

Author's accepted manuscript (postprint)

Rettigheter til skjell i strandsonen

Parmann, A.

Published in: Tidsskrift for eiendomsrett  
DOI: 10.1826/issn.0809-9529-2020-02-03

Available online: 2020

Citation:

Parmann, A. (2020). Rettigheter til skjell i strandsonen. Tidsskrift for eiendomsrett, 16(2), 169-191. doi: 10.1826/issn.0809-9529-2020-02-03

This is an Accepted Manuscript of an article published by Universitetsforlaget (Scandinavian University Press) in Tidsskrift for eiendomsrett in 2020, available online: [https://www.idunn.no/tidsskrift\\_for\\_eiendomsrett/2020/02/rettigheter\\_til\\_skjell\\_i\\_strandsonen](https://www.idunn.no/tidsskrift_for_eiendomsrett/2020/02/rettigheter_til_skjell_i_strandsonen)

## INNHold

---

1	Innledning.....	2
1.1	Biologien til muslinger.....	2
1.2	Holdbarhet.....	3
1.3	Miljørettslige aspekter .....	3
1.4	Problemformulering.....	4
2	Kriminallovens regulering av høstingsrettigheter til skjell.....	4
2.1.1	Østersdommene.....	5
2.1.2	Agnskjelldommene.....	6
2.1.3	Teorien sitt syn på kriminallovens regulering av retten til å høste skjell.....	8
2.2	Oppsummering av teori og rettspraksis etter kriminallovens regler .....	10
3	Høstingsrettigheters regulering i straffeloven fra 1902.....	10
3.2	Oppsummering av rettstilstanden etter straffeloven fra 1902.....	11
4	Lovgivingen i dag.....	12
4.1	Straffelovens regulering av høstingsrettigheter .....	13
4.2	Eiendomsgrenselovutkastet i NOU 1988: 16 .....	14
4.3	Dagens teori .....	15
4.4	Andre land sin praksis.....	16
4.4.1	Svensk rett.....	16
4.4.2	Dansk rett .....	16
4.5	Historisk tendens.....	17
4.6	Oppsummering.....	17
4.6.1	Stillehavsøsters.....	18

# Rettigheter til skjell i strandsonen

Av universitetslektor Anders Parmann

Sammendrag

Artikkelen tar for seg rettigheter til høsting av skjell i saltvann innenfor eiendomsgrensen. Artikkelen gjennomgår rettshistorien fra midten av attenhundretallet og ser på juridisk teori og rettspraksis på området for å svare på spørsmålet om hvem som har rett til å høste skjell innenfor eiendomsgrensen i saltvann. Artikkelen konkluderer med at alle andre ville skjell enn flatøsters er fritt for enhver å høste, og dette inkluderer den nyankomne stillehavøstersen.

Temaord

Strandrett, Høstingsretter, Allemannsretter, Tingsrett, Fiskerett, Skjell, Stillehavøsters

## 1 INNLEDNING

---

Spørsmålet om retten til høsting av skjell dukker opp fra tid til annen, men disse spørsmålene kommer sjelden opp for domstolene.<sup>1</sup> Interessen for høsting av skjell har i den siste tiden økt kraftig. Dette henger sammen med en fornyet interesse for skjell som lokal sjømatressurs. Samtidig har vi fått en ny skjellart: stillehavøstersen.<sup>2</sup> Stillehavøstersen er en fremmed art som har spredd seg til Norge, og den fører med seg flere ulemper. For det første fortrenger den våre lokale arter. I tillegg til dette har den ekstremt skarpe skjell, noe som gjør at det blir vanskelig å bade i de områdene der den har slått seg ned.<sup>3</sup> For å kunne effektivt høste denne nye ressursen er det viktig å få en oversikt over hvem som har rett til å foreta en slik høsting. Dette gjør at vi må besvare en del spørsmål, for det første: Hvem har rett til å høste skjell generelt og stillehavøsters spesielt? Skal høsting av skjell ses på som normalt fiske, siden det er dyr som lever i havet, eller er det mer nærliggende at vi regulerer skjellfiske etter de samme reglene som tang og tare? Og så er det et spørsmål om skjell er en enerett for grunneieren, enten som en del av strandretten eller som en del av den vanlige eiendomsretten.

I Norge ligger eiendomsgrensen et stykke ut i havet. Dette gjør at noen skjells naturlige leveområde har havnet innenfor eiendomsgrensen. Ingen har i utgangpunktet eiendomsrett til viltlevende dyr, men man kan ha en enerett til å høste dem.<sup>4</sup>

### 1.1 BIOLOGIEN TIL MUSLINGER

Den sparsomme teorien på området har ofte lagt stor vekt på skjelllets mobilitetsgrad for å avgjøre hvorvidt det faller inn under eiendomsretten til strandeieendommen.<sup>5</sup> Derfor kan det være nyttig, før vi går inn på en analyse av hvem som har lov til å høste skjell, at vi starter med en liten oppfrisking av biologien til skjell først. Begrepene muslinger og skjell vil bli brukt om hverandre i denne artikkelen, alt etter hvilken terminologi de ulike kildene bruker. I biologisk forstand tilhører skjell dyrerekken

---

<sup>1</sup> Tusen takk til Thor Falkanger, Gunnar Ketil Eriksen og Lars Kvestad for gode og kritiske kommentarer og innspill. En stor takk også til universitetsbibliotek i Bodø, Oslo og Bergen. Innholdet i teksten tar jeg alene på min kappe.

<sup>2</sup> Stein Mortensen, «Stillehavøstersen er på vei nordover», *Naturen*, 2015 s. 140–146.

<sup>3</sup> <https://www.dagbladet.no/mat/ta-tak-i-osters-problemet-na/71431705> (21.10.2020)  
<https://nofima.no/nyhet/2019/07/kan-ostersbolle-bli-restaurantfavoritt/> (21.10.2020)

<sup>4</sup> Dette prinsippet ligger generelt til grunn for den norske lovgivningen. Se blant lov 29. mai 1981 nr. 38 om jakt og fangst av vilt (viltloven) §27. Prinsippet har også grunnlag i litteraturen fra attenhundretallet og frem til i dag. Se blant annet Fredrik Peter Brandt, *Tingsretten fremstillet efter den norske Lovgivning*, Kristiania 1878, s. 40 og 407; Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, 1964 Oslo s. 7; Falkanger og Falkanger, *Tingsrett* 7. utgave 2012 s. 58.

<sup>5</sup> Se blant annet Amund Helland, «Om Grændserne for Eiendomsret til Grund», Rt. 1891 s. 57 og Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, 1964 s. 7.

bløtdyr (Mollusca).<sup>6</sup> I Norge har vi 211 arter som lever i saltvann, og 24 arter som lever i ferskvann.<sup>7</sup> Skjell særkjennes ved at de har et skall som består av to deler som beskytter dyrets bløtere deler.

Dette fungerer som en beskyttelse mot fiender og ugunstige miljøforhold. Noen skjell henger fast til havbunden hele livet, for eksempel flatøsters. Samtidig er det andre muslinger som kan forflytte seg, for eksempel sandskjell og kamskjell, som kan svømme langs havbunnen.<sup>8</sup> Andre skjell har andre måter å bevege seg på, for eksempel kan hjerteskjell, sandskjell, knivskjell og kuskjell grave seg ned i sedimenter.<sup>9</sup> Også blåskjell har til en viss grad mulighet til å bevege seg. Ved hjelp av byssustrådene, som ser ut som små svarte tråder, kan blåskjellet holde seg fast til underlaget og trekke seg til forankringspunkter. Vi ser altså at selv om vi ofte tenker på skjell som stasjonære, er det flere skjell som er mobile i ulik grad.

## 1.2 HOLDBARHET

I dag er det for gjort å glemme hvor viktig holdbarheten til en matvare historisk sett har vært for at den skal kunne brukes som mat. Det at en matvare tåler lagring, har gjort at den har fått en helt annen verdi enn de matvarene som måtte brukes med en gang. Det er ikke uvanlig at naturprodukter som tålte lagring, var gjenstand for større konflikter, og derfor også ble underlagt strengere regulering enn andre matvarer. I Sverige har vi spesielt sett en konflikt knyttet til tyttebær, som er en bærtype som tåler lagring relativt godt.<sup>10</sup> I Norge har både multer og hasselnøtter, som begge er ressurser som egner seg godt for lagring, fått et særskilt vern i lovgivingen.<sup>11</sup> Østersen kan fraktes over lange avstander så lenge den blir oppbevart kjølig og fuktig, med litt press på skjellene slik de ikke tørker ut. Dette har gjort at østers har vært en spesielt viktig matressurs som har vært trygg å spise selv på lengre sjøreiser.<sup>12</sup> Det er derfor ikke unaturlig at østers har fått en større verdi og også en særskilt regulering sammenlignet med andre skjell som ikke tåler lagring like bra.

## 1.3 MILJØRETTLIGE ASPEKTER

Spørsmålet om hvem som har rett til å høste skjell, må skilles fra de miljørettslige vernereglene. Uavhengig av hvem som skulle ha rett til å høste skjell, kan skjellet være vernet på en slik måte at høsting er forbudt. Vernet av skjell eller områdene skjell lever i, kan enten følge av lov 2009-06-19 nr. 100 lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven) eller av annen miljølovgivning. Et eksempel på dette er elvemuslingen, som er vernet gjennom egen forskrift.<sup>13</sup> Også høstingsrettene som springer ut fra allemannsretten, er begrenset av miljølovgivningen. I tillegg til det kommer det generelle prinsippet om hensynsfull adferd i naturen, som kommer til uttrykk gjennom lov 1957-06-28 nr. 16 lov om friluftslivet (friluftsløven) § 11.<sup>14</sup> Jeg vil ikke i denne artikkelen gå inn på de generelle eller spesielle vernebestemmelsene som gjelder for ulike typer skjell. Jeg vil heller ikke se på hvem som har kompetanse til å ilegge ulike vernebestemmelser. Et annet spørsmål er om miljørettslige

---

<sup>6</sup> Peter Hovgaard, Stein Mortensen og Øyvind Strand, *Skjell: biologi og dyrking*, 2001.

<sup>7</sup> Lauritz S. Sømme (2019, 31. oktober). muslinger. I Store norske leksikon. Hentet 31. oktober 2019 fra <https://snl.no/muslinger>

<sup>8</sup> Peter Hovgaard, Stein Mortensen og Øyvind Strand, *Skjell: biologi og dyrking*, 2001 Bergen s. 28.

<sup>9</sup> Peter Hovgaard, Stein Mortensen og Øyvind Strand, *Skjell: biologi og dyrking*, 2001 Bergen s. 31.

<sup>10</sup> Matti La Mela, «Property rights in conflict: wild berry-picking and the Nordic tradition of allemansrätt», *The Scandinavian economic history review*, 2014-09-02, årgang 62 (3) s. 266–289.

<sup>11</sup> Lov 1957-06-28 nr. 16 lov om friluftslivet (friluftsløven) § 5.

<sup>12</sup> Stein Mortensen, «Stillehavsøstersen er på vei nordover», *Naturen* 2015 s. 140–146.

<sup>13</sup> FOR-1992-12-30 nr. 1230 forskrift om fangst av elvemusling.

<sup>14</sup> Dette prinsippet kommer også til uttrykk i lov 6. juni 2008 nr. 37 om forvaltning av viltlevande marine ressurser (havressursloven) §16.

problemer kan få betydning for høstingsretten. Som vi skal se, har Høyesterett tidligere vektlagt overutnyttelse i sin vurdering av hvem som har hatt rett til å høste skjell fra en lokasjon.<sup>15</sup> I spørsmålet om stillehavsøsters vil også reelle hensyn tale for å åpne opp for mest mulig høsting av denne uønskede arten. På den måten kan miljøperspektivet tale for at man må se ulikt på ulike arter, fordi noen er ønsket utryddet, mens andre arter kan stå i fare for overutnyttelse.

#### 1.4 PROBLEMFORMULERING

Spørsmålet om hvem som har rett til å høste skjell, er noe upresist formulert. Det vesentlige spørsmålet er hvem som kan nektes å høste skjell.<sup>16</sup> Alle har i utgangspunktet rett til å gjøre hva de vil; det som er vesentlig, er om man har et grunnlag for å nekte dem.

Som nevnt over strekker eiendomsretten seg et stykke ut i vannet etter norsk rett.<sup>17</sup> Hvor langt ut den strekker seg der man ikke har marbakke, har vært diskutert både i teori og rettspraksis.<sup>18</sup> Den debatten skal jeg ikke redegjøre for ytterligere i denne artikkelen. Jeg vil konsentrere meg om rettigheter til å høste skjell i saltvann innenfor eiendomsgrensen, uavhengig av hvor den måtte være.

En vanlig forståelse av eiendomsretten er det totale herredømme over et stykke jord.<sup>19</sup> Altså den fulle rett til å nekte andre å bruke jorden. En grunneier har etter dette utgangspunktet rett til å nekte en skjellplukker å plukke skjell hvis vi ikke finner hjemmel for noe annet. Spørsmålet blir deretter hvorvidt det eksisterer en slik hjemmel for høstingsrett for skjell innenfor eiendomsgrensen. Lovgivingen i dag bygger i stor grad på eldre rett. Jeg vil derfor gå gjennom rettskildene kronologisk frem til i dag, med utgangspunkt i de ulike lovene. Etter hver epoke vil jeg oppsummere rettsbildet. Jeg vil bruke ganske mye plass på det som finnes av rettspraksis og teori på området. Dette for å gi et mest mulig fullstendig bilde av de tilgjengelige rettskildene. Avslutningsvis vil jeg se på det samlede rettskildebildet og oppsummere.

## 2 KRIMINALLOVENS REGULERING AV HØSTINGSRETTIGHETER TIL SKJELL

---

Dagens rettskilder bygger i stor grad på eldre rett. Det er derfor nødvendig å gå noe tilbake i tid for å få fullstendig oversikt over rettskildebildet. De dommene som i moderne teori blir brukt for å si noe om hvem som har rett til å høste skjell, bygger alle på kriminalloven fra 1842. Jeg vil derfor først gå inn i de relevante reglene i kriminalloven fra 1842. Kriminalloven fra 1842 hadde ingen eksplisitt regulering av høstingsrettigheter for skjell. Et grunnspørsmål er hva som faller inn under eiendomsbegrepet etter kriminalloven. Når vi ser på rettspraksis, blir det henvist til § 19-1 som omhandler «simpelt tyveri», og § 22-14 og § 22-16 som er formulert som henholdsvis straffereduksjonsregler og straffefrihetsregler. Paragraf 22-14 omhandler ulovlig tilegnelse av mat eller brensel og ga en straffereduksjon for tyveri av mat eller brensel så lenge det ikke var gjentakelse eller grovt tyveri.

Paragraf 22-16 omhandler «nødrett for reisende personer», men beskriver ikke det vi i dag kaller en nødrettssituasjon. Bestemmelsen tegner opp to scenarioer hvor man kan bli unntatt straff: Det ene

---

<sup>15</sup> Se Rt. 1889 s. 33.

<sup>16</sup> Erlend Baldersheim, *Reglar om fast eigedom*, Oslo 2010, Drøftelser om eiendomsretten fra s. 44 og utover.

<sup>17</sup> Se Erlend Baldersheim, «Eigedommsrett og Høgsterett på djupt vatn», *Jussens Venner*, 05/2011 (årgang 46) og Thor Falkanger, «Eierløs fast eiendom i våre dagers Norge?», *Lov og Rett*, 01/2019 (årgang 58) avsnitt 7.

<sup>18</sup> Erlend Baldersheim, «Eigedommsrett og Høgsterett på djupt vatn», *Jussens Venner*, 05/2011 (årgang 46).

<sup>19</sup> Se blant annet Amund Helland, *Om Grændserne for Eiendomsret til Grund*, Rt. 1891 s. 57 og Thor Falkanger *Tingsrettslige arbeider*, 3. utgave 1990 s. 21.

er situasjonen hvor reisende ikke får kjøpt det de trenger for å sette i stand sitt kjøreredskap, men likevel velger å ta det han trenger, fra «skov eller mark» for å sette i stand sitt kjøreredskap eller det han trenger for å fortsette reisen. Det andre scenarioet er hvis en reisende på uinngjerdet sted høster nøtter som han spiser på stedet, eller høster bær, blomster eller røtter av urter. Som vi ser, er andre del av regelen veldig lik formuleringene vi i dag har i friluftsløven § 5, og som vi tidligere hadde i straffeløven fra 1902, § 400.

Spørsmålet som reiser seg, er hva som faller inn under eiendomsbegrepet etter kriminalloven. Utgangspunktet for både §22-14 og § 22-16 er jo ikke at de i seg selv kriminaliserer høsting av skjell, de gir kun frihet fra eller reduksjon av straff for handlinger som er straffbare etter § 19-1. Det er derfor vesentlig å finne ut i hvilken grad skjell ble sett på som noe som var underlagt privat eiendomsrett i vill tilstand, slik at det ble rammet av § 19-1, eller om det var sett på som et felles gode som enhver kunne høste. Som nevnt tidligere er skjell forskjellige både i sitt levesett og i verdien de har og har hatt som en høstbar ressurs. Spesielt har dette skillet gått i rettspraksis mellom østers, som har blitt brukt til menneskemat, og andre skjell, som hovedsakelig har blitt brukt som agnskjell.

Jeg vil derfor gjennomgå rettspraksisen som har vært på dette området, med utgangspunkt i skillet mellom flatøsters og andre skjell. Først vil jeg se på hvordan domstolene har reagert på fangst av østers etter kriminalloven fra 1842. Deretter vil jeg se på dommene som har behandlet agnskjell i samme periode.

### 2.1.1 Østersdommene

Vi har flere dommer som omhandler fangst av flatøsters. I perioden dommene er fra, hadde vi bare flatøsters i Norge, derfor bruker dommene bare begrepet østers om flatøsters.<sup>20</sup> I Rt. 1855 s. 41 ble to brødre dømt for tyveri av østers på noen private østersbanker. Denne østersen hadde delvis vært gjenstand for kultivering, men dette var ikke avgjørende for Høyesterett sin konklusjon. Det virker som om Høyesterett hadde lagt vesentlig vekt på at østersen var festet til grunnen, uten at det ble forklart hvorfor dette var vesentlig. Dette er et poeng som vi ser igjen senere i juridisk teori. For mange teoretikere virker det som at det østers sin tilknytning til bunnen som skiller dem fra det normale fisket.<sup>21</sup> I dommen blir ikke spørsmålet om andre skjell enn østers reist. Brødrene opplyste selv at de hadde tatt agnskjell fra samme sted tidligere. Det ble ikke vurdert i dommen om de burde straffes for det også, noe som kan tolkes på to måter. Enten valgte påtalemyndigheten å fokusere på det de oppfattet som den groveste forseelsen, eller så oppfattet man ikke agnskjellene som underlagt privat eiendomsrett på samme måte som østers.

Like etter Rt. 1855 s. 41 kom det opp en ny sak i høyesterett. I Rt. 1855 s. 784 ble også to brødre dømt for østersfangst på en fredlyst østersbanke. De tiltalte hadde hørt at det var lovlig å høste østers der, men spørsmålet om de tiltalte handlet i god tro, ble ikke drøftet i denne saken. Høyesterett gikk heller ikke inn på noen drøfting om hvorvidt skjellet i seg selv var beskyttet av eiendomsretten, men var inne på en vurdering om området var beskyttet av eiendomsretten.

I noen saker går Høyesterett inn på drøftelsen om eiendomsretten til skjellene. I Rt. 1866 s. 2 ble ti personer siktet for østerstyveri. Disse ble dømt på bakgrunn av en lokal sedvane som gikk ut på at

---

<sup>20</sup> Stein Mortensen, Stillehavsøstersen er på vei nordover, *Naturen* 2015 s. 140–146.

<sup>21</sup> Se blant annet Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, 1964 Oslo s. 7 og Herman Scheel, *Forelæsninger over norsk Tingsret*, Oslo 1901 s. 46.

havbunnen her tilhørte det nærmeste gårdsbruket, selv om den lå utenfor marbakken. Høyesterett uttrykte rett ut at det å plukke østers på annens manns grunn er å regne som tyveri.

I Rt. 1871 s. 617 tok to menn østers utenfor en eiendom. De tiltalte mente at de ikke gjorde noe ulovlig, da det var vanlig i det området å ta østers. De pekte også på at det ikke var en menneskeskapt østersbanke, men en naturlig forekommende banke som ikke hadde blitt kultivert. Høyesterett la i saken til grunn, på bakgrunn av tidligere dommer Rt. 1855 s. 41, Rt. 1855 s. 784 og Rt 1866 s. 2, at man med sikkerhet kunne slå fast at det var straffbart å plukke østers på et sted som dette. Spørsmålet Høyesterett stilte seg, var om det fantes noe annet grunnlag for å frita disse to for straff. I den forbindelse ble det drøftet om de tiltalte kan ha handlet i god tro, men dette ble avvist.

En dom som skiller seg ut på flere måter, er Rt. 1888 s. 729. For det første ble de tiltalte frikjent for å ha plukket østers ulovlig. For det andre var dette den første saken hvor vi ser at de tiltalte drev aktiv næringsvirksomhet.<sup>22</sup> I saken ble tre menn tiltalt for å ha plukket østers. De tiltalte var ansatt i et dykkerfirma som samlet store kvantum østers langs kysten. De ble frikjent selv om det ikke var noen marbakke på stedet. Dykkerne ble frikjent på bakgrunn av god tro ettersom det er vanskelig å se grensen under vann.

I Rt. 1899 s. 225, ofte kalt «Lille Danmark»-dommen, ble en mann siktet for å ha plukket østers på en grunne utenfor marbakken. Spørsmålet her var om eieren hadde okkupert grunnen gjennom sine kultiveringstiltak. Dette gjorde at det ikke ble nødvendig for Høyesterett å diskutere selve høstingsretten, da de slo fast at grunnen ikke tilfalt strandeieren, og at østersen derfor var fri for alle å plukke. Mannen ble frikjent fordi det ikke var grunnlag for å si at okkupasjon hadde funnet sted.

### 2.1.2 Oppsummering av østersdommene

Som vi ser, er det en helt klar tendens at østers blir regnet som en grunneierrett, og i flere av dommene blir denne oppfatningen uttalt direkte. Der hvor spørsmålet om straff blir drøftet, er det hovedsakelig et spørsmål om god tro, ikke om den faktiske eiendomsretten til østersene. Dette med unntak av Rt. 1899 s. 225, hvor man kom til at grunneier ikke hadde eiendomsrett til østers utenfor eiendoms grensen.

### 2.1.3 Agnskjelldommene

Det å bruke ulike typer skjell som agn har lenge vært vanlig i Norge. På slutten av 1800-tallet kom det opp flere saker til Høyesterett som nettopp handlet om skjell som agn. Mange forskjellige skjellarter har vært brukt til å agne med gjennom årene, blant annet kuskjell og blåskjell.

Den første saken som kom opp om agnskjell, var i Rt. 1887 s. 789. Det var en mann i Vesterålen som var tiltalt for tyveri av «kofiskeskjæl» til agn. Den tiltalte mente at det var skikk og bruk i Lofoten at alle kunne ta skjell selv om det var på annen manns grunn. Det er ikke grunn til å tvile på at dette var en utbredt oppfatning i området, da han fikk den lokale presten til å vitne på at det var den vanlige oppfatningen blant folk. Førstvoterende ønsket ikke å ta stilling hvem som hadde rett til å høste skjell på det aktuelle stedet, men slo fast at tiltalte ikke kan ha handlet i vond tro, og mannen ble frikjent.

Kun ett år etter på kom en ny sak opp for Høyesterett. I Rt. 1888 s. 682 ble to menn siktet for å ha høstet agnskjell. I saken ble det hevdet at det fra gammelt av var tillatt for alle å høste agnskjell der

---

<sup>22</sup> Dette med næringsvirksomhet er interessant på flere måter. Flere teoretikere, blant annet Falkanger i Thor Falkanger, Aage Thor Falkanger, Tingsrett, 7. utgave, Oslo 2013 side 466 og Ot.prp.nr.22 (2008–2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 kap-16.8 til legger til grunn en forståelse om at næringsvirksomhet er noe som begrenser en person sin allemannsrett. Reusch er uenig med dette synet i *Friluftsløven med kommentarer*, 2016 side 182. Jeg må si at rettskildebildet peker i Reusch sin retning.

de ønsket, men førstvoterende ønsket ikke å gå inn på spørsmålet om tiltalte hadde krenket grunneieren sin enerett til å høste skjell, da han uansett ville bli frikjent på grunnlag av god tro. Begrunnelsen virker underlig, da det kommer frem av dommen at den tiltalte hadde fått med seg at den aktuelle skjellbanken var fredlyst, og valgte å høste skjell på tross av dette. Samme bemerkning kom fra andrevoterende Herman Johan Foss Reimers. Tredjevoterende Ferdinand Roll var av den oppfatning at skjellene var fri å ta for enhver, bortsett fra hvor det utviklet seg en spesiell sedvane for det motsatte. Han mente at det ikke var grunnlag for noen slik sedvane i dette tilfellet. Derfor ble det stemt for frikjennelse av tiltalte.<sup>23</sup>

En av de viktigste dommene i historisk sammenheng er Rt. 1889 s. 33. Dommen blitt bruk av mange teoretikere.<sup>24</sup> I dommen var 22 menn tiltalt for å ha tatt opp agnskjell. Skjellene var av typen kuskjell (*Arctica islandica*, tidligere kalt *Cyprina*). Skjellene var blitt hardt beskattet og var ifølge dommen nesten utryddet mange steder. Det var uenighet mellom dommerne om hva som skulle bli resultatet. Førstvoterende Ole Andreas Bachke mente at skjell måtte regnes som en del av rettigheten man hadde som grunneier.<sup>25</sup> Han ønsket å frikjenne de tiltalte på bakgrunn av god tro. Andrevoterende Edvard Johan Mørch var enig med førstvoterende, mens tredjevoterende Ferdinand Nicolai Roll ønsket å frikjenne de tiltalte fordi han mente at skjell var fritt for enhver å fiske. Han mente man kunne begrunne det enten på bakgrunn av den uskyldige nyttes rett, ofte i dag betegnet som allemannsretten, eller på bakgrunn av at «skjel overhoved ikke er privat eiendom undergivet». Fjerdevoterende Lauritz Birkeland støttet seg til førstvoterende, men bemerker at han ikke var overbevist med hensyn til sakens eiendomsrettslige sider.

Femtevoterende Anton Wilhelm R. Scheel sa seg også enig med førstvoterende. Mens sjettevoterende Herman Johan Foss Reimers fremhevet at han ikke mente det kunne være snakk om god tro. Syvendevoterende Morten Diderik Emil Lambrechts mente at ingen av de tiltalte kunne sies å ha handlet i god tro, og at det her var snakk om lokale sedvaner som tilsa at skjellene var underlagt privat eiendomsrett.

Til slutt endte dommen med domfellelse av de tiltalte. Uten at vi får vite om det er på bakgrunn av en lokal sedvane eller en generell regel om at skjell er en grunneierrett. Så blir spørsmålet hvordan vi skal forstå denne dommen. Som vi så, var det uenighet blant dommerne om hva konklusjonen skulle bli, men kanskje enda mer om begrunnelsen. Noen mente det var en lokal sedvane som grunnla eiendomsrett på lokalt nivå, mens andre mente det var en generell regel som gjaldt hele riket.

---

<sup>23</sup> Paul Thyness (2009, 13. februar). Ferdinand Roll. I Norsk biografisk leksikon. Hentet 31. oktober 2019 fra [https://nbl.snl.no/Ferdinand\\_Roll](https://nbl.snl.no/Ferdinand_Roll)

<sup>24</sup> Dommen blir blant annet brukt av Ingunn Elise Myklebust, *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*, Oslo 2010 s. 97 og Thor Falkanger, Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2013 s. 465. De virker derimot uenige om hvordan man skal forstå dommen. Falkanger forstår dommen som et forbud mot høsting i næringsøyemed, mens Myklebust tolker den til å gi et generelt forbud mot høsting av skjell på annen mands eiendom. Flere eldre teoretikere har behandlet dommen, og viktigst er kanskje Amund Helland, «Om Grændserne for Eiendomsret til Grund», Rt. 1891 s. 57 og Hermann Scheel, «Forelæsinger over norsk tingsrett», 1912, hefte 3 s. 487.

<sup>25</sup> Rt. 1889 s. 33. «Eiendomsretten til Søgrunden hjemler, bortset fra enkelte Steder i det Inderste af Fjordene, vistnok Grundeieren ingen Eneret til Fiskeriet, der overalt i Saltvand er fritt. Men det, som gjælder om det egentlige Fiskeri, kan ikke overføres paa Fangst af de ved Grunden fastsiddende Dyr, der regnes i Klasse med Grundens øvrige Tilvæxter og altsaa betragtes som tilhørende Grundens Eier. Og naar hensees til den Betydning, Lovbogen tillagte den Omstændighed at selv et saadant Dyr, som en Hval, blev siddende fast paa Grunden og Analogien af den Bestemmelse, som i L. 7 Juni 1945 er givet om Perlemuslinger, synes det uundgaaeligt at anerkjende Grundeierens Eiendomsret ogsaa til de her omhandlede i Grunden siddende Skjæl.»



Dommen har fått en viktig plass i teorien, hvor den ofte blir oppfattet som et klart prejudikat for at skjell er en grunneierrett, ikke bare en lokal sedvane. Dette på tross av at det er vanskelig å trekke en entydig konklusjon ut fra dommen om det er en lokal sedvane som blir brukt, eller om det er en generell regel.

#### 2.1.4 Oppsummering av agnskjelldommene

Når vi skal oppsummere rettspraksis, ser vi at den helt klare tendensen er at tiltalte som er beskyldt for å ha høstet skjell, blir frikjent av Høyesterett. Grunnlaget for frikjennelsen er ofte uklart. Men hovedtendensen er at Høyesterett mener at de tiltalte handlet i god tro, uten at Høyesterett har villet si noe om hvem som hadde rett til å høste skjellene.

Spesielt i Rt. 1888 s. 682 kan vi se at Høyesterett strakk seg langt for å slå fast god tro, selv der de tiltalte hadde fått med seg at skjellene var fredlyst. Dette gjør det vanskelig å konkludere entydig på spørsmålet om andre skjell enn østers er en enerett som tilfaller strandeieren. Når vi ser på høyesterettspraksis under ett, ser vi at Høyesterett har valgt å ikke ta stilling til dette spørsmålet direkte, men endt med frikjennelse i alle saker bortsett fra en.

#### 2.1.5 Teorien sitt syn på kriminallovens regulering av retten til å høste skjell

Som vi har sett, har det i rettspraksis fra perioden i stor grad utviklet seg en tendens til at personer som har blitt tiltalt for tyveri av østers, har blitt dømt, mens personer som har blitt tiltalt for tyveri av andre skjell, har blitt frikjent. For å få et mer fullstendig bilde av rettsregelen fra perioden, vil jeg nå se på hva en del sentrale teoretikere fra perioden har skrevet om problemstillingen.

#### 2.1.6 Aschehoug

Torkel Halvorsen Aschehoug tok opp spørsmålet i *Ukeblad for lovkyndige*, Bind x 1870 s. 386. Han vier ikke spørsmålet mye plass, men nevner at østers og tang er en grunneierrett. Når det kommer til spørsmålet om andre skjell, mener han at dette spørsmålet enda var uavklart i 1870. Dette var før spørsmålet med andre skjell ble tatt opp i rettspraksis. Den første saken jeg har klart å finne, er fra 1887.<sup>26</sup>

#### 2.1.7 Brandt

Fredrik Peter Brandt er en av de viktigste norske teoretikerne innenfor tingsrett på 1800-tallet.<sup>27</sup> Han tok opp spørsmålet i boken *Tingsretten* fra 1892, hvor han legger til grunn at østers er en grunneierrett.<sup>28</sup> Han nevnte også perlemuslinger (denne arten heter elvemuslinger i dag) som et eksempel på et skjell som er forbeholdt grunneieren.<sup>29</sup> Elvemusling er, som navnet tilsier, en muslingart som lever i elver og ikke i saltvann. Den har en spesiell historie, med en form for fredning allerede fra 1600-tallet.<sup>30</sup> Brandt sa det ikke direkte, men det virker som at han la vesentlig vekt på skillet mellom fastlevende arter og arter som kan forflytte seg, da han drøftet høstingsrett. Dette er dog drøftinger av mer generell karakter, hvor han ikke går inn på skjell spesielt.

---

<sup>26</sup> Rt. 1887 s. 789.

<sup>27</sup> Gudmund Sandvik. (2009, 13. februar). Fr Brandt. I Norsk biografisk leksikon. Hentet 22. oktober 2019 fra [https://nbl.snl.no/Fr\\_Brandt](https://nbl.snl.no/Fr_Brandt)

<sup>28</sup> Fredrik Peter Brandt, *Tingsretten, fremstillet efter den norske lovgivning*, 1892, side 428.

<sup>29</sup> Lauritz S. Sømme. (2018, 19. desember). elvemusling. I Store norske leksikon. Hentet 22. oktober 2019 fra <https://snl.no/elvemusling>.

<sup>30</sup> Herman Scheel, *Forelæsninger over norsk Tingsrett*, Oslo 1901 s. 486.

### 2.1.8 Helland

Amund Helland var egentlig geolog og er den teoretikeren som har viet mest tid til spørsmålet om rettigheten til høsting av skjell. Han har i en svært grundig artikkel, tatt inn i Rt. 1891 s. 57, gjennomgått både teori og rettspraksis knyttet til spørsmålet. Han analyserte en rekke høyesterettsdommer og la særlig vekt på Rt. 1888 s. 682, hvor to fiskere ble frikjent for å ha høstet agnskjell til fiske. Etter å ha sammenfattet rettspraksis på området konkluderte han med at man kan dele opp skjell i tre grupper:

Den første gruppen er fastvoksende dyr som lever utenfor eiendomsgrensen. Disse tilhører ifølge Helland enhver som høster dem.

Den andre gruppen er de fastvoksende dyrene som lever innenfor eiendomsgrensen. Disse kategoriserte Helland som en grunneierrett, med mindre man kunne finne et rettsgrunnlag som unntok dem. Dette rettsgrunnlaget mente Helland å finne når det gjaldt «agnskjell». Det virker som at han kategoriserer agnskjell som alle skjell som ikke er østers. For å begrunne dette pekte Helleland på rettspraksis, som han mente var ganske entydig på området. Han la også vekt på at rettspraksis har dokumentert en allmennrettsoppfatning om at høsting av agnskjell er åpent for alle, over store deler av Norge.

Den tredje kategorien til Helland var de ikke-fastvoksende dyrene, som fisk, hummer og krabbe, men også skjell som ikke lever fastvokst til bunnen, for eksempel kamskjell.<sup>31</sup> Disse var ifølge Helleland åpen for enhver å høste.

### 2.1.9 Scheel

Hermann Scheel sine bøker *Forelæsninger over norsk Tingsrett* hefte 1-3 kom ut i perioden 1901–1912. Bøkene virker ikke å ha blitt oppdatert med den da nye straffeloven fra 1902, men behandler fremdeles spørsmålet etter de gamle reglene fra kriminalloven og domstolspraksis.<sup>32</sup> Drøftelsen han hadde i 1912-utgaven av boken, var identisk med den i utgaven fra 1901. Han tok opp spørsmålet flere steder i boken, men viktigst er drøftelsen hans på side 486 og 487.<sup>33</sup> Der trakk han frem at rettstilstanden til både østers og elvemusling syntes å være klar på bakgrunn av de mange dommene som hadde vært for østers, og fordi elvemuslingen ble overført fra staten, som hadde vært eier fra 1718, til grunneiere, som fikk eiendomsretten i 1845. Når det kom til spørsmålet om andre skjell, trakk Scheel frem at «Det synes at være en almindelig Opfating, at enhver har Ret til at bemægtige sig disse skjell».<sup>34</sup> Han begrunnet i en stor grad dette med at andre skjell enn østers og elvemusling hadde vært verdiløse for grunneier. Men han stilte spørsmål ved om ikke også andre skjell burde forbeholdes grunneieren i de situasjonene hvor det blir knapphet på dem. På side 46 i 1901-utgaven tar han også opp spørsmålet, og her kommer han til en annen konklusjon. Han skriver «Saaledes tilhører Skjæl og Østers Grundeieren i Henhold til det blotte faktum, at de lever paa Eiendommen.» Slik jeg forstår Scheel, mener han at utgangspunktet er at østers og elvemusling er forbeholdt grunneier, mens agnskjell er fri for enhver så lenge det ikke er overbeskatning av agnskjell.

---

<sup>31</sup> Peter Hovgaard, Stein Mortensen, Øyvind Strand, *Skjell: biologi og dyrking*, Bergen 2001, s. 28.

<sup>32</sup> I utgavene jeg har sett både på Bibliotek for juridiske fag på UiB og Juridisk bibliotek på UiO, er bøkene blitt rettet for hånd med referanser til 1902-loven.

<sup>33</sup> Drøftelsene på side 46 er også vesentlige.

<sup>34</sup> *Forelæsninger over norsk Tingsrett*, 1912, hefte 3 s. 487.

## 2.2 OPPSUMMERING AV TEORI OG RETTSPRAKSIS ETTER KRIMINALLOVENS REGLER

Som vi ser, har det heller ikke blant teoretikerne dannet seg et entydig bilde av høstingsrettigheter for skjell. Dette med unntak av høstingsrettigheter for østers, som det synes å være en samstemt enighet om at er en grunneierrett. Teoretikeren som har gått grundigst inn på spørsmålet, er Helleland. Han gjorde en omhyggelig gjennomgang av rettspraksis knyttet til høstingsrettigheter for skjell.

Det samlede bildet fra denne perioden trekker i retning av at Helleland sin løsning er riktig. Da menes at fangst av østers er forbehold grunneieren, mens det meste tyder på at det har vært en allment utbredt oppfatning om at andre skjell har vært åpne for enhver å høste. Vi ser dette tatt opp gjentatte ganger i rettspraksisen fra perioden, hvor det er et gjennomgående tema at agnskjell har blitt oppfattet som en ressurs som alle kan høste.

## 3 HØSTINGSRETTIGHETERS REGULERING I STRAFFELOVEN FRA 1902

---

Den tidligere straffeloven, lov 1902-05-22 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) hadde to paragrafer som omhandlet høsting av naturprodukter. Den ene var § 400 og den andre § 399. § 399 var formulert som en straffereduksjonsregel, mens § 400 var formulert som en straffefrihetsregel. Begge paragrafene bygger på samme system som §22-14 og § 22-16 i kriminalloven fra 1842, men har til en viss grad endret ordlyd.

Det er derfor grunn til å stille spørsmål ved om § 399 og § 400 er en videreføring av eldre rett eller om det er grunnlaget for en ny rettstilstand. I forarbeidene til straffeloven ble ikke spørsmålet om det er en videreføring av rettstilstanden drøftet.<sup>35</sup> Når vi ser på juridisk litteratur fra denne perioden, blir det lagt til grunn at de nye paragrafene i stor grad er en videreføring av eldre rett.<sup>36</sup> I dette tilfellet har man flyttet den delen av § 22-16 som handlet om nødrett, til den nye generelle nødrettsbestemmelsen i § 48 og beholdt regelen som omhandlet høstingsrettigheter, slik den var.

Etter § 400 kunne man straffefritt høste en del naturprodukter som loven listet opp, så lenge det var på uinnhegnet sted. Ingen skjell var nevnt i listen over naturprodukter i § 400, men i § 399 nevnes både «ville østers» og «skjell i vann, fjære eller strand.» Dette kan i utgangspunktet tolkes som at paragrafen har ilagt et straffeansvar for høsting av skjell på annen manns eiendom. Et viktig poeng her er at § 399 i seg selv ikke ilegger en straff for høsting av skjell. Det § 399 gjør, er å redusere straffen for høsting av visse naturprodukter.

For at man skulle kunne ilegges straffeansvar, må man ha forbrutt seg mot noen andre sin eiendomsrett; gjenstanden må «tilhøre en annen» jf. § 255 og § 257. Spørsmålet står derfor fremdeles om høsting av skjell kan regnes som tyveri eller ulovlig bruk, da vi ikke vet om de «tilhører en annen». I forarbeidene til § 399 blir det som tidligere nevnt ikke drøftet om § 399 og § 400 gjør noen endring i gjeldende rett. Dette trekker i retning av at straffeloven fra 1902 er en videreføring av eldre rett.

---

<sup>35</sup> Bernhard Getz, *Almindelig borgerlig straffelov for kongeriget Norge første del med Motiver*, 1887.

<sup>36</sup> Francis Hagerup, *Almindelig borgerlig straffelov og lov om dens ikrafttræden*, Kristiania 1916 s. 424.

### 3.1.1 Hagerup

Spørsmålet ble så vidt nevnt av Francis Hagerup i hans kommentar til den nye straffeloven fra 1902.<sup>37</sup> Han gikk ikke inn på en drøftelse av spørsmålet om eiendomsretten til skjell og hvordan vi skal forstå de nye paragrafene i straffeloven, men nevnte at eiendomsforholdene fremdeles var uavklarte, og han henviste til blant annet Helland og Scheel sine drøftinger om temaet. Kildene som Hagerup viser til, behandler kriminallovens regler på en slik måte at man kan ane at Hagerup ikke oppfattet 1902-loven som endring av gjeldene rett.

### 3.1.2 Gjelsvik

Nikolaus Gjelsvik tok opp spørsmålet om hvem som eier skjell, nærmest i forbifarten i sin lærebok om tingsrett fra 1926, *Norsk tingsrett: forelesninger*. Han drøftet ikke spørsmålet direkte, men listet opp østers og muslinger som produkter som hører til eiendommen. Som kilde anførte han to høyesterettsdommer for skjell og to dommer for østers.<sup>38</sup> Rt. 1888 s. 682 og Rt. 1889 s. 33 som omhandler skjell, og 1888 s. 727 og Rt 1899 s. 225 som omhandle østers. Gjelsvik gikk ikke inn på forskjellen mellom østers og andre skjell og gikk heller ikke inn på at den ene dommen han nevnte, gikk imot hans konklusjon.<sup>39</sup> Når Gjelsvik diskuterte allemannsretten mer generelt, trakk han frem at han mente det ikke kan settes opp en generell lære om at allmenheten kan utnytte en eiendom så lenge det ikke er til skade for eieren.<sup>40</sup>

### 3.1.3 Brækhus og Hærem

I *Norsk Tingsrett* fra 1964 behandlet Brækhus og Hærem temaet i korte trekk. De trekker først frem at ville dyr ikke er underlagt privat eiendomsrett, men trakk en linje mellom fastvoksende og ikke fastvoksende arter.<sup>41</sup> Konteksten for denne drøftelsen er hva som er innbefattet i fast eiendom, og ikke om allmenheten har en rett til å høste produktet. Det nevnte skillet er ikke uvanlig i den juridiske litteraturen og setter skjellene i ulike gruppeposisjoner, siden noen er fastvoksende, mens andre kan bevege seg fritt.<sup>42</sup>

## 3.2 OPPSUMMERING AV RETTSTILSTANDEN ETTER STRAFFELOVEN FRA 1902

Reglene i straffeloven fra 1902 er som vist, i stor grad en videreføring av eldre rett. I juridisk litteratur fra perioden virker det som om det ligger til grunn en forståelse av at rettstilstanden ikke har blitt endret med den nye loven. Spesielt er dette klart i de første drøftelsene som kom etter at loven ble

---

<sup>37</sup> Francis Hagerup, *Almindelig borgerlig straffelov og lov om dens ikrafttræden*, Kristiania 1916 s. 424.

<sup>38</sup> Se Nikolaus Gjelsvik, *Norsk tingsret: forelæsninger*, Oslo 1926 s. 41.

<sup>39</sup> Se Rt. 1888 s. 682

<sup>40</sup> Se Nikolaus Gjelsvik, *Norsk tingsret: forelæsninger*, Oslo 1926 s. 162.

<sup>41</sup> Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk Tingsrett*, 1964 Oslo s. 7: «Bestanddel av den faste eiendom er også planteveksten på grunnen: trær og busker, gress, tang og tare osv. Dyr som befinner seg på grunnen, kan derimot ikke regnes med, medmindre de er fastsittende eller svært lite bevegelige, som f.eks. østers og andre muslinger.»

<sup>42</sup> Se blant annet Amund Helland, «Om Grændserne for Eiendomsret til Grund», Rt. 1891 s. 57.

vedtatt.<sup>43</sup> Fra denne perioden finnes det ikke noen rettspraksis som kan være med på å avklare spørsmålet.

## 4 LOVGIVINGEN I DAG

---

I 2015 trådte den nye straffeloven i kraft, etter at den ble vedtatt i 2005.<sup>44</sup> I denne loven hadde man tatt inn en videreføring av § 399 og § 400 i § 323 andre ledd. I mellomtiden hadde Stortinget vedtatt en ny paragraf i friluftsløven i 2011. § 5 i friluftsløven var ment å regulere høstingen av naturressurser, og denne paragrafen opphevd gamle § 399 og § 400, men gjorde ingen endringer i den nye straffeloven som ennå ikke hadde tredd i kraft.<sup>45</sup> Da straffeloven fra 2005 trådte i kraft i 2015, satt vi igjen med to paragrafer som regulerte det samme, men på to ulike måter.<sup>46</sup> I tillegg til dette har vi også lov 2008-06-06 nr. 37 lov om forvaltning av viltlevende marine ressursar (havressursloven) § 2. Derfor er det i dag tre lover som regulerer retten til å høste i havet. Vi har havressursloven § 2, friluftsløven § 5 og straffeloven § 323 andre ledd.

Da Norge i 2008 fikk en ny havressurslov, ble det debatt om hvordan vi skulle forstå den nye loven. Spesielt § 2 i havressursloven skapte en del debatt før loven ble vedtatt, fordi den i sin ordlyd ga uttrykk for at alle ressurser i havet tilhørte staten. Marianne Reusch drøftet blant annet dette i en artikkel i *Nytt i privatretten* 2006 s. 22-24.<sup>47</sup> Her gikk hun inn i en drøftelse av havressursloven § 2, som sier: «Dei viltlevende marine ressursane ligg til fellesskapet i Noreg.»

Forarbeidene til loven var klare på at paragrafen ikke etablerer en eiendomsrett i juridisk forstand, og ikke ønsker å endre på de eksisterende reglene for høsting innenfor den private eiendomsretten.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Se blant annet Herman Scheel, *Forelæsninger over norsk Tingsrett*, Kristiania 1912 og Francis Hagerup, *Almindelig borgerlig straffelov og lov om dens ikrafttræden*, Kristiania 1916, s. 424.

<sup>44</sup> Lov 2005-05-20 nr. 28 lov om straff (straffeloven).

<sup>45</sup> Prop. 88 L (2010–2011) Endringer i friluftsløven og straffeloven, side 39 og 40.

<sup>46</sup> Mer om dette i Anders Parmann, «Allemannsrett til høsting av naturressurser, Høstingsretten etter straffeloven § 323 2.ledd og friluftsløven § 5», Bergen 2016.

<sup>47</sup> Marianne Reusch, «Hvem eier fisken i havet? NOU 2005:10 Lov om forvaltning av viltlevende marine ressursar (Havressursloven)», *Nytt i privatretten*, 2006 s. 22–24.

<sup>48</sup> Ot.prp.nr.20 (2007–2008) Om lov om forvaltning av viltlevende marine ressursar (havressursloven) s. 178: «Føresegna etablerer ikkje statleg eigedomsrett til ressursane i juridisk forstand, men uttrykkjer fellesskapet sin rett til ressursane i motsetnad til ein privateigd ressurs»

NOU 2005: 10, s. 103: «Utvalget avgrensar den statlige eiendomsrett mot viltlevende marine ressursar som vokser på privat grunn, avgrenset etter ressursenes tilknytning til grunnen. Denne betraktningen er likevel noe usikker, da teori og rettspraksis tar utgangspunkt i eiers beføyelser knyttet til bruk av eiendommen i sjø – ikke til ressursene som sådan. Den private eiendomsrett bør ut fra premisset om tilknytning til grunnen ikke omfatte viltlevende marine ressursar som midlertidig befinner seg på privat grunn; eksempelvis villfisk som befinner seg i vannsøylen eller krepsdyr som vandrer over privat grunn. Opphavet til ressursen kan i slike tilfeller ikke knyttes til grunnen, slik det kan med arter som vokser fast på grunnen. Ut fra disse betraktninger må det spørres i hvilken grad eiendomsretten skal omfatte ressursar som ligger mer eller mindre i ro på privat grunn uten å være fast tilknyttet grunnen, som skjell, østers osv. Disse kan være drevet inn på grunnen, men vil likevel kunne ha oppnådd varig tilknytning ved å ha vokst på grunnen over lengre tid. At ressursen vokser på privat grunn bør i den forstand ikke bare forstås som bunnfaste arter som vokser fra grunnen, men også ressursar som skjell, østers osv. som i stor grad ligger stille innanfor eiendommens grenser. Utvalgets forslag legger derfor opp til en utvidende fortolkning av uttrykket «vokser på privat grunn», for å hindre motstrid med

Med grunnlag i dette kan vi slå fast at loven ikke endrer på de etablerte rettsforholdene som ligger til havgrunnen. Dermed må vi se etter andre kilder for å finne ut hva rettsforholdet er i dag, og hva det var før havressursloven ble vedtatt.

De generelle høstingsreglene i allemannsretten er regulert i friluftsløven og i straffeloven. At vi har to lover som regulerer den samme formen for høsting, skyldes (som vist tidligere) mest sannsynlig en lovgiverfeil.<sup>49</sup> Friluftsløven § 5 har vært ment som en videreføring av rettstilstanden fra straffeloven fra 1902 sine regler om høsting i § 399 og § 400.<sup>50</sup> Friluftsløven § 5 er formulert som en liste med naturprodukter som er lovlig for allmenheten å ta, så lenge det skjer i «utmark» og «hensynsfullt og med tilbørlig varsomhet». Ingen skjell er nevnt i oppramsingen, og det er ikke grunnlag for å tolke bestemmelsen i seg selv utvidende til også å omfatte skjell.

#### 4.1 STRAFFELOVENS REGULERING AV HØSTINGSRETTIGHETER

Straffeloven § 323 andre ledd er formulert som en straffefrihetsregel. Spørsmålet er om den ikke heller bør tolkes som en regel som stadfester en faktisk rett.<sup>51</sup> Paragrafens forgjenger, § 400 i straffeloven fra 1902, baserte seg på eldre sedvanerett som ga uttrykk for en faktisk rett.<sup>52</sup> Paragraf 323 andre ledd er en videreføring av § 400 og bør derfor også tolkes til å gi uttrykk for en faktisk rett.<sup>53</sup> Paragrafen sier at den som høster «naturprodukter» av «liten eller ingen økonomisk verdi» mens vedkommende utøver «lovlig allemannsrett», ikke skal straffes. Skjell faller inn under begrepet «naturprodukter». Begrepet lovlig allemannsrett må tolkes innskrenkende til å sikte til ferdselsretten, og ikke hele allemannsretten (både ferdselsretten, høstingsretten og oppholdsretten),

---

privat eiendomsrett. Ut fra dette kan man tolke eiendomsretten dit hen at viltlevende ressurser som enten vokser i eller på annen måte er knyttet til privat grunn, eller som har opprinnelse fra land eller ferskvann, ikke omfattes av statens eiendomsrett. Med begrepet viltlevende avgrenses også mot levende marine ressurser i privat eie, se pkt. 5.2 og 5.3. En fisk eller hummer vil således være i privat eie innenfor en havbruks- eller havbeitelokalitet, inntil den forflytter seg fra lokaliteten og retten til gjenfangst er utløpt.»

<sup>49</sup> Finn Haugen og Jon Sverdrup Efstad, *Strafferett – håndbok*, 2015 Oslo, I Finn Haugen og Jon Sverdrup Efstads lovkommentar til § 323 blir det at § 323 andre ledd ikke er fjernet, omtalt som en glipp, og det blir det også i Anders Parmann, «Allemannsrett til høsting av naturressurser, Høstingsretten etter straffeloven § 323 2.ledd og friluftsløven § 5», Bergen 2016 .

<sup>50</sup> Prop. 88 L (2010–2011) Endringer i friluftsløven og straffeloven side 39: «Bestemmelsen innebærer en kodifisering av gjeldende sedvanerett om allmenhetens høstingsrett, og innebærer oppheving av straffeloven § 399 og § 400, jf. også Ot.prp.nr.22 (2008–2009) punkt 8.12.2».

<sup>51</sup> § 323 andre ledd: «Tilegnelse av naturprodukter, herunder stein, kvister, vekster mv., av liten eller ingen økonomisk verdi under utøvelse av lovlig allemannsrett, straffes likevel ikke.»

<sup>52</sup> Se Francis Hagerup, *Almindelig borgerlig straffelov og lov om dens ikrafttræden*, Kristiania 1916 s. 424.

<sup>53</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 451: «Annet ledd avløser straffeloven 1902 § 400 og delvis § 399, og må ses i sammenheng med forslaget til ny § 10 a i lov 28. juni 1957 nr. 16 om friluftslivet. Bestemmelsen viderefører dermed straffefrihetsregelen i § 400 første ledd, men opprettholder § 400 annet ledd om plukking av molter på «muldebærland» i Nord-Norge. Det vises til merknadene til forslaget til § 10 a i friluftsløven. I tillegg medfører annet ledd straffrihet for bagatellmessige tilegninger av naturprodukter som i dag kan straffes som naskeri etter straffeloven 1902 § 399 jf. § 391 a. Straffrihet forutsetter at tilegnelsen skjer under lovlig utøving av allemannsrett. Det vil da være straffritt for eksempel i utmark å ta reinmose til dekorasjon hjemme, tørt trevirke og kvist til lovlige bål, eller granbar til noen få granbarsenger (såfremt det da ikke voldes skade på skogen). Det er en forutsetning for straffrihet at naturproduktene er av liten eller ingen verdi. Uttak for å gjøre seg næring av det, for eksempel ved å produsere juledekorasjoner med granbar og små trenisser på reinmose, vil derfor ikke være straffritt etter tredje ledd.»

for å unngå at paragrafen blir en sirkelreferanse. Hva som ligger i liten eller ingen økonomisk verdi, sier forarbeidene lite om. Forarbeidene har en formulering som kan tolkes slik at det ikke bare er verdien produktet har når det høstes, som skal legges til grunn, men også verdien det har etter bearbeidelse.<sup>54</sup> Formulering virker underlig og passer ikke inn i lovens system. Slik forarbeidene er formulert, kan det virke som det er verdien etter en bearbeidelse som skal legges til grunn. Altså skal, ifølge forarbeidene, merverdien som for eksempel en kjent kunstner gir naturproduktet, tas med i verdivurderingen. Denne formuleringen i forarbeidene passer dårlig inn med det eldre rettskildet bildet, hvor det i større grad blir lagt vekt på verdien for grunneieren. Formuleringene virker såpass aparte at man etter min vurdering bør se bort fra den og heller holde seg til en mer tradisjonell forståelse av mindre verdi, som trekker i retning av hvilken verdi produktet har på høstingstidspunktet. Det bør også nevnes at skjell varierer i verdi fra helt verdiløse til relativt verdifulle. Det er derfor vanskelig å si ut ifra § 323 andre ledd alene om det er straffefritt å høste skjell.

Formuleringen «liten eller ingen økonomisk verdi» vil nok innbefatte de fleste skjell, selv om noen skjell som østers og knivskjell i dag kan ha en så stor verdi at de vil falle utenfor ordlyden. Utgangspunktet er derfor også at de nye lovendringene står ovenfor spørsmålet om hvordan vi skal forstå høstingsrettighetene for skjell. Temaet har i en viss grad vært tatt opp også i moderne teori.<sup>55</sup>

## 4.2 EIENDOMSGRENSELOVUTKASTET I NOU 1988: 16

Sivillovbokutvalget kom i 1988 med et utkast til en eiendomsgrenselov. Utkastet ble aldri til lov, men var på det tidspunktet en av de grundigste gjennomgangene av norsk tingsrett knyttet til eiendomsgrenser. Utvalgets rapport har derfor en viss rettskildeværdi, selv om utvalgsinnstillingen ikke ble til lov.<sup>56</sup> Utvalgets viktigste forslag var å sette en fast eiendomsgrense i sjøen på minst 30 meter ut fra land og til minst 2 meters dybde.<sup>57</sup> Begrunnelsen var blant annet at dette ville gjøre det lettere å forholde seg til regelen, og ville i de fleste tilfeller sikre grunneier tilstrekkelige rettigheter i sjøen.<sup>58</sup> Utvalget drøfter ikke eierskapet til skjell i sin innstilling, men i forslaget til lov er skjell tatt med i oppramsingen i § 14. Der blir skjell tatt med i det vi kan forstå som en utvidet grunneierrett, ofte i dag kalt strandretten.<sup>59</sup> Ordlyden er «Strandeigaren har retten til å ta» skjell. Det er naturlig å forstå denne formuleringen utvidende til å være ment som en enerett til å ta skjell. Hva man skal legge i at utvalget har tatt med skjell uten en nærmere drøftelse, er vanskelig å si. Det er relativt vanlig at rettsteoretikere som drøfter rettspraksis og teori knyttet til tang og tare, også tar med skjell i konklusjonen, uten å forklare hvorfor.<sup>60</sup> Etterarbeider, som utvalgets innstilling må kunne regnes som da det ikke ble vedtatt som lov, har sin rettskildevækt først og fremst på bakgrunn av sin overtalelseskraft, på samme måte som juridisk teori.<sup>61</sup> Det at noen som kjenner rettsområdet, har

---

<sup>54</sup> Se Marianne Reusch, *Friluftsløven med kommentarer*, Oslo 2016 s. 182 og Anders Parmann, «Allemannsrett til høsting av naturressurser, Høstingsretten etter straffeloven § 323 2.ledd og friluftsløven § 5», Bergen 2016 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 451, sitert i note 51.

<sup>55</sup> Marianne Reusch, *Friluftsløven med kommentarer*, Oslo 2016 s. 182.

<sup>56</sup> Erlend Baldersheim, "Litt om strandrett og tingsrett i sjøen", *Jussens Venner* 06/2018 (årgang 53).

<sup>57</sup> Se Eiendomsgrenselovutkastet i NOU 1988: 16 s. 94 § 13.

<sup>58</sup> Se Eiendomsgrenselovutkastet i NOU 1988: 16 s. 76.

<sup>59</sup> Ingunn Elise Myklebust, *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*, Oslo 2010 s. 97.

<sup>60</sup> Ingunn Elise Myklebust, *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*, Oslo 2010 s. 97

og Marianne Reusch, *Allemannsretten, Friluftslivets rettsgrunnlag*, Oslo 2012, s. 165.

<sup>61</sup> Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*, 2012 Oslo s. 322–327.

vurdert og drøftet temaet grundig, gjør at deres argumenter bør tas seriøst i en rettskildevurdering. Her har utvalget ikke drøftet skjell direkte, men tatt med skjell i forbifarten. Vi kan derfor ikke legge stor vekt på utvalgets innstilling, men det trekker til en viss grad i retning av at man må forstå skjell som en enerett for grunneieren.<sup>62</sup>

### 4.3 DAGENS TEORI

Ingunn Elise Myklebust tok også opp spørsmålet i sin bok *Strandrett* fra 2010.<sup>63</sup> Boken er basert på hennes doktoravhandling om samme tema. Strandretten er de rettigheter som strandeieren har i kraft av å være eier av en eiendom med grense til havet.<sup>64</sup> Strandretten strekker seg lengre enn eiendomsretten i havet, og strekker seg derfor dypere og lenger enn denne artikkelen har som mål. Flere steder i boken nevner Myklebust skjell som en del av strandretten, men temaet er ikke viet mye plass og er ikke noe boken setter i fokus.<sup>65</sup>

Det viktigste grunnlaget for å kunne si noe om hvorvidt skjell er en del av strandretten, finner vi i Rt. 1896 s. 500 og side 504–505: «Med Hensyn til, hvad der er den alment gjældende Retsregel i vor Ret i det her omhandlede Forhold, maa jeg med de foregaaende Retter antage, at det er den almindelige Regel i vor Ret, at den, der eier Grund til Søen, ogsaa i en vis Udstrækning er eneberettiget til at udnytte de økonomiske Fordele, som den nærmest tilstødende Havgrund giver, og som ikke paa Grund af særegne Retsregler ere undtagne.»<sup>66</sup> Formuleringen er relativt klar; den som eier grunn til sjøen, har i en viss utstrekning enerett til å utnytte de økonomiske fordelene dette gir, så lenge man ikke kan finne grunnlag for noe annet. Knyttet til vårt spørsmål, om strandeieren har enerett til skjell innenfor eiendomsgrensen i saltvann, er altså hovedregelen den samme i strandretten og i den

---

<sup>62</sup> Erlend Baldersheim, «Litt om strandrett og tingsrett i sjøen», *Jussens Venner* 06/2018 (årgang 53) <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2018-06-01>: «Av klar relevans har ein Sivillovbokutvalet si framstilling av gjeldande rett i Rådsegn 14 om eigedomsgrensar, som må reknast til den juridiske litteraturen». Torstein Eckhoff, *Rettskiildelære*, 5. utgave, ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 70: «i visse tilfelle kan framstillingar av gjeldande rett i lovforarbeid 'ha stor faglig tyngde'».

<sup>63</sup> Ingunn Elise Myklebust, *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*, 2010, hovedsakelig s. 249 og 97. Se også s. 37 og 246.

<sup>64</sup> Strandretten er definer i Rt. 1985 s. 1128: «strandretten er en rett til uforstyrret å kunne nyte de fordeler som følger av at en eiendom ligger til sjøen. De fordeler som er beskyttet på denne måten er blant annet adgangen til sjøverts adkomst- den såkalte tilflotsrett- og mulighet for bading og friluftsliv. Også straiereis rett til visse former for fiske, retten til utfylling i sjøen og et visst vern mot forurensing og ulemper av esteiks art inngår som en del av strekken» (s. 1131–1132).

<sup>65</sup> Ingunn Elise Myklebust, *Strandrett og offentlig styring av arealbruk i sjø*, 2010 Oslo s. 37, 97, 246 og 249.

<sup>66</sup> Rt. 1896 s. 500, s. 504–505 «Med Hensyn til, hvad der er den alment gjældende Retsregel i vor Ret i det her omhandlede Forhold, maa jeg med de foregaaende Retter antage, at det er den almindelige Regel i vor Ret, at den, der eier Grund til Søen, ogsaa i en vis Udstrækning er eneberettiget til at udnytte de økonomiske Fordele, som den nærmest tilstødende Havgrund giver, og som ikke paa Grund af særegne Retsregler ere undtagne. Jeg skal indskrænke mig til herom at henvise til Prof. Aschehougs Afhandling i juridisk Ugeblad, 10de Aargang S. 386 flg., jfr. ogsaa Domme i Rt-1871-681 og for Rt-1874-834. At en saadan Ret tilkommer Grundeieren, mener jeg ogsaa forøvrigt er forudsat i en Flerhed af Voteringer her i Høiesteret. Jeg skal specielt paapege Voteringen i den i Rt-1889-633 refererede Dom. Hvad der har været omdisputeret i disse Sager, har derimod været Udstrækningen af og Grændsen for denne Raadighed; men jeg mener, at det maa være Følgen af den nævnte almindelige Retsregel, at Grundeieren er eneberettiget til at skjære den Tang, som voxer ved hans Grund, ialfald naar den, som her er Tilfældet, ikke skjæres paa større Dybde end 3 Favne.»



ordinære eiendomsrett. Spørsmålet er om man kan finne et rettslig grunnlag som ikke gir grunneieren enerett.

Marianne Reusch drøftet spørsmålet om høstingsrettigheter til skjell i både *Allemannsretten: friluftslivets rettsgrunnlag* (2012) og i sin kommentarutgave til friluftsloven (2016).<sup>67</sup> Hun la til grunn at det tradisjonelle synet etter norsk rett er at høsting av skjell er en grunneierrett. Hun viste til den tidligere straffeloven § 399 og Rt. 1899 s. 225 som kilde. Rt 1899 s. 225 omhandlet hvorvidt grunneier hadde enerett til østers som lå utenfor eiendommen.<sup>68</sup> Spørsmålet i den nevnte dommen er egentlig ikke om grunneieren har enerett til skjell, men om grunneieren kan få enerett gjennom kultiveringstiltak – noe Høyesterett svarte benektende på. Dommen er dermed ikke relevant for grunnspørsmålet om høstingsretter til skjell innenfor eiendomsgrensen.

En annen moderne teoretiker som har drøftet temaet, er Thor Falkanger. Han skriver om § 5 i friluftsloven at bestemmelsen «neppe kan leses slik at det er skjedd noen endring i den tidligere alminnelige rettsoppfatning om at å ta blåskjell for eget bruk (i motsetning til næringsmessig formål, slik som i Rt. 1889 s. 33) ikke er noen krenkelse av strandeierens rett.»<sup>69</sup> Han bygget blant annet på Rt. 1889 s. 33 og en artikkel av professor Aschehoug i *Ukeblad for lovkyndige*, Bind x 1870 s. 386, da han hevdet at det er en alminnelig rettsoppfatning at en kan høste blåskjell til eget bruk uten at dette krenker grunneiers rett.<sup>70</sup>

## 4.4 ANDRE LAND SIN PRAKSIS

### 4.4.1 Svensk rett

Fiskelag (1993: 787) regulerer retten til å fiske i Sverige.<sup>71</sup> Etter § 4 i fiskelagen blir «blötdjur», som er en biologisk rekke som innbefatter skjell, regnet på lik linje med fisk i lovenes forstand. Vi ser altså at det i Sverige ikke er et skille mellom fastvoksende og frittlevende dyr. Der er utgangspunktet at fiske på havet er åpent for alle, mens fiske i de fleste vann, bortsett fra noen særskilte store vann, er forbeholdt grunneieren. Det samme gjelder kystnære strøk, hvor man har en grense på 300 meter som er forbeholdt grunneieren. I Sverige er altså skjell i saltvann en enerett for grunneier innenfor et belte på 300 meter.

### 4.4.2 Dansk rett

Etter dansk rett går eiendomsgrensen der vann og land møtes.<sup>72</sup> Havbunnen er dermed ikke med bortsett fra noen unntak som er underlagt privat eiendomsrett<sup>73</sup>. Noen av unntakene fra denne hovedregelen er blant annet at grunneieren har hatt enerett til å sette opp ålgårder for fangst av ål.<sup>74</sup>

---

<sup>67</sup> Se Marianne Reusch, *Allemannsretten: friluftslivets rettsgrunnlag* (2012) s. 165 og Marianne Reusch, *Friluftsloven med kommentarer*, 2016 s. 190

<sup>68</sup> Marianne Reusch, *Allemannsretten: friluftslivets rettsgrunnlag*, Oslo 2012, s. 165

<sup>69</sup> Thor Falkanger, Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2013 s. 465 – 466 og s. 102

<sup>70</sup> Thor Falkanger, Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2013

<sup>71</sup> [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/fiskelag-1993787\\_sfs-1993-787](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/fiskelag-1993787_sfs-1993-787)

<sup>72</sup> Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten: 1*, København 1929 s. 274

<sup>73</sup> Bo von Eyben, Peter Mortensen, Peter Pagh, *Fast ejendom Rådighed og regulering*, 2. utgave, København 2003, s. 28

<sup>74</sup> Vagn Carstensen, *Dansk tingsrett*, 3. utgave, København, 1976, s. 373

Dansk rett er mer lik tradisjonell romerrett ved å trekke eiendomsgrensen i fjæren. På den måten faller også skjellene utenom eiendomsgrensen, mens norsk og svensk rett minner mer om det en ofte har sett på som et nordisk system, hvor man har trukket grensen et stykke ut i havet. Dette har da også fått konsekvenser for synet på enerettigheter til skjell.

#### 4.5 HISTORISK TENDENS

Ett spørsmål som kanskje kan hjelpe oss på veien, er om vi kan peke på en historisk tendens som går i en spesifikk retning. Er den historiske tendensen en utvidelse av allemannsretten eller en innskrenking? En tendens vi kan peke på, er at friluftslivet blitt tillagt større og større vekt i rettspraksis og lovgivning. Første steg i denne retning så vi med § 399 og § 400 i straffeloven fra 1902, før dette ble fulgt opp av friluftsloven fra 1957 som lovfestet mye ulovfestet rett, og dermed gjorde den mer tilgjengelig for allmenheten. I de senere år har allemannsretten kommet opp gjentatte ganger i rettspraksis, kanskje spesielt kjent er Rt. 2004 s. 1985 som omhandler en lov som ga barn fiskerett i ferskvann som ikke har sjøørret eller laks. Denne dommen var en utvidelse av barn sin allemannsrett på bekostning av grunneiers enerett til fiske. Den viktigste blant innskrenkingene av høstingsrettigheter på allmenhetens bekostning kom i 1899, da jaktretten på småvilt uten hund gikk fra å være en allemannsrett til å bli forbehold grunneieren.<sup>75</sup>

#### 4.6 OPPSUMMERING

Vi har hatt flere lovendringer, men alle endringen har lagt betydelig vekt på tidligere praksis. Det virker å være en forståelse om at endringer av lovregelen ikke har vært ment som endringer av gjeldende rett, men kun som en videreføring av eldre rett.

Når vi ser på rettspraksis, ser vi en ganske entydig praksis som tilsier at østers er forbeholdt grunneier. Alle dommene som jeg har gått gjennom, endte med fellende dom, bortsett fra Rt. 1888 s. 729, hvor de tiltalte ble frikjent på bakgrunn av god tro. Juridisk teori fra 1870 frem til i dag er også samstemte om at østers er en del av grunneieren sin enerett innenfor eiendomsgrensen.

Det kan med sikkerhet utledes en regel om at østersfangst er en rettighet som må forbeholdes grunneier. Videre kommer spørsmålet om alle de andre skjellene. I rettspraksis er det tre dommer som har behandlet spørsmålet om andre skjell enn østers. Alle tre har brukt benevnelsen agnskjell, selv om det er opplyst om at skjellene også kan brukes som menneskemat.<sup>76</sup>

I disse dommene frikjente Høyesterett de tiltalte, med unntak av én dom. Begrunnelsen var aldri at skjellene var fri for enhver å høste. Begrunnelsen Høyesterett brukte ved frikjennelse, var at de tiltalte handlet i god tro. Vi ser at Høyesterett har kviet seg for å avklare spørsmålet om høstingsretten til andre skjell enn østers.

I alle de tre saken blir det dokumentert lokale sedvaner som gir allmenheten rett til å høste. Høyesterettsdommer Ferdinand Roll uttaler i flere av dommene at det må være en presumsjon at skjelltaking er fritt for alle, og at innskrenkinger i dette må begrunnes særskilt i lokale sedvaner.

---

<sup>75</sup> Lov fra 1899 05 20 nr. 2 Lov angaaende Jagt og Fangst (jaktloven). Les mer om dette i Geir Stenseth, «Om jakt, sameie og 'kløyvd egedomsrett' i Norge», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 02/2008 (årgang 121).

<sup>76</sup> Se blant annet Rt. 1887 s. 789.

Han fikk ikke flertall for dette synet. Høyesterett har ikke avklart spørsmålet, men rettspraksis dokumenterer en utbredt oppfattelse om at andre skjell enn østers har vært fritt for enhver å høste også innenfor grunneierne sin eiendom. Rt. 1889 s. 33 har flere ganger blitt nevnt i juridisk teori, hvor den ofte har blitt forstått som et prejudikat for at grunneier har enerett. Da blir spørsmålet hvor stor vekt vi skal legge på juridisk teori sin oppfatning av en dom. Moderne juridisk teori har i noen grad tolket Rt. 1889 s. 33 til å tillegge grunneier en enerett. Både Myklebust, Reusch og NOU 1988: 16 legger til grunn en slik forståelse. Samtidig ser vi at eldre juridisk teori, Helleland, Hagerup og Scheel, ikke forstår rettstilstanden slik kort tid etter at dommen falt. Et spørsmål kan også være om vi må se på denne tolkingen av Rt. 1889 s. 33 som en fastet oppfatning, uavhengig av hva innholdet i Rt. 1889 s. 33 egentlig var. Jeg mener det er vanskelig å trekke den slutningen. For det første ser vi såpas stor uenighet blant de eldre teoretikerne, men kanskje viktigere ser vi en uenighet også blant de moderne teoretikerne.<sup>77</sup>

Spørsmålet blir da hvordan vi skal forstå rettskildebildet. I juridisk teori er det uenighet selv om tendensen er at grunneieren har en enerett, men med noen ulike begrunnelser. I rettspraksis er ikke spørsmålet avklart, men tendensen trekker i retning av at andre skjell enn østers er åpent for enhver å høste. Vi ser også at lovgivingen ikke ønsket å forandre på gjeldene rett. Det er vanskelig å si noe om den allmenne rettsoppfattelsen i dag. Men den allmenne rettsoppfattelsen som kommer til uttrykk gjennom dommene som har vært oppe, er klar på at andre saltvannsskjell enn østers er fri for enhver å høste. Vi får ikke så mye ut av å se på situasjonen i andre land som Sverige og Danmark, for deres tradisjon for eiendomsgrenser i sjøen er så ulik vår at sammenligninger gir oss lite. Den historiske tendensen har vært at vi har utvidet allmenhetens rett til å høste fra naturen. Hensyn til en effektiv ressursutnyttelse og økt tilgang til friluftsliv taler for at allmenheten bør få tilgang så lenge det ikke er fare for overutnyttelse. I dag er faren for overutnyttelse liten, og den moderne måten å håndtere overutnyttelse på er ikke ved å gi en gruppe enerett, slik man gjorde med småviltjakt uten hund i 1899, men ved å sette på plass offentligrettslige vernebestemmelser. Samlet sett mener jeg derfor at Hellelands løsning fra Rt. 1891 s. 57 fremdeles står seg i dagens rettskildebilde. At fangst av østers er forbehold grunneieren, mens andre skjell er åpnet for enhver å høste.

#### 4.6.1 Stillehavsøsters

Vi returnerer dermed til bakgrunnen for artikkelen, stillehavsøstersens inntog i det norske farvann. Som vist er hovedregelen at skjell er åpent for enhver å høste, med unntak av østers, som er forbeholdt grunneieren. Spørsmålet blir så hvor stillehavsøstersen passer inn i dette bildet.

Er den omfattet av hovedgruppen av skjell, eller er den med i unntaksgruppen av østers? Dommene som jeg har gjennomgått, har omhandlet flatøsters (*Ostrea edulis*) og ikke stillehavsøsters (*Crassostrea gigas*). Selv om vi i dagligtalen ofte omtaler begge som østers, er det to svært ulike arter. Stillehavsøstersen er en invaderende art, og artsdatabanken omtaler den som en art med «svært høy risiko» for spredning, mens flatøsters er en art som naturlig hører hjemme i Norge, og som kategoriseres som «nær truet».<sup>78</sup> Spørsmålet blir om vi kan lage en analogi fra flatøsters til den nye stillehavsøstersen som gjør at denne faller inn under unntaksregelen. Bakgrunnen for flatøsters sin særlige posisjon er ukjent, men som vist tidligere har den vært relativt sjelden og blitt betraktet som en ekstra verdfull ressurs både på grunn av smak, sjeldenhet og oppbevaringsmuligheter.

<sup>77</sup> Thor Falkanger, Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 7. utgave, Oslo 2013 s. 465 – 466 og s. 102

<sup>78</sup> Jelmert A, Gulliksen B, Oug E, Sundet J og Falkenhaug T (2018, 5. juni). *Crassostrea gigas*, vurdering av økologisk risiko. Fremmedartslista 2018. Artsdatabanken. Hentet (2020, 23. januar) fra <https://artsdatabanken.no/Fab2018/N/1050>

Dermed har den også økonomisk verdi. Stillehavsøstersen er i en annen klasse, og den trenger ikke den samme beskyttelsen som flatøstersen. Det er derfor lite som taler for at vi skal kunne gjøre noen analogi fra flatøsters til stillehavsøsters. Stillehavsøsters bør derfor regnes som et annet skjell – fritt for alle å plukke.