

Tålt bruk i hevds læren

kandidatnummer 654



Masteroppgave ved Juridisk Fakultet

UNIVERSITETET I OSLO

Antall ord: 13.265

25.04.2014

© Kandidat 654

2014

Tålt bruk i hevoslæren

Masteroppgave

<http://www.duo.uio.no/>

Trykk: ..

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Utgangspunkt og problemstilling.	1
1.2	Presentasjon av temaet «tålt bruk»	1
2	Avgrensing	3
3	Oppgavens fremstilling.	4
4	Rettskildene	5
4.1	Lov:.....	5
4.2	Forarbeider:	5
4.2.1	Rådsegn 6:	5
4.2.2	Ot.prp.nr.30(* (1965-1966) Om lov om hevd:.....	5
4.3	Forholdet til internasjonal rett.	6
4.4	Rettspraksis.....	8
4.4.1	Høyesterettspraksis:	8
4.4.2	Underrettspraksis:.....	9
4.5	Juridisk litteratur.....	9
5	Hensynene bak reglene om hevd og tålt bruk:	11
6	Drøfting om hjemmel.	12
6.1	Lov.....	12
6.2	Forarbeidene:	12
6.3	Rettspraksis:.....	13
6.4	Internasjonale føringer/ begrepsautonom betraktning:	13
6.5	Ulovfestet rett:	14
6.6	Lovfesting:.....	14
6.7	Teorien om problemstillingen:	15
7	Forholdet mellom «god tro» og «tålt bruk»	17
7.1	Hvordan velger domsstolene mellom lærene, der begge grunnlag kan avskjære hevd? 18	
8	Det nærmere innhold i læren om tålt bruk.	20
8.1	Innledning.....	20
8.2	Det naturlige utgangspunkt: Reglene om Hevd.....	20
8.3	Ingen særlig hjemmel fra før	20

8.4	Notis om tålt bruk i dagliglivet.....	21
8.5	Tålt bruk i rettsystemet.....	22
8.6	Systematisering av retten.....	22
8.7	«Tålt».....	23
8.8	Må bruken være tålt?	24
8.9	Må eier ha kjennskap til bruken?.....	26
8.9.1	Kritikk mot Skag, <i>Tålt bruk</i> . Lov og rett 2004 nr. 9. s553-570:	26
8.10	De enkelte vilkår	27
8.10.1	Avtalt precario.....	27
8.10.2	Suksessorer.....	27
8.10.3	Rettsoverskridelser	28
8.10.4	Tilbakekalling av tillatelse	29
8.10.5	Differansevurderingen.....	29
8.10.6	«Inntil videre»	29
8.10.7	Avtaleprecarioets problem	30
8.11	Passivt precario	31
8.11.1	Den konkrete vurderingen.....	31
8.11.2	Eiers forhold til bruken	31
8.11.3	Pretendentens forhold til bruken	33
8.11.4	Skikk og bruk	34
8.11.5	Forholdene i tiden og på stedet	35
8.11.6	Forholdet mellom partene	35
8.11.7	Subsidiær bruk.....	36
8.11.8	Mange brukere.....	37
8.11.9	Uskyldig bruk.....	37
8.11.10	Brukens karakter; fasthet, synlighet, innrettelse og økonomisk betydning	38
8.11.11	Differansevurderingen	39
8.11.12	Terskel for toleranse	40
8.11.13	Sammenfattet om bevisene	40
9	Avsluttende sammenfatning.....	41
	Litteraturliste	43
	Vedlegg	Feil! Bokmerke er ikke definert.

No table of figures entries found.

1 Innledning

1.1 Utgangspunkt og problemstilling.

Utgangspunktet for eiendomsretten er at rette eier har full rådighet over sine eiendeler¹. Men rette eiers rett til tingen begrenses av andres rettigheter til tingen. I denne oppgaven ser jeg særlig på hevd som rettslig grunnlag for erverv av eiendomsrett. Brukeren (heretter også kalt pretendenten) kan, ved å oppfylle en rekke vilkår, erverve rettigheter ved hevd eller alders tids bruk. Vilkårene for slikt erverv er både lovfestet og ulovfestet. For hevd er dette lovfestet i hevdsloven².

Bakgrunnen for reglene om hevd og alders tids bruk, er å bevare eksisterende forhold, også når disse formelt sett ikke gir seg til kjenne gjennom avtaler m.m. I vurderingen av hvilke forhold som er beskyttelsesverdig, må man se på faktum som en helhet, og gjøre en avveining mot vilkårene for å erverve rett.

For rette eier kan det i noen tilfeller virke særlig inngripende at andre erverver rett i hans eiendom, og da særlig dersom rette eier har gitt samtykke til pretendentens bruk, men uten intensjon om å avgi rettigheter fra sin egen eiendom. Denne problemstillingen er bakgrunnen for læren om tålt bruk, og denne oppgaven tar sikte på å kartlegge innholdet og avgrensingen i denne læren.

1.2 Presentasjon av temaet «tålt bruk»

«Tålt bruk», også kalt «precario bruk», er en bruk av annen manns eiendom som ikke er ment å være rettsstiftende for brukeren. I disse tilfeller er bruken skjedd enten med uttrykkelig tillatelse fra rette eier (avtalt precario) eller ved passivitet fra rette eier (passivitetsprecario).

Ved avtaleprecario må man kunne skille mellom tilfeller der tillatelsen er slik at den kan trekkes tilbake av rette eier, og tilfeller der en servitutt er stiftet eller sedvane er etablert.

¹ Grunnloven § 105 og i EMK P1 art 1

² Lov om hevd, 9 des 1966 nr. 1

Ved passivitetsprecario tar man gjerne stilling til om bruken har vært større enn rette eier burde grepet inn ovenfor. Det er ikke slik at enhver tillatelse kan stoppe hevd gjennom læren om tålt bruk.

Læren, slik vi kjenner den, har sine røtter tilbake til Romerretten, der man ved servitutthevd ikke måtte ha opptrådt i strid med tre negative vilkår: *nec vi* (ikke med vold, mot protest, i strid med forbud), *nec clam* (ikke i skjul, dølgsmål, hemmelighet), og *nec precario* (ikke tålt bruk)³.

Uttrykket «precario» er den betegnelsen som har vært benyttet flittigst i eldre rett. Ordet stammer fra latin, og springer ut av «precor»/ «precarius»⁴. Begrepet betyr direkte oversatt «forespørsel», «på nåde» eller «ved bønner.

I rettskildene finner man også flere betegnelser som leder tanken til læren om tålt bruk, herunder «velvillighet», «velvilje», «godviljesbruk», «har tolerert» m.fl⁵. Det er tydelig at man innholdsmessig snakker om samme tema, men at man ikke har benyttet ett begrep entydig og konsekvent. Det er likevel slik at man i nyere teori og praksis omtaler læren relativt entydig som «tålt bruk»⁶.

Sammenfattet kan man si at læren handler om at en velvillighet fra rette eier som ikke utløser en plikt til å gripe inn mot pretendentens bruk, ikke skal straffes med tap av eiendomsrett for rette eier. Dersom bruken er av en slik art at den går ut over det tillatte, og eier burde grepet inn mot bruken, kan pretendenten hevde, forutsatt at de andre vilkårene for hevd er oppfylt.

Læren om tålt bruk har i rettspraksis og teorien vist seg å ha betydning både i hevdslæren og ved andre deler av eiendomsretten. Selv om denne oppgavens hovedfokus retter seg mot relasjonen til hevdslæren, er det viktig å ha en forståelse for at læren også blir benyttet utenfor de tilfeller som relaterer seg til hevd.

³ Eriksen, Gunnar – Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2003, s.118, med fotnoter

⁴ <http://www.latin-dictionary.net>

⁵ Miriam Skag. *Tålt bruk*. Lov og rett 2004 nr. 9. s. 553-570

⁶ Eriksen, Alders tids bruk, fotnoter, s.160

2 Avgrensning

Læren om tålt bruk er oftest behandlet i forbindelse med saker om erverv ved hevd eller alders tids bruk, men også i drøftinger om hjemmel ved sedvane eller andre ervervsgrunnlag.

Oppgaven avgrenses opp mot alders tids bruk. Jeg kan likevel kort nevne at læren om tålt bruk isolert sett har samme innhold og vurderingsmomenter, i forhold til alders tids bruk. Der vilkårene for hevd er kumulative, mens en alders tids bruk beror på en helhetsvurdering, kan dette gjøre at bevisvurderingen i saker om alders tids bruk lettere flyter sammen med bevisvurderingen om tålt bruk. Rent retts teknisk er det likevel ikke problematisk, da tålt bruk også vil avskjære erverv etter alders tids bruk, dersom det kan sies å foreligge.

En fullstendig og utfyllende oversikt over alle hevds vilkår vil utgå, men de aktuelle bestemmelsene som relaterer seg til de respektive drøftinger jeg går inn på, vil bli redegjort for i større grad.

Oppgaven avgrenses også i stor grad mot andre ervervsgrunnlag, men der vil komme en liten drøftelse om sontringen mellom avtaleprecario og servitutter. Herunder også hvilken betydning læren har utenfor de tilfeller den kommer opp som et vurderingstema ved anvendelse av reglene om hevd.

Oppgaven avgrenses mot særhjemmelsunntakenes forhold til allemannsretter og andre særretter, på en slik måte at det ikke vil bli gitt en egen fremstilling, men vil kun bli trukket inn i de kapitler særhjemlene har kontaktflate mot læren om tålt bruk.

Oppgaven avgrenses mot spørsmål om tålt bruk kan ha ekspropriasjonsrettslig vern, da dette har liten relevans for problemstillingen i forhold til hevdsreglene.

3 Oppgavens fremstilling.

Om innholdet i læren har jeg valgt en fremstilling som i størst mulig grad skal systematisere vilkår og momenter. Jeg redegjør også for bakgrunnen for dette i innledning til kapitlet «Det nærmere innhold i læren om tålt bruk». Grunnen til dette er lærens fragmentariske karakter, ingen autoritative kilder har gitt en komplett fremstilling, tvert i mot kommer læren til uttrykk gjennom fragmenter fra en rekke dommer og forarbeider. For å skaffe leseren best mulig oversikt, har jeg valgt en fremstilling der vilkårene blir behandlet samlet og fortløpende. Formålet med valget av fremstilling, er å gi leseren en systematisk metode for løsning av tilfeller som omhandler tålt bruk.

Begrepsbruk:

Jeg vil unngå å låse meg til en helt entydig begrepsbruk, da det vil gi et kunstig inntrykk av hvordan emnet fungerer i virkeligheten. Spesielt gjelder dette de mange synonymmer av «tålt bruk». Se innledningsvis; «presentasjon av temaet «tålt bruk».

Jeg vil samtidig, med hensikt, benytte både begrepene «bruker» og «pretendent» om hverandre. Jeg ønsker at dette skal minne om kjernen i læren, at samspillet mellom rette eier og «brukeren» har vært preget av villighet gjennom lang tid, inntil «brukeren» endrer status til «pretendent». «Pretendent» er en betegnelse som har en tendens til å lede tanken til den siste del av bruken, der en konflikt er oppstått.

4 Rettskildene

4.1 Lov:

Reglene om hevd har røtter tilbake til tysk-romersk rett, og kom til Norge i unionstiden med Danmark, via Christian den V's Norske Lov av 1687.

Frem til ny hevdslov kom i Norge, bygde retten på denne lov, «lov angaaende visse Brugsrettigheder over fremmed Eiendom 23. mai 1874 – «snikhevdlova», samt rettspraksis avledet av disse lover⁷. Denne rettspraksis ble etter hvert omfattende, og på slutten av 1950-tallet ble det iverksatt et arbeid for å oppsummere gjeldende rett i ny lovgivning. Dette arbeidet resulterte i lov om hevd 1966 nr.1.

Loven fremstår som knapp, og fyller knapt en side i lovsamlingen, men gjengir hovedlinjene i hevdslæren på en oversiktlig måte. Men fra rettsanvenderens synspunkt, vil referanser til loven alene, bli noe unyansert. Enkeltord og begreper som blir benyttet, som regel har et langt større innhold enn loven selv gir uttrykk for.

Underforstått at loven sammenfattet og kodifiserte gjeldende rett, skapte den lite ny rett, annet enn noen justeringer m.h.t. hevdstid og vilkår for «snikhevd».

4.2 Forarbeider:

4.2.1 Rådsegn 6⁸:

Etter et omfattende arbeid, påbegynt på slutten av 1950-tallet, ble det lagt frem en redegjørelse over den eksisterende hevdlæren, samt forslag til ny lov. Denne redegjørelsen er grundig gjennomarbeidet og gir god oversikt over innholdet i hevdsreglene, blant annet med utførlige henvisninger til rettspraksis. Den gir også noen føringer for oppgavens tema.

4.2.2 Ot.prp.nr.30(* (1965-1966) Om lov om hevd:

⁷ se utredning Berg, *Hevd*, s.27

⁸ NUT 1961:1 Rådsegn 6 - Om hevd

Preposisjonen bygger i hovedsak på rådsegn 6, men har også tatt sikte på å løse problemstillinger som hadde blitt fremmet gjennom forskjellige departement og utvalg. Preposisjonen går noe grundigere inn i noen vurderinger, men gjengir i hovedsak de samme forhold som rådsegn 6. De forhold som preposisjonen berører, ut over rådsegn 6, utgjør ingen nevneverdig tilskudd i forhold til denne oppgavens tema, og jeg vil ikke gå nærmere inn på disse.

Som rådsegn 6 er preposisjonen også godt gjennomarbeidet, og fungerer som en god kilde til utfylling av lovteksten.

4.3 Forholdet til internasjonal rett.

Som nevnt har reglene om hevd røtter tilbake til romerretten, og kom til Norge i unionstiden med Danmark, via Christian den V's Norske Lov av 1687. Man finner også lignende regler i andre europeiske land, som har sterke likehetstrekk med vår lære. I tiden etter unionsoppløsningen var der noe diskusjon innen den juridiske teori om hvilken rettstradisjon vi skulle følge, men det er likevel ingen rettstradisjon i Norge, for at man henviser til utenlandske avgjørelser, eller på annen måte avleder norsk rett fra utenlandske regler. Når man ser bort fra opprinnelsen av reglene i norsk rett, kan man si at reglene, særlig etter unionsoppløsningen, har utviklet seg til en særnorsk rett. I forarbeidene til hevdslova finner man vurderinger om forholdet til utenlandsk rett. Disse vurderingene er i hovedsak komparative betraktninger til utenlandsk rett. Av betydning for oppgaven kan det fremheves at noen land ikke har en eksplisitt skranke som vår §5⁹, men regulerer slike forhold på en annen rettsystematisk måte.

Vi er imidlertid bundet at noen internasjonale konvensjoner, og vurderingen i forhold til internasjonal rett må først og fremst ses i forhold til om de norske regler om inngrep i eiendomsretten kolliderer med de konvensjoner vi har forpliktet oss til, og eventuelt hvilke regler som skal ha forrang.

⁹ Lov om hevd, 9 des 1966 nr. 1 §5

Det viktigste utgangspunktet for denne drøftingen, er vår tilslutning av EMK¹⁰, og vedtakelsen av menneskerettsloven¹¹.

Første tilleggsprotokoll art. 1 gjelder beskyttelse av borgernes eiendomsrett. Regelen referer seg direkte til statens forhold til borgerne, og gir retningslinjer for statens spillerom for inngrep fra det offentlige. Men det regnes som sikker rett, etter avgjørelser i EMD at regelen også omfatter tilfeller mellom borgerne.

Utgangspunktet er at staten har spillerom til å gripe inn i eiendomsrettslige forhold og regulere disse, men at inngrepene må begrenses til det som er i allmennhetens interesse, og etter prinsipp om proporsjonalitet. Staten har derfor to roller etter konvensjonen, å beskytte eiendomsretten, samt regulere den under visse begrensninger. Det er videre presumert at reglene om hevd harmonerer med denne regel.

Angående læren om tålt bruk, vil det sammenfattet være naturlig å tolke dithen at læren som sådan harmonerer godt med internasjonal rett, da den representerer en spesifikk skranke for inngrep i eiendomsretten.

I tenkte tilfeller kan utenlandsk statsborger bli part i sak om tinglige rettigheter i norsk eiendom. Jeg går derfor kort gjennom regler som kan få betydning for dette.

Verneting: Etter Luganokonvensjonens art.22-1¹², har domstolene i den konvensjonsstat der eiendommen ligger, eksklusivt verneting. Etter tvistelovens¹³ hovedregel kan sak reises ved saksøktes verneting, eller der eiendommen ligger.

Lovvalg: Norsk internasjonal privatretts regulering av lovvalg for fast eiendoms rettsforhold er sedvanerett, og er underlagt retten i det landet eiendommen ligger, *lex rei sitae*. Dette er også den mest anerkjente tilknytningsfaktoren i de fleste lands internasjonale privatrett¹⁴.

¹⁰ European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms,

Roma 4.November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon).

¹¹ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21 mai 1999 nr. 30

¹² Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse

av dommer og kommersielle saker. 30 okt 2007, ikr. for Norge 1 jan 2010.

¹³ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister, 17 juni nr. 90

Litt om precario-bruk i andre land:

Rådsegn 6¹⁵ gir avslutningsvis en kort redegjørelse av andre lands hevdsføre, til sammenligning med vår egen. Det fremgår her blant annet at også dansk rett avskjærer hevd ved pecario bruk, stort sett etter samme føringer som norsk rett. Engelsk rett forutsetter at bruken som kan gi grunnlag for stadfestelse av rett, ikke er skjedd ved makt (*nec vi*), at den ikke er usynlig (*nec clam*), og at den ikke bygger på samtykke (*nec precario*). Dette gjelder uansett om samtykket er utformet ved kontrakt eller om der er gitt vederlag.

Det fremgår av fremstillingen i Rådsegn 6 at ikke alle land benytter unntaket for precario bruk på samme måte som hos oss, eller i det hele tatt. Hvert land har en egen systematikk og oppbygging av hevdsreglene, og er i varierende grad materielt lik vår lære.

Prinsippet om unntak ved precario bruk er imidlertid både anerkjent i felleseuropeisk sammenheng, samt materielt svært lik vår egen lære. I de land læren benyttes, ser den ut til å være sydd over samme mal som vår egen. Helt sammenfallende er den likevel ikke, da hvert land har tilpasset reglen etter sine respektive regelsett.

4.4 Rettspraksis

I forhold til læren om tålt bruk, har rettspraksis avgjørende vekt.

Som nevnt ovenfor bygger bl.a. hevdsloven i stor utstrekning på de rettsavgjørelser som ble gjort i perioden mellom Christian V's Norske Lov av 1687, og frem til arbeidet med å utrede retten påbegynte, på slutten av 1950-tallet. Der loven i seg selv ikke kan sies å gi uttrykk for å være uttømmende, vil også forutgående og etterfølgende rettspraksis være viktig og nødvendig for utfylling av retten. Også senere rettspraksis har avgjørende betydning, og viser nye tendenser ved anvendelse av retten.

4.4.1 Høyesterettspraksis:

Læren om tålt bruk er i avgjørende grad definert gjennom rettspraksis, og dommer fra høyesterett er helt klart den fremste premissgiver for læren. De siste tiår har imidlertid

¹⁴ Moss – Lovvalg og jurisdiksjon for kontrakter om salg av fast eiendom – og noen bemerkninger om andre kontrakter med tingsrettslige virkninger, Jussens Venner 2010 s.304

¹⁵ NUT 1961:1 s. 29

rettspraksisen fra høyesterett avtatt en del, men har likevel status som den fremste kilde til tolking og utfylling av reglene.

Det man likevel skal merke seg er at læren som sådan har fått en fragmentert karakter, samt at redegjørelsen for bevisvurderingene noen ganger har vært knappe i de dommer som foreligger. Dette gjør arbeidet med å skaffe seg et komplett bilde av læren utfordrende. Noen gode unntak finnes likevel, se bl.a. «Lågen»¹⁶ og «Vansjø»¹⁷, der man får en bredere redegjørelse av læren.

4.4.2 Underrettspraksis:

Langt fra alle saker blir fremmet for høyesterett, og man finner en stor del avgjørelser fra lavere instanser. Samlet, og delvis hver for seg viser underrettspraksisen hvordan læren blir praktisert, og gir helt klart veiledning til hvordan man skal forstå retten. Spesielt gjelder dette avgjørelser fra lagmannsrettene¹⁸.

En del nyere lagmannsrettsdommer behandler læren om tålt bruk oversiktlig og utfyllende, og kan med fordel tillegges vekt som rettskilde.

4.5 Juridisk litteratur.

Juridisk litteratur har vanligvis begrenset vekt¹⁹ i den juridiske metode. Hva som angår temaet «tålt bruk», finnes der likevel mange tilfeller der det i rettsavgjørelser blir henvist til juridisk litteratur i domsgrunnene²⁰. Det er tydelig at teorien har en større vekt på dette rettsområdet enn ellers, noe som kan skyldes at rettskildebildet ellers fremstår som svært fragmentert. Gode og enhetlige fremstillinger bøter på dette problemet, noe som bidrar til at litteraturen blir tillagt mer vekt. En del forfattere har skrevet aktivt om emnet, og disse fremstillingene sammenfatter retten på en oversiktlig måte.

Særlig kan jeg fremheve Borgar Høgetveit Berg *Hevd*. Lov om hevd 9. desember 1966 nr. 1 *med kommentarer*, Thor Falkanger *Tingsrett* og *Fast eiendoms rettsforhold*, Gunnar Eriksen *Alders Tids Bruk*, samt Miriam Skag «Tålt bruk» LoR 2004 nr.9.

¹⁶ Rt-1963-370

¹⁷ Rt-1983-569

¹⁸ Berg, *Hevd*, s. 27 - har samme synspunkt

¹⁹ Andenæs *Rettskildelære* s. 130

²⁰ Se eksempelvis RG-2008-10696

Forfatterne skriver ikke helt sammenfallende, men har gjerne en innfallsvinkel eller et hovedfokus som gjør at de vektlegger spesielle synspunkter mer enn andre.

Teorien er stort sett entydig når det gjelder hovedlinjene innenfor læren, men forfatterne later til å ha avvikende synspunkter om spesielle deler av læren.

5 Hensynene bak reglene om hevd og tålt bruk:

Hensynet bak hevdsreglene er at det etablerte forholdet skal bestå, slik at det skaper ro og stabilitet i eierforholdene. Det vil virke urimelig for en som har innrettet seg på en bruk, at han skal tape retten til denne bruk, særlig når rette eier ikke har foretatt seg noe. Der rette eier ikke har grepet inn, vil det heller ikke virke urimelig at eier må lide et tap.

Hensynet bak læren om tålt bruk er at rette eier ikke skal tape rett når denne beror på ren velvilje. Læren om tålt bruk skal bidra til å fremme smidige løsninger, slik at mennesker kan nyte av hverandres overflod, uten av det skal gjøres til fortrenghet for hverandre rettigheter.

6 Drøfting om hjemmel.

Der har vært en del uenigheter i juridisk teori om hvilken hjemmel læren om tålt bruk har. Historisk sett har unntaket for hevd ved bruk som samsvarer med annet grunnlag, lang lovfestet tradisjon hos oss. Både NL 5-5-3²¹ og hevdslovens §5 nevner uttrykkelig dette. Men §5 har en ordlyd som leder tanken til at det kun er de tilfeller som følger av et stiftelsesgrunnlag som er regulert av bestemmelsen. Rettspraksis har i lang tid latt være å ta stilling til spørsmålet, både i forhold til gamle Norske Lov og nye hevdsloven. Forarbeidene til hevdsloven tar heller ikke uttrykkelig stilling til dette. Man forutsatte at man bare skulle videreføre gjeldende rett.

Hovedproblemstillingen er om læren har hjemmel direkte i hevdslovens §5, eller kun er ulovfestet, og dernest hvilken betydning det har hvor læren har sin hjemmel. Jeg vil først kort redegjøre for de momenter jeg anser som relevante for vurderingen, og deretter gjøre en betenkning over disse.

6.1 Lov

Hevdslovens §5 bygger på tilsvarende tidligere bestemmelse, og fikk utformingen: *«Den som har tingen til forvaring, leige, lån eller pant, kan ikkje hevda eigedomsrett. Det same gjeld den som har ein annan rett til å sitja med tingen.»*

6.2 Forarbeidene:

Forarbeidene²² tar også opp «godviljesbruk» i relasjon til utredning om innholdet under §5. Det fremgår at *«I somme høve kan eigaren ha funne seg i at andre har bruka tingen hans til så lenge, men utan å ha gjeve avkall på retten sin til å gjera slutt på tilhøvet når han vil. Slik godviljesbruk gjev ikkje grunnlag for hevd. Endå om tilhøvet varer i alders tid, misser ikkje eigaren retten sin til å seia nei seinare»*²³

Det samme blir gjentatt i Ot.prp. 30 under overskriftene «utgreing om gjeldande hevdsrett», og «hevdsvilkåra».

²¹ Kong Christian V's Norske Lov 15 april, 5-5 Femte bog, femte kapittel.

²² NUT 1961:1 og Ot.prp.nr.30 (1965-1966) Om lov om hevd

²³ Rådsegn 6 s. 13

Det fremgår ikke uttrykkelig at læren hjemles etter §5, men «godviljesbruk» plasseres rettsystematisk ved siden av unntakene etter §5. Dette kan også virke som den mest naturlige plasseringen av læren om tålt bruk, da unntakene som er uttrykkelig nevnt i §5 får tilnærmet samme betydning i forhold til hevdsspørsmålet.

6.3 Rettspraksis:

Det er også på det rene at rettspraksis gjentatte ganger viser til at hevd er avskåret grunnet tålt bruk. Der har imidlertid vært liten tradisjon for å hjemle tålt bruk direkte i lov. Spesielt i de avgjørelser fra tiden før hevdsloven, er konsekvent avgjort uten lovhjemmel.

I den senere tid har man sett tendenser på det motsatte, og at det ofte blir referert til juridisk teori i rettens betenkning.

LA-2005-2135 – her likestiller lagmannsretten læren om tålt bruk, med §5.

LA-2008-10696 – også her likestiller lagmannsretten tålt bruk med §5 2 pkt (annan rett).

LG-1993-301 – Lagmannsretten: «*For at Obrestad skal ha fått fiskerett ved hevd, må dei ha fiska i minst 50 år (hevdslova § 8) i aktsam god tru (hevdslova § 7 jfr. § 2) på at dei hadde fiskerett (hevdslova § 7), og fisket må heller ikkje ha vore som tålt bruk frå Hå (hevdslova § 7 jfr. § 5).* » (Min uthevning).

6.4 Internasjonale føringer/ begrepsautonom betraktning:

Der er kun i begrenset utstrekning at internasjonal rett kan belyse dette tema. Selv om precariosynspunktene innholdsmessig stort sett er sammenfallende internasjonalt, er den rettsystematiske plasseringen av læren meget forskjellig. Det er imidlertid klart at precario-læren historisk sett har vært ansett som sikker rett, og at gyldig erverv av annen manns eiendom krever en viss «hjemmel» der man må tilfredsstillere et minimum av vilkår, for at erverv skal kunne skje. I forhold til precario- unntakene, vil det være begrepsautonomt å si at «generell snillhet» kan ikke sies å være en slik hjemmel, eller mer direkte; Der precario bruk foreligger, kan det avskjære erverv.

6.5 Ulovfestet rett:

«Tålt bruk» har også betydning i forhold til erverv etter andre rettslige grunnlag, for eksempel alders tids bruk og sedvane. Disse grunnlag er nært beslektet med reglene om hevd, og har i mange tilfeller blitt behandlet samlet i rettspraksis.

Læren om tålt bruk kan derfor sies å være en «sikker rettsoppfatning», noe som gjennom rettspraksis har blitt bekreftet, uten at der er blitt henvist til lovhjemmel. Tålt bruk er derfor ulovfestet rett fra gammelt av. Det er også sikker rett at den også får betydning ved behandling av hevdsspørsmål.

6.6 Lovfesting:

Videre blir spørsmålet for meg, om lovgiver har ment å lovfeste læren i forhold til hevdsspørsmålet, eller i det minste om lovgiver har åpnet muligheten for å kunne gjøre dette? Sistnevnte kan svares bekræftende, da sivillovbokutvalget la til bestemmelsens²⁴ siste punktum, «*Det same gjeld den som har ein annan rett til å sitja med tingen.*», med følgende kommentar²⁵: «*Siste punktum er sett til for å gjera det fullklårt at opprekninga i fyrste punktum ikkje er meint å vera fullstendig.*»

Det fremgår av Ot.prp. 30 at denne endringen ble gjennomført, uten noen innvendinger.

Sammenholdt med oppregningen av gjeldende rett, der forarbeidene tar for seg alle former for «godviljesbruk» gjennom flere henvisninger til høyesterettspraksis, synes det å være klart for meg at lovgiver har ment at tålt bruk er lovfestet etter hevdlovens §5. Jeg tolker det slik at, både andre stiftelsesgrunnlag/særhjemler skulle være omfattet av bestemmelsen, samt andre regelsett som regulerer bruk av fremmed eiendom.

Hensynet bak bestemmelsen omfatter svært mange mulige tilfeller²⁶; «At innehavaren trur at han eig tingen, hjelper ikkje her. Det bør heller ikkje hjelpa, for rette eigar har i slike tilfelle ingen grunn til å krevja tingen att.»

Jeg konkluderer derfor med at den ulovfestede læren om tålt bruk, omfattes som ett av de særhjemmelstilfellene som er ment å skulle reguleres av hevdlovens §5, 2. punktum.

²⁴ Hevdslovens §5

²⁵ Rådsegn 6 s.25

²⁶ Rådsegn 6 s. 25

Tålt bruk er således hjemlet i lov, i de tilfeller som knytter seg til hevd.

Der har vært noen diskusjoner om passivitetsprecario kan sies å tilfredsstille eventuelle krav om at §5 2. punktum kun regulerer positivrettslige tilfeller, anser jeg som en kunstig problemstilling. Gjennom de henvisninger som fremgår i forarbeidene om gjeldende rett og særhjemmelstilfellene, er der ingen drøftinger som tar for seg denne problemstillingen. Tvert i mot, henviser forarbeidene til rettspraksis der også godviljesbruk ved passivitet er omfattet, og jeg synes det er rimelig å anta, at der forarbeidene tar for seg særhjemmelstilfellene, viser de til læren om tålt bruk i sin helhet.

6.7 Teorien om problemstillingen:

Fra samme tidsperiode som arbeidet med ny hevdslov pågikk, kan jeg trekke frem Sjur Brækhus & Axel Hærem²⁷, der de sier ombestemmelsen at: *«Denne regel utelukker hevd i mange praktisk viktige tilfelle. Man kan for det første ikke hevde hvor man har eierens tillatelse til å sitte med tingen, så lenge en rådighetsutøvelse faller innenfor de tillatte grenser. Dette gjelder selv om eieren når som helst kan trekke sin tillatelse tilbake (rådigheten er precario)».*

Miriam Skag har i sin fremstilling «tålt bruk» hatt et særlig fokus på den rettsystematiske plasseringen av læren om tålt bruk. Hun gjør også i klare ordelag, rede for at læren har en uheldig rettsystematisk oppbygning. Hun påpeker spesielt at utformingen av hevdslovens §5 gir klare indikasjoner på at unntakene uttømmende gjelder de tilfeller det foreligger et stiftelsesgrunnlag. Dette ville tilsi at tilfeller der man omtaler tålt bruk ved rette eiers passivitet, naturlig burde falle utenfor ordlyden. Videre konkluderer hun, med henvisninger til forarbeider og annen teori, at det synes som om læren om tålt bruk er ment å skulle reguleres av §5.

Jeg oppfatter Skags synpunkt som en kritikk mot lovgivers metode, fremfor reglenes innhold. Etter min forståelse er Skag enig i at retten *de lege lata*, er slik at §5 omfatter tålt bruk, men at retten *de lege ferenda* burde være annerledes, og hun sier også dette²⁸; *«Etter min mening bør det derfor åpnes opp for at tålt bruk oppfattes som et selvstendig regelsett, som kan anvendes ved siden av og uavhengig av § 5. For øvrig har spørsmålet ikke praktisk betydning.»*

²⁷ Norsk tingsrett s.581

²⁸ Lov og rett 2004 nr. 9. s. 599

Gunnar Eriksen²⁹ mener også at tålt bruk er omfattet av ordlyden i §5. Han sier at grensen mellom særhjemmelstilfellene og tålt bruk er flytende. Det avgjørende, mener Eriksen er om den egentlig berettigede *«har hatt oppfordring til å gripe inn mot bruk som krenker hans rett, og ikke om tilfellet er et klart særhjemmelstilfelle, eller faller inn under det ene eller andre tilfellet av precario»*. Han finner forankring for dette standpunkt etter bestemmelsens ordlyd, samt teori.

²⁹ *Alders tids bruk* s. 162

7 Forholdet mellom «god tro» og «tålt bruk» .

Det er stort sett enighet i teorien om at læren om tålt bruk til en viss grad overlapper vilkåret om god tro, og at man kan avvise hevd på begge grunnlag³⁰. Problemstillingen her er hvordan man som rettsanvender skal forholde seg til de tilfeller, der begge grunnlag kan få betydning for om hevd skal avskjæres.

Høyesterett har flere ganger trukket frem både god tro og tålt bruk ved vurderingen av rettserverv ved hevd og alders tids bruk³¹.

Denne tendensen til å «slå to fluer i et smekk» kan nok forklares ut fra bevissituasjonen i saker om hevd. Saker om hevd har gjerne store og komplekse faktum, men vurderingen av hva som er relevant for avgjørelsen kan i noen tilfeller innebære at ett og samme bevis får betydning for flere av de objektive vilkår.

Denne fellesbehandlingen er imidlertid lite heldig, og vilkårene bør holdes fra hverandre.

I rådsegn 6 s.13 sier sivillovutvalget: *«I praksis er ikkje dette vilkåret(her: «Godviljesbruk») alltid halde ut frå kravet til forsvarleg god tru. Men i prinsippet er dette noko anna. Om brukaren ikkje ein gong reknar med å ha ein verkeleg rett, er det ein grunn meir til at han ikkje kan hevda»*

Der finnes helt klare eksempler på tilfeller der lærene ikke holdes klart fra hverandre, og dette får uheldige konsekvenser. Berg³² tar et oppgjør med denne praksis, og sier: *«Feilen i alle desse sakene/vota er at dei to vurderingane som må gjerast etter hevdslova §§ 4 og 5 – og som er fundamentalt ulike – er blanda saman. Ein kan ikkje stille spørsmålet slik: Er bruken tålt eller er hevdaren i god tru? Hevdslova §§ 4 og 5 stiller opp kumulative vilkår, ikkje alternative vilkår».*

³⁰ Skag «tålt bruk» LoR 2004-553 s.569-570, Eriksen «alders tids bruk» s. 170, Falkanger «tingsrett» 6.utg s.309, Berg «hevd» s.322-323

³¹ eksempelvis: Rt-1929-560, Rt-1957-350

³² Hevd s.322-323

Videre sier Skag³³: «Når god tro vurderes, settes fokus på hvorvidt bruksutøver burde forstå at bruken er urettmessig, mens vurderingen av tålt bruk i større grad har fokus på brukens karakter, og en slipper således å gå inn på hva hevdspretendenten har forstått eller burde forstå.»

Jeg deler denne oppfatning. Pretendentens gode tro bør ikke være til hinder for at tålt bruk skal bli vurdert selvstendig. Hevdsreglenes oppbygning er utformet slik at en rekke vilkår må være oppfylt for at rett skal erverves ved hevd. At pretendentens gode tro da skal tillegges slik vekt, at en vurdering om tålt bruk er unødvendig, har formodningen mot seg.

Men man kan i motsatt tilfelle si at dersom pretendenten er bringet ut av den gode tro, kan dette i seg selv være grunn til å avskjære hevd, og vurderingen om bruken kan være tålt, vil bli overflødig. På samme måte kan man konkludere med at dersom bruken må anses tålt, vil det være overflødig å ta stilling til om pretendenten har vært i god tro. Rådsegn 6 s. 25 sier i forhold til §5: «At innehavaren trur at han eig tingen, hjelper ikkje her. Det bør heller ikkje hjelpa, for rette eigar har i slike tilfelle ingen grunn til å krevja tingen att». Dette synspunkt vil også gjelde i forhold til læren om tålt bruk, de samme hensyn gjør seg gjeldende her. For vurderingen av om tålt bruk foreligger, er pretendentens gode tro irrelevant.

Et viktig praktisk poeng er imidlertid at man ved vurderingen av hevd og tålt bruk vurderer en rekke bevis opp mot vilkårene i lærene. Det som imidlertid er viktig, er at domstolene tar et standpunkt til hvilket grunnlag de velger, og begrunner dette.

7.1 Hvordan velger domsstolene mellom lærene, der begge grunnlag kan avskjære hevd?

Eksempelvis «Solberg gård»³⁴ illustrerer der brukere helt klart var bringet ut av den gode tro, men likevel valgte HR å stadfeste underrettenes avskjæring av hevd etter tålt bruk, fremfor god tro. Der er ingen drøfting om hvorfor dette er gjort, men det forelå en bevisførsel som helt klart var identifiserbar med læren om tålt bruk. Det er nærliggende å tenke at domstolen vurderte løsningen som subjektivt bedre, ut fra bevissituasjonen.

³³ Tålt bruk s. 570

³⁴ Rt. 1951 s.217

Se også RG-2010-634, som handlet om en hytte uten tomt. Der forelå flere mulige grunnlag for å avskjære hevd, herunder at der ikke var holdepunkter for å si at hytteeiers gode tro var aktsom. Nært slektskap mellom rette eier og hytteeier ble fremholdt blant bevisene. I denne saken ble avgjørelsen hjemlet i læren om tålt bruk jf. Hevdslovens §5.

Også flere dommer trekker frem både god tro og tålt bruk som mulige grunnlag for å avskjære hevd³⁵, men jeg mener å se en tendens til at der begge grunnlag blir tatt opp, og synes å foreligge, blir avskjæring av hevd hjemlet i læren om tålt bruk.

Ved rettsanvendelsen av hevdsreglene står man gjerne ovenfor saker med mange problemstillinger, og avveiningen mellom dem kan gjerne synes å være en smakssak. Ved avgjørelsen av hvilket grunnlag man skal foretrekke, kan flere momenter spille inn. Skag sier om dette³⁶: *«Partene i en tvist om bruksrett er ofte naboer eller andre med nære relasjoner, som nødvendigvis vil måtte forholde seg til hverandre også etter at saken er avgjort. Legfolk vil gjerne forveksle mangel på aktsom god tro med ond vilje, og slik sett vil det kunne være mer konfliktdempende å avgjøre saken på bakgrunn av tålt bruk. Tålt bruk gir rom for domstolene til å komme frem til konkret rimelige resultater i søksmål om hevd, og fremstår nærmest som en sikkerhetsventil.»*

Det er likevel grunn til å kritisere denne praksis. Å tilkjenne de rettslige vurderinger, samt skape klarhet i hvilken grad man tillegger de forskjellige bestemmelser vekt, har helt klare fordeler. Jeg viser spesielt til Eckhoffs betenkninger³⁷, der han vektlegger dette. Jeg deler helt klart denne oppfatning, og spesielt i de sammenhenger man står ovenfor tilfeller der retten er skapt uten lovgivning. Der lovgiver ikke har gått aktivt inn og regulert retten, er det i desto større grad domstolenes ansvar å skape gode føringer for hvordan retten skal praktiseres.

³⁵ eksempel: RG-2008-10696, LG-1993-301

³⁶ Tålt bruk s. 570

³⁷ Eckhoff, «rettskildelære» 5 utg 2001 kap 14

8 Det nærmere innhold i læren om tålt bruk.

8.1 Innledning

8.2 Det naturlige utgangspunkt: Reglene om Hevd

Kort sammenfattet handler reglene om at man kan erverve bruksrett eller eiendomsrett(*§1) under visse vilkår. Hovedvilkårene er at hevdspretendenten kan vinne rett til tingen, dersom han har brukt tingen «som om han hadde rett»(*§§2 og 7), i aktsom god tro(*§4), over en bestemt periode(*se bl.a. Rådsegn 6 s. 20)(*§§2, 3 og 8). Videre er der nevnt en del begrensninger i muligheten til å hevde rett, herunder at rett ikke kan hevdes, dersom retten kan utledes av et annet rettsgrunnlag³⁸. Med hensyn til oppgaven er denne begrensningen sentral i drøftingen.

I mange europeiske land³⁹ har det vært oppfatninger om at hevdsreglene bygger på at det opprinnelig har vært en avtalt rett, og at bruken i seg selv er et bevis for eksistensen av den avtalte rett.

I noen tilfeller kan tidsaspektet alene være til hinder for at man finner bevis i form av vitneutsagn eller dokumenter på at en avtale er inngått. Da er det i tilfelle den utøvede bruken som vil bli tillagt vekt ved avgjørelse av om en virkelig rett foreligger, (se bl.a. Rt-1968-1202)

Hevdsreglene fungerer derfor som bevisregler – der bruken kan sies å kvalifisere etter reglene, presumeres det at en virkelig rett foreligger.

8.3 Ingen særlig hjemmel fra før

Der pretendentens bruk samsvarer med annen rett til bruken, kan han ikke hevde.

³⁸ Hevdslovens §5

³⁹ se bl.a. Rådsegn 6 om utgreiing om engelsk rett/ presumption of lost grant

Utgangspunktet er at det må finnes en hjemmel for en slik utnyttelse som pretendenten foretar seg, og at pretendentens utnyttelse er i samsvar med denne hjemmel.

En slik hjemmel kan f.eks. være avtale eller lovhjemmel.

Dette kan sies å være den viktigste tilknytningen mellom hevdslæren og læren om tålt bruk, men også utgangspunktet for noen av de viktigste drøftingene i oppgaven, nemlig om en tålt bruk kan sies å være en slik hjemmel, eller om læren eksisterer parallelt med den lovfestede regel.

8.4 Notis om tålt bruk i dagliglivet.

Som jurist kan det være lett å se seg blind på problemstillinger, og ta utgangspunkt i disse. Men som utgangspunkt for denne drøftingen vil jeg innlede med en liten notis om retten i det daglige liv. Ved å relatere til en samfunnsnorm ved anvendelse av retten, vil man lettere identifisere løsninger som er rimelige og riktige. Læren om tålt bruk gir uttrykk for en slik norm.

De mest hyppige tilfellene av tålt bruk, er der rette eier faktisk har hatt en dialog med brukeren, og gitt en (mer eller mindre uttrykkelig) tillatelse, muntlig, skriftlig eller stilltiende. Det er da underforstått at bruken baseres på eiers velvilje, og begrenses etter denne. Det er det klokkeklare eksempel som beskriver hvordan læren om tålt bruk utarter seg i praksis, fremfor hvordan den oppleves i rettsapparatet.

Det er nettopp denne dynamikken mellom mennesker som har skapt læren, og det er slik den praktiseres i det daglige av folk flest. Det skal nevnes at etter hvert som samfunnsforholdene og rettsoppfatningen har endret seg, har også dynamikken mellom menneskene endret seg. Tilbake i tid ville «god bygdeskikk» tilsi at man var mer romslig m.h.t. villigheten til å dele av sin overflod enn man er i dag. Men selv i dag er det klart at «god rekkehuskikk» er at man hjelper sine naboer når det trengs. Jeg har selv støtt og stadig brukt min nabos parkeringsplass, slik jeg finner det for godt, i den visshet at jeg kan gjøre det så lenge eieren synes det er greit.

8.5 Tålt bruk i rettsystemet.

Faktum i saker om hevd er gjerne veldig omfattende, med en omfattende bevisføring. Der foreligger en vekselvirkning mellom vurdering av hevdsvilkårene og vurderingen av tålt bruk. Det er rette eier som har bevisbyrden for at bruken er tålt⁴⁰, mens pretendenten må godtgjøre at en rett har festet seg. Han må da føre bevis for at vilkårene for hevd er oppfylt. Videre er det naturlig å imøtegå en påstand om at bruken er tålt.

Subsumsjonen vil da gå ut på en helhetsvurdering: å vurdere de faktiske forhold opp mot vilkårene i de respektive lærene. Av de faktiske forhold i saken vil man se at den enkelte bevis kan få betydning for vurderingen av begge lærene. Hvordan partenes utsagn skal tillegges vekt kan også variere. Under subsumsjonen om tålt bruk, vil for eksempel rette eiers oppfatning være mer relevant, i forhold til pretendentens, så lenge oppfatningene underbygges av faktum i saken.

I forhold til det jeg skal behandle om tålt bruk, stå man ovenfor følgende bevissspørsmål⁴¹: Har eieren tålt bruken, eller har han ikke tålt bruken? Det sier seg selv at en rekke bevis kan føres for begge synspunkt, og som rettsanvender kan dette by på betydelige utfordringer. Man bør derfor merke seg at en vanskelig bevissituasjon / fri bevisbedømmelse⁴² får virkning på hvilke momenter som tillegges vekt. Dette bør ikke tas til inntekt for at andre vilkår i læren har mindre vekt som sådan, men at det kun får betydning i den enkelte sak.

Som en rettslig systematisering av tålt bruk generelt, vil jeg igjen bemerke at læren om tålt bruk selvstendig er ulovfestet rett, men at den i forhold til hevdsreglene er (som en helhet) systematisert som et særhjemmelstilfelle under hevdslovens §5. Finner man bevist at bruken er tålt, vil dette fungere som et selvstendig grunnlag for å nekte erverv ved hevd. Men man vil se at mange av de samme momenter i faktum som blir tillagt vekt i forhold til hevdsvurderingen, også blir tillagt vekt i vurderingen av om bruken er tålt.

8.6 Systematisering av retten.

Som tidligere nevnt har læren en svært fragmentert karakter. Ingen autorative kilder som har redegjort for læren i sin helhet. Dette gir utfordringer når man forsøker å gi en komplett

⁴⁰ se bl.a RG-2008-10696

⁴¹ Berg *Hevd* s.320

⁴² Jf. tvl 21-2 første ledd

fremstilling. De forskjellige vilkår kan se ut til å flyte inn i hverandre, og man ser også ofte at enkelte faktiske forhold i en sak kan få betydning i forhold til flere vilkår i læren.

Domstolenes drøftinger av de enkelte vilkår, går sjelden inn på hvilken vekt hvert enkelt vilkår skal tillegges, og når man ser på rettspraksis kan det til en viss grad virke vilkårlig hvilket hensyn eller vilkår som avgjør en sak.

Det er like fullt slik at man kan trekke klare føringer for hva som er gjeldende rett. Utfordringen består da i hvordan man skal systematisere en komplett fremstilling.

Skag⁴³ har tatt til orde for at vilkårene innenfor læren kan objektiveres, og reduseres til de enkelte vurderingsmoment, der det overordnede hensyn er «brukens karakter». Hun peker samtidig på at en systematisering etter brukens karakter i seg selv kan være uheldig, da rettspraksis ikke har konsekvente føringer hva som angår brukens karakter, fra sak til sak.

Jeg er for så vidt enig i at de enkelte vurderingsmoment med fordel kan objektiveres, men slik jeg ser det innenfor læren om tålt bruk en vesentlig forskjell mellom avtalt precario og passivitets precario sine problemstillinger. Begge har noen felles problemstillinger, men det er i all hovedsak ved passivitet man finner de mest utførlige drøftinger.

Jeg vil derfor i det videre forsøke å systematisere læren om tålt bruk under disse to overskrifter. Der det finnes felles problemstillinger, vil jeg kort redegjøre for dette ved avtalt precario, for så å gå inn på bredere drøftinger ved behandlingen av passivitetsprecarioet.

8.7 «Tålt»

Uttrykket «tålt» leder tanken til at rette eier faktisk har vært klar over bruken og har innfunnet seg med den. Men uttrykket har imidlertid en videre betydning innenfor læren.

Det inkluderer rette eiers velvilje til å la bruken fortsette, da bruken kan være av liten betydning for ham, eller at han av andre grunner har et ønske om å komme brukeren til hjelp.

Det kan også inkludere en uvilje for rette eier til å gripe inn mot bruken, da dette kan virke ubehagelig eller lite hensiktsmessig.

⁴³ Miriam Skag. *Tålt bruk*. Lov og rett 2004 nr. 9. s. 553-570

«Tålt» etter læren om tålt bruk i hevdslæren, kan betegnes som en terskel for hvor stor rette eiers velvilje faktisk har vært, eller kan presumeres å ha vært, uten at bruken har stiftet rett for brukeren. Utgangspunktet for vurderingen er derfor om rette eier har hatt en oppfordring til å gripe inn ovenfor bruken.

Uttrykket «tålt» må forstås slik: Der tillatelse er gitt, står rette eier fritt til å kalle tilbake tillatelsen når det måtte passe ham, eller på andre måter gripe inn og regulere bruken. Det er først der bruken går ut over det tillatte gir det derfor rette eier en oppfordring til å foreta seg noe, for å forhindre rettstap.

8.8 Må bruken være tålt?

Om rette eier faktisk må ha tålt bruken, er en problematisering i forhold til passivitet.

Uttrykket «tålt», isolert sett, gir inntrykk av at det foreligger en samtykkelignende forståelse. I de tilfeller eier uttrykkelig har gitt tillatelse, vil det være mer eller mindre klart at bruken er tålt. Annerledes er det når eier ikke har tilkjennegitt sitt synpunkt på den bruk som er gjort. Der rette eier anfører at bruken har vært tålt, bærer han bevisbyrden for dette. Skal man da oppstille krav om at eieren faktisk må ha tålt bruken, for at den skal kunne avskjære hevd?

For å hindre at andre stifter en rett, har rette eier i utgangspunktet en oppfordring til å gripe inn eller regulere all fremmed bruk av sin eiendom. Der er imidlertid slik at i mange tilfeller kan rette eier ha gode grunner til å la være. Der eier og bruker har et nært forhold, som for eksempel naboer, venner eller familie, vil eiers velvillighet kunne presumeres å være større, enn ovenfor bekjente og fremmede. Eiers subjektive terskel for å gripe inn mot bruken vil i de nære relasjoner være langt høyere enn ellers. Dette vil også få betydning for vurderingen av om villighet kan sies å foreligge. Der rette eier ikke har hatt noen grunn til å vise velvilje, taler det mot å anse bruken som tålt. (Se bl.a. LB-2004-12118, der lagmannsretten fant at der ikke hadde foreligget velvilje).

Det må også skilles mellom de tilfeller der pretendenten har en faktisk rettighet, og denne blir overskredet, og de tilfeller der bruken i utgangspunktet beror på en tillatelse, men er større enn det tillatte. I begge tilfeller kan overskridelsen skje etter rette eiers velvilje, men i førstnevnte tilfelle vil det kun være den bruk som overskrider den opprinnelige rett som kan

betegnes som tålt bruk. I begge tilfeller kan likevel en overskridelse medføre hevd, dersom overskridelsen i seg selv er tilstrekkelig⁴⁴. Men i begge tilfeller må man gjøre en konkret vurdering av innholdet av den opprinnelige rett eller tillatelse, samt hvor stor rette eiers villighet faktisk har vært.

Bevissituasjonen er imidlertid litt spesiell i disse tilfellene. Der man ikke vet sikkert at tillatelse er gitt, må man se på alle forhold i saken, for å avgjøre om det kan godtgjøres at bruken er i samsvar med eiers velvilje. Det kan i denne forbindelse nevnes at, de tilfeller der rette eier har forholdt seg passiv i forhold til bruk av egen eiendom, er de tilfellene som oftest har vært omhandlet i høyesterett.

I forarbeidene⁴⁵ til hevdslovens §5 fremgår det: *«I somme høve kan eigaren ha funne seg i at andre har bruka tingen hans til så lenge, men utan å ha gjeve avkall på retten sin til å gjera slutt på tilhøvet når han vil. Slik godviljesbruk gjev ikkje grunnlag for hevd. Endå om tilhøvet varer i alders tid, misser ikkje eigaren retten sin til å seia nei seinare.»*

Det fremgår ikke noe krav om at eieren må ha uttrykt et eksplisitt samtykke.

Der rette eiers opptreden utad kan fremstå som konkludent med den bruk som har vært gjort, kommer drøftingen om hvordan dette skal tillegges vekt. Vurderingstemaet da blir om de øvrige bevis i saken underbygger at bruken kan anses som tålt.

Man kan imidlertid sondre mellom de tilfeller der rette eier har hatt kjennskap til bruken, og der rette eier ikke har hatt kjennskap til bruken. Spørsmålet kommer på spissen her; kan eier sies å ha tålt en bruk ha ikke engang kjenner til? I teorien er det til en viss grad delte meninger.

Ergo: Finnes der hjemmel for at: Der intet kan sies om eiers villighet/tillatelse, der finnes det en læresetning for at en viss bruk kan tolereres uten at man mister rett?

⁴⁴ Rt-1958-758 «leangen» vei, 2m til 6m

⁴⁵ Rådsegn 6 s. 13

Skag⁴⁶ konkluderer hun med at det kan tenkes at der ikke er et krav om at eier må ha hatt kjennskap til bruken, og at da kan heller ikke eiers passivitet tillegges vekt. Ut fra denne innfallsvinkelen finner hun at den terskel som må overskrides for at bruk kan feste seg, kan objektiveres.

Berg⁴⁷ er uenig med Skag og uttaler at han ikke finner holdepunkter for hennes påstand.

Noen hensyn kan trekkes frem i denne forbindelse. På den ene siden, er tidsbegrepet alene i hevdslovens §8 ment å gjøre det vanskelig å erverve rett på denne måten. Dersom pretendent oppfyller vilkårene for brukshevd, må forholdet være beskyttet. På andre siden strider det direkte mot hensynet til tålt bruk; at rette eier skal kunne miste sin rett på grunn av villighet.

8.9 Må eier ha kjennskap til bruken?

8.9.1 Kritikk mot Skag, *Tålt bruk*. Lov og rett 2004 nr. 9. s553-570:

Skag tar i sin fremstilling til orde for at selve terskelen for hva eier kan presumeres å måtte tåle, kan objektiveres. Dette gjør hun på bakgrunn av en presumpsjon om at eier ikke trenger å kjenne til bruken. Etter en gjennomgang av de henvisninger hun legger til grunn for denne presumpsjonen, kan jeg ikke på noen måte se at hennes konklusjon er holdbar. De henvisninger som er gjort, er fragmenter fra rettspraksis og teori som hver for seg sier lite om dette tema. At man sammenholder disse, og gjør en betenkning over det som har blitt uttalt, kan være teoretisk interessant som en drøftelse *de lege ferenda*. Men jeg har enda ikke klart å finne avgjørende støtte for at kjennskap er irrelevant, verken i lov, forarbeider, rettspraksis eller annen teori. Alle kilder jeg har gjennomgått, har forutsatt at eier har hatt en eller annen form for kjennskap til bruken.

Da kommer jeg til motsatt konklusjon som Skag; at terskelen for hva eier har tålt er, og må være, en subjektiv vurdering. Der finnes ikke en fast grense for hvor stor terskelen for toleranse kan presumeres å være, *de lege lata*. Den avgjøres i hvert enkelt tilfelle ut fra sakens bevis.

⁴⁶ Miriam Skag, *Tålt bruk*. Lov og rett 2004 nr. 9. s. 553-570

⁴⁷ Hevd s. 320

Det viktigste hensynet bak hevdsreglene og reglene for alders tids bruk, er å bevare de eksisterende ordninger. Hvilken betydning ville da en objektiv terskel der eier ikke kjenner til bruken, få? For det første ville man kunne fjerne rette eiers bevisbyrde for at bruken har vært tålt. For det andre ville det eneste subjektive element i vurderingen bli den fiktive presumpsjon om eiers velvilje, samt selve subsumsjonen av bevisene. Strengt tatt hadde ikke eier ikke trengt å møte til hovedforhandling. På den andre siden, ser jeg Skag sitt poeng, at innholdet i læren om tålt bruk er av en slik karakter at den *burde* kunne objektiviseres. Det ville lette rettsanvendelsen betraktelig dersom føringene for vurderingen var gitt på forhånd.

Jeg tenker også at en slik objektivisering ville overlatt en del av bevisføringen til domstolene selv. Dette ville vært uheldig. Man vil da ta bort en del av dynamikken i retten, og læresetninger ville kunne komme til å erstatte faktiske oppfatninger. Også *de lege ferenda* mener jeg at tålt bruk skal ha et krav om at eier har hatt faktisk kjennskap, for at man skal finne grunnlag for å si at bruken har skjedd ved villighet.

8.10 De enkelte vilkår

8.10.1 Avtalt precario

De minst problematiske tilfellene er der man ut fra bevisene kan konstatere at der foreligger et uttrykkelig samtykke, muntlig eller skriftlig. En slik tillatelse har i utgangspunktet ingen reelle begrensninger. Her kan man stå ovenfor relativt utstrakt bruk, både i tid⁴⁸ og i omfang^{49,50}.

En del problemstillinger er likevel særegne for de tilfeller man finner at bruken ikke er innenfor tillatelsens grenser. For den bruk som ikke reguleres av den uttrykkelige tillatelse, må man foreta en selvstendig vurdering av om også denne bruk er tålt.

8.10.2 Suksessorer

I tilfeller der hevd blir påberopt som rettsgrunnlag, har det gått lang tid fra bruken begynte til sak foreligger. Det er da naturlig å tenke at der kan være suksessorer både på eiersiden og

⁴⁸ Rt 1929s. 560 «Rostad» - 60-70 år

⁴⁹ Se også LF-2005-68846

⁵⁰ Falkanger *Fast eiendoms rettsfohold* s. 125

brukersiden. Der man har suksessorer på eiersiden, må hver enkelt suksessor kunne godtgjøre at bruken har vært tålt. Mens på brukersiden, vil flere suksessorer kunne hevde etter hverandre, forutsatt at de er i god tro og vilkårene for øvrig er oppfylt.

Her kan det komme på spissen om rette eier har en plikt til å tilkjenne sine synspunkter for hver suksessor på brukersiden, eventuelt hver enkelt bruker. Rent objektivt faller det ikke noen plikt for rette eier, til å gripe inn mot bruk som er i samsvar med den tillatelse som er gitt. Men fra bevismessige synspunkter er dette en klar fordel.

Rt. 1891 s.408 «Djupsjøen» viser dette. Av dommen fremgår det: *«I denne Henseende skal jeg bemærke, at om det end kanskje kan være muligt, at den omhandlede Ret som i gammel tid værende af overmaade ringe Betydning fra først af har været indrømmet som en Villighed, antager jeeg dog, at dette ikke kan komme i Betragtning for de senere Besiddere og Brugere af Rettigheden, [..]»*. Rt. 1957 s. 350 «Lestestad» berører også forholdet om suksessorer på brukersiden.

På samme måte som ellers er vurderingstema om bruken er av en slik art at rette eier burde foreta seg noe.

8.10.3 Rettsoverskridelser

Der bruken er i samsvar med den tillatelse som er gitt, vil dette i seg selv være nok til å konkludere med at bruken er tålt, selv om pretendenten måtte ha en oppfatning om at han utøver en «rett». Der bruken går ut over tillatelsens grenser, kan hevd komme på tale. Det er rettstridig bruk som kan hevdes, og dersom pretendenten kan godtgjøre at hevdsvilkårene er oppfylt, og andre forhold i saken ikke kan føres til inntekt for at også rettsoverskridelsen kunne anses som tålt, vil rett kunne vinnes ved hevd. Av forarbeidene⁵¹ fremgår det at *«Men ikkje all rettsoverskriding er nok. Det lyt vera eit rådvelde som vik frå retten på ein slik måte at det kan gje den andre parten grunn til å gripa inn»*. En selvstendig vurdering av rettsoverskridelsen må altså gjøres her, og da opp mot de andre momenter med betydning for om bruken er tålt. Jeg vil komme tilbake til denne vurderingen under behandlingen av passivitetsprecarioet.

⁵¹ Ot.prp.nr.30 (1965-1966) Om lov om hevd.

8.10.4 Tilbakekalling av tillatelse

Der en tillatelse blir tilbakekalt, vil en fortsatt bruk kunne danne grunnlag for hevd⁵². Her kan man likevel tenke at kravene for hevd ikke vil være oppfylt fordi pretendenten ikke er i god tro. Dersom rette eier ikke griper inn mot den fortsatte bruk, kan man likevel vurdere om bruken kan anses som tålt, etter passivitetsprecarioets føringer. Disse vil bli redegjort for under.

8.10.5 Differansevurderingen

Der bruken overskrider det tillatte, får eier en oppfordring til å gripe inn.

Det er betydningen av differansen mellom det tillatte og rettsoverskridelsen som legges til grunn for vurderingen av om rett er ervervet, eller om rettsoverskridelsen skal anses som tålt.

Jeg vil komme tilbake til denne vurderingen under behandlingen av passivitetsprecarioet.

8.10.6 «Inntil videre»

I teorien har det ofte, og kanskje ubevisst, vært anført at en slik tillatelse «skriftlig» kan ha formuleringen, « jeg gir tillatelse, *inntil videre*». Jeg vil med dette poengtere at det ved skriftlig avtaleprecario, ikke kan oppsettes et strengere krav til eiers formuleringer enn ellers. En gitt tillatelse kan trekkes tilbake når som helst av rette eier, uansett om bruken er tålt ved uttrykkelig samtykke eller ved passivitet.

Det er imidlertid slik at der skriftlig tillatelse foreligger, må man redegjøre for tillatelsens innhold og rekkevidde. Av bevismessig betydning, vil det som er skrevet tillegges betydelig vekt.

I tenkte tilfeller kan man finne at man etter en tolking av tillatelsen, finner at bruken har skjedd ut over det tillatte. I slike tilfeller vil hevd kunne starte etter at tillatelsen kan sies å ha endt.

Dersom tillatelsen er utformet slik at man ikke kan konkludere med at bruken er innenfor det tillatte, bør man etter min mening trekke inn flere bevis for å avgjøre om bruken kan anses som tålt. Man må i alle tilfeller ta stilling til om den bruk som ikke faller innenfor den

⁵² Falkanger *Tingsrett* s.304

skriftlige reguleringen, kan anses å være tålt. Se mer om denne vurderingen under behandlingen av passivitetsprecarioet.

8.10.7 Avtaleprecarioets problem

Når en tillatelse blir gitt, eller en avtale blir inngått, skjer dette som oftest mellom legfolk. Selv de beste intensjoner kan få et annet innhold, når partene forsøker å formulere dette skriftlig. Men selv om begge parter har en subjektiv tilnærmet lik oppfatning av hva som er tillatt, kan deres suksessorer eller arvinger bygge på en annen forståelse.

Jeg har hatt muligheten for å følge innledningen til en sak for tingretten i Aust Agder, der sakens kjerne er en lapp fra tidligere hjemmelshaver, fra 1957 med teksten:

*«Herved gis **Bruker** og hennes slegt tilladelse til at gaa over min eiendom ned til baat plassen «Palmsvik», *datert og underskrevet rette eier*»*

En rekke faktiske forhold rundt saken kunne også være av interesse å ta med i denne forbindelse, som f.eks. at både rette eier og brukeren var gått bort, og at tillatelsen var innrømmet en sterkt begrenset personkrets uten arvinger, og med en særdeles liten bruk. Saken ble fremmet for retten av brukers suksessor, med påstand om at det forelå avtale om gangrett, subsidiært at rett var hevdet. Suksessors bruk var imidlertid vesentlig annerledes enn den opprinnelige bruk.

Dersom dette skulle tolkes dithen at det var tale om en servitutt, ville saken kunne resultere i stadfesting av en rettighet til fordel for etterfølgende hjemmelshaver av brukers eiendom. Men om dette skulle være å anse som avtalt precario bruk, ville saken kunne få motsatt utfall. At hevd er avskåret etter hevdsl. §5 anser jeg som ganske opplagt, ut fra kjennskap til saken.

Selv om denne saken ikke gjelder hevd direkte, vil læren om tålt bruk kunne anvendes som ulovfestet rett. Problemet her er at der bruken opprinnelig har vært forutsatt precario, vil uheldige dispositive utsagn kunne føre til at man konkluderer med at servitutt er etablert. Man bør etter min mening også her foreta en vurdering av, om de øvrige bevis i saken peker i retning av at bruken kan anses å være tålt, selv om grunnlaget ikke er påberopt. Jeg har ikke sett at problemstillingen har blitt ofret nevneverdig oppmerksomhet i teorien, men jeg mener likevel at problemstillingen kan være viktig i enkelte saker.

8.11 Passivt precario

Forholdene kan være slik at man ut fra en konkret bevisvurdering, ikke kan finne grunnlag for å si at der foreligger et eksplisitt samtykke til den omtvistede bruk. Dette kan både gjelde bruken i sin helhet, eller for den del av bruken som er rettsoverskridende.

Som tidligere nevnt er bevisbyrden for rette eier å godtgjøre at bruken er tålt. Bevisbyrden for pretendenten er å godtgjøre at en rett har festet seg. Han må da føre bevis for at vilkårene for hevd er oppfylt. Videre er det naturlig å imøtegå en påstand om at bruken er tålt.

Subsumsjonen vil da gå ut på en helhetsvurdering: å vurdere de faktiske forhold opp mot vilkårene i de respektive lærene.

Jeg vil under denne overskriften forsøke å gjøre rede for de momenter, eller «bevis» som kan tillegges vekt ved vurderingen.

Systematisk vil jeg her, samlet behandle de tilfeller der tillatelsens omfang er ukjent, og de tilfeller der rette eier har forholdt seg passiv. I begge tilfeller står man ovenfor en bevissituasjon der flere bevis kan få betydning for saken.

8.11.1 Den konkrete vurderingen

Vurderingen av om en bruk skal anses som tålt, krever at man gjør en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak. Flere momenter kan få betydning, herunder partenes forutsetninger, avtale, relasjonen mellom bruker og rette eier, forholdene i tiden og på stedet, samt brukens utstrekning og synlighet. Også etterfølgende forhold har vist seg å bli tillagt vekt, da disse gjerne fanger opp partenes holdninger til bruken, endringer i tiden/forholdene på stedet, samt endringer i hvilken betydning bruken representerer for rette eier og pretendent.

8.11.2 Eiers forhold til bruken

Dersom rette eier er av en klar oppfatning av at bruken skjer i samsvar med en gitt tillatelse, vil det være naturlig at rette eier lar være med å gripe inn mot bruken, så lenge bruken skjer i samsvar med tillatelsen. Dette gjelder uansett om tillatelsen omfatter en stor eller mindre bruk. Det er imidlertid ikke slik at dette fritar rette eier for plikt til å gripe inn overhodet. Der bruken blir større enn der i utgangspunktet er gitt en tillatelse for, kan man spørre seg om

dette kan gi grunnlag for hevd, eller om det kan sies å være omfattet av den opprinnelige tillatelse. Begge løsninger er mulige.

For den bruken som ikke er omfattet av en konkret tillatelse av eier, kommer man inn på en vurdering av om eierens villighet har vært i samsvar med bruken. For at en slik villighet skal kunne sannsynliggjøres må man se på flere forhold.

Eiers subjektive må derfor tillegges vekt, men ikke avgjørende vekt. Der andre bevis taler for at de faktiske forhold har vært annerledes enn eier gir uttrykk for, svekker det naturligvis eiers forklaring. Ergo vektlegges ikke eiers forklaring lenger enn den kan godkjøres ut fra de andre forhold i saken.

Slike forhold er blant annet hvilken praktisk og økonomisk betydning bruken har for rette eier. Der eier selv ikke har noen nevneverdig interesse for utnyttelsen, taler det for at eiers villighet kan rekke langt, og at selv en mer intensiv bruk kan anses som tålt. Illustrerende er Rt. 1930 s. 1233 «Klevberghullet» som handlet om rett til vannføring/møllevann.

Pretendenten delte vannføringen med eier, og hadde i perioder brukt mer enn sin del av vannføringen. Men denne utnyttelsen var ikke til fortrensel for eiers bruk, og pretendents bruk ble ansett som å være et utslag av eiers villighet.

Motsatt retning kan jeg trekke frem «Lågen»⁵³, der bruken hadde stor betydning for rette eier. Her ble det trukket frem at det ikke kunne finnes godgjort at eier hadde ansett bruken som å være tålt, da de ikke hadde gjort tilstrekkelig innsigelse mot bruken.

Det presumeres at dersom bruken er rettstridig, har rette eier en oppfordring til å gripe inn mot bruken. Særlig gjelder dette i de tilfeller bruken har særlig betydning for rette eier, eller der brukeren innretter seg spesielt.

Dernest kommer eiers opptreden, hvordan har eier forholdt seg til den utøvede bruk? Dersom eier og pretendent utnytter samme bruk, vil en opptreden fra eiers side som er til fortrensel, bidra til å bringe pretendenten ut av den gode tro. Et eksempel på dette er «Farriselven»⁵⁴, der

⁵³ Rt-1963-370

⁵⁴ Rt-1960-469

båtfolk hadde brukt bedriftens brygge, men bedriftens ansatte hadde bedt båteiere om å flytte seg, når de selv trengte bryggen.

Der eier har protestert mot bruken vil han bringe pretendenten ut av en eventuell god tro. I slike tilfeller vil også bruken lettere kunne anses som tålt.

Videre kan man se at der eier forholder seg passiv, på tross av at han har kjennskap til bruken, vil terskelen for å anse bruken som tålt kunne endre seg. Her kan eierens passivitet bli ansett å være klanderverdig, hvis han lar en viss bruk foregå uten innsigelser. Eksempelvis kan nevnes RT-1971-171, der grunneiernes passivitet ble utslagsgivende for at rett festet seg. Riktignok var det ikke her tale om en ubetydelig bruk, men brukens karakter ble ikke tillagt hovedvekten ved avgjørelsen. Her ble det overveiende hensyn at bruken hadde fått festet seg på en slik måte at det ville være urimelig å gripe inn mot den.

8.11.3 Pretendentens forhold til bruken

Her må vi skille mellom pretendentes subjektive oppfatning, og de objektive forhold. Vi må også være klar over at den bevisførsel som føres av pretendenten i hovedsak dreier seg om erverv, og ikke om bruken kan ha vært tålt.

At pretendenten ikke anser bruken som tålt, er irrelevant for vurderingen av om bruken skal anses som tålt, så lenge bruken er i samsvar med det tillatte⁵⁵. Pretendenten kan gjerne tro dette selv, men vurderingen av om bruken er tålt må foretas på bakgrunn av andre forhold. Pretendentens tro om at han har utøvet en rett får først og fremst betydning for hevdsspørsmålet.

Men pretendentens gode tro kan få betydning, dersom hans bruk er større enn det tillatte, og øvrige bevis i saken styrker hans oppfatning Rådsegn 5 . 12 sier her; «*Går rådveldet derimot tydeleg og openbert ut på noko anna eller meir enn særheimelen gjev høve til, stengjer han i prinsippet ikkje for hevd*». Dersom bruken ikke er innenfor det tillatte, og eier gjennom sin opptreden har gitt pretendenten grunn til å tro at alt var i orden, vil dette kunne få direkte betydning for om han erverver rett.

⁵⁵ Rådeegn 6 s. 25; At innehavaren trur at han eig tingen, hjelper ikkje her. Det bør heller ikkje hjelpa, for rette eigar har i slike tilfelle ingen grunn til å krevja tingen att.

I forhold til spørsmålet om tålt bruk blir dette særlig relevant når man ser på pretendentens objektive tilknytning. Der pretendenten i hevdstid har innrettet seg særlig grad, kan forholdet bli beskyttelsesverdig ut fra sin art. Dette gjelder særlig der økonomiske hensyn melder seg, at pretendenten har gjort større investeringer, eller bruken har stor betydning for pretendentens næringsgrunnlag. Hensynet for hevd vil her melde seg, straks det er tale om festnede forhold som man ikke bør rive opp i. Man skal verne om de etablerte forhold, og da ville det være urimelig om eier når som helst skulle kunne trekke sin tillatelse tilbake. Rett vil da kunne vinnes i samsvar med bruken. Illustrerende dommer er blant annet «Lågen»⁵⁶ og «Vansjø»⁵⁷, der brukens betydning for pretendenten var ansett å være stor. Av de rettsavgjørelser jeg har sett, der pretendenten blir tilkjent rett, har brukens betydning for pretendenten alltid blitt tillagt stor vekt.

På andre siden, kan den rettsoverskridende bruken ha liten betydning for pretendenten. I slike situasjoner vil ikke de samme hensyn gjøre seg gjeldende, og bruken vil lettere kunne anses som tålt.

8.11.4 Skikk og bruk

I noen saker kan oppfatninger som deles av flere, gjerne en lokal oppfatning, få betydning som bevis for om en bruk skal anses som tålt. Dette momentet er neppe et avgjørende bevis, men vil være med å støtte opp under oppfatningen av hvordan de andre bevis skal vurderes.

En del dommer viser til slike oppfatninger i sine domsgrunner, og selv om det ikke alltid fremgår hvilken betydning det er tillagt, er det klart at der en slik «bygdeskikk» e.l. kan sies å være til stede, bidrar det til å skape klarhet i hvilke føringer man skal legge for resten av subsumsjonen.

Rt.1919 s.852 «Sørlihagen» går litt generelt inn på dette og sier, «Jeg mener, at den bruk, som der under saken foreligger opplysning om, maa antages at være utøvet fra den betragtning, som i gamle dage visstnok var meget almindelig, nemlig at der ingen grund var for en eier til at motsætte sig vintervei over sin utmark, naar denne ikke medførte nogen skade paa eiendommen».

⁵⁶ Rt-1963-370

⁵⁷ Rt-1983-569

Skikk og bruk er imidlertid et begrep med et noe uspesifikt innhold. Man kan derfor ikke ta rettens anførsler for bokstavelig, man må også gjøre en vurdering av hvilken skikk og bruk som gjorde seg gjeldende i den enkelte sak.

Rt. 1983 s.569 «Vansjø» nevner også dette, «Det må sies å ha dreiet seg om en bruksutøvelse som har fått utvilke seg i ly av en velvillig holdning fra grunneiernes side. Det har neppe vært ansett for å være i samsvar med god skikk og bruk å nekte folk å drive slikt fiske».

8.11.5 Forholdene i tiden og på stedet

Skikk og bruk sin karakteristikk kan i perioder endre seg. Forhold som krig, tilgang på ressurser, m.m. kan gjøre at behovet for å hjelpe hverandre blir større enn ellers. Når en sak om hevd fremmes, kan det nettopp føres bevis for at man i perioder har hatt en særlig stor utnyttelse. Men dette kan også være utslag av en spesielt tålt bruk. Ergo relaterer beviset seg også direkte til hvilken presumpsjon man skal ha for eiers velvilje.

Rt. 1983 s.569 «Vansjø» tar dette bevis til inntekt for at bruken skulle anses tålt, og nevner bl.a: «Etter min mening er det forståelig at grunneiernes ikke reagerte i særlig grad mot det fisket som fant sted i de vanskelige årene i mellomkrigstiden»

Rt.1965 s. 544 «Stordal» relaterte seg til forholdene på stedet, og «*nødvendig tilskudd i levemåten*», ble veid opp mot det faktum at dette var en «*bruk som var utøvd av alle og enhver*». Høyesterett konkluderte med at det forelå en rett. Dette ble for øvrig underbygget av flere andre moment, brukens fasthet, stort omfang, og en utøvelse som tydet på at de oppfattet det som om de hadde en virkelig rett (Dissens 3-2). Flere av vilkårene relaterer seg direkte til hevdsvilkårene, men får også betydning for vurderingen av om bruken kan anses tålt.

8.11.6 Forholdet mellom partene

Den relasjon som finnes mellom eier og bruker kan si en del om hvor langt eiers villighet kan ha vært. Dette relaterer seg derfor direkte til vurderingen av hva som kan anses som tålt.

I nære relasjoner vil det det kunne være langt større «godvilje» ovenfor brukeren, enn ellers. I slike relasjoner vil også terskelen for å regulere bruken «på et høyere nivå», gjennom avtale eller lignende være større.

Blant annet i LH-2009-198286 ble det uttalt: *«I vår sak ble forholdet etablert på grunnlag av avtale mellom to brødre om å sette opp og bruke en brakke uten nærmere formalisering av tomtespørsmålet. Bruken av brakken fortsatte i neste generasjon, da som fritidsbolig i helger og ferier. Som grunneier hadde Viggo Kristoffersen ikke innvendinger til denne bruken. Det kan snarere legges til grunn at han hadde glede av besøkene».*

I slike tilfeller er det rimelig å anta at rette eiers villighet ovenfor brukeren har vært stor, når familieforholdene var såpass nære.

I andre tilfeller kan forholdet mellom partene være mer perifert. Når dette er tilfelle, vil naturligvis ikke momentet få gjennomslag. Her kan det tvert i mot tale for at eier har hatt en grunn til å gripe inn. Forholdet mellom eier og bruker må da ses i lys av hvilken bruk som har vært gjort. Der bruken for øvrig har vært av betydning for både eier og bruker, vil man raskt komme til at eiers velvilje ikke kan sies å strekke seg så langt, at han kan presumeres å ha tålt bruken.

8.11.7 Subsidiær bruk

I noen tilfeller utnytter eier og pretendenten den samme bruk på samme måte, noe som også kan vurderes under eksklusivitetshensynet i hevdslæren. Det kan også tillegges vekt under vurderingen av om bruken skal anses tålt. Enda klarere kommer dette frem der rette eiers bruk skjer til fortrensel for de øvrige brukerne. Dette var tilfellet i Rt 1960 s. 469 «Farriselven», der høyesterett blant annet uttalte (s. 471); *«[...] men at det dreier seg om en bruk som grunneieren – under hensyn til at det var vanskelig for båteierne å finne annen brukbar havn – har tolerert i den utstrekning han fant det forenelig med bedriftens tarv til enhver tid».* Selv om bruken her i perioder hadde vært stor, og til tider til bry for bedriften, ble det tillagt vekt at grunneier selv aktivt markerte sin rett gjennom utøvelse av bruken.

Vilkåret her, som ellers, må veies opp mot om eier hadde grunn til å foreta seg noe. Det kan tenkes at der eier ikke hadde utøvd sin rådighet til fortrensel for andre, for så å forholde seg passiv om de andres bruk, ville saken kommet i et annet lys. Det er nettopp eiers egen bruk og betydning som kan tillegges vekt. Der brukere blir kjent med at eier selv utnytter denne rett, blir det vanskeligere for dem å godtgjøre at de utøver en faktisk rett. Dette går direkte inn i hevdsvurderingen, men får her, som mange andre steder, den vekselvirkning at der pretendenten ikke kan godtgjøre at han utøver en «rett», vil det tale for at bruken er tålt.

8.11.8 Mange brukere

Der utnyttelsen utøves av mange brukere, er dette et moment som tillegges vekt. Normalt vil en slik bruk ikke tilfredsstillende kravet til eksklusivitet, noe som svekker bevisene for hevd, men det kan også tas til inntekt for bevisvurderingen under tålt bruk, da det kan være vanskelig for rette eier å «gjete» på rettsovertredere. En annen ting er at pretendenten må godtgjøre at han utøver en «rett», noe som vanskelig lar seg forklare, der mange andre utnytter hans «rett». Sammenfattet kan man si at momentet i hovedsak får betydning i forholdet til spørsmålet om hevd, men at det også har en vekselvirkning i forholdet til vurderingen om tålt bruk foreligger. Det er i alle fall klart, at der en bruk kan utøves av «alle og enhver», ikke fortjener særlig vern, og at dette derfor kan tas til inntekt for at bruken skal anses tålt.

«Solberg gård»⁵⁸ illustrerer dette, (s.219): *«Heller ikke er det grunn til å anta at bruken har vært utøvet i den tro at det forelå en virkelig rett for almenheten til å gjøre det. Noe behov som begrunnet en slik rett, forelå heller ikke. Det eneste naturlige er å oppfatte forholdet slik at de ankende parter og andre for hvem det var bekvemt, har gått over gården Solberg på den måten som det er vanlig på landet, i tillit til eierens imøtekommenhet når det gjelder gående som ikke volder skade av noen som helst betydning og som ikke legger for dagen at de mener å gjøre en rett gjeldende.»*

«Lågen»⁵⁹ er et godt eksempel på at momentet med antall brukere ble tillagt vekt, men her på en litt annen måte. Annenvoterende kom til at bruken måtte anses som tidvis stor og tradisjonsbundet. Det kan sies at der mange brukere utøver en bruk som skjer direkte i eiers påsyn, samt at denne rammer eier, trekker det i retning av at man har passert den terskel der eier burde grepet inn. Men denne holdningen er ikke direkte holdbar, ut fra et rimelighetssynspunkt. Det kan være veldig vanskelig for rette eier å forholde seg til mange brukere, og langt vanskeligere å gripe inn mot bruken. Det frir likevel ikke eier fra ansvaret mot å forsøke å gripe inn, dersom han tror at bruken er rettsstridig.

8.11.9 Uskyldig bruk

Vi snakker her om bruk som ikke kan anses som rettsstiftende, fordi det ville stride mot vår rettsoppfatning å tillegge den betydning. Dersom man står ovenfor en bruk, som etter sin art

⁵⁸ Rt-1951-217

⁵⁹ Rt-1963-370

fremstår på denne måten, vil det klart trekke i retning av at bruken må anses som tålt. At rette eier ikke griper inn mot slik bruk, vil være å anse som vanlig folkeskikk, og helt naturlig. En dom til illustrasjon her er Rt. 1990 s. 476. Men på andre siden er ikke «uskyldig bruk» en særlig spesifikk betegnelse. Det må i vurderingen av om bruken skal tillegges denne egenskap, utvises stor forsiktighet. Momentet er også under bevisvurderingen blitt tillagt forskjellig vekt. Man skulle kanskje tro at en slik bruk automatisk ble ansett som tålt, men slik er det likevel ikke. Man ser i flere dommer at man tillegger momentet vekt, og at det gjerne underbygger deres påstand. Avgjørende vekt bør det kanskje heller ikke ha, bortsett fra i de helt klare tilfeller. Man må i alle tilfeller redegjøre for eiers villighet før man konkluderer.

8.11.10 Brukens karakter; fasthet, synlighet, innrettelse og økonomisk betydning

Jeg vil her behandle «brukens karakter» relativt enhetlig. Det jeg snakker om her, er rent objektive forhold som kan ses av alle og enhver.

I forhold til ervervspørsmålet kan man vurdere om en bruk skal anses som beskyttelsesverdig. Der vilkårene for erverv er oppfylt, og brukens karakter er av en slik art at utnyttelsen må anses beskyttelsesverdig, er det nærliggende at pretendenten erverver rett.

Igjen er «Lågen»⁶⁰ et illustrerende eksempel. Her ble det gjort en vurdering av brukens karakter, der man blant annet fremhevet at bruken hadde skjedd i fullt påsyn, at det var regelmessig og tradisjonsbundet utøvet over lang tid, at innrettelsen i mange tilfeller hadde gått til fortrenghet/konflikt i konflikthet med eiers utnyttelse, samt at bruken hadde en klar økonomisk betydning for alle parter. På et selvstendig grunnlag fant flertallet at denne bruken i seg selv var beskyttelsesverdig, og at det her var tale om festnede forhold, som man ikke burde rive opp i.

Dette momentet relaterer seg i hovedsak til spørsmålet om erverv, men har også en kontaktflate mot tålt bruk. Bevisene som føres, kan tas til inntekt i begge vurderinger, og de forhold at brukens karakter hadde vært såpass omfattende, får innvirkning på hvordan man vurderer om bruken er tålt.

⁶⁰ Rt-1963-370

Dette gjelder i hovedsak der eier har utvist passivitet, både der bruken ikke følger av tillatelse, og der brukens karakter går ut over det som har vært tillatt ved et avtaleprecario. Der bruken går ut over det tillatte, og eier griper inn, er ikke bruken beskyttelsesverdig.

Der eier har forholdt seg passivt til en bruk, blir vurderingstemaet om eier har latt bruken bli for vidtgående. Har eiers velvilje kunnet omfatte hele bruken? Eier på sin side vil i sin bevisføring påstå dette, men i et tilfelle der bruken har vært av en beskyttelsesverdig karakter, får brukens karakter direkte innvirkning på hvordan man skal vurdere eiers forklaring. Der eiers forklaring åpenbart strider mot vanlig oppfatning, vil man ikke kunne feste tillit til den, og man vil da heller ikke kunne finne grunnlag for å si at bruken er tålt.

8.11.11 Differansevurderingen

Vurderingen tar utgangspunkt i sakens objektive forhold, og relaterer seg direkte til rettsoverskridelsen. I visse tilfeller kan fastsettingen by på problemer, spesielt i de situasjoner det vanskelig kan fastsettes hvilken tillatelse som foreligger fra før. Like fullt er det rettsoverskridelsen som fastlegges ved vurderingen.

Den faktiske utnyttelse lar seg som regel kartlegge ganske enkelt. Der man ikke kan godtgjøre at der foreligger en tillatelse, eller kan godtgjøre en tillatelse innhold, må man her foreta en subjektiv vurdering av hva som i utgangspunktet har vært tillatt.

Enklest er dette der man ut fra bevisene finner at der ikke foreligger en tillatelse. Da vil hele bruken være rettsoverskridelse, og dermed er differansen fastsatt. Vanskeligere blir det der man finner det godtgjort at det opprinnelig har vært en tillatelse, men at man ikke kan fastsette innholdet i denne. Her må man foreta en bevisvurdering, og ut fra sannsynlighetsovervekt komme frem til hva som kan anses godtgjort.

Men som oftest vil ikke spørsmålet komme på spissen. Eier vil gjerne anføre at hele bruken er omfattet av tillatelsen, og dersom pretendenten legger ned påstand om at tillatelsen opprinnelig ikke har omfattet hele bruken, vil hans onde tro få direkte virkning for vurderingen av hevdsspørsmålet.

Men det er likevel slik at det er eier som har bevisbyrden for at bruken er tålt, og der eier ikke kan fremlegge gode bevis for sin påstand, kan det være grunn til å se nærmere på dette.

8.11.12 Terskel for toleranse

Terskelen for toleranse utgjør det subjektive element i vurderingen for om bruken har vært tålt. Denne må defineres ut fra hvor langt eiers villighet kan presumeres å ha vært. Terskelens innhold, der tillatelsens innhold ikke kan sies å være kjent, vil bygge på bevilstand i den enkelte sak. I en sak der brukeren har vært eiers personlige nemesis, og bruken omfatter betydelige økonomiske verdier, må det presumeres at terskelen har vært lav, for at tålt bruk kan utelukkes. I motsatt tilfelle kan en sak dreie seg om bruk utøvd av familie, eller naboer, og denne bruken fullt ut er i samsvar med god bygdeskikk, vil terskelen bli langt høyere, og den bruk som kan anses som tålt kan være mer omfattende.

Det er ikke slik at de økonomiske hensyn alene, eller pretendentens innrettelse som avgjør størrelsen på terskelen. Det er hva man med rimelighet kan forvente at rette eier ville funnet seg i, uten at det utløste en plikt til å gripe inn mot bruken. Derfor kan man oppleve at en bruk som etter differansevurderingen isolert sett kan fremstå som betydelig, likevel kan anses som tålt, etter at man har vurdert det opp mot hvor stor terskelen for toleranse har vært.

Denne terskelens fiktive karakter, gjør at den heller ikke kan regnes som en sikker vitenskap. I bevisvurderingen må man holde den terskel man finner godtgjort, opp mot differansevurderingen, for så å gjøre en totalvurdering av om den rettstridige bruk kan anses som tålt eller ikke. Den fungerer altså som en ledesnor i bevisvurderingen.

8.11.13 Sammenfattet om bevisene

Min fremstilling tar utgangspunkt i en gjennomgang av dommer, der jeg har funnet momenter som har gått igjen i rettens vurderinger. Jeg antar oversikten neppe er uttømmende, og at også flere momenter kan bli tillagt vekt ved vurderingen.

9 Avsluttende sammenfatning

Tålt bruk, eller precario bruk, er en rett som har røtter helt tilbake til romerretten, og er nå hjemlet som et av særhjemmelsunntakene i hevdslovens §5. Lærens innhold er, at der det kan godtgjøres at en bruk av annen manns eiendom er utøvd i samsvar med en velvilje fra rette eier, vil brukeren ikke kunne vinne rett ved hevd. Hensynet bak læren, er at rette eier ikke skal bli straffet for sin velvilje, og kan stoppe bruken når han vil.

Ved avtalt precario har rette eier gitt et eksplisitt tilsagn om hvilken bruk han er villig til å innfinne seg med. Så lenge bruken er innenfor rammene av denne tillatelse, vil pretendenten ikke vinne hevd, uansett om bruken er stor eller liten.

Ved passivt precario har eier ikke gitt uttrykk for sin holdning til bruken. Her vil bruk være rettsoverskridende, noe som ikke samsvarer med særhjemmelsunntakene i hevdslovens §5, og muligheten for at pretendenten kan vinne rett, er tilstede.

Der rettsoverskridelse synes å foreligge, enten ved eiers passivitet, eller bruk ut over det tillatte, kommer spørsmålet om den rettstridige bruk kan anses for å være i samsvar med eiers villighet. Bevistema for en slik drøfting er om bruken kan anses som tålt. Vurderingstema er om rette eier har latt bruken utarte seg for mye, uten å gripe inn mot den.

Rette eier har bevisbyrden for å godtgjøre at bruken er tålt. En rekke momenter i faktum kan komme til anvendelse ved bevisanvendelsen. De objektive forhold vil kunne angi hvor stor differanse det er mellom den tillatte bruk og den faktiske bruk. En rekke subjektive forhold vil legges til grunn for hvor stor villighet man kan presumere at rette eier har. Bevis som ofte føres i denne forbindelse, er brukens betydning for rette eier og pretendent, men også mange andre forhold kan ha relevans. En rettstridig bruk som har stor betydning for eier og pretendent, blir mer vanskelig å kunne anse som tålt, enn en bruk som har liten betydning. Men rette eiers villighet kommer også i betraktning, og der bruken blir utøvd at eiers familie eller venner, vil en større bruk også kunne anses som tålt.

Læren om tålt bruk har en bred kontaktflate mot kravet om god tro. Der god tro ikke kan godtgjøres, kan det tale for at bruken må anses tålt. Men der god tro synes å foreligge hos pretendenten, er det ikke sikkert at det kan tas til inntekt for at bruken ikke har vært tålt. Man må skille mellom vurderingene av god tro og tålt bruk, for der tålt bruk kan godtgjøres, vil det

ikke hjelpe om pretendenten kan sies å ha vært i god tro. Tålt bruk utgjør et særhjemmelsunntak, og der man kan fastslå at bruken er basert på en annen hjemmel, kan det ikke hevdes.

Litteraturliste

Bøker, artikler m.m.:

- Andenæs (1997) Mads Henry Andenæs. *Rettskildelære*. Oslo 1997
- Berg (2005) Borgar Høgetveit Berg. *Hevd*. Oslo 2005
- Brækhus & Hærem Sjur Brækhus og Axel Hærem. *Norsk tingsrett*. Oslo 1964
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff. *Rettskildelære*. 5 utg Oslo 2001
- Eriksen (2008) Gunnar Eriksen. *Alders tids bruk*. Bergen 2008
- Eriksen Gunnar Eriksen. *Fremveksten av kravet om god tro ved hevd og alders tids bruk i norsk rett*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2003, s.79-128
- Tilgjengelig på www.lovdato.no/pro. Nettstedet ble besøkt flere ganger f.o.m. 10 feb. 2014.
- Falkanger (1997) Thor Falkanger. *Fast eiendoms rettsforhold*. 2 utg Oslo 1997
- Falkanger (2000) Thor Falkanger. *Tingsrett*. 5 utg, Oslo 2000
- Falkanger (2007) Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*. 6 utg, Oslo 2007
- Moss Giuditta Cordero Moss. *Lovvalg og jurisdiksjon for kontrakter om salg av fast eiendom – og noen bemerkninger om andre kontrakter med tingsrettslige virkninger*, Jussens Venner 2010 s. 295-332.
- Tilgjengelig på www.lovdato.no/pro. Nettstedet ble besøkt flere ganger f.o.m. 10 feb. 2014.
- Skag Miriam Skag. *Tålt bruk*. Lov og rett 2004 nr. 9. s. 553-570
- Tilgjengelig på www.lovdato.no/pro. Nettstedet ble besøkt flere ganger f.o.m. 10 feb. 2014.

Lover:

- 1687 Kong Christian V's Norske Lov 15 april, 5-5 Femte bog, femte kapittel.
- 1814 Kongeriget Norges Grundlov. Given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven)
- 1874 lov angaaende visse Brugsrettigheder over fremmed Eiendom 23. mai 1874 – «snikhevdlova»
- 1966 Lov om hevd, 9 des 1966 nr. 1
- 1992 Lakse- og innlandsfiskloven, 15 mai 1992 nr. 47
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21 mai 1999 nr. 30, (menneskerettsloven)
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister, 17 juni nr. 90, (tvisteloven)

Konvensjoner

- EMK European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Roma 4. November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon).
- Lugano Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer og kommersielle saker. 30 okt 2007, ikr. for Norge 1 jan 2010.

Forarbeider:

- NUT 1961:1 Rådsegn 6 - Om hevd
- Ot.prp.nr.30 (1965-1966) Om lov om hevd.

Dommer:

Høyesterettsdommer:

Rt. 1891 s.408 «Djupsjøen»

Rt.1919 s.852 «Sørlihagen»

Rt-1929-560 «Rostad»

Rt. 1930 s. 1233 «Klevberghullet»

Rt-1951-217 «solberg gård»

Rt-1957-350 «Lestestad»

Rt-1958-758 «leangen»

Rt-1960-469 «Farriselven»

Rt-1963-370 «lågen»

Rt.1965 s. 544 «Stordal»

Rt-1968-1202

Rt-1971-171

Rt-1983-569 «vansjø»

Rt. 1990 s. 476

Lagmannsrettsdommer:

LG-1993-301

LB-2004-12118

LF-2005-68846

LA-2005-2135

RG-2008-10696

LH-2009-198286

RG-2010-634