



**UiO** • **Institutt for privatrett**  
Det juridiske fakultet

# JUS 1211 Juridisk metodelære Del III – Domsanalyse – Dag 3



Professor Ole-Andreas Rognstad  
Førsteamanuensis Birgitte Hagland

# HOVEDTEMA IV

## Domsanalyse: Regelformulering og modifisering

# Grunnspørsmål

1. Hva er et prejudikatsavvik?
2. Hva kan svekke en doms prejudikatsverdi?
3. Bør Høyesterett utvise forsiktighet med å fravike egne prejudikater, og i så fall hvorfor?

# Dommer som skal analyseres

1. Rt. 1995 s. 904 Gjensidige
2. Rt. 2002 s. 145 Bortelid
3. Rt. 2008 s. 362 Ivar Aasens vei

# Innledende betraktninger

- Eksempel på fastsettelse av ulovfestet rett
- Analyse av dommene i sammenheng: Analyse av hvordan HR går frem for å fastsette og utvikle ulovfestet regler: rettsutvikling
- Regelformulering
  - modifisering
  - regler som viser seg for generelle
- Samme ‘metode’ som ved lovtolkning, men bruk av andre rettskilder. Lovtekster og ‘lovnære rettskilder’ har en mer perifer rolle

Kfr. Bolk III, dag 2 om utvikling av ulovfestede vederlagsregler for samboere

# Innledende betraktninger

**Rt. 1995 s. 904 Gjensidige:** Spørsmål om utbygging av en eiendom var i strid med negative servitutter over eiendommen. Bygget var oppført ihht reguleringsplan.

**Rt. 2002 s. 145 Bortelid:** Spørsmål om fortetting av et hytteområde i samsvar med reguleringsplan kunne skje i uavhengig av festekontrakter som forbød ytterligere utbygging. Kontraktsklausulene ikke ansett bortfalt som følge av reguleringsplanen

**Rt. 2008 s. 362 Ivar Aasens vei** Boligblokk oppført på tomt med tinglyst strøksservitutt om villamessig bebyggelse. Spørsmål om den negative servitutten var bortfalt som følge av reguleringsplanen for eiendommen. Besvart negativt

(dissens 3-2). ➡ **Kurs**

**Fellestrekk:** omhandler bebyggelse i strid med negative servitutter.

Negativ servitutt ➡ Særlig rettighet til å forby utnyttingsmåte av fremmed eiendom.

Eks.: begrensninger i rett til bebyggelse på naboeiendom.

# Innledende betraktninger

## **Selve regelinnholdet:**

1. Hvilken regel formuleres i Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige)?
2. Hvordan modifieres regelen i 2002 s. 145 (Bortelid)?
3. Hva er regelen etter dommen i Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen)?

# Innledende betraktninger

## **1. Hvilken regel formuleres i Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige)?**

«Negative servitutter som hindrer utbygging i samsvar med slik plan, faller bort, uten at det gir grunnlag for noe erstatningskrav fra rettighetshavere i en tilsvarende stilling som ankemotpartene i denne saken» (på side 907)



# Innledende betraktninger

## 2. Hvordan modifieres regelen i Rt. 2002 s. 145 (Bortelid)?

«Gjensidige-dommen har i ettertid vært kritisert ... Jeg er kommet til at uttalelsene om bortfall av negative byggeservitutter har fått en for generell utforming og bør modereres. De passer kanskje best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov, som strøkservitutter som båndlegger areal til et annet formål enn det reguleringsplanen har, deleforbud i eldre villastrøk og bestemmelser om byggegrenser mv. ... Opprettholdelse av servituten innebærer ikke en meningsløs 'ikke-bebyggelse' av området, eller et utilsiktet hinder, slik det var tale om i de eldre dommene jeg har nevnt» (på side 149)

## Innledende betraktninger

### **3. Hva er regelen etter dommen i Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen)?**

«Jeg finner ... at den helt generelle setningen i Gjensidigedommen om at negative servitutter faller bort i den utstrekning de strider mot bestemmelser i reguleringsplaner, ikke kan opprettholdes. På den annen side kan det ikke være tvilsomt at reguleringsplaner kan medføre at servitutter faller bort. De klareste tilfeller er det gitt eksempler på i Borteliddommen, nemlig hvor det er direkte strid mellom formålene i servitutt og reguleringsbestemmelse, og hvor etterlevelse av servitutten på annen måte vil føre til meningsløs ikke-bruk eller utilsiktede følger. Utover dette er det vanskelig å stille opp noen mer presise retningslinjer» (a. 83)

# Videre fremstilling

## Metodespørsmål

- ① Hvordan viser dommene at ulovfestede rettsregler utvikles i rettspraksis?
- ② Er dommene prejudikater og i så fall for hva?
- ③ Hvilke rettskilder bygger rettssetningen og senere modifikasjoner på?

## Videre fremstilling

### Metodespørsmål

- ④ Hvordan slutter HR fra rettspraksis i etableringen og modifikasjonen av rettssetningen?
- ⑤ Hvordan slutter HR fra andre rettskilder, i tillegg til rettspraksis, ved modifikasjonen av rettssetningen i Rt. 2008 362 (Ivar Aasen)?
- ⑥ Hvordan modifieres rettssetningen i Rt. 2008 362 (Ivar Aasen)?
- ⑦ Hvordan skjer subsumsjonen i Rt. 2008 362 (Ivar Aasen)?

# ① Hvordan viser dommene at ulovfestede rettsregler utvikles i rettspraksis?

- Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige): Presenterer en generell rettssetning i form av et obiter dictum
  - «Etter min mening kan servituttene ikke tolkes slik at de er til hinder for oppføring av Gjensidigebygget, og hensett til utviklingen i det strøket der det ligger, må de for øvrig anses bortfalt. Bygget er videre oppført i henhold til reguleringsplan. Negative servitutter som hindrer utbygging i samsvar med slik plan, faller bort, uten at det gir grunnlag for noe erstatningskrav fra rettighetshavere i en tilsvarende stilling som ankemotpartene i denne saken. Ut fra den generelle interesse rettsspørsmålene i denne saken har, vil jeg begrunne mitt syn på samtlige grunnlag nærmere.» (på side 907)

# ① Hvordan viser dommene at ulovfestede rettsregler utvikles i rettspraksis?

- Rt. 2002 s. 145 (Bortelid): Modifiserer rettssetningen
  - «bortfall av negative byggeservitutter har fått en for generell utforming og bør modereres. De passer kanskje best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov» (på side 149)
- Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasens vei): Ytterligere tilskjæring
  - «reguleringsplaner kan medføre at servitutter faller bort. De klareste tilfeller er det gitt eksempler på i Borteliddommen, nemlig hvor det er direkte strid mellom formålene i servitutt og reguleringsbestemmelse, og hvor etterlevelse av servituten på annen måte vil føre til meningsløs ikke-bruk eller utilsiktede følger. Utover dette er det vanskelig å stille opp noen mer presise retningslinjer» (a. 83)

## 2) Er dommene prejudikater og i så fall for hva?

- Prejudikat: mønsterdannende høyesterettsdom
- Dersom rettssetning gjentas, forsterkes prejudikatsvirkningen (sml. Vederlagsdommene).
- Tilfellet her ? Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen):
  - «Jeg oppfatter det slik at Høyesterett i Bortelid-dommen klart modifierer uttalelsene i Gjensidige-dommen. Videre konstaterer jeg at uttalelsene i Bortelid-dommen er helt generelle; de retter seg ikke bare mot situasjonen hvor det gjelder festekontrakter av nyere dato.» (a. 80)
  - Tilskjæring av prejudikatet: «Jeg finner ... at den helt generelle setningen i Gjensidigedommen om at negative servitutter faller bort i den utstrekning de strider mot bestemmelser i reguleringsplaner, ikke kan opprettholdes..» (a. 83)
  - Prejudikat: «reguleringsplaner kan medføre at servitutter faller bort. De klareste tilfeller er det gitt eksempler på i Borteliddommen, nemlig hvor det er direkte strid mellom formålene i servitutt og reguleringsbestemmelse, og hvor etterlevelse av servitutten på annen måte vil føre til meningsløs ikke-bruk eller utilsiktede følger. Utover dette er det vanskelig å stille opp noen mer presise retningslinjer» (a. 83)

 **MODIFIKASJON AV PREJUDIKATET**

# ③ Hvilke rettskilder bygger rettssetningen og senere modifikasjoner på?

## 1. Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige)

- Presenterer en generell rettssetning (obiter)
- Rettspraksis:
  - [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#).
- Rettskilder som ikke brukes:
  - Lov
  - Forarbeider
  - Rettslitteratur
  - Utenlandsk rett

## 2. Rt. 2002 s. 145 (Bortelid)

- Utgangspunkt i Gjensidigedommen (s. 149)
- Rettslitteratur
- Rettspraksis:
  - [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#).

## 3. Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen)

- Lovregulering og praksis omkring negative servitutter og reguleringsplaner (a. 67 flg.)
- Dansk planlov (!) (a. 70, sml. a 88)
- Forarbeidene (a. 71-72)
- Rettspraksis:
  - Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige)
    - [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#).
  - Rt. 2002 s. 145 (Bortelid)?
  - Rt. 2004 s. 883



# VIDERE FREMSTILLING

- Med utgangspunkt i alle tre dommer:  
Hvordan slutter HR fra rettspraksis i etableringen og modifikasjonen av rettssetningen?
- Med utgangspunkt i nyeste dom:  
Hvordan slutter HR fra **andre rettskilder, i tillegg til rettspraksis,**  
ved modifikasjonen av rettssetningen i **Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) ?**

# ④ Hvordan slutter HR fra rettspraksis i etableringen og modifikasjonen av rettssetningen?

## 1. Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige)

- Rettspraksis: [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#)
- «Allerede tidlig i dette århundret oppsto spørsmålet om forholdet mellom private servitutter og offentlige arealplaner. Jeg viser til avgjørelser inntatt i [Rt-1900-147](#) og [Rt-1903-417](#) der Høyesterett fastslo at negative servitutter som var til hinder for utbygging i samsvar med arealplan, måtte vike for denne og anses bortfalt. Det kan være noe tvilsomt i hvilken grad det her ble lagt vekt på en tolking av de avtalene som lå til grunn for servituttene. Etter min mening følger resultatet av lovgivningen om arealplanlegging og virkningen av reguleringsplaner. Som støtte for dette syn viser jeg til [Rt-1953-1360](#).» (på side 907)

## 2. Rt. 2002 s. 145 (Bortelid)

- Rettspraksis: [Rt-1995-904](#), [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#).
- Utgangspunkt: Gjensidige-dommen (s. 149)
- Poengterer at «dommen har i ettertid vært kritisert», viser til rettslitteratur.
- «..uttalelsene om bortfall av negative byggeservitutter har fått en for generell utforming og bør modereres. De passer kanskje best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov, som strøkservitutter som båndlegger areal til et annet formål enn det reguleringsplanen har, deleforbud i eldre villastrøk og bestemmelser om byggegrenser mv.. slik det har vært tale om i [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#).»

## 3. Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen)

- Rettspraksis: Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige), [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#), Rt. 2002 s. 145 (Bortelid), Rt. 2004 s. 883

### Om Rt. 1995 s. 904 (Gjensidige) (a 74-77)

- Avgrenser preiudikatsvirkningen av dommene fra 1900 og 1903 ved hjelp av førstvoterendes egne uttalelser
- Tolker dommen fra 1953 lys av forarbeider og uttalelsene i Gjensidige. «Uttalelsene i Gjensidige-dommen må oppfattes som atskillig videre». → Dvs Begrenser rettskildebelegget for uttalelsen

### Om Rt. 2002 s. 145 (Bortelid) (a. 78-80)

«Jeg oppfatter det slik at Høyesterett i Bortelid-dommen klart modifierer uttalelsene i Gjensidige-dommen. Videre konstaterer jeg at uttalelsene i Bortelid-dommen er helt generelle; de retter seg ikke bare mot situasjonen hvor det gjelder festekontrakter av nyere dato» (a. 80.)  
→ Dvs utvider uttalelsens rekkevidde

### Om Rt. 2004 s. 883 (a. 81-82)

«Jeg kan imidlertid ikke se at uttalelsen løser spørsmålet i den foreliggende sak.» Dommen «har utgangspunkt i en tinglysningsrettslig problemstilling og knytter seg til delingsforbud»  
→ Avgrenser evt. annet preiudikats relevans: annet rettssspørsmål og annet faktum

# ④ Hvordan slutter HR fra rettspraksis i etableringen og modifikasjonen av rettssetningen?

## 3. Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) – om Gjensidige

- «(75) Det er i dommen ikke presisert nærmere hvilke lovbestemmelser resultatet bygger på.
  - (76) Som førstvoterende i Gjensidige-dommen fremhever, er det tvilsomt hva som på generelt grunnlag kan utledes av de nevnte avgjørelsene fra 1900 og 1903, fordi tolkning av de aktuelle klausuler sto sentralt i disse dommene.
  - (77) Avgjørelsen fra 1953 synes å være mer generell. Her er det lagt til grunn at en servitutt måtte vike ved kollisjon mellom offentlig regulering og servitutten. Saken gjaldt et klart tilfelle av kollisjon mellom negativ servitutt og reguleringsplan, idet bestemmelser om eiendommens formål i de to reguleringer ikke lot seg forene. Etter servitutten skulle bebyggelsen være villamessig; etter reguleringsplanen var formålet industri, nærmere bestemt skulle det anlegges en mølle på tomten. Dommen tar ikke stilling til situasjonen hvor det ikke er fullstendig kollisjon mellom servitutt og reguleringsplan. Uttalelsene i Gjensidige-dommen må oppfattes som atskillig videre.»
- Sml. a. 71 og 72 om slutning fra forarbeidene: «Etter mitt syn gir ikke [forarbeids]uttalelsen uttrykk for annet enn det som følger av avgjørelsen i [Rt-1953-1360](#), som jeg kommer tilbake til» .

# ④ Hvordan slutter HR fra rettspraksis i etableringen og modifikasjonen av rettssetningen?

## 3. Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) – Om Bortelid

- «(78) I Bortelid-dommen var spørsmålet om fortetting av et hytteområde i samsvar med en reguleringsplan kunne skje uavhengig av festekontrakter som forbød ytterligere utbygging i området. På side 149 i dommen heter det blant annet:  
«Gjensidige-dommen har i ettertid vært kritisert [i rettslitteraturen] ... Jeg er kommet til at uttalelsene om bortfall av negative byggeservitutter har fått en for generell utforming og bør modereres. De passer kanskje best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov, som strøkservitutter som båndlegger areal til et annet formål enn det reguleringsplanen har, deleforbud i eldre villastrøk og bestemmelser om byggegrenser mv., slik det har vært tale om i [Rt-1900-147](#), [Rt-1903-417](#) og [Rt-1953-1360](#)....  
(79) I den konkrete vurderingen av om servituten kunne opprettholdes, heter det på side 150 blant annet:  
«Opprettholdelse av servituten innebærer ikke en meningsløs 'ikke-bebyggelse' av området, eller et utilsiktet hinder, slik det var tale om i de eldre dommene jeg har nevnt.»  
(80) Jeg oppfatter det slik at Høyesterett i Bortelid-dommen klart modifierer uttalelsene i Gjensidige-dommen. Videre konstaterer jeg at uttalelsene i Bortelid-dommen er helt generelle; de retter seg ikke bare mot situasjonen hvor det gjelder festekontrakter av nyere dato»

# ④ Hvordan slutter HR fra rettspraksis i etableringen og modifikasjonen av rettssetningen?

## 3. Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) – om [Rt-2004-883](#)

- «(81) Jeg nevner også avgjørelsen i [Rt-2004-883](#), som gjaldt spørsmålet om et tinglyst deleforbud var til hinder for tinglysning av en deleforretning. Her uttales det i avsnitt 25 blant annet: «Når det gjelder strøkservituttene, er situasjonen for svært mange at tiden har løpt fra dem. Det kan være kommet nye reguleringsplaner, jf. [Rt-1995-904](#) og [Rt-2002-145](#), og det kan dessuten allerede fra gammelt av være foretatt utparselleringer i strid med servituttene, fordi ingen rettighetshaver har protestert. Etter rettspraksis vil servituttene i utviklingens medfør ofte være bortfalt».
- (82) Her presumeres det altså at de aktuelle strøkservitutter bortfaller. Jeg kan imidlertid ikke se at uttalelsen løser spørsmålet i den foreliggende sak. Den har utgangspunkt i en tinglysningsrettslig problemstilling og knytter seg til delingsforbud, som nettopp er blant de reguleringer som Borteliddommen nevner som eksempler på at må vike for reguleringsplan..»

# ⑤ Hvordan slutter HR fra andre rettskilder, i tillegg til rettspraksis, ved modifikasjonen av rettssetningen i Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) ?

## • Utgangspunkt i lovregulering (kfr. tidligere dommer):

- Omkring negative servitutter (a. 67)  
«Jeg starter med å slå fast at lov og praksis bygger på at negative servitutter lovlig kan stiftes og påtales»
- Omkring reguleringsplaner (a. 68)  
«Samtidig bestemmer plan- og [bygningsloven § 31](#) at reguleringsplaner er bindende. Dette innebærer at det ikke kan bygges i strid med reguleringsplan. Noen plikt til å utnytte alle de muligheter planen åpner for, følger derimot ikke av bestemmelsen» (a 68).
- Om regulering av konfliktsituasjoner servitutt/reguleringsplan (A. 69)  
«Norsk rett har ingen lovbestemmelse som uttrykkelig bestemmer at negative servitutter faller bort i den utstrekning de er i strid med en reguleringsplan. Derimot kan negative servitutter eksproprieres, jf. [pbl] [§§ 34](#) og [35](#) og [oreigningsloven § 2](#), jf. [§ 1](#), eller avskipes eller omskipes etter [servituttloven §§ 5](#) til [7](#) dersom samfunnsmessige hensyn eller hensynet til utbyggeren tilsier det».

## • Dansk planlov (!) (a. 70, sml. a 88)

- «Til sammenligning nevner jeg at den danske planloven i § 15» har en opphørsregel ved kollisjon.
- «En slik uttrykkelig bestemmelse har altså ikke norsk rett»

## • Forarbeidene (a. 71-72)

- «Spørsmålet om hvorvidt en servitutt faller bort som følge av en reguleringsplan, er i liten grad berørt i forarbeidene til de ulike norske plan- og bygningslover. Den ankende part har vist til en uttalelse i [Ot.prp.nr.1 \(1964-1965\) side 93](#), .... Etter mitt syn gir ikke [forarbeids]uttalelsen uttrykk for annet enn det som følger av avgjørelsen i [Rt-1953-1360](#), som jeg kommer tilbake til»
- Sml. A. 77. Dommen tar ikke stilling til situasjonen hvor det ikke er fullstendig kollisjon mellom servitutt og reguleringsplan.

## LOVTOLKNING

1 Forutsetning i lov/praksis: negative servitutter er tillatte

2 Pbl om reguleringsplan. Slutning: «ikke i strid», men ingen plikt

3 Ingen kollisjonsregel/ uttrykkelig «opphørsregel»

Men andre lovbestemte løsninger

4. UTENLANDSK RETT  
En dansk regel inn i slutningsprosessen??  
sml. subsumsjon i a. 88

## FORARBEIDER

Slutning:

- Liten veiledning
- Uttrykk for det samme som følger av tidligere rettspraksis, sml. a 77
- Ergo: kan en ikke slutte en løsning fra F.A.<sup>2</sup>

## ⑥ Hvordan modifieres rettssetningen i Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) ?

- Konklusjon med hensyn til fastleggelse av regelinnhold og modifikasjon av rettssetningen i Gjensidige (a. 83)
- **Modifikasjon:**  
«Jeg finner på denne bakgrunnen at den helt generelle setningen i Gjensidige-dommen om at negative servitutter faller bort i den utstrekning de strider mot bestemmelser i reguleringsplaner, ikke kan opprettholdes»
- Hva er «på denne bakgrunn»? **Observasjoner om flertallets (FT) fremgangsmåte:**
  - A. FT tar ar et annet rettslig utgangspunkt enn i Gjensidige: Lov, forarbeider, utenlandsk rett (=alminnelige metode og ett avvik)
  - B. FT viser hvilke slutninger som kan trekkes ut av disse rettskildene: Liten veiledning
  - C. Slutning om nevnte kilder kan ses i sammenheng med uttalelsen om at «Det er i [Gjensidige]dommen ikke presisert nærmere hvilke lovbestemmelser resultatet bygger på».  
Svekker FT prejudikatsvirkningen av Gjensidige-dommen ved å vise at det i dommen ikke er angitt lovgrunnlag for resultatet?  
Har iallfall vist at det er et spinkelt lovgrunnlag
  - D. FT trekker andre slutninger fra rettspraksis som legges til grunn i Gjensidige-dommen: Svekker prejudikatet
  - E. FT bygger videre på Bortelid-dommen, som «klart modifierer uttalelsene i Gjensidige-dommen». Konstaterer samtidig at uttalelsene i Bortelid-dommen er helt generelle; de retter seg ikke bare mot situasjonen hvor det gjelder festekontrakter av nyere dato» (a. 80.)  
Dvs: FT bekrefter prejudikatsverdien av regelmodifikasjonen, og utvider uttalelsens rekkevidde
  - F. FT avgrensar evt. annet prejudikats ([Rt-2004-883](#)) relevans: annet rettsspørsmål og annet faktum (a. 82)

## ⑥ Hvordan modifieres rettssetningen i Rt. 2008 s. 362 (Ivar Aasen) ?

- **Ny regelformulering**

«[Det] kan ... ikke være tvilsomt at reguleringsplaner kan medføre at servitutter faller bort. De klareste tilfeller er det gitt eksempler på i Bortelid-dommen, nemlig hvor det er **direkte strid mellom formålene i servitutt** og reguleringsbestemmelse, og hvor **etterlevelse av servituten på annen måte vil føre til meningsløs ikke-bruk eller utilsiktede følger**. Utover dette er det vanskelig å stille opp noen mer presise retningslinjer» (a. 83)



## ⑦ Hvordan skjer «subsumsjonen»

- A. Utgangspunkt: Oppdeling av regelfastsettelses- (tolknings-) og subsumsjonsstadiet  
Jf. avsnitt 84: «Jeg går da over til å vurdere forholdet mellom den negative servitutten og reguleringsplanen i vår sak.»
- B. Forholdsvis kortfattet subsumsjon (regelanvendelse)
- C. Faktum: forholdet mellom negativ servitutt og reguleringsbestemmelser (a.85-86)
  - a) a. 85: samsvar mellom aktuell reguleringsbestemmelse og servitutt mht. formål:  
**Regelanvendelse:** «Noen **fullstendig kollisjon** er det følgelig ikke tale om».
  - b) a 86: Når småhusplanen trekkes inn i vurderingen; servitutten tillater fortetting:  
**Regelanvendelse:** «dreier ... seg ikke om noe kollisjonstilfelle hvor **urimelig ikke-bruk eller utilsiktede hindringer** ville blitt resultatet dersom det måtte bygges i samsvar med den negative servitutten»

## ⑦ Hvordan skjer «subsumsjonen»?

D. A. 87 «Det er anført at servitutter av reguleringsmessig karakter ikke kan ha det samme vern som servitutter av individuell karakter, og at de derfor bør falle bort i den utstrekning de er i strid med reguleringsplan. Etter mitt syn er det vanskelig å konstatere en slik rettssetning med det rettskildebildet som foreligger. Uten nærmere lovregler vil dessuten en slik avgrensning kunne bli svært vanskelig. Dersom det anses som ønskelig med den generelle ordning at strøkservitutter skal vike for reguleringsplan, anser jeg det for en lovgiveroppgave å vurdere lovendringer, for eksempel i tråd med de danske reglene jeg har gjengitt».

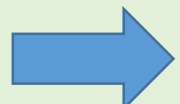
→ Avvisning av å oppstille ytterligere retningslinjer, sml. uttalelse om regelinnhold «Utover dette er det vanskelig å stille opp noen mer presise retningslinjer» (a. 83).  
Del av subsumsjon, men får betydning for regelens innhold: ikke forskjell

«Lovgiveroppgave» → Sammenheng med maktfordelingsprinsippet

E. FT «vektlegger også at karakteren av en servitutt kan være av vesentlig betydning ved vurderingen av om servitutten har falt bort i utviklingens medfør etter tingsrettslige regler. Også klausulens alder vil være av stor betydning her. Men som jeg tidligere har fremhevet, er spørsmålet om den negative servitutten i den foreliggende sak er falt bort i utviklingens medfør, ikke tema for Høyesterett» (a.) 89:

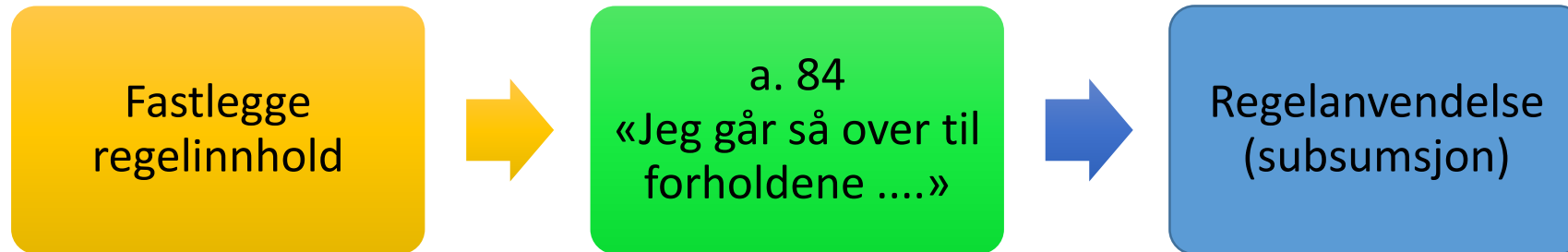
Uttalelse som peker

- bakover på avsnitt 87 om «lovgiveroppgave», og
- fremover mot mindretallets votum: sml. avsnitt 96

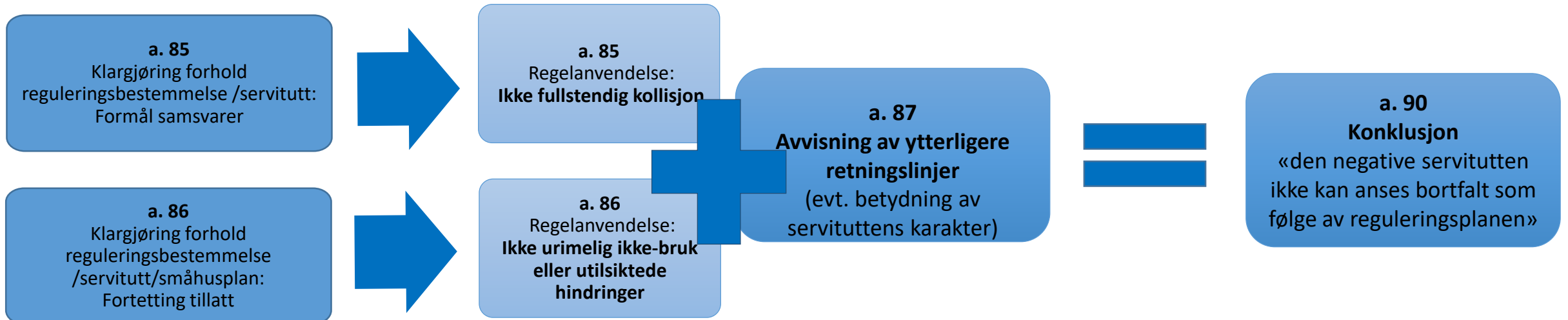
 Dissensen er tema på kurset

# ⑦ Hvordan skjer «subsumsjonen»?

## Regelfastlegging/regelanvendelse:



## Regelanvendelse:



## HOVEDTEMA V

Domsanalyse: Regelformulering og -utvikling og forholdet til faktum (subsumsjon)

# Grunnspørsmål

Samspeilet mellom regelfastsettelsen og anvendelsen av reglene på faktum

# Grunnspørsmål

- (1) Hva er «subsumsjon»?
- (2) Hva menes med «minimal subsumsjon» og «omfattende subsumsjon»?
- (3) Hva er forskjellen på «tolkningstunge» og «subsumsjonstunge» rettslige vurderinger?

# Dommer som skal analyseres

1. Rt. 1998 s. 1164 Furumoa
2. Rt. 2005 s. 805 Hvaler
3. Rt. 2008 s. 803 Kongsbakke
4. Rt. 2012 s. 882 Nesodden

# Innledende betraktninger

- Alle dommene gjelder tolkning og anvendelse av friluftsloven § 1a, jf. § 2: Forståelsen av hva som er 'innmark' i relasjon til den alminnelige ferdselsretten i utmark
- § 1a:

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

Med utmark mener denne lov udyrket mark som etter foregående ledd ikke reknes like med innmark.»



# Innledende betraktninger

**Rt. 1998 s. 1164 Furumoa:** Spørsmål om gyldighet av vedtak som påla grunneier å fjerne gjerder i strandsonen av hensyn til allmennhetens ferdselsrett. Avstand på 65 meter fra bolighus til strandsonens begynnelse. Strandsonen ikke ansett som 'innmark'.

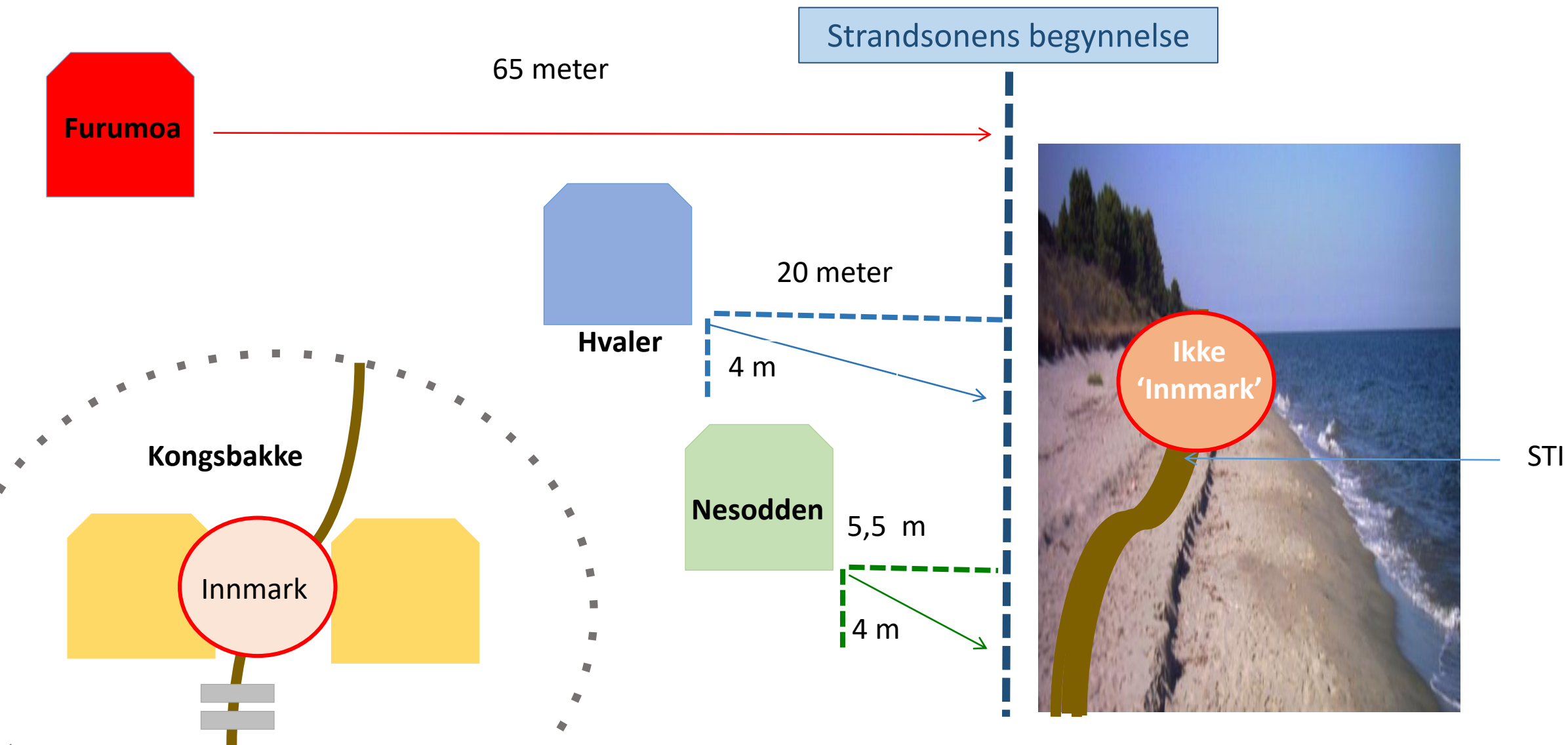
**Rt. 2005 s. 805 Hvaler:** Spørsmål om allmennhetens ferdselsrett på en sti over en fritidseiendom i strandsonen. Avstand mellom sti og hytte på 20 meter med en høydeforskjell på 4 meter. Stien ikke ansett som 'innmark'.

**Rt. 2008 s. 803 Kongsbakke:** Spørsmål om gyldighet av vedtak om fjerning av port ved atkomsten til en fritidseiendom for å sikre allmennhetens adgang til sjøen på stier som lå mellom hyttene på eiendommen. Stiene ansett som 'innmark' og vedtaket kjent ugyldig. Dissens (3-2)

**Rt. 2012 s. 882 Nesodden:** Spørsmål om gyldighet av vedtak om tillatelse til merking av kyststi over privat eiendom. Stien gikk 5,5 meter fra det ene hjørnet av hovedhuset, men med en høydeforskjell på 4-5 meter fra husene og uteområdene rundt disse. Stien ikke ansett som 'innmark', og vedtaket ble opprettholdt.

**Fellestrekk:** Dommene tolker uttrykkene 'hustomt' og 'utilbørlig fortrenghet for eier, bruker eller andre' og anvender dem på det konkrete saksforholdet. Rettsnormen som brukes er den samme, selv om vurderingsmomenter utvikles gjennom praksis, men saksforholdet (faktum) avgjør utfallet.

# Innledende betraktninger



# Innledende bemerkninger

To tolkningsproblemer:

1. Hva menes med 'hustomt'?
2. Hva menes med 'utilbørlig fortrengsel for eier, bruker eller andre'?

# Innledende bemerkninger

Forholdet juss/faktum: Forskjellige metoder

Rt. 1998 s. 1164: Veksling regelfastsettelse (tolkning) og subsumsjon

Rt. 2005 s. 805: Først rettslige utgangspunkter, så subsumsjon for begge regeltemaene ('hustomt' og 'sekkebestemmelsen')

Rt. 2008 s. 803: En viss deling mellom regelfastsettelse og subsumsjon, men noen 'tilbakekoblinger' til rettskildene

Rt. 2012 s. 882: Klar deling mellom regelfastsettelse og subsumsjon. Nokså omfattende subsumsjon.

# Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa)

## Veksling i regelfastsettelse og faktumanvendelse (s. 1170-1171)

- Først faktumangivelse : «I vår sak dreier det seg om hvorvidt et område i strandsonen på en større eiendom er inn- eller utmark. Avstanden mellom bolighuset og strandsonens begynnelse er ca 65 meter. Selve strandsonen består dels av stranden som er ca 6 meter bred, og et sivbelte på ca 5 meter. Det er etablert noen innretninger i sivbeltet, mens det er bygget to moloer og en slipp på stranden opp i sivbeltet. Den ene moloen fungerer samtidig som feste for en hengebro ut til et skjær med et bade-/gjestehus. Arealet mellom huset og strandsonen består som nevnt av en gressplen med busker og store furutrær.»
- Derneft: Tolkning av 'hustomt' (s. 1171)
  - Slutning fra lovtekst: «Uttrykket hustomt er ikke noe entydig juridisk begrep, og må derfor etter mitt syn fortolkes i den sammenheng det blir benyttet.»
  - Støtte i lovforarbeidene, Friluftskomiteens innstilling s. 57
  - Slutning fra formål/reelle hensyn: «Stilt overfor de interesser som ferdselsretten representerer, må uttrykket hustomt begrenses til den mer private sonen rundt bolighuset.»

## Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa)

- Tolkning av 'liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrenghet for eier eller bruker' (s. 1172)
  - Slutning fra lovtekst: «Det skjønnsstema bestemmelsen anviser - utilbørlig fortrenghet for eier eller bruker - innebærer etter mitt syn at det må stilles høye krav for at noe med hjemmel i denne bestemmelse skal kunne rubriseres som innmark.»
  - Slutning fra/støtte i forarbeidene: «[P]roposisjonen side 23 [gir] anvisning på at den skjønnsmessige bedømmelsen skal finne sted etter lokale forhold i det enkelte tilfelle. Av det jeg har sitert foran fremgår at Friluftsløvskomitéen mente at lovutkastet etablerte en streng norm slik at det måtte kreves atskillig før noe ble godtatt til eksklusiv rådighet..»

# Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa)

- Så: Ny faktumangivelse (presisering av problemstillingen) (s. 1172):
  - «Innledningsvis i min vurdering av sekkebestemmelsen finner jeg grunn til å reise spørsmål om hvilken betydning det har at området i vår sak har vært inngjerdet lenge. Gjerdet mot eiendommen "Ly" kan tidfestes til 1930-årene, og gjerdet mot naboeiendommen i syd - Sjøbakken Camping - iallfall til 1952, og det er ikke påvist noen ferdselsvei i strandsonen på eiendommen.»
- Med påkobling av rettskildeargument (lovens bakgrunn/formål/forarbeider) (s. 1172-1173)
  - «I denne sammenheng kan det også være aktuelt å spørre om det har noen betydning at den bestemmelse som tidligere var tatt inn i [friluftsløven § 13](#) - som forpliktet eiere å fjerne blant annet uhjemlede stengsler innen en seks måneders frist etter lovens ikrafttreden - ikke er etterlevd. Spørsmålet er om en eier av et areal som ellers ville vært utmark, får en særlig rettsbeskyttelse mot allmennhetens ferdsel, fordi slik ferdsel tidligere ikke har vært utøvd. Etter min mening må man her ta utgangspunkt i at ferdselsretten har vært - og er - til stede så lenge et område rettslig sett er å anse som utmark. Manglende utøvelse av retten fører ikke til at den faller bort. Allemannsrettene er knyttet til utmark og ikke til faktisk utøvelse. Rettene vil således hele tiden ligge der latent. Tilsvarende fører etter mitt syn inngjerding av det som ellers er utmark ikke i seg selv til at området går over fra utmark til innmark. Jeg viser på dette punkt til drøftelsen i Friluftsløvskomitéens innstilling side 8-9. Jeg finner også grunn til å understreke at jeg ikke kan se at en lite effektiv håndhevelse fra kommunens side av friluftsløvens regler har betydning her.»

## Rt. 1998 s. 1164 (Furumoa)

- Deretter drøftelse av forskjellige momenter som faktum og partenes anførsler aktualiserer med utgangspunkt i de normene som er trukket opp (s. 1173-1174)
  - Avstanden mellom bolighus og strandsonen
  - At eierne hadde satt opp en rekke installasjoner i strandsonen
  - Eiernes dyrehold
  - Eksistensen av en campingplass i nærheten som kan medføre økt trafikk
  - At allmennheten har ferdselsrett i andre områder i nabolaget
  - At en ferdselsrett etter friluftsløven i strandsonen på eiendommen vil påvirke dennes verdi negativt.
- Frem til en konklusjon om at allmennhetens ferdsel ikke er til 'utilbørlig trengsel' og at allmennheten har ferdselsrett etter l. § 2



# Rt. 2005 s. 805 (Hvaler)

- Tolkning av 'hustomt'
  - Slutning fra rettspraksis (Furumoa-dommen), avsnitt 59
    - «Uttrykket hustomt er ikke noe entydig juridisk begrep, og må derfor etter mitt syn fortolkes i den sammenheng det blir benyttet. Dette fremgår også av Friluftslovkomitéens innstilling side 57. Slik jeg ser det, vil det være i strid med friluftslovens grunntanke å anse en eiendom med et areal på 13.379 m<sup>2</sup> som hustomt i sin helhet. Stilt overfor de interesser som ferdselsretten representerer, må uttrykket hustomt begrenses til den mer private sonen rundt bolighuset.»
  - Supplement av formålsbetraktninger/reelle hensyn vedrørende spørsmålet om det må skilles mellom helårsbolig og fritidshus, avsnitt 61-62,
    - «Ved fastleggelsen av hustomtbegrepet må det i tillegg til arealets størrelse blant annet tas hensyn til terrengforhold, arrondering og tomtens plassering» (avsnitt 61)
    - «Partene har gitt uttrykk for forskjellige oppfatninger om hvorvidt det ved fastleggelsen av tomtebegrepet skal skilles mellom boliger for helårsbruk og fritidsboliger. Jeg kan vanskelig se at det kan være grunnlag for noe prinsipielt skille på dette punkt. Ved fastleggelsen av tomtebegrepet må det imidlertid som nevnt blant annet tas hensyn til tomtens plassering. For allmennhetens behov for rekreasjon og friluftsliv står strandområder i en særstilling. Som følge av den store betydning slike områder har for allmennhetens friluftsliv må grunneiere som bygger i strandsonen, etter min mening finne seg i å få allmennheten tettere inn på seg enn det som gjelder i områder hvor allmennhetens behov for ferdsel er mindre.» (avsnitt 62)
- Så anvendelse på faktum (subsumsjon), avsnitt 63-67
  - Stien: 20 meters avstand, 4 meters høydeforskjell. Ikke over 'hustomt'. I tillegg vurdering av anneks (7,5 meter). Heller ikke hustomt.

# Rt. 2005 s. 805 (Hvaler)

- Tolkning av 'liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrengsel for eier eller bruker', avsnitt 69
  - Slutning fra rettspraksis
    - «Som fremholdt av førstvoterende i Furumoa-dommen på side 1172, gir denne bestemmelse anvisning på en «streng norm» slik at det må «stilles høye krav for at noe med hjemmel i denne bestemmelse skal kunne rubriseres som innmark».»
- Anvendelse på faktum (subsumsjon), avsnitt 70-72
  - Bl.a. at det fantes alternativ sti og at det til tider var stor trafikk. Pdas. hadde stien vært brukt lenge. Ikke utilbørlig fortrengsel

# Rt. 2008 s. 803 (Kongsbakke)

- Dissens (4-1)
- Flertallet: Tolker 'hustomt' på grunnlag av ordlyd og rettspraksis (Hvaler-dommen), avsnitt 45-48
  - Se tendens til 'distinguishing the case' (avsnitt 48)
- Trekker også inn Direktoratet for naturforvaltnings håndbok (49-50)
  - Hvilken type rettskilde er dette?
- Så subsumsjon (51 flg), men 'kobler tilbake' til håndboken (53). 'Veksling'
- Avgjør på grunnlag av 'sekkebestemmelsen' ('utilbørlig fortrengelse') (56). Distinguishing the case ift Hvaler-dommen (59). Konstaterer at det er utilbørlig fortrengsel. Vekt på at det finnes alternative stier + tidligere avtale (60-62)
- Mindretallet: Annen subsumsjon. Legger vekt på at de alternative traseene ikke er like gode (69-71)

# Rt. 2012 s. 882 (Nesodden)

- Klart skille tolkning/subsumsjon
- Tolkning av 'sekkebestemmelsen' ('liknende område hvor almenhetens ferdsel vil være til utilbørlig fortrengsel for eier eller bruker')
  - Slutning fra rettspraksis. Skjønnstema og momenter fra de andre dommene (se avsnitt 43 flg.)
    - Normen er streng (avsnitt 44)
    - Grunneierne må finne seg i å få andre inn på seg, jf. Kongsbakke (avsnitt 46)
    - Skal legge vekt på lokale forhold (avsnitt 47)
    - Forutsetter at allmennheten opptrer hensynsfullt (avsnitt 48)
    - Finnes det alternative ferdselsmuligheter til mindre sjenanse?, jf. Kongsbakke (avsnitt 50). Avhenger av ferdselsrettens formål, jf. Kongsbakke (avsnitt 51)
    - Betydning at ferdselsretten ikke har vært utøvd, jf. Furumoa (avsnitt 52-54)
  - + Eget moment: Sannsynligheten for at ferdselen vil øke (utledes av formålsbetraktninger, avsnitt 55)

## Rt. 2012 s. 882 (Nesodden)

- Anvendelse av skjønnskriteriene og momentene på faktum (subsumsjon), avsnitt 56 flg.