

## UTJENLIGHETSVILKÅRET I JORDSKIFTELOVA § 3-2

- Rettstilstanden etter HR-2020-1910-A

### 1. Innledning

Høyesterett avsa 6. oktober 2020 dom<sup>1</sup> om utjenlighetsvilkåret i jordskiftelova<sup>2</sup> § 3-2 første ledd første punktum.<sup>3</sup> Bestemmelsen oppstiller et materielt grunnvilkår for jordskifte, og lyder slik:

«Jordskifteretten kan halde jordskifte etter §§ 3-4 til 3-10 dersom minst én eigedom eller bruksrett i jordskifteområdet er vanskeleg å bruke på tenleg måte etter tida og tilhøva.»

Før dommen var utjenlighet behandlet av Høyesterett i bare noen få saker. De fleste var avgjort etter skriftlig behandling og gjaldt konkrete tolkningsspørsmål.<sup>4</sup> Siden heller ikke lovgiver har villet problematisere det rettslige innholdet i § 3-2, har bestemmelsen blitt oppfattet som relativt innholdsløs fra et rettsanvendelsesperspektiv.<sup>5</sup>

Dommen gjør det klart at produksjonspotensialet i leiejord kan være et relevant hensyn ved utjenlighetsvurdering av landbrukseiendommer. Dette i likhet med andre innsatsfaktorer utenom eiendommen. Dommen gjør det også klart at det gjelder en viss terskel for å åpne jordskifte, og at plikten til å begrunne jordskifteavgjørelser omfatter rettsanvendelsen.

Dommen gjennomgås og drøftes i punkt 2 nedenfor. I punkt 3 redegjøres det deretter for de mest sentrale sidene ved utjenlighetsvilkåret i lys av de avklaringer som kom med dommen.

Avgjørelsen er konkret begrunnet, og Høyesterett griper ikke anledningen til å foreta mer grunnleggende avklaringer. Verken forholdet mellom eiendom og driftsenhet eller

---

<sup>1</sup> HR-2020-1910-A.

<sup>2</sup> Lov 24. mai 2019 nr. 18 om fastsetjing og endring av egedoms- og rettshøve på fast eigedom m.m. (jordskiftelova).

<sup>3</sup> Forfatteren prosederte saken for ankende part i Høyesterett.

<sup>4</sup> De mest sentrale avgjørelsene er Rt.1987.595 «Veirett», Rt.1990.148 «Beiterett», Rt.1995.1474 «Grus» og Rt.2000.1119 «Skrautvål sameige». Underrettspraksis er rikholdig. Av særlig relevans for spørsmålene i artikkelen kan det vises til følgende avgjørelser: RG.1988.488, LE-1990-00143, LE-1991-01198, JOHA-2002-5, LE-2002-24, JOFR-2009-6, JOEI-2013-9, LH-2003-14370, RG.2012.1373, JOGU-2013-10, LA-2014-22486, LA-2015-3510, LG-2016-111385, LH-2016-12047, LG-2017-86794, LG-2018-92830, JSTA-2018-172235, LA-2019-130958, LB2020-122376 og LB-2020-124808.

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 56 (1978–1979) side 79 og NOU 1976: 50 side 95 understreker at utjenlighet er et «skjønsspørsmål» hvor jordskifterettens vurdering blir «avgjørende for om eit krav om jordskifte blir fremma».

jordskiftemyndighet og ekspropriasjonsmyndighet drøftes i dommen. Høyesterett gjør heller ingen konsekvensvurdering av at resultatet skal kunne anvendes også i urbane strøk, og plasserer i avsnitt 34 og 45 de prinsipielle spørsmålene som lovgiveroppgaver. I punkt 4 nedenfor gjennomgås de utfordringer det skaper for gjeldende rett at Høyesterett ikke tar stilling til disse spørsmålene, og i stedet henviser dem til lovgivning.

Snart 200 års jordskiftelovgivning viser dessuten at heller ikke lovgiver utviser særlig vilje til å utrede grunnleggende hjemmelsspørsmål. Dette til tross for at vi har å gjøre med et rettsområde hvor staten treffer avgjørelser som kan oppfattes som en «temmelig voldsom indgripen i de private eiendomsforhold».<sup>6</sup> Viktige rettssikkerhetsspørsmål faller dermed i et vakuum mellom to statsmakter som peker på hverandre. Dette gir i punkt 5 grunnlag for noen mer overordnede betraktninger om dagens jordskiftelovgivning.

## 2. Avgjørelsen

### 2.1 Saksforholdet og underinstansenes avgjørelser

Selv om domspremissene er knappe, går Høyesterett i HR-2020-1910-A lenger enn før i å ta stilling til det rettslige innholdet i utjenlighetsvilkåret. Dommen antas av den grunn å bli sentral ved fortolkning av bestemmelsen. Utjenlighetsvilkåret er dessuten utpreget skjønnsmessig, og dommen er trolig et grensetilfelle i flere relasjoner. Det er derfor nødvendig innledningsvis å gjøre relativt grundig rede for saksforholdet.

Saken gjaldt to landbrukseiendommer i Møre og Romsdal som grenset til hverandre og sjøen. Gårdbrukeren som gjorde gjeldende utjenlighet, eide selv bare 103 dekar fulldyrket jord. Han disponerte dessuten ytterligere 350 dekar gjennom en rekke jordleieavtaler. Avtalene var alle på under ti år og med ett unntak muntlige. Leiejorda lå i sin helhet utenfor jordskifteområdet.<sup>7</sup>

Gården drev kjøttproduksjon med ammekyr og hadde spredeareal på egen grunn for inntil 25 kyr.<sup>8</sup> Dersom leiejorda ble regnet med, økte spredearealet til mer enn det firedoble, noe som ga grunnlag for i overkant av 100 kyr.

Eieren ønsket gården som heltidsyrke. Siden driftsbygningen bare hadde plass til 30 kyr, måtte den utvides. Det var mulig å utvide på egen grunn, men fjøset lå nær nabogrensen, og

---

<sup>6</sup> Jf. Ot.prp. nr. 1 for 1915 side 46 andre spalte og Austenå (1997) side 69 første spalte.

<sup>7</sup> Jf. jordskiftelova § 1-3 første ledd bokstav a, jf. bl.a. §§ 3-2 andre ledd og 3-24 i.f.

<sup>8</sup> Jf. forskrift 4. juli 2003 nr. 951 om gjødselvarer mv. av organisk opphav § 24 nr. 1 andre avsnitt og vedlegg 2.

en forlengelse inn på naboeiendommen var det foretrukne alternativ. I mangel av reguleringsplan og alminnelig ekspropriasjonshjemmel til landbruksformål<sup>9</sup> begjærte gårdbrukeren jordskifte for å erverve byggegrunn gjennom et makebytte.

Både jordskifteretten og lagmannsretten fant rekvirentens behov tilstrekkelige til å konstatere utjenlighet etter jordskiftelova § 3-2. Jordskifteretten la vesentlig vekt på bygnings- og innredningsmessig utjenlighet.<sup>10</sup> Lagmannsretten viste til at leiejord var blitt så utbredt at det var vanskelig å se bort fra den ved utjenlighetsvurderingen.<sup>11</sup> Det var slik lagmannsretten så det unaturlig å skille mellom behov som kom fra gårdens egne eiendommer, og de som kom fra leiejorda. Det avgjørende måtte være å legge til rette for at gårdens driftssenter kunne utvikles rasjonelt med «tida og tilhøva».

Begge underinstanser fant alternativet med å bygge inn på naboeiendommen som det mest tjenlige, blant annet fordi det ville gi et rett og sammenhengende fôrbrett og noe flatere byggegrunn. Dette utbyggingsalternativet lå ifølge lagmannsretten innenfor det en normalisert eier ville ha valgt.

Jordskifteløsningen ble i lagmannsretten et arealbytte etter jordskiftelova § 3-4 på i overkant av et halvt dekar, med arealer av samme bonitet og uten noe mellomliggende pengevederlag. Løsningen medførte at det som før jordskiftet var en rett eiendomsgrense mellom to bruk, ble gitt en eiendomsutforming som retten vurderte som tjenlig for den planlagte utvidelse av driftsbygningen.

Ingen av underinstansene fant at naboeiendommen ble påført noe tap etter jordskiftelova § 3-18, og begge instanser kom til at løsningen også ga en netto skiftegevinst etter jordskiftelova § 3-3. Alle materielle grunnvilkår for jordskifte var dermed oppfylt.

## 2.2 Nærmere om jordleie

Partene hadde for Høyesterett innhentet statistikk fra Statistisk sentralbyrå som viste at 45 % av alt landbruksareal i Norge i 2018 var leiejord.<sup>12</sup> I Møre og Romsdal lå andelen leiejord noe over landsgjennomsnittet, og i den aktuelle kommunen på ca. 65 %.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Jf. lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom (oreigningslova) § 2.

<sup>10</sup> Se JMOL-2017-49804.

<sup>11</sup> Se LF-2019-43264.

<sup>12</sup> Se <https://www.ssb.no/jord-skog-jakt-og-fiskeri/artikler-og-publikasjoner/landbruk-i-hele-landet>.

<sup>13</sup> Tallene ble innhentet fra kommunen og er basert på oppgitte arealer i søknader om arealtilskudd.

Andelen leiejord i Norge har for øvrig vært økende i mange år, og to av tre norske gårder har i dag leiejord som tilleggsressurs.<sup>14</sup> Jordleie spiller derfor utvilsomt en stadig viktigere rolle i det moderne norske landbruket.

Jordskifte for å bøte på uhensiktsmessige leiejordstrukturer mv. reiser egne spørsmål.<sup>15</sup> Saken for Høyesterett gjaldt imidlertid ikke utjenlig leiejord, men utjenlighet på egen jord som følge av de behov som sprang ut av at eieren også drev med utstrakt jordleie.

### 2.3 Saksforberedelsen for Høyesterett

Avgjørelsen ble anket til Høyesterett for rettsanvendelsen og saksbehandlingen etter jordskiftelova §§ 3-2 og 3-18. Saksbehandlingsanken gjaldt lagmannsrettens begrunnelse.

Det ble for Høyesterett gjort gjeldende fire anførsler til lagmannsrettens anvendelse av § 3-2: at verken leiejorda eller gårdens utvidelsesbehov alene kunne være tilstrekkelig til å fremme jordskifte, at loven stiller et kvalifisert krav til utjenlighet, og at lagmannsretten hadde fremmet jordskiftesak om det som i realiteten var et ekspropriasjonsinngrep.

Ankeutvalget henviste anken bare for § 3-2.<sup>16</sup> Ankeforhandlingene ble dermed begrenset til vilkårene for å fremme jordskifte. Siden jordskifteløsningen ikke var henvist, ble det for Høyesterett ikke anledning til å gå inn på tapsgarantien eller inngreps- og erstatningsvernet etter den konstitusjonelle tingsretten.

Dersom også jordskiftelova § 3-18 hadde blitt henvist til behandling, kunne saken gitt opphav til anførsler om at hjemmelen i jordskiftelova § 3-4, jf. § 3-1 flg., verken er tilstrekkelig presis eller demokratisk vurdert til å hjemle et inngrep som i realiteten er ekspropriasjon, jf. EMK P1-1<sup>17</sup> og Grunnloven § 113. Også erstatningsvernet etter EMK P1-1 og Grunnloven § 105 kunne da i prinsippet blitt påberopt, men de konkrete forhold i saken tilsa at det neppe ville ført frem.

### 2.4 Gjennomgang og drøftelse av de materielle spørsmålene i dommen

Høyesterett kom enstemmig til at lagmannsrettens rettsanvendelse var korrekt.

---

<sup>14</sup> Se <https://www.ssb.no/jord-skog-jakt-og-fiskeri/artikler-og-publikasjoner/nesten-ikke-til-a-kenne-igjen>.

<sup>15</sup> Disse spørsmålene er behandlet i Elvestad/Sky (2021), side 222 flg.

<sup>16</sup> Jf. HR-2020-849-U.

<sup>17</sup> Jf. protokoll 20. mars 1952 til konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 artikkel 1.

Førstvoterende gjør det i avsnitt 22 klart at samtlige av sakens anførsler kunne prøves.<sup>18</sup> Dersom det noen gang har vært tvilsomt, er det dermed avklart at utjenlighet også har et rettslig innhold.

Ankende parts fire anførsler var i dommens andre avsnitt før dette blitt komprimert til to tolkningsspørsmål: For det første om man ved utjenlighetsvurderingen «kan ta hensyn til ressursgrunnlag som eieren henter fra leide arealer». For det andre om det «gjelder en terskel for hvor utjenlig dagens eiendom må være, før det kan åpnes jordskifte». Anførselene om den generelle relevansen av virksomhetenes behov og forholdet til ekspropriasjonsretten blir plassert som lovgiveroppgaver.<sup>19</sup>

Det første tolkningsspørsmålet – relevansen av leiejord – drøftes i avsnitt 23 flg. i dommen. Høyesterett slår fast at objekt for utjenlighetsvurdering er selveid eiendom på ett eller flere bruksnumre på samme eiers hånd. Også visse varige bruksretter er omfattet, men ikke korte jordleieavtaler. Dette var sikker rett også før dommen.

Det springende punkt var om ressursgrunnlaget i gårdens tilgjengelige leiejord kan begrunne utjenlighet for gårdens egne eiendommer. Høyesterett besvarer dette bekreftende. Avgjørende synes å være at forarbeidene åpner for å bygge på «så mangt at det er best å overlate det til ei konkret vurdering i retten». Loven er derfor, slik Høyesterett ser det, ikke til hinder for å legge vekt på «virksomhetsbehov som skyldes tilførsel av innsatsfaktorer fra kilder utover den eide jorden selv, typisk fra leiejord».<sup>20</sup> Høyesterett fremhever også «tida og tilhøva» og at leiejord mange steder «er vanlig i landbruket».

At lovgiver ikke har inkludert leiejord i lovens driftsenhet,<sup>21</sup> tillegges ikke avgjørende betydning, under henvisning til at dette ved lovendringen i 1998 knyttet seg til jordskifteløsningen, og ikke til vilkårene for å fremme jordskifte.<sup>22</sup>

Regjeringen hadde pekt på utfordringene knyttet til økende leiejord også i forkant av dagens jordskiftelov.<sup>23</sup> Spørsmålet ble imidlertid viet liten oppmerksomhet under selve lovarbeidet, og munnet

---

<sup>18</sup> Jf. jordskiftelova § 8-13 som begrenser Høyesteretts prøvelsesrett til rettsbruken og saksbehandlingen.

<sup>19</sup> Se avsnitt 34 og 45 i dommen.

<sup>20</sup> Jf. avsnitt 30 flg. i dommen med henvisning til prop. 101 L (2012-2013) side 125.

<sup>21</sup> Loven inneholder ingen definisjon av begrepet driftsenhet, men det følger av Prop. 101 L (2012-2013) side 46 andre spalte at det er den selveide eiendommen som i jordskiftelova utgjør driftsenheten, jf. punkt 3.2 nedenfor.

<sup>22</sup> Jf. avsnitt 30 i dommen.

<sup>23</sup> Meld. St. nr. 9 (2011-2012) side 269 flg.

ut i en kortfattet bestemmelse i jordskiftelova § 3-24, med en ordlyd som er nesten identisk med de tilsvarende bestemmelsene i jordskiftelova 1950<sup>24</sup> § 46 og jordskiftelova 1979<sup>25</sup> § 32.

Det er etter dommen klart at eieren av en ellers tjenlig eiendom kan påberope behov som springer ut av leid tilleggsjord som grunnlag for utjenlighet. Loven åpner med andre ord for å leie seg til utjenlighet. Domspremissene etterlater for øvrig ubesvart hvor fast og varig et leieforhold må være for å kunne begrunne et jordskifte. Saken gjaldt muntlige og korte avtaler utenfor jordskifteområdet, så kravene kan ikke være særlig strenge.<sup>26</sup> Dersom både jordeier og jordleier påberoper samme jordstykke, synes Høyesterett å forutsette at dette må avklares ved utforming av jordskifteløsningen etter jordskiftelova § 3-24.

Høyesterett åpner i dommen også for å legge vekt på andre virksomhetsbehov enn de som springer ut av leiejord. Når og hvordan øvrige eksterne ressurser kan komme i betraktning, sier retten imidlertid ikke noe nærmere om i dommen, verken for landbrukets del eller på generelt grunnlag. Retten nøyer seg med å konstatere at adgangen til jordskifte vil bli for snever dersom «bare eiendommens egne ressurser kan tas i betraktning ved tjenlighetsvurderingen».

For landbrukets del var det antakelig allerede før dommen på det rene at utjenlighet kunne begrunnes også i behov som sprang ut av klassiske tinglige rettigheter som lå til en eiendom, i alle fall så lenge utjenligheten materialiserer seg i den eiendom mv. som er objekt for utjenlighetsvurderingen. I tillegg kommer nå altså også produksjonspotensialet i leiejorda i betraktning, samt eventuelle rettigheter som måtte ligge i jordleieavtalene.

Utenom landbruket synes det på dette punkt vanskelig å gi dommen stor rekkevidde, siden domspremissene er så nær knyttet til sakens landbrukseiendom uten samtidig å være tuftet på mer allmenne rettsnormer. Se mer om dette i punkt 4.2 nedenfor. Det som derimot synes på det rene, er at det også utenom landbruket av konsekvenshensyn må kunne gjøres gjeldende behov som bygger på obligatoriske og nokså kortfattede rettighetsforhold, gitt altså at behovene er relevante.

Det andre tolkningsspørsmålet – om det gjelder en terskel for å åpne jordskifte – gjennomgås av Høyesterett i avsnitt 37 flg. Lovens formulering «vanskeleg å bruke» tilsier, slik Høyesterett ser det, at «det stilles krav om en viss terskel» for når en eiendom kan regnes som

---

<sup>24</sup> Lov 22. desember 1950 nr. 2 om jordskifte o.a.

<sup>25</sup> Lov 21. desember 1979 nr. 77 om jordskifte o.a.

<sup>26</sup> En kortfattet oversikt over regelverket for leie og forpaktning av jordbruksarealer er gitt i Falkanger (2013) side 120 flg.

utjenlig. Den bærende begrunnelsen i avsnitt 41 er at bestemmelsen etter forarbeidene er ment å ha selvstendig betydning ved siden av jordskiftelova § 3-3.

Høyesterett gir i avsnitt 42 flg. uttrykk for at det ikke gjelder noen «høy terskel», og at «mange hensyn kan være relevante». Terskelen ligger vesentlig lavere enn at eiendommen ikke lenger kan nyttes på «regningssvarende» måte. Loven stiller heller ikke krav om bestemte bruksformål eller motiver. Det er tilstrekkelig med et «reelt og påviselig behov for å utnytte eiendommen på en måte som vanskeliggjøres av den nåværende eiendomsutformingen».

Terskelen formuleres med dette som en todelt skranke. Rekvirenten må for det første påvise et reelt behov, noe som er et relevanskrav. Utnyttelsen må dernest være vanskeliggjort av eiendomsutformingen, noe som er en omskriving av lovens krav om en tilstand («vanskeleg») til et mer dynamisk vurderingstema («vanskeligjøres»). Kravet blir dermed formulert som et slags motstykke til «mertjenlighetskravet» i jordskiftelova § 3-3, som er «terskelløs».

Siden Høyesterett likevel uttrykkelig uttaler at bestemmelsen har en innebygd terskel, må dette også legges til grunn. Noe mer enn et «bagatellunntak» kan det likevel ikke være snakk om, noe som bekreftes av de konkrete forholdene i saken. Det reelle og påviselige behovet i saken var korte og muntlige leieavtaler som verken oppfylte drivepliktbestemmelsene i jordlova, og derfor var ugyldige inter partes,<sup>27</sup> eller formalkravene til areal for gjødselspredning.<sup>28</sup> Utnyttelsen av leiejorda ble vanskeliggjort alene fordi en utvidelse på egen grunn ikke var den «enkleste og byggteknisk rimeligste løsningen». Den påberopte utjenligheten var med andre ord svært begrenset.

Samlet sett etterlater domspremissene for øvrig et inntrykk av at utjenlighetskjønnet fremdeles er svært fritt. Så lenge rekvirenten kan påvise et reelt behov, og begrunner kravet i utformingen av egen eiendom, ser utjenlighetsvurderingen ut til å være overlatt til jordskifterettens skjønn uten adgang til rettslig overprøving, i alle fall når det gjelder landbrukseiendommer. Inngrepsterskelen ligger med andre ord fremdeles vesentlig lavere enn det som gjelder for vedtak om eller samtykke til ekspropriasjon etter oreigningslova § 2 andre ledd, veglova<sup>29</sup> § 53 og andre hjemler for direkte ekspropriasjon.

---

<sup>27</sup> Se lov 12. mai 1995 nr. 23 om jord (jordlova) § 8.

<sup>28</sup> Jf. forskrift 4. juli 2003 nr. 951 om gjødselvarer mv. av organisk opphav § 24 nr. 1 i.f.

<sup>29</sup> Lov 21. juni 1963 nr. 23 om vegar (veglova).

Høyesterett unnlater i dommen for øvrig helt å komme inn på tidligere høyesterettspraksis, selv om i alle fall én av sakene hadde et temmelig sammenlignbart faktum.<sup>30</sup> Eldre avgjørelser har etter hvert blitt gamle, flere av dem er utvalgsavgjørelser, og avgjørelsene er dessuten etterfulgt av flere runder med lovgivning. Rettskildebruken til Høyesterett er derfor ikke overraskende.

## 2.5 Det prosessuelle spørsmål i dommen (begrunnelsesplikten)

Det fremgår ikke uttrykkelig av jordskiftelova § 6-24 femte ledd eller forarbeidene til dagens lov at begrunnelseskravet for jordskifteavgjørelser også omfatter rettsanvendelsen, slik det gjorde i § 17 første ledd bokstav e i den tilsvarende bestemmelsen i 1979-loven.

Det er derfor verdt å merke seg at Høyesterett i avsnitt 48 i dommen slår fast at rettsanvendelsen må begrunnes også etter dagens jordskiftelov, rett og slett fordi det er nødvendig for at Høyesterett skal kunne prøve «rettsbruken» slik det fremgår av jordskiftelova § 8-13, jf. § 8-1 tredje ledd.

Hva som nærmere bestemt ligger i begrunnelsesplikten, gjennomgås kort nedenfor i punkt 3.7.

## 3. Rettstilstanden etter dommen

### 3.1 Jordskiftelova § 3-2 som materielt grunnvilkår

I det følgende vil de mest sentrale spørsmålene knyttet til utjenlighetsvilkåret bli gjennomgått og drøftet i lys av dommen. Aller først plasseres utjenlighet som et materielt grunnvilkår for jordskifte.

Utjenlige eiendomsforhold<sup>31</sup> er ett av fire materielle grunnvilkår for saker etter jordskiftelova kapittel 3. De andre er kravene om tilgjengelige virkemidler i § 3-1, netto skiftegevinst i § 3-3 og tapsgarantien i § 3-18. Loven inneholder dessuten enkelte spesielle jordskiftevilkår som

---

<sup>30</sup> Se Rt.2000-1119 «Skrautvål sameige» hvor det også var behov for byggegrunn.

<sup>31</sup> Utjenlighetsvilkåret er behandlet av Bjerva (2016) side 56 flg., Reiten (2009) side 235 flg., Austenå/Øvstedal (2000) side 26 flg. og Christensen (1962) side 20 flg.



også er materielle. Disse prøves bare i saker hvor de er aktuelle, og anses derfor ikke som grunnvilkår, se f.eks. jordskiftelova § 3-17.<sup>32</sup>

At vilkårene er materielle, vil si at de stiller innholdsmessige krav til hvilke spørsmål som kan tas til behandling, og gir gjennom det også uttrykk for hva som er jordskifterettens særlige funksjon og samfunnsoppgave. De materielle vilkårene skiller seg fra lovens formelle jordskiftevilkår, som verneting, kravskompetanse mv.,<sup>33</sup> hvor det siste kan sammenlignes med kravet til rettslig interesse i sivile tvister. Sondringen mellom materielle og formelle krav er for øvrig særegen for jordskifteprosessen, og ga i det gamle rettsmiddelsystemet opphav til flere uklarheter.<sup>34</sup> Disse er nå langt på vei rettshistorie, selv om det fremdeles henger igjen noen mindre spørsmål.<sup>35</sup>

Dersom utjenlighetsvilkåret ikke er oppfylt, skal underrettene treffe avgjørelse om at jordskiftet nektes fremmet, jf. jordskiftelova § 6-23 tredje ledd bokstav a og HR-2019-2102-A avsnitt 96. Dersom jordskiftekravet ikke er begrunnet i behov som er relevante etter loven, kan det spørres om ikke avvisning av formelle grunner etter jordskiftelova § 6-23 andre ledd bokstav a vil være det korrekte. Saken faller da helt utenfor jordskiftelovas virkeområde, jf. domstoloven<sup>36</sup> § 36. Lovteksten og HR-2019-2102-A avsnitt 95 øver imidlertid en viss motstand mot avvisning i disse tilfellene, i alle fall i grensetilfellene. Avgjørelsesformen vil ha stor betydning for partenes kostnadsansvar, jf. jordskiftelova §§ 7-7 og 7-9, noe som tilsier forsiktighet for en domstol som er ment å være et «lavterskeltilbud».

Ved anke til Høyesterett må retten normalt nøye seg med stadfestelse eller opphevelse. Dersom det ikke gjenstår materielle vurderinger, kan imidlertid realitetsavgjørelse treffes også av Høyesterett.<sup>37</sup>

### 3.2 Objektet for utjenlighetsvurdering

For å kunne vurdere om en eiendom mv. er utjenlig, må det først bestemmes hva som skal være gjenstand for vurdering – nærmere bestemt objekt for utjenlighetsvurderingen. Dette behandles i det følgende.

---

<sup>32</sup> Jf. HR-2019-2102-A.

<sup>33</sup> Se jordskiftelova §§ 1-5 og 6-3.

<sup>34</sup> Se Aasmundtveit (2002) side 69 flg. for en utfyllende gjennomgang av dette.

<sup>35</sup> Se f.eks. jordskiftelova § 7-9 andre ledd om sakskostnader.

<sup>36</sup> Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven).

<sup>37</sup> Jf. HR-2019-2102-A avsnitt 94, Rt.1998.1389 side 1396 og Rt.2010-607 avsnitt 21.

Den primære enheten ved jordskifte er eiendommen.<sup>38</sup> Arealbytter kan derfor etter jordskiftelova §§ 3-2, jf. 3-4 og 1-5 bare kreves ved utjenlighet for en eller flere eiendommer, festeforhold eller evigvarende bruksretter til fast eiendom som ligger på samme eiers eller rettighetshavers hånd.

Også utjenlig anleggseiendom<sup>39</sup> må antas å kunne gi grunnlag for jordskifte, men derimot ikke umatrikulerte bygninger på fremmed grunn. Det er heller ikke grunnlag for jordskifte innad i bygninger.<sup>40</sup> I eierseksjonssameier åpner loven for jordskifte om utjenlige fellesarealer.<sup>41</sup> Tilsvarende må gjelde ved andre boformer.

Personlige og tidsavgrensede rettigheter i fast eiendom kan ikke underlegges selvstendig utjenlighetsvurdering. Loven åpner derfor ikke for å kreve jordskifte for å samle en spredt leiejordsstruktur eller for å omforme et utjenlig leiejordstykke etter krav fra jordleier. Slike rettigheter kan imidlertid være med på å definere behovet på den eiendom mv. som etter loven skal underlegges utjenlighetsvurdering. Her går det likevel utvilsomt et sted en grense for hva som er relevant, særlig når man beveger seg bort fra de klassiske landbrukseiendommene. Se nærmere om dette i punkt 4.2 nedenfor.

### 3.3 Om selve utjenlighetsvurderingen

Den eiendom mv. som er lovens objekt for vurdering, slik det er gjort rede for ovenfor i punkt 3.2, må etter jordskiftelova § 3-2 – for å begrunne jordskifte – være «vanskeleg å bruke på tenleg måte etter tida og tilhøva». Vilkåret ble utformet i 1979-loven til erstatning for det gamle «hopehavet» i 1950-loven, og dagens lov er ment å ha samme innhold som i 1979-loven.<sup>42</sup>

I det følgende behandles først vurderingstidspunkt og avgjørelsesform, dernest i hvilken utstrekning vurderingen er objektiv eller subjektiv, og hvilke hensyn som kan være relevante for ulike sakstyper. Avslutningsvis behandles spørsmålet hvorvidt loven oppstiller en minsteterskel for utjenlighet.

---

<sup>38</sup> Se Prop. 101 L (2012–2013) side 46 andre spalte med videre henvisninger.

<sup>39</sup> Jf. lov 17. juni 2005 nr. 101 om egedomsregistrering (matrikkellova) § 5 første ledd bokstav b.

<sup>40</sup> Se til illustrasjon Rt.2002.238.

<sup>41</sup> Se Aadland (2015).

<sup>42</sup> Jf. Prop. 101 L (2012–2013) side 156 første spalte.

Utjenlighet skal avgjøres etter forholdene slik de fremstår på vurderingstidspunktet<sup>43</sup>, og avgjørelsen skal innføres i rettsboka.<sup>44</sup> Dersom retten finner at vilkåret ikke er oppfylt, og ved tvist, treffes det formell jordskifteavgjørelse, jf. jordskiftelova § 6-23 tredje ledd bokstav a. Avgjørelsen kan settes til forhånds påanke,<sup>45</sup> men det gjøres visstnok ikke så ofte.

Utjenlighetsspørsmålet blir derfor gjerne ikke avgjort før også jordskifteløsningen foreligger.

Det har tradisjonelt vært antatt at vurderingen skal være objektiv.<sup>46</sup> Retten må i så fall se for seg en normalisert eier og vurdere om de oppgitte behov ligger innenfor det en slik eier ville ønsket. Det kan spørres hvor langt det er grunnlag for å opprettholde dette utgangspunkt etter HR-2020-1910-A. De korte leieavtalene i saken ga bare et øyeblikksbilde av hva som for denne eieren var utjenlig, og det er ikke gitt at en normalisert eier av 103 dekar ville ønsket å utvide driftsbygningen uten de personlige avtalene.

Gitt den store tilgangen på tilgjengelige leiearealer er dette likevel ikke opplagt. Med god og økende tilgang på leiejord kan det som formelt sett er kortsiktige leieavtaler, likevel gi uttrykk for mer varige eiendoms- og bruksforhold, som også en normalisert eier vil ønske å legge til grunn for sine planer og investeringer.

Høyesterett tar ikke eksplisitt stilling til forholdet mellom objektive og subjektive momenter. Lovens formål og forarbeider tilsier imidlertid at loven fremdeles primært er en lov for eiendommene, ikke eierne. Selv om subjektive forhold ser ut til å få økende gjenklang i teori og praksis, jf. blant annet Bærug (2009) og Lande (2011), lever nok den gamle tesen om at eieren bare er en hendelse i eiendommens liv, fremdeles videre, i alle fall som et utgangspunkt. Hva som er en normalisert eier, blir for øvrig langt mer utydelig ved jordskifter i urbane strøk, siden variasjonen mellom ulike virksomhetstyper og eiere her nærmest er ubegrenset. Også her kan det derfor være behov for et stykke godt lovgiverarbeid.

Utjenlighetsvurderingen vil for øvrig kunne variere med saks- og eiendomstype, og ligger som utgangspunkt til jordskifterettene som diskresjonære skjønn.<sup>47</sup> Vurderingen skal baseres på de behov rekvirenten tar opp i saken, jf. jordskiftelova § 3-2 andre ledd og § 6-2 tredje ledd i.f. En rekke ulike momenter kan være relevante, men forarbeidene understreker at det særlig

---

<sup>43</sup> Jf. jordskiftelova § 3-2 første ledd første punktum: «er vanskeleg».

<sup>44</sup> Jf. jordskiftelova § 6-4.

<sup>45</sup> Jf. jordskiftelova § 8-2.

<sup>46</sup> Se Prop. 101 L (2012–2013) side 161 om § 3-18 og Bjerva (2016) side 58.

<sup>47</sup> Jf. Ot.prp. 56 (1978–1979) i merknadene til § 1, Rt.1990.148 side 4, Rt.1995.1474 side 6 og HR-2020-1910-A forutsetningsvis.

er endringer i inntekter og utgifter og eiendommens verdi som definerer nytten.<sup>48</sup> Det er imidlertid verdt å merke seg at HR-2020-1910-A i avsnitt 31 fremhever mangfoldet av relevante hensyn. Så lenge behovet har tilknytning til fast eiendom, og dessuten er reelt og påviselig, er det derfor trolig få rettslige grenser for hva som kan være relevant.

Det reelle og påviselige problemet vil typisk gjelde arrondering eller organisering av den eiendom mv. som er objekt for utjenlighetsvurderingen. Fast forbundne bygninger og anlegg på eiendommen inngår etter HR-2020-1910-A utvilsomt i vurderingen, antakelig i motsetning til utstyrsparken og maskiner mv. som må anses tilknyttet virksomheten/eieren, og som derfor ikke er en innsatsfaktor produsert «på» eiendommen eller leiejorda, slik retten er inne på i avsnitt 33 i dommen. Hva som er en relevant innsatsfaktor, er likevel uklart etter dommen.

Rekvirentens behov må for øvrig ligge innenfor offentlige reguleringer og krav, men det er ikke noe i veien for å legge til grunn endret bruk dersom bruken fremstår som påregnelig for en normalisert eier. Det er herunder antakelig også anledning til å forutsette ny arealbruk dersom nødvendige tillatelser foreligger før avslutning av saken.<sup>49</sup>

Det har vært hevdet at loven ikke oppstiller noe kvalifisert krav til utjenlighet: Dersom et jordskifte ga skiftegevinst etter § 3-3, var vilkåret oppfylt. Dette var bakgrunnen for at vilkåret var foreslått opphevet som overflødig av arbeidsgruppen som utarbeidet lovutkastet til dagens lov. Vilkaeret ble imidlertid opprettholdt i proposisjonen, og ble vedtatt som et selvstendig vilkår i loven.<sup>50</sup> Vilkaerets selvstendighet understrekes også av Høyesterett i HR-2020-1910-A, som i avsnitt 38 slår fast at bestemmelsen oppstiller «en viss terskel». Også overskriftene i jordskiftelova §§ 3-1 og 3-2, og ordlyden «vanskeleg» i § 3-2, tilsier at det gjelder en terskel.

Det som kreves, er ifølge avsnitt 44 i ovennevnte dom et «reelt og påviselig behov for å utnytte eiendommen på en måte som vanskeliggjøres av den nåværende eiendomsutformingen». Om dette er noe særlig mer enn et relevanskrav er imidlertid tvilsomt, jf. betraktningene ovenfor i punkt 2.4. Det er i alle fall neppe grunnlag for å trekke dommen lenger enn til at den oppstiller et unntak for bagateller.

---

<sup>48</sup> Jf. Prop. 101 L (2012–2013) side 46 andre spalte.

<sup>49</sup> Se her Bjerva (2016) side 58.

<sup>50</sup> Prop. 101 L (2012–2013) side 124–125.

### 3.4 Utjenlighetsvurderingen ved eiendom som inngår i flere driftsenheter

Ett og samme jordstykke kan inngå som en ressurs i flere driftsenheter, typisk ved jordleie og samdrift. Det vil i disse tilfellene kunne være mer enn én part som kan vise til behov som springer ut av samme jord. Uten et avklart forhold til grunnbegreper som eiendom og driftsenhet er det da vanskelig å oppstille konsekvente retningslinjer for hvem som skal tilordnes jorda ved utjenlighetsvurderingen. Spørsmålet kan f.eks. bli satt på spissen dersom jordleier ber om makeskifte av en parsell til utbygging som eieren ønsker å drive etter utløpet av leieperioden.

Jordskifterettslige grunnbegreper er i liten grad behandlet i lovens forarbeider,<sup>51</sup> og loven selv er helt taus om betydningen av partenes driftsenheter. Heller ikke teorien har underlagt grunnbegrepene noen inngående analyse,<sup>52</sup> og Høyesterett gjør ingen forsøk på avklaringer i HR-2020-1910-A. Retten nøyer seg med å konstatere at «tida og tilhøva», i kombinasjon med konkrete uttalelser i forarbeidene, tilsier at leier kan påberope behov som springer ut av leiejorda. At også eieren må kunne begrunne jordskifte med det samme jordstykket, synes opplagt. Også behov som springer ut av eiendommer i samdrift, må av konsekvenshensyn kunne trekkes inn av alle eierne.

Konsekvensen blir dermed at loven har få grenser, og at flere (alle) som har en relevant tilknytning til en eiendom, kan påberope denne så lenge man kan vise til et konkret og reelt behov for jordskifte begrunnet i behov som springer ut av det aktuelle jordstykket.

De avgrensingsproblemer og motsetningsforhold som dermed oppstår, blir med det henvist til jordskifteløsningen etter § 3-24, hvor eieren normalt vil ha «forrang» slik denne bestemmelsen er formulert.

### 3.5 Utjenlighetskjønnet og domstolenes prøvelsesrett

Lagmannsretten har ved anke over jordskifteavgjørelser full prøvelsesrett, jf. jordskiftelova § 8-10 første ledd. Spørsmålet om prøvelsesrett settes derfor først på spissen ved anke til Høyesterett. Spesielt for jordskifteprosessen er at også lagmannsretten normalt settes med

---

<sup>51</sup> Arbeidsgruppen som september 1995 fremla en rapport om jordskifteverkets fremtidige arbeidsoppgaver, problematiserer jordskifterettslig driftsenhetsutforming nokså inngående på side 26 flg. Rapporten ble imidlertid i liten grad fulgt opp i den påfølgende lovgivningsprosessen.

<sup>52</sup> Se Bjerva (2012) side 4 om lovgivers og teoriens manglende analyse av eiendomsbegrepet.

jordskiftelagdommer og jordskiftemeddommere,<sup>53</sup> og at både jordskifteretten og lagmannsretten selv prøver grensene for sin egen kompetanse, uten noen klageinstans eller alminnelig domstolsprøving slik tilfellet er ved forvaltningsavgjørelser.

Det er derfor først ved anke til Høyesterett at det finner sted reell rettslig prøving, og da bare i én instans, og bare for rettsanvendelsen og saksbehandlingen, jf. jordskiftelova § 8-13.

Bevisbedømmelsen og de skjønnsmessige sidene av subsumsjonen stopper i lagmannsretten. Ved videre anke må det trekkes grenser mellom faktum, skjønn og lovanvendelse, men verken jordskiftelova 1979 eller jordskiftelova 2013 er tydelige på i hvilken utstrekning utjenlighetsspørsmålet kan prøves rettslig, eller hva som er rettsgrunnlaget for skjønn og prøvelsesretten.

Forarbeidene til 1979-loven kunne leses slik at utjenlighetsspørsmål nærmest fullt ut var overlatt til jordskifterettens frie skjønn.<sup>54</sup> Høyesterett synes i eldre praksis likevel å forutsette at domstolene i alle fall skulle gjøre en lovlighetskontroll.<sup>55</sup> Høyesterettspraksis problematiserte imidlertid ikke rettsgrunnlaget eller grensene mellom juss, faktum og skjønn. Høyesterett gikk også unntaksvis nokså langt i å prøve subsumsjonen.<sup>56</sup> Gjeldende lov med forarbeider er på sin side helt uten avklaringer eller drøftelser av disse grunnleggende spørsmålene, og heller ikke HR-2020-1910-A tar stilling til selve prøvelsesretten. Spørsmålet om jordskifteskjønnets natur og grenser lever derfor videre.

Skjønn kan enten ses som et forvaltningsskjønn med en misbrukslære<sup>57</sup> eller som et diskresjonært domstolskjønn med tilsvarende grenser som ved overprøving etter skjønnsloven<sup>58</sup> § 38. Man kan også tenke seg en kombinasjon, hvor hensyn fra begge rettsområder er relevante.

Det mest nærliggende ved prøving av skjønn som utøves av en domstol, er antakelig å ta utgangspunkt i skjønnsloven § 38 og den praksis som foreligger etter denne bestemmelsen. Forarbeidene til dagens lov tilsier også at det er det rettssystematisk mest korrekte.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> Jf. jordskiftelova § 8-7, jf. domstoloven § 12.

<sup>54</sup> Jf. Ot.prp. nr. 56 (1978–1979) til § 1 andre avsnitt og NOU 1975: 50 til § 1 andre avsnitt.

<sup>55</sup> Jf. Rt.1990.148 «Beiterett» side 4 og Rt.1995.1474 «Grus» side 6.

<sup>56</sup> Jf. Rt.2000.1119 «Skrautvål sameige», som neppe lenger gir et korrekt uttrykk for prøvelsesretten.

<sup>57</sup> Slik Austenå (2000) side 325 og Aasmundtveit (2002) side 80. Begge åpner imidlertid for også å trekke inn skjønnsloven § 38.

<sup>58</sup> Lov 1. juni 1917 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven).

<sup>59</sup> Jf. Prop. 101 L (2012–2013) side 167–168.

Hva dette innebærer, er mer uklart. Praksis etter skjønnsloven er rikholdig, og gir veiledning et stykke på vei, men praksis må tilpasses særegenhetene i jordskiftelova. At relevans- og terskelspørsmål er lovtolkning, må være opplagt, men etter HR-2020-1910-A kan jordskifterettene trekke inn et mangfold av ulike hensyn uten at dette kan overprøves rettslig. Avveiningen av lovlige hensyn og prøvelsesintensiteten fremstår fremdeles som uavklart, men at skjønnsfriheten også her er betydelig, kan ikke lenger være tvilsomt.

### 3.6 Utjenlighet og sakskostnader

Jordskiftelovas sakskostnadsregler synes å forutsette at det normalt ikke skal være nødvendig med profesjonell bistand i spørsmål om utjenlighet eller andre vilkår for å fremme en jordskiftesak. Med mindre saken avvises av formelle grunner, kan det derfor ved tvist om utjenlighetsvilkåret ikke kreves sakskostnader til juridisk bistand eller sakkyndige, jf. jordskiftelova § 7-9, jf. § 7-6. Jordskiftekostnadene skal fordeles etter nytte, jf. § 7-6.

For Høyesterett gjelder imidlertid de vanlige sakskostnadsreglene, jf. HR- 2019-1152-A. Dersom kravet om jordskifte avvises av formelle grunner, kan dessuten sakskostnader og jordskiftekostnader kreves også for underinstansene, jf. jordskiftelova § 7-7 første ledd og § 7-9 andre ledd.

### 3.7 Jordskifterettens plikt til å begrunne jordskifteavgjørelser om utjenlighet

Jordskiftelova § 6-25 femte ledd bokstav c stiller krav om at retten skal gi «ei framstilling av dei tilhøva som har hatt mest å seie for avgjerda». Dette omfatter etter HR-2020-1910-A – slik det er vist ovenfor i punkt 2.5 – utvilsomt også rettsanvendelsen.

Hvor omfattende og inngående begrunnelsen må være, er derimot mer uklart. Spørsmålet er for jordskifteavgjørelser tilnærmet ukommentert både i lovforarbeider og teori til dagens lov. Det var heller ikke avsagt tidligere høyesterettsavgjørelser om dette etter jordskiftelova, og det var usikkert om kravet skilte seg fra begrunnelsesplikten for dommer. Denne usikkerheten lever videre også etter HR-2020-1910-A. Det var i saken gjort gjeldende at plikten var mindre omfattende enn for dommer, men dette unnlot Høyesterett å ta uttrykkelig stilling til, se avsnitt 48 og 49 i dommen.

Den betydelige skjønnsfrihet som er tillagt jordskifterettene, tilsier at det bør stilles visse minstekrav til begrunnelsene for avgjørelser om å fremme jordskifte, særlig ved tvist og ved begrunnelser for kontroversielle standpunkter, slik det har vært antatt i teorien etter eldre lovgivning.<sup>60</sup>

Sakens jordskifteavgjørelse var for øvrig grundig og godt begrunnet. At Høyesterett i avsnitt 49 ikke finner mangler ved begrunnelsen, behøver derfor ikke bety at kravet til begrunnelse er lempeligere enn det som gjelder for dommer.

#### 4. Lovgiveroppgavene

##### 4.1 Forholdet mellom jordskiftemyndighet og ekspropriasjonsmyndighet

To av ankende parts anførsler i HR-2020-1910-A ble ikke behandlet, fordi Høyesterett anså dem som lovgiveroppgaver.

Den første gjaldt forholdet til ekspropriasjonsretten. Om dette uttalte Høyesterett følgende i avsnitt 45 i dommen:

«Eventuelle avgrensingsproblemer mot virkeområdet for ekspropriasjonslovgivningen – som uansett ikke kommer på spissen i denne saken – må det etter mitt syn være en lovgiveroppgave å avklare, når rettskildesituasjonen er slik jeg har redegjort for. Vernet etter eiendomsretten i Grunnloven § 105 er naturligvis ikke påvirket av hvilken lovgivning som kommer til anvendelse.»

Grunnen til at Høyesterett ikke gikk nærmere inn på dette, kan ha vært at jordskifteløsningen i saken ikke påførte ankende part noe økonomisk tap. Anførselen gjaldt imidlertid lovvalget, og her avtegnet prinsippspørsmålene seg tydelig også i denne saken.

Hvorvidt saksforholdet i HR 2020-1910-A var av ekspropriasjonsrettslig natur eller ikke, er underordnet. Saken er imidlertid illustrerende, og skilte seg fra tradisjonelle arealbytter fordi den gjaldt et rent topartsforhold med tvist, fordi jordskifte var krevd utelukkende for å erverve byggegrunn, og fordi selve eiendommen ble mindre tjenlig etter jordskiftet enn før. Formålet var derfor ikke å forbedre arronderingen av grunnen, men å gi større nytte for eieren/virksomheten. Verken nabogården eller andre hadde noen nytte av saken, og rekvirenten hadde selv egnet byggegrunn.

---

<sup>60</sup> Se her Austenå (1997) side 77 og Austenå/Øvstedal (2000) side 142.



Saken var kanskje et grensetilfelle, men spørsmålene må antas å bli satt atskillig mer på spissen i fremtidige saker, særlig etter at loven nå gjelder «over alt», jf. jordskiftelova § 1-2. Før grensene blir nærmere avklart av enten Høyesterett eller lovgiver, er det vanskelig å se at det kan være rettskildemessig belegg for å gå særlig langt i å akseptere ekspropriasjonsliknende makebytter etter jordskiftelova.

Dette kan for det første begrunnes med at jordskifteretten som særdomstol må ha positiv lovhjemmel for alle beslutninger,<sup>61</sup> også for å åpne jordskifte.<sup>62</sup> Et tvungent tomteerverv faller innenfor kjerneområdet av ekspropriasjonsbegrepet i oreigningslova § 2, og Høyesterett har i HR-2019-1152-A «Kilen Syd» avsnitt 74 uttalt at «jordskifte i sin grunnleggende natur kan beskrives som en slags ekspropriasjon mot naturalerstatning». Norsk rett har med andre ord to former for ekspropriasjon – en mot vederlag i penger etter ekspropriasjonsrettslige regler,<sup>63</sup> og en mot vederlag i naturalier etter jordskiftelova.

To ekspropriasjonsformer er rettssystematisk og hjemmelsmessig i seg selv uproblematisk. Et slikt tosporet system forutsetter imidlertid en klar grense mellom jordskiftemyndighet og ekspropriasjonsmyndighet, særlig når vilkårene og saksbehandlingsreglene er så forskjellige som de er for de to ekspropriasjonsformene, slik det straks skal gjøres nærmere rede for. At alle saker om arealbytte ved tvist er tvangserverv, og at loven har åpnet for dette i 150 år, kan ikke være avgjørende. Et sted går det en grense mellom det å ta og det å ordne, og at jordskiftelova har regler om arealbytte, betyr ikke at det er tilstrekkelig forankret hos lovgiver at alle arealbyttesaker hører under jordskifte.

Det er dessuten viktige rettssikkerhetsmessige grunner til å skille mellom sakstypene. Saker som går etter ekspropriasjonsrettslige regler, gir klagerett, domstolsprøving og subjektiv erstatning, mens de mer summariske jordskifteregler gir mindre formell rettssikkerhet, og bare erstatning for eiendommens objektive tap. Det må et sted gå en grense etter gjeldende rett hvor jordskiftelovas hjemler ikke er tilstrekkelige, og hvor krav som er de facto ekspropriasjon, derfor ikke kan fremmes i jordskiftes former. Hvor denne grensen skal trekkes, vil måtte bero på hvor klart det har kommet til uttrykk i loven og forarbeidene at spørsmålet er demokratisk vurdert.

---

<sup>61</sup> Jf. domstolloven § 36 og Prop. 101 L (2012–2013) side 42 første spalte.

<sup>62</sup> Det er i eldre praksis dessuten slått fast at jordskiftelova ikke gir rom for å åpne jordskifte basert på formålsbetraktninger eller helhetsvurderinger, se HR-1995-135-B «Grus» side 7 og Rt.2002.238 side 4.

<sup>63</sup> Også ekspropriasjonsretten åpner for erstatning i naturalier, men det er ikke vanlig.

Hjemmelsspørsmålene ble demokratisk vurdert ved lovendringen i 2006 da urbant jordskifte ble innført som egen sakstype i jordskiftelova, til dels mot sterke innvendinger fra kompetent hold.<sup>64</sup> Det er derfor ikke tvilsomt at jordskiftedomstolene kan gå langt i tvunget arealbytte etter denne sakstypen. Det fremkommer derimot ingen steder av verken loven eller forarbeidene at de virkemidler som Stortinget stilte til rådighet for de urbane jordskiftene, også skulle gi «ekspropriasjonshjemmel» i ordinære jordskiftesaker. Her er den demokratiske forankringen fremdeles bare lovens vage formuleringer om utjenlighet etter «tida og tilhøva» fra 1979-loven, og som derfor vanskelig kan sies å være demokratisk vurdert mot alle typer tvangsserverv.

Grensene for å tvinge med den uvillige i et jordskifte er sparsommelig behandlet også i praksis, og heller ikke HR-2020-1910-A bringer altså klarhet. Noen bør derfor gjøre de påkrevde vurderinger av dette grunnleggende hjemmelsspørsmålet. Uten en nærmere avklaring av enten Høyesterett eller lovgiver synes det vanskelig å gi jordskiftelova utstrakt anvendelse som hjemmelsgrunnlag.

#### 4.2 Utjenlig virksomhet i urbane strøk

Det andre lovgiverspørsmålet gjaldt forholdet mellom jordskifte i henholdsvis urbane og rurale strøk, og da særlig betydningen av at virksomhetene i bymessige strøk ofte vil ha mindre tilknytning til de eiendommer de drives på, enn det som er tilfellet for landbruksvirksomheter.

Dersom man går for langt i å akseptere rene virksomhetsbehov som grunnlag for jordskifte, går man også utover kompetanseavgrensningene i lovens kapittel 2, 3 og 4. Jordskiftelova er en lov om bruks- og eierforhold, jf. jordskiftelova § 3-4 flg., § 4-1 første ledd mv., og kompetanseprofilen til jordskifterettene dekker ikke typiske drifts- og virksomhetsspørsmål, jf. HR-2019-2395-A avsnitt 39.

Hvis eksempelvis en fotballklubb rykker opp, med krav om større treningsfelt, eller en IT-bedrift anfører ren bedriftsøkonomi som grunnlag for arealutvidelse, flyttes utjenlighetsvurderingen bort fra jorda og over i virksomhetene. Det som tradisjonelt har vært

---

<sup>64</sup> Se Ot.prp. nr. 78 (2004–2005) side 11 og 16 (referat av mindretallets syn i den forutgående arbeidsgruppen), side 12 (Justisdepartementets høringsuttalelse) og side 14 (Advokatforeningens høringsuttalelse).

underliggende innsigelser om hvor grensen går før jordskiftesaken mv., kan da bli innsigelser om hvilke krav Fotballforbundet stiller til nye treningsfelt, og om de påberopte regnskapene er reelle, osv. Jordskifterettene vil ikke ha kjernekompetanse til å avklare eller avgjøre slike underliggende rettsforhold, og må stadig oppnevne meddommere med særlig kyndighet. Dersom eksemplene trekkes over i boliger, vil et hus uten veranda kunne makebytte seg inn i naboens hage fordi dette er på solsiden av huset, og dermed det mest tjenlige for en ny veranda. Det er ikke gitt at slike spørsmål hører hjemme i jordskifterettene.

Om disse spørsmålene uttaler Høyesterett følgende i avsnitt 34:

«For øvrig må det være en lovgiveroppgave å vurdere nærmere hvordan jordskifteinstituttet bør anvendes i urbane strøk.»

Dette standpunktet medfører at også forholdet mellom eiendommene og virksomhetene på dem forblir uavklart etter dommen, noe som tilsier forsiktighet med hensyn til å vektlegge virksomhetsbehov.

Før dette begrunnes nærmere, er det grunn til å understreke at det selvsagt ikke er mulig å vurdere en eiendom helt uavhengig av den privatøkonomiske virksomheten som drives på den. Loven krever da også at dette skal vektlegges, jf. jordskiftelova § 3-2 – «bruk av eiendommen» – og formålsbestemmelsen i jordskiftelova § 1-1. Økt inntjening kan for eksempel oppnås ved å rette ut eiendomsgrenser med sikte på bruk av større landbruksmaskiner, eller ved å gjøre en lang vei rundt låven kortere gjennom å arealbytte to «jordsnipper». Da optimaliseres også eiendommen.

Spørsmålet settes imidlertid på spissen når eieren av en velarrondert eiendom ønsker å utvide virksomheten helt løsrevet fra eiendommens behov. Det som har vært et spørsmål om bruk av eiendommen, blir da et spørsmål om bruken på eiendommen, noe som er mer perifert i en jordskiftelov som i alle fall til nå har hatt selve eiendommen som det primære objektet for utjenlighetsvurderingen, jf. punkt.3.2 ovenfor.

Siden dagens lov i hovedsak viderefører uendret de materielle vilkårene fra 1979-loven,<sup>65</sup> og disse spørsmålene den gang ikke ble underlagt noen egentlig vurdering, i alle fall ikke for

---

<sup>65</sup> Se Prop. 101 L (2012–2013) side 67.

jordskifte i byer, kan det spørres hvor langt loven i dag gir hjemmel for å legge vekt på rene virksomhetsbehov. Heller ikke da loven ved endringen i 2006 ble gitt uttrykkelig anvendelse «over alt», ble dette vurdert mer enn overfladisk, med en enkel henvisning i proposisjonen<sup>66</sup> til høyesterettssaken om «Skrautvål sameige» i Rt.2000.1119.<sup>67</sup> En demokratisk vurdering av de innholdsmessige sidene av dette spørsmålet gjenstår derfor.

En ytterligere innvending mot å gå for langt i å vektlegge virksomhetsbehov på rekvirentensiden er at det kan skape en urimelig ubalanse mellom sakens parter. Dette fordi tapsgarantien i jordskiftelova § 3-18 bare verner de øvrige parter eiendommer – og altså ikke virksomhetene deres, jf. at det er «eigedom» som etter bestemmelsen ikke skal påføres tap. Subjektive tap erstattes derfor ikke. Utenom urbane jordskifter har sakens øvrige parter heller ikke krav på del i nytten, noe som var grunnen til at det ble innført en egen erstatningsnorm for nettopp urbane jordskifter, jf. jordskiftelova § 3-32.<sup>68</sup> Å ta med virksomhetens behov bare på rekvirentensiden, uten samtidig å sikre sakens øvrige parter vern for subjektive tap og/eller del i skiftenytten, skaper dermed ubalanse.

For landbrukets del er det heller ikke gitt at jordskiftelova kan strekkes særlig langt for å ivareta bruksstrukturen. Jordskiftelova har tradisjonelt forholdt seg til eiendommene slik de er utlagt, og hatt som formål å gjøre disse mer tjenlige, ikke å skape nye eiendomsforhold. Bruksstrukturen i landbruket har vært jordlovas domene, jf. jordlova § 1.<sup>69</sup> Det som kan sies å være et slags underrettsprejudikat i LH-2003-14370 for at jordskiftelova ikke uten videre kan anvendes for å gi en eiendom en ressurs den ikke hadde fra før, taler også for forsiktighet.<sup>70</sup>

Også forholdet til urbane jordskifter og tiltaksjordskifter tilsier forsiktighet. Ved urbane jordskifter får alle del i nytten, og det foreligger en offentlig plan. Ved tiltaksjordskifter må rekvirenten ha ekspropriasjonshjemmel, det utmåles full ekspropriasjonserstatning, og rekvirenten bærer sakskostnadene, jf. jordskiftelova §§ 1-5, 5-1 og 7-6. I disse sakene er det nettopp videreutvikling som er poenget, jf. «vil bli» i jordskiftelova § 3-2 første ledd andre punktum. De berørte har ved urbane jordskifter og tiltaksjordskifter dermed et helt annet vern

---

<sup>66</sup> Jf. Ot.prp. nr. 78 (2004–2005) side 69.

<sup>67</sup> Dommen slo for første gang fast at jordskifteloven gjaldt for alle slags eiendommer uten hensyn til beliggenhet.

<sup>68</sup> Se Hauge (2016) side 320.

<sup>69</sup> Lov 12. mai 1995 nr. 23 om jord (jordlova).

<sup>70</sup> Se side 16 flg. Prinsippet er lagt til grunn også i LA-2015-3510, LG-2018-92830 og LG-2017-86794. Se også LG-2016-111385, LH 2016-12047 og JOHA-2002-5.

mot rekvirentens planer for virksomheten. Utenom disse sakstypene er det imidlertid betimelig å spørre om det er rom for å vektlegge rene virksomhetsbehov, eller om hjemlene i de to nevnte sakstypene snarere skal forstås antitetisk.<sup>71</sup>

Før enten Høyesterett eller lovgiver gjør en vurdering av disse grunnleggende hjemmelsspørsmålene, kan det av ovennevnte grunner ikke være hjemmel for å strekke jordskiftelova særlig langt i retning av å akseptere rene virksomhetsbehov som basis for lovens utjenlighetsvurderinger.

## 5. Avsluttende betraktninger

Gjennomgangen ovenfor av de spørsmål Høyesterett etterlot som lovgiveroppgaver, fører over i noen kritiske merknader til nettopp lovgivningen på jordskifteområdet.

Det synes å være et grunnfestet syn hos lovgiver at jordskifte er en hensiktsmessig måte å løse visse spørsmål knyttet til fast eiendom på. Stadig flere oppgaver har derfor gjennom årene blitt lagt til jordskifterettene.<sup>72</sup> At saksbehandlingen skjer i domstols former, er betryggende med tanke på formell rettssikkerhet.

Det domstolformen derimot ikke sikrer, er rettssikkerhet om materielle spørsmål. Som prejudikatdomstol hadde det derfor ikke vært overraskende om Høyesterett hadde gått mer prinsipielt til verks i HR-2020-1910-A. Domstolene er imidlertid ikke rigget til å gjøre tilstrekkelig helhetlige vurderinger i rekken av enkeltsaker. De materielle spørsmålene hører først og fremst under lovgiver, slik Høyesterett altså gir uttrykk for.

Behovet for rettslige rammer var kanskje ikke så stort frem til lovendringen i 2006. Jordskifte gjaldt da en relativt homogen gruppe av næringsdrivende som livnærte seg av ressursene i jorda. Det var gjerne også stor enighet om grunnleggende spørsmål.<sup>73</sup> Etter utvidelsen i 2006 ble bildet et annet. Jordskifte kunne da kreves av alt fra tradisjonelle landbruksvirksomheter til eiere av kryptovalutaforetak. Dette brakte virksomhetene mye tettere på utjenlighetsspørsmålet, samtidig som det fremdeles er lovens hovedformål å arrondere de underliggende arealer som virksomhetene drives på.

---

<sup>71</sup> Problemstillingen berøres av Nord (2009) på side 18 flg.

<sup>72</sup> Se Langnes (2009) side 93 flg. og Bachke (2009) side 138 flg. om den historiske utviklingen.

<sup>73</sup> Se Stenseth (2007) punkt 4.2.2.

Det gjenstår mange avklaringspunkter. Det er gjort rede for noen i punkt 4 ovenfor. En mer helhetlig gjennomgang av jordskifterettslige grunnbegreper vil kunne være formålstjenlig, i tillegg til at forholdet mellom subjektive og objektive momenter kan behøve en fornyet vurdering. I tillegg kommer spørsmålet om tapsgarantien i jordskiftelova § 3-18 gir full erstatning etter Grunnloven § 105/EMK P1-1 i utbyggingssaker som ikke følger reglene om urbane jordskifter eller tiltaksjordskifter. Hvorvidt jordskiftelovas saksbehandlingsregler gir tilstrekkelig rettssikkerhet i saker som i realiteten gjelder ekspropriasjon, bør også vurderes nærmere. Høringsinstansenes sterke innvendinger mot tvangsserverv i urbane strøk har dessuten fremdeles tyngde og fortjener et mer prinsipielt svar.

Det er imidlertid neppe grunn til særlig optimisme med tanke på at lovgiver vil gripe muligheten. Det har til nå vært overraskende liten oppmerksomhet i lovgivningen omkring grensene for jordskifterettens materielle kompetanse. Måten innvendingene fra kvalifisert hold ble behandlet på ved innføringen av urbant jordskifte, kan tjene til illustrasjon.<sup>74</sup> Innvendingene ble avvist med en henvisning til at ekspropriasjon «har et annet faktisk og rettslig utgangspunkt» enn jordskifte, og at enstemmighets- og flertallskravene i forslaget eliminerte tvangsaspektet, og i alle fall sikret «en betydelig grad av frihet».<sup>75</sup> I dagens lov ble de samme enstemmighets- og flertallskravene deretter opphevet, uten noen egentlig drøftelse av de innvendinger som i sin tid var blitt reist.<sup>76</sup> Betydelige inngrepshjemler ble dermed innført uten noen skikkelig demokratisk vurdering av grunnleggende innvendinger.

For å styrke legitimiteten til de gode jordskifteskjønner som daglig utøves i jordskifterettene, er det behov for tydeligere skjønnsrammer. Behovet er antakelig større på jordskifteområdet enn i annen lovgivning, nettopp fordi skjønnet forvaltes av ikke-jurister etter en spesialprosess uten alminnelig domstolskontroll. At i alle fall grensen mellom det å ta og det å ordne bør underlegges en forsvarlig demokratisk vurdering, burde være selvsagt.

Selv om jordskiftelova fremdeles bare er noen få år gammel,<sup>77</sup> fortjener den (fremdeles) en helhetlig gjennomgang med henblikk på rettslige grenser for jordskifterettens kompetanse. Det vil gi fornyet legitimitet til mer enn 150 års tradisjon for et sterkt faglig jordskifteverk i

---

<sup>74</sup> Se henvisningene i note 64. Se også Stenseth (2007) side 314 flg. som stiller spørsmål ved forarbeidenes begrunnelse, og som dessuten peker på flere betenkeligheter ved bestemmelsene.

<sup>75</sup> Jf. Ot.prp. nr. 78 (2004–2005) side 16 og 17.

<sup>76</sup> Departementets begrunnelse er at rettssikkerheten for de uvillige blir tilstrekkelig ivaretatt når sakstypen er bestemt i kommunal plan, se Prop. 101 L (2012–2013) side 86 og 87.

<sup>77</sup> Loven trådte i kraft 1. januar 2016.

domstols former. Spørsmålet er imidlertid om lovgiver vil erkjenne at en lov som bare har virket i seks år, på dette punktet er i utakt med tida og tilhøva.

## Litteratur

Austenå (1997), Austenå, Torger, Vilkårene for å kreve jordskifte, Ånd og rett, Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget

Austenå/Øvstedal (2000), Austenå, Torger mfl., Jordskifteloven med kommentarer, Universitetsforlaget

Bachke (2009), Bachke, Anton og Klepp, Sigurd, Trekk ved administrativ utvikling og lovgivning i perioden 1959-2009, i Ravna, Øyvind (red.), Perspektiver på jordskifte, Gyldendal Norsk Forlag

Bjerva (2012), Bjerva, Øystein Jakob, Jordskiftedomstolene i endring, Universitetet for miljø- og biovitenskap

Bjerva (2016), Bjerva, Øystein Jakob mfl., Jordskifteloven, Kommentartutgave, Universitetsforlaget

Bærug (2009), Bærug, Sølve, Subjektiv verdsetting av skiftenytte og tapsgaranti, i Ravna, Øyvind (red.), Perspektiver på jordskifte, Gyldendal Norsk Forlag

Christensen (1962), Christensen, Helge, Jordskifteloven med kommentarer, 2. utgave, H. Aschehoug & Co.

Elvestad/Sky (2021), Elvestad, Helén Elisabeth og Sky, Per Kåre, Jordleie, jordskifte og utradisjonelle arealbytter, i Elvestad, Helén Elisabeth, Sky, Per Kåre og Taubøll, Steinar (red.), Eigedom og juss Vol 1

Falkanger (2013), Falkanger, Thor, Landbruksrett, Universitetsforlaget

Hauge (2016), Hauge, Katrine Broch, Fallrettar og ekspropriasjonserstatning, Universitetsforlaget

Lande (2011), Lande, Kristine mfl., Behandling av private veger som jordskiftesak, i Kart og Plan 2011, side 192 flg.

Langnes (2009), Langnes, Mads, Frå utskiftningsvesen til jordskifterett – Jordskifterettane si historie frå 1800-talet og fram til i dag, i Ravna, Øyvind (red.), Perspektiver på jordskifte, Gyldendal Norsk Forlag

Nord (2009), Nord, Erik, Jordskifte i byer og tettsteder, i Ravna, Øyvind (red.), Perspektiver på jordskifte, Gyldendal Norsk Forlag

Reiten (2009), Reiten, Magne, Avgjerd om fremme av jordskiftesak, i Ravna, Øyvind (red), Perspektiver på jordskifte, Gyldendal Norsk Forlag

Stenseth (2007), Stenseth, Geir, De nye reglene om «urbant jordskifte». En presentasjon og vurdering, Tidsskrift for eiendomsrett 2007 side 293 flg.

Aadland (2015), Aadland, Børge, Jordskifterettens kompetanse i eierseksjonssameier, Kart og Plan 2-2015

Aasmundtveit (2002), Aasmundtveit, Jan Endre, Tapsgarantien ved jordskifte – Jordskifteloven § 3 bokstav a, Institutt for samfunnsplanlegging, rapport nr. 1/2002