



Norges miljø- og
biovitenskapelige
universitet

Masteroppgave 2017 30 stp
Fakultet for landskap og samfunn

EMK P1-1, og jordskifterettens oppfyllelse av protokollen

ECHR P1-1, and the land consolidation court's
fulfillment of the protocol

Mari Norup
Master i eiendom

FORORD

Denne masteroppgaven markerer slutten på det 5-årige studiet master i eiendom ved Norges miljø- og biovitenskapelige universitet. Avhandlingen er skrevet våren 2017, og har et omfang på 30 studiepoeng. Arbeidet med oppgaven har vært spennende og lærerikt. Det har også vært utfordrende, og jeg har fått erfare at livet ikke stopper opp selv om man skriver masteroppgave.

Jeg ønsker å takke min veileder Katrine Broch Hauge for god veiledning og konstruktive tilbakemeldinger underveis i arbeidet med oppgaven.

Jeg vil også rette en takk til jordskiftedomstolene og jordskiftedommerne som tok av sin tid til å fremskaffe relevant rettspraksis, og bidro med informasjon vedrørende forskningsspørsmålet.

Til slutt ønsker jeg takke familie og samboer for tålmodighet og støtte i arbeidets opp- og nedturer.

Ås, 10. mai 2017

Mari Norup

SAMMENDRAG

Temaet for masteroppgaven er EMK P1-1 og jordskifterettens oppfyllelse av protokollen i saker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8. Oppgaven tar for seg i hvilken grad jordskiftesaker etter §§ 3-4 og 3-8 løses i samsvar med EMK P1-1, og om jordskiftedommere har tilstrekkelig med kunnskap om protokollen til å ivareta dens eiendomsvern i behandlingen av jordskiftesaker.

Hovedproblemstilling:

I hvilken grad er jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 i samsvar med hvordan Den europeiske menneskerettsdomstolen håndhever EMK P1-1?

Underproblemstillinger:

- Behandles jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1?
- Har jordskiftedommerne tilstrekkelig kompetanse om eiendomsvernet i EMK P1-1?

Oppgaven er en juridisk avhandling, hvor jordskiftesaker etter §§ 3-4 og 3-8 er analysert i lys av rettspraksis fra EMD som behandler saker etter EMK P1-1. For å belyse jordskiftedommeres kompetanse om eiendomsvernet i EMK P1-1 er det gjennomført en spørreundersøkelse, hvor jordskiftedommere er respondentene.

Jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 ser i stor grad ut til å behandles i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1, men det at jordskifteloven vurderer ulemper, kostnader og nytte etter en objektiv vurdering kan føre til brudd på protokollen. EMK P1-1 ser hen til subjektive hensyn, og særlig der disse hensynene er etiske vektlegges de i stor grad i proporsjonalitetsvurderingen.

Jordskiftedommere virker til å ha lite inngående kunnskap om eiendomsvernet i EMK P1-1, og det vil være hensiktsmessig med et høyere kunnskapsnivå når det gjelder protokollen – da denne ved motstrid går foran annen norsk lovgivning og også har et sterkere eiendomsvern enn jordskifteloven på visse punkter.

ABSTRACT

The theme of this master thesis is ECHR P1-1 and the land consolidation court's fulfillment of the protocol in cases concerning the land consolidation act §§ 3-4 and 3-8. The thesis examines to which degree land consolidation cases after §§ 3-4 and 3-8 are solved in compliance with ECHR P1-1, and whether or not the land consolidation judges has the necessary knowledge to assure the protocols protection of property.

The main research question is:

To which degree are land consolidation cases after the land consolidation act §§ 3-4 and 3-8 in compliance with how the European Court of Human Rights enforces ECHR P1-1?

Sub-questions:

- Are land consolidation cases treated after the land consolidation act §§ 3-4 and 3-8 in compliance with the protection of property after ECHR P1-1?
- Do land consolidation judges have the necessary knowledge concerning the protection of property after ECHR P1-1?

This assignment is a judicial thesis, where land consolidation cases after §§ 3-4 and 3-8 is analyzed in light of ECHR P1-1. A survey has been conducted to examine the land consolidation judges level of knowledge concerning the protocol – land consolidation judges were the respondents.

The protection of property after ECHR P1-1 seems to be fulfilled in most cases after the land consolidation act §§ 3-4 and 3-8, but the land consolidation act's objective evaluation of disadvantages, costs and benefits may lead to a breach of the protocol. ECHR P1-1 also takes subjective considerations into account, especially when the considerations are ethical.

Land consolidation judges seems to have little in-depth knowledge about the protection of property after ECHR P1-1. A higher level of knowledge would be preferable as when in conflict, the protocol precedes other Norwegian legislation, and at some points has a stronger protection of property than the land consolidation act.

INNHold

Forord	I
Sammendrag	II
Abstract	III
1. Innledning	1
1.1. Introduksjon til tema.....	1
1.2. Problemstilling og avgrensing av oppgaven.....	2
1.3. Metode	2
1.4. Oversikt over fremstillingen	3
2. Teori.....	4
2.1. Jordskiftelovens materielle vilkår §§ 3-2, 3-3 og 3-18.....	4
2.2. Jordskiftelovens virkemidler §§ 3-4 og 3-8.....	9
2.3. EMK P1-1	11
2.3.1. Må foreligge eiendomsinteresse	12
2.3.2. Må foreligge inngrep	12
2.3.3. Klassifisering av inngrepet og regelvalg	13
2.3.4. Krav om lovhjemmel.....	14
2.3.5. Krav om legitimt formål.....	15
2.3.6. Krav om proporsjonalitet	15
3. Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen	17
3.1. Regelvalget	17
3.2. Proporsjonalitetstesten.....	19
3.2.1. Tidsmomentet.....	20
3.2.2. Subjektive hensyn	21
3.2.3. Formålet med inngrepet	21
3.2.4. Inngrepets betydning for klageren.....	22
3.2.5. Myndighetenes og klagerens opptreden i saken.....	22

3.2.6.	Kompensasjon	23
4.	Rettspraksis fra jordskiftedomstolene behandlet i lys av EMK P1-1	24
4.1.	Rettspraksis jordskifte	24
4.1.1.	Sak nr. 2300-2002-0004 Håland	24
4.2.	Rettspraksis bruksordninger	27
4.2.1.	Sak nr. 0800-2008-0010 Reiersdal	27
4.2.2.	Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl.....	29
4.2.3.	Sak nr. 1900-2008-0029 Røsnes ytre	31
5.	Spørreundersøkelse jordskiftedommere.....	35
6.	Drøftelse.....	38
6.1.	Formålet etter jordskifteloven	38
6.2.	Subjektive hensyn.....	39
6.3.	Jordskiftedommeres kunnskap om eiendomsvernet i EMK P1-1	40
7.	Avsluttende refleksjoner	42
	Register.....	44
	Vedlegg: Spørreundersøkelse.....	47
	Vedlegg: Meldeskjema.....	49

1. INNLEDNING

1.1. INTRODUKSJON TIL TEMA

Jordskifteretten er bundet av EMK P1-1 gjennom menneskerettsloven, og protokollen går ved motstrid foran annen norsk lovgivning.¹ Forholdet mellom eiendomsvernet i EMK P1-1 og tapsgarantien i jordskifteloven § 3-18 er ikke utredet i lovforarbeidene.² Oppgaven vil behandle spørsmålet om i hvilken grad intern norsk rett er i samsvar med hvordan den europeiske menneskerettsdomstolen håndhever EMK P1-1. Oppgaven er avgrenset til å se på virkemidlene i jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 – om ny utforming av eiendom og alltidvarende bruksrett og bruksordninger. Det er behov for mer kunnskap om i hvilken grad jordskiftelovens virkemidler er i samsvar med hvordan EMD håndhever EMK P1-1, og oppgaven vil derfor søke å kaste lys over dette.

Virkemiddelene oppgaven fokuserer på er som nevnt ny utforming av eiendom og alltidvarende bruksrett jf. jordskifteloven § 3-4 og regler om sambruk (bruksordning), jf. § 3-8. Ny utforming av eiendom og alltidvarende bruksrett skjer i praksis ved at deler av de faste eiendommene bytter eier eller ved endring av retter. I Prop. 101 L s. 128 er ny utforming definert som «byte av eieomsrett til jord utan å vere makeskifte og utan å vere handel». Ved saker etter § 3-8 kan jordskifteretten gi eller endre regler for eksisterende sambruk mellom eiendommer, eller opprette sambruk og gi regler om sambruk der det ikke foreligger fra før – om særlige grunner taler for det. Jordskifteretten kan etter første ledd, tredje punktum «ordne tilhøva mellom eigar og bruksrettshavar og mellom bruksrettshavarar». Bruksordningssaker gjennomføres gjerne der det er et behov for samarbeid grunneierne imellom, slik som for eiendommer med jakt- eller fiskeressurser, eiendommer som har tilgang på fallretter og vegsaker. Virkemiddelet i § 3-10 benyttes ofte i samband med saker etter § 3-8, for oppretting av lag med vedtekter.

Det er nok at en part krever jordskifte, jf. jordskifteloven § 1-5 første ledd. Det vil i praksis si at dersom de materielle vilkårene er oppfylt, kan en part mot sin vilje trekkes med i jordskifte. Etter bestemmelsen i EMK P1-1 skal enhver «få nyte sin eiendom i fred». Videre fremgår det av P1-1 at bestemmelsen imidlertid ikke skal svekke en stats rett til å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse.³ Hvorvidt et jordskifte vil være

¹ Menneskerettsloven, § 3.

² Prop. 101 L (2012-2013).

³ EMK P1-1

konvensjonsstridig beror derfor på en avveining mellom enkeltindividets beskyttelsesbehov og statens styringsbehov.⁴

1.2. PROBLEMSTILLING OG AVGRENSING AV OPPGAVEN

Hovedproblemstilling:

I hvilken grad er jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 i samsvar med hvordan Den europeiske menneskerettsdomstolen håndhever EMK P1-1?

Underproblemstillinger:

- Behandles jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1?
- Har jordskiftedommerne tilstrekkelig kompetanse om eiendomsvernet i EMK P1-1?

Oppgaven er avgrenset til å se på jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8. Rettsfastsettende saker og skjønn faller utenfor fremstillingen. Oppgaven er også avgrenset til å se på bestemmelsen EMK P1-1.

Underveis i arbeidet med oppgaven dukker det opp en rekke interessante problemstillinger, men det er etter arbeidets omfang ikke mulig å behandle alle disse inngående, eller i det hele tatt.

1.3. METODE

Denne masteroppgaven er en juridisk oppgave, hvor jeg vil undersøke om jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 løses i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1. Jeg benytter juridisk metode, slik den er forstått av Eckhoff.⁵ Videre vil jeg benytte EMD's metode for tolkningen av innholdet EMK P1-1, og EMD's metode og rettsbruk ved undersøkelse av hvorvidt jordskiftesakene etter §§ 3-4 og 3-8 er i tråd med EMD's håndhevelse av EMK P1-1.

Ved behandlingen av problemstillingen vil jeg benytte jordskifteloven, EMK P1-1, internasjonal og nasjonal rettspraksis, lovforarbeider og juridisk teori.

⁴ Solheim (2010) s. 82.

⁵ Boe (2011)

Jeg vil redegjøre for EMD's metode og rettsbruk ved behandlingen av saker etter EMK P1-1 på bakgrunn av juridisk teori og konvensjonspraksis, og gjennomføre domsanalyser av jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 i lys av dette. Formålet her er å se om sakene er behandlet i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1.

Det er ikke behandlet norske jordskiftesaker i EMD, og problemstillingen må derfor behandles i lys av rettspraksis fra EMD hvor det er behandlet saker fra andre land. Konvensjonspraksisen jeg benytter vil dermed gjelde annen lovgivning og andre systemer enn det vi har i Norge. Dette må det tas hensyn til ved tolkning av dommene, og ved bruken av disse som rettskilde for å se hvorvidt sakene fra norsk rettspraksis er i tråd med protokollen.

Videre har jeg gjennomført en spørreundersøkelse via Questback, som vil vise hvordan jordskiftedommere ivaretar eiendomsvernet i EMK P1-1 i praksis. Undersøkelsen kan dermed bidra til å kaste lys over den juridiske problemstillingen i oppgaven. Spørreundersøkelsen er ment å belyse jordskiftedommernes kjennskap til, forståelse og bruk av EMK P1-1 ved behandling av saker i jordskifteretten. I spørreundersøkelsen benytter jeg en blanding av kvalitativ og kvantitativ metode. Spørsmålene jeg har stilt medfølger som vedlegg.

1.4. OVERSIKT OVER FREMSTILLINGEN

I kapittel 2 vil jeg ta for meg det teoretiske grunnlaget for avhandlingen. Jeg vil redegjøre for jordskiftelovens materielle vilkår jf. §§ 3-2, 3-3 og 3-18 og virkemidlene 'ny utforming av eieendom og alltidvarande bruksrett' og 'regler om sambruk (bruksordning)' jf. §§ 3-4 og 3-8. Videre vil jeg ta for meg EMK P1-1, og fremgangsmåten som benyttes ved vurderingen av om brudd på bestemmelsen har funnet sted. I kapittel 3 vil jeg ta for meg rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen. Jeg ser nærmere på regelvalget og momenter som vektlegges i proporsjonalitetstesten. I kapittel 4 behandles nasjonal rettspraksis etter jordskiftelovens virkemidler §§ 3-4 og 3-8, sett i lys av EMK P1-1. Empirien fra spørreundersøkelsen, hvor jordskiftedommere var respondentene, presenteres så i kapittel 5, før jeg drøfter problemstillingene i lys av behandlet rettspraksis og spørreundersøkelsen i kapittel 6. Avsluttende refleksjoner gis så i kapittel 7.

2. TEORI

Da jeg fortrinnsvis skriver en juridisk oppgave, er det teori om rettstilstanden som er bakgrunnsstoffet for avhandlingen. Fremstillingen av jordskiftelovens materielle vilkår og virkemidlene i §§ 3-4 og 3-8 baserer seg i stor grad på kommentarutgaven til jordskifteloven og Prop. 101 L.⁶ Redegjørelsen av EMD's metode baserer seg på Solheims fremstilling av samme tema i boken «Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen», samt kunnskap om temaet jeg har tilegnet meg ved å studere konvensjonspraksis fra EMD etter EMK P1-1.⁷

2.1. JORDSKIFTELOVENS MATERIELLE VILKÅR §§ 3-2, 3-3 OG 3-18.

For å gjennomføre et jordskifte må en rekke prosessuelle og materielle vilkår være oppfylt. Jeg vil i det følgende ta kort for meg prosessuelle vilkår som må være oppfylt, før jeg behandler de materielle vilkårene mer inngående. Det er nødvendig med en redegjørelse av de materielle vilkårene i jordskifteloven, da bestemmelsene vil fungere som en skranke for saker hvor eiendomsvernet etter jordskifteloven ikke er oppfylt. Det interessante for fremstillingen videre er å se om eiendomsvernet i jordskifteloven samsvarer med eiendomsvernet etter EMK P1-1.

De prosessuelle vilkårene som må være oppfylt for å sette i verk et jordskifte handler om hva det kan reises krav om og hvem som kan reise krav, jf. jordskifteloven §§ 1-4 og 1-5. Det er også prosessuelle krav til hvordan kravet skal reises jf. § 6-2. Jordskifteretten kan behandle krav om endring i eiendomsforholdene og retter tilknyttet eiendom for å skape mer tjenlige forhold, jf. kapittel 3, fastsetting av eiendomsforholdene og retter, jf. § 4-1, fastsetting av grenser, jf. §§ 4-2 og 4-3 og skjønn og andre avgjørelser etter andre lover slik det fremgår av kapittel 5 og reglene i de aktuelle særlovene.⁸ Når det gjelder hvem som kan reise krav er hovedregelen i jordskifteloven § 1-5 første ledd at «krav om sak kan setjast fram av den som eig fast eigedom, eller har rett knytt til fast eigedom eller av festar». Videre fremgår det av tredje og fjerde ledd at offentlige styresmakter som oppfyller visse vilkår kan reise bestemte typer krav.

⁶ Bjerva, Holth, Reiten, Sky, & Aasen (2016). Prop. 101 L (2012-2013).

⁷ Solheim (2010).

⁸ Jordskiftelova § 1-4.

De materielle vilkårene for å sette i verk et jordskifte finner vi i jordskiftelova §§ 3-2, 3-3 og 3-18. Det første vilkåret er at det må være utjenlige eiendomsforhold, det andre vilkåret er at jordskifteretten må kunne skape mer tjenlige eiendomsforhold ved bruk av virkemidlene i jordskifteloven §§ 3-4 til 3-10, og det siste vilkåret er at jordskifteløsningen ikke må føre til større ulempe eller kostnader enn nytte for noen eiendom eller bruksrett.⁹ Dette er kumulative vilkår, som vil si at samtlige må være oppfylt for at jordskifte kan gjennomføres.

§ 3-2. Utenleige eidegdomstilhøve

«Jordskifteretten kan halde jordskifte etter §§ 3-4 til 3-10 dersom minst ein eidegdom eller bruksrett i jordskifteområdet er vanskeleg å bruke på tenleg måte etter tida og tilhøva. Det same gjeld dersom det er grunn til å rekne med at minst ein eidegdom eller bruksrett vil bli vanskeleg å bruke på tenleg måte som følgje av eit offentleg eller privat tiltak. Som offentleg tiltak skal òg reknast offentleg regulering av eigarrådvelde eller vedteken reguleringsplan med tilhøyrande omsynssone.

Jordskifteretten kan ikkje gjere andre endringar enn dei som er nødvendige for å bøte på dei utenleige eidegdomstilhøva som partane har teke opp i jordskiftet.»¹⁰

Det følger av første ledd første punktum at minst en eiendom eller bruksrett må være vanskelig å bruke på tjenlig måte etter ‘tida og tilhøva’ for å fremme jordskifte. Det må altså være utjenlige eiendomsforhold. Rettspraksis etter den gamle loven kan nyttes ved tolkning av bestemmelsen, da § 3-2 i den nye loven er ment som en videreføring av § 1 i jordskifteloven 1979 slik den ble praktisert.¹¹

Det fremgår av Prop 101 L (2012-2013, s. 423) at begrepet ‘bruke på tenleg måte’ ikke er knyttet til bestemte bruksformål. Jordskifteloven er nøytral med tanke på de motiv eieren har for bruken av eiendommen, og første ledd gjelder dermed når eiendommen eller bruksretten er vanskelig å nytte til for eksempel landbruk, bosetting eller næringsformål – avhengig av hva eieren nytter eiendommen til. Så fremt det ikke er i strid med lov og de nødvendige tillatelser foreligger.¹²

⁹ Reiten (2009) s. 241.

¹⁰ Jordskiftelova § 3-2.

¹¹ Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016) s. 57

¹² Prop. 101 L (2012-2013) s. 423.

Uttrykket ‘på tenleg måte’ skal forstås på samme måte som etter gammel lov; jordskiftet skal føre til en forbedring i bruken. Hva som er å anse som tjenlig kan være så mangt, slik som bedret økonomi, høyere avkastning, nedgang i kostnader og forbedrede naboforhold.¹³

Begrepet ‘tida og tilhøva’ åpner for at noe som tidligere var tjenlige eiendomsforhold, med tiden og følgende utvikling kan ha blitt til utjenlige eiendomsforhold. Om noe er utjenlig etter ‘tida og tilhøva’ beror på en objektiv vurdering.¹⁴

Vilkåret i jordskifteloven § 3-2 første ledd første punktum er altså at det er vanskelig å nytte eiendommen på en tjenlig måte slik den er i dag, sett i forhold til ‘tida og tilhøva’. For eksempel kan små teiger ha vært en tjenlig driftsmåte i jordbruket tidligere – men med tiden har kravet til økt produksjon, effektivitet og nye redskaper medført at drift av små teiger ikke lenger er tjenlig.

Vilkåret innebærer at det må være utjenlige eiendomsforhold i jordskifteområdet, og at dersom det ikke er det kan jordskifteretten ikke holde jordskifte. Vilkåret kan fungere som en beskyttelse av individet ved at det ikke gjennomføres tiltak der det ikke er utjenlige eiendomsforhold. Dette taler også for at tiltak som gjennomføres i regi av jordskifteretten skal ha et legitimt formål, noe som oppstilles som et moment EMD vektlegger i sin behandling av saker etter EMK P1-1.

§ 3-3. Meir tenlege eigedomstilhøve i jordskifteområdet

«Jordskifteretten kan berre halde jordskifte etter §§ 3-4 til 3-10 for å skape meir tenlege eigedomstilhøve i jordskifteområdet.»¹⁵

Det følger av jordskifteloven § 3-3 at jordskifte etter §§ 3-4 til 3-10 kun kan gjennomføres der det samlet sett fører til mer tjenlige eiendomsforhold i jordskifteområdet. Dette vilkåret gjelder i tillegg til vilkåret i § 3-18 om at ingen eiendom eller bruksrett skal lide tap (tapsgarantien). Jordskifteretten skal gjøre en samlet vurdering av om eiendomsforholdene blir mer tjenlige i jordskifteområdet.¹⁶

¹³ Prop. 101 L (2012-2013) s. 423.

¹⁴ Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016). s. 58

¹⁵ Jordskiftelova § 3-3.

¹⁶ Prop. 101 L (2012-2013) s. 423.

Jordskifteområdet er i jordskifteloven § 1-3 bokstav a definert som den geografiske avgrensningen av jordskiftet, jf. § 6-9 første ledd.

Bakgrunnen for vilkåret er at det må føre til en positiv nytte i jordskifteområdet å bruke samfunnets ressurser for å bøte på de utjellige eiendomsforholdene. Bestemmelsen er tatt inn i loven for å synliggjøre for partene at dette er et materielt vilkår som må være oppfylt for å fremme jordskiftet.¹⁷

I tillegg til at det må være utjellige eiendomsforhold jf. § 3-2, må altså jordskifte skape mer tjenlige eiendomsforhold samlet sett i jordskifteområdet jf. § 3-3.

Paragrafen synliggjør for partene at det må skapes en positiv nytte i jordskifteområdet sett under ett, for at det skal kunne forsvares å bruke samfunnets ressurser på jordskiftet. Paragrafen kan, slik jeg ser det, til en viss grad bidra med å sikre at jordskifteløsningen har et legitimt formål. Legitimt formål er et viktig moment i EMD's proporsjonalitetsvurdering.

§ 3-18. Vern mot tap

«Jordskifteløysinga skal ikkje føre til at kostnadene og ulempene blir større enn nytten for nokon eigedom eller bruksrett.»¹⁸

‘Vernet mot at ingen skal lide tap’, også kalt ‘ikke-tapsgarantien’ er en absolutt prosessforutsetning. Mens jordskifteloven § 3-3 krever at jordskifte samlet sett skal føre til mer tjenlig eiendomsforhold i jordskifteområdet, fokuserer § 3-18 på den enkelte eiendommen. Ingen eiendom skal lide tap som følge av jordskifte. Vurderingen av om noen lider tap skal tas ved vedtakelse av jordskifteløsningen jf. § 3-18, med mindre spørsmålet blir tatt opp av part underveis i saken eller det av andre grunner er klart at de materielle vilkårene ikke er oppfylt.¹⁹

‘Kostnader’ er alle former for kostnader som faller på partene som følge av jordskiftesaken, inkludert sakskostnadene jf. Prop. 101 L s. 433. Utgifter til prosessfullmektig eller partsoppnevnt sakkyndig skal ikke medregnes.²⁰ ‘Nytte’ kan også være annet enn økonomisk nytte jf. Prop 101 L s. 169.

¹⁷ Prop. 101 L (2012-2013) s. 127.

¹⁸ Jordskiftelova § 3-18.

¹⁹ Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016) s. 105.

²⁰ Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016) s. 107.

Jordskifteloven § 3-18 er ment å videreføre praksis etter jordskifteloven 1979 § 3 bokstav a.²¹ Det er uttrykkelig uttalt i Prop. 101 L s. 168 at det er eiendommen eller bruksretten som er vernet etter § 3-18, ikke eieren, bruksrettshaveren eller panthaveren. Vurderingen av om eiendommen lider tap er en objektiv vurdering av hva eiendommen er egnet til, og hva den skal brukes til fremover. Det er dog uttalt i Prop. 101 L s. 168 at «vurderinga kan blant anna ta omsyn til at partane kan ha ulike motiv for å eige, bruke og utvikle eigedommen eller bruksretten. Kva som er eit tap for eigedommen eller bruksretten, må sjåast i lys av kva som blir teke opp som utenleige eigedomstilhøve, og kva for interesser eigaren eller bruksrettshavaren undervegs i saka gir til kjenne for bruken av eigedommen». Dette tilsier at det til en viss grad kan tas subjektive hensyn, selv om det ikke fremkommer av lovteksten.

Det er denne bestemmelsen jeg ser på som mest relevant ved vurderingen av om saker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 kan være i strid med eiendomsvernet i EMK P1-1. Jordskiftelovens vurderinger av nytte og tap er som nevnt objektive, mens vurderingene også er subjektive når det gjelder eiendomsvernet etter EMK P1-1.²² Er det etter eiendomsvernet i EMK P1-1 begrensninger for i hvilken utstrekning jordskifteretten kan skape objektivt sett tjenlige løsninger, som den enkelte eier ikke ønsker på bakgrunn av subjektive hensyn?

Sammenfatning

Etter de materielle vilkårene i jordskifteloven er det eiendommen som er det sentrale objektet, ikke grunneieren. Eiendommen må være utjenlig etter ‘tida og tilhøva’, og eiendommen må kunne gjøres mer tjenlig ved bruk av jordskiftelovens virkemidler.

Eiendommen skal ikke ‘lide tap’ i jordskiftet, selv om det ville ført til en jordskifteløsning som eieren ønsket. Det er en objektiv vurdering. Subjektive ønsker kan hensynstas – men ikke på bekostning av eiendommens verdi.

Begrepet eiendom er i denne sammenheng ett eller flere bruksnummer med samme eier.²³ «For den eining som jordskifte primært gjeld, har ein nytta ordet ‘eigedom’. Denne eininga kan bestå

²¹ Prop. 101 L (2012-2013) s. 169.

²² Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

²³ Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016) s. 57

av eitt eller fleire bruksnummer, men er karakterisert ved at bruksnumra er på same eigarhand.»²⁴

2.2. JORDSKIFTELOVENS VIRKEMIDLER §§ 3-4 OG 3-8

§ 3-4. Ny utforming av eigedom og alltidvarande bruksrett

«Jordskifteretten kan forme ut eigedom og alltidvarande bruksrett på nytt. Bruksretten må liggje til fast eigedom.

Jordskifteretten kan påby at vassleidningar, damanlegg, kraftleidningar og liknande som står på grunn som går i byte etter første ledd, blir overførte til ny eigar. Det same gjeld bygningar.»²⁵

Jordskifteretten kan utforme ‘eiendom’ og ‘alltidvarende bruksrett’ på nytt jf. § 3-4 første ledd første punktum. ‘Eiendom’ er som nevnt en enhet som kan bestå av ett eller flere bruksnumre, hvor bruksnumrene er på samme eierhand. ‘Alltidvarende bruksrett’ er i Prop. 101 L s. 424 forklart som alltidvarende bruksretter som ligger til fast eiendom – slik som for eksempel ferdselsrett og beiterett. Tidsavgrensede bruksretter, personlige servitutter og negative servitutter omfattes ikke av begrepet. Negative servitutter kan likevel avløses etter § 3-12, dersom de er til hinder for en tjenlig jordskifteløsning. Det at bruksretten må ligge til eiendommen, jf. første ledd annet punktum, innebærer at retten følger eiendommen og ikke eieren. Bruksretten kan kun avhendes med eiendommen eller del av denne jf. servituttlova § 9 andre ledd, første punktum.

Andre ledd første punktum åpner for at jordskifteretten kan påby at vannledninger mv. som står på grunn som går i byte overføres til ny eier. Andre ledd andre punktum åpner for at også bygninger kan overføres med grunn. Det vil i praksis være mest aktuelt for bygninger av liten verdi, da det ellers vil stride med ‘ikke-tapsgarantien’ i § 3-18.²⁶

Ny utforming av eiendom og alltidvarende bruksrett skjer i praksis ved at deler av de faste eiendommene bytter eier eller ved endring av retter. I Prop. 101 L s. 128 er ny utforming definert som «byte av eieomsrett til jord utan å vere makeskifte og utan å vere handel».

²⁴ NOU 1976: 50, s. 8.

²⁵ Jordskiftelova § 3-4.

²⁶ Prop. 101 L (2012-2013) s. 424.

§ 3-8. Reglar om sambruk (bruksordning)

«Jordskifteretten kan gi eller endre reglar for eksisterande sambruk mellom eigedommar. Jordskifteretten kan skipe sambruk og gi reglar om sambruk der det ikkje er sambruk frå før, dersom det er særlege grunnar for det. Jordskifteretten kan ordne tilhøva mellom eigar og bruksrettshavar og mellom bruksrettshavarar. Jordskifteretten kan mellom anna avgrense feltet for utøving av bruksrett, og gi reglar om bruksmåte.

Jordskifteretten kan både gi varige og mellombelse reglar.

Jordskifteretten kan gi reglar om sambruk av uteareala til eigarseksjonar. Første og andre ledd gjeld for skiping av sambruk i uteareala til eigarseksjonar.

Jordskifteretten kan gi reglar om bruken i det samiske reinbeiteområdet der det blir drive reindrift. Retten kan ikkje regulere tilhøva mellom dei som driv slik reindrift.»²⁷

Regler om sambruk kan gis eller endres av jordskifteretten der det er eksisterande sambruk mellom eiendommer, jf. § 3-8 første ledd, første punktum. Jordskifteretten kan også opprette og gi regler om sambruk der det ikke er fra før – dersom særlige grunner taler for det, jf. § 3-8 første ledd, annet punktum.

‘Sambruk’ er når mer enn en eiendom har rett til å utnytte et areal.²⁸ ‘Særlige grunner’ skal forstås som noe mer enn alminnelige grunner.²⁹ I Prop. 101 L s. 141 uttales det at «der det ikkje er rettsleg grunna sambruk frå før, må vurderinga av nye reglar gå i to steg. Først må retten ta stilling til om det er behov for reglar om sambruk. Dersom svaret er ja, kan retten utforme desse reglane». Særlige grunner kan være organisering av jakt på tvers av eiendomsgrenser der det ikke foreligger sambruk mellom eiendommene fra før – når dette er nødvendig for å oppnå en tjenlig løsning og hindre urasjonell organisering av jakten.³⁰

‘Regler om sambruk’ kalles også for ‘bruksordning’. Bruksordningssaker gjennomføres i praksis der det finnes ressurser som krever samarbeid på tvers av eiendomsgrensene, slik som ved jakt, fiske, veger og vannkraft.³¹

²⁷ Jordskiftelova § 3-8.

²⁸ Prop. 101 L (2012-2013) s. 43.

²⁹ Prop. 101 L (2012-2013) s. 141.

³⁰ Prop. 101 L (2012-2013) s. 141

³¹ Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016) s. 76.

Bruksordning er et virkemiddel som er mye brukt av jordskifteretten, da det medfører mindre inngripende forandringer enn for eksempel arealbytte etter jordskifteloven § 3-4.³² En bruksordning medfører allikevel et inngrep i eiendomsretten, og reduserer gjerne råderetten til den enkelte eier. Virkemiddelet pålegger partene å samarbeide om bruken når jordskiftet er gjennomført, og medfører dermed en innskrenkning av den enkeltes råderett. Ved bruksordning av fiskeressurser kan dette for eksempel medføre begrensninger for når eller hvor mye den enkelte kan fiske. Ved en bruksordning gjeldene sambruk av beiteområde kan det settes begrensninger på hvor mange dyr den enkelte kan ha beitende. Sambruk kan også medføre utnyttelse av en ressurs som en eller flere av grunneierne i bruksordningen ikke ønsker, for eksempel ved fallretter. Bruksordninger kan også gi grunneierne rett til forskjellige ressurser på samme område, for eksempel at en av grunneierne har hogstrett og en annen har beiterett.

Samisk reindrift og forholdet til EMK P1-1 er behandlet av Øyvind Ravna, og jeg viser her til hans fremstilling av temaet. Dette temaet vil ikke bli behandlet i avhandlingen.³³

2.3. EMK P1-1

P1-1 har følgende ordlyd i engelsk originaltekst:

«Protection of property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties».³⁴

Oversatt til norsk er ordlyden som følgende:

«Art 1. Vern om eiendom

³² Bjerva, Holth, Reiten, Sky & Aasen (2016) s. 74.

³³ Ravna (2009) s. 24-45.

³⁴ EMK P1-1

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.

Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter».³⁵

Det er den engelske originalteksten som legges til grunn ved vurdering av om krenkelse av P1-1 har funnet sted, den norske oversettelsen er her tatt med for klargjøring av dens innhold.

Det kan oppstilles seks hovedspørsmål for EMD's vurdering av om det foreligger brudd på P1-1.³⁶

2.3.1. MÅ FORELIGGE EIENDOMSINTERESSE

Det må foreligge en eiendomsinteresse for at tilfellet skal vurderes etter EMK P1-1, jf. P1-1 første og andre ledd. Eiendomsbegrepet er i konvensjonspraksis tolket vidt, og omfatter mange former for 'eiendom'.³⁷ På bakgrunn av dette kan det sies at 'eiendom' slik begrepet er forstått i jordskifteloven omfattes av konvensjonen.³⁸ Jeg vil derfor ikke behandle dette spørsmålet videre i fremstillingen.

2.3.2. MÅ FORELIGGE INNGREP

Det må foreligge et inngrep i eiendomsinteressen for at eiendomsvernet etter EMK P1-1 skal kunne være krenket.³⁹ Inngrepet må kunne føres tilbake til myndighetene i den stat klageren hevder at krenkelsen av eiendomsvernet i EMK P1-1 har funnet sted.⁴⁰ Konvensjonspraksis legger listen lavt for hva som er å anse som inngrep.⁴¹ Eksempler på inngrep kan være

³⁵ EMK P1-1 (norsk oversettelse).

³⁶ Solheim (2010) s. 59.

³⁷ Solheim (2010) s. 60.

³⁸ Eiendom er i jordskifteloven forstått som ett eller flere bruksnummer på samme eierhand, Jf. NOU 1976: 50 s. 8.

³⁹ Solheim (2010) s. 60.

⁴⁰ Solheim (2010) s. 60. Med videre henvisninger.

⁴¹ Solheim (2010) s. 64-65.

ekspropriasjon og lovreguleringer eller vedtak som kontrollerer eller begrenser bruken av eiendomsinteressen.⁴² I saken Poiss mot Østerrike ble foreløpig skifte av jord, før endelig plan var vedtatt, ansett som inngrep.⁴³ Tvungen medlemskap i jaktordning er også å regne som inngrep etter konvensjonspraksis fra EMD.⁴⁴ Det at det er et inngrep i eiendomsinteressen medfører ikke i seg selv en krenkelse av eiendomsvernet i EMK P1-1.

Fra dette kan det trekkes ut at kapittel 3 saker etter jordskifteloven gjerne er å regne som inngrep i eiendomsinteressen, da terskelen for dette er såpass lav. Saker etter § 3-8 medfører gjerne en begrensning av den enkelte eiers råderett, mens saker etter § 3-4 medfører et inngrep i form av jordskifte. Inngrepet kan her også føres tilbake til myndighetene.

2.3.3. KLASSIFISERING AV INNGREPET OG REGELVALG

EMD har tolket EMK P1-1 til å inneholde tre regler; prinsippregelen, avståelses-/ekspropriasjonsregelen og kontrollregelen. Prinsippregelen fremgår av første ledd første punktum, og er en generell regel om retten til å nyte sin eiendom i fred. Avståelsesregelen fremgår av første ledd andre punktum, og åpner for tvungen eiendomsavståelse, i det offentlige interesse, på bestemte vilkår. Kontrollregelen fremgår av annet ledd, og gir staten en lovfestet rett til å håndheve de lover som anses nødvendige for sikre at eiendom blir nyttet i samsvar med samfunnets interesser.⁴⁵ Valg av hvilken regel inngrepet skal vurderes under beror på inngrepets art. Ved valg av regel skal det først tas stilling til om man står ovenfor et kontrolltilfelle eller et avståelsestilfelle – får ingen av disse anvendelse skal tilfellet vurderes under prinsippregelen.⁴⁶ Begrunnelsen bak regelinndelingen er at ikke alle inngrep i eiendom har behov for et like sterkt vern, og at det ved en slik inndeling kan foretas en proporsjonalitetsvurdering mellom statens styringsbehov og retten til å nyte sin eiendom i fred.⁴⁷

Regelvalget er etter nyere konvensjonspraksis tillagt langt mindre vekt enn tidligere, og dette kan tyde på at regelinndelingen ikke lenger er like relevant for vurderingen etter P1-1.⁴⁸

⁴² Solheim (2010) s. 61.

⁴³ Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

⁴⁴ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

⁴⁵ Dom 21. februar 1986 James med flere mot Storbritannia.

⁴⁶ Se for eksempel Dom 15. november 1996 Prötsch mot Østerrike, premiss 42.

⁴⁷ Solheim (2010) s. 71.

⁴⁸ Solheim (2010) s. 74.

Uavhengig av regelvalg må inngrepet tolkes i lys av prinsippregelen, og de øvrige kriteriene (lovhjemmel, legitimt formål og proporsjonalitet).⁴⁹

Saker etter jordskifteloven kapittel 3 kan innebære forskjellig typer inngrep, og det må derfor vurderes ved det enkelte virkemiddel og den enkelte sak hvilken regel tilfellet skal vurderes under. Dette vil jeg behandle både under rettspraksis fra EMD og rettspraksis fra jordskiftedomstolene.

2.3.4. KRAV OM LOVHJEMMEL

Når P1-1 er funnet anvendelig på det aktuelle tilfelle (det foreligger en eiendomsinteresse, det foreligger et inngrep og inngrepet er plassert innenfor en regel der det anses nødvendig) må det vurderes om inngrepet kan rettferdiggjøres ovenfor den berørte part.⁵⁰ Det kreves da at inngrepet har tilstrekkelig lovhjemmel, et legitimt formål og at det er proporsjonalitet mellom inngrepet og statens styringsbehov. Dette er kumulative vilkår, noe som betyr at alle vilkårene må være oppfylt – hvis ikke foreligger det brudd på konvensjonen. Jeg vil nå først ta for meg kravet om lovhjemmel, før jeg tar for meg kravet om legitimt formål og kravet om proporsjonalitet.

Det er krav om lovhjemmel for alle typer eiendomsinngrep etter konvensjonen, og begrepet 'law' omfatter «både formell lov og rett som bygger på annet kildegrunnlag».⁵¹ Myndighetene må handle i samsvar med nasjonal rett og hjemmelen må være tilstrekkelig tilgjengelig, presis og forutberegnelig.⁵² Både hjemmelen i seg selv og praktiseringen av denne kan være relevant ved EMDs prøvelse av lovkravet.⁵³

Jordskifterettens kompetanse til å gjøre inngrep i eiendom fremkommer klart av jordskifteloven. Jeg ser vanskelig at kravet om lovhjemmel vil kunne føre til brudd på EMK P1-1 når det gjelder kapittel 3 saker - så fremt jordskifteretten handler i samsvar med jordskifteloven. Man skal likevel ikke se bort ifra at EMD kunne vurdert det dertil at lovverket ikke er tilstrekkelig presist eller forutberegnelig. Jeg ser vanskelig at saker etter §§ 3-4 og 3-8

⁴⁹ Solheim (2010) s. 74.

⁵⁰ Solheim (2010) s. 75.

⁵¹ Solheim (2010) s. 76.

⁵² Dom 30. mai 2000 Carbonara og Ventura mot Italia, premiss 64.

⁵³ Se for eksempel Dom 22. september 1994 Hentrich mot Frankrike, premiss 42 hvor praktiseringen av hjemmelen var gjenstand for vurdering.

ville blitt vurdert i strid med protokollen kun ved dette momentet, men det kan tenkes å være et moment som ville blitt vektlagt i proporsjonalitetsvurderingen. For eksempel ved at rekvirenten i utgangspunktet så et annet virkemiddel som mer hensiktsmessig for å løse de utjenlige eiendomsforholdene, mens jordskifteretten valgte benytte et mer inngripende virkemiddel som parten eller partene ikke ønsket – og ikke forutså som aktuelt.

2.3.5. KRAV OM LEGITIMT FORMÅL

Kravet om legitimt formål går ut på at staten må ha et legitimt formål for inngripen i eiendommen. Hva som er å anse som legitimt formål er ikke definert i konvensjonen, men gjennom konvensjonspraksis har det vist seg at begrepet er meget vidt.⁵⁴ Staten har en vid skjønnsmargin, og tilfellene i konvensjonspraksis hvor vilkåret har blitt tillagt selvstendig betydning er saker der ingen formål er oppgitt.⁵⁵ Dette hovedspørsmålet her dermed liten selvstendig betydning, men formålet med inngrepet er svært relevant ved proporsjonalitetsvurderingen.⁵⁶

Formålet etter jordskifteloven er «å leggje til rette for effektiv og rasjonell utnytting av fast eieendom og ressursar til beste for eigarane, rettshavarane og samfunnet.»⁵⁷ Jordskiftet skal også skape mer tjenlige eiendomsforhold i jordskifteområdet sett under ett, der hvor det er utjenlige eiendomsforhold, jf. §§ 3-3 og 3-2. På bakgrunn av dette, og sett sammen med statens vide skjønnsmargin, ser jeg vanskelig at vilkåret vil føre til konvensjonsbrudd når det gjelder jordskiftesaker. Likevel vil formålet være et moment i proporsjonalitetsvurderingen.

2.3.6. KRAV OM PROPORSJONALITET

Det er et krav om proporsjonalitet (også kalt rettfærdig balanse) for at et eiendomsinngrep skal anses rettmessig etter P1-1.⁵⁸ Staten har en vid skjønnsmargin når det gjelder formål de anser nødvendige å gjennomføre inngrep i eiendomsretten for.⁵⁹ Det fremkommer også gjennom rettspraksis at EMD er forsiktige med å overprøve valget av virkemidler som er egnet til å oppnå

⁵⁴ Solheim (2010) s. 79.

⁵⁵ Solheim (2010) s. 80.

⁵⁶ Solheim (2010) s. 80-81.

⁵⁷ Jordskifteloven, § 1-1 første ledd første punktum.

⁵⁸ Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 43.

⁵⁹ Se for eksempel Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 68.

det bestemte formålet.⁶⁰ Når det gjelder virkningen av inngrepet er kontrollen strengere, og det er særlig her proporsjonalitetstesten gjør seg gjeldende.⁶¹

Det skal være en rimelig balanse mellom statens behov for styring og individets behov for vern.⁶² Det er en rekke momenter som spiller inn ved vurderingen av inngrepets proporsjonalitet, slik som formålet med inngrepet, hvor hardt inngrepet rammer klageren, om inngrepet bærer preg av å være vilkårlig og om det er svakheter ved hjemmelsgrunnlaget.⁶³ Listen er ikke uttømmende.

Det er kravet til proporsjonalitet som vil ha størst betydning i vurderingen av om jordskifteavgjørelser strider imot protokollen. Jordskiftesaker vurderes gjerne etter prinsippregelen eller kontrollregelen, og kravet til lovhjemmel og legitimt formål synes ikke alene å komme i konflikt når det gjelder oppfyllelse av protokollen. Spørsmålet blir derfor om jordskiftesaker slik de er gjennomført i rettspraksis består proporsjonalitetstesten. Det er som nevnt en rekke momenter som er relevante ved denne vurderingen. Jeg vil ved fremstillingen av rettspraksis fra EMD og ved fremstillingen av nasjonal rettspraksis fra jordskiftedomstolene ta for meg de aktuelle momentene.

⁶⁰ Solheim (2010) s. 82-83.

⁶¹ Solheim (2010) s. 83.

⁶² Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 43.

⁶³ Solheim (2010) s. 84-92.

3. RETTSPRAKSIS FRA DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOLEN

3.1. REGELVALGET

Regelvalget vurderes av EMD etter at det er konstatert at det dreier seg om eiendom i konvensjonens forstand og at det er gjort inngrep i denne eiendomsretten.

Regelvalget beror på inngrepets art. Begrunnelsen for å vurdere inngrepene etter forskjellige regler er at det ved de forskjellige inngrepene vil være behov for ulik styrke av vern. Individets beskyttelsesbehov vil være større ved et avståelsestilfelle enn ved et kontrolltilfelle, og det stilles dermed strengere krav for at det skal regnes som rettferdig balanse der det dreier seg om avståelse.⁶⁴ Solheim (2010, s. 74) påpeker på den annen side at regelvalget er tillagt mindre vekt i nyere konvensjonspraksis, og at dette kan tyde på at regelinnndelingen ikke lenger er like relevant for vurderingen etter P1-1. Uavhengig av regelvalget må inngrepet tolkes i lys av prinsippregelen og de øvrige kriteriene (lovhjemmel, legitimt formål og proporsjonalitet). Det bestemte inngrepets art, eller styrke, vil avgjøre hvilke krav som stilles for at det skal anses som en rettferdig balanse.

Jeg vil først ta for meg hva slags type inngrep som faller inn under avståelsesregelen, og deretter kontrollregelen. De typene inngrep som ikke faller inn under disse reglene vil av EMD behandles etter prinsippregelen.

Det er vanskelig å utlede klare retningslinjer for hvordan EMD avgjør hvilke tilfeller som skal behandles under hvilke regler.⁶⁵ Det er EMD's definisjon av eiendomsavståelse etter P1-1 som er avgjørende for om inngrepet skal behandles under avståelsesregelen.⁶⁶ Eiendomsavståelse er i EMK P1-1 normalt forstått som tap av eiendomsretten til fordel for andre.⁶⁷ Der det ikke foreligger en ekspropriasjon vurderer EMD om det allikevel har skjedd en faktisk ekspropriasjon (de facto ekspropriasjon).⁶⁸ For at et inngrep skal anses som en de facto ekspropriasjon kreves det at innehaveren av eiendommen taper mulighetene til eiendomsutnyttelse, uten at eiendomsretten nødvendigvis er overført til andre. I saken Sporrang og Lönnroth mot Sverige vurderte EMD det dertil at det ikke hadde skjedd en faktisk

⁶⁴ Solheim (2010) s. 71.

⁶⁵ Solheim (2010) s. 66.

⁶⁶ Solheim (2010) s. 66 med videre henvisninger

⁶⁷ Solheim (2010) s. 66 med videre henvisninger

⁶⁸ Se for eksempel Dom 23. september 1982 Sporrang og Lönnroth mot Sverige, premiss 62 og 63.

ekspropriasjon.⁶⁹ Eiendommen var underlagt ekspropriasjonstillatelse, og dette hindret mulighetene til eiendomsutnyttelse. Det ble ikke regnet som ekspropriasjon, da grunneierne fremdeles kunne selge eiendommene – dog til en lavere pris. De var ikke i en situasjon som kunne likestilles med ekspropriasjon. Det er strenge krav for at et inngrep skal regnes som en de facto ekspropriasjon.⁷⁰ Solheim (2010, s. 67-68) konkluderer med at avståelsesregelen synes etter konvensjonspraksis å kunne «få anvendelse for alle typer eiendom [forstått slik som i konvensjonen: min kommentar], så lenge avståelsen er endelig og total».

Kontrollregelen benyttes på inngrep som har til formål å sette grenser for eller å kontrollere bruken av eiendommen.⁷¹ Dette kan være inngrep i form av arealplaner, verneplaner, forskrifter med videre.⁷² En rekke jaktsaker behandlet av EMD har blitt vurdert under denne regelen, mye tyder på at bruksordningssaker jf. § 3-8 i jordskifteloven oftest vil falle inn under denne regelen.⁷³ I saken Chassagnou med flere mot Frankrike var det tale om en tvungen deltaking i en jaktordning. I Frankrike var det slik at dersom minst 60% av eierne av minst 60% av arealene i området krevde det, skulle det opprettes en felles jaktordning for alle grunneierne i det aktuelle området.⁷⁴ Dette er overførbart til norsk lovgivning i den forstand at dersom en part krever det, kan andre ufrivillig trekkes med i en bruksordning så lenge de materielle vilkårene i §§ 3-2, 3-3 og 3-18 er oppfylt. Kontrollregelen favner meget vidt, da de fleste inngrep i eiendomsretten gjerne kan sies å ha som formål å begrense eller kontrollere bruken av denne.⁷⁵

Prinsippregelen benyttes på inngrep som faller utenfor avståelses- og kontrollregelen. Utover dette gis det få retningslinjer for når regelen kommer til anvendelse.⁷⁶ Konvensjonspraksis kan allikevel gi en viss retning for når regelen blir anvendt. Solheim (2010, s. 70) trekker frem at «tilfeller som ligger nær opp mot en de facto ekspropriasjon, men som ikke anses tilstrekkelig tyngende, ofte bli[r] vurdert etter prinsippregelen». Jordskiftesakene fra Østerrike som har vært til behandling i EMD er blitt vurdert under prinsippregelen.⁷⁷ EMD uttalte i saken Poiss mot Østerrike:

⁶⁹ Dom 23. september 1982 Sporrang og Lönnroth mot Sverige

⁷⁰ Solheim (2010) s. 66 med videre henvisninger

⁷¹ Hauge (2016) s. 394 med videre henvisninger.

⁷² Hauge (2016) s. 394

⁷³ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

⁷⁴ Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike, premiss 14.

⁷⁵ Solheim (2010) s. 69.

⁷⁶ Solheim (2010) s. 70.

⁷⁷ Se Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, Dom 23. April 1987 Erkner og Hofauer mot Østerrike, Dom 30. oktober 1991 Wiesinger mot Østerrike og Dom 15. november 1996 Prötsch mot Østerrike.

«64. The Court notes first of all that the Austrian authorities did not effect either a formal expropriation or a de facto expropriation (see the Sporrong and Lönnroth judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 24, §§ 62-63). The transfer carried out in April 1963 was a provisional one; only the entry into force of a consolidation plan will make it irrevocable (see paragraph 32 above). The applicants may therefore recover their land if the final plan does not confirm the distribution made at the earlier stage of the proceedings. Accordingly, it cannot be said that the applicants have been definitively "deprived of their possessions" within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 (P1-1).»⁷⁸

Solheim (2010, s. 70) påpeker også at tiltak som er en kombinasjon av kontrolltiltak og andre tiltak gjerne vurderes under prinsippregelen. Han viser her til saken Sporrong og Lönnroth mot Sverige som ble behandlet under prinsippregelen, og hvor saken bestod av både et byggeforbud og det at det forelå ekspropriasjonstillatelse for eiendommene.⁷⁹ Til slutt kan det her nevnes at EMD synes å benytte prinsippregelen på inngrep de ikke kan eller vil klassifisere under avståelses- eller kontrollregelen.⁸⁰

3.2. PROPORSJONALITETSTESTEN

Kravet til proporsjonalitet fremkommer ikke av ordlyden i EMK P1-1, men gjennom rettspraksis fra domstolen fremkommer det klart at dette prinsippet spiller en sentral rolle ved vurderingen av om det foreligger brudd på EMK P1-1.⁸¹ I saken Poiss mot Østerrike uttalte domstolen i premiss 43 at «the Court must inquire whether a proper balance has been struck between the demands of the community's general interest and the requirements of protecting the fundamental rights of the individual».⁸² For at en slik balanse skal være oppnådd må det være «a reasonable relation of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State».⁸³ Solheim (2010, s. 81) uttaler at det er

⁷⁸ Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 64.

⁷⁹ Dom 23. september 1982 Sporrong og Lönnroth mot Sverige

⁸⁰ Solheim (2010) s. 71.

⁸¹ Se for eksempel Dom 23. september 1982 Sporrong og Lönnroth mot Sverige og Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

⁸² Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

⁸³ Solheim (2010) s. 81 med videre henvisninger.

avgjørende for proporsjonalitetsvurderingen om «klageren etter en helhetsvurdering må anses å bære en individuell og urimelig byrde («individual and excessive burden»)).

Det er som nevnt en rekke momenter som spiller inn ved vurderingen av om inngrepet er proporsjonalt, og jeg vil her ta for meg noen momenter som fremkommer av relevant rettspraksis. Jeg har i fremstillingen fokusert på momenter som er særlig relevante for jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8.

3.2.1. TIDSMOMENTET

Det har vært behandlet flere jordskiftesaker fra Østerrike i EMD.⁸⁴ I Østerrike blir areal tildelt nye grunneiere foreløpig - før den endelige jordskifteløsningen er avgjort, og før eventuell erstatning utmåles. I Østerrike gis det ikke erstatning for eventuelt tap i perioden fra det foreløpige arealbytte og frem til den endelige jordskifteplanen. Dette skiller seg fra det systemet vi har i Norge, hvor det ikke gjennomføres et foreløpig arealbytte. Jordskifteretten kan riktignok fastsette regler for bruken av eiendommene i jordskifteområdet, som skal gjelde fra tidspunktet saken ikke lenger kan trekkes uten samtykke fra jordskifteretten, jf. § 3-34 første ledd, første punktum. Men etter annet og tredje ledd er det her regler om vederlag for den som må avstå fra bruk, og kostnader for den som har nytte av avgjørelsen. I saken Poiss mot Østerrike ble det konstatert brudd på EMK P1-1.⁸⁵ Bakgrunnen for dette var at EMD vurderte det dertil at det at grunneierne ikke ville motta kompensasjon for eventuelt tap under det foreløpige skiftet medførte at grunneierne måtte bære en uproporsjonal byrde – sett sammen med at de var blitt holdt i uvisse over lengre tid (24 år). Situasjonen i saken Erkner og Hofauer mot Østerrike var tilsvarende den i Poiss mot Østerrike, her var tiden de var blitt holdt i uvisse uten mulighet for kompensasjon nærmere 17 år.⁸⁶ Det ble også her konstatert brudd. I de sakene det ikke har blitt konstatert brudd har det gått mindre tid fra den foreløpige arealoverføringen til det endelige skiftet og staten har tatt hensyn til grunneiernes innvendinger og undersøkt disse.⁸⁷

⁸⁴ Se her Dom 30. oktober 1991 Wiesinger mot Østerrike, Dom 15. november 1996 Prötsch mot Østerrike, Dom 23. april 1987 Erkner og Hofauer mot Østerrike og Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike.

⁸⁵ Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

⁸⁶ Dom 23. april 1987 Erkner og Hofauer mot Østerrike

⁸⁷ Dom 30. oktober 1991 Wiesinger mot Østerrike, Dom 15. november 1996 Prötsch mot Østerrike

3.2.2. SUBJEKTIVE HENSYN

I en rekke jaksaker behandlet av EMD kommer de subjektive hensynene tydeligere frem, hvor det at grunneierne er imot jakt av etiske grunner har vært et viktig moment.⁸⁸ I disse sakene har tvungent medlemskap i jaktordninger man er motstander av, samt formen for kompensasjon spilt en viktig rolle.⁸⁹ Kompensasjon i form av jaktrett kan være uten verdi for en grunneier som er motstander av jakt. Det samme gjelder kompensasjon i form av penger som springer ut fra jakten.⁹⁰ Det om klageren har hatt en reell mulighet til å påvirke hvorvidt det skulle jakes på eiendommen har også vært et moment i vurderingen av om jaktordningen er konvensjonsstridig eller ikke.⁹¹

Etiske overbevisninger når det gjelder dyrevelferd har altså spilt en viktig rolle i proporsjonalitetsvurderingen. Et interessant spørsmål er hvordan dette ville artet seg ved etiske overbevisninger ved for eksempel miljøhensyn. Hauge (2016, s. 414) uttalte at «mykje kan [...] tyda på at det skal noko til før ei meir klassisk naturverninteresse blir vurdert av EMD til å vera eit like tungt moment som motstand mot eit eigedomsinngrep på grunn av dyrevelferdsomsyn. [...] Kompensasjon i form av pengar frå kraftverket til ein naturvernar [vil] neppe bli vurdert som like krenkjande som naturalkompensasjon i form av jaktrettar til ein som set dyrevelferd høgt».

3.2.3. FORMÅLET MED INNGREPET

Formålet med inngrepet er også et moment som tillegges vekt etter proporsjonalitetsvurderingen. Formålet med inngrepet er som nevnt et selvstendig moment i EMD's metode. Dersom inngrepet ikke har et oppgitt formål eller et tilstrekkelig formål vil dette alene kunne føre til brudd. Dette er sjeldent tilfelle, men momentet av hvor tyngende formålet er spiller inn ved proporsjonalitetsvurderingen. Hauge (2016, s. 402) uttaler at hun vanskelig ser at utbygging av kraftverk «vil bli vurdert som at dei realiserer tungtvegande samfunnsinteresser på ein slikt måte at det vil ha mykje å seia i proporsjonalitetsvurderinga». Bruksordningssaker som behandler fallretter vil mest sannsynlig ikke anses som inngrep for tungtveiende formål, og dermed vil det stilles mindre strenge krav til hvor hardt inngrepet

⁸⁸ Pakkala (2013).

⁸⁹ Se for eksempel Dom 26. juni 2012 Hermann mot Tyskland og Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

⁹⁰ Se Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike og Dom 26. juni 2012 Hermann mot Tyskland.

⁹¹ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

rammer klageren før brudd konstateres. I saken Poiss mot Østerrike ble den foreløpige arealoverføringen sett på som et legitimert formål for å sikre at «the land in question can be continuously and economically farmed in the interests of the landowners generally and of the community».⁹² Dette formålet ble så veid opp mot byrden det enkelte individet måtte bære som følge av inngrepet. Formålet med inngrepet er dermed et viktig moment i proporsjonalitetsvurderingen.

3.2.4. INNGREPETS BETYDNING FOR KLAGEREN

Hvor hardt inngrepet rammer klageren blir tillagt stor vekt ved proporsjonalitetsvurderingen. Dette momentet skal som nevnt veies opp mot formålet inngrepet gjennomføres for. I saken Chassagnou med flere mot Frankrike ble virkningene av inngrepet ansett som for tyngende for klageren sett i forhold til formålet inngrepet tjente.

EMD uttalte følgende:

«[...] the Court considers that the result of the compulsory-transfer system which it lays down has been to place the applicants in a situation which upsets the fair balance to be struck between protection of the right of property and the requirements of the general interest. Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision».⁹³

3.2.5. MYNDIGHETENES OG KLAGERENS OPPTREDEN I SAKEN

Myndighetens og klagerens opptreden i saken er også et moment som er tillagt vekt i proporsjonalitetsvurderingen. I saken Wiesinger mot Østerrike ble det at Wiesinger ikke motsatte seg den foreløpige arealoverføringen tatt med i vurderingen ved proporsjonalitetstesten.⁹⁴ Videre vurderte myndighetene Wiesingers innvendinger etter en omregulering av området, da deler av hans tidligere landbruksjord var blitt omregulert til utbyggingsformål. Myndighetene tok innvendingene til følge ved å ikke omregulere mer av

⁹² Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 68.

⁹³ Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike, premiss 85.

⁹⁴ Dom 30. oktober 1991 Wiesinger mot Østerrike.

arealet til utbyggingsformål, og heller ikke utstede flere byggetillatelser.⁹⁵ Myndighetenes og klagerens opptreden i saken var her momenter som ble vektlagt i proporsjonalitetsvurderingen, og EMD kom frem til at tilfellet ikke var i strid med eiendomsvernet i EMK P1-1.

Dette viser at jordskifterettens vurdering av partenes innvendinger, samt hvordan disse håndteres kan ha betydning for om det er en rettferdig balanse.

3.2.6. KOMPENSASJON

Størrelsen på eller formen for tilbudt erstatning er et moment som vektlegges i proporsjonalitetsvurderingen. I jordskiftesakene fra Østerrike var det at klagerne ikke var tilbudt erstatning for tiden mellom det foreløpige skiftet og det endelige skifte et viktig moment.⁹⁶ I jaktsakene var formen for kompensasjon et viktig moment, hvor verken jaktrett for en som var imot jakt av etiske grunner, eller penger som springer ut av jakten, ble sett på som tilstrekkelig kompensasjon.⁹⁷

Fremstillingen av momenter fra rettspraksis er her ment å illustrere momenter som kan gjøre seg gjeldene. Dette vurderes av EMD særskilt i den enkelte sak, og jeg vil i behandlingen av rettspraksis fra Norge trekke frem momenter jeg mener kan være av betydning.

⁹⁵ Dom 30. oktober 1991 Wiesinger mot Østerrike, premiss 78.

⁹⁶ Se for eksempel Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

⁹⁷ Se Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike og Dom 26. juni 2012 Hermann mot Tyskland.

4. RETTSPRAKSIS FRA JORDSKIFTEDOMSTOLENE BEHANDLET I LYS AV EMK P1-1

Jeg vil i dette kapittelet presentere et utvalg av jordskiftesaker fra norske domstoler, der virkemidlene i §§ 3-4 eller 3-8 er brukt. Disse vil jeg vurdere i lys av EMK P1-1, altså plassere de under en regel og gjennomføre en proporsjonalitetsvurdering hvor jeg trekker frem relevante momenter. Formålet med dette er å undersøke i hvilken grad jordskiftesakene etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 er løst i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1. Fremstillingen i dette kapittelet er min vurdering av hvordan disse sakene eventuelt ville blitt vurdert etter EMK P1-1.

4.1. RETTSPRAKSIS JORDSKIFTE

4.1.1. SAK NR. 2300-2002-0004 HÅLAND

Denne saken er en ankesak over et jordskifte på Håland. Jordskifte var krevd av det offentlige, og flertallet av grunneiere krevde jordskifte opphevet. Partene anførte i hovedsak at jordskifte hadde medført tap for eiendommene. Jordskiftet så fint ut på papiret på grunn av redusert antall teiger og kortere grenser totalt, men at det ikke var praktisk i realiteten på grunn av steingjerder med videre. Samtidig ble det anført at jordskifte gjorde det vanskelig å bevare kulturlandskapet. Det ble også anført at jordskifte ikke hadde noen betydning slik eiendommene ble drevet i dag (hovedsakelig fritidseiendommer). Det ble påberopt at jordskifte var i strid med vilkåret om utjenlige eiendomsforhold, jf. § 3-2 i jordskifteloven av 2013 og eiendomsvernet i EMK P1-1. Partene ønsket å drifte jorden de hadde arvet av sine forfedre.

Jordskifteoverretten uttalte om dette:

«Et jordskifte er en behandling av eiendommer og ikke av enkeltpersoner/grunneiere. Den enkelte får «nyte sin eiendom i fred», men eiendommen kan ved et jordskifte endre form og innhold».⁹⁸

Videre uttalte jordskifteoverretten at EMK P1-1 «ikke skal være til hinder for at det vedtas lover som skal sikre den enkelte stat i at eiendommer blir brukt i samsvar med allmennhetens

⁹⁸ Sak nr. 2300-2002-0004 Håland, s. 15.

interesser. [...] Begrunnelsen for landbruksdepartementet krav i denne saken var nettopp allmenne hensyn».⁹⁹

Jordskifteoverretten uttaler også at det ved et jordskifte skal ses på de «objektive muligheter som ligger i eiendommene, [...] ikke kun [...] dagens eierforhold og driftsmåter».¹⁰⁰

Jordskifteretten er videre av «den oppfatning at den reduksjon av teiger som har skjedd for eiendommene til den ankende part er til nytte for eiendommen objektivt sett. Uansett hva man skal bruke eiendommen til, er det en fordel med færre teiger og at en er eneeier i de teigene man har».¹⁰¹

Anken ble ikke gitt medhold, og jordskiftet ble stadfestet.

Saken vurdert i lys av EMK P1-1

Sett i lys av konvensjonspraksis vil det her konstateres at det dreier seg om eiendom i konvensjonens forstand, og at jordskifte er ett inngrep i denne eiendomsretten. Videre skal tilfellet plasseres under en regel. Konvensjonspraksis tilsier her at jordskifte plasseres under prinsippregelen. I saken Poiss mot Østerrike uttalte EMD følgende:

«64. The Court notes first of all that the Austrian authorities did not effect either a formal expropriation or a de facto expropriation (see the Sporrong and Lönnroth judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 24, §§ 62-63). The transfer carried out in April 1963 was a provisional one; only the entry into force of a consolidation plan will make it irrevocable (see paragraph 32 above). The applicants may therefore recover their land if the final plan does not confirm the distribution made at the earlier stage of the proceedings. Accordingly, it cannot be said that the applicants have been definitively "deprived of their possessions" within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 (P1-1).

Nor was the provisional transfer essentially designed to restrict or control the "use" of the land (second paragraph of Article 1) (P1-1), but to achieve an early restructuring of the consolidation area with a view to improved, rational farming by the "provisional

⁹⁹ Sak nr. 2300-2002-0004 Håland, s. 16.

¹⁰⁰ Sak nr. 2300-2002-0004 Håland, s. 13.

¹⁰¹ Sak nr. 2300-2002-0004 Håland, s. 14.

owners" (see paragraph 32 above). The transfer must therefore be considered under the first sentence of the first paragraph of Article 1 (P1-1).»¹⁰²

Det som her er viktig å merke seg er at dette var et foreløpig skifte, ikke et endelig et slik som i saken Håland.

Jordskifte slik det gjennomføres i Norge kan tenkes å falle inn under avståelsesregelen, da det er tap av eiendomsretten til fordel for andre – med erstatning i annen eiendom.¹⁰³ Samtidig taper ikke innehaveren av eiendommen mulighetene til eiendomsutnyttelse, da det er et skifte av jord og ikke en ekspropriasjon med erstatning i penger. Skifte er på den andre siden endelig. Det er dermed mulig at EMD ville vurdert jordskifte med endelig og varig virkning som en formell ekspropriasjon, men etter konvensjonspraksis ser vi at EMD benytter prinsippregelen der de ikke kan eller vil plassere tilfellet under en regel. Videre er det strenge krav for at et inngrep skal regnes som en de facto ekspropriasjon.¹⁰⁴ Ved et jordskifte tildeles grunneieren annen jord, og skal i denne forbindelse ikke lide et objektivt tap. Om noe skal mulighetene til eiendomsutnyttelse bedres, og jeg mener derfor at jordskifte slik det gjennomføres i Norge ikke ville blitt vurdert som en de facto ekspropriasjon. Formålet med jordskifte er heller ikke å begrense eller kontrollere bruken, slik som ved reguleringsplaner, verneplaner og forskrifter. Jeg mener derfor at jordskifte heller ikke ville blitt vurdert under denne regelen. Jeg ser det som sannsynlig at jordskifte ville blitt vurdert under prinsippregelen.

Sett i lys av den kunnskap jeg innehar om EMK P1-1 virker det for lett vint å si at «den enkelte får «nyte sin eiendom i fred», men eiendommen kan ved et jordskifte endre form og innhold», slik jordskifteoverretten gjorde i denne saken.¹⁰⁵ Det stemmer at EMK P1-1 ikke skal hindre at eiendommer blir brukt i samsvar med allmennhetens interesser, men det må her være proporsjonalitet mellom inngrepet i eiendomsretten og de allmenne interessene det her siktes til. Det at det objektivt sett er tjenlig med færre teiger er ikke nødvendigvis nok, da det er klart at EMK P1-1 også ser hen til subjektive hensyn.¹⁰⁶ De momentene som her vil spille en rolle er det at grunneierne ønsker å drifte sine forfedres jord, det at de mener de har lidd et tap under jordskifte og tyngden til formålet ved jordskifte.

¹⁰² Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 64.

¹⁰³ Solheim (2010) s. 66 med videre henvisninger

¹⁰⁴ Solheim (2010) s. 66 med videre henvisninger

¹⁰⁵ Sak nr. 2300-2002-0004 Håland, s. 15.

¹⁰⁶ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

Det er i allmennhetens interesser at jordskifte stadfestes, da eiendommene etter jordskifte er mer egnet til jordbruksdrift slik det foregår i dagens samfunn. Samtidig hevder klageren at jordskifte gjorde det vanskelig å bevare kulturlandskapet, samt at partene lider et subjektivt tap da de ønsker drifte sine forfedres jord. Formålet med dette jordskifte kan, slik jeg leser det ut av ankesaken, ikke anses særlig tyngende. Driften fungerer godt i forhold til dagens bruk, og partene ønsker bevaring av kulturlandskapet og å drifte forfedrenes jord. Hvorvidt kulturlandskapet vil ta større skade av jordskifte ser jeg ikke at jordskifteoverretten har vurdert, men de mener klart at jordskifteområdet er mer egnet til jordbruk etter skiftet. Jeg tar dermed utgangspunkt i at det er i allmennhetens interesser å stadfeste jordskiftet, slik at det skapes bedre driftsgrunnlag.

Det subjektive hensynet at grunneierne ønsker å drifte sine forfedres jord tas ikke med i vurderingen av jordskifteoverretten. Jordskifteoverretten vurderer de objektive hensynene. Som nevnt over ser EMK P1-1 også hen til subjektive hensyn. I sakene fra EMD har subjektive hensyn særlig blitt vektlagt der disse er etiske.¹⁰⁷ Det at grunneierne ønsker å drifte sine forfedres jord tror jeg ikke er tungtveiende nok sett i forhold til allmennhetens interesser i denne saken. Et annet viktig poeng er at jordskifteoverretten her har vurdert partenes innvendinger, noe som i konvensjonspraksis er et moment som er tillagt vekt i proporsjonalitetstesten.¹⁰⁸ På bakgrunn av dette ser det ut til at denne jordskiftesaken er i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1.

4.2. RETTSPRAKSIS BRUKSORDNINGER

4.2.1. SAK NR. 0800-2008-0010 REIERSDAL

Denne saken er en bruksordningssak om vannfall og utnyttning av dette. A og B eier tilgrensede eiendommer, hvor en del av grensen i mellom eiendommene går i Reiersdalselva. Grunneier A eier det meste av vannfallet hvor han ønsker å bygge ut et kraftverk, men er avhengig av å involvere grunneier B for å få til en tjenlig løsning. Grunneier B på sin side ønsker ikke utbyggingen.

¹⁰⁷ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

¹⁰⁸ Se for eksempel Dom 15. november 1996 Prötsch mot Østerrike, premiss 47, hvor staten undersøkte klagerens innvendinger med fant de uholdbare.

Grunneier B hevder at kostnadene og ulempene er større enn nytten ved jordskifte. Ulempene B har påberopt seg er i hovedsak: «dårligere fiskebestand, forringet badekulp, endrede trekkruer for elg, estetisk skjemmende vanninntak og rørgater, støy og økonomisk risiko».¹⁰⁹

B argumenterer for sitt syn ut i fra det at eiendommen benyttes som fritidseiendom. Jordskifteretten skal gjøre en objektiv vurdering, og vurderer eiendommen som en landbrukseiendom på bakgrunn av opplysninger om eiendommens størrelse.¹¹⁰ Vurderingen av ulemper gjøres derfor med tanke på at eiendommen er en landbrukseiendom.

Jordskifteretten påpeker at det ikke er drevet fiske i området, og at det ikke er sannsynlig at det vil bli det i fremtiden heller. Badekulpen kan bli forringet, men jordskifteretten mener at dette ikke er av stor betydning for eiendommen til B sett som landbrukseiendom. Retten sier seg enig i at det er usikkerhet til hvordan vilt vil reagere på inngrep i naturen, men at inngrepene er «så beskjedne at de i liten grad vil påvirke elgjakten negativt».¹¹¹ Om estetisk skjemmende vanninntak og rørgater uttaler retten at det kan virke skjemmende, men at inngrepet ikke kan anses som en ulempe med tanke på at det er en landbrukseiendom. Når sårene i terrenget gror igjen, vil inngrepet ikke være like synlig. Ulempene i form av støy vil hovedsakelig gjelde anleggsperioden, støy ved tilsyn med videre vil ikke være av betydning for eiendommen til B. Til slutt kommenterer jordskifteretten grunneier B's tanker om økonomisk risiko, og viser til at «retten ikke vil kunne pålegge partene investeringer som kan være forbundet med høy risiko. [...] Investeringer som kan innebære stor risiko, gjennomføres av et driftsselskap».¹¹²

Jordskifteretten fremmet denne jordskiftesaken, og opprettet en bruksordning og et falleierlag.

Saken vurdert i lys av EMK P1-1

I lys av konvensjonspraksis etter EMK P1-1 vil det her konstateres at det dreier seg om eiendom, og at det gjelder et inngrep i denne eiendomsretten. Spørsmålet blir dermed hvilken regel tilfellet skal vurderes under. Bruksordning er ikke en formell ekspropriasjon, men tvangsinngrep som gjelder avståing av andre retter enn full eiendomsrett kan også anses som ekspropriasjon.¹¹³ Som nevnt under kapittelet for konvensjonspraksis om regelvalget skal man se om det har skjedd en faktisk ekspropriasjon; en de facto ekspropriasjon. Det er relativt

¹⁰⁹ Sak nr. 0800-2008-0010 Reiersdal, s. 13.

¹¹⁰ Sak nr. 0800-2008-0010 Reiersdal, s. 13.

¹¹¹ Sak nr. 0800-2008-0010 Reiersdal, s. 14.

¹¹² Sak nr. 0800-2008-0010 Reiersdal, s. 14.

¹¹³ Hauge (2016) s. 398

strengt krav for at et tilfelle skal vurderes under avståelsesregelen, og sett i lys av konvensjonspraksis og juridisk litteratur virker det sannsynlig at tilfellet ville blitt plassert under kontrollregelen.¹¹⁴

Relevante momenter i proporsjonalitetsvurdering er her at grunneierne mente at de ville lide tap som følge av utnyttelse av fallet, sett i forhold til at eiendommen er brukt som en fritidseiendom. Samfunnets interesser er at naturressursene til fornybar energi blir utnyttet, og det er mellom dette formålet og individets beskyttelsesbehov proporsjonalitetsvurdering må gjennomføres. Hauge (2016, s. 402) ser vanskelig at utbygging av kraftverk vil bli vurdert som realisering av tungtveiende samfunnsinteresser ved behandling i EMD, og sett i sammenheng med bruksordningssaken jeg her vurderer sier jeg meg enig i det. Spørsmålet blir dermed om formålet er tungtveiende nok til å forsvare inngrepet i eiendomsretten til B. Sett i forhold til ulempene B vil oppleve på sikt, og de fordelene B vil få ved inngrepet mener jeg her at det er en rettferdig balanse. Inngrepet påfører ikke B økonomisk risiko, og B vil ha krav på kompensasjon for fall de stiller til disposisjon for et driftsselskap. Ulempene B vil påføres er lite tyngende, og ved den kompensasjonen de vil få for inngrep ser jeg det sannsynlig at EMD ville vurdert tilfellet dertil at eiendomsvernet i EMK P1-1 var oppfylt.

Det er en interessant problemstilling om dette kunne blitt vurdert annerledes dersom det var tale om etiske overbevisninger som førte til at B var motstander av utnyttelse av vannfallet.¹¹⁵

4.2.2. SAK NR. 2900-2011-0008 RØSNES YTRE M. FL

Denne saken er en bruksordningssak om jaktordninger. Saken jeg her skal se på er ankesaken sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl som er en anke over sak nr. 1900-2008-0029.

I den ordinære behandlingen av saken ble 30 eiendommer organisert i et utmarkslag som skulle forvalte storviltjakt, småviltjakt og innlandsfiske. Vedtaket om felles organisering ble anket til jordskifteoverretten av en av de største grunneierne, og det er denne anken jeg her vil se på. Grunneierne hevdet at de led et tap som følge av jordskifte, jf. § 3-18 og henviste også til EMK

¹¹⁴ Se for eksempel dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike. Se også Hauge (2016) s. 393-396 om regelvalget ved bruksordninger.

¹¹⁵ Se Hauge (2016) s. 414 hvor problemstillingen er omtalt.

P1-1. De anførte prinsipalt at deres eiendom var tjenlig, velarrondert og at den ikke kunne trekkes med i bruksordningen.¹¹⁶

Om forholdet til EMK P1-1 uttalte klageren at «gjennom den vedtatte bruksordning fratras eieren det alt vesentlige av eierbeføyelser til eiendommen, og grunneier må mot sin vilje overlate styringen og utnyttningen av eiendommen til et utmarkslag uten erstatning».¹¹⁷

Videre uttalte klageren at de ikke anså jordskifteloven å være i strid med EMK P1-1, men at det forelå brudd på denne protokollen da jordskifteloven § 3-18 ikke var oppfylt.¹¹⁸

De påpekte at «vernet av eiendomsinteresser i EMK P1-1, også gjelder i et tilfelle som her hvor private står mot private selv om regelen er formulert som en regel mellom stat og den enkelte borger. Videre er hensynet til proporsjonalitet sentralt i regelen. I dette tilfellet må det legges vekt på at jakt- og fiskeinteresser neppe er særlig tungtveiende i et samfunnsmessig perspektiv. I den vedtatte bruksordning er ikke inngrepet proporsjonalt».¹¹⁹

Klagerens misnøye med bruksordningen gikk i all hovedsak ut på at de tapte sin eksklusive rett til småviltjakt på eiendommen, og at de led et tap i forbindelse med dette. De andre privateide eiendommene i området var av slik størrelse at småviltjakt ikke lot seg gjøre uten samarbeid eiendommene i mellom. Disse eiendommene hadde objektivt sett en fordel av bruksordningen. Klageren anførte at det kunne vært laget en tjenlig løsning uten deres eiendom, og at jordskifte ikke skal gjøre mer enn nødvendig for å skape en tjenlig løsning, jf. § 3-2 annet ledd. Videre påpekte klageren at «dersom overretten kommer til at det er grunnlag for jordskifte i området, må bruksordningen i så fall ikke gjøres mer omfattende enn det som er strengt nødvendig for å oppfylle lagets formål».¹²⁰

Lagets formål er etter vedtektene: «[...] å samle grunneiere og rettighetshavere i området for i fellesskap å forvalte storviltjakt, småviltjakt, innlands- og anadromt fiske innen lagets område på en forsvarlig måte, som del av landbruksnæringa og til beste for grunneiere og eventuelle rettighetshavere som er medlemmer i laget.»¹²¹

¹¹⁶ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 6.

¹¹⁷ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 7.

¹¹⁸ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 7.

¹¹⁹ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 7.

¹²⁰ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 7.

¹²¹ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 26.

Jordskifteoverretten sa seg enig i at en mindre inngripende bruksordning ville være tjenlig for klageren, og vedtok en bruksordning hvor det er felles forvaltning av småviltjakten for alle lagets medlemmer, mens eget jaktområde som klageren disponerer over.¹²² De resterende grunneierne skal også ha felles jaktområde. Dette vil skape en tjenlig løsning for alle parter i bruksordningssaken, da det gir mulighet til storviltjakt og småviltjakt for alle eiendommene – samt at klageren ikke mister sin fordel ved å disponere eget jaktområde til småviltjakt. Fellesforvaltningen av jakten vil fremdeles sørge for at formålet med laget er oppfylt.

Saken vurdert i lys av EMK P1-1

Saken er en bruksordningssak, som gjelder eiendom og en inngripen i denne eiendomsretten. Etter konvensjonspraksis vil saken vurderes til å begrense eller kontrollere bruken av eiendomsretten.¹²³ Det er verken foretatt en formell ekspropriasjon eller en de facto ekspropriasjon. Saken skal vurderes under kontrollregelen, men må også vurderes i lys av prinsippregelen.

Resultatet av ankesaken førte til at § 3-18 i jordskifteloven med sikkerhet var oppfylt, og slik jeg ser det er også proporsjonalitetstesten i EMK P1-1 oppfylt. Formålet med inngrepet er å bedre forvaltningen av storviltjakt, småviltjakt, innlands- og anadromt fiske, til det beste for landbruksnæringen og grunneierne.¹²⁴ Bruksordningen sikrer forvaltningen, og skaper også mer tjenlige eiendomsforhold da grunneierne får mulighet til å utnytte storviltjakt i samarbeid på eiendommene, samt at de mindre eiendommene som tidligere ikke kunne utnytte småviltjakten får muligheten til dette. Klageren er også ivaretatt ved at jordskifteretten tok deres innvendinger til etterretning og endret vedtektene slik at det for småviltjakten er felles forvaltning, men klageren får likevel disponere eget jaktfelt. Det er her proporsjonalitet mellom formålet med inngrepet og byrden grunneierne må bære.

4.2.3. SAK NR. 1900-2008-0029 RØSNES YTRE

Jeg vil også se på en problemstilling som reiste seg i den ordinære behandlingen av saken, og som ikke ble behandlet inngående. Dette spørsmålet var ikke en del av anken, da problemstillingen gjelder andre eiendommer enn den som ble behandlet i ankesaken, og

¹²² Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 22.

¹²³ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike, premiss 74.

¹²⁴ Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl, s. 26.

grunneier her ikke valgte å anke avgjørelsen. EMK P1-1 ble her ikke påberopt, men to av grunneierne motsatte seg deltakelse i bruksordningen på bakgrunn av etiske motforestillinger mot felling av dyr på sin eiendom.

Om dette uttalte jordskifteretten at «disse eierne kan jobbe for at vedtektene vil inneholde bestemmelser om dette, eller at de får til andre ordninger som sikrer at deres syn ivaretas. Retten kan imidlertid ikke ta hensyn til en slik begrunnelse ved avgjørelsen om fremme av saken. Det er viktig at disse eiendommene som ligger nærmest midt i skiftefeltet, blir med på bruksordningen slik at jaktfeltet ikke blir delt».¹²⁵

Videre uttalte jordskifteretten at «etter jordskifterettens syn har samtlige eiere nytte av bruksordningssaken. Eiendommen vil som nevnt over bli tilgodesett med inntekter på utleie av storviltjakt og salg av jakt- og fiskekort».¹²⁶

Grunneierne som har motsatt seg bruksordningen av etiske grunner er vegetarianere, og ønsker dermed ikke felling av dyr på sine eiendommer. En av grunneierne uttalte at deltakelse i laget må være frivillig.

Grunneiernes innvendinger mot bruksordningen fikk ikke medhold, og de ble tildelt en fastsatt andel i utmarkslaget. Det ble ikke tatt med forbehold om jakt på deres eiendommer i vedtektene.

Saken vurdert i lys av EMK P1-1

Bruksordningen gjelder eiendom, og det er foretatt et inngrep i denne eiendomsretten. Videre skal tilfellet plasseres under en regel, og på lik linje med ankesaken vil jeg anta at dette tilfellet også må vurderes under kontrollregelen – da formålet med inngrepet er å begrense eller kontrollere bruken.

Relevante momenter å vurdere i proporsjonalitetsvurderingen er her at forsvarlig forvaltning av viltbestanden er i samfunnets og grunneierne interesse, det at grunneierne som er motstandere av jakt av etiske grunner blir tvunget med i bruksordningen og det at erstatningen som gis for dette er en andel av inntektene knyttet til utleie av storviltjakt og salg av jakt- og fiskekort.

Fra konvensjonspraksis om jaktordninger kan det trekkes frem flere relevante momenter for proporsjonalitetsvurderingen, og hvordan disse har blitt vurdert. I saken Herrmann mot

¹²⁵ Sak nr. 1900-2008-0029 Røsnes ytre, s. 20.

¹²⁶ Sak nr. 1900-2008-0029 Røsnes ytre, s. 20.

Tysland, som handlet om tvunget medlemskap i jaktforening, fikk man et klarere bilde av rettstilstanden for slike saker.¹²⁷

Inngrepet i eiendomsretten skal her veies mot samfunnets interesser, i denne saken forsvarlig forvaltning av viltbestanden. Det var behov for slik forvaltning i det aktuelle område. Videre er det et viktig moment at klagerne ikke har noen reell mulighet for å unngå jakt på sine eiendommer, da de vil måtte ha flertall for dette på årsmøte, jf. vedtektene til utmarkslaget. I konvensjonspraksis er også det at det ikke tas hensyn til etiske overbevisninger i lovgivningen tillagt vekt i vurderingen.¹²⁸ Videre er det at grunneierne kun kan få en begrenset kompensasjon i form av inntekter fra jakten et viktig moment.¹²⁹ Jeg vil også nevne her at jordskifteretten ikke vurderte innvendingene fra grunneierne om fritak fra jakting på deres eiendom på bakgrunn av etisk overbevisning grundig nok, ut ifra det jeg kan lese fra rettsboken.

I sakene Chassagnou og Schneider ble det konstatert brudd på EMK P1-1 på bakgrunn av disse momentene, og domstolen kom frem til samme konklusjon i saken Herrmann mot Tyskland.¹³⁰ De utalte at «the obligation to tolerate hunting on their property imposes a disproportionate burden on landowners who, like the applicant in the present case, are opposed to hunting for ethical reasons».¹³¹

På bakgrunn av konvensjonspraksis om EMK P1-1 og jaktforeninger stiller jeg spørsmål ved om denne saken vedrørende grunneierne som var motstandere av jakt av etiske grunner er i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1. Kompensasjon for eiendomsinngrepet i form av inntekter fra jakt kan ha liten eller ingen verdi ved en slik etisk overbevisning, og vil da medføre at grunneieren subjektivt sett vil måtte bære en urimelig byrde for inngrepet slik jeg tolker det. Proporsjonalitet mellom samfunnets interesser og individets beskyttelsesbehov er da ikke oppnådd. Til tross for at jaktsakene som har vært oppe til behandling i EMD taler for at etiske overbevisninger som ikke er hensynstatt i slike saker kan føre til brudd på protokollen, er det viktig å huske på at hver sak behandles konkret og at det er en helthetsvurdering av det aktuelle inngrepet som avgjør om det er en rettferdig balanse. Det er derfor vanskelig å uttale seg klart

¹²⁷ Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland. Pakkala (2013) s. 21.

¹²⁸ Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland, premiss 92.

¹²⁹ Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland, premiss 91.

¹³⁰ Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike. Dom 10. juli 2007 Schneider mot Luxemburg. Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland, premiss 93.

¹³¹ Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland, premiss 93.

om hvordan dette ville stilt seg i denne saken, men det er nærliggende å tro at brudd på EMK P1-1 kunne vært utfallet.

Videre vil jeg kort nevne at klageren henviste til menneskerettighetskonvensjonen artikkel 11 som handler om forsamlings- og organisasjonsfrihet. Jordskifteretten forsto det som å gjelde en annen artikkel en denne, men jeg mener klart det må gjelde artikkel 11 om forsamlings- og organisasjonsfrihet.¹³² Art. 11 lyder som følgende:

«Art 11. Freedom of assembly and association

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.»¹³³

Denne artikkelen har blitt vurdert i forbindelse med flere av jaktsakene fra EMD, som i saken Chassagnou med flere mot Frankrike, hvor det ble konstatert brudd på denne artikkelen.¹³⁴ Situasjonen i saken er noe annerledes enn den etter jordskifteloven § 3-8, men tvungen deltakelse i bruksordning og utmarkslag kan tenkes problematisert i forhold til denne artikkelen.

Jeg stiller spørsmål ved rettens veiledningsplikt i denne saken, jf. jordskifteloven § 6-16. Jordskifteretten burde ha forstått hvilken regel partene forsøkte påberope seg – og dermed gitt veiledning jf. jordskifteloven § 6-16 annet ledd, samt mulighet for retting jf. jskl § 6-16 sjette ledd, jf. tvisteloven § 16-5. Jeg vil her også nevne at EMK P1-1 ikke ble påberopt av partene, men at to av grunneierne motsatte seg deltakelse i bruksordningen på bakgrunn av etiske motforestillinger mot felling av dyr på sin eiendom – jeg mener også her at retten skulle gitt veiledning til partene jf. jskl § 6-16.

¹³² Sak nr. 1900-2008-0029 Røsnes ytre, s. 60

¹³³ EMK, art. 11.

¹³⁴ Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike, premiss 117.

5. SPØRREUNDERSØKELSE JORDSKIFTEDOMMERE

Jeg har i forbindelse med masteroppgaven gjennomført en spørreundersøkelse om jordskiftedommers forhold til EMK P1-1. Dette har jeg gjort ved å sende ut et internettbasert spørreskjema via questback, hvor jordskiftedommere har vært respondentene. Jeg sendte spørreundersøkelsen til samtlige 34 jordskiftedomstoler - hvorav 18 jordskiftedommere, noen tilsatt ved samme jordskiftedomstol, svarte.

Spørreundersøkelsen har fokusert på jordskiftedommers kjennskap til, forståelse og bruk av EMK P1-1 ved behandling av saker i jordskifteretten. Jeg vil i dette kapittelet presentere resultatene fra undersøkelsen.

Jordskiftedommerne oppgir at de i liten til noen grad har kunnskap om eiendomsvernet i EMK P1-1. Flere av jordskiftedommerne nevner Stig Solheims bok «Eiendomsbegrepet i den europeiske menneskerettskonvensjonen» som kilde til kunnskapen de innehar. Videre fremkommer det av svarene at jordskiftedommerne er kjent med ordlyden i EMK P1-1, men at de færreste har større kjennskap til protokollen utover selve ordlyden. Det påpekes at EMK P1-1 har liten betydning for jordskifteretten i hverdagen, mens en av respondentene nevner at vedkommende «er kjent med at det er reist spørsmål om deler av jordskifteinstituttet kan være i strid med bestemmelsen».

Halvparten av respondentene føler at de har tilstrekkelig med kunnskap om EMK P1-1 til å ivareta dens eiendomsvern i behandlingen av jordskiftesaker, mens 16,7% mener de ikke har det. 33,3% er usikre.

16 av respondentene svarer at de ikke vurderer EMK P1-1 selvstendig ved sin behandling av jordskiftesaker, mens en svarer «sjelden» og en annen svarer «ja, i bruksordningssaker om jakt». En av respondentene som ikke vurderer EMK P1-1 selvstendig, svarer imidlertid at selvstendig vurdering foretas dersom bestemmelsen er påberopt av en part. Informasjonen som kan trekkes ut av dette spørsmålet er svært begrenset, da det ofte ikke vil være nødvendig med en selvstendig behandling av EMK P1-1 i sakene jordskifteretten behandler. Spørsmålet burde vært stilt på en annen måte. Det ville vært mer hensiktsmessig å innhente informasjon om jordskiftedommere har vurdert EMK P1-1 selvstendig i tidligere saker, og hvilke momenter de da vektla.

55,6% av jordskiftedommerne anser EMK P1-1 som ivaretatt gjennom ikke-tapsgarantien i jordskifteloven § 3-18, mens 11,1% mener den ikke er det. 33,3% av jordskiftedommerne er usikre.

7 av respondentene kan ikke tenke seg tilfeller der eiendomsvernet i EMK P1-1 ikke vil være ivaretatt, når de materielle vilkårene for jordskifte er oppfylt. 11 av respondentene kan tenke seg tilfeller hvor de mener eiendomsvernet i EMK P1-1 ikke vil være oppfylt eller er usikre på om eiendomsvernet i EMK P1-1 vil være oppfylt - respondentene i denne gruppen trekker her frem eksempler hvor subjektive hensyn gjør seg gjeldene. En av jordskiftedommerne uttalte:

«Ja. Jordskifteloven har fokus på nytte/tap, EMK har ikke dette fokus. Jeg tenker da at «...nytte i fred...» kan være noe ganske annet enn at en løsning objektivt sett er tjenlig etter jordskifteloven. Jordskifteretten kan for eksempel legge til rette for vannkraftutbygging/ vindmøller e.l. på privat eiendom som objektivt sett er økonomisk fornuftig og ikke er direkte til ulempe for en part. En grunneier kan da bli påtvunget at det blir gjennomført slike tiltak på eiendommen selv om han kan være sterk motstander av det. I slike tilfeller der for eksempel miljømessige, ideologiske eller andre subjektive forhold er viktig for en part kan en komme i konflikt med EMK P1-1 selv om alle vilkårene jordskifteloven for å gjennomføre en løsning er oppfylt. Tilsvarende tilfeller kan nok tenkes i flere situasjoner, for eksempel økonomisk fornuftige jaktordninger for jaktmotstandere e.l.»

Særskilt lang saksbehandlingstid som innebærer båndlegging av arealer er også nevnt som et tilfelle en respondent stiller spørsmål ved om kan stride med eiendomsvernet i EMK P1-1.

I hvilken grad jordskiftedommerne vurderer subjektive hensyn i sin behandling av jordskiftesaker varierer. En av jordskiftedommerne uttaler at vurderingen «må alltid være objektiv». 4 av jordskiftedommerne uttaler at subjektive hensyn vurderes i stor grad, mens 12 respondenter uttaler at det vurderes i noen grad. En av jordskiftedommerne svarer blankt. Uavhengig av om dommerne svarer at de vurderer subjektive hensyn i noen grad eller stor grad er begrunnelsen for svarende lignende. Jordskiftedommerne vurderer subjektive hensyn der det lar seg gjøre, samtidig som de opererer innenfor lovverket. Ikke-tapsgarantien må objektivt sett være oppfylt, men utover det tar jordskiftedommerne i stor grad subjektive hensyn. En av respondentene påpeker også at subjektive hensyn i dag vurderes i større grad enn tidligere.

Sammenfatning

Jordskiftedommere har liten kunnskap om EMK P1-1 utover selve ordlyden, men kjenner til at protokollen i større grad ser hen til eieren, og ikke kun eiendommen. Altså at vurderingen også er subjektiv, og ikke kun objektiv slik som i jordskifteloven. 11 av de 18 respondentene kan tenke seg tilfeller der eiendomsvernet i EMK P1-1 ikke er ivaretatt, selv om de materielle vilkårene i jordskifteloven er oppfylt. Samtidig oppgir over halvparten av respondentene at de anser EMK P1-1 som ivaretatt gjennom ikke-tapsgarantien i jordskifteloven § 3-18. Dette gir et noe motstridende bilde, men det kan her tenkes at flertallet av jordskiftedommere utøver sitt yrke under den oppfatning at EMK P1-1 er ivaretatt i ikke-tapsgarantien – men at de allikevel stiller spørsmål ved om det er sider ved jordskifteinstituttet som kan stride mot protokollen. Subjektive hensyn vektlegges i saker ved jordskifterettene, i den grad det lar seg gjøre etter gjeldene lover.

6. DRØFTELSE

6.1. FORMÅLET ETTER JORDSKIFTELOVEN

Hvor tungtveiende formålet for eiendomsinngrepet er har stor betydning i EMD's proporsjonalitetsvurdering. Det skal være en rimelig balanse mellom statens behov for styring og individets behov for vern.¹³⁵ Der formålet med inngrepet er tungtveiende vil staten ha et større behov for styring, og individet må i større grad tåle et inngrep i eiendomsretten.

Formålet etter jordskifteloven er «å leggje til rette for effektiv og rasjonell utnytting av fast eigedom og ressursar til beste for eigarane, rettshavarane og samfunnet.»¹³⁶ Jordskiftet skal også skape mer tjenlige eiendomsforhold i jordskifteområdet sett under ett, der hvor det er utjenlige eiendomsforhold, jf. §§ 3-3 og 3-2. Dette vil etter EMK P1-1 være å anse som et legitimt formål.¹³⁷ Spørsmålet blir derfor hvor tungtveiende formålet ville blitt ansett ved en behandling i EMD. Dette vil variere i den konkrete sak. I hvilken grad inngrepet oppfyller formålet etter jordskifteloven vil ha betydning i proporsjonalitetsvurderingen.¹³⁸

Formålet med et tradisjonelt jordskifte jf. jskl § 3-4 er å bedre eiendomsforholdene i jordskifteområdet, gjerne ved å skape bedre driftsgrunnlag og legge til rette for en mer rasjonell utnytting av de involverte eiendommene. Hvor stor vekt dette formålet vil tillegges i proporsjonalitetsvurderingen vil bero på hvordan eiendomsforholdene var i jordskifteområdet før skifte, og hvilke problemer eller utjenlige forhold jordskiftet løser. Dersom det var en meget urasjonell drift av eiendommene vil formålet være mer tungtveiende. Er jordskiftet kun ment å bøte på mindre forhold som anses utjenlige vil formålet vurderes som mindre tungtveiende. I hvilken grad inngrepet oppfyller formålet etter loven er altså av betydning for proporsjonalitetsvurderingen.¹³⁹ I saken fra Håland var ikke jordskifte ønsket av partene, det var krevd av det offentlige.¹⁴⁰ Jordskifte ble krevd på bakgrunn av allmenne hensyn. Formålet var å legge til rette for en mer rasjonell drift, men området ble i liten grad nyttet som landbruksjord. Dette taler for at formålet her ikke var særlig tungtveiende, og det skal derfor mindre til for at inngrepet er i strid med protokollen.

¹³⁵ Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike, premiss 43

¹³⁶ Jordskifteloven, § 1-1 første ledd, første punktum.

¹³⁷ Se for eksempel Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

¹³⁸ Solheim (2010) s. 87.

¹³⁹ Solheim (2010) s. 87.

¹⁴⁰ Sak nr. 2300-2002-0004 Håland

Formålet ved bruksordningssaker jf. jskl § 3-8 er å legge til rette for en rasjonell bruk av ressurser, som krever samarbeid på tvers av eiendomsgrensene. Dette kan være ressurser slik som fiske, jakt, fallretter og grus. I jaktsakene er formålet å sikre en rasjonell ordning av jakten, både til det beste for grunneierne og for å sikre en forsvarlig forvaltning av vilt. Der det er nødvendig for en forsvarlig forvaltning av viltbestanden vil formålet slik jeg ser det være mer tungtveiende, enn der det kun er grunneierne som drar nytte av jaktordningen. Ved bruksordningssaker om fallretter er formålet en rasjonell utnyttning av vannkraft til det beste for samfunnet og grunneierne. Hauge (2016, s. 402) ser vanskelig at utbygging av kraftverk vil bli vurdert som realisering av tungtveiende samfunnsinteresser ved behandling i EMD, og jeg sier meg enig i dette. Formålet er legitimt, men det vil måtte være en rettferdig balanse mellom «the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State».¹⁴¹

På bakgrunn av dette mener jeg formålet i sakene etter §§ 3-4 og 3-8 vil bli ansett som legitime etter EMK P1-1, men at de sjeldent vil anses å tjene tungtveiende samfunnsinteresser. Dette medfører at byrden individet må bære ved jordskifte ikke kan være særs tyngende, inngrepet må ikke medføre at grunneierne må bære en individuell og urimelig byrde.¹⁴²

6.2. SUBJEKTIVE HENSYN

EMD tar subjektive hensyn når de vurderer om eiendomsvernet i EMK P1-1 er oppfylt eller ikke. Vurderingen av om noen lider tap i jordskifte, jf § 3-18 er en objektiv vurdering. Gjennom analysene av jordskiftesakene sett i lys av EMK P1-1 ser jeg at dette momentet kan medføre at jordskiftesakene ikke er i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1.

I jaktsakene fra EMD er det at grunneier er motstander av jakt på etisk grunnlag ansett som et viktig moment i proporsjonalitetsvurderingen, og det å tvinge en grunneier med i en jaktordning uten tilstrekkelig kompensasjon vil medføre brudd på eiendomsvernet i EMK P1-1.¹⁴³

Hauge (2016, s 414) stiller i sin bok spørsmål ved om miljøhensyn eller naturverninteresser vil anses å ha et like sterkt vern som etisk motstand mot jakt. Jeg mener at det er lite trolig; selv om begge hensynene er ideologiske overbevisninger mener jeg det vil anses som mer krenkende å måtte stille eiendommen sin til disposisjon for jakt når du er motstander på bakgrunn av

¹⁴¹ Solheim (2010) s. 81 med videre henvisninger.

¹⁴² Solheim (2010) s. 81.

¹⁴³ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike og Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland.

dyrevelferd – enn å stille eiendommen sin til disposisjon for vannkraft når du er motstander på bakgrunn av naturvern. Eiendomsinngrepet vil, slik jeg ser det, føles mer tyngende for grunneier når det gjelder dyrevelferdshensyn enn miljøhensyn eller naturverninteresser.

På bakgrunn av dette vil jeg påstå at det skal mindre til for at en bruksordning om jakt etter jskl § 3-8 strider mot eiendomsvernet i EMK P1-1, enn at en bruksordning om fallretter gjør det.

Det at subjektive hensyn vektlegges i slik grad i EMD's behandling av saker etter EMK P1-1 medfører en reell mulighet for at saker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 kan stride imot eiendomsvernet i EMK P1-1. Dette gjelder særlig jaktsaker etter jskl § 3-8. Det avgjørende er om grunneieren etter en helhetsvurdering må anses å bære en individuell og urimelig byrde som følge av inngrepet.¹⁴⁴

Bærug (2009, s. 276-277) stiller spørsmål ved om det «gjennom EMK [er] absolutte grenser for hvor langt man kan gå i å omforme en eiendom i retning av noe som ikke subjektivt passer for eieren, for eksempel omforme en eiendom som en naturvernorganisasjon har ervervet på grunn av verneverdier til en teig uten verneverdier under henvisning til en objektiv betraktning?» Jeg mener dette kan medføre et brudd på EMK P1-1. Kompensasjonen i form av en teig uten verneverdier ville medført at naturvernorganisasjonen ville måtte bære en individuell og urimelig byrde som følge av inngrepet, og inngrepet ville dermed ikke bestått proporsjonalitetstesten. Dette ville, subjektivt sett, vært et svært tyngende inngrep for naturvernorganisasjonen.

6.3. JORDSKIFTEDOMMERES KUNNSKAP OM EIENDOMSVERNET I EMK P1-1

Spørreundersøkelsen gjennomført ved bruk av Questback, hvor jordskiftedommere var respondentene, gir et bilde på jordskiftedommeres kunnskap og bruk av EMK P1-1. Undersøkelsen viste at jordskiftedommere generelt har liten kunnskap om EMK P1-1 utover selve ordlyden. Men de fleste er kjent med at EMK P1-1 også ser hen til subjektive hensyn, og ikke kun objektive slik som ikke-tapsgarantien jf. jskl § 3-18.

11 av de 18 respondentene mener jordskifteloven kan føre til løsninger hvor eiendomsvernet i EMK P1-1 ikke er ivaretatt. Til tross for dette svarer over halvparten av respondentene at de

¹⁴⁴ Solheim (2010) s. 81.

anser EMK P1-1 som ivaretatt gjennom ikke-tapsgarantien i jordskifteloven § 3-18. Dette gir som nevnt i empirien et noe motstridende bilde, men det kan her tenkes at flertallet av jordskiftedommere utøver sitt yrke under den oppfatning at EMK P1-1 er ivaretatt i ikke-tapsgarantien – men at de allikevel stiller spørsmål ved om det er sider ved jordskifteinstituttet som kan stride mot protokollen. Tilfellene som jordskiftedommerne kunne tenke seg at kunne være konvensjonsstridige handlet om tilfeller der eierne led et subjektivt tap, eller der et jordskifte medførte båndlegging av arealene over en lengre periode – og som hindret utnyttelse.

Undersøkelsen viser også at jordskiftedommere vektlegger subjektive hensyn, så sant det lar seg gjøre etter jordskifteloven. Subjektive hensyn vektlegges altså ikke der det vil medføre tap objektivt sett, eller der det vil føre til at jordskiftet ikke kan skape tjenlige eiendomsforhold i jordskifteområde. Det ble også nevnt at subjektive hensyn har blitt tillagt mer vekt de senere årene, da utnyttelsesmåtene for eiendom i større grad varierer i nyere tider.

På bakgrunn av spørreundersøkelsen, og analysene av nasjonal rettspraksis, mener jeg det er behov for mer kunnskap om eiendomsvernet i EMK P1-1 blant jordskiftedommere. Flere av respondentene ser ut til å ha tilstrekkelig med kunnskap til å ivareta vernet i sin behandling av jordskiftesaker, men det er også flere som i liten grad har kunnskap om og forståelse for innholdet i EMK P1-1 og dets betydning for jordskiftesaker etter jordskifteloven. Flere av respondentene er tydelige på at de mener EMK P1-1 er sikret gjennom jordskifteloven, og at de derfor ikke vurderer protokollens relevans i saker de behandler. Jeg mener dette kan medføre konvensjonsstridige avgjørelser, og at det viser at det er behov for mer kunnskap om EMK P1-1 i jordskifteretten.

7. AVSLUTTENDE REFLEKSJONER

Problemstillingen jeg har undersøkt i avhandlingen min er i hvilken grad jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 er i samsvar med hvordan EMD håndhever EMK P1-1. Jeg har sett på nasjonal rettspraksis, hvor jeg har undersøkt om de utvalgte sakene er løst i tråd med eiendomsvernet i EMK P1-1. Jeg har også gjennomført en spørreundersøkelse, hvor jordskiftedommere var respondentene, for å undersøke jordskiftedommeres kompetansenivå når det gjelder EMK P1-1.

Rettspraksis fra jordskiftedomstolene ser i stor grad ut til å bestå proporsjonalitetstesten, men slik jeg ser det kan det i noen tilfeller føre til brudd på EMK P1-1 at jordskifteretten vurderer ulemper, kostnader og nytte etter en objektiv vurdering. Subjektive hensyn er tillagt vekt i konvensjonspraksis etter EMK P1-1 – dette kommer tydelig frem i jaktsakene jeg har undersøkt.¹⁴⁵

Særlig tvunget medlemskap i jaktordning, der parten er motstander av jakt av etiske hensyn ser ut til å veie tungt ved proporsjonalitetsvurderingen. Det er en usikkerhet ved det om miljøhensyn eller naturverninteresser vil bli ansett som like tyngende overbevisninger som dyrevelferd, men slike hensyn vil også bli tillagt vekt ved en proporsjonalitetsvurdering etter EMK P1-1.¹⁴⁶

Jordskiftesaker etter jordskifteloven §§ 3-4 og 3-8 behandles oftest i samsvar med EMK P1-1 slik jeg ser det, men det finnes også eksempler hvor jeg mener løsningen er i strid med EMK P1-1. Sak nr. 1900-2008-0029 Røsnes ytre, som er omtalt under nasjonal rettspraksis, er et eksempel på en slik sak. Her er motstand mot jakt av etiske hensyn et moment som tillegges stor vekt i min analyse, sett sammen med blant annet formen for kompensasjon.

Jordskiftedommere ser også ut til å ha lite inngående kunnskap om eiendomsvernet i EMK P1-1, og jeg mener det ville vært hensiktsmessig med et høyere kunnskapsnivå når det gjelder bestemmelsen – da denne ved motstrid går foran annen norsk lovgivning og også har et sterkere eiendomsvern enn jordskifteloven på visse punkter.¹⁴⁷ Det er særlig det at jordskiftelovens vurderinger av tap og nytte gjøres etter en objektiv vurdering som jeg ser som problematisk her.

¹⁴⁵ Se for eksempel Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike og Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland.

¹⁴⁶ Hauge (2016) s. 414

¹⁴⁷ Menneskerettsloven, § 3.

Konvensjonspraksis fra EMD tilsier at subjektive hensyn også skal tillegges vekt i vurderingen. Et utvalg av jordskiftedommerne som svarte på spørreundersøkelsen var særlig tydelig på at vurderingene av tap og nytte skal være rent objektive, og at EMK P1-1 er ivaretatt i jordskifteloven – og at det derfor ikke er behov for en selvstendig vurdering av at protokollen er oppfylt. Jeg mener at dette kan medføre konvensjonsstridige avgjørelser, og det er dermed behov for mer kunnskap i jordskifteretten om hvordan subjektive hensyn tillegges vekt i proporsjonalitetsvurderingen, og hvordan dette påvirker kompensasjonen som grunneier har rett på.

REGISTER

Norske lover

Lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom (Servituttlova)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 100 om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova)

Forarbeider

Prop. 101 L (2012-2013). Lov om fastsetjing og endring av eigedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova).

NOU 1976:50. (1976). *Revisjon av jordskifteloven*. Oslo: Universitetsforlaget. Hentet fra <http://www.ub.uio.no/bibliotekene/ujur/ior/forarbeider/nou-er/>

Konvensjoner

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 (EMK)

Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950, artikkel 1 (EMK P1-1)

Rettspraksis

Sak nr. 2300-2002-0004 Håland

Sak nr. 0800-2008-0010 Reiersdal

Sak nr. 1900-2008-0029 Røsnes ytre

Sak nr. 2900-2011-0008 Røsnes ytre m. fl

Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen, Strasbourg

Dom 23. september 1982 Sporrang og Lönnroth mot Sverige

Dom 21. februar 1986 James med flere mot Storbritannia

Dom 23. april 1987 Erkner og Hofauer mot Østerrike

Dom 23. april 1987 Poiss mot Østerrike

Dom 30. oktober 1991 Wiesinger mot Østerrike

Dom 22. september 1994 Hentrich mot Frankrike

Dom 15. november 1996 Prötsch mot Østerrike

Dom 29. april 1999 Chassagnou med flere mot Frankrike

Dom 30. mai 2000 Carbonara og Ventura mot Italia

Dom 10. juli 2007 Schneider mot Luxemburg

Dom 26. juni 2012 Herrmann mot Tyskland

Litteratur

Bjerva, J., Holth, F., Reiten, M., Sky, P.K., & Aasen, I. (2016). *Jordskifteloven, kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget.

Boe, E. (2011). *Grunnleggende juridisk metode*. Oslo: Universitetsforlaget.

Bærug, S. (2009). Subjektiv verdsetting av skiftenytte og tapsgaranti. I Ø. Ravna (Red.), *Perspektiver på jordskifte* (s. 260-283). Oslo: Gyldendal Akademisk.

Hauge, K. B. (2016). *Fallrettar og ekspropriasjonserstatning*. Oslo: Universitetsforlaget.

Pakkala, K. A. (2013). *Kan bruksordningar etter jordskiftelova som omhandlar jakt utfordre rettane som følgjer av EMK, sjølv om vilkåra for å fremme jordskiftesak er oppfylte? Med*

særleg fokus på jordskiftelova § 3 bokstav a. (Masteroppgave). Hentet fra <http://bora.uib.no/handle/1956/7244>

Ravna, Ø. (2009). *I hvilken utstrekning er samenes rett til reindrift vernet av EMK P1-1?* Retfærd årgang 32 2009 nr. 2/125, 24-45.

Reiten, M. (2009). Avgjerd om fremme av jordskiftesak. I Ø. Ravna (Red.), *Perspektiver på jordskifte* (s. 235-259). Oslo: Gyldendal Akademisk.

Solheim, S.H. (2010). *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen*. Oslo: Cappelen Akademisk Forlag.

Utgård, K. A. (2009). Jordskiftedomstolane og Den europeiske menneskerettskonvensjonen. I Ø. Ravna (Red.), *Perspektiver på jordskifte* (s. 163-183). Oslo: Gyldendal Akademisk.

VEDLEGG: SPØRREUNDERSØKELSE

EMK P1-1, og jordskiftedommeres forhold til protokollen

1) * I hvilken grad innehar du kunnskap om eiendomsvernet i EMK P1-1?

2) * Føler du at du har tilstrekkelig med kunnskap om P1-1 til å ivareta dens eiendomsvern i behandlingen av jordskiftesaker?

- Ja
- Nei
- Usikker

3) * Vurderer du EMK P1-1 selvstendig i din behandling av jordskiftesaker? Hvis ja, hvilke momenter vurderer du?

4) * Anser du EMK P1-1 som ivaretatt gjennom ikke-tapsgarantien i jordskifteloven § 3-18?

- Ja
- Nei
- Vet ikke

5) * Kan du tenke deg tilfeller der eiendomsvernet i EMK P1-1 ikke vil være ivaretatt, til tross for at de materielle vilkårene for jordskifte er oppfylt? Hvis ja, hvilke tilfeller?

6) * I hvilken grad vurderer du subjektive hensyn i din behandling av jordskiftesaker?

Send

100 % fullført

© Copyright www.questback.com. All Rights Reserved.

VEDLEGG: MELDESKJEMA



Katrine Broch Hauge
Institutt for landskapsplanlegging Norges miljø- og biovitenskapelige universitet

1430 ÅS

Vår dato: 20.02.2017

Vår ref: 52135 / 3 / AGH

Deres dato:

Deres ref:

TILBAKEMELDING PÅ MELDING OM BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER

Vi viser til melding om behandling av personopplysninger, mottatt 12.01.2017. Meldingen gjelder prosjektet:

52135	<i>I hvilken grad er intern norsk rett i samsvar med hvordan Den europeiske menneskerettsdomstolen håndhever EMK TP 1-1? Med særlig fokus på jordskifteloven § 3-4.</i>
Behandlingsansvarlig	<i>Norges miljø- og biovitenskapelige universitet, ved institusjonens øverste leder</i>
Daglig ansvarlig	<i>Katrine Broch Hauge</i>
Student	<i>Mari Norup</i>

Personvernombudet har vurdert prosjektet og finner at behandlingen av personopplysninger er meldepliktig i henhold til personopplysningsloven § 31. Behandlingen tilfredsstiller kravene i personopplysningsloven.

Personvernombudets vurdering forutsetter at prosjektet gjennomføres i tråd med opplysningene gitt i meldeskjemaet, korrespondanse med ombudet, ombudets kommentarer samt personopplysningsloven og helseregisterloven med forskrifter. Behandlingen av personopplysninger kan settes i gang.

Det gjøres oppmerksom på at det skal gis ny melding dersom behandlingen endres i forhold til de opplysninger som ligger til grunn for personvernombudets vurdering. Endringsmeldinger gis via et eget skjema, <http://www.nsd.uib.no/personvern/meldeplikt/skjema.html>. Det skal også gis melding etter tre år dersom prosjektet fortsatt pågår. Meldinger skal skje skriftlig til ombudet.

Personvernombudet har lagt ut opplysninger om prosjektet i en offentlig database, <http://pvo.nsd.no/prosjekt>.

Personvernombudet vil ved prosjektets avslutning, 02.08.2017, rette en henvendelse angående status for behandlingen av personopplysninger.

Vennlig hilsen

Kjersti Haugstvedt

Agnete Hessevik

Dokumentet er elektronisk produsert og godkjent ved NSDs rutiner for elektronisk godkjenning.



Norges miljø- og biovitenskapelig universitet
Noregs miljø- og biovitenskapelige universitet
Norwegian University of Life Sciences

Postboks 5003
NO-1432 Ås
Norway