

Lokal sedvanerett

– knyttet til fast eiendom

Thor Falkanger, Nordiske Institutt for Sjørett, Universitetet i Oslo

Lokal sedvanerett påberopes ikke så sjelden i tingsrettslig sammenheng, især vedrørende ferdsel, beite, jakt og fiske – og i de fleste tilfeller som alternativ til hevd, alders tids bruk eller festnede rettsforhold. I artikkelen gjennomgås først og fremst Høyesteretts praksis, og det konkluderes med at det bør utvises varsomhet med å bygge på lokal sedvanerett: Tvistespørsmålene bør så langt mulig prosederes på og avgjøres av domstolene på annet grunnlag enn lokal sedvanerett.

Stikkord:

fast eiendom, lokal sedvanerett, domstolenes praksis

1. Temaet

Temaet i det følgende er lokal sedvanerett – dvs. de tilfeller der vanlig handlemåte/vanlig oppfatning i et geografisk avgrenset område fyller visse kriterier, slik at vi kan tale om en rettssedvane, altså en regel (eller et regelverk) som domstolene legger til grunn. De generelle (landsomfattende) rettssedvaner nevnes bare til belysning av de lokale sedvaner. Og for så vidt angår lokale sedvaner, er det sedvaner vedrørende *fast eiendom* som skal undersøkes – typisk der det for utnyttelsen av et utmarksområde er etablert en beiteordning som avviker fra de alminnelige regler, på en slik måte at man bruker uttrykket en lokal sedvanerettsregel.¹

Hvilken status har en slik regel? Det springer i øynene at jo mindre område den lokale regel gjelder for, desto nærmere kommer vi rettsinstituttene hevd, alders tids bruk og festnede rettsforhold (dersom man opererer med festnede rettsforhold som noe annet enn alders tids bruk). Men også for de sedvaner som omfatter et større område, har vi forhold som bør avklares.

Vi skal i første omgang anta at det foreligger en lokal rettssedvane. I pkt. 2 nevnes endel livsområder hvor slike rettsdannelser kan tenkes være aktuelle. Det etterfølges i pkt. 3 med en redegjørelse for den lokale rettssedvanes forhold til beslektede rettsinstitutter – med noen avgrensninger for den videre drøftelse. I pkt. 4 gis det en oversikt over saker der spørsmålet om lokal sedvanerett har vært bragt inn for Høyesterett. Vilåårene for å fastslå at det skal være etablert en rettssedvane for et geografisk avgrenset område, redegjøres det for i pkt. 5, og i pkt. 6 søkes det klargjort hvilke konsekvenser det har at en rettighet har sitt grunnlag i en rettssedvane sammenlignet med et mer tradisjonelt privatrettslig grunnlag (avtale, hevd osv.), men slik at endel søksmåls- og rettskraftspørsmål utskytes til pkt. 7. Og endelig i pkt. 8

¹ Platou, *Forelæsninger over Retskildernes Theori*, 2015 har en omfattende omtale av sedvanerett s. 18–148, jf. s. 87–92 om den «specielle Sædvaneret» som han deler i to: den lokale og den partikulære. Den siste er de regler «der uddanner sig hos de Grupper af Folket, for hvem disse retsregler er af særlig Betydning; de vigtigste er Handelssedvaner». Av nyere fremstillinger, se Augdahl, *Rettskilder*, 3. utg. 1973 s. 190–243, med omtale av lokal sedvanerett s. 231–234, Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen 2001 s. 244–268, der de lokale rettssedvaner omtales s. 261–264, og M.H. Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utg. 2009 s. 131–136, med redegjørelse for lokal sedvanerett s. 134–136.

foretas det en oppsummering som leder til spørsmålet om vi – rasjonelt sett – har bruk for «lokal rettsedvane» som et eget rettsinstitutt for så vidt angår fast eiendom.

Fremstillingen er først og fremst ment som en analyse av domstolenes holdning og de konsekvenser denne har for det praktiske rettsliv.

2. Når lokal sedvanerett kan være aktuell – belyst ved eksempler fra rettspraksis

Når det skal gis en oversikt over forhold der lokal sedvanerett kan tenkes være av betydning, er det nærliggende å øse først og fremst av Høyesteretts praksis. Vi har en lang rekke avgjørelser hvor lokal sedvanerett er påberopt, i de fleste tilfeller riktignok slik at avgjørelsen er blitt truffet på annet grunnlag. De kan grupperes slik:

(1) Fiske mv.

Den største gruppe gjelder fiske i ferskvann og i sjøen.

For ferskvann har vi avgjørelser om hvorvidt innsjøer har fritt midtstykke, og når så er tilfellet, møter vi spørsmål om hvor langt strandeierens rett strekker seg ut i sjøen.² De fleste avgjørelser gjelder fiske der grunneierens prinsipielle rett er på det rene, men hvor det påberopes at en større eller mindre del av lokalbefolkningen har en full eller mer begrenset fiskerett.³

For sjøområder foreligger det en rekke avgjørelser om strandeierens enerett til laks- og sjørrettfiske eller til fiske med visse slag fiskeredskap.⁴ Også vedrørende strandeieidommens utstrekning eller strandeierens mer begrensede rettigheter utover i sjøen har lokal sedvane vært gjenstand for rettslig vurdering, og omvendt har det vært saker der lokalbefolkningen mener å ha ervervet særlige rettigheter i strandsonen⁵ – f.eks. til båtfeste.

(2) Beiterett mv. i utmark⁶

Den andre store gruppe gjelder beiterett – oftest slik at det menes å være lokal sedvanerett for å la husdyr beite i annen manns utmark, eller i det minste at det ikke kan gjøres innsigelser når dyr som er sluppet på beite i egen utmark, beiter seg inn på naboens grunn. I slike, men også i andre forhold, blir det fort spørsmål om særlige regler for gjerderett og gjerdeplikt.⁷

(3) Jakt

Vi har avgjørelser vedrørende påstått sedvane for jaktrett, dels i strid md grunneierens vanlige rett, dels i strid med offentligrettslige fredningsbestemmelser.⁸

(4) Andre rettigheter i inn- og utmark

Ferdselsrett er et typisk tema for hevd og alders tids bruk, men også lokal sedvanerett kan tenkes påberopt. Andre eksempler på rettigheter på annen manns eiendom er seterrettigheter og rett til å ta tørre trær mv.⁹

3. Lokal sedvanerett sammenholdt med beslektede rettsinstitutter

3.1. En foreløpig beskrivelse av lokal sedvanerett

En foreløpig definisjon for vårt formål kan være at lokal sedvanerett er en rettsregel vedrørende utnyttelse av fast eiendom. Den gjelder ikke for hele landet, men for et avgrenset

² F.eks. Rt. 1937 s. 838 (Jølster), Rt. 1952 s. 417 (Tyin og Bygdin) og Rt. 1972 s. 77 (Sperillen).

³ Se f.eks. Rt. 1963 s. 370 (Lågen) og Rt. 1983 s. 569 (Vansjø).

⁴ Se f.eks. Rt. 1898 s. 747 (Jeløya) og Rt. 1935 s. 944 (Langesundsfjorden).

⁵ Se f.eks. Rt. 1874 s. 832 (Jæren) og Rt. 1896 s. 500 (Brunlanes) – begge vedrørende rett til tang/tare.

⁶ Spesielt om beiterett, se Odd Harald Wasenden, *Ulike beiterettigheter stiftet ved faktisk bruk*, Universitetet i Tromsø 1998, Skriftserie nr. 36.

⁷ Se f.eks. Rt. 1990 s. 1113 (Totenaasen), Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord) og Rt. 2002 s. 778 (Vindafjord).

⁸ Se f.eks. Rt. 1951 s. 43 (Eidfjord) og Rt. 1988 s. 377 (Kautokeino).

⁹ Se f.eks. Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard) og Rt. 1931 s. 428 (Frosta).

område, f.eks. en bygd, et utmarksareal, en innsjø, en elvestrekning, en fiskeplass eller en fjordarm. Den berettigede etter den lokale sedvane kan være alle (allmenheten) eller en mer begrenset krets, f.eks. de som bor i en bygd eller en grend; men det kan være færre – og ikke minst: Det kan være en rettighetskategori som beror på tilknytning til en fast eiendom – typisk beiterett for en krets av gårdbrukere, eller rettigheten kan tenkes tilkomme en viss alders- eller yrkesgruppe. Et eksempel på det siste er sedvaner forbundet med reindrift.¹⁰

3.2. Litt om de generelle landsomfattende rettsedvaner

3.2.1. Introduksjon

Når de lokale rettsedvaner skal undersøkes nærmere, er det naturlig å se dem på bakgrunn av de rettsedvaner som gjelder for hele landet og som vedrører fast eiendom. Området for slike generelle rettsedvaner er gradvis blitt innsnevret: Vi har fått et særdeles omfattende lovverk og avledet fra dette en mengde forskrifter. I mangt er det naturligvis slik at disse reglene reflekterer etablerte sedvaner. Allmenningslovgivningen er et eksempel på kodifikasjon, men denne lovgivningen har på ingen måte gjort sedvanen irrelevant, jf. nedenfor i pkt. 3.3.5. En annen illustrasjon har vi i rettsforholdene i strandsonen: At eierens eiendomsrett går til marbakken, har fortsatt sin hjemmel i sedvanerett, noe som er blitt styrket ved en rekke dommer av Høyesterett.¹¹

3.2.2 Forholdet til formell lov

Om rettsedvanens forhold til formell lov har det vært en omfattende diskusjon.¹² I vår sammenheng er det tilstrekkelig å peke på at en rettsedvane i prinsippet er likestilt med en lovregel og skal tillegges den samme vekt. At den kan være mindre utpenslet enn en lovregel, mindre «skarp-skåren», endrer ikke det prinsipielle. Rettsedvanen kan avløses eller suppleres av ny formell lov, på samme vis som en lovsatt regel kan endres ved senere lovgivning. Et vanskelig spørsmål er det motsatte: Kan vi ha en rettsedvane som endrer en lovsatt regel?

Så lenge vi er i området for deklarasjonslov, har vi ikke de store vanskeligheter – f.eks. mht. en sedvane om hva som følger med ved salg av en fast eiendom. Helt problemfritt er det likevel ikke: I den konkrete avtale kan f.eks. avhendingsl. (lov 93/1992) § 3-5 fravikes; blir slikt avvik en rettsedvane, kan den som ikke kjenner sedvanen, få en overraskelse når det anføres at en avvikende, nyere regel går foran loven.

Det er i møtet med preseptorisk lov at utfordringene melder seg. Den klassiske illustrasjon har her vært forholdet til gammel luksus- og helligdagslovgivning.¹³ Den gamle lovgivning ble ikke praktisert, og annen skikk og bruk bidro til at den gamle lovgivning til slutt ble erklært bortfalt (*desuetudo*). Her kan man kanskje si at først falt lovbestemmelsene bort, og at «tomrommet» så ble fylt med en sedvane; men det var vel helst slik at sedvanen var «en siste spiker i kisten». Av større interesse er f.eks. den utvikling vi har hatt på panterettens område – i stikkords form nevnes tre tilfeller: en utvikling av eiendomsforbehold på tross av håndpantregelen i pantel. 1857 § 1,¹⁴ og nær beslektet med dette en utvikling av en lære om pantsettelse av enkle fordringer i form av sikringscessjon,¹⁵ og til sist: en aksept av at

¹⁰ Se f.eks. Rt. 2001 s. 769 (Selbu).

¹¹ Se Falkanger & Falkanger, *Tingsrett*, 8. utg. 2016 § 3.61.

¹² Se den utførlige omtale og drøftelse i Platou op. cit. s. 18 flg., jf. Augdahl op. cit. s. 191 flg. som reflekterer overgangen fra «den historiske skole» til «rettsrealismen».

¹³ Se f.eks. omtalen Platou op. cit. s. 84–86 om gamle luksusforordninger og Augdahl op. cit. s. 204–205 om gamle helligdagsforordninger.

¹⁴ Se om denne utvikling, Falkanger, «Fra eiendomsforbehold til salgspant», *TfR* 1987 s. 214 flg.

¹⁵ Se her især Brækhus, *Panterett*, 3. utg. ved Borgar Høgetveit Berg 2005 s. 156–159.

overlevering av innskuddsdokumenter vedrørende et næringslokale gav aksessorisk rettsvern for pant i leiekontrakten, i strid med tinglysningslovens system.¹⁶

3.2.3. På hvilket tidspunkt blir en sedvane bindende som rettsedvane?

Ovenfor er nevnt endel tilfeller der Høyesterett har lagt til grunn at det i den foreliggende sak er en rettsedvane som er avgjørende for sakens utfall. Her må det poengteres at Høyesterett fastslår at det *eksisterer* en sedvane som fyller kriteriene for rettsedvane. Det er altså ikke *ved dommen* at sedvanen får sin status som rettsregel; det er ingen utvikling av gjeldende rett (rettskapning) som skjer.¹⁷ At det før Høyesteretts dom kan råde tvil om sedvanen kan karakteriseres som rettsedvane, er ikke annerledes enn at hvorledes en lovbestemmelse skal forstås, kan være meget usikkert – inntil Høyesterett deklarerer hva dens rette innhold er.

Konkret: Har A latt sine sauer beite i Bs utmark – under henvisning til et Balsfjord-prinsipp (jf. nedenfor om Rt. 1995 s. 644) – kan han bli dømt i tingretten/lagmannsretten til å betale erstatning til B. Noen år senere kan det samme hende for C, men C bringer saken inn for Høyesterett, som – i motsetning til tingrett og lagmannsrett – finner at det eksisterer slik rettsedvane som påberopt først av A og nå av C. Overfor A foreligger det imidlertid en rettskraftig dom, og den saken kan ikke gjenåpnes, jf. tvistel. (lov 90/2005) § 31-5.¹⁸

3.2.4. Bevis for relevant sedvane

At det foreligger en sedvane, som kanskje fyller kravene til en rettsedvane, kan kreve undersøkelser av mange slag. Det er domstolen som har ansvaret for rettsanvendelsen, jf. tvistel. § 11-3, og dette ansvar omfatter også rettsregler som har hjemmel i sedvane.¹⁹ I praksis vil imidlertid partene i egen interesse tilby bevis for å underbygge – eller svekke – påstand om lokal sedvanerettsdannelse, og dommerens plikter beskrives slik:

Anfører en part at det foreligger en stedlig sedvane, er det i hans interesse å bevise det. Dersom han utelukkende hevder at en slik sedvane foreligger uten å fremskaffe nærmere dokumentasjon, vil ikke retten ha vidtgående plikt til å søke etter opplysninger, men må kunne nøye seg med å undersøke i lett tilgjengelig litteratur e.l. (Schei m.fl. op. cit s. 397).

3.3. Den lokale sedvanerett

3.3.1. Forholdet til andre rettsinstitutter

Det springer i øynene at forholdet til den lovsatte regel blir mer komplisert der sedvanen er lokal: At rettsreglene er like i hele riket, er en verdi, som det må gode grunner til for å gi slipp på. Først og fremst påkaller det imidlertid oppmerksomhet at vi her står overfor regler knyttet til fast eiendom i et begrenset, undertiden sterkt begrenset, geografisk område. Dermed tvinger spørsmålet seg på om hvorledes lokal sedvanerett forholder seg til reglene om hevd, alders tids bruk og festnede rettsforhold. Det skal det sies litt om nedenfor, med tanke på hvilken plass det blir for den lokale sedvanerett.

Også forholdet til allmenningsrett og samiske sedvaner krever noen ord før vi tar fatt i spørsmålet om den lokale sedvanerett og den lovsatte regel. Det er også naturlig å bruke noen ord på rettsforholdene i Finnmark.

¹⁶ Se Falkanger, «Rettsvern for pant i leierett til forretningslokaler – et apropos til Rt. 1984» s. 605, *Lov og Rett* 1985 s. 308 flg.

¹⁷ Se f.eks. Platou op. cit. s. 90: «I alle Tilfælde var Retsregelen Lov, før den blev anvendt i en Retstvist. »

¹⁸ Se nærmere nedenfor i pkt. 7.

¹⁹ Jf. Schei m.fl., *Tvisteloven*, 2. utg. 2013 s. 394 flg.

3.3.2. Hevdsreglene og især utvidelsen ved hevdsf. § 8 annet ledd

Det tradisjonelle hevdserverv har gjeldt der én eller noen få personer i god tro har utøvet en bruk som er i strid med grunneierens rett – det være seg hevd av eiendomsrett eller bruksrett (f.eks. en beite- eller ferdselsrett), jf. hevdsloven av 9. desember 1966 nr. 1. Ved fullført hevdserverv har vedkommende fått en eiendomsrett eller en særrett, som f.eks. nyter samme erstatnings- og ekspropriasjonsrettslige vern som en avtalt rett med samme innhold. Det kan imidlertid være tale om mange hevdspretendenter, f.eks. 40 hytteeiere som mener å ha ferdsels- og parkeringsretter på en og samme eiendom – typisk slik at det anføres at dette er rettigheter som fulgte med da hyttetomten ble utskilt, men som i alle fall i dag har hevdsgrunnlag. Vi kan også tenke oss hevdserverv som gjelder mer enn én eiendom, f.eks. en ferdselsrett som strekker seg over et større antall eiendommer.

Selv med disse muligheter for flere på den berettigedes og flere på den forpliktedes side ved et hevdserverv er det riktig å si som i Ot.prp. nr. 30 (1965-66) – som er det viktigste forarbeidet til hevdsloven – at tradisjonelt har det vært slik at «rett for ein uviss krins eller ålmenta kan berre vinnast etter bruk i alders tid» (s. 4). Det var således en viktig forandring som skjedde da vi fikk hevdsf. § 8 annet ledd med regler om hevdserverv til fordel for en «vid krins»:

Likeins er hevdstida 50 år for rett til bruk for folket i ei bygd eller grend, eller i ein by eller annan vid krins.

Typiske eksempler på hva som på dette vis kan erverves, vil være beiterettigheter, fiskerettigheter og ferdselsrettigheter hvor rettighetshaverkretsen er et bygdelag. Forarbeidene forutsetter at i søksmål om hvorvidt retten består, kan det være én som representerer fellesskapet, f.eks. kommunen eller en forening.

Ervervsreglene kan ved dette sies å være blitt enklere ved at brukstiden settes til 50 år, hvilket klart er i underkant av hva som gjennomgående kreves ved alders tids bruk, selv om kravene til bruksintensitet nok er strengere ved hevd enn ved alders tids bruk.²⁰ Samtidig må det imidlertid merkes at anvendelse av reglene om alders tids bruk ikke ekskluderes fra det område der man i prinsippet kan tenke seg § 8 annet ledd anvendt.

3.3.3. Alders tids bruk

Når en bruk har vært utøvet gjennom lang tid i den tro at utøveren(e) har en tilsvarende rettighet, har domstolene, som allerede antydte, ofte akseptert at det er etablert en tilsvarende rettighet. Det kan være en rettighet for en større krets, f.eks. ferdselsrett, beiterett eller fiskerett i ferskvann eller sjø for et bygdelag. For å konstatere slikt erverv ved alders tids bruk, er det i alminnelighet tale om en nokså bred vurdering, der hovedelementene er *en viss bruk* som har funnet sted *i lang tid* og *i god tro*, jf. oppsummeringen i Rt. 2001 s. 769 (reinbeite i Selbu) på s. 788–789.²¹ Denne oppsummeringen gjengis nedenfor i pkt. 5.3.2.

3.3.4. Festnede rettsforhold

I mange tilfeller har domstolene konstatert at et bruksforhold har festnet seg på en slik måte at det ikke bør rippes opp i det. En illustrasjon gir Rt. 1961 s. 1163 (Dale skog) der Høyesterett kom til at skogeieren også eide grunnen; man fant det «klart at det ikke nå kan rippes opp i etablerte rettsforhold på det grunnlag at denne mer enn 100 år gamle oppfatning er uriktig». Det har vært reist spørsmål om erverv ved alders tids bruk og læren om erverv ved festnede

²⁰ Se f.eks. Rt. 1983 s. 569 (Vansjø) med henvisning til hevdslovens forarbeider.

²¹ Om de nærmere vilkår, se f.eks. Falkanger & Falkanger, *Tingsrett*, 8. utg. 2016 § 29 og især Eriksen, *Alders tids bruk*, 2008.

rettsforhold faller sammen.²² I alle fall i nærværende sammenheng må det være forsvarlig å behandle festnede rettsforhold som – om ikke sammenfallende med – i det minste som en variant av alders tids bruk.

3.3.5. Allmenningsretten

Allmenningsretten er i vår sammenheng i mange henseender spesiell, jf. det eldgamle prinsipp i NL art. 3-12: «Saa skal Alminding være, saasom den haver været af gammel Tid, baade det øverste og det yderste». Også om allmenningsrettens innhold var det henvisninger i art. 3-12-3 og 6 til hvorledes det «haver været af gammelt Tid» og «af Alders Tid». Dette er prinsipper som i betydelig utstrekning er opprettholdt, slik at regulering i samsvar med alders tids bruk og festnede rettshold gjennomsyrrer dagens allmenningsrett. Hermed er det ikke sagt at reglene med basis i slik sedvane er urokkelige; også en klar allmenningsregel kan bli supplert eller endret ved hevd eller alders tids bruk (en utenforstående hevder en bit av allmenningen eller får en særlig rettighet til allmenningsgrunn; en allmenningsberettiget erverver rettigheter på tvers av eller i tillegg til det som følger av allmenningsretten).

Det vesentlige er å peke på at i allmenningsforhold er en vesentlig rettskilde sedvanen i betydningen: slik man har gjort det langt tilbake i tid i vedkommende allmenningsdistrikt.

3.3.6. Samiske sedvaner

Samiske sedvaneoppfatninger – især knyttet til reindriftsnæringen – kan avvike fra det som er gjengs oppfatning.²³ Hvilken betydning de samiske oppfatninger skal ha, er berørt noen ganger i rettspraksis, men har ikke fått noen endelig avklaring. Dette spesialfelt, som også vedrører internasjonale konvensjoner, holdes utenfor i det følgende, bortsett fra der internasjonale konvensjoner er påberopt i tilknytning til lokale sedvaner. Se nærmere om det generelle spørsmål: NOU 2001: 34 Samiske sedvaner og rettsoppfatninger, NOU 2007: 13 Den nye sameretten s. 331–332 om lokale sedvanerrettsdannelser, og ikke minst Rt. 2008 s. 1789 (slakting av rein uten forutgående bedøvelse) der ILO-konvensjon nr. 169 art. 8 nr. 1 og 2 drøftes – med henvisninger til Rt. 2001 s. 1116 og Rt. 2006 s. 957.

3.3.7. Finnmark

Finnmark har en spesiell eiendomsrettshistorie som har ledet frem til Finnmarksloven – lov 85/2005 – med etablering av Finnmarkseiendommen som den helt dominerende grunneier. Men dette er en eiendomsrett som er beskåret på mange vis. Her er det tilstrekkelig å gjengi § 5 første og annet ledd:

Samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.

Loven her gjør ikke inngrep i kollektive og individuelle rettigheter som samer og andre har opparbeidet ved hevd eller alders tids bruk. Dette gjelder også de rettighetene reindriftsutøvere har på slikt grunnlag eller etter reindriftsloven.

Rettighetsforholdene i fylket er så vidt spesielle at de holdes utenfor i det følgende.²⁴

²² Jf. Falkanger & Falkanger op. cit. § 29.3, sammenholdt med Eriksen op. cit. s. 285 flg. som sier s. 286 at det vil være «feil å synonymisere 'festnede rettsforhold' med alders tids bruk».

²³ Disse sedvaner kommer i en særstilling ved at de nødvendigvis er knyttet til bestemte deler av landet; de gjelder der reindrift utøves.

²⁴ Det finnes et betydelig antall utredninger, omfattende proposisjoner og innstillinger og en rekke bøker og artikler. En oversikt over noe av materialet finnes i Falkanger & Falkanger op. cit. § 2.42.

3.4. Den lokale rettsedvanes forhold til hevd og alders tids bruk/festnede rettsforhold

Det er ikke mange prinsipielle utsagn fra Høyesteretts side om den lokale sedvaneretts karakter. I Rt. 1936 s. 923 (bunn garnfiske i Sandebukten) sies det om lokal sedvanerett og alders tids bruk at «det ene gir grunnlag for en rettskilde, det annet for en subjektiv rett»,²⁵ altså som det synes: en viktig prinsipiell forskjell. Men samtidig uttales det sammesteds at «de to rettsinstitutter til dels gaar over i hinannen» (s. 926). At det er en slik glidning, er bekreftet flere ganger i Høyesteretts praksis, se fra senere tid Rt. 1995 s. 644 (beiterett i Balsfjord) s. 650 – med henvisning til Rt. 1912 s. 433 (fiske i Bolstadfjorden). Balsfjord-saken gjaldt en rekke bruks felles beite i hverandres utmarksarealer. Brukene hadde inntil 1830-årene vært del av Moursundgodset, og de opprinnelige utskilte bruk hadde vært gjenstand for flere delinger. Da bruker W omla driften til geitehold, bestred brukerne B og J at W hadde rett til å la dyrene beite i deres utmarksarealer, men fikk ikke medhold. Hensett til at fellesbeiting hadde vært utøvet av «langt flere» enn partene, er det ikke overraskende at Høyesterett sier at «slik omstendighetene her ligger an, er [det] mest dekkende å si at beiteretten har sitt grunnlag i en lokal sedvane». Men det tilføyes fra Høyesteretts side at der de aktuelle eiendommer «har utøvet bruken i alders tid, slik tilfellet i stor grad er her, vil begrepene lokal sedvanerett og alders tids bruk gli over i hverandre» (s. 650). Fra praksis om landsomfattende sedvaner kan vi ta Rt. 1966 s. 857 (Smågris-dommen): Eiendomsforbehold i griser som ble oppføret, og dermed økte i verdi, ble godtatt:

Jeg finner det unødvendig å ta standpunkt til om man kan sette etiketten sedvanerettsdannelse på forholdet. Jeg er enig med lagmannsretten i at det iallfall foreligger en fast innarbeidet ordning, som domstolene får respektere (s. 860).

Med holdepunkt i Balsfjord-dommen skulle man motsetningsvis kunne si at alders tids bruk vil være «mest dekkende» dersom det gjelder én eller et begrenset antall eiendommer på «tjener-siden», jf. f.eks. Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard) om at allmenheten i henhold til alders tids bruk hadde ferdselsrett over en bestemt eiendom. En sontring mellom alders tids bruk og lokal rettsedvane er av liten interesse med mindre man sier (i) at vilkårene for et erverv ved alders tids bruk er andre enn for å fastslå at det foreligger en rettsedvane av samme innhold med gyldighet for de samme eiendommene, eller (ii) at beskyttelsen av den oppnådde rettsposisjon er ulik, eller (iii) at rettskrafts- eller prejudikatsvirkningene av en dom som bygger på alders tids bruk, ikke samsvarer med det som følger av en dom basert på lokal sedvanerett. Det er disse tre områder vi skal se på i det følgende. Men først er det grunn til å gi en oversikt over Høyesteretts praksis – med den reservasjon at hva som tas med, i noen utstrekning beror på et skjønn.

4. Oversikt over Høyesteretts praksis vedrørende konstatering av lokal rettsedvane

Høyesteretts praksis fra omkring begynnelsen av forrige århundre²⁶ faller i tre grupper: (i) der man uten reservasjon har bygget på lokal sedvane; (ii) der det er en glidningsreservasjon, slik som i Balsfjord-saken, og kanskje er konkludert med at vilkårene for erverv ved alders tids bruk så vel som lokal sedvanerett foreligger; og (iii) der man har forkastet anførsel om at det foreligger en lokal rettsedvane.

²⁵ Jf. Platou op. cit. s. 135 om at sontringen mellom alders tids bruk og sedvanerett «i Theorien ... er sikker nok. Alders Tids Brug er et Bevismiddel, medens Sædvaneretten er en Retskilde».

²⁶ For 1800-tallet, se Platou op. cit. s. 87–89. De fleste gjelder rettighetsforhold i sjøen, især vedrørende østersfiske.

Det er flere avgjørelser der Høyesterett uten videre konstaterer at det finnes en etablert praksis, som legges til grunn – og som – slik jeg ser det – må være oppfattet som en lokal sedvanerettsdannelse, se Rt. 2005 s. 1577 (Florø havn) og Rt. 1961 s. 1114 (Bergen havn). Saker der Høyesterett har vurdert og uttrykkelig og reservasjonsløst har konkludert med at det eksisterer en lokal rettsedvane, er ikke mange – se således Rt. 1935 s. 944 (strandeiers rett til å motsette seg bunngarnfiske i Langesundsfjorden), Rt. 1912 s. 1025 (rett til å overdra setterrettigheter til annen allmenningsberettiget i Stordalen og Langmarken), Rt. 1907 s. 742 (Glussfisket om strandeiers rett til å kunne motsette seg vadfiske som var til sjenanse for hans kilenotfiske).

Den annen gruppe der Høyesterett har angitt at resultatet vel like godt kunne bygges på alders tids bruk som lokal sedvanerett, er berørt foran. Det minnes om uttalelsen i Rt. 1995 s. 944 (Balsfjord om gjensidig beiterett); konklusjonen ble imidlertid: lokal sedvanerett. Lignende reservasjon er det i Rt. 1936 s. 923 (bunngarnfiske i Sandebukten), men der ble resultatet bygget på erverv i kraft av alders tids bruk. I Rt. 1912 s. 433 (enerett for grunneier til laks/sjørretfiske i Bolstadfjorden) unnlot Høyesterett å ta standpunkt: Særretten var hjemlet enten i lokal sedvanerett eller alders tids bruk.

Vi har en stor gruppe der det brukes mer nøytrale begreper, men – etter min oppfatning – med en tendens i retning av alders tids bruk eller festnede rettsforhold. Slik er det i Rt. 1979 s. 1421 (Søre Kvam Fiskeforening) om at innenbygdsboende hadde ervervet fiskerett gjennom lang tids utøvelse og passivitet fra grunneierne, uten at det var tale om tålt bruk. Utøvelsen av fisket «i meget lang tid ... har karakter av en rett og ikke bare er å anse som en tålt bruk» (s. 1427). I Rt. 1972 s. 77 (Sperillen) fant man at grunneierne ved fiske «fra gammel tid» hadde ervervet privat fiskerett i hele sjøen, og på tilsvarende vis i Rt. 1963 s. 1063 (Tengs): «Det må ansees godtgjort at grunneierne fra gammel tid har hatt og håndhevet en særrett til laks- og sjørretfiske i Tengsvågen som er til hinder for at andre driver garnfiske etter laks- og sjørret der.» I den særlig viktige Lågen-dom i Rt. 1963 s. 370 om grunnhåvfiske konstaterer flertallet at fisket, utøvet av folk fra distriktet, hadde fått «stor fasthet og stabilitet. Et forhold som på denne måte og i den grad er festnet, bør og kan ikke nå rives opp» (s. 378).²⁷

På den annen side har vi en rekke dommer der lokal sedvanerett er blitt påberopt, som eneste grunnlag, uten å føre frem. Se f.eks. Rt. 1988 s. 377 om andejakt i Kautokeino,²⁸ og videre Rt. 1961 s. 1237 (Enebakk) og Rt. 1959 s. 1321 (Fluberg) om beiting mv. i annenmanns utmark. Oftest er lokal sedvanerett påberopt som alternativ til hevd og/eller alders tids bruk. I mange tilfeller er anførselen om lokal sedvanerett føyet til side, se f.eks. Rt. 1990 s. 1113 (Totenasen) der man etter å ha forkastet alders tids bruk, nøyde seg med: «Det foreligger heller ikke grunnlag for å konstatere lokal sedvanerett» (s. 1120). Men vi har også eksempler på grundig drøftelse av påberopte sedvaner før det konkluderes, og noen av disse kommer vi tilbake til i pkt. 5 under omtalen av hva som kreves for å konstatere en lokal sedvanerett. Et gjennomgående trekk er at det foreliggende bevismateriale ikke ansees tilstrekkelig til å begrunne sedvanerett. Vi har også eksempler på at domstolen finner at det ikke er nødvendig å ta standpunkt; de sedvaner/oppfatninger som er blitt anført som grunnlag for anførsel om lokal sedvanerett, er blitt brukt ved tolkningen f.eks. av hva som følger av et kontraktsforhold, se således Rt. 1967 s. 1479 (Grungedal) om hvorvidt fiskerett fulgte med ved utskilling av et nytt bruk.

²⁷ Ytterligere et eksempel er Rt. 1951 s. 417 (Tyin og Bygdin) og for allmenningsforhold Rt. 1937 s. 158 (Follafoss), Rt. 1963 s. 1263 (Vinstra) og Rt. 1991 s. 1311 (Beiarn-Skjerstad).

²⁸ Jf. også Rt. 1951 s. 43 (Eidfjord) om ulovlig villreinjakt i statsallmenning, der det til frifinnelse, i tillegg til henvisning til kongeskjøte, ble påberopt lokal sedvanerett – som Høyesterett ikke fant «grunnlag for å anta».

5. Vilkårene for å fastslå at det foreligger en lokal rettssedvane

5.1. Vilkårene belyst gjennom to dommer

Vilkårene for å konstatere hevd er rimelig håndfaste. For erverv ved alders tids bruk, eventuelt festnede rettsforhold, er det som allerede nevnt en bred skjønnsmessig vurdering som må til – med hovedkomponenter: *en viss bruk* som må ha funnet sted *i lang tid og i god tro*. Her skal vi si litt om hvorledes Høyesterett har argumentert der det har vært anført at det eksisterer en relevant lokal sedvanerett.

I LH-2015-82310 er det gitt en oppsummering og sammenligning mellom alders tids bruk og lokal sedvanerett, og den er i så henseende et egnet utgangspunkt:

Rettserverv ved alders tids bruk krever bruk gjennom lang tid. Hvor langvarig bruk som kreves er ikke fastslått i rettspraksis, men det er i teorien, eksempelvis Falkanger, Tingsrett, side 259, antydning at grensen vil ligge mellom 50 og 100 år. Rettspraksis viser at kravet om lang tid må ses i sammenheng med den bruk som er utøvet. Den bruk som har skjedd må reflektere en oppfatning om at den har vært rettmessig.

...

Sedvanerett innebærer at en faktisk rettstilstand blir tillagt rettslig betydning som hjemmelsgrunnlag for rettigheter over annen manns eiendom. For å kunne konstatere sedvanerett kreves både at det må foreligge en fast praksis, at denne har vært utøvd gjennom lang tid og at den er utøvd i den tro at man fulgte en rettsregel.

Det er antatt at regionale forskjeller kan tale for at en lokal rettsoppfatning får betydning.

Her gis ikke meget av konkret veiledning for grensetrekning. I et forsøk på å komme litt lenger skal det gjengis litt fra Høyesteretts resonnement i to saker.

I Rt. 1935 s. 944 – altså ett av de tilfeller der Høyesterett har godtatt lokal sedvanerett uten reservasjoner – ble det konstatert at i Langesundsfjorden kan strandeieren motsette seg at grunnarn plasseres utenfor hans strand, selv om det skjer utenfor to meters dyp. I første instans var det uttalt:

Ifølge de i saken avgitte vidneprov kan det slaaes fast, at der er drevet bunnarnsfiske i distriktet (Eidanger, Bamble og Brunlanes) i de siste 70 aar. Langesund er utskilt fra Bamble. Det fremgaar videre av vidneprovene, at bortsett fra en enkelt undtagelse har grunneiernes enerett alltid vært respektert, selvom bunnarnet har vært festet i molbakken eller utenfor 2 meters dybden. Den enkelte undtagelse gjelder Hans og Lars Nor (8de og 9de kontravidne i sesjonen 15 juli 1926), som i 1913 hadde anbragt sitt bunnarn utenfor en annen eiers strand i Eidanger med innerste feste utenfor 2 meters dybde. De blev imidlertid ved meddomsrett dømt for forseelse mot straffelovens § 407 til en bot til statskassen av kr. 10 hver. Meddomsretten fant nemlig, at grunneierne efter den sedvanemessige opfatning i distriktet hadde rett til at motsette sig, at andre drev saadant fiske utenfor eiernes strand, hvorved fisket for dem blev forulempet. ... Med hensyn til spørsmålet om tilstedeværelsen av en sedvane eller sedvanerett i distriktet maa det ogsaa pointeres at grunneierne til dels har vært formuesbeskattet for sine bunnarnsplasser og at saadanne plasser ved eiendommens salg har vært

ansett som en herlighet til dem. Retten er derfor av den oppfatning, at det ikke nu kan gaa an at forandre den praksis, som *har festnet sig ned gjennom tidene* fra den tid bunn garnsfisket begynte og som endelig for adskillige aar siden har faatt domstolens stadfestelse. (min kursivering)

Dette sluttet Høyesterett seg til, men henviste også til en større utredning om sedvaner vedrørende bunn garn og lakseruser i Kristianiafjorden, og sa at fra den tid dette fisket kom i bruk også i Bamble, «maa rettsopfatningen og rettsutviklingen ha vært den samme der som i de tilgrensende distrikter».

I Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord) foretas det en grundig gjennomgang av bevismaterialet, med påpekning av de underliggende årsaker til at bruksutøvelsen har tatt de påviste former. Fra premissene gjengis:

Lagmannsretten viser til at det i det aktuelle området i mer enn 150 år har vært praktisert beite i utmarken uten hensyn til eiendomsgrenser, og at det aldri har vært praktisk eller aktuelt å forsøke å holde buskapen på egen eiendom. Det foreligger sparsomme opplysninger om hvorledes beitet ble utøvet i den første tiden, f.eks. om det ble gjetet. Jeg har imidlertid, etter det som er opplyst i saken, ikke grunnlag for å fravike lagmannsrettens vurdering på dette punkt. Felles beite har vært praktisert slik at de dyrene som skulle på beite, ble sluppet ved innmarksgrensen for den enkelte eiendom, og at de så streifet fritt omkring. Dette utmarksbeitet har omfattet både kyr, sauer og geiter. Det er de naturlige topografiske forhold som har satt grensene for dyrenes beiting. Det har aldri vært satt opp gjerder mellom utmarksteigene.

Det historiske utgangspunktet for det felles beitet i området viser, som fremhevet av lagmannsretten, at deltagerne har vært tilnærmet likestilte parter som har hatt gjensidig nytte av ordningen. Denne felles utnyttningen, som har skapt en gjensidig avhengighet mellom gårdene, har vært av vesentlig betydning for næringsgrunnlaget. Utviklingen og utbyggingen av gårdsdriften i området har videre, slik lagmannsretten påpeker, vært basert på eksistensen av en slik beiterett» (s. 650).

Høyesterett fremhever ytterligere at det har vært «den helt dominerende oppfatning på stedet», at bruken har vært berettiget. At det skulle dreie seg om tålt bruk,²⁹ avvises ved henvisning til at det felles beite «har etablert en gjensidig avhengighet», og til at det har vært av «stor betydning for næringsgrunnlaget».

Eckhoff op. cit. s. 266 påpeker at den tradisjonelle lære – her reflektert i sitatet fra lagmannsrettsdommen av 2015 – er «dårlig egnet til å gi veiledning om hva som faktisk tillegges vekt», og han sier bl.a. (uten noe nærmere belegg):

Det har f.eks. stor betydning hva som foreligger av andre rettskildedefaktorer, og om de trekker i samme eller motsatt retning av sedvanen. Bl.a. spiller det en rolle om dommeren anser sedvanen for å gi en god regel, og om den fører til et rimelig resultat i den foreliggende sak.³⁰

²⁹ Tålt bruk er også en faktor som man undertiden må tro dekker en sensurering: Synes et erverv basert på utøvet bruk som lite ønskelig, kan det være nærliggende å henvise til tålt bruk. Jf. Falkanger & Falkanger op. cit. § 26.42 med særlig sikte på hevdsverv.

³⁰ Se også M.H. Andenæs op. cit. s. 132 om en totalvurdering av om sedvanen kan «fortjene å bli anerkjent som sedvanerett».

Det vi i alle fall kan si, er at i Balsfjord-dommen har Høyesterett vist til viktige forutsetninger for bruksutøvelsen og til de fordeler den må antas å ha medført for de berørte gårdsbruk. Det er også en rekke andre dommer der den påberopte sedvane får «en godhetsprøving».³¹

5.2. Den lokale sedvane og formell lov

I mange tilfeller gjelder sedvanen et ikke-regulert forhold. Det gode eksempel er sedvaner vedrørende eier- og bruksforhold i strandsonen. Også her kan det være betenkeligheter ved å anerkjenne en sedvane som rettsregel; det kan f.eks. være en sedvane som anses som lite rimelig eller fryktes å ville føre til mange konflikter. Og det som kanskje hadde gode grunner for seg i eldre tider, er kanskje ikke lenger tilfellet. Den «godhetskontroll» som er nevnt ovenfor, vil i alminnelighet kunne anvendes slik at en urimelig sedvane nektes gitt status som rettssedvane.

Større betenkeligheter kan melde seg når det spørres om en lokal rettssedvane kan gå foran formell lov. Her er det naturligvis av vesentlig betydning hva slags lovregel det gjelder, og dette skal illustreres ved et utvalg av avgjørelser fra Høyesterett.

Det minnes om at for landsomfattende sedvaner har vi eksempler på avvik fra klare lovbestemmelser, jf. således det som er sagt ovenfor om eiendomsforbeholdets fremvekst. Vedrørende lokal sedvanerett er det naturlig å starte med de tilfeller der slik rettsdannelse er akseptert av Høyesterett. De fleste gjelder områder der vi ikke har noen lovgivning, typisk forholdene i sjøsonen i saltvann. For fiske i ferskvann har vi hatt en lovgivning med reservasjoner for hva avvikende rettighetsgrunnlag måtte innebære. Se således lakse- og innlandsfiskloven (lov 47/1992) § 16 om grunneierens enerett til fiske – med innskrenkninger i medhold av «sedvane, alders tids bruk eller annen hjemmel».³² Videre nevnes Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord), jf. også Rt. 2002 s. 778 (Vindafjord) om beite- og gjerderett. Også her ligger det reservasjoner i lovgivningen, jf. gjerdel. (lov 5. mai 1961) § 1 om avvik der annet måtte fremgå av «serlege rettshøve», og beitel. (lov 18. juni 1961 nr. 12) § 6 om regler for å hindre at dyr er annetsteds enn eieren «har rett til å la dyra vere».

Også avgjørelser der lokal sedvanerett er blitt forkastet, er av betydning.

Her er det naturlig å begynne med to beitedommer, som kan sammenholdes med de to som er nevnt ovenfor vedrørende Balsfjord og Vindafjord. I Rt. 1959 s. 1321 (Fluberg) ble det overfor krav om erstatning for skade som storfe og hest voldte i fremmed utmark, jf. lov om jords fredning av 1860, innvendt at det var lokal sedvanerett for at slikt ansvar ikke kom på tale hvis dyrene ble sluppet på beite i egen utmark. Høyesterett uttalte at skulle lokal sedvane slå igjennom «positiv lov», måtte det kreves

et sterkt bevis for fast praksis i strid med loven i lengre tid og ut fra den oppfatning ikke bare hos dyreeierne, men også hos grunn-(skog-)eierne at erstatning etter gjerdelovens § 24 a tross lovens bestemmelse ikke kan kreves (s. 1323).

Etter en gjennomgang av bevislighetene forkastet Høyesterett anførselen om lokal sedvanerett.

Rt. 1990 s. 1113 (Totenåsen) gjaldt et beslektet spørsmål om dyr som – sluppet på egen utmark – kom inn på fremmed grunn. Til anførsel om streifbeiterett sa Høyesterett:

³¹ Se f.eks. Rt. 2013 s. 129 (Normar) der Høyesterett til understøttelse av en rettssedvane for speditørens utvidede tilbakeholdsrett anfører «at ordningen også har gode grunner for seg» (avsnitt 46). Ytterligere et eksempel har vi i Rt. 1984 s. 605 der godheten av den påberopte sedvane ble vurdert. At den juridiske teori ikke har vært enig i vurderingen – ad Rt. 1984 s. 605 se Brækhus op. cit. s. 151 med videre henvisninger – er en annen sak.

³² Dette er en tradisjon som vi kan følge tilbake til NL 5-11-2.

Det er altså spørsmål om det ved lokal sedvanerett kan være etablert en rett som er i strid med sentrale bestemmelser i beiteloven. Dette bør ha en viss betydning for de krav man bør stille for å kunne konstatere en avvikende lokal sedvane, jf. Rt. 1959 side 1321 (s. 1121).

Heller ikke her strakk bevisene for en slik sedvanerett til.

Videre nevnes Rt. 1931 s. 428 (Frosta) om sedvane for husmenns hugstrett i statsallmenning. Bruken var åpenbart for beskjedent til å begrunne en rettsedvane. Det er imidlertid en uttalelse av mer prinsipiell karakter: Den utøvede bruk berodde på mistolkning av en høyesterettsdom fra 1838, og i den forbindelse ble det uttalt:

Og gaar man først ut fra at her fra begynnelsen av har foreligget en feilaktig rettsoppfatning, maa jeg anse det gitt at denne misopfatning efter forholdene har vært helt utilstrekkelig som grunnlag for en virkelig sedvanerettsdannelse – dette er hvad husmennene har paastaatt (s. 430).

Hva som ligger i henvisningen til «etter forholdene», kan være uvisst, ikke minst fordi det umiddelbart etter sies at det er «unødvendig at gaa inn paa spørsmålet om en uriktig lovtolkning eller rettsvillfarelse overhodet kan danne grunnlaget for lokal sedvanerettsdannelse», og det er fordi brukskravene ikke var tilfredsstillende. Ser man avgjørelsen i sammenheng med de andre uttalelser som nettopp er nevnt, må det imidlertid være klart at en sedvane som beror på en feilaktig rettsoppfatning ikke uten videre sperrer for karakteristikken rettsedvane.

At frednings- og beslektede bestemmelser kanskje står i en særstilling, viser tre straffesaker.³³

I Rt. 1951 s. 43 (Eidfjord) om straff for villreinjakt i statsallmenning uten jaktkort og tillatelse fra departementet ble det til frifinnelse påberopt lokal sedvanerett. Høyesterett nøyde seg med å bemerke at man «ikke kunne finne grunnlag for å anta at der i Eidfjord har dannet seg noen sedvanerett i strid med jaktloven og fjelloven» (s. 44).

Rt. 1988 s. 377 (andejakt i Kautokeino) gjaldt en mann som var domfelt for andejakt i den fredningstid som var fastsatt med hjemmel i viltl. (lov 38/1981) § 56, jf. § 3 annet ledd. Til forsvar ble påberopt at det var lokal sedvanerett for at reindriftssamer hadde adgang til jakt på ender om våren til matforsyning, men slik sedvane ble ikke akseptert av Høyesterett: En gammel sedvane, uten hensyn til hvilken karakter den måtte ha hatt, var blitt satt til side gjennom lov. Og det var ingen tilfældighet. Lovgiver hadde vært klar over at det fantes lokale sedvaner og hadde derfor inntatt regel om adgang til å dispensere – og denne mulighet var blitt forsøkt utnyttet i Kautokeino, men uten gehør hos viltmyndighetene. Det var derfor «klart at det ikke kan ha vært plass for noen sedvanerettsdannelse». Høyesterett peker også på at det fremlagte materiale tyder på «at det må ha vært vel kjent blant kommunens innbyggere, iallfall i senere år, at vårjakten på ender ikke var lovlig» (s. 380).

I Rt. 2015 s. 1495 (Iesjavri) gjaldt det en same som var domfelt for brudd på motorferdselsl. (82/1977) § 12, jf. § 3: Kunne traktorkjøringen til en innsjø – i tilknytning til fiskeaktivitet – være berettiget i henhold til lokal sedvane eller urfolkskonvensjonen?³⁴ Ankeutvalget konstaterte at disse anførsler ikke kunne føre frem:

³³ I en fjerde, Rt. 1986 s. 421 (Sunnmøre), om straff for brudd på beiteloven sies det bare: «Heller ikke synspunktet om at aktsomhetsplikten må ses på bakgrunn av at det skal foreligge en lokal rettsoppfatning for godtakelse av streifbeiting, kan jeg se har noe for seg.»

³⁴ Om ILO-konvensjon nr. 169, se foran i pkt. 3.3.6.

Forbudet mot motorferdsel i utmark er av offentligrettslig karakter og kan ikke falle bort ved hevd. Dersom det skulle være behov for motorferdsel ved utøvelse av sedvanemessig fiske, må det i tilfelle løses ved tillatelse etter loven. Dette gjelder også ved utøvelsen av tradisjonelt samisk fiske.

Min kommentar til de tre avgjørelser er at resultatet er vel forståelig ut fra de opplysninger som er gitt. I den siste virker det som om det ikke var gjort noe virkelig forsøk på å dokumentere en sedvane. Formuleringen der er litt uheldig ved at det henvises til hevd, ikke til påberopt «praksis, lokale samiske sedvaner». Det vesentlige er imidlertid, etter min oppfatning, at det brukes vel kategorisk språk når det blankt sies at en regel av «offentligrettslig karakter» ikke kan rokkes ved en sedvane – noen slik uttrykkelig reservasjon finnes ikke i de første avgjørelsene.

5.3. Sammenfatning

5.3.1. Utgangspunkt: En totalvurdering

Rettspraksis viser at det er en mengde omstendigheter som trekkes frem og vurderes der domstolen stilles overfor spørsmålet om det foreligger en lokal rettsedvane. Til slutt foretas det en totalvurdering.

Det vi kan gjøre, er å peke på de viktigste momenter som inngår i vurderingen. Først kommer noen mer generelle bemerkninger, som etterfølges av omtale av noen spesialspørsmål.

5.3.2. Generelt

En generell observasjon er at når vi som her holder oss til fast eiendom, er vurderingen sammenfallende med eller likeartet med det som skjer når domstolen bygger på alders tids bruk (eller festnede rettsforhold), jf. de tilfeller der det ikke er tatt standpunkt til om grunnlaget er det ene eller det annet. Det kan imidlertid tenkes at når det ene grunnlaget foreligger, er kravene for det annet «overoppfyllt». I alle fall må det trygt kunne sies at det av argumentasjonen fremgår at det er sterkt slektskap mellom lokal sedvanerett og alders tids bruk, og det gjør det naturlig å gjengi de generelle krav Høyesterett stiller til erverv ved alders tids bruk – særlig siden vi ikke har noe motstykke for lokal sedvanerett. I Rt. 2001 s. 769 (reinbeiterettigheter i Selbu) sies det:

Rettserverv ved alders tids bruk hviler på tre elementer: Det må foreligge en viss bruk, som må ha funnet sted i lang tid, og ha skjedd i god tro. Man har imidlertid ikke faste kriterier ved avgjørelsen om de enkelte vilkår er oppfylt.

Brækhus/Hærem: Norsk Tingsrett side 610 fremhever at vilkårene ikke er uavhengige – ‘en kan for eksempel slappe noe på kravene til tiden, dersom bruksutøvelsen har vært mer markert og omvendt, og for det annet tas det også hensyn til andre momenter som for eksempel rettighetens art og kvalitet, hvor tyngende den er for den tjenende eiendom og hvor nødvendig den er for den eller dem som påstår å ha retten’. Dette er etter min mening en dekkende beskrivelse.

Dette ervervsgrunnlaget er aktuelt i mange forhold. Og som det fremheves i sitatet foran, må det blant annet legges vekt på ‘rettighetens art’. Da vår sak gjelder beiterett for rein, må det tas hensyn til de særlige forhold innen reindriften (s. 788-789, Høyesteretts kursiveringer).

De tre fremhevede elementer er utvilsomt relevante også for fastleggelse av lokal sedvanerett. Det første element – bruken – har vært det grunnleggende element, med bevisførsel om den

bruk som har vært utøvet. Og bruken har vært sett i nær sammenheng med tiden. Hvor omfattende og hvor intens (regelmessig) bruken må ha vært utøvet, vil bero på de konkrete omstendigheter. For beite så vel som fiske vil det være tale om bruk gjennom en sesong. Men også bruk utenom sesongene kan være relevant; det kan f.eks. dreie seg om tiltak som treffes for å gjøre beitingen eller fisket enklere i kommende sesong, eller for å rydde opp etter sesongslutt. For ferdselsretter vil det vanligvis være spørsmål om bruk gjennom hele året, men det kan jo dreie seg om hvorvidt det er etablert en vinterferdselsrett. En lokal rettssedvane vil i alminnelighet gjelde til fordel for flere, og dermed blir det av betydning å fastlegge hvem som har utøvet bruken; jo flere av den aktuelle rettighetshaverkretsen som har deltatt i bruken, desto sterkere står en påstand om at det foreligger en rettssedvane.

Her tilføyes at bruk også kan være av negativ karakter: Man hindrer at andre utnytter en ressurs, jf. Rt. 1907 s. 742 (Glussfisket) og Rt. 1935 s. 944 (Langesundsfjorden) om begrensninger i allmenhetens fiskerett av hensyn til grunneiers utøvelse av bunngrannfiske.

På samme vis som i avgjørelsene om erverv ved alders tids bruk er det i rettspraksis ikke trukket opp noen klare retningslinjer for hva som er en minimumstid. I noen tilfeller er tiden intet problem, jf. f.eks. Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord) om felles beite «i mer enn 150 år». Det interessante finner vi helst i avgjørelser der det sies at den påviste bruk er skjedd i for kort tid. Et eksempel gir Rt. 1931 s. 428 (Frosta) om husmenns rett til trevirke i en statsallmenning, der bruken hadde sitt grunnlag i en misforstått tolkning av en høyesterettsdom og en kommisjonsuttalelse som styrket misforståelsen:

Bruksutøvelsen i almenningen stanset i 1850-årene og almenningen var fredet i ca. 60 aar. Spørsmålet om husmennes selvsendinge rett har saaledes ikke engang vært aktuelt i størstedelen av den tid som er forløpet etter dommen av 1838 og efterat almenningskommisjonens uttalelse [av 1861] fremkom. At disse omstendigheter i hvert fall maa utelukke sedvanerettsdannelse anser jeg utvilsomt (s. 430).

Bruken må være utøvet i den forståelse at det dreier seg om en rettighet – utøverne må ha vært «i god tro». Jo flere det er som er berettiget etter den pretenderte sedvane, desto vanskeligere vil det kunne være å konstatere en felles forståelse. Det er heller ikke noe ubetinget vilkår at en slik foreligger. Igjen gir Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord) veiledning:

Det er nok så, som de ankende parter har anført, at det til dels kan være uklart hvilket rettslig grunnlag de forskjellige vitner har bygget sin rettsoppfatning på. Man bør imidlertid her ikke stille krav om en mer detaljert underbygd rettsoppfatning på dette punkt. Heller ikke finner jeg å kunne legge særlig vekt på at det nærmere innholdet av beiteretten for enkelte har fremstått som uklart. Det avgjørende må være at *den helt dominerende oppfatning* har vært at det beitet som ble praktisert, *hadde et rettslig grunnlag* (s. 651, min kursivering).³⁵

Sitatet avspeiler ikke det som oftest er tilfellet i en rettsak: en rettighetspretendent og en som lider et tap hvis sedvanen aksepteres – typisk der folket i en bygd mener å ha fiskerett i annen manns elv. I Balsfjord-tilfellet var det jo spørsmål om en gjensidig beiterett. Hvor man har en fisketvist eller lignende konflikt, kan det kanskje konstateres en nokså sammenfallende oppfatning på pretendentsiden. Men hva med grunneiersiden? Spiller oppfatningen der noen

³⁵ Jf. også Rt. 2001 s. 1229 (Manndalen) der Høyesterett sluttet seg til Rådsegn 6 om at ved alders tids bruk blir det «helst eit spørsmål om kva folk på staden reint allment har visst og gått ut ifrå». For sikkerhets skyld: Blir det konstatert alders tids bruk eller lokal sedvanerett til tross for at enkelte ikke har vært i god tro – slik som i Rt. 2001 s. 1229 (Manndalen) – blir også «de ondtrøende» berettiget på linje med «de godtrøende».

rolle? Undertiden kan man komme utenom spørsmålet ved å konstatere passivitet som kanskje sammen med andre momenter er tilstrekkelig til at grunneieren taper, jf. argumentasjonen i Rt. 1963 s. 370 (Lågen) og Rt. 1979 s. 1421 (Søre Kvam fiskeforening). Prinsippet er imidlertid klart: Oppfatningen på grunneiersiden er relevant, jf. Rt. 1918.II s. 261 (Trysil) der Høyesterett sluttet seg til underrettens premisser, hvor det bl.a. sies at det må kreves at

også de, paa hvis bekostning rettigheten skulde være erhvervet, har hat den forstaaelse at rettighetens utøvelser har været retmæssig, eller med andre ord erkjendt rettens eksistens (s. 265).

Her møter man fort den innvending at fra grunneiersiden har det dreiet seg om «tålt bruk», noe som kan føre til betydelige bevisproblemer. Selv om innvendingen i prinsippet godtas, kan det være andre omstendigheter som fører til at en rettssedvane likevel aksepteres, jf. de nettopp nevnte avgjørelser i Rt. 1963 s. 370 (Lågen) og Rt. 1979 s. 1421 (Søre Kvam fiskeforening).

Et moment som ikke fremgår av sitatet fra Rt. 2001 s. 769 (Selbu), er sedvanens «godhet». Som nevnt ovenfor er det en rekke avgjørelser – inkludert avgjørelser vedrørende generelle (landsdekkende) sedvaner – der sedvanens rasjonalitet tillegges vekt. Noen avgjørelse der sedvanen er akseptert til tross for at den totalt sett fører til et uheldig eller urimelig resultat, kan jeg ikke vise til.

5.3.3. Tvil om sedvanens innhold

Det kan råde tvil om den påberopte sedvanes omfang – mht. geografi,³⁶ kretsen av eventuelle berettigede³⁷ og hvilken bruksutnyttelse det gjelder.³⁸ Jo mer usikkerhet det er i så henseende, desto mer svekkes sedvanerettsanførselen. Men her må det sondres. Det kan f.eks. være en bastant oppfatning om rett til ferdsel til fots, mens det kan være delte meninger om bilkjøring. Også her kan Balsfjord-avgjørelsen tjene til illustrasjon. Tvisten der ble utløst ved at en gårdbruker i stor stil gikk inn for geitehold, noe som påførte de andre ulemper som ikke fulgte med ved beiting med hest, ku og sau. Her kunne man tenke seg at de berørte – og domstolen – hadde akseptert at det fantes rettslig grunnlag for fellesbeite med hest, ku og sau, men ikke med geit i stor stil.

At det kan bli tvist om det nærmere innhold av en rettssedvane som er akseptert i rettskraftig dom, har vi eksempel på i Rt. 2002 s. 778 (Vindafjord): Innebar lagmannsrettsdom i As favør om «streifbeiterett» at de berørte utmarkseiere var avskåret fra å gjerde inn sine utmarksområder? Høyesterett tolket lagmannsrettsdommen slik at grunneierne kunne sette opp gjerde, men A var ikke pliktig til å bidra til gjerdeholdet.

5.3.4. Spiller opphavet til sedvanen noen rolle?

Opprinnelsen til en sedvane vil ofte være uviss. Der man kan finne frem til hva den var, melder spørsmålet seg om det kan være tilfeller som hindrer at sedvanen kan få status som rettssedvane.

For erverv ved hevd eller alders tids bruk er dette et spørsmål om god tro hva enten det dreier seg om faktisk eller rettslig villfarelse – naturligvis med reservasjon for villfarelse om

³⁶ Se f.eks. Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord) s. 651: «De betraktninger som jeg forankrer den lokale sedvanerett i, har en videre rekkevidde enn til bare å omfatte partenes eiendommer. Jeg vil imidlertid understreke at jeg ikke har foranledning til eller grunnlag for å ta standpunkt til den geografiske utstrekning av området for den lokale sedvane.»

³⁷ Se f.eks. Rt. 1983 s. 569 (Vansjø) – der kravet var basert på hevd eller alders tids bruk.

³⁸ Se Rt. 1953 s. 1435 (Langøy i Stokke) om rett til ferdsel til fots og dertil med hest og bil – også dette en alders tids bruk-avgjørelse.

hevdsreglene eller prinsippene for alders tids bruk.³⁹ Ovenfor i pkt. 5.2 er nevnt dommer om dette spørsmål for lokal sedvaneretts del. Der er nevnt at Rt. 1931 s. 428 (Frosta) neppe kan forstås slik at rettsvillfarelse kan utelukke etablering av en rettsedvane. Dette styrkes ved reglene om hevd- og alders tids bruk og den omstendighet at i mange tilfeller har domstolen gått langt i å likestille lokal sedvanerett og alders tids bruk som ervervsgrunnlag.

5.3.5. Forholdet til formell lov

Om forholdet til formell lov henvises det til det som er sagt i pkt. 5.2. Om fredningsdommene i Rt. 1988 s. 377 (andejakt i Kautokeino) og Rt. 2015 s. 1495 (Iesjavri) kan det sies at de bygger på prinsippet om at ny lov går foran gammel sedvanerett, og de berørte var ikke ubekjent med de nye regler.

Situasjonen kan sammenfattes slik:

Når sedvanen har fått karakter av rettsedvane, er det etablert en rettighetsposisjon, f.eks. slik at det er gjensidig utmarksbeiterett for gårdene i et bygdelag. Hvorvidt lovgiveren kan frata A – eller andre som i henhold til rettsedvanen er berettiget – beiteretten, kommer vi tilbake til i pkt. 6 og 7.

Det omvendte er enklere: At rettsedvanen gjør innhugg i As lovsatte rett, samsvarer med at As rett kan bli uthulet ved erverv i kraft av reglene om hevd eller alders tids bruk.

6. Er den rettsposisjon som følger av lokal sedvanerett annerledes enn den som erverves ved hevd, alders tids bruk eller læren om festnede rettsforhold?

Som bakgrunn for spørsmålet om hvilken rettslig posisjon den berettigede etter en lokal rettsedvane har, er det naturlig raskt å skissere hvorledes det i hovedtrekk stiller seg ved et hevdserverv – eller likestilt med dette: et erverv begrunnet i alders tids bruk eller festnede rettsforhold. For enkelhets skyld har vi først og fremst en ferdselsrett for øye, med A (As eiendom) som berettiget og Bs eiendom som tjenende. De virkningene en slik rett medfører, grovgrupperes nedenfor.

- i. A vil være beskyttet overfor B og overfor den C som utleder rett fra B (f.eks. en kjøper eller en utleggstager). Overfor Bs suksessorer kan A imidlertid tape ved at C ekstingverer retten. Det kan unngås ved at A tinglyser sin rett. Tinglysing forutsetter at B medvirker, eller at det foreligger dom for ervervet. Her har vi imidlertid særregelen i tingl. (lov 7. juni 1935 nr. 2) § 21 som forutsetter at hevdserverv er beskyttet uten tinglysing.⁴⁰
- ii. Ferdselsretten kan etter omstendighetene bli om- eller avskiptet, jf. servituttl. (lov 29. november 1968) §§ 5-8.
- iii. A kan innenfor rammer angitt i servituttl. § 9 overføre retten, men i så fall er det etter § 10 en vidtgående forkjøpsrett for B.
- iv. A kan gi avkall på sin rett.
- v. Hvis tredjeperson D griper inn – ved skadeforvoldelse eller ekspropriasjon – vil A f.eks. kunne ha krav på økonomisk kompensasjon fra D.
- vi. En ny lov kan medføre at ferdselsretten går tapt. Et annet eksempel er at streifbeiterett, hjemlet i hevd eller alders tids bruk, blir begrenset eller helt avskaffet. Her står vi overfor spørsmål om rekkevidden av Grunnloven § 97 eller § 105. Selv om utgangspunktet er at retten er beskyttet, er svaret ikke gitt dersom det er tungtveiende landbruksinteresser e.l.

³⁹ Se nærmere Høgetveit Berg, *Hevd* (2005) s. 239 flg. om rettslig villfarelse, og især Rt. 2013 s. 1601 avsnitt 57 om at også bruk som utspringer av rettsvillfarelse, kan gi grunnlag for et hevdserverv.

⁴⁰ Jf. Rt. 2015 s. 120 avsnitt 33.

som har vært utslagsgivende.⁴¹ En lov kan gripe inn mer indirekte, f.eks. ved at det med hjemmel i plan- og bygningsl. (lov 71/2008) treffes vedtak som rammer A. Det er ikke noe som tilsier at As posisjon skal være ulik ettersom hans rett har grunnlag i en avtale eller hevd/alders tids bruk/festnet rettsforhold.

Hvorledes blir det der As ferdselsrett har sin hjemmel i lokal sedvanerett?

Til (i): Her vil As posisjon i prinsippet ikke endres. B og Bs suksessorer må respektere As rett. Rettsvern krever imidlertid noen tilleggsbemerkingar:

Vi er her inne på et felt der reglene ikke er fullt avklart. En generell rettsedvane, som f.eks. begrenser Bs muligheter til å utnytte sjøarealet foran nabo As grunn, kan ikke tinglyses som heftelse på Bs eiendom – neppe heller der dette følger av en lokal rettsedvane. Vanskeligere blir det der vi har en dom for at det følger av lokal sedvanerett at det til As eiendom ligger beiterett bl.a. i Bs utmark. Eller vedrørende ferdsel: Man kan ikke få tinglyst at Bs eiendom er underlagt reglene om ferdsel i henhold til allemannsretten. Tingl. § 21 annet ledd sier at for «lovbestemte rettigheter ... har tinglysning ingen betydning». Og f.eks. ferdselsretten er en lovfestet rett, jf. friluftsl. (lov 28. juni 1957 nr.16) § 3. For rettigheter som ikke har hjemmel i formell lov – slik som i beiterett-tilfellet – se Høgetveit Berg & Bråthen-Otterbech⁴² om at «lovbestemte rettigheter» omfatter alt som ikke er avtalt eller stiftet ved offentlig vedtak. At tinglysning vil være uten «betydning», innebærer imidlertid ikke et tinglysningsforbud, jf. at hevdsdom kan tinglyses, og at overdragelse av panterett kan tinglyses til tross for regelen i tingl. § 22 nr. 1. Parallellen til disse to eksempler turde være at dom for ferdselsrett langs en bestemt trasé, eller dom for slik beiterett som vi startet med, kan tinglyses (og at det samme gjelder der B samtykker i at den her angitte rett eksisterer, men her kan det jo like godt sies at retten gjennom Bs bistand har fått et nytt grunnlag). Det må i tilfelle være den som har vunnet saken, som kan kreve tinglysning og som senere må kunne avgi erklæring om prioritetsvirkning og slettelse. I eksemplet med Kristinegaard (Rt. 1901 s. 200) eller Søre Kvam fiskeforening (Rt. 1979 s. 1421) måtte det være kommunen eller Fiskeforeningen som opptrådte på vegne av de berettigede. Et tinglysningskrav fra en hvilken som helst person innenfor de berettigedes krets kan neppe godtas av registerføreren.

Kommer eiendommen på tvangssalg, kan ikke-pengemessige «heftelser» bli satt til side, jf. tvangsfullbyrdselsl. (lov 82/1992) § 11-21 annet ledd.⁴³ En ferdselsrett etablert i henhold til hevd eller alders tids bruk faller utvilsomt i kategorien «heftelser».⁴⁴ En lovfestet rett, f.eks. den alminnelige ferdselsrett i henhold til friluftsl. (lov 28. juni 1957 nr. 16) eller barns fiskerett etter lakse- og innenlandsfiskl. (lov 47/1992) § 18, kan derimot ikke bli tilsidesatt; de overlever ethvert tvangssalg. Hvorvidt retten som har sitt grunnlag i lokal sedvanerett, som i Balsfjord-saken, skal henføres til denne siste gruppe, må formodentlig besvares bekreftende.

Til (ii) og (iii): Servituttloven gjelder etter § 1 første ledd for «særrettar over framand eige-dom», som ikke er forbundet med besittelse, jf. annet punktum. I forarbeidene er det gjort visse reservasjoner for rett som har hjemmel i sedvanerett, men bare for: «Allmannsrettar – og såkalla 'uskuldige nyttesrettar' – som fylgjer av lov eller sedvanerett».⁴⁵ Bruksrettigheter som følge av lokal sedvanerett er neppe overveiet fra lovgiverens side. Reelle grunner kan tale for at om- og avskippingreglene gis anvendelse, men for så vidt angår rettslige begrensninger er

⁴¹ Jf. f.eks. resonnementet i Rt. 2007 s. 1281 (Ullern Terrasse) om at «tungtveiende boligsosiale hensyn» tilsa at grunneieren måtte finne seg i at festeforholdet fortsatte «på same vilkår». Her fikk man riktignok «stryk» i EMDs Lindheim-avgjørelse, jf. endring av reglene ved lov 63/2015; det endrer ikke det antydde prinsipp, men den nærmere bruk av det.

⁴² *Tinglysning* (2009) s. 265.

⁴³ Jf. Falkanger, Flock & Waaler, *Tvangsfullbyrdselsloven*, 4. utg. 2008 s. 755 flg.

⁴⁴ I alminnelighet vil ikke dette volde noe praktisk problem, idet retten vil være såvidt gammel at den har betryggende prioritet.

⁴⁵ Jf. Ot.prp. nr. 8 (1967-68) s. 60, jf. Rådsegn 5 (1960) s. 45.

«reelle grunner» ikke blitt akseptert som tilstrekkelig til å gi servituttloven anvendelse. Reglene om overføring og innløsningsrett kan det neppe anføres sterke argumenter for å gi anvendelse; her står vi overfor spørsmål som først og fremst må få svar ved tolkning av den lokale sedvane.

Til (iv): Den avtalebaserte ferdselsrett må A kunne gi avkall på – riktignok med noen reservasjoner som det ikke er grunn til å gå nærmere inn på her. Slik avkallsmulighet må det være også der grunnlaget for retten er lokal sedvanerett. Skifter vi til Balsfjord-tilfellet med streifbeiterett, må altså A kunne erklære at han ikke vil utnytte sin rett på Bs eiendom; han må også kunne erklære dette med «tinglig» virkning, dvs. at fremtidige eiere av eiendommen er bundet ved erklæringen – men de øvriges rett vedrørende As eiendom er naturligvis uberørt.

Til (v): Volder tredjeperson C skade på ferdselstraséen eller gjør han videre utnyttelse umulig, kan A bli påført et økonomisk tap. Heller ikke her er det grunn til å stille A i noen annen kategori enn den som har en slik rett i kraft av hevd eller alders tids bruk. Likeledes: ved ekspropriasjon kan det ikke sees å være noe som tilsier at den som lider et økonomisk tap ved inngrepet, skal stå svakere enn den som har avtalegrunnlag for sin rett.

Til (vi): En rett etablert ved lov kan tenkes endret ved ny lov uten at Grunnloven § 97 er krenket. Er loven en stadfestelse av en allerede eksisterende rettighet, vil endringen måtte vurderes ut fra det opprinnelige grunnlag. I begge tilfeller har lovgiveren et betydelig handlingsrom der endringen skyldes «samfunnsinteresser av vekt». Det kan her neppe spille noen rolle om lovendringen går direkte på et primærerverv eller på en lov som har stadfestet dette.

7. Rettskraftvirkninger

7.1. Oversikt

Det karakteristiske for de former for lokal sedvanerett som her holdes for øye, er at det er flere som har rettigheter vedrørende mer enn én eiendom, og det gir foranledning til en rekke prosessuelle spørsmål der tvist om en rettsedvane bringes inn for domstolene. Nedenfor kommer først noen bemerkninger om representasjonsforhold, som avsluttes med en kort omtale av gruppesøksmålsordningen, jf. pkt. 7.2 og 7.3. I pkt. 7.4 omtales søksmål med én part (eller et begrenset antall parter) på hver side. Og til slutt i pkt. 7.5 sammenlignes det som er fremkommet i pkt. 7.2 til 7.4 med situasjonen der det treffes avgjørelse på grunnlag av hevd, alders tids bruk eller festnede rettsforhold.

7.2. Representasjon på saksøker- og/eller saksøktiden

For å unngå alle problemer kan man tenke seg at alle som pretenderer å være berettiget, står som part overfor alle dem som antas forpliktet. Dette lar seg ikke alltid gjøre, jf. f.eks. situasjonen i Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard) eller Rt. 1979 s. 1421 (Søre Kvam fiskeforening) om allmenhetens eller en vid personkrets' rett, eller Rt. 1912 s. 433 (Bolstadfjorden) om grunneiernes utvidede rett på allmenhetens bekostning. Det ville være praktisk om det kunne være én som representerer alle mulige berettigede, og tilsvarende på forpliktelsessiden. I en viss utstrekning er det akseptert at en kommune eller en forening kan ha en slik representasjonskompetanse, se de nettopp nevnte avgjørelser i Rt. 1910 s. 200 og Rt. 1979 s. 1421 om hhv. kommunen og en forening som representerte allmenheten, samt Rt. 1953 s. 1435 (Langøya). I 1979-avgjørelsen har vi et eksempel på at også de mulige forpliktete var representert ved en forening. Reiser kommunen eller foreningen, som representerer en vid krets av pretenderende berettigede,⁴⁶ sak og får medhold, er utfallet strengt tatt ikke bindende for den som ikke har vært part, men vil i praksis være avgjørende.

⁴⁶ Om adgangen til å reise sak, se Schei m.fl., op. cit. s. 32 flg.

Se til dette NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 400:

Det er alminnelig enhet om at foreningen ikke har adgang til å reise sak om medlemmenes individuelle rettsforhold, og foreningen vil heller ikke ha noen materiellrettslig kompetanse til å disponere over disse. Avgjørelsen kan derfor ikke tillegges noen rettskraft i en sak mellom foreningens motpart og et medlem i foreningen. For motparten kan dette være problematisk å forholde seg til, og det er ikke til å komme fra at man kan få motstridende rettsavgjørelser. Som regel vil imidlertid problemene være små. En dom i foreningens favør vil i praksis få samme nytte for medlemmene som om avgjørelsen var bindende for dem ved at motparten må etterleve dommen.

Ender det med tap for kommunen eller foreningen, kan en som pretenderer å være berettiget, mene at saken er ført på en så slett måte fra kommunens eller foreningens side at han ønsker en etterprøvelse av resultatet, må han i prinsippet være berettiget til det. Men i praksis er det slik som angitt i NOU 2001: 32 A s. 400 om at «dommens bevis- og prejudikatverdi [vil] være et hinder mot nye søksmål».

Her kan konfliktmulighetene dempes ved at en berørt kan tre inn som part i medhold av tvistel. § 15-3 eller tiltre saken som partshjelper etter § 15-7. I det siste tilfelle vil partshjelperen også ha ankerett, med mindre han derved kommer i konflikt med partens prosesshandlinger, jf. Schei m.fl. op. cit. s. 524 flg.

7.3. Gruppesøksmål

Tvisteloven har som kjent åpnet for gruppesøksmål, jf. loven kap. 35. Og dette er en søksmålsform som kan tenkes anvendt der det pretenderes en lokal rettssedvane som vedrører mange. Det kan være et påmeldingssøksmål, som omfatter dem som er påmeldt som gruppe-medlemmer (§ 35-6), eller et utmeldingssøksmål, dvs. at alle som har krav «innenfor rammen av gruppesøksmålet», regnes som med, med mindre det skjer en utmeldelse (§ 35-7). Avgjørelsen blir her bindende for alle gruppe-medlemmer.

Denne søksmålsform er aktuell der gruppen av berettigede eller forpliktete er eierne av fast eiendom – slik som i Balsfjord-saken. Den passer ikke der de (pretendert) berettigede f.eks. er de personer som til enhver tid bor i en bygd (sml. Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard)), eller der de (pretendert) berettigede har rettigheter som reduserer allmenhetens vanlige rettigheter (se Rt. 1935 s. 944 (Langesundsfjorden)).

7.4. Søksmål med én part på hver side

Der det er mange som har felles interesser, kan det være aktuelt med en «pilotsak» (*test case*) med én saksøker og én saksøkt.⁴⁷ Her forutsetter vi imidlertid at en enkelt person A1 reiser sak mot B1 – uten noen slik bakgrunn.⁴⁸ For enkelhets skyld forutsettes det at det dreier seg om beiterett i B1s utmark, basert på en lokal rettssedvane som i Balsfjord-tilfellet. I kjølvannet av avgjørelsen kan vi få spørsmål om dens betydning for andre som er berettiget eller forpliktet etter den påberopte rettssedvane.

Det skal først sies litt om situasjonen der A1 får medhold. Her kan det bli tvist om sedvanens virkefelt – enkelt sagt: det geografiske område den gjelder for. Se f.eks. uttalelsen i Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord) s. 651:

⁴⁷ Se til illustrasjon Rt. 2008 s. 328.

⁴⁸ Vi kan naturligvis ha flere parter på hver side, jf. tvistel. § 15-3, jf. også § 15-6 om forening av saker til felles behandling.

De betraktninger som jeg forankrer den lokale sedvanerett i, har en videre rekkevidde enn bare til å omfatte partenes eiendommer. Jeg vil imidlertid understreke at jeg ikke har foranledning til eller grunnlag for å ta standpunkt til den geografiske utstrekning av området for den lokale sedvaneretten.

Vi forutsetter at geografien ikke volder tvil. De sentrale spørsmål blir da: Hvilken betydning har avgjørelsen for A1 i forhold til de øvrige som pretenderes forpliktet etter sedvanen (B2, B3 osv.)? Og hva er avgjørelsens betydning for en annen pretendert berettiget (A2, A3 osv.) overfor B1? Endelig har vi spørsmålet om avgjørelsens betydning for forholdet mellom f.eks. A2 og B2.

Svaret må være at avgjørelsen A1 – B1 ikke er til hinder for at de antydde spørsmål blir bragt inn for retten, men avgjørelsen vil ha en betydelig bevis- og prejudikatsverdi. Konkret: En Balsfjord-avgjørelse er – for å låne Eckhoffs ord (op. cit. s. 165) – «prejudikat for den rettsoppfatning som retten har bygget sitt resultat på» – og det var at det eksisterer en lokal rettsedvane.

Hvis A1 ikke vinner frem overfor B1 med sin påstand om lokal sedvanerett, får vi tilsvarende spørsmål. Går f.eks. A1 til søksmål mot B2, vil den første avgjørelse ha prejudikativ virkning. Men det kan jo tenkes at det i et nytt søksmål trekkes frem nye beviser som tilsier et annet resultat.

7.5. Sammenligning med saker avgjort på grunnlag av hevd, alders tids bruk eller festnede rettsforhold

For enkelhets skyld har vi erverv i medhold av alders tids bruk for øye, idet det ikke kan sees at situasjonen blir annerledes der grunnlaget er hevd eller festnede rettsforhold. Spørsmålet blir hvorvidt de prosessuelle forhold som er omtalt foran i pkt. 7.2 til 7.4, får en annen løsning der alders tids bruk påberopes og blir akseptert eller forkastet. Vi konkretiserer dette til Rt. 1910 s. 200 (Kristinegaard) om allmenheten som ble tilkjent ferdselsrett. Bevismessig er det en prinsipiell forskjell. Bevis for en sedvane som begrunner dom for alders tids bruk, er bevis om faktum, jf. tvistel. kap. 21. Bevisreglene gjelder ikke der det dreier seg om sedvanerett – i så fall er det spørsmål om rettsanvendelse. Men grensegangen kan være besværlig, og bedre blir det ikke der begge grunnlag påberopes, slik som i Balsfjord-saken.⁴⁹ I praksis blir det neppe synderlig forskjell: Domstolen vil i alminnelighet neppe ha tilgang til eller mulighet til å skaffe seg informasjon ut over det partene fremlegger – likegyldig om det er alders tids bruk eller lokal sedvanerett som påberopes.

For de avgjørelser som treffes, kan det ikke sees at virkningene av en dom som godtar eller forkaster alders tids bruk, blir andre enn det som er anført ovenfor i pkt. 7.2 til 7.4. En reservasjon må gjøres for anke og klassifiseringen av ankegrunnene, jf. tvistel. § 29-3: Angrep på vurderingen av hvorvidt det foreligger en bruk som berettiger til karakteristikken alders tids bruk, gjelder bevisbedømmelsen, mens det for lokal sedvanerett er tale om rettsanvendelse. Men for begge rettsinstitutter er det en totalvurdering som foretas.

8. Har vi «bruk for» lokal sedvanerett vedrørende fast eiendom?

Etter den gjennomgang som her er foretatt av fenomenet lokal sedvanerett for så vidt angår rettigheter knyttet til fast eiendom, melder det seg et spørsmål: Har vi bruk for et slikt eget rettsinstitutt? Så vidt utviklet som reglene er blitt om hevd – jf. især hevds1. § 8 annet ledd, om alders tids bruk og om festnede rettsforhold (hvis man vil oppfatte dette som et eget institutt), er det vanskelig å forestille seg situasjoner der disse reglene vil komme til kort, mens lokal sedvanerett kunne gi en akseptabel løsning.

⁴⁹ Se Schei m.fl. op. cit. s. 774, jf. s. 394–395.

En gjennomgang av rettspraksis etterlater det inntrykk at det kan være noe tilfeldig om en part påberoper lokal sedvanerett eller nøyer seg med ett eller flere av de andre grunnlagene. Og der lokal sedvanerett er påberopt, har retten i mer enn ett tilfelle gitt uttrykk for at det ikke spiller så stor rolle om det bygges på det ene eller det annet – de vil «gli over i hverandre», som det ble sagt i Rt. 1995 s. 644 (Balsfjord), jf. også Rt. 1936 s. 923 (Sandebukten). Det finnes riktignok utsagn om at «det ene gir grunnlag for en rettskilde, det annet for en subjektiv rett» (Rt. 1936 s. 923), og vi har like ovenfor vært innom det prinsipielle bevismessige skille. Men er dette stort mer enn litt spissfindige sondringer uten reell betydning i det felt vi befinner oss? Viktigere er kanskje at vi har konstatert en viss gråsoner ved tinglysning, ved tvangssalg og ved anvendelse av servituttløven. Og dertil kan føyes at når sedvanen karakteriseres som en rettsregel, er det lettere å la den gå foran formell lov.

Summa summarum: Ved å bygge på reglene om hevd, alders tids bruk eller festnet rettsforhold er man på rimelig trygg grunn. Med det dekningsfelt som disse rettsinstitutter har, synes det å være meget som taler for at man bør unngå de usikkerhetsmomenter som er forbundet med lokal sedvanerett: Spørsmålene bør m.a.o., så langt mulig, prosederes på og avgjøres av domstolen på annet grunnlag enn lokal sedvanerett.