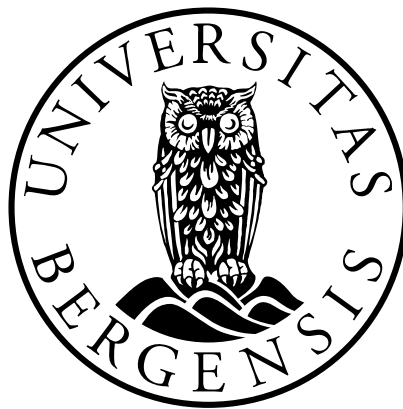


Erstatning for rådighetsinnskrenkninger

*Etter Grunnloven § 105 og Den europeiske
menneskerettighetskonvensjonen
tilleggsprotokoll 1 artikkel 1.*

Kandidatnummer: 46

Antall ord: 14968



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
2 Metodiske spørsmål.....	5
2.1 Menneskerettighetene og Grunnloven.....	5
2.1.1 Grunnloven § 105.....	6
2.1.2 Forskjellen på rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon.....	7
3 Analogi etter Grunnloven § 105.....	9
3.1 Innledning.....	9
3.2 Sentrale vurderingstemaer I norsk rettspraksis før menneskerettsloven	10
3.2.1 Første skritt mot en analogi.....	10
3.2.2 Vesentlighetskravet	11
3.2.3 Påregnelighet.....	13
3.2.4 De facto ekspropriasjon.....	15
3.2.5 Skadelig eller uønsket aktivitet	16
3.2.6 Om det fortsatt kan drives rekningsvarende.....	18
3.2.7 Sterkt urimelig å tåle erstatningsfritt.....	19
3.3 Menneskerettsloven og norsk tilpasning etter EMK	21
3.4 Vurderingen etter vedtakelsen av menneskerettsloven.	22
3.4.1 P1-1 sitt inntog	22
3.5 Hvilken rang har analogien fra Grunnloven § 105?	26
4 Den Europeiske menneskerettskonvensjon.....	28
4.1 Tilleggsprotokoll 1 artikkel 1	28
4.1.1 Eiendomsbegrepet	29
4.1.2 Eiendomsinteressen.....	30
4.1.3 Regelvalget.....	31
4.1.4 Prinsippregelen.....	32
4.1.5 Avståelsesregelen.....	33
4.1.6 Kontrollregelen.....	34
4.1.7 Betydningen av regelvalget.....	35
4.2 Rettferdigjørelsen av inngrepet	36
4.2.1 Legaliteten.....	36

4.2.2	Legitimiteten	37
4.2.3	Proporsjonaliteten.....	37
4.2.4	Formål og virkning.....	38
4.2.5	Fair balance-testen og erstatning.....	39
5	Norsk ulovfestet rett I tråd med praksis etter EMD?	42
5.1	Forskjellen på rådhetsinnskrenkninger og ekspropriasjon etter EMK og Grunnloven § 105.....	42
5.1.1	De facto ekspropriasjon.....	42
5.1.2	Proporsjonalitetsvurderingen	43
5.2	Pragmatisk tilnærming.....	45
	Litteraturliste	47
	Artikler	47
	Lovregister	48
	Lovforarbeider.....	48
	Domsregister	49
	Norsk rettsprakis	49
	Den Europeiske Menneskerettsdomstolens praksis	49

1 Innledning

I denne oppgaven skal jeg undersøke om den ulovfestede erstatningsregelen som kommer til anvendelse når myndighetene regulerer rådigheten til grunneiere over fast eiendom, er i samsvar med den terskel den europeiske menneskerettighetsdomstol¹ har utviklet når den europeiske menneskerettskonvensjon tilleggsprotokoll 1 artikkel 1² kommer til anvendelse.

Som et utgangspunkt, vil en eier ha eksklusiv faktisk og juridisk råderett over sin eiendom. Dette er gjerne omtalt som at eieren er suveren. Fra dette utgangspunktet må eieren likevel tåle at staten foretar inngrep i denne råderetten. Dette kan for eksempel skje i form av et byggeforbud, lovpålagte innskrenkninger i adgangen til uttak av vilt og planter eller ved ekspropriasjon. Dette er nødvendige styringsverktøy for at staten skal kunne utføre sine oppgaver.

I realiteten er statens inngrepsadgang ubegrenset så fremt det er begrunnet i et akseptabelt formål og ellers oppfyller nasjonalrettslige og konvensjonsrettslige krav, men ved inngrep av en viss tyngde kan eieren være berettiget til erstatning. Dette innebærer at staten både kan føre kontroll med utøvelsen av eierskapet, og overta det helt. Det opereres i denne sammenheng med et klart skille mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon, hvor sistnevnte alltid skal erstattes fullt ut jf. Grunnloven³ § 105, mens rådighetsinnskrenkninger bare unntaksvis erstattes.

P1-1 regulerer også vernet av eiendom. Men hvor Grunnloven § 105 oppstiller et krav om full erstatning, er ordlyden i P1-1 taus om dette. Det er likevel innfortolket et slikt krav i den konkrete proporsjonalitetsvurderingen som må foretas. Dette betyr likevel ikke at dette kravet er absolutt, og selv ved ekspropriasjon har EMD, i visse tilfeller, akseptert at dette kan gjøres erstatningsfritt.

Ved rådighetsinnskrenkningene er erstatningsadgangen snevrere, og følger av en analogisk anvendelse av Grunnloven § 105. Begrunnelsen for at dette foretas gjennom en analogi, er at det ved en rådighetsinnskrenkning ikke skjer noen «avgivelse», som er det sentrale vilkår i

¹ Heretter «EMD» eller «domstolen»

² Heretter «EMK P1-1» eller bare «P1-1»

³ Forkortet «GrL».

Grl. § 105. Eiendommen fortsetter å være på den opprinnelige eiers hånd. Når det ikke foreligger en slik avgivelse må det derfor foretas en konkret vurdering av hver enkelt sak, og erstatning tilkjennes bare hvis inngrepet er vesentlig og sterkt urimelig å tåle. Retten må dermed foreta en proporsjonalitetsvurdering, hvor terskelen er svært høy. P1-1 regulerer derimot kontrolltiltak direkte, og det er ikke nødvendig med en analogi for at den skal komme til anvendelse.

Proporsjonalitetsvurdering etter P1-1 ligner den Høyesterett foretar ved anvendelse av grl. § 105, men her nyanseres vurderingen, blant annet ved at EMD opererer med et mindre skarpt skille mellom rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon.

I min oppgave vil jeg belyse proporsjonalitetsvurderingene både etter EMK og etter norsk ulovfestet rett. Dette innebærer at jeg avgrenser mot de lovfestede erstatningsreglene ved rådighetsinnskrenkninger, som for eksempel i lov 27. juni 2008 nr. 70 plan og bygningsloven § 15-3 og lov 19. juni 2009 nr. 100 naturmangfoldloven § 50. Det gjenstående anvendelsesområdet til den ulovfestede regelen er etter kodifiseringen av erstatningsreglene noe mindre. Den har likevel langt fra mistet sitt praktiske virkeområde.

De eksemplene jeg trekker frem fra rettspraksis, vil stort sett omhandle spørsmål knyttet til fast eiendom, men dette vil ikke si at den regel som Høyesterett har utviklet ikke også kan gjelde løsøre og andre formuesgoder. De momentene jeg trekker frem, vil således kunne gjøres gjeldende i tilfeller som ikke omhandler fast eiendom. Det samme gjelder for P1-1 hvor EMD har tolket eiendomsbegrepet svært vidt.

Det er momentene Høyesterett og EMD har fremhevet jeg er interessert i å se nærmere på. Jeg har derfor delt oppgaven min i tre hovedbolker. Den første delen omhandler analogien etter Grunnloven § 105. Jeg vil her utelukkende se på hvordan norsk rett har behandlet spørsmålet. Den andre delen vil omhandle P1-1 og hvor jeg vil fokusere på EMDs forståelse av regelen. Avslutningsvis vil jeg sammenligne de to regelsettene, hvor jeg forsøker å fremheve ulikheter i de vurderingene EMD og Høyesterett har foretatt når de skal avgjøre spørsmålet om erstatning.

2 Metodiske spørsmål

2.1 Menneskerettighetene og Grunnloven

I 2014 ble det gjennomført en stor revisjon av Grunnloven. Loven ble kledd i en moderne språkdrakt og nye bestemmelser ble inntatt. Særlig viktig var opphøyelsen av menneskerettighetene til grunnlovs rang. Dette ble gjort ved en rekke kodifiseringer, og synliggjort gjennom § 92, hvor det følger at:

«Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.»

Bestemmelsen er viktig, fordi den etablerte menneskerettighetstraktatene som en relevant og sentral kilde til tolkningen av Grunnlovens menneskerettighetskapittel.⁴

I relasjon til Grunnloven § 105 skjedde det ingen innholdsmessige endringer. Bestemmelsen fikk et moderne språk, men ordlyden forble den samme. At den aldri proklamerte at den var en menneskerettighet, stiller regelen i en særstilling i forhold til de øvrige bestemmelsene i Grunnlovens kapittel E.⁵ Der en del av Grunnlovens bestemmelser ble tilføyd fordi man ville ha et grunnlovsvern av disse rettighetene, var ikke dette tilfellet for § 105. Et slikt syn finner man støtte for i Lønningutvalgets innstilling fra 2011. Utvalget peker på at § 105 er en innarbeidet lovregel i norsk rett og at den gjennom sitt krav til «full erstatning» går lengre enn de internasjonale konvensjoner og «like langt eller lengre enn konstitusjonene i andre europeiske land.». For rådighetsinnskrenkninger del mener utvalget at «det i dag sikker rett at dette faller utenfor en direkte anvendelse av § 105. Det er i den forbindelse omdiskutert om det i norsk rett bør være et bedre erstatningsrettslig vern mot slike rådighetsinnskrenkninger. Utvalget finner imidlertid at denne diskusjonen ikke bør løses på grunnlovs nivå, men først og

⁴ HR-2016-2554-P i avsnitt 70.

⁵ All, J. (2015) Rettsstat og menneskerettigheter. Bergen: Fagbokforlaget, side. 318

fremst gjennom ordinær lovgivning og praksis.»⁶ Utvalgets vurdering fikk tilslutning i det endelige Stortingsvedtaket. Det er etter dette nærliggende å innfortolke en reservasjon i § 92 i relasjon til § 105, slik at de tolkningsregler som § 92 presumerer, ikke gjelder for fullt ifht. § 105, og i alle fall ikke i forhold til rådighetsinnskrenkninger. At bestemmelsen innholdsmessig har forblitt uforandret siden 1814 trekker i samme retning. Grl. § 105 er ikke inspirert av P1-1, og hvor P1-1 oppstiller et vern av minimumsrettigheter, oppstiller § 105 en pliktregel.⁷

2.1.1 Grunnloven § 105

Eiendomsretten er beskyttet gjennom Grunnloven § 105, og er innholdsmessig uforandret siden den opprinnelige Grunnloven ble vedtatt på Eidsvoll. Bestemmelsen lyder som følger:

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

Det må innledningsvis legges til grunn at Grunnloven § 105 bare gir vern for eksisterende eiendom eller en etablert rett til å erverve eiendom. Det er ikke av betydning om eiendomsretten referer seg til fast eiendom, løsøre eller andre formuesgoder, så vel som bruksretter o.l.⁸ Det sentrale vilkåret i § 105 er «avgi». Det må altså skje en eiendomsforrykkelse fra en eier og til en annen, enten privatperson eller det offentlige. Forståelsen av vilkåret har ikke bydd på store problemer etter norsk rett, men har, som jeg skal komme tilbake til, vært adskillig drøftet i EMD i forhold til P1-1. Slik vilkåret skal forstås må det skje en ufrivillig avgivelse av eiendommen til staten eller andre private. En frivillig avtale mellom eier og det offentlige vil dermed ikke aktivere erstatningsregelen. De nærmere vilkår for ekspropriasjon følger av lov 23. oktober 1959 nr. 3 oteigningslova, hvor en rekke formål er opplistet. I tillegg må ekspropriasjonen oppfylle kravet om forutberegnelighet, jf. f.eks. Grunnloven § 113 og alminnelige forvaltningsrettslige regler som saklighetskravet, forbudet mot urimelighet og vilkårlighet osv.

⁶ Dokument 16 (2011-2012) s. 197

⁷ Backer, I. L. (1991) Grunnloven og Miljøet: Jussens Venner, 1991, Punkt III

⁸ Solheim, S. H. (2006) Konesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon: Tidsskrift for eiendomsrett, 2006, punkt 6

Eiendomsrettens vern kommer til syne gjennom at «han eller hun [skal] ha full erstatning fra statskassen» jf. Grl. § 105. Det er ikke selve retten til å eie som blir vernet, men hvis «statens tarv» fordrer at noen må «avgi» hele eller deler av sin eiendom, skal erstatningen gjenopprette den skade som eier må lide. Begrunnelsen for erstatningsregelen er å finne i en rimelighetsbetraktning.⁹ Hvis én person må avgi sin eiendom for fellesskapets beste, er det også rimelig at fellesskapet bærer byrden. Særlig når det er en viss grad av tilfeldighet hvem som blir rammet av ekspropriasjonen. Et kontraargument som særlig var fremtredende i den franske filosofens Proudhons bok: «eiendom er tyveri» er at ekspropriasjon er med på å beskytte sosial ulikhet. Særlig der forskjellen på hvem som eier land og ikke er stor, vil denne skjevheten bli vernet av erstatningsprinsippet. Dette er en diskusjon som faller utenfor oppgaven, og som ikke skal forfølges videre.

2.1.2 Forskjellen på rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon

En rådighetsinnskrenkning er et offentligrettslig vedtak som innskrenker den handlefrihet man har over sin eiendom. Utgangspunktet er, som nevnt, at man står fritt til å råde over sin eiendom som man selv ønsker. Fra dette utgangspunktet må man tåle at staten setter en rekke begrensninger i eierbeføyelsen. Dette er hverken radikalt eller omdiskutert. Statens kanskje viktigste funksjon er nettopp å styre borgernes atferd til fellesskapets beste. Dette innebærer blant annet at man kontrollerer bruk og utvikling av eiendom.

Den avgjørende forskjellen mellom en ekspropriasjon og en rådighetsinnskrenkning er om en eiendomsrett avgis eller ikke. Etter lov 23. oktober 1959 nr.3 om vederlag ved oreigning av fast eiendom § 2 bokstav a defineres en ekspropriasjon slik:

«tvangsavståing av egedomsrett til eller annan rett i eller over særskilde faste egedomar»

Definisjoner inneholder to elementer som begge må være til stede for at det skal foreligge en ekspropriasjon. For det første er det et tvangselement. En avtale om avhending av eiendommen vil nødvendigvis falle utenfor ekspropriasjonsbegrepet. I en slik avtale ligger det jo en forutsetning om frivillighet, og ekspropriasjonsreglene vil ikke bli aktivert.

⁹ Fleischer, C. A. (1982) Grunnlovens § 105: *Lov og Rett*, 1982

I tillegg er det en forutsetning at avståelsen er av en «eigedomrett» eller «annan rett». Dette utvider ekspropriasjonsadgangen til også å omfatte bruksretter og andre servitutter. Det er også et krav om at tvangsavståelsen må rette seg mot «særskilte faste eiendomer». ¹⁰

¹⁰ Oveigningslova utpensler det som følger av Grunnloven § 105, og det er et naturlig samspill mellom dem.

3 Analogi etter Grunnloven § 105

3.1 Innledning

En rådhetsinnskrenkning kan i visse tilfeller være like inngripende som en ekspropriasjon. Hvis rådhetsinnskrenkningene er så omfattende at de i realiteten uthuler hele eiendomsretten og gjør eiendommen ubrukelig, ville eieren sett seg tjent med at staten eksproprierte. Da ville han etter Grl. § 105 fått full erstatning. I stedet sitter han igjen med en eiendom som ikke kan utvikles, men som likevel må skjøttes. Rådighetsinnskrenkningene kan være av en slik art at et eventuelt salg av eiendommen påfører ham et stort økonomisk tap, eller at eiendommen blir ekstremt vanskelig å få solgt. I tillegg til det økonomiske tapet vil han også kunne havne i erstatningsansvar for skader som andre blir påført på eiendommen og kan ha en eventuell bergings- og skjøtselsplikt.

Av denne grunn er det også gode grunner til å gi erstatning ved rådhetsinnskrenkninger. Inngangsvilkåret til Grl. § 105 er som kjent «avgi», og ved en rådhetsinnskrenkning skjer det aldri noen avgivelse. Eiendommen forblir på den vedtaket retter seg mots hånd og en erstatningsadgang må i så fall bygge på en analogi. En nærmere redegjørelse av dette vil komme i det følgende.

Første gang spørsmålet var oppe hos høyesterett var ved Den store konsesjonssak i Rt 1918 s. 403. Det var allerede på denne tiden, svært omdiskutert om det skulle tilkjennes erstatning for slike inngrep. Aschehoug, i sin bok Norges nuværende Statsforfatning, ga uttrykk for følgende: «Forbyder Lovgivningen at benytte en Gjenstand efter dens eneste eller endog efter dens nærmeste Bestemmelse, saa berøves Gjenstanden undertiden al Værdi. Eieren kommer da ikke i stort bedre Stilling, end om Staten havde bemægtiget sig Tingen.»¹¹ Det var med andre ord ikke tvilsomt at problemstillingen allerede på denne tid var erkjent. Aschehoug mener likevel ikke at det skal tilkjennes erstatning for et slikt inngrep, og skriver videre at: «Det kunde derfor synes, som om det i Grunnloven § 105 udtalte Princip maatte medføre, at

¹¹ Aschoug, T. H (1883) Norges Nuværende Statsforfatning. Christiania: Mallings.

Staten ogsaa i dette Fald pligtede at betale Eieren Erstatning. En saadan Lære, der saavidt vides, ikke er antagen i noget andet Land, maa dog erkjendes at være uholdbar. Paa egen Haand kan Retsvidenskaben ikke opstille nogen Begrænsning i denne Lovgivningens Magtfuldkommenhed. Analogien af Grunnloven § 105 afgiver ikke tilstrækkelig Hjemmel dertil.».

Aschehoug skriver ut i fra datidens rettskildelære, og argumenterer for at det ikke er rettskildemessig dekning for en analogisk tolkning av § 105. Dette må forstås i lys av den rådende oppfatning om at Høyesteretts rolle først og fremst var å avgjøre tvister, ikke utvikle retten.¹² Han avslutter sitt resonnement med å uttale at «Eieren kan have meget stærkt Billighedskrav paa Erstatning, men aldrig nogen Ret dertil».

I det følgende vil jeg skissere den rettspraksis som behandler spørsmålet om erstatning, og fremheve utviklingstrekk, samt hvilke momenter Høyesterett har lagt vekt på i spørsmålet. Jeg følger en kronologisk rekkefølge, men hvor overskriftene understreker hvilket fokus Høyesterett har hatt i dommen. Dette tydeliggjør også prejudikatsverdien til de ulike sakene. Momentene blir en del av det totale rettskildebildet, og er i dag, samlet sett gjeldende rett. Gjennomgangen vil ikke være oppsummerende for all rettspraksis som foreligger, men jeg har valgt ut de sakene som jeg mener i størst grad tydeliggjør de forskjellige momentene, av denne grunn vil også en del momenter gå igjen i de forskjellige dommene.

3.2 Sentrale vurderingstemaer I norsk rettspraksis før menneskerettsloven

3.2.1 Første skritt mot en analogi

Rt 1918 s. 403 (den store konsesjonssak) dreide seg om hjemfallsretten ved salg av et vannfall. På grunn av hjemfallsretten ville staten etter en periode på mellom 60 og 80 år, vederlagsfritt overta eiendomsretten til vannfallet. Dette medførte en redusert salgsverdi. I utgangspunktet var verdien beregnet til 40 000 kroner, men med hjemfallsklausulen ville den

¹² Bårdsen, Arnfinn. (2017) Norges Høyesterett i 2017 – noen refleksjoner over rollen som prejudikatdomstol: Høyesteretts nettsider, 2017, punkt 3 og 4

bare være verdt 25 000 kroner. Således hevdet selger at han tapte 15 000 kroner. Saksøker anførte at lov 18 september 1909 om erhvervelse av vandfall var i strid med Grunnloven § 105 fordi den var et ulovlig inngrep, og at den inneholdt en rådighetsinnskrenkning i eiendomsretten som var erstatningsberettiget.

Førstvoterende, som talsmann for flertallet, uttalte at: «jeg mener, at man maa være forsiktig med at fortolke grundlovens § 105 derhen, at man anvender den utover det omraade, som den direkte omfatter.». Høyesterett gir med dette tilslutning til Aschehougs uttalelser noen år tidligere. Det som er verdt å merke seg er at Høyesterett synes å holde døren oppe for at en erstatningsadgang kan foreligge, og de virker mer positivt innstilt til at retten kan komme til et slikt resultat i fremtiden enn det Aschehoug synes å være.

3.2.2 Vesentlighetskravet

Det tok over 50 år før Høyesterett igjen plukket opp tråden etter Den store konsesjonssak. I Rt 1970 s. 67 (Strandlovdømmen) var saken den at det 25. juni 1965 trådte i kraft en midlertidig lov (strandloven) som forbød bygging i strandsonen nærmere enn 100 meter fra sjøen.

Saksøker eide to holmer i Tønsbergfjorden og ingen del av eiendommen var lengre unna sjøen enn 100 meter, noe som i realiteten innebar et byggeforbud. Dette byggeforbudet ble det søkt dispensasjon fra, men han fikk avslag av kommunens formannskap. Avgjørelsen ble påklaget, men Kommunaldepartementet opprettholdt avslaget. Grunneieren gikk dermed til sak med påstand om erstatning for tapte byggemuligheter.

Høyesterett starter med å tilslutte seg det som ble uttalt i Den store konsesjonssak, og er enige med den rettslige rammen som ble lagt til grunn for anvendelsen av Grl. § 105 analogisk.

Deretter går dommer Melbye inn på en selvstendig vurdering av analogien. Han uttaler at man på en rekke områder må tåle innskrenkninger i eierrådigheten. Det pekes blant annet på husleielovgivningen, konsesjonslovene og jordlovens hjemler for rådighetsinnskrenkninger og inngrep i den private rådigheten. Det tilføyes så at disse sjelden har som formål å påvirke eiendomsverdien, men at de har utvilsomme økonomiske konsekvenser. Dette bygger han videre på når han uttaler at «det man står overfor, [...] er at samfunnets regulering og styring stadig utvides etter hvert som utviklingen skaper nye interessekonflikter og dermed nye behov for regulering. Men i forhold til Grunnloven blir ikke dette noen ny situasjon. Tvert imot ville det være mindre forenlig med det likhetsprinsipp som Grunnloven bygger på, om

de verdiforandringer som i slike tilfelle måtte melde seg, erstatningsmessig skulle behandles på en annen måte enn det som for lengst er akseptert på meget vide felter ellers.». Dette likhetsprinsippet benyttes som springbrett for det avgjørende i votumet; nemlig at «utgangspunktet må være at lovgivningens regulering av eierrådigheten normalt ikke påfører det offentlige erstatningsplikt, og at det - for så vidt ingen avståelse blir krevd - *skal meget til* før det må betales erstatning etter prinsippet i Grunnloven § 105.»¹³. Det oppstilles dermed en svært høy terskel for at erstatning skal tilkjennes.

Etter å ha oppstilt en generell terskel for erstatning, går Høyesterett inn på en konkret vurdering av den foreliggende sak. Det er særlig to ting som blir utslagsgivende for at saksøker ikke vinner frem med sitt krav. For det første var loven tidsbegrenset, slik at det var en reell usikkerhet om hva som ville skje når den midlertidige loven opphørte. Det var dermed åpent om lovgiver ville vedta en erstatningsordning når den nye loven trådte i kraft. Høyesterett var derfor tilbakeholdne med å skulle tilkjenne erstatning, i tilfelle en senere ordning ville erstatte ulempene.

For det andre var formålet med den midlertidige loven å bøte med det sterkt økende presset i strandsonen. Planmyndighetene måtte få tid til å gjennomføre en planmessig disponering av pressområdene, da ukontrollert bygging ville medføre uopprettelig skade på en rekke fellelesskapsinteresser. Med dette som bakteppe legger førstvoterende vekt på at byggeforbudet ikke setter begrensninger i igangværende bruk, men kun har virkning for fremtiden.

Hvis jeg skal oppsummere, oppstiller Høyesterett tre prinsipielle premisser for en norm som er streng mot den vedtaket retter seg mot. For det første var det viktig for Høyesterett at de ikke skapte en regel som i for stor grad åpnet for å tilkjenne erstatning. Dette mente førstvoterende kunne virke avskrekkende på forvaltningen og lovgiver fra å gjennomføre ønskelige samfunnsmessige reguleringer. De tok dermed klart avstand fra overprevensjonen et slikt resultat ville medføre. For det andre var det viktig å fremheve likhetstanken. Når innskrenkningen i rådigheten opptre i form av et byggeforbud, er det viktig at dette samsvarer med erstatningslovgivningen på andre områder. Når erstatningsregler ellers var fraværende eller svært restriktiv, mente Høyesterett at dette måtte være tilfellet også her. Til slutt mente de at det bare kunne bli tale om erstatning i den grad det «direkte eller indirekte

¹³ Min kursivering

følger av Grunnloven § 105». Dermed bygger erstatningsplikten på tre pilarer basert på prevensjon, likhet og demokrati.

3.2.3 Påregnelighet

I Rt 1973 s. 705 (Krokedal) var saken den at det i 1967 ble vedtatt, med hjemmel i forskrift, at en del av Vikedalelvens utløp skulle fredes. Dette medførte at saksøker, som hadde fiske som yrke, tapte mellom 80 og 90 % av sine inntekter. Staten ble dermed saksøkt, prinsipielt med påstand om at vedtaket måtte kjennes ugyldig og subsidiært med påstand om erstatning for det tap han ble påført som følge av fredningen.

Høyesterett mente at det ikke kunne være snakk om et ugyldig vedtak, og det ikke forelå noen feil eller mangler ved selve vedtaket eller hjemmelsgrunnlaget.

I erstatningsspørsmålet med hjemmel i en analogi etter Grunnloven § 105 viser Høyesterett til at det er langvarig praksis i å ikke tilkjenne erstatning for rådighetsinnskrenkninger når det er truffet regulerende vedtak begrunnet i samfunnsmessige hensyn. De uttaler: «vernetiltak med sikte på å beskytte våre naturressurser må den som blir skadelidende ved tiltaket i vid utstrekning avfinne seg med uten å kunne kreve vederlag for det tap han blir påført». Dette er lojalt i forhold til det som ble uttalt i Strandlovdommen.

I Strandlovdommen var et viktig moment, at rådighetsinnskrenkningen ikke grep inn i igangværende bruk, men bare satte begrensninger i fremtidig utvikling av eiendommen. Til dette uttaler Høyesterett i Krokedalsaken at «de synspunkter som for så vidt er kommet til uttrykk i «strandlov-dommen», har etter min oppfatning langt på vei gyldighet også i vår sak, også sett hen til at vi - i motsetning til det som var situasjonen i «strandlov-saken» - har å gjøre med et tiltak som griper inn i en etablert og langvarig bruk.». Høyesterett toner dermed ned betydningen av at innskrenkningen kun har virkning for fremtiden.

I den helt konkrete vurderingen er det særlig to aspekter som blir vektlagt. Den første er at aktivitet som anses skadelig, i stor grad må kunne forbyes erstatningsfritt. Retten viser til at det er høyt uttak av villaks og at et fredningsvedtak er viktig for å ha en bærekraftig bestand. Munningsfiske bidrar til en særlig tung beskatning, og munningsfredning «er da også anerkjent som et meget nyttig og tjenlig tiltak som har hjemmel i vår lakselovgivning og har

vært nyttet fra noe mer enn 100 år tilbake, og det har alltid stått sentralt blant fredningstiltakene.» Implisitt sier Høyesterett at jo mer uønsket og skadelig aktiviteten er, jo mer skal til før man har rett på erstatning.

Det Høyesterett kan synes å tillegge mest vekt, var «at Krokedal må ha vært forberedt på at fredning kunne bli gjennomført på en måte som ville berøve ham det grunnlag for fiskeyrket som han hadde satset på. Dette måtte han være forberedt på fordi slike fredningstiltak som nevnt har en lang og velkjent tradisjon i vårt land og fordi fredning av den type man her har å gjøre med etter hvert er blitt gjennomført for det overveiende antall lakseelver.» Dette virker som et argument som Høyesterett har hentet fra erstatningsretten hvor man er pliktig til å begrense skaden. Poenget er nettopp det at hvis det er påregnelig at man kan bli påført en rådighetsinnskrenkning, må det også kunne kreves at man iverksetter skadebøtene tiltak for å begrense tapet. Når saksøker her satser på at det ikke skal fattes noe fredningsvedtak, og dermed fortsetter aktiviteten som tidligere, har han eller ingen særlig berettiget beskyttelsesrett.

Hvis man oppsummerer rettstilstanden etter disse tre dommene er det slik at «utgangspunktet må være at lovgivningens regulering av eierrådigheten normalt ikke påfører det offentlige erstatningsplikt, og at det - for så vidt ingen avståelse blir krevd - skal meget til før det må betales erstatning etter prinsippet i Grunnloven § 105», slik det ble artikulert i Strandlovdommen. Det er denne høye terskelen som blir styrende også for ettertiden.

Betydning av om rådighetsinnskrenkningen gjelder igangværende eller fremtidig bruk vil variere. Minst betydning vil det ha når formålet med inngrepet er å stanse skadelig eller uønsket atferd og spesielt hvis fortsatt bruk vil medføre ugjenkallelig skade. Formålet med inngrepet styrer med andre ord vekten av dette momentet. Praksis viser også at Høyesterett tilkjenner staten en vid skjønnsmargin til å selv definere formålet.

Om rådighetsreguleringen er individuell eller generell ble fremhevet som et moment i Strandlovdommen. Hvor stor betydning dette skal ha, avhenger først og fremst av om reguleringens formål er å ramme individer eller en større krins. Den faktiske virkningen synes å havne i bakre rekke. Man kan likevel spørre seg om det er nødvendig med en slik sondering sett på bakgrunn av at Høyesterett i Krokaldommen uttaler at «generell karakter kan vedtaket også sies å ha fordi tilsvarende bestemmelser, selv om de gis særskilt for hver elv, etter hvert er gjennomført for de aller fleste lakseelver i landet av noen betydning.» Altså vil en

regulering kunne være av generell karakter, selv om den rammer individuelt. Dette tyder på at skillet hverken er veldig tydelig, eller av stor betydning. Vi kan likevel legge til grunn at hvis reguleringens formål er å ramme kun én eller få bestemte eiendommer, må dette tillegges vekt.¹⁴

Når saksøker i Krokdaldommen mister 80-90 % av livsgrunnlaget sitt, og må tåle dette erstatningsfritt, tyder dette på at Høyesterett aksepterer store økonomiske konsekvenser for enkeltindivider. Det kan, med tilslutning fra nyere rettspraksis, være verdt å merke seg at dette er en konkret vurdering. I Rt 1989 s. 1339, som jeg kommer tilbake til, virker det som om det ikke er interessant hvor stor økonomisk innvirkning vedtaket har for enkeltindividet, men at man heller ser på om det er et faktisk stort økonomisk tap.

Et annet viktig moment er om vedtaket er påregnelig eller ikke. Hvis den inngrepet retter seg mot, hadde rimelig grunn til å tro at han ville rammes av et inngrep, men valgte å ikke foreta seg noe, trekker dette i retning av at han ikke skal tilkjennes erstatning. Enhver har en plikt til å begrense sitt økonomiske tap, og hvis eier ikke utøver sine plikter, er det ikke statens ansvar å begrense tapet eller gjenopprette skaden, slik som i Krokdalsaken.

Med disse dommene, sender Høyesterett et sterkt signal om at erstatningsadgangen ved rådhetsinnskrenkninger er svært høy. Fra 1918 og frem til 1973 var det altså ingen som hadde fått erstatning for rådhetsinnskrenkninger, og erstatningsadgangen kunne virke mer teoretisk enn reell. Dette endret seg med Rt 1977 s. 422.

3.2.4 De facto ekspropriasjon

Etter Strandlovdommen og Krokdalsaken, virket det som om Høyesterett hadde staket ut retningen for fremtiden. At resultatet ble som det ble i Lamyrasaken (Rt 1977 s. 442) var derfor ikke gitt. Denne saken var et forsøk fra Høyesterett på å foreta en kursendring, men dette skulle vise seg i ettertiden å ikke føre frem. I to påfølgende saker, Rt 1980 s. 94 (Fiskumvannet) og Rt 1982 s. 850 (Arekilen) ble den rettslige ramme som ble oppstilt, sterkt tilbakevist. Det som er verdt å merke seg, som jeg skal komme tilbake til, er at Høyesterett i

¹⁴ Mer om dette i NOU 2004: 28 punkt 6.2.3.2

Lamyrasaken saken kanskje kommer nærmere noen av de vurderinger EMD foretar i forhold til eiendomsvernet i P1-1 enn noen gang senere.

I denne saken ble et område hvor det lå en sandforekomst på ca. 940.000 m³, varig fredet som naturreservat i medhold av Lov om naturvern av 19. juni 1970 nr. 63 § 8 jf. 10 jf. §§ 21, 22 og 23. Eierne krevde erstatning for tapt adgang til å utnytte sandforekomsten, da vernevedtaket grep inn i allerede påbegynt bruk. Ut i fra eierens beregninger lå det fortsatt 60-70.000 m³ sand som på grunn av inngrepet ikke kunne hentes ut.

Annenvoterende, som representant for flertallet, skriver at det selvsagt ikke er noe i veien for at grunneiere kan bli pålagt begrensninger i sin eiendom, men at i dette tilfellet «foreligger det imidlertid særlige forhold som [...] bevirker at fredningsvedtaket for så vidt det rammer sandforekomsten, må likestilles med ekspropriasjon». Dette argumenterer han for ved å vise til at uttak av sand er den eneste mulige anvendelse av det areal hvor sandforekomsten er lokalisert, og at ved en slik rådighetsinnskrenkning bare er igjen «en *tom* eiendomsrett. Det er da ikke lenger bare tale om en regulering av grunneierens rådighet over sin eiendom, men om totalt bortfall av rådigheten.».

Videre argumenterer annenvoterende med at virkningen av ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkninger er den samme og at ekspropriasjon ikke krever at avståelsen er vesentlig for at det skal tilkjennes erstatning. Når virkningen av inngrepet er at det foreligger en *de facto* ekspropriasjon, mener Høyesterett at vesentlighetsvilkåret ikke gjør seg gjeldende og at man derfor ikke kan differensiere. Når det foreligger en *de facto* ekspropriasjon, må erstatningsspørsmålet behandles som det forelå en faktisk og reell ekspropriasjon. Saksøker ble etter dette tilkjent erstatning.

3.2.5 Skadelig eller uønsket aktivitet

I Rt 1987 s. 311 (Rambjørdommen) var spørsmålet om grunneier kunne få erstattet forspilte byggemuligheter fordi et område ble etablert som landskapsvernområde etter naturvernloven § 5. Erstatning måtte da vurderes etter § 20 b som åpner for erstatning med henvisning til «alminnelige rettsgrunnsetninger». Når et vedtak etter naturvernloven var å anse som en rådighetsinnskrenkning og ikke en ekspropriasjon, måtte «alminnelige rettsgrunnsetninger», forstås som en analogisk anvendelse av Grunnloven § 105.

Den største erstatningsposten fra saksøkers side, var erstatning for tapte utbyggingsmuligheter. Saksøker eide 91 dekar som ble rammet av vernevedtaket i et område som var godt egnet til utbygging. Høyesterett viser til tidligere rettspraksis og gjentar poenget med at forvaltningen må stå relativt fritt til å hindre og stanse uønsket virksomhet. Det vises i denne sammenheng til Gunnar Aslands artikkel i Lov og rett fra 1977 hvor det blir fremhevet at «samfunnet gjennom en regulering må kunne hindre uønsket bygging uten at dette bør utløse erstatning utenfor i rene unntakstilfeller.»¹⁵ Videre fremholdes det at det skal «meget til for at det offentlige kan pålegges erstatning fordi en fredning hindrer bruksendringer som representerer vidtgående og ugjenkallelige inngrep i naturen.». Problemet med en utbygging er nettopp det at det gjør slike ugjenopprettelige inngrep. Høyesterett har dermed liten sympati for at muligheten for å selge tomter går tapt. Samfunnsutviklingen har på dette tidspunktet gitt en økt interesse for naturvern, og dette mente Høyesterett at medførte at grunneier ikke kunne ha noen forventning om å få bygget ut området. De uttaler: «utviklingen i samfunnet og en endret oppfatning av behovet for vern av naturherligheter har medført at selskapets håp om å få utparsellere området brast.». Når det ikke var drevet landbruk i området på mange år, var det heller ikke et inngrep i igangværende drift. I forhold til vesentlighetsvurderingen, var et viktig moment at ikke hele eiendommen til grunneier ble rammet av vedtaket, men at ca. 55 dekar ble holdt utenfor. Det var dermed heller ikke et tilstrekkelig stort økonomisk tap.

Dommen viser hvilken sammensatt vurdering så må gjøres i vurderingen av om det skal utbetales erstatning. Samfunnsutviklingen i retning av sterkere naturvern var et viktig moment som også viser at samfunnsstrømningene generelt vil være av betydning. Med stadig større fokus på naturvern, vil også handlingsrommet til staten bli større med flere og mer inngripende rådighetsinnskrenkninger. Dette er en utvikling Høyesterett aksepterer, og er med på å underbygge.

¹⁵ Asland, Gunnar. (1977) Erstatningsspørsmålet ved fredning etter naturvernloven: Lov og Rett, 1977

3.2.6 Om det fortsatt kan drives regningsvarende

I Rt 1988 s. 890 (Jærstrendende) var det igjen snakk om områdevern. Denne gang på Jæren. En rekke grunneiere ble rammet av fredningsvedtaket som både omfattet vern av dyre- og plantelivet etter dagjeldende naturvernlov §§ 5, 13 og 14 og vern av geologiske forekomster som naturminne etter § 11. Dette medførte forbud mot en rekke bruksmåter, og 13 grunneiere som fikk vernet eiendommene sine med hjemmel i § 5 gikk til sak med påstand om bla. erstatning etter naturvernloven § 20 b. Det rettslige grunnlaget ble dermed det samme som etter Rambjørdommen.

Votumet starter med en trofast henvisning til Strandlovdommen. Det gjentas at terskelen er høy og staten i stor grad må stå fritt til å gjøre inngrep erstatningsfritt. Deretter oppstilles vurderingstemaet hvor man må foreta en «helhetsvurdering, hvor det først og fremst får betydning hvor vesentlig rådighetsbegrensningen er for eieren, sett i forhold til hele eiendommen og dens utnyttelsesmuligheter. Det har videre vært antatt at det skal mere til for å tilkjenne erstatning når vernetiltaket hindrer nye former for utnyttelse av eiendommen, enn når det gjelder inngrep i eksisterende bruk.». Dette presiserer deretter Høyesterett nærmere når de uttaler at dersom eiendommen fortsatt kan drives som før og med i det vesentligste uforandret avkastning, er erstatning avskåret. Dette begrunner de med å dra en parallell til dagjeldende plan og bygningslov § 32.¹⁶ De viser til at erstatningsplikten etter denne bestemmelsen først oppstår når eiendommen «ikke lengre kan drives regningsvarende». Som et viktig moment i retning av en slik tolkning, påpekes det at selv om § 32 ved regulering til naturvernområder fastslår at det skal betales «erstatning etter skjønn» i samsvar med naturvernloven §§ 20, 20 a og 20 b, vil det skapt en uforenelighet mellom regelsettene om det ikke også måtte innfortolkes et krav om at det ikke lenger kunne «drives regningsvarende». Både et vernevedtak og en arealdisponering etter plan og bygningsloven er et offentligrettslig vedtak som har som formål å disponere arealene til felleskapets beste. Det ville vært en inkonsekvent løsning om dette var et krav etter plan og bygningsloven, men ikke etter naturvernloven, og i forlengelse av dette, analogien etter § 105.

Når dette ble anvendt på den konkrete sak, kunne ikke Høyesterett se at vernevedtaket medførte at eiendommen ikke lengre kunne drives «*regningsvarende*». Vedtaket grep ikke

¹⁶ Denne tilsvareer någjeldende pbl. § 15-3, og er innholdsmessig uforandret.

inn i den landbruksdrift som allerede var i gang, og muligheten til å utta masse og grus til salg eller til eget bruk, måtte anses som en ny utnyttelse. Når uttak i tillegg ville «kunne føre til store og ugjenkallelige inngrep i naturlandskapet», var dette noe som sto stikk i strid med det formål vernetiltaket hadde. Erstatning ble dermed avslått.

I utgangspunktet kan det virke som om Høyesterett bare gjentar et av poengene i Strandlovdommen, nemlig det at terskelen for å tilkjennes erstatning er høyere når det ikke gripes inn i pågående bruk. Det var likevel viktig å presisere dette i en landbrukskontekst. Ved å oppstille en vurdering av hva som er regningsvarende får man et konkret vurderingstema, slik at ikke enhver forandret gjeldende tilstand er et inngrep i pågående bruk. I utgangspunktet vil ethvert kontrolltiltak kunne anses å være et inngrep i pågående bruk, fordi den bruksutnyttelse man som oftest har, knytter seg til den daglige utnyttelse med full eierbeføyelse. Denne blir jo innskrenket selv om virkningene ikke føles før man foretar seg noe. Et fremtidig byggeforbud vil med andre ord kunne være et inngrep i pågående bruk, fordi den nåværende tilstand er endret, selv om byggingen ikke skulle skje før om mange år. En utbygningsmulighet innbefattes av den rådighet man har over sin eiendom, og den vil da være endret. Jærstrendene innskrenker dermed dette momentet, slik at bare målbar faktisk utnyttelse omfattes. Således er landbruksdrift eksemplifiserende fordi det er snakk om en kontinuerlig utnyttelse av eiendommens ressursgrunnlag.

3.2.7 Sterkt urimelig å tåle erstatningsfritt

I Rt 1993 s. 321 (Hydalen) ble et område vernet i medhold av dagjeldende naturvernloven. Begrunnelsen for fredningen var for å «ta vare på et østnorsk seterdalføre med et storslått landskap som har uvanlig fin veksling i topografi og planteliv og å ta vare på et karakteristisk kulturlandskap.». Dette vernevedtaket medførte at ethvert inngrep av en viss størrelse, som kunne endre landskapets karakter ble forbudt. Dette omfattet blant annet oppføring av bygninger. En rekke grunneiere ble rammet av vedtaket, og kunne ikke lengre oppføre hytter og boliger. De gikk dermed til sak med påstand om erstatning.

Hovedforskjellen mellom faktum i Rambjørdommen og Hydalendommen, er at vernevedtaket i førstnevnte sak rammet Tveiterås gårds mulighet til å utparsellere tomter til bebyggelse. Det var derfor ikke snakk om at saksøker selv skulle bygge på arealet. I Hydalen

var det derimot utbyggerne som ble rammet. I begge tilfellene ble det reist sak med påstand om erstatning for forspilte utbyggingsmuligheter, men hvor det i Rambjøra ble ansett som en mer fjerntliggende mulighet, var den i Hydalen helt konkret.

I den særskilte vurderingen av inngrepets tyngde, kommer Høyesterett til at «inngrepet er vesentlig». Grunnvilkåret synes da å være oppfylt og erstatning skal som utgangspunkt tilkjennes. De presiserer likevel at selv om inngrepet er vesentlig, er dette et «nødvendig, men ikke i seg selv tilstrekkelig vilkår for å kunne kreve erstatning, (...) f.eks. fordi de rammer en virksomhet som på grunn av ny erkjennelse anses å være så skadelig eller uheldig at den bør reguleres eller forbys.». Slik jeg tolker dette, anser Høyesterett formålet med inngrepet som et selvstendig vilkår. Vurderingstemaet blir da om formålet med inngrepet er av en slik art at det vil være urimelig å tåle erstatningsfritt, og vi nærmer oss da i stor grad myndighetsmisbrukslæren i forvaltningsretten.

Høyesterett foretar deretter en test av nødvendigheten av inngrepet. Som i tidligere rettspraksis gjentas poenget med at samfunnsutviklingen har fremtvunget behovet for vernevedtaket. Naturvern har blitt viktigere, og økt byggeaktivitet har fremtvunget behovet for hyppigere og mer omfattende verneaktivitet. De viser i denne sammenheng til at verneaktiviteten ikke skjer som en følge av at andre skal få økonomisk forrang, men fordi det var nødvendig ut i fra et samfunnsperspektiv.

Saksøkerne anførte videre at vernevedtaket bar preg av å være vilkårlig. Som en kommentar til dette skriver de at «de enkelte fredningsvedtak må ses som ledd i det offentliges samlede arbeid for å bevare verneverdig natur. Et betydelig antall fredninger er vedtatt, og det arbeides med fredningsplaner. Under disse forhold kan det ikke få noen nevneverdig betydning for erstatningsplikten om den enkelte fredning rammer et fåtall grunneiere.".

Hydalen gir oss dermed to viktige presiseringer i forhold til forståelsen av analogien etter § 105. For det første at det ikke er nok at inngrepet er vesentlig, men at det også må foreligge særegne tilfeller som gjør at vedtaket er sterkt urimelig. I Skoghøys artikkel «Rådighetsinnkrenkninger og erstatning» i lov og rett 1995, skriver han, blant annet med basis i Hydalen at «etter min oppfatning må det være riktig å sammenfatte praksis slik at for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, må det kreves at inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles».¹⁷ Det kan

¹⁷ Skoghøy, J. E. A. (1995) Rådighetsinnkrenkninger og erstatning: Lov og rett, 1995

stilles spørsmål om hvorfor ikke dette har kommet på spissen tidligere. En årsak kan være at Høyesterett ikke har ansett vesentlighetsterskelen for å være overskredet i tidligere. Med basis i Krokaldsaken kan dette derimot ikke stemme. Her mente retten at inngrepet rammet saksøker «meget vesentlig». Likevel ble han ikke tilkjent erstatning. Det er derfor mest nærliggende å attribuere dette til en rettsutvikling, hvor vilkåret om sterk urimelighet tidligere var en del av vesentlighetsvurderingen, men har senere blitt løftet frem som et selvstendig vilkår. I forhold til kravet om klarhet i regelsettene, særlig fremprovosert av EMD, er dette en positiv utvikling.

For det andre at det ikke er et særegent tilfelle at bare noen få vilkårlige grunneiere blir rammet av et vernetiltak, så lenge tiltaket er et ledd i en større verneprosess som styres av samfunnsutviklingen.

3.3 Menneskerettsloven og norsk tilpasning etter EMK

I gjennomgangen av rettspraksis har kronologien vært styrende. Dette innebærer at jeg må ta en pause fra gjennomgangen for å presentere nye tolkningsfaktorer som er viktige for å forstå helheten. En slik tolkningsfaktor kom med vedtakelsen og implementeringen av menneskerettsloven.

Det er påfallende at Høyesterett i så liten grad viser til menneskerettighetene i de avgjørelsene de har fattet før vedtakelsen av Menneskerettsloven. I mangel av klar hjemmel etter norsk rett, velger de heller å støtte seg på sin egen domstolsskapte regel, enn å se hen til EMK TP 1-1, hvor rådighetsinnskrenkninger eksplisitt nevnes i ordlyden. Det ville etter min mening være naturlig i det minste å foreta en test opp mot denne når løsningen er usikker. At dette ikke ble gjort, er nok et utslag av to ting. For det første medfører det dualistiske prinsipp at ved motstrid mellom norsk rett og internasjonale konvensjoner, vil de internrettslige regler ha forrang. Dette kom blant annet til uttrykk i Rt 1997 s. 580 hvor Høyesterett i et obiter dictum skriver at «dersom det er en klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være at den interne rett går foran.». Selv om denne avgjørelsen kom etter de nevnte avgjørelsene, er den likevel et uttrykk for det syn Høyesterett hadde hatt på spørsmålet i lang tid. I en forlengelse av dette kan det spørres om ikke

Høyesterett mer eller mindre bevisst valgte å ikke gjøre spørsmålet om til et rettighetsspørsmål av menneskerettslig karakter.

For det andre kan det argumenteres for at EMK TP 1-1 ikke er direkte anvendelig på de spørsmål som ble forelagt for Høyesterett. Når spørsmålet har vært *om* det skal utbetales erstatning, har det kanskje vært unaturlig for Høyesterett å se hen til en bestemmelse som ikke innbefatter erstatning i klartekst. I alle fall kan dette argumenteres for i perioden før vedtakelsen av menneskerettsloven.

Med vedtakelsen av menneskerettighetsloven fikk vi et paradigmeskifte. Inkorporeringen medførte ikke bare at den europeiske menneskerettighetskonvensjon ble en formell del av norsk rett, men også at den skulle ha forrang foran vanlig norsk lov. Dette innebar at Høyesterett som tidligere kunne lukke øynene for europeiske strømninger, nå var lovbundet til å ta hensyn til nettopp dette. I Innst.O.nr.51 (1998-1999) blir dette uttrykkelig uttalt, hvor det skrives allerede i første avsnitt at «Loven vil styrke dei inkorporerte konvensjonane si formelle stilling i norsk rett, og vil i første rekke å få ein signaleffekt. Etter lovframlegget skal reglar i dei inkorporerte konvensjonane ved motstrid gå føre reglar i annan norsk lovgjeving.» Dette var således en direkte reaksjon fra lovgiver på det som Høyesterett uttalte i Rt 1997 s. 580.

3.4 Vurderingen etter vedtakelsen av menneskerettsloven.

3.4.1 P1-1 sitt inntog

Etter at lakse- og innlandsfiskeloven av 15. mai 1992 trådte i kraft, ble det med hjemmel i § 18, lov for barn under 16 år å drive innlandsfiske med stang og håndsnøre i vassdrag uten innløsning av fiskekort. En grunneier som ble rammet av dette, gikk til sak mot staten i Rt 2004 s. 1985.

Saken reiste tre problemstillinger. For det første om dette var en avgivelse av en rettighet som berettiget full erstatning etter en direkte anvendelse av Grunnloven § 105, for det andre, dersom den prinsipale anførselen ikke førte frem, om det var erstatningsberettiget etter en analogisk anvendelse av § 105. For det tredje, dersom det ikke skulle utbetales erstatning hverken etter direkte anvendelse av § 105 eller analogien, om dette var et brudd på P1-1.

Dette er den andre gangen Høyesterett vurderer P1-1 i forhold til rådighetsinnskrenkninger.¹⁸ Jeg har funnet det nødvendig å komme med noen kritiske bemerkninger både til rettens behandling av grunnlovsspørsmålet og deres behandling av P 1-1.

Slik Høyesterett oppstiller problemstillingen, er det som er avgjørende om det skjer en avgivelse som aktiverer Grunnloven § 105 direkte, eller om inngrepet skal behandles som en rådighetsinnskrenkelse. Er det sistnevnte som er tilfellet, vil det ikke være tale om erstatning fordi inngrepet ikke er vesentlig.

Votumet innleder med å vise til de forskjellige synspunktene som forarbeidene, lovavdelingen og teoretikerne har på spørsmålet. Forarbeidene er etter Høyesteretts syn uklare på forholdet mellom Grunnloven § 105 og lakse- og innlandsfiskeloven § 18. Lovavdelingen mener at det ikke skal utløses erstatningsplikt, og Evind Smith mener det motsatte. Dommer Flock konkluderer dermed med at det ikke kan leses noe ut av dette.

Høyesterett viser så til at den konkrete situasjonen for grunneierne, medfører at den rett som de tidligere hadde eksklusiv, med lovendringen, også gis til barn under 16 år. De fremhever likevel som et tilsynelatende viktig poeng, at grunneiers fiskerett derimot ikke er bortfalt. Dette mente Høyesterett innebar at lovendringen hadde elementer av både ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkninger, men at dette måtte anses som en rådighetsinnskrenkelse.

Deretter viser dommer Flock til utviklingen av allemannsretten, og til spenningsforholdet mellom disse. De forskjellige regelsettene er ikke statiske, men i dynamisk utvikling. Dette bruker han som basis når han videre skriver at «hvor den lovfesting som har funnet sted har utvidet allmennhetens rett, har dette skjedd uten at det har utløst erstatning etter Grunnloven § 105.». Argumentet til Høyesterett er at fordi allemannsretten har hatt en utvikling, og dette tidligere har skjedd erstatningsfritt gjennom lovgivningen, må dette skape presedens også for fremtidig utvikling.

Videre argumenteres det for, med støtte i eldre juridisk teori, at visse justeringer av grunneiers rettigheter til fordel for allmennheten, må kunne skje erstatningsfritt. Fordi rettighetene er generelt utformet, og kun gjelder en aldersbestemt gruppe, er det, etter Høyesteretts syn, ikke et vesentlig nok inngrep til at det kan kreves erstatning.

¹⁸ Rt 2004 s. 1092 ble avsagt 6 måneder tidligere.

Avgjørende for saken, både i relasjon til grunnlovsspørsmålet og i relasjon til P 1-1 var at § 18 inneholdt en reservasjon i fjerde ledd hvis fisket var til «skade for fiskekulturtiltak» eller hvor den var til «vesentlig fortrensel» for rettighetshaveren. Om dette forelå, *kunne* fylkesmannen, etter søknad, gi unntak fra loven. Dermed rammet inngrepet bare grunneierne der fisket var uvesentlig, og ikke nådde en kvalifisert terskel som berettiget erstatning. Dermed var det ikke rom for erstatning etter en analogi av Grunnloven § 105.

Videre går Høyesterett inn på en vurdering av saksøkers anførsel om at loven er et brudd på EMK P 1-1. Det må merkes at det ikke gjøres en inngående drøftelse. De foretar først en kort redegjørelse av prinsipp-, avståelses-, og kontrollregelen, før de fremhever Banèr-saken.¹⁹ Her klaget en eier av en innsjø på at det gjennom en lovendring ble åpnet for allmenn fiske i innsjøen han tidligere hadde hatt eksklusiv fiskerett. Høyesterett peker på likheten med foreliggende sak, og vises til at den svenske loven ikke brøt med P 1-1, fordi den blant annet hadde en regel om erstatning for tapt inntekt. Denne erstatningsregelen mente de tilsvarte § 18 fjerde ledd. Avslutningsvis oppsummerer retten de argumenter som de mente gjorde seg gjeldende i forhold til analogien av § 105, og konkluderer med at det ikke forelå noe brudd. Etter dette kom et enstemmig Høyesterett til at det ikke skulle betales erstatning.

Jeg vil knytte noen kritiske bemerkninger til Høyesteretts begrunnelse.

Problemstillingen er i realiteten om det foreligger en ekspropriasjon eller en rådighetsinnskrenkning. Med denne problemstillingen får man, på bakgrunn av inngrepets manglende vesentlighet, en situasjon hvor man ved å betrakte dette som en rådighetsinnskrenkning, ikke kan tilkjenne erstatning. Den høye terskelen Høyesterett har utviklet, er klart nok ikke overtrådt her. Er det derimot en ekspropriasjon, har ikke retten rom for å foreta en vurdering av om inngrepet ikke er vesentlig nok til å berettigede erstatning. En slik nyansering er det ikke åpnet for i Grunnloven § 105. Det sentrale i § 105 er jo om noen må «avgi» sin eiendom. Det kan selvsagt ikke være slik at hvis det bare er meget små arealer som blir ekspropriert, med tilsvarende lav verdi, så skal ikke dette erstattes. En slik løsning vil være direkte i strid med bestemmelsens formål om å beskytte eiendomsretten til borgerne fra myndighetene, og vil skape en meget vanskelig grensedragning.

Mitt første ankepunkt mot Høyesteretts avgjørelse er at de erkjenner at det foreligger en avgivelse av eiendom når de skriver at «sett med rettighetshavernes øyne har situasjonen

¹⁹ Banèr v. Sweeden (1986)

likhet med en regulær overføring av rett til fast eiendom», men argumenterer for at det likevel ikke skal utbetales erstatning, basert på argumenter som gjør seg gjeldende når det foreligger en rådhetsinnskrenkning. De blander med andre ord kortene ved å ikke se det vesentlige skillet mellom disse to typer inngrep. Blant annet legger de vekt på at selv om det foreligger en avgivelse, er likevel fiskeretten i behold. Hvordan dette skiller seg fra en ekspropriasjon til en ferdselsrett på privat vei i innmark, er ikke lett å se.²⁰ Eieren kan selvsagt bruke veien selv om krinsen av bruksberettigede er utvidet, men dette betyr selvsagt ikke at grunneieren ikke skal ha erstatning for de ulemper en slik ekspropriasjon medfører. Det kan jo ikke være slik at det avgjørende skal være om det består noe igjen av eiendommen til eksproprianten. Det avgjørende er om han må avgi hele eller deler av den. I den konkrete sak, må eieren avgi retten til å selge fiskekort til personer under 16. At staten ikke overtar denne retten, men opphører den, mener jeg ikke vil være av betydning.

Jeg er også kritisk til at Høyesterett trekker inn allemannsretten og viser til at lovfestede endringer av den, tidligere ikke har gitt erstatning. For det første kan ikke tidligere erstatningsfri lovfesting av allemannsretten, tas til inntekt for at dette må skje også neste gang den utvides. Det er gode holdepunkter for å ta en konkret vurdering av hver enkelt sak. Det er en vesensforskjell på opphold på annen manns eiendom og plukking av ville bær, blomster og sopp og det å fiske på eiendommen. Den økonomiske verdien av fisken er selvsagt mye større, både i form av uttak og i form av salg av fiskekort. Jeg vil også påstå at en grunneier ikke føler noe eierskap til ville blomster og bær, mens det motsatte er tilfellet for fisk i et område som kanskje har vært kultivert i lang tid for optimalt fiske.

Til slutt mener jeg at behandlingen av P 1-1 har visse mangler i forhold til proporsjonaliteten. Banèr-saken har likheter med den foreliggende sak, og et avgjørende moment for EMD var at den svenske loven inneholdt en erstatningshjæmme for tapt inntekt. Konklusjonen ble dermed at det ikke forelå noen disproportjonalitet. Høyesterett anvender et tilsvarende argument, ved å vise til at § 18 fjerde ledd inneholdt en mulighet for fylkesmannen til å regulere fisket. På tidspunktet hvor saken var oppe til doms, var denne reguleringsmuligheten en «kan» regel, men Høyesterett tolket dette som en «skal» regel.²¹ En vesentlig del av proporsjonalitetsvurderingen er om det er på plass økonomiske erstatningsregler, jf James and

²⁰ Reusch, Marianne. (2012) Tilrettelegging for friluftsliv - mot grunneierens vilje: Tidsskrift for eiendomsrett, 2012

²¹ Ifølge en som var tilhører under saken, spurte dommer Gjølstad regjeringsadvokat Tønder om regelen skulle forstås som «kan» eller «skal». Etter en kort tenkepause svarte han «skal», og således fikk vi en historisk rask lovendring, og attpåtil i Høyesterett. Stortinget endret i etterkant fra «kan» til «skal».

others v the United Kingdom.²² Denne momentet berører ikke Høyesterett. De utelater også noen drøftelse av forskjellen på en bestemmelse om erstatning, som i den svenske loven, og den unntaksbestemmelsen som vi finner i lakse- og innlandsfiskeloven.

3.5 Hvilken rang har analogien fra Grunnloven § 105?

Det kan stilles spørsmål om hvilken vekt analogien fra Grunnloven § 105 skal ha. Dette kan få betydning for regelvalg i et eventuelt kollisjonstilfelle, hvor spørsmålet om det skal tilkjennes erstatning blir avgjort på bakgrunn av enten *lex specialis* eller *lex superior*.²³

En av de viktigste betydningene av *lex superior*, er at vi får en trinnhøyde i regelsettene, hvor Grunnloven troner på toppen som suveren. Dermed må annen lovgivning vike ved eventuell kollisjon.

Det første spørsmålet som må besvares er om en analogi fra Grunnloven kan ha Grunnlovs rang. Etter Grunnloven § 121 er det strengere krav til å gjennomføre en grunnlovsendring enn det er for å vedta en alminnelig lov, og spørsmålet må være tatt opp i to forskjellige Storting. Det kan dermed argumenteres for at det er et demokratisk problem hvis ulovfestet rett avledet av Grunnloven skal få grunnlovs rang. Den er tross alt skapt av Høyesterett og ikke av et folkevalgt organ. Tilblivelsen er dermed et argument for å ikke akseptere at analogier fra Grunnloven skal ha samme rang som lovfestede regler.

Det er likevel ikke tvilsomt at ulovfestet rett kan ha grunnlovs rang. For eksempel var legalitetsprinsippet en ulovfestet regel av grunnlovs rang frem til det ble kodifisert ved den siste grunnlovsendringen.

Endre Stavang har argumentert for at hvis argumentene som grunngir den lovfestede regelen også grunngir den ulovfestede, bør disse ha samme vekt. Det kan altså være et spørsmål om

²² Application no. 8792/79

²³ *Lex specialis* og *Lex superior* er kollisjonsprinsipper omtalt i blant annet Torstein Eckhoff (1985) *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget kap. 11. Førstnevnte prinsipp gir spesiell lov eller forskrift forrang foran generell lov eller forskrift ved kollisjonstilfeller, og sistnevnte gir trinnhøyere lov forrang foran lavere lov eller forskrift ved kollisjonstilfeller.

det finnes et felles ideologisk fundament. Hvis derimot analogien bygger på et rikere tilfang av argumenter enn utelukkende Grunnloven, er det mer nærliggende å si at den har vanlig lovs rang.²⁴

Slik analogien etter § 105 fremstår i dag, er det stort sett Grunnlovens ordlyd som danner grunnlag for regelen. Dette trekker i retning av at analogien må ha grunnlovs vekt. Et av argumentene for full erstatning ved ekspropriasjon er at det er urimelig om én privatperson skal bære byrden av et tiltak som kommer fellesskapet til gode. Det er med dette som bakteppe at Høyesterett, selv om de ikke sier det eksplisitt, i det hele tatt vurderer problemstillingen i Strandlovdommen. Enda tydeligere kommer dette frem i Lamyrdommen. Selv om denne avgjørelsen i det vesentligste er fraveket, synliggjør den tankegangen om at i visse tilfeller er rådighetsinnskrenkninger så inngripende at virkningen vil være den samme som ved en ekspropriasjon. Dermed er denne et slags bevis på at argumentene for både den lovfestede og ulovfestede regelen samsvarer. At terskelen for rådighetsinnskrenkninger er høy, viser bare at det skal meget til før en begrensning i rådighet kan likestilles med en avgivelse av eiendom. Dette er en helt annen diskusjon enn om argumentene sammenfaller.

²⁴ Stavang, Endre. (2000) Bør vi bygge på alminnelige rettsgrunnsetninger? Et kritisk blikk på naturvernloven § 20b: Lov og Rett, 2000 side 241

4 Den Europeiske menneskerettskonvensjon

4.1 Tilleggsprotokoll 1 artikkel 1

P1-1 lyder som følger:

“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.”

Rent systematisk er det seks spørsmål som EMD vurderer i forhold til om det foreligger et brudd på P1-1. De to første handler om bestemmelsens anvendelsesområde og rekkevidde. Det tredje spørsmålet omhandler hvilken regel man skal velge, og en klassifisering av inngrepet. De tre siste handler om en rettferdiggjørelse av inngrepet, hvor det stilles et krav om lovhjemmel, inngrepets formål, og om det er proporsjonalt.²⁵

For å forstå regelens anvendelsesområde og rekkevidde er det nødvendig med en redegjørelse for hva som menes med «possessions» i første ledd første setning, og «property» i andre ledd første setning. Dette vil jeg behandle innledningsvis i dette kapittelet.

Videre vil jeg redegjøre for de tre reglene som utledes fra P1-1. Før jeg til slutt vil redegjøre for proporsjonalitetsvurderingen, eller «fair balance»-testen», som EMD omtaler den som. Samspillet mellom EMK og de norske vurderingsnormene vil jeg komme tilbake til i del 5.

²⁵ Solheim, Stig. (2009) Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Tromsø: Universitetet i Trømsø, side 45

4.1.1 Eiendomsbegrepet

I den engelske versjonen av P1-1 brukes ordet «possessions» i første ledd og «property» i annet ledd. Ut ifra en naturlig språklig forståelse, vil «possessions» kunne favne videre enn «property». Dette kunne i utgangspunktet tilsi at man opererer med to avvikende eiendomsbegrep. Dette er ikke tilfellet, og den norske oversettelsen av P1-1 kan være illustrerende. I den norske oversatte versjonen brukes ordet «eiendom» i begge ledd. Det var ikke meningen at det skulle være noen reell forskjell på «property» og «possessions», og de må forstås autonomt som «eiendom». Dette er noe har domstolen lagt til grunn i senere avgjørelser.²⁶

Det kan likevel by på problemer å definere hva som menes med begrepet «possessions». Etter en naturlig språklig forståelse, vil f.eks. pensjoner og andre velferdsrettigheter kunne falle utenfor. Det er heller ikke naturlig å omtale en ferdselsrett som noens «eiendom». Den Franske versjonen av P1-1 er derfor klargjørende. Her brukes ordet «biens», noe som indikerer et bredere anvendelsesområde.²⁷ Det er antatt i teorien at det franske ordet tar sikte på å omfatte et bredt spekter av beskyttede interesser, og for å beholde en logisk sammenheng må nødvendigvis den engelske versjonen forstås på samme måte.²⁸ Dette følger av at den engelske og franske versjonen er likestilte og autentiske, i motsetning til f.eks. den norske oversettelsen.

Konvensjonspraksis viser også at eiendomsbegrepet skal tolkes vidt. I bestemmelsens mest naturlige anvendelsesområde ligger løsøre og fast eiendom.²⁹ Men også mer abstrakte eiendomsforhold er etter EMDs syn innenfor eiendomsbegrepet. Jeg nevner i denne sammenheng blant annet åndsverk,³⁰ kontraktsrettigheter,³¹ pensjonsrettigheter,³² byggeløyver,³³ og rett til hevdserverv av bolig.³⁴ Ut i fra dette, kan man dedusere at både bestående eiendom, og eiendom som klager har en berettiget forventning om å erverve i fremtiden, er omfattet. Dette kom blant annet til uttrykk i *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (2002), hvor EMD i storkammer uttaler at «according to the constant case-

²⁶ Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH v. Netherlands (1995)

²⁷ Harris, D. & O'Boyle, M. & Bates, E. & Buckley, C. & Harvey, P. & Lafferty, M. & Cumber, P. & Arai, Y. & Green, H. (2014) *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

²⁸ Solheim, Stig. (2009) *Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon*. Tromsø: Universitetet i Trondheim

²⁹ *Wiggins v. UK* No 7456/76, 13 DR 40 (1978)

³⁰ *Anhauser-Busch Inc v. Portugal* 2007-I; EHRR

³¹ Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH v. Netherlands (1995)

³² *Carson and others v. UK* (2010)

³³ *Consorts Richet et Le Ber v. France* (2010)

³⁴ *Saghinadze and others v. Georgia* (2010)

law “possessions” may be either “existing possessions” or valuable assets, including claims, in respect of which an applicant can argue that he has at least a “legitimate expectation” that they will realise”.

Det må understrekes at det har skjedd en betydelig utvidelse av eiendomsbegrepet gjennom EMD-praksis. Det eiendomsbegrepet som ble lagt til grunn i 1952, er vesentlig snevrere enn den det opereres med i dag. Som eksempel kan det vises til *Marckx v. Belgia* (1979) hvor et krav på ufordelt arv ikke ble ansett som en etablert rettighet med konvensjonsvern etter P1-1. I *Inze v. Austria* (1987), altså under ti år senere, hadde EMD skiftet mening og kom til motsatt resultat. EMKs eiendomsbegrep er også «meir enn det vi oppfatter som eigeendom etter vanleg norsk rett», slik det ble uttalt av Høyesterett i Rt 2006 s. 1382.

4.1.2 Eiendomsinteressen

For at det skal foreligge et brudd på P1-1 er det også et krav om at klageren må ha en beskyttet eiendomsinteresse som blir rammet. EMD omtaler dette som et spørsmål om «interference». ³⁵ Dette vilkåret er på linje med det grunnleggende inngrepskriteriet som er utviklet gjennom konvensjonspraksis også etter andre EMK-bestemmelser. ³⁶

Et slikt krav innebærer to ting. For det første, så må klager ha tilstrekkelig nær tilknytning til den «possession» som blir rammet. Videre så må inngrepet overskride en viss terskel i intensitet. Spørsmålet om tilstrekkelig nær tilknytning byr ikke på store problemer jf. ordlyden. Det kan være vanskeligere å ta stilling til om inngrepet er av en slik intensitet at P1-1 kan komme til anvendelse. I *Van der Musselle v. Belgia* (1983) var en jusstudent pålagt å ha visse utgifter for å kunne være prosessfullmektig i pro-bonosaker. Domstolen kom til at dette ikke var brudd på P1-1 blant annet fordi ulempene ble utlignet av fordelene ved å drive slik praksis. Avgjørende var likevel at «the amount of expenses directly occasioned by the cases in question was relatively small».

³⁵ *Maurice v. France* (2005)

³⁶ Tom Allen, *Property and the Human Rights Act 1998*, Oxford 2005 s. 79

Det neste spørsmålet blir *hvorvidt* det foreligger et inngrep eller ikke. En ekspropriasjon eller et inngrep hvor hensikten er å kontrollere bruken av en eiendom, må nødvendigvis falle innenfor. Dette er i kjernen av den beskyttelse som P1-1 oppstiller.

Vanskeligere er de tilfellene hvor formålet med vedtaket hverken er å ekspropriere eller kontrollere eiendommen og hvor man havner i en mellomstilling. Man må da ta vurdere de reelle virkningene av vedtaket. Sporrang og Lönnroth mot Sverige (1982) er et eksempel på dette. Bygningsmyndighetene i Sverige utstedte åpne midlertidige ekspropriasjonstillatelser. Til disse tillatelsene fulgte det også med et byggeforbud. Forbudene strakk seg over en periode på henholdsvis 25 og 12 år. Det var ikke selve vedtaket som førte til at Sporrang og Lönnroth klaget til EMD, men at ekspropriasjonen aldri kom. Dermed ble de sittende med et ekspropriasjonsvedtak med medfølgende byggeforbud, som aldri ble iverksatt. Det var da særlig byggeforbudet som var problematisk. De svenske myndighetene argumenterte for at ekspropriasjonstillatelsene ikke innebar noen begrensning i deres mulighet til utnyttelse og salg av eiendommen, noe de for så vidt har rett i. Likevel kom EMD til at dette måtte betegnes som et inngrep fordi det «in practice significantly reduced the possibility of its exercise». ³⁷ Det som er av betydning er ikke myndighetenes formål med vedtaket, men dets reelle virkning. Her var det jo en faktisk begrensning av de rettigheter som tilligger eieren av en eiendom.

4.1.3 Regelvalget

Dersom det gjøres et inngrep mot en relevant eiendomsinteresse, må man videre ta stilling til inngrepets art.

Domstolen har tolket P1-1 til å inneholde tre regler. Gjennom en gradvis utvikling, har også deres innbyrdes forhold blitt klarlagt. I Sporrang og Lönnroth mot Sverige uttaler de at «Article (P1-1) comprises three distinct rules. The first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in

³⁷ Solheim, Stig. (2009) Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Tromsø: Universitetet i Trømsø, side. 47

accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph.”.

Prinsippregelen følger av første ledd første punktum. Den stadfester et generelt prinsipp om at man har en rett til å nyte sin eiendom i fred.

Avståelsesregelen følger av første ledd andre punktum. Denne åpner for at staten kan ekspropriere eiendom, gitt at visse vilkår er oppfylt.

Kontrollregelen følger av andre ledd. Denne åpner for at statene kan kontrollere bruk og utnyttelse av en eller flere eiendommer.

Kontrollregelen og avståelsesregelen har sine særegne distinkte virkeområder. Det kan da virke som om disse skal tolkes isolert. Det kan også virke som om det ikke er noe særlig rom for å anvende prinsippregelen, da avgivelse og kontroll kan synes å konsumere det som er av handlingsrommet til en eier. I *James and others mot Storbritannia* (1986), slår EMD fast at dette likevel ikke er tilfelle. De uttaler om det innbyrdes forholdet at «the three rules are not, however, "distinct" in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule.”.

4.1.4 Prinsippregelen

Prinsippregelen anvendes i hovedsak som en overordnet regel som de to øvrige reglene tolkes i lys av. Likevel kan prinsippregelen også ha en selvstendig betydning utover dette. Særlig inngrep som nærmer seg en de facto ekspropriasjon, men uten å ha tilstrekkelig tyngde, vil ofte av domstolen bli vurdert etter prinsippregelen.³⁸ Den vil også kunne komme til anvendelse hvis inngrepet gjøres i kombinasjon med et kontrolltiltak og et tiltak av en annen karakter. Et eksempel på dette fremgår blant annet av *Sporrong og Lönnroth*.

Prinsippregelen er også vært anvendt på avgjørelser der kompleksiteten i det faktiske og rettslige i saken har gjort det vanskelig å klassifisere inngrepet som enten et kontrolltiltak eller en avgivelse. I *Broniowski v. Polen* (2004) uttaler domstolen følgende: «Having regard to the complexity of the legal and factual issues involved in the present case, the Court considers

³⁸ *Jokela v Finland* (2002)

that the alleged violation of the right of property cannot be classified in a precise category. (...) The case should therefore more appropriately be examined in the light of that general rule.”.

Ut i fra konvensjonspraksis kan det virke som om prinsippregelen anvendes på de tilfellene der det er uklart eller usikkert hvilken regel som kommer til anvendelse. Den fungerer dermed på mange måter som en sikkerhetsventil som domstolen kan falle tilbake på i mangel av gode holdepunkter for den ene eller andre løsning. Således oppsummerer uttalelsen i *James and others v. UK* rettstilstanden godt, når det vises til et sterkt innbyrdes forhold hvor prinsippregelen bevarer artikkelens «ånd».

4.1.5 Avståelsesregelen

For å forstå avståelsesregelen er det grunn til å se på hvordan avståelse av eiendom defineres i P1-1. I Norge omtaler vi tvungen avgivelse etter myndighetenes vedtak, som en ekspropriasjon. Etter ordlyden i P1-1 snakkes det ikke om ekspropriasjon, men at borgeren blir «deprived» sin eiendom. Denne språklige forskjellen er ikke tillagt betydning av domstolen. «Deprived» er tolket autonomt, og det er dermed uten betydning hvordan ekspropriasjon er definert i nasjonal sammenheng.³⁹

EMD har heller ikke tillagt noe vekt at det ikke foreligger et faktisk og uttrykkelig ekspropriasjonsvedtak. Det er de reelle forholdene som er av betydning, og det domstolen prøver, er om det foreligger en *de facto* ekspropriasjon. Dette kom blant annet til uttrykk i tidligere nevnte *Sporrong og Lönnroth* hvor domstolen i avsnitt 63 skriver at «In the absence of a formal expropriation, that is to say a transfer of ownership, the Court considers that it must look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of”.

Hvilke kriterier som må foreligge for at det skal foreligge en *de facto* ekspropriasjon, fremgår blant annet av *Papamichalopoulos v. Greece* (1993), hvor domstolen skriver at «The Court considers that the loss of all ability to dispose of the land in issue, taken together with the failure of the attempts made so far to remedy the situation complained of, entailed sufficiently serious consequences for the applicants *de facto* to have been expropriated in a manner

³⁹ Gauksdottir, Gudrun. *The right to Property and the European Convention on Human Rights*, Lund 2004, s. 236-237

incompatible with their right to the peaceful enjoyment of their possessions.»). Hvis de reelle forholdene medfører at klager blir satt i en situasjon, som reelt sett fremstår som en ekspropriasjon, må vedtaket legges til grunn som nettopp en ekspropriasjon. Eieren må ha mistet alle sine rimelige muligheter til å utnytte sin eiendom, med endelig virkning. Et slikt resonnement bærer likehetstrekk med det flertallet kom til i Lamyradommen.⁴⁰

Øvrige tilfeller hvor avståelsesregelen har blitt anvendt utenfor de rene ekspropriasjonstilfellene finner vi blant annet i *Lithgow and others v. UK* (1986) om nasjonalisering av privat eiendom, i *Heinrich v. France* (1995) hvor det ble gjort gjeldende en statlig forkjøpsrett, og i *Håkansson and Stureson v. Sweden* (1987) om eiendomsavståelse i forbindelse med krav om konsesjon.

Det må etter dette legges til grunn at avståelsesregelen har et videre anvendelsesområde i EMK, enn tilsvarende regler etter norsk rett. Dette er et poeng jeg vil komme tilbake til.

4.1.6 Kontrollregelen

Forskjellen på kontroll- og avståelsesregelen knytter seg i stor grad til formålet med vedtaket. Sporrang og Lönnroth kan igjen være illustrerende. Byggerestriksjonene var etter domstolens mening klart et kontrolltilfelle som måtte omfattes av kontrollregelen. Den åpne ekspropriasjonstillatelsen mente derimot domstolen at «were not intended to limit or control such use». Stig Solheims skriver i sin doktorgradsavhandling han at dette indikerer at inngrepets formål er av stor betydning, noe jeg er enig i.⁴¹

De klassiske eiendomsregulative tiltakene som arealplaner og byggetillatelser vil være i kjernen av kontrollregelens anvendelsesområde. Men også mer abstrakte former for eiendomsregulering vil omfattes. I *Chassagnou and others v. France* (1999) ble grunneiere av jaktområder pålagt å overføre rettighetene til lokale jaktlag. Samtidig ble de innlemmet i den nasjonale jaktforeningen, og kunne dermed jakte stort sett over hele Frankrike. Klager var av moralske grunner imot jakt, men uten mulighet til å nekte en slik tvangsoverføring, kom domstolen til at dette var et brudd på kontrollregelen i P1-1. Det ble lagt vekt på at når det

⁴⁰ Se punkt 3.2.4

⁴¹ Solheim, Stig. (2009) *Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon*. Tromsø: Universitetet i Trømsø, side 54.

ikke forelå noen mulighet til å nekte jakt på sin eiendom innebar dette et konkret inngrep i eiers rådighet over eiendommen. Domstolen mente dette poenget fikk styrket vekt når det var moralske, og ikke økonomiske grunner som gjorde at eierne klagde på inngrepet.

Anvendelsesområdet til kontrollregelen må sies å være meget stort.⁴² Etter ordlyden kan det være vanskelig å finne et tilfelle som ikke kan omfattes av regelen. I utgangspunktet vil ethvert inngrep i noens eiendom være en form for utøvelse av kontroll. Det mest tjenlige vil derfor være å avgrense kontrollregelens virkeområde mot de to øvrige reglenes konkrete anvendelsesområde. Særlig mot avståelsesregelen vil det kunne være mulig å trekke et skarpt skille.

4.1.7 Betydningen av regelvalget

Trenden som har utviklet seg i EMD, er at regelvalget har fått stadig mindre betydning. Prinsippregelen som en «overordnet» regel i forhold til de to andre, innebærer en tett sammenveving, hvor hverken avståelses- eller kontrollregelen kan tolkes uavhengig av prinsippregelen.⁴³ I tillegg har Stig Solheim pekt på tre andre faktorer som reduserer betydningen av regelvalget. For det første vil kravet til legalitet, legitimt formål og «fair balance», som jeg kommer tilbake til, gjelde uansett hvilken regel man vurderer inngrepet etter. For det andre har domstolen i mindre grad brukt tid på å drøfte hvilken regel som skal komme til anvendelse. Dette indikerer at EMD ikke lengre anser spørsmålet som så veldig viktig. For det tredje har domstolen flere ganger lagt til grunn at den aktuelle saken ikke lar seg rubrisere som den ene eller andre typen inngrep, og derfor faller tilbake på prinsippregelen. Trenden kan ikke tolkes som noe annet enn at domstolen har forlatt en streng og klar linje i forhold til å dømme etter den ene eller andre regel.⁴⁴

⁴² Gauksdottir, Gudrun. *The right to Property and the European Convention on Human Rights*, Lund 2004 s. 177

⁴³ Solheim, Stig. (2009) *Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon*. Tromsø: Universitetet i Trømsø. Side 59

⁴⁴ Solheim, Stig. (2009) *Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon*. Tromsø: Universitetet i Trømsø. Side 60

4.2 Rettferdigjørelsen av inngrepet

Det er ikke tilstrekkelig for å konstatere et brudd på P1-1 at det foreligger et inngrep i en aktuell eiendomsinteresse, og at en av de tre overnevnte reglene finnes anvendelig. Det må også foretas en konkret helhetsvurdering hvorpå inngrepets legalitet, legitimitet og proporsjonalitet prøves. Vilkårene er kumulative og utviklet gjennom konvensjonspraksis. Disse tre vilkårene er ikke enestående kun for P1-1, men er en vurdering som gjøres i forhold til en rekke andre bestemmelser i EMK.⁴⁵

Spørsmålet om legaliteten og legitimiteten av inngrepet havner utenfor temaet for analysen, og vil derfor i det følgende bare bli behandlet i korte ordelag. Dette har jeg valgt fordi det man først kan se nyansene i regelen når man har fått presentert alle dens elementer.

4.2.1 Legaliteten

Legalitetsprinsippet står som en grunnpilar i den moderne rettsstaten. Prinsippet om at staten ikke kan gjøre inngrep i noens liv uten klar lovhjemmel er et prinsipp av konstitusjonell rang, som nå har blitt grunnlovsfestet i Norge.⁴⁶ Etter P1-1 følger dette prinsippet av ordlyden hvor ekspropriasjonsinngrep bare kan foretas hvor dette følger «by law and by the general principles of international law.». Det samme gjelder for kontrollreglen, jf. «such laws».

Lovkravet kan være oppfylt både ved rettssedvane og formell lov,⁴⁷ men bare hvis loven er tilstrekkelig presis, tilgjengelig og forutberegnelig.⁴⁸ I tilgjengelighetsvilkåret ligger det at borgerne i det minste må få en tilstrekkelig indikasjon på hva reglen gjelder.⁴⁹ Etter *Spacek s.r.o v. The Czech Republic* (1999) er det realiteten som er avgjørende, og ikke det formelle. Det er dermed ikke noe krav om at loven må være publisert i et offentlig anerkjent tidsskrift eller annen lovtidend, så lenge den er tilgjengelig på annet vis.

Forutberegnelighet- og presisjonskravet ble presisert i f.eks. *Goodwin v. The UK* (2002), hvor domstolen uttaler at det må være mulig for «the persons concerned- if need be with

⁴⁵ Særlig artiklene 8-11 er bygget opp rundt denne modellen

⁴⁶ Grunnloven § 113

⁴⁷ *Carbonara and Ventura v Italia* (2000)

⁴⁸ *Sunday Times v. Storbritannia* (1979)

⁴⁹ Solheim, Stig. (2009) Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Tromsø: Universitetet i Trømsø. Side 61

appropriate legal advice, to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail”.

Disse kravene nyanseres mot inngrepets art, slik at det stilles strengere krav jo tyngre inngrepet er for klager.⁵⁰

4.2.2 Legitimiteten

Avgivelse av eiendom må skje «in the public interest», mens kontrolltiltak må skje i «the general interest». Det er ikke ment at denne ordlydsforskjellen skal innebære noen realitetsforskjell. Hovedpoenget er at inngrep bare kan skje med bakgrunn i et legitimt formål.⁵¹

Hva som er et legitimt formål er vanskelig å gi noe klart svar på, men det er åpenbart at formål som strider mot øvrige bestemmelser i konvensjonen ikke oppfyller dette. James and others v. UK viser også at «public interest» ikke utelukker at formålet kan være en tvungen eiendomsoverføring fra en privat til en annen. Generelt viser konvensjonspraksis at domstolen har tilkjent statene en vid skjønnsmargin i forhold til formålet. Dette kom blant annet til uttrykk i Maurice v. France (2005) hvor domstolen uttaler at “because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment as to the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property. Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities, accordingly, enjoy a certain margin of appreciation.”.

4.2.3 Proporsjonaliteten

Legaliteten og legitimiteten av inngrepet blir sjeldent problematisert av EMD. Med tanke på den skjønnsmargin domstolen tilkjenner statene, og legalitetsprinsippets lange tradisjoner i Europa er dette naturlig. Den store overvekten av de saker som kommer opp for domstolen,

⁵⁰ Heintich v. France (1994)

⁵¹ Beyeler v. Italy (2000)

hvor brudd på P1-1 er påklaget, dreier seg om proporsjonaliteten av inngrepet. Undertiden benyttes begrepet «fair balance» og i andre tilfeller «proporsjonalitet», men det er ikke ment å være noen innholdsmessige forskjeller.⁵²

Proporsjonalitetsvurderingen av et inngrep er av domstolen omtalt som et spørsmål om det foreligger en «fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the individual's fundamental rights»⁵³. Inngrepet vil være disproportjonalt hvis klager bærer en «individual and excessive burden».⁵⁴

Som ved legalitets- og legitimitetstesten må proporsjonalitetsvurderingen foretas konkret for hver enkelt sak. Sentralt i dette står erstatningsspørsmålet. Ettersom eiendomsretten er en rettighet som er omsettelig i penger, vil dette nødvendigvis være viktig. Dette er likevel ikke det eneste momentet som er tillagt betydning av domstolen. Det er også vært akseptert at ekspropriasjon kan skje erstatningsfritt hvis de øvrige momenter veier tungt for at dette fravikes. Konvensjonspraksis fraviker på dette punktet den norske erstatningsregelen etter § 105, som ikke åpner for differensiering. Stig Solheim har på bakgrunn av dette omtalt kompensasjonsnormen etter P1-1 som relativ.⁵⁵

Siden erstatningsspørsmålet er det sentrale i oppgaven min, vil jeg i det følgende vie dette stor plass, men jeg vil, for å danne et helhetlig bilde, kort omtale de øvrige momentene.

4.2.4 Formål og virkning

Som vist i *Maurice v. France* har staten en vid skjønnsmargin i forhold til legitimiteten av inngrepet. Domstolen er derfor tilbakeholden med å prøve virkemidlet som er anvendt for å gjennomføre et ønsket tiltak. Dette innebærer likevel ikke at EMD er like tilbakeholdene med å prøve den konkrete virkningen tiltaket har for klager.

⁵² James and others v. UK (1986), avsnitt 50

⁵³ Hutten-Czapska v. Poland (2006)

⁵⁴ Evaldsson and Others v. Sweden (2007)

⁵⁵ Solheim, Stig. (2009) Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Tromsø: Universitetet i Trømsø. Side 81

Særlig i nyere konvensjonspraksis har domstolen vist en mer aktiv prøvingsintensitet.⁵⁶ Solheim uttrykker tvil om hvor stor vekt formålet med inngrepet skal ha, men at proporsjonalitetsterskelen likevel er relativ.⁵⁷

Nært beslektet med legaliteten av inngrepet, er prøvingen av inngrepets formål. Her viser konvensjonspraksis at dersom tunge samfunnsmessige hensyn taler for et inngrep, skal det mer til før domstolen finner det disproportjonalt. Praksis viser at dette særlig var tilfellet i saker hvor klager bodde i tidligere sovjetstater som undergikk en samfunnsomveltning. Spesielt tydelig er dette hvor formålet med inngrepet er å fremme demokratiske prosesser og demokrati generelt. Også i saker hvor begrunnelsen for inngrepet har vært å skape større rettferdighet, har domstolen vært mer tilbakeholden.⁵⁸ I *Hutten-Czapska v. Poland* (2006), ble også egnetheten av inngrepet vurdert opp mot statens målsetting, og tillagt en viss vekt.

Hvor hardt klager blir rammet av inngrepet er også relevant. For en total avståelse av eiendom, skal det f.eks. mer til for å rettferdiggjøre inngrepet, enn om det kun er et kontrolltiltak. Her holder det ikke å se hen til en generell terskel, hvor avståelsestilfellene bedømmes strengere enn inngrep som bedømmes etter prinsipp- eller kontrollregelen. Det er den faktiske virkningen som er avgjørende. Dette antydes blant annet i *Lallement v. France* (2002).

4.2.5 Fair balance-testen og erstatning

Det følger ikke noe uttrykkelig krav om erstatning av ordlyden i P1-1. Domstolen har likevel tillagt dette stor betydning i forståelsen av artikkelen.⁵⁹ Eiendomsretten er en av få vernede interesser i EMK som er omsettelig i penger. Dermed vil også en økonomisk erstatning av et inngrep – ekspropriasjon og kontroll- være av betydning i vurderingen av inngrepets proporsjonalitet.

Det er lang tradisjon i konvensjonspraksis for å tillegge økonomisk kompensasjon stor vekt i proporsjonalitetsvurderingen. I *James and others V. the UK* (1986) uttales dette i klartekst,

⁵⁶ *Hellborg v. Sweeden* (2006)

⁵⁷ Solheim, Stig. (2009) *Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon*. Tromsø: Universitetet i Trømsø. Side 67

⁵⁸ *Saffi v. Italy* (1999)

⁵⁹ *James and Others v the United Kingdom* (1986)

hvor domstolen skriver at «the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1).». Denne saken gjaldt som kjent en avgivelse av eiendom, men dette vil ha stor betydning også ved anvendelse av prinsipp- eller kontrollregelen. Sporrang and Lönnroth v. Sweeden (1982) viser dette, da EMD skriver at det ikke ville være snakk om et brudd hvis klagerne «had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of *claiming compensation*».

Det er også pekt på at P1-1 ikke ville hatt noen reell effekt dersom det ikke ble innfortolket et krav om erstatning.

Selv om momentet om erstatning synes å være det helt sentrale, er det ikke gitt hvor stor erstatningen skal være. Her er det flere forhold som kan spille inn. For det første må man skille mellom inngrep som faller inn under avgivelsesregelen, og inngrep som behandles etter prinsipp- og kontrollregelen. For det andre, vil de øvrige momentene tale for eller mot en full erstatning. For tilfeller med ekspropriasjon hevder Solheim at utgangspunktet må være full erstatning. Dette mener han må være tilfellet fordi i *Lithgow v. the UK* (1986) aksepterte domstolen en lavere erstatning enn full markedsverdi på grunn av andre tungtveiende grunner. Når utgangspunktet for domstolen var full erstatning, og drøftelsen var om man kunne akseptere unntak fra dette, illustrerer dette at domstolen mener at full erstatning må være den styrende normen. Med full erstatning menes naturligvis at hele det økonomiske tapet blir dekket. Jeg er enig med Solheim om dette.⁶⁰

For inngrep som vurderes etter prinsipp- og kontrolltilfellene vil det ikke foreligge noe utgangspunkt om full erstatning. Det er to grunner til dette. For det første er det vanskelig å vite hva som er full erstatning for et kontrollinngrep. Det kan i mange tilfeller være usikkert hvilken innvirkning inngrepet har for klager, og det økonomiske tapet manifesterer seg gjerne ikke før etter en viss tid. For det andre skal det mer til før et inngrep vurderes etter disse reglene er disproporsjonalt, fordi de gjerne er mindre inngripende enn en total utsløkking av borgerens eierskap. Dette innebærer at domstolen i større grad aksepterer lavere erstatninger, eller ingen erstatning i det hele tatt. Dette var til illustrasjon tilfellet i *Hellborg v. Sweden* (2006). Her var saken at klager hadde fått forhåndsgodkjent oppføring av en enebolig på egen grund. Han hadde også søkt om å få fradele denne parsellen. EMD mente at klager hadde en

⁶⁰ Solheim, Stig. (2009) Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Tromsø: Universitetet i Trømsø, side 85

berettiget forventning om å få bygge, men at dette ikke innebar noen garanti om å få oppføre bolig. Naboene kunne f.eks. fremme innsigelser, slik at byggingen likevel ikke kunne gjennomføres. Domstolen kom til at det ikke var disproportjonalt å nekte klageren byggetillatelsen. Derimot var det et brudd på kontrollregelen å ikke innvilge en byggetillatelse staten hadde et lovpålagt krav om å gi. Klager ble erkjent en erstatning på 25 000 EUR, noe som var en sum vesentlig mindre enn det klager hadde krevd.

5 Norsk ulovfestet rett I tråd med praksis etter EMD?

5.1 Forskjellen på rådighetsinnskrenkninger og ekspropriasjon etter EMK og Grunnloven § 105

5.1.1 De facto ekspropriasjon

Det skarpe skillet vi har mellom ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkninger, er på ingen måte like skarpt etter EMK. Betydningen av regelvalget, er som vist, tonet ned, og det er de reelle virkningene av inngrepet som er i fokus. Dette har medført at EMD opererer med en bredere forståelse av hva en ekspropriasjon er, enn norsk rett. Dette betyr at fokuset i større grad har vært på formål og virkning enn det formelle. I *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, var det f.eks. ikke opplagt at det var prinsippregelen som skulle komme til anvendelse. Det var et ekspropriasjonsvedtak, som fremstod som et kontrolltiltak, og således kunne begge reglene ha kommet til anvendelse.

De er to vilkår som må være oppfylt for at det skal være tale om en de facto ekspropriasjon. For det første må det foreligge et kontrollinngrep. Ved et ekspropriasjonsvedtak vil nødvendigvis ikke problemstillingen oppstå fordi da vil avståelsesregelen komme til anvendelse. For det andre må kontrollinngrepet være av en slik intensitet og størrelse at all meningsfull bruk av eiendommen er utslukket.⁶¹

Det foreligger her en klar forskjell fra norsk rett. Høyesterett har forsøkt å innføre en de facto ekspropriasjonsregel én gang, i *Lamyrasaken*, men slik som jeg har vist i fremstillingen min, ble prejudikatsverdien av denne dommen vesentlig redusert. Selv om det i *Arekilendommen* blir uttalt at saken har et meget snevert virkeområde, er nok realiteten den at den ikke har et virkeområde i det hele tatt. Det er bare i denne ene saken at spørsmålet har vært drøftet, selv om det kunne vært påberopt både i f.eks. *Hydalen* og *Barns fiskerett*. Dette vil nødvendigvis være et problem i forholdet mellom Høyesterett og EMD. Når Høyesterett ikke anerkjenner

⁶¹ *Papamichalopoulos v. Greece* (1993)

en regel om de facto ekspropriasjon, må spørsmålet om erstatning løses på bakgrunn av de momentene som jeg har fremhevet i del 1 av denne oppgaven. EMD vil på sin side løse det på bakgrunn av ekspropriasjonsrettslige betraktninger.

Det kan anføres at dette ikke er problematisk, all den tid P1-1 er taus om erstatning, også ved ekspropriasjon. De har jo også har gått så langt som å ikke tilkjenne erstatning ved en klar ekspropriasjon. Men når EMD har innfortolket et krav om erstatning som en vesentlig del av proporsjonalitetsvurderingen, og bare helt unntaksvis har fraveket dette, mister en slik anførsel all vekt. Problemet oppstår når man foretar en proporsjonalitetsvurdering. Etter norsk rett vil Høyesterett vurdere om den strenge terskelen for erstatning ved rådhetsinnskrenkninger er oppfylt. EMD vil på sin side forholde seg til en mye mindre streng terskel, fordi deres utgangspunkt for vurderingen er en ekspropriasjon, og ikke en rådhetsinnskrenkning.

5.1.2 Proporsjonalitetsvurderingen

Hvis vi går videre til proporsjonalitetsvurderingen, er det tydelig at muligheten for å bli tilkjent erstatning for rådhetsinnskrenkninger etter norsk rett er små. Høyesterett har lagt til grunn en streng erstatningsnorm, som i stor grad gir staten en vid inngrepsadgang. Den rettspraksis jeg har vist til, sementerer det syn at muligheten for erstatning er mer teoretisk enn reell. I Krokaldalsaken mistet saksøker 80-90 % av livsgrunnlaget sitt som følge av vernevedtaket og i Hydalen ble grunneiere som hadde foretatt store investeringer, sittende igjen med et stort økonomisk tap, og nær sagt verdiløse tomter. Likevel ble de ikke hørt med sitt krav. Slik rettstilstanden er i dag, må derfor grunneieren tåle meget tunge inngrep i sin rådighet over eiendommen.

EMDs praksis viser en mindre streng erstatningsadgang. Bare siden 2009 har domstolen kommet til at det foreligget et brudd på kontrollregelen i P1-1, i 146 av de 802 sakene hvor dette er påberopt. Dette i motsetning til etter norsk rett hvor erstatning for rådhetsinnskrenkninger bare har blitt tilkjent én gang.

Dette kan i en viss grad skyldes hvilken innfallsvinkel de to domstolene har på spørsmålet. EMD, som vist i *James and others v. United Kingdom* (1986), anser erstatningsspørsmålet

som en del av proporsjonalitetsvurderingen. Etter norsk rett brukes proporsjonalitetsvurderingen til å besvare spørsmålet om det skal utbetales erstatning. I utgangspunktet innebærer dette ingen vesensforskjell, da begge innfallsvinkler besvarer spørsmålet om det er disproportjonalt å ikke utbetale erstatning. Realiteten er derimot en annen. Rt 2004 s. 1985 (Barns Fiskerett) er illustrerende. Et viktig moment i avgjørelsen var at det forelå en «kan-regel». Hvis denne ble aktivert kunne fylkesmannen fatte et vedtak om unntak fra regelen på den aktuelle eiendommen. Dette var etter Høyesteretts syn likestilt med erstatningsregelen som EMD fant avgjørende i Banèr-saken.⁶² Problemet er jo bare det at «kan-regelen» ikke er noen regel om erstatning. Når erstatningsspørsmålet ikke er en del av selve proporsjonalitetsvurderingen, vil dette poenget falle bort. Et sentralt moment for EMD er om det er tilbudt erstatning eller ikke. Når dette ikke er en del av Høyesteretts uttalte vurdering, vitner dette om en utakt mellom de to domstolene.

Bare én gang har staten Norge blitt dømt for brudd på P1-1. Dette skjedde i Lindheimsaken,⁶³ hvor en endring i tomtfesteloven⁶⁴ ga festerne ensidig rett på fornyelse av festekontrakten på samme vilkår som tidligere jf. tomtfesteloven § 33. Bortfesterens eneste mulighet for revisjon av avtalen var gjennom justering av festeprisen etter konsumprisindeksen. I Høyesteretts tidligere behandling av saken⁶⁵ ble det ikke konstatert brudd på P1-1. De kom også til at spørsmålet måtte løses med hjemmel i Grunnloven § 97, og ikke etter en analogisk anvendelse av § 105. Dette er således et problem hvis man skal foreta en komparativ analyse av de to regelsettene. Dette kan likevel løses hvis man legger til grunn at presumpsjonsprinsippet har kommet til anvendelse.⁶⁶ Høyesterett vurderer den konkrete sak opp mot P1-1, og i tråd med presumpsjonsprinsippet, vil den proporsjonalitetsvurderingen de foretar etter denne, reflektere deres syn på en analogi av Grunnloven § 105. Det kan med andre ord legges til grunn at den vurderingen Høyesterett ville foretatt etter en analogi av § 105, ville vært lik den som er foretatt etter P1-1. Når Høyesterett kommer til at det ikke foreligger et brudd på P1-1, er det nærliggende å anta at de mener at det heller ikke ville vært et brudd på analogien fra Grunnloven § 105. EMD på sin side, kommenterer Høyesteretts

⁶² Omtalt I punkt 3.4.1

⁶³ Lindheim and Others v. Norway (2012)

⁶⁴ Lov 20. desember 1996 nr. 106

⁶⁵ Rt 2007 s. 1306

⁶⁶ Kierulf, Anine. (2011) Er internasjonale menneskerettigheter en relevant rettskilde ved grunnlovstolking? : Retfærd, 2011, særlig punkt 4.3

behandling av P1-1 i Lindheim and Others v. Norway, og i en forlengelse av dette, foretar en sammenligning.

I Lindheim and Others v. Norway (2012) berømmer EMD Høyesterett for at de trakk inn P1-1, men kunne ikke dele deres syn på proporsjonalitetsvurderingen. For det første kunne ikke EMD se at det var foretatt noen vurdering av om det forelå en «fair balance» etter § 33 mellom partenes interesser. Særlig reagerte de på hvor lavt tomtefesteavgiften var. I den konkrete sak var den 0.25 % av tomteverdien. De pekte også på en ubalanse mellom fester og bortfesteres økonomiske situasjon i forhold til et salg. Solgte festeren sin festerett og hus, ville salgsprisen gjenspeile tomteverdien, og tilfalle festeren. Bortfesteren ville måtte tåle en vesentlig verdireduksjon om han ønsket å avhende sin eiendom, da eiendommen ville være beheftet med en uoppsigelig festekontrakt. Dette var en ensidig begunstigelse av festeren. På bakgrunn av dette, kunne ikke EMD se at det forelå noen rimelig balanse etter § 33, og kom enstemmig til at det forelå et brudd på kontrollregelen i P1-1.

Avgjørelsen i Lindheim and Others v. Norway (2012) er klar og det var uttrykt liten tvil. Dette er nok en indikasjon på at det foreligger en viss ulikhet mellom EMDs tolkning av P1-1 og analogien etter Grunnloven § 105. EMD har gjennom praksis styrket eiendomsvernet og blitt mer og mer grunneiervennlig. Høyesterett har gått motsatt vei, og åpnet for at staten kan gjøre strenge inngrep erstatningsfritt. Et gjennomgående argument har vært at regelen ikke må være så streng at den forhindrer at staten kan gjennomføre ønskelige tiltak, og forby det som er skadelig.

5.2 Pragmatisk tilnærming

Ut i fra det jeg nå har skrevet, er det etter min mening, tydelig at Høyesterett og EMD operer med ulike terskler, hvor norsk rett er strengest. Dette innebærer at det potensielt vil kunne bli konstatert nye brudd på P1-1 hvis flere norske saker skulle bli klaget inn. Det er likevel grunn til å ha en pragmatisk tilnærming til dette rettsområdet. Kanskje er det også grunn til å være en smule tilbakeholden med å rette seg for mye etter EMD. De fleste norske sakene jeg har trukket frem, har omhandlet naturvern og områdevern. Dette er inngrep som er positive for

samfunnet, og som blant annet skal komme fremtidige generasjoner til gode. Grunnloven § 105 og P1-1 har det iboende problem i seg at de forsvarer det bestående. Problemet er at vi beveger oss inn i en tid hvor vi som samfunn må gjennomføre store omveltninger fordi måten vi lever på ikke er bærekraftig. Det blir vanskeligere og vanskeligere å stanse klimaforandringene, og det krever økt innsats fra statens side for å begrense skaden som allerede er skjedd. I denne sammenheng må man være forsiktig med å redusere statens mulighet til å gripe inn i skadelig og uønsket virksomhet, eller adgangen til å gjennomføre store forandringer. En erstatningsregel som er for lite restriktiv vil være kunne vanskeliggjøre dette arbeidet.

En mulig løsning på dette problemet er at Høyesterett i en viss grad tilpasser seg EMD når det kommer til individuelle inngrep, eller de som ikke utelukkende har et slikt formål som skissert ovenfor. I Barns fiskeretter foreligger det f.eks. ikke et inngrep av en slik art at det kan forsvares på bakgrunn av naturvern. Kanskje heller tvert imot. Den er derfor et eksempel på en sak hvor Høyesterett kunne vært mer grunneiervennlig. Derimot er Strandlovdommen, Hydalen, Rønåsmyra og Krokdal eksempler på det motsatte. Jeg tror at med en større nyansering av inngrepets formål, vil staten kunne gjennomføre ønskede tiltak, samtidig som EMD ikke konstaterer nye brudd. De respekterer, som kjent, i stor grad statens skjønnsmargin.

Litteraturliste

Bøker

- All, J. (2015) Rettsstat og menneskerettigheter. Bergen: Fagbokforlaget.
- Frede Castberg (1964) Norges statsforfatningsrett II 3. utg. Oslo
- Fleischer, C. A. (1999) Miljø og ressursforvaltning. Oslo: Universitetsforlaget.
- Aschoug, T. H (1883) Norges Nuværende Statsforfatning. Christiania: Mallin.
- Harris, D. & O'Boyle, M. & Bates, E. & Buckley, C. & Harvey, P. & Lafferty, M. & Cumber, P. & Arai, Y. & Green, H. (2014) Law of the European Convention on Human Rights. Oxford: Oxford University Press.
- Solheim, Stig. (2009) Eiendomsbegrepet i den Europeiske Menneskerettskonvensjon. Tromsø: Universitetet i Trømsø
- Gauksdottir, Gudrun. The right to Property and the European Convention on Human Rights, Lund 2004
- Andenæs, J. & Fiflet, A. (2017) Statsforfatningen i Norge. Oslo: Universitetsforlaget
- Falkanger, T. & Falkanger, A. T. (2000) Tingsrett. Oslo: Universitetsforlaget
- Odberg, P. (1969) Grunnlovens § 105 og rådighetsinnskrenkningene. Oslo: Den norske advokatforening
- Buskerud, Margarethe. (1995) Beskyttelse av eiendomsretten i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – med linjer til norsk rett. Oslo: Juristforbundets forlag

Artikler

- Andenæs, Johs. (1975) Grunnlov og ekpropriasjonserstatning: Lov og Rett, 1975
- Asland, Gunnar. (1977) Erstatningsspørsmålet ved fredning etter naturvernloven: Lov og Rett, 1977
- Skoghøy, J. E. A. (1995) Rådighetsinnskrenkninger og erstatning: Lov og rett, 1995
- Reusch, Marianne. (2012) Tilrettelegging for friluftsliv - mot grunneierens vilje: Tidsskrift for eiendomsrett, 2012
- Stavang, Endre. (2000) Bør vi bygge på alminnelige rettsgrunnsetninger? Et kritisk blikk på naturvernloven § 20b: Lov og Rett, 2000

Taraldrud, K. E. (2012) Forholdet mellom ekspropriasjon og erstatningsfri rådighetsbegrensning av fast eiendom.: Tidsskrift for eiendomsrett, 2012

TORSTEIN ECKHOFF OG INGEBORG WILBERG Grunnlov og ekspropriasjonerstatning Lov og Rett 1975

Solheim, S. H. (2006) Konesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon: Tidsskrift for eiendomsrett, 2006

Solheim, S. H. (2006) Angrep på den private eiendomsrett – en kommentar til Bjørn Stordrange: Lov og rett, 2006

Tjomsland, Steinar. (2006) Erstatning for rådighetsinnskrenkninger 36 år etter Strandlovdømmen. Noen strøtanker: Lov og rett, 2006/2006(07)

Fleischer, Carl August. (1981) Naturvern og erstatningsansvar–avgrensningen mellom erstatningsbetingede og erstatningsfrie restriksjoner: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1981

Myklebust, Ingunn Elise. Kva plikter har staten etter menneskerettane til å ta omsyn til privat eigedomsrett i samband med offenleg arealplanlegging. Undering og Erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 2013

Lovregister

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov om laks- og innlandsfisk 15. mai 1992 nr. 47.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 16. april 1999 nr. 30.

Plan og bygningslov 14. juni 1985 nr. 77.

Midlertidig strandplanlov 25. juni 1965 nr. 5. (OPPHEVET)

Lov om oreigning av fast eiendom 23. oktober 1959 nr. 3.

Lov 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern (OPPHEVET)

Lov om forvaltning av naturens mangfold 19. juni 2009 nr. 100.

Lovforarbeider

NOU 2004: 28

Dokument 16 (2011-2012)

Domsregister

Norsk rettsprakis

Rt 1918 s. 403 (Den store konsesjonssak)	Rt 1988 s. 890 (Jærstrendende)
Rt 1970 s. 67 (Strandlovdommen)	Rt 1993 s. 321 (Hydalen)
Rt 1973 s. 705 (Krokedal)	Rt 1997 s. 580
Rt 1977 s. 442 (Lamyrasaken)	Rt 2004 s. 1985 (Barns Fiskerett)
Rt 1980 s. 94 (Fiskumvannet)	Rt 2006 s. 1382
Rt 1982 s. 850 (Arekilen)	Rt 2007 s. 1306
Rt 1987 s. 311 (Rambjørdommen)	HR-2016-2554-P

Den Europeiske Menneskerettsdomstolens praksis

Wiggins v. The United Kingdom (1978)	Beyeler v. Italy (2000)
Marckx v. Belgia (1979)	Spacek s.r.o v. The Czech Republic (2002)
Sunday Times v. Storbritannia (1979)	Goodwin v. The UK (2002)
Sporrong and Lönnroth v. Sweeden (1982)	Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic (2002)
Van der Mussel v. Belgia (1983)	Broniowski v. Polen (2004)
Banèr v. Sweeden (1986)	Maurice v France (2005)
James and others v. UK (1986)	Hutten-Czapska v. Poland (2006)
Lithgow and others v. UK (1986)	Hellborg v. Sweeden (2006)
Håkansson and Sturesson v. Sweeden (1987)	Evaldsson and Others v. Sweeden (2007)
Inze v. Austria (1987)	Anhauser-Busch Inc v Portugal (2007)
Papamichalopoulos v. Greece (1993)	Carson and others v UK (2010)
Heinrich v. France (1994)	Consorts Richet et Le Ber v France (2010)
Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH v. Netherlands (1995)	Saghinadze and others v georgia (2010)
Saffi v. Italy (1999)	Lindheim and Others v Norway (2012)
Chassagnou and others v. France (1999)	

