

Institutt for privatrett

PrivIus

Journal of private law

221 | 2023

Jenny Bondevik

Unntak fra rettingskrav

Om ekspropriasjonslignende unntak



UNIVERSITETET I OSLO
DET JURIDISKE FAKULTET

© Institutt for privatrett

Privatrettsfondet
Karl Johans gt. 47
0162 Oslo

privatrettsfondet@jus.uio.no
<http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/skriftserien-ifp/>

ISBN 978-82-7236-280-4
ISSN 2703-8955

Layout: Aksell AS
Omslagsfoto: Mona Østvang Ådum

Det må ikke kopieres fra denne boka i strid med åndsverkloven eller med andre avtaler om kopiering inngått med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk

Innhold

Forord	5
1 Innledning	6
1.1 <i>Emne og problemstilling</i>	6
1.2 <i>Materiale og metode</i>	11
1.2.1 <i>Avhandlingens metode</i>	11
1.2.2 <i>Rettskildebildet</i>	14
1.3 <i>Oversikt over den videre fremstillingen</i>	16
2 Grunnleggende legislative hensyn.....	19
2.1 <i>Reparasjonshensyn</i>	19
2.2 <i>Prevensjonshensyn</i>	21
2.3 <i>Miljø- og ressursbrukshensyn</i>	23
2.4 <i>Ekspropriasjonsrettslige hensyn</i>	27
3 Retting som sanksjon når eiendomsretten krenkes i naboforhold	31
3.1 <i>Innledning</i>	31
3.2 <i>Grunnlag for rettingskrav</i>	31
3.2.1 <i>Granelova § 10</i>	31
3.2.2 <i>Granelova § 11</i>	33
3.3 <i>Unntak fra rettingskrav</i>	34
3.3.1 <i>Unntak ubetinget av vederlag</i>	34
3.3.2 <i>Unntak betinget av vederlag</i>	36
4 Fra retting til vederlag – en ulovfestet regel?	42
4.1 <i>Innledning</i>	42
4.2 <i>Retting som retts teknisk utgangspunkt</i>	43
4.2.1 <i>Innledning</i>	43
4.2.2 <i>Særlig om hus på fremmed grunn</i>	44
4.2.3 <i>Særlig om negative servitutter</i>	46
4.3 <i>Vederlag som unntak fra retting</i>	49
4.3.1 <i>Innledning</i>	49
4.3.2 <i>En analyse av rettspraksis</i>	50
4.3.3 <i>Noen retsteoretiske betraktninger</i>	60

4.4	Vederlagsutmålingen.....	64
4.4.1	Vederlagets funksjon	64
4.4.2	Hovedprinsippene for utmålingen.....	67
4.5	Et utsyn til skandinavisk rett	70
4.5.1	Innledning.....	70
4.5.2	Svensk rett	71
4.5.3	Dansk rett	76
4.5.4	Oppsummering.....	81
4.6	Bør regelen anvendes på ulovfestet grunnlag?.....	82
4.6.1	Er reglene egnet til å skape gode løsninger?.....	82
4.6.2	Domstolenes kompetanse.....	85
5	Fosen som mulig eksempel på rettsanvendelsen	89
5.1	Innledning.....	89
5.2	Om ugyldig konsesjon	91
5.3	Om ugyldig ekspropriasjon	99
5.4	Hvilket regelsett er egnet til å utfylle saken?	105
5.4.1	En internrettslig utfyllelse	105
5.4.2	En folkerettslig utfyllelse	113
6	Noen rettsfilosofiske betraktninger	119
6.1	Innledning.....	119
6.2	Unntakets etiske problem.....	120
6.3	Fosen til illustrasjon.....	124
7	Avsluttende bemerkninger	129
Kildeliste	134	
Litteratur.....	134	
Lover	140	
Forarbeider	142	
Rettspraksis	143	
Internasjonale kilder.....	145	
Utenlandske rettskilder	146	

Forord

Som et resultat av politiske mål om mer og tettere utbygging, oppstår det også i økende grad konflikter knyttet til rettigheter i fast eiendom. Utgangspunktet ved byggverk som kommer i konflikt med andre rettigheter, er at de kan kreves revet eller endret slik at de ikke lenger strider mot noens rettighet. Er imidlertid kostnadene ved å gjennomføre denne typen tiltak klart større enn ulempene, kan eierens byggverk bli stående mot at det ytes vederlag til den krenkede part. Dette forutsetter også at eieren av bygget handlet aktsomt.

I denne avhandlingen undersøker jeg i hvilken grad man gjør unntak fra krav om å rive eller endre bygg som krenker en privat parts rettighet. En særlig sentral del av prosjektet har vært å undersøke om det er mulig å utlede generelle prinsipper for når man gjør unntak for retting. I forlengelsen av dette forsøker jeg å anvende slike prinsipper i uskreven rett. Dette gjøres ved å reise spørsmålet ved om prinsippene er anvendelige for å løse et eventuelt rettingskrav dersom reindriftings-samene krever at Fosen Vind river vindturbinene som står plassert i Fosen-distriktet. I tillegg kommenteres enkelte etiske aspekter ved å gi prinsippene utstrakt anvendelse.

Fremstillingen gjengir i hovedsak min masteravhandling slik den ble skrevet dels før og dels etter ansettelse som vitenskapelig assistent ved Nordisk Institutt for Sjørett ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Den gjengis med enkelte mindre justeringer i lys av tilbakemeldinger i forbindelse med sensur.

Oslo, september 2023

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er unntak fra rettingskrav. Et rettingskrav kan springe ut av ulike typer former for krenkelser overfor rettighetshaver. De typer rettighetskrenkelser som avhandlingen vil behandle, kan inndeles i tiltak som krenker andres rettigheter ved at de er iverksatt på *egen* grunn eller på *fremmed* grunn. Videre kan rettighetene som krenkes være *fullstendige* eller *begrensede*, uavhengig av hvor tiltaket står plassert.

Generelt kan konfliktsituasjonen beskrives som tilfeller der rettingskravet springer ut av en overtredelse hvor det etableres en faktisk tilstand som vedvarende er i strid med en privat parts rettighet. Forvaltningens adgang til å kreve retting som følge av forhold i strid med offentlige regler faller utenfor avhandlingens kjerneområde.

Med «tiltakshaver» siktes det i avhandlingen til den som iverksetter et tiltak og som med dette krenker noens rettighet. Den krenkede part vil omtales som «rettighetshaver». Tidvis vil begrepet «grunneier» benyttes om den som eier grunnen. Om grunneier er tiltakshaver eller rettighetshaver vil variere med konfliktsituasjonen som behandles, men det vil tydeliggjøres hvilken rolle grunneier har når denne terminologien benyttes.

Hva rettingskravet rent faktisk innebærer, må vurderes konkret. Dette beror på omstendighetene hvor det er relevant å vurdere om man kan bringe forholdet innenfor den naborettslige tålegrensen på annen måte enn ved å rive bygget.¹ Et krav om retting vil utgjøre et krav om tilbakeføring til lovlig tilstand, avhengig av hvilken rettighet som krenkes. En slik tilbakeføringsplikt innebærer en plikt til faktisk gjenopprettelse. Dette stiller seg ulikt fra erstatningskrav som utgjør en type økonomisk gjenopprettelse.

1 Den naborettslige tålegrensen er fastsatt i grannelova § 2.

For di krav om faktisk gjenoppsettelse ofte vil innebære et krav om riving eller drastiske endringer av tiltaket, vil rettingskravet kunne ramme tiltakshaver hardt. Av den grunn er det behov for å gjøre unntak fra rettingskrav på nærmere gitte vilkår.

Målet med avhandlingen er å undersøke i hvilken grad tiltakshaver unntas fra krav om å rive eller endre bygg til tross for at vedkommende har krenket andres rettigheter. Unntak fra retting har generelle formuerettslige perspektiver, men det er de tingsrettslige sidene som knytter seg til fast eiendom som vil være sentrale for å besvare avhandlingens problemstilling.²

Problemstillingens aktualitet illustreres blant annet av at krav om riving eller endring av byggverk relativt hyppig er oppe for domstolene. At slike krav fremmes hyppig for domstolene er en konsekvens av at det bygges mer og tettere slik at sannsynligheten øker for at tiltakshavere bygger i konflikt med andre rettigheter. Et mål om økt og tett utbygging er også en målsetting for myndighetene som gjør at spørsmålet om unntak fra retting vil være aktuelt for fremtiden.³ Dette har en naturlig sammenheng med økt sentralisering og at man som følge av dette opplever press fast eiendom som en ressurs.

Fremstillingen vil deles i tre hoveddeler for å belyse i hvilken grad tiltakshaver unntas fra rettingskrav. Før underproblemstillingene for de tre delene presenteres, er det nødvendig å trekke opp de rettslige utgangspunktene for reglene om retting og unntak fra dette. Dette gjøres med hensikt om å kaste lys over hvorfor avhandlingen har fått denne inndelingen.

Utgangspunktet er at ulovlige forhold kan kreves rettet. Dette utgangspunktet kan ses som et utslag av prinsippet om eiendomsrett. Eiendomsretten defineres gjerne gjennom en negativ avgrensning ved

2 Man finner blant annet lignende tilløp i immaterialretten. Disse vil i all hovedsak holdes utenfor avhandlingen, men vil kommenteres kort under punkt 4.6 for å illustrere enkelte rettsystematiske hensyn som ligger til grunn for lovgivningen.

3 NOU 2003:24 s. 75 flg. og Innst. O. Nr. 50 (2008–2009) s. 29.

at eier har eksklusiv rådighet over alt som ikke er særskilt unntatt. Begrensede rettigheter i fast eiendom formuleres motsatt på positiv måte ved at stiftelsesgrunnlaget må tolkes for å kartlegge rettighetens omfang og innhold.⁴ Dersom noe bygges slik at det krenker eiendomsretten, kan man som rettighetshaver kreve gjenoppsettelse i medhold av dette prinsippet.

Mulige rettsvirkninger av slike typer krenkelser er materiell eller økonomisk beskyttelse av rettigheten. Ved de typer rettighetskrenkelser som behandles i avhandlingen, har krenkede part normalt størst interesse i at tiltaket opphører eller fjernes. Dette er som følge av at det ofte er vanskelig å påvise et økonomisk tap. Faktisk gjenoppsettelse gjennom retting fremstår dermed som den sanksjonsformen rettighetshaver er best tjent med. Erstatningskrav som mulig rettsvirkning av krenkelse faller dermed i utgangspunktet utenfor temaet for avhandlingen. Det vil likevel trekkes veksel på disse sanksjonsformene der dette er naturlig.

Adgangen til å kunne kreve retting gjelder ikke ubetinget. For å beskytte tiltakshaver mot urimelige rettingskrav, kan økonomiske interesser begrunne at tiltaket skal bli stående. Dette gjelder særlig der hvor tiltakshaver har gjort store investeringer i prosjektet. I slike tilfeller vil riving eller omfattende restruktureringer kunne gå så hardt ut over tiltakshaver at omstendighetene tilsier at vedkommende ikke bør pålegges et slikt krav. I stedet kan man ivareta rettighetshavers interesse gjennom økonomisk kompensasjon. Rettingskravet omgjøres da til et krav om vederlag. På denne måten omdannes en materiell beskyttelse av rettigheten til en økonomisk beskyttelse.⁵

4 Falkanger og Falkanger (2022) s. 43–44.

5 Situasjonen får likhetstrekk med et erstatningskrav fordi man oppnår et økonomisk krav. Vederlagsterminologien benyttes imidlertid som følge av at kravet ikke er betinget av at det foreligger et påviselig økonomisk tap, jf. Rt. 1981 s. 1215 på s. 1227 hvor sontringen mellom de ulike kravstypene avklares.

At domstolene omgjør et rettingskrav til et vederlagskrav innebærer at det samtidig pålegges rettighetshaver en tilpasningsplikt. Vedkommende må finne seg i at det ulovlige forholdet vedvarer mot at det ytes kompensasjon. Et slikt innhugg i rettighetshavers privatautonomi kan få likhetstrekk til annen tvangsvståelse av rettigheter i fast eiendom. Av den grunn vil deler av avhandlingen undersøke hvilke likhetstrekk det er mellom unntak fra retting og ekspropriasjon. Dette vil gjøres fortløpende i avhandlingen, men vil særlig drøftes nærmere ved vurderingen av domstolens kompetanse til å anvende reglene om unntak fra retting.

Utgangspunktene som til nå er beskrevet kommer til uttrykk i grannelova §§ 10 og 11 som gir hjemmel for å kunne kreve retting for henholdsvis nabostridige forhold og tiltak som delvis står på fremmed grunn. Unntaket kommer til uttrykk gjennom en interesseavveining hvor «utlegg eller tap» skal veies mot «gagnet» ved å gjennomføre et rettingskrav. Bevisterskelen er at det må foreligge «klårt [...] mis-høve» mellom interessene. I tillegg avskjæres unntaksadgangen dersom det foreligger tiltakshaveren «noko nemnande å leggja [...] til last». Dersom unntaket fører fram, skal det betales vederlag som «ikkje må setjast mindre enn skaden eller ulempa».

Grannelova §§ 10 og 11 regulerer ikke alle typer og varianter av rettighetskrenkelser i fast eiendom. Bestemmelsene sier ingenting om tilfeller der bygget står fullt ut på fremmed grunn eller der begrensede rettigheter i eiendommen krenkes.⁶

Våren 2022 avsa Høyesterett enstemmig en avgjørelse hvor tvisten gjaldt hytte på fremmed grunn.⁷ Høyesterett foretok en interesseavveining forankret i grannelova § 11 til tross for at partene ikke var naboer og til tross for at hytta var plassert fullt ut, og ikke delvis, på naboeiendommen. Etter å ha vurdert saksforholdet slik at det var til-

6 Begrensede rettigheter i fast eiendom er lovregulert i servituttlova, men heller ikke denne har eksplisitt hjemmel for krav om tilbakeføring ved krenkelse av slike typer rettigheter.

7 HR-2022-1119-A (Trollvassbu).

takshaver som hadde den altoverveiende nytteverdien av hytta, kom retten til at vedkommende vant eiendomsretten til hytta og midlertidig bruksrett til grunnen. Med avgjørelsen åpner Høyesterett opp for å anvende løsningen i grannelova § 11 på andre tilfeller enn naboforhold og på tilfeller hvor tiltaket er plassert fullstendig på en annen rettighetshavers eiendom.

Basert på at Høyesterett åpner opp for at grannelovas løsning også kan gjelde på andre områder, kan det stilles spørsmål ved om reglene egner seg for å løse andre situasjoner enn dem de primært regulerer. Med bakgrunn i avgjørelsen er formålet med første del av avhandlingen å undersøke hvorvidt det er mulig å utlede generelle prinsipper fra grannelovas regler om rettingskrav.

I månedsskiftet februar/mars demonstrerte aksjonister mot vindmøllene som ble satt opp i Fosen-distriktet ved å blokkere inngangen til Olje- og energidepartementet. Etter Høyesterettsdommen fra 2021 er det klart at disse ble bygd på et ugyldig konsesjons- og ekspropriasjonsvedtak som følge av at de var i strid med menneskerettighetene.⁸ Demonstrasjonen markerte at det var 500 dager siden Høyesterettsavgjørelsen ble avsagt.

Per 13. mars holdt olje- og energiministeren, på vegne av regjeringen, redegjørelse i Stortinget om oppfølgingen av Fosen-saken. Statsråden fremholdt at departementet har vurdert at det ikke er rettslig grunnlag for å tolke Fosen-dommen slik at vindkraftverkene må rives og at driften er ulovlig.⁹ Myndighetene har med andre ord vurdert spørsmålet om retting slik at det ikke er rettslig avgjort. Fosen-saken illustrerer dermed hvordan rettingskravet ikke er avgjort selv om vedtakene er kjent ugyldige.

I fremtiden er det ikke utenkelig at man vil stå overfor lignende problemstillinger som i Fosen-saken. Myndighetene har gitt uttrykk for stor politisk vilje til vindkraftutbygging. I Energikommisjonens

8 HR-2021-1975-S (Fosen).

9 Aasland (2023).

rapport fra 1. februar 2023 påpekes det et behov for mer og raskere utbygging av energiltak.¹⁰ Når flere utbyggingsprosjekter knyttet til fornybar kraft iverksetter, øker også sannsynligheten for at man kommer i konflikt med andre rettigheter.¹¹ I den forlengelse er det behov for et rettslig grunnlag som kan benyttes for å løse denne typen tvister.

Den andre delen av avhandlingen vil derfor undersøke om dette rettslige grunnlaget kan være prinsipper om unntak fra retting mot vederlag. Dette gjelder under forutsetning om at det er mulig å utlede slike prinsipper fra grannelova som er temaet for første del av fremstillingen. Dersom det er mulig å generalisere fra reglene i grannelova, er det interessant å se nærmere på hvilke andre situasjoner de egner seg for å løse. For å belyse dette vil Fosen-saken brukes som et sakskompleks til eksempel for rettsanvendelsen.

I lys av menneskerettighetsvernet som gjør seg gjeldende i Fosen-saken kan det tenkes at det bør finnes en nedre grense for hvilke typer rettigheter man suspenderer mot vederlag. Dette spørsmålet drøftes under avhandlingens tredje del hvor unntakets normative begrunnelse undersøkes nærmere. Målet med denne delen av avhandlingen er å løfte blikket ved å se nærmere på noen rettsfilosofiske betraktninger i tilknytning til reglene om unntak fra rettingskrav.

1.2 Materiale og metode

1.2.1 Avhandlingens metode

Avhandlingen vil benytte flere ulike metoder for å belyse problemstillingen. Av den grunn er det nødvendig å redegjøre for hvilken metode

¹⁰ NOU 2023:3 s. 9.

¹¹ Øy fjell-saken illustrerer også dette. Saksforholdet ligner Fosen-saken ved at samene bestrider konsesjonsvedtakets gyldighet som følge av at det er menneskerettsstridig. Utbyggingsarbeidet er allerede iverksatt og man risikerer dermed å kunne stå overfor tilsvarende problemstillinger som i Fosen-saken, se LB-2020-172267 som avviser samenes begjæring om midlertidig forføyning av tiltaket.

som benyttes i hvilke deler av avhandlingen. Det er også hensiktsmessig å knytte enkelte kommentarer til et par særtrekk som gjelder ved metoden jeg har valgt.

For å vurdere i hvilken grad man gjør unntak fra retting, vil det som nevnt undersøkes om det er mulig å utlede en ulovfestet regel om vederlagskrav som unntak fra krav om materiell gjenopprettelse. En slik undersøkelse kalles gjerne generalisering og er den metoden avhandlingen hovedsakelig benytter. Som ledd i denne undersøkelsen er det et mål å vurdere hvorvidt det *kan* og *bør* utledes generelle prinsipper fra grannelovas regler om retting som anvendes på andre uregulerte tilfeller.¹²

Når det skal vurderes om det *kan* generaliseres fra et regelsett, må det tas utgangspunkt i gjeldende rett. Frøberg beskriver dette som at man i første rekke må ta utgangspunkt i et konkret materiale for å undersøke om det er mulig å oppstille et generelt prinsipp.¹³

I kap. 3 vil det undersøkes nærmere hvordan lovgiver har løst spørsmålet om retting ved eiendomskenkelser i naboforhold. Dette gjøres særlig med hensikt om å etablere et rettskildemessig fundament for prinsippene. Deretter vil det ses nærmere på enkelte typetilfeller som ligger tett opp mot grannelovas regler, men som ikke løses av et konkret hjemmelsgrunnlag undersøkes i kap. 4. Hensikten med både denne undersøkelsen og utsynet til skandinavisk rett er å bidra til det rettskildemessige fundamentet for prinsippene. I kap. 5 drøftes et mulig rettingskrav i lys av sakskomplekset i Fosen-saken. Også denne vurderingen vil være basert på dagens rettskildebilde, men vil bære preg av mer skjønnsmessige vurderinger og uklare forhold.

Når det skal vurderes om det *bør* generaliseres fra reglene, er det sentrale spørsmålet hvorvidt prinsippene bør utbres utover kildenes

12 Merk at spørsmålet om generalisering avgrenses til kun å omfatte de bestemmelser i grannelova som er relevante for spørsmålet om retting. Når termen «grannelovas regler» benyttes, er det i hovedsak §§ 10 og 11 om rettingsadgangen det siktes til.

13 Frøberg (2014) s. 178.

anvendelsesområde. Frøberg beskriver dette som at man i den andre delen av prosessen ved generalisering må foreta en normativ vurdering av reglens godhet.¹⁴ I dette ligger det at man må foreta de lege ferenda-betraktninger.

Særlig punkt 4.6 vil ta for seg hvorvidt reglene bør gis utstrakt anvendelse og vil dermed skille seg ut fra resten av kap. 4. Videre vil også de rettsfilosofiske betraktningene som foretas under kap. 6 være egnet til å belyse hvilke verdier reglene beskytter og hvordan reglene bør utformes. Tanken er at disse rettsfilosofiske betraktningene kan ses som et motstykke til begrunnelsen for rettsreglene slik de er utformet i dag, nemlig mer basert på rettsøkonomiske teorier.

For di generalisering brukes som den sentrale metoden, får enkelte rettskilder en mer sentral plass i avhandlingen enn det den tradisjonelt gjør i den rettsdogmatiske metoden.

For det første benyttes generalisering gjerne for å løse situasjoner hvor det ikke finnes et konkret hjemmelsgrunnlag. Rettspraksis vil derfor stå svært sentralt i avhandlingen og vil tillegges stor vekt nettopp fordi man befinner seg utenfor det positivrettslige området. Det må bemerkes at det i stor grad er lagmannsrettspraksis som vil benyttes og at denne har underordnet rettskildemessig tyngde. I mangel på relevant Høyesterettspraksis gir imidlertid praksis fra de underordnede domstolene veiledning for hvilket skjønn som utøves.

For det andre er det et særtrekk ved generalisering er at det er sentralt å søke formålet med reglene. På det lovfestede området som avhandlingen behandler blir det derfor naturlig å se hen til forarbeidene for å avgjøre hva lovgiver har hatt til hensikt å oppnå gjennom reglene. Forarbeidene vil dermed brukes aktivt for å søke hva lovgiver har ment.

For det tredje fordrer også metoden at reelle hensyn får en sentral plass. Dette har sammenheng med at hensynene bak reglene må være sammenfallende med tilfellene det kan generaliseres over til. Det vies

14 Ibid. Dette er i tråd med hvordan Frøberg beskriver den andre prosessen av normekspresiv generalisering.

derfor også et eget kapittel til legislative hensyn som ligger til grunn for vurderingene i kap. 2. Disse vil det henvises tilbake til gjennom besvarelsen.

Som en generell innvending til generalisering som metode kan det hevdes at rettskildematerialet ikke er tilstrekkelig til å generalisere fra, og at det er behov for et bredere spekter av lovfestet rettskildemateriale for å kunne foreta en tilstrekkelig vurdering av spørsmålet om generalisering. Selv om flere lovfestede regler naturligvis danner et mer solid generaliseringsgrunnlag, finnes det imidlertid flere eksempler på at bare et par Høyesterettsdommer kan være tilstrekkelig for å danne en ulovfestet regel.¹⁵

1.2.2 Rettskildebildet

Materialet som vil benyttes er preget av metodevalget for avhandlingen. Ettersom det er grannelovas regler som i hovedsak danner det positive rettskildematerialet det eventuelt skal generaliseres fra, står denne loven svært sentralt. Grannelova er én av flere tingsrettslige lovverk som Sivillovbokutvalget utarbeidet på 1960-tallet, og som kodifiserer hovedregler og prinsipper på området. Sammen med grannelova ble også servituttolva dannet av samme utvalg med samme retts tekniske strukturer som grannelova. Denne vil også være relevant for deler av besvarelsen.

Under Sivillovbokutvalgets arbeid ble det samtidig skrevet ulike Rådsegn til hver enkelt lov. Selv om disse forarbeidene er av eldre karakter, er det gjort et nøye arbeid ved utarbeidelsen av dem og Sivillovbokutvalget var et utvalg satt sammen av sterk faglig ekspertise. Av den grunn egner de seg fortsatt til tolking og utfylling av rettsreglene. Rådsegn 2 og Rådsegn 5 som er forarbeidene til henholdsvis granne-

15 Hagland (2011) s. 56.

lova og servitutlova, vil derfor være sentrale for å belyse hvilke retts-tanker som ligger til grunn for reglene.¹⁶

Som Høyesterett trakk frem i Trollvassbu-saken, overlater tingsrettslige lovtekster en del skjønn til domstolene gjennom rettslige standarder og kodifisering av prinsipper.¹⁷ Følgelig vil rettspraksis være en tungtveiende rettskilde. Trollvassbu-saken vil være særlig relevant for å belyse problemstillingen, men også underrettspraksis fra lagmannsrettene vil benyttes. Selv om underrettspraksis har begrenset rettskildemessig verdi, gir de som nevnt uttrykk for hvilket skjønn domstolene utøver. Dersom det er særskilte forhold ved avgjørelsene som påvirker deres rettskildemessige vekt, vil dette kommenteres fortløpende.

Jeg ønsker også å trekke frem Fosen-saken som en sentral avgjørelse for besvarelsen. For å undersøke hvordan et eventuelt ulovfestet prinsipp med hjemmel i grannelova får utslag i uskreven rett, vil jeg forsøke å anvende reglene om retting på faktum i Fosen-saken. Saken egner seg godt til å belyse hvilke problemstillinger som kan reises som følge av ugyldige konsesjons- og ekspropriasjonsvedtak, og hvordan de vektige hensynene gjør seg gjeldende i en interesseavveining dersom unntak fra retting skal vurderes. Avgjørelsen vies derfor nokså stor oppmerksomhet.

Ved gjennomgangen av hvorvidt grannelovas prinsipper egner seg til å utfylle Fosen-saken, er folkerettslige regler sentrale. Reindriftsamenes beiterettigheter på Fosen er vernet av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).¹⁸ Selv om det er SP artikkel 27 som verner om retten til kulturutøvelse for urfolk, er også øvrige bestem-

16 Se NUT 1957:3 og NUT 1960:1. Dette henger som nevnt sammen med metodevalget og behovet for å undersøke hva lovgiver har ment.

17 HR-2022-1119-A avsnitt 45.

18 International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, ratified by Norway 13 September 1972 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (SP). Se begrunnelsen for dette i kap. 5 hvor Fosen-saken drøftes.

melser i SP relevante for å vurdere innholdet av en eventuell folkerettslig reparasjonsplikt.

Ved tolkningen av reglene i SP vil særlig internasjonal rettspraksis være relevant. Det inkluderer både avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) og Den internasjonale domstol (ICJ). Uttalelser fra FNs menneskerettskomité vil også være av stor betydning for å tolke reglene i EMK ettersom Høyesterett har lagt til grunn at «en konvensjonstolkning foretatt av FNs menneskerettskomité må ha betydelig vekt som rettskilde».¹⁹

Utover dette er det få rettskilder som belyser avhandlingens problematikk. Noe av hensikten med prosjektet er å undersøke om lovfestede regler kan utledes som generelle prinsipper, og å forsøke å anvende dem i uskreven rett. Avhandlingens tematikk fordrer dermed at drøftelsene i stor grad baserer seg på ulovfestet rett. Hensynene som begrunner rettsreglene, vil derfor få et særlig stort fokus i det man beveger seg over til et lovtomt område.

Av den grunn vil også reelle hensyn som rettskilde få en større del i avhandlingen enn det den normalt gis i alminnelig juridisk metode. Dette henger naturligvis tett sammen med avhandlingens metodevalg. Dersom reglene skal være overførbare til andre lignende typetilfeller, kreves det at det foretas en analyse av hensynene som begrunner regelen, og en vurdering av hvordan disse gjør seg gjeldende i de lignende tilfellene.

1.3 Oversikt over den videre fremstillingen

Avhandlingens kap. 1-4 vil utgjøre den første delen av prosjektet. Det overordnede spørsmålet i denne delen er om det kan utledes et tingsrettslig prinsipp om unntak fra retteplikt mot vederlag. I den videre fremstillingen vil det først gjøres rede for de legislative hensynene som gjør seg gjeldende i avhandlingens konfliktsituasjoner. Som følge av

19 HR-2017-2428-A avsnitt 57.

metodevalget vil disse drøftes inngående og henvises tilbake til fortløpende.

Deretter vil det positivrettslige kildegrunnlaget som finnes på området for eiendomskrenkelser i naboforhold undersøkes nærmere. Dette vil gjøres etter en rettsdogmatisk metode. Formålet er å undersøke hvordan lovgiver har forsøkt å løse situasjonen hvor tiltakshaver har krenket andres rettigheter. Med dette vil det dannes utgangspunkt og sammenligningsgrunnlag for andre lignende typetilfeller.

Avhandlingens tyngdepunkt vil ligge i kap. 4 hvor jeg vil se nærmere på om det kan etableres en ulovfestet regel om unntak fra retting mot vederlag. Etter å ha etablert hvilke prinsipper som gjelder for adgangen til å kreve retting og unntak fra denne etter grannelova, vil jeg stille spørsmål ved om det er mulig å anvende disse prinsippene på ulovfestet grunnlag. Som nevnt vil det være krenkelse i form av byggverk på fremmed grunn, og krenkelse av negative servitutter som vil stå sentralt her.

Spørsmålet vil belyses både ved å se på retting som en mulig retts-teknisk løsning ved typetilfeller som ikke kan løses basert på en klar lovhjemmel, og ved å analysere rettspraksis for å undersøke hvordan domstolene argumenterer og eventuelt generaliserer fra grannelovas løsning. Til slutt vil reglens godhet vurderes for å foreta en konklusjon av om de bør gis større utbredelse.

Basert på funnene fra kap. 4, vil jeg gå over til det som utgjør avhandlingens andre del i kap. 5. Det vil da stilles spørsmål ved om en eventuell ulovfestet norm kan anvendes på saksforholdet i Fosen-saken. Ved anvendelsen av disse prinsippene, er det mulig at folkeretten kan gi et bidrag til hvordan reglene skal tolkes og anvendes. Målet er å undersøke hvordan de tingsrettslige prinsippene vil gjøre seg gjeldende i uskreven rett. Denne drøftelsen vil bære preg av store usikkerheter og uklare svar. Fokuset vil derfor ligge på å løfte frem hvilke rettsspørsmål som reiser seg og hvordan disse kan løses rettslig sett for å illustrere hvordan prinsippene gjør seg gjeldende.

I lys av kap. 5 vil det reises enkelte etiske spørsmål knyttet til anvendelsen av unntaket som jeg vil ta med meg videre for å drøfte rettsfilosofiske perspektiver. Dette vil utgjøre prosjektets tredje del hvor det sentrale er å løfte reglens anvendelighet på et rettsfilosofisk nivå. Det sentrale her er å foreta etiske vurderinger i relasjon til unntakets anvendelse på Fosen-saken.

Avslutningsvis vil avhandlingens problemstilling besvares ved å oppsummere rettstilstanden og funnene jeg har gjort i arbeidet med besvarelsen.

2 Grunnleggende legislative hensyn

2.1 Reparasjonshensyn

Et av de viktigste prinsippene som gjør seg gjeldende ved privatrettslig sanksjonering er reparasjonshensynet. Formulert generelt innebærer hensynet en gjenopprettelse til opprinnelig eller lovlig tilstand. I erstatningsretten beskrives hensynet gjerne som at skadelidte skal stilles som om skaden aldri skjedde. Dette knytter seg til en av de tre kumulative vilkårene for å kunne kreve erstatning, nemlig at det er lidt et økonomisk tap.²⁰

I tilfeller hvor tiltakshaver har krenket andres rettigheter ved å etablere en vedvarende tilstand som er å anse som ulovlig, er det ikke det økonomiske tapet som i hovedsak begrunner sanksjonsbehovet hos rettighetshaver. Selv om rettighetshaver i disse tilfellene vil kunne oppleve et økonomisk tap, er det som regel behovet for å få den ulovlige tilstanden endret i materiell forstand som i størst grad gjør seg gjeldende. Praktisk sett vil dette normalt medføre riving eller endringer i konstruksjonen som er oppført. Retting, i betydningen faktisk gjenoppsettelse til lovlig tilstand, egner seg dermed bedre som sanksjonsform fordi reparasjonshensynet ivaretas på en bedre måte.

Reparasjonshensynet kan underbygges av en grunnleggende rimelighets- og rettferdighetstankegang. Dette bygger på tanken om at den som er årsak til at det ulovlige forholdet oppstår, også bør være ansvarlig for å gjenopprette forholdet innenfor rammen av hva som er lovlig.²¹ I dette ligger det både en tanke om et behov for korrigerende av den skaden eller ulempen som har skjedd, og om en rettferdig fordeling av goder og byrder.

Korreksjon av skaden eller ulempen som har funnet sted kan ses på som et slags ønske om likevekt mellom to parter. Korreksjonshen-

20 Nygaard (2000) s. 4.

21 Ibid. s. 19.

synet begrunner hvorfor den som skaper ubalanse i likevekten, også bør være forpliktet til å utjevne den. Hensynet begrenser seg i så måte ikke til et økonomisk tap. Korreksjonshensynet kan følgelig være med på å begrunne at den som utsettes for en krenkelse skal kunne kreve tilstanden gjenopprettet slik at det ulovlige forholdet opphører. Det er dermed klart at reparasjonshensynet ikke utelukkende refererer til økonomisk reparasjon, men også materiell reparasjon eller materiell gjenopprettelse.

Prinsippet om en rimelig og rettferdig fordeling av goder og byrder bygger videre på en tanke om likevekt og korreksjon av ubalansen dersom denne likevekten påvirkes. I et naboforhold hvor den ene naboen påfører den andre naboen et onde, eksempelvis i form av sjenerende støyplager, er likevekten påvirket.²² Da er det mest rimelig og rettferdig at naboen som påfører den andre naboen et slikt onde skal være den ansvarlige for å utjevne ubalansen i forholdet. En slik løsning oppnår som hovedregel et rimelig og rettferdig resultat.

Reparasjonshensynet, slik det er sammensatt av korreksjonsprinsippet og prinsippet om rimelig og rettferdig fordeling av goder og byrder, gjør seg gjeldende i ulike ledd i vurderingen av om tiltakshaver skal ilegges en rettingsplikt eller om tiltaket skal bli stående mot vederlag. At tiltakshaver har overskredet grensen for det grannelova fastsetter som lovlig, gjør at vedkommende bør gjøres ansvarlig for å rette opp det ulovlige forholdet. Utgangspunktet er at når nabo A påfører nabo B et onde, er nabo A ansvarlig for å gjenopprette likevekten. Nabo A skal foreta korrigeringen for å oppnå en rimelig og rettferdig fordeling av goder og byrder.

Reparasjonshensynet kan imidlertid også begrunne unntaket fra dette utgangspunktet. For at tiltakshaver skal slippe unna et eventuelt rettingskrav, krever grannelova at det er et klart misforhold mellom tiltakshavers kostnader og rettighetshavers fordeler ved at retting

22 Dette prinsippet er kodifisert i grannelova § 2 som er den sentrale bestemmelsen for fastleggelsen av rettigheter og plikter i naboforhold.

gjennomføres. Unntaket forutsetter med andre ord at man gjennom retting *ikke* oppnår en rimelig og rettferdig fordeling av goder og byrder. Dette gjelder med mindre tiltakshaver er noe å bebreide. I slike tilfeller gjør korreksjonshensynet, og også prevensjonshensynet, at det ikke er rom for å tillate tiltakshaver å la bygget stå.

Vinner tiltakshaver frem med kravet om å bli frifunnet retting, vil også reparasjonshensynet få betydning under vederlagsutmålingen. I den grad man klarer å fastsette et vederlag som virker tilfredsstillende for rettighetshaver som kompensasjon for å måtte tåle den skaden eller ulempen som har skjedd, vil også reparasjonshensynet være ivaretatt. Man oppnår på denne måten likevel en rettferdig fordeling av goder og byrder fordi tiltakshaver betaler kompensasjon i stedet for å måtte «betale med» å gjenopprette tilstanden i materiell forstand.²³

2.2 Prevensjonshensyn

Mens reparasjonshensynet retter seg mot forutgående hendelser, brukes prevensjonshensynet i et mer fremtidsrettet perspektiv hvor det sentrale er å forebygge en bestemt type atferd som anses uønsket. Prevensjonshensynet innebærer at reglene skal ha en avskrekkende effekt, og skal på den måten påvirke menneskers atferd. Tanken er at et regelsett som sanksjonerer den som handler rettsstridig, vil forebygge at andre eller vedkommende selv handler på tilsvarende måte.

I juridisk teori skilles det normalt mellom individualprevensjon og allmennprevensjon. Individualprevensjon knytter seg til et ønske om å forebygge erstatningsbetingende atferd som retter seg mot enkelt-individer og dermed den enkelte skadevolder. I de typetilfellene avhandlingen behandler vil hensynet rette seg mot tiltakshaver. Allmennprevensjon er derimot et ønske om å sende signaler til samfunnet for øvrig om hvordan man skal og bør opptre.²⁴

23 Se mer om dette under punkt 4.4 om vederlagsutmålingen.

24 Lødrup (2009) s. 112.

Gjennom tydelige regler om retting som sanksjon, oppfordres tiltakshaver til å handle innenfor rammen av det lovlige, og til å benytte seg av en lojal fremgangsmåte. Prevensjonstanken kommer til uttrykk i den forstand at en tiltakshaver som opptrer på uønsket måte, må gjenopprette tiltaket slik at det ulovlige forholdet opphører. Plikt til gjenopprettelse kan være svært kostbart, særlig der hvor tiltakshaver har lagt ned betydelige kostnader og investeringer i tiltaket. Prevensjonshensynet blir ivaretatt på den måten at et potensielt ansvar for å rette tiltaket, og dermed en trussel om et økonomisk tap, kan ha en motiverende effekt på tiltakshaver.

Prevensjonshensynet gjør seg gjeldende på flere stadier hvor det har funnet sted en krenkelse av eiendomsretten eller begrensede rettigheter i eiendommen. Prevensjonshensynet er blant annet relevant ved vurderingen av om tiltakshaver skal unntas fra retting. Dersom tiltakshaver har hatt en klanderverdig opptreden, er prevensjonshensynet del av begrunnelsen for at vedkommende er utelukket fra muligheten til å la byggverket stå.

Hensynet er særlig relevant ved vederlagsutmålingen som foretas dersom domstolene kommer frem til at man skal gjøre unntak fra hovedregelen om retting. Et viktig poeng i utmålingen av vederlaget er at beløpet settes høyere enn utgiftene ved å gå frem på lovlig vis. En tiltakshaver som er bedre tjent med å gå frem på illojalt vis som følge av at vederlaget settes lavere enn kostnadene ved rettmessig opptreden, vil ikke ha incentiver til å handle på korrekt måte.

I norsk rett er det tradisjon for å tillegge reparasjonshensynet større vekt enn prevensjonshensynet. Dette kan tenkes å være begrunnet av bevisproblematikken som kan oppstå. Reglernes preventive effekt er vanskelig å bevise, og det kan være usikkert hva som er årsaken til at man har handlet akkurat slik man har gjort.²⁵ For eksempel kan uviljen mot å volde skade eller ulempe på andres eiendom ha like stor

25 Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 19–20.

effekt som frykten for å havne i en ansvarstilling.²⁶ De norske reglene er dermed utformet på en måte som er mer egnet for å ivareta reparasjonshensynet. Man ser likevel sterke antydninger til hvordan prevensjonshensynet får utslag i reglene som er aktuelle for avhandlingen.

2.3 Miljø- og ressursbrukshensyn

Miljø- og ressursbrukshensyn er som regel relevante hensyn som spiller inn i rettslige vurderinger knyttet til fast eiendom. Selv om det er partenes interesse som står sentralt for vurderingene, utelukker ikke dette at man må ta hensyn til miljømessige fordeler og ulemper.

Grannelova § 2 annet ledd annet punktum illustrerer dette. I bestemmelsen heter det at «det skal jamvel takast omsyn til naturmangfaldet på staden». Dette gjelder når tålegrensevurderingen skal foretas i henhold til bestemmelsens første ledd, jf. annet ledd første punktum. Slike prinsipper om å ivareta klima og miljø finner man også spredt i formålsbestemmelsene til annen lovgivning som er relevant for tingsretten.²⁷

Det kan stilles spørsmål ved om det er relevant å vektlegge miljøhensyn når man skal avgjøre hvorvidt et rettingskrav skal føre frem. Tvisten står mellom to private parter, og som utgangspunkt er det partenes interesser som danner grunnlaget for vurderingen av hvem av partene som vinner frem med sitt krav.²⁸

Utgangspunktet etter grannelovas ordlyd er at «utlegg eller tap» skal vektes mot «gagnet». Ordlyden i seg selv definerer ikke hvilke subjekter disse postene knytter seg til. Det ligger likevel i sakens natur at det er tiltakshavers og rettighetshavers posisjon som danner utgangspunktet for vurderingen. Det kan imidlertid være gode grunner for

26 Nygaard (2000) s. 20.

27 Se for eksempel fril. § 1, forurl. § 1 og pbl. § 1-1.

28 Vektlegger man mer allmenne hensyn vil vurderingen ligne ekspropriasjonstilfellene i større grad. Som avhandlingen vil vise, vil dette kunne være utfordrende holdt opp mot grl. § 105 og EMK P1-1.

å tolke både «utlegg og tap» så vel som «gagnet» vidt slik at også mer allmenne hensyn blir relevante for vurderingen.

Unntaksadgangen baserer seg i hovedsak på en interesseavveining som skal danne grunnlag for vurderingen av hvilken interesse som skal vinne frem. Dette er en type kost-nytte-vurdering som egner seg for å kartlegge fordeler og ulemper ved å gjennomføre rettingskravet. Basert på summen av kost-nytte-vurderingen avgjør man hva som er det beste resultatet.

Slike avveininger bygger på samfunnsøkonomiske idéer hvor formålet er å skape størst mulige verdier. Ifølge rettsøkonomiske teorier bør man gi rettigheten til den som verdsetter den mest for å oppnå dette formålet.²⁹ Store deler av rettsøkonomien bygger på en utilitaristisk tankegang hvor man måler nyttefunksjon basert på en konsekvensanalyse. Med en utilitaristisk tankegang for øyet kan det hevdes at samfunnets nyttefunksjon tilsvarer summen av partenes nyttefunksjon.

Når man anvender et prinsipp med samfunnsøkonomisk forankring, kan det hevdes at man bør hvile på de samme prinsippene som ligger til grunn for teoriene. Dette vil i så fall innebære at man ikke utelukker å kunne anvende mer allmenne hensyn i vurderingen av hvilken part som vinner frem. Dette gjelder særlig dersom man ønsker et regelverk som fremmer samfunnsøkonomisk effektivitet.

Ett holdepunkt for å inkludere andre hensyn enn bare partenes, kan baseres på den utvikling som har skjedd i norsk rettspraksis og juridisk teori hvor man stadig går mot enn mer samfunnsøkonomisk formålsorientering i rettsanvendelsen.³⁰ At hensynet til ressursbruk er relevant i beslutningsgrunnlaget støttes av det økende behovet for å ivareta miljøet. I dag står man overfor nye utfordringer knyttet til klima og miljø, og i tråd med samfunnsutviklingen bør man ta høyde for disse utfordringene i rettsanvendelsen. Å tillate mer allmenne

29 Dette kan begrunnes ut fra Coase-teoremet. Coase-teoremet behandles mer inngående under punkt 4.3.3 og kritikk av bruk av samfunnsøkonomiske betraktninger i vurderingen av unntaket under kap. 6.

30 Stavang (2016) s. 17.

betraktninger i interesseavveiningen som følger av grannelova, herunder hensynet til miljø og ressursbesparelser, vil være i tråd med en slik utvikling.³¹

Twisten om hytta på Trollvassbu kan bruke som argument for at allmennhetens interesser er relevante i vurderingen. I dommen sluttet Høyesterett seg til lagmannsrettens vurdering av interesseavveiningen hvor det ble fremhevet at «allmennhetens bruk av hytta står i en prinsipielt annen stilling».³² Retten synes dermed å vektlegge at turlaget, og dermed allmennheten, hadde en større nytteverdi av hytta enn motparten som i dette tilfellet var grunneier.

Rettspraksis har dessuten vist at verdispillsbetraktninger er relevante i vurderingen.³³ Å unngå at verdier spilles har ikke bare sammenheng med verdier for tiltakshaver selv, men også hensynet til miljø. Endring eller riving av byggverk kan for eksempel føre til at materialene som er benyttet går tapt eller at man mister forventet inntekt. Det kan dessuten tenkes at større tiltak ville skapt samfunnsmessige verdier ved å bli stående, herunder for eksempel arbeidsplasser i forbindelse med drift og vedlikehold.

Tidvis vil reell tilbakeføring dessuten ikke ville være mulig, og når man ikke kan gjenopprette situasjonen til slik den var før tiltaket ble iverksatt, kan det være hensiktsmessig å ikke gjenopprette den i det hele tatt som følge av at man ikke oppnår dette formålet.

Samlet sett er det holdepunkter for å anse mer allmenne hensyn som relevante i interesseavveiningen. Det må derfor være relevant å også vurdere miljø- og ressursbrukshensyn når tvisten skal avgjøres.

31 FNs klimarapport (Synthesis Report) fra mars 2023 støtter dette argumentet. Synteserapporten viser at klimaendringene intensiverer seg og at hastetiltak må iverksettes om man skal nå Parisavtalens temperaturmål om å begrense økningen til 1,5 grader.

32 HR-2022-1119-A avsnitt 52.

33 RG-1990-1250. Denne behandles nærmere under analysen av rettspraksis nedenfor.

I vurderingen av om et tiltak skal rives eller bli stående, vil slike typer hensyn kunne gjøre seg gjeldende på begge sider av avveiningen. På den ene siden kan det pekes på at det vil være ressursbesparende å la tiltaket stå. På denne måten utnytter man den verdiskapningen som har skjedd. Tenker man seg tiltak i større skala, kan dette utgjøre et tungtveiende hensyn. Der bygget for eksempel driftes og har bemanning vil gjennomføringen av et rettingskrav kunne føre til at omfattende verdier går tapt. Lar man tiltaket stå, unngår man derimot verdispill.

For å unngå verdispill kan man også tenke seg et lignende prinsipp som i tomtefestelova § 40 som en mulig løsning. Grunneier kan etter bestemmelsen kreve, eller dersom fester krever det også ha plikt til, å overta festerens byggverk når festeforholdet opphører for å unngå at «verdiar går til spille i utrengsmål». For tilfeller som reguleres direkte av grannelova, det vil si i tilfeller av delvis innpåbygging, vil imidlertid ikke en praktisering av denne løsningen være mulig. Står bygget derimot fullt ut på fremmed grunn får situasjonen mer lignende karakteristikk som i festeforhold, og en lignende løsning ville vært mer anvendelig.

Forurensningsloven § 7 har dessuten en egen rettingshjemmel i de tilfeller forurensnings- og miljøhensyn begrunner gjenoppbyggingsbehovet. Gjennom lovens § 84 er «enhver» gitt adgang til å kreve retting gjennom å fremme krav til forurensningsmyndighetene. Miljøhensyn er således også ivaretatt der man ikke har rettingshjemmel i kraft av å være nabo.

Miljøhensyn kan også tenkes å tale i motsatt retning, altså i retning av å rive bygget. Der tiltaket for eksempel påvirker økosystemet i området på negativt vis, kan miljø- og naturhensyn brukes som støt-teargument for at rettingskravet bør føre frem.

Hvordan disse hensynene skal vektas må vurderes konkret i lys av faktum i den enkelte sak. Miljø- og ressursbrukshensyn kommer inn i vurderingen som et støt-teargument for det ene eller andre alternativet. Resultatet kan ikke utelukkende bero på slike typer hensyn. Det

er fortsatt partenes interesser som gjelder som utgangspunkt for vurderingen.

2.4 Ekspropriasjonsrettslige hensyn

Ekspropriasjonsretten og tingsretten er to rettsdisipliner som til dels har ulike hensyn og begrunnelser, men som har sterke koblinger til hverandre. Begge områder gjelder rettigheter til samme type formuesgode og man får dermed et naturlig samspill mellom regelsettene. Av den grunn er det interessant å undersøke hvordan forholdet mellom disse er ved å se på likheter og ulikheter mellom dem.

Ekspropriasjonsretten er en rettsdisiplin som i stor grad er preget av andre hensyn enn de som gjør seg gjeldende for avhandlingens typetilfeller. I privatrettslige konflikter er det i all hovedsak partenes interesser som står som utgangspunkt for vurderingene som gjøres. Fordi man befinner seg på privatrettens område, gjør heller ikke legalitetsprinsippet seg gjeldende med samme tyngde som ellers.

Både det offentlige og private parter kan ekspropriere andre private parters rettigheter. Retten til ekspropriasjon begrunnes, uavhengig av hvem som er eksproprietar, av offentlige hensyn som tilsier at en mindre interesse må vike for en større. Ekspropriasjonsretten bærer sterke preg av det offentliges rolle, og skiller seg dermed tydelig fra situasjonen hvor to private parter tvistes om rettigheter i eller til fast eiendom. Dette ser man særlig gjennom legalitetsprinsippets betydning for det offentliges inngrep hvor det kreves hjemmel i lov for å kunne ekspropriere noens eiendom.

At det må foreligge hjemmel i lov for å ekspropriere følger av grl. § 105 og EMK P1-1 som begge verner om eiendomsretten. Dette er en konsekvens av den inngripende karakteren ekspropriasjon har ved at man må tvangsavstå fra egne rettigheter. På denne måten gjør myndighetene et inngrep i borgernes rettsfære.

Eiendomsretten er vernet mot offentlig inngripen gjennom grunnloven § 105. Det som eventuelt begrunner en innskrenkning i eien-

domsvernet, er at «statens tarv» tilsier at vedkommende må avstå eiendommen «til offentlig bruk». Bestemmelsen illustrerer hvordan eiendomsvernet ved ekspropriasjonssaker er begrunnet i offentlige hensyn.³⁴

Som følge av at det offentlige kan gripe inn i den private parts rettssfære og kreve at vedkommende avstår fast eiendom, er ekspropriasjonssaker dessuten underlagt en egen prosessform kalt skjønnsprosess. Skjønnsprosessen skal sikre at faglig kompetanse ligger til grunn for skjønnen og sørge for at ekspropriaten tilkjennes full erstatning.³⁵ Dette er fundamentalt annerledes i tilfeller hvor det påberopes krav om retting. I slike situasjoner fremmer man saken for alminnelige domstoler hvor man følger alminnelig sivilprosess.

Likevel kan man se enkelte likhetstrekk i de ulike rettsdisiplinens strukturer som kan være av interesse. I den grad man ser unntak fra retting, og dermed et ulovlig forhold som får vedvare, som et inngrep i eiendomsretten, får situasjonen ekspropriasjonslignende karakteristikk. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor rettighetshaver som følge av at rettingskravet ikke tas til følge må avstå grunn. Tiltak på fremmed grunn som ikke rettes får dermed likhetstrekk til ekspropriasjonstilfellene. Begge situasjonene pålegger den som må avstå rettigheten en tilpasningsplikt.

Grunnen til at disse situasjonene kan minne om hverandre, er at man tar eiendom ut fra As eie og overfører rettigheten til eiendommen over til B mot As vilje. Unntak fra retting vil i slike tilfeller frata grunneier en forhandlingsposisjon, og vedkommende må tvangsavstå

34 Merk likevel Grunnlova i nynorsk variant bruker «omsyn til samfunnet» istedenfor «statens tarv». Det er altså ikke utelukkende et statlig behov som må begrunne ekspropriasjonen.

35 GrL. § 105 og Lie (2017) Kommentar til skjønnsprosessloven § 1.

fra egen grunn på lignende måte som en ekspropriat.³⁶ En slik tilpinningsplikt kan anses som et innhugg i rettighetshavers privatautonomi.

Grunntanken ved ekspropriasjon er at en mindre interesse må vike for en større mot at det betales kompensasjon.³⁷ Denne grunntanken tar utgangspunkt i en rettsøkonomisk forutsetning om at samfunnsøkonomisk effektivitet oppnås gjennom overføringen av eiendommen, og at man på denne måten oppnår den mest effektive ressursutnyttelsen.

For å måle hva som er mest samfunnsøkonomisk effektivt kan Kaldor-Hicks-kriteriet anvendes. I følge Kaldor-Hicks-kriteriet må fordelene ved det samfunnsmessige inngrepet kunne overstige ulemmene slik at tapet kan kompenseres. På denne måten oppnår man det som er mest samfunnsøkonomisk effektivt.³⁸ Følgelig vil et tiltak kunne forsvares selv om det har negative effekter for noen berørte parter så lenge fordelene i sum for alle berørte parter overstiger de negative. Kriteriet minner således om den utilitaristiske tankegangen som nevnt over, hvor man legger til grunn at samfunnets nyttefunksjon tilsvaret summen av partenes nyttefunksjon.³⁹

Grannelovas løsning, slik den baserer seg på en interesseavveining, viser hvordan Kaldor-Hicks-kriteriet kommer til syne i lovgivningen. Ved at tiltakshaver vinner frem med å la bygget stå, oppnår vedkommende en så stor fordel at han kan kompensere rettighetshaver for den fordel vedkommende mister. På denne måten oppnår man en ønskelig rettsregel som bidrar til samfunnsøkonomisk effektivitet.

36 Ved unntak fra retting opphører ikke rettigheten som sådan, men den suspenderes midlertidig, se grannelova § 11 tredje ledd. Situasjonene kan dermed ikke sidestilles på helt samme linje.

37 Nygaard (2004) s. 11 flg.

38 Eide og Stavang (2018) s. 110 flg.

39 Kriteriet er en svakere variant av Pareto-kriteriet som krever at ingen kommer dårligere ut. Dersom det ene alternativet stiller minst én bedre enn andre, men ingen dårligere, er dette alternativet en Pareto-forbedring, se Schäfer and Ott (2004) s. 21–28.

Det er særlig kost-nytte-analysen i reglene om unntak fra rettingskrav som skaper likhetstrekkene til ekspropriasjonstilfeller. Kost-nytte-analysen ser man igjen i oreigningslova § 2 andre ledd som krever at «inngrepet tvillaust er meir til gagn enn skade». Ekspropriasjon kan med andre ord bare skje der ekspropriasjonen skaper fordeler ut fra en objektiv og alminnelig betraktning. Samfunnet er bedre tjent med at det eksproprieres dersom inngrepet utvilsomt er mer til gagn enn skade.

Vurderingen er noe ulik enn etter granelova hvor det er andre interesser som står sentralt for kost-nytte-vurderingen. De beskyttelsesverdige interessene er den enes fordeler mot den andres tap og utlegg. Det er tilsynelatende mindre rom for å inkludere allmenne og øvrige interesser i den vurderingen granelova fastsetter. Det kan av den grunn argumenteres med at interesseavveiningene i de ulike vurderingene skiller seg noe fra hverandre på dette punkt. Punktet ovenfor om miljø- og ressursbrukshensyn viste imidlertid tydelig at også hensynet til øvrige interesser i samfunnet kan og bør virke inn i vurderingen.

I den grad man vektlegger samfunnsinteressen i å la tiltaket stå, får situasjonen mer ekspropriasjonslignende karakteristikkk. Følgelig vil legalitetsbetraktninger kunne spille inn i økende grad. Problematikk knyttet til behovet for hjemmel i lov for å gjøre unntak fra retting drøftes videre under punkt 4.6 hvor det knyttes noen kommentarer til å gi unntaket utbredt anvendelse de lege ferenda.

3 Retting som sanksjon når eiendomsretten krenkes i naboforhold

3.1 Innledning

For å undersøke i hvilken grad man gjør unntak fra rettingskrav, er det hensiktsmessig å først se nærmere på hvordan lovgiver har forsøkt å løse situasjonen hvor tiltakshaver har bygd i konflikt med andres rettigheter. Rettingskrav kan som nevnt springe ut av ulike typer krenkelser i fast eiendom. I det følgende er det rettingskrav i naboforhold som står sentralt. Grunnen til at disse tilfellene er særlig interessante for problemstillingen er at grannelova har et relativt godt utbygd sanksjonssystem ved slike krenkelser.

Kjerneområdet til grannelova er regulering av eiers utnyttelse av egen grunn.⁴⁰ Reglene i grannelova er derfor utformet slik at de ivaretar naboenes rettigheter under hensynet til hverandres interesser.⁴¹ Ved brudd på disse reglene er det som vist i kap. 2 behov for å sanksjonere den som foretar seg et nabostridig forhold.

I det følgende vil det gis en fremstilling av det materielle innholdet i grannelovas regler som omhandler rettingskrav. Dette gjøres særlig med hensikt om å etablere kildegrunnlaget for en generalisert regel. Gjennom å analysere hvordan lovgiver har løst rettingsadgangen, vil det dannes et sammenligningsgrunnlag for den anvendelsen av reglene som rettspraksis gjør.

3.2 Grunnlag for rettingskrav

3.2.1 Grannelova § 10

Grannelova § 10 angir hovedregelen om retting som mulig sanksjonsform ved nabostridige forhold. Vilkårene for å kunne kreve retting

40 NUT 1957 s. 15 flg.

41 Falkanger og Falkanger (2022) s. 217.

etter bestemmelsen er at det foreligger «tilstand eller tilhøve» som er i strid med §§ 2–5.

Grannelova § 2 er den sentrale regelen for å kartlegge naboers rettigheter og plikter. Bestemmelsen er et utslag av prinsippet om alminnelig hensynsfullhet i naboforhold. Dette gjøres ved at man stiller krav til eierens bruk av eiendommen gjennom å forby «urimelig eller uturvande» virksomhet som «er til skade eller ulempe på granneeigedomm». Bestemmelsen utgjør en tålegrensevurdering for å avgjøre hva andre naboer må finne seg i.⁴² Grannelova § 2 setter med dette et alminnelig forbud mot nabostridige forhold. Hva som rammes av forbudet må vurderes konkret. Dersom eier av en eiendom iverksetter tiltak som bryter med grensene for lovlig virksomhet i henhold til § 2, kan naboen som utgangspunkt kreve retting med hjemmel i § 10.

I tillegg til den generelle tålegrensen i § 2, angir grannelova §§ 3–5 konkrete tiltak som ikke skal iverksettes på eiendommen. Dette er på lik linje med § 2 forbud som setter begrensninger i hva naboen kan foreta seg. Bestemmelsene regulerer krav til ulike forhold og ulike typer virksomheter på eiendommen som kan komme i strid med naboens interesser. Oppstår det forhold som er i strid med disse spesialreglene, kan det kreves retting i medhold av § 10.

Det er altså *det ulovlige forhold* som danner grunnlag for et eventuelt rettingskrav. Dette innebærer at rettingskravet opphører dersom det ulovlige forhold tas bort. Følgelig vil det ikke kunne forlanges at ethvert ulovlig tiltak fjernes, stanses eller bringes tilbake igjen til opprinnelig tilstand. Det er tilstrekkelig at forholdet bringes innenfor tålegrensen. Det er bare i de tilfeller det ulovlige overskudd ikke kan elimineres at tiltaket må fjernes fullstendig.⁴³ Et rettingskrav vil derfor avhenge av hva som er «urimelig eller uturvande» i lys av de konkrete forholdene. Rettingskravet vil, basert på hvor tålegrensen går, kunne innebære at krav om tilbakeføring til tidligere tilstand gjennom riving,

42 Sml. servitutlova § 2, som også kodifiserer disse prinsippene.

43 Falkanger og Falkanger (2022) s. 453.

fjerning, at driften som pågår stanses, eller at det iverksettes lignende tiltak.⁴⁴

3.2.2 Grannelova § 11

Grannelova § 11 er en spesialregel som, i likhet med §§ 3–5, forbyr et konkret tiltak. Bestemmelsen er samtidig en selvstendig hjemmel for å kunne kreve retting. I henhold til lovens ordlyd kan det kreves retting forbeholdt at det er «hus eller anna byggverk som ulovleg står såleis at noko av det er inne på granneeigedommen».

Det er verdt å merke at «hus eller anna byggverk» i bestemmelsen favner vidt slik at konfliktsituasjonen ikke begrenses til kun å gjelde *bygninger* på fremmed grunn. Også kraftlinjer, kloakkledninger og andre typer konstruksjoner kan falle inn under betegnelsen.⁴⁵

Et byggverk kan stå rettmessig på fremmed grunn på bakgrunn av festekontrakt eller samtykke.⁴⁶ Disse situasjonene faller utenfor lovens ordlyd. Det er tilfellene hvor tiltaket står «ulovleg» på fremmed grunn at andres rettigheter krenkes og et spørsmål om retting aktualiseres. Rettingskravet etter § 11 knytter seg på lik linje med § 10 til det ulovlige forhold.

Retting etter § 11 er bare aktuelt dersom det er bygd slik at «noko av det er inne på granneeigedommen». Basert på en streng ordlydsfortolkning innebærer dette at det er oppført en konstruksjon som delvis befinner seg på grunn man ikke selv har eksklusiv rådighet over. Selv om bestemmelsen i utgangspunktet kun regulerer byggverk som delvis står på fremmed grunn, kan det være gode grunner for å gi bestemmelsen utstrakt anvendelse på bygg som står fullt ut på fremmed grunn. Dette drøftes i neste kapittel.

Bestemmelsen omfatter også de tilfeller hvor byggverket heller inn over naboeiendommen i luftrommet og ikke langs grunnen. Et eksem-

44 NUT 1957:3 Rådsegn 2 s. 33.

45 Ibid. s. 34–35.

46 Grannelova § 1 gjør loven deklarasjonsslik slik at andre forhold kan avtales.

pel er hvor takskjegget på et bygg går over grenselinjen til naboeiendommen.⁴⁷ Det kan også forekomme at tiltaket er bygd på «riktig» eiendom, men hvor det er svakheter i grunnen som gjør at byggverket kommer over naboeiendommens grenser.⁴⁸ Også disse tilfellene kan gi grunnlag for retting gjennom § 11.

3.3 Unntak fra rettingskrav

3.3.1 Unntak ubetinget av vederlag

Fra utgangspunktet om at det ulovlige forholdet kan kreves rettet gjelder det imidlertid noen unntak. Det kan sondres mellom to typer unntak. Det gjelder enkelte absolutte unntak i § 10 første ledd annet punktum bokstav a-d. I tillegg til disse gjelder det et skjønnsmessig unntak som er fastsatt i §§ 10 annet ledd og 11 første ledd annet punktum.

Grunnen til at det er behov for å sondre mellom disse er at rettsvirkningen av dem er ulike. Selv om det er det skjønnsmessige unntaket som er av størst interesse for avhandlingen, er det av hensyn til sammenhengens hensiktsmessig å kort kommentere de absolutte unntakene i § 10.

De absolutte unntakene avskjærer muligheten til å kreve retting dersom det er truffet en type avgjørelse som gir særskilt tillatelse til tiltaket. De typer tillatelser som kan ligge til grunn for tiltaket og som fratar adgangen til å kreve retting er naboskjønn (bokstav a), at det er følger av et ekspropriasjonsvedtak eller direkte av oreigningslova (bokstav b), eller at det er fattet konsesjonsvedtak etter vannressursloven eller forurensningsloven (bokstav c og d). I slike tilfeller er det allerede gjort de nødvendige avveiningene for å vurdere lovligheten

47 LA-2011-148034.

48 Se Rt. 1908 s. 388 hvor en eiendom ble påført verdiforringelse som følge av at naboeiendommen helte inn over den. Saksøker ble tilkjent erstatning.

av tiltaket, slik at rettighetshaver ikke skal ha behov for å påberope seg retting.

Dette gjelder imidlertid med enkelte modifikasjoner. Har ikke tiltakshaver holdt seg innenfor rammen av den tillatelsen som er gitt, vil det oppstå et ulovlig overskudd som kan begrunne et gjenopprettelsesbehov for naboen. Følgelig vil også et rettingskrav gjenoppstå.⁴⁹ Det samme kan tenkes å være rettsvirkningen dersom den eventuelle tillatelsen kjennes ugyldig.⁵⁰

Rettsvirkningen av at disse unntakene kommer til anvendelse er at rettingskravet ikke fører frem. Adgangen til å kreve erstatning i medhold av § 9 er ikke avskåret dersom vilkårene for unntak er oppfylte, men unntakets anvendelse fører ikke til noen implisitt kompensasjonsplikt for tiltakshaver.⁵¹ Det kan være gode grunner for at vederlagsregelen ikke bør anvendes i tilfeller hvor forholdet som etableres bygger på en offentlig tillatelse, men spesiallovgivningen synes å åpne opp for vederlagskompensasjon til tross for dette.⁵²

Dette stiller seg ulikt fra den skjønnsmessige unntaksregelen om suspensjon av retting mot vederlag. I disse tilfellene er det en forutsetning for unntak at det ytes kompensasjon i form av vederlag. Vederlagskravet er med andre ord en viktig forutsetning for at tiltakshaver unntas fra retteplikt etter dette unntaket. Fører unntaket frem vil ikke rettigheten få materiell beskyttelse gjennom retting, men økonomisk beskyttelse gjennom vederlagskompensasjon.

49 Snipsøyr (2022) grannelova § 10 note 3.

50 Når den nødvendige tillatelsen er kjent ugyldig gjeninntre et ulovlig forhold som danner grunnlag for rettingskrav. Se mer om dette i kap. 5.

51 Se Rt. 1980 s. 309 og NOU 1982:19 s. 166 som avklarer at unntaket i § 10 ikke gjelder *under forutsetning* om at det ytes vederlag.

52 Se vrl. § 6 fjerde ledd og forurl. § 10 annet ledd som begge fastsetter at tillatelsen ikke avskjærer en eventuell vederlagsplikt. I NOU 1982:19 argumenteres det imidlertid for hvorfor denne løsningen kan virke uheldig, se særlig s. 166–168.

3.3.2 Unntak betinget av vederlag

Som en sikkerhetsventil for rimelige og rettferdige avgjørelser, fastsetter grannelova et skjønnsmessig unntak fra rettingskrav.⁵³ I rettspraksis har unntaket blitt omtalt som en «rimelighetsvurdering av verdier som står på spill på hver side sammenholdt med mulige begåtte feil».⁵⁴ Dette illustrerer godt hvordan unntaksadgangen etter grannelovas regler baserer seg på rimelighets- og rettferdighetshensyn. Hovedformålet med unntaket er å finne en fornuftig fordeling av goder og byrder og dermed å oppnå et godt resultat.

Spørsmålet som undersøkes her er hvilke vilkår som må være oppfylt for å gjøre unntak fra rettingsplikten etter grannelovas regler. Selv om ordlyden ikke er nøyaktig den samme i §§ 10 og 11, er det materielle innholdet i unntaket identisk i de to bestemmelsene.⁵⁵ I det følgende vil det derfor ikke skilles mellom hvilke av paragrafene det er tale om når det redegjøres for vilkårene.

For det første beror unntaksadgangen på en konkret interesseavveining hvor tiltakshavers interesse i å fortsette virksomheten eller den etablerte tilstanden, måles opp mot hensynet til naboene. Rettingskravet suspenderes dersom det vil føre til «så store utlegg eller tap» for tiltakshaver at «det klårt vil stå i mishøve til gagnet» for rettighetshaver.

Ordlyden gir anvisning på en streng vurdering hvor unntaket kun skal anvendes som en sikkerhetsventil i de tilfellene pendelen klart svinger i tiltakshavers favør. Det er likevel tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt for at det kan gjøres unntak. Begrepet «klårt» knytter seg til beviskravet og ikke terskelen som sådan.⁵⁶

53 I NUT 1957:3 s. 33 beskrives unntaksadgangen som en mulighet til å finne «rimelege og vituge» løsninger.

54 Rt. 1975 s. 1048 på s. 1052.

55 Ot.prp.nr. 24 (60–61) s. 41.

56 Dette følger av Rt. 2009 s. 1148 avsnitt 34 som gjaldt oreigningslova § 2 med ordlyden «tvillaust er meir til gagn enn skade». Selv om bestemmelsen knytter seg til ekspropriasjon og ikke unntak fra retting, er de retts teknisk oppbygd på tilsvarende måte. «Tvillaust» knytter seg her til bevisterskelen på samme måte som «klårt mishøve» i grannelova.

I henhold til bestemmelsens ordlyd skal det i hovedsak foretas en økonomisk vurdering på tiltakshavers side hvor det er «utlegg eller tap» ved gjennomføringen av retting som skal legges til grunn for vurderingen. Kostnadene ved å tilbakeføre tiltaket til lovlig tilstand vil dermed stå sentralt. I tilfeller hvor dette utgjør omfattende endringer eller at tiltakshaver må rive bygget, vil det ofte foreligge så store utgifter at tiltakshaver beskyttes fra en tilbakeføringsplikt. Dette gjelder særlig der forholdet ikke har spesielt store konsekvenser for naboen, som for eksempel ved delvis innpåbygging i utkanten av tomten.

Kostnadene skal måles opp mot naboens «gagn» ved å få gjennomført retting. Med «gagn» siktes det ikke bare til en økonomisk vurdering på naboens side, men også ikke-økonomiske forhold vil være av betydning. Begrepet omfavner med andre ord alle typer fordeler. For naboens vedkommende kan et rettingskrav for eksempel være begrunnet av at tiltaket virker sjenerende på naboeiendommen, for eksempel i form av lukt, støy eller estetiske årsaker som kan innfortolkes som en type «gagn» ved å få tiltaket fjernet.

I tillegg vil det som nevnt kunne være andre hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen. Vurderingsmomentene slik de er beskrevet i grannelova knytter seg ikke utelukkende til virkningen for partene selv. Følgelig vil alle typer utlegg, tap og fordeler ved gjennomføringen av rettingskravet kunne bli relevant. Det er imidlertid hensynet til partene selv som danner utgangspunktet for vurderingen.

For det andre beror unntaksadgangen på en skyldvurdering. Baserer man unntaket på en interesseavveining alene, risikerer man at tiltakshaver misbruker denne ordningen og iverksetter byggeprosessen til tross for at vedkommende er kjent med andre rettigheter man kommer i konflikt med. For å unngå dette stilles det krav til tiltakshavers opptreden. Det kan også tenkes at naboens atferd bør være relevant i vurderingen av hvorvidt et rettingskrav skal føre frem. Spørsmålet som drøftes her er hvilken grad av skyld som kreves og hvilken betydning partenes opptreden har for vurderingen.

For å finne frem til hvilken grad av skyld som kreves, kan det være hensiktsmessig å se på bakgrunnen for gjeldende rett. Tilfeller av innpåbygging ble regulert i den tidligere NL 6-15-18. I henhold til bestemmelsen skulle ethvert byggverk på fremmed grunn rives. Regelen ble endret på midten av 1800-tallet til å bli mer lempelig i tilfeller av unnskyldelige grensekrenkninger. Ved vedtakelsen av grannelova av 1887 ble delvis innpåbygging skilt ut i en egen bestemmelse. Paragraf 11 i dagens grannelov har sitt opphav i denne bestemmelsen.⁵⁷

I arbeidet med å utforme grannelova mente Sivillovbokutvalget at et krav om aktsom god tro ikke skulle være bindende og at det heller ikke var noe ufravikelig vilkår. Dette begrunnet de med rimelighets-hensyn ettersom et slikt ufravikelig vilkår «i sume tilfelle kunne føra til uynskte avgjerder».⁵⁸ Justisdepartementet var imidlertid uenig i dette og mente at «eit greitt skjønnsforbod som han kjenner eller burde kjenne til, må han sjølv ta tapet om saka seinare blir sett på spissen etter grannelova».⁵⁹ Departementet innførte derfor som et absolutt vilkår at unntak fra retting er utelukket dersom tiltakshaver er «noko nemnande å leggja til last».

Ordlyden i grannelova §§ 10 og 11 er i dag utformet som er vilkår om at «det ikkje er noko nemnande å leggja eigaren av byggverket til last». En naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd er at personen rettingskravet rettes mot ikke kan ha foretatt seg noe nevneverdig å bebreide vedkommende for. Ordlyden i seg selv peker således mot en lav terskel og en streng skyldnorm. Dette samsvarer godt med den preventive effekten man ønsker at reglene skal ha.

Samtidig kan det stilles spørsmål ved hvilken grad av skyld man egentlig krever. Innholdet i formuleringen kan være vanskelig å kartlegge som følge av at man ikke stiller noe konkret krav til aktsomhet. Ordlyden i seg selv peker mot en strengere redelighetsvurdering. Et

57 Falkanger og Falkanger (2022) s. 480.

58 NUT 1957:3 s. 14.

59 Ot.prp.nr. 24 (1960–1961) s. 39.

krav om aktsom god tro, som regelen tidligere stilte, er ikke identisk med meningsinnholdet i «noko nemnande å leggja til last».⁶⁰

Også rettspraksis anvender en noe varierende skyldnorm. I LB-1999-3034 behandlet Borgarting lagmannsrett en sak hvor Hankø Fjordhotell hadde bygd tennishall som delvis lå på nabotomten. Under skyldvurderingen fremholdt retten at «noko nemnande å leggja til last» måtte bety «mindre grad av uaktsomhet enn grov uaktsomhet». Til tross for at det var fjernet eldre gjerderester som kunne gi grunn til å stille spørsmål ved eiendomsgrensen, og at det virket «noe underlig at målebrevet ikke skulle være arkivert ved hotellet», førte unntaket frem. Lagmannsretten synes dermed å legge til grunn en mindre streng skyldvurdering enn ordlyden tilsier.

I en nyere sak fra Gulating lagmannsrett ser man derimot ut til å anvende en noe strengere aktsomhetsnorm. I LG-2014-99630 ble en nabo som hadde bygd naust inn på en tilgrensende tomt pålagt rettingskrav som følge av at skyldkravet ikke var oppfylt. Gjennom henvisning til forarbeidene og en eldre høyesterettsavgjørelse, mente retten at ordlyden skulle forstås som at unntaket ikke kommer til anvendelse «dersom det foreligger simpel uaktsomhet». Lagmannsretten anvender her en strengere skyldnorm enn i LB-1999-3034 og legger seg dermed tettere opp mot lovens ordlyd.

Både bakgrunnen for gjeldende rett og lagmannsrettspraksis illustrerer hvordan kravet til skyld fremstår som noe utydelig. Følgelig kan det hevdes at det ikke er helt avklart hvilken terskel som skal legges til grunn for vurderingen. Ser man hen til preventive hensyn vil det imidlertid være fornuftig å praktisere en strengere aktsomhetsnorm. På den andre siden kan det være gode grunner for at det bør praktiseres et lempeligere krav. Et for strengt krav til aktsom god tro

60 Se Eriksen (2014) s. 227 flg., Monsen (2012) s. 504 og Falkanger og Falkanger (2022) s. 480. Samtlige av disse mener at det ikke gjelder et absolutt krav om aktsom god tro.

vil skape rigide regler som kan mangle fleksibiliteten man har behov for med hensikt om å oppnå et godt resultat.⁶¹

I relasjon til skyldspørsmålet vil det være relevant om det er avholdt naboskjønn. Hver av partene kan kreve å få avgjort naboskjønn etter grannelova § 7 for å fastslå lovligheten av tiltaket. Dersom tiltaket settes i gang før endelig naboskjønn er truffet, vil det være ulovlig etter § 7 første ledd fjerde punktum. Det samme gjelder dersom tiltakshaver går utenfor grensene skjønnet setter. Naboene vil i tråd med § 10 ha rettingskravet i behold i slike tilfeller.

Mer problematisk er det dersom tiltakshaver ikke avholder naboskjønn i frykt for å ikke få godkjent tiltaket, men likevel iverksetter byggeprosessen. Sivillovbokutvalget synes å bygge på et slikt synspunkt ved å påpeke at praksis ikke burde være «så slapp og slepphendt» at det skulle friste folk å unngå å holde naboskjønn.⁶²

Rettspraksis synes også å vektlegge dette som et moment i skyldvurderingen. I Rt. 1965 s. 310 anla naboene av en skytebane krav om stans i bruken av den som følge av at den påførte naboene store ulemper. I avgjørelsen ble det blant annet lagt vekt på at det ikke var avholdt naboskjønn på forhånd. Flertallet uttalte blant annet at «det som kan gi grunn til tvil i forhold til de naboer som har krevd stansing, er at skytterlaget anla banen uten å begjære naboskjønn». Mindretallet gikk lengre og mente at «skytterlagene selv har en vesentlig skyld i den vanskelige situasjon som er oppstått, fordi de har unnlatt å holde skjønn». Saken ble avgjort under dissens som følge av at flertallet og mindretallet var uenig om subsumsjonen under skyldkravet. Resultatet ble at skytterlaget fikk medhold i fortsatt bruk mot vederlag og erstatning til naboene.

Det kan følgelig ikke oppstilles et absolutt krav om at naboskjønn må være avholdt på tiltakshavers side for at vedkommende kan sies

61 Eriksen tar til orde for å anvende et mindre strikt aktsomhetskrav med denne begrunnelsen, se Eriksen (2014) s. 227.

62 NUT 1957:3 s. 34.

å ikke være noe nevneverdig å bebreide. Det vil likevel spille inn som et moment i skyldvurderingen.

Også rettighetshavers opptreden kan få betydning ved vurderingen av om tiltakshaver skal sanksjoneres med retting. Det ligger i sakens natur at en rettighetshaver som er vel vitende om for eksempel eiendomsgrensene, men som ikke foretar seg noe når naboen bygger over denne, ikke skal være tjent med slik atferd og få gjennomslag for et rettingskrav. Dette bygger på grunntanken om at den som ikke foretar seg noe for å avbøte en ulovlighet, heller ikke fortjener rettsordenens beskyttelse.⁶³

Eldre rettspraksis viser at passivitet på rettighetshavers side kan være utslagsgivende for vurderingen. I Rt. 1902 s. 641 behandlet Høyesterett en sak hvor grunneier ikke foretok seg noe til tross for at vedkommende var kjent med at det grenseoverskridende bygget delvis ble plassert på hans grunn. Fordi han ikke hadde sagt fra til tiltakshaver om grenseoverskridelsen, mistet han retten til å kreve retting.

Ved langvarig passivitet er det dessuten andre regelsett som slår inn. Oppfyller tiltakshaver vilkårene for hevd, kan naboen miste retten til den delen av eiendommen som tiltakshaver bruker etter hevdslova § 11b. I tillegg kan den krenkede part som holder seg passiv over lengre tid risikere å miste adgangen til både å kreve retting og til å kreve erstatning basert på alminnelige skyld- og passivitetsbetraktninger.⁶⁴

63 Eriksen (2014) s. 233.

64 Dette avgjøres på bakgrunn av reglene om ulovfestet ekstinksjon. Se Rt. 1986 s. 1210 som anvender «sterke grunner» som en minimumsforutsetning.

4 Fra retting til vederlag – en ulovfestet regel?

4.1 Innledning

Som det innledningsvis ble nevnt, vil avhandlingens tyngde ligge i vurderingen av om unntak fra rettingsplikten kan utledes som en alminnelig norm. Spørsmålet er mer presisert om det, basert på rettspraksis og reelle hensyn, kan utledes et ulovfestet prinsipp hvor man tillater tiltakshaver å fortsette virksomheten mot vederlag basert på en interesseavveining og skyldvurdering.

Drøftelsen vil bære preg av å være en mer selvstendig vurdering og vil ikke følge en like streng rettsdogmatisk metode. Målet er å undersøke om det er gode grunner for å generalisere fra grannelovas løsning over til andre typetilfeller som har lignende karakteristikker, men som ikke løses av et tydelig hjemmelsgrunnlag.

Fokuset til nå har vært å se nærmere på krenkelsener av eiendomsretten etter grannelovas regler for å undersøke hvordan lovgiver har valgt å løse dette. I det følgende er det særlig to typetilfeller som vil være sentrale som ikke reguleres av disse reglene.

Det ene tilfellet er der hvor den fullstendige eiendomsretten krenkes. Situasjonen her er at tiltakshaver har ført opp et byggverk som er fullstendig plassert på en eiendom vedkommende ikke selv har eksklusiv rådighet over. Dette betegnes gjerne som hus på fremmed grunn. Disse typetilfellene ligger svært tett opp mot grannelova § 11, men reguleres likevel ikke direkte av bestemmelsen.

Det andre tilfellet er krenkelse av mer begrensede rettigheter. I den forbindelse er det spesielt rettigheter som følger av negative servitutter som er aktuelle for problemstillingen. Dette er servitutter som begrenser rådigheten over tiltakshavers egen eiendommen. Tiltak på egen grunn kan komme i strid med andres rettigheter som legger beslag på hvordan eiendommen kan utnyttes. I slike situasjoner har man heller ingen positiv hjemmel for å kunne kreve retting.

Bakgrunnen for at akkurat disse typetilfellene vil behandles er at de har ulik karakteristikk, men til dels sammenfallende hensyn. Både reparasjon- og prevensjonshensynet gjør seg gjeldende i begge konfliktsituasjonene. Et hus bygd på fremmed grunn vil imidlertid være en langt større krenkelse av noens rettighet enn der tiltakshaver for eksempel har brutt en høydebegrensning og dermed blokkerer for naboens utsikt. Følgelig kan det tenkes at man kan bruke et fra det mer til det mindre-perspektiv. Jeg vil altså først se på krenkelse av den sterkeste rettigheten, nemlig eiendomsretten i seg selv, og med dette som utgangspunkt og sammenligningsgrunnlag, se nærmere på krenkelse av en svakere rettighet, nemlig en rettighet etter en negativ servitutt.

Som det innledningsvis ble nevnt, vil partenes rolle tydeliggjøres der det er behov for det. I det følgende er det verdt å merke at grunneier ved tilfeller av hus på fremmed grunn vil være den krenkede part. Ved krenkelse av negative servitutter vil grunneier og tiltakshaver derimot være samme person og være den som krenker andres rettigheter.

4.2 Retting som retts teknisk utgangspunkt

4.2.1 Innledning

Et naturlig spørsmål som oppstår i forlengelsen av hvorvidt det er mulig å utlede allmenngyldige prinsipper for unntak fra retteplikt, er om det er nødvendig med hjemmel for å pålegge retting i tilfeller som faller utenfor grannelova. Spørsmålet som drøftes her er mer presist om det er behov for positiv rettslig lovhjemmel for å kunne kreve retting. Kan ulovligheten i seg selv danne grunnlag for et rettingskrav?

Sivillovbokutvalget syntes å bygge på et synspunkt om at hjemmel i positiv rett ikke var nødvendig. I Rådsegn 2 står følgende beskrevet om behovet for lovhjemmel:

«Er noko sett i verk som er ulovleg av di det er meins for grannen, tarv det ikkje tolast at tilstand varer ved. Anten lyt sjølve tiltaket

stoggast, eller det lyt sytast for åtgjerder som på annan måte gjer slutt på uretten. *Dette fylgjer av sjølv det forbodet som gjer tiltaket ulovleg og treng ingen serskild heime.*»⁶⁵

Forarbeidene kan dermed leses som at man i mangel på hjemmel kan bruke selve forbudet som grunnlag for et eventuelt rettingskrav. Ser man hen til det underliggende rasjonale for reglene, stemmer dette godt med hensynet til rettighetshaver. Et ulovlig forhold kan begrunne et gjenoppbyggingsbehov uavhengig av om det foreligger positiv hjemmel. Å innrømme rettighetshaver en adgang til å kreve retting utenfor de lovfestede tilfellene, vil således være i tråd med rimelighets- og rettferdighetstankene som ligger til grunn for vurderingen.

Som en generell innvending mot dette kan man hevde at preventivshensynet ikke ivaretas på tilstrekkelig måte gjennom en ulovfestet adgang til å kreve retting. Når reglene ikke er tydelig utformet og tilgjengelige for allmennheten, vil de ikke ha den preventive effekten man ønsker. Dette drøftes mer inngående under de lege ferenda-betraktninger i punkt 4.6. I det følgende drøftes behovet for lovhjemmel for å kunne kreve retting ved først tilfeller av hus på fremmed grunn og deretter ved krenkelse av negative servitutter.

4.2.2 Særlig om hus på fremmed grunn

«Hus på fremmed grunn» er en terminologi som brukes om byggverk som står på eiendom man ikke selv har eksklusiv rådighet over, enten helt eller delvis. Tiltakshaver har da bygd på en eiendom som vedkommende ikke selv er eier av og med dette krenket noens rettighet. Den typiske konfliktsituasjonen er at man etter flere år og ulike eiere oppdager at bygget står på en annen rettighetshavers eiendom.

Fordi hele byggverket er plassert på fremmed grunn, oppstår det ved slike tilfeller ikke bare spørsmål om bruksretten til grunnen, men også om eiendomsretten til byggverket. Slike situasjoner får lignende

65 NUT 1957: 3 s. 24. (min kursivering).

karakteristikk som ved festeforhold. Som følge av at man har flere ulike eierforhold inn mot samme formuesgode, oppstår det gjerne spørsmål i relasjon til tredjeparter. Dette løses normalt av dynamiske tingsrettslige regler. I det følgende er det spørsmålene som oppstår i alminnelige topartskonflikter som drøftes.

Ordlyden i grannelova § 11 er at ulovlige bygg som står «såleis at noko av det er inne på granneeigedom» kan kreves rettet. Tolker man ordlyden strengt innebærer dette at hus som står fullt ut på fremmed grunn ikke faller inn under grunnlaget for rettingskravet. Grannelova har heller ingen andre hjemler for å kunne kreve retting i slike tilfeller. Følgelig må dette løses på ulovfestet grunnlag.

Tilfellet ligner imidlertid den situasjon grannelova § 11 regulerer i så stor grad at det er naturlig å trekke analogiske slutninger slik at resultatet blir det samme. Reparasjonshensynet kan dessuten begrunne behovet for gjenopprettelse i enda større grad der tiltaket står fullt ut på fremmed grunn. Rettighetshaver vil i disse tilfellene oppleve en så stor krenkelse av eiendomsretten at vedkommende bør kunne kreve bygget fjernet. Dette gjelder også der muligheten for tomteutnyttelse blir minimal på grunn av byggverket.⁶⁶

Selv om ordlyden i grannelova isolert sett taler for at det kun kan kreves retting i tilfeller av delvis innpåbygging, har rettspraksis hatt tradisjon for å anvende regelen analogisk på tilfeller hvor byggverket helt er plassert på eiendom man ikke selv har rådighet over.⁶⁷

At man ikke trenger hjemmel for å kreve retting i slike tilfeller, finner man også støtte for i prinsippet om eiendomsretten som ble nevnt innledningsvis. I kraft av rollen som eksklusiv eier over eiendom-

66 Man kan tenke seg at ressursbrukshensyn gjør seg gjeldende på motsatt side av vurderingen som følge av omfattende verdispill ved å rive bygget. Slike hensyn ivaretas imidlertid gjennom unntaksadgangen og kan ikke innvendes mot å gi rettighetshaver muligheten til å kunne kreve retting overhodet.

67 Se RG-1955-111, RG-1974-38, RG-1994-582 og HR-2022-119-A. Adgangen til analogisk anvendelse av § 11 drøftes nærmere under punkt 4.3.2 hvor rettspraksis analyseres.

men kan man kreve at andre ikke tar seg til rette slik at det går på bekostning av egne rettigheter. Følgelig vil man kunne kreve at tiltak som hindrer utøvelsen av en slik eierposisjon fjernes eller endres. Dette samsvarer også godt med de hensyn som begrunner reglene nedfelt i grannelova § 11.

Samlet sett gir dette støtte for å anse uttalelsen i Rådsegn 2 om at det ikke kreves hjemmel, men at det følger av forbudet selv, som like fullt gjeldende i dag. Det er det ulovlige forholdet som sådan som danner utgangspunkt for rettingskravet. Dette gjelder også der det er bygd fullt ut på fremmed grunn.

4.2.3 Særlig om negative servitutter

I servituttlova defineres servitutter i § 1 som «særrettar over framand fast eigedom til einskilde slag bruk eller anna utnyttingsrådvælde eller til å forby einskilde slag verksemd, bruk eller tilstand». Første alternativ beskriver rettigheter som tillater en spesifikk bruk eller utnyttelse av eiendommen, såkalte *positive servitutter*. Bestemmelsens andre alternativ legger bånd på rådigheten av eiendommen i form av å forby en type virksomhet, bruk eller tilstand. Det er dette som kjennetegnes som *negative servitutter*.

Ettersom avhandlingens tematikk i størst grad knytter seg til etablerte tilstander som er i strid med noens rettigheter, er det mest nærliggende å se nærmere på tilfeller hvor negative servitutter krenkes. I slike tilfeller er det opprettet en ulovlig tilstand på lignende måte som tilfellene som reguleres av grannelova. Grunneier har da gått utenfor egen rådighet over eiendommen og med dette krenket servituttens formål. Til forskjell fra situasjonen over er det her snakk om utnyttelse av egen eiendom som krenker andres begrensede rettigheter i eiendommen.

Ved krenkelse av begrensede rettigheter i fast eiendom, kan det kreves omskiping eller avskipping i henhold til servituttlova §§ 5–8.⁶⁸ Omskiping innebærer i samsvar med §§ 5 og 6 en flytting eller endring av servitutten. Fordi § 5 stiller krav om at «den nye skipnaden er minst like god for motparten som tidlegare» og «ingen [er] avgjørende grunn imot det», er denne typen omskiping lite praktisk for negative servitut-ter.

Det er mer nærliggende å anvende regelen om omskiping i § 6, hvor vederlag benyttes som en forutsetning for å flytte eller endre servitutten slik at «den nye skipnaden ikkje vert likså god for motparten som den tidlegare». Bestemmelsen gir dermed en lignende løsning som grannelova §§ 10 og 11 ved at den som settes i en dårligere posisjon kompenseres for dette gjennom vederlag.⁶⁹

Avskipping i henhold til § 7 har imidlertid enda større likhetstrekk til unntak fra retting ettersom rettigheten opphører basert på en interesseavveining. Regelen anvendes dersom man ikke klarer å tilpasse forholdet gjennom §§ 5 eller 6. Samme vederlagsregel gjelder som i servituttlova § 6 og grannelova §§ 10 og 11. Fordi rettigheten opphører får situasjonen en mer fremtredende ekspropriasjonskarakteristikk enn tilfellene som reguleres av § 6.

Servituttlova har dermed enkelte særegne regler om endring og avløsning av servitutter. Spørsmålet er imidlertid om man kan kreve rettet forhold som er *i strid* med servitutten.

Servituttlova § 17 gir regler for rådighetsmisbruk dersom man overskrider rettigheter som følger av servitutter. Bestemmelsen fastsetter to mulige sanksjoner; enten avskipping eller at servitutten midlertidig settes ut av kraft. At rettigheten kan opphøre mot vederlag som følge av rådighetsmisbruk, har tydelige likhetstrekk til rettingskrav

68 Merk at avgjørelser etter disse bestemmelsene imidlertid fattes av jordskifte- retten og ikke de alminnelige domstoler, jf. servituttlova § 18.

69 NUT 1960:1 s. 49. På samme sted i forarbeidene sammenlignes dette med ekspropriasjonstilfeller. Se også sammenligningen mellom disse i Falkanger og Falkanger (2022) s. 240 flg.

i henhold til grannelova. Dette forutsetter imidlertid kvalifisert misbruk, jf. rådighetsmisbruk som er «varig og trass i åtvaringar». I tillegg gir bestemmelsens annet ledd grunnlag for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade.

Sanksjonsmulighetene som § 17 fastsetter innebærer dermed ingen gjenopprettelsesplikt for det ulovlige forholdet. Bestemmelsen gir kun hjemmel for å suspendere servitutten enten permanent eller midlertidig. Spørsmålet om retting må dermed løses på ulovfestet grunnlag.

Spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk skade i henhold til § 17 kom opp for domstolene i Rt. 2011 s. 228 (Naturbetong II). Saken gjaldt kompensasjon for krenkelse av en strøksservitutt om villamessig bebyggelse. I slike tilfeller vil det typisk ikke foreligge et påviselig økonomisk tap, men det kan likevel være behov for andre sanksjonsmuligheter. Estetiske årsaker kan for eksempel begrunne et gjenopprettelsesbehov. I saken bygde kravet om kompensasjon på tiltakshavers berikelse ved å bryte servitutten.

Selv om det ikke var nedlagt påstand om retting, uttalte Høyesterett seg om rettingsadgangen i et obiter dictum. Førstvoterende fremholdt at det ikke er tvil om at man kan kreve retting på ulovfestet grunnlag «ved krenkelse av en servitutt med forpliktelse til ikke å bygge, eller til å utforme bygget på bestemte måter».⁷⁰ En slik adgang synes også å foreligge allerede før vedtakelsen av servituttlova da det i forarbeidene poengteres at «eit ulovleg tilhøve skal og rettast for framtida».⁷¹ Dette finner man også støtte for i uttalelsen fra forarbeidene til grannelova om at rettingskravet springer ut av selve ulovligheten av tiltaket.

At krenkelse av en negativ servitutt gir hjemmel for retting, stemmer godt med reparasjonshensynet. På samme måte som ved tilfellene etter grannelova §§ 10 og 11 foreligger det sjelden et økonomisk tap som gir grunnlag for erstatning. Følgelig vil servitutthaver ha større inter-

70 Rt. 20111. s 28 avsnitt 45.

71 NUT 1960:1 s. 24.

esse i faktisk gjenopprettelse gjennom retting, slik at servituttsens formål ivaretas.

Fordi servitutthaver ikke har rådighet over eiendommen selv, kan ikke vedkommende foreta seg noe for å avbøte den krenkelse som finner sted. Det kan av den grunn argumenteres med at retting dermed fremstår som en særlig rettferdig løsning. Den som har forårsaket en tilstand som er i strid med servitutthavers rettighet, bør også være ansvarlig for å tilbakeføre de faktiske forhold i samsvar med hvordan de ville ha vært dersom det aktuelle rettsbruddet tenkes borte.⁷²

4.3 Vederlag som unntak fra retting

4.3.1 Innledning

Retting kan altså kreves uten å måtte ha hjemmel i positive rettskilder. Kommer man til at det foreligger grunnlag for å kreve retting, blir neste spørsmål om det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet ved å yte vederlag som kompensasjon for at krenkelsen får vedvare. Granne- lovas løsning er at dette kan gjøres basert på en interesseavveining og skyldvurdering. Spørsmålet i det følgende er om det er behov for hjemmel for å beskytte tiltakshaver gjennom et slikt unntak.

I Rådsegn 2 skriver Sivillovbokutvalget følgende om adgangen til å gjøre unntak fra rettingskrav:

«Men i mange tilfelle kan det vera grunn til å gjera unnatak frå rettingsskyldnaden: Er tiltaket i seg sjølv nyttig og kome så langt at det er noko mykje påkosta, er det ofte den beste løysinga at det får halda fram, men då sjølv sagt mot fullt vederlag til grannen. *Men slik ekspropriasjonsvori løysing lyt ha positiv lovheimel*».⁷³

72 Monsen (2012) s. 480. Dette stemmer godt overens med tanken om at den som skaper ubalanse i likevekten også bør være forpliktet til å utjevne den i tråd med korreksjonshensynet.

73 NUT 1957: 3 s. 23. (min kursivering).

Utvalget synes å se det nødvendig med hjemmel for å gjøre unntak som følge av den ekspropriasjonslignende karakteristikken dette får. Henvisningen til en «ekspropriasjonsvori løysing» viser tydelig hvordan det kan trekkes paralleller mellom alminnelige ekspropriasjonstilfeller og tilfeller der unntaket fører frem slik at tiltaket får stå mot vederlag. Dette kan tas til inntekt for at det generelt sett er behov for lovhjemmel for å gjøre unntak.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om det er mulig å gjøre unntak uten positivrettslig hjemmel. Dette drøftes videre nedenfor hvor særlig rettspraksis og reelle hensyn vil være rettskildene som egner seg for å belyse svaret.

Avgjørelsene som gjennomgås er plukket ut basert på deres saksforhold og omhandler de samme typetilfellene som er behandlet over, det vil si tilfeller av hus på fremmed grunn og krenkelse av negative servitutter. Analysen foretas med hensikt om å undersøke rettspraksis sin argumentasjon i hvorfor reglene eller prinsippene er anvendelige på saksforholdet eller ikke. Avgjørelsene er dessuten valgt med hensikt om å undersøke om det kan etableres en tingsrettslig rettsutvikling.

Som nevnt innledningsvis kan det trekkes fra det mer til det mindre-betraktninger under denne drøftelsen. Tanken blir da at gjør man unntak for tilfeller der selve eiendomsretten krenkes, bør det også kunne gjøres unntak der mer begrensede rettigheter krenkes. Tiltakshaver som krenker en mindre rettighet, bør ikke bedømmes strengere enn den som krenker en større. Suspenderer man et rettingskrav i tilfeller av hus på fremmed grunn, bør man altså kunne suspendere et rettingskrav i tilfeller der negative servitutter krenkes.

4.3.2 En analyse av rettspraksis

4.3.2.1 *Hus på fremmed grunn*

Som allerede etablert omfattes ikke tilfeller av hus på fremmed grunn av grannelova som følge av at § 11 kun gjelder tilfeller der bygget står slik at «noko av det er inne på granneeigedom». Spørsmålet er om det er adgang til å gjøre unntak fra en eventuell retteplikt selv om det ikke

foreligger positivrettslig hjemmel for det. Målet er å undersøke i hvilken grad man anvender lignende regler som i grannelova på tilfellet.

I RG-1955-111 ble spørsmålet om hvordan dette løses behandlet før grannelova av 1961 ble vedtatt. Saken bygger dermed på rettstanke forut for Sivillovutvalgets arbeid. Saken gjaldt en tomt som var gitt i gave til A som i etterkant bygde hus på tomten. Senere viste det seg at tomten var gavegiverens nabo og huset stod dermed fullt ut på naboeiendommen. Naboen krevde huset revet.

Retten bemerket innledningsvis at rivingskrav av et ferdigstilt hus fremstod som «hårdt og urimelig» og at «økonomiske, sosiale og humane hensyn – i det hele tatt en samfunnsmessig vurdering» tilsa at retteplikten ikke kunne gjelde ubetinget. Dommen illustrerer godt hvordan unntaket er begrunnet i rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger.

Det er også interessant hvordan retten anser vurderingen som «samfunnsmessig». I hvor stor grad man kan tillate øvrige hensyn i en interesseavveining mellom partene, ble drøftet i kap. 2. Selv om avgjørelsen er en eldre lagmannsrettsdom, sier den noe om hvilke vurderinger retten gjorde tilbake igjen i 1955. Allerede her ser man ut til å legge til grunn en samfunnsorientert tankegang for vurderingen av om rettingskravet skal føre frem.

Lagmannsretten foretok deretter en samlet vurdering av de konkrete forhold «etter analogi med det prinsipp som er kommet til orde» i daværende § 8 som nå er videreført i dagens §§ 10 og 11. Under vurderingen vektla retten tiltakshavers gode tro i det vedkommende ikke hadde grunn til å tvile på gavegivers rett til å disponere over tomten. I tillegg ble det lagt vekt på at riving ville føre til «økonomisk ruin» for tiltakshaver og at familien hans ville bli «husløs».

Retten vurderte således skyld og tiltakshavers økonomiske forhold uten at det egentlig ble foretatt en tydelig interesseavveining opp mot rettighetshavers fordeler ved retting. I rettsanvendelsen ser det ut til at det kun var tiltakshavers utlegg og tap som ble vurdert. Dette er imidlertid i tråd med den dagjeldende regelen i § 8 som ikke sa noe

om rettighetshavers forhold. Følgelig anvendte lagmannsretten de samme reglene som daværende lov om eiendomsrettens begrensning i naboforhold fastsatte. Saken endte med at tiltakshaver ble dømt til å betale årlig grunnleie til rettighetshaver og grunnleie for foregående år.

I RG-1974-38 ble det ved en feil bygd hytte som fullt ut stod på naboeiendommens grunn og spørsmålet var om dette kunne kreves rettet. I mangel på positiv lovhjemmel påpekte retten at grannelova § 11 kunne anvendes analogisk forutsatt at tiltakshaver hadde vært i «aktsom god tro». Lagmannsretten benyttet dermed et krav om aktsom god tro i skyldnormen som forutsetning for å kunne anvende reglene analogisk.

Tiltakshaver ble pålagt et rivingskrav som følge av at han ikke hadde «foretatt de undersøkelser om tomtegrenser som man med rimelighet må kunne forlange og ikke har vært aktsom nok». Retten vurderte saken slik at ulempene for rettighetshaver var beskjedne i forhold til tiltakshavers økonomiske kostnader. Likevel gjorde aktsomhetsvurderingen at unntaksadgangen ble avskåret.

Resultatet ble at retten satte frist for tiltakshaver til å fjerne hytta og rydde tomten. Avgjørelsen illustrerer hvordan man også i tilfeller av hus på fremmed grunn opererer med en noe uklar skyldnorm. Aktsom god tro er som nevnt ikke et absolutt krav og det kan tenkes tilfeller hvor dette ikke avskjærer unntaksadgangen. I tillegg kan det argumenteres med at man i disse typetilfellene særlig burde anvende en strengere aktsomhetsnorm i tråd med lovens ordlyd. Dette synspunktet kan underbygges av at hus på fremmed grunn er en relativt alvorlig krenkelse av eiendomsretten som av den grunn krever skjerpede omstendigheter.

HR-2022-1119-A skiller seg fra de andre dommene ved at saksforholdet ikke bare gjaldt hus på fremmed grunn, men også et saksforhold hvor partene ikke var naboer. I saken hadde Troms Turlag oppført en turisthytte etter avtale med staten ettersom staten anså seg selv som

grunneier. Senere ble det klart at hytta lå på privat grunn og grunneier krevde hytta fjernet og eiendommen fraveket.

Høyesterett vurderte om saken skulle løses av grannelova § 11 eller lov om hendelege eigedomshøve § 8, som var hjemlene partene hadde påberopt seg. I avsnitt 44 oppsummerer førstvoterende rettskildebildet som at lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer direkte til anvendelse, men at forarbeidene til både denne og grannelova § 11 holder det åpent om § 11 kan gis analogisk anvendelse.

Når det gjelder fastleggelsen av rettsregelen påpeker Høyesterett at domstolene er innrømmet et visst skjønnsrom som følge av at tingsrettslig lovgivning i stor grad konsentrerer seg om hovedregler og – prinsipper. Førstvoterende bygger dette synspunktet delvis på slutninger fra juridisk litteratur. I vurderingen av hvilken regel som skal gis anvendelse ser Høyesterett hen til den rettspolitiske begrunnelsen for dem. Måten man umiddelbart søker til hensynene som ligger til grunn for bestemmelsene viser tydelig at Høyesterett tenker prinsipielt.

Ved avgjørelsen av hvilken regel som får anvendelse synes førstvoterende å støtte seg på at reglens rettspolitiske begrunnelse like fullt kan gjøre seg gjeldende ved tilfeller hvor bygningen fullt ut står på fremmed grunn.⁷⁴ Likhetsstrekk ved typetilfellene gjør med andre ord at de samme hensynene gjør seg gjeldende og at grannelovas løsning også bør få et bredere anvendelsesområde.

Høyesteretts rettskildebud i saken kan hevdes å være svakt begrunnet. Regelen i § 11 anvendes analogisk selv om lov om hendelege eigedomshøve § 8 kommer direkte til anvendelse på saksforholdet og til tross for grunneiers sterke stilling i norsk rett.⁷⁵ I avsnitt 50-51 hvor

74 Se avslutningsvis i avsnitt 48.

75 Ibid. avsnitt 50.

førstvoterende utpensler rettsregelen, gis det ingen konkret begrunnelse for hvorfor grannelova § 11 skal gis forrang.⁷⁶

Fordi spørsmålet om vilkårene i bestemmelsen ikke ble tillatt fremmet, foretok Høyesterett kun en avveining av interessespørsmålet som følge av at dette måtte anses som en forutsetning for analogisk anvendelse av grannelova § 11. I subsumsjonen ble det trukket frem at turlaget, som i dette tilfellet hadde rollen som tiltakshaver, hadde den altoverveiende nytteverdien av hytta. Hytta lå nemlig i et LNFR-område hvor Tromsø kommune hadde uttalt at det ikke ville bli gitt dispensasjon. I tillegg ble det pekt på flere forhold som tilsa at hytta hadde minimal betydning for grunneier.

Hvilke slutninger som egentlig kan trekkes fra Trollvassbu-dommen kan være vanskelig å avgjøre. På den ene siden kan dommen kritiseres for å ha en utradisjonell metodebruk hvor man i stor grad baserer seg på det som i resultatet fremstår som rimelig og rettferdig. En slik resultatorientert fortolkning av rettskildene kan undergrave de hensyn som reglene bygger på.

Samtidig er det nettopp rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger som ligger til grunn for vurderingene. Saken kan dessuten illustrere en konsolidering av den rettsutvikling som har funnet sted i underrettspraksis. Dette gjelder særlig anvendelsen av § 11 på hus på fremmed grunn. Det nye elementet saken eventuelt kan tilføre denne rettsutviklingen er at det også er rom for å anvende grannelovas rettsregler på tilfeller utenfor naboforhold. Selv om dette opprinnelig var en bevisst avgrensning fra Sivillovbokutvalget, synes førstvoterende i saken å finne hensynene så sammenfallende at det likevel ikke var behov for denne avgrensningen.⁷⁷

76 Dommen har også blitt kritisert for å ikke anvende juridisk teori på en nyansert nok måte. Prosessfullmektig for grunneier, Brynjar Østgård, kommer med ytterligere kritikk til dommen i Tidsskrift for eiendomsrett (2023) s. 94–100.

77 Se HR-2022-1119-A avsnitt 32-33.

Tvisten om Trollvassbu er uansett et bidrag i en utvikling av hvordan rettingsreglene skal forstås og anvendes. At Høyesterett anvender reglene i grannelova på et tilfelle som ligger så langt unna ordlyden, illustrerer hvordan man anvender reglene mer som festnede prinsipper med utspring i de rettspolitiske hensynene førstvoterende viser til.

4.3.2.2 *Krenkelse av negative servitutter*

Med krenkelse av negative servitutter siktes det til krenkelser av rettigheter som følger av en servitutt som begrenser grunneiers rådighet over eiendommen. Som allerede etablert i Naturbetong II, er det adgang til å kreve retting på ulovfestet grunnlag ved krenkelse av negative servitutter. Spørsmålet er om det er adgang til å gjøre unntak fra en eventuell retteplikt på ulovfestet grunnlag.

RG-1990-1250 gjaldt en tomannsbolig som var oppført i strid med strøksservitutter som stilte krav til villamessig bebyggelse. Bygget skulle være en frittliggende enebolig på maksimalt en og en halv etasje med minsteavstand til nabogrensen på fem meter. Bygget var verken bygd i henhold til strøksklausulen eller til minsteavstanden som var fastsatt. Følgelig ble det fremsatt rettingskrav.

Etter å ha konkludert med at klausulene var gyldige, vurderte lagmannsretten om rettingskravet skulle føre frem. Retten mente at man i den konkrete saken ville stå overfor et verdispill som ikke ville «stå i noe rimelig forhold til de aktuelle fordeler for ankemotpartene». Lagmannsretten støttet seg tydelig på en avveiningsmodell mellom partenes interesser for å avgjøre om et eventuelt unntak kom til anvendelse. Dette hjemles ikke noe sted i positivt rettskildemateriale.

Lagmannsretten gikk deretter videre til å vurdere sanksjonsmulighetene for rettighetshaverne. Under vurderingen ble det fremhevet at man som følge av at det ikke var påvist et økonomisk tap hadde behov for å bruke andre sanksjonsmuligheter. Dette behovet kunne begrunnes i at man ville «oppretholde klausulene» og «påvirke andre til å respektere dem». Måten man anvender regler i håp om at dette skal ha effekt på andre, har grunnlag i prevensjonshensynet. Lagmannsret-

ten vektla også rettferdighetsbetraktninger ved at rettighetshaver måtte kunne benytte seg av andre sanksjonsmuligheter.

Når det gjelder vederlagsutmålingen støttet lagmannsretten seg tydeligere på grannelovas løsning, samt reglene i servituttlova om omskiping og avskipping. Det ble blant annet påpekt at løsningen bør bero på «fordels- og vederlagssynspunkter» og at reglenes formål er å finne frem til en økonomisk kompensasjon basert på fordeler og ulemper mellom partene. Lagmannsretten synes å støtte dette synspunktet på likhetsbetraktninger til tross for at situasjonene «er nok til dels av en noe annen karakter». På samme måte som mellom naboer i grannelova ser man det samme behovet for fordelingsrettferdighet mellom partene.

Etter at retten konkluderte med at det skulle betales vederlag, ble tiltakshavers skyld vurdert. Rettsteknisk stiller dette seg annerledes i grannelova hvor bebreidelse utgjør et unntak fra unntaket som stenger for suspensjon av rettingskravet mot vederlag. Skyld ble i avgjørelsen anvendt som et moment i fastsettelsen av vederlaget og ikke som et selvstendig vilkår. Rettsanvendelsen i avgjørelsen skiller seg således fra rettsanvendelsen som skal foretas etter grannelova på dette punkt.

Når det gjelder skyldkravet bruker lagmannsretten et krav om aktsom god tro. Retten bemerket at tiltakshaver kunne bebreides for ikke å ta kontakt med rettighetshaver som fremsatte protester om oppføringen av bygget. Dette stengte likevel ikke unntaksadgangen og retten bygde vederlaget på en skjønnsmessig vurdering som endte på kr. 80 000. Ser man skyldvurderingen i sammenheng med redelighetsvurderingen grannelova fastsetter, tillater man tiltakshaver et større handlingsrom her ved å anvende et mindre strengt krav.

I RG-1992-601 behandlet Eidsivating lagmannsrett en sak hvor tiltakshaver hadde ført opp hus med takvinkler som var i strid med en negativ servitutt. Servitutten satte krav om at bygging på eiendommen måtte skje på måter som bevarte tunets særpreg. Faktisk gjenopprettelse

i den konkrete sak ville sannsynligvis utgjøre en kostnad på mellom kr. 324 000 – 420 000.

Retten bemerket at man ved vurderingen av kravet om retting også må vurdere «graden av overtredelse, hva som oppnås ved en retting og kostnadene forbundet med rettingen». Vurderingen beror ifølge lagmannsretten på de samme momentene som etter grannelova. Dette tydeliggjøres også lenger ned i avgjørelsen hvor lagmannsretten viser til «prinsippet i naboloven § 10 annet ledd» og bruker ordlyden i denne bestemmelsen om retting som «klart vil stå i misforhold til det som oppnås».

Formuleringen om at grannelova fastsetter et prinsipp kan ikke tillegges betydelig vekt i seg selv, men begrepsbruken gir en indikasjon om at man søker de underliggende hensyn som begrunnelse for rettsreglens anvendelse. Avgjørelsen viser godt at lagmannsretten hviler seg på grannelovas løsning selv om man befinner seg på ulovfestet område.

Videre vurderte lagmannsretten § 17 som hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk skade fordi dette ble krevd subsidiært. I denne vurderingen ble det vektlagt at tiltakshaver bevisst hadde satt seg ut over servitutten og tjent på dette. Følgelig ble erstatningen satt til kr. 200 000. Lagmannsretten tok derfor ikke stilling til vederlagsfastsettelsen som unntak fra rettingskravet.

RG-2007-1432 gjaldt oppføring av bolighus med en negativ servitut som satte høydeforbud. Bolighuset var i strid med denne høydebegrensningen. Rettingskravet ville innebære at bygget måtte senkes i form av at taket og annen etasje på boligen måtte fjernes og erstattes med et nytt tak.

Når lagmannsretten vurderte rettingskravet ble det tatt utgangspunkt i Rådsegn 2 om at det gjelder et «prinsipp om at ulovlige tiltak/tilstander ikke tolereres og kan kreves rettet». Følgelig måtte hovedregelen være at tiltak i strid med servitutter også skal kunne kreves rettet. Dette ble blant annet bygd på likhet- og rettferdighetsbetraktninger i det «et tilsvarende prinsipp bør gjelde for tiltak som er i strid

med slike rettigheter». Lagmannsretten trekker dermed analogi-slutninger fra grannelovas regler.

Retten gikk deretter over til å vurdere unntaksadgangen og foretok på lik linje med de tidligere avgjørelser en vurdering av økonomiske kostnader på tiltakshavers side mot rettighetshavers fordeler ved å gjennomføre rettingen. Retten landet på at retting ville føre til «meget betydelige kostnader» for tiltakshaver.

Som ledd i vurderingen av om rettingskravet skulle fører frem, ble det påpekt at gjennomføringen av retting ville «medføre et spill av verdier som det ut fra et samfunnsøkonomisk synspunkt synes vanskelig å forsvare». Lagmannsretten vektla dermed andre hensyn enn bare hensynet til partene selv. Dommen viser hvordan verdispillsbetraktninger kan gjøre seg gjeldende og støtter at det er relevant å vektlegge mer allmenne hensyn i beslutningsgrunnlaget når man skal gjøre hvorvidt det kan kreves retting.

Et annet særtrekk ved avgjørelsen er lagmannsrettens vektlegging av skyld. På tiden for oppføringen av bygget verserte det en ekspropriasjonssak for domstolene som tiltakshaver var kjent med, men ikke tok hensyn til. I tillegg vurderte lagmannsretten forholdet slik at tomten kunne vært utnyttet på en annen måte som hadde ivaretatt hensynet til naboene. I stedet hadde tiltakshaver bygd på en slik måte at det gikk på bekostning av naboenes utsikt. Retten påpekte at tiltakshaver utviste en «manglende respekt for domstolene» og at vedkommende hadde «opptrådt klanderverdig», men lot likevel unntaket føre frem.

Sammenligner man denne skyldvurderingen med annen rettspraksis, ser man tydelig at lagmannsretten her er svært lempelige. Å operere med en strengere skyldnorm ved tilfeller av hus på fremmed grunn enn ved krenkelse av negative servitutter kan være hensiktsmessig. Krenkelse av eiendomsretten som sådan kan anses å være en større urett enn krenkelse av begrensede rettigheter, og det kan av den grunn forklare hvorfor man legger terskelen lavere i et slikt tilfelle. Det er mer

problematisk dersom man opererer med ulik skyldnorm innad i samme typetilfellet hvor krenkelsen utgjør samme type urett.

Ved selve utmålingen valgte lagmannsretten å gi grannelova § 11 analogisk anvendelse. Begrunnelsen for dette ser ut til å være at lagmannsretten støttet seg på prevensjonshensynet i utmålingen ved at vederlaget minimum må tilsvare besparelsen for tiltakshaver. I tillegg ivaretas reparasjonshensynet ved at utmålingen ikke settes lavere enn skaden som er påført naboeiendommen som følge av tiltaket. Avgjørelsen viser dermed godt hvordan disse hensynene gjør seg gjeldende i utmålingen. Lagmannsretten endte på et vederlag pålydende kr. 400 000 til hver av de to rettighetshaverne.

Av nyere lagmannsrettspraksis kan LB-2016-129899 nevnes. Saken gjaldt en nabo som krevde riving av et nyoppført bolighus. Ved vurderingen av om bolighuset likevel skulle bli stående synes lagmannsretten å gjøre et forsøk på å presisere den tidligere rettsutviklingen. I dommen uttales det at «det må en foretas en bredere, sammensatt vurdering av en rekke ulike momenter». Momentene som nevnes er partenes opptreden, hvilke personlige og økonomiske konsekvenser retting får, og «mer generelle konsekvenshensyn, herunder behovet for å avskrekke klanderverdige rettighetsbrudd».

Slik lagmannsretten formulerer hva som skal vurderes, virker det ikke som det tillegges noen ytterligere momenter enn de som benyttes i tidligere praksis. Lagmannsretten gir snarere inntrykk av å basere seg på det som tidligere avgjørelser allerede gir uttrykk for, men med en henvisning til at konsekvenshensyn skal tillegges vekt. Avgjørelsen kan dermed ikke sies å tilføye noe ytterligere enn en konkretisering av skyldvurderingens betydning. Dette kan ha sammenheng med den mer lempelige anvendelsen av skyldkravet tidligere praksis benytter.

Basert på den rettspraksis som ble analysert over knyttet til hus på fremmed grunn, kan en fra det mer til det mindre-betraktning tenkes å underbygge at man kan unntas fra retteplikt i tilfeller hvor negative servitutter krenkes. En begrenset rettighet er mindre vernet enn den fullstendige eiendomsretten som sådan. Dersom man tillater byggverk

å bli stående på en annens eiendom som man selv ikke har noen form for rådighet over, bør man også kunne tillate bygg som bare krenker en begrenset rettighet å bli stående.

4.3.3 Noen rettsteoretiske betraktninger

Som rettspraksis viser er det behov for å utfylle lovverket med analogier, eller anvendelse av ulovfestede prinsipper som kan brukes på uregulerte typetilfeller. Fordi det i stor grad er de samme hensynene som gjør seg gjeldende ved hus på fremmed grunn og krenkelse av negative servitutter, er det naturlig å foreta analogiske slutninger fra positive rettskilder. Dette bygger på en likhetsgrunnsetning som gjenomsyrer det norske rettssystemet. Det er et mål at like tilfeller skal behandles likt og det er derfor naturlig å foreta slutninger fra en allerede eksisterende retts- tanke.

I forlengelsen av dette kan man stille spørsmål ved om rettspraksis støtter seg på analogiske slutninger eller om det er tale om å anvende mer selvstendige ulovfestede rettsprinsipper. Dette blir i så fall et definisjonsspørsmål av hva som er å anse som analogi og hva som er å anse som prinsipper.⁷⁸ Analogi og rettsprinsipper kan i svært mange tilfeller være sammenfallende, all den tid prinsippene ofte tilsvarende de legislative hensynene bak rettsreglene som lovgiver har vedtatt.

Analogi innebærer at en regel gis større nedslagsfelt som følge av at det er så nær tilknytning mellom den uregulerte situasjonen og tilfellet som reguleres av loven, at resultatet bør bli det samme. Man strekker med andre ord lovens virkeområde til også å gjelde andre tilfeller enn den som den direkte gjelder.

Rettsprinsipper har i juridisk teori blitt beskrevet som noe som spenner seg fra «faste retningslinjer» til «vage retts-hensyn».⁷⁹ I juridisk teori sondres det ikke tydelig mellom analogi og rettsprinsipper, selv

78 Monsen bruker for eksempel «tanke om analogi» om metodiske prosesser som han mener at ikke oppfyller de formelle kravene til analogi, se Monsen (2007) s. 151.

79 Evald (2004) s. 28.

om rettsprinsipper i større grad beskrives som en rettstanke som danner et rettslig fundament for typetilfeller som kommer til uttrykk i spredte lovbestemmelser.⁸⁰ Andenæs beskriver for eksempel rettsprinsipper som en enkeltanvendelse av en alminnelig ulovfestet rettsregel som kommer til uttrykk i en lovbestemmelse og som kan ha betydning utenfor eget område til tross for at det ikke foreligger den likhet som man forbinder med analogi.⁸¹

Den rettspraksis som ble gjennomgått over veksler mellom terminologien. Domstolene bruker i varierende grad «prinsipper» eller «analogi» om egen rettsanvendelse. Det kan hevdes at betydningen av om man bruker den ene eller den andre uttrykksformen kun er et spørsmål om begrepsbruk, og at resultatet i selve rettsanvendelsen uansett vil bli den samme. I så fall kan det hevdes at det utelukkende er tale om en ulik operasjonell tilnærming.

Etter mitt skjønn er det imidlertid nærliggende å se rettsanvendelsen som en generalisering fra grannelovas løsning på bakgrunn av den rettstanke som kommer til uttrykk der. En slik forståelse er i tråd med hvordan Andenæs beskriver bruken av rettsprinsipper. Dette kan underbygges av at man både i Trollvassbu og i underrettspraksis knytter til krenkelse av negative servitutter, befinner seg så langt utenfor lovens ordlyd at termen «analogi» ikke blir helt passende om rettsanvendelsen.

En annen rettsteoretisk bemerkning er de rettsøkonomiske forbindelseslinjene interesseavveiningen i unntaksadgangen har.

Som nevnt under punktet om ekspropriasjonsrettslige hensyn, baserer kost-nytte-analyser seg i stor grad på en praktisk anvendelse av Kaldor-Hicks-kriteriet. Kost-nytte-analyser finner man spredt i lovgivningen. Disse består av en systematisk oppstilling av virkninger av en beslutning eller et vedtak, og en vurdering av virkningene av

80 Nygaard (2004) s. 252–253.

81 Andenæs (2009) s. 95–96.

beslutningen eller vedtaket. Normalt utgjør kostnader, utgifter eller andre måter å vurdere penger på en type felles måleenhet.⁸²

Målet med en slik konsekvensanalyse som grannelova fastsetter, er å konkretisere og presisere utfallet av vurderingen for lettere å kunne fastsette hva som vil utgjøre et godt resultat. Som rettspraksis har vist, er interesseavveiningen langt på vei basert på rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger. Ved å identifisere og belyse konsekvensene av alternativene før det tas en beslutning, kan man tydeligere se den samlede effekten av å pålegge en rettingsplikt og enklere se hvilke konsekvenser dette vil ha for partene.

Kaldor-Hicks-kriteriet anser en rettsregel som ønskelig dersom den skaper store nok verdier på vinnerens hender til at taperen kan kompenseres.⁸³ En mulig måte å se unntak fra retting på, er at tiltakshaver på denne måten vinner store nok verdier ved å la byggverket stå til å kunne kompensere motparten. Kompensasjonen innebærer at det betales vederlag. På denne måten kan man argumentere med at grannelovas løsning følger Kaldor-Hicks-kriteriet og at reglene dermed fremmer økonomisk effektivitet.

En forutsetning for å anvende en kost-nytte-analyse gjennom Kaldor-Hicks-kriteriet er ikke bare at den som kommer best ut av løsningen kompenserer den som kommer dårligst ut, men det forutsetter også at den som kommer dårligst ut likevel ikke stilles i en dårligere posisjon.⁸⁴ Overført til en konflikt mellom tiltakshaver og rettighets-haver vil dette prinsippet innebære at det er avgjørende at rettighets-haver gis en tilstrekkelig kompensasjon til at vedkommende ikke kommer dårligere ut av situasjonen.

82 En særlig utfordring er der hvor man ikke benytter seg av en slik felles måleenhet. Dette betegnes som inkommensurable størrelser og drøftes videre under rettsfilosofiske betraktninger i kap. 6.

83 Schäfer and Ott (2004) s. 28 flg.

84 Er kompensasjonen god nok kan det dessuten argumenteres med at resultatet også utgjør en Pareto-forbedring hvor løsningen stiller en av partene bedre og ingen dårligere.

Kaldor-Hicks-kriteriet kritiseres blant annet for ikke å ta høyde for en rettferdig fordeling ettersom det ikke tas hensyn til individuelle verdsettelse av goder.⁸⁵ Den samme kritikken kan rettes mot grannelovas løsning hvor det kan argumenteres med at det ikke tas tilstrekkelig høyde for rettighetshavers verdsettelse av egen rettighet. En innvending mot dette kan være at man kan avbøte et slikt problem med å sette vederlaget høyere enn hva rettigheten i utgangspunktet er verdt, og på denne måten finne et tilfredsstillende beløp for rettighetshaver.

Problemet er imidlertid de tilfellene hvor rettighetshaver overhodet ikke vil gi fra seg rettigheten til tross for at vedkommende mottar vederlag for den. Dette spiller tilbake på den tapte forhandlingsposisjonen rettighetshaver opplever. Vedkommende er på dette punktet fratatt muligheten til å samtykke til å gi fra seg rettigheten. Kommer domstolene til at rettingskravet skal suspenderes, fjerner man også friheten til å velge om man ønsker å gi fra seg rettigheten. På denne måten innskrenker man rettighetshavers privatautonomi om man lar tiltaket stå.

I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål ved hvorvidt man burde fastsette strengere retningslinjer for domstolenes skjønnsutøvelse når det foretas et inngrep i den private rettsfære på denne måten. Dette har paralleller til partenes mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. En av hovedformålene med en kost-nytte-analyse er å innhente tilstrekkelig informasjon til å tilrettelegge for en god avgjørelse i forkant av beslutningen. Det kan derfor stilles spørsmål til hvorfor vurderingen etter grannelova foretas ex post. Tiltakshaver vil på dette tidspunktet ha foretatt investeringer i prosjektet og vil dermed ha store utlegg og tap dersom rettingskravet fører frem. Tidspunktet for interesseavveiningen kan kritiseres for å tilgodese tiltakshaver i for stor grad.

En mulig rettsøkonomisk begrunnelse for at grannelova fastsetter vurderingen ex post er Coase-teoremet. Ronald H. Coase anså den

85 Posner (2000) s. 1154 og Mackaay (2013) s. 15.

økonomiske frikonkurransesmodellen som ufullstendig ettersom man også må ta høyde for transaksjonskostnader som en del av handelen. I følge Coase-teoremet bør det i tilfeller hvor det er betydelige transaksjonskostnader være slik at man gir den beste rett til den part som ville ha kjøpt den fra den andre uavhengig av transaksjonskostnadene.⁸⁶ Det normative elementet i Coase-teoremet er at man skal gi retten til den som verdsetter den mest slik at det skapes størst mulige verdier.

Ved å sette kost-nytte-analysen ex post synliggjøres hvilken part som verdsetter rettigheten høyest. Det lar seg vanskeligere gjøre å finne frem til det best mulige resultatet ex ante. Tvisten om Trollvassbu kan benyttes som eksempel. Før rettingskravet ble aktualisert, ville man vanskeligere sett hvem som verdsatte grunnen mest. I etterkant av situasjonen vurderte Høyesterett det slik at Troms Turlag hadde «den altoverveiende nytteverdien av turisthytta». Følgelig var det turlaget som verdsatte grunnen mest og dermed vant frem. Coase-teoremet begrunner på denne måten hvorfor det kan være nyttig å foreta vurderingen ex post.

4.4 Vederlagsutmålingen

4.4.1 Vederlagets funksjon

Forutsetningen for å gjøre inngrep i rettighetshavers privatautonomi ved å la unntaket føre frem, er at det betales vederlag. Dette har paralleller til ekspropriasjonsretten hvor økonomisk kompensasjon stilles som forutsetning for å suspendere en rettighet. Det vil derfor trekkes veksel på disse i det følgende, både når det gjelder reglens formål og prinsippene som gjelder for vederlagsutmålingen med hensikt om å oppnå disse formålene. Det vil likevel ikke foretas noen inngående drøftelse av reglene om utmåling av ekspropriasjonserstatning da dette faller utenfor avhandlingens kjerneområde.

⁸⁶ Mackaay (2013) s. 218.

I Naturbetong II oppsummerer førstvoterende utmålingsregelen som en kompensasjon som må være passende i det konkrete tilfellet, i lys av prevensjons- og reparasjonshensyn som er bærende for vurderingen.⁸⁷ Uttalelsen i dommen gjaldt servituttilova § 17 som bygger på de samme prinsippene som ligger til grunn for vederlagsutmålingen etter grannelova. Uttalelsen kan dermed anses generell for vederlagsutmåling som kompensasjon for fortsatt krenkelse.

At vederlaget skal fastsettes i lys av prevensjonshensynet, innebærer at det skal fungere som straff for den tiltakshaver som har fremprovosert en ulovlig tilstand. På denne måten skal vederlaget virke avskrekkende både for tiltakshaver selv og for allmennheten. Vederlaget skal derfor utmåles slik at det ikke frister å misbruke reglene. På denne måten ivaretas prevensjonshensynet.

I ekspropriasjonssaker står prevensjonshensynet i en mer perifer stilling.⁸⁸ Dette er som følge av at rettigheten suspenderes på bakgrunn av et samfunnsnyttig formål. Erstatningsplikten i ekspropriasjonssaker er dermed i hovedsak begrunnet av reparative hensyn selv om prevensjonshensyn kan bidra til en viss oppfordring til å unngå ineffektive ekspropriasjoner. Det er dessuten verdt å merke at ekspropriasjon representerer en lovlig og lojal fremgangsmåte til forskjell fra de tilfeller hvor tiltakshaver har bygd i strid med hele eller begrensede rettigheter i fast eiendom.⁸⁹ I de sistnevnte situasjonene har tiltakshaver rent faktisk opptrådt ulovlig. Prevensjonshensynet slår dermed ut med en ulik tyngde.

Reparasjonshensynet gjør seg gjeldende ved at vederlaget skal verne om rettighetshaver og hans interesser gjennom at tiltakshaver må betale kompensasjon. For at gjenopprettelseshensynet skal være ivaretatt, må det utmåles et vederlag som virker tilfredsstillende for rettighetshaver.

87 Rt. 2011 s. 228 avsnitt 57.

88 Eckhoff (2001) s. 162.

89 Dette påpekes også i rettspraksis, se blant annet RG-1990-1250.

Å verne om rettighetshavers interesser gjennom økonomisk kompensasjon gjør seg fullt ut gjeldende i ekspropriasjonstilfellene. Ekspropriaten vil i slike tilfeller måtte finne seg i å tvangsavstå fra en rettighet. Av hensyn til ekspropriasjonstilfellenes inngripende karakter, er retten til å tilkjennes full erstatning vernet av grl. § 105. Hensynet til ekspropriaten står dermed sentralt for utmålingen på lik linje som rettighetshaver ved vederlagsutmålingen for fortsatt krenkelse, men med et sterkere vern gjennom utgangspunktet om full erstatning hjemlet i Grunnloven.

I vederlagsutmålingen etter granelova bygger reparasjonshensynet på ønsket om fordelingsrettferdighet og på grunnleggende rimelighetsbetraktninger. At man også tar høyde for eventuelle fremtidige tap eller ulemper for rettighetshaver, samsvarer godt med dette. Hva som fremstår som rimelig og rettferdig i den konkrete sak vil bero på hvor stort vederlaget settes. Vederlaget kan på denne måten ha den funksjon at man utjevner en urettferdig fordeling av goder og byrder. Gjennom å være en motytelse for den retten man fratrer rettighetshaver, eigner vederlaget seg for å oppnå fordelingsrettferdighet.

RG-1990-1250 som tar utgangspunkt i fordels- og vederlagsbetraktninger for utmålingen illustrerer dette godt. I saken ble det poengtert at man stod overfor et tilfelle hvor det var behov for å avhjelpe og regulere en aktuell eller fremtidig konflikt. Dette kunne gjøres ved hjelp av økonomisk kompensasjon der en særlig måtte ta hensyn til fordeler og ulemper. Det ble derfor tatt utgangspunkt i reglene i granelova §§ 10 og 11 og i servituttlova §§ 5–8. Disse kan anses å kodifisere prinsippene om vederlagsutmåling basert på vederlags- og fordelingssynspunkter.

I ekspropriasjonssaker er ikke domstolene innrømmet det samme skjønnsrommet når det gjelder utmålingen av ekspropriasjonserstatning. Dette henger sammen med at ekspropriaten i slike saker skal tilkjennes full erstatning i henhold til grl. § 105. Av den grunn er domstolene bundet at reglene i ekspropriasjonserstatningslova som definerer hva som ligger i det konstitusjonelle kravet. Selv om reglene

også her er begrunnet av hensynet til fordelingsrettferdighet, gjør ikke rimelighetsbetraktninger seg gjeldende på samme måte.

4.4.2 Hovedprinsippene for utmålingen

For å oppnå reglens formål, gjelder det enkelte hovedprinsipper for utmålingen. Disse er dels kodifisert i positiv rett og dels utpenslet i rettspraksis.

Av lovfestede prinsipper gjelder det et minimumskrav om at vederlagets beløp må tilsvare skaden eller ulempen. Dette kommer til uttrykk i grannelova §§ 10 og 11 hvor vederlaget «ikkje må setjast mindre enn skaden eller ulempa». Dette samsvarer godt med både prevensjons- og reparasjonshensynet som ligger til grunn for vurderingen.

Dersom deler av bygget alltid har stått inne på naboeiendommen, gjelder det i tillegg en særregel i § 11 om at vederlaget må «ikkje setjast mindre enn vinninga av innpåbygginga». I dette ligger det et ønske om å unngå berikelse gjennom urettmessig opptreden. Tiltakshaver må i disse tilfellene betale den gevinsten vedkommende har hatt ved å bygge på naboeiendommen.

Utover dette gis det ingen retningslinjer for hvordan utmålingen skal fastsettes. Hovedprinsippene for utmålingen er derfor i stor grad utviklet i rettspraksis. Som vist i Naturbetong II er vederlagsutmålingen underlagt domstolenes frie skjønn med prevensjons- og reparasjonshensyn som bærende for vurderingen.

I Aasland-utvalgets utredning knyttet til erstatningsregler for forurensningsskade, redegjøres det for vederlagsordningen etter grannelova § 10. I utredningen påpeker utvalget særlig to momenter som grunnleggende for vurderingen av hvordan vederlaget skal fastsettes.⁹⁰

90 Se NOU 1982:19. Disse momentene nevnes også i tidligere forarbeider, herunder Rådsegn 2 på s. 23–24 og Rådsegn 5 på s. 49.

For det første må vederlaget settes basert på hva en privat part ville vært villig til å betale i en alminnelig forhandlingsposisjon. Dette innebærer at beløpet må tilsvare det partene ville kommet frem til gjennom fri avtale. Ifølge utvalget skal dette momentet tillegges «atskillelig betydning».⁹¹ Prinsippet kan anses å være av hensyn til begge parter. Rettighetshaver bør ikke stilles dårligere enn dersom vedkommende hadde solgt rettigheten gjennom alminnelig avtale.

Prinsippet om at beløpet skal tilsvare det man ville betalt gjennom fri avtale gjelder også i ekspropriasjonsretten. Dette kommer til uttrykk gjennom hovedregelen om salgsverdi i orvl. § 5, jf. § 4 første ledd. Beregningen av salgsværdien skjer gjennom flere ledd, men viktigst er det at beløpet baseres på det «vanlege kjøparar ville gje for egedomen ved friviljung sal».

Ved unntak fra retting kan prinsippet derimot også anses å ha sin bakgrunn i et fordelsperspektiv. Vederlaget må utmåles slik at den ikke utgjør en økonomisk fordel for tiltakshaver. Man ønsker å skape incentiver til å handle på riktig måte ved at man ikke skal tjene på ikke å følge reglene. Dette gjelder ikke i ekspropriasjonssaker hvor eksproprianten ikke har opptrådt rettsstridig. Vederlaget har som nevnt ikke den samme sanksjonerende funksjonen i disse tilfellene.

At fortjenestemulighetene ved tiltaket har tilknytning til tiltakshavers subjektive forhold, påpekes også av Aasland-utvalget. Siden unntaksadgangen avskjæres i de tilfellene tiltakshaver er «noko nemnande å leggje til last», må forarbeidene leses slik at skyld under denne terskelen kan tillegges betydning. Er tiltakshavers opptreden relativt uforskyldt, bør vederlaget følgelig ikke settes for høyt, mens klanderverdig opptreden gir grunnlag for høyere vederlag i tråd med prevensjonshensynet.⁹² Dette samsvarer også med måten rettspraksis vektlegger skyld i utmålingen.⁹³

91 NOU 1982:19 s. 168.

92 Falkanger og Falkanger (2022) s. 456.

93 Se for eksempel RG-2007-1432 hvor det i utmålingen ble vektlagt hvilke besparelser tiltakshaver hadde hatt ved å gå frem på urettmessig måte.

For det andre avhenger ikke vederlaget av lidt økonomisk tap. Som nevnt er det dette som er årsaken til at vederlagsterminologien benyttes. At vederlaget kan settes høyere enn den sum skaden eller ulempen tilsvarende, kan forankres i grannelovas ordlyd hvor vederlaget «ikkje må setjast mindre enn skaden eller ulempa».⁹⁴

Allerede lidt tap skal således dekkes med mulighet for å forhøye vederlaget beroende på konkrete omstendigheter. Også dette har en naturlig sammenheng med skyld og preventive hensyn ved at vederlaget kan oppjusteres som følge av illojal atferd dersom den er under terskelen «noko nemnande å leggja til last».

At vederlaget kan settes utover lidt tap eller ulempe kan også sees i sammenheng med rettighetshavers tapte forhandlingsmulighet. Det er rimelig å sette vederlaget utover lidt tap eller ulempe som følge av at vedkommende ikke gis mulighet til å forhandle om sin rettighetsposisjon. Rettighetshaver påføres i slike tilfeller en ulempe fordi vedkommende kunne oppnådd større kompensasjon gjennom forhandling enn det økonomiske tapet reflekterer.

Tidligere gjaldt dette også i ekspropriasjonsretten. Man hadde da mulighet til å ta høyde for at grunneier ble påført en ulempe ved tapt forhandlingsmulighet gjennom å gi erstatningsbeløpet et påslag. I Rt. 1999 s. 458 presiseres det imidlertid at kompensasjon for tapt forhandlingsmaksime er i strid med utgangspunktet om at det ikke skal tas hensyn til ekspropriatens subjektive behov ved erstatningsutmålingen.⁹⁵

Utmåling av ekspropriasjonserstatning skiller seg på dette punkt fra vederlagsutmålingen. Dette kan begrunnes med at eksproprianten bidrar til et samfunnsnyttig formål og at ansvaret dermed bør begrenses mer enn i en ren privatrettslig sammenheng. Dette synspunktet har også støtte i Rådsegn 2 hvor det presiseres at formålet «med slike oppgjer» (ekspropriasjonserstatning og vederlagserstatning) er ulike,

94 Ot.prp.nr. 24 (1960–1961) s. 41.

95 Se s. 465 i avgjørelsen hvor førstvoterende mener at det ikke «er plass for noen form for forhandlingsmaksime» i ekspropriasjonsretten.

og at det privatrettslige oppgjøret «ikkje kan rivast ut or den granne-
rettslege samanhengen».⁹⁶

Redegjørelsen for vederlagsutmålingen ved unntak fra retting holdt opp mot utmåling av ekspropriasjonserstatning har vist at domstolene står svært fritt med hensyn til hvordan vederlaget skal fastsettes. Hovedformålet med reglene er å oppnå fordelingsrettferdighet. Av den grunn er det hensiktsmessig at reglene er skjønnsmessig uformet og at vederlagsutmålingen er underlagt domstolenes handlingsrom. Til tross for enkelte likheter med utmåling av ekspropriasjonserstatning, skiller vurderingene seg fundamentalt fra hverandre på dette punkt. Gjennom fleksible regler ved unntak fra retting gis domstolene mulighet til å beregne hvilket vederlag som vil virke rimelig og rettferdig i den konkrete sak.

4.5 Et utsyn til skandinavisk rett

4.5.1 Innledning

For å undersøke en mulig ulovfestet norm og for å kartlegge innholdet i den, kan det være interessant å se nærmere på andre lands løsninger av lignende problemer. Utenlandsk rett kan ha en illustrerende funksjon, og kan gi argumenter for hvorfor spørsmålet bør løses på lignende måte i norsk rett.⁹⁷ I dette punktet vil det derfor ses nærmere på andre lands rett for å vurdere i hvilken grad disse beskytter tiltakshaver mot rettingskrav. Det som kan være særlig interessant å undersøke, er de normative begrunnelsene som ligger til grunn for rettsreglene. Dette gjøres med mål om å vurdere hvorvidt de er overførbare til norsk rett.

Med utgangspunkt i den skandinaviske rettsrealismen kan det hevdes at det eksisterer en felles oppfatning om hvordan man identifiserer og formulerer grunnleggende juridiske problemstillinger. Dette

96 NUT 1957:3 s. 23–24.

97 Eckhoff (2001) s. 284.

til tross for at løsningene kan være ulike.⁹⁸ På formuerettens område kan dette antas å gjelde særlig sterkt. Formueretten har dyp og langvarig fellesnordisk tradisjon. Nordisk komparasjon har derfor lenge vært en tradisjonsrik del av nordisk rettstenking.⁹⁹ Det nordiske rettskulturelle fellesskapet anses å være sterkt på formuerettens område og andre nordiske lands rett kan dermed benyttes til å illustrere mulige løsninger.¹⁰⁰

I tillegg bærer formueretten sterkt preg av å kodifisere prinsipper i lovgivningen, men å samtidig ha en større sammenhengende funksjon. Følgelig kan det være naturlig at formueretten i Norge og i andre land bygger på felles tanker om grunnleggende rettsstrukturer. Ettersom de skandinaviske landene langt på vei deler de samme oppfatningene om grunnleggende normative verdier, er det interessant å undersøke om disse kommer til uttrykk gjennom likhetstrekk i rettskildene.

4.5.2 Svensk rett

I svensk rett brukes begrepet «grannelagsrätt» om regler som regulerer forholdet mellom naboer. Disse reglene er ikke skilt ut i en egen lov på samme måte som i den norske grannelova.¹⁰¹ I dag finner man disse reglene kodifisert i Sveriges miljølovgivning som i all hovedsak finnes i Miljöbalken av 1998.¹⁰² Denne loven skiller seg imidlertid sterkt fra grannelova ved at dens hovedformål er å ivareta miljøet og å sikre en bærekraftig utvikling.¹⁰³ Allmennhetens interesse er dermed en bærebjelke for lovgivningen.

98 Lindsoug (2015) s. 201.

99 Fredwall (2021) s. 247.

100 Lilleholt (2018) s. 43.

101 Grannelova er som implisert tidligere, ikke alene om å regulere naborettslige forhold i norsk rett. Også andre lover har regler som både direkte og indirekte regulerer forholdet mellom naboer, herunder plan- og bygningsloven, hevdsløva og lov om hendelege eigedomshøve.

102 Heretter MB.

103 Se MB § 1.

Det som i større grad samsvarer med den norske grannelovas struktur, er Jordabalken av 1970 kap. 3 ved navn «rättsförhållanden mellan grannar».¹⁰⁴ JB er en felleslov for flere tingsrettslige fenomener som regulering av allemannsretten, eiendomsgrenser, tomterettigheter, hevd og servitutter. Jordabalken plasserer tydeligere naboens interesse i sentrum og får dermed større likhetstrekk til grannelova. I svensk rett er det disse to lovene, Jordabalken og Miljøbalken, som inneholder regler om tiltakshavers rettingsplikt og eventuelle unntak fra denne.

I JB kap. 3 § 1 fastsettes hovedregelen om at hver og en skal benytte egen og annens eiendom på en slik måte at man tar saklig hensyn til omgivelsene. Bestemmelsen kan sammenlignes med grannelova § 2 som på samme måte kodifiserer prinsippet om alminnelig hensynsfullhet i naboforhold. JB kap. 3 følger langt på vei den samme strukturen som den norske grannelova med spesialbestemmelser om eksempelvis røtter og grener til sjenanse for naboen, eller gravingsarbeid som utgjør skade eller ulempe på naboeiendommen, med påfølgende erstatningshemler.

I svensk rett inneholder JB kap. 3 § 12 en egen bestemmelse som regulerer tiltak på fremmed grunn. Utgangspunktet er at der et byggverk «skjuter in» på naboeiendommen er ikke eieren av bygget, altså tiltakshaver, forpliktet til å avstå grunnen. Dersom tiltakshaver bygger delvis på naboens grunn omfattes situasjonen av bestemmelsen.

Dette gjelder dersom endring eller fjerning av anlegget vil medføre «betydande kostnad eller olägenhet» for tiltakets eier. Tiltakshaver skal med andre ord ikke pålegges noen rettingsplikt såfremt endring eller fjerning vil innebære betydelige kostnader eller ulemper for vedkommende. Bestemmelsen sier imidlertid ingenting om tilfeller hvor hele byggverket er plassert på fremmed grunn.

Retts teknisk løses rettings spørsmålet ulikt i norsk rett hvor utgangspunktet er at man anser tiltaket som et ulovlig forhold. Følgelig gis rettighetshaver krav om retting som en konsekvens av den urett som

104 Heretter JB.

har oppstått. Svensk rett gir inntrykk av å hvile mer på et synspunkt om at forholdet er lovlig allerede fordi det er uttrykk for en betydelig kostnad eller ulempe for tiltakshaver. Interesseavveiningen begrunner således tiltakets lovlighet. Svensk rett skiller deg på dette punkt fra utgangspunktet i norsk rett.

Dette modifieres imidlertid noe av regelen i JB kap. 3 § 12 annet ledd som gir rettighetshaver rett til erstatning «för det intrång som anläggningen medför for honom». Reglene om hvordan erstatningsutmålingen fastsettes er overlatt til praksis. Hovedregelen er at erstatningen skal tilsvare den direkte reduksjonen av grunnverdien til tomten som følge av inngrepet. Erstatningsutmålingen synes dermed å være basert på reparative hensyn. Erstatningen utbetales årlig som en leie eller som et samlet engangsbeløp.¹⁰⁵

Svenske rettskilder synes ikke å gi holdepunkter for å begrunne erstatningsutmålingen ut fra preventive hensyn. Det kan dermed tenkes at det ikke er rom for å vektlegge tiltakshavers skyldgrad ved utmålingen. Følgelig gir svensk rett uttrykk for å basere utmålingen på et økonomisk tap i motsetning til vederlagsutmålingen i norsk rett.

En annen interessant bemerkning er at bestemmelsen i JB i utgangspunktet ikke fastsetter noen interesseavveining i det ordlyden kun angir tiltakshavers interesser som vurderingsmoment. Det er tiltakshaver sin betydelige kostnad eller ulempe ved å endre eller fjerne bygget som står sentralt for vurderingen. Dette skiller seg fra norsk rett hvor det foretas en avveining mellom utlegg eller tap mot fordeler ved å gjennomføre retting. Dermed kan det stilles spørsmål ved om svensk rett i tilstrekkelig grad tar høyde for rettighetshavers interesser.

I svensk rett regnes imidlertid JB kap. 3 § 1 som en overordnet hovedregel som kan og bør trekkes inn i enhver rettslig vurdering i kap. 3. Bestemmelsen skal fungere som en rettferdighetsavveining mellom naboene hvor alle typer forhold kan trekkes inn, herunder en interes-

105 Hermansson (2019) JB kap. 3 § 1 note 122.

seavveining.¹⁰⁶ Det ligger da også i sakens natur at hensynet til rettighetshaver må spille inn i vurderingen.

Hovedregelen i JB kap. 3 § 12 gjelder med to viktige unntak. For det første er en tiltakshaver som har bygd over naboens grunn avskåret fra å ha bygget stående uavhengig av kostnader og ulemper dersom vedkommende handlet med forsett eller grov uaktsomhet. Også på dette punktet ser man likhetstrekk til norsk rett som avskjærer tiltakshaver denne muligheten allerede ved nevneverdig bebreidelse. Svensk rett vektlegger tilsynelatende også prevensjonshensynet i vurderingen, selv om det skal mer til for å miste retten til å la tiltaket bli stående.

I teorien kunne man tenkt seg at en norsk tiltakshaver får et mindre handlingsrom som følge av en strengere aktsomhetsnorm. Dette må imidlertid ses i sammenheng med hva som er utgangspunktet. I norsk rett er utgangspunktet retting med mindre det foreligger tiltakshaver noe å bebreide, mens i svensk rett er utgangspunktet at bygget får stå med mindre det foreligger grov uaktsomhet eller forsett. Selv om vurderingene er bygd opp på en retts teknisk ulik måte, vil de slå forholdsvis likt ut.

For det andre tar svenske regler også høyde for tilfeller hvor bygget som tiltakshaver oppførte selges videre til en annen kjøper. Dersom kjøperen av bygget var klar over at anlegget overskrider eiendoms grensene og går inn på naboens eiendom, må bygget rives eller endres under forutsetning om at dette ble gjort med forsett eller med grov uaktsomhet. Kjøpers kunnskap må dessuten omfatte tiltakshavers onde hensikt.¹⁰⁷

En slik løsning finner man ikke i grannelova. Vi har ingen lovfestede regler om hvordan tredjemannsrettigheter skal løses i slike tilfeller. Man må da støtte seg på de dynamisk tingsrettslige prinsippene. Spørsmålet om hvem som vinner frem vil da måtte bero på grunnprinsippene om legitimasjon og kjøpers gode tro.

106 Se Prop. 1970:20, Del B 1, s. 101 og Du Rietz (2018) s. 685.

107 Hermansson (2019) JB kap. 3 § 1 note 121.

I henhold til JB kap. 3 § 12 faller tiltakshavers rettigheter bort på det tidspunktet byggverket «avlägsnas eller blir ubrukbar» som kan oversettes med at bygget fjernes eller blir ubrukelig. Rettigheten tiltakshaver oppnår er dermed midlertidig. Det er også verdt å merke at tiltakshaver vinner både eiendomsretten til tiltaket og bruksretten til bygget dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylte. En slik selvstendig rettighet blir i svensk rett kalt en «legalt tvångsservitut».¹⁰⁸ På samme måte som i Trollvassbu opprettes en midlertidig servitut i form av en bruksrett til naboens grunn gjennom juridisk sanksjon.

I eldre svensk litteratur har jurister argumentert for at situasjonen hvor en ellers lovlig virksomhet tillates skal omtales som et «konesjonstilfelle». Östen Undéen tok til orde for at den beste ordningen ved grenseoverskridende utbyggelser vil være en forutgående prøvelse og godkjenning av virksomheten av en innsatt myndighet.¹⁰⁹ I en slik situasjon vil forvaltningen ha kompetansen til å avgjøre hvorvidt slik konsesjon skal gis eller ikke, og vurderingen vil i slike tilfeller bære preg av en interesseavveining hvor hvem som kan dra størst nytte av eiendommen står sentralt. Denne vurderingen får da større likhetstrekk til den ekspropriasjonsrettslige interesseavveiningen hvor det i større grad er aksept for å anvende allmenne hensyn.

Ljungmann foreslo på den andre siden at domstolene burde godkjenne generelle tilfeller av rettsstridig ulempe i naboforhold mot erstatning i fire tilfeller. Felles for disse er at rettingskravet ville medføre «ett spolierande av befintliga värden», altså en ødeleggelse av eksisterende verdier som er begrunnet i rettsøkonomiske effektivitetshensyn.

Tanken var at dette skulle gjelde ved unnskyldelige feilbedømmelser i teknisk henseende, ved tilfeller hvor man overhodet ikke anerkjente at tilføyelsen av ulemper var rettstridig, ved passivitet og der virksomheten er så samfunns viktig at dens stansing ville føre til

108 Prop. 1970:20, Del B, s. 121.

109 Magnussen (1950) s. 17 flg.

betydelige ulemper for allmennheten.¹¹⁰ Sistnevnte tilfelle er et tydelig eksempel på at unntak fra retting kan ha gode grunner for seg i et mer samfunnsrettet perspektiv hvor man baserer vurderingen på allmennhetens interesser.

Ordlyden i JB kap. 3 § 12 regulerer utelukkende tilfeller der den ene part har bygd delvis over på den andre parts eiendom, det vil si tilfeller av delvis innpåbygging. Tiltak som er plassert fullt ut på fremmed grunn reguleres derimot ikke. Heller ikke annen lovgivning regulerer denne situasjonen. Spørsmålet er dermed overlatt til praksis. Jeg har imidlertid ikke lyktes med å finne rettspraksis som anvender bestemmelsen analogisk på slike tilfeller slik man gjør i norsk rett.

I Sverige har man et godt utbygd tomtfestesystem slik at tanken om at noen eier grunnen, mens andre eier bebyggelsen, er allerede en etablert rettstanke. Uten å ha identifisert noen konkret hjemmel eller løsning i praksis som tilsier en unntaksadgang for tiltakshaver som har bygd fullt ut på fremmed grunn, er det derfor likevel mulig at man vil komme til en lignende løsning gjennom analogi av JB kap. 3 § 12.

Når det gjelder tiltak på egen grunn som krenker andres begrensede rettigheter, det vil si servitutter, inneholder også JB regler om dette. I JB kao. 14 § 7 reguleres krenkelser av både negative og positive servitutter. I begge tilfeller skal den som foretar seg noe som utgjør krenkelsen «återställa vad som rubbats eller fullgöra vad som eftersatts och ersätta skade». Dette innebærer at man skal gjenopprette eller fullføre det man er pliktig til, eller erstatte den skade som er oppstått. Bestemmelsen fastsetter således både en ubetinget gjenoppsettelsesplikt/oppfylleelsesplikt og erstatningsplikt for eventuelle økonomiske skader.

4.5.3 Dansk rett

I dansk rett er tingsrettens område langt mer ulovfestet enn i både norsk og svensk rett. Særlig gjelder dette regler om forholdet mellom

110 Ibid. s. 19

naboer hvor det ikke finnes en egen lov som regulerer området. Danske domstoler står dermed svært fritt i sin skjønnsutøvelse når de vurderer om et rettingskrav skal føre frem.

Dette kan også forklare hvorfor tiltakshavers beskyttelse mot rettingskrav er svært omdiskutert i juridisk teori.¹¹¹ Særlig er synspunktet om at unntak fra gjenopprettelsesplikt kan anses som et innhugg i eiendomsretten og i rettighetshavers privatautonomi sentralt i dansk teori. Dette var et synspunkt Ole Kristian Magnussen inntok i sin doktorgradsavhandling fra 1950 og som følgelig har gjort tematikken til gjenstand for diskusjon.

Som følge av manglende lovgivning på området er rettskildebildet noe uoversiktlig. Funnene mine er derfor i hovedsak basert på juridisk litteratur som langt på vei oppsummerer rettskildebildet og gir en rettesnor for hvordan rettsanvendelsen gjøres. Selv om juridisk litteratur ikke kan tillegges betydelig vekt sammenlignet med øvrige rettskilder, kan det være veiledende å se hen til denne i mangel på andre vektige kilder.

At et rettingskrav kan oppstå som følge av at det bygges på fremmed grunn, er en kjent problemstilling i dansk rett. Den danske byggeloven av 2016, som kan sammenlignes med den norske plan- og bygningsloven, bruker begrepet «byggeri over skel» om byggverk på fremmed grunn.¹¹² Byggeloven § 17 gir kommunen hjemmel for å pålegge «lovliggjørelse» til eieren og brukeren av eiendommen, men gir ikke hjemmel for pålegg om riving eller retting av bygget for hverken det offentlige eller private parter.

Utover dette er det få lovfestede regler om retting i dansk rett. Man synes derfor å basere seg på ulovfestet rett når man vurderer om en privat part kan kreve det ulovlige forholdet rettet. Som nevnt drøftes spørsmålet om hvordan dette løses i dansk rett basert på funn fra juridisk teori.

111 Se for eksempel von Eyben (1978) s. 23 flg. og Mørup (2015) s.

112 Se lovens § 17.

Selv om man i dansk rett ikke har lignende positive reguleringer som i svensk og norsk rett, er det likevel sterke likhetstrekk ved vurderingene. I juridisk teori sondres det tydelig mellom to typetilfeller som aktualiserer rettingskrav.

Det ene er tilfeller hvor man under utnyttelsen av en eiendom krenker fremmed rett ved tiltak på fremmed grunn. Dette gjelder typisk grenseoverskridende bygg og krenkelse av andres begrensede rettigheter på fremmed grunn, altså tredjepersoners servitutter. Det andre er tilfeller hvor man under utnyttelsen av en eiendom krenker fremmed rett ved tiltak på egen grunn. Dette er typisk gjennom virksomhet som i norsk rett ville vært rammet av grannelova § 2 og krenkelser av andres begrensede rettigheter i egen eiendom, nemlig servitutter.

Hva som er utgangspunktet for vurderingen i tilfeller hvor slike rettigheter er krenket, fremstår ikke like tydelig som i norsk rett. I dansk rett kan det virke som at man går direkte til en interesseavveining mellom partenes interesser for å vurdere om et rettingskrav skal føre frem. Dette ligner mer løsningen i svensk rett. Har krenkelsen funnet sted, synes dansk rett å gi dette to mulige rettsvirkninger. Rettighetshaver vil enten oppnå materiell beskyttelse av rettigheten gjennom retting, eller økonomisk beskyttelse gjennom vederlag.¹¹³

Under interesseavveiningen foretar danske domstoler en omfattende vurdering av en rekke ulike momenter. Både karakteren, utstrekningen og intensiteten av skaden eller ulempen som eventuelt skal få lov til å vedvare er relevant å vurdere.¹¹⁴ Hensynet til rettighetshaver står her sentralt. I momentet om at karakteren av skaden eller ulempen skal vurderes, kan det innfortolkes at tiltakshavere med onde hensikter ikke skal innrømmes unntak. Prevensjonshensynet gjelder tilsvarende i dansk rett selv om det ikke er kommet til uttrykk i positive rettskilder. Dette momentet sammenfaller i stor grad med vurderingen slik den kommer til uttrykk i norsk lovgivning og rettspraksis.

113 Mørup (2015) s. 439.

114 Ibid. s. 448.

Dansk rett ser dermed ut til å ha de samme prinsippene for adgangen til å kreve retting og unntak fra dette selv om det ikke er lovfestet. Det som er særlig interessant i dansk rett, er at man i større grad drøfter hvorvidt unntaket utgjør et inngrep. Derfor problematiseres også kompetansespørsmålet mer i juridisk teori. Dette kan være interessant å se nærmere på for å danne sammenligningsgrunnlag for norsk rett.

Magnussen argumenterte med at det var to spørsmål domstolene måtte ta stiling til for å vurdere spørsmålet om retting. For det første måtte det vurderes om utnyttelsen av eiendommen var et uttrykk for en overveiende interesse som gjorde forholdet berettiget til tross for å være rettsstridig. Med overveiende interesse siktes det til tiltakshavers interesse i utnyttelsen av eiendommen. Dette ligner utgangspunktet i svensk rett om at man allerede fra starten av anser forholdet lovlig som følge av interesseovervekt.

For det andre mente han at det måtte vurderes om verdiene som består, altså verdiene i tiltaket, er så betydelige at samfunnet ikke kan la dem gå til spille, selv om naboens krav tilsier at de skal det. Vurderingen blir dermed toleddet hvor det først skal tas stilling til hvem av partene som har interesseovervekt, og deretter om samfunnsmessige hensyn kan tilsi en unntaksadgang.¹¹⁵

Synspunktet om at samfunnsmessige interesser er relevante i vurderingen av om et rettingskrav skal pålegges, har fått støtte i nyere dansk litteratur. Dette gjelder særlig verdispillsbetraktninger som for eksempel Mørup mener at bør få en sentral plass i avveiningen. En interessant tilleggsbemerkning er at han også mener at skadevolderens tapsbegrensning gjennom å rette krav mot andre bør tillegges vekt.¹¹⁶ Er dette mulig vil det være mer nærliggende å pålegge tiltakshaver et

115 Også andre danske teoretikere støtter synspunktet til Magnussen om at det skal foretas en slik toleddet vurdering, herunder Henry Ussing og Vinding Kruse, se Magnussen (1950) s. 18 flg.

116 Mørup (2015) s. 448 flg.

rettingskrav. Dette vil være særlig aktuelt i tilfeller hvor det gis offentlige tillatelser til å bygge.

Når man tillater samfunnsmessige hensyn i vurderingen av om rettingskravet skal tas til følge, får vurderingen lignende karakteristik som interesseavveiningen som foretas ved vurderingen av om det skal eksproprieres. Dette diskuteres mer inngående i dansk litteratur enn i de øvrige skandinaviske landene. I den grad man trekker veksel på unntak fra retting og ekspropriasjonstilfeller, oppstår det spørsmål om det er behov for hjemmel i lov.

I Danmark fungerer ekspropriasjonsinstituttet på samme måte som i Norge ved at det normalt finner sted en beslutning ved lov eller beslutning av forvaltningen i henhold til lov. Domstolene avgjør normalt ikke om det skal eksproprieres, men fungerer som en prøvelsesinstans. I tilfeller hvor rettingskravet fører frem, treffer domstolene avgjørelse i henhold til uskrevne rettsregler uten at det foregår en forutgående myndighetsavgjørelse. I denne situasjonen treffer domstolene i realiteten en beslutning om inngrep.

I juridisk teori drøftes det derfor om domstolene bør påse at ethvert inngrep er forenlig med den danske grunnloven.¹¹⁷ I den henseende må det vurderes om det beskyttelsesbehov, som den danske grunnloven gir uttrykk for, taler for at betingelsene for ekspropriasjon er oppfylt. Det er først etter å ha vurdert dette vernet at domstolene lovlig kan tillate at unntak fra retting innrømmes tiltakshaver. På motsatt side kan det hevdes at det ikke foreligger noen legalitetsproblematikk i det hjemmelskravet i den danske grunnloven «ifølge lov» ikke ubetinget skal forstås som hjemmel i formell lov og at hjemmelen ligger i fast rettspraksis.¹¹⁸

Den danske grunnlovsparagrafen som verner om eiendomsretten, er formulert mer generelt enn den norske og er fullt ut anvendelig

117 Ibid.

118 Von Eyben (1978) s. 23 flg.

i privatrettslige tvister.¹¹⁹ Unntaket i den danske grunnloven er at man kan bli forpliktet til å avstå sin eiendom dersom «almenvellet» krever det. Dette stiller seg ulikt i norsk rett hvor Grunnloven § 105 kun gir hjemmel til prinsippet om full erstatning i ekspropriasjonssaker og ikke verner om eiendomsretten på tilsvarende måte.

Synspunktet om at domstolene må ta stilling til om inngrepet er forenlig med Grunnloven kan dermed ikke uten videre overføres til norsk rett. Det som likevel er overførbart, er å anse situasjonen hvor unntaket fører frem som et inngrep overfor rettighetshaver. Dermed kan legalitetsbetraktninger bidra til en diskusjon rundt hvilken instans som bør innrømmes denne kompetansen. Dette drøftes videre nedenfor i punkt 4.6.

4.5.4 Oppsummering

Basert på redegjørelsen over, ser man at det langt på vei er de samme rettstankene som ligger til grunn for hvordan de skandinaviske landene løser tvisten. Dette stemmer overens med at man på det nordiske området har felles tanker om grunnleggende rettsstrukturer som særlig gjelder på formuerettens område. At man løser saken på samme måte tilsier at man bygger på de samme normative verdiene i retts-systemet.

Det er likevel enkelte ulikheter i regelsettene som kan trekkes frem. Mens man i norsk og svensk rett har konkrete rettingshemler i positiv rett, ser man i dansk rett ut til å støtte seg mer på ulovfestede prinsipper. Både i svensk og dansk rett inntar man motsatt utgangspunkt enn i norsk rett; utgangspunktet er at bygget får bli stående forutsatt at tiltakshaver har interesseovervekt. Dette har likevel minimal betydning i resultatet. Alle land vurderer også skyld som et viktig moment.¹²⁰

119 Se Grundloven § 73 som fastsetter at «ejendomsretten er ukrænkelig».

120 Selv om vi i norsk rett avskjærer unntaksadgangen ved tilstrekkelig skyld, anvendes dette som nevnt også som et moment.

I dansk rett er det en mer utbredt tanke å anse unntak fra retting som et inngrep. Dette synspunktet ser man ikke ut til å hvile like mye på i svensk og norsk rett. Å sammenligne unntak fra retting med tilfeller av ekspropriasjon er imidlertid noe av avhandlingens formål. Det er derfor interessant å dra veksel på de funn som er gjort i dansk rett. Domstolenes kompetanse til å anvende reglene på ulovfestet grunnlag drøftes videre i lys av dette i punktet nedenfor.

At vurderingene er så sammenfallende som redegjørelsen har vist at de er, kan tas til inntekt for at enkeltreglene gjelder som mer allmenngyldige prinsipper på tvers av landegrensene. Man løser tvisten basert på alminnelige prevensjons- og reparasjonshensyn, og vurderingen er begrunnet av et ønske om å oppnå fordelingsrettferdighet. Disse rettstankene ligger til grunn for reglene uavhengig av hvilke land man befinner seg i. Når disse hensynene gjør seg gjeldende utenfor de lovregulerte tilfellene, taler likhetsprinsippet for at man bør løse tvisten på tilsvarende måte. Samlet sett taler derfor funnene i svensk og dansk rett for en generalisering av reglene.

4.6 Bør regelen anvendes på ulovfestet grunnlag?

4.6.1 Er reglene egnet til å skape gode løsninger?

Rettspraksis har så langt vist at reglene i grannelova kan sammenfattes som prinsipper. Når enkeltregler sammenfattes til prinsipp, kan dette brukes til å utfylle mangler i rettssystemet. Spørsmålet her er om reglene *bør* gis anvendelse på ulovfestet grunnlag. Som det ble nevnt innledningsvis, må det vurderes om reglene det eventuelt skal generaliseres fra er gode nok til at de skal gis et bredere anvendelsesområde.¹²¹ Om reglene er egnet til å løse andre og nye rettsspørsmål er det sentrale spørsmålet i resten av avhandlingen.

For det første bør det vurderes om reglene *i seg selv* er egnet til å skape gode løsninger. For å avgjøre dette, kan det ses hen til enkelte

121 Se punkt 1.2.1 om avhandlingens metode.

funn som ble gjort i analysen over. Reglene må være proporsjonale i den forstand at man i tilstrekkelig grad ivaretar begge parter interesser. Rettspraksis viser tydelig at man bygger vurderingen av om tiltaket skal bli stående på en tanke om fordelingsrettferdighet som en grunnleggende verdi. Hovedformålet med vurderingen er at fordeler og ulemper fordeles på en rettferdig måte.

Tiltakshavers interesser ivaretas når det gjøres unntak og i de tilfeller et unntak ikke fører frem, anses ikke tiltakshavers interesser å være like beskyttelsesverdige. Dette gjelder særlig der tiltakshaver er noe å bebreide. Det som imidlertid kan være problematisk er at det foreligger sprikende rettspraksis når det gjelder hvilke skyldkrav som gjelder. At ulike skyldnorm legges til grunn for de ulike typetilfellene, kan som nevnt begrunnes med at man ved bygg på annen rettighetshavers eiendom gjør et større innhugg i en annens rettighet. Krenkelsens alvorlighet gjør dermed at man bør stille strengere aktsomhetskrav. En uklar skyldnorm kan undergrave prevensjonshensynet ved at det ikke skapes tilstrekkelig tydelige regler som virker styrende for tiltakshavers atferd.

For rettighetshaver er det klart at dennes interesser ivaretas i de tilfeller kravet fører frem og bygget rives. Dersom retten vurderer det slik at tiltakshavers interesser er sterkere, vil rettighetshaver uansett være ivaretatt gjennom økonomisk kompensasjon i form av vederlag. Så lenge man klarer å ivareta reparasjon- og prevensjonshensynet gjennom vederlagsutmålingen, vil rettighetshaver kompenseres på en tilfredsstillende måte. Vederlaget må med andre ord fastsettes på en slik måte at fordelingsrettferdighet oppnås selv om den krenkede part ikke vinner frem med et krav om faktisk gjenopprettelse.¹²² I realiteten skjer det her en omgjøring fra materiell til økonomisk beskyttelse av interessen.

122 Dette har forbindelseslinjer til de rettsøkonomiske prinsippene som vist tidligere. Utmåler man et tilfredsstillende vederlag, og rettighetshaver ikke har innvendinger mot å oppgi rettigheten mot vederlag, vil unntak fra retting fremstå som en Pareto-forbedring.

Ved å legge culpa-vurderingen *ex ante* og interesseavveining *ex post*, fremmer man dessuten de ressursbrukshensyn som det innledningsvis ble redegjort for i punkt 2.3. På konfliktløsningstidspunktet vil en interesseavveining gjøre at man kan unngå verdispill og at man på denne måten oppnår økonomisk effektivitet. Interesseavveiningen har på denne måten en rettsøkonomisk forankring.

For det andre bør det vurderes om reglens anvendelse på ulovfestet grunnlag vil gjøre at man får rimelige resultater i forhold til *andre områder*. I dette ligger det konsistenshensyn i den forstand at reglens anvendelse må samsvare med annen rettssystematikk.

Som tidligere nevnt har tilfeller av hus som er fullstendig plassert på fremmed grunn, likhetstrekk med festeforhold hvor det kan oppstå tredjemannskonflikter. Dette skjer typisk der grunneier videreselger eiendom hvor det foreligger feil i tomtegrensene slik at grunneier i realiteten selger noe av naboens eiendom. Det oppstår da en tredjemannskonflikt mellom de nye eierne og naboen.

Dette var saksforholdet i Rt. 1992 s. 352 (Sigdal) hvor spørsmålet for Høyesterett var om de nye eierne av noen hyttetomter kunne ekstingvere naboens eiendomsrett over dem. Ulovfestet ekstinksjon krever «sterke grunner» og dette må avgjøres etter en konkret interesseavveining.¹²³ På grunn av naboens passivitet og fordi vedkommende satt med utskiftningsforretningen som viste de korrekte grensene, kom Høyesterett til at det i dette tilfellet forelå slike grunner. Naboen mistet dermed eiendomsretten til hyttetomtene.

Uten å foreta en konkret vurdering av hvordan grannelovas regler ville gjort seg gjeldende i dette saksforholdet, er det likevel ikke tvil om at et unntak fra rettingskrav ville utgjort en langt mindre inngripende sanksjon mot naboen. Naboens interesser kunne i større grad blitt ivarettatt gjennom et tilstrekkelig vederlag. Dommen har i etterkant

123 Se også Rt. 1986 s. 1210 på s. 1217 som anvender vilkåret om sterke grunner.

blitt kritisert for å kunne være i strid med EMK P1-1.¹²⁴ En mellomløsning som grannelova åpner for, er derimot bedre egnet til å verne naboens eiendomsrett etter EMK fordi inngrepet er betinget av at det ytes økonomisk kompensasjon.

Ser man hen til andre rettsområder, ser man at prinsippet om vederlagsstatning for urettmessig utnyttelse av ting ikke er forbeholdt tingsretten, men også gjelder i immaterialretten. Både patentloven, designloven og varemerkeloven inneholder bestemmelser om ansvar for ikke-økonomisk skade som bygger på reparasjons- og prevensjons-hensyn.¹²⁵ Selv om de immaterialrettslige sidene av suspensjon av rettingskrav har vært analysert, kan bestemmelsene anses for å gi uttrykk for et lignende prinsipp om vederlag mot fortsatt krenkelse. Når det allerede eksisterer en slik rettstanke i flere lover i immaterialretten, kan dette tas til inntekt for at denne rettstanken også gjelder utenfor positiv rett. Som følge av at man har en etablert rettstanke om hvordan å løse denne typen konflikter, kan det være rettsystematisk fornuftig å også anvende prinsippene på uregulerte tilfeller som har lignende karakteristikk.

4.6.2 Domstolenes kompetanse

Som det er vist til gjentatte ganger, kan det stilles spørsmål ved om det er domstolene som bør ha kompetanse til å både danne og anvende regler om unntak fra retting. Det kan tenkes at man vil være bedre tjent med at et annet myndighetsorgan har slik kompetanse. For eksempel kan man tenke seg en ordning hvor forvaltningsmyndighetene praktiserer reglene på lignende måte som i ekspropriasjonstilfellene. Man kan også tenke seg et behov for at lovgiver kommer på banen for å vedta mer konkrete regler. Dette drøftes nærmere i det følgende.

124 Berg og Harborg (2003) s. 332. Se også s. 317–319 hvor ulovfestet ekstinksjon og vernet av eiendomsretten drøftes mer generelt.

125 Se patentloven § 58, designloven § 40 og varemerkeloven § 58.

Det er verdt å merke seg at man her befinner seg på et rettsområde som i utgangspunktet ikke er begrenset av legalitetsbetraktninger.¹²⁶ Domstolene står relativt fritt med hensyn til legalitetsprinsippet når egne avgjørelser treffes.¹²⁷

Det kan imidlertid være forhold som gjør at domstolenes rom for å anvende en ulovfestet norm *bør* begrenses basert på legalitetsbetraktninger. Dette har sammenheng med de ekspropriasjonslignende synspunktene som ligger til grunn for interesseavveiningen. Vinner man frem med et rettingskrav vil ikke bare den midlertidige bruksretten suspenderes, men rettighetshavers rett til å få eiendommen tilbakeført vil eksproprieres. Tanken om at man med dette gjør et innhugg i rettighetshavers privatautonomi er godt etablert i dansk rett, og er overførbart til norsk rett.

Selv om ekspropriasjon av tilbakeføringsmuligheten og midlertidig suspensjon av en bruksrett er langt mindre inngripende enn ekspropriasjon av eiendomsretten som sådan, utgjør fortsatt unntak fra retting et relativt stort inngrep i rettighetshavers handlingsrom. Man pålegger også rettighetshaver en tilpasningsplikt som ligner den plikt man pålegger ekspropriaten.

Vurderingene og synspunktene som ligger til grunn blir derfor langt på vei sammenfallende. Ovenfor ble det argumentert for at Coase-teoremet avbøter denne problematikken. Sterke demokratihensyn kan imidlertid tale for at en slik tilpasningsplikt og et slikt innhugg i privatautonomien er noe som krever hjemmel i lov. Dermed kan det tenkes at domstolene ikke kan anvende regelen om unntak fra retting på ulovfestet grunnlag.

I vurderingen av om det er behov for lovhjemmel er det relevant å se hen til EMK P1-1 som er inkorporert som norsk lov, og som dermed får forrang ved motstrid mot annen formell lov.¹²⁸ Bestem-

126 Aasland (2004) s. 167–169.

127 Hopsnes (2005) s. 148–150.

128 Se mrl. § 3, jf. § 2.

melsen gir eiendomsretten menneskerettighetsvern og inneholder blant annet formuleringen «no one shall be deprived of his possessions» med unntak av eiendomsoverføring som skjer i det offentliges interesse.

Utgangspunktet etter EMK er at ingen skal fratras sin eiendom. Ekspropriasjonstilfellene utgjør et unntak fra dette utgangspunktet. I tilfeller hvor tiltakshaver har bygd på fremmed grunn, og domstolene kommer til at byggverket skal bli stående, kan det stilles spørsmål ved om man støter an mot denne regelen.

Likevel er det et viktig poeng at løsningen ved denne typen tvister ikke er at den fullstendige eiendomsretten overføres fra den ene part til den andre, men at det kun skapes en begrenset rettighet til eiendommen, nemlig en midlertidig bruksrett. I tillegg betales det vederlag som kompensasjon for denne ordningen. Det er nettopp dette som gjør at grannelovas løsning samsvarer bedre med EMK P1-1 enn reglene om ulovfestet ekstinksjon.

Praksis fra EMD har stilt visse krav til kvaliteten av det nasjonale rettsgrunnlaget. I *Carbonara and Ventura v. Italia* uttales det følgende: «the requirement of lawfulness means that rules of domestic law must be sufficiently accessible, precise and foreseeable».¹²⁹ Et argument i retning av at lovgiver må på banen, er at reglene legger opp til et så vidt skjønnsrom for domstolene at det blir vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. At man ikke anvender en klar skyldnorm, kan underbygge et slikt synspunkt.

Dersom man ser det slik at Stortinget bør vedta nye bestemmelser som i større grad fastsetter retningslinjer for domstolenes skjønn, står man i fare for å miste fleksibilitet som kan bidra til å oppnå rimelige og rettferdige avgjørelser. Som avhandlingen har vist, er unntaket skjønnsmessige utforming egnet til nettopp å oppnå dette formålet.

Et annet spørsmål er om selve praktiseringen av reglene burde lagt hos en annen myndighet.

129 *Carbonara and Ventura v. Italy* avsnitt 64.

Man kan i den anledning anse situasjonen hvor en ulovlig virksomhet tillates som et konsesjonstilfelle slik Östen Undéens foreslo i svensk rett. Da ville man kunne tillegge forvaltningen kompetanse til å gi forutgående godkjenning til tiltaket. Den offentlige forvaltning ville vært den mest nærliggende instansen til å gi godkjenning til en slik virksomhet. Interesseavveiningen ville da blitt plassert ex ante.

Det er likevel ikke gitt at en slik ordning hadde medført bedre løsninger enn hvor kompetansen til å avgjøre spørsmålet ligger hos domstolene. For det første oppstår tvister hvor tiltakshaver har bygd i strid med andres rettigheter ofte på grunn av uvitenhet om dem. Der tiltakshaver for eksempel bygger på fremmed grunn, har dette ofte sammenheng med uklare grenselinjer eller at man ikke har oversikt over hvem som eier hvilke eiendommer. En forhåndsgodkjenning til bygging vil da være lite hjelpsom.

For det andre står tvisten i hovedsak mellom to private parter, og det kan virke uheldig at forvaltningen skal foreta avgjørelsen av om tiltakshaver skal få bygge på en annen privat parts grunn når dette i utgangspunktet ikke er lovlig. Man risikerer da at forvaltningen foretar beslutninger ut fra egeninteresse som i utgangspunktet ikke hører hjemme i denne vurderingen. På den andre siden har jeg argumentert for at det kan være hensiktsmessig å gi rom for flere interesser i vurderingen, herunder miljørettslige sider. Slike interesser vil det offentlige være godt egnet til å ivareta ettersom forvaltningen er en offentlig myndighet med faglig særkompetanse.

Samlet sett fremstår ingen av de nevnte innvendingene som tilstrekkelig begrunnelse til å avskjære domstolene fra å kunne utlede en ulovfestet norm om retting og unntak fra rettingskrav. Også gode grunner taler for at dette skal være et regelverk som anvendes og praktiseres av domstolene og ikke et annet offentlig organ.

5 Fosen som mulig eksempel på rettsanvendelsen

5.1 Innledning

Til nå har jeg foretatt en analyse av løsningen grannelova fastsetter. Basert på rettspraksis og reelle hensyn, ble det konkludert med at det er hensiktsmessig å generalisere fra disse reglene. Den første delen av avhandlingen har vist at reglene gjelder som ulovfestede prinsipper som egner seg til å løse andre og nye rettslige spørsmål.

Basert på funnene som er gjort, blir neste del av prosjektet å prøve ut reglenes anvendelighet på andre tilfeller. Målet er å undersøke hvordan prinsippene som til nå er utpenslet vil slå ut i uskreven rett. Dette vil belyses gjennom å anvende prinsippene på et langt mer omfattende sakskompleks hvor hensynene som inngår i vurderingen er satt på spissen.

Målet er derimot ikke å foreta konkrete subsumsjoner under spørsmålene som reises. Dette vil bli spekulativt og fokuset vil derfor i stedet være å løfte frem spørsmålene som oppstår om man skulle anvende prinsippene. Det er særlig interessant å se nærmere på hvordan hensynene får utslag i vurderingen.

For å undersøke dette nærmere kan det anvendes et betinget, normativt perspektiv. Som første del av avhandlingen viste, har interesseavveiningen i unntaket en rettsøkonomisk begrunnelse. Skal man bruke dette perspektivet, er det naturlig å legge en rettsøkonomisk forståelse av reglene til grunn. Ønsker man samfunnsøkonomisk effektivitet, bør reglene fungere slik at man oppnår høyest mulig nyttefunksjon.

Høsten 2021 avsa Høyesterett enstemmig i storkammer at konsesjons- og ekspropriasjonsvedtakene som tillot vindkraftutbygging på Fosen-halvøya var ugyldige. Bakgrunnen for tvisten var at NVE i 2010 ga konsesjon til to vindkraftutbygginger på Fosen-halvøya etter energiloven § 3-1. I samme distrikt utøvde to grupper samer reindriftsvirk-

somhet. Det ble videre gitt samtykke til ekspropriasjon av grunn og beiterettigheter i Fosen beitedistrikt. Etter beslutning om forhåndstiltredelse ble vindkraftverkene bygd ut og satt i drift. Høyesterett vurderte vedtakene som ugyldige som følge av at de var i strid med SP artikkel 27. Bestemmelsen er en terskelbestemmelse som danner skranke for forvaltningsskjønnet og som beskytter samenes rett til kulturutøvelse.¹³⁰

Sakskomplekset i Fosen-saken er omfattende og reiste en rekke problemstillinger for Høyesterett innen både forvaltningsrett, sivilprosess og menneskerettigheter. I etterkant av dommen er det fortsatt flere forhold som står uavklart. Jeg vil i det følgende begrense behandlingen av saksforholdet og etterfølgende spørsmål til det som i hovedsak er relevant for rettings spørsmålet.

Dette innebærer at de offentligrettslige problemstillingene i Fosen-saken i utgangspunktet faller utenfor drøftelsen. Forvaltningsrettslige spørsmål som er relevante for en potensiell privatrettslig tvist vil likevel behandles. Det sentrale spørsmålet er hva som skal skje med vindturbinene som følge av ugyldigheten. Det er med andre ord rettsvirkningen av de ugyldige vedtakene for de private partene som er av størst interesse for avhandlingen.¹³¹

Selv om det er forholdet mellom Fosen Vind og reindriftssamene som egner seg til å belyse i hvilken grad tiltakshaver beskyttes mot rettingskrav, er det fortsatt relevant å knytte noen bemerkninger til enkelte andre forhold ved Fosen-saken som har vært avgjørende for Høyesterettsdommen.

For det første kan det oppstå spørsmål ved om ugyldig konsesjon gir grunnlag for rettingskrav. Det er ikke utenkelig at private interesser kan begrunne et behov for gjenopprettelse og at et krav i relasjon til

130 Se HR-2021-1975-S avsnitt 100.

131 Skillet mellom offentlige og private interesser kan virke noe kunstig når Fosen-saken drøftes som følge av at Statkraft er majoritets-eier i Fosen Vind. Det offentlige har dermed sammenfallende interesser med tiltakshaver. Dette har imidlertid ikke uten videre noen rettslig konsekvens.

dette bør kunne rettes mot konsesjonæren. Det er derfor relevant å se nærmere på slike typer ugyldige vedtak.

For det andre aktualiseres rettingskrav når det er truffet vedtak om ekspropriasjon med samtykke om forhåndstiltredelse. I slike situasjoner starter tiltakshaver å bygge på en annen rettighetshavers grunn før gyldigheten av ekspropriasjonsvedtaket er prøvd. Dette øker sannsynligheten for etterfølgende ugyldighet. Da vil tiltakshaver ha bygget stående på fremmed grunn og et potensielt rettingskrav kan oppstå. Det vil derfor knyttes noen kommentarer til rettsvirkningen av ugyldige ekspropriasjonsvedtak og ordningen med samtykke til forhåndstiltredelse.

5.2 Om ugyldig konsesjon

Forholdet som gjør Fosen-saken relevant for avhandlingen er konsesjons- og ekspropriasjonsvedtakets ugyldighet som potensielt kan gi etterfølgende krav og plikter for partene. Av den grunn vil det knyttes et par kommentarer til myndighetsfeil som går ut over flere interesser. I Fosen-saken behandles konsesjons- og ekspropriasjonsvedtaket samlet, men i det følgende skilles det mellom disse ettersom det er interessant å se på de privatrettslige virkningene av dem separat.

Som følge av at dette er et teknisk tema uten klare svar og med til dels inkonsistenser i lovgivningen, kan det ha en verdi å oppsummere de rettslige utgangspunktene som gjelder ved vernet av eiendomsretten. Som vist i særlig kap. 3 og 4 kan et rettingskrav oppstå i kraft av den tingsrettslige posisjonen man har som eier. Denne følger av privat-autonomien og krever ikke hjemmel. Krenkes eiendomsretten har man i utgangspunktet krav på gjenopprettelse.

Ved et ugyldig konsesjonsvedtak stiller dette utgangspunktet seg noe annerledes. Vurderingen som foretas når det skal treffes offentlige vedtak er underbygd av andre hensyn og regler. Både innrettelseshensyn og legalitetsprinsippet kan begrunne et klarere behov for hjemmel når man skal vurdere de privatrettslige virkningene av ugyldige vedtak.

Dessuten har ikke konsesjonsvedtaket den mekanisme at den krenker noens rettighet. Konsesjonsvedtaket som sådan har på denne måten ingen rettsutløsende funksjon for andre private parter enn den vedtaket retter seg mot. Følgelig vil heller ikke et ugyldig konsesjonsvedtak føre til en implisitt tilbakeføringsplikt.

For å undersøke hvilke krav som kan oppstå som følge av et ugyldig vedtak, er det nødvendig å vurdere rettsvirkningene av det. Det er virkningene av ugyldigheten som er interessant ettersom det er dette som eventuelt kan danne grunnlag for nye privatrettslige krav. Av den grunn vil det ikke foretas noen redegjørelse av de forvaltningsrettslige ugyldighetsgrunnene. Den videre drøftelsen baserer derfor seg på at det allerede er konstatert ugyldighet.¹³² Utover § 41, inneholder forvaltningsloven få regler om virkningen av ugyldighet. Ugyldighetslæren følger derfor i hovedsak av ulovfestet rett.

Når et forvaltningsvedtak kjennes ugyldig, er utgangspunktet at det ikke får virkning etter sitt innhold. Hva som er ugyldighetsvirkningene av et forvaltningsvedtak, må vurderes konkret. Hovedregelen er at vedtak som inneholder forbud eller påbud anses som nulliteter, mens vedtak som begunstiger parten er angripelige.¹³³ Fra dette gjelder det imidlertid enkelte unntak, herunder ved grovere typer feil. Det kan dessuten være gode grunner for å gjøre unntak fra dette utgangspunktet ved andre typer vedtak av mer inngripende karakter.¹³⁴

Utgangspunktet ved angripelige vedtak er at parten kan innrette seg etter vedtaket til tross for ugyldigheten. Forvaltningen foretar deretter en ny vurdering før omgjøring skjer.¹³⁵ Ugyldigheten gir i slike tilfeller ingen rettsvirkning uten videre.

132 Feilen er med andre ord enten tilstrekkelig i seg selv for ugyldighetsvirkning, eller den har påvirket vedtakets innhold i henhold til fvl. § 41.

133 Eckhoff (2022) s. 498 flg.

134 Jeg kommer tilbake til årsaken til dette i punktet under om ugyldige ekspropriasjonsvedtak.

135 Forvaltningens omgjøringsadgang følger av fvl. § 35.

Et konsesjonsvedtak er noe som begunstiger den det gjelder og kjennes vedtaket ugyldig, kan det etter hovedregelen angripes. Det forvaltningsrettslige utgangspunktet gjør dermed at den som har innrettet seg etter konsesjonsvedtaket kan fortsette den konsesjonspliktige virksomheten inntil forvaltningen har truffet omgjøringsvedtak.

Skyldes ugyldigheten grovere feil, eller er det vedtak som virker begrensende for den det retter seg mot, får ugyldigheten umiddelbar virkning. I slike tilfeller blir vedtaket å anse som en nullitet, og får ikke virkning etter sitt innhold.

Sondringen mellom nullitet og angripelighet illustrerer hvordan det kan tenkes tilfeller hvor ugyldigheten ikke aktualiserer mekanismer som kan fremstå som nødvendige i den konkrete situasjonen, herunder et eventuelt rettingskrav. En slik løsning hvor rettskrav ikke oppstår ved ugyldighetens konstatering, gjør at ugyldigheten ikke får noen reell rettsvirkning.¹³⁶ I den følgende drøftelsen forutsettes imidlertid at vedtaket enten er å anse som en nullitet, eller er angrepet og omgjort på en slik måte at tiltaket ikke har nødvendig hjemmel.

Med disse utgangspunktene som bakgrunn for den videre drøftelsen, kan det stilles spørsmål ved om et ugyldig konsesjonsvedtak, som i utgangspunktet ikke gir en implisitt tilbakeføringsplikt, likevel kan danne grunnlag for at en privat part kan påberope seg retting.

Ved vurderingen av om man kan påberope seg retting når et konsesjonsvedtak kjennes ugyldig, må virkningen av selve konsesjonen vurderes. Dersom privatrettslige beføyelser avskjæres som ledd i at det gis konsesjon, kan det ikke kreves retting. Det gjelder i utgangspunktet et tosporet system hvor privatrettslige beføyelser ikke automatisk avskjæres som følge av at det for eksempel gis en offentlig tillatelse. Et

136 Se NOU 2019: 5 s. 541 som også kritiserer dette skillet. I utredningen foreslås det ny bestemmelse hvor det ikke foretas samme skillet, se utkastet til § 74. I juridisk litteratur synes man imidlertid å se sontringen hensiktsmessig under henvisning til generelle innrettelseshensyn, se Haver (2019) s. 7 og Eckhoff (2022) s. 499.

tiltak som er lovlig etter offentlig rett kan likevel være ulovlig etter privatrettslige regler.¹³⁷

Unntaket i granelova § 10 skjærer imidlertid gjennom dette tosporede systemet, og fratår muligheten til å kreve retting dersom det er gitt konsesjon i medhold av forurensningsloven og vannressursloven. I slike tilfeller mister man rettingsmuligheten, jf. «dette gjeld likevel ikkje» i § 10 første ledd annet punktum.

Forurensningsloven og vannressursloven inneholder også egne rettingshjemler for private parter. På denne måten illustreres det hvordan dette tosporede systemet ikke gjelder for retting når det er fattet konsesjonsvedtak etter lovene. Etter vannressursloven § 59 gis «den som har rettslig interesse i det» mulighet til å kreve retting av forhold som er i strid med loven eller vedtak av den. Vannressursloven gir dermed rom for at privatrettslige interesser kan begrunne rettingskrav.¹³⁸ Også forurensningsloven gir «enhver» mulighet til å kreve retting, men private parter må da gå veien om forvaltningen og ikke domstolene for å kunne pålegge den konsesjonspliktige et slikt krav, jf. § 84, og § 7.

Etter en antitetisk tolkning av § 10 kan det kreves retting dersom nødvendig tillatelse ikke foreligger. Når vedtaket er ugyldig taler denne tolkningen for at et rettingskrav skal kunne fremmes når vedtaket er å anse som en nullitet. Rettsystematisk synes dette å være i tråd med den ordning unntaket i § 10 første ledd bokstav c og d gir sammen med rettingshjemlene i særlovgivningen.

Vannressursloven og forurensningsloven er begge lover som skal sikre forsvarlig ressursutnyttelse og som har forbindelseslinjer til

137 Ot.prp. 33 (1988–1989) s. 35. Granelova § 9 første ledd annet punktum illustrerer også dette ved at erstatning fortsatt kan kreves til tross for gitt konsesjon.

138 Ifølge forarbeidene skal «rettslig interesse» forstås på samme måte som rettslig klageinteresse etter forvaltningsloven og rettslig søksmålsinteresse etter tvisteloven, jf. Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) s. 365.

hvordan man skal regulere eiers utnyttelse av egen grunn.¹³⁹ Å regulere eiers utnyttelse av grunnen utgjør også deler av grannelovas kjerneområde.¹⁴⁰ Av den grunn er det naturlig at dette tosporede systemet ikke kan gjelde fullt ut der hvor man har overlappende interesser. Reparasjonshensynet vil kunne få utslag selv om det er fattet konsesjonsvedtak etter disse lovene.

Følgelig vil et ugyldig konsesjonsvedtak etter vannressursloven og forurensningsloven gi grunnlag for retting.

I Fosen-saken ble vedtaket fattet etter energiloven § 3-1 som bestemmer at det ikke kan «bygges, eies eller drives» energianlegg uten konsesjon, jf. første ledd. Energiloven har imidlertid ikke samme system som vannressursloven og forurensningsloven holdt opp mot grannelova § 10. Dermed kan ikke samme antitetiske tolkning benyttes for å kunne kreve retting dersom vedtaket kjennes ugyldig. Spørsmålet blir dermed om man i slike tilfeller likevel kan kreve retting.

Forvaltningslovutvalget har i utredning av ny forvaltningslov lagt til grunn at man bør holde fast ved løsningen hvor rettingsspørsmålet behandles i særlovgivningen. Utvalget anerkjenner imidlertid at det i tilfeller av ugyldige tillatelser vil «oppstå spørsmål om den private part bør være forpliktet til å gjenopprette den tilstand som forelå før virksomheten ble innledet». Likevel fremmes det ikke noe konkret forslag til hvordan dette løses i tilfeller hvor særlovgivningen ikke har rettingshemler for private parter.¹⁴¹

Spørsmålet om man kan tillegge private parter krav om retting i slike tilfeller, må først og fremst bero på om parten i det hele tatt har interesser som krenkes av tiltaket. Som et minimum må det skje en

139 Forurl. § 1 og vrl. § 1.

140 NUT 1957 s. 15 flg.

141 NOU 2019:5 s. 543

krenkelse av en beskyttelsesverdig interesse som kan danne utgangspunkt for kravet.¹⁴²

Synspunktet i forarbeidene til grannelova om at det er ulovligheten i seg selv som danner utgangspunktet for rettingskravet, kan tas til inntekt for at retting kan kreves ved ugyldige konsesjonsvedtak etter energiloven. Rettingskravet får dermed sitt utspring i den krenkede interessen og retting blir således et retts teknisk utgangspunkt. Særlig reparasjonshensynet taler for en slik løsning ettersom behovet for å få gjenopprettet forholdet til en lovlig tilstand gjør seg gjeldende med full tyngde.

Konsistenshensyn kan tenkes å støtte et slikt synspunkt. Private parter som berøres av tiltak som er konsesjonspliktige etter en lov uten rettingshjemmel bør ikke stilles dårligere enn dem som berøres av ulovlige tiltak etter vannressursloven eller forurensningsloven. Likevel har ikke lovgiver valgt å anvende samme systematikk på disse tilfellene. Dette kan tenkes å ha sammenheng med at energiloven ikke har de samme naborettslige forbindelseslinjene. I så fall vil ikke konsistenshensynet kunne tillegges særlig vekt.

Prevensjonshensynet kan med tyngde tale mot at private kan kreve retting på ulovfestet grunnlag i slike tilfeller. Den konsesjonspliktige part har handlet rettmessig fra starten av og det er dermed ikke noen illojal atferd man forsøker å ramme gjennom å pålegge retting som sanksjon. Sterke grunner taler for at tiltakshaver skal kunne innrette seg etter forvaltningens vurdering av forholdet som tross alt har gitt tiltakshaver eksplisitt tillatelse til å igangsette byggeprosessen eller virksomheten.¹⁴³

142 Dette kan dessuten begrunnes ut fra sivilprosessens prosessforutsetninger hvor det kreves at parten som reiser sak for domstolene har «rettslig interesse» i det, jf. tvl. § 1-3 og tvml. § 54.

143 NOU 1982:19 s. 166. Dette har også sammenheng med rettsvirkningen av ugyldighet hvor innrettelseshensyn tilsier at konsesjonæren skal kunne innrette seg etter vedtaket til tross for ugyldigheten.

En interessant tilleggsbemerkning er at Backer hevder at man i dansk rett ikke krever lovhjemmel for å kunne kreve stans og retting, men ser ut til å basere løsningen på en konkret interesseavveining alene. Han virker ikke å se det nødvendig med hjemmel i lov for å kunne kreve retting.¹⁴⁴ Som tidligere vist er danske regler i all hovedsak ulovfestet når det gjelder private parters adgang til å kreve retting når tiltakshaver har krenket andres rettigheter. Spørsmålet her er imidlertid om private parter kan kreve retting som følge av at krenkelsen oppstår ved etterfølgende ugyldighet og om dansk rett også løser dette på ulovfestet grunnlag.

Dansk rett har ingen generell lovhjemmel for å kreve retting i slike tilfeller og spørsmålet må vurderes konkret i den enkelte sak. Det finnes imidlertid enkelte pliktbestemmelser i særlovgivningen som kunne tenkes å være anvendelige i slike saker, herunder § 63 i kap. 15 i den danske planloven av 2020.

I henhold til bestemmelsen påhviler det «den til enhver tid værende ejer af en ejendom at berigtige et ulovligt forhold.» Planloven § 63 tredje ledd gir hjemmel for kommunestyret til å forlange retting i tilfeller hvor et påbud om retting ikke etterkommes innen fristen og hvor heller ikke inndrivelse av tvangsbøter kan antas å føre til at påbudet etterkommes. Bestemmelsen gir imidlertid ikke private parter noen rettighet som følge av at påbudet ikke etterkommes. Planloven § 63 gir følgelig ikke hjemmel for private parter for å kreve retting ved ugyldige tillatelser.

Problematikken har kommet opp for danske domstoler i blant annet U.1986.143/2H (Holte midtpunkt). I saken rettet en kvinne rettingskrav mot både kommunen og en utbygger som følge av at en bygning ble satt opp med en avstand på 8 meter fra kvinnens stuevindu. Bygget ble oppført i strid med kommuneplanen som satte avstandskriteriet på 20 meter. Dispensasjonen som kommunen hadde gitt fra planen, ble senere kjent ugyldig.

144 Se Backer (2022) s. 298 og Fenger (2018) s. 958–959.

Dansk høyesterett foretok en generell avveining av de hensyn som gjorde seg gjeldende og la sterk vekt på verdispillbetraktninger.¹⁴⁵ Det ble ikke tatt stilling til om dispensasjonen var ulovlig, men domstolen fant at naboettslige regler gjorde at man ikke kunne tillate byggets plassering. Kvinnen vant ikke frem med kravet som følge av hennes subjektive forhold og hensynet til ressursbesparelser, men fikk erstatning i tråd med sitt subsidiære krav.

Saken illustrerer hvordan man kan støtte seg på alminnelige grannettslige regler i vurderingen av hvorvidt en privat part skal kunne kreve retting som følge av forvaltningsrettslig ugyldighet. Til tross for at man ikke henviser til noen konkret lovbestemmelse i avgjørelsen, gjaldt det en tilbakeføringsplikt i dagjeldende kommuneplanlov § 54 med tilsvarende ordlyd som planloven § 63 fra 2020. Avgjørelsen kan derfor neppe danne grunnlag for å oppstille en ulovfestet lære om retting ved offentligrettslig ugyldighet når denne omfatter tillatelsen.

Samlet sett er det vanskelig å gi et helt konkret svar på om det er grunnlag for å gi private parter rettingskrav på ulovfestet grunnlag ved ugyldig konsesjon. Det mest hensiktsmessige må være å vurdere dette konkret.

Det kan nok hevdes at problemstillingen ikke er særlig praktisk ettersom det er mulig at konsesjonæren ikke vil ha interessere i at tiltaket blir stående eller i å fortsette virksomheten når nødvendig konsesjon ikke foreligger. En annen innvending er at hensynet til private parter allerede er tilstrekkelig hensyntatt i konsesjonsprosessen slik at spørsmålet om retting ikke vil havne på spissen. Det kan også tenkes at det i situasjonene som reguleres av energiloven normalt er tale om så store utgifter ved oppføringen av anlegget at interesseavveiningen omtrent alltid vil falle i tiltakshavers favør slik at unntaket fører frem.

145 Dette er i tråd med den toleddede vurderingen som oppstilles i dansk litteratur slik redegjørelsen for dansk rett viste i punkt 4.5.3.

Situasjoner som i større grad aktualiserer rettingskrav er der konsesjonsvedtak gis sammen med ekspropriasjonsvedtak som senere kjennes ugyldig. I slike tilfeller eksproprieres andres rettigheter og det blir mer aktuelt å vurdere om dette kan gi hjemmel for å påberope seg enkelte rettigheter. Det er ikke tvilsomt at eksproprianten vil ha et behov for gjenoppsett dersom eksproprianten ikke lenger har grunnlag for å ekspropriere den aktuelle rettigheten. Dette drøftes videre nedenfor.

5.3 Om ugyldig ekspropriasjon

For å kunne utnytte den tillatelsen konsesjonen gir, kan det være nødvendig å ekspropriere andres rettigheter. Dersom grunnlaget for at andres rettigheter må opphøre blir ugyldig, vil et rettingskrav i større grad aktualiseres som en rettsutløsende virkning. Ved vurderingen av hvilke privatrettslige konsekvenser som kan oppstå ved ugyldighet, er det av den grunn naturlig å knytte rettsvirkningene opp mot det ugyldige ekspropriasjonsvedtaket og ikke til konsesjonsvedtaket isolert sett.¹⁴⁶ Det vil derfor knyttes noen kommentarer til virkningen av ugyldige ekspropriasjonsvedtak. Det vil også redegjøres for hvorfor særlig slike situasjoner aktualiserer rettingskrav.

Et ekspropriasjonsvedtak er på samme måte som et konsesjonsvedtak et begunstigende vedtak. Det forvaltningsrettslige utgangspunktet er som nevnt at dersom disse typer vedtak kjennes ugyldige, fører de ikke til en nullitet og den vedtaket retter seg mot kan fortsatt innrette seg etter det som om det var gyldig.

I ekspropriasjonssaker har eksproprianten gitt opp sin rettighet til fordel for eksproprianten. Vedtaket har dermed en inngripende funksjon overfor eksproprianten i form av at vedkommende ikke kan utøve den rettigheten som opphører. Når vedtaket kjennes ugyldig kan det

146 Dette illustreres i Fosen-saken hvor Høyesterett ikke foretar et slikt skille, se HR-2021-1975-S avsnitt 11.

av den grunn være hensiktsmessig at ekspropriasjonsvedtaket anses som en nullitet slik at ekspropriaten ikke påføres et unødige inngrep.¹⁴⁷

Anser man vedtaket som en nullitet, vil det ikke lenger ha virkning etter sitt innhold. Eksproprianten vil da ikke kunne påberope seg ekspropriasjonsvedtaket som hjemmel for å kunne krenke andres rettigheter. Står byggverket på ekspropriatens eiendom vil tiltaket dermed være plassert på fremmed grunn. Rettighetshaver vil da ha et behov for gjenopprettelse som følge av krenkelsen som altså ikke lenger har hjemmel i et gyldig ekspropriasjonsvedtak. Det samme gjelder der man gjennom ekspropriasjonsvedtaket også eksproprierer begrensede rettigheter, herunder for eksempel beiterettigheter eller andre typer bruksrettigheter.

Følger man samme utgangspunkt som over om at et rettingskrav gjenoppstår dersom unntaket i § 10 første ledd annet punktum bokstav a-d ikke kommer til anvendelse, begrunner også rettssystematiske hensyn at man skal kunne kreve retting ved et ugyldig ekspropriasjonsvedtak på lik linje med ugyldige konsesjonsvedtak. Unntaksadgangen er ifølge bokstav b forbeholdt tilfeller hvor det er «gjort vedtak om eller gi ve samtykke til oreigning av grunn til tiltaket, eller når slik oreigningsrett fylgjer direkte av lova». Unntaket gjelder ikke ved tiltak som går lenger enn ekspropriasjonsvedtaket eller som ikke er i tråd med ekspropriasjonsretten.¹⁴⁸

Dette, sammenholdt med vedtakets inngripende karakter overfor ekspropriaten, taler for at man kan kreve retting ved et ugyldig ekspropriasjonsvedtak.

Rettssystematisk kan situasjonen sammenlignes med privatrettslig ugyldighet. Man kan tenke seg en situasjon hvor to parter inngår avtale om at A skal overta eiendomsretten til deler av grunnen som B eier. A oppfører deretter et byggverk på det som tidligere var Bs grunn. Dersom det for eksempel oppstår forhold som anses som bristende

147 Backer (2022) s. 294.

148 Snipsøy (2022) grannelova § 10 note 3.

forutsetninger for avtalen og avtalen i etterkant faller bort som følge av dette, aktualiseres samme spørsmål ved om B kan kreve bygget tilbakeført. I slike tilfeller vil man i utgangspunktet være utenfor grannelovas system, men gjenopprettelsesbehovet for B vil fortsatt stå seg.

En situasjon som særlig aktualiserer rettingskrav, er der det i ekspropriasjonssaker er gitt samtykke til forhåndstiltredelse. Prosessen ved ekspropriasjonssaker følger en annen systematikk enn vanlige rettergangssaker. Ekspropriasjonssaker følger skjønnsprosessloven. Utgangspunktet i ekspropriasjonssaker er at eksproprianten kan kreve å bli «satt i besittelse av tingen mot å utbetale erstatningsbeløpet» når skjønnet er endelig, jf. skjønnsprosessloven § 53 første ledd. At skjønnet er endelig innebærer at skjønnet er rettskraftig.¹⁴⁹

At man settes «i besittelse av tingen» kan ikke forstås bokstavelig, men slik at eksproprianten settes i en rettslig posisjon som gjør at eksproprianten mister muligheten til å utøve den rett vedkommende i utgangspunktet hadde. Det er dette som er tilfellet i Fosen-saken hvor Fosen Vind ikke settes i besittelse av beiterettighetene, men settes i besittelse av rettigheter som utøves på en slik måte at samene ikke får utøvd sine beiterettigheter.

Når domstolene tar stilling til skjønnet og eventuelt gjør det rettskraftig, prøves materielle spørsmål og erstatningsutmålingen foretas. Ekspropriasjonsvedtakets gyldighet prøves således ikke før skjønnsretten har behandlet saken selv om det aktuelle forvaltningsorganet som treffer ekspropriasjonsvedtaket kontrollerer om vilkårene er oppfylte.¹⁵⁰ På denne måten skal tiltakshaver som eksproprierer andres rettigheter i utgangspunktet ikke starte utbyggingen før skjønnet er prøvd.

Som følge av denne særegne prosessformen kan ekspropriasjonssaker strekke seg ut i tid. For å sikre muligheten for effektiv gjennomføring av ekspropriasjon, er det i oreigningslova § 25 gitt anledning

149 Ot.prp. nr. 56 (1970–1971) s. 307.

150 Se Rt. 1973 s. 686 hvor Høyesterett fremholder at skjønnsretten må prejudisielt ta standpunkt til enhver tvist om tillatelsens formelle og materielle gyldighet i relasjon til skjønnsprosessloven § 48.

til å samtykke til forhåndstiltredelse.¹⁵¹ En forhåndstiltredelse gir eksproprianten rett til å iverksette tiltaket før det foreligger rettskraftig skjønn.

Siden gyldigheten av forvaltningsvedtaket ikke prøves før erstatningsutmålingen, oppstår utfordringen med at byggeprosessen kan være igangsatt før man med sikkerhet vet om vedtaket er gyldig. Denne situasjonen øker sannsynligheten for etterfølgende ugyldighet. En tiltakshaver som har bygd på andre rettighetshavers grunn på bakgrunn av et ekspropriasjonsvedtak som senere kjennes ugyldig, vil ha et byggverk stående på fremmed grunn. På denne måten er situasjoner hvor det er gitt samtykke til forhåndstiltredelse og ekspropriasjonsvedtaket senere kjennes ugyldig særlig aktuell for avhandlingens problemstilling.

Ordningen med å gi samtykke til forhåndstiltredelse i ekspropriasjonssaker har enkelte svakheter, som Fosen-saken særlig illustrerer. I det følgende er det særlig to slike svakheter som kommenteres nærmere.

Kompetansen til å gi samtykke til forhåndstiltredelse er i henhold til oreigningslova § 25 gitt til «Kongen – eller styringsorgan med fullmakt etter § 5». I henhold til § 5 første ledd kan kompetansen delegeres til departementene og dersom «serlege grunnar er for det» kan den også delegeres til andre underordnede sentrale styringsorgan. De materielle villkårene for å treffe slikt samtykke vil ikke drøftes videre her ettersom det ligger utenfor kjernen av avhandlingen. Det vil derimot knyttes noen kommentarer til hvorfor en slik ordning som er særlig praktisk for retteplikt kan fremstå som uheldig.

I oreigningslovas forarbeider beskrives hvilke momenter som skal inngå i vurderingen av om samtykke til forhåndstiltredelse skal gis. Det aktuelle administrasjonsorganet skal vurdere dette «på fritt grunnlag» og kompetansen er således underlagt forvaltningens frie skjønn. Momentene som nevnes i forarbeidene er følgende: «[...] ekspropria-

151 Ot.prp. nr. 56 (1970–1971) s. 27.

sjonens omfang og art, den samfunnsmessige betydningen av tiltaket og de ulemper en forhåndstiltreding i det enkelte tilfelle vil bety. Tidsmomentet bør tillegges vesentlig vekt ved om samtykke bør gis». ¹⁵²

At tidsmomentet fremheves som et moment av vesentlig vekt, kan være utfordrende i saker hvor utbygger opplever et tidspress som følge av en økonomisk gunstig ordning. Dette var tilfellet i Fosen-saken hvor det var avgjørende for tiltakshaver å sette i drift produksjonsanlegget innen utgangen av året 2021 for å få rett til elsertifikat. ¹⁵³ Slike tidsbegrensede ordninger som gir utbygger økonomiske goder vil gjøre at tidsmomentet får stor betydning som følgelig gjør det lettere å få samtykke til forhåndstiltredelse.

Når utbygger skal iverksette store prosjekter som dette, øker behovet for å gi en grundig vurdering av de øvrige momentene forarbeidene nevner slik at man sikrer at alle nødvendige hensyn er tatt og at man får et godt avgjørelsesgrunnlag for om samtykke skal gis. Dette kan tas til inntekt for at de øvrige hensynene er vel så viktige i slike saks typer og at tidsmomentet ikke bør tillegges så stor vekt at det går på bekostning av dem.

Det kan tenkes at denne problematikken vil settes på spissen i fremtidige saker ettersom klima- og miljøhensyn kan skape lignende tidspress hvor myndighetene har en sterk interesse i å få gjennomført utbyggingsprosjektet hurtig. ¹⁵⁴ Særlig gjelder dette ved energitiltak som kan bidra til overgangen fra fossilt brennstoff til fornybar energi i tråd med FNs klima- og bærekraftsmål. ¹⁵⁵

I forarbeidene drøftes også hvilken betydning det skal ha dersom det fremsettes ugyldighetspåstand mot ekspropriasjonsvedtaket. Departementet fremholder at det blir en vurderingssak om samtykke

152 Ibid.

153 Elsertifikatloven § 8 fjerde ledd første punktum

154 Backer (2022) s. 298.

155 Skal man nå Energikommisjonens mål om å bygge «mer av alt – raskere», er det nærliggende å tro at lignende utfordringer vil oppstå i fremtiden, se NOU 2023:3 s. 9.

til forhåndstiltredelse skal gis dersom det er «tvil om lovligheten av ekspropriasjonen».

Likevel skal ikke en ugyldighetsinnsigelse avskjære adgangen til å gi samtykke, men kun «være et moment som må tas i betraktning» hvor myndigheten står «fritt til å tillegge dette den vekt som finnes rimelig». Forarbeidene tillegger således den aktuelle myndigheten fritt skjønn når det skal vurderes om samtykke til forhåndstiltredelse skal gis til tross for ekspropriatens ugyldighetsinnsigelse. Departementet skriver videre at «det avgjørende her vil særlig være hvor nærliggende muligheten er for at ekspropriaten kan få medhold i sin innsigelse».

I praksis vil det være det samme forvaltningsorganet som vurderer om vilkårene for å ekspropriere er oppfylte og som vurderer om det skal gis samtykke til forhåndstiltredelse. Når det aktuelle organet skal vurdere hvor nærliggende det er om ekspropriaten skal få medhold i sin ugyldighetsinnsigelse, vurderer de i realiteten sannsynligheten for at sitt eget vedtak er gyldig. Det er naturlig å gå ut ifra at organet som treffer avgjørelsen tar utgangspunkt i at vedtaket de selv har truffet er gyldig.

I saker vedrørende utbyggingen av vindkraft er NVE ansvarlig myndighet for om både tillatelse til konsesjon og ekspropriasjon skal gis, og til om samtykke til forhåndstiltredelse skal gis. I Fosen-saken var det NVE som fattet disse avgjørelsene som senere ble påklaget til OED. I OEDs vurdering av om konsesjonsvedtaket er i strid med folkeretten, altså en type ugyldighetsinnsigelse, henvises det kort til konsesjonsvedtaket «hvor forholdet til folkeretten er grundig vurdert».¹⁵⁶

Vurderingen i samtykket illustrerer tydelig hvordan OED kort tar stilling til ugyldighetsinnsigelsen uten å egentlig vurdere den nærmere. Dersom man skal sikre at de berørte interessene ivaretas på en tilstrekkelig måte, kan det argumenteres med at det ville vært mer hensiktsmessig om man spredte kompetansen til å fatte de ulike vedtakene. På

156 OED (22. desember 2014) s. 2.

denne måten kunne man sikret at myndigheten som fatter samtykke til forhåndstiltredelse også foretar en reell vurdering av ekspropriasjonsvedtakets gyldighet.¹⁵⁷

Spørsmålet om hva som blir konsekvensene av vedtakenes ugyldighet i Fosen-saken er fortsatt uavklart. Dommen reiser flere etterfølgende problemstillinger i relasjon til hva som er virkningen av den. I det følgende vil vurderingstemaet være hvordan situasjonen stiller seg mellom Fosen Vind og reindriftsutøverne. Den nærmere problemstillingen er om vindmøllene i Fosen-distriktet skal rives eller om de kan bli stående mot vederlag.

For å vurdere dette nærmere vil jeg ta utgangspunkt i de prinsippene jeg mener å ha identifisert i grannelova. Prinsippene som er kodifisert her vil anvendes for å vurdere om de egner seg for en mulig utfyllelse av saken. Jeg vil deretter undersøke om folkeretten kan gi et bidrag til vurderingen.

5.4 Hvilket regelsett er egnet til å utfylle saken?

5.4.1 En internrettslig utfyllelse

Basert på drøftelsen ovenfor innebærer det ugyldige konsesjons- og ekspropriasjonsvedtaket i Fosen-saken at vindturbinene står på fremmed grunn. Dette er som følge av at ekspropriasjonsvedtaket som ga grunnlag for at beiterettighetene skulle opphøre, er kjent ugyldig.

Som avhandlingen til nå har vist, kan reglene i grannelova anvendes analogisk på situasjoner som ikke direkte reguleres av lovens ordlyd. Rettspraksis og reelle hensyn har vist at de tingsrettslige prinsippene som jeg har sett på egner seg godt for å anvendes på tilfel-

157 NVE (Rapport 3/2020) s. 8. Problematikken med at kompetansen ikke fordeles illustreres også av saksbehandlingen ved vindkraftutbyggingen på Øyfjellet. NVE behandlet konsesjon- og ekspropriasjonssøknaden samlet hvor det ved vurderingen av ekspropriasjonstillatelsen henvises tilbake til vurderingene som foretas under vurderingen av konsesjonstillatelsen, se NVE (13. november 2014) s. 48.

ler hvor byggverket fullt ut er plassert på fremmed grunn. Spørsmålet blir da om løsningen hvor man unntar fra retteplikt mot vederlag også egner seg for å anvendes på et så omfattende sakskompleks som Fosen. Spørsmålet om tilbakeføringsplikt vil i så fall bero på hvilken skyld som et utvist og hvem av partene som har interesseovervekt.¹⁵⁸

Det kan tenkes at andre typer mellomløsninger enn fullstendig nedriving kan være fruktbare, for eksempel der hvor en mindre prosentandel av vindmøllene rives slik at reindriften fortsatt får utnyttet beiterettighetene sine. En annen løsning kan være der hvor man har en tidsbegrenset drift av vindmøllene.¹⁵⁹ Basert på en interesseavveining kan det tenkes at man klarer å identifisere en passende løsning og at omfanget av rettingen kan tilpasses denne. I det følgende drøftes likevel et potensielt rettingskrav visualisert som at vindmøllene må rives.

Det tingsrettslige utgangspunkt som ble identifisert i første del av avhandlingen er at det kan kreves retting dersom det foreligger krenkelse av rettigheter i en eiendom. I Fosen-saken er hverken konsesjons- eller ekspropriasjonsvedtaket gyldig og Fosen Vind har dermed ikke hjemmel til å ha bygget stående. Følgelig er vindturbinene plassert ulovlig på fremmed grunn. Anvender man grannelovas prinsipper blir utgangspunktet for Fosen-saken at samene kan kreve at Fosen Vind river vindmølleparken som er bygd for å kunne utøve sine beiterettigheter.

Dette utgangspunktet gjelder imidlertid ikke dersom Fosen Vind kan påvise at de vil stå overfor så store tap og utlegg ved å rive vindmølleparken at det klart står i misforhold til fordelene reindrifts-

158 Et annet spørsmål er om reell tilbakeføring overhode er mulig. Ødeleggelsene som er gjort i beitedistriktet er antakeligvis så omfattende at det ikke er sikkert at faktisk gjenopprettelse kan finne sted. For å gjøre drøftelsen mest mulig fruktbar forutsettes det imidlertid at dette prinsipielt er mulig.

159 Dette ble løsningen i Rt. 1991 s. 1281 hvor Jæren Folkehøgskule fikk ha vindmøllen i drift i tre timer daglig til tross for at naboene fremsatte krav om at den skulle stanses fullstendig.

utøverne vil oppnå. Det er dette som utgjør de beskyttelsesverdige interessene i saken og som inngår i avveiningen.

Ser man hen til de faktiske forholdene, er det ingen tvil om at Fosen Vind vil stå overfor omfattende utgifter ved gjennomføringen av et rettingskrav. Ikke bare vil riving av turbinene og opprydning i etterkant utgjøre enorme kostnader, men Fosen Vind vil også miste forventet inntekt og tape utgiftene som oppstod i forbindelse med å bygge anlegget. Selv om det er vanskelig å anslå et konkret beløp som er brukt på å bygge anleggene, kan det legges til grunn at det er snakk om milliardbeløp.

Det som kan gjøre Fosen Vinds økonomiske interesse mindre beskyttelsesverdig, er dersom man lar seg inspirere av dansk rett og innrømmer tiltakshaver en adgang til å rette erstatningskrav mot staten slik at tapet på deres hånd blir mindre. I tilfeller som dette hvor man står overfor et ugyldig forvaltningsvedtak, kan det dessuten argumenteres med at en slik adgang burde foreligge som følge av at staten er nærest å bære kostnadene. På den andre siden kan det pekes på at tiltakshaver er den som utformer og gjennomfører prosjektet. Fordi tiltakshaver er den som iverksetter utbyggingen i praksis, er det naturlig å anse vedkommende som mest nærliggende å bære risikoen.¹⁶⁰

Fosen Vind mister muligheten til å unntas fra rettingsplikt dersom det foreligger grunn til nevneverdig bebreidelse. I tilfeller hvor man har fått nødvendig tillatelse til å iverksette en type virksomhet, foreligger det sjelden skyld fordi man nettopp har innrettet seg etter et offentlig vedtak. Ved forhåndstiltredelse kan det imidlertid hevdes at dette ikke gjør seg gjeldende i like stor grad ettersom tiltakshaver er klar over risikoen som tas ved å starte utbyggingen uten at domstolene har avlagt rettskraftig skjønn.

160 I forlengelsen av dette kan det dessuten stilles spørsmål ved om statens erstatningsplikt overfor Fosen Vind utgjør et større beløp enn Fosen Vind måtte ha betalt til samene dersom et rettingskrav skulle føre frem. Spørsmålet vil imidlertid ikke drøftes videre her.

I Fosen-saken ble dessuten Fosen Vind møtt med kraftige protester hele veien i form av både demonstrasjoner og aksjonsprosesser. Som nevnt innledningsvis satte samiske aktivister i gang en aksjonsprosess mot OED i februar 2023, men Fosen Vind ble møtt med innvendinger fra reindriftsutøverne allerede ved begjæringen av skjønn til fastsettelse av erstatningsutmålingen med påstand om at det var i strid med SP artikkel 27.¹⁶¹

Følgelig kan det hevdes at det var kritikkverdig å iverksette byggeprosessen ettersom man allerede før dette var kjent med muligheten for at man kunne komme i konflikt med SP artikkel 27. Dermed kan det argumenteres med at Fosen Vind måtte være klar over hvilken risiko de tok ved å bygge. Følgelig vil ikke tiltakshavers interesser være fullt ut beskyttelsesverdig.

Hvorvidt dette avskjærer unntaket, beror på hvilken terskel man legger til grunn for skyldvurderingen. Som nevnt tidligere fremstår dette som noe uklart. Baserer man seg på den lave redelighetsvurderingen som ordlyden i grannelova isolert sett gir uttrykk for, kan det tenkes at rettingskravet må føre frem som følge av utvist skyld. Preventive hensyn vil uansett spille inn i vurderingen og dersom unntaksadgangen likevel ikke avskjæres, kan slike hensyn vektlegges i vederlagsutmålingen ved at beløpet oppjusteres.¹⁶²

På motsatt side i avveiningen står samenes interesse i å kunne fortsette med reindriftsutøvelse i området. Reindriftsloven § 4 første ledd bestemmer at det samiske folk har rett til å utøve reindrift på grunnlag av alders tids bruk innenfor det samiske reinbeiteområdet. Loven fastsetter flere ulike typer rettigheter som er nedfelt i lovens kap. 3. En av de mest sentrale rettighetene er beiteretten som er hjemlet i § 19. Den beskrives slik: «retten til å utøve reindrift gir rett til å la reinen beite i fjellet og annen utmarksstrekning ...» i tillegg til enkelte andre bestemte områder.

161 Se HR-2021-1975-S avsnitt 12-14.

162 Se mer om prinsipper for beregning av vederlagsutmåling under punkt 4.4.

Ser man på slike beiterettigheter utelukkende i tingsrettslig forstand, utgjør dette en type bruksrettigheter ved at samene gis en særegen rettighet for en bestemt bruk på eiendom de ikke selv har eksklusiv rådighet over. Isolert sett er dette rettigheter som yter et svakere vern enn eiendomsretten som sådan. Følger man det samme fra det mer til det mindre-resonnementet som ble foretatt ved vurderingen av om man skal kunne «ekspropriere» negative servitutter ved å la tiltaket blir stående, taler også dette for at beiterettighetene bør kunne opphøre mot at vindmøllene skal få stå.

Beiteretten er imidlertid vernet av retten til kulturutøvelse som er en viktig normativ verdi og en svært sentral rettighet for urfolk. Dette kommer tydelig til uttrykk i reinbeiteoven § 1 om at «reindriften skal bevares som et viktig grunnlag for samisk kultur og samfunnsliv». Også Grunnloven pålegger statens myndigheter å legge til rette for sikring og utvikling av samisk kultur gjennom grl. § 108. Selv om bestemmelsen i utgangspunktet legger plikten på «statens myndigheter», kan Fosen-dommen tas til inntekt for at § 108 kan anvendes som et tolkningsargument til fordel for samenes kultur.¹⁶³

Samenes rett til kulturutøvelse er en del av urfolks rettigheter gjennom rett til å drive reindrift og gjennom beiterettigheter. Denne retten, retten til kulturutøvelse, er beskyttet mot inngrep gjennom SP artikkel 27. Vernet tillegges «ethnic, religious or linguistic minorities». Både ordlyden i seg selv og praksis fra FNs menneskerettighetskomité støtter at samene faller inn under denne betegnelsen.¹⁶⁴ Den vernede aktiviteten etter bestemmelsens ordlyd er «the right [...] to enjoy their own culture». Som allerede etablert er reindriftsutøvelsen en del av samisk kultur. Det er dermed ikke noe tvil om at den samiske reindriftsutøvelsen i Fosen-distriktet er vernet av bestemmelsen.

163 Se avsnitt 110 hvor førstvoterende bruker § 108 som et støtteargument for å tolke SP artikkel 27 på den måten at en siida skal kunne opptre som part og påberope den enkelte reineiers rettigheter etter artikkel 27.

164 Se for eksempel Kalevi Paadar et al. V. Finland. Se også Fosen-avgjørelsens avsnitt 101 hvor førstvoterende mener at dette er på det rene.

Samlet sett gir rettskildebildet sterke holdepunkter for å anse samenes interesser som særdeles beskyttelsesverdige. Det er snakk om en svært sårbar gruppe i samfunnet og minoriteten har et utstrakt behov for beskyttelse. Særlig gjelder dette reindriftsnæringen ettersom den er å anse som en viktig bærebjelke for samisk kultur.

Saksforholdet i Fosen-saken viser tydelig hvordan reparasjonshensynet gjør seg gjeldende med full tyngde. Det er sterke holdepunkter for at Fosen Vind ikke kan unntas fra et rettingskrav når den samiske interessen i å få vindturbinene fjernet er så beskyttelsesverdig som den er. Det kan til og med hevdes at samenes rettslige vern gjennom menneskerettighetene gjør at tiltakshaver aldri vil kunne vinne frem gjennom en interesseavveining ettersom slike typer rettigheter ikke lar seg plassere i vurderingen.¹⁶⁵

I Fosen-saken kan det argumenteres med at også øvrige hensyn gjør seg gjeldende, herunder hensynet til effektiv ressursutnyttelse. Dersom Fosen Vind pålegges et rettingskrav vil ikke dette bare utgjøre store negative konsekvenser for tiltakshaver alene, men også for staten. Dette har sammenheng med at man mister et prosjekt som fremmer samfunnsøkonomisk effektivitet gjennom både produksjon av fornybar energi og annen verdiskapning.¹⁶⁶

Spørsmålet om i hvor stor grad er det relevant å inkludere allmenne hensyn i vurderingen ble drøftet under punkt 2.3 hvor særlig miljø- og ressursbrukshensyn ble drøftet. Konklusjonen her var at det er gode holdepunkter for å inkludere disse typer hensyn i avveiningen. De vil imidlertid kun gjøre seg gjeldende som støtteargumenter og kan ikke begrunne det ene eller det andre resultatet alene.

Spørsmålet blir så hvordan disse typer hensyn gjør seg gjeldende i Fosen-saken. Det er særlig spørsmålet rundt nødvendigheten av vindturbinene som kan tenkes som et mer samfunnsmessig hensyn som kan inngå i vurderingen.

165 Se mer om dette i kap. 6 hvor det trekkes paralleller til rettsfilosofien.

166 Annen verdiskapning kan for eksempel være skatteinntekter for staten.

Energikrisen som Europa har stått overfor etter at Russland invaderte Ukraina i februar 2022, gjør at man står overfor et økende behov for norsk energi. Som følge av avhengigheten av russisk energi og lav fyllingsgrad i vannmagasinene, opplevde Norge rekordhøye energipriser gjennom særlig året 2022.¹⁶⁷ Å rive ned en vindmøllepark som bidrar produksjon av fornybar energi kan virke uheldig gitt disse omstendighetene. Samtidig er energiprisene sterkt preget av eksterne faktorer og det kan derfor virke uheldig å tillegge dette forholdet noen særlig betydning i vurderingen av om vindmølleparken må rives.

I Fosen-saken vil produksjonen av vindkraft som fornybar ressurs dessuten ha positive miljøkonsekvenser i form av å være med på å nå FN's klimamål i tråd med Norges handlingsplan frem mot 2030.¹⁶⁸ Ifølge Fosen Vind har vindkraftverket på Storheia med sine 80 vindturbiner en installert effekt på 288 MW alene og vil følgelig kunne ha høy grad av forsyning av fornybar energi.¹⁶⁹ Tillater man å vekte klima- og miljøhensyn i interesseavveiningen, kan dette innfortolkes som et «tap» ved gjennomføringen av rettingskravet.

Det er imidlertid vanskelig å konkretisere hvilke faktiske konsekvenser vindmøllene vil ha for klimaet i et større perspektiv og å beregne hvor mye vindkraftverket rent faktisk bidrar til å nå klimamålene. På grunn av usikkerheten knyttet til de statistiske faktaene ved vindkraft, er det derfor tvil om hvor mye vekt dette momentet kan tillegges.

Åpner man opp for en videre forståelse av hva «tap» kan innebære, kan det også argumenteres med at man vil oppleve tapte verdiskapning dersom vindmølleparken må rives. Staten vil miste mulige skatteinntekter som igjen ville ført til økt verdiskapning i samfunnet. I tillegg kan det argumenteres med at arbeidsplasser i forbindelse med drift og vedlikehold av vindmølleparken vil gå tapt.

167 Holstad (2023).

168 Meld. St. 40 (2020–2021).

169 [Vindparkene \(fosenvind.no\)](https://vindparkene.fosenvind.no).

På motsatt side kan det imidlertid hevdes at klima- og miljøhensyn taler i retning av at rettingskravet bør føre frem. Slike hensyn vil som nevnt kunne gjøre seg gjeldende på begge sider av avveiningen. Det kan for eksempel pekes på at man vil oppleve negative endringer i økosystemer i Fosen-distriktet som følge av at vindturbinene påvirker både reinbeitedrift og fuglelivet i området. I tillegg gjør det at vindmøllene blir stående at lokalbefolkningen ikke får utnyttet rekreasjonsområdene hvor vindmøllene står. Dette kan innfortolkes som en del av det «gagnet» man vil oppleve gjennom retting.

De samfunnsmessige hensynene som er pekt på her, gjør etter mitt skjønn at man med større tyngde vil kunne hevde at det er et misforhold i interesseavveiningen til fordel for tiltakshaver. Dette gjelder særlig på grunn av det viktige bidraget vindmølleparken utgjør i overgangen fra fossilt brennstoff til fornybar energi.

Det er imidlertid særlig to forhold som gjør at det vanskelig kan konstateres et klart misforhold mellom interessene som inngår i avveiningen. For det første fremstår det som noe uklart i hvor stor grad man kan vektlegge de mer miljømessige hensynene som nå har vært diskutert. Herunder er det knyttet usikkerheter til statistiske fakta om hvilket konkret bidrag vindmølleparken på Fosen gir. For det andre har reindriftsutøverne en helt særegen rettighetsposisjon som følge av det ekstraordinære vernet gjennom SP artikkel 27.

Det er høyst usikkert hva som blir resultatet når interessene skal vektas mot hverandre og det vil være tvilsomt om det er beviselig at man står overfor et klart misforhold. Man støter med andre ord an mot bevisterskelen som gjelder for vurderingen av om vindmøllene kan kreves at rives. Når beviskravet om at det må være klar interesseovervekt ikke er oppfylt, er ikke unntaket anvendelig og prinsippene jeg har sett på kan ikke benyttes for å løse saken.

Det som imidlertid kan avbøte denne problematikken, er dersom folkeretten kan gi et bidrag til løsningen som følge av at den gir vern til samenes rettigheter. Dette drøftes videre i punktet under.

5.4.2 En folkerettslig utfyllelse

Det sentrale vurderingstemaet her er hvilke forbindelseslinjer det er mellom det internrettslige spørsmålet om retting på den ene siden og de folkerettslige reglene om konsekvenser av menneskerettighetsbrudd på den andre siden. Selv om SP som del av EMK er førende for medlemsstatenes forpliktelser, og dermed i all hovedsak aktualiseres i tvister mellom staten og private parter, kan det likevel tenkes at folkerettslige regler kan bidra ved vurderingen av om et rettingskrav fører frem i Fosen-saken.

I et potensielt søksmål er det nærliggende å tro at Fosen Vind ville påberopt seg en interesseavveining som grunnlag for å unntas fra retteplikt, mens samene på sin side ville begrunnet sitt krav med brudd på SP. Det oppstår da spørsmål om hva som er virkningen av dette bruddet. Dette følger i all hovedsak av rettspraksis. Selv om SP i utgangspunktet forplikter medlemsstaten, kan det på denne måten tenkes at praksis knyttet til SP vil være relevant i et privat søksmål.

Som allerede slått fast er samene beskyttet som rettighetssubjekt etter SP artikkel 27 og bestemmelsen verner om reinbeiteutøvelse som aktivitet. SP gjelder som norsk lov og får forrang ved motstrid med intern rett.¹⁷⁰ Som påpekt i Fosen-saken utgjør SP artikkel 27 som følge av dette en skranke for forvaltningsskjønnet.¹⁷¹ Har forvaltningen truffet vedtak i strid med bestemmelsen fører dette til ugyldighet.

SP artikkel 27 bestemmer at minoriteter ikke skal «be denied» de vernede rettighetene i bestemmelsen. Menneskerettighetskomitéen har konkretisert hva dette betyr og formulert dette som at rettighetene «are protected against their denial or violation» og at beskyttelsen gjelder mot handlinger fra private parter så vel som offentlige myndigheter.¹⁷² Reglene kommer dermed til anvendelse når det er en privat part som er årsak til «denial or violation» av rettigheten. Dette

170 Dette følger av mrl. § 2 nr. 3 og mrl. § 3.

171 HR-2021-1975-S avsnitt 100.

172 General Comment No. 23 (1994): The rights of minorities (Art. 27) GC-1994-23-CCPR (1994) avsnitt 6.1.

støtter det synspunkt at praksis knyttet til brudd på SP også er anvendelig i en privatrettslig tvist slik det innledningsvis ble nevnt.

Høyesterett har allerede fastslått at man gjennom konsesjons- og ekspropriasjonsvedtaket har overskredet terskelen i SP artikkel 27 og at vedtakene følgelig er ugyldige. Det er verdt å bemerke at Høyesterett kommer til at det ikke er rom for å anvende en interesseavveining ved vurderingen av om det foreligger *krenkelse* som sådan.¹⁷³ Dette betyr derimot ikke at muligheten til å anvende en interesseavveining når selve *virkingen* av menneskerettighetsbruddet skal vurderes samtidig avskjæres.

SP artikkel 27 sier ikke noe om brudd på rettighetene den fastsetter, men ifølge SP artikkel 2 (3) a er statene forpliktet til å ha en «effective remedy» ved menneskerettighetsbrudd. Basert på en naturlig ordlydsfortolkning kan bestemmelsen anses å gi den som får krenket sine rettigheter en rett til effektive rettsmidler. Uttalelser fra menneskerettighetskomitéen kan være behjelpelig til å belyse hva som ligger i begrepet «effective remedy».

Menneskerettighetskomitéen har uttalt at «cessation of an ongoing violation is an essential element of the right to an effective remedy».¹⁷⁴ Det er med andre ord en sentral del av rettigheten at man avslutter et pågående menneskerettighetsbrudd.

Hvorvidt det pågår et menneskerettighetsbrudd i Fosen-saken, avhenger av hvordan Høyesterettsdommen tolkes. Høyesterett konkluderte med at vedtakene var ugyldige. NIM og Den norske Kirke har tatt til orde for at dette innebærer at Høyesterett har konstatert brudd som følge av at samene er hindret fra å utøve sin rett etter SP artikkel 27. Følger man dette synspunktet vil bruddet pågå så lenge

173 HR-2021-1975-S avsnitt 124.

174 General Comment No. 31 (2004): The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant. GC-2004-31-CCPR (2004) avsnitt 15.

tilstanden er slik at rettighetene ikke kan utøves. OED har på sin side gitt uttrykk i media for å innta motsatt standpunkt.¹⁷⁵

Om det foreligger et pågående menneskerettighetsbrudd er i utgangspunktet en vurdering som faller utenfor avhandlingens kjerneområde. Det sentrale skjønnsstemaet her er hva som er virkningene av et potensielt brudd og om dette eventuelt er overførbart til Fosen-saken og norsk rett. Vurderingen av om det foreligger et pågående menneskerettighetsbrudd vil derfor ikke forfølges videre.

I General comment No. 31 avsnitt 16 står det videre at statene er forpliktet til å «make reparation» overfor den som etter den aktuelle bestemmelsen rammes av menneskerettighetsbruddet.¹⁷⁶ Hva dette innebærer er ikke nærmere spesifisert, men komitéen fremholder at det kan innebære et krav om å tilbake stille forholdet gjennom retting eller å yte kompensasjon som tilsvarende urett som er skjedd. Av den grunn omtales bestemmelsen gjerne som en menneskerettslig reparasjonsplikt.¹⁷⁷

Hvilke konkrete tiltak som må gjennomføres, sier ikke menneskerettighetskomitéen noe om i General comment No 31. Dette har sammenheng med at det må vurderes konkret i den enkelte sak. I Poma Poma mot Peru uttaler komitéen at SP artikkel 2 (3) a medfører at «the State party is required to provide the author an effective remedy and reparation measures that are commensurate with the harm sustained».¹⁷⁸ Staten skal med andre ord sørge for effektive rettsmidler og reparasjonstiltak som er forholdsmessige sammenlignet med skaden som er skjedd.

175 NIM (2022), Tveit (2023), og Stranden (2022).

176 At statene er forpliktet til en reparasjonsplikt ved menneskerettighetsbrudd, følger også av rettspraksis. Se blant annet Tiina Sanila-Aikio mot Finland (Communication No. 2668/2015), avsnitt 8, Klemetti Näkkäljärvi m.fl. mot Finland (Communication No. 2950/2017), avsnitt 11. jf., Poma Poma mot Peru, (Communication No 1457/2006), avsnitt. 9.

177 NIM (2021).

178 Poma Poma mot Peru, (Communication No 1457/2006), avsnitt. 9.

Etter Poma Poma-saken og Fosen-saken er det tydelig at det i selve vurderingen av om det har skjedd en krenkelse av artikkel 27, ikke er rom for en forholdsmessighetsvurdering.¹⁷⁹ Er krenkelsen skjedd, kan imidlertid uttalelsen i Poma Poma-saken tas til inntekt for at det er rom for en forholdsmessighetsvurdering under vurderingen av hvilke tiltak som må iverksettes for å avbøte menneskerettighetsbruddet. Dette blir to ulike vurderinger hvor sistnevnte knytter seg til plikten til restitusjon og erstatning. Denne plikten stilles det krav til at skal være forholdsmessig.

Ved vurderingen av hvilke typer reparasjonstiltak man er forpliktet til å iverksette er det særlig to avgjørelser som er relevante.

Den ene avgjørelsen er avsagt av Permanent Court of International Justice (PCIJ) som var virksom fra 1921 til 1940. Domstolen var forløperen til ICJ som ble opprettet i forbindelse med FN. PCIJ avklarte folkerettslige spørsmål og har således bidratt til rettsutviklingen av folkeretten. Avgjørelser fra PCIJ kan dermed bidra til å kaste lys over hvordan folkeretten skal forstås.

I Chorzów Factory-saken fra 1928 fremholder PCIJ at «reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed».¹⁸⁰ Avgjørelsen fastsetter at «reparation» må så langt som mulig gjenopprette den lovlige situasjonen slik den var før rettsbruddet, slik at rettighetshavers posisjon blir gjenopprettet som om handlingen aldri var begått. Dersom situasjonen ikke gjenoprettes, skal det betales kompensasjon tilsvarende verdien av naturaloppreisning. Det ble ikke redegjort nærmere for i hvilke tilfeller det er i orden å suspendere en gjenopprettelsesplikt mot kompensasjon i saken.

179 Ibid. Se også HR-2021-1975-S avsnitt 124-126.

180 Germany v. Poland, PCIJ, Collection of judgements, Series A. no. 9, July 26 (1927) s. 47-48.

Dette har klare paralleller til løsningen hvor man betaler vederlag for å unntas gjenopprettelsesplikt. Utgangspunktet bygger tydelig på en reparasjonstankegang hvor man stiller rettighetshaver som om skaden aldri skjedde, enten gjennom naturaloppfyllelse, eller gjennom økonomisk kompensasjon dersom naturaloppfyllelse ikke finner sted. Både tanken i seg selv om at rettingskrav kan suspenderes mot økonomisk kompensasjon, og de lignende rettstankene som ligger til grunn for vurderingen, ligner norsk rett. Det kan derfor fremstå som naturlig å analogisere fra folkerettens regler over til intern rett.

Den andre avgjørelsen som særlig er relevant, er Pulp Mills-saken. ICJ uttalte i saken at «reparation» gjennom «compensation or satisfaction» kunne finne sted «where restitution is *materially impossible* or involves a burden *out of all proportion* to the benefit deriving from it».¹⁸¹ ICJ bygger her på Folkerettskomisjonens ILC-artikler fra 2001 hvor denne ordlyden benyttes i utkastet til artikkel 35.¹⁸² Artiklene er et utkast som ikke er vedtatt. Innholdet gir likevel uttrykk for Folkerettskomisjonens tanker om gjeldende rett.

Kvalifikasjonskravet som ICJ fastsetter for å kunne betale kompensasjon, er altså at det er materielt sett umulig å gjenopprette tilstanden til slik den var før handlingen ble iverksatt. Eventuelt må gjenoprettelsen utgjøre en så stor byrde at plikten fremstår fullstendig uforholdsmessig sammenlignet med fordelene gjenoprettelse vil medføre.¹⁸³

Skal man ta de folkerettslige reglene til etterretning, viser internasjonal folkerettspraksis og uttalelser fra menneskerettskomitéen at man i stor grad baserer seg på de samme prinsippene som man gjør i interesseavveiningen slik den kom til uttrykk i første del av avhandlingen. Særlig internasjonal rettspraksis knyttet til virkningen av folkeretts-

181 Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina mot Uruguay) avsnitt 273. (min kursivering).

182 Draft articles on Responsibility Of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001).

183 Se Ulfstein (2021) som benytter denne oversettelsen av «a burden out of all proportion to the benefit deriving from it».

bruddet viser tydelig at man bygger opp under den samme tankegangen som man gjør i intern rett.

Utgangspunktet er at retting skal gjennomføres slik at rettsbruddet opphører, og rettighetshaver får gjenopprettet det ulovlige forholdet. Unntaket er også her at man kan unntas fra en slik gjenopprettelsesplikt dersom det er forhold som tilsier at dette er åpenbart uforholdsmessig. I ICL-artiklene gir Folkerettskommisjonen uttrykk for å bygge på samme synspunkt om at det er rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger som ligger til grunn for unntaksadgangen.¹⁸⁴ Dette har sterke paralleller til norsk rett hvor unntaket har tilsvarende begrunnelse og hovedformål.

Folkeretten skjerper imidlertid kravet til «uforholdsmessigheten» ved at det ikke bare kreves «klårt [...] mishøve», men «a burden out of all proportion» eller at det er «materially impossible». Skal man anvende en interesseavveining hvor kvalifikasjonskravet er skjerpet i tråd med folkerettslige regler, blir dermed spørsmålet om det fremstår som fullstendig uforholdsmessig å rive vindmølleparken på Fosen.

Dette blir et spørsmål som reiser seg dersom reindriftssamene tar rettslige skritt og krever forholdet gjenopprettet gjennom et eventuelt rettingskrav. Det er høyst usikkert hvordan dette ville blitt fulgt opp i praksis. Etter mitt skjønn er det imidlertid nærliggende å tro at et rettingskrav vil kunne oppfylle det folkerettslige kvalifikasjonskravet så lenge man tillater å vektlegge andre mer samfunnsmessige hensyn i vurderingen av unntaket.

184 Se Draft articles on Responsibility Of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries artikkel 35, kommentar 11 som bruker formuleringen «consideration of equity and reasonableness» om grunnlaget for vurderingen.

6 Noen rettsfilosofiske betraktninger

6.1 Innledning

Til nå har det blitt undersøkt hvilke positivrettslige holdepunkter det er for å generalisere fra grannelovas regler om retting til andre lignende typetilfeller. Basert på funnene fra særlig første del av avhandlingen, det som utgjør kap. 1-4, ble det konkludert med at det foreligger et godt rettskildemessig grunnlag for å utlede en alminnelig lære om suspensjon av rettingskrav mot vederlag.

Den andre delen av avhandlingen, det vil si kap. 5, illustrerte hvordan hensynene i Fosen-saken ville gjort seg gjeldende i vurderingen av hvorvidt et rettingskrav ville ført frem. Som følge av at samenes rettigheter er vernet av SP artikkel 27, er det vanskelig å vurdere om det foreligger et «klårt mishøve» eller åpenbar uforholdsmessighet mellom interessene.

Gitt vanskelighetene med å rangere det ene alternativet som mer å foretrekke enn det andre, det vil si om vindmøllene burde bli stående mot vederlag eller om de burde rives, kan det være naturlig å løfte spørsmålet til et overordnet plan. Det kan da være fornuftig å se på rettsreglene i et rettsfilosofisk lys for å reflektere over hva som er deres etiske begrunnelse og hvilke verdier de egner seg for å beskytte.

Også her kan det være hensiktsmessig å anvende et betinget, normativt perspektiv. Som andre del av avhandlingen viste, kan det være behov for å fastsette en nedre grense for hvilke rettigheter som kan bortforhandles gjennom vederlagskompensasjon. Hvis man anser enkelte verdier som så grunnleggende at de eksisterer utenfor retts-systemet og er universelle, bør reglene verne om visse rettigheter på en slik måte at de ikke kan rokkes ved i tråd med et mer naturrettslig perspektiv.

Uavhengig av hvilket kvalifikasjonskrav man opererer med, er det partenes interesse som er det sentrale utgangspunktet for vurderingen. Som følge av at samenes interesse står i en særposisjon gjennom å være

vernet av SP, er det i et rettsfilosofisk perspektiv usikkert om det bør være rom for å anvende en rettsøkonomisk begrunnet interesseavveining i en tvist som den foreliggende.

Dette drøftes først generelt i relasjon til unntaksadgangen slik den er kommet til uttrykk i første del av avhandlingen. Deretter knyttes dette opp mot Fosen-saken for å se nærmere på de mer praktiske sidene av de rettsfilosofiske betraktningene som foretas.

6.2 Unntakets etiske problem

Interesseavveiningen som foretas i henhold til unntaket, bygger som tidligere vist på rettsøkonomiske prinsipper. Avveiningen er basert på en konsekvensanalyse, inspirert av utilitarisme som moralfilosofisk modell hvor summen av lyst plasseres i en kalkyle for å avgjøre hva som utgjør den beste løsningen.¹⁸⁵ Dette forutsetter at det er mulig å plassere alle størrelser inn i vurderingen.

Som en innvending mot å anvende denne typen analyser, kan det hevdes at det i et rettsfilosofisk perspektiv må finnes en grense for hvilke rettigheter man suspenderer gjennom unntaksadgangen. Dette har sammenheng med at enkelte verdier ikke kan kvantifiseres og beregnes ved hjelp av den modellen kost-nytte-analyser benytter. Tanken er at man anser enkelte verdier med et sterkt rettighetspreg som så grunnleggende at uansett utlegg og tap vil man ikke kunne legitimere en suspensjon rettingskravet.

Rettigheter som er vernet av EMK kan anses som slike verdier. Retten til kultur i SP artikkel 27 er en menneskerettighet som, på samme måte som de øvrige reglene i EMK, baserer seg på et likhetsprinsipp. Likhetsprinsippet innebærer at alle mennesker er like mye verdt og skal derfor behandles likt. SP artikkel 27 bygger på dette

185 Eng (2007) s. 318 flg.

prinsippet hvor minoritetsgrupper får vern til å kunne utøve sin kultur i like stor grad som majoritetsbefolkningen.¹⁸⁶

At det eksisterer slike rettigheter som ikke kan forhandles bort basert på en konsekvensanalyse, kan tenkes å ha forankring i naturretten. Rettigheten har på denne måten utgangspunkt og forankring i en selvstendig rett uavhengig av den positive rettsordenen.¹⁸⁷ Retten til kultur vil dermed stå seg mot andre lovbestemte rettigheter av den begrunnelse at det er en rett man har i kraft av å være menneske.

Bruker man et naturrettslig perspektiv i rettsavveiningen møter man dessuten det problemet at størrelsene som skal veies mot hverandre kan være vanskelige å sammenligne. Skal man ta utgangspunkt i en konsekvensorientert tankegang i vurderingen av hva som er rett og galt, er det avgjørende at det finnes en felles måleenhet. Et grunnleggende problem i jussen er at det kan foreligge differanse i verdsettelse. Dette gjelder særlig ved kvalitativ differanse i det man sammenligner.¹⁸⁸ Dette kalles inkommensurabilitet.¹⁸⁹

Inkommensurabilitet kan forstås på ulike måter. Den mest nærliggende måten å forstå begrepet på i relasjon til avhandlingens tema, er som manglende sammenlignbarhet mellom to alternativer hvor det ikke er mulig å foreta en konkret rangering av alternativene. Det er med andre ord ikke mulig å sammenligne situasjonene, retting eller ikke-retting, hvor det ene alternativet fremstår som bedre enn det andre.¹⁹⁰ Inkommensurabilitet beror på hvilke normative kriterier som ligger til grunn for vurderingen. Det er ikke gitt at noe er moralsk

186 NOU 2007:13 A s. 172.

187 Castberg (1967) s. 61 flg.

188 Sunstein (1994) s. 784.

189 Pareto-kriteriet kan tenkes å være anvendelig for å løse utilitarismens problem med å måle individuell verdsettelse. Dette gjøres ved å benytte samfunnsøkonomisk effektivitet som eneste målestokk, se Posner (1981) s. 88 som forsøker å utvikle en moralfilosofi som tar et skritt videre fra tradisjonell utilitarisme.

190 Adler (1998) s. 1171.

å foretrekke fordi det isolert sett har større økonomisk gevinst enn større beregnede kostnader.

Problematikken med inkommensurabilitet kan reises på flere ulike plan.

På et overordnet plan kan det hevdes at tanken om avveiningsnormer i jussen er en illusjon som følge av at avveining forutsetter sammenlignbarhet og at dette ikke alltid foreligger. Juridiske standarder som legger opp til vurderinger av forhold som ikke er sammenlignbare er svært utbredt. Som eksempel kan avtaleloven § 36 nevnes. I bestemmelsens ordlyd brukes «rimelig» som en skjønnsmessig standard for om en avtale helt eller delvis skal tilsidesettes.¹⁹¹ Hva som er rimelig er merkelappen på konklusjonen og målestokken. Alle forhold skal i lovens henseende kunne oversettes til hva som er «rimelig», men de ulike forholdene som skal dras inn under denne regelen vil ikke alltid kunne måles på denne måten, herunder for eksempel personlig autonomi mot en økonomisk gevinst.

Dersom vi aksepterer det juridiske språk som dekkende for motiver av normativ art, det vil si at vi aksepterer slike avveiningsnormer, blir spørsmålet hvordan de ulike kildene skal vektlegges for å kartlegge innholdet i disse avveiningsnormene. Dette løser den alminnelige rettskildelæren ved å bruke ulike metoder for å veie kildene mot hverandre.¹⁹²

Til slutt møter man også inkommensurabilitet i relasjon til den konkrete avveiningen under den enkelte rettsregel. Kost-nytte-analysen slik den kommer til uttrykk i granelova §§ 10 og 11, forutsetter at verdiene som måles kan vektles mot hverandre og at de derfor er sammenlignbare. Ordlyden fastsetter de målbare størrelsene som «utlegg og tap» mot «gagnet». Hvilke utlegg og tap tiltakshaver står

191 Eng (2007) s. 164.

192 Ibid. s. 168 flg. Eng kategoriserer rettskildeprinsippene som én av tre hovedgrupper av ikke-regelspesifikke retningslinjer som er styrende i en avveining. Når argumenter trekkes i ulike retninger, benytter vi rangordningsmodellen eller avveiningsmodellen for å løse denne motstriden.

overfor vil ofte være beregnelig og kan måles i konkret et beløp. Hva som utgjør «gagnet» er imidlertid mer problematisk å fastsette konkret fordi det kan inngå andre verdier enn økonomiske gevinster, herunder frihet, kultur eller identitet.

Vederlagskompensasjonen for fortsatt krenkelse kan tenkes å være et forsøk på å beregne den uberegnelige størrelsen. En metode som kan være anvendelig for å avbøte problematikken med inkommensurable størrelser, er å fastsette kompensasjon basert på hva en alminnelig person ville vært villig til å betale.

Måten rettspraksis foretar utmålingen på kan illustrere dette. Vederlagsutmålingen skjer ikke i etterkant av interesseavveiningen, men som et ledd i den. Dette gjøres nettopp av den grunn at man forsøker å beregne hvilket «gagn» rettighetshaver mister gjennom at rettingskravet ikke fører frem. Prinsippet om at vederlaget skal settes slik at det minst tilsvare det tiltakshaver måtte betalt for rettigheten dersom vedkommende hadde gått frem på lovlig vis, kan støtte dette synspunktet. Tiltakshaver må da betale for fordelene vedkommende får ved å la byggverket stå.

Det kan imidlertid tenkes flere situasjoner hvor vederlagsutmålingen ikke kan avbøte denne problematikken. Dette gjelder særlig der hvor det er forhold hos rettighetshaver som gjør at verdiene i avveiningsskjønnet ikke er plasserbare i en systematisk kalkyle, herunder vernede rettigheter gjennom EMK.

I slike tilfeller vil det også være vanskeligere å forsvare en kostnytte-vurdering basert på Kaldor-Hicks-kriteriet ettersom en anvendelse av kriteriet forutsetter målbarhet. Det er et grunnleggende premiss for teorien at den som kommer best ut av løsningen kan kompensere den som kommer dårligst ut. På denne måten vil den vinnende part kunne gi kompensasjon som gjør at den tapende part likevel ikke får noen dårligere posisjon. I tilfeller hvor den enes fordel ikke kan bereg-

nes og måles på samme måte som noens utlegg og tap, vil ikke kompensasjonen hindre at man settes i en dårligere posisjon.¹⁹³

Samlet sett ser man at kost-nytte-analyser er begrunnet i rettsøkonomiske prinsipper som har til formål å fremme økonomisk effektivitet. I et etisk perspektiv kan dette gi uheldige utslag, og på et overordnet plan kan det tenkes at det ikke bør være adgang til å suspendere en hvilken som helst rettighet. I punktet nedenfor vil jeg utdype hvordan særlig de etiske utfordringene knyttet til unntaket får utslag i praksis.

Til tross for de betenkeligheter som til nå er påpekt, er det ikke slik at en anvendelse av unntaket er fullstendig etisk uforsvarlig. Det er ikke gitt at den eneste løsningen med etisk appell er begrunnet i et rettighetsperspektiv. Også en løsning som fremmer optimalisering av individers velferd gjennom et mer konsekvensorientert perspektiv kan tenkes å ha normativ begrunnelse. Utelukker man å vurdere hvilken effekt reglene har på velferden, risikerer man å foreta avgjørelser som tilfredsstillere rettighetsperspektivet, men som gjør at individer generelt settes i en dårligere velferdsposisjon. Et mål om å oppnå høyest mulig velferd, kan dermed anses som en moralfilosofisk modell slik at unntak fra krav om retting også kan begrunnes ut fra et etisk ståsted.¹⁹⁴

6.3 Fosen til illustrasjon

De rettsfilosofiske betraktningene som ble gjort over er fullt ut overførbare til Fosen-saken. I dette tilfellet står man overfor en situasjon hvor «gagnet» har en rettighetsbeskyttelse som ikke kan måles i penger. Følgelig kan det være gode grunner for å anse grannelovas løsning mindre anvendelig for å oppnå et godt resultat. Spørsmålet i det føl-

193 Merk at dette kun gjelder dersom rettighetshaver ikke ønsker vederlagskompensasjon mot at rettigheten opphører. Selv om det foreligger inkommensurabilitet, kan det tenkes en Pareto-forbedring ved at én av partene kommer bedre ut og ingen dårligere.

194 Kaplow and Shavell (2002) s. 28.

gende er om regelens tendens som prinsipp bør gis praktisk utslag ved tvisten i saksforholdet fra Fosen-avgjørelsen. Dette drøftes i lys av de rettsfilosofiske betraktningene som ble gjort ovenfor.

I Fosen-saken kan det som nevnt tenkes at man kan anse SP artikkel 27 om retten til kulturutøvelse som en vernet verdi som det ikke kan kompenseres for. Retten til kultur er som nevnt en menneskerettighet som blant annet er begrunnet av likhetsprinsippet, hvor minoritetsgrupper skal kunne utøve sin kultur i like stor grad som majoritetsbefolkningen.

Hovedbegrunnelsen for at det foreligger en adgang til å gjøre unntak fra rettingskrav, hvor et ellers ulovlig tiltak tillates, er tanken som ligger bak om at man «reparerer» den urett som har skjedd gjennom å betale vederlag. Ved et menneskerettighetsbrudd kan det stilles spørsmål ved om slik reparasjon gjennom økonomisk kompensasjon i det hele tatt er mulig. Svarer man benektende på dette, vil det i så fall ikke være mulig å ivareta samenes interesser på tilstrekkelig måte til å kunne godta at vindmøllene blir stående.

Det kan argumenteres med at samenes interesser ikke vil kunne beskyttes tilstrekkelig gjennom vederlagsutmålingen. I vederlagsutmålingen brukes en illusjon hvor man ser for seg at partene står i en alminnelig forhandlingssituasjon om den rettighet som eventuelt oppgis ved gjennomføringen av rettingskravet. Dette er det særlig to elementer i utmålingen som viser.

For det første gjelder det et prinsipp om at tiltakshaver minimum skal betale det vedkommende måtte gjort ved å gå frem på lovlig vis. For det andre bruker man en tanke om tapt forhandlingsposisjon som del av begrunnelsen for å kunne sette vederlaget utover lidt tap eller ulempe.

Tar man utgangspunkt i en slik forhandlingsposisjon for vederlagsutmålingen i Fosen-saken, kan det argumenteres med at det ville være i strid med underliggende rett å omgjøre et krav om retting til et krav om vederlag som følge av at beiteretten er en rett som er ment å vare

over generasjoner. En vederlagskompensasjon vil dermed ikke kunne reparere forholdet for fremtidige samers livsgrunnlag.

I en slik forhandlingsposisjon blir det også vanskelig å avgjøre hvem som eventuelt har samtykkekompetanse til å gi opp beiterettighetene mot vederlagsretstatning. Som følge av at man vil fjerne nye generasjoners livsgrunnlag, kan det stilles spørsmål ved om samene hadde hatt kompetanse til å innskrenke den alminnelige beiteretten gjennom en slik avtale.

Når man ikke kan ta utgangspunkt i en alminnelig forhandlingsposisjon som utgangspunkt for utmålingen, er det vanskelig å anvende de alminnelige prinsippene for vederlagsutmåling.

I Fosen-saken ble dessuten den foreslåtte løsningen om vinterfôring fra lagmannsretten avvist i Høyesterett. Lagmannsretten hadde falt ned på en løsning med vinterfôring som et avbøtende tiltak. Lagmannsretten mente at «vinterfôring ville gi reineierne sikkerhet for at reinflokkene overlever senvinteren også i krise» og at vindkraftutbyggingen gjennom denne ordningen ikke var i strid med SP artikkel 27. Høyesterett avviste at dette hadde betydning for om SP artikkel 27 var brutt fordi det var stor usikkerhet knyttet til konsekvensene av en slik løsning.

At Høyesterett kort avviste spørsmålet om avbøtende tiltak, kan leses slik at erstatning aldri vil være adekvat. Erstatning er en type økonomisk kompensasjon som har sterke likhetstrekk til vederlagsutmålingen.¹⁹⁵ Følgelig kan det tenkes at et vederlagskrav heller aldri vil være adekvat kompensasjon. Dette bygger på tanken om at menneskerettigheter aldri kan gå på bekostning av fordelingsrettferdighet. Poenget med menneskerettigheter er nettopp at enkelte rettigheter er så beskyttelsesverdig at de ikke kan rokkes ved.

Retten til kulturutøvelse er en helt sentral del av samenes rettigheter som minoritetsgruppe. Folkerettens minoritetsvern kan hevdes å sette

195 Som nevnt avklarte Høyesterett i Rt. 1981 s. 1215 at vederlagsterminologien benyttes der kompensasjonen ikke er betinget av et økonomisk tap. Vederlaget kan dermed settes høyere eller lavere enn det eventuelle tapet.

rammer for anvendelsen av samfunnsøkonomiske kost-nytte-vurderinger i den forstand at de ikke kan «forhandles» bort. Legger man dette til grunn, innebærer det at humane hensyn må trumfe de økonomiske.

At det ikke er mulig å utmåle en tilfredsstillende vederlagskompensasjon i Fosen-saken har forbindelseslinjer til problematikken med inkommensurable størrelser. Det er et tydelig problem at man på den ene siden har en økonomisk størrelse som er forholdsvis enkel å beregne mot en størrelse som vanskelig kan beregnes. På den andre siden av vurderingen står retten til kulturutøvelse som utgjør «gagnet». Retten til kulturutøvelse kan hevdes å ikke være mulig å måle. Dette henger igjen sammen med det som er sagt i tilknytning til vederlagsutmålingen.

Krav om riving i en sak som denne kan nok ha stor etisk appell. Dette vil antakeligvis være et fellestrekk ved saker hvor «gagnet» på den ene siden av avveiningen er en verdi som er beskyttet av menneskerettighetene. Det kan også pekes på at det tross alt er tiltakshaver som har begått feil og som i et etisk perspektiv kan fremstå som den det er mest nærliggende at skal tape saken. Dette forsterkes særlig der det er utvist skyld.

I Fosen-saken er fordelen som vinnes ved gjennomføringen av et rettingskrav i utgangspunktet beiterettigheter. Skal man dra en lignende fra det mer til det mindre-betraktning som i kap. 4, hvor rettingskrav ved krenkelse av servitutter bør kunne suspenderes som følge av at denne muligheten også foreligger ved krenkelse av eiendomsretten som sådan, tilsier dette at beiterettighetene burde vike for tiltaket som er iverksatt.

Når rettigheten likevel har et menneskerettslig vern, kan ikke et slikt perspektiv anlegges. Selv om beiterettigheter i tingsrettslig forstand kan anses å ha mindre verdi enn eiendomsretten som sådan, er rettighetene en del av retten til kulturutøvelse og er dermed vernet av EMK. En slik rettighet kan ikke sies å være mindre beskyttelsesverdig enn eiendomsretten.

Samlet sett kan det oppsummeres med at interessene i Fosen-saken er så sterkt motstridende at det er vanskelig å identifisere en god løsning for begge parter. Etter å ha vurdert saken i lys av både konkrete rettskilder, og i et mer rettsfilosofisk perspektiv, er det etter mitt skjønn ingen av alternativene som lar seg rangere som bedre enn det andre. Målet med drøftelsen har heller ikke vært å finne løsningen på spørsmålet om vindmøllene på Fosen skal tillates å bli stående, og det vil derfor ikke foretas noen konklusjon på dette spørsmålet.

Avslutningsvis kan det også nevnes at det kan stilles spørsmål ved om ordningen hvor man unntar fra retteplikt i en sak som Fosen, vil komme i strid med SP artikkel 27. Dette illustrerer hvordan generalisering fra grannelova over på et tilfelle som ligger så langt utenfor situasjonen reglene egentlig er ment å regulere, kan virke uheldig. Eventuelt kunne man tenke seg SP artikkel 27 som en skranke for i hvilke tilfeller man unntar fra rettingskrav. Denne drøftelsen vil ikke forfølges videre her.

7 Avsluttende bemerkninger

I hvilken grad man gjør unntak fra retting beror på hvordan dagens rettsregler skal forstås og anvendes. Avhandlingen har vist at det må foretas en nærmere skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet for å avgjøre om det skal gjøres unntak fra rettingskrav.

Avhandlingens første del gikk ut på å undersøke om det kan utledes allmenngyldige prinsipper for unntak fra retting. Dette ble gjort ved å se nærmere på hensynene som ligger til grunn for reglene og ved å analyse dem slik de kommer til uttrykk i grannelova. Med dette for øyet ble det foretatt en vurdering av hvorvidt de samme prinsippene kan anvendes på tilfeller som ikke reguleres direkte av grannelova.

Rettspraksis viser tydelig at prinsippene anvendes på tilfeller hvor de samme hensynene gjør seg gjeldende. Vurderingen beror først og fremst på hvilken av partenes interesser som er mest beskyttelsesverdig hvor hensynet til fordelingsrettferdighet står sentralt. Dette ser man igjen i retningslinjene for vederlagsutmålingen som illustrerer reglenes fleksibilitet og evne til å oppnå et rimelig og rettferdig resultat for begge parter. At man også i øvrig skandinavisk rett baserer seg på de samme rettstankene, gjør det nærliggende å tro at reglene gjelder som alminnelige prinsipper som er anvendelig i andre tilfeller enn det de primært regulerer.

En generalisering av grannelovas regler kan imidlertid kritiseres. Både en analyse av rettspraksis og de lege ferenda-betraktninger under kap. 4.6 viste at det er noe uklart hvilken grad av skyld som kreves. Dette kan føre til at prevensjonshensynet undergraves ved at reglene ikke har tilstrekkelig påvirkningsevne. Med en uklar skyldnorm risikerer man at tiltakshaver som går frem på illojal måte, vinner større rett enn dersom vedkommende hadde gått frem på lovlig vis. Som følge av at reparasjonshensynet har tradisjon for å tillegges større vekt enn prevensjonshensynet i norsk rett, fremstår det som tvilsomt at dette gjør at det ikke kan generaliseres fra reglene.

Vinner tiltakshaver frem slik at byggeverket får stå, har avhandlingen vist at dette kan anses som et inngrep i rettighetshavers privatautonomi

som kan få likhetstrekk med ekspropriasjonstilfeller. Dette er et utslag av at man på grunnlag av en kost-nytte-vurdering gir rettigheten til den som verdsetter den mest. Dette prinsippet underbygges av Coase-teoremet. I den grad man vektlegger samfunnsmessige hensyn i interesseavveiningen, får typetilfellene enda større likhetstrekk. Følgelig vil legalitetsbetraktninger gjøre seg gjeldende hvor både grl. § 105 og EMK P1-1 også kan sette begrensninger i det innhugget som forekommer i den vernede eiendomsretten. Slike betraktninger kan tale mot en generalisering av reglene.

En annen mulig kritikk som kan rettes mot en generalisering av reglene som også har vært rettet mot Trollvassbu-dommen, er mangelen på forutsigbarhet.¹⁹⁶ Basert på dagens rettskildebilde kan det stilles spørsmål ved om borgerne kan forutberegne sin rettsstilling dersom de står overfor krenkelser av den typen som avhandlingen har behandlet. Både anvendelsen av en interesseavveining i seg selv, samt analogisering fra grannelova, kan fremstå som uklar og lite tilgjengelig for innbyggerne. Coase-teoremet kan som nevnt benyttes som en innvending mot dette. Teoremet støtter valget om å legge vurderingen ex post for situasjonen slik at man gir rettigheten til den part som i teorien ville kjøpt retten fra den andre dersom vedkommende ikke allerede eide den.

Til tross for denne kritikken, foreligger det solid positivrettslig forankring for et tingsrettslig prinsipp om unntak fra retting mot vederlag. Disse er hjemlet i grannelova §§ 10 og 11. Etter å ha analysert reglene inngående, synes de å være godt begrunnet av ulike hensyn som gjør seg gjeldende i ulike ledd i vurderingen av om rettingskravet fører frem. Samlet sett ble det derfor konkludert med at det foreligger tilstrekkelige holdepunkter til å gi grannelovas regler utstrakt anvendelse.

Etter å ha konkludert med at dette tingsrettslige prinsippet er anvendelig på uregulerte tilfeller i del én av avhandlingen, ble det

196 Østgård (2023) s. 100.

drøftet hvordan dette ville gjøre seg gjeldende i uskreven rett i del to. For å vurdere hvordan prinsippene får utslag i uregulerte tilfeller, ble de anvendt på sakskomplekset i Fosen-saken i den andre delen av avhandlingen.

Drøftelsen viste hvordan interessene ville gjort seg gjeldende i saken. På den ene siden vil man stå overfor store tap og utlegg på Fosen Vinds hånd. På den andre siden står beiterettighetene til samene som utgjør fordelene ved å få rettingskravet gjennomført. Interesseavveiningen kompliseres imidlertid av at samenes rettigheter er vernet som en del av retten til kulturutøvelse i SP artikkel 27.

Samtidig kan det stilles spørsmål ved om det ikke burde være rom for å tolke «utlegg eller tap» og «gagn» utvidende slik at også øvrige interesser kan anses å være relevante i vurderingen. Saken illustrerer hvordan det kan være hensiktsmessig å også vurdere mer allmenne hensyn, herunder ivaretagelse av klima- og miljøhensyn.

Når interessene vektes mot hverandre, er det vanskelig å avgjøre om retting vil gjøre at utlegget og tapet på Fosen Vinds side står i «klårt mishøve» til fordelene for samene. Her kan imidlertid folkerettspraksis bidra med et skjerpet kvalifikasjonskrav for å kunne unntas fra et eventuelt rettingskrav. Spørsmålet blir i så fall om rettingskravet er «materially impossible» eller utgjør «a burden out of all proportion». Hensikten med drøftelsen var å illustrere hvordan hensynene ville slå ut og det ble derfor ikke foretatt noen konklusjon på dette spørsmålet.

Ser man imidlertid på beiterettighetene i et tradisjonelt tingsrettslig perspektiv, utgjør de i utgangspunktet begrensede bruksrettigheter. Dette, sammenholdt med mine funn i del én av avhandlingen, det vil si basert på den samfunnsnyttige og pragmatiske tingsretten slik den kommer til uttrykk der, er det nærliggende å tro at et rettingskrav ville blitt suspendert i Fosen-saken. Dette samsvarer godt med tanken om at reglene bør være utformet slik at man oppnår høyest mulig nyttefunksjon dersom man ønsker samfunnsøkonomisk effektivitet. Basert på rettstilstanden slik den fremstår i dag, ville man etter mitt skjønn

kunne vinne frem med å unntas fra rettingskrav. Dette gjelder under forbehold om at man også kan vektlegge øvrige hensyn i vurderingen.

Del tre av avhandlingen illustrerte hvordan menneskerettighetene ikke oppnår det vernet de er ment å ha dersom man suspenderer rettingskravet i Fosen-saken. På grunn av SP artikkel 27 har reindrift-utøvernes bruksrettigheter en særegen rettighetsposisjon. I forlengelsen av dette møter man etiske dilemmaer ved anvendelsen av unntaket på denne typen saksforhold. Både problematikken med inkommensurabilitet og naturrettstanker gjør at man møter motstand når man anvender interesseavveiningen. Dette har sammenheng med avveiningens samfunnsøkonomiske aspekt og utilitaristiske begrunnelse.

Basert på de mer rettspolitiske hensyn er det av den grunn hensiktsmessig å være mer tilbakeholden med å suspendere et eventuelt rettingskrav. Dette kan særlig ses i lys av utfordringene med hvilken bevisterskel som skal legges til grunn, samt de rettsfilosofiske betenkelighetene som påpekt i kap. 6. Et slikt standpunkt samsvarer også med et mer normativt perspektiv på reglene om at dersom enkelte verdier er så grunnleggende at de anses universelle, må reglene derfor verne om visse rettigheter slik at de er urørlige.

Hvilke praktiske konsekvenser Fosen-dommen vil få og hvordan hensynene konkret vil slå ut, vil fremtiden vise dersom et eventuelt rettingskrav reises for domstolene. Saken illustrerer et genuint dilemma i spenningsforholdet mellom den positive rett og etiske aspekter ved de problemene som gjør seg gjeldende. Hvordan hensynene skal vektes i den konkrete sak vil forvaltningen måtte ta stilling til ved ny konsesjonsbehandling og ved vurderingen av hvorvidt det er mulig å fatte et nytt og forbedret forvaltningsvedtak som ikke krenker menneskerettighetene.

Jeg vil imidlertid oppsummere med å poengtere at prinsippene som jeg har sett på i grannelova samlet sett fremstår som en god måte å løse konflikter på. Både skyldvurderingen og vederlagsutmålingen gjør at hensynet til reparasjon og prevensjon ivaretas selv om retting ikke gjennomføres.

Den mellomløsning som prinsippene gir, er dessuten bedre egnet for å ivareta partenes interesser enn andre ordninger som benyttes i norsk rett. Sammenligner man grannelovas løsning med prinsippene som gjelder for ulovfestet ekstinksjon, vil man i større grad holde seg innenfor eiendomsvernet slik det er fastsatt i EMK.

Reglene om retting, slik de er kodifisert i grannelova, er dermed godt egnet til å fremme rimelige og rettferdige løsninger i tråd med Sivillovbokutvalgets opprinnelige målsetting da grannelova ble vedtatt.¹⁹⁷ I tillegg egner reglene seg for å ivareta hensyn som i økende grad bør få en sentral plass i tingsretten. Særlig av hensyn til klima og miljø kan det være hensiktsmessig å gi regler som hindrer unødig verdspill utstrakt anvendelse. Reglene gir grunnlag for en fornuftig ressursbruk som fremstår som en bærekraftig måte å løse konflikten på, både for partene selv og i et mer samfunnsrettet perspektiv.

197 NUT 1957:3 s. 33

Kildeliste

Litteratur

- Aasland (2000) Aasland, Gunnar. «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesterettspraksis.» *Jussens Venner* nr. 4 (2000) s. 157–179.
- Aasland (2023) Aasland, Terje. «Olje- og energiministerens redegjørelse for Stortinget om regjeringens oppfølging av Fosen-saken.» (13.03.2023) [Olje- og energiministerens redegjørelse for Stortinget om regjeringens oppfølging av Fosen-saken – regjeringen.no](#) (hentet 17.03.2023)
- Adler (1998) Adler, Matthew. «Law and Incommensurability», *University of Pennsylvania Law Review* no. 5 (1998) p. 1169–1184.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads H. *Rettskildelære*. Oslo: M.H. Andenæs, 2009.
- Askeland (2005) Askeland, Bjarte. «Om analogi og abduksjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4-5 (2005) s. 499–547.
- Backer (2022) Backer, Inge Lorange. «Fosen-dommen: Prosessuelle og forvaltningsrettslige sider», *Lov og Rett* nr. 5 (2022) s. 281–300.
- Berg og Harborg (2003) Berg, Borgar Høgetveit og Harborg, Henning. «Ulovfesta ekstinksjon av fast eignedom», *Jussens Venner* nr. 5 (2003) s. 312–339.

- Castberg (1967) Castberg, Frede. *Naturrett og menneskerettigheter*. Oslo: Universitetsforlaget, 1967
- Du Rietz (2018) Du Rietz, Jonas. «Grannelagsrettslig skadestandsansvar – En analys av förutsättningarna för ansvar». *Svensk Juristtidning* (2018) s. 675–694.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eckhoff (2022) Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 12. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2022
- Eide og Stavang (2018) Eide, Erling og Stavang, Endre. *Rettsøkonomi*. 2. utgave, Oslo: Cappelen Damm, 2018
- Eng (2007) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. Oslo: Universitetsforlaget, 2007.
- Eriksen (2014) Eriksen, Gunnar. «Byggverk på fremmed grunn» *Jussens Venner* nr. 4 (2014) s. 222–233.
- Evald (2004) Evald, Jens m.fl. *Om retsprinsipper*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2004
- Falkanger (2016) Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*. 5. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Falkanger og Falkanger (2022) Falkanger, Thor og Falkanger, Thor Aage. *Tingsrett*. 9. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2022.
- Fenger (2018) Fenger, Niels (red). *Forvaltningsret*. København: Jurist- og økonomforbundets forlag, 2018.
- Fosen Vind (2023) [Vindparkene \(fosenvind.no\)](http://fosenvind.no) (lest 02.01.2023)

- Fredwall (2021) Fredwall, Kjørheim, Katrine. «Nordisk tillit», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevern-rettslige spørsmål*, nr. 3-4. (2021) s. 247–270.
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas. *Rettslig prinsipp-argumentasjon*. Oslo: Gyldendal juridisk, 2014.
- Hagland (2011) Hagland, Birgitte. *Erstatningsbetingende medvirkning*. Oslo: Det juridiske Fakultet, Universitetet i Oslo, 2011.
- Hagstrøm og Stenvik (2019) Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are. *Erstatningsrett*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Haver (2021) Haver, Gustav. «Bør ugyldige tillatelser anses som nulliteter fram til de omgjøres?» *Lov og Rett* nr. 1 (2021) s. 7–23.
- Hermansson (2019) Hermansson Magnus m.fl. Jordabalken. En kommentar till JB och anslutande författningar. I *juno.nj.se* (2019). hentet 09.03.2023.
- Holstad (2023) Holstad, Magne. «Rekordhøy strømpris i 2022 – dempet av strømstøtte». (2023) [Rekordhøy strømpris i 2022 – dempet av strømstøtte \(ssb.no\)](https://ssb.no) (hentet 22.02.2023)
- Hopsnes (2005) Hopsnes, Roald og Solberg, Raymond. «Legalitetsprinsippet» *Jussens Venner* nr. 2 (2005) s. 77–155.
- IPCC (2023) Intergovernmental Panel on Climate Change. AR6 Synthesis Report. Climate Change 2023. 19 March 2023 [IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/spm/) (lest 21.03.2023)

- Kaplow and Shavell Kaplow, Louis and Shavell, Steven. *Fairness versus wellfair*. London: Harvard University press, 2002.
- Lie (2022) Lie, Nils Erik. Skjønnsprosessloven: kommentarutgave. I juridika.no (2022) hentet 03.01.2023
- Lilleholt (2018) Lilleholt, Kåre. Allmenn formuerett: fleire rettar til samme formuesgode. 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Lindskoug (2015) Lindskoug, Patrick. «Avtalsprincipp eller traditionsprincipp – några sakrättsliga erfaren heter från det danska perspektivet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 2 (2015) s. 184–221
- Lødrup (2009) Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utgave, Oslo: Gyldendal akademisk, 2009.
- Mackaay (2013) Mackaay, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013
- Magnussen (1950) Magnussen, Ole Kristian. *Naboretlige studier*. København: G. E. C Gads Forlag, 1950.
- Monsen (2007) Monsen, Erik. *Berikelseskrav- vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*. Oslo: Cappelen Akademisk forlag, 2007.
- Monsen (2012) Monsen, Erik. «Forbud og utbedring ved overtredelse av unnlattelsesplikt». *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 3-4 (2012) s. 478–522

- Mørup (2015) Mørup, Søren Højgaard. «Om naborettens samspil med den offentlige ret». *Ugeskrift for retsvæsen* (2015) s. 439–450.
- NIM (2021) Norges institusjon for menneskerettigheter. «Menneskerettslig reparasjonsplikt.» (21. desember 2021). [Menneskerettslig reparasjonsplikt – Norges institusjon for menneskerettigheter \(nhri.no\)](#) hentet 24.01.2023.
- NIM (2022) Norges institusjon for menneskerettigheter. «NIMs rapport om SP artikkel 27 og oppfølging av Fosen-dommen.» (01. april 2022). [NIM brev \(nhri.no\)](#) hentet 22.02.2023.
- Nordtveit (2019) Nordtveit, Ernst og Myklebust, Ingunn Elise. «Metodiske utfordringar i tingsretten.» I *Rett i Vest*. Johan Giertsen m.fl. Red., 1. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2019, s. 461–476.
- Nygaard (2000) Nygaard, Nils. *Skade og Ansvar*. 5. Utgave. Bergen: Universitetsforlaget, 2000.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utgave. Bergen: Universitetsforlaget, 2004
- Posner (1981) Posner, Richard A. *The Economics of Justice*. London: Harvard University Press, 1981.
- Posner (2000) Posner, Richard A. «Cost benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference papers», *The Journal of Legal Studies* no. 2 (2000) p. 1153–1177

- Schäfer and Ott (2004) Schäfer, Hans-Bernd and Ott, Claus, oversatt fra tysk ved Matthew Braham. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2004.
- Snipsøy (2022) Snipsøy, Bjarte. (2022) grl. § 10. «Karnov lovkommentar til grannelova.» I Lovdata Pro (2023) hentet 13. februar 2023.
- Stavang (2016) Stavang, Endre og Stenseth, Geir. *Fast eiendoms tingsrett*. 1. utgave. Oslo: Gyldendal juridisk, 2016.
- Stranden (2022) Stranden, Ingrid Lindgaard. «Sterk uenighet om utbygging er pågående menneskerettighetsbrudd». (25. november 2022). Stat og jurister svært uenige om vindkraftanlegg på Fosen er et menneskerettighetsbrudd – NRK Trøndelag hentet 6. mars 2023
- Sunstein (1994) Sunstein, Cass R. “Incommensurability and Valuation on Law”. *Michigan Law Review* no. 4 (1994) p. 780–860. Incommensurability and Valuation in Law (umich.edu) hentet 21.03.2023.
- Tveit (2023) Tveit, Olav Fykse. «Høyesterettsdommen i Fosen-saken må respekteres». (23. januar 2023). Høyesterettsdommen i Fosen-saken må respekteres – Ytring (nrk.no) hentet 22.02.2023.
- Tøssebro (2019) Tøssebro, Henriette (red.). *Ugyldighet i forvaltningsretten*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019

- Ulfstein (2021) Ulfstein, Geir. «Må vindmøllene på Fosen fjernes etter Høyesteretts dom?» (20. oktober 2021). Må vindmøllene på Fosen fjernes etter Høyesteretts dom? – Rett24 hentet 14.01.2022.
- Von Eyben (1978) Von Eyben, W. E. (red). *Dansk miljøret.* København: Akademisk Forlag, 1978.
- Østgård (2023) Østgård, Brynjar. «Trollvassbudommen. Høyesteretts relativiserte rettskildebruk i den statiske tingsrett – hvor blir det av forutsigbarheten?» *Tidsskrift for eiendomsrett* nr. 1 (2023) s. 94–100.

Lover

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. mars
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) av 17. mai
- 1887 Granneloven (opphevet) av 27. mai nr. 1
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven, opphevet) av 13. august nr. 6
- 1917 Lov om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnssprosessloven) av 1. juni nr. 1
- 1957 Lov om friluftslivet (friluftsløven) av 28. juni nr. 16
- 1959 Lov om oreigning av fast eigedom (oreigningslova) av 23. oktober nr. 3
- 1961 Lov om rettshøve mellom grannar (grannelova) av 6. juni nr. 15
- 1966 Lov om hevd (hevdslova) av 9. desember nr. 1

- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar
- 1967 Lov om patenter (patentloven) av 15. desember nr. 9
- 1968 Lov om særlege råderettar over framand eigedom (servituttlova) av 29. november
- 1969 Lov om hendelege eigedomshøve av 10. april nr. 17
- 1981 Lov om vern mot forurensningar og om avfall (forurensningsloven) av 13. mars nr. 6
- 1984 Lov om vederlag ved oreigning av fast eigedom (ekspropriasjonserstatningslova) av 6. april nr. 17
- 1990 Lov om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloven) av 29. juni nr. 50
- 1996 Lov om tomtefeste (tomtefestelova) av 20. desember nr. 106
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai nr. 30
- 2000 2000 Lov om vassdrag og grunnvann (vannressursloven) av 24. november nr. 82
- 2003 Lov om beskyttelse av design (designloven) av 14. mars nr. 15
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni nr. 90
- 2007 Lov om reindrift (reindriftsloven) av 15. juni nr. 40
- 2008 Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) av 27. juni nr. 71

- 2010 Lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven) av 26. mars nr. 8
- 2011 Lov om elsertifikater (elsertifikatloven) av 24. juni nr. 39

Forarbeider

- NUT 1957:3 Rådsegn 2 – Om eigedsretten i grannehøve.
- NUT 1960:1 Rådsegn 5 – Om særlege råderettar over framand eigedom.
- Ot.prp.nr. 24 (1960–1961) Om lov om rettshøve mellom grannar.
- Ot.prp.nr. 8 1967–1968 Om lov om servituttar.
- Ot.prp. nr. 56 (1970–1971) Om lov om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom.
- NOU 1982:19 Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade.
- Ot.prp. 33 (1988–1989) Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) mv. (Erstatningsansvar ved forurensningsskade).
- Ot.prp. nr. 39 (1998–1999) Lov om vassdrag og grunnvann.
- NOU 2003:24 Mer effektiv bygningslovgivning.
- NOU 2007:13 Den nye sameretten – Utredning fra samerettsutvalget.

NOU 2019:5 Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandling i offentlig forvaltning.

NOU 2023:3 Mer av alt – raskere.

Stortingsmeldinger

Innst. O. Nr. 50 (2008–2009) s. 29.

Meld. St. 40 (2020–2021).

Forvaltningspraksis

NVE (Rapport 3/2020). «Konsesjonsprosessen for vindkraft på land.» Rapport, bokmål (nve.no) (Lest 25. januar 2023).

NVE. *Søknad om konsesjon for Øyfjellet vindkraftverk i Vefsn kommune, Nordland fylke. Bakgrunn for vedtak.* 13. november 2014. *Bakgrunn for vedtak (nve.no) (Lest 21.03.2023)

NVE. *Ekspropriasjonstillatelse.* 13. november 2014. Brev (nve.no) (Lest 21.03.2023)

Olje- og Energidepartementet. *Samtykke til forhåndstiltredelse,* 22. desember 2014. [Tilsend per e-post 17.02.2023]

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1902 s. 641

Rt. 1908 s. 388

Rt. 1965 s. 310

Rt. 1973 s. 686

Rt. 1975 s. 1048

Rt. 1980 s. 309

Rt. 1981 s. 1215

Rt. 1986 s. 1210

Rt. 1991 s. 1281
Rt. 1992 s. 352
Rt. 1995 s. 1303
Rt. 1999 s. 458
Rt. 2008 s. 382
Rt. 2009 s. 1148
Rt. 2011 s. 228
HR-2017-2428-A
HR-2020-2186-A
HR-2021-1975-S
HR-2022-1119-A

Lagmannsrett

RG-1955-111
RG-1974-38
RG-1990-1250
RG-1992-601
RG-1994-582
LB-1999-3034
RG-2007-1432
LA-2011-148034
LG-2014-99630.
LB-2016-129899
LB-2020-172267

Internasjonale kilder

Konvensjoner, avtaler og utkast

Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful Acts, with commentaries. Yearbook of the International Law Commission (2001) vol. II, Part Two.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries – 2001 (un.org)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, ratified by Norway 13 September 1972 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (SP).

Parisavtalen under FNs rammekonvensjon. Paris, 12. desember 2015. Ratifisert av Norge 17 juni 2016.

Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 20 March 1952, ratified by Norway 15 January 1952 (entered into force 18 May 1954) (protokoll 1 til Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

Internasjonal rettspraksis

Argentina v. Uruguay, Pulp Mills on the River Uruguay, ICJ (2010). Hentet fra Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (icj-cij.org)

Germany v. Poland, *Case concerning factory at Chorzow*, PCIJ, Collection of judgements (1923–1930) Series A. no. 9, July 26 (1927). Hentet fra Factory at Chorzów (Merits), Judgment, 13 Sept 1928 (jusmundi.com)

General Comment No. 23 (1994): The rights of minorities (Art. 27), GC-1994-23-CCPR, (1994)

General Comment No. 31 (2004): The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant. GC-2004-31-CCPR (2004)

Carbonara and Ventura v. Italia, (no. 24638/94), 30. May (2000)

Poma Poma v. Peru, (Communication No. 1457/2006), CCPR-2006-1457, (2009)

Kalevi Paadar et al. v. Finland, (Communication No 2102/2011), CCPR-2102-2011, (2014)

Klemetti Näkkäljärvi m.fl. mot Finland) (Communication No. 2950/2017), CCPR-1997-779 (2001)

Tiina Sanila-Aikio v. Finland (Communication No. 2668/2015), (CCPR/C/119/D/2668/2015, (2018)

Utenlandske rettskilder

Svenske lover

1962 Brottsbalken av 21. desember 1962

1970 Jordabalken av 17. desember 1970

1998 Miljöbalken av 11. juni 1998

Danske lover

1953 Danmarks Riges Grundlov (Grundloven) av 6. mai 1953 nr. 169

1985 Kommuneplanlov av 22. juni 1985 nr. 391

2016 Byggeloven av 23. september 2016 nr. 1178

2020 Planloven (Lovbekendtgørelse om planlægning) av 1. september 2020 nr. 1157

Svenske forarbeider

Prop. 1970:20 med förslag till jordabalk, Del B 1, s. 101.

Jenny Bondevik

Unntak fra rettingskrav

Om ekspropriasjonslignende unntak

Eiendomsjuridiske forhold har tradisjonelt vært hyppig oppe for domstolsbehandling. Det gjelder særlig fast eiendom i relasjon til naborettslige forhold. Av den grunn er det behov for rettslige mekanismer som løser slike tvister på en god måte ved å ta hensyn til begge parter i tilstrekkelig grad. Slike tvister har dessuten en side til mer samfunnsmessige miljø- og økonomihensyn. I tilfeller hvor en nabo har bygd ulovlig, er det ikke gitt at gjenoppsettelse i form av å rive eller endre bygget utgjør det beste resultatet.

Det sentrale spørsmålet i framstillingen er i hvilken grad tiltakshavere som krenker andres rettigheter beskyttes mot krav om slik gjenoppsettelse. Spørsmålet drøftes med utgangspunkt i naborettslige rettingsregler med et sideblikk til rettingskrav som springer ut av krenkelser av begrensede rettigheter i fast eiendom. Et underliggende spørsmål er om prinsippene for unntak fra retting slik de er regulert i positivt rettskildemateriale, er uttrykk for mer allmenngyldige regler. I så fall kan det stilles etterfølgende spørsmål ved hvordan slike prinsipper gjør seg gjeldende i uskreven rett. I den forlengelse forsøkes prinsippene anvendt på sakskomplekset i Fosen-saken, konstruert som at reindriftssamene krever retting på privatrettslig grunnlag.

Framstillingen gjengir i hovedsak masteravhandlingen til Jenny Bondevik, som ble skrevet mens hun var ansatt som vitenskapelig assistent ved Nordisk Institutt for Sjørett.

Institutt for privatrett

PrivIus 221/2023

ISBN 978-82-7236-280-4

ISSN 2703-8955

Utgitt av Privatrettsfondet – Fondet til fremme av forskning på privatrettens område