

Høyesterett – Dom.

(Furumoadommen) Miljørett. Tingsrett. Allemannsrett.

Fylkesmannens vedtak med hjemmel i frilufsloven § 13 jfr. § 40, med pålegg til grunneieren om å fjerne gjerder i strandsonen på sin eiendom av hensyn til allmennhetens ferdsel, ble opprettholdt. Strandsonen på vedkomende eiendom kunne ikke defineres som innmark, jfr. frilufsloven § 1 a første ledd. Uttrykket hustomt må begrenses til den mer private sonen rundt bolighuset. Høyesterett fant at gjerdet var til utilbørlig fortrengsel for ferdselen. Dersom det viser seg at ferdselsretten blir svært belastende, må eieren søke etablert lovlig sperring etter frilufsloven § 16.

Avsagt: 01.07.1998 i sak HR-1998-34-A - Rt-1998-1164

Saksgang: Agder lagmannsrett LA-1996-1536 – Høyesterett HR-1998-34-A, nr 388/1997.

Parter: Staten v/Miljøverndepartementet (Regjeringsadvokaten v/ass regjeringsadvokat Tolle Stabell) mot 1. Louis Ormestad 2. Tommy Ormestad 3. Tellef Ormestad (Advokat Dagfinn Clemetsen).

Dommere: Bruzelius, Oftedal Broch, Aasland, Tjomsland, Justitiarius Smith.

Dommer Bruzelius: Saken gjelder gyldigheten av fylkesmannens vedtak 28 juni 1995 som med hjemmel i frilufsloven § 13, jf § 40, pålegger grunneieren/ankemotpartene å fjerne gjerder i strandsonen på sin eiendom av hensyn til allmennhetens ferdselsrett.

Ankemotpartene Louis Ormestad, Tommy Ormestad og Tellef Ormestad eier i fellesskap – med en ideell tredjedel hver – eiendommen Furumoa, gnr 106 bnr 31 i Sandefjord kommune. Eiendommen tjener som helårsbolig for Louis Ormestad og hans kone, samt som kontor for familiens rederivirksomhet.

Furumoa ligger på Vesterøya i Sandefjord kommune, nærmere bestemt på Buer. Eiendommens samlede areal er på 13 379 m². Eiendommen har en vel 60 meter lang strandlinje mot Sandefjordsfjorden i vest. Hovedhuset er oppført i 1952. Arealet foran hovedhuset og ned mot stranden er opparbeidet med gressplen og busker. På eiendommen vokser det store furutrær. Avstanden fra terrassen fremfor hovedhuset og til strandsonen er ca 65 meter. Sandstranden er ca 6 meter bred og svakt skrånende. Ovenfor selve stranden er det et ca 5 meter bredt sivbelte. I den nordlige delen av stranden – mot hytteeiendommen "Ly", gnr 106 bnr 11 – er det to betongmoloer med en båtopphalingsplass. Fra den sørligste moloen går det en hengebro ut til et skjær med et gjeste-/badehus og terrasse.

Eiendommen "Ly" i nord har også egen strand. I sør grenser Furumoa mot Sjøbakken Camping, gnr 106 bnr 8.

Mellom eiendommene er oppsatt gjerder som går ned i sjøen.

I 1992 nedsatte Utvalget for natur, idrett, friluft og ungdom (NIFU-utvalget/friluftsnemnda) i Sandefjord kommune en arbeidsgruppe for fjerning av ulovlig oppsatte gjerder, stengsler og forbudsskilt i utmark. Gruppen foretok i oktober 1992 en befarig av flere eiendommer i kommunen, de fleste i kystsonen. Gruppen kom til at strandsonen på Furumoa (og på naboeiendommen "Ly") måtte anses som utmark, og at gjerdene i strandsonen hindret allmennhetens ferdsel, se frilufsloven 28 juni 1957 nr 16, § 13 jf § 2 og § 1a.

Grunneierne protesterte og hevdet at strandsonen var innmark. NIFU-utvalget forela spørsmålet for landbruksnemnda i kommunen som uttalte at strandsonen var del av opparbeidet hage og måtte regnes som innmark. Saken ble deretter lagt frem for fylkesfriluftsnemnda i

Side 1165

Vestfold som i vedtak truffet 15 juni 1993 anbefalte at deler av gjerdene mot sjøen på blant annet Furumoa "fjernes slik at det blir fri ferdsel langs stranden". NIFU-utvalget i Sandefjord traff 10 oktober 1994 vedtak i saken med fem mot fire stemmer. Vedtaket påla eier av gjerdene å fjerne disse fra nærmere angitte knekkpunkter og ut i sjøen, innen to måneder fra endelig vedtak. Vedtaket ble truffet med hjemmel i frilufsloven § 13 og § 40.

Vedtaket ble påklaget til fylkesmannen som 28 juni 1995 traff slikt vedtak:

"Klagen tas ikke til følge. Kommunens vedtak endres ikke. Klagerne tilkjennes ikke saksomkostninger."

Også eieren av naboeiendommen "Ly" – Anna Cecilie Sejersted – ble pålagt å fjerne gjerder på sin eiendom og påklaget vedtaket. Fylkesmannen traff et tilsvarende vedtak vedrørende hennes eiendom.

Ornestads og Sejersted krevde rettslig prøving av gyldigheten av fylkesmannens vedtak. De to søksmålene ble forent til felles behandling ved Sandefjord byrett, som 11 september 1996 avsa dom med slik domsslutning:

"I sak 95–686 A: Fylkesmannen i Vestfolds vedtak 28. juni 1995 er gyldig så langt det pålegger Anna Cecilie Sejersted å fjerne gjerdene i strandsonen.

I sak 96–95 A: Fylkesmannen i Vestfolds vedtak 28 juni 1995 er gyldig så langt det pålegger Louis, Tommy og Tellef Ormestad å fjerne gjerdene i strandsonen.

I begge saker: Saksomkostninger tilkjennes ikke."

Byretten fant at fylkesmannens vedtak i det alt vesentlige var holdbart, men uttalte at det var noe for omfattende, og anga en mindre justering av fra hvilke punkter gjerdene skal fjernes.

Byrettens dom er rettskraftig for eieren av naboeiendommen "Ly", Anna Cecilie Sejersted.

Louis, Tommy og Tellef Ormestad påanket byrettens dom til Agder lagmannsrett som 22 september 1997 avsa dom med slik domsslutning:

1. Fylkesmannen i Vestfolds vedtak av 28. juni 1995 om fjerning av gjerder på eiendommen Furumoa, gnr. 106 bnr. 31 i Sandefjord, kjennes ugyldig.
2. I saksomkostninger for byretten og lagmannsretten tilpliktet Staten v/Miljøverndepartementet å betale 169595,- – etthundreogsekstinitusenfemhundreog-nittifem – kroner til Louis Ormestad, Tommy Ormestad og Tellef Ormestad i fellesskap innen 2 – to – uker fra forkynning av denne dom."

Om saksforholdet for øvrig og partenes anførsler for byretten og lagmannsretten viser jeg til de tidligere dommene.

Staten v/Miljøverndepartementet påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Saken står i det alt vesentlige for Høyesterett som for de tidligere instanser. Det er fremlagt erklæringer fra de tre eierne av

Side 1166

Furumoa og fra en eiendomsmegler. Det ble i Høyesterett vist kart, fotografier og en videofilm av Furumoa og andre eiendommer i Sandefjordsområdet.

Staten v/Miljøverndepartementet har i hovedsak anført:

Fylkesmannens vedtak 28 juni 1995 er gyldig. Vedtaket bygger på et rettsanvendelses-skjønn og kan i sin helhet prøves av domstolene.

Det vil prejudisielt være nødvendig for Høyesterett å ta standpunkt til om strandsonen på Ornestads eiendom er innmark eller utmark, jf frilufsloven § 1a første ledd, da ferdselsretten etter lovens § 2 første ledd gjelder i utmark. Høyesterett vil også i sin prøving av gyldigheten av fylkesmannens vedtak måtte ta standpunkt til om frilufsloven § 13 første ledd hjemler rett for ankemotpartene til å beholde gjerdene.

Retten til ferdsel i utmark er en av de meget gamle allemannsrettene. Ferdselsretten har fått en fornyet – og økende – betydning i dagens samfunn gjennom den større generelle vekt fritid og frilufsaktiviteter tillegges, befolkningens sterkt økende mobilitet, samt større konsentrasjon av folk i byer og tettsteder. Utbygging av områder som tidligere har vært utmark, herunder strandsonene, har ført til et større behov for å kunne utøve ferdselsretten i utmarksområder, og derved forsterket spørsmålet om lovligheten av stengsler o l som vanskeliggjør ferdselen.

Strandsonen på Ornestads eiendom er etter statens syn et utmarksområde hvor det råder ferdselsrett, men denne rett må utøves hensynsfullt og med tilbørlig varsomhet, jf frilufsloven § 2 og § 11.

For rett til rasting og bading stiller frilufsloven opp tilleggsvilkår, jf § 8 og § 9. Denne sak gjelder ferdselsretten etter § 2. Etter statens syn er det etter forholdene på eiendommen tvilsomt om det er lovlig adgang til rasting og bading.

Friluftsløven definerer i § 1a hva som er innmark og utmark. Denne lov – som ble vedtatt i 1957 – lovfester den tidligere ulovfestede allemannsretten. Kommunene er i loven gitt en adgang til å sikre allmennhetens adgang til å utøve sine rettigheter etter loven. Ferdselsretten er imidlertid ikke avhengig av offentlig håndhevelse.

Ved anvendelsen av lovens § 1a må det legges til grunn at strandsonen på Ormestads eiendom ikke er en del av hustomten, og ikke kan anses som dyrket mark. Strandsonen i dette tilfelle kommer heller ikke inn under det som omhandles i § 1a første ledd 2. punktum om udyrkede, mindre grunnstykker som ligger i dyrket mark, eller er gjerdet inn sammen med slikt område. Spørsmålet blir dermed om strandsonen – slik lagmannsretten har antatt – i dette tilfelle omfattes av sekkebestemmelsen i § 1a første ledd 1. punktum om "liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrengsel for eier eller bruker". Bestemmelsen gir anvisning på en interesseavveining når det gjelder å fastsette om et område som likner de som tidligere er regnet opp i bestemmelsen, er inn- eller utmark. I sin avveining har lagmannsretten lagt listen for lavt når det spørres om en ferdselsrett vil være til utilbørlig fortrengsel for eier. Lovens uttrykk "utilbørlig fortrengsel" tilsier at det må stilles strenge krav til eierens interesser for at ferdselsretten skal stå tilbake.

Det faktum at strandsonen har vært inngjerdet iallfall siden huset på eiendommen ble oppført i 1952, slik at allmennheten vanskelig har kunnet utøve ferdsel der, kan ikke føre til at strandsonen har fått karakter

Side 1167

av innmark. Ferdselsretten kan ikke gå tapt ved passivitet fra allmennhetens side, særlig ikke når det er reist stengsel som kan ha hindret ferdsel. Subsidiært gjør staten gjeldende at selv om gjerdene tidligere har vært lovlige, er de nå ulovlige. Det skjønnsom sekkebestemmelsen i § 1a anviser, må finne sted ut fra dagens forhold.

Lagmannsretten har tatt feil når den har lagt til grunn at bestemmelsene i friluftsløven ikke får anvendelse for områder som allerede var inngjerdet da loven trådte i kraft 1 juli 1957, eller der gjerdene ikke var påbudt fjernet innen den frist som tidligere var tatt inn i lovens § 13 tredje ledd (1 januar 1958).

Ved interesseavveiningen er det grunn til å se hen til den formålsparagraf som ble føyd til friluftsløven ved endringslov 21 juni 1996 nr 37, selv om dette ikke er noen operativ bestemmelse i seg selv. Tilsvarende gjelder den positive verdi friluftsliv tillegges i en rekke stortingsmeldinger i de senere år.

Det forhold at naboeiendommen i syd er en campingplass, kan ikke tillegges vekt ved avgjørelsen av om strandsonen på Ormestads eiendom er innmark eller utmark. Fører dette naboskap til at ferdselsretten blir utnyttet i strid med loven § 2 og § 11, vil dette likevel kunne gi adgang til ferdselsregulerende tiltak i medhold av lovens § 15 og § 16. Tilsvarende er frykt for tyveri og hærverk ikke et forhold som kan vektlegges når man tar standpunkt til om et område er utmark. Også her vil det imidlertid være mulig med tiltak etter de nevnte bestemmelser dersom det viser seg at ferdselsretten blir misbrukt.

Heller ikke det faktum at eierne av Furumoa ønsker å ha gjerder ned i sjøen av hensyn til dyrehold på eiendommen, kan tillegges nevneverdig vekt ved vurderingen av om strandsonen på eiendommen er utmark eller innmark. Det dreier seg ikke om dyrehold i landbruksøyemed.

Hjemmelen for pålegg om fjerning av gjerde has i lovens § 40 annet ledd jf § 13. Etter bestemmelsen i § 13 første ledd kan det i noen tilfeller hvor ferdselen i utgangspunktet er lovlig likevel være adgang for eier til å ha eller reise stengsel, såfremt dette "tjener hans berettigete interesser og ikke er til utilbørlig fortrengsel for almenhetens ferdsel". I de tilfeller hvor man er kommet til at et område er utmark etter en interesseavveining i samsvar med sekkebestemmelsen i lovens § 1a, vil det imidlertid neppe være rom for en interesseavveining av de samme momenter påny etter § 13. Her må det i tilfelle være andre forhold som trekkes inn. Slike forhold er ikke tilstede i denne sak.

Staten v/Miljøverndepartementet har nedlagt slik påstand:

"Staten v/Miljøverndepartementet frifinnes."

Louis Ormestad, Tommy Ormestad og Tellef Ormestad har i det vesentlige anført:

Lagmannsrettens konklusjon og begrunnelse er riktig.

Ankemotpartene er enige i at domstolene har full prøvelsesrett.

Kommunale vedtak om utbygging i kystområder kan føre til et økt press på områder som ikke er utbygd, når det gjelder utnyttelse av allemannsrettene. Videre er det nå en rekke kommuner som treffer tiltak, f eks gjennom avtaler med grunneiere, for å tilrettelegge områder for

Side 1168

friluftsliv- og fritidsaktiviteter. Disse forhold har betydning ved fortolkningen av friluftslivsloven.

Furumoa har vært inngjerdet meget lenge. Gjerdet mot naboeiendommen "Ly" har stått siden 1930-årene, mens gjerdet mot campingplassen iallfall har stått der siden huset på Furumoa ble oppført i 1952. Det er ikke påvist rester av noen ferdselsvei i strandsonen på ankemotpartenes eiendom.

Selve det faktum at gjerdene har stått lenge i strandsonen, slik at man her kan tale om festnete forhold, tilsier at gjerdene fremdeles må få stå etter en interesseavveining, og at strandsonen er innmark. Mye taler også for at gjerdene var lovlige da friluftslivsloven trådte i kraft, og at de da fremdeles vil være lovlige. Det bør tillegges vekt at ingen påla fjerning av gjerdene i strandsonen innen utløpet av seksmånedersfristen i friluftslivsloven § 13 slik den opprinnelig lød. Offentlige myndigheter har utvist liten interesse i å håndheve ferdselsretten. Saken er først tatt opp etter at andre offentlige vedtak i kommunen har ført til en omfattende utbygging i strandsonen i kommunen. Det er ikke grunnlag for å legge et annet innhold i lovbestemmelsene nå enn den gang de ble innført. I dette tilfelle dreier det seg dessuten om gjerdet som ble satt opp før strandlovgivningen.

Eiendommen har i all tid i sin helhet vært nyttet som innmark. Mye kan derfor tale for at hele eiendommen, inklusive strandsonen, er å anse som hustomt etter friluftslivsloven § 1a. Eiendommen fremstår utad som en enhet, hvor strandsonen er eiendommens fasade. Uttrykket hustomt nyttes også i annen lovgivning, og er der ensbetydende med hele eiendommen, se f eks tomtfesteloven § 10 om innløsning. Uttalelsen fra landbruksnemnda – som var enstemmig – taler også for dette.

Innretningene ved sjøen i strandsonen – moloen, sittegruppen på en betongplattning, flaggstang m m – er så omfattende at de må medføre at dette området er innmark. Det has støtte for en slik fortolking i lovforarbeidene. Det er ubestridt i saken at skjæret med gjeste-/badehus og hengebroen er innmark. Dersom strandsonen er utmark, vil man få den situasjon at det vil ligge et utmarksområde mellom innmarksområdene på ankemotpartenes eiendom.

Strandsonen er ikke uberørt natur. Stranden slik den fremstår i dag, er et resultat av en omfattende og kontinuerlig innsats fra eierne. Tilsvarende gjelder sivbeltet.

Dersom spørsmålet må avgjøres etter sekkebestemmelsen i § 1a, vil man i interesseavveiningen måtte se hen til den bruk som eierne gjør av eiendommen. Strandsonen er det viktigste oppholdssted på eiendommen i sommersesongen. Allmennhetens ferdsel vil fortrenge eierens interesser på en urimelig måte.

Adgangen til dyrehold på eiendommen er av meget stor verdi for eierne. Det er vist til tidligere hestehold, og til at man ved ervervet av eiendommen la stor vekt på muligheten til å kunne ha dyr der. I den forbindelse er muligheten til gjerdet ut i sjøen viktig slik at sjøen kan benyttes som stengsel for dyrene.

I den interesseavveining som sekkebestemmelsen i § 1a gir anvisning på, må det legges betydelig vekt på at naboeiendommen i syd er en campingplass, og at en slik befolkningskonsentrasjon som man gjerne har om sommeren på et slikt sted, kan føre til at ferdselsretten blir sterkt

Side 1169

utnyttet. Selv om det ikke er adgang til å raste eller bade i strandsonen på Furumoa, er det ankemotpartene som får byrden med å avvise de som vil utnytte stranden til mer enn ferdsel etter friluftslivsloven § 2. Tilsvarende er det ankemotpartene som vil måtte tåle hærverk og tyveri.

Det er grunn til å anta at en ferdselsrett i strandsonen på eiendommen vil påvirke eiendommens verdi negativt. Dette aktualiserer spørsmålet om erstatningsansvar for det offentlige for den verdireduksjon som ferdselsretten kan medføre.

Friluftsløven § 13 snur skjønnstemaet. Ankemotpartene er imidlertid enig i at de interesser som kan vektlegges etter denne bestemmelse må være andre enn – og komme i tillegg til – de som er trukket inn i forbindelse med avveiningen etter § 1a. Men lagmannsretten har vurdert forholdet til campingplassen i relasjon til denne bestemmelse, og ankemotpartene er enig i lagmannsrettens vurdering på dette punkt.

Ankemotpartene har nedlagt slik påstand:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Staten v/Miljøverndepartementet dømmes til å erstatte Louis, Tommy og Tellef Ormestads saksomkostninger for Høyesterett."

Mitt syn på saken:

Saken gjelder gyldigheten av det vedtak fylkesmannen i Vestfold traff 28 juni 1995 som pålegger eierne av eiendommen Furumoa å fjerne gjerdene på sin eiendom fra nærmere angitte punkter og ned til/ut i sjøen. Avgjørelsen bygger på at området i strandsonen på ankemotpartenes eiendom er utmark hvor allmennheten har ferdselsrett, jf friluftsløven § 2 sammenholdt med lovens § 1a, samt at gjerdene ikke er lovlige etter lovens § 13. Gjerdene er pålagt fjernet med hjemmel i § 13, jf § 40.

Det er her tale om prøving av et rettsanvendelsesskjønn, og domstolene har full prøvelsesrett. Prejudisielt må det tas standpunkt til om allmennheten har ferdselsrett i strandsonen fordi denne er utmark, se friluftsløven § 2 jf § 1a. Det må også tas stilling til om gjerdene er lovlige etter lovens § 13 første ledd. Før jeg drøfter disse spørsmål nærmere, finner jeg det imidlertid hensiktsmessig innledningsvis å si noe om allemannsrettene og deres plass i vårt rettssystem.

Allemannsrettene – ferdselsretten, oppholdsretten og høstingsretten – på områder som er gjenstand for privat eiendomsrett, er et gammelt skandinavisk rettsinstitutt. Allemannsrettene har i det vesentlige bygd på sedvanerett. Det er sikker rett at innehaveren av den private eiendomsretten har måttet tåle utøvelsen av disse rettigheter så lenge dette har funnet sted i utmark – men også i begrenset utstrekning i innmark – og rettighetene har vært utøvd med tilbørlig hensynsfullhet. Forholdet mellom den private eiendomsretten og allemannsrettene har imidlertid voldt problemer, blant annet fordi utviklingen i det tjuende århundret har ført til en annen – og mer omfattende – bruk av rettighetene. Vesentlige trekk i denne utviklingen er urbaniseringen med store befolkningskonsentrasjoner, den økte mobiliteten og den generelle vektlegging i dagens norske samfunn av fritid og friluftsvirksomhet. I tidligere tider ble allemannsrettene ofte benyttet i forbindelse med det som var nødvendig til livets opphold. I våre dager er fritids- og friluftsaspektet den sterkeste begrunnelsen. Dette fører til at allemannsrettene nå søkes

Side 1170

utøvet også andre steder enn der dette tradisjonelt har skjedd. Det som videre særpreger allemannsrettene, er at de kan utøves i all utmark, at det ikke gjelder noe krav om at de tidligere skal ha vært utøvd på stedet, og således heller ikke at bruken har vært vedvarende.

Friluftsløven av 1957 lovfestet flere av de allemannsretter som tidligere bare hadde hatt et sedvanerettslig grunnlag. Gjennom lovgivningen søkte man samtidig å sikre adgangen til å utøve rettighetene. Lokale myndigheter ble således gitt mulighet til å håndheve rettighetene ved pålegg til eiere av private eiendommer om å fjerne stengsler o l som hindrer utøvelsen av rettigheter etter loven. De utviklingstrekk som er nevnt foran, kan lede til at utnyttelsen av allemannsrettene i noen tilfeller vil tape sin tradisjonelle karakter av uskyldig bruk. For disse situasjoner har lovgiver anvist botemidler i lovens § § 15, § 16 og § 18.

Den ferdselsrett som ble lovfestet i friluftsløven § 2, ga således ikke allmennheten noen nye rettigheter. Dette er et viktig utgangspunkt for min forståelse av reglene i friluftsløven. Saken her dreier seg om rekkevidden av ferdselsretten etter lovens § 2 jf § 1a, som slik jeg ser det må avgjøres på grunnlag av denne rettens spesielle karakter.

Som jeg allerede har pekt på er allemannsrettene en begrensning av eierens eksklusive eiendomsrett. Under prosedyren har det vært reist spørsmål om allemannsrettene bør anses å være av offentlig- eller privatrettslig natur. Jeg finner det for min del ikke nødvendig å foreta en slik innplassering av dette rettsinstitutt. Mye kan imidlertid tale for at dette er rettigheter som vanskelig lar seg innpasse i denne inndeling av rettssystemet. I allemanns-

rettene ligger som jeg har pekt på en viss begrensning av en eiers frie rådighet over – i første rekke – sin utmark. Han kan ikke egenrådlig avskjære disse rettighetene, og enhver kan håndheve allemannsrettene. På den annen side er det ikke tvilsomt at endringer i eiers bruk, eller offentligrettslige vedtak i medhold av f eks plan- og bygningslovgivningen, kan medføre endringer med hensyn til hvor allemannsrettene kan utøves. Og preget av personlige rettigheter svekkes av at de tilkommer alle og enhver.

Jeg går så over til å drøfte om strandsonen på ankemotpartenes boligeiendom Furumoa er innmark etter definisjonen i friluftsløven § 1a første ledd:

"Som innmark eller like med innmark reknes i denne lov gårds plass, hustomt, dyrket mark, engslått, kulturbeite og skogplantefelt samt liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrengsel for eier eller bruker. Udyrkede, mindre grunnstykker som ligger i dyrket mark eller engslått eller er gjerdet inn sammen med slikt område, reknes også like med innmark. Det samme gjelder område for industrielt eller annet særlig øyemed hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrengsel for eier, bruker eller andre."

I vår sak dreier det seg om hvorvidt et område i strandsonen på en større eiendom er inn- eller utmark. Avstanden mellom bolighuset og strandsonens begynnelse er ca 65 meter. Selve strandsonen består dels av stranden som er ca 6 meter bred, og et sivbelte på ca 5 meter. Det er etablert noen innretninger i sivbeltet, mens det er bygget to moloer og en slipp på stranden opp i sivbeltet. Den ene moloen fungerer samtidig

Side 1171

som feste for en hengebro ut til et skjær med et bade-/gjestehus. Arealet mellom huset og strandsonen består som nevnt av en gressplen med busker og store furutrær.

Av de kriterier som er oppstilt i første ledd første punktum har ankemotpartene gjort gjeldende at strandsonen er en del av "hustomt" eller "dyrket mark".

I innstilling med utkast til Lov om friluftslivet m v, avgitt september 1954, hadde komitéen i sitt lovutkast definert inn- og utmark på en annen måte enn den departementet valgte i sitt lovframlegg, som svarer til den definisjon vi finner i lovens § 1a. I komitéens utkast var utmark definert som udyrket mark som ikke er inngjerdet som hage eller park. Etter departementets syn kunne imidlertid hage og park bare i en viss utstrekning regnes som innmark, og departementet understreker videre at det ikke burde legges for stor vekt ved avgjørelsen på om stykket er inngjerdet eller ikke, se Ot.prp.nr.2 (1957) Om lov om friluftslivet, side 23.

Ankemotpartene har anført at hustomt benyttes i annen lovgivning og der anses som synonymt med hele eiendommen, jf f eks innløsningsregelen i tomtfesteloven av 30 mai 1975 nr 20 § 10. Uttrykket hustomt er ikke noe entydig juridisk begrep, og må derfor etter mitt syn fortolkes i den sammenheng det blir benyttet. Dette fremgår også av Friluftsløvkomiteéns innstilling side 57. Slik jeg ser det, vil det være i strid med friluftsløven grunntanke å anse en eiendom med et areal på 13 379 m² som hustomt i sin helhet. Stilt overfor de interesser som ferdselsretten representerer, må uttrykket hustomt begrenses til den mer private sonen rundt bolighuset.

Selv om strandsonen slik den i dag fremtrer, er preget av ankemotpartenes rydding og annen arbeidsinnsats, fører det etter mitt syn ikke til at området kan rubriseres som "dyrket mark". Dette uttrykk tar sikte på utnyttelse av markens produktive evne.

Før jeg drøfter sekkebestemmelsen i første ledd første punktum, finner jeg grunn til å undersøke om bestemmelsene i § 1a første ledd 2. og 3. punktum kan føre til at vårt område må anses som innmark.

Etter sin ordlyd er det vanskelig å se at bestemmelsen i annet punktum skulle kunne få anvendelse i vår sak. Med den utforming loven fikk, og som i forhold til Friluftsløvkomiteéns forslag begrenser seg til å gjelde en utvidelse av "dyrket mark eller engslått" med tilliggende mindre grunnstykker, kan jeg ikke se at bestemmelsen får anvendelse på boligeiendommer med tilliggende strandområder.

I 3. punktum er det gitt anvisning på en interesseavveining, tilsvarende den som skal foretas etter sekkebestemmelsen i første punktum, ved avgjørelsen av om "område for industrielt eller annet særlig øyemed" er innmark eller utmark. I motivene til denne bestemmelse heter det i komitéinnstillingen på side 57, som ankemotpartene har pekt på:

"Bestemmelsen Den kan også tenkes anvendt på områder som eieren har innredet for ganske andre formål, for eksempel til badeplass, lekeplass for sine barn eller lignende. Har han her gjort konkrete foranstaltninger som naturlig medfører at man kan tale om et "særlig øyemed" i lovens forstand bør han til en viss grad være spart for inntrengen av uvedkommende. Men hvor langt man skal

Side 1172

gå i retning av å beskytte ham må bli gjenstand for en vurdering. Så vidt strenge vilkår som loven i den foreslåtte form setter, skal det sikkert atskillig til for at det her kan gjøres gjeldende en eksklusiv rådighet. Dette er etter komitéens mening nødvendig for at det ikke i praksis skal bli for lett å treffe arrangementer som stenger publikum ute."

Ettersom vurderingstemaet her er det samme som etter sekkebestemmelsen i 1. punktum, velger jeg å behandle dette spørsmål sammen med andre forhold som har vært trukket frem for å begrunne at strandsonen i dette tilfellet er innmark.

Når det så gjelder sekkebestemmelsen, gir proposisjonen side 23 anvisning på at den skjønnsmessige bedømmelsen skal finne sted etter lokale forhold i det enkelte tilfelle. Av det jeg har sitert foran fremgår at Friluftsløvskomitéen mente at lovutkastet etablerte en streng norm slik at det måtte kreves atskillig før noe ble godtatt til eksklusiv rådighet. Det skjønnsstema bestemmelsen anviser – utilbørlig fortrengsel for eier eller bruker – innebærer etter mitt syn at det må stilles høye krav for at noe med hjemmel i denne bestemmelse skal kunne rubriseres som innmark. Det må også forutsettes at det som skal vurderes opp mot ulempen for eieren, er en ferdselsrett som utøves i samsvar med lovens § 2 og § 11. Blir ferdselsretten utøvd i strid med dette, må eieren benytte de botemidler som loven gir anvisning på.

I vår sak har ankemotpartene pekt på en rekke forskjellige forhold som enkeltvis, og iallfall samlet, må føre til at den tålegrensen for eierne som følger av friluftsløvsloven § 1a, er nådd. Staten har på sin side trukket frem andre forhold som tilsier at så ikke er tilfelle. Jeg gjennomgår først de enkelte argumenter hver for seg, før jeg ser på om de samlet kan føre til at det kan anses å foreligge en ferdsel som vil være til utilbørlig fortrengsel for eier.

Det har i denne sak ikke vært reist spørsmål fra partene om sekkebestemmelsen i det hele tatt får anvendelse ved at strandsonen ikke kan betegnes som et område som likner de områder som er uttrykkelig nevnt i oppregningen. Etter min mening kan dette være noe tvilsomt, men etter prosedyren i saken lar jeg spørsmålet ligge.

Innledningsvis i min vurdering av sekkebestemmelsen finner jeg grunn til å reise spørsmål om hvilken betydning det har at området i vår sak har vært inngjerdet lenge. Gjerdet mot eiendommen "Ly" kan tidfestes til 1930-årene, og gjerdet mot naboeiendommen i syd – Sjøbakken Camping – iallfall til 1952, og det er ikke påvist noen ferdselsvei i strandsonen på eiendommen. I denne sammenheng kan det også være aktuelt å spørre om det har noen betydning at den bestemmelse som tidligere var tatt inn i friluftsløvsloven § 13 – som forpliktet eiere å fjerne blant annet uhjemlede stengsler innen en seks måneders frist etter lovens ikrafttreden – ikke er etterlevd. Spørsmålet er om en eier av et areal som ellers ville vært utmark, får en særlig rettsbeskyttelse mot allmennhetens ferdsel, fordi slik ferdsel tidligere ikke har vært utøvd. Etter min mening må man her ta utgangspunkt i at ferdselsretten har vært – og er – til stede så lenge et område rettslig sett er å anse som utmark. Manglende utøvelse av retten fører ikke til at den faller bort. Allemannsrettene er knyttet til utmark og ikke til faktisk utøvelse. Rettene vil således hele tiden ligge der latent. Tilsvarende fører etter

Side 1173

mitt syn inngjerding av det som ellers er utmark ikke i seg selv til at området går over fra utmark til innmark. Jeg viser på dette punkt til drøftelsen i Friluftsløvskomitéens innstilling side 8–9. Jeg finner også grunn til å understreke at jeg ikke kan se at en lite effektiv håndhevelse fra kommunens side av friluftsløvslovens regler har betydning her. Jeg peker på at det pålegg som tidligere var tatt inn i lovens § 13 siste ledd rettet seg mot grunnens eier eller bruker, og ikke stilte krav om offentlig håndhevelse.

Det har også vært reist spørsmål under prosedyren om det har noen betydning for ferdselsretten om et område på et tidligere tidspunkt ville ha vært bedømt som inn- eller utmark. Her mener jeg det er nødvendig å bygge på forholdene på det tidspunkt spørsmålet blir reist.

Faktiske endringer, f eks utbygging eller fraflytting, kan føre til at tidligere utmarksområder blir innmark og omvendt. Jeg ser heller ikke bort fra at vi i dag – i lys av den økte interesse for fritid og friluftaktiviteter – kan ha et noe annet syn på grensedragningen mellom inn- og utmark enn tidligere.

Staten har lagt avgjørende vekt på avstanden mellom bolighuset og strandsonen. Jeg er enig i at denne avstand tilsier at en ferdsel i strandsonen ikke vil være i utilbørlig grad sjenerende for eierne. Ankemotpartene har på sin side pekt på at strandsonen er det viktigste oppholdsstedet for eierne i sommersesongen, og at dette svekker betydningen av avstanden mellom bolighuset og strandsonen. Opplysningene i saken bekrefter at strandsonen nyttes sterkt av eierne. Jeg peker på at dette forhold stiller krav til den som vil utøve sin ferdselsrett, jf friluftsløven § 2 første ledd og § 11, men at det ikke endrer et utmarksområdes karakter.

Som tidligere nevnt har eierne en rekke installasjoner i strandsonen som moloer, båtslipp, utespiseplass, flaggstang m m. Jeg viser også til det som er gjengitt foran fra Friluftskomiteens innstilling i tilknytning til det som nå er tredje punktum i § 1a første ledd. Dette reiser spørsmål om innretninger av den art det her er tale om, kan føre til at områder som ellers ville ha vært utmark blir innmark. Jeg ser ikke bort fra at det i noen sammenhenger kan være hensiktsmessig å anse et område i tilknytning til en innretning som innmark. I vår sak kan jeg imidlertid vanskelig se at så er tilfelle. Dette gjelder også når utmarken – som i vår sak – blir liggende mellom arealer som er innmark. Når eierne selv oppholder seg ved de nevnte innretninger ligger det, som jeg har nevnt, i ferdselsrettens innhold at den som utøver ferdselsretten må ta hensyn til dette.

Det er blitt anført at en ferdselsrett har liten verdi ettersom strandsonen er vanskelig tilgjengelig fra naboeiendommene. Jeg kan ikke se at dette kan tillegges vekt i denne sammenheng, og viser til at det er påvist en passasjemulighet.

Det har vært pekt på eiernes dyrehold på eiendommen, og på behovet for å kunne innjerde dyrene ved hjelp av sjøen og gjerder ned i den. Da det her ikke er tale om ervervs-messig dyrehold, finner jeg at en ferdselsrett ved interesseavveiningen ikke vil kunne være til utilbørlig fortrensel for eier. For øvrig bemerker jeg at eventuelle stengsler i forbindelse med dyrehold vel regelmessig vil kunne utformes slik at ferdselsretten

Side 1174

has i behold. Jeg kommer også nedenfor tilbake til spørsmålet om de eksisterende gjerder kan være lovlige etter § 13.

Som tidligere nevnt er naboeiendommen i sør en campingplass. Det er gitt uttrykk for at dette kan føre til at ferdselsretten vil bli brukt mye. Jeg er ikke uenig i at høy utnyttelse kan være belastende for eierne, og etter omstendighetene til utilbørlig fortrensel av dem. Så lenge ferdselens omfang imidlertid er usikker, mener jeg ikke at dette forhold kan hensyntas i denne sammenheng. Slik jeg ser det, er dette et spørsmål som vil kunne rettferdiggjøre et stengsel etter lovens § 16, såfremt det viser seg at bruken av ferdselsretten blir særlig belastende. Tilsvarende gjelder det som har vært nevnt om fare for hærverk og tyveri. Jeg kommer tilbake til betydningen av lovens § 13 i forhold til campingplassen.

Lagmannsretten har vist til at allmennheten har tilgang til ferdsel i andre områder i nabolaget. Det er etter mitt syn ikke et relevant argument i vurderingen av om det konkrete område er innmark eller utmark. Tilsvarende gjelder det lagmannsretten uttaler om strandsonens størrelse i relasjon til eiendommens areal ellers.

Endelig er det blitt pekt på at en ferdselsrett etter friluftsløven i strandsonen på eiendommen vil påvirke dennes verdi negativt. Til dette er å si at vi står overfor en allemannsrett som påhviler all utmark i Norge, og som har vært til stede meget lenge. Jeg viser for øvrig til den erstatningsmessige situasjon ved rådighetsinnskrenkende vedtak etter plan- og bygnings- eller naturfredningslovgivningen.

Jeg har ovenfor gjennomgått de ulike forhold som er blitt trukket frem enkeltvis. Som nevnt vil jeg også vurdere dem samlet for å undersøke om summen av disse forhold kan medføre at ferdselen blir til "utilbørlig fortrensel" for eierne. På tross av de innretninger eierne har i strandsonen, medfører etter mitt syn avstanden mellom bolighuset og strandsonen at så ikke er tilfelle. Mitt standpunkt er således at strandsonen er utmark og at det der foreligger en ferdselsrett etter § 2 første ledd.

Etter lovens § 13 kan et stengsel som vanskeliggjør ferdsel som er tillatt etter loven, ikke bli stående "medmindre det tjener hans berettigete interesser og ikke er til utilbørlig fortrenghet for almenhetens ferdsel". Vurderingstemaet er snudd i forhold til § 1a, men jeg finner det likevel vanskelig å si at de samme faktiske forhold nå skal kunne berettig eierens interesse i å ha et stengsel stående og ikke være til utilbørlig fortrenghet for ferdselsretten. Etter mitt syn må paragrafen dels ta sikte på en annen faktisk situasjon, og under enhver omstendighet må lovligheten begrunnes i andre faktiske forhold enn de som er vurdert etter § 1a.

I drøftelsen foran henviste jeg imidlertid spørsmålene om det forhold at gjerdet i sør grenser mot en campingplass og betydningen av eiernes dyrehold til en vurdering etter § 13.

Lagmannsretten uttaler på dette punkt:

"Når det gjelder gjerdet mot Sjøbakken Camping legger lagmannsretten til grunn at noe av formålet med gjerdet må være å hindre gjester fra campingplassen å benytte stranden på Furumoe til bading og soling. Lagmannsretten kan

Side 1175

ikke se at det skulle være noe "sjikanøst" i et slikt stengsel som finnes helt rettmessig. Det er nettopp for å hindre en ulovlig ferdsel at gjerdene er satt opp, og friluftsløven § 13 kan da ikke påberopes som hjemmel for å kreve gjerdene fjernet."

I motsetning til lagmannsretten har jeg funnet denne ferdsel lovlig.

Slik jeg ser det er den primære funksjon med gjerdet i strandsonen mot campingplassen å hindre ferdselen. Gjerdet kan imidlertid også tjene til å holde dyr på ankemotpartenes eiendom inne på denne. Jeg er på dette punkt kommet til at avgjørende vekt må legges på at gjerdet vil være til utilbørlig fortrenghet for ferdselen. Skulle det vise seg at ferdselsretten blir særlig belastende, må eieren søke etablert en lovlig sperring etter § 16 mot campingplassen. Likeledes mener jeg at eierne av hensyn til sitt dyrehold vil kunne etablere stengsler som er slik utformet at det er mulig å holde dyrene på eiendommen samtidig som stengslet tilgodeser utøvelsen av ferdselsretten.

På bakgrunn av prosedyren for Høyesterett finner jeg grunn til å understreke at jeg ikke kan se at det i vårt tilfelle vil være hjemmel for allmennheten til å bade fra eller raste på stranden på Furumoa, jf lovens § 8 og § 9. Jeg viser til at eiendommen er bebodd året rundt. Jeg finner også grunn til å nevne at det etter mitt syn ikke vil være i strid med lovens § 13 om eierne orienterer om dette på egnet måte.

I NIFU-utvalgets vedtak som ble stadfestet ved fylkesmannens vedtak, er det fastsatt punkter, de såkalte knekkpunktene, som angir fra hvilke punkter gjerdene skal fjernes. Som nevnt foran har byretten i sine domspremisser lagt til grunn at disse punktene ligger i innmark ut fra det syn at hele gressplenen på eiendommen frem til sivbeltets begynnelse er innmark. Dette spørsmål har ikke vært gjenstand for prosedyre i Høyesterett i nevneverdig omfang, og jeg har ikke grunnlag for å si at påbudet går for langt på dette punkt.

Fylkesmannens vedtak av 28 juni 1995 er således gyldig.

Staten har ikke nedlagt påstand om saksomkostninger.

Jeg stemmer for denne dom:

Staten v/Miljøverndepartementet frifinnes.

Dommer Oftedal Broch: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

Dommer Aasland: Likeså.

Dommer Tjomsland: Likeså.

Justitiarius Smith: Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

Staten v/Miljøverndepartementet frifinnes.