 323 andre ledd en utvidelse av allemannsretten, men kun på strafferettens område. Det ligger

25 «Bestemmelsen viderefører dermed straffefrihetsregelen i § 400 første ledd» (Ot.prp.nr.22 (2008-2009))

26 Om lov om friluftslivet av 28. juni 1957 nr. 16

som en forutsetning for § 323 2.ledd at tilegnelse av naturprodukter i utgangspunktet er tyveri. For å være det, må de oppfylle tyveribestemmelsene i § 321; at en må ta en gjenstand som tilhører en annen med forsett om uberettiget vinning. Det at en tar en gjenstand når en høster naturressurser er ikke så unaturlig, men spørsmålet er om det er naturlig å si at den “tilhører en annen” hvis vi tar utgangspunkt i at allemannsrettens høstingsrett er en rett. Er det da naturlig å si at blåbærene som blir plukket egentlig tilhører noen andre? Det ville vært mer naturlig å si at de er en bruksrett som var lik for alle, siden ikke grunneier har første rett på bærene.

En annen måte å se det på er at § 323 2. ledd kun omhandler de naturressursene som ikke i dag er omfattet av allemannsretten, altså som en ren straffefrihetsregel. Hvis dette er tilfellet åpner det seg en del spørsmål. Hva har det å si for hvilke tiltak man eventuelt kan gjøre for å beskytte disse ressursene som i dag ikke er straffbart å plukke, men som ikke er omfattet av allemannsretten? Hva vil det si for hvilke tiltak en grunneier kan sette i verk for å beskytte ressurser som faller utenfor høstingsregelen i frilufsloven § 5, men innenfor hva som er lovlig etter § 323 2.ledd? Kan man for eksempel tenke seg at man som turgåer kan stå erstatningsrettslig ansvarlig for å ha høstet en naturressurs, men ikke strafferettslig? Altså at en kan være pliktig til å betale erstatning for noe en har høstet, men ikke være strafferettslig ansvarlig.

En tolking hvor § 323 2.ledd kun omhandler de ressurser som ikke er omfattet av allemannsretten, kan hjelpe oss med å forstå vilkåret om “økonomisk verdi”. Plukking av bær vil eksempelvis etter eldre rett være en del av allemannsretten, men kan ha en betydelig verdi når en kommer over et visst kvantum.

En tredje tolking av § 323 andre ledd kan være at den er ment som en avklaring i straffeloven. Altså at den i utgangspunktet bare beskytter det som allerede ligger innenfor allemannsretten. Den er verken ment som en utvidelse eller innskrenkning og man må derfor tolke vilkårene til å være i samsvar med resten av høstingsreglene i allemannsretten.

Det er hvordan man tolker vilkårene i § 323 2.ledd som vil bestemme om det i praksis er en utvidelse eller innskrenkning av allemannsretten. Hvis man med «lovlig allemannsrett» mener hele allemannsretten, ferdselsretten, oppholdsrett og høstingsrett, så vil verdigrensen som § 323 2.ledd setter opp, fungere som en innskrenkning av allemannsretten. Hvis man med «lovlig allemannsrett» bare sikter til ferdselsregelen, blir det en stor utvidelse, enten kun på strafferetten sitt område, eller på både strafferetten og privatretten sine områder. Alt etter om man tolker § 323 2.ledd til å stadfeste en faktisk rettighet slik som § 400 tidligere gjorde eller om man ser på § 323 2.ledd som kun gjeldende på strafferettens område.

3.3.3 Vilklårene i § 323 2. ledd

Straffeloven § 323 andre ledd gir som nevnt straffefrihet for utnyttelse av naturressurser. Paragrafen stiller opp tre vilkår som må være oppnådd for at tilegnelsen ikke skal være straffbar. For det første må det være “naturprodukter”, for det andre må det være av “liten eller ingen økonomisk verdi” og for det tredje må det være under utnyttelsen av “lovlig allemannsrett”. Jeg vil behandle hvert av vilklårene for seg.

3.3.3.1 *Hva kan en legge i vilklåret om lovlig allemannsrett?*

Vilklåret “lovlig allemannsrett” kan forstås på flere måter. Hvis man kun ser på ordlyden, sier den at man må holde seg til det som er lovlig allemannsrett. Med «lovlig» er det nok ikke ment å ha en distinksjon mellom ulovfestet og lovfestet rett. Det er mer naturlig at det med «lovlig» er ment innenfor gjeldende rett. Denne diskusjonen spiller liten rolle hvis man tolker “allemannsrett” innskrenkende til kun å gjelde ferdselsrett.

Det andre spørsmålet blir da hva som menes med “allemannsrett” i denne paragrafen. En helt bokstavtro tolking vil være alle de retter som er innbefattet i allemannsretten, altså både ferdsel, opphold og høsting jf. Rt.1998 s.1164. I så fall vil tolkingen om at § 323 andre ledd omhandler de biter av utnyttelser av naturprodukter som ikke er omfattet av den normale allemannsretten, være utelukket.

Den andre tolkingen er at begrepet “allemannsrett” her skal tolkes innsnevrende og kun viser til ferdselsreglene i Friluftsløven. Forarbeidene gir her lite veiledning da de kun gjentar ordlyden fra loven i Ot.prp.nr.22 (2008-2009) “Straffefrihet forutsetter at tilegnelsen skjer under lovlig utøving av allemannsrett. Det vil da være straffefritt for eksempel i utmark å ta reinmose til dekorasjon hjemme, tørt trevirke og kvist til lovlige bål, eller granbar til noen få granbarsenger (såfremt det da ikke voldes skade på skogen)”.

Hvis man ser hele paragrafen i sammenheng, kan nok det tale for tolkingalternativ to, altså at det her ikke siktes til alle former for allemannsrett, men kun ferdsel og opphold. Det blir ganske meningsløst å si at man ikke kan straffes for å høste noe som man etter annen lovgivning har rett til å høste. Mot dette kan nevnes at § 323 2. ledd kan stå som en påminner om resten av rettsreglene. Nærmest som et pedagogisk hjelpemiddel for de som kun leser straffeloven. Men da burde rettsreglene i § 5 og § 323 2. ledd vært like, noe de ikke er.

Rettskildebildet gir her lite hjelp til tolkingen, men sammenhengen i loven og bruken av uttrykket "utøvelsen" i lovteksten trekker i retning av at man med “lovlig allemannsrett” her skal forstå lovlig ferdsel og opphold etter friluftsløvens regler. Selv om dette strider mot en rent teknisk forståelse av begrepet «allemannsrett» er det mer i samsvar med en normal forståelse av begrepet, og det gir en mer fungerende lovtekst.

En konsekvens av at «lovlig allemannsrett» må tolkes til å omhandle ferdselsretten i allemannsretten er at § 323 2.ledd har et større virkeområde enn den eldre lovgivningen i § 400 som hadde «uinnhegnet sted» som vilkår. Med «uinnhegnet sted» var det vanlig å forstå utmark. Ferdselsretten strekker seg utover utmarksbegrepet i friluftsloven. Spesielt verd å nevne er ferdsel på frossen eller snølagt innmark etter §3 i friluftsloven. Det har altså blitt lovlig eller i hvert fall straffefritt å høste fra noen andres frostlagte åker så lenge resten av vilkårene i § 323 2.ledd i straffeloven og vilkårene i § 3 i friluftsloven er oppfylt.

3.3.3.2 *Vilkåret om naturprodukter i § 323 2.ledd*

Vilkåret «naturprodukter» kan romme mye, men i kjernen er det med "naturprodukter" naturlig å forstå produkter som stammer fra naturen. Det er i loven tatt inn eksempler på slike produkter fra naturen; "stein, kvister, vekster mv.". Det er klart at listen ikke er uttømmende. Naturprodukter er et veldig vidt begrep og det er nok grunnlag for å tolke det innskrenkende. Den gamle straffeloven § 400 og den nye friluftsloven § 5 snakker om «ville» når de omtaler hva som lovlig kan høstes. Som jeg viste i kapitlet om § 5 i friluftsloven, er det naturlig å forstå «ville» til også å omfatte forvillede planter. Slik må nok også begrepet "naturprodukt" forstås. Man må forstå det slik at det ikke omfatter for eksempel planter som er plantet ut, eller er aktivt kultivert, som trær i et skogplantefelt, selv om hvert enkelt tre nok skulle oppfylle vilkåret om «liten eller ubetydelig økonomisk verdi» og det forstås som «naturprodukter» i en normal språklig forståelse. Men at «naturprodukt» innbefatter forvillede planter som i dag begynner å bli ganske vanlig i norsk fauna som lungeurt og skvallerkål²⁷.

3.3.3.3 *Hva er terskelen for "liten eller ubetydelig økonomisk verdi"?*

Ordlyden av «liten eller ubetydelig økonomisk verdi» sier oss lite og uttrykket kan forstås på flere måter. Det første spørsmålet er: For hvem og for hva skal det være liten eller ubetydelig verdi? Skal det sees ut fra grunneiers synspunkt, eller skal de sees fra den som tar ut naturressurser. Eller er det en objektiv verdi? Er det snakk om samlet verdi på det som tas ut eller verdien for hver enkelt ting? Og til sist, hva vil det si at det er liten eller ubetydelig verdi?

Historisk har tendensen i allemannsretten vært at man har kunnet høste det som ikke har hatt noen økonomisk nytte for grunneieren, men idet det har blitt en økonomisk ressurs for grunneier eller knapphet har denne retten tilfalt grunneieren. Dette trekker i retning av at det skal

27 <http://forskning.no/botanikk/2013/07/ukas-ugras-skvallerkal-ugras-medisinurt-og-matplante>
<http://www.naturmuseum.no/ArtikkelsideSimple.aspx?m=97>

anlegges et grunneierperspektiv. Altså stille spørsmålet; har det liten eller ubetydelig verdi for grunneieren?

Problemet med en slik løsning er at det for utøveren av allemannsrett kan bli vanskelig å vite om noe har en verdi for grunneieren. En kunnskap som er nødvendig for å unngå straff. En kunne tenke seg en lignende løsning som den en har med moltebærland at det er grunneieren sin plikt å merke det man ønsker beskyttet. Samlet virker det som en lite heldig løsning. Forarbeidene trekker mot en motsatt slutning: "Uttak for å gjøre seg næring av det, for eksempel ved å produsere juledekorasjoner med granbar og små tre-nisser på reinmose, vil derfor ikke være straffritt etter tredje ledd."²⁸ Etter forarbeidene sin vurdering, er det altså forhold på personen som høster sin side som avgjør at det blir liten økonomisk verdi. Dette virker som en uhensiktsmessig og lite samfunnsøkonomisk løsning. Hvorfor skal det være slik at det skal ha noe å si hva som blir produsert etter at naturressursen er høstet? Den bearbeiding som blir foretatt etter høsting er av ingen betydning for grunneieren. Hvis en kjent kunstner hadde plukket mose av ingen verdi for grunneieren, hvorfor skal han da bli strafferettslig ansvarlig hvis han i kraft av å være kjent kunster tilfører denne mosen merverdi ved sin bearbeidelse?

En annen måte å forstå forarbeidsuttalelsen på, er at man ønsker å stoppe næringsvirksomhet og ikke sier noe om den faktiske verdien. Problemet med det, er at man ikke finner holdpunkter for dette i ordlyden i loven. «Liten eller ubetydelig verdi» sier ingen ting om næringsvirksomhet. Ordlyden i paragrafen legger opp til en konkret verdivurdering, ikke en vurdering av en kommersialisering. Et annet problem som knytter seg til for hvem man skal se verdimålingen fra, er om man skal se det fra hver enkelt høster eller som den samlede belastningen på en grunneier. Det vil for en grunneier være helt ubetydelig om et barn tar med seg en fin stein hjem. Men hvis alle deltakerne på Syvfjells-turen, et arrangement i regi av Bergen Turlag med flere tusen deltakere, tar med seg en stein fra den samme elven hjem som en suvenir, kan det plutselig komme opp i en betydelig verdi. Selv om det vil være inngripende ovenfor grunneier må paragrafen her leses som at det er hver enkelt handling som må ses for seg og ikke det samlede trykket. Forarbeidene legger opp til at det er verdien etter bearbeidelse man skal regne med når man vurderer verdistørrelsen. Dette blir nok også galt og vi må nok si at man ikke kan trekke så mye ut av forarbeidene.

Så blir spørsmålet hvor man skal sette verdigrensen. Her er det ikke nevnt noe konkret i forarbeidene til loven. Det er ingen høyesterettspraksis å gå etter. En kan se på hva som blir regnet som mindre verdi i resten av § 323. Det blir brukt en annen ordlyd i første ledd. Der blir

28 Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Side 451

ordlyden «ubetydelig verdi» brukt, mens i andre ledd er det «liten eller ingen økonomisk verdi» som blir brukt. Ordlyden alene kan trekke i retning av at «liten eller ingen økonomisk verdi» er noe lavere enn «ubetydelig verdi». På den andre siden er det her snakk om veldig små språklige nyanser som vi ikke finner grunnlag for å trekke noe ut ifra verken i forarbeidene eller i rettspraksis. Det kan derfor ikke konkluderes med annet enn at lovgiver her har satt opp to ulike terskler, men at det blir opp til rettspraksis å fastslå akkurat hvor disse blir lagt.

§ 323 2.ledd må, i motsetning til sin forgjenger i § 400, forstås som en faktisk straffefrihetsregel. Den forteller oss ingen ting om hva som er lovlig høsting innenfor allemannsretten, men kun hva som straffefritt kan høstes. Man kan etter § 323 2.ledd høste straffefritt naturprodukter under lovlig ferdsel i utmark så lenge naturproduktene kan sies å ha mindre økonomisk verdi.

Betydningen av at § 323 2. ledd er vedtatt sammen med § 5 er at vi har fått noen ressurser det er en allemannsrett å høste. Mens vi i tillegg til dette har fått noen ressurser som kan høstes straffefritt. Det at man har glemt å fjerne § 323 2.ledd når man vedtok § 5 virker som nevnt tidligere som en glipp. Det virker ikke logisk at man skal ha to lovhjemler som regulerer det samme, men på svært forskjellig måte.

3.4 Straffefrihetsreglen i § 323 2.ledd brukt på forhold utenfor § 321

De tre grunnvilkårene i § 323 2.ledd har blitt gjennomgått i kapittel 3.2.1 Det kan se ut som det eneste som kreves for å unngå straff, er at tilegnelsen er «naturprodukter» av «mindre verdi» under «lovlig allemannsrett». Det reiser seg da et spørsmål om man kan bruke § 323 2.ledd til å gjøre det straffefritt med høsting som ikke tidligere har blitt straffet som tyveri. Et eksempel er fiske. Fiske er helt klart en grunneierrett etter laks og innlandsfiskekloven. Tyvfiske av mindre kvantum fisk vil som regel være av «mindre verdi». Det vil ofte skje under «lovlig allemannsrett» og fisk er «naturprodukter». Et annet eksempel er der hvor høsting vil forbryte seg mot miljølovgivningen. En mulig måte å avgrense det mot disse tilfellene på, kan man kanskje finne i plasseringen av paragrafen, og i noe av ordlyden. § 323 2.ledd er plassert under kapittel om tyveri, og §323 omhandler mindre tyveri. § 323 2.ledd blir da et unntak fra første ledd. Noe som kan peke på dette, er ordlyden i § 323 2.ledd. Der brukes begrepet «straffes likevel ikke» og det peker tilbake på første ledd. Det er altså tilfeller som rammes av ordlyden i § 323 første ledd § 323 2.ledd er ment å gi straffefrihet for. § 323 2.ledd gir dermed ikke straffefrihet for lovbrudd som er beskyttet av andre bestemmelser enn tyveribestemmelsene.

3.5 En sammenstilling av § 5 og § 323 2. ledd

Når vi sammenstiller § 5 og § 323 2.ledd, ser vi at vi får et rom som er de rettighetene som tilhører allemannsretten i § 5 som minner sterkt om gamle § 400. Videre har vi de tilfeller som faller utenfor § 5, men faller innenfor § 323 2. ledd. Vi står da ovenfor spørsmålet om disse tilfellene som altså ikke er rettmessige, men ikke kan straffes etter § 323 2.ledd, skal regnes som rettmessige. Eller bare unntatt for straff. En mulig tolking av § 323 2.ledd er å velge å harmonisere den med § 5 slik at det ikke er en straffefrihetsregel men en utviding av den faktiske høstingsretten. Altså at man skal se bort fra forarbeidene og tolke § 323 2.ledd slik som det var vanlig å tolke § 400. I så fall blir det en voldsom utvidelse av allemannsretten.

4 Naturmangfoldets beskyttelse i det nye rettskildebildet

Endringen i rettskildebildet skaper noen særlige problemer knyttet til ressursforvaltning. Det er viktig å ha regulering av uttak av naturressurser for å hindre overutnytting.²⁹ Straffeloven § 323 2.ledd åpner for at allmenheten kan utnytte naturressurser av mindre verdi straffefritt. Som vist tidligere, er verdivilkåret i § 323 2.ledd ut fra sin sammenheng naturlig å tolke til økonomisk verdi. Da blir man sittende igjen med flere problemer knyttet til beskyttelse av naturmangfoldet. Den eldre lovgivningen hadde «hensynsfullt» som et vilkår, noe som også § 5 har. Med hensynsfullt er det naturlig å forså at det må være hensynsfullt også i forhold til naturen. § 323 2.ledd har ikke et krav om hensynsfull framferd. Påvirkning høsting har på naturmangfoldet har ikke blitt vektlagt eller drøftet i forarbeidene til den nye straffebestemmelsen. Spørsmålet blir da om vi har mulighet for å tolke det generelle hensynskravet inn i § 323 2.ledd, selv om det ikke er nevnt. Vilkåret «lovlig allemannsrett» har jeg tidligere vist at sikter til ferdselsretten i allemannsretten. Tilknyttet denne ferdselsretten er det et krav om hensynsfull adferd. Det finner vi igjen i § 2, § 3, og § 3 a som omhandler ferdsel i friluftsløven. Det er også dekket av den generelle hensynsregelen i § 11. Det er derfor naturlig å si at i kravet om «lovlig allemannsrett» også ligger et krav om hensynsfull opptreden.

De ressursene som tradisjonelt har vært knyttet til allemannsretten til høsting, enten det har vært lovbundne retter eller ulovfestede, har vært ressurser som det har vært overflod av, og som i stor grad har reproduisert seg selv. Det har vært samfunnsøkonomisk lønnsomt å åpne for mest mulig høsting, og som vist tidligere har det ofte vært når ressursen har blitt en mangelveare at den er blitt overført til grunneieren. § 323 2.ledd i straffeloven gjør ikke noe slikt skille. Den skjærer alle naturressurser over samme lest uavhengig av konsekvenser for natur-

29 «Manglende regulering av tilgangen skaper ein stor risiko for overutnytting og øydelegging av opne ressurser.» (Nordtveit 2012)

mangfoldet eller hvor mye høsting de tåler. Grunneierne hadde tidligere en mulighet til å beskytte visse ressurser. I dag er den muligheten betydelig redusert.

Faren for overutnytting er alltid til stede ved naturressurser, og spesielt ressurser som er åpne for alle å nyte.³⁰ Når en ressurs er åpen for alle og alle har en egeninteresse av å utnytte ressursene mest mulig, kan trykket på de aktuelle ressursene bli svært stort. Fenomenet allmenningens tragedie blir beskrevet i Garrett Hardin sin artikkel «The Tragedy of the Commons»³¹.

Når det er få konflikter som har kommet opp i rettsapparatet kan det være flere forklaringer på det. Grunnkravet om hensynsfull opptreden som har ligget til grunn for all utnytting av allemannsretten, har vært med på å dempe konflikter. For å unngå konflikter i fremtiden vil det være viktig med klare regler som er lette å forholde seg til. For at reglene skal virke konflikt-dempende må de være formulert på en slik måte at det er enkelt for vanlige folk å forstå og rette seg etter reglene. Det er derfor problematisk med et lovverk som spriker mellom hva som er straffbart og hva som er lovlig, som dagens lovverk gjør.

Det er ikke slik at vi sitter igjen uten noen form for beskyttelse av naturmangfoldet selv om § 323 2.ledd gjør at naturen får mindre vern. Viktigst er naturmangfoldsloven, som har som formål «at naturen med dens biologiske, landskapsmessige og geologiske mangfold og økologiske prosesser tas vare på ved bærekraftig bruk og vern, også slik at den gir grunnlag for menneskenes virksomhet, kultur, helse og trivsel, nå og i fremtiden, også som grunnlag for samisk kultur.» jf §1 Hva som menes med bærekraftig bruk blir tatt opp i Prop 88 L. 2010-2011 2.3.5 Bærekraftig høsting “Det forutsettes at all høsting må være bærekraftig. Når det gjelder blomster, planter, bær og vill sopp vil høsting av disse være bærekraftig, ettersom de reproduseres fra naturens side. Høsting av disse artene innebærer i sin natur en høsting av overskuddet, slik bærekraftighet defineres. Det stilles særlige krav til varsomhet ved høsting av ressurser som er begrensede, jf. prinsippet om bærekraftighet.”

I naturmangfoldsloven § 15 finn vi hovedregelen for høsting. Det er § 15 som setter rammen som all høsting må skje innenfor, med noen få unntak som høsting av vann og mineraler. De tre viktigste prinsippene å ta med seg fra § 15 er at høsting av planter og sopp i utgangspunktet er lov, så lenge det ikke truer bestanden, og at man må se etter eventuelle unntak som begrenser uttaket slik som fredningsbestemmelsene for å kunne nekte uttak. Det andre poenget er at motsatt system er gjort for dyreriket. Der må man ha en hjemmel for å kunne høste. Det

30 «Det er ei allmenn røynsle at ressursar som er tilgjengelege for fri og gratis utnytting, vil bli overutnytta dersom folkevekst eller teknologiske eller marknadsmessige tilhøve fører til at det blir knapt om ressursar.» (Nordtveit 2012)

31 Hardin 1968

trede poenget er at § 15 ikke sier noe om hvem som har rett til å høste de eventuelle ressursene.

Som vi ser gir de vanlige beskyttelsesreglene liten veiledning til hver enkelt turgjenger om hva som er lovlig kan høsten når en er ute og går en tur. Med unntak av dyr på land hvor man som hovedregel kan gå ut fra at man ikke har lov å høste, er det et uoversiktlig bilde på hva man som turgjenger kan høste lovlig. Som vist tidligere har eierforhold vært en viktig mekanisme for å hindre overutnytting av naturressurser. Det er allikevel mulig å tenke seg at en ferdselskultur kan bøte på problemet med uklare eierforhold. Slik allemannsretten i en stor grad har vært regulert tidligere, har det vært gjennom at man har funnet løsninger utenfor jusen. Et lignende eksempel blir påpekt av Nordtveit knyttet til utnytting av allmenninger. «I ettertid har flere forskarar påvist at «allmenningar» kan forvaltast på ein berekraftig måte, og at deltakarane i fellesskapet har evne til å finna ordningar for samarbeid til felles beste utan formelle reglar.»³²

Noe av problemet med å ene og alene satse på at en felles kultur skal sikre naturen mot overutnytting har blitt vist innledningsvis, at hver aktør ikke nødvendigvis kan ha et fullstendig bilde av hva naturen tåler av høsting.³³ Det nye rettskildebildet stiller naturmangfoldet i en utsatt posisjon. Selv om det eldre regelsettet var fragmentert og spredd over flere lover, har forsøket på å samle reglene ført til at vi nå har fått et mer uklart lovverk. Dette gjør beskyttelse av utsatte arter og økosystemer vanskeligere. Hvis vi ser på den andre siden kan uklarheten i lovverket føre til at lovlydige borger vil vegre seg for å høste ressursene de kunne hatt lov til å høste i frykt for å komme i konflikt med loven. Da får vi en mindre effektiv utnyttelse av våre naturressurser.

³² Nordtveit 2012

³³ . «Eit poeng som Hardin ikkje drar eksplisitt fram, er at der det er mange aktørar, vil ikkje kvar einiskild ha oversikt over kva dei andre gjer, og tilskotet til overutnytting av ressursen frå kvar einiskild, er for lite til at det i seg sjølv ville vera så skadeleg. Summen av utnyttinga fører likevel til overforbruk.» (Nordtveit 2012)

5 Litteraturliste:

- Baldersheim, Erlend. 2010. *Reglar om fast eigedom*: Cappelen akademisk.
- Baldersheim, Erlend. 2011. "Eigedomsrett og Høgsterett på djupt vatn." *Jussens Venner* 46 (05):287-308.
- Brox, O. 2001. *Vår felles eiendom: Tar vi vare på allemannsretten*: Pax Forlag.
- Falkanger, Thor. 2000. *Tingsrett*. Universitetsforlaget.
- Hardin, Garrett. 1968. "The tragedy of the commons." *Science* 162 (3859):1243-1248.
- Haugen, Finn, og Jon Sverdrup Efjestad. 2015. *Strafferett- håndbok*. Cappelen akademisk.
- Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm. 1998. *Straffeloven 1902 kommentarutgave*. Universitetsforlaget
- Nygaard, Mons Sandnes. 1974. *Ting og rettar*. STM-trykk.
- Nordtveit, Ernst. 2012. "Konsesjonsordningar og kvotesystem som regulering av tilgang til opne ressursar– privatisering eller regulering?".
- Onsager, Nils. 1931. "Om allmenhetens rett til ferdsel på fjellet og i skogen." Rt-1931-33.
- Reusch, Marianne. 2012. *Allemannsretten: friluftslivets rettsgrunnlag*. Flux.
- Rynning, Lorents Holtermann. 1928. *Allemandsret og særret: belyst ved de forskjellige arter av raadighet over fremmed grund, som ikke gaar ind under de almindelige bruksrettigheter*. Tilæg til Tidsskrift for Retsvidenskap.

Lover:

Grunnloven 1814

Jaktloven fra 20. mai 1899

Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) fra 22. mai 1902 nr. 10.

Lov om friluftslivet (friluftsloven) 28. juni 1957 nr.16

Lov om laksefisk og innlandsfisk mv. (lakse- og innlandsfiskeloven) 14. mai 1992 nr. 47

Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven) 24. november 2000 nr. 82

Lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28

Dommer:

Rt. 1889 s. 33

Rt 1998 s. 1164

Rt 2004 s. 1985

Forarbeider:

Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

Prop. 88 L (2010-2011)

Rundskriv:

T-3/07 Om lov om friluftslivet av 28. juni 1957 nr. 16

Nettressurser:

<http://forskning.no/botanikk/2013/07/ukas-ugras-skvallerkal-ugras-medisinurt-og-matplante>

<http://www.naturmuseum.no/ArtikkelsideSimple.aspx?m=97>