

Ulovfestede rettsdannelser om ekstinktivt godtroerverv av rettigheter til fast eiendom

Forholdet til vernet av eiendomsretten etter EMK P1-1

Kandidatnummer: 119

Antall ord: 14984



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

INNHold

1	INNLEDNING	4
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	4
1.2	AVGRENSNING	5
1.3	METODE	5
2	VERNET AV EIENDOMSRETTE	6
2.1	INTRODUKSJON	6
2.2	EMK P1-1	8
2.2.1	<i>Eiendomsbegrepet</i>	8
2.2.2	<i>Inngrep</i>	10
2.2.3	<i>Regelvalg</i>	11
2.3	VILKÅR FOR INNGREP.....	12
2.3.1	<i>Hjemmel, formål og forholdsmessighet</i>	12
2.3.2	<i>Legitimt formål</i>	12
2.3.3	<i>Forholdsmessighet</i>	13
2.3.4	<i>Særlig om hjemmelskravet</i>	13
2.4	STATENES SKJØNNSMARGIN	15
2.5	SAMMENFATNING	16
3	EKSTINKSJON AV RETTIGHETER TIL FAST EIENDOM	16
3.1	EKSTINKTIVE ERVERV	16
3.2	KONFLIKTSITUASJON OG HOVEDREGLER.....	18
3.3	HENSYN.....	18
3.4	LOVFESTEDE EKSTINKSJONSREGLER	20
3.4.1	<i>Tinglysingslovens § 27</i>	20
3.4.2	<i>Hevdslovens § § 2 og 4</i>	21
3.4.3	<i>Forholdet til EMK</i>	22
4	ULOVFESTEDE EKSTINKSJONSREGLER	22
4.1	INTRODUKSJON	22
4.2	ULOVFESTET UMIDDELBAR EKSTINKSJON	25
4.2.1	<i>Introduksjon</i>	25
4.2.2	<i>Fjellhus-dommen</i>	25
4.3	ULOVFESTET EKSTINKSJON SOM FØLGE AV PASSIVITET	28
4.3.1	<i>Ulovfestet ekstinksjon basert på de lovfestede hevdsreglene</i>	28
4.3.2	<i>Sigdal-dommen</i>	29
4.3.3	<i>Ulovfestet ekstinksjon basert på ulovfestede passivitetsprinsipper</i>	32

4.3.4	<i>Fårøya-dommen</i>	34
4.3.5	<i>Pye-saken</i>	37
4.4	SAMMENFATTENDE VURDERING	39
4.4.1	<i>Tilfredsstill de ulovfestede rettsdannelsene kravene etter P1-1?</i>	39
5	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	44
	KILDEREGISTER	45

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er ulovfestede rettsdannelser om ekstinktivt godtroerverv av rettigheter til fast eiendom, og hvordan disse rettsdannelsene står seg mot konvensjonsforpliktelsene som fremgår av EMKs første tilleggsprotokoll art. 1 (P1-1).

Ekstinksjon¹ av rettigheter til fast eiendom innebærer at en godtroende erverver helt eller delvis utsletter en opprinnelig rettighetshavers rettigheter, uten at rettighetshaveren har samtykket i ervervet. Dersom det ikke foreligger et avtalegrunnlag for et slikt erverv, må den som påstår å ha ervervet rettigheten kunne påvise et annet rettslig grunnlag for at man skal tillate at den opprinnelige rettighetshaveren mister sin rett.²

I tinglysningsloven og hevdsloven finnes det lovfestede regler om ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom.³ På privatrettens område gjelder det imidlertid ikke noe legalitetsprinsipp, og det er dermed ikke krav om hjemmel i formell lov for ekstinksjon.⁴ Høyesterett har dermed anledning til å utvikle gjeldende rett, og danne nye, ulovfestede regler for ekstinksjon i saker som faller utenfor de lovfestede tilfellenes virkeområde, eller hvor vilkårene etter de lovfestede reglene ikke er oppfylt.

Til dette kommer imidlertid at staten gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 har gjort EMK og 1. tilleggsprotokoll til norsk lov.⁵ P1-1 verner om eiendomsretten og forplikter staten til å sikre at borgerne får nyte sin eiendom i fred. Forpliktelsen innebærer blant annet at staten må sørge for tilfredsstillende inngrepshjemler. Med dette bakgrunnsteppet blir hovedspørsmålet i denne oppgaven om de ulovfestede rettsdannelser om ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom som eksisterer i norsk rett i dag, tilfredsstiller hjemmelskravet som følger av EMK P1-1.

¹ Med ekstinksjon i denne oppgaven refereres det til ekstinktive godtroerverv dersom ikke annet er presisert.

² Nygaard (2004) s. 63

³ Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysning ("tinglysningsloven"), Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd ("hevdslova")

⁴ Marthinussen (2006) s. 3

⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett ("menneskerettsloven", "mrl."), Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK), Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (EMK 1. tilleggsprotokoll)

I den juridiske teorien har foreliggende rettspraksis om ulovfestet ekstinksjon vært gjenstand for gjentatt kritikk og diskusjon. Reglens forhold til P1-1 er likevel ikke omtalt i særlig grad, og det er dermed aktuelt å foreta en nærmere vurdering av dette.

Oppgaven vil først analysere EMK P1-1 og hvilke innholdsmessige krav som stilles til hjemmel for å tillate inngrep i eiendomsretten. Deretter vil de lovfestede ekstinksjonsreglene i norsk rett gjennomgås kort, før ulike ulovfestede rettsdannelser om ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom analyseres opp mot EMKs hjemmelskrav for å vurdere om reglene ivaretar eiendomsvernet.

1.2 Avgrensning

I rettspraksis og teori om ulovfestet ekstinksjon er det først og fremst spørsmål om ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom i hjemmelmannskonfliktene som har vært gjenstand for diskusjon. Oppgaven vil derfor kun ta for seg reglene om ekstinktivt godtroerverv i hjemmelmannskonfliktene for fast eiendom, og avgrenses for det første mot behandling av dobbeltsuksjesjonskonfliktene for fast eiendom, og generelt mot behandling av ekstinksjon av løsøre, pengekrav og immaterialrettigheter.

Som følge av at reglene om kreditorekstinksjon bygger på helt andre hensyn enn reglene om ekstinktive godtroerverv, vil disse falle naturlig utenfor oppgavens område og behandles følgelig ikke.

1.3 Metode

Oppgaven tar hovedsakelig for seg ulovfestede regler om bortfall av rettigheter til fast eiendom. En naturlig konsekvens av dette er at de mest tungtveiende rettskildefaktorene, lov og lovforarbeid, spiller en mindre utpreget rolle her enn ellers, utover å gi rene utgangspunkter og hovedregler.

Fraværet av lov og forarbeid som de primære rettskilder gjør at rettspraksis fra Høyesterett spiller den viktigste rollen i analysene. Doms materialet på området er imidlertid ikke omfattende, og det må derfor vises en viss varsomhet med å trekke for bastante slutninger fra dommene.

De hensynene som begrunner ekstinksjonsreglene, særlig hensynet til sikker omsetning og hensynet til å verne om etablerte tilstander, vil for øvrig også være av særlig stor betydning i analysene.

I tillegg til de særnorske rettskildene vil også internasjonal rett etter EMK være sentral i analysene, særlig bestemmelsen om eiendomsvernet i P1-1. Ordlyden og forarbeidene til P1-1 er vage, slik at rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) får stor betydning ved tolkningen av bestemmelsens innhold.⁶ Rettskildematerialet på dette området er svært omfattende. Som følge av oppgavens primære fokus på ekstinksjonsregler, og de tidsrammer en masteroppgave er bundet av, er kildegrunlaget derfor begrenset til et utvalg nordiske fremstillinger.

2 Vernet av eiendomsretten

2.1 Introduksjon

Tanken om beskyttelse av eiendomsrett vokste frem gjennom opplysningstiden og den industrielle revolusjon, som en motsats til at statene tradisjonelt hadde brukt tilrøving av eiendomsinteresser som et effektivt maktmiddel for å undertrykke borgerne.⁷ Den franske rettighetskonvensjonen av 1789 og den amerikanske ”Bill of Rights” fra 1791 var første ute med å statuere vern av eiendom.

I norsk rett har vernet av eiendomsretten vært grunnlovsfestet helt siden vedtakelsen av Grunnloven i 1814.⁸ Etter Grunnlovens § 105 skal det gis full erstatning ved avståelse av eiendom, noe som viser at vernet av eiendomsretten står sterkt. Det er likevel et etablert syn i dag at eiendomsvernet ikke er absolutt og ukrenkelig, men at vernets styrke beror på en avveining av hensynet til statens styringsbehov og hensynet til enkeltindividets beskyttelsesbehov.⁹

Da EMK ble gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven, fikk det norske eiendomsvernet et ytterligere vern. Vernet fremgår av P1-1 og har, sammen med de øvrige bestemmelser i

⁶ Solheim (2010) s. 135

⁷ Andenæs og Bjørge (2012) s. 45, Solheim (2010) s. 35-36

⁸ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (”Grunnloven”, ”Grl.”)

⁹ Aall (2015) s. 319

EMK, forrang ved motstrid med annen norsk rett.¹⁰ EMD tolket P 1-1 svært restriktivt i bestemmelsens første fase.¹¹ Utviklingen i rettspraksis fra 1980-årene til 2000-årene viser imidlertid at EMD legger til grunn en mindre formalistisk og restriktiv forståelse av vernet i dag, slik at man kan forstå vernet etter P1-1 som en forsterkning av det eiendomsvernet som allerede eksisterte gjennom Grl. § 105.¹²

For at statene skal overholde sine forpliktelser, fremgår det av EMK art. 1 at ”The High Contracting Parties shall secure” at borgernes rettigheter etter konvensjonen ivaretas.¹³ Det er sikker tolkning at det med ”The High Contracting Parties” henvises til statene. Ordlydens ”shall secure” markerer at staten har plikt til å treffe ethvert tiltak som er nødvendig for å sikre borgernes menneskerettigheter.¹⁴ I teorien blir sikreplikten gjerne omtalt som en dobbel gjennomføringsforpliktelse.¹⁵ Det viktigste er at konvensjonsrettighetene respekteres i praksis. Statene er derfor først og fremst negativt forpliktet til å unnlate å foreta handlinger som krenker rettighetene etter konvensjonen. I tillegg innebærer sikreplikten at staten har en positiv forpliktelse til å treffe konkrete tiltak for å beskytte borgerne mot krenkende handlinger.¹⁶ For å oppfylle den positive forpliktelsen må staten aktivt gripe inn for å beskytte borgerne mot krenkende handlinger, men de må også gjennomføre forebyggende tiltak på forhånd, blant annet ved å sørge for at den nasjonale lovgivningen tilfredsstiller konvensjonens krav.

Som følge av at statene har maktmonopol innad og eksklusiv kompetanse til å forplikte seg utad, er det staten, og ikke borgerne, som er det naturlige ansvarssubjektet etter EMK.¹⁷ Dette følger også direkte av konvensjonens artikkel 34, hvor det fremgår at EMD kun behandler klager fra personer og organisasjoner som mener å være utsatt for krenkelser fra ”the High Contracting Parties”. Det samme gjelder i utgangspunktet for eiendomsvernet etter P1-1, bestemmelsen griper ikke inn i privatrettslige rettsforhold.¹⁸ Dette innebærer at statene som

¹⁰ Se mrl. § 3

¹¹ Bjørge (2013), s. 109

¹² Bjørge (2013), s. 109

¹³ Se også Grl. § 92

¹⁴ Bertelsen (2011) s. 38

¹⁵ Aall (2015) s. 55

¹⁶ Aall (2015) s. 55, Bertelsen (2011) s. 40

¹⁷ Aall (2015) s. 54

¹⁸ Nørregaard (2004) s. 173-174

hovedregel ikke har noe ansvar for handlinger eller unnlater private måtte foreta seg i mellom når handlingene ikke er foretatt på statens vegne.¹⁹

Det er likevel ikke utelukket at statene kan stilles til ansvar for privates krenkende handlinger mot hverandre. I praksis fra EMD er det uttalt at selv om hovedansvaret etter EMK retter seg mot statens handlinger og unnlater, kan staten bli ansvarlig også i konflikter mellom private individer.²⁰ Statenes sikreplikt omfatter også å sette i verk tiltak for å hindre at private foretar krenkende handlinger overfor hverandre.²¹ For at en klage som har sitt utgangspunkt i en rent privatrettslig konflikt, slik en ekstinksjonskonflikt vil ha, skal kunne klages inn for EMD, må krenkelsen det klages over være ”et resultat af statens udøvelse af sine beføjelser”.²² Det kan for eksempel være ved at lovgivningen saken er avgjort etter, eller domstolens saksbehandling og/eller avgjørelse, ikke er i overensstemmelse med konvensjonen. Det er følgelig ikke den konkrete konflikten mellom de private partene som bringes inn for EMD, men heller statens løsningsmodell for den aktuelle konflikten.²³

Foreløpig er det ingen avgjørelser som er innklaget for EMD etter de norske ulovfestede ekstinksjonsreglene. Analysene av rettspraksis i det følgende vil imidlertid danne grunnlag for å ta stilling til om slike klager kunne vært aktuelt i de saker som er avgjort av Høyesterett.

Før det foretas konkrete analyser av de norske ulovfestede ekstinksjonsreglene, gis det en redegjørelse for bestemmelsen i EMK P1-1, herunder hva som nyter vern etter bestemmelsen og hvilke krav som stilles for å tillate inngrep i eiendomsretten. Særlig sentralt blir gjennomgangen av hjemmelskravet og de innholdsmessige kravene EMD har oppstilt for dette.

2.2 EMK P1-1

2.2.1 Eiendomsbegrepet

Av ordlyden i P1-1 fremgår det:

¹⁹ Nørregaard (2004) s. 196

²⁰ James and others v. the United Kingdom, avsn. 35-36, Gustafsson v. Sweden, avsn. 60

²¹ Aall (2015) s. 58

²² Nørregaard (2004) s. 232

²³ Nørregaard (2004) s. 260

Art 1. Protection of property

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.

Bestemmelsens første ledd viser at det er noens "possessions" ("besittelser") som er vernet. I andre ledd og i artikkeloverskriften er det "property" ("eiendom") som er vernet. Selv om ordlyden kan forstås som at bestemmelsen opererer med to ulike eiendomsbegreper, er det antatt at det er den videste formuleringen, "possessions", som er utgangspunktet for vernet.²⁴

Det følger imidlertid ikke klart av bestemmelsens ordlyd hva som skal anses som vernede "possessions". Eiendomsbegrepet skal tolkes autonomt, slik at det er EMDs tolkning av begrepet som legges til grunn, og ikke eventuelle nasjonale særforståelser av begrepet.²⁵ Ved avgjørelsen av om man står overfor vernet eiendom i EMKs forstand må det derfor foretas en konkret vurdering av det omtvistede objektet.²⁶ Solheim uttaler under henvisning til en rekke avgjørelser fra EMD at bestemmelsen i tillegg til å verne mer tradisjonelle eiendomsinteresser knyttet til fast eiendom, løsøre, pengefordringer og kontanter, også verner begrensede rettigheter som bruks- og leieretter til fast eiendom, fiskerettigheter, reindrifftsrett, patenter og goodwill.²⁷ Vernet av eiendomsretten etter P1-1 omfatter med andre ord mer enn det som man på norsk formelt og tradisjonelt legger i det å ha "ha eiendomsrett" til et formuesgode.²⁸ Det vil nok derfor være mer presist å tale om at vernet som fremgår av bestemmelsen gir et mer generelt vern av økonomiske posisjoner.²⁹

²⁴ Solheim (2010) s. 132

²⁵ Beyeler v. Italy, avsn. 100, Zwierzynski v. Poland, avsn.63

²⁶ Beyeler v. Italy, avsn. 100

²⁷ Solheim (2010) s. 135-136

²⁸ Uttalt i bla. Rt. 2006 s. 1382 A, avsn. 54, Rt. 2008 s. 1747 A, avsn. 41

²⁹ I det følgende vil den norske betegnelsen "eiendomsrett" benyttes som samlebetegnelse for de interesser som nyter vern av P1-1.

Det vide virkeområdet for hva som er ansett som verneverdige eiendomsinteresser av EMD, kan blant annet begrunnes i at konvensjonen skal ta hensyn til ulike tradisjoner for eiendomsrett i de forskjellige konvensjonsstatene. Som eksempel kan det nevnes at vernet etter P1-1 hadde hatt liten betydning i England om tolkningen av ”eiendom” var snever. Dette følger av at England fortsatt formelt sett bygger på det gamle føydalsystemet hvor det kun er den engelske kronen som eier land, mens borgerne kun har leieretter, eller ”besittelsesrett”, til deler av landet.³⁰ Til tross for det vide virkeområdet for bestemmelsen er det imidlertid en forutsetning for vern at det er snakk om en eksisterende rettighet. P1-1 hjemler ikke noen rett til å erverve eiendom.³¹

2.2.2 Inngrep

For at det skal være aktuelt å påberope seg P1-1, må det for det første kunne påvises at det har skjedd et inngrep i en vernet eiendomsinteresse.³² Det kan ikke leses direkte ut fra ordlyden at det må foreligge et inngrep for at P1-1 aktualiseres, men det må forstås som en grunnleggende forutsetning for at vernet skal utløses, at det foreligger en form for forstyrrelse av en aktuell interesse. Foreligger det ikke noe slikt forstyrrende element i noens utøvelse av sin rett, foreligger det heller ikke noe insentiv hos rettighetshaveren for å søke å verne om sin rett.³³

EMD har ikke gitt noen klare retningslinjer for hva som nærmere ligger i inngrepskriteriet. I saken *Maurice mot Frankrike* er forutsetningen om at det foreligger et inngrep, formulert som at det må foreligge en ”interference” (”innblanding”) i klagerens eiendom.³⁴ I flere andre saker er de økonomiske konsekvensene av en handling eller unnlattelse ansett som et sentralt moment i vurderingen av om det forelå et inngrep.³⁵ At det foreligger et inngrep der staten aktivt går inn og eksproprierer eiendom, er ikke tvilsomt. Det vil imidlertid også være snakk om et inngrep dersom noen får sine eiendomsinteresser krenket som følge av mangelfull eller uklar lovgivning på området. Ifølge Solheim må det imidlertid på generelt grunnlag kunne legges til grunn at terskelen for å anse noe som et inngrep i eiendomsretten, er lavere når det gjelder statens negative forpliktelser, enn når det er snakk om de positive forpliktelsene. Dette

³⁰ Marthinussen (2008) s. 181

³¹ Aall (2015) s. 321

³² NOU 2013:11, punkt 5.2.1.3, Solheim (2010) s. 60

³³ Solheim (2010) s. 60

³⁴ *Maurice v. France*, avsn. 78 flg.

³⁵ *Van der Musselle v. Belgia*, avsn. 48-49, *Kienast v. Austria* avsn. 50

begrunnes i at P1-1 primært tar sikte på å verne mot statlige overgrep, og at det som hovedregel forutsetter aktive inngrep fra staten for at det blir snakk om krenkelse av eiendom.³⁶ Selv om det skal mer til for å konstatere inngrep etter statens positive forpliktelse til å sikre borgernes eiendomsinteresser, er det imidlertid ikke utelukket at det skjer. Det vil derfor være viktig å analysere også disse situasjonene, og det er det som gjøres i det følgende.

2.2.3 Regelvalg

Etter at det er konstatert et inngrep i eiendomsretten, legger systematikken i P1-1 opp til at det foretas et regelvalg. Bestemmelsen inneholder tre ulike regler: prinsippregelen, avståelses- eller ekspropriasjonsregelen og kontrollregelen.³⁷ EMD har i *Sporrong og Lönnroth mot Sverige* presisert at prinsippregelen er generell og fastslår prinsippet om at man skal kunne nyte sin eiendom i fred, avståelsesregelen gjelder situasjonen der det skjer en fratakelse av eiendom, og setter vilkår for dette og kontrollregelen anerkjenner at staten har rett til å kontrollere at bruk av eiendom skjer i samsvar med samfunnets interesser.³⁸

Bakgrunnen for at P1-1 er delt inn i disse tre reglene, er at de ulike inngrepene i eiendomsretten fordrer ulik styrke av vern, og regelvalget bidrar dermed til en rettfærdig balanse mellom statens styringsbehov og borgernes behov for vern.³⁹ At det stilles strengere krav til begrunnelse for å godta fullstendig avståelse av eiendom enn ved mindre og midlertidige kontrolltiltak, fremstår som en naturlig og god regel.

Til tross for at bestemmelsen er tredelt, har EMD uttalt at reglene ikke skal tolkes isolert, men at de må tolkes i lys av hverandre.⁴⁰ Særlig avståelses- og kontrollregelen må tolkes opp mot den positive retten etter prinsippregelen. Når det kommer til regelvalget, er det gitt relativt klare retningslinjer i EMDs praksis. I *Sporrong og Lönnroth*-saken ble det uttalt at det først må tas stilling til om inngrepet er et avståelses- eller kontrollinngrep, og hvis det ikke var noen av disse, skulle inngrepet vurderes etter prinsippregelen.⁴¹ Samtidig har det vist seg utfordrende å skille mellom de ulike inngrepstypene, og det er vanskelig å finne noen klare argumentasjonsmønstre for EMDs valg av inngrepshjemmel.⁴² Ekstinksjonstilfeller innebærer

³⁶ Solheim (2010) s. 65

³⁷ *Kopecky v. Slovakia*, avsn. 35, Aall (2015) s. 318

³⁸ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, avsn. 61

³⁹ Solheim (2010) s. 71

⁴⁰ *James and others v. the United Kingdom*, avsn. 37

⁴¹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, avsn. 61

⁴² Solheim (2010) s. 66

ingen faktisk ekspropriasjon, men er samtidig ikke et midlertidig kontrolltiltak. Det er derfor ikke absolutt sikkert hvilken regel ekstinksjonstilfeller vil behandles etter i P1-1. I *Pye-saken*, som omtales nærmere under punkt 4.3.5, ble saken først behandlet etter avståelsesregelen i kammeravgjørelsen og deretter etter kontrollregelen i storkammeravgjørelsen.⁴³ *Pye-saken* er dermed et godt eksempel på at regelvalget i P1-1 ikke nødvendigvis er en enkel oppgave. Det må likevel kunne antas at ekstinksjon har en slik nær faktisk tilknytning til en permanent avståelse av eiendom at de fleste tilfeller vil kunne behandles etter avståelsesregelen.

2.3 Vilkår for inngrep

2.3.1 *Hjemmel, formål og forholdsmessighet*

Eiendomsvernet er ikke absolutt. For at det skal være aktuelt å tillate inngrep i en menneskerettighet, stilles det generelt i EMK tre vilkår: Inngrepet må ha tilstrekkelig klar hjemmel, det må tjene et legitimt formål og det må være forholdsmessig.⁴⁴ For P1-1 sin del, og for ekstinksjonsadgangen spesielt, fremgår disse vilkårene som den store hovedregel av bestemmelsens første ledd andre punkt, hvor det heter at inngrep kan skje ”in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”. EMD har imidlertid presisert at både lovs- og formålskravet gjelder for alle de tre inngrepsreglene i P1-1.⁴⁵

2.3.2 *Legitimt formål*

Inngrepet i eiendomsretten må skje ”in the public interest” for å være lovlig, jf. P1-1 første ledd andre setning. Ordlyden innebærer at området for hva som anses som legitime formål etter P1-1, er mer omfattende enn i øvrige konvensjonsbestemmelser, som krever at inngrepet er ”necessary in a democratic society”.⁴⁶ Helt fritt står man imidlertid ikke i vurderingen, og det sentrale vurderingstemaet er om inngrepet lar seg begrunne ut fra samfunnsmessige hensyn.⁴⁷ Statene er ved denne vurderingen gitt en vid skjønnsmargin, og i *Hutten-Czapska mot Polen* ble det uttalt at EMD vil respektere statenes vurderinger av formål såfremt vurderingen ikke er åpenbart grunnløs.⁴⁸

⁴³ J.A. Pye v. the United Kingdom (C), avsn. 62, J.A. Pye v. the United Kingdom (GC), avsn. 66

⁴⁴ Magnussen (2015), 2. bind, s. 693, Solheim (2010) s. 75

⁴⁵ Iatridis v. Greece, avsn. 58, Beyeler v. Italy, avsn. 111

⁴⁶ Sml. EMK art. 8-11

⁴⁷ Magnussen (2015), 2. bind, s. 694

⁴⁸ Hutten-Czapska v. Poland, avsn. 166

2.3.3 Forholdsmessighet

I de langt fleste saker etter EMK er det spørsmålet om inngrepet har vært forholdsmessig, som blir det avgjørende ved vurderingen av inngrepets lovlighet. Forholdsmessighetskravet varierer etter hvilken artikkel i EMK det gjøres inngrep etter, og er ikke ansett å være veldig strengt etter P1-1.⁴⁹ For P1-1 sin del fremgår ikke kravet direkte av ordlyden, men det er gitt sikre holdepunkter i EMDs praksis, særlig *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, om at forholdsmessighetskravet for inngrep er et iboende krav i hele konvensjonen, også i P1-1.⁵⁰ For at en forstyrrelse av noens eiendomsrett skal tillates, har EMD uttalt at det kreves forholdsmessighet, ”a fair balance”, mellom samfunnsinteressene som begrunner forstyrrelsen, og kravene til beskyttelse av borgerens eiendomsrettigheter.⁵¹ Inngrepets art, bakgrunn, viktighet og egnethet til å oppnå det ønskede tiltak, samt hvordan inngrepet rammer, vil være sentrale momenter i en vurdering av om balansen mellom inngrepet og eiendomsinteressen er rettfærdig.⁵²

2.3.4 Særlig om hjemmelskravet

For denne oppgavens vedkommende er det imidlertid kravet om at inngrep i eiendomsretten må ha tilstrekkelig hjemmel i nasjonal rett, jf. ordlydens ”by law”, som er det mest sentrale vilkåret. Det er sikker rett at ”law” etter P1-1 ikke innebærer et krav om hjemmel i formell lov, slik at også ulovfestede regler utviklet gjennom rettspraksis og sedvanerett kan danne grunnlag for inngrep i eiendomsretten.⁵³ En slik forståelse av ordlyden er nødvendig for at konvensjonen skal være praktisk anvendelig i land med ulike rettstradisjoner. Om det bare var formell lov som var omfattet, ville land som bygger sin rett på ”common law”-systemet fått store utfordringer med å overholde konvensjonsforpliktelsene.

På formuerettens område, hvor omfanget av ulovfestede regler tradisjonelt har vært stort, vil det først og fremst være de eksisterende rettsdannelsenes kvaliteter, og ikke hvorvidt disse er forankret i formell lov eller ulovfestede rettsdannelser, som kan være konvensjonsstridig.⁵⁴

⁴⁹ Solheim (2010) s. 82

⁵⁰ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, avsn. 69

⁵¹ Uttalt i bla. *Draon v. France*, avsn. 78

⁵² Magnussen (2015), 2. bind, s. 695

⁵³ Se bla. *Carbonara and Ventura v. Italy*, avsn. 64, Aall (2015) s. 119, Solheim (2010) s. 76

⁵⁴ Magnussen (2015), 2. bind, s. 701

EMD prøver imidlertid ikke konvensjonsmessigheten av enkelte rettsdannelser som sådan. Det er rettsdannelsens konsekvenser for noens eiendomsinteresser i den enkelte sak som prøves.⁵⁵

Hjemmelskravet forplikter staten på to måter: For det første må statens myndigheter opptre i samsvar med nasjonale regler, og for det andre må myndighetene sørge for at den nasjonale hjemmelen samsvarer med EMKs kvalitetskrav til inngrepshjemmel.⁵⁶

I saken *Carbonara og Ventura mot Italia* er det generelt uttalt at det første og viktigste kravet etter P1-1 er at ethvert inngrep av statens myndigheter i noens utøvelse av eiendomsrett ”should be lawful”.⁵⁷ Det innholdsmessige kravet til hjemmelen er presisert gjennom blant annet *Sunday Times mot Storbritannia*, hvor det i avsnitt 49 blir uttalt at hjemmelen må være ”adequately accessible” (tilgjengelig) og ”formulated with sufficient precision” (klar, forutberegnelig). Det blir uttalt at regelen bare vil være tilstrekkelig tilgjengelig om den gir borgeren en adekvat indikasjon på hva som er de gjeldende regler i en gitt situasjon. For å være klar nok må regelen gi borgeren grunnlag for å forstå konsekvensene av en gitt handling, slik at han kan regulere sin atferd etter regelens krav. Det kreves imidlertid ikke at regelen viser nøyaktig hvordan den vil ramme.⁵⁸

Til tross for at hjemmelen må være klar og tilgjengelig, har EMD uttalt at hjemmelskravet ikke er til hinder for at hjemmelen åpner for bruk av skjønn. Det kreves imidlertid at området for skjønnet er presisert, og at det er gitt retningslinjer for utøvelsen av skjønnet.⁵⁹ I saken *Zlinsat mot Bulgaria* ble det generelt uttalt at det ville stride med rettssikkerheten dersom skjønnsmarginen som en hjemmel tildeler myndighetene innen områder som berører en grunnleggende rettighet, er angitt som en ubegrenset makt. Skjønnsfriheten i bestemmelsen, og hvordan dette skal utøves i rettsanvendelsen, må derfor være så klart angitt at det sikrer borgeren mot vilkårlige inngrep.⁶⁰ Tilsvarende ble uttalt i *Gillow mot Storbritannia*, hvor skjønnet i den aktuelle bestemmelsen ble ansett som tilstrekkelig avgrenset. Det ble i denne

⁵⁵ Holy Monasteries v. Greece, avsn. 55

⁵⁶ Solheim (2010) s. 77

⁵⁷ Carbonara and Ventura v. Italy, avsn. 63.

⁵⁸ Sunday Times v. the United Kingdom, avsn. 49

⁵⁹ Solheim (2010) s. 78

⁶⁰ Zlinsat v. Bulgaria, avsn. 98

forbindelse vektlagt at bestemmelsen foreskrev en rekke relevante faktorer som måtte vektlegges ved vurderingen av tildeling av en lisens, og selv om noen av faktorene var skjønnsmessige, så var rammene for skjønnnet så klare at de ville hindre vilkårlig utøvelse av skjønnnet.⁶¹

Til dette kommer også at EMD har gitt uttrykk for at vurderingen av kvaliteten på hjemmelsgrunnlaget for inngrep ikke bør behandles isolert, men at kvaliteten på hjemmelen også vil være av stor betydning ved forholdsmessighetsvurderingen av inngrepet som sådan.⁶²

2.4 Statenes skjønnsmargin

P1-1 er hovedsakelig en bestemmelse som gir borgerne vern mot statlig ekspropriasjon av deres eiendom. Dette fremgår særlig av bestemmelsens andre ledd. Når det gjelder ekstinksjon er det, som nevnt over, antagelig første ledd andre punktum som er av størst relevans. Rent privatrettslige tvister faller i utgangspunktet utenfor kjerneområdet for EMK. EMD har imidlertid åpnet for at private konflikter hvor det påberopes krenkelse på bakgrunn av mangelfull nasjonal lovgivning, og ikke som følge av statlig utøvelse av lovgivningen, kan utgjøre et inngrep i P1-1s forstand.⁶³ Dette innebærer at statene må sørge for at også sivilrettslige rettsdannelser om forholdet mellom private som kan gripe inn i eiendomsretten, må tilfredsstille de innholdsmessige kvalitetskrav EMK setter.

EMD har i sin praksis utviklet et prinsipp om at statene alltid er gitt en viss ”margin of appreciation” (skjønnsmargin) ved utformingen av nasjonale regler i henhold til EMKs krav.⁶⁴ Dette innebærer at EMD i større eller mindre grad, avhengig av blant annet det aktuelle inngrepets art og styrke, vil tillegge statenes egne oppfatninger av konvensjonsmessigheten av de enkelte tiltak vekt.⁶⁵ En vid skjønnsmargin innebærer at EMD i liten grad vil kontrollere statenes gjennomføring av konvensjonsforpliktelsene.⁶⁶ Mens skjønnsmarginen er snever ved inngrep i sivile rettigheter som retten til liv og ytringsfriheten, er det uttalt i blant annet *James og andre mot Storbritannia* at statene er tillagt en vid skjønnsmargin ”in implementing social

⁶¹ Gillow v. the United Kingdom, avsn. 51

⁶² Bertelsen (2011) s. 394

⁶³ James and others v. the United Kingdom, avsn. 35-36, Berg og Harborg (2003) s. 318

⁶⁴ Handyside v. the United Kingdom, avsn. 48-49

⁶⁵ Aall (2015) s. 159

⁶⁶ Broch (2005) s. 263

and economic policies ”.⁶⁷ Den vide skjønnsmarginen ved tolkningen og gjennomføringen av økonomiske rettigheter, er sannsynligvis begrunnet i at det samfunnsmessige behovet for at staten for eksempel eksproprierer eiendom er stort, og at inngrep i de fleste tilfeller vil være både nødvendig og godt begrunnet. Dette gjelder imidlertid bare direkte for de negative forpliktelsene til staten, og ikke de positive. Det må likevel kunne antas at den vide skjønnsmarginen også for de positive forpliktelsene er begrunnet i at eiendomsinngrepene generelt sett er mindre inngripende enn de inngrep som går på den personlige integritet. Det må imidlertid bemerkes at EMD i alle tilfeller har forbeholdt seg retten til å gi ”the final ruling” i enhver klagesak.⁶⁸ Utgangspunktet om statenes vide skjønnsmargin blir sentral i den videre vurderingen av om de ulovfestede ekstinksjonsreglene tilfredsstiller hjemmelskravet etter EMK.

2.5 Sammenfatning

Redegjørelsen i punktene 2.1 til 2.4 viser hvilke krav som stilles kvalitativt til innholdet i en hjemmel som danner utgangspunkt for inngrep i den private eiendomsretten. Kravet etter P1-1 kan oppsummeres med at hjemmelen må være klar, tilgjengelig og forutsigbar, slik at borgerne kan finne frem til, forstå og innrette seg etter det som er gjeldende rett. Statens myndigheter er imidlertid gitt en vid skjønnsmargin ved utformingen av reglene, og det er ikke i seg selv problematisk at hjemmelen har skjønnspregede elementer, såfremt disse har visse klare rammer som hindrer vilkårlighet fra myndighetenes side.

3 Ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom

3.1 Ekstinktive erverv

De rettighetene som nyter vern etter P1-1, kan oppnås på en rekke ulike måter. I det følgende er det rettigheter til fast eiendom som undersøkes nærmere. Rettigheter til fast eiendom kan, som den store hovedregel, oppnås på tre forskjellige måter. Det er vanlig å skille mellom originære (opprinnelige), derivative (avledede) og ekstinktive (utslettende) erverv.⁶⁹ Originære erverv omfatter primært erverv av eiendomsrett gjennom okkupasjon og er en lite praktisk ervervsform i dag. Derivative erverv kjennetegnes ved at det har skjedd en

⁶⁷ James and others v. the United Kingdom, avsn. 46

⁶⁸ Sunday Times v. the United Kingdom avsn. 59

⁶⁹ Falkanger og Falkanger (2016) s. 57

eiendomsoverføring fra én eier til en ny eier, og utgjør normalsituasjonen for overføring av rettigheter.⁷⁰ Grunnlaget for slikt erverv er som hovedregel avtale, som ved kjøps- og gavedisposisjoner, men også arvedisposisjoner er eksempel på denne typen erverv. I det følgende vil originære og derivative erverv ikke analyseres nærmere.

Ekstinktive erverv innebærer at en erverver utsletter en annens rett, og gjennom ervervet får bedre eller større rett enn det avhenderen hadde adgang til å overføre. I tingsrettslig sammenheng det oftest utsletting av en tredjemanns rett det siktes til.⁷¹

Når det tales om ekstinktive erverv, skiller det hovedsakelig mellom to undergrupper: Ekstinktive godtroerverv og kreditorekstinksjon. Kreditorekstinksjon innebærer at en utleggstaker eller et konkursbo utsletter en tredjepersons rett til et formuesgode ved at de tar beslag i formuesgoder som skyldner ikke lenger eier, men hvor suksessor ikke har sikret seg rettsvern for sitt erverv.⁷² Kreditorekstinksjon fordrer ikke god tro hos kreditor og er bare aktuelt i dobbeltsuksjonskonflikter. Disse tilfellene faller som nevnt utenfor denne oppgaven.

Ekstinktive godtroerverv gir på nærmere angitte vilkår en avtaleerverver eiendomsrett til et formuesgode, til tross for at avhenderen aldri hadde rett til å selge eller ellers råde over tingen, eller fordi tingen allerede var solgt til en annen.

I tillegg til godtroervervene og kreditorekstinksjon er også hevdserverv en form for ekstinktvt godtroerverv.⁷³ I likhet med de tradisjonelle ekstinktive godtroervervene innebærer hevdserverv at en annens rett begrenses eller utslettes, og at det kreves at hevderen er i god tro i hele hevdstiden. Ekstinksjon ved hevd skjer imidlertid som en passivitetsvirkning og ikke umiddelbart slik som godtroervervene gjør.

I det følgende er det de ekstinktive godtroervervsreglene og reglene om ekstinktvt hevdserverv som er gjenstand for analyse. I forlengelsen av behandlingen av hevdsreglene vil også ulovfestede passivitetsregler om bortfall av rettigheter vurderes opp mot P1-1.

⁷⁰ Falkanger og Falkanger (2016) s. 58

⁷¹ Falkanger og Falkanger (2016) s. 60

⁷² Se lov 8. juni 1984 nr. 58 om fordringshavernes dekningsrett ("dekningsloven") § 2-2

⁷³ Falkanger og Falkanger (2016) s. 61

3.2 Konfliktsituasjon og hovedregler

Utgangspunktet for den videre analysen tas i konfliktsituasjonene H – (A) – B. De ulovfestede ekstinksjonsreglene som bygger på hensynene i tinglysingsloven, vil ta utgangspunkt i en trepartskonflikt, hvor en erverver B etter gyldig avtale med avhender A har ervervet eiendomsrett til en fast eiendom. Problemet oppstår som følge av at A aldri var rette eier av eiendommen og dermed ikke hadde noen rett til å disponere over den, ettersom denne opprinnelig tilhørte hjemmelsmannen H. Det oppstår dermed konflikt mellom H og B som begge hevder å ha eiendomsrett til formuesgodet. For hevdservervene er det ikke alltid snakk om et trepartsforhold, og konflikten kan dermed bestå bare mellom H og B, uten at det har vært involvert en tredjeperson A. I disse tilfellene er det B som aktivt har sittet med et formuesgode i lang tid, som påberoper seg eiendomsrett til tingen som en passiv H opprinnelig har eiendomsrett til.

Det klare og ubestridte utgangspunktet i tilfeller med kolliderende rettigheter er at den retten som ble stiftet først, vinner rett.⁷⁴ I hjemmelmannskonfliktene uttrykkes dette mer presist som at ingen kan overføre bedre rett enn han selv har. Hovedregelen er følgelig at rette eier ikke uten videre mister sin rett som følge av at en uberettiget person har solgt hans eiendeler til en annen, eller ved at han har vært passiv. Dersom den opprinnelige eieren har lånt bort hytten sin til en venn for sommerferien, har ikke vennen, uten uttrykkelig avtale om dette, rett til å selge denne hytten videre til sin søster. For hevdstilfellene er den klare hovedregelen at tinglige rettigheter ikke går tapt utelukkende som følge av passivitet. At en person ikke har brukt hytten sin på mange år, vil ikke i seg selv medføre at retten til hytten tilkommer noen andre.

Spørsmålet blir da hva som skal til for at en senere erverver unntaksvis skal vinne rett til formuesgodet på bekostning av den opprinnelige eiers rett. Det er når disse unntakssituasjonene aktualiseres, at man taler om ekstinksjon av den opprinnelige eiers rett.

3.3 Hensyn

Det kan ved første øyekast fremstå som urimelig og unaturlig at det norske rettssystemet har regler som tillater at en godtroende erverver skal kunne utslette opprinnelige eiers rettigheter i

⁷⁴ Uttrykt i bla. gjeldsbrevloven § 25, Lilleholt (2018) s. 26, Lilleholt (1999) s. 15, Brækhus (1998) s. 26.

et formuesgode, uten at eieren vet om ervervet. Tap eller innskrenkning av eiendomsrett til formuesgoder er dramatisk for den det gjelder, og for tilfeller der avståelsen ikke gjøres for å tjene offentlige formål eller samfunnets interesser, slik som ved for eksempel ekspropriasjon, kan avståelsen fremstå både urimelig og uholdbar.

Hjemmelmannskonfliktene aktualiserer imidlertid tungtveiende interesser på begge sider. Det er en grunnleggende målsetting for omsetningslivet at en avtaleerverver skal kunne stole på og innrette seg etter rettsforholdene slik de kommer til uttrykk utad, og kunne gjennomføre avtaleervert uten å risikere tap. Hensynet til sikker omsetning taler følgelig sterkt for en adgang til ekstinksjon. På den motstående siden er imidlertid hjemmelsmannens interesse i status quo og forutberegnelighet sterke argumenter for å la den opprinnelige rettighetshaver beholde sin rett.

Tilsvarende begrunnelse foreligger for ekstinksjonsadgangen etter hevdsreglene.

Hevdsreglene skal verne om den som i lang tid har benyttet et formuesgode i god tro om at han var berettiget til det, uten at dette var tilfellet. Jo lenger tid som har gått, og jo mer innsats og investering som er nedlagt i den utøvede bruk, jo større grunn er det til å beskytte ham.⁷⁵ I hevdstilfellene er det dessuten ofte slik at den opprinnelige eieren enten ikke vet om sin rett, eller så har han ikke forsøkt å benytte seg av sin rett over svært lang tid. Når en slik passivitet sammenholdes med den aktive og langvarige bruken til hevderen, er innrettelseshensynet for hevderen ofte det mest verneverdige.

Eiendomsvernet i norsk rett er som tidligere nevnt sterkt, og det må derfor kreves gode grunner for at man skal tillate at noen blir fratatt sin rett. Som det vil vises av gjennomgangen i punkt 3.4 straks nedenfor, stiller de lovfestede ekstinksjonsreglene i tinglysningsloven og hevdsloven strenge krav for at den opprinnelige eieren mister sin rett. I tillegg har vi godt etablerte ulovfestede regler om alders tids bruk som også danner grunnlag for bortfall av rettigheter. Disse reglene er alminnelig anerkjent og har lange tradisjoner som del av rettssystemet, og det er ikke tvilsomt at ekstinksjon etter disse reglene oppfyller EMKs krav.

⁷⁵ Falkanger og Falkanger (2016) s. 348

3.4 Lovfestede ekstinksjonsregler

3.4.1 Tinglysingslovens § 27

For å forstå de ulovfestede ekstinksjonsreglene er det hensiktsmessig med et sideblikk til de lovfestede ekstinksjonsreglene i norsk rett.⁷⁶ For at de ulovfestede reglene skal ivareta kravene til forutsigbarhet og ivareta den demokratiske legitimitet gjennom lovgiverviljen, må reglene som den store hovedregel basere seg på lovfestede ekstinksjonsregler.⁷⁷

For ekstinktive godtroerverv av fast eiendom fremgår disse reglene først og fremst av tinglysingsloven. Tinglysingsloven inneholder de lovfestede hovedreglene om i hvilke tilfeller en avtaleerhverver kan ekstingvere den opprinnelige eiers rettigheter i fast eiendom. For hjemmelmannskonfliktene er dette hjemlet i § 27, som gir uttrykk for prinsippet om grunnbokens positive troverdighet.⁷⁸ I § 27 første ledd heter det at innsigelse om at grunnbokshjemmelen er ugyldig, ikke kan gjøres gjeldende overfor ”den som har tinglyst en rett han har ervervet ved avtale med innehaveren av grunnbokshjemmelen, og som var i god tro da dokumentet ble registrert”.

Bestemmelsens første ledd setter fire vilkår for at den opprinnelige eieren må avstå fra sin rett til fordel for en senere erverver. En første forutsetning er at avhenderen må ha inngått en gyldig avtale med erververen om ervervet. Videre må avhender ha vært legitimert som eier ved at han er oppført som hjemmelshaver i grunnboken, og erverver må ha tinglyst sitt erverv mens han var i aktsom god tro om at avhenderen var rette eier av eiendommen. Hvis dette er tilfellet, kan den opprinnelige eieren ikke lenger gjøre gjeldende at avhenderens hjemmel bygde på et ugyldig dokument.

I forarbeidene til tingl. § 27 er det uttalt at regelen tar hensyn til at når det oppstår kollisjon mellom konkurrerende rettsstiftelser, bør regelen være at ”den rettighet står tilbake hvis innehaver gjennomgående må antas å ha lettest for å opdage feilen og få den rettet. Viser han ikke rimelig aktsomhet i denne retning, må han selv bære tapet.”⁷⁹ Uttalelsen viser at ekstinksjonsregelen ivaretar hensynet til både den opprinnelige eier og erververen. Dersom

⁷⁶ Som følge av oppgavens fokus på de ulovfestede reglene, gir fremstillingen her kun en kort og overfladisk oversikt over de lovfestede reglene. Se Lilleholt (2018) s. 216 flg. og Falkanger og Falkanger (2016) s. 675 flg. for grundige redegjørelser.

⁷⁷ Marthinussen (2016) s. 124

⁷⁸ Falkanger og Falkanger (2016) s. 675

⁷⁹ Ot.prp. nr. 9 (1935-1936), s. 42

hjemmelsmannen har opptrådt med rimelig aktsomhet, men likevel ikke kunne kontrollert hjemmelen og hindret at den ble videreført, er det heller ingenting som tilsier at han burde tape sin rett. Tilsvarende gjelder for erverver: Dersom han ikke gjorde tilstrekkelige undersøkelser for å oppdage at avhender ikke var rette eier, så har han ikke utvist rimelig aktsomhet vedrørende ervervet, og han har ingen verneverdig interesse.

Forarbeidsuttalelsen er også bakgrunnen for unntakene som fremgår av bestemmelsens annet ledd. Her fremgår det at første ledd ikke gjelder når grunnbokshjemmelen skyldes et falsk eller forfalsket dokument, eller er kommet i stand som følge av mindreårighet eller tvang.⁸⁰ I disse situasjonene kunne ikke den opprinnelige eier gjort noe annerledes for å ha kontrollert sin hjemmel, og det ville derfor være urimelig om han ikke skulle kunne gjøre ugyldighetsinnsigelsen gjeldende. I disse situasjonene vil omsetningshensynet måtte vike, uavhengig av om erververen var i aldri så god tro om avhenderens eierposisjon.

3.4.2 Hevdslovens § § 2 og 4

I tillegg til ekstinksjonsreglene i tingl. § 27 gir også reglene i hevdsloven en form for ekstinksjonshjemmel.⁸¹ Det fremgår av § 2 sammenholdt med § 4, at den som har en ting ”som sin egen 20 år i sammenheng”, og som ikke ”veit at han ikkje eig tingen”, hevder eiendomsrett. Reglene innebærer følgelig at eiendomsrett kan gå tapt som følge av langvarig passivitet hos opprinnelig eier kombinert med besittelse og god tro hos en annen. I forarbeidene til loven er det uttalt at formålet med reglene er å ”skapa visse og støleik i eigedomshøva”.⁸² Med andre ord er det grunnleggende formålet med hevdsreglene å verne om etablerte forhold, nærmere bestemt hos den som har innrettet seg med en tilstand over lang tid.⁸³

Passivitet alene vil som hovedregel ikke være tilstrekkelig grunnlag for bortfall av eiendomsrett. Argumentasjonen som hevdslovgivningen bygger på, er imidlertid tanken om at den som taper sin rett som følge av passivitet, som oftest bare har seg selv å takke.⁸⁴ Han har holdt seg passiv og ikke fremmet sin rett for å hindre hevdservret. Ofte er denne

⁸⁰ Tingl. § 27 andre ledd

⁸¹ Også gjennomgangen av de lovfestede hevdsreglene vil være rent overfladisk som følge av oppgavens fokus på ulovfestet rett. Se Falkanger og Falkanger (2016) s. 345 flg. for grundig gjennomgang av reglene.

⁸² NUT 1961:1 Rådsegn 6, s. 16

⁸³ Berg (2005) s. 30

⁸⁴ Berg (2005) s. 30

passiviteten en følge av at rettighetshaver ikke ønsker å ta den konflikten en innblanding vil kunne medføre, andre ganger av at han ikke vet om sin rett. Overfor hevderen som er i god tro om at han benytter seg av noe som han er rettmessig eier av, og som gjerne har hatt store utgifter til nødvendig stell, utbedringer og oppgraderinger av eiendommen, fremstår det oftest som en god regel at det er denne hevderen som har den mest verneverdige interessen av de to involverte parter.

3.4.3 Forholdet til EMK

Som en bakgrunn for den videre analysen kan det allerede her foretas en rask vurdering av ekstinksjonsreglene i henholdsvis tingl. § 27 og hevdsl. § § 2 og 4 og disse reglenes forhold til hjemmelskravet i P1-1.

Paragraf 27 gir klare regler som det er lett for borgerne å forholde seg til. Vilkårene kan vanskelig misforstås, og unntakene i andre ledd bidrar ytterligere til å sette rammene for ekstinksjonsadgangen. Vilkåret om god tro er skjønnsmessig, men vurderingen her må kunne sies å være klargjort i rettspraksis og teori, slik at rammene for skjønnnet er klare. At ekstinksjonshjemmelen i § 27 må anses som tilfredsstillende i henhold til P1-1, er ikke tvilsomt, og har heller ikke vært gjenstand for diskusjon.

Også reglene i hevdsloven er klare og forutsigbare, med lange og godt etablerte røtter i norsk rettstradisjon. Reglene har tydelige, kumulative vilkår som hindrer vilkårlige avgjørelser fra domstolene, og de må som et klart utgangspunkt antas å være tilfredsstillende i henhold til P1-1. Til dette kommer imidlertid uttalelsene i *Pye-saken*, som omtales under i punkt 4.3.5.

4 Ulovfestede ekstinksjonsregler

4.1 Introduksjon

Reglene i tingl. § 27 sikrer at ekstinksjon av fast eiendom kun skjer der omsetningsinteressen hos avtaleerverver veier tyngre enn hensynet til forutberegnelighet hos den opprinnelige eier. Hevdsreglene i § § 2 og 4 sikrer på sin side at ekstinktvt hevdserverv kun skjer der den langvarige innrettelsen hos hevderen får mer vekt enn den opprinnelige eiers rett. Bestemmelsenes vilkår for bortfall av eiendomsrett er strenge og kumulative, og innebærer

derfor at en rekke tilfeller vil falle utenfor bestemmelsenes ordlyd som følge av for eksempel manglende rettslig legitimasjon hos avhender, eller der hevdstiden enda ikke er ute.

I godtroervervloven, som gjelder ekstinksjon av løsøre, er det i § 4 nr. 3 inntatt en særregel som åpner for at ekstinksjon kan skje også i tilfeller som faller utenfor loven der ”ellers gjeldende regler om godtroerverv” tillater dette.⁸⁵ I forarbeidene til loven er det uttrykkelig sagt at dette omfatter rettsregler som blant annet har sitt grunnlag i rettspraksis.⁸⁶ Det finnes ingen parallell til denne regelen hverken i tinglysingsloven eller hevdsloven. Denne tausheten i lovene, sammenholdt med at ekstinksjon for fast eiendom er grundig regulert i tinglysingsloven, kan i utgangspunktet tyde på at lovgiver bevisst har unnlatt å åpne for ekstinksjon utover de lovregulerte tilfellene, og at ulovfestet ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom ikke bør være mulig. En slik tolkning av loven vil i utgangspunktet samsvare godt både med hensynet til å ha klare og enkle regler, og hensynet til lovgiverviljen, men også med det sterke eiendomsvernet og kravene P1-1 stiller til klarhet og forutsigbarhet for inngrepshjemler. På den annen side, som følge av at ekstinksjon bygger på en interesseavveining mellom private parter, og det derfor ikke gjelder noe legalitetsprinsipp på dette området, kan imidlertid ikke tausheten i tinglysingsloven og hevdsloven i seg selv utelukke ulovfestede rettsdannelse om ekstinksjon.⁸⁷

Høyesterett har i flere tilfeller behandlet spørsmålet om å supplere tinglysingsloven og hevdsloven med ulovfestede regler, og det gis klare holdepunkter i rettspraksis som åpner for ekstinksjon.⁸⁸ Også hensynene som begrunner reglene, taler i retning av en adgang til ekstinksjon utenfor de lovfestede tilfellene, av den grunn at det ikke kan forventes at lovgiver kan regulere alle tenkelige ekstinksjonstilfeller.⁸⁹ En slik begrunnelse harmonerer for øvrig også godt med at det norske rettssystemet ikke bygger på en uttømmende sivillovbok som søker å gi en fullstendig lovregulering av formueretten, slik at det i stor grad åpnes for analogisering i tilfeller hvor de samme hensyn gjør seg gjeldende som i de lovfestede tilfellene.⁹⁰ For ekstinksjonstilfellene som faller utenfor de lovregulerte tilfellene, er det ikke tvilsomt at hensynene som gjør seg gjeldende, likevel ofte vil være de samme. For en

⁸⁵ Lov 2. juni 1978 nr.37 om godtroerverv av løsøre (”godtroervervloven”)

⁸⁶ Ot.prp. nr. 56 (1976-1977) s. 47

⁸⁷ Lilleholt (2018) s. 249

⁸⁸ Lilleholt (2018) s. 250

⁸⁹ Marthinussen (2016) s. 122

⁹⁰ Lilleholt (2018) s. 249

godtroende B som handler med en sterkt faktisk legitimert A, står omsetningshensynet sterkt, selv om A ikke var rettslig legitimert. For hevdstilfellene er innrettelseshensynet ofte like sterkt når hevderen har hatt lagt mye tid og investeringer i eiendommen, selv om hele hevdstiden enda ikke er utløpt.

Skillet mellom de tilfeller der lovgiver har vurdert ekstinksjonsadgangen, og de tilfeller som er oversett eller av andre grunner ikke er lovregulert, er imidlertid av stor betydning. Det bør vises særlig varsomhet og kreves gode begrunnelser om man skal godta ekstinksjon uten hjemmel i lov i de tilfellene lovgiver har vurdert, mens adgangen må antas å være noe videre i de øvrige tilfeller.⁹¹ Faller tilfellet utenfor et allerede regulert område, må det som utgangspunkt legges til grunn at lovgiver har ment at tilfellet ikke skal omfattes, mens der lovgiver ikke har hatt noen uttalelser, er det heller ingenting som tilsier at lovgiver har ment at det ikke skal være adgang til ekstinksjon.

Til tross for at ekstinksjonsreglene faller utenfor legalitetsprinsippets område, står man likevel ikke helt fritt i rettsanvendelsen. Ekstinksjon medfører at en rettighetshaver mister sin rett helt eller delvis uten at han selv ønsker dette. For at slik avståelse skal kunne legitimeres, må det være tilstrekkelige sterke hensyn som taler for ekstinksjon, og det bør kreves at reglene er forutsigbare og klare.⁹² Dersom reglene blir for vage eller skjønnsmessige aktualiseres også de begrensningene P1-1 setter for konvensjonsstatens adgang til å ha regler om tap av eiendomsrett.

I det følgende analyseres ulike ulovfestede ekstinksjonsregler slik de har kommet til uttrykk i Høyesteretts praksis. De tilfellene hvor Høyesterett har åpnet for ulovfestet ekstinksjon, kan grovt sett deles inn i to typetilfeller: Ulovfestet umiddelbar ekstinksjon som bygger på hensynene i tingl. § 27, og ulovfestet ekstinksjon som følge av passivitet som bygger på hensynene i hevdlovens § § 2 og 4 og ulovfestede passivitetsprinsipper.⁹³ Slik navnene tilsier, er det tidspunktet for når ekstinksjonen inntreer som skiller de to typetilfellene. Typetilfellene aktualiserer også ulike hensyn og analyseres derfor separat i det følgende. Fellesspørsmålet for analysene er likevel om reglene Høyesterett har utviklet, tilfredsstillende innholdskravet til inngrepshjemler etter P1-1.

⁹¹ Marthinussen (2006) s. 4

⁹² Lilleholt (2018) s. 249

⁹³ Berg og Harborg (2003) s. 313

4.2 Ulovfestet umiddelbar ekstinksjon

4.2.1 Introduksjon

Utover de tilfellene som faller direkte innenfor ordlyden i tingl. § 27, er det særlig i tilfellene der A har en sterk faktisk legitimasjon, men ikke formelt har grunnbokshjemmelen til en eiendom, som aktualiserer spørsmål om ulovfestet ekstinksjon. Den faktiske legitimasjonen i disse tilfellene er så sterk at B ikke hadde noen grunn til å betvile at A var rette eier.

Ekstinksjon vil i denne sammenheng hovedsakelig være en legitimasjonsvirkning, og det skjer umiddelbart ved Bs avtaleerwerb.⁹⁴ Her vil omsetningsinteressen hos B ofte slå like sterkt inn som i de tilfellene som faller innenfor tingl. § 27, og det er dermed gode grunner for å tillate ekstinksjon. Høyesterett tok stilling til denne situasjonen i Rt. 1986 s. 1210, "Norske Fjellhus".

4.2.2 Fjellhus-dommen

4.2.2.1 Saksforholdet

Saken gjaldt ekstinksjon av en hytte på festet grunn. Hytteprodusenten Norske Fjellhus (H) hadde inngått samarbeidsavtale med en grunneier om utbygging av et hyttefelt på Blefjell, hvor Fjellhus skulle bygge hyttene, grunneieren skulle sørge for festekontrakter, og en tredjepart, Eikas Eiendomskontor, skulle stå for salg. Fjellhus ble senere kontaktet av Norske Fritidshus (A) som ønsket å selge hyttene Fjellhus hadde oppført på hyttefeltet. Fjellhus ga ikke Fritidshus noen enerett til å selge hyttene, men ga dem rett til å kjøpe hytter på lik linje med andre kjøpere. Fritidshus ble samtidig utstyrt med tegninger og beskrivelser av hyttene, og senere en nøkkel til en hytte og en veisperring inn til hyttefeltet. Fritidshus la deretter ut annonse for hytter til salg på Blefjell. Stiftelsen Almarine (B) viste interesse og ønsket visning. Det ble deretter inngått kjøpekontrakt mellom Almarine og Fritidshus for en av hyttene. Fritidshus ordnet senere festekontrakt og inngikk kjøpekontrakt med Fjellhus om hytten. Etter kontrakten med Fjellhus skulle eiendomsretten gå over til Fritidshus først når hele kjøpesummen var betalt. Fritidshus var imidlertid ikke i stand til å betale hele kjøpesummen.

⁹⁴ Berg og Harborg (2003) s. 314

Hovedspørsmålet i saken var dermed om Almarine gjennom ekstinktvt godtroerverv hadde utslettet Fjellhus' eiendomsrett til hytten. Fritidshus solgte en hytte til Almarine som de ikke hadde noen rett til å selge, som følge av at kjøpekontrakten med Fjellhus på dette tidspunktet enda ikke var oppfylt. Saken faller utenfor tingl. § 27, ettersom Fritidshus aldri var legitimert som hjemmelshaver av hytten.

Høyesterett kom til at Almarine ikke hadde ekstingvert Fjellhus' eiendomsrett i den konkrete saken. Retten åpnet imidlertid for at det etter omstendighetene kan være aktuelt med ekstinksjon av fast eiendom på ulovfestet grunnlag, men at det skal "sterke grunner til for å godta slikt erverv uavhengig av tinglysingsreglene".⁹⁵ Avgjørelsen av om slike sterke grunner forelå, måtte i saken bero dels på om Fritidshus hadde et "slikt ytre preg av å være rette vedkommende at firmaet kunne anses legitimert til å råde rettslig over hytten, dels på om erververen, Almarine, har vært i aktsomt god tro. (...) I den samlede vurdering vil det videre ha betydning i hvilken utstrekning Norske Fjellhus AS kan bebreides for å ha lagt forholdene til rette for at konflikten oppstod."⁹⁶ I sin vurdering la Høyesterett avgjørende vekt på at Almarine ikke hadde foretatt tilstrekkelige undersøkelser for å finne ut av de reelle eierforhold, og at Fjellhus ikke kunne klandres for å ha utstyrt Fritidshus med en sterk legitimasjon da Fritidshus fikk hånd om nøklene til hytten.

4.2.2.2 Forholdet til EMK

Dommen skisserer i utgangspunktet klart hva som skal til for at ulovfestet umiddelbar ekstinksjon av fast eiendom skal være aktuelt. Det kreves "sterke grunner" i form av at avhenderen A fremstår som legitimert til å råde over eiendommen, og erververen B er i aktsomt god tro om rettsforholdene. Dessuten tas det hensyn til om hjemmelshaveren er å bebreide for situasjonen som har oppstått. For borgerne vil dette være en regel det vil være greit å forstå innholdet av, siden den i stor grad samsvarer med § 27, og bygger på de samme vilkår og hensyn som begrunner denne regelen. Så langt synes dommen dermed i stor grad å samsvare med de kravene P1-1 stiller til klarhet og forutsigbarhet for inngrepshjemler.

Det er imidlertid rettet en viss kritikk mot vurderingene og resultatet i dommen i den juridiske teorien. Marthinussen hevder at det er vanskelig å se hvilke andre undersøkelser en med

⁹⁵ Rt. 1986 s. 1210, s. 1217

⁹⁶ Rt. 1986 s. 1210, s. 1217

rimelighet kunne forvente av B i en slik situasjon som i Fjellhus-dommen.⁹⁷ As særlig sterke legitimasjon i saken, sammenholdt med at ulike navn på tegningene neppe var noe folk flest ville reflektere nærmere over, tilsier etter Marthinussens syn at ekstinksjon burde blitt akseptert i Fjellhus-dommen.⁹⁸ Også Lilleholt tar til orde for at Høyesteretts krav til Bs undersøkelsesplikt var for streng.⁹⁹ Kritikken har mye for seg. I denne dommen forelå det en sterk faktisk legitimasjon hos A, og B hadde ikke noe å gjøre med konfliktsituasjonen som oppstod. Når det likevel ikke ble akseptert ekstinksjon, er det vanskelig å se for seg hvilke tilfeller ekstinksjon faktisk blir godtatt av domstolene. Til tross for at det må stilles strenge krav for å tillate ekstinksjon på ulovfestet grunnlag, er det uhensiktsmessig å ha regler med så kompliserte vilkår at de i praksis ikke får anvendelse. Når det som her heller ikke eksisterer noen senere høyesterettsdom hvor B faktisk gis medhold i ekstinksjon, kan det argumenteres for at regelen Fjellhus-dommen skisserer, likevel ikke er så forutberegnelig og tilgjengelig for borgerne som P1-1 fordrer at en ulovfestet ekstinksjonshjemmel skal være.

En annen mulig innvending mot at ekstinksjonsregelen som fremkommer av Fjellhus-dommen tilfredsstillende hjemmelskravet i P1-1, kan være at vilkårene Høyesterett har fremmet, ikke har klare nok rammer til at de hindrer vilkårlighet. Vilåret om ”sterke grunner” fremstår som sterkt skjønnspreget og legger opp til en konkret vurdering. Marthinussen har uttrykt skepsis til vilåret og begrunner dette blant annet i at de fleste jurister trolig vil oppfatte språkbruken slik at listen ligger svært høyt, og høyere enn det som trolig er hensiktsmessig.¹⁰⁰ Om vilåret er uklart for jurister, er det i alle tilfeller grunn til å påstå at vilåret er uklart for andre borgere uten særlig kompetanse innen juss.

At vilåret er skjønnsmessig, og at ordbruken er uklar, vil nok imidlertid ikke i seg selv være tilstrekkelig til å påstå at ekstinksjonsregelen er vilkårlig, jamfør det som er gjengitt over fra *Gillow-* og *Zlinsat-*dommene.¹⁰¹ Når Høyesterett også skisserer klart hvilke momenter de vektlegger i vurderingen, er det ikke grunn til å kritisere regelen for dette.

I tillegg til dette kan det hevdes å ha betydning at Fjellhus-dommen er den første dommen som eksplisitt åpner for ulovfestet ekstinksjon av fast eiendom. Dommen er derfor et

⁹⁷ Marthinussen (2006) s. 7

⁹⁸ Marthinussen (2006) s. 8

⁹⁹ Lilleholt (1994) s. 284

¹⁰⁰ Marthinussen (2006) s. 23

¹⁰¹ Se punkt 2.3.4

utgangspunkt i en rettsutviklingsprosess, og de regelendringer den gir uttrykk for, må ses i sammenheng med etterfølgende dommer og hvorvidt disse legger regelen uendret til grunn, eller om den tilpasses og utvikles mer. Det foreligger ikke dommer som er helt identiske med Fjellhusdommen, men det foreligger et utvalg avgjørelser som legger utgangspunktet om ”sterke grunner” for ulovfestet ekstinksjon til grunn. Her nevnes særlig Øyer-dommen fra 2009, men også Hopsdal- og Kjelsberg-dommene, som gjaldt passivitet, viser til Fjellhusdommen som utgangspunkt.¹⁰² Det sentrale for forholdet til EMK er at disse etterfølgende dommene ikke dveler ved selve ekstinksjonsregelen, men heller legger den raskt til grunn som gjeldende rett. At regelen får tilslutning i senere rettspraksis, kan tas til inntekt for at regelen er tilstrekkelig klar og forutsigbar til at borgerne kan forstå rettstilstanden, og følgelig at den er i samsvar med kravene etter P1-1. Samtidig må betydningen av de etterfølgende dommene ses med det forbehold at de gjelder ekstinksjon som følge av passivitet og ikke umiddelbar ekstinksjon. Situasjonene er dermed ikke identiske, og de bakenforliggende hensynene er delvis forskjellige i situasjonene. Sammenligningsgrunnlaget er dermed av noe mindre betydning, men det gir likevel et visst grunnlag for å påstå at ekstinksjonsregelen på bakgrunn av ”sterke grunner” oppfyller kravene etter P1-1.

4.3 Ulovfestet ekstinksjon som følge av passivitet

4.3.1 Ulovfestet ekstinksjon basert på de lovfestede hevdsreglene

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at tinglige rettigheter, herunder eiendomsrett i fast eiendom, ikke går tapt utelukkende som følge av passivitet.¹⁰³ Samtidig er det ikke tvilsomt at passivitet kan gi grunnlag for rettstap eller innskrenkning av rettigheter.¹⁰⁴ I norsk rett finnes det både lovfestede og ulovfestede regler om rettstap som følge av passivitet. De kanskje klareste reglene er de som fremgår av hevdsloven. Som nevnt over vil passivitet hos rette eier føre til rettstap etter § § 2 og 4 dersom hevderen har brukt eiendommen ”som sin egen” i 20 år, og har vært i god tro om at tingen ikke tilhørte noen andre enn seg selv.

Det har imidlertid også vært spørsmål om ekstinksjon i tilfeller der hevdsvilkårene ikke er oppfylt, særlig hvor hevdstiden ikke er ute. Det kan i utgangspunktet synes å være i strid med lovgiverviljen, og en omgåelse av hevdsreglene, dersom man tillater ekstinksjon før oppnådd

¹⁰² Rt. 1991 s. 352 (Hopsdal), Rt. 2000 s. 604 (Kjelsberg), Rt. 2009 s. 203 (Øyer)

¹⁰³ Falkanger og Falkanger (2016) s. 345

¹⁰⁴ Lund (2016) s. 2

hevdstid, når det finnes klare regler om hevdstid for rettstap i hevdsloven. Forarbeidene til hevdsloven åpner imidlertid for slik ekstinksjon før hevdstiden er ute, så fremt den opprinnelige eieren ”syner klanderverdig passivitet”.¹⁰⁵ Avgjørende for om slik tapsbringende passivitet foreligger, er om:

*”den aktive parten har sett i verk tiltak som ikkje kan gjerast om att utan tap eller verdspille for han sjølv og for samfunnet, og den passive parten har visst om rettskrenkinga utan å seia ifrå medan det enno var tid og endå det etter vanleg forsvarleg tankegang skulle ha vore gjort.”*¹⁰⁶

Uttalelsen gir føringer på at rettstap kan være aktuelt før hevdstid, men at det da stilles et tilleggsvilkår om klanderverdig opptreden hos rette eier i form av at han ikke har grepet inn i den aktive motpartens urettmessige bruk. I motsetning til de umiddelbare ekstinksjonstilfellene som er begrunnet i hensynet til sikker omsetning, er det for passivitetstilfellene vernet av etablerte tilstander som begrunner adgangen til ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet.

Fra rettspraksis er det særlig dommen inntatt i Rt. 1992 s. 352, ”Sigdal”, som er interessant for denne oppgavens vedkommende.

4.3.2 Sigdal-dommen

4.3.2.1 Saksforholdet

Saken gjaldt spørsmål om eiendomsrett til fire bebygde hyttetomter i Sigdal. Hyttetomtene ble i årene 1965–1971 overdratt fra grunneier Besserud (A) til nye tomteeiere (B) som bygde hytter på grunnen. Fradelingen av tomtene ble tinglyst. Senere ble det imidlertid påvist at tomtene delvis lå på naboeiendommen som tilhørte Kolbjørnsrud (H). Feilen skyldtes at Besserud hadde påvist feil tomtegrense overfor Kolbjørnsrud da han overtok eiendommen etter sin avdøde far. Kolbjørnsrud hadde imidlertid ikke selv undersøkt grensene i ettertid, selv om han var i besittelse av utskiftningsforretningen som viste den korrekte grensen. De feilaktige grensene ble først oppdaget 17 år etter salget av hyttetomtene, og spørsmålet for Høyesterett var om hytteeierne nå hadde ekstingvert Kolbjørnsruds eiendomsrett til tomtene.

¹⁰⁵ NUT 1961:1 Rådsegn 6, s. 6

¹⁰⁶ NUT 1961:1 Rådsegn 6, s. 6

Vilkårene om aktsom god tro i hevdstid var ikke oppfylt, og man var derfor utenfor hevdslovens virkeområde.

Høyesterett kom under dissens (3-2) til at erververne av hyttetomtene hadde ekstingvert Kolbjørnsruds rett til hyttetomtene. Under henvisning til førstvoterendes uttalelse og Fjellhusdommen, uttrykte annenvoterende, på vegne av flertallet, at det må kreves sterke grunner for å godta ekstinksjon av fast eiendom uavhengig av de lovfestede reglene i tinglysingsloven og hevdsloven.¹⁰⁷ Hvorvidt slike grunner foreligger, må avgjøres etter en konkret interesseavveining. Samtidig uttalte retten at det ikke kan oppstilles som noe ubetinget vilkår for ekstinksjon at rette eier kan bebreides for ikke å ha grepet inn tidligere, såfremt ”saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlattelse av å foreta seg noe, rettsvirkning”.¹⁰⁸

4.3.2.2 Forholdet til EMK

I likhet med Fjellhusdommen er det vilkåret ”sterke grunner” som danner utgangspunktet for vurderingen av ulovfestet ekstinksjon som følge av passivitet. Avgjørende for ekstinksjonsadgangen etter denne dommen er imidlertid ikke styrken av den faktiske legitimasjonen, men heller at den langvarige innrettelsen hos de godtroende erververne måtte føre til at den opprinnelige eiers interesser måtte vike. Flertallet vektlegger dermed de samme hensynene som begrunner de lovfestede hevdsreglene, slik at ekstinksjonsregelen i utgangspunktet fremstår som forutsigbar og klar, og heller ikke vilkårlig. Så langt synes ikke ekstinksjonsregelen å være problematisk i henhold til hjemmelskravet etter EMK P1-1.

Annenvoterendes uttalelse om at det ikke stilles noe ubetinget vilkår om bebreidelse hos rette eier for ekstinksjon, fraviker imidlertid det ene sikre holdepunktet forarbeidene til hevdsloven har gitt for ekstinksjonsadgang hvor hevdstiden ikke er ute, nemlig at passiviteten fra rettighetshavers side må være klanderverdig. Dette bidrar til usikkerhet om ekstinksjonsregelens innhold og har ført til at dommen har vært gjenstand for gjentatt kritikk i den juridiske teorien.¹⁰⁹ Gjennom uttalelsen viker Høyesterett klart fra de forutsetninger lovgiver har gitt for å tillate ekstinktvt erverv før hevdstid i hevdslovens forarbeider. Som følge av at hevdsloven er den loven som i utgangspunktet gir grunnlag for tap av eiendomsrett

¹⁰⁷ Rt. 1992 s. 352, s. 356-357

¹⁰⁸ Rt. 1992 s. 352, s. 356-357

¹⁰⁹ Se bla. Marthinussen (2006) s. 8, Berg og Harborg (2003) s. 331, Lilleholt (1994) s. 290

som følge av passivitet, bør Høyesterett vise særlig lojalitet til lovgivers uttalelser på dette området. Ved å tillate ekstinksjon uten klander hos rette eier før hevdstiden på 20 år, fremstår resultatet i dommen nærmest som et unntak fra hevdslovens krav, eller som Marthinussen har uttalt det – som en ”urimelighetssensur” av rettsregelen i hevdsloven.¹¹⁰ Som følge av at lovgiver ikke har gitt uttrykk for at det skal foretas en slik form for urimelighetssensur, kan det påstås at en slik ekstinksjonsadgang vil være illojal overfor lovgiver, og det vil også kunne være prosessdrivende ved at ellers klare saker etter hevdsloven likevel tas til domstolene for rimelighetssensur.

Et slikt avvik fra klare forarbeidsuttalelser kan fremstå som et vilkårlig valg fra Høyesteretts side og vil dermed kunne sies å stride med hjemmelskravet i EMK. I tillegg må det kunne sies at denne type rettsanvendelse fra domstolene er lite forutsigbar, når Høyesterett går en annen vei enn det lovgiver tidligere har skissert. Når det for denne sakens avgjørelse dessuten forelå en tidligere rettsavgjørelse i Fjellhus-dommen, hvor klanderverdighet hos opprinnelige eier ble fremhevet som et moment i helhetsvurderingen av ulovfestet ekstinksjon, fremstår Sigdal-dommens regel for ekstinksjon ved passivitet desto mer vilkårlig og uforutsigbar ut fra de uttalelser som allerede forelå på domstidspunktet.

Sigdal-dommen kan på den annen side tyde på at Høyesterett har utviklet rettstilstanden på området for ulovfestet ekstinksjon som følge av passivitet. Rettsutvikling er en av Høyesteretts hovedoppgaver og er i utgangspunktet ikke problematisk. I tilknytning til hjemmelskravet i EMK stiller det seg imidlertid kanskje annerledes. Rettsutviklingen må ikke gå i en slik retning at det strider mot de folkerettslige forpliktelser som foreligger.

I teorien har Berg og Harborg tatt til orde for at resultatet i Sigdal-dommen ikke er forenlig med forutsetningene i hevdsloven, og at flertallets regel dermed kan tenkes å være i konflikt med hjemmelskravet i EMK. De viser særlig til at vurderingstemaet om at ekstinksjon kan skje uten at rette eier kan bebreides ”dersom saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlattelse av å foreta seg noe, rettsvirkning”, ikke gir særlig veiledning for senere saker.¹¹¹ Marthinussen ser på sin side ingen ikke grunn til å betvile dommens resultat i lys av hjemmelskravet, som følge av at den generelle ulovfestede

¹¹⁰ Marthinussen (2016) s. 129

¹¹¹ Berg og Harborg (2003) s. 319, s. 332

ekstinksjonsregelen basert på en konkret vurdering er såpass klarlagt gjennom Fjellhus- og Sigdal-dommene.¹¹²

Om Sigdal-dommen vurderes isolert, må Berg og Harborgs syn sies å ha gode grunner for seg. Når annenvoterende først viser til klare uttalelser i forarbeider, for så å fravike disse og oppstille et eget vurderingstema, er det ikke mye som tilsier at dette gir en klar og forutsigbar regel. En slik isolert vurdering blir imidlertid søkt. Når Fjellhus- og Sigdal-dommene sammenholdes, står det ikke igjen mye tvil vedrørende selve ekstinksjonshjemmelen. Dette underbygges av at også de overfor nevnte Hopsdal-, Kjelsberg- og Øyer-dommene legger regelen om ”sterke grunner” uomtvistet til grunn. Slik sett fremstår den generelle ekstinksjonshjemmelen som klar og forutsigbar, og ulikhetene som fremgår av dommenes votum kan derfor heller ses som et resultat av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende i typetilfellene, enn som uklarheter og vilkårlighet som strider med EMKs krav.

Til tross for flertallets eksplisitte uttalelse om at det ikke er noe absolutt krav om bebreidelse for ekstinksjon, kan det ut fra subsumsjonen se ut til at flertallet mener at Kolbjørnsrud burde opptrådt annerledes. Berg og Harborg uttaler at dette kan anses som et krav om ”culpa light”, og at flertallet dermed kan sies å holde seg innenfor rammene av hevdslovens forutsetninger.¹¹³ Dette kan tas til inntekt for at regelen som fremgår av dommen likevel ikke avviker nevneverdig fra utgangspunktene i hevdsloven, og at kritikken mot dommen ikke har like mye for seg. Samtidig må det kunne sies at dette ikke fremkommer klart av dommen, slik at den i alle tilfeller ikke tilfredsstillende kravene i P1-1 fullt ut.

4.3.3 Ulovfestet ekstinksjon basert på ulovfestede passivitetsprinsipper

Som nevnt flere ganger tidligere, vil passivitet alene ikke være tilstrekkelig grunnlag for bortfall av tingsrettslig eiendomsrett. Og som det også fremgår av analysene over, er den gjennomgående fellesnevneren for ekstinksjon av eiendomsrett aktsom god tro hos erverver. Det vil som hovedregel ikke være en verneverdig interesse hos erververen dersom han vet eller burde ha visst at han erverver eller besitter en rettighet han ikke har rett til.

¹¹² Marthinussen (2016) s. 124

¹¹³ Berg og Harborg (2003) s. 333

Det er imidlertid eksempler i rettspraksis på tilfeller hvor passivitet har ført til rettighetstap selv om erververen ikke har vært i god tro. Magnussen skriver at ”Når en tilstand har fått bestå uangrepet i svært lang tid, taper bevis for at tilstanden opprinnelig var urettmessig sin betydning, og det er ikke lenger behov for preskriptive godtroervervsregler.”¹¹⁴ Mens hevd er en form for erverv hos den godtroende, er det ikke vanlig å omtale rettighetstap som bygger på passivitetsprinsipper som ekstinktive erverv, men heller som ekstinktive passivitetsvirkninger.¹¹⁵ Realiteten blir imidlertid i hovedsak den samme, da det skjer en rettighetsovergang uten avtale.

For at rettighetstap som følge av passivitet uten grunnlag i hevdslovgivningen skal være aktuelt, stilles det strenge krav. Det foreligger ikke én eller flere klare og konkrete passivitetsnormer som er allment akseptert, og som legges til grunn i ethvert tilfelle hvor det vurderes rettighetstap som følge av passivitet på ulovfestet grunnlag.¹¹⁶ I juridisk teori synes det å være bred enighet om at ulovfestet rettstap som følge av passivitet beror på en konkret, skjønnsmessig vurdering.¹¹⁷ Det avgjørende for om rettstap erkjennes når vilkårene for hevd ikke er oppfylt, vil som hovedregel være at andre hensyn enn de som begrunner hevdsreglene, gjør seg gjeldende.¹¹⁸ En slik hovedregel vil være lovgiverlojal ved at man ikke utvider hevdslovens virkeområde mer enn lovgiver har tiltenkt. I eldre rettspraksis har det i vurderingene blitt lagt vekt på rettshavers atferd og om han har hatt en oppfordring til å handle.¹¹⁹ Mens hevdsreglene verner om etablerte tilstander uavhengig av den opprinnelige eiers aktsomhet, er det nettopp den uaktsomme passiviteten hos den opprinnelige eieren som gir rettsvirkninger ved de ulovfestede passivitetsreglene.¹²⁰ Det foreligger en rekke eksempler i rettspraksis hvor det konkluderes med at eiendomsrett ikke har gått tapt.¹²¹ Dommene viser dermed at ulovfestede passivitetsnormer ikke utgjør et lettvint alternativ til de lovfestede hevdsreglene.

¹¹⁴ Magnussen (2015), 2. bind, s. 505. Med ”preskriptive godtroervervsregler” sikter forfatteren særlig til reglene om hevd og alders tids bruk, se s. 496 siste avsnitt.

¹¹⁵ Magnussen (2015) s. 496

¹¹⁶ Lund (2016) s. 22

¹¹⁷ Lund (2016) s. 257

¹¹⁸ Lund (2016) s. 252, Berg og Harborg (2003) s. 332

¹¹⁹ Se bla. Rt. 1902 s. 641, Rt. 1905 s. 235, Rt. 1923 s. 793

¹²⁰ Lund (2016) s. 253

¹²¹ Se bla. Rt. 1954 s. 931, Rt. 1964 s. 261, Rt. 1978 s. 473, Rt. 2000 s. 604

I en mye omtalt dom fra 2015 konkluderte Høyesterett med at eiendomsretten til en hytte gikk tapt som følge av passivitet uten at hevdstiden var ute, og uten at erververen var i aktsom god tro.

4.3.4 Fårøya-dommen

4.3.4.1 Saksforholdet

I saken inntatt i Rt. 2015 s. 1157 var spørsmålet om én av flere sameiere i en hytte på Fårøya i Moldefjorden hadde overtatt eiendomsretten som eneier i hytten. Bakgrunnen for tvisten var at sameieren som krevde enerett til hytten, i en periode på 18 år alene brukte og tok seg av løpende utgifter, vedlikehold og oppgradering av hytten uten at de øvrige sameierne protesterte på verken bruken eller arbeidet som ble gjort på hytten.

Under dissens (3-2) kom Høyesterett til at den aktive sameieren hadde overtatt eneretten til hytten. Førstvoterende, på vegne av flertallet, uttaler at hvorvidt bortfall av eiendomsrett som følge av passivitet skal kunne skje, må ”gripes konkret an”.¹²² Det henvises så til Sigdal-dommens uttalelse om at det avgjørende for vurderingen er om saken er slik at det er grunn til å tillegge rette eiers unnlattelse av å foreta seg noe, rettsvirkning.¹²³ Under henvisning til tidligere rettspraksis oppsummeres de forhold som får betydning ved avgjørelsen, til

*”partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av en festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning (...), synes å ha en viss betydning”.*¹²⁴

4.3.4.2 Forholdet til EMK

At flertallet tar utgangspunkt i at saken må ”gripes konkret an”, og at uttrykket ”sterke grunner” brukes for å vise terskelen for at eiendomsrett kan falle bort på ulovfestet område, viser at dommen bygger på de ekstinksjonsreglene som er skissert i Fjellhus- og Sigdal-dommene tidligere. Det samme gjelder uttalelsen om at det avgjørende er om det er grunn til å tillegge rette eiers passivitet rettsvirkning. Disse utgangspunktene for Høyesteretts vurdering viderefører tidligere ulovfestede regler, og gjør at regelen dommen skisserer fremstår klar og

¹²² Rt. 2015 s. 1157, avsn. 33

¹²³ Rt. 2015 s. 1157, avsn. 33

¹²⁴ Rt. 2015 s. 1157, avsn. 33

forutsigbar for borgerne. I tillegg er skjønnsutøvelsen som det legges opp til, gitt klare rammer, slik at vilkårlighet unngås. Disse omstendighetene kan følgelig tas til inntekt for at dommen er i overensstemmelse med kravene EMK P1-1 stiller til hjemmel.

Det er imidlertid flere aspekter ved dommen som medfører at den kan være gjenstand for en viss kritikk sett i lys av EMK P1-1. For det første hadde hytten alltid vært i sameie med flere andre, slik at den aktive sameieren neppe var i god tro om eierforholdene og at han hadde enerett til hytten. Slik sett avviker dommen fra andre dommer som tillater bortfall av eiendomsrett ved passivitet. Flertallet uttaler i avsnitt 36 og 37 at det var den aktive parten som i utgangspunktet hadde ansvaret for å varsle de andre sameierne da han satt i gang med vedlikeholdet, men at etter hvert som tiden gikk, ble dette ansvaret gradvis flyttet over på de andre sameierne. Ved å akseptere at den aktive hadde overtatt eneretten til hytten i et slikt tilfelle, avviker Høyesterett fra det som kanskje var det eneste felles vilkåret som etter tidligere praksis med sikkerhet kunne stilles for ulovfestet ekstinksjon. Det kan til dette stilles spørsmålsteget ved om den aktive parten i det hele tatt hadde en tilstrekkelig verneverdig interesse i denne situasjonen til at det kunne sies å foreligge ”sterke grunner” for å frata de andre sameierne eiendomsretten til hytten.

I teorien er det imidlertid argumentert for at rettstap kan skje også hvor erververen ikke er i aktsom god tro. Lund tar til orde for at selv om erververen ikke har trodd at han har retten på sin side, så kan han likevel vinne rett såfremt hans handlemåte ikke er illojal.¹²⁵ I Fårøya-dommen ble det vektlagt at erververen gradvis fikk styrket sin forventning om å være eneier etter hvert som de øvrige sameierne unnlot å handle. Dette kan tale for at erververen ikke opptrådte illojalt, og at rettstapet ikke er rettsstridig.

Sett opp mot kravet i P1-1 kan imidlertid dette avviket fra de øvrige ekstinksjonsreglene tale for en uklarhet og uforutsigbarhet som ikke overholder hjemmelskravet. At Høyesterett skisserer et krav om god tro for bortfall av eiendomsrett ved passivitet, for deretter å tillate bortfall uten at slik god tro foreligger, er utvilsomt egnet til å skape uklarhet og er lite forutsigbart for den som skal forutse sin rettsstilling. Det må kunne forventes at Høyesterett er konsekvente i sin rettsanvendelse, og at eventuelle utviklinger eller endringer i gjeldende rett begrunnes særskilt. Det kan dessuten fremstå som vilkårlig og urimelig om en person som i

¹²⁵ Lund (2016) s. 402

utgangspunktet har et aktivt varslingsansvar, skal få bedre rett jo lenger han utsetter sitt ansvar.

For det andre legger førstvoterende til grunn at hensynet til hva som er en "rimelig løsning", kan ha en viss betydning. Som nevnt i punkt 2.3.4, stiller ikke P1-1 krav om at regelen nøyaktig viser hvordan regelen rammer, så lenge den gir borgerne muligheten til å forutse konsekvensene av sine handlinger. Berg og Harborg tar imidlertid til orde for at avgjørelser som er basert på konkret rimelighet, neppe vil oppfylle kravene etter P1-1, og begrunner dette i at avgjørelsen i så fall ikke bygger på noen konkret regel.¹²⁶ Artikkelen ble publisert før Fårøya-dommen ble avsagt, men med dette holdepunktet er det grunn til å tro at forfatterne også ville vært kritiske til denne dommen. Vurderinger av hva som er rimelig i en konkret sak, vil bero på en skjønnsmessig vurdering av domstolene som i utgangspunktet ikke er problematisk.¹²⁷ Samtidig må det kunne legges til grunn at avgjørelser basert på rene rimelighetsvurderinger vil være vanskelig å forutse utfallet av, og de kan fort bli ansett som vilkårlige og følgelig konvensjonsstridige. Mo hevder at det er en svakhet ved Fårøya-dommen at flertallet legger for stor vekt på konkret rimelighet, og viser til at høyesterettsdommer skal fungere som veivisere i lignende saker.¹²⁸ Lund og Bakka uttaler seg i samme retning, og hevder at konkret rimelighet skaper usikkerhet.¹²⁹ Flertallet i Fårøya-dommen gir imidlertid bare uttrykk for at rimelighet vil være et moment i vurderingen av om det foreligger sterke grunner, slik at denne innvendingen alene ikke kan medføre at terskelen i P1-1 overskrides.

Fårøya-dommen må imidlertid anses som et ganske tydelig avvik fra øvrig praksis på området, og i en senere sak fra HR-2017-2064-A kan det se ut til at Høyesterett ikke vil fortsette i sporet fra dommen. Spørsmålet i denne saken var om en mann som hadde oppført en hytte på sin daværende samboers eiendom, og som hadde stått for alle utgifter i forbindelse med oppføringen, hadde opparbeidet seg sameierett til eiendommen. Høyesterett viste først til Fårøya-dommen og la i avsnitt 37 til grunn utgangspunktet om at det må foreligge sterke grunner for tap av rettigheter til fast eiendom på ulovfestet grunnlag. Høyesterett mente at rette eier kunne foretatt mer for å avklare eierforholdene, men at hun ikke hadde noen

¹²⁶ Berg og Harborg (2003) s. 319

¹²⁷ Se punkt 2.3.4

¹²⁸ Mo (2017) s. 68

¹²⁹ Lund og Bakka (2017)

umiddelbar oppfordring til å handle, som følge av at hennes tidligere samboer ikke foretok seg noe på over seks år etter bruddet. Dermed var hennes passivitet heller ikke grunnlag for rettstap.¹³⁰ Uttalelsen antyder at Høyesterett fraviker den utviklingen Fårøya-dommen ga uttrykk for, og at de går tilbake til de utgangspunktene som tidligere praksis har gitt for rettstap som følge av passivitet. Hvilken linje Høyesterett vil følge i neste sak er imidlertid ikke sikkert, og regelen i Fårøya-dommen kan derfor ikke ses bort fra utelukkende som følge av 2017-dommen.

I forlengelsen av det som her er sagt om Fårøya-dommen, og særlig om innvendingene mot at erververen ikke var i god tro, er det aktuelt å se hen til EMDs uttalelser og avgjørelse i den såkalte *Pye-saken*.¹³¹

4.3.5 *Pye-saken*

Saken gjaldt det engelske firmaet J.A Pye (Oxford) Ltd. som hadde leid ut et beiteområde til en nabo, Graham, i en årrekke. Da Pye i 1984 sa opp leieavtalen, fortsatte Graham å bruke beitet i 12 år uten å ha rett til det, for så å hevde at Pye ikke lenger kunne gjøre vindikasjonsretten gjeldende. Påstanden var begrunnet i reglene om ”adverse possession” (”urettmessig besittelse”) i engelsk rett. I engelske domstoler fikk Graham medhold.

Saken ble behandlet i både kammer og storkammer av EMD. For EMD var spørsmålet hvorvidt det engelske hevdsinstituttet ”adverse possession” slik det dette var før en lovendring i 2002, var i strid med EMK P1-1. Etter den aktuelle hevdsregelen har en rettighetshaver til eiendom ikke lenger rett til å kreve tilbake sin eiendom ”after the expiration of twelve years from the date on which the right of action accrued to him (...)”.¹³² Regelen skiller seg fra de norske hevdsreglene blant annet ved at den ikke stiller noe krav til god tro hos hevderen. Saken har derfor i utgangspunktet liten overføringsverdi til våre hevdsregler, men flere av uttalelsene i dommene er så generelle at de kunne fått betydning også for de norske reglene.¹³³

Selv om det bare er storkammeravgjørelsen som har prejudikatsverdi, vil også kammeravgjørelsen gjennomgå her. Dette begrunnes i at kammeravgjørelsen var svært

¹³⁰ HR-2017-2064-A, avsn. 45

¹³¹ J.A Pye (Oxford) Ltd. v. the United Kingdom

¹³² Limitation Act 1980, Section 15 (1)

¹³³ Marthinussen (2008) s. 180

kontroversiell og kunne fått vidtrekkende konsekvenser dersom den ble stående. I tillegg ble begge avgjørelser avsagt under dissens, noe som kan tilsi at det er uenigheter om hva som er rett utfall i en slik situasjon.

I kammeravgjørelsen ble spørsmålet om konvensjonsstrid besvart bekreftende, under dissens 4-3.¹³⁴ Flertallet kom til at regelen om ”adverse possession” innebar en ”deprivation” (avståelse) av eiendom slik at P1-1 var anvendelig. I proporsjonalitetsvurderingen ble det lagt vekt på at regelen ikke ga noe erstatning for bortfallet, og at den ikke ga ”procedural protection” som følge av at den ikke krevde at hevderne varslet eieren om motbruken i løpet av hevdsperioden.¹³⁵

Etter behandling i storkammeret ble det senere avgjort at det engelske hevdsinstituttet likevel ikke krenket P1-1 (dissens 10-7).¹³⁶ Storkammeret kom for det første til at det måtte være kontrollregelen, og ikke avståelses- eller ekspropriasjonsregelen som måtte være anvendelig i denne typer saker.¹³⁷ Dermed er ikke praksis etter avståelses- eller ekspropriasjonsreglene som tilsier at det skal gis erstatning, direkte anvendelig.¹³⁸ Videre kom storkammeret til at regelen ikke var uten prosessuelt vern, ettersom Pye mens hevdstiden løp hele tiden kunne gå til domstolene for å få tilbakeført eiendommen.¹³⁹ I tillegg blir det gitt klare uttalelser om at statene har en vid skjønnsmargin på dette området.¹⁴⁰

Når EMD i Pye-saken har kommet til at den engelske hevdsregelen ikke strider med P1-1, kan dette tas til inntekt for at det ikke er grunn til å betvile konvensjonsmessigheten av regelen som fremgår av Fårøya-dommen. Som følge av at Fårøya-dommen stiller mindre strenge krav til erververen enn det som gjøres etter hevdsreglene, kan dette igjen tas til inntekt for at også de norske hevdsreglene under enhver omstendighet vil gå klar av P1-1.

At storkammeret kom til at ”adverse possession” ikke var i strid med P1-1, må kunne anses som en lettelse for flere europeiske rettssystemer. Konsekvensene av at kammeravgjørelsen

¹³⁴ J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. the United Kingdom (2005), avsn. 76

¹³⁵ J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. the United Kingdom (2005), avsn. 73

¹³⁶ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. the United Kingdom (2007), avsn. 85

¹³⁷ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. the United Kingdom (2007), avsn. 65-66

¹³⁸ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. the United Kingdom (2007), avsn. 79

¹³⁹ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. the United Kingdom (2007), avsn. 80

¹⁴⁰ J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. the United Kingdom (2007), avsn. 72, 75

hadde blitt stående kunne for mange blitt svært omfattende.¹⁴¹ Mange europeiske land har gamle og tradisjonsrike hevdsregler som i ytterste konsekvens ville blitt ansett direkte konvensjonsstridige dersom kammeravgjørelsen ble rettskraftig. Selv om de generelle uttalelsene i kammeravgjørelsen i utgangspunktet kan sies å bygge på relevante rettslige hensyn, tar de ikke høyde for at ulike land har ulike tradisjoner for å verne om eiendomsretter, og at resultatet ville kunne slått hardt ut for noen lands systemer.

Til tross for at storkammerets avgjørelse hindret de store konsekvensene kammeravgjørelsen kunne ført til, er det av interesse at begge avgjørelsene ble avsagt under dissens. Dette kan forstås som at det er visse uenigheter om hvor langt vernet etter P1-1 går eller bør gå. Dermed kan det tenkes at en senere tilsvarende sak om bortfall av eiendomsrett og forholdet til P1-1 kan få et annet utfall som igjen endrer på dagens rettstilstand.

4.4 Sammenfattende vurdering

4.4.1 Tilfredsstillende de ulovfestede rettsdannelsene kravene etter P1-1?

Gjennomgangen av rettspraksis om ulovfestede ekstinktive godtroerverv viser at det er bred enighet i Høyesterett om at det må kreves ”sterke grunner” for å tillate ekstinksjon på ulovfestet grunnlag, både umiddelbart og som følge av passivitet. Kravet forutsetter at det foretas en konkret interesseavveining og bygger på det strenge kravet som stilles for å tillate tap av eiendomsrett utover de lovfestede tilfellene. Slik sett fremstår det overordnede vurderingstemaet for ulovfestet ekstinksjon som klart, forutsigbart og tilgjengelig for borgerne, slik at den ivaretar P1-1s krav. Hva som nærmere inngår i den konkrete vurderingen av om det foreligger sterke grunner, varierer imidlertid mye på de ulike områdene, og det nærmere innholdet i disse vurderingene vil dermed likevel kunne stride mot hjemmelskravet. Det kan blant annet stilles spørsmål ved om det er klart og forutsigbart for en borger, uten noe juridisk særkunnskap, at det er forskjell på ekstinksjonsregelen som bygger på hevdslovgivningen, og ekstinksjonsregelen som bygger på ulovfestede passivitetsprinsipper.

Både Fjellhus-, Sigdal- og Fårøya-dommene har vært gjenstand for diskusjon i den juridiske teorien. Fjellhus-dommen er kritisert for å stille for strenge krav til erververens undersøkelsesplikt for å opprettholde aktsom god tro.¹⁴² Sigdal-dommen er kritisert for å ha

¹⁴¹ Marthinussen (2008) s. 191-192

¹⁴² Lilleholt (1994) s. 284, Marthinussen (2006) s. 8-9

fraveket hevdsreglenes krav om klanderverdighet hos den passive parten for ulovfestet ekstinksjon.¹⁴³ Fårøya-dommen er kritisert for å fravike de generelle reglene som gjelder for ulovfestet rettighetstap som følge av passivitet og for å legge for stor vekt på konkret rimelighet.¹⁴⁴ Disse aspektene ved dommene kan tas til inntekt for at ekstinksjonsreglene de uttrykker, ikke er tilfredsstillende etter P1-1. Samtidig viser dommene at det grunnleggende vurderingstemaet for ekstinksjonsreglene er det samme. Og som følge av at dette vurderingstemaet innebærer en konkret interesseavveining, må betydningen av vurderingene fra Høyesterett i den enkelte sak nødvendigvis også få noe mindre vekt. På den måten kan rettsanvendelsen i de konkrete dommene kritiseres, men regelen som de gir uttrykk for, fremstår likevel som klar, forutsigbar og tilgjengelig.

At vi ikke har én konkret ulovfestet regel om ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom, men at reglene har nyanser etter hvilket tilfelle de anvendes på, er verken uvanlig eller problematisk i henhold til kravene etter EMK. For at ulovfestede regler skal ivareta de interesser de er utviklet for å ivareta, er det behov for en viss dynamikk. Ekstinksjonsreglene som fremgår av tinglysningsloven, skal sikre at omsetningshensynet og forutberegnelighetshensynet ivaretas, og hevd- og passivitetsreglene skal verne om langvarig innrettelse og forutberegnelighet. Så lenge disse grunnleggende hensynene ligger til grunn for de ulovfestede reglene Høyesterett oppstiller, vil det som hovedregel ikke være grunn til å tvile på reglenes lovlighet. Dette gjelder også i tilknytning til hjemmelskravet i EMK – dersom rammene for skjønnet som fremgår av rettspraksis er klare, og vurderingene det åpnes for begrunnes i hensynene, vil reglene ikke stride mot de folkerettslige forpliktelser staten har etter EMK P1-1.

At de etterfølgende Hopsdal-, Kjelsberg- og Øyer-dommene legger til grunn utgangspunktet om sterke grunner for ulovfestet ekstinksjon kan tas til inntekt for at de ulovfestede ekstinksjonsreglene er så klare og forutsigbare som P1-1 krever. Til dette må det imidlertid bemerkes at selv om disse dommene tilsynelatende gjør utgangspunktet om sterke grunner for ulovfestet ekstinksjon klart og forutsigbart, så er det bare et fåtall av dommene hvor det er krevd ekstinksjon på ulovfestet grunnlag at kravet faktisk har ført frem. Når til dels like tilfeller får ulike utfall, kan dette være en indikasjon på at regelen som anvendes ikke fremstår som klar. Fårøya-dommen viderefører også kravet om sterke grunner, men avviker ellers mye

¹⁴³ Lilleholt (1994) s. 289, Marthinussen (2006) s. 9

¹⁴⁴ Lund (2018), s. 49, Mo (2017) s. 68

fra de tidligere holdepunkter man hadde for ulovfestet ekstinksjon ved passivitet. Når Høyesterett i HR-2017-2064-A fraviker regelen i Fårøya-dommen, må det kunne sies at gjeldende rett fremstår som heller usikker, og at det kan være vanskelig for en borger som skal forutse sin rettsstilling å vite hva han skal forholde seg til.

Selv om utgangspunktene for vurderingene som fremgår av de nevnte dommene fremstår som både klare, forutsigbare og tilgjengelige, kan kritikken i teorien og det faktum at bare noen krav har ført frem, være grunnlag for å påstå at grensen for hva som skal til for at det foreligger ”sterke grunner” ikke fremgår klart nok i dommene, og at innholdet og kvaliteten av ekstinksjonsreglene likevel ikke tilfredsstillende klarhets- og forutsigbarhetskravet EMK stiller. Og som det ble nevnt over i punkt 2.3.4 så er det nettopp rettsdannelsenes kvaliteter som må være klare og forutsigbare for borgeren.

Også en dom fra Frostating lagmannsrett fra 2001 synes å tale mot at foreliggende rettspraksis tilfredsstillende P1-1.¹⁴⁵ Under henvisning til Fjellhus-dommen uttales det at vilkårene om selgers legitimasjon, kjøpers gode tro og eierens bebreidelse kun er vesentlige momenter i en konkret helhetsvurdering. Videre henvises det til Sigdal-dommen, hvor det bemerkes at denne dommen åpner for at ekstinksjon kan skje også dersom bebreidelse ikke foreligger. Deretter uttales det: ”Det synes på denne bakgrunn vanskelig å angi eksakt og uttømmende hvilke betingelser som må være oppfylt for å ekstingvere eiendomsrett til fast eiendom på ulovfestet grunnlag, utover at slik ekstinksjon krever sterke grunner.” Uttalelsen i dommen kan forstås som at retten finner at innholdet i de ulovfestede ekstinksjonsreglene ikke er så klare og forutsigbare som de burde være, og utgjør dermed et argument for at reglene ikke tilfredsstillende P1-1s krav.

Det kan i forlengelsen av dette stilles spørsmål om det burde stilles krav til at reglene for ulovfestet ekstinksjon ”eksakt og uttømmende” må angi vilkårene for å sikre at de ivaretar hjemmelskravet i P1-1. Behovet for forutsigbare, klare og enkle regler tilsier utvilsomt at det burde oppstilles klarere regler som kan benyttes for typetilfeller. Slike regler ville hindret mye av den usikkerheten som ulovfestede regler innebærer, og dermed bidratt til forutberegnelighet på området. Berg og Harborg tar til orde for en hybridvariant, der kravet til god tro, legitimasjon og bebreidelse må anses som minstevilkår for ekstinksjon, men hvor det

¹⁴⁵ RG 2001 s. 82, s. 88

i tillegg må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om grunnene er sterke nok for å tillate ekstinksjon i det enkelte tilfellet.¹⁴⁶ En slik regel har gode grunner for seg. Lovfestede ekstinksjonsregler, både for løsøre, fast eiendom og pengekrav, stiller de samme vilkårene, og konsekvens- og systemhensyn vil dermed støtte en slik regel. Samtidig vil helhetsvurderingen sikre at det i alle tilfeller må gjøres en nærmere interesseavveining i den enkelte sak. En slik regel, med både strenge vilkår og en etterfølgende helhetsvurdering, vil neppe komme i konflikt med P1-1.

Det finnes imidlertid ikke holdepunkter i EMDs praksis som tilsier at inngrepshjemlene må ha helt strikte, felles vilkår for at de skal ivareta hjemmelskravet, snarere tvert i mot. Når det i *Sunday Times mot Storbritannia* uttales at rettsreglene må være tilgjengelige, klare og forutsigbare slik at borgerne kan innrette seg etter og forstå konsekvensene av å handle i strid med rettsreglene, er det likevel inntatt den begrensning at kravet ikke innebærer at eventuelle konsekvenser må være "foreseeable with absolute certainty." Videre uttales det at selv om sikkerhet er ønskelig, så kan dette medføre overdrevent rigide og stive regler, og dette vil gjøre det vanskeligere for domstolene å tilpasse reglene i takt med endringer i samfunnet.¹⁴⁷ Uttalelsene kan forstås dithen at EMD stiller krav om hjemler som gir borgerne høy grad av forutsigbarhet, men at det alltid vil legges vekt på om reglene fungerer både i dag og over tid.

I tillegg må det kunne sies at det å ha strengt formulerte regler med noen absolutte vilkår for ekstinksjon ofte vil være mot reglenes hensikt. Strenge regler vil medføre at enkelte typetilfeller vil falle utenfor reglenes anvendelsesområde, og når de ulovfestede reglene i utgangspunktet er blitt til for å favne om de områdene som faller utenfor de lovregulerte områdene, vil det fremstå som lite hensiktsmessig om man gjennom disse reglene igjen utelukket visse typetilfeller. Hvert enkelt saksforhold vil ha sine særpreg, og en skjønnssadgang må anses å være nødvendig for å sikre rimelige utfall. For domstolene som skal ta stilling til de motstående interessene, må det, for å komme til den rimeligste avgjørelsen, være mulig å ta hensyn til spesielle interesser i de konkrete konfliktene. Kun på denne måten vil de motstående hensyn ivaretas på best mulig måte. Det må imidlertid kreves, slik EMD har uttalt, at det må være gitt visse rammer for det skjønnnet som utøves, slik at avgjørelsene ikke blir vilkårlige.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Berg og Harborg (2003) s. 325

¹⁴⁷ *Sunday Times v. the United Kingdom*, avsn. 49

¹⁴⁸ *Zlinsat v. Bulgaria*, avsn. 98, *Gillow v. the United Kingdom*, avsn. 51

Resultatet i Pye-saken må i alle tilfeller kunne sies å være et viktig holdepunkt for at våre ulovfestede ekstinksjonsregler er i samsvar med P1-1. Dommen viser at statene er gitt en vid skjønnsmargin på området, og at det dermed skal ganske mye til før privatrettslige regler om ekstinksjon blir ansett å være konvensjonsstridig. Dette samsvarer for øvrig også med at det er en generell tendens i EMDs praksis i dag om mindre overprøving av nasjonale vurderinger på de økonomiske områdene, så fremt statene har gitt en grundig drøftelse av forholdsmessigheten av et inngrep.¹⁴⁹ Når de norske ekstinksjonsreglene må kunne sies å stille strengere krav for bortfall av eiendomsrett enn det som fremgår av den engelske Limitation Act, må dette kunne tas til inntekt for at de norske ulovfestede regler om ekstinktiivt godtroerverv i alle fall inntil videre ivaretar eiendomsvernet i EMK P1-1.

Uttalelsene i dommen kan imidlertid tas til inntekt for at det skjer en utvikling i hvilke områder EMD blander seg inn i, slik at tradisjonsrike og godt etablerte privatrettslige regler, slik som hevd, også kan bli påvirket av EMD.¹⁵⁰ Regelen om ”adverse possession” var en lovfestet regel med klare vilkår, og følgelig burde den etter det som er sagt i denne oppgaven om kravene P1-1 stiller til hjemmel, utvilsomt gå klar av EMDs radar. Likevel ble regelen vurdert i to omganger av EMD, og det ble lagt vekt på hvorvidt regelen ga prosessuelt vern og erstatning til den som lider tapet. Det kan dermed se ut til at selv om EMDs praksis generelt går i retning av mindre prøving på det økonomiske området, så er området for hvilke type saker EMD vurderer kanskje blitt utvidet, og det kan se ut til at domstolen i større grad også legger vekt på hvorvidt nasjonale tiltak sikrer balanse og rimelighet i de private rettsforholdene.

Kanskje kan denne utviklingen medføre at nasjonale domstoler vil stille enda strengere krav for å tillate ulovfestet ekstinksjon i fremtiden, og kanskje vil de regler som i dag anses som tilstrekkelige etter P1-1, måtte snevres inn og bli strengere. Inntil videre kan det bare spekuleres i hvordan utviklingen fremover vil bli, og det gjenstår nå bare å se hvordan EMD og Høyesterett i fremtiden vil behandle tilfeller som aktualiserer de ulovfestede ekstinksjonsreglene.

¹⁴⁹ Bjørge (2013), s. 122

¹⁵⁰ Marthinussen (2008) s. 180

5 Avsluttende betraktninger

Til tross for at rettspraksis som åpner for ulovfestet ekstinksjon av rettigheter til fast eiendom gjennomgående har vært gjenstand for mye diskusjon i den norske juridiske teorien, viser oppgaven at det ikke er tvil om at de ulike ekstinksjonsreglene etter hvert har fått god forankring i norsk rettstradisjon, og at det nok heller ikke er tvilsomt at disse rettsdannelsene i dag tilfredsstillende EMK P1-1 stiller til hjemmel. Selv om rettsdannelsene har ulike og skjønnsmessige vilkår, fremstår det overordnede vurderingstemaet i reglene om at det kreves ”sterke grunner”, og de nærmere vurderingene som inngår i dette, som klart og forutsigbart for borgerne. Sammenholdt med den vide skjønnsmarginen EMD har tilkjent statene etter P1-1, må det nok kunne legges til grunn at det må større uklarheter til for at rettsdannelsene skal stride med eiendomsvernet.

De ulovfestede rettsdannelser som er gjennomgått her, må også anses som relativt nye rettsdannelser i det norske rettssystemet, og det kan vel nesten sies at det ligger i ulovfestede rettsdannelsers natur at det i rettsreglenes startfase vil være uklarheter vedrørende reglenes anvendelse og innhold. Etter hvert som domstolene avsier flere avgjørelser, vil reglene presiseres, og uklarheter elimineres. Som følge av at rettsdannelsene om ulovfestede ekstinktive godtroerverv i dag kun fremgår av et relativt lite antall dommer, er det kanskje ikke så rart at det enda er noe uenighet i både teori og domstoler om reglenes innhold, og om de er så klare og forutsigbare for borgerne som EMK P1-1 krever. Samtidig viser oppgaven at det ikke er noen stor pågående diskusjon i teorien om rettsreglene, og at det i all hovedsak enighet om de overordnede retningslinjene. De uklarheter som eventuelt kan sies å foreligge i rettsdannelsene, fremstår derfor ikke som et problem med tanke på våre folkerettslige forpliktelser, men heller som en naturlig del av nye rettsdannelser av denne typen. Slik rettstilstanden er nå, er det derfor ikke grunn til å tro at EMD ville satt til side noen av sakene som er gjennomgått her, dersom de hadde blitt innklaget for domstolen.

Kilderegister

Lover og konvensjoner

Kronologisk rekkefølge

Grunnloven	Lov 17. mai 1814, Kongeriket Norges Grunnlov
Tinglysingsloven	Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing
Gjeldsbrevlova	Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev
Hevdslova	Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd
Godtroervervloven	Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løssøre
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om fordringshavernes dekningsrett
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
EMK	Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter
EMK 1. tilleggsprotokoll	Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1952, vedtatt 20. mars 1952
Limitation Act 1980	Limitation Act 1980 c. 58, 13th November 1980

Forarbeider

Kronologisk rekkefølge

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

NUT 1961:1 Rådsegn 6	Om hevd
Ot.prp. nr. 56 (1976-1977)	Om lov om godtroerverv av løsøre
NOU 2013: 11	Festekontrakter og folkerett

Rettspraksis

Kronologisk rekkefølge

Nasjonal rettspraksis

Rt. 1902 s. 641

Rt. 1905 s. 235

Rt. 1923 s. 793

Rt. 1954 s. 931

Rt. 1964 s. 261

Rt. 1978 s. 473

Rt. 1986 s. 1210, "Norske Fjellhus"

Rt. 1991 s. 352, "Hopsdal"

Rt. 1992 s. 352, "Sigdal"

Rt. 2000 s. 604, "Kjelsberg"

Rt. 2006 s. 1382 A, "Jáhkenjárga-siidaen"

Rt. 2008 s. 1747 A, "Hopen"

Rt. 2009 s. 203, "Øyer"

Rt. 2015 s. 1157, "Fårøya"

HR-2017-2064-A

RG 2001 s. 82

Praxis fra EMD

Case of Handyside v. the United Kingdom	<i>Application no. 5493/72</i> Judgement of 7 December 1976
Case of Sunday Times v. the United Kingdom	<i>Application no. 6538/74</i> Judgement of 26 April 1979
Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden	<i>Application no. 7151/75; 7152/75</i> Judgement of 23 September 1982
Case of Van der Mussele v. Belgium	<i>Application no. 8919/80</i> Judgement 23 November 1983
Case of James and others v. the United Kingdom	<i>Application no. 8793/79</i> Judgement of 21 February 1986
Case of Gillow v. the United Kingdom	<i>Application no. 9063/80</i> Judgement of 14 September 1987
Case of The Holy Monasteries v. Greece	<i>Application no. 13092/87; 13984/88</i> Judgement of 9 December 1994
Case of Gustafsson v. Sweden	<i>Application no. 15573/89</i> Judgement of 25 April 1996
Case of Iatridis v. Greece	<i>Application no. 31107/96</i> Judgement of 25 March 1999
Case of Beyeler v. Italy	<i>Application no. 33202/96</i> Judgement of 5 January 2000
Case of Carbonara and Ventura v. Italy	<i>Application no. 24638/94</i>

	Judgement of 30 May 2000
Case of <i>Zwierzynski v. Poland</i>	<i>Application no. 34049/96</i> Judgement of 19 September 2001
Case of <i>Kienast v. Austria</i>	<i>Application no. 23379/94</i> Judgement of 23 April 2003
Case of <i>Maurice v. France</i>	<i>Application no. 11810/03</i> Judgement of 21 June 2003
Case of <i>Kopecky v. Slovakia</i>	<i>Application no. 44912/98</i> Judgement of 28 September 2004
Case of <i>J.A. Pye (Oxford) Ltd. v. the United Kingdom</i>	<i>Application no. 44302/02</i> Judgement of 15 November 2005 (C)
Case of <i>Hutten-Czapska v. Poland</i>	<i>Application no. 35014/97</i> Judgement of 19 June 2006
Case of <i>Draon v. France</i>	<i>Application no. 1513/03</i> Judgement of 21 June 2006
Case of <i>Zlinsat, spol. s r.o. v. Bulgaria</i>	<i>Application no. 57785/00</i> Judgement of 15 September 2006
Case of <i>J.A. Pye (Oxford) Ltd. and J.A Pye (Oxford) land Ltd. v. the United Kingdom</i>	<i>Application no. 44302/02</i> Judgement of 30 August 2007 (GC)

Litteratur

Alfabetisk rekkefølge

Andenæs og Bjørge (2012)

Andenæs, Mads og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss* (Oslo 2012)

- Berg (2005) Berg, Borgar Høgetveit, *Hevd: Lov om hevd 9. desember 1966 med kommentarer* (Oslo 2005)
- Berg og Harborg (2003) Berg, Borgar Høgetveit og Henning Harborg, "Ulovfesta ekstinksjon av fast eige-dom", *Jussens Venner*, 2003, s. 312-339
- Bertelsen (2011) Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK: Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* (Oslo 2011)
- Bjørge (2013) Bjørge, Eirik, "Utredning av utvikling i EMD-praksis over P1-1", *inntatt som vedlegg 2 til NOU 2013:11*, 2013
- Broch (2005) Broch, Lars Oftedal, "Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol", *Lov og Rett*, 2005, s. 259-282
- Brækhus (1998) Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 og 4: Omsetningskollisjoner I og II* (Oslo 1998)
- Falkanger og Falkanger (2016) Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave (Oslo 2016)
- Lilleholt (1994) Lilleholt, Kåre, "Ulovfesta ekstinksjon – Norske Fjellhus - og Sigdal-dommane", *Jussens Venner*, 1994, s. 279-290
- Lilleholt (1999) Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorekstinksjon* (Oslo 1999)

- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett: Fleire rettar til same formuesgode*, 2. utgave (Oslo 2018)
- Lund (2016) Lund, Maria Vea, *Passivitet – Binding og rettstap som ulovfesta passivitetsverknader* (PhD, Bergen 2016)
- Lund (2018) Lund, Maria Vea, ”Om passivitet og Rt. 2015 s. 1157 Fårøyadommen”, *Jussens Venner*, 2018, s. 33-53
- Lund og Bakka (2017) Lund, Olav B. og Pål Magne Bakka, ”Ny dom fra Høyesterett stiller strenge krav til sameieres aktivitetsplikt”, *Harris.no*, 21. februar 2017, <https://harris.no/hoyesterett-stiller-streng-krav-sameiere-eiendomsrett/> (sist sjekket 31. mai 2018)
- Magnussen (2015) Magnussen, Roger Stelander, *Ulovfestede ekstinktive erverv*, bind 1 og 2 (PhD, Tromsø 2015)
- Marthinussen (2006) Marthinussen, Hans Fredrik, ”Ulovfestet ekstinksjon”, *Jussens Venner*, 2006, s. 1-29.
- Marthinussen (2008) Marthinussen, Hans Fredrik, ”Om europeisering av tingsretten – særlig i lys av den europeiske mennekserettighetsdomstols avgjørelse i Pye-saken”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008, s. 179-207
- Marthinussen (2016) Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene: Om formuerettslige argumentasjonsmønstre*, 1. utgave (Oslo 2016)
- Mo (2017) Mo, Einar, ”Kritisk blikk på Fårøya-dommen”, *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2017, s. 59-70

- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen; Oslo 2004)
- Nørregaard (2004) Nørregaard, Marianne, *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private* (København 2004)
- Solheim (2010) Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i den Europeiske menneskerettskonvensjon* (PhD, Oslo 2010)
- Aall (2015) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)