



NORGES HØYESTERETT

Den 17. mars 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-00571-A, (sak nr. 2010/1861), sivil sak, anke over overskjønn,

Eli A. Østengen

(advokat Toril Grimsvang Kjøllesdal)

mot

Øystre Slidre fjellstyre

(advokat Tor Gresseth – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder prøving av rettsanvendelsen ved overskjønn, jf. fjelloven § 2 tredje ledd – spørsmål om bortfall av allmenningsrett etter fjelloven § 2 andre ledd fjerde punktum.
- (2) Eiendommen Molor, gnr. 36 bnr. 10 i Øystre Slidre, som opprinnelig har vært en middels stor landbrukseiendom etter lokale forhold, har fra gammelt av hatt allmenningsrett i Øystre Slidre statsallmenning. Hjemmelshaver er Eli A. Østengen.
- (3) I 2002 ble gårdens seter lagt i det fri etter vedtak av fjellstyret, da den ikke hadde vært i bruk som seter i sammenhengende tidsrom av 20 år, jf. lov 6. juni 1975 nr. 31 (fjelloven) § 22 første ledd nr. 2. Ved samme vedtak ble det gitt tilrådning til Statskog om å tillate at seterhusene ble stående uten vederlag, jf. forskrift om seter og tilleggsjord m.m. i statsallmenningane (seterforskriften) § 16. Denne retten er lagt til eiendommen og kan ikke skilles fra den ved overdragelse.
- (4) I 2003 ble det søkt fylkeslandbruksstyret om tillatelse til fradeling av deler av eiendommen som tilleggsjord til naboeiendom, jf. jordloven § 12. Av eiendommens totale areal på ca. 303 da, gjaldt søknaden fradeling av ca. 196 da. Søknaden ble avslått. I

forbindelse med klage til Statens landbruksforvaltning traff fylkeslandbruksstyret 24. august 2004 vedtak om samtykke til deling ”hvor tun med et omkringliggende areal som vist på vedlagte kart, totalt ca. 15 daa, og heimstøl med ca 2 daa tomt beholdes av eieren”. Etter at Statens landbruksforvaltning hadde avslått klagen, ble fradeling godkjent i samsvar med fylkeslandbruksstyrets vedtak.

- (5) Østengen søkte i 2005 Statskog om opprettelse av ”vanlig hyttefeste” på seterbebyggelsen i statsallmenningen. Bakgrunnen var at hun i 2005 hadde inngått avtale om salg av festet til en nevø. I søknaden er det vist til seterforskriften § 19 første ledd, som lyder:

”Når seterretten fell bort av di drifta på garden er lagt ned og jorda teken i bruk til føremål utanom jordbruksnæringa, eller av di ein ikkje kan rekne garden som ei jordbruksmessig eining eller jordbruk, jfr. § 2 andre stykket i lova, skal fjellstyret gjere vedtak om

- a. **at setra skal visast ut til gardsbruk i drift som treng seter, jfr. §§ 1 og 2, eller**
- b. **å vise den tidlegare seterbrukaren til å søkje Statskog om feste av tomt for seterhusa til fritidsføremål, eller**
- c. **at seterbrukaren fjerner husa om korkje utvising, overføring eller oppretting av festekontrakt er aktuelt.”**

- (6) I forbindelse med behandlingen av søknaden innhentet fjellstyret uttalelse fra Øystre Slidre kommune, sektor for kultur, utvikling og næring, om kommunens syn på om Molor fortsatt måtte regnes som en landbrukseiendom. Etter at kommunen hadde besvart spørsmålet bekreftende, vedtok fjellstyret å tilrå overfor Statskog at søknaden om omdisponering til fritidsfeste ble avvist. Det ble vist til at eiendommen fortsatt måtte regnes som en jordbrukseiendom, og at den derfor hadde allmenningsretten i behold. I svaret fra Statskog ble det vist til at når fjellstyret ”konkluderer med at retten til allmenningsbruk opprettholdes, og ikke annet er avgjort ved skjønn jfr. § 2 i fjellova, skal saken behandles etter seterforskriften § 16 dersom fjellstyret ikke finner det aktuelt å vise ut stølen til annet gardsbruk i drift som trenger seter”.

- (7) Etter dette begjærte Østengen skjønn etter fjelloven § 2 tredje ledd med påstand om at Molor ikke har allmenningsrett i Øystre Slidre statsallmenning. Valdres tingrett avhjemlet 6. november 2009 skjønn med slik slutning:

- ”1. Gnr. 36, bnr. 10 Molor i Øystre Slidre kommune har ikke allmenningsrett i Øystre Slidre statsallmenning.**
- 2. Øystre Slidre fjellstyre betaler de lovbestemte utgifter ved skjønnet. For øvrig bærer partene egne sakskostnader.”**

- (8) Tingretten fant at selv om det fortsatt kunne utøves en begrenset jordbruksvirksomhet på eiendommen ved grønnsaks- eller bærproduksjon, var allmenningsretten falt bort da bruksrettighetene i allmenningen ikke sto i sammenheng med en slik jordbruksdrift.

- (9) Øystre Slidre fjellstyret begjærte overskjønn. Overskjønnet ble avhjemlet 20. september 2010 av Eidsivating lagmannsrett med slik slutning:

- ”1. Eiendommen Molor, gnr. 36, bnr. 10 i Øystre Slidre har bruksrett etter fjellova § 2 i Øystre Slidre statsallmenning.**
- 2. Partene bærer hver sine kostnader for tingretten og for lagmannsretten.**

3. Skjønnsmedlemmenes godtgjørelser og øvrige kostnader for lagmannsretten fastsettes i egen avgjørelse.”

(10) Lagmannsretten fant at Molor fortsatt var å regne som en jordbrukseiendom, idet det kunne utøves en viss jordbruksvirksomhet i form av dyrking av poteter, grønnsaker og bær. Det ble konkludert med at allmeningsretten av den grunn var i behold, uten at det ble problematisert at dette gjaldt drift som ikke hadde noen sammenheng med de aktuelle bruksrettighetene i allmenningen.

(11) Østengen har anket overskjønnet til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og saksbehandlingen – mangelfulle skjønnsgrunner. Høyesteretts ankeutvalg traff 21. desember 2010 følgende beslutning:

”Anken over rettsanvendelsen tillates fremmet. For øvrig tillates ikke anken fremmet.”

(12) Saken står for Høyesterett i samme stilling som for de tidligere retter.

(13) Ankende part, *Eli A. Østengen*, har i det vesentlige gjort gjeldende:

(14) Lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig. Molor kan ikke lenger regnes som ”ei jordbruksmessig eining”. Eiendommen har derfor ikke lenger allmeningsrett i Øystre Slidre statsallmenning.

(15) Etter fradelingen av tilleggsjord til nabobruk er eiendommens areal redusert med ca. 95 %. Det lille som er igjen av dyrkbart areal, ca. fem dekar, har ikke vært dyrket på mange år. Eier har heller ingen interesse av å opprettholde eiendommen som jordbruk. Dette må innebære at eiendommen, slik den nå framstår, har tapt sin karakter av å være en jordbrukseiendom og derfor heller ikke tilfredsstillere lovens krav til ”ei jordbruksmessig eining”. Molors eneste funksjon i dag er som boligeiendom.

(16) Norsk landbruk har endret seg betydelig de siste 10–20 år, både mht. lønnsomhet og arealstørrelse. Dette har fått betydning for hvilke krav som må stilles til landbrukseiendom i andre lover, jf. for eksempel odelsloven § 2, som etter lovendring i 2009 krever 25 dekar dyrkingsjord for å kunne regnes som odlingsjord. Dette må også få betydning for tolkingen av fjelloven § 2 andre ledd fjerde punktum.

(17) At Molor ikke lenger er å regne som jordbrukseiendom, er også forutsatt av landbruksforvaltningen gjennom den forvaltningsmessige behandling av fradelingssaken. Når salget er skjedd i henhold til fylkeslandbruksstyrets vedtak, må det innebære at resteiendommen ikke er å regne som en landbrukseiendom. Dette er i samsvar med retningslinjene for praktisering av delingssamtykke etter jordloven § 12. Det er således en målsetting ved delingssaker at det ikke er tilbake produktive landbruksressurser som representerer urasjonelle driftsenheter, jf. jordloven § 1 om at jordressursene skal disponeres på den måten som er mest gagnlig for samfunnet. Det har derfor formodningen mot seg at det beskjedne jordbruksarealet som ble tilbake ved salget, er egnet for jordbruk. Når det således må legges til grunn at landbruksforvaltningen ikke har ansett Molor for å være en jordbrukseiendom lenger, må dette også være førende for forståelsen av uttrykket ”ei jordbruksmessig eining” i fjelloven § 2 andre ledd fjerde punktum. Lagmannsretten har på dette punkt misforstått fylkeslandbruksstyrets vedtak.

- (18) Selv om man legger til grunn at en begrenset grønnsaksproduksjon kan drives på Molor, slik lagmannsretten har gjort, vil dette være irrelevant for stølsdrift i fjellet. For at eiendommen skal kunne regnes som "ei jordbruksmessig eining", kreves det at det kan utøves jordbruksdrift som står i sammenheng med innholdet i bruksretten, jf. fjelloven § 2 andre ledd første punktum. Bruksutøvelsen i statsallmenningen gjelder i all hovedsak beiting og setring. Det har ikke vært drevet setring fra Molor på mange år, og seterretten er falt i det fri. Det er heller ingen planer om å starte opp med noen form for husdyrhold. Det gjenværende dyrkingsarealet er dessuten så beskjedent at det ikke er realistisk å regne med at noen i overskuelig framtid vil gjøre det. Det er heller ikke egnede driftsbygninger på gården. Landbruksvirksomhet i form av husdyrhold må således anses nedlagt for alltid. Forutsetningen for å ha allmenningsretten i behold er derfor borte, noe som tilsier at retten er bortfalt. Lagmannsretten har forstått loven feil når den ikke har drøftet hvilke reelle muligheter det er for drift med husdyrhold på eiendommen.
- (19) At fjellstyret ikke ser seg tjent med at setra går over på fritidsfeste, er irrelevant for saken. Det er utelukkende Molors funksjon som jordbrukseiendom som har interesse.
- (20) Den ankende part har nedlagt slik påstand:
- "Prinsipalt:**
Valdres tingretts underskjønn av 6.11.09 stadfestes.
- Subsidiært:**
Eidsivating lagmannsretts overskjønn av 20.09.10 oppheves og hjemvises til lagmannsretten for ny behandling.
- I begge tilfelle:**
Ankende part tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."
- (21) Ankemotparten, *Øystre Slidre fjellstyre*, har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (22) Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at det avgjørende er om eiendommen egnert seg til jordbruksvirksomhet, og med dette fortsatt har karakter av jordbruk.
- (23) Lagmannsretten har tatt utgangspunkt i Gran-dommen, Rt. 2001 side 213 og de kriterier som der er nevnt for vurdering av om allmenningsretten er bortfalt. Det er totalinntrykket av eiendommen basert på beliggenhet, dyrket areal, bebyggelse og bruk som har vært avgjørende. Dette er riktig rettsanvendelse.
- (24) Det er en objektiv vurdering som må gjøres ut fra de nevnte faktorer. Hvilken interesse den ankende part måtte ha i å utnytte jordbruksressursene, er irrelevant.
- (25) Det må også være riktig, slik lagmannsretten gjør, å ta utgangspunkt i rettskildematerialet som knytter seg til fjelloven § 2. Hvilke krav man etter jordloven eller andre lover innenfor landbruket vil stille til en landbrukseiendom, er av mindre interesse.
- (26) At lagmannsretten henholder seg til rettspraksis som gjelder bygdeallmenninger, er forståelig, siden det er her vi har det meste av praksis. Fjelloven og bygdeallmenningsloven har på mange måter et felles kildegrunnlag. Men samtidig er det holdepunkter for at det skal mer til for at en allmenningsrett faller bort etter fjelloven enn etter bygdeallmenningsloven. Det er således presisert i forarbeidene til fjelloven et krav til klarhet for at vilkårene for bortfall kan anses oppfylt.

- (27) Loven stiller ikke opp noe krav om sammenheng mellom bruksutøvelsen og innholdet i bruksretten for at allmenningsretten skal bestå. Det loven krever, er at selve utnyttelsen har tilknytning til gårdsdriften, jf. fjelloven § 2 andre ledd første punktum. Men denne bestemmelsen har ingen betydning for bruksrettens eksistens. Om bruksretten ikke benyttes, faller ikke allmenningsretten bort. Bortfall kan bare skje etter andre ledd tredje og fjerde punktum. Det innebærer at retten består så lenge eiendommen kan karakteriseres som "ei jordbruksmessig eining".
- (28) Det vil være vanskelig å avgjøre om en eiendom er egnet til husdyrhold, særlig fordi dette vil kunne variere over tid avhengig av rammebetingelsene for landbruket. Det vil være i strid med allmenningsrettens formål å innfortolke et slikt krav. Allmenningsretten skal hvile på eiendommen som en ressurs, klar til utnyttelse når dette tilsies av "tida og tilhøva", jf. fjelloven § 2 første ledd.
- (29) Et slikt krav om sammenheng mellom bruksutøvelse og bruksrettens innhold kan heller ikke utledes av forarbeidene eller rettspraksis. Tvert imot. Det er akseptert i rettspraksis at også relativt små bruk har allmenningsrett, noe som taler imot at det stilles krav om husdyrhold, som er en driftsform som lett vil forutsette bruk av en viss størrelse. Av interesse i denne sammenheng er det at det i NOU 1985: 32 ble foreslått arealbegrensninger for erverv og bortfall av allmenningsrett. Disse skulle også gjelde for allmenningsrett etter fjelloven. Når departementet ikke fant å ville følge opp forslaget, må det bety at nevnte rettspraksis fortsatt skal gjelde.
- (30) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
 2. Øystre Slidre fjellstyre ved styrets leder tilkjennes dekning av sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”
- (31) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*
- (32) Saken gjelder anke over overskjønn etter fjelloven § 2 tredje ledd, og spørsmålet er om dette lider av feil ved rettsanvendelsen, jf. skjønnsloven § 38.
- (33) Retten til allmenningsbruk reguleres av fjelloven § 2. Bestemmelsen lyder:
- ”Rett til allmenningsbruk ligg til bygd eller grend som frå gamal tid har hatt slik rett. Retten skal kunne nyttast på ein måte som til kvar tid er i samsvar med rasjonell bruk, og som er naturleg etter tida og tilhøva.**
- Rett som er knytta til jordbrukseigedom kan berre utnyttast så langt det skjer i tilknytning til drifta av eigedomen som jordbruk, og så lenge eigedomen vert driven som jordbruk. Med dei unntak som går fram av lova her, kan slik rett ikkje avhendast, leigast bort eller krevjast avløyst mot vederlag. Vert gardsdrifta nedlagd og jorda teken i bruk til føremål utanom jordbruksnæringa, fell retten bort. Det same gjeld om ein eigedom ved sal eller oreigning misser så mykje av jorda at den ikkje lenger er å rekna som ei jordbruksmessig eining, eller vert delt på ein slik måte at ingen av jordpartane etter delinga er å rekna som jordbruk.**
- Twist etter siste punktum i andre stykket vert avgjort ved skjønn.”**

- (34) Regelen om bortfall av allmenningsrett følger av andre ledd tredje og fjerde punktum. Det alternativet som er aktuelt i vår sak, er omtalt i tredje punktum første alternativ. Spørsmålet er således om Molor ved fradelingen av tilleggsjord til naboeiendom har mistet så mye av jordbruksarealet at eiendommen ikke lenger er å regne som "ei jordbruksmessig eining".
- (35) Lagmannsretten peker innledningsvis på det særegne i saken at det er den bruksberettigede som ønsker fastslått ved skjønn at allmenningsretten er bortfalt, og ikke fjellstyret som representant for de øvrige bruksberettigede. Det er grunn til å anta at det ved vedtakelsen av lovbestemmelsen har vært tenkt på den motsatte situasjon. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at dette ikke kan få noen betydning for det rettslige vurderingstemaet. Jeg er enig i det.
- (36) Lagmannsretten har konkludert med at Molor, til tross for at det alt vesentlige av eiendommens jordbruksareal er fradelt, fortsatt er "ei jordbruksmessig eining". Vilåret for bortfall av allmenningsretten er derfor ikke oppfylt.
- (37) Utgangspunktet for drøftingen er tatt i Rt. 2001 side 213 Gran-dommen. Saken gjaldt spørsmål om allmenningsretten i Gran bygdeallmenning var bortfalt for en rekke mindre eiendommer. Vurderingen skjedde her på basis av lov 19. juni 1992 nr. 59 om bygdeallmenninger § 2-6 første ledd nr. 2, som svarer til fjelloven § 2 andre ledd fjerde punktum. Etter denne bestemmelsen er det avgjørende om eiendommen har "mistet sin karakter av jordbruk". På side 223 gir førstvoterende en redegjørelse for de momenter som må trekkes inn ved en slik vurdering:

"Slik jeg ser det, må en vurdering etter denne bestemmelsen gå ut på om eiendommen etter en samlet vurdering av beliggenhet, dyrket areal, bebyggelse og bruk fremdeles har karakter av jordbruk. Totalinntrykket av eiendommens karakter er her vesentlig. Vurderingen av om en eiendom tilhører jordbruket må – i samsvar med rettspraksis – skje ut fra forholdene i dag."

- (38) Lagmannsretten gjør først rede for eiendommens beliggenhet, hvor det heter:

"Eiendommen Molor ligger i Volbu innenfor LNF-området i kommuneplanen. Selv om det er islett av villabebyggelse og fritidsbebyggelse i området, fremstår det som et typisk jordbruksområde med flere aktive gårdsbruk. Det meste av jorda på Molor ligger i solrik helling. Det er opplyst i tingrettens skjønn at Volbu går for å være et av områdene i Valdres med best vekstvilkår. Jorda må anses som noe tungdreven grunnet stedvis bratt terreng og varierende matjorddybde med fjell i dagen enkelte steder."

- (39) Om dyrkbart areal uttales:

"Etter delingsvedtaket skal den gjenværende eiendommens størrelse utgjøre ca 17 dekar, hvorav ca 15 da er tun med omkringliggende areal ("hovedbølet"), og ca 2 da er tomt på heimstølen Kinnebakkadn. Fremlagt gårdskart angir samlet areal til 19 da, hvorav 9,3 da fulldyrka jord, 2,8 dekar produktiv skog, 5,9 da annet markslag og 1 da ikke klassifisert. Det er noe uklart om oppgitt totalstørrelse er korrekt, eller om den skal være 17 da, slik det ble lagt til grunn ved delingsvedtaket. Uansett må det legges til grunn at fulldyrket mark utgjør i overkant av 9 da. Jorda er noe dårlig arrondert ved at den omslutter tunet, med til dels smale teiger. Ingen deler av jorda er godkjent omdisponert varig til formål utenfor jordbruksnæringen. Før delingen av eiendommen, i 2003, ble det gitt tillatelse til midlertidig omdisponering i 15 år av et areal på inntil 7 da til juletreproduksjon. Deler av dette ligger på den gjenværende eiendom, men fratrar ikke arealet karakter av dyrka mark."

- (40) Den ankende part har for Høyesterett hevdet at dyrkbart areal begrenser seg til fem dekar som følge av at en del av arealet er tatt i bruk til juletreproduksjon. Lagmannsretten har imidlertid lagt til grunn at dyrkbart areal utgjør ni dekar, noe som ikke kan overprøves i ankesaken.
- (41) Om bebyggelsen uttales:
- ”Det er omfattende bebyggelse på eiendommen, slik det er redegjort for i tingrettens skjønn. Driftsbygning/låve er en eldre laftet tømmerbygning, som bærer preg av at det ikke har vært drevet aktivt jordbruk på eiendommen på mange år. Driftsbygningen vil ikke egne seg for husdyrhold uten store påkostninger.”**
- (42) Når det gjelder hvilke krav som stilles til omfanget av jordbruksvirksomheten, tar lagmannsretten utgangspunkt i Gran-dommen side 223, hvor førstvoterende uttaler at det ikke kan ”anses tvilsomt at bruksrett i allmenning i utgangspunktet krever at den jordbruksmessige driften av eiendommen gir eller vil kunne gi en viss inntekt – i penger eller naturalier”. Deretter uttaler lagmannsretten:
- ”Lagmannsretten legger etter det ovenstående til grunn at det er et vilkår for å beholde bruksretten etter fjellova § 2 etter frasalget, at eiendommen har gjenværende ressurser til å gi, eller kunne gi, et visst overskudd, også hensyntatt nødvendige kapitalkostnader. Det legges videre til grunn at det på et mindre bruk, som her, må kunne aksepteres at jordbruksvirksomheten for en stor del er hobbyrelatert, uten at bruksretten i allmenningen går tapt. Det vil selvsagt ved denne type bruk være vanskelig å fordele kostnadene på hobby og næring, og det kan ikke kreves noe betydelig overskudd knyttet til næringen.”**
- (43) Etter å ha slått fast at eiendommen ligger godt til rette både for produksjon av poteter, grønnsaker og bær med en ikke ubetydelig inntekt, konkluderer lagmannsretten med at eiendommen ”fortsatt har karakter av jordbruk etter dagens forhold, og dermed er å regne som *'ei jordbruksmessig eining'*”.
- (44) Jeg kan ikke se at det ut fra det jeg her har sitert er noe å utsette på lagmannsrettens rettsanvendelse. Den er fullt ut i samsvar med de rettslige kriterier som følger av Gran-dommen, og er også i samsvar med Høyesteretts drøftelse i Rt. 2001 side 394 Lesethaugen. Lagmannsretten har således foretatt en totalvurdering ut fra eiendommens beliggenhet, dyrket areal, bebyggelse og bruk. Den innvending den ankende part har reist med grunnlag i tolkingen av fylkeslandbruksstyrets vedtak og henvisning til annen lovgivning innen landbruket, kan ikke føre fram. At Molor er å betrakte som en landbrukseiendom i fjellovens forstand til tross for relativt beskjedne jordbruksressurser, er i samsvar med rettspraksis. Det er også i samsvar med rettspraksis at konklusjonen er basert på en objektiv vurdering uavhengig av eierens ønsker og interesse.
- (45) Spørsmålet er om det er tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav om ”ei jordbruksmessig eining” at det fortsatt kan utøves en eller annen form for jordbruk på eiendommen, eller om det også må stilles krav til arten av den jordbruksvirksomhet som kan utøves, nærmere bestemt om jordbruksutøvelsen må stå i sammenheng med den bruksutøvelsen som allmenningsretten gir adgang til. I vår sak er det tale om rettigheter etter fjelloven som er knyttet til gårdsbruk. Etter loven gjelder det rett til beite, seter og tilleggsjord. I prosedyren for Høyesterett er det bare retten til beite og seter som har vært nevnt som aktuelle utnyttelsesformer.

- (46) Som nevnt innledningsvis, kom tingretten til at det må foreligge en sammenheng mellom rettighetene og den jordbruksdrift som kan utøves på gården. Under henvisning til kriteriet i Gran-dommen fant tingretten ved den konkrete vurdering at det var "lite realistisk at en eventuell gjenopptakelse av husdyrhold på Molor vil 'gi en viss inntekt – i penger eller i naturalia'". Lagmannsretten berører ikke temaet – verken spørsmålet om det må stilles et slikt krav til sammenheng, eller påregneligheten av at husdyrhold vil bli gjenopptatt på Molor.
- (47) Jeg er kommet til at det ikke er et utslag av feil forståelse av loven når dette spørsmålet ikke har vært vurdert.
- (48) Når det gjelder *utnyttelsen* av allmenningsretten, er det på det rene at loven oppstiller et slikt krav til sammenheng mellom bruk og drift, jf. § 2 andre ledd første punktum som fastslår at retten "berre [kan] utnyttast så langt det skjer i tilknytning til drifta av eigedomen som jordbruk, og så lenge eigedomen vert driven som jordbruk".
- (49) Men fjelloven skiller mellom utnyttelse av bruksretten og eksistensen av den. Allmenningsretten er tilknyttet eiendommen uavhengig av bruken. Så sant gårdsdriften ikke er nedlagt og eiendommen tatt i bruk til formål utenom jordbruksnæringen, jf. tredje punktum, er lovens eneste kriterium for bortfall av retten at gårdsdriften på grunn av tap av areal ikke lenger er å regne som "ei jordbruksmessig eining", eventuelt at ingen av jordpartene etter deling er å regne som jordbruk, jf. fjerde punktum.
- (50) Uttrykket "ei jordbruksmessig eining" er nøytralt med hensyn til ulike former for jordbruksutøvelse. Det er således ikke noe ved lovens ordlyd som indikerer at jordbruksdriften må stå i en bestemt sammenheng med den bruksutøvelse allmenningsretten gir adgang til, for at allmenningsretten skal opprettholdes. Skal et slikt krav stilles, innebærer det at uttrykket "ei jordbruksmessig eining" i § 2 andre ledd fjerde punktum må tolkes innskrenkende.
- (51) Uttrykket ble tatt inn i loven ved fjelloven av 1975. Det var ikke benyttet i fjelloven av 1920, og heller ikke i lovutkastet av fjellovkomiteen av 1965. Utvalget som utredet den tidligere fjellov, fjellovkomiteen av 1912, har imidlertid en uttalelse om hva den mente med uttrykket "jordbruker", jf. innstillingen side 100:
- "Ved jordbruker i heromhandlede betydning forstaaes enhver , som selvstændig, enten som eier eller leier, bruker og bebor større eller mindre jordeiendom med egen husdyrbesætning (hest, ku, sau, gjeit), den være stor eller liten. Noget behov for en definition i loven om, hvad dermed forstaaes, skjønnes ikke at være forhaanden, naar der handles om behov for almeningsbeite, da ingen vil være i tvil om, at en eier eller bruker av jordeiendom er jordbruker, hvis han tiltrænger beite i almenningen til sit paa eiendommen vinterfødde bufe."**
- (52) I vår sak gjelder det spørsmål om hva som skal til for at en eiendom som har hatt allmenningsrett i statsallmenning, skal miste den. Det er i den sammenheng uttrykket "ei jordbruksmessig eining" benyttes. I forarbeidene til dagens lov er uttrykket ikke nærmere forklart. Det er i alle fall ikke noe som peker i retning av at uttalelsen fra 1912 skulle være retningsgivende. Jeg viser i denne forbindelse til at departementet om uttrykket "jordbrukseigedom" i fjelloven § 2 andre ledd første punktum i proposisjonen side 36 begrenser seg til følgende uttalelse:

”Det kan her til dels være vanskeleg å trekkje grensa for kva som er jordbrukseigedom. Men heller ikkje dette kan det bli spørsmål om å fastleggje nærare i lova. Tvistar av dette slaget får som hittil avgjerast av domstolane, i den mon dei ikkje kan løysast på annan måte.”

- (53) Jeg antar de samme betraktninger må gjelde uttrykket ”ei jordbruksmessig eining”.
- (54) Etter dette finner jeg det vanskelig å utlede av lovens forarbeider noen føring for tolkingen. Dette må også gjelde uttalelsen fra fjellovkomiteen av 1912.
- (55) Jeg kan heller ikke se at betingelsene for erverv av allmenningsrett kan være avgjørende. Riktignok uttales det rent generelt i Gran-dommen på side 218 at det er ”nær sammenheng mellom det legislative grunnlaget for allmenningsretten, vilkårene for allmenningsrett, og bortfall av retten”, noe jeg er enig i. Men det er ikke dermed sagt at vilkårene for erverv og opphør vil være sammenfallende. Til illustrasjon kan her nevnes at det i NOU 1985: 32, som jeg senere skal komme tilbake til, ble foreslått arealgrenser for erverv og bortfall av allmenningsrett der arealgrensen for erverv var det dobbelte av grensen for bortfall – henholdsvis ti og fem dekar.
- (56) Jeg kan se at formålsbetraktninger kan tale for å tolke uttrykket ”ei jordbruksmessig eining” innskrenkende. Det kan hevdes at det gir lite mening i å opprettholde en bruksrett som forutsetter husdyrhold, dersom forholdene ikke lenger ligger til rette for slik drift.
- (57) Det er imidlertid flere forhold som taler imot at et slikt synspunkt bør ha gjennomslag for tolkingen.
- (58) Allmenningsretten, slik den kommer til uttrykk i fjelloven, må ses i et langtidsperspektiv. Rettsinstituttet har eksistert siden middelalderen. Det fikk sin første nedtegnning i landskapslovene – Frostatingsloven og Gulatingsloven – og har senere vært videreført i Magnus Lagabøters landslov og Christian V Norske Lov av 1687. Fjelloven viderefører grunnprinsippene. Grunnlaget for deltakelse i bruksrettsfellesskapet er, og har fra lang tid tilbake, vært at det er en jordbrukseiendom i et bygdelag der det fra gammel tid har eksistert allmenningsbruk. Som allerede nevnt, eksisterer retten uavhengig av om den utøves eller ikke. Selv om det over lang tid ikke skjer noen bruksutøvelse, for eksempel fordi det utelukkende utøves kornproduksjon, hagebruk eller lignende, faller ikke retten bort. Det samme gjelder om driften på gården midlertidig er nedlagt, jf. Ot.prp. nr. 32 (1973–74) side 37. Allmenningsretten må i en slik sammenheng ses på som et potensiale for eiendommen – en latent mulighet for annen bruksutøvelse hvis dette tilsies av ”tida og tilhøva”, f. eks. ved at neste eier igjen utvider eiendommens dyrkningsareal ved kjøp av tilleggsjord med sikte på drift med husdyr, jf. Thor Falkanger, Allmenningsrett, side 93 note 136. At § 2 andre ledd andre punktum setter forbud mot å skille allmenningsretten fra gården, er et uttrykk for dette. Også allmenningsretten som et potensiale for jordbruksdriften, må derfor ses i et langtidsperspektiv.
- (59) Et krav om at eiendommen må ha en slik størrelse at den vil være egnet for husdyrhold, vil kunne få vid rekkevidde. Fortsatt eksisterer det mange steder i landet gårdsbruk av beskjedne størrelse, og det er denne gruppen et slikt krav vil ramme. Etter min mening står en slik fortolkning i strid med det som har vært retningsgivende for rettspraksis og lovgivningen på allmenningsrettens område.

- (60) Allerede i den første Hadelandsdommen, Rt. 1914 side 35, slo Høyesterett fast at allmenningsretten var i behold selv om omfanget av jordbruksdriften var relativt beskjeden. Førstvoterende uttaler således på side 46:

”Efter det anførte resumerer jeg min opfatning av det foreliggende spørsmål derhen, at enhver i bygdelaget liggende eiendom, forsaavidt og saa længe den efter sin beskaffenhet og benyttelse maa ansees som tilhørende jordbruket, har bruksret i den bygdelaget tilliggende almenning, selv om eiendommen ikke ved sin avkastning av jordbruksprodukter helt eller i det væsentlige avgir tilstrækkelig til en families underhold, - mens saadan bruksret ikke tilkommer den eiendom – stor eller liten, – som efter sin naturlige beskaffenhet, sin bebyggelse eller anden anvendelse ikke kan henregnes til de landeiendomme, hvorpaa drives jordbruk.”

- (61) Denne rettsoppfatningen, som senere har vært gjentatt i rettspraksis, har resultert i at relativt små bruk – mindre enn det denne saken gjelder – er blitt anerkjent som allmenningsberettiget. Det er vist til uttalelsen senest i Rt. 2001 side 213 Gran side 219 og Rt. 2001 side 394 Lesethaugen side 398. Det at praksis har akseptert at også relativt små bruk har allmenningsrett, er ikke forenlig med et krav om driftsform som lett vil forutsette bruk av en viss størrelse.
- (62) At allmenningsretten gjelder for små bruk med beskjeden drift, kommer også til uttrykk i forarbeidene til fjelloven, jf. Ot.prp. nr. 32 (1973–74) side 37:

”Det er departementet sin føresetnad at uttrykket ”så lenge eiedomen vert driven som jordbruk” skal avgrense mot dei tilfella då jordbruksdrifta er heilt nedlagd – det skal m.a.o. ikkje gje grunnlag for å ta frå ein eiedom bruksretten at drifta er sterkt innskrenka og kanskje meir eller mindre under avvikling. Så lenge det vert drive jordbruksdrift på eiedomen – om enn i redusert målestokk – har bruket krav på å kunne nytte bruksretten, så langt bruken har tilknytning til den jordbruksdrifta som er.”

- (63) Når det i proposisjonen vises til tilknytning til jordbruksdriften, gjelder det, som jeg tidligere har nevnt, retten til å *utnytte* bruksretten, jf. § 2 andre ledd første punktum. Riktig nok brukes uttrykket ”ta frå ein eiedom bruksretten”. Når dette leses i sammenheng, framgår imidlertid at det er utnyttelsen av bruksretten det her er tale om. Det som er poenget er at utnyttelsesretten er i behold selv om det utøves en sterkt redusert jordbruksdrift.
- (64) Det jeg har sitert, må ses i sammenheng med det som sies i neste avsnitt på samme side vedrørende eiendom der driften ”mellombels er nedlagt”:

”At drifta på ein eiedom med bruksrett mellombels er nedlagt, fører ikkje til at bruksretten går tapt, – den kan berre ikkje utnyttast så lenge gardsdrifta ligg heilt nede. Men vert jorda teken i bruk til føremål utanom jordbruksnæringa, er det ingen grunn til at bruksretten skal stå ved lag lenger, og etter andre stykket i § 2 vil den då falle bort.”

- (65) Uttalelsene lest i sammenheng må forstås slik at også om driften er så redusert at bruksretten i praksis ikke utnyttes, fratar ikke det eiendommen allmenningsretten så lenge eiendommen fortsatt har karakter av jordbruk. Det er når jorda blir tatt i bruk til formål ”utanom jordbruksnæringa”, at allmenningsretten faller bort.
- (66) I NOU 1985: 32 Revisjon av allmenningslovgivningen foreslo utvalget lovbestemmelser om minsteareal av dyrket jord for å kunne inneha allmenningsrett – minimum ti dekar for

erverv og minimum fem dekar etter arealreduksjon med en tredel eller mer for opprettholdelse av retten, jf. side 43 og 45–46. Hensikten med forslaget var ”i sterkere grad enn domstolspraksis tidligere har vist vilje til, å forbeholde allmenningsbruksretten for de ’egentlige’ jordbrukseiendommer”. Utvalget foreslo at bortfall av allmenningsrett for eiendom mindre enn fem dekar etter arealreduksjon med en tredel eller mer også skulle gjelde etter fjelloven. Forslaget ble ikke fulgt opp i lovforslaget, da ”[e]n kategorisk regel om dette [ikke] vil løse problemet med behandlingen av de små brukene fordi arealets størrelse bare vil være ett av flere momenter som må trekkes inn i vurderingen”, jf. Ot.prp. nr. 37 (1991–1992) side 40–41 og 43. Konklusjonen må etter dette være at gjeldende rettspraksis – som ikke forbeholder allmenningsbruksretten for de ”egentlige” jordbrukseiendommer, jf. det jeg nettopp har sitert fra NOU 1985: 32 – skal opprettholdes. Dette innebærer at også små gårder skal kunne ha allmenningsrett etter fjelloven. Et krav om at eiendommen må ha en slik størrelse at den kan egne seg for husdyrhold, er ikke i samsvar med det som her ble lovgivers standpunkt.

- (67) Et ytterligere moment er at det etter gjeldende rett kan synes å foreligge en romsligere ramme for hva som skal til for at en eiendom skal karakteriseres som en jordbrukseiendom etter fjelloven enn etter bygdeallmenningsloven og lov om skogsdrift m.v. i statsallmenningene. I NOU 1985: 32 side 44–45 drøfter utvalget om det bør gjelde en regel om bortfall for eiendommer som ikke er i drift. Det endte med at utvalget foreslo en bestemmelse i utkastet § 2-7 nr. 1 bokstav b i både bygdeallmenningsloven og loven om skogsdrift m.v. i statsallmenningene – nå § 2-6 nr. 1 bokstav b – om at virkesretten faller bort hvis jordbruksdriften på eiendommen ”blir lagt ned, og blir liggende nede i et sammenhengende tidsrom av fem år”. Om behovet for en slik regel uttaler utvalget:

”Nr. 1 b) er, i hvert fall formelt, et nytt bortfallsgrunnlag som ikke har noe motstykke i fjelloven. Også etter gjeldende rett er det slik at bruksrett bare kan utøves til dekning av det jordbruksmessige behov (jf. utkastets § 2-2 første punktum), og når jordbruksdriften er nedlagt kan det jo sies at det ikke lenger er noe jordbruksmessig behov slik at bruksretten forsåvidt er ”falt bort”. Men det har vært en flytende og uklar rettsstilling på dette området hittil, både med hensyn til kriterier for når driften kan anses nedlagt og med hensyn til virkningen av driftsnedleggelse for adgangen til å utøve bruksrett.

Det er etter utvalgets mening ikke rimelig grunn til at bruksrett skal kunne utøves for eiendommer hvor jordbruksdriften er opphørt uten å ha blitt gjenopptatt innen en viss tid. Prinsipielt bør da eiendommens bruksrett falle bort, selv om jorden ikke er tatt i bruk til noe annet formål (den omstendighet at driftsnedleggelsen har vist seg å bli varig, kan sies å burde anses likeverdig med at jorden er tatt i bruk til annet formål – de er begge uttrykk for at bruksrettens grunnlag, de jordbruksmessige behov ved drift av eiendommen, er falt bort).”

- (68) Utvalget drøfter dernest hva som skal til for at jordbruksdriften skal anses ”nedlagt” og ”blir liggende nede”. I den forbindelse viser utvalget til det jeg tidligere har sitert fra Ot.prp. nr. 32 (1973–74) side 37 vedrørende fjelloven § 2 andre ledd første punktum om at utnyttelsesretten er i behold med mindre ”jordbruksdrifta er heilt nedlagd” og uttaler:

”Fra et lovgivningspolitisk synspunkt kan det derimot etter utvalgets mening anføres gode grunner for å kreve mer for å anse en eiendom for å være i jordbruksmessig drift.

Ut fra de samme hensyn kan det også sies at betenkelighetene ved å opprettholde bruksretten for eiendommer med sterkt nedtrappet drift er større når det gjelder virkesrett enn for de bruksrettigheter fjelloven omhandler. Det skal meget lite til for at en eiendom må anses å være i drift etter de kriterier som foran er gjengitt, og det reiser

seg motforestillinger til at eiendommer i en slik driftsmessig stilling som der nevnt ('kanskje meir eller mindre under avvikling') skal kunne utøve virkesrett for eksempel til oppføring av nytt bolighus. Det vil i mange tilfeller måtte skje på bekostning av mer reelle jordbruksmessige behov som andre jordbrukseiendommer har.

Utvalget er for sin del av den oppfatning at de reelle lovgivningspolitiske hensyn her må veie tyngre enn de lovtekniske, og at det derfor bør kreves mer i retning av aktiv jordbruksmessig drift ved praktiseringen av kriteriene "nedlagt" og "liggende nede" i utkastets § 2-7 enn angitt i Ot.prp. nr. 32 (1973–74) for bruksrettigheter etter fjelloven."

- (69) I Gran-dommen uttaler førstvoterende på side 222 at den rettsoppfatning det her gis uttrykk for, har støtte i rettspraksis, idet det vises til Rt. 1985 side 62.
- (70) Konsekvensen av det synspunkt det gis uttrykk for i det siterte, er at det etter bygdeallmenningsloven og lov om skogsdrift m.v. i statsallmenningene er inntatt en klar bestemmelse som reflekterer en sammenheng mellom jordbruksdrift og eksistensen av allmenningsretten. En tilsvarende regel finnes ikke i fjelloven. Det ble riktignok foreslått, men ble ikke inntatt i lovforslaget med den begrunnelse at utvalget ikke hadde mandat til å utrede materielle endringer i fjelloven, og at konsekvensene heller ikke var tilstrekkelig utredet, jf. Ot.prp. nr. 37 (1991–92) side 20–21.
- (71) I det siterte pekes også på et viktig mothensyn mot å opprettholde allmenningsrett i form av virkesrett hvor jordbruksdriften er sterkt redusert, nemlig hensynet til de øvrige bruksberettigede – utøvelse av virkesrett vil her gå på bekostning av de mer reelle jordbruksmessige behov som andre jordbrukseiendommer har. Et tilsvarende hensyn gjør seg ikke gjeldende for bruksrettigheter etter fjelloven når det gjelder det spørsmål denne saken reiser. At det på en eiendom drives annen jordbruksaktivitet enn husdyrhold, får i praksis ingen betydning av negativ art for de øvrige bruksberettigede. Det samme gjelder om eiendommen, på grunn av dens størrelse og øvrige beskaffenhet, ikke er særlig egnet for husdyrhold eller at driften er sterkt redusert. Det kan således ikke påvises et tilsvarende reelt behov for å la allmenningsretten falle bort i disse tilfellene, slik tilfellet er for virkesretten.
- (72) Det kan derimot anføres reelle grunner for ikke å la allmenningsretten falle bort i slike tilfelle. Først og fremst på grunn av rene retstekniske hensyn. Om en eiendom er egnet for husdyrhold må bero på en skjønnsmessig vurdering ut fra topografi, økonomi, arealstørrelse mv., der konklusjonen ikke alltid er like opplagt. Vurderingen kan også bli forskjellig alt etter hvor i landet man befinner seg. En særlig utfordring ligger i at vurderingen ikke vil være statisk, men må ta høyde for endret utvikling framover i tid, for eksempel avhengig av muligheten for nye økonomiske rammevilkår, nye retninger innen landbruket, mulighet for nisjeproduksjon mv. Endelig kan det bli spørsmål om hvor mange dyr som skal til for at man har med husdyrhold å gjøre. Samlet sett vil derfor en regel med et slikt innhold lett kunne bli prosesskapende, og det uten tilsvarende nytteverdi.
- (73) Jeg kan etter dette ikke se at det er tilstrekkelige argumenter for å tolke fjelloven § 2 andre ledd fjerde punktum innskrenkende slik at det med uttrykket "ei jordbruksmessig eining" siktes til eiendom egnet for husdyrhold. Om det skal gjelde et krav om sammenheng mellom drift og bruksrettighetenes innhold for at allmenningsretten etter fjelloven skal kunne opprettholdes, må det bli opp til lovgiver å avgjøre. En retsteknisk enkel løsning vil være å stille krav om minstestørrelse, som foreslått i NOU 1985: 32.

- (74) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at det ikke foreligger feil ved lagmannsrettens lovforståelse når den ikke har drøftet om Molor er egnet for husdyrhold. Anken må etter dette bli å forkaste.
- (75) Saken har reist spørsmål som ikke tidligere har vært behandlet av Høyesterett, og som har betydning for mange bruk med allmenningsrettigheter etter fjelloven. Jeg er derfor kommet til, som lagmannsretten, at sakskostnader ikke bør tilkjennes, jf. skjønnsloven § 43 første ledd, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (76) Jeg stemmer for slik

D O M :

1. Anken forkastes.
 2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.
- (77) Dommer **Skoghøy**: Jeg er kommet til at anken må tas til følge.
- (78) Som førstvoterende har redegjort for, har eiendommen Molor et totalareal på 17–19 dekar, hvorav 9,3 dekar er fulldyrket jord og 2,8 dekar produktiv skog. Med unntak av et areal som har vært benyttet til juletreproduksjon, har det dyrkede arealet siden fradelingen ligget brakk. Driftsbygningen, som er en eldre, laftet tømmerbygning, bærer preg av at det ikke har vært drevet aktiv jordbruk på eiendommen på mange år, og vil – etter det lagmannsretten har lagt til grunn – ”ikke egne seg for husdyrhold uten store påkostninger”. Den mest aktuelle driftsform er potet-, grønnsaks- eller bærproduksjon. Etter den rettspraksis som foreligger, stilles det ikke store krav til jordbruksressurser for at en eiendom skal bli ansett som en allmenningsberettiget jordbrukseiendom, jf. Thor Falkanger, Allmenningsrett, 2009, side 98–107. Spørsmålet avgjøres – som lagmannsretten riktig har lagt til grunn – ut fra en totalvurdering av eiendommens beliggenhet, dyrket areal, bebyggelse og bruksforutsetninger. Til tross for at driftsbygningen er i dårlig forfatning, er jeg enig med lagmannsretten og førstvoterende i at eiendommen har tilstrekkelige jordbruksressurser til at den som utgangspunkt må anses som jordbrukseiendom etter allmenningslovgivningen. Det springende punkt i saken er hvorvidt det for opprettholdelse av allmenningsrett stilles krav om *driftsrelevans*, dvs. krav om at den allmenningsberettigede eiendom må kunne utnytte allmenningsretten som ledd i en jordbruksmessig drift som er eller kan være aktuell.
- (79) De allmenningsrettigheter det er tale om i vår sak, er rett til beite og seter etter fjelloven. Beite- og seterrettigheter kan bare utnyttes som ledd i husdyrhold. Dersom det for opprettholdelse av allmenningsrett stilles krav om driftsrelevans, må eiendommen være egnet til husdyrhold.
- (80) Etter fjelloven § 2 andre ledd første punktum kan allmenningsrett som er knyttet til jordbrukseiendom, ”berre utnyttast så langt det skjer i tilknytning til drifta av eigedommen som jordbruk, og så lenge eigedommen vert driven som jordbruk”. I § 2 første ledd andre punktum er det presisert at retten ”skal kunne nyttast på ein måte som til kvar tid er i samsvar med rasjonell bruk, og som er naturleg etter tida og tilhøva”. Det følger av disse

bestemmelsene at det for *ervert og utnyttelse* av allmenningsrett til jordbrukseiendom etter fjelloven stilles krav om driftsrelevans.

- (81) *Opphør* av slik allmenningsrett reguleres av fjelloven § 2 andre ledd tredje og fjerde punktum, som bestemmer:
- ”Vert gardsdrifta nedlagd og jorda teken i bruk til føremål utanom jordbruksnæringa, fell retten bort. Det same gjeld om ein eigedom ved sal eller oreigning misser så mykje av jorda at den ikkje lenger er å rekne som ei jordbruksmessig eining, eller vert delt på ein slik måte at ingen av jordpartane etter delinga er å rekne som jordbruk.”**
- (82) Hvorvidt det for opprettholdelse av allmenningsrett til jordbrukseiendom etter fjelloven gjelder et krav om driftsrelevans, avhenger av om opphørsbestemmelsene skal tolkes uavhengig av bestemmelsene om ervert og utnyttelse.
- (83) Bestemmelsene om opphør av allmenningsrett kommer umiddelbart etter bestemmelsene om ervert og utnyttelse, og kan ut fra en naturlig språklig forståelse ikke leses uavhengig av disse, men må tvert imot ses på som en presisering av vilkåret ”så lenge eigedomen vert driven som jordbruk” i § 2 andre ledd første punktum. At det er slik opphørsbestemmelsene i § 2 andre ledd tredje og fjerde punktum må forstås, bekreftes etter min mening av bestemmelsenes forhistorie og lovforarbeidene.
- (84) Som førstvoterende har redegjort for, har allmenningsretten dype historiske røtter. Den någjeldende fjellov bygger i stor grad på fjelloven av 1920. Denne ble forberedt av fjellovkomiteen av 1912. I komiteens utredning ble ”jordbruker” definert som ”enhver, som selvstendig, enten som eier eller leier, bruker og bebor større eller mindre jordeiendom med egen husdyrbesætning (hest, ku, sau, geit), den være stor eller liten”. Komiteen fant imidlertid ikke behov for å ta noen definisjon inn i loven da det ikke kunne være tvil om at ”en eier eller bruker av jordeiendom er jordbruker, hvis han tiltrænger beite i almenningen til sit paa eiendommen vinterfødde bufe” (komiteens utredning side 100). Det kan etter dette ikke være tvilsomt at det etter fjelloven av 1920 gjaldt et krav om driftsrelevans ikke bare for ervert og utnyttelse, men også for opprettholdelse av allmenningsrett.
- (85) Gjeldende fjellov bygger etter min mening på samme forståelse. Forarbeidene viser at opphørsbestemmelsene må ses i sammenheng med bestemmelsene om ervert og utnyttelse. I Ot.prp. nr. 32 (1973–74) om lov om utnytting av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane (fjellova), side 37 blir det således uttalt:

**”Det er departementet sin føresetnad at uttrykket ‘så lenge eigedomen vert driven som jordbruk’ skal avgrense mot dei tilfella då jordbruksdrifta er heilt nedlagd – det skal m.a.o. ikkje gje grunnlag for å ta frå ein eigedom bruksretten at drifta er sterkt innskrenka og kanskje meir eller mindre under avvikling. Så lenge det vert drive jordbruksdrift på eigedomen – om enn i redusert målestokk – har bruket krav på å kunne nytte bruksretten, så langt bruken har tilknytning til den jordbruksdrifta som er.
...**

At drifta på ein eigedom med bruksrett mellombels er nedlagt, fører ikkje til at bruksretten går tapt, – den kan berre ikkje utnyttast så lenge gardsdrifta ligg heilt nede. Men vert jorda teken i bruk til føremål utanom jordbruksnæringa, er det ingen grunn til at bruksretten skal stå ved lag lenger, og etter andre stykket i § 2 vil den da falle bort.”

- (86) Som det fremgår av denne uttalelse, tar bortfallsbestemmelsene i § 2 andre ledd tredje og fjerde punktum sikte på å presisere vilkåret i § 2 andre ledd første punktum om at allmenningsretten bare kan utnyttes ”så lenge eigedomen vert driven som jordbruk”.
- (87) Det at bestemmelsene om bortfall av allmenningsrett må ses i sammenheng med bestemmelsene om erverv og utnyttelse av allmenningsrett, er også lagt til grunn i rettspraksis. Jeg viser her til Rt. 2001 side 213 (Gran) på side 218 og Rt. 2001 side 394 (Lisethaugen) på side 398. Begge disse dommene gjelder virkesrett. I motsetning til fjelloven inneholder både bygdeallmenningsloven og skogallmenningsloven bestemmelse om bortfall dersom driften blir liggende nede i et sammenhengende tidsrom av fem år, se bygdeallmenningsloven § 2-6 første ledd nr. 1 bokstav b og skogallmenningsloven § 2-6 første ledd nr. 1 bokstav b. Bortsett fra dette er imidlertid bortfallsbestemmelsene i bygdeallmenningsloven og skogallmenningsloven utformet etter samme mønster som bortfallsbestemmelsene i fjelloven, og tilknytningen til bestemmelsene om erverv og utnyttelse er prinsipielt den samme.
- (88) De autoritative rettskilder som foreligger, peker således entydig i retning av at opphørsbestemmelsene i fjelloven § 2 andre ledd tredje og fjerde punktum ikke kan tolkes uavhengig av vilkårene for erverv og utnyttelse av allmenningsrett, men må oppfattes som en presisering av uttrykket ”så lenge eigedomen vert driven som jordbruk” i § 2 andre ledd første punktum. Det samme har vært lagt til grunn i rettslitteraturen. Under henvisning til Rt. 2001 side 213 og 2001 side 394 fremholder Borgar Høgetveit Berg og Johnny Johansen, ”Bortfall av allmenningsrett”, Lov og Rett, 2001 side 579 ff. på side 592 at det er ”ingen grunn til å skilje skarpt mellom vilkåra for å ha/ervert allmenningsrett, innhaldet i allmenningsretten og bortfall av allmenningsrett”:
- ”Langt på veg skulle det vera unødvendig med bortfallsreglar ved sida av vilkåra for å ha allmenningsrett. Dette må gjelde også for dei rettane som er regulert i fjellova, og for dei ulovfesta allmenningsrettane. Bortfallsreglane må sjåast i nær samanheng med vilkåra for å ha allmenningsrett.”**
- (89) Thor Falkanger har uttrykt seg på tilsvarende måte, se Falkanger, op.cit side 94, jf. side 116–117. I tråd med det som følger av lovforarbeidene, fremholder han blant annet at opphørsbestemmelsene må tolkes i lys av uttrykket ”så lenge eigedomen vert driven som jordbruk” i § 2 andre ledd første punktum. Etter å ha gjengitt § 2 andre ledd første, tredje og fjerde punktum uttaler han (op.cit. side 116):
- ”Allmenningsrett kan altså bare utnyttes i tilknytning til jordbruksmessig drift av eiendommen. Etter tredje [i boken står det ”annet”, men dette er åpenbart feilskrift for ”tredje”] punktum er det to vilkår for opphør: at gårdsdriften er nedlagt, og at jorden er tatt i bruk til annet formål (f.eks. at den dyrkede jorden er tilplantet med skog). Men også når bare det første vilkår (nedleggelse av driften) foreligger, kan retten tapes, jf. første punktum der det tales om ”så lenge eigedomen vert driven som jordbruk”.**
- (90) Som jeg tidligere har påpekt, følger det av § 2 andre ledd første punktum, jf. § 2 første ledd andre punktum at det for erverv og utnyttelse av allmenningsrett til jordbrukseiendom stilles krav om driftsrelevans. Siden bortfallsvilkårene må ses i sammenheng med vilkårene for erverv og utnyttelse, må det gjelde tilsvarende vilkår for opprettholdelse av slik rett. Dette støttes av formålsbetraktninger. Det er ingen rasjonell grunn til at en eiendom som ikke kan utnytte en allmenningsrett som er knyttet til jordbrukseiendom, skal være allmenningsberettiget.

- (91) Førstvoterende har som reell begrunnelse for at det ikke bør stilles krav om driftsrelevans for opprettholdelse av allmenningsrett, vist til retts tekniske hensyn. Etter min mening kan retts tekniske hensyn ikke underbygge et slikt resultat. Hvorvidt en eiendom skal anses som jordbrukseiendom, beror på et sammensatt skjønn. Om kriteriene for jordbrukseiendom blir supplert med et krav om driftsrelevans, vil det ikke gjøre vurderingen mindre forutsigbar. Tvert imot vil forutberegneligheten kunne øke dersom antallet vurderingskriterier blir utvidet. Det viktigste er imidlertid at de autoritative rettskildene entydig peker i retning av et krav om driftsrelevans, og at det ikke kan ses å være noen rasjonell grunn til at allmenningsretten skal fortsette å bestå dersom den definitivt ikke lenger fyller noen funksjon.
- (92) Jeg er på dette grunnlag kommet til at det må være et vilkår for at allmenningsrett som er knyttet til jordbrukseiendom, skal stå ved lag, at eiendommen ut fra sin beliggenhet, beskaffenhet, dyrket areal, bygningsmessige forhold, utviklingen i landbruket mv. er egnet til en jordbruksmessig drift hvor det kan være aktuelt å utnytte allmenningsretten.
- (93) Driftsrelevansen vil stille seg forskjellig for de ulike allmenningsrettighetene. Mens virkesrett vil være relevant ved praktisk talt alle former for jordbruksdrift, forutsetter beite- og seterrett at eiendommen er egnet til husdyrhold.
- (94) Vilklårene for bortfall av allmenningsrett på grunn av mangel på driftsrelevans må imidlertid være strenge. Den omstendighet at allmenningsretten ikke er relevant for den produksjon som for tiden drives, kan ikke føre til at allmenningsretten faller bort. Som eksempel kan nevnes eiendom som blir benyttet til kornproduksjon. En slik eiendom har ikke noe aktuelt behov for beite- eller seterrett. Dette kan imidlertid ikke medføre at retten til beite og seter faller bort. Etter fjelloven faller beite- og seterrett heller ikke bort om jordbruksdriften blir nedlagt. Hvis eiendommen fortsatt er egnet til husdyrhold, fortsetter allmenningsretten å bestå som en latent rett selv om det for tiden ikke fremstår som aktuelt å gjenoppta driften. For at beite- eller seterrett etter fjelloven skal falle bort på grunn av mangel på driftsrelevans, må eiendommen definitivt ha opphørt å være egnet til husdyrhold. Dersom en eiendom etter å ha mistet allmenningsrett, senere blir slått sammen med annen eiendom, og den nye driftsenhet er egnet til husdyrhold, vil allmenningsretten kunne gjenoppstå.
- (95) Da lagmannsretten ved avgjørelsen av om Molors allmenningsrett er i behold, ikke har stilt krav om driftsrelevans, er overskjønnet etter mitt syn på forståelsen av fjellovens bestemmelser om opphør av allmenningsrett til jordbrukseiendommer beheftet med feil ved rettsanvendelsen.
- (96) I motsetning til lagmannsretten har tingretten vurdert spørsmålet om driftsrelevans, og den ankende part har nedlagt påstand om stadfestelse av tingrettens skjønn. Ved anke over overskjønn må imidlertid overprøvingen skje på grunnlag av lagmannsrettens bevisbedømmelse, jf. skjønnsloven § 38. Da lagmannsrettens faktumbeskrivelse ikke gir tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om allmenningsretten må anses bortfalt på grunn av mangel på driftsrelevans, kan Høyesterett ikke stadfeste tingrettens skjønn. Jeg stemmer derfor for at overskjønnet oppheves.
- (97) Etter det resultat jeg er kommet til, har anken ført frem. På bakgrunn av sakens prinsipielle karakter finner jeg imidlertid at hver av partene bør bære sine sakskostnader for Høyesterett, se skjønnsloven § 43 første ledd, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

- (98) Dommer **Akerlie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Tønder.
- (99) Dommer **Webster:** Likeså.
- (100) Dommer **Gjølstad:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Skoghøy.
- (101) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: