

Ejendomsrettens grense: Rådighetsinnskrenking, reelle hensyn og norsk Høyesteretts rolle

TOR-INGE HARBO, Ph.D., Universitetet i Oslo

Summary: This article elaborates on the Norwegian Supreme Court's application of so-called legal considerations illustrated through its rulings on the right to property laid down in the constitution. The discussion reveals a shift in the Court's reasoning which could be related to the introduction of legal positivism/pragmatism in the first half of the last century. The shift implied a focus on the rights of the collective at the expense of the rights of the individuals reflected in a narrower interpretation of the right of property excluding right to compensation in case of regulation of property. The Court's loyalty to the Legislator has been reinforced in the age of environmentalism. The pending question now is whether the Court has gone too far in its defence of the collective. Should it instead pay more attention individual rights, a stand that perhaps would be more in line with the European and international rights regimes?

Keywords: Constitution, property rights, jurisprudence, Supreme Court, legal theory

1 Innledning¹

Eiendomsretten er, som Grunnloven for øvrig, inspirert av opplysningstidens syn på individet. Den er preget av Lockes liberale ide om *apriori* og derfor ukrenkelige individuelle rettigheter som ved en substansiell fortolkning av rettstatsprinsippet skulle sette skranke for den Hobbeske positivistiske stat² – »lex facit regem« i motsetning til »rex facit legem«³. Sammen med kontraktsrettsinstituttet, som er uløselig knyttet til den individuelle viljeserklæring, dannet eiendomsretten grunnlaget for det Smithske liberale markedskø-

-
1. Jeg vil takke Ivar Alvik, Asbjørn Kjønstad og Eivind Smith, medlemmer av forskergruppen Konstitusjonelle Studier samt to anonyme referees for nyttige innspill til denne artikkelen.
 2. Hobbes, John (1651/1996) *Leviathan*, Oxford University Press. Den Hobbesianske samfunnskontrakten innebar at individene kunne frigjøre seg fra en miserable, brutal og anarkistisk naturtilstand og tre inn i en fredlig samfunnsordning ved å underkaste seg en absoluttisk eneherskers makt (*Leviathan*). Bakteppet for Hobbes' bok er ønske om å gjøre slutt på religionskrigene i Europa: tredveårskrigen varte fra 1618-1648.
 3. »the law makes the king« i stedet for »the king makes the law«.

nomiske system⁴ innenfor hvis rammer den nye styrende klasse – borgerskapet – skulle etablere sin maktposisjon. Bundet av den Lockske samfunnskontrakt var det den laissistiske rettstats⁵ fremste oppgave å sikre markedsøkonomiens grunnleggende størrelser, nemlig eiendomsrettens (og kontraktsrettens) absolutte gyldighet: »The chief end (...) of men's uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property«.⁶ Eiendomsretten ble, i henhold til Lockes rettighetsforståelse, betraktet som en forutsetning for den individuelle frihet og dermed også de andre individuelle rettighetene, en betraktningssmåte som i vår tid er kommet til uttrykk i en dom avsagt av den tyske forbundsforfatningsdomstolen: »Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht«.⁷

Imidlertid er vår Grunnlov ikke bare inspirert av den amerikanske revolusjon og forfatning, men også av den franske revolusjon, forfatning og også den Rousseaus variant av samfunnskontrakten. For mens Lockes samfunnskontrakt forutsetter de individuelle rettigheters ukrenkelighet som garanti for individets og den private sfæres (inklusive sivilsamfunnets) frihet i forhold til en potensiell undertrykkende statsmakt, så har Rousseaus samfunnskontrakt det motsatte utgangspunkt. De individuelle rettigheter og dermed den individuelle frihet forutsetter i henhold til denne tenkemåte eksistensen av en stat. Den Rousseauiske stats primære oppgave er å verne individet mot overgrep fra andre individer: »hver borger [skal] helt og holdent [være] uavhengig av de andre men overmåte avhengig av staten [...] for det er bare statens styrke som kan sikre borgernes frihet«.⁸ Ikke den individuelle vilje, men snarere folkeviljen utgjorde, i henhold til denne tankegang, den skapende kraft som sikret samfunnets velstand og borgernes vel. Dermed styrkes også viktigheten av de politiske rettigheter – eller såkalte annen generasjon rettigheter⁹ – siden denne individuelle friheten blir definert løpende gjennom de politiske prosesser. I Rousseaus så vel som Hobbes forståelse av samfunnskontrakten er det ikke individuelle rettigheter som først og fremst står i fokus, men fellesskapets interesser. Også fellesskapet har rettigheter slår den amerikanske Supreme Court, kanskje noe overraskende, fast i en dom fra første halvdel av det 19. århundre: »we must not forget that the community also have rights, and that the happiness and well being of every citizen depends on their faithful preservation«.¹⁰ Det finnes imidlertid mange historiske eksempler på at den Rousseauiske

4 Smith, Adam (1776/1937) *The Wealth of Nations*, Modern Library, New York .

5 Laissistisk av »laisses faire«, også omtalt som »nattvekterstaten«.

6 Locke, John (1689/1993) *Two Treatises of Government*, Everyman, London, s178. Locke la til grunn et vidt eiendomsbegrep.

7 24 BVerfGE 367, 389, 400 (1968) *Hamburger Deichordnungsgesetz*.

8 Rousseau, Jean-Jacques (1762/1958) *Samfunnspakten*, Dreyers Forlag, Oslo, bok II, kapittel 12.

9 Marshall, Thomas Humphrey (1950) *Citizenship and Social Class*, Cambridge University Press, Cambridge.

10 *Charles River Bridge Company v. Warren Bridge Company* (1837).

demokratisk valgte velgjørende lovgiver¹¹ har degenerert til en Hobbesiansk Leviathan; rettspositivismens alter ego: »auctoritas, non veritas facit legem«.¹²

Det tvisyn på eiendomsretten uttrykket ved konflikten mellom det Lockes og det Rousseaus syn på individuelle rettigheter generelt og eiendomsretten spesielt er også reflektert i vår egen Grunnlovs § 105. Hos oss ble eiendomsretten ikke fastsatt eksplisitt og prinsipielt slik Adler-Falsen foreslo i sitt grunnlovsutkast § 1: »Alle mennesker fødes frie og like, de har visse naturlige, væsentlige og uforanderlige Rettigheter. Disse ere Frihed, Sikkerhed og Ejendomsret«, men kun forutsatt implisitt ved en rett til erstatning ved ekspropriasjon i § 105: »Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen«. Grl § 105 verner dermed kun den økonomiske verdien som eiendomsretten utgjør, og ikke eiendomsretten som sådan: Man kan ikke kreve å få beholde familiegården intakt i tilfellet statens tarv fordrer at det skal bygges en vei over tunet, men må nøye seg med en penge-sum tilsvarende »full erstatning«.¹³

Eier har altså krav på erstatning i det tilfellet han må »avgive« sin eiendom til offentlig (og også privat) bruk. I henhold til bestemmelsens ordlyd har ikke eier krav på erstatning i det tilfellet det legges bånd på eiendommen som følge av offentlig regulering, altså i det tilfellet det dreier seg om en rådgighetsinnskrenking. Mange vil mene at en slik ordning kan virke lite gjennomtenkt all den tid en rådgighetsinnskrenking i mange tilfeller vil kunne ha samme effekt for eieren som en eiendomsavgivelse. Dette synspunktet er imidlertid kontroversielt, og det er flere grunner til det. For hvorvidt eier skal gis erstatning for rådgighetsinnskrenking eller ikke er ikke bare en juridisk problemstilling i snever forstand som kan løses ved hjelp av juridisk metode. Dette er en problemstilling med juridiske så vel som politiske og økonomiske dimensjoner. For et svakt eiendomsvern uttrykket ved en bokstavtro fortolkning av grl. § 105, hvilket innebærer at rådgighetsinnskrenking ikke nyter erstatningsvern, innebærer samtidig en svekkelse av individets stilling i forhold til staten og fellesskapet. Fortolkningen av grl. § 105 sier også noe om forholdet mellom den lovgivende og den dømmende makt. I det tilfellet domstolene legger til grunn en bokstavtro fortolkning av grl. § 105 opptrer de som forsvarer av kollektive rettigheter, gjerne i tråd med lovgiverviljen, snarere enn individuelle rettigheter. Disse problemstillinger gjenspeiles også i andre vestlige lands forfatninger. I denne fremstillingen vil jeg konsentrere meg om den norske.

11 »... en overlegen intelligens som kjente alle menneskelige lidenskaper, man selv ikke hadde noen av dem. Han matte ikke ha noe tilfelles med vår nature, men allikevel kjenne den til bunns; hans lykke matte være uavhengig av oss, men han matte allikevel stadig ha vår lykke I tankene (...) Det ville kreves guder for å gi menneskene lover« op. cit. bok II kapittel 7.

12 for eksempel de mange totalitære regimer – kommunistiske, fascistiske og nazistiske – i det 20. århundret, slike tendenser kan man også oppleve i demokratiske stater.

13 Hva som er å anse for »full erstatning« eller den amerikanske ekvivalenteren »just compensation«, altså rimelig erstatning (svakere vern enn det norske) skal ikke behandles i denne fremstillingen.

I norsk rett har spørsmålet om hvorvidt rådgighetsinnskrenking gir rett til erstatning vært diskutert med utgangspunkt i to motstående rettsteoretiske fløyer – tilhengere av henholdsvis rettighets/ eller substans teorien på den ene side og tilhengerne av standardteorien på den andre. Imidlertid vil det her bli gjort et forsøk på å se diskusjonene i et noe annet perspektiv med den hensikt å blant annet undersøke hvilke forfatningsrettslige implikasjoner de ulike syn har. Fremstillingen søker å analysere de argumenter som har vært fremmet når det gjelder anvendelsen av § 105 på rådgighetsinnskrenking. Særlig ønsker jeg å sette et lys på Høyesteretts rolle. Det er denne artikkels tese at Høyesterett har lagt den såkalte standardteorien til grunn ved avgjørelse av saker vedrørende eiendomsrådighet i allefall de siste tretti årene og at anvendelsen av denne har sammenheng med en kollektivistisk fortolknings reelle hensyn. Med den som basis har den forsvart, tilsynelatende mer progressivt i noen tilfeller enn den lovgivende makt har åpnet opp for, kollektive rettigheter – typisk naturvern, på bekostning av den individuelle rettigheten – her: eiendomsretten.

Umiddelbart nedenfor skal jeg se på synet på rådgighetsinnskrenking på slutten av 1800-tallet (I). Samfunnsutviklingen ved århundreskifte endret synet seg på forholdet mellom individ og samfunn, på retten generelt og individuelle rettigheter spesielt (II). Dette medførte en omdefinering av domstolens rolle (III) og fikk dessuten avgjørende innflytelse på synet på eiendomsretten (IV). Til grunn for det nye perspektivet ligger læren om en kollektivisert forståelse av reelle hensyn (V). Denne lære kan spores i Høyesteretts avgjørelser i naturverns saker fra og med Strandlovdommen¹⁴ (VI) og fikk sitt endelige gjennombrudd ved Hydalendommen¹⁵ (VII).

I.

På 1800-tallet forsvarte flere ledende norske jus-professorer en bokstavtro av Grl. § 105. Etter deres mening kunne det kun i de tilfeller der det forelå en eiendomsovergang bli tale om en rett til erstatning i henhold til Grl. § 105. I en betenkning på vegne av Det juridiske fakultet fra 1841 angående opphevelse av det bergenske bakerlaugs privilegier uttalte således Schweigaard og Motzfeldt at når ikke »Nogen maa *afgive* sin rørlige eller urørlige Eiendom«, så kunne det heller ikke bli tale om erstatning etter Grl § 105. Bestemmelsen kunne, etter deres mening, ikke tolkes analogisk for dermed å kunne utløse erstatning i disse tilfellene »hvor meget Føie man end kan have til i Bestemmelsen at søge en almindelig Grundsætning og udvide Kredsen for Regelens Andvendelse saa maa man dog vel erkjende, at det ikke gaar an, paa hin Paragraf i Grundloven at bygge nogen Indsigelse imot

14 Rt. 1970: 67.

15 Rt. 1993: 321.

et Lovbuds Gyldighed eller Ret til Erstatning for den i samme formentlig liggende Kræn- kelse, naar dette Lovbud overhovedet ikke angaar *Afgivelsen* af ens rørlige eller urørlige Eiendom som foranført«. ¹⁶

Høyesterett fulgte ikke opp en slik bokstavtro fortolkning av Grl § 105. *Holther- dommen*¹⁷ gjaldt eier (Holther) av en bytomt som ble nektet å bygge på tomten fordi kommunen hadde regulert tomten til vei. Riktignok forelå reguleringsplanen før Holther kjøpte tomten, men, ifølge dommer Saxlund, var dette irrelevant for saken fordi kommu- nen ved passivitet hadde mistet retten til retten til ekspropriasjon. Avgjørende for saken var, i følge dommer Manthey, som stemte med flertallet, »hva der i ulovbestemt tilfælde er ret; og da maa man have for øie, at den *almindelige retssætning*, som i en retning har faaet sin udtalelse i Grl.s § 105, jo maa medføre, at enkeltmand, som under anvendelse af loven om reguleringer ved kjøbstæders bebyggelse tilføies kjendeligt tab maa have adgang til erstatning«. ¹⁸

Det dreide seg altså her om en rådighetsinnskrenking på eiers hånd som følge av den kommunale reguleringsplanen. Som hjemmel for å tilkjenne erstatning i dette tilfellet – altså der en lovbestemmelse ikke uttrykkelig regulerer forholdet – viste derfor flertallet til den »almindelige retssætning« som *kun* i »en retning« har fått sin uttalelse i Grl. § 105. Det er verdt å merke seg at det her forutsettes at det i det konkrete tilfellet ikke forelå en positiv lov som tilsa en annen fortolkning av Grunnloven. Dermed er det heller ikke sagt noe om hva resultatet ville ha blitt dersom det forelå en lov som sa noe om fortolkningen av Grunnloven – altså motstridstilfellet. Justitiarius Thomle slutter seg til dommer Man- they, men utvidet vurderingsgrunnlaget til også å omfatte rettferdighet og rimelighet: »hensynet til hva naturlig *rettferdighet* og *billighet* mot enkeltmann tilsier, *ikke mindre enn* hensynet til den i Grl. § 105 uttalte *almindelige grunnsetning* må medføre at den enkelte ikke bør være pliktig til å tåle sånn innskrenking«. ¹⁹

Alminnelige rettsetninger og rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger oppstilles av Justitiarius Thomle som alternative og ikke kumulative hjemler for å kunne gi erstatning ved rådighetsinnskrenking. Men de er av vidt forskjellig karakter: Mens en henvisning til alminnelige rettssetninger i alle fall har et skinn av å være en vurdering av rettslig karakter – her har man typisk tenkt på eiendomsretten, forutsigbarhet i rettslivet, og/eller lik- hetstanken som alle kan føres tilbake til prinsippet om den Lockske liberale rettstaten – gir vurderingstemaene rimelighet og rettferdighet andre konnotasjoner. For én sak er det når lovgiver eksplisitt har uttrykket et slikt vurderingstema i lov, og med overlegg overlatt til domstolene å foreta en rimelighetsvurdering. Annerledes stiller forholdet seg når lovgi- ver ikke har gitt anvisning på vurderingstemaet. Rimelighet- og rettferdighetsvurderinger

16 Inntatt i Rt. 1895: 289-95; mine uthevninger.

17 Rt. 1880: 257.

18 Op. cit. s. 266, min uthevning.

19 Min uthevning.

har politiske konnotasjoner og det er dermed mer nærliggende at de politiske myndigheter beskjefziger seg med dem. Ved å foreta slike vurderinger beveger domstolene seg inn i den politiske sfære som mange av demokratiske grunner ville hevde burde være forbeholdt valgte representanter. Hvorvidt en slik vurdering skal unndras Domsolene eller ikke kommer an på hvilket syn man har på henholdsvis lovgivers og domstolens rolle, og desuten på hvilken demokratimodell man legger til grunn. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

Vurderingstemaet rimelig og rettfærdig som ble benyttet av Høyesterett i Holtherdommen har, for øvrig, likhetstrekk med det vurderingstema som den amerikanske *Supreme Court* la for dagen i deres fortolkning av »due process« klausulen i forfatningens amendment V og XIV. Lover ble underkjent i en rekke saker rundt århundreskiftet fordi domstolene mente at de var »unreasonable«.²⁰ Den amerikanske *Supreme Court* gikk her lenger enn norsk Høyesterett fordi den også anvender prinsippet i motstridstilfeller, dvs. den underkjenner selve loven og overprøvede dermed lovgivers begrunnelse, og ikke bare lovanvendelsen i den enkelte sak. Det var loven som sådan som var urimelig. I *Lochner* saken ble endelstatslov som begrenset bakerens arbeidstid – altså kontraktsfriheten – underkjent fordi den ble ansett for å være urimelig.²¹ Lovgivers forsøk på å intervenere i den private økonomiske sfære ble sett på som »nothing less than a bold assertion of absolute power of the State to control at its discretion the property and business of the citizens«²². I Holtherdommen var det Drammen kommunestyrelse som hadde vedtatt reguleringen, altså valgte representanter. Imidlertid var reguleringen ikke lov selv, men hjemlet i den alminnelige bygningslov av 1845.

Aschehoug kritiserte vurderingstemaet for Holtherdommen og hevdet at det her ikke dreier seg om en vurdering av hva eiendomsbesitteren har *rett* til etter Grl. § 105, men hva Høyesterett konkret anser for å være en *rimelig* løsning: »Eieren [kan] vel undertiden (...) have meget stærkt Billighedskrav paa Erstatning, men aldrig nogen Ret dertil«.²³ Aschehoug skiller således mellom den rettslige vurdering på den ene side og rimelighetsvurderingen på den annen. I det tilfellet at forbudet mot bruken av gjenstanden virker urimelig hardt på eier kan det gis erstatning selv om man altså ikke har noen »Ret« til det: »Det er sandt, at Forbud af det her omhandlede Slags kunne ramme Eierne saa haardt, at de billigviis bør have Erstatning«. Men han føyer til: »Men det gjelder ikke alltid eller engang i Regelen«.²⁴ Hvorvidt erstatning i dette tilfellet skal gis, beror på en helhetsvurdering der

20 se *Lochner v. New York* 1905; *Coppage v. Kansas* 1915; *Adkins v. Children's Hospital* 1923.

21 Flertallet i *Lochner* saken fant at myndighetene hadde »no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker«.

22 Mindretallets uttalelse i *Munn v. Illinois* (1877). Flertallet tillot loven om minstepris for korn.

23 Aschehoug, Torkel (1885) *Norges nuværende statsforfatning*, H Aschehoug & Co, Christiania, bd. 3, s. 79

24 Op. cit. s. 78.

et moment som inngår i vurderingen er om forbudet rammer bare noen grunneiere eller om det rammer mer generelt.

Aschehoug avviste også det andre hjemmelsgrunnlaget som ble fremsatt i Holtherdommen. En lære om at man ved å henvise til »det i Grl.s § 105 uttalte Princip« for å kunne oppstille en plikt for staten til å betale eier erstatning i det tilfellet en gjenstand som følge av lovgivningen berøves »al Værdi«, var uholdbar: »Analogien af Grl.s § 105 afgiver ikke tilstrækkelig Hjemmel dertil«. ²⁵ For det er først og fremst ved en overdragelse av eiendomsretten, hvilket innebærer at en annen part – offentlig eller privat – får en eksklusiv rett til å nytte seg av den, at eiendomsrettens »character av rettighed egentlig aapenbarer seg«. Det åpnes her opp for å inkludere et subjektivt element i vurderingen: avgjørende er ikke hvilken realitet saken har men hvordan denne realitet blir begrunnet. Dersom staten forbyr hvalfangst på Finnmarkskysten med den hensikt å begunstige annen konkurrerende hvalfangstsindustri, vil vedtaket være en ekspropriasjon, men, ikke dersom hensikten med forbudet er å verne om hvalbestanden. En annen sak er at selv om det uttalte formål i og for seg er »edelt« nok – vern av hvalbestanden – så er det selvsagt klart at hvalfangere andre steder i landet vil profitere på et slikt forbud. Effekten vil dermed være den samme og det er også grunn til at Aschehougs syn er kontroversielt. ²⁶ Aschehoug avviser en slik analogisk anvendelse av § 105 også på grunn av problemet med å sette en grense dersom det først er åpnet opp for en slik adgang. ²⁷

Vurderingstemaet »rettferdig og rimelig« ble imidlertid gjentatt av Høyesterett i *Backedommen*. ²⁸ Saken gjaldt regulering av bygslet byggetomt til offentlig plass. Spørsmålet var om bygsler Bakke kunne krevd erstatning for det tap han led ved at han ikke kunne bygge som planlagt. Høyesterett kom til at Backe hadde rett til erstatning for det tap han hadde lidt ved at han ble forhindret fra å bygge. Således uttalte dommer Hansteen: »En byggetomt i en by har, i det store taget mistet sin hele værdi, naar dens bebyggelse forbydes«. En regulering som forvandlet en byggetomt til en »værdiløs gjenstand« ville utgjøre en »skrigende uretfærdighed« mot den enkelte. Ifølge Justitiarius Lambrechts måtte avgjørelse søkes i »hva rettfærdighet og billighet tilsier, overensstemmende med *grunnsetningen* i grl. § 105« (min kursiv). Begrunnelsene i dommen må tolkes som en avvisning av Aschehougs så vel som Schweigaards og Motzfeldts fortolkning av grl. § 105.

Høyesteretts praksis var ikke helt uten holderpunkter i juridisk teori. Således hadde Fredrik Stang (d.e.) i første halvdel av det 19. århundre åpnet opp for en analogisk fortolkning av grl. § 105: »[A]dskillig måtte«, ifølge Stang, »flyte fra dens ånd og analogi«. ²⁹ Bredo Morgenstjerne fulgte opp dette synet. Han stilte seg åpen for at innskrenking av

25 Op. cit. s. 78.

26 Professorene Jaeger og Taranger tok forbehold under henvisning til Morgenstiernes lære. Mer om den følger nedenfor.

27 Aschehoug, op. cit. s. 78.

28 Rt. 1891: 569.

29 Sitert i Knoph, Ragnar (1948) *Rettslige standarder*, Grøndahl og søn, Oslo, s. 106.

eiendomsretten gjennom lov kan virke så hardt ovenfor eier at det måtte likestilles med avgivelse: »Imidlertid kan der tænkes Indskrænkninger i Benyttelsesretten af en saa indgribende Art, at de for Eieren vil stille sig som omtrent jævngode med Eiendomsretens berøvelse«. ³⁰ Til forskjell fra Aschehoug, som hevdet at man i dette tilfellet ikke hadde en »ret« til erstatning, så fant ikke Morgenstjerne det nødvendig å henvise til et slikt svakt fundert grunnlag for å begrunne erstatning for rådgighetsinnskrenking.

Morgenstjerne var av den oppfatning at bestemmelsen i Grl. § 105 åpner opp for erstatning i dette tilfellet basert på en rettslig vurdering fundert i en analogisk fortolkning av bestemmelsen. Som eksempel på et »Indgrep i den enkeltes Eiendomsrett [med] en saa ekspropriasjonsartet Karakter« nevner han »Indskrænkninger [som] rammer den eneste benyttelse, hvortil Tingen praktisk talt er skikket«. En innskrenking vil særlig fremtre som ekspropriasjonsartet i det tilfellet vedtaket rammer noen få personer. Dermed gjør Morgenstjerne seg til talsmann for å styrke eiers rett til erstatning etter § 105 og som en effekt av dette, en styrking av eiendomsretten.

Frede Castberg støttet synet på at eiendomsretten kan utledes av en analogisk fortolkning av Grl. § 105 med basis i et rettslig snarere enn et »politisert« vurderingstema. Henvisning til rimelighets- så vel som rettferdighetsbetraktninger som vurderingsnorm for bestemmelsen er overflødige fordi man ved en analogisk tolkning utledet »etter prinsippene i § 105« ³¹ kan hjemle erstatning for rådgighetsinnskrenking. Den er uakseptabel fordi den innebærer at domstolene blander seg inn i lovgivers oppgave: Domstolene kan ikke sette til side lover »bare av den grunn at den efter en utbredt opfatning må anses urettferdig«. Hvorvidt en lov er urettferdig eller ikke er en vurdering som må tas av politikere: »Den politiske vurdering av de stridende samfunnsinteresser er lovgiverens sak«. ³² Standpunktet innebærer samtidig en avvisning av premissene i Holther- og Bache-dommene: Ingen av dommene er, ifølge Castberg, »prejudikater i spørsmålet om hva grunnloven § 105 leder til«. ³³

Ifølge Castberg er det imidlertid klart at en utnyttelse av eiendomsretten, som i lovgivers øyne er skadelig, kan forbyes uten at det dermed oppstår et krav på erstatning etter en analogisk anvendelse av grl. § 105. Dette gjelder selv om utnyttelsen ikke tidligere har vært ansett for å være samfunnsskadelig. Lovgiver står i stor utstrekning fritt til å regulere bruken av eiendomsretten uten å komme i konflikt med grl. § 105. For eksempel kan det gis byggeforskrifter, bestemmelser som begrenser hugst, fangst og fiske, bestemmelser om forbud mot avhendelse og om maksimalpriser som alle vil kunne innebære begrensninger i utøvelsen av eiendomsretten. Imidlertid kan et forbud også i disse tilfelle ha en »eks-

30 Morgenstjerne, Bredo (1926) *Lærebok i den norske statsforfatningsret*, Christiansens Boktrykkeri, Oslo 3. utg., 2 bd, s. 648.

31 Castberg, Frede (1935) *Norges statsforfatning*, O. Christiansens boktrykkeri, Oslo, utg. I, bd 2, s. 357.

32 Op. cit. s. 324.

33 Op. cit. s. 348 fn 2.

propriasjonsartet karakter«, og i så fall kan eier kreve erstatning i henhold til en analogisk fortolkning av Grl. § 105. Etter Castbergs mening er det således ingen grunn til å behandle forskjellig en tvangstilegnelse og en forføyning som formelt har karakter av forbud mot en bestemt utnyttelse av tingen, men som økonomisk har samme funksjon som tilegnelse.³⁴ Castberg sonderer mellom generelle og spesielle forbud. Men denne regel er ikke absolutt. I det tilfelle hogst på alle skogeiendommer rundt en by forbys i det øyemed at skogen skal tjene som naturpark for byens innbyggere, så må eierne ifølge Castberg kunne kreve erstatning etter grl § 105.³⁵

II.

Synet på eiendomsretten som individuell rettighet har aner tilbake til den Lockske lære om samfunnskontrakten og dannet grunnlaget for de »borgerlige revolusjoner«. Den borgerlige revolusjon og Smith's markedsøkonomiske system fremmet et samsvarende syn på individets stilling i samfunnet. Begge instituttene var avhengige av autonome individer – henholdsvis *citoyen* og *bourgeois* – som opererte innenfor en privat sfære og som drevet av en protestant-kapitalistiske arbeidsetikk³⁶ søker respektivt å oppnå størst mulig personlig økonomisk og politisk gevinst. Dette konseptet skulle, i alle fall i teorien, ikke bare føre til større velstand for enkeltindivider, men også, konseptualisert gjennom læren om »den usynlige hånd«, til økonomisk vekst og velstand for samfunnet som helhet. De borgerlige subjektive rettigheter som begrenset statens makt over den private økonomiske sfære, kunne dermed ses som et redskap i den liberale markedsøkonomis tjeneste.

Den private eiendomsrett til produksjonsmidlene ble (ved siden av kontraktsretten) altså regnet som det konstituerende element i den markedsøkonomiske ordning³⁷. Men eiendomsretten, virkeliggjort gjennom det markedsøkonomiske system, førte ikke, slik Adam Smith hadde forutsatt, til større velstand for folk flest. Kun et begrenset samfunnsjikt skulle kunne dra nytte av de eiendoms- og næringsrettlige friheter den borgerlige rettstat vernet om. Denne »mangel« ved det kapitalistiske markedsøkonomiske system kan illustreres ved den juridiske konstruksjonen aksjeselskap. I motsetning til hva tilfellet er for det ansvarlige selskap, der individet er uløselig bundet til selskapets og kapitalens prospekt, splittes kapitalen fra individet i konstruksjonen av aksjeselskapet. I denne konstruksjon blir kapitalen subjektet og som selvstendig rettssubjekt nyter den i mange henseende godt av de samme rettigheter som det fysiske subjekt, individet: »Når private personer på lovlig måte har skapt en juridisk person (...) har en slik juridisk person krav

34 Op. cit. s. 252.

35 Op. cit. s. 254.

36 Weber, Max (1922) *Wirtschaft und Gesellschaft*.

37 Cf. Euchen, W. (1990) *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* s. 271.

på samme respekt for sine rettigheter som fysiske personer«,³⁸ eller som slått fast i den tyske *Grundgesetz* av 1949, art. 19 (3): »Die Grundrechte gelten auch fuer (...) juristische Personen (...)«. Eiendomsretten som ifølge Locke skulle sikre individets frihet og ukrenkelighet mot en potensielt tyrannisk Hobbsiansk Leviathan – manifestert gjennom en absolutistisk kongemakt eller en for den saks skyld et demokratisk majoritetstyranni³⁹ ble gjennom aksjeselskapskonstruksjonen redskap for markedskreftene frie spill – for den abstrakte kapitalismens tyranni.⁴⁰ Den juridisk persons krav om »menneskerettigheter« (her: eiendomsretten) ble, i forhold til den opprinnelige tanke om disse, således en »trojansk hest i systemet«. ⁴¹

Det markedøkonomiske system understøttet av den borgerlige liberale laissistiske rettstat hadde forvandlet idealet om like rettigheter og likhet for loven til lik sjanse til like rettigheter, altså reell ulikhet for loven. For det var ikke tvil om at det var et hav av forskjell mellom den borgerlige kapitaleierens privilegerte stilling i samfunnet og den arbeidende underklasse. Rettstatsprinsippet og det markedøkonomiske system arbeidet til kapitalistens fordel understøttet av statsmaktens praktisering av ikke-intervensjonsprinsippet. Et nytt privilegiesamfunn var etablert hundre år etter den borgerlige franske revolusjons slagord »frihet, likhet, brorskap« spredte seg over Europa. Nå truet en ny revolusjon – arbeidernes revolusjon: »Ein Gespenst geht um in Europa – das Gespenst des Kommunismus«. ⁴²

Under trussel om revolusjon skulle et annet fordelingsprinsipp enn det Smithske markedøkonomiske system la opp til – „the entitlement theory of justice in holdings«⁴³ utvikle seg; et omfordelingssystem som kun tillot økonomiske ulikheter dersom dette var til det beste for den som var minst privilegert.⁴⁴ Økonomisk ulikheter, ble det med kraft hevdet, førte til politisk ulikheter i strid med elementære demokratiske prinsipper. En omfordeling av samfunnsgodene måtte nødvendigvis innebære at statsmakten intervenerte i den privatøkonomiske sfære. Den liberale rettstaten som hadde sikret den borgerlige økonomiske klasses behov for forutberegnelighet i forretningslivet, skulle bli transformert til et redskap i proletariatets interesse, og denne endrede *raison d'etat* fikk sitt uttrykk i sosialstatens posi-

38 Castberg, Frede (1964) *Norges statsforfatning*, Universitetsforlaget, Oslo, utg. III, bd. 2, s. 274. Castberg likestilling gjelder §§ 97 og 105.

39 Mill, John Stuart (1859/1985) *On Liberty*, Penguin books, London; Tocqueville, Alexis de (1835/1998) *Democracy in America*, Wordsworth Classics, Hertfortshire.

40 Cf. Preuss, Ulrich K. (1979) *Die Internalisierung des Subjekts: Zur Kritik der Funktionsweise des Subjektiven Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.

41 Opsahl, Torkel, »Grunnlovens eiendomsvern og bankdemokratiseringen« NOU 1976: 52, s. 285-309, s. 295.

42 Marx/ Engels (1848/1967) *Kommunistiske Manifest*, s. 7.

43 Nozick, Robert (1974) *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, s. 151.

44 Cf. »differens prinsipp« Rawls, John (1971) *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge.

tivrettslige intervensjonspolitikk. Politikken intervensjon i retten fordret av en utilitærtisk samfunns teori og en positivistisk rettsteori skulle innebære store konsepsjonelle endringer. Retten gikk fra å være et redskap i individets tjeneste innenfor rammene av den borgerlige liberale rettstaten, til å være et redskap for staten på vegne av kollektivet definert av den nye proletariatklassen. Fra å være av negativ natur, altså som skranker for politikken, fikk retten en positiv karakter, som den til enhver tid sittende regjering med parlamentsflertallet i ryggen kunne benytte seg av som styringsinstrument for å fremme ærgjerrige politiske mål.

Det var noen få som beholdt et mer nyansert syn på retten generelt og eiendomsrett-instituttet spesielt enn det som etter hvert ble dominerende blant den politiske så vel som juridiske elite. På samme måte som Schweigaard og Aschehougs lære sto i konflikt med datidens høyesterettspraksis skulle Morgenstjerne og Castbergs lære være i uoverensstemmelse med den rettspraksis som utfoldet seg i det 20. århundre. Men det ble foretatt et rollebytte. Mens Høyesterett i det 19. århundre (tilsynelatende) hadde påtatt seg rollen som den individuelle eiendomsretts beskytter, ble denne rollen nå overtatt av professorer ved Det juridiske fakultet. Morgenstjerne og Castberg kjempet en to-fronts-kamp: Mot lovgiver på den ene side og en lovgiverlojal Høyesterett på den annen side, som begge søker å beskytte et »System der subjektiven oeffentlichen Rechte«, på bekostning av de »subjektiven privaten Rechte«.⁴⁵

Fra å være en absolutt rett (»evige uforanderlighet«) som uttrykk for individets uavhengige stilling (»steileste individualisme«) og som fundament for øvrige sivile og politiske rettigheter, så vel som all objektiv rett (»all retts kilde«⁴⁶) fikk eiendomsretten en relativ fortolkning tilpasset de til en hver tid gjeldende samfunnsmessige behov. Ifølge Ragnar Knoph ble eiendomsretten, som andre subjektive rettigheter, innskrenket i objektiv så vel som i subjektiv forstand. Med objektiv forstand mente han rådighetsinnskrenking – endring utenfra, og det skal vi se nærmere på i fortsettelsen. Imidlertid har de individuelle rettigheter, her eiendomsretten, også endret seg på et annet vis – innenfra. Den subjektive forståelse av de individuelle rettigheter hadde ufulge Knoph endret seg ved at formålet eller hensikten bak rettighetsbegrepet var endret. Denne endringen gjør seg for eksempel gjeldene ved at eiendomsretten, det vil si den eiendomsretten som er igjen etter at rettigheten er innskrenket utenfra, endret innhold. Det hadde lenge vært sikker rettspraksis at eiendomsretten ikke kunne utnyttes til skade for samfunnet. Men Knoph vender om på dette utgangspunkt når han hevder at spørsmålet ikke er om utnyttelsen av eiendomsretten er til skade eller ikke for samfunnet, snarere om den er til gagn for samfunnet:⁴⁷ »retten nye sociale ånd er i full gang med å omdanne [de individuelle rettigheter] fra indivi-

45 Jellinek, Georg (1892) *System der subjektiven oeffentlichen Rechte*, Freiburg.

46 Knoph, Ragnar (1921) Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, Norli, Kristiania, s. 170.

47 Op. cit. s. 194.

duelle prærøgativer til redskaper i samfundsnyttens tjeneste«. ⁴⁸ Med en nesten rousseausk overbevisning – »the fruits of the earth belong to us all, and the earth itself to nobody« ⁴⁹ – uttrykker den politisk konservative Fredrik Stang (d.y.): »[M]er og mer trer det frem for bevisstheten at jorden er det varige grunnlag for samfundets liv, og at benyttelsen av den må skje med det for øie«. ⁵⁰ Det er ikke samfunnet som er til for å tjene eiendomsretten, slik den klassiske liberale naturrettslære postulerte; det er eiendomsretten og alle andre rettsregler og rettsinstitutter som skal tjene samfunnet.

Når eiendomsretten allikevel forsvares under det nye regimet er det naturligvis ikke ut fra Locke's tankegang om medfødte rettigheter, men utelukkende fordi den ansees som det beste middel til å utnytte naturens goder og stimulere nasjonens produksjonskraft. Eiendomsrettens forsvar er utslaget av en utilitaristisk tankegang: »No one can doubt, that the convention for the distinction of property, and for the stability of possession, is of all circumstances the most necessary to the establishment of human society«. ⁵¹ Og det er ut fra denne utilitaristiske begrunnelse av eiendomsretten at man naturlig ledes til å slutte, at selv en eier må finne seg i at hans rådighet blir beskåret når hensynet til allmennheten krever det. Eiendomsretten fikk en »moderne« fortolkning med et økt sosialt preg som sto i kontrast til den klassiske liberale individuelle eiendomsretten. ⁵² Helt konkret fastslo den tyske Weimarforfatningen av 1919 i art. 153: »Eigentum verpflichtet. Sein gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen«, en bestemmelse som for øvrig er videreført i Grundgesetz av 1949 art. 14 (2). Man søkte å finne en gylden middelvei mellom sosialisme og kapitalisme, individuelle rettigheter og kollektive rettigheter, eiendomsrett og sosialrett, naturrett og positiv rett, rettstat og sosialstat, mellom forfatningen som skranke eller som »a instrument of change« ⁵³. Disse motstykker skulle man utgangspunktet tro var uforenelige størrelser, men de er allikevel ikke mer uforenelige enn at man har valgt å forene dem i den tyske Grundgesetz art 28, 1: »Sozialer rechtsstaat«.

48 Knoph, Ragnar (1934) *Utviklingslinjer i moderne formuerett*, Stenersens forlag, Oslo, s. 32.

49 Rousseau, Jean-Jacques (1755/1984) *Discourse on Inequality*, Penguin Books, London, s. 109.

50 Stang op. cit. s. 16.

51 Hume (1739/1978) *A Treatise of Human Nature*, book III, part II, § 11.

52 Stang op. cit. s. 15.

53 Smith, Eivind (2003) »The constitution between Politics and Law« i d.s. (red.) *The Constitution as an Instrument of Change*. Imidlertid kan forfatningen ved å binde også virke frigjørende, jf Elster, Jon (1979) *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, Cambridge; Holmes, Stephen (1988) »Precommitment and the Paradox of Democracy«; in: Elster, J. and Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, s. 195-240.

III.

Endringen av synet på rettens funksjon fikk konsekvenser for tenkningen rundt den tredje statsmakts rolle. Domstolen rolle i henhold til det rettspositivistiske syn ligner, ifølge kritikerne, et forvaltningsorgans og dommeren kan sammenlignes med dagens »kreative« byråkrater underlagt lovgiverviljen slik denne fremkommer av lovene og dens forarbeider.⁵⁴ For det må antas at dommeren, under det positivrettslige regime i ikke ubetydelig grad skaper rett: »there are cases left incompletely regulated by the law where the judge has an inescapable though 'interstitial' law-making task, and that so far as the law is concerned many cases could be decided either way«. ⁵⁵ Dommeren blir en lovgiver. Hvorvidt dommeren skaper eller finner retten kan synliggjøres i argumentasjonsmåten. Ronald Dworkin deler inn i to argumentasjonsmåter: »arguments of principle« og »arguments of policy«. Mens »arguments of principle« rettferdiggjør en politisk beslutning ved å vise til at den respekterer eller sikrer individuelle eller gruppe rettigheter, så vil »arguments of policy« rettferdiggjøre politiske beslutninger fordi det fremmer eller beskytter et kollektivt mål for samfunnet som helhet.⁵⁶

Under det rettspositivistiske regimet opptrer ikke domstolene som forsvarere av de bestemmelser om individets rettigheter som er nedfelt i forfatningen om nødvendig også i konflikt med lovgiverviljen – *Rechtstaat*, men som en forsvarer av lovgiver og dens fortolkninger av grunnloven – *Gesetzstaat*. Man kan si at domstolene forsvarer lovgivers kompetanse etter Grl. § 75 på bekostning av de individuelle rettigheter som er nedfelt i andre bestemmelser i forfatningen: »domstolen bør være særlig forsigtige med at sette en lov tilside, naar de lovgivende myndigheter under lovens behandling har gjort spørsmålet om lovens grundlovsmæssighet til gjenstand for en speciel drøftelse og er kommet til en bekræftende besvarelse av dette spørsmåla«⁵⁷. Denne svekkelsen av domstolens rolle, og tilhørende styrking av lovgiver er nært knyttet til synet på forfatningen: Det er Stortinget og ikke domstolene som er Grunnlovens vokter; domstolene opptrer lovgivertro i sin fortolkning av Grunnloven; forfatningen er et fortolkningsprinsipp, snarere enn skranke for lovgiverviljen.⁵⁸

Domstolenes lovgivertro rolle har hatt stor gjennomslagskraft i norsk rettsteori. Således hevdet for eksempel Carsten Smith på midten av 1970-tallet at »vinner man ikke fram ved de demokratiske avgjørelser i Stortinget, bør ikke tidligere samfunnsoppfatninger [nedfelt

54 Dworkin, Ronald (1977) *Taking rights seriously*, Duckworth, London, s. 82.

55 Hart (1961/1994) *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, s. 274.

56 Dworkin pp. cit. s. 82.

57 Rt 1918: 401 på s. 404-5.

58 Se også Smith, Eivind (1993) *Høyesterett og folkestyre*, Universitetsforlaget, Oslo s97 flg. s. 252 flg, s. 297 flg.

i Grunnloven] kunne komme til unnsetning gjennom domstolenes grunnlovstolkning«. ⁵⁹ Samtidig hevdet han at Høyesterett bør mer aktivt gå i spissen i den alminnelige rettsutviklingen, ⁶⁰ hvilket ville bety at de i større eller mindre grad må drive politisk virksomhet: »en høyesterettsdommer bør utøve den form for politisk virksomhet at han, innenfor dommerens rammer, søker å fremme de alminnelig politisk aksepterte retningslinjer i landet« for man må »erkjenne at Høyesterett har en politisk funksjon, og man bør i større grad enn det er vanlig i vårt rettsliv anerkjenne at Høyesterett skal ha en politisk funksjon«. ⁶¹ Det økede domstolsengasjement Smith ønsker seg må dermed være av lovgiverkonform natur. Domstolen innvilges en større rolle bare under den forutsetning at den underordner seg den legislative gren. Fremstøtet er tilsynelatende preget av en utilitærtisk tankegang og har klare likhetstrekk med Hart sin oppfattelse av den dømmende makts rolle: »Hvorledes [Høyesterett] bruker sin arbeidskraft er et vitalt spørsmål for vårt rettsliv«. ⁶² For Carsten Smith dreier det seg først og fremst om å gjøre effektiv bruk av den kapasitet som Høyesterett besitter i form av sin funksjon, men også dens medlemmers kompetanse. Det dreier seg altså om en arbeidsdeling av lovutarbeidelsen, der Stortinget »lager« lover en gros, mens Høyesterett utpensler disse i nærmere detalj. Høyesterett knyttes til den lovgivende makt, den blir dens høyre hånd; dets redskap. En følge av dette nære forholdet mellom lovgiver og domstol må nødvendigvis være at det Montesquieske maktfordelingsprinsipp som ifølge Grunnlovens regulerer forholdet mellom statsmaktene korrumpes.

Dette betyr ikke at konflikt mellom Storting og Høyesterett unngås, men denne konflikten er først og fremst et resultat av at Stortinget ikke er enig med seg selv. Et typisk eksempel på en slik Stortings-intern konflikt har vi sett når Stortinget i det ene tilfellet binder seg til internasjonale avtaler, ⁶³ men i neste omgang ikke tar konsekvensen av dette fullt ut og konsiperer nasjonale bestemmelser som er i strid med den samme internasjonale avtalen. Høyesterett får i dette tilfellet oppgaven med å løse den tvisten som oppstår mellom to Stortings flertall. ⁶⁴

59 Smith, Carsten (1975) »Domstolene og rettsutviklingen«, *Institutt for privatrett stensilserie*, Nr 23, Juridiske fakultet, Oslo, s. 17.

60 Op.cit. s. 40.

61 Op.cit. s. 15.

62 Op.cit. s. 18.

63 For eksempel Menneskerettighetsloven og EØS-loven.

64 For eksempel Finnangerdommene Rt.2000: 1811; Rt. 2005: 833, og Kløftadommen Rt. 1976: 1.

IV.

Det nye synet på retten, eiendomsretten og domstolenes rolle materialiserte seg for alvor i *konsesjonsdommen*.⁶⁵ Saken gjaldt bestemmelser om hjemfallsrett som innebar at eiendomsretten til fossefall etter et visst antall år skulle tilfalle staten.⁶⁶ Spørsmålet var om bestemmelsene i denne loven, som i det konkrete tilfellet innebar at selger av fossefall ville få en lavere pris enn det han ville ha fått uten hjemfallsretten, måtte regnes som et ekspropriasjonsartet inngrep og om eier dermed med hjemmel i en analogisk fortolkning av grl. § 105 kunne kreve at verdiforringelsen derfor måtte kompenseres. Førstvoterende Backer uttalte at: »Det er klart at den lovgivende magt har, og maa ha utstrakt beføielse til at begrænse eiendomsretten, saaledes at eierens raadighet kun utøves overenstemmende med de forskjellige hensyn, som samfundsforholdene og samfundsutviklingen til enhver tid gjør det nødvendig at ta i betragtning«. I dette tilfellet dreide det seg om eiendomsretten til norsk grunn; til »det norske folks nasjonale arvesølv«, nemlig fossefallet. Og det gjaldt å hindre at retten til utnyttelse av denne kom på utenlandske hender over en lengre periode enn 60-80 år.

Førstvoterende avviste at det her dreide seg om en ekspropriasjon siden det ikke var tale om en eiendomsovergang. Han fant heller ikke at begrensningen av eiendomsretten loven innebar var »saa væsentlig« at den måtte settes til side som stridende mot Grl. § 105, det vil si, en analogisk forståelse av denne. Begrensningen i eiendomsretten kunne, med andre ord, ikke sidestilles med en tvungen eiendomsavgivelse. Dessuten innebar en ervervelse av vannfall av utlendinger »væsentlige farer for den sociale og samfundsøkonomiske utvikling i fremtiden, farer, som den lovgivende magt har anset det nødvendig at verge samfundet mot«.⁶⁷

Ikke overraskende skulle Morgenstjerne og Castberg uttale seg kritisk til flertallsoppfatningen i *Konsesjonsdommen*. Deres syn samsvarte med mindretallet som fastholdt at det var i strid med Grl. § 105 at lovgiver oppstilte betingelser for salg at staten uten erstatning skulle kunne tilegne seg eiendomsrett til vassdrag.⁶⁸ Mindretallets dommer Mejdell baserte sin konklusjon på det »almindelig princip«⁶⁹ om vernet av den private borgers rettsikkerhet overfor statsmaktene.

Castberg stilte seg, ifølge Jens Arup Seip, dermed utenfor »den hovedvei rettsvitenskaplig grunnlagstenking har fulgt i den siste mannsalder«.⁷⁰ Denne tankegang reflek-

65 Rt. 1918: 401 (4-3).

66 Lov av 18. september 1909.

67 Op.cit Rt. 1918: 401, s. 406.

68 Morgenstjerne Statsforfatningsrett 3 utg. 1926 s 392-3. Castberg hadde stått for revisjonen av det aktuelle kapittelet.

69 Op cit. Rt. 1918: 401, s. 410.

70 Seip, Jens Arup (1965) »Den norske Høyesterett som politisk organ« Lov og Rett s. 1-21.

teres i Castbergs syn på den positive retts manglende allmenngyldighet: »I situasjoner da det faktisk opprettholdte normsystem krenker fundamentale etiske normer, kan det være ikke bare moralsk, men også juridisk riktig å ta konsekvent og vedholdende avstand fra myndighetenes praksis og makthavernes meninger«. ⁷¹ For »[o]gså ut over hva den positive rett bestemmer på dette området, kan man saktens betrakte det jeg kaller 'det naturrettslige minimum', som en begrensning selv i de høyeste statsorganers beslutningsmyndighet«. ⁷² Dette syn gjorde han, ifølge Slagstad, til en »enslig naturrettslig svane« i et rettspositivistisk preget miljø. ⁷³ Castberg slo imidlertid fast at den naturrett han refererte til, ikke hadde en absolutt eller et metafysisk utspring: »den naturrettslære vi kan godta i dag, må (...) være en lære om hva man har kalt »naturrett med vekslende innhold«. ⁷⁴

En naturlig følge av hans naturrettslige sympatier er hans syn på domstolens rolle og prøvelsesrettsinstituttet. Prøvelsesretten var et viktig vern for individet »I en tid, da også individets åndelige frihet kan tenkes å bli truet, er der en viss betryggelse for alle samfundets medlemmer i at statsmaktene, og lovgiveren, står under domstolens kontroll«. ⁷⁵

V.

Konsensjonsdommens flertall fikk imidlertid støtte fra annet hold. I sitt banebrytende verk *Rettslige standarder* tilpasset Ragnar Knoph den juridisk tolkningsteori til den nye forståelsen av eiendomsretten. Etter Knophs mening måtte Grunnlovens § 105, på lik linje med § 97, være å oppfatte som en »ubestemte og bøielige standarder (...) som tar likhets- og rettferdstanken i sin direkte tjeneste«. ⁷⁶ Dermed tok Knoph opp vurderingstemaet fra Holther- og Backe-dommene. Den standard de to grunnlovsbestemmelsene uttrykker vil, ifølge Knoph, »formes etter tidsånden og være en målestokk for hva en sivilisert stat skylder individet av rettsbeskyttelse«. ⁷⁷ I det tilfellet bestemmelsen skal kunne anvendes analogt må det i så fall bli i form av en standard, hvor erstatningsspørsmålet avhenger av et konkret skjønn om likhets- og rettferdighetsprinsippet er krenket. ⁷⁸

Dermed har ikke Knoph avvist at det kan ytes erstatning for rådhetsinnskrenking etter en analogisk fortolkning av grl. § 105. Men en slik tolkning kan ikke foretas uten at

71 Castberg, Frede (1966) *Retten og staten*, Universitetsforlaget, Oslo, s. 43.

72 Castberg, Frede (1964) *Norges statsforfatning*, Universitetsforlaget, Oslo, utg. III, bd. 2, s. 142.

73 Slagstad, Rune (2001) »Norsk rettstenkning fra Schweigaard til Seip« i d.s. *Rettenns ironi*, Pax, Oslo s. 62-98, på s. 92.

74 Castberg 1966 op. cit. s. 70.

75 Castberg, Frede (1939) »Stat og individ i norsk offentlig rett« i *Nordisk administrativ tidsskrift*, s. 263 (skrev han i 1935 med tanke på diktaturenes fremgang i Europa)

76 Knoph, Ragnar (1948) *Rettslige standarder*, Grøndahl og søn, Oslo, s. 110-2.

77 Op. cit. s. 112.

78 Op. cit. s. 111-2-

lovgiver involveres. En slik fortolkning må med andre ord fremgå av positiv lov. For også lovgiver plikter å vurdere grunnlovmessigheten av de lover den gir. Dermed har Knoph bundet rimelighet og rettfærdighetsvurderingen til lovgiverviljen. Hvorvidt grunnloven beskytter en bestemt rettighet, for eksempel, rådighet over eiendommen eller ikke, beror da prinsipielt ikke på en fortolkning av Grunnloven selv, men på en fortolkning av den lov som hjemler en slik analogisk fortolkning av grunnloven. Bestemmer en lov at Grunnloven § 105 skal fortolkes analogisk slik at også rådighetsinnskrenking skal gi krav på erstatning så er dette avgjørende. Tilsvarende, bestemmer den lov som hjemler rettigheten at den ikke skal være grunnlovsbeskyttet, så har den heller ingen slik beskyttelse.⁷⁹ Og dette gjelder også i det tilfellet lovgiver bestemmer seg for å tolke Grunnloven snevrere enn det ordlyden skulle åpne opp for. I det tilfellet det ikke finnes positiv lovtekst som sier noe om hvordan domstolen skal forholde seg ved grunnlovsfortolkningen må man forvente at domstolene fatter avgjørelsen i pakt med det den antar er lovgiverviljen. Det er etter denne lære ikke rom for en »overpositiv« eiendomsrett, og dermed heller ikke for en konflikt mellom positiv lov og Grunnlovens bestemmelse om eiendomsretten slik denne er fastsatt i § 105. Eiendomsretten er ikke mer omfattende enn det som til enhver tid er fastsatt av lovgiver.

Den i utgangspunktet skjønnsmessige vurderingen som vurderingstemaet rimelighet og rettfærdighet legger opp til »rettsliggjøres«⁸⁰ eller »materialiseres« ved Knophs standardlære. Vurderingstemaet som av Aschehoug hadde blitt avvist som utenomrettslig og av Castberg som for utpreget politisk, er gjennom Knophs »rettsliggjøring« blitt legitim å foreta også for domstolene. Men det er altså en klar forutsetning, nemlig at domstolene i sin rimelighetsvurdering legger seg helt opp til lovgiverviljen uttrykt i lovens formål, det Torstein Eckhoff, og senere Carl August Fleischer refererte til som henholdsvis »reelle« og »reale« hensyn. Rimelighetsvurderingen er fremdeles et politisk vurderingstema som det var på Aschehougs tid. Men i en rettspositivistisk forståelse av domstolens rolle, så er dette altså ikke et problem siden domstolen forventes å opptre lojalt med lovgiverviljen.

I *Grunnlovens grenser* hevder Fleischer at Grl. § 105 ikke er en absolutt lex superior som ubetinget og i alle tilfelle slår igjennom det som følger av de andre rettslige kilder. Erstatning for rådighetsinnskrenking er ikke utelukket. Men det beror, ifølge Fleischer, på en totalvurdering av en rekke ulike argumenter som kommer til uttrykk i rettspraksis, reelle hensyn, rettsvitenskapen, i tillegg til grunnlovbestemmelsens ordlyd.⁸¹ Etter hans syn er en analogisk fortolkning ikke alene nok til å kunne fastsette erstatning for rådighetsinnskrenking. Det kan dermed ikke oppstilles en skranke for lovgiver ved en analogisk fortolkning av Grl. § 105. Analogislutning på grunnlag av Grl. § 105 står ikke så sterkt at den kan innskrenke lovgiverens frihet – lex superior prinsippet trumfer ikke i motstridtil-

79 Augdahl, Per (1935) »Nogen bemerkninger om grunnlovens § 97 og § 105« i Rt. 1935: 33.

80 Knoph op. cit. s. 29flg; 76 flg

81 Op. cit. s. 46 og 47

fellet, men det vil kunne ha betydning i relasjon med andre rettskilder (enn lov og lovsforarbeider) at slutningen har basis i en grunnlovsbestemmelse. Ikke bare skal en totalvurdering legges til grunn for avgjørelsen av hvorvidt ekspropriasjonsartet rådighetsinnskrenking skal gis erstatning, men en totalvurdering kan også føre til en innskrenkende fortolkning av grunnlovsbudet: »Prejudikater eller vektige reale hensyn kan oppveie det som skulle følge direkte av vedkommende grunnlovsbud, slik at domstolen slår fast en innskrenking i dette«. ⁸² Til grunn for dette synspunktet viser Fleischer til Paal Bergs votum i konsensjonsdommen der han hevdet at de bånd GrL. § 105 legger på lovgivningsmakten må fortolkes med varsomhet. I denne sammenheng er lovens formål et viktig moment, nærmere bestemt, de sosiale formål som lovgiver gjennom lovgivningen ønsker å fremme. Han oppsummerer sitt syn på følgende måte: »Med de prinsipper som legges til grunn i dag, og som i virkeligheten bare innebærer et forbud mot de virkelig urimelige inngrep, er det ingen grunn til å beklage seg over de skranker som foreligger«. ⁸³

Fleischer slutter seg dermed til det vurderingstema som Høyesterett forholdt seg til i Holther- og Bache-dommene. Men hans rimelighetsvurdering har et annet innhold enn den Høyesterett benyttet den gang. Den kan snarere sammenlignes med den lovgivertro vurdering Knoph la til grunn for sin standardlære. Men Fleischer går lenger en Knoph. For mens Knoph i sin rimelighetsbetraktning hadde individet i fokus, later det til at Fleischers reelle hensyn snarere fokusert på storsamfunnets behov. Dette fokuset kommer tydelig frem i hans bok *Rettskilder og juridisk metode* (1998). I boken går han i rette med de forfattere som hevder at reelle hensyn er lovanvenders *egne* vurderinger om hva som er rimelig og urettferdig. ⁸⁴ En slik forståelse av reelle hensyn kunne jo komme til å ta individuelle snarere enn kollektive hensyn, ⁸⁵ noe som etter hans mening kan føre til »ekstreme« resultater. ⁸⁶ Reelle hensyn er de verdier som lovgiver søker å fremme som noe ønskelig eller motvirke som noe uønsket. ⁸⁷ Disse verdiene har i den senere tid særlig hatt en miljøpolitisk profil, noe vi også skal se straks nedenfor.

82 Op. cit. s. 46.

83 Fleischer, Carl August (1964) »I hvilken utstrekning er det etter Grunnloven adgang til å gjøre inngrep eller fastsette begrensninger i private rettssubjekters eierrådighet?« Lov og Rett s. 241-263, på s. 263.

84 For eksempel Erik Boe (1996) Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære, Tano Aschehoug; Ruud, Morten, Ulfstein, Geir, Fauchald, Ole Kristian (1997) Utvalgte emner i folkerett: metode, miljø, havrett, handel, Tano Aschehoug.

85 Et typisk eksempel der reelle hensyn har fått det jeg refererer til som en individuell fortolkning er Bidragspliktdommene referert i Rt. 1916: 648 og Rt. 1921: 406, men kanskje mer relevante, Rt. 1977: 1035.

86 Op. cit. Fleischer s. 372. Fleischer viser til Johs. Andenæs sin artikkel i LoR 1975 s. 248 der han omtaler Strandlovdommen Rt 1970: 67.

87 Op. cit. s. 380.

VI.

Lov av 19. juni 1970 nr. 63 om naturvern og vernevedtak førte til en intensivering av konflikten om erstatningsberettiget rådighetsinnskrenking. Erstatning for rådighetsinnskrenking som følge av regulering kunne, ifølge loven § 20, kreves »i samsvar med alminnelige rettsgrunnsetninger«. Bestemmelsen innebar en »delegasjon« av avgjørelsesmyndighet til domstolen, som uten videre retningslinjer fra lovgiver måtte forholde seg til »de retningslinjer som har utviklet seg på basis av prinsippet i Grl. § 105«. ⁸⁸ Men buen til konsensjonsdommen skulle bli slått allerede ved *Strandlovdommen*. ⁸⁹ Dennes premisser var avgjørende for de neste 20 års høyesterettspraksis.

Saken gjaldt en lov som generelt forbød bygging nærmere kyststripen enn 100 meter (strandsonen). Forbudet var midlertidig og skulle i første omgang gi myndighetene muligheter til å utrede reguleringsplan for strandsonen. Eier av Sauholmen brakte saken inn for retten idet han hevdet at vedtaket var av en slik art at det i realiteten innebar en ekspropriasjon siden den medførte at han overhode ikke kunne bygge på holmen. ⁹⁰ Eier ble ikke tilkjent erstatning. Som utgangspunkt for sin vurdering viste dommer Mellbye til uttalelser fra byrettsdommer Siewerts votum i konsensjonssaken, ⁹¹ som Høyesteretts flertall hadde bygget sitt standpunkt på i dommen fra 1918. Dette gjaldt særlig uttalelser om hensynet til samfunnets behov og hvordan dette kunne utvikle seg over tid: »Bestemmelser, hvis nødvendighet eller berettigelse kanskje for samtiden har stillet sig tvilsom, vil i en nærmere eller fjernere fremtid staa som selvindlysende«. Og en slik selvindlysende situasjon stod man, ifølge dommer Mellbye ovenfor i Strandlovsaken.

Dommen er av Fleischer omtalt som »en solid bekreftelse på at det var riktig å la de reelle hensyn stå sentralt i fortolkningen av Grl. § 105«. ⁹² Men, igjen er det ikke reelle hensyn som en egen rettskildefaktor eller for den saks skyld som dommerens egne vurderinger vi har med å gjøre, men snarere en kollektivisert versjon av reelle hensyn som legger seg tett opp til, om ikke tilsvarer, lovgiverviljen slik denne fremkommer av rettskildefaktorene lovtekst og forarbeider. For det som Fleischer refererer til som reelle hensyn i domstolens premisser i Strandlovdommen er i realiteten – verken mer eller mindre – falt fra forarbeidene til loven, Ot. Prp. nr. 40 (1964-65). Å rubrisere reelle hensyn som en egen rettskildefaktor i tilfellet Strandlovdommen virker dermed noe søkt all den tid det er lovens formål også uttrykket i dens forarbeider som er argumentbærer i denne saken – i alle

88 For eksempel Rt. 1978:443, på s. 445 og 447.

89 Rt. 1970: 67 (Strandlovdommen) (enstemmig plenum).

90 Holmen var 70 dekar stor men var så smal at ikke noe punkt på den var mer enn 100 meter fra kyststripen. Det stod midlertid et hus på holmen fra før av.

91 inntatt i Rt. 1914: 205.

92 Op. cit. Fleischer s. 364.

fall for domstolenes tolkning av Grunnloven.⁹³ Derimot kunne man oppstille denne forståelsen av reelle hensyn som en »rettskilde« som lovgiver anvender ved grunnlovstolkning. For det er klart at for lovgiver har og bør Fleischers kollektivistiske forståelsen av reelle hensyn som en rettskildefaktor ha stor, ja kan hende avgjørende, betydning.

Lovgiverviljen ble avgjørende for at det ikke ble tilkjent erstatning i saken. Eiers ønske om bruk av holmen ville nettopp undergrave det planleggingsarbeid som loven tok sikte på å muliggjøre. Dessuten var forbudet midlertidig (fem år), noe som virket inn på vesentlighetsvurderingen. For så lenge byggeforbudet bare var ment å være midlertidig, ville det ikke ramme eier så hardt at dette kunne likestilles med en ekspropriasjon. Videre påpekte Høyesterett at det ikke dreide seg om et inngrep i en etablert bruk, et punkt med klare paralleller til hensynet bak Grl. § 97 om forutsigbarhet. Dessuten var forbudet gjort generelt, det vil si, det rettet seg ikke mot noen enkelte grunneiere, men omfattet alle landets grunneiere som hadde eiendom i strandsonen. Dette siste punktet refererer til likhetstanken som også ligger til grunn for bestemmelsen i Grl. § 105.

Slik disse momenter ble oppstilt i Strandlovdommen later det til at de er ment å være alternative og ikke kumulative. Men dette har det, som vi har sett ovenfor og som vi også skal se nedenfor, vært stor uenighet om. Hvorvidt det ene eller det andre er tilfelle er av stor betydning. Dersom momentene er alternative så vil det gi et bedre vern for eier enn dersom de er kumulative. Selv om dommen gikk imot eier i den konkrete saken ble det gjennom premissene allikevel forutsatt at eier kunne ha rett til erstatning dersom rådgighetsinnskrenkingen var vesentlig (nok); i det tilfellet rådgighetsinnskrenkingen rammet en berettiget forventning basert på etablert bruk av eiendommen; og/eller i det tilfelle den rammer kun et fåtalls grunneiere.

I ettertid har det vist seg få tilfeller der eier har fått medhold i sitt krav om erstatning på grunn av rådgighetsinnskrenking av fast eiendom. Man kan derfor med god grunn spørre seg i hvilken grad disse kriterier er og har vært reelle. For det foreligger ikke noe sterkt prejudikat for en lære om erstatningsberettiget rådgighetsinnskrenking basert på disse kriterier så lenge disse kun er blitt forutsatt i dommer der kriteriene ikke har vært ansett for å være oppfylt. Nedenfor skal jeg se nærmere på kriterienes skjebne i rettspraksis.

Vesentlighetskravet

I *Lakseelvdømmen*⁹⁴ innebar fredning av elvemunninger berøvelse av yrke for leier av fiskerettighetene i elvemunningen. Erstatning for tapt og fremtidig tap som følge av vedtaket ble likevel ikke tilkjent. Det kan ikke være tvil om at berøvelse av yrke (80-90 prosent av inntekt) måtte anses for å være en vesentlig følge av innskrenkingen av rådgigheten av elvemunningen som fredningen innebærer. For leietaker innebar fredningen et inngrep i

93 Eckhoff, Torstein oppstiller i sin *Rettskildelære Lovforarbeider* som egen rettskilde (5. utgave s. 23).

94 Rt. 1973: 705.

»selve rettighetens substans«, slik førstvoterende i *Thamsdommen*⁹⁵ den gang uttrykket det. Dette var også førstvoterende i den nærværende sak inneforstått med: »Jeg er enig (...) i at Krokedal rammes hårdt av den fredning som er gjennomført og at det inngrep som fredningen innebærer i forhold til ham er meget vesentlig«. Dette faktum ble imidlertid ikke utslagsgivende. De »samfunnsmessige hensyn« og fremme av »allmenntilgode formål«, slik disse var forutsatt ivaretatt av lovgiver ble avgjørende. I domspremissene ble det blant annet trukket frem at denne type fredningsvedtak var svært viktige med hensyn til å verne laksebestanden. Et forbud mot munningsfiske ble sett på som et meget effektivt virkemiddel med tanke på å bevare den sterkt beskattede laksebestanden. Utøvelsen av laksefiske slik Krokedal hadde bedrevet frem til fredningsvedtaket trådte i kraft, ville nettopp føre til at hensikten med hele fredningsvedtaket – å verne laksebestanden – ville være fåfengt.⁹⁶

Bortsett fra *Lamyradommen*⁹⁷ har Høyesterett holdt fast ved den strenge fortolkning av vesentlighetskriteriet som oppstilt i *Strandlovdommen*. I *Lamyradommen* fikk eier erstatning for en rådgighetsinnskrenking som innebar at han ikke kunne utnytte 7% av sandforekomstene på eiendommen, altså et tap som følge av en rådgighetsinnskrenking som man ikke kunne karakterisere som vesentlig. Således uttalte annenvoterende, som fikk tilslutning fra flertallet, at ekspropriaten hadde »krav på erstatning (...) uansett om inngrepet for så vidt må betegnes som 'vesentlig' eller ikke«. ⁹⁸ For i dette tilfellet dreide det seg ikke om en rådgighetsinnskrenking men om et »total bortfall av rådgigheten« – riktignok av en liten del av eiendommen – som måtte »fremstå likt med en fysisk avståelse«. Eiendomsbesitter satt bare igjen med »en formell, en 'tom' eiendomsrett«. ⁹⁹ Og ved ekspropriasjon, som annenvoterende og flertallet omtalte den aktuelle rådgighetsinnskrenkingen som, har det aldri vært et krav for å få erstatning at inngrepet er vesentlig. Annenvoterende la til grunn en vid definisjon av eiendomsretten i Grl. § 105 som inkluderer ekspropriasjonsarten rådgighetsinnskrenking. Dette i motsetning til hva Høyesterett gjorde i *Strandlovdommen* og *Laksefiskedommen*. Dessuten er bevisbyrden snudd på hodet i saken. Det er eksproprianten og ikke ekspropriaten som må bevise at rådgighetsinnskrenkingen er så uvesentlig at den ikke gir rett til erstatning.

I *Fiskumdommen*¹⁰⁰ og *Arekilendommen*¹⁰¹ ble prinsipp i *Lamyradommen* ikke anvendt siden saksforholdet i *Lamyrasaken* var såpass spesielt. I *Fiskumdommen* viste førstvoterende til *Strandlovdommen* og uttalte at for å utløse erstatning som følge av rådgighetsinnskrenking

95 Rt. 1909: 417.

96 Imidlertid er det vel tvilsomt om effekten av forbudet ville ha blitt mindre dersom Krokedal fikk erstatning.

97 Rt. 1978: 442.

98 Op. cit. s. 447.

99 Op. cit. s. 447.

100 Rt. 1980: 94.

101 Rt. 1982: 850.

»må [det] i alle tilfelle være et krav om at inngrepet [i rådigheten] er vesentlig«. ¹⁰² Dette synspunktet ble fulgt opp i Arekilendommen der førstvoterende fastholdt, etter innledningsvis å ha slått fast at hovedregelen er at det ikke kan kreves erstatning for rådighetsinnskrenkinger over fast eiendom, at det i de tilfeller dette allikevel blir gitt i så fall må være »[e]t minimumsvilkår for erstatningsplikt (...) at det foreligger et vesentlig inngrep«. På den annen side utelukket han at det her er tale om en automatikk. Selv om inngrepet er vesentlig, medfører dette ikke uten videre erstatningsplikt. ¹⁰³

I *Hydalendommen* ¹⁰⁴ gikk Høyesterett ett skritt videre i sin skjerping (eller undergraving) av vesentlighetskravet. Høyesterett uttalte at det faktum at inngrepet er vesentlig »er et nødvendig, men ikke i seg selv tilstrekkelig vilkår for å kunne kreve erstatning etter en analogisk anvendelse av Grunnloven § 105«. ¹⁰⁵ I dommen ble tomteeierne ikke tilkjent erstatning selv om de ikke kunne bygge hytte på tomten som følge av at området hadde blitt lagt ut som landskapsvernområde. I motsetning til tilfellet i Strandlovdommen innebar reguleringen dermed at tomtene mistet all sin verdi (på Sauholmen stod det et hus fra før av). De var kjøpt som hyttetomter eller med tanke på å bli utskilt som hyttetomter, noe som også hadde gjenspeilet seg i prisen. Den anvendelse som gav tomten verdi for tomteeierne var nettopp adgangen til å føre opp hytte på den. Høyesterett var derfor ikke selv tilbakeholden med å karakterisere inngrepet som vesentlig. ¹⁰⁶ Høyesterett viste i sin begrunnelse til at et slikt resultat var i overensstemmelse med rettspraksis i det tilfellet virksomheten »anses å være skadelig eller uheldig at den bør reguleres eller forbyes«. Det var nettopp derfor regulering ble foretatt i dette tilfellet.

Likhetskravet

Som vi har sett ovenfor har det blitt uttalt at avgjørende for hvorvidt eier har rett til erstatning for rådighetsinnskrenking avhenger av om det dreier seg om et generelt eller individuelt vedtak. Her kommer likhetstanken bak grunnlovsbudet i betraktning. Dersom vedtaket gjelder en enkelt eller et fåtall personer, vil den ulikhet den skaper fremstå klare enn i det tilfellet flere rammes. Både i *Lamyradommen* og i *Rønnåsmyradommen I* ¹⁰⁷ ble det tilkjent erstatning blant annet under henvisning til at fredningstiltakene hadde preg av individuelle spesielle vedtak. Dette i motsetning til Strandlovdommen der inngrepet klart var av generell karakter.

Imidlertid er det i en rekke høyesterettsavgjørelser uttalt at det ikke er avgjørende at regulering etter naturvernloven rammer et fåtall grunneiere. Begrunnelsen for ikke å gi erstatning i disse tilfeller har vært at det enkelte fredningsvedtak må sees som et ledd i det

102 Rt. 1980: 94, på s. 98.

103 Rt. 1982: 850, på s. 851.

104 Rt. 1993: 321.

105 Op. cit. s. 325.

106 Op. cit. s. 325.

107 Rt. 1979: 971.

offentliges samlede arbeid for å bevare verneverdig natur. Således uttalte førstvoterende i Lakseelvsaken at fredningen av Vikedalselven »må sies å ha en generell karakter for så vidt som det rammer alle som står i samme stilling, selv om antallet av dem som rammes av tilfeldige grunner ikke er stort«. ¹⁰⁸ Også i Fiskumdommen ¹⁰⁹ gjaldt fredningen en mindre gruppe grunneiere. Etter førstvoterendes mening var det imidlertid ikke riktig i denne sammenheng å se den enkelte fredning isolert når man vurderte hvorvidt vedtaket var generelt eller spesielt. For fredning etter naturvernloven vil som oftest gjelde bestemte avgrensede områder. Hvor mange grunneiere som rammes av den enkelte fredning, vil kunne variere, avhengig blant annet av områdets utstrekning. Det er vedtakets generelle natur som er avgjørende, ikke dets eventuelle spesifikke virkninger: »Under disse forhold kan det ikke få noen nevneverdig betydning for erstatningsplikten om den enkelte fredning rammer et fåtall grunneiere«. ¹¹⁰ Synspunktet ble uttrykt prinsipielt i en senere dom: »Den enkelte fredning kan imidlertid ikke sees isolert, men må ses som ledd i det offentliges samlede arbeid for naturvern«. ¹¹¹

Forutsigbarhetskravet

Et annet viktig moment i avgjørelsen av hvorvidt erstatning skal gis for rådighetssinskrenking er, som nevnt ovenfor, hvorvidt en lov eller vedtak i medhold av lov griper inn i en etablert bruk eller om den kun forhindrer fremtidig bruk av eiendommen. Erstatning for fremtidig bruk ble avvist av en enstemmig (plenum) Høyesterett i *Rønnåsmyra II*. ¹¹² Der ble det ikke gitt erstatning for planlagt ny oppdyrking (som for øvrig i stor grad var avhengig av subsidier fra staten). I det tilfellet det dreier seg om en innskrenking av etablert bruk får den et skinn av tilbakevirkning, hvilket innebærer at forholdet også kunne rammes av Grl. § 97. Et viktig moment, som hadde betydning for at det ble gitt erstatning i *Rønnåsmyra I*, ¹¹³ var, ifølge førstvoterende Røstad, at fredningen innebar et inngrep overfor en bedrift som allerede var i gang og som hadde truffet tiltak for å utnytte torv i *Rønnåsmyra*. Det ble blant annet påpekt at det var investert i avansert teknisk utstyr at fabrikken var dimensjonert med sikte på uttak fra *Rønnåsmyra* og at det dessuten var utført grøftearbeid på *Rønnåsmyra* for å forberede torvuttak.

Men heller ikke dette argument har vært avgjørende for Høyesterett. I *Lakseelvdommen* ble *Krokedal* ikke tilkjent erstatning til tross for at det her dreide seg om en etablert langvarig laksefiskerettighet: både far og farfar til *Krokedal* hadde leid fiskerettigheter i den samme elven før *Krokedal* selv hadde hatt laksefiske som eneste yrke i hele sin voksenalder, dvs. i rundt 30 år. Det ble i *Lakseelvsaken* poengtert at vedtaket ikke kunne ha

108 Rt. 1973: 705, på s. 712.

109 Rt. 1980: 94.

110 Op. cit. s. 101.

111 Rt. 1989: 1339, på s. 1347.

112 Rt. 1987: 80.

113 Rt. 1979: 971.

kommet som noen overraskelse på Krokedal. Tilsvarende fredningsvedtak med det samme formål og virkning hadde blitt gjennomført i de fleste lakseelver av betydning, og dessuten hadde fredningstiltak av denne type en lang og velkjent tradisjon. Han måtte, i følge førstevoterende, se i øynene at turen også kunne komme til Vikedalselven: »Krokedal har i virkeligheten basert sitt yrke på en forventning om at fredningstiltak som fra meget lang tid tilbake har hatt hjemmel i loven og som etter hvert er gjennomført for de aller fleste lakseelver, ikke ville bli satt i verk for Vikedalselven«. ¹¹⁴ Det er også blitt hevdet at Røn-nåsmysdommen I er blitt tilbakevist i Hydalendommen. ¹¹⁵ I sistnevnte ble det, som ovenfor nevnt, ikke gitt erstatning for investeringer som var foretatt.

VII.

Inntil Hydalendommen kunne vi gjennom Høyesteretts premisser i blant annet de ovennevnte saker (unntatt Lamyra) få det inntrykk at dersom rådighetsinnskrenkingen bare var vesentlig nok, så ville eier ha krav på erstatning etter en analogisk fortolkning av Grl. § 105. Men med Hydalendommen relativiseres vesentlighetskravet. Spørsmålet er om dommen innebærer at vesentlighetsvurderingen for ettertiden er å betrakte som irrelevant som vurderingsmoment; om dette igjen fører til at de andre vurderingsmomenter, som vi har diskutert ovenfor, også dermed blir overflødige; om det betyr at læren om erstatningsberettiget rådighetsinnskrenking som sådan er tilbakevist; eller om nye vurderingskriterier må innføres, evt. en annen konstellasjon av kriterier. Det er neppe grunnlag for å hevde at vesentligkriteriet er blitt irrelevant. Høyesterett sier klart at selv om vesentlighet ikke er et tilstrekkelig kriterium ved vurdering av om erstatning skal gis for rådighetsinnskrenking eller ikke, så er det uansett et »nødvendig« kriterium. Andre momenter eller kriterier må altså spille inn i tillegg, hvilket betyr at avgjørelse må fattes på bakgrunn av en totalvurdering.

Det Høyesterett indirekte sier er at de kriterier som er blitt introdusert i teori og praksis opp gjennom tidene, og som vi har diskutert ovenfor – vesentlighet, forutsigbarhet og likhet – er kumulative og ikke alternative kriterier. De må, med andre ord, alle inngå i en vurdering av hvorvidt erstatning for rådighetsinnskrenking kan gis, eller ikke. Med Hydalendommen tar således Høyesterett igjen avstand fra Lamyradommen der erstatning ble gitt først og fremst fordi vedtaket kun gjaldt noe få personer, altså selv om inngrepet ikke

114 Rt. 1973: 705, på s. 712.

115 Rt. 1993: 321; Odberg, Per (1995) »Erstatning for rådighetsinnskrenking – betydningen av Hydalendommen« i Lov og Rett s. 235-244, på s. 242.

var vesentlig¹¹⁶ og fra Rønnåsmyra I der erstatning ble gitt for tapte investeringer, selv om disse tapene ikke var vesentlige.

Alternativt kunne man hevde at Høyesterett ved Hydalendommen har inntatt det synspunkt Aschehoug uttalte i sin lærebok fra 1891, nemlig at det ikke er noe rettslig grunnlag for å gi erstatning for rådgighetsinnskrenking. Aschehoug var, som notert, av den oppfatning at rådgighetsinnskrenking ikke utløste erstatningsplikt for de offentlige selv om dette medførte at den berørte eiendom derved ble mer eller mindre verdiløs, altså selv om vi hadde å gjøre med en innskrenking av rådgigheten som hadde var av »ekspropriasjonsart« karakter. Dette kunne forsvare det faktum at vurderingen i Hydalendommen er så knapp: Det dreier seg her om en rådgighetsinnskrenking og ikke en ekspropriasjon. Svaret på spørsmålet om erstatning – at det ikke foreligger et krav på erstatning – er dermed gitt. Ytterligere diskusjon er ikke bare overflødig men rettslig uholdbart. Imidlertid var Aschehoug av den oppfatning at erstatning allikevel kunne gis i enkelte tilfeller, altså selv om dette ikke var rettslig holdbart, nemlig i de tilfeller rådgighetsinnskrenkingen virket urimelig.

Hydalendommen er blitt forsvart av daværende professor og senere høyesterettsdommer Jens Edvin Skoghøy.¹¹⁷ I en kommentar slår han først fast vesentlighetskravets utilstrekkelighet: Det er »ikke tilstrekkelig for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, at det dreier seg om et vesentlig inngrep«. I dette stedet introduserer han (tilsynelatende) et nytt vurderingstema: »etter min oppfatning må det være riktig å sammenfatte praksis slik at for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, må det kreves at inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være *sterkt urimelig* om inngrepet skal tåles«. ¹¹⁸ Til grunn for denne rimelighetsvurderingen legger han den samme vurderingen som Høyesterett har oppstilt siden Strandlovdommen, inklusive vesentlighetsvurderingen. Han hevder således at dersom det ikke skjer noe vesentlig inngrep i det som har vært den tradisjonelle utnyttelsen av eiendommen, vil erstatning ikke kunne kreves. Han understreker imidlertid at dersom formålet med inngrepet er samfunnsmessige vernebehov, så vil det »normalt« allikevel ikke kunne bli tale om erstatning selv om det ved reguleringen skjer et vesentlig inngrep i tradisjonell bruk. Videre er det, ifølge Skoghøy avgjørende hvorvidt inngrepet er av generelt eller spesielt karakter (om det rammer mange eller et fåtall) – det vi ovenfor har rubrisert under likhetsprinsippet.

Tilsynelatende er det dermed de samme kriterier som nå er å finne igjen under det av Skoghøys lanserte eller rettere sagt relanserte vurderingstema: Rimelighet. Rime-

116 HR slo fast at inngrepet var vesentlig i forhold til eiendommen sett under ett, men vesentlig i forhold til den delen av eiendommen som det kunne tas ut grus fra.

117 Skoghøy, Jens Edvin A. (1995) »Rådgighetsinnskrenkninger og erstatning« Lov og Rett s. 213-214, på s. 213.

118 Min utheving.

lighetsvurderingen er, som vi nevnte ovenfor, viktige elementer i Knophs rettslige standardlære. Det faktum at Høyesterett i de ovenfor omtalte saker ikke har referert til en slik rimelighetsvurdering kunne indikere at rimelighetsvurderingen skiller seg kvantitativ og kvalitativ fra det vurderingstemaet som ble lagt til grunn av Høyesterett de siste tretti årene, tronet av vesentlighetskriteriet. Om ikke annet indikerer det at Høyesterett har ønsket å holde liv i det alternative synet på fortolkningen av § 105 uttrykket ved Morgenstjerne og Castberg, det man har omtalt som rettighetsteorien¹¹⁹ eller substansteorien.¹²⁰ Enn så lenge.

I *Senjedommen* i 2004¹²¹ gjengav førstevoterende dommer Stabel den oven siterte passus av Skoghøy og slutter seg til denne.¹²² Erstatningsansvar for det offentlige ble dermed i det konkrete tilfellet avvist fordi rådighetsinnskrenkingen som følge av vernetiltaket ikke ble ansett som »sterkt urimelig«. I den senere *Gardermoendommen*¹²³ bekrefter Høyesterett dette nye vurderingstema. Spørsmålet var om det skulle tilkjennes erstatning til en grunneier for det økonomiske tap den innskrenkning av rådigheten vernevedtaket innebar i lovlig igangværende bruk av eiendommene (uttak av grus til husbehov). Tingretten som lagmannsrettens flertall hadde vist til, karakteriserte tapet som »vesentlig i forhold til gårdens drift« og tilkjente erstatning. For Lagmannsretten var det også et viktig poeng at landbruksmyndighetene før vernevedtaket ble fattet hadde gitt tillatelse til uttak og at grunneieren hadde foretatt fysiske skritt i tillit til uttalelser fra kommunale myndigheter om at alt var i orden. Høyesteretts førstevoterende dommer Bruzelius avviste Lagmannsrettens syn og fastslo at det ikke er tilstrekkelig for erstatningskrav at det er tale om et »vesentlig inngrep«. Dersom erstatning skal kunne tilkjennes må inngrepet »ha en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tales«. ¹²⁴ Dette var ifølge Høyesterett ikke tilfelle i denne konkrete saken. Det ble videre vist til at vernevedtaket tok sikte på å verne mot den type irreversible inngrep i naturen som grusuttaket ville innebære og dessuten at vedtaket forfulgte et viktig samfunnsmessig mål.

Høyesteretts villighet til å tone flagg når det gjelder teorianvendelse i de to nevnte dommene kan ha flere årsaker. En ikke ubetydelig grunn kan ha vært at den i 1996 – i *Borthen*-¹²⁵ og *Thunheim*-¹²⁶ dommene, som gjaldt trygderettigheter – hadde uttalt seg

119 Op. cit. Fleischer (1968) s. 24.

120 Op. cit. Odberg (1995) s. 237.

121 Rt. 2004: 1092.

122 Op. cit. s. 1104.

123 Rt. 2005: 469.

124 Op. cit. s. 477. I barns fiskerettdommen (Rt. 2004: 1985) ble det ikke gitt erstatning til grunneierne for barns rett til å fiske selv om det her forelå en rådighetsoverføring.

125 Rt. 1996: 1415.

126 Rt. 1996: 1440.

veldig klart til fordel for standardteorien når det gjaldt Grl. § 97.¹²⁷ Dermed var det ikke sagt at rettighets-/substansteorien ikke har sin berettigelse også i fortsettelsen. Man kan i den sammenheng vises til den dissenterende dommer Backers votum i Thunheimsaken og referanse til Asbjørn Kjønstads argumentasjon i blant annet NOU 1984:10.

Spørsmålet er om Senja- og Gardermoendommen innebærer et endelig skudd for baugen for substansteorien og en tilsvarende seier for standardteorien når det gjelder hvorvidt Grl § 105 gir erstatning for rådighetsinnskrenking. Mye kunne tale for dette, ikke minst ordbruken: »rimelighet«. Den gir, som ovenfor nevnt, klare assosiasjoner til standardteoriens vurderingstema. Imidlertid er det en rekke forhold som taler mot dette, ikke minst det faktum at spørsmålet ikke er problematisert, verken av Høyesterett eller Skoghøy. Grunnen til det kan imidlertid være at spørsmålet om rådighetsinnskrenking ikke forut for avgjørelsen er blitt behandlet i teorien på samme måte som i forhold til Grl. § 97. Det er ingen som har foretatt en kategorisering av argumentene når det gjelder rådighetsinnskrenking på samme måte som har vært tilfelle for Grl. § 97.¹²⁸ Fleischer er kanskje den som tydeligst har forsøkt seg på en kategorisering. Han refererer således til rettighetsteorien og standardteoriens anvendelse på Grl § 105 så vel som Grl. § 97 i en artikkel fra 1967.¹²⁹ I en senere artikkel refererer han til den »tradisjonelle og restriktive« fortolkning representert ved linjen Morgenstjerne, Castberg og Andenæs på den ene side, og den mer »moderne« (og mindre restriktive) fortolkning »som har vært i best samsvar med praksis« representert ved Knoph, Augdahl og han selv på den andre siden.¹³⁰ Andenæs tar imidlertid klar avstand fra denne kategoriseringen.¹³¹ Dermed er det ikke sagt at verken Skoghøy eller Høyesterett har vært seg bevisst rekkevidden av det endrede ordbruk og at de dermed ikke har ment å avvise substansteorien. Mer sannsynlig er det at endring i ordbruken er bevisst og at man unnlater å problematisere dette i samme grad som i dommene fra 1996 simpelt hen fordi man mener det ikke har foreligget noen foranledning til å gjøre dette. Dette kan forklare Høyesteretts taushet. At den uttaler seg så grundig om teorien som den gjorde i trygdedommene er vel snarere unntaket enn regelen. Høyesteretts grundige gjennomgang i trygdesakene begrunnes således med at sakens gjenstand var uvanlig og ny. Mer besnærende er det kanskje at Skoghøy som vitenskapsmann velger ikke å begrunne sin ordbruk, men nærmest uttaler den som var det et postulat.

127 I den enstemmige Borthendommen ble det til og med sitert utførlig fra Knophs bok »Rettslige standarder«.

128 For eksempel Kjønstad, Asbjørn (1984) »Trygderettighetenes grunnlovsværn« I *NOU 1984: 10* s. 281-315.

129 Fleischer, Carl August (1967) »Eiendomsretten, Grunnloven og juristene«, *Samtiden* s. 14-42.

130 Fleischer, Carl August (1970) »Strandlovdommen« *Lov og Rett* s 209-223, på s. 222.

131 Andenæs, Johs (1970) »Strandlovdommen og den juridiske teori: Noen bemerkninger til professor Fleischers kommentar«, *Lov og Rett* s. 434-435.

Men Skoghøys uttalte poeng var ikke å endre vurderingstemaet, snarere å fastslå deskriptivt hvilken rettsetning som han mente var slått fast i Høyesteretts praksis, i alle fall de siste tretti årene. Det er heller ikke holderpunkter for å hevde at Høyesterett har ment noe annet. Den er bundet av den praksis som den selv har skapt i den grad dette følger av prejudikatslæren. Imidlertid er det på det rene at introduksjonen av vurderingstemaet »sterkt urimelig« innebærer noe kvantitativt mer enn »vesentlig«, det vil si, at Høyesterett ved å endre vurderingstemaet også har skjerpet det. Videre er det klart at en rimelighetsvurdering kvalitativt skiller seg fra vesentlighetskriteriet i det konkrete tilfellet fordi der, ifølge Skoghøy, oppslukes av rimelighetsvurderingen og dermed nødvendigvis må være mer omfattende enn vesentlighetskriteriet. Men rimelighetsvurderinger er også kvalitativt forskjellig fra vesentlighetskriteriet, fordi de i motsetning til vesentlighetskriteriet i dette tilfellet inneholder politiske overtoner. Det var også grunnen til at dette vurderingstemaet ble avvist av Aschehoug så vel som Castberg. Den »rettsliggjøring« av rimelighetsvurderingen som Knoph foretok gjennom sin standardlære innebærer ikke i seg selv at rimelighetsvurderingen blir mindre politisk. Som vi så ovenfor var forutsetningen for rasjonaliseringen av rimelighets- og rettferdighetsvurderingen at den ble knyttet opp mot lovgiverviljen slik denne kommer til uttrykk i blant annet lovens formål. Dersom Høyesterett står ovenfor et tilfelle der den skal vurdere en lovs grunnlovsmessighet (og lovgiver også har vurdert denne) skal det, ifølge konsensjonsdommen, mye til før domstolene kan tilsidesette denne som grunnlovsstridig. Tilsvarende må gjelde reguleringsvedtak som her fattet med hjemmel i lov. Ved å binde rimelighetsbetraktningen til lovgiverviljen gjorde Knoph vurderingen mer forutsigbar, i den forstand at man vet at Høyesterett ville gi lovgiver medhold. Imidlertid er ikke dette den samme type forutsigbarhet som kan utledes av det liberale rettstatsprinsippet. Hovedformålet med rettstatsideen supplert med forfatningslæren inspirert av Locke var jo nettopp å hindre vilkårlighet ved å binde den Hobbesianske Leviathan; altså sette skranker for lovgiverviljen.

I kjølvannet av Konsensjonsdommen ble politiske hensyn avgjørende for Høyesterett, nemlig hensynet til samfunnets beste slik dette var uttrykket av den til enhver tid rådende demokratiske majoritet altså stortingsflertallet. Avgjørelsene er i tråd med den fortolkning av bestemmelsen som særlig Fleischer har vært talsmann for i den senere tid uttrykket ved sin lære om »reale hensyn« tilsynelatende basert på premissene i Konsesjonsdommen samt Knophs standardlære. Den »rettsliggjøring« av rimelighetsvurderingen som Knoph argumenterte for innebærer også i Fleischers noe mer vidtgående fortolkning at domstolene legger seg tett opp til lovgiverviljen og er utøvet i tråd med den lovkonforme forståelsen av domstolenes rolle som vi nevnte ovenfor. Den politisering av retten som Knophs rimelighetsvurdering eller Fleischers reelle hensyn fører til innebærer en avmaterialisering av

retten,¹³² og med det en underminering av det klassisk liberale rettstatsprinsippet. Hva Høyesterett måtte avgjøre er dermed ikke mer forutsigbart enn politikken selv.

Konklusjon

I denne artikkelen har jeg forsøkt å kaste nytt lys på den juridiske diskurs vedrørende rådhetsinnskrenking av eiendomsretten. Poenget med den gjennomgangen har vært å peke på enkelte utviklingstrekk ved synet på eiendomsretten, retten generelt og i denne sammenheng Høyesteretts rolle, for derved bedre å forstå dagens rettstilstand. For det er min påstand at disse størrelser henger sammen: Eiendomsrettens stilling og rettens funksjon avhenger i stor grad av hvilken rolle domstolen spiller og omvendt. Mitt poeng er at Høyesterett, særlig i den senere tid, har hatt et sterkt ønske om å spille på lag med lovgiver, det vil si at den har lagt seg på en lovgiverkonform linje. Imidlertid har denne linje ført til at Høyesterett er blitt så utydelig at dens avgjørelser generelt og rettstilstanden når det gjelder spørsmålet om rådhetsinnskrenking spesielt er blitt uforutsigbar(e). De mange dommene vedrørende eiendomsretten de siste tretti årene må sees på som en bekreftelse av dette synspunktet.¹³³ Dette er betenkelig.

Det er klart at det her har dreiet seg om utvikling av ny politikk – miljøvern – noe som tilsier en viss dynamisk tilnærming til rettsregler fra Høyesteretts side, også, eller kanskje ikke minst, de regler som er uttrykt gjennom Grunnloven. Men når lovgiver overlater så stor vurderingsfrihet til domstolene, som det i dette tilfellet, ville det være naturlig at domstolene ved Høyesterett så det som sin oppgave å sørge for en viss koherens ikke bare i domsresultater, men også premissene for derved å sikre borgeren den nødvendige forutsigbarhet. Og Høyesterett har, ved å oppstille vurderingskriteriene i Strandlovdommen, gitt privatpersoner en berettiget forventning om at en substansiell forståelse av eiendomsretten vil bli lagt til grunn. Man har gjennom mange domspremisser fått det inntrykk at Høyesterett ville sette foten ned, på et eller annet tidspunkt, i forsvar av den private eiendomsretten. Dette har den imidlertid ikke gjort, selv om man med gode grunner kunne hevde at den har hatt foranledning til å gjøre dette ved flere korsveier. Denne diskrepans mellom liv og lære underminerer ikke bare tilliten til Høyesterett, men svekker også den liberale forståelsen av Grunnloven som skissert i artikkelens innledning. I et liberalt for-

132 Graver, Hans Petter (2001) »Keiserens garderobe. Eckhoffs rettskildelære og utfordringene fremover«, TfR s 427-476.

133 Det kan hevdes at denne usikkerheten er forsøkt bøtt på av lovgiver. For eksempel ved Innst. O. nr. 2 (1984-1985) der Naturvernloven ble endret slik at fredning av eiendom gav et ubetinget krav på erstatning; og utredning til ny naturmangfoldsløv (NOU 2004: 28) der det legges opp til at en erstatningsordning, om dog noe innskrenket, skal utvides til å omfatte regulering til landskapsvernområder og nasjonalparker, s. 429-30.

fatningsrettslig regime utgjør, som også nevnte innledningsvis, rettsstatsprinsippet en avgjørende bestanddel. Og rettsstatens funksjon er nettopp å sikre individenes frihet forstått som et visst vern for individet fra den til enhver tid rådende folkevilje.

Høyesteretts rettsanvendelse i de ovennevnte saker vedrørende § 105 har også rettskildelæremessige implikasjoner. For det er betimelig å spørre seg om det er korrekt å rubrisere Høyesteretts utslagsgivende argumentasjon i for eksempel Strandlovdommen under rettskildedefaktoren reelle hensyn.¹³⁴ Ved å hevde at Høyesterett i disse tilfeller anvender rettskildedefaktoren reelle hensyn, gis det et inntrykk av at den foretar en selvstendig vurdering i tilfeller der den faktisk legger til grunn lovgivers vilje som den slutter fra rettskildedefaktorene lovttekst eller forarbeider. Dermed opprettholdes en idé om at Høyesterett med Grunnloven i hånden vil overprøve lover gitt av Stortinget til tider også til fordel for individet. Det er mye som tyder på at denne idé ikke alltid har rot i virkeligheten (dvs. i Høyesteretts praksis) og at dette har sammenheng med oppfattelsen om at en kollektivisert forståelse av reelle hensyn er en særskilt rettskildedefaktor.

Forfatteropplysninger

Tor-Inge Harbo er cand. jur. (Universitetet i Bergen), MA (Bath University) og PhD (Freie Universität Berlin). For tiden underviser og forsker han ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Email: t.i.harbo@jus.uio.no.

134 Reelle hensyn som egen rettskildedefaktor ble først introdusert i en norsk kontekst av Torstein Eckhoff i hans *Rettskildelære*, Universitetsforlaget, 1971.