

DOMSSAMLING

KURS I RETTSKILDELÆRE

4. AVD.

Dommer som ikke står i Doms-og kjennelsessamling 4. avd. annen utgave

Innhold:

Rt. 1979:1079	Sinnsykes ankerett	s. 3
Rt-2009-780	Derivatdommen	s. 9
Rt-2011-469	Mishandling tidligere samboer	s. 22
Rt. 2008: 362	Strøkservituttdommen	s. 25
Rt. 1995: 904	Gjensidigedommen	s. 43
Rt. 2002: 145	Borteliddommen	s. 49

Rt-1979-1079 Sinnsykes ankerett

INSTANS:	Høyesterett - kjennelse
DATO:	1979-09-22
DOKNR/PUBLISERT:	Rt-1979-1079
STIKKORD:	(Sinnsykes ankerett) Straffeprosessloven § 98 annet ledd. Sikringstidens lengde.
SAMMENDRAG:	En 32 år gammel kvinne som i sinnssykdom drepte sin mor og forsøkte å drepe sin far, ble i herredsretten idømt sikring etter straffeloven § 39 nr. 1 a, b, d, e og f for en tid av 10 år. Hun anket over sikringstidens lengde, men anken ble forkastet. - Antatt at anken ikke måtte avvises selv om vergen ikke hadde villet medvirke til at anke ble uttalt. Uttalelser om tidligere praksis og lovforslag av betydning for spørsmålet.
SAKSGANG:	L.nr. 124B/1979.
PARTER:	Riksadvokat Magnar Flornes, aktor mot A (forsvarer høyesterettsadvokat Johan Hjort).
FORFATTER:	Blom, Elstad, Aasland, Holmøy og Mellbye.

Dommer Blom: Vesterålen herredsrett avsa 7. mai 1979 dom med slik domsslutning:

- «1. A, født *.*.1946, finnes i sinnssykdom å ha overtrådt str. § 233, 1. ledd, jfr annet ledd, 1. straffalternativ, og strl. § 233 første ledd, jfr annet ledd, 1. straffalternativ, jfr. strl. § 49.
2. Påtalemyndigheten bemyndiges for inntil et tidsrom av 10 - ti - år å anvende de sikringsmidler som er nevnt i strl. § 39, nr. 1, a, b, d, e og f.
3. Enkeltløpet hagle, kaliber 15, inndras til fordel for statskassen.
4. Saksomkostninger idømmes ikke. »

Ved forkynnelsen av dommen erklærte siktede at hun ønsket å anke til Høyesterett. Innen ankefristens utløp skrev hun til Høyesterett at hun anket over dommen « fordi jeg mener straffeutmålingen er for streng ».

Forsvareren for Høyesterett har i korrespondanse med siktede fått klargjort at det hun mener å anke over, er sikringstidens lengde, ikke over at bemyndigelse til sikring er gitt og heller ikke over omfanget av de sikringsmidler bemyndigelsen omfatter.

Før saken ble fremmet for herredsretten, var det i medhold av vergemålslovens § 90 a oppnevnt hjelpeverge for siktede. Hjelpevergen var til stede under hovedforhandlingen. Da anken ikke var tiltrådt av hjelpevergen, ble saken på foranledning av statsadvokaten forelagt denne. Den rapport som ble opptatt ved Sortland lensmannskontor, lyder i sin helhet slik:

« Jeg viser til telefonsamtale med statsadvokat Solli, Bodø den 25.6.79 hvori jeg ble pålagt å oppsøke verge B, x, som verge for A som i Vesterålen herredsrett ble idømt sikring for drap på sin mor. A har inngitt anke over straffutmålingen og verge skulle få rett til å uttale seg.

25.6.79 kl. 1500 avhørt ved ---Samvirkelag, X, som verge:

B, f. *.*.1923, X. Gjort kjent med anken.

Hun forklarer:

Som verge er avh. gjort kjent med at A har anket (over straffutmålingen) dommen i Vesterålen herredsrett hvori hun ble idømt 10 år sikring.

Som verge vil ikke avhørte bifalle denne anke til Høyesterett. Hun anser den dømte i en slik tilstand at det vil være sikrest og best for domfelte at hun blir sikret i henhold til dommen.

Opplest og vedtatt: B (s). Underskrevet på kladd. »

Riksadvokaten har påstått anken avvist fordi siktede som sinnssyk ikke har rett til på egen hånd å anke og hjelpevergen ikke har tiltrådt anken.

Saksforholdet og siktedes personlige forhold fremgår av dommen.

Jeg behandler først avvisningsspørsmålet.

Straffeprosesslovens § 98 lyder slik:

Side 1081

« Har siktede ikke nådd myndighetsalderen tilkommer de ham tillagte partsrettigheter også vergen.

Er han sindssvag, har Værgen hans Partsrettigheter. »

Denne bestemmelse er i praksis og teori tidligere forstått slik at det er vergen alene som har partsrettigheter, og at siktede ikke på egen hånd kan utøve disse.

Riksadvokaten har fremholdt at slik det alminnelige syn på sinnssyke og deres rettigheter har utviklet seg, har en sinnssykt siktet i praksis fått visse partsrettigheter under hovedforhandlingen, således krav på å bli stevnet og få anledning til å være til stede ved denne. I forslaget til ny straffeprosesslov er bestemmelsen i § 98 annet ledd foreslått endret slik at siktede også skal kunne anvende rettsmidler på egen hånd, og de beste grunner taler for en slik endring, men på grunnlag av gjeldende rett har riksadvokaten funnet å måtte påstå anken avvist.

Jeg er ikke enig i at anken må avvises.

Først nevner jeg at foreleggelsen for vergen, slik den ifølge den gjengitte lensmannsrapport gikk for seg, ikke var egnet til å gi vergen fullstendig forståelse av hva siktede anket over. Hjelpevergen har således neppe vært klar over at anken bare gjaldt sikringstidens lengde. Jeg nevner også at hjelpevergen ikke selv har foretatt noen prosesshandling. Hun har ikke vedtatt dommen og heller ikke sagt at hun trekker siktedes anke tilbake. De særlige spørsmål som måtte oppstå hvor siktede og hjelpevergen foretar motstridende prosesshandlinger, kommer jeg derfor ikke inn på. Spørsmålet for meg blir da bare om en sinnssyk sikringsdømt er avskåret fra å få sikringsdommen prøvd av Høyesterett dersom hjelpevergen vegrer seg mot å medvirke til dette.

Et slikt resultat vil etter min mening ikke bare være i strid med det syn på de sinnssyke og deres rettigheter som etter hvert har arbeidet seg frem hos oss. Det vil også i sin konsekvens medføre at en sikringsdømt sinnssyk uten videre er fratatt en elementær rettssikkerhetsgaranti som tilkommer alle andre i dette land. Hvis siktede skulle nektes adgang til å anke, ville det innebære at vergen kunne hindre siktede i å få overprøvet den skjønsmessige vurdering av sikringstidens lengde slik som i nærværende sak. Så vidt jeg kan forstå ville siktede også være avskåret fra å påberope rene saksbehandlingsfeil i underinstans med mindre vergen var villig til å anke. Og dette ville gjelde også hvor siktede, slik som her, tross sin sinnssykdom er tilstrekkelig orientert til ikke bare å vite hva saken gjelder, men også kunne gjøre seg opp en forsvarlig mening om den foreliggende dom.

Et slikt resultat kan jeg ikke uten tvingende grunn godta.

Jeg må medgi at det tidligere i praksis er gitt uttrykk for at en sinnssyk sikret ikke har partsrettigheter, og at dette også har vært antatt av en enstemmig teori. Jeg viser blant annet til uttrykt avgjørelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg 3. mai 1973 i sak Lnr. 473/ 1973, til avgjørelse av utvalget inntatt i Rt-1939-920 og til uttalelser under Høyesteretts voteringer i Rt-1954-528 og 1974

Side 1082

side 935. Men flere av disse avgjørelser gjelder andre sider ved spørsmålet om siktedes partsrettigheter enn det foreliggende. Dette gjelder således saken fra 1974 som ikke gjaldt siktedes ankerrett, men spørsmålet om mulige erstatningsmessige konsekvenser av at siktede ikke hadde fått anledning til å være til stede ved hovedforhandlingen. Jeg nevner også at kjæremålsutvalget i den sak som er gjengitt i Rt-1927-1098, kom til at en sinnssyk som ikke var umyndiggjort og som derfor etter den daværende lovgivning ikke hadde fått oppnevnt hjelpeverge, hadde adgang til å anvende rettsmidler.

Videre nevner jeg at loven om psykisk helsevern av 28. april 1961 nr. 2 ble endret i forbindelse med at det ble innført adgang til rettslig overprøvelse av administrative vedtak om tvangsinnlegg. Ved lov 19. juni 1969 nr. 52 ble det i § 9 a bestemt at også « den sjuke » selv har rett til å kreve en sak om frihetsberøvelse innbrakt for retten.

Da straffeprosesslovkomitéen i juni 1969 la fram sin innstilling til ny straffeprosesslov, betegnet den regelen i gjeldende lovs § 98 annet ledd om sinnssykes manglende prosessuelle handleevne som « temmelig enestående » og foreslo den vesentlig modifisert (innstillingen side 184 til 186 og lovforslaget § 84 side 17). Etter at Justisdepartementet hadde forelagt spørsmålet for en lang rekke myndigheter, institusjoner og foreninger hvorav ingen gikk inn for å opprettholde den gamle regel, fremmet Justisdepartementet i proposisjonen (Ot. prp. nr. 35 (1978-79) side 124 -127 og side 256) til ny straffeprosesslov slikt forslag til ny § 84:

« Dersom siktede er alvorlig sinnslidende eller psykisk utviklingshemmet i betydelig grad og har verge, har også denne partsrettigheter.

Mangler en person som er alvorlig sinnslidende eller psykisk utviklingshemmet i betydelig grad evnen til å forstå hva saken gjelder, eller ville en innkalling virke skadelig på ham, kan innkalling til rettsmøte i saken unnlates. I så fall utøver vergen alene hans partsrettigheter. At siktede selv ikke møter, betraktes i disse tilfelle ikke som uteblivelse. Har han ikke verge, skal det oppnevnes hjelpeverge etter vergemålslovens § 90 a. »

Jeg ser det da slik at samtidig som praksis ikke har vært helt konsekvent, er det i hvert fall i dag i alminnelighet enighet om at det vil være uheldig om siktede ikke får anledning til å søke overprøvet en sikringsdom uten vergens samtykke, og jeg understreker at det bare er dette som er spørsmålet i nærværende sak, ikke om siktedes partsrettigheter i sin alminnelighet. En slik situasjon ligger nær opp til den som forelå i 1927 og til den situasjon hvor en sinnssyk er tvangsinnlagt på sykehus, og hvor loven nå uttrykkelig har godkjent hans adgang til å handle på egen hånd.

I betraktning av dette og at det her dreier seg om rettsikkerhetsvernet for en særlig svaktstillet gruppe mennesker, finner jeg å burde legge til grunn for min avgjørelse at en sikringsdømt sinnssyk som selv har den nødvendige oversikt, ikke er avskåret fra på egen hånd å anvende rettsmidler. Jeg kan derfor ikke stemme for avvisning av anken.

Hva så realiteten angår, foreligger det for Høyesterett ikke andre

Side 1083

opplysninger enn de som fremgår av herredsrettens dom. Det saksforhold som ligger til grunn for dommen, er i seg selv ganske usedvanlig alvorlig og uhyggelig. Videre er siktedes avvik fra det normale store og dyptgående. Hun har like siden oppveksten frembudt et avvikende

schizoid adferdsmønster med paranoide vrangidéer. Det har dreiet seg om en schizofren sinnssykdom som antas å ha utviklet seg gradvis og snikende, slik at hennes egen sykdomsinnsikt er helt forsvunnet, og hun nå mener at hun er frisk og ikke trenger behandling. En eventuell helbredelse vil etter de sakkyndiges mening formodes å ta svært lang tid og vanskeliggjøres ved at hun motsetter seg behandling, Og i tillegg til sinnssykdommen har hun under dens utvikling fått sine sjelsevner varig svekket.

Alt dette gjør gjentakelsesfaren meget stor, og det gjelder her gjentakelse av liknende handlinger som saken gjelder, altså drap og drapsforsøk.

Under disse omstendigheter finner jeg det ikke bare klart at sikringsbemyndigelse er helt nødvendig for å gardere henne og hennes omgivelser mot nye katastrofehandling, men jeg antar heller ikke at det vil være forsvarlig å redusere sikringstiden. I den forbindelse nevner jeg at skulle hennes tilstand ta en gunstigere utvikling enn den som idag må anses sannsynlig, slik at sikringstiltak eller enkelte av dem ikke lenger er påkrevd, følger det straffelovens § 39 nr. 3 at de skal innstilles. Høyesteretts avgjørelse angir bare lengstetiden for de sikringstiltak administrasjonen kan anvende, og jeg finner det i denne sak ikke forsvarlig å forkorte den av herredsretten fastsatte 10-årsfrist.

Etter dette stemmer jeg for denne

kjennelse:

Anken forkastes.

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

Dommerne Aasland, Holmøy og Mellbye: Likeså.

Av herredsrettens dom (sorenskriver Simon Hals med domsmenn):

A er født *.*.1946. Hun bor på X, men oppholder seg for tiden på Y sykehus, Z, som pasient. Hun er uten arbeid og uten inntekt. Hun er ugift og uten forsørgelsesbyrde. Hun er tidligere ustraffet. ---

Retten finner bevist at tiltalte, som i mange år har oppholdt seg i Oslo, kom hjem til sine foreldre på X i slutten av august 1978.

Etter hennes forklaring under hovedforhandlingen ble forholdene hjemme etterhvert mer og mer uholdbare for henne. Hun følte at hun ikke fikk noen kontakt med foreldrene, og at det var en tvungen og delvis fiendtlig atmosfære. « De stilte bare krav til henne og ikke til seg selv ».

Til slutt syntes hun at hun hadde « fått nok », og besluttet seg til å « gi etter for raseriet og forbitnelsen og gjøre noe drastisk ». Dette drastiske var å ta livet av begge foreldrene. I den anledning prøvde hun å få låne et haglgevær av en nabo under påskudd av å skulle bruke det på jakt. Hun fikk ikke låne

Side 1084

geværet, men fikk prøveskyte det slik at hun lærte hvordan det virket.

Den 3/10.78 kjøpte hun så et enkeltløpet haglgevær kaliber 15 i en sportsforretning på Æ. Patroner hadde hun kjøpt noe tidligere i samme forretning. Geværet tok hun med hjem hvor hun gjemte det. Torsdag 6/10.78 fant hun ut at « nu måtte det skje ». Etter at hun hadde spist middag, som hun laget seg selv, gikk hun opp på rommet sitt i annen etasje for å vente på at foreldrene skulle bli ferdig med sin middag. Da hun hørte at faren kom opp trappen til annen etasje for å legge seg, tenkte hun først på å drepe ham med én gang, men ombestemte seg, da hun regnet med at moren i tilfelle på grunn av skuddet ville løpe ut av huset, slik at hun ikke fikk anledning til å drepe henne også.

Da faren var gått og lagt seg, og da hun hørte at moren var ferdig med oppvasken, tok hun geværet som hun tidligere hadde ladet og gikk ned. Moren kom akkurat ut av stuen, og tiltalte

rettet geværet mot henne og skjøt. Skuddet traff i bryst- og mageregionen slik at moren umiddelbart etter avgikk ved døden.

Etter å ha skutt moren, begynte tiltalte å lade geværet på ny for også å ta livet av faren som hun hørte ropte noe. Da faren kom ned, klarte tiltalte usett å komme seg opp i annen etasje, og da han like etter kom opp i gangen hvor hun sto, rettet hun geværet mot ham og trykket av. Det kom imidlertid ikke noe skudd, idet våpenet av en eller annen grunn var blitt sikret da det ble ladet påny, og faren klarte å ta våpenet fra henne.

På grunnlag av foranstående saksfremstilling finner retten det klart at tiltalte har gjort seg skyld i overlagt drap på sin mor, og forsøk på overlagt drap av sin far, og at hun således har overtrådt de i tiltalebeslutningen nevnte bestemmelser.

Retten er imidlertid enig med aktor i at det ikke kan bli snakk om straff, idet handlingen ble begått i sinnssykdom, og det bygges da på at begge de sakkyndige under hovedforhandlingen har fastholdt sin rettspsykiatriske erklæring av 10/1.79, som har følgende konklusjon:

1. Vi anser A, 30.10.46, som sinnssyk nu.
2. Vi antar også at hun var sinnssyk på tiden for de påklagede handlinger.
3. Vi antar at hun lider av varig, svekkede sjelsevner og antar av den grunn at det er fare for gjentakelse av straffbare handlinger.

De sakkyndige har under sine rettslige forklaringer utdypet erklæringen og i den anledning opplyst at tiltaltes sinnssykdom har utviklet seg og forsterket seg gradvis. Tidligere hadde hun nok en viss sykdomsforståelse, noe som også førte til at hun frivillig søkte psykiatrisk hjelp både ved sentralsykehuset i Akershus og ved Dikemark. Senere har imidlertid hennes sykdomsforståelse helt forsvunnet, hvilket vel er årsaken til at hun på spørsmål om hun vil gå med på behandling av sin sykdom, har svart bestemt nei, idet hun hevder å være frisk.

De sakkyndige har også fremholdt at faren for gjentakelse av tilsvarende straffbare handlinger er meget stor. I øyeblikket gjelder det spesielt overfor tiltaltes far, idet tiltalte har gitt uttrykk for beklagelse over at hun ikke fikk tatt livet av ham også. Hun har også sagt at hun ønsker å drepe sin far « som naturlig kan være », men at hun ikke har aktuelle planer om det.

Risikoen begrenses imidlertid ikke bare til ham, men kan ifølge de

Side 1085

sakkyndige gjelde hvem som helst tiltalte kommer i kontakt med, og som hun føler seg forurettet eller truet av. Det er i denne forbindelse pekt på at et særtrekk ved sykdommen er at tiltalte lett feiltolker situasjoner, og da kan hun utfra « vrangidéer » mene at hun er i sin gode rett til å handle. Dette har for så vidt tiltalte bekreftet i sin forklaring, når hun sier, at hvis noen plager henne, vil hun slå, og hvis hun slår for hardt, vil hun ikke ha noe samvittighetsnag.

Det kan også nevnes at tiltalte under hovedforhandlingen har erkjent at hun hadde lyst til å « ekspedere » en ung mann som var interessert i henne og ofte oppsøkte henne, dette fordi han « plaget » henne. Hun hadde imidlertid ikke planlagt noe slikt.

Begge de sakkyndige har uttalt at de anser det ansvarsløst å sette tiltalte fri, samt at det sansynligvis vil ta lang tid før en behandling av henne vil føre til merkbare resultater. All den grunn tiltalte må anses som å ha vært sinnssyk på handlingstiden og fortsatt er det, og da det på grunn av varige svekkede sjelsevner er fare for at hun vil gjenta handlingene, må påtalemyndigheten få medhold i sin påstand om sikringsdom. Forsvareren har ikke bestridt nødvendigheten av sikring, men har antydnet at strl. § 39, nr. 1 a-c er lite aktuell. Spesielt

bokstav c vil virke urettferdig for tiltalte, som ikke nyter alkohol i det hele tatt. Anbringelse i sinnssykehus er etter tiltaltes mening en dårlig løsning, mens hun derimot ikke har noe å innvende mot fengsling forvaring etter bokstav f.

Retten er enig med forsvareren i at det har lite for seg å fastsette alkoholforbud overfor en avholdsman, noe som kan oppfattes som om man « føyer skam til skade ». Forøvrig må imidlertid påtalemyndigheten få anledning til å anvende de andre sikringsmidlene, det vil si a, b, d, e og f uten at retten finner det nødvendig å begrunne dette nærmere.

Det dreier seg her om en meget alvorlig forbrytelse begått i sinnssykdom og med stor fare for gjentakelse. En eventuell helbredelse av tiltalte må etter de sakkyndiges uttalelse forventes å ta svært lang tid og bli vanskeliggjort ved at tiltalte setter seg imot medikamentell behandling, noe som - så vidt retten forstår - er nødvendig for at hun skal få følelse av sykdom og derved kanskje bli motivert for den egentlige terapi.

På denne bakgrunn finner retten å måtte sette sikringstiden såvidt lang som til 10 år.

Tiltalte og hennes forsvarer har ikke hatt noe å innvende mot at drapsvåpenet blir inndratt, og aktors påstand i så måte taes til følge. ---

Rt-2009-780 DERIVATDOMMEN

Strafferett. Narkotika. Legalitetsprinsippet. EMK. Lovanvendelse. Straffutmåling. Straffeloven § 162 første jf. annet ledd. Legemiddeloven § 31 første ledd jf. § 13 første ledd og § 14 andre jf. første ledd.

Saken gjaldt om gammabutyrolakton (GBL) som ikke sto på narkotikalistens måtte anses som et derivat av gammahydroksybutyrat (GHB) som sto på listen, jf. narkotikaforskriften § 2 andre ledd. Høyesterett kom til at den kjemiske derivatdefinisjonen måtte legges til grunn og at denne tilsa at GBL ikke var et derivat av GHB. Selv om GBL med enkle midler kunne omdannes til GHB, ville en tolkning av derivatregelen slik at den omfattet GBL være en utvidende fortolkning som krenket EMK art 7.

SAKSGANG: Eiker, Modum og Sigdal tingrett TEMSI-2006-154599 - Borgarting lagmannsrett LB-2007-172337 - Høyesterett HR-2009-1205-A, (sak nr. 2008/1657), straffesak, anke over dom.

PARTER: I: A (advokat Erik Keiserud) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Førde). II: B (advokat Gunnar K. Hagen) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Førde). III: C (advokat John Christian Elden) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Førde). IV: D (advokat Harald Stabell) mot Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Førde).

FORFATTER: Skoghøy, Gussgard, Flock, Tønder, Schei.

(1) *Dommer Skoghøy*: Saken gjelder lovanvendelsen og straffutmåling ved domfellelse for brudd på narkotika- og legemiddelovgivningen mv. Hovedspørsmålet er om gammabutyrolakton (GBL), som ikke står på narkotikalistens, er derivat av gammahydroksybutyrat (GHB), som er oppført på listen, slik at stoffet skal regnes som narkotika etter narkotikaforskriften § 2 andre ledd.

(2) Ved tiltalebeslutning av Oslo statsadvokatembeter 16. oktober 2006 ble A, B, C, D og E satt under tiltale ved Eiker, Modum og Sigdal tingrett for overtredelse av: « I Straffeloven § 162, første ledd, jf. annet ledd, første punktum, jf. femte ledd

for ulovlig å ha tilvirket, innført, ervervet, oppbevart eller overdratt stoff som etter regler med hjemmel i lov er ansett som narkotika, og overtredelsen gjelder et meget betydelig kvantum,

jf. Forskrift om narkotika m.v. av 30. juni 1978 § 2, annet ledd (narkotikalistens)

hvoretter Gamma Batyrolakton (GBL) som derivat av GHB er oppført på narkotikalistens, og derivatet anses som narkotika

Grunnlag er følgende forhold eller medvirkning til dette:

a)

Gjelder nr. 1 A, nr. 2 B, nr. 3 C og nr. 4 D.

I tiden 2002 og fram til 14. august 2003 innførte han fra Kina til Norge til sammen ca. 2000 kg GBL, eller deler av dette kvantum.

b)

Gjelder nr. 1 A, nr. 2 B, nr. 3 C og nr. 4 D.

I tiden medio 2002 og til medio august 2003 i Z, Y og O, tilvirket han ca. 700 kg GHB med basis i til sammen ca. 1000 kg GBL, eller deler av dette kvantum.

c)

Gjelder nr. 1 A, nr. 2 B og nr. 3 C

I tiden medio august 2002 og fram til medio august 2003 i blant annet Oslo, Z og Hordaland overdro han den i post Ib) beskrevne narkotika, eller deler av dette kvantum, til flere personer for mellom kr 800,- til kr 1000 pr. liter.

d)

Gjelder nr. 1 A, nr. 3 C og nr. 4 D.

Torsdag 14. august 2003 kl. 13.00 i --- i Y, oppbevarte han 839 kg GBL, eller deler av dette kvantum.

e)

Gjelder nr. 5 E.

I tidsrommet fra slutten av 2002 og fram til august 2003, eller deler av dette tidsrommet, i Oslo og Z, ervervet han mellom 100 og 200 liter GHB av A næss for minst kr 1000,- pr. liter.

f)

Gjelder nr. 5 E.

Til tid og på sted som nevnt i post Ie), solgte han deler av den der beskrevne GHB til bekjente av seg.

II Våpenloven § 33, jfr § 31, første ledd, annet punktum, jfr forskrift av 25.1.1963 om skytevåpen, våpendeler og ammunisjon, § 1-1, tredje ledd

for å ha kjøpt eller på annen måte ervervet, eid eller å ha innehatt armbrøst som er ervervet etter 31. desember 1992, uten å ha hatt tillatelse til dette

Grunnlag:

a)

Gjelder nr. 4 D.

Torsdag 14. august 2003 på sin bopel i --- 21, X i Y, var han i besittelse av et pistolarmbrøst ervervet etter 31. desember 1992, som han oppbevarte uten at han hadde tillatelse til dette.

b)

Gjelder nr. 3 C.

Fredag 26. september 2003, i ---veien 00A i Z, var han i besittelse av en armbrøst ervervet etter 31. desember 1992, som han oppbevarte, uten at han hadde tillatelse til dette.

III Våpenloven § 33, første ledd, annet punktum, jfr tredje ledd, jfr § 7, første ledd jfr § 8, første ledd

for å ha innehatt skytevåpen uten tillatelse fra politimesteren (våpenkort)

Grunnlag:

Gjelder nr. 3 C.

Fredag 26. september 2003 ved/i ---veien 00A i Z, oppbevarte han en rifle Arms corporatin 22 kaliber, en rifle, en hagle IJ - 18, og en revolver kaliber .38.

IV Våpenloven § 33, første ledd, annet punktum, jfr § 15, annet ledd

for å ha eid eller innehatt ammunisjon som var ervervet i strid med våpenloven

Grunnlag:

Gjelder nr. 3 C.

Fredag 26. september 2003, i ---veien 00A i Z, var han i besittelse av diverse ammunisjon til kaliber 38 og 9 m.m samt hagleammunisjon, til tross for at han ikke hadde nødvendig tillatelse.

V Våpenloven § 33, jfr § 31, første ledd, første punktum, jfr forskrift av 25.1.1963 om skytevåpen, våpendeler og ammunisjon, § 1-1, første ledd

for å ha kjøpt eller på annen måte ervervet, eid eller å ha innehatt elektrosjokkvåpen, springkniver, stiletter, batongkniver, slåsshansker, batonger, kastepinner, kastestjerne, blåserør for utskyting av piler etc. og spretterter

Grunnlag:

a)

Gjelder nr. 4 D.

Torsdag 14. august 2003 på sin bopel i --- 21, X i Y, var han i besittelse av 2 stk. nunchako.

b)

Gjelder nr. 3 C.

Fredag 26. september 2003, i ---veien 00A i Z, var han i besittelse av 2 stk. nunchacoer og en langkulle, samt en batong.

VI Legemiddeloven § 31, annet ledd, jfr § 24, første ledd

for uten lovlig atkomst å ha vært i besittelse av eller brukt narkotika m.v., jf. Sosialdepartementets narkotikaforskrifter av 30.06.1978 og helsedirektørens narkotikaliste

Grunnlag:

a)

Gjelder nr. 4 D.

Torsdag 14. august 2003, i --- 21, X i Y, var han i besittelse av 0,414 gram kokainholdig stoffblanding.

b)

Gjelder nr. 5 E.

Til tid og på sted som nevnt i post Ie), brukte han ved flere anledninger GHB.

c)

Gjelder nr. 3 C.

Fredag 26. september 2003, i ---veien 00A i Z, var han i besittelse av amfetamin.

VII Alkoholloven § 10-1, første ledd, jf § 8-2

for å ha forvart eller lagret brennevin som var ulovlig tilvirket eller omdestillert eller å ha forvart eller lagret alkoholholdig drikk som antas å ha vært eller skulle ha vært gjenstand for ulovlig omsetning. Dette gjelder også oppbevaring til eget bruk.

Grunnlag:

Gjelder nr 4 D.

Torsdag 14. august 2003, i --- 21, X i Y oppbevarte han ca 380 liter sprit/alkoholholdig drikk, og ca 40 liter hjemmebrent.

VIII Alkoholloven § 10-1, første ledd, jfr § 8-5

for uten tillatelse å ha hatt i besittelse, innført, tilbudt eller omsatt apparater, herunder deler og utstyr som var bestemt for eller som finnes tjenlige for tilvirkning eller omdestillering av sprit, brennevin eller isopropanol

Grunnlag:

Gjelder nr. 4 D.

Torsdag 14. august 2003, i --- 21, X i Y, var han i besittelse av apparat og utstyr for tilvirkning av hjemmebrent. »

(3) Eiker, Modum og Sigdal tingrett avsa 1. juni 2007 dom som for A, B, C og D har denne domsslutning: « 1. A, f. *.*.69, dømmes for overtredelse av strl. § 162, 1. og 2. ledd, legemiddeloven § 31, 1. ledd, jf. § 13, 1. ledd og legemiddeloven § 31, 1. ledd, jf. § 14, 2. ledd, jf. 1. ledd sammenholdt med strl. § 62, 1. ledd til en straff av fengsel i 3 - tre - år hvorav 2 - to - år og 3 - tre - måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 -to - år, jf. strl. §§ 52 flg.

Til fradrag i den ubetingede del av straffen går 94 - nittifire - dager for utholdt varetekt.

2. B, født *.*.1974, frifinnes for tiltalens post I d).

3. B, født *.*.1974, dømmes for overtredelse av strl. § 162, 1. ledd og legemiddeloven § 31, 1. ledd, jf. § 13, 1. ledd sammenholdt med strl. § 62, 1. ledd til en straff av fengsel i 9 - ni - måneder hvorav 6 - seks - måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år jf. strl. §§ 52 flg.

Den ubetingede del av straffen anses avsonet ved 74 dagers utholdt varetekt.

4. C, f. *.*.72, frifinnes for tiltalens post I b) og d) og II b).

5. C, f. *.*.72, dømmes for overtredelse av strl. § 162, 1. ledd, jf. 5. ledd, legemiddeloven § 31, 1. ledd, jf. § 13, 1. ledd, legemiddeloven § 31, 2. ledd, jf. § 24, 1. ledd, våpenloven § 33, 1. ledd, 2. pkt., jf. 3. ledd, jf. § 7, 1. ledd, jf. § 8, 1. ledd, våpenloven § 33, 1. ledd, 2. pkt., jf. § 15, 2. ledd og våpenloven § 33, jf. § 31, 1. ledd, 1. pkt sammenholdt med strl. §§ 62, 1. ledd og 63, 2. ledd til en straff av fengsel i 90 - nitti - dager som gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf. strl. §§ 52 flg.

Ved eventuell soning fragår 77 dager for utholdt varetekt.

6. D, f. *.*.67, frifinnes for tiltalens poster I b), II a) og V a).

7. D, f. *.*.67, dømmes for overtredelse av legemiddeloven § 31, 1. ledd, jf. § 13, 1. ledd, legemiddeloven § 31, 1. ledd, jf. § 14, 2. ledd, jf. 1. ledd, legemiddeloven § 31, 2. ledd, jf. § 24, 1. ledd, alkoholoven § 10-1, 1. ledd, jf. § 8-2, og alkoholoven § 10-1, 1. ledd, jf. § 8-5 sammenholdt med strl. §§ 62, 1. ledd og 63, 2. ledd til en straff av fengsel i 5 - fem - måneder hvorav 105 - etthundreogfem - dager gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf. strl. §§ 52 flg.

Den ubetingede del av straffen anses avsonet ved 36 dagers utholdt varetekt.

8. ...

9. Hos A inndras kroner 450.000 - firehundreogfemtitten - i medhold av strl. § 34.

10. B frifinnes for kravet om inndragning.

11. Hos C inndras en rifle, en revolver kaliber 38, diverse ammunisjon kaliber 38 og 9 mm, 2 nunchacoer, en langkølle og en batong i medhold av strl. § 35.

For øvrig frifinnes han for krav om inndragning.

12. Hos D inndras kroner 50.000 - femtitten - i medhold av strl. § 34.

13. ... »

(4) Tingretten kom til at GBL ikke kunne anses som derivat av GHB, og at innførsel og oppbevaring av GBL derfor ikke ble rammet av straffeloven § 162 (tiltalens post I a og d). Da GBL står på legemiddellisten, ble de tiltalte for innførsel og oppbevaring av dette stoffet i stedet dømt for overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd og § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd.

(5) Oslo statsadvokatembeter og D anket til Borgarting lagmannsrett. Påtalemyndighetens anke gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalens post I, mens Ds anke gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for tiltalens post I a og d.

(6) Lagmannsretten, som i medhold av straffeprosessloven § 352 var satt med lagrette, kom i dom 28. mai 2008 (LB-2007-172337) til at GBL måtte anses som derivat av GHB, og at innførsel og oppbevaring av GBL derfor kunne straffes som overtredelse av straffeloven § 162. Lagmannsrettens dom har denne domsslutning: « 1. A, født *.*.1969, dømmes for fire overtredelser av straffeloven § 162 første ledd jf annet ledd, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 6 - seks - år og 6 - seks - måneder, hvorav 3 - tre - år og 9 - ni - måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf straffeloven §§ 52 følgende.

Til fradrag i den ubetingede del av straffen går 94 - nittifire - dager for utholdt varetekt.

2. B, født *.*.1974, dømmes for tre overtredelser av straffeloven § 162 første ledd jf annet ledd jf femte ledd, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 64 første ledd, til en straff av fengsel i 4 - fire - år og 6 - seks - måneder, hvorav 2 - to - år og 8 - åtte - måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf straffeloven §§ 52 følgende.

Til fradrag i den ubetingede del av straffen går 74 - syttifire - dager for utholdt varetekt.

3. C, født *.*.1972, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 162 første ledd jf femte ledd og en overtredelse av straffeloven § 162 første ledd jf annet ledd jf femte ledd, samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved tingrettens dom, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 63 annet ledd, til en straff av fengsel i 2 - to - år og 6 - seks - måneder, hvorav 1 - ett - år og 6 - seks - måneder gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf straffeloven §§ 52 følgende.

Til fradrag i den ubetingede del av straffen går 77 - syttisyv - dager for utholdt varetekt.

4. D, født *.*.1967, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 162 første ledd jf annet ledd jf femte ledd, samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved tingrettens dom, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 63 annet ledd, til en straff av fengsel i 3 - tre - år og 6 - seks - måneder, hvorav 2 - to - år gjøres betinget med en prøvetid på 2 - to - år, jf straffeloven §§ 52 følgende.

Til fradrag i den ubetingede del av straffen går 36 - trettiseks - dager for utholdt varetekt. »

(7) De domfeltes personlige forhold og det nærmere saksforhold fremgår av tingrettens og lagmannsrettens dommer.

(8) A, B, C og D har anket til Høyesterett over lovanvendelsen og straffutmålingen. B anket også over saksbehandlingen, men denne del av anken ble ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 11. november 2008 ikke tillatt fremmet.

(9) De domfelte har prinsipalt anført at GBL ikke kan anses som derivat av GHB. Subsidiært har de anført at det vil være i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 7 å anvende derivatbestemmelsen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd på GBL, da straffebestemmelser etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) må inneholde en klar og uttømmende beskrivelse av den straffbare handling, jf. mindretallsvotumet i Rt-2002-1069. Også Grunnloven § 96 stiller krav om lovhjemmel for å straffe. Når det gjelder straffutmålingen, har de anført at stoffene var beregnet på omsetning i kroppsbyggermiljøet, og at det derfor bør likestilles med dopingmidler. Ved straffutmålingen

må det også tas hensyn til at GBL måtte omdannes til GHB for å kunne benyttes som rusmiddel, og at spredningsfaren for GHB er mindre enn for de mer vanlige narkotiske stoffene, da stoffet ikke er lett omsettelig. Dessuten må det gjøres et vesentlig fradrag i straffene for den lange saksbehandlingstiden, jf. EMK artikkel 6 nr. 1, jf. artikkel 13.

(10) Påtalemyndigheten har anført at derivatbegrepet i narkotikaforskriften § 2 andre ledd er videre enn det rent kjemiske derivatbegrep. Selv om GBL ideelt burde ha stått på narkotikalistens, må det anses som et narkotisk stoff ut fra legemiddelmyndighetens oppfatning av derivatbegrepet, og dette var noe de domfelte var blitt orientert om. Det må være tilstrekkelig for å tilfredsstille det strafferettslige krav om lovhjemmel at « en likefrem lesning av loven må vekke tvil om dens forståelse », jf. Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett, 5. utgave, Oslo 2004, side 116. Etter påtalemyndighetens syn ligger de straffer lagmannsretten har utmålt på et riktig nivå. Den lange saksbehandlingstiden er beklagelig, men det er ved lagmannsrettens straffutmåling tatt tilstrekkelig hensyn til tidsforløpet.

(11) I tilfelle de domfeltes lovanvendelsesanker skulle bli tatt til følge, bør Høyesterett etter påtalemyndighetens syn avsi ny dom basert på legemiddeloven, og det er da ved straffutmålingen naturlig å ta utgangspunkt i tingrettens dom.

(12) Jeg er kommet til at de domfeltes lovanvendelsesanker må tas til følge.

(13) A har i 2002-2003 vært hovedmannen for import av større mengder GBL fra Kina. I Norge er stoffet blitt omdannet til GHB og solgt i kroppsbyggermiljøet. De øvrige ankende parter har på ulike måter deltatt i denne virksomheten.

(14) GHB har tidligere vært anvendt som legemiddel. Siden 12. juli 2000 har det vært oppført på narkotikalistens. I tillegg til at det blir benyttet som rusmiddel, blir det i dag først og fremst anvendt som kosttilskudd - særlig blant kroppsbyggere. GBL har tilsvarende virkning som GHB, men på grunn av smaken er det ikke brukbart som rusmiddel. Det benyttes legalt i industrien - blant annet til maling-, lakk- og oljeprodukter. Begge stoffene finnes i flytende form, men har vidt forskjellig molekylstruktur. Mens GBL-molekylet har en ringstruktur, har GHB-molekylet en kjedestruktur.

(15) Før A startet importen av GBL fra Kina, søkte han Statens legemiddelverk om importtillatelse. Ved vedtak av legemiddelverket 14. november 2002 ble søknaden avslått. I vedtaket er det sagt at GBL « for øvrig også [er] omfattet av forskrifter av 30. juni 1978 om narkotika m.v. § 2, 2. ledd ».

(16) Straffeloven § 162 retter seg mot den som « ulovlig tilvirker, innfører, utfører, erverver, oppbevarer, sender eller overdrar stoff som etter regler med hjemmel i lov er ansett som narkotika ». Hva som skal anses som narkotika, er i medhold av legemiddeloven § 22 definert i narkotikaforskriften § 2 og § 3, jf. narkotikalistens. Narkotikaforskriften § 2 fastsetter: « Som narkotika m.v. regnes de stoffer, droger og preparater som er oppført i den i henhold til § 3 fastsatte Narkotikalistens ».

Som narkotika m.v. regnes også salter og derivater av de oppførte stoffer eller droger og mulige isomere, estere og etere av stoffene eller deres salter.

Preparater regnes som narkotika m.v. når de inneholder stoff eller droge som nevnt. »

(17) Etter narkotikaforskriften § 3 nr. 1 fastsettes narkotikalisten av Statens legemiddelverk. I § 3 nr. 2 heter det: « I narkotikalisten oppføres de stoffer og droger som kommer inn under Den alminnelige narkotikakonvensjon av 1961 eller Konvensjonen om psykotrope stoffer av 1971.

Andre stoffer, droger eller preparater kan oppføres dersom de kan ha liknende skadevirkninger og derfor bør være undergitt tilsvarende kontroll. »

(18) Når GHB ved vedtak 12. juli 2000 ble oppført på narkotikalist, var det i medhold av narkotikaforskriften § 3 nr. 2 andre ledd.

(19) Etter legemiddeloven § 13 og § 14 kreves departementets godkjenning for import og engrosomsetning av legemidler. Hva som skal regnes som legemidler, er i medhold av legemiddeloven § 2 definert i legemiddelforskriften § 2-1 og § 2-2, jf. legemiddellisten og urtelisten. I tillegg til de stoffer, droger og preparater som er oppført i legemiddellisten, og droger som er merket med « L » eller « R » i urtelisten, skal etter § 2-1 bokstav b som legemidler blant annet regnes « stoffer, droger og preparater som i kjemisk sammensetning, egenskaper eller medisinsk virkning er så lik noe stoff, droge eller preparat i Legemiddellisten at de bør stilles i samme klasse ». GBL ble oppført på legemiddellisten 1. mars 2000.

(20) Spørsmålet om hvorvidt GBL skal anses som narkotika, beror på en tolking av derivatalternativet i narkotikaforskriften § 2 andre ledd. Da dette er en straffebestemmelse, må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av det krav til lovhjemmel som følger av EMK artikkel 7.

(21) Etter EMDs praksis inneholder artikkel 7 ikke bare et forbud mot tilbakevirkende straffelovgivning, men bestemmelsen stiller også krav om at lovbrudd må være klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten, og forbyr at straffebestemmelser blir tolket utvidende eller analogisk til skade for tiltalte, se Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 2. utgave, København 2007, s. 503 ff. med nærmere henvisninger til praksis. For at det hjemmelskrav som følger av EMK artikkel 7, skal være tilfredsstillt, må det fremgå av straffebestemmelsens ordlyd, eventuelt supplert med de presiseringer som måtte følge av rettspraksis, hvilke handlinger eller unnlater som rammes, se for eksempel dom 25. mai 1993 i saken Kokkinakis mot Hellas (EMD-1988-14307) avsnitt 52, dom 22. november 1995 i saken S.W. mot Storbritannia (EMD-1992-20166) avsnitt 34-36, dom 22. november 1995 i saken C.R. mot Storbritannia (EMD-1992-20190) avsnitt 32-34 og storkammerdom 15. november 1996 i saken Cantoni mot Frankrike (EMD-1991-17862) avsnitt 29. I EMDs praksis er det fremholdt at generelle lovbestemmelser ikke alltid kan være like presise, og at det - for at rettsreglene skal kunne tilpasses samfunnsutviklingen - ofte også er nødvendig å benytte formuleringer som i større eller mindre grad er vage, og hvor det vil oppstå grensespørsmål. For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må imidlertid beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen, se storkammerdom 15. november 1996 i saken Cantoni mot Frankrike avsnitt 32.

(22) Substantivet « derivat » er dannet av verbet « derivere », som er av latinsk opprinnelse og betyr « avlede », « utlede », jf. Aschehoug og Gyldendals STORE NORSKE leksikon. Uttrykket « derivat » blir bruk i flere sammenhenger - blant annet i kjemien. I Aschehoug og Gyldendals STORE NORSKE leksikon blir den kjemiske betydning av uttrykket angitt slik: « En kjemisk forbindelse er et derivat av en annen når den formelt kan avledes av denne ved

ombytting av visse atomer (især hydrogen) eller atomgrupper (f.eks. hydroksyl OH) med andre. »

(23) Dette er i samsvar med den definisjon som er lagt til grunn i brev av 17. januar 2005 og 8. mai 2008 fra Kriminalpolitisen til Oslo statsadvokatembeter.

(24) Ifølge opplysning fra Helsedirektoratet til Asker og Bærum politikammer i januar 1988 ble derivatregelen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd i sin tid innført som en « sikkerhetsventil » for å fange opp nye, tidligere ukjente kjemiske forbindelser av stoffer som står på narkotikalistene, og som enten lettvisst lot seg tilbakeføre, eller som i seg selv hadde lignende narkotiske egenskaper som de stoffer som er oppført.

(25) Som tidligere nevnt, la Statens legemiddelverk i brev av 14. november 2002 til A til grunn at GBL omfattes av derivatregelen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd. Dette standpunktet ble fulgt opp i pressemelding fra legemiddelverket 7. august 2003. Det blir her uttalt at GBL er et derivat av GHB og følgelig et narkotikum etter narkotikaforskriften § 2 andre ledd. Kriminalpolitisen har imidlertid hatt et annet syn. I brev av 17. januar 2005 og 8. mai 2008 til Oslo statsadvokatembeter har Kriminalpolitisen tatt avstand fra legemiddelverkets forståelse av derivatregelen.

(26) Etter det som er opplyst, må GBL anses som et forstadium til GHB. Dersom et menneske skulle få i seg GBL, vil det bli omdannet til GHB i kroppen. Den vanligste måten å lage GHB på, er å varme opp GBL og tilsette en basisk løsning, for eksempel natronlut. Det er også mulig å tilbakeføre GHB til GBL. Dette skjer ved at GHB blir tilført syre. Stoffet blir da spaltet til GBL og vann. Det er imidlertid innenfor kjemien ikke vanlig å benytte betegnelsen « derivat » om den kjemiske forbindelse som blir dannet ved en slik spalting.

(27) Lagmannsretten har lagt til grunn at GBL er et derivat av GHB og derfor omfattes av straffeloven § 162. I sin rettsbelæring til juryen gav lagmannsrettens leder uttrykk for følgende: « GBL står ikke på narkotikalistene, men det framgår av narkotikaforskriften og narkotikalistene at som narkotika regnes også derivater av de oppførte stoffer. Spørsmålet om hvorvidt GBL er et derivat av GHB er behandlet av domstolene tidligere. Ved Borgarting lagmannsretts dom av 8. januar 2008 er det lagt til grunn at GBL er et derivat som angitt i narkotikaforskriftens § 2. Denne dommen ble anket inn til Høyesterett. I støtteskrivet til anken ble det gjort gjeldende at GBL ikke var narkotika i lovens forstand, at domfellelse ville være i strid med lovskravet i grunnlovens § 96 og at lagmannsretten hadde lagt en feil lovanvendelse til grunn. Det ble i støtteskrivet videre vist til faglige uttalelser i saken om at derivater var et vidt begrep. Denne anke ble ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning av 12. mars 2008 ikke tillatt fremmet. I dette ligger at Høyesterett har lagt til grunn at GBL er å anse som narkotika i lovens forstand. Dette er en rettsoppfatning som underordnede rettsinstanser skal følge. Etter dette skal dere legge til grunn at GBL er narkotika og at befatning med dette stoffet rammes av straffelovens § 162. »

(28) Etter min oppfatning gir denne rettsbelæringen uttrykk for en uriktig forståelse av derivatregelen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd.

(29) Ved tolkingen av derivatregelen må man ta utgangspunkt i den kjemiske derivatdefinisjonen. Bestemmelsen må imidlertid også undergis en formålsbegrensning. På denne bakgrunn må det være en forutsetning for at en forbindelse skal anses som « derivat » i forhold til narkotikaforskriften § 2 andre ledd, at forbindelsen ved ombytting av atomer eller atomgrupper kan avledes fra et stoff som står på narkotikalistene. Dessuten må forbindelsen ha

en lignende rusvirkning som det stoff det ble avledet fra, eller lett kunne tilbakeføres eller omdannes til et stoff som står på listen.

(30) Selv om det er mulig å lage GBL av GHB, er GBL ikke avledet av GHB ved ombytting av atomer eller atomgrupper. Når dette ikke er tilfellet, kan GBL i forhold til narkotikaforskriften § 2 andre ledd ikke anses som derivat av GHB.

(31) Til støtte for å anse GBL som derivat av GHB kan anføres hensynet til effektiv rettshåndhevelse. GHB står på narkotikalistens, og som jeg tidligere har redegjort for, kan GBL ved en enkel kjemisk reaksjon omdannes til GHB, og dette kan skje uten bruk av avansert laboratorieutstyr. Det å tolke derivatregelen i narkotikaforskriften § 2 andre ledd slik at den omfatter GBL, vil imidlertid representere en klart utvidende fortolkning av bestemmelsen, og en slik utvidende fortolkning vil etter min mening være i strid med EMK artikkel 7.

(32) Lagmannsrettens administrator har i rettsbelæringen til juryen lagt avgjørende vekt på at Høyesteretts ankeutvalg ved beslutning 12. mars 2008 (HR-2008-492-U) ikke tillot fremmet en anke over en lagmannsrettsdom (LB-2007-73659) hvor det var lagt til grunn at GBL var et derivat av GHB. En beslutning hvor Høyesteretts ankeutvalg uten å ta stilling til realiteten, nekter en anke fremmet, må imidlertid etter min mening ha begrenset rettskildeværdi. I dette tilfellet kommer i tillegg at domfelte i den anke som ble nektet fremmet, aksepterte at GBL var et derivat av GHB. Det som ble påberopt som ankegrunn, var at derivatbestemmelsen var for uklart til å tilfredsstille lovkravet i Grunnloven § 96.

(33) Aktor har vist til at narkotikalistens fastsettes av Statens legemiddelverk, og at legemiddelverket både i brev til A 14. november 2002 og i pressemelding 7. august 2003 har lagt til grunn at GBL er et narkotisk stoff. Brev og pressemeldinger av denne karakter kan imidlertid etter min oppfatning ikke erstatte vedtak om å føre opp stoffet på narkotikalistens. For at befatning med GBL skal kunne straffes som befatning med narkotika, må det treffes vedtak om å føre stoffet opp på narkotikalistens, og dette vedtaket må kunngjøres på foreskrevet måte, jf. Rt-2004-357 avsnitt 18.

(34) Konklusjonen må etter dette bli at lagmannsretten uriktig har lagt til grunn at innførsel og oppbevaring av GBL rammes av straffeloven § 162. Da GBL står på legemiddellisten, kan imidlertid stoffet ikke importeres uten tillatelse fra departementet, og det kreves også tillatelse til engrosomsetning, se legemiddeloven § 13 og § 14. Med « engrosomsetning » mener legemiddeloven « all virksomhet som går ut på anskaffelse, oppbevaring, utlevering eller eksport av legemidler, med unntak for utlevering av legemidler til allmennheten », se lovens § 14 første ledd. Oppbevaring av GBL i det omfang vi her står overfor, må klart anses som engrosomsetning etter denne definisjonen. På bakgrunn av utformingen av spørsmålene til lagretten og den faktumbeskrivelse som lagmannsretten har gitt som grunnlag for straffutmålingen, finner jeg at Høyesterett har tilstrekkelig grunnlag for å avsi ny dom for overtredelse av legemiddeloven, se straffeprosessloven § 345 andre ledd.

(35) A er av lagmannsretten dømt for å ha importert til sammen 2 040 kg GBL fra Kina til Norge (tiltalens post I a) og for - sammen med D - å ha oppbevart ca. 839 kg av dette stoffet (tiltalens post I d). Dessuten er han dømt for å ha tilvirket 150 kg GHB (tiltalens post I b) og for å ha overdratt samme kvantum (tiltalens post I c).

(36) Tilvirkningen og overdragelsen av GHB har lagmannsretten korrekt subsumert under straffeloven § 162 første, jf. andre ledd. Importen og oppbevaringen av GBL må derimot subsumeres under legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd og legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd.

(37) Lagmannsretten har ut fra en vurdering av brukerdoser og farlighetsgrad kommet til at 1 kg GHB ved straffutmålingen kan sammenlignes med 50 gram hasj. Denne vurdering deler jeg.

(38) De domfelte har hevdet at da GHB først og fremst omsettes innenfor kroppsbyggermiljøet, bør straffen utmåles ut fra det nivå som gjelder befatning med ulovlige dopingmidler, og ikke ut fra det nivå som gjelder for befatning med annen narkotika. Dette er jeg ikke enig i. GHB står på narkotikalistene og blir benyttet som rusmiddel. Det at stoffet først og fremst benyttes innenfor kroppsbyggermiljøet, kan jeg ikke se kan tillegges vekt. Etter min oppfatning kan det heller ikke legges særlig vekt på at stoffet er mindre omstøttelig enn mer vanlige former for narkotika.

(39) Tingretten - som korrekt kom til at importen og oppbevaringen av GBL ikke kunne straffes etter straffeloven § 162, men måtte straffes etter legemiddeloven § 31 første ledd - har lagt til grunn at uten formildende omstendigheter ville en riktig straff for A ha vært ubetinget fengsel i tre år og ni måneder. Dette utgangspunktet er jeg enig i. Det er imidlertid nå gått rundt seks år siden de straffbare handlingene fant sted og ble avdekket. Hovedansvaret for den lange saksbehandlingstiden ligger hos påtalemyndigheten. På denne bakgrunn finner jeg at straffen bør settes fengsel i to år og ni måneder, hvorav to år og fem måneder gjøres betinget med en prøvetid på to år. A har sittet 94 dager i varetektsfengsel, og den ubetingede del av straffen må anses sonet ved varetektsoppholdet.

(40) B er av lagmannsretten for det første dømt for å ha medvirket til import av 1 290 kg GBL (tiltalens post I a). For det andre er han dømt for å ha tilvirket 60 kg GHB (tiltalens post I b) og for å ha overdratt det samme kvantum (tiltalens post I c).

(41) Som for A må importen av GBL subsumeres under legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd. Tilvirkningen og overdragelsen av GHB må derimot subsumeres under straffeloven § 162 første, jf. andre ledd.

(42) Ved Hardanger tingretts dom 30. januar 2006 ble B dømt til ett års fengsel for overtredelse av straffeloven § 162 første, jf. andre ledd. Dette forholdet ble begått 26. januar 2005. Ved straffutmålingen i den foreliggende sak må det tas hensyn til denne dommen, jf. straffeloven § 64 første ledd.

(43) Etter en samlet vurdering av handlingens grovhet, den lange saksbehandlingstiden og dommen av 30. januar 2006 finner jeg at straffen for B passende kan settes til fengsel i ni måneder hvorav seks måneder gjøres betinget med en prøvetid på to år. Den ubetingede del av straffen må anses sonet ved 74 dagers varetektsfengsel.

(44) C er av lagmannsretten for det første dømt for medvirkning til innførsel av 690 kg GBL (tiltalens post I a). For det andre er han dømt for å ha tilvirket 10 kg GHB (tiltalens post I b) og for å ha overdratt samme kvantum (tiltalens post I c).

(45) Tilvirkningen og omsetningen av GHB har lagmannsretten korrekt subsumert under straffeloven § 162 første ledd. Innførselen av GBL har lagmannsretten subsumert under straffeloven § 162 første, jf. andre ledd, men da dette stoffet ikke er narkotika, men legemiddel, skal riktig subsumsjon være legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd.

For C skal straffen i tillegg omfatte de forhold som ble rettskraftig avgjort ved tingrettens dom. Dette gjelder tre overtredelser av våpenloven (tiltalens post III, post IV og post V b) og én overtredelse av legemiddeloven (tiltalens post VI). Som lagmannsretten bemerker, ville disse forholdene isolert ha medført bøtStraff. I stedet for å utmåle en bøtStraff tillegger jeg disse forholdene vekt som skjerpene omstendigheter, jf. straffeloven § 63 andre ledd.

(46) Ved straffutmålingen for C må det i tillegg til lang saksbehandlingstid i formildende retning tas hensyn til at han ved et fall fra et stillas for noen år siden ble påført en hjerneskaade. Han er som følge av dette uføretrygdet og har svekket hukommelse og konsentrasjonsproblemer. Som tingretten har bemerket, kan dette bety at han ikke på normal måte har forstått alvorret i det han har vært med på. I skjerpene retning må det tillegges vekt at han tidligere er dømt for overtredelse av straffeloven § 162 første ledd og legemiddeloven, jf. Drammen tingretts dom 29. januar 2002.

(47) For C finnes straffen passende å kunne settes til fengsel i 90 dager som i sin helhet gjøres betinget med en prøvetid på to år. Ved en eventuell soning fragår 77 dager for varetektsfengsel.

(48) D er av lagmannsretten dømt for medvirkning til innførsel av 1 090 kg GBL (tiltalens post I a) og oppbevaring av 839 kg av dette stoffet (tiltalens post I d). Ut fra det jeg tidligere har sagt, må disse forholdene subsumeres under legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd og legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd. I tillegg skal straffen omfatte de forhold som ble rettskraftig avgjort ved tingrettens dom. Dette gjelder overtredelse av alkoholloven § 10-1 første ledd, jf. § 8-2 (tiltalens post VII) og alkoholloven § 10-1 første ledd, jf. § 8-5 (tiltalens post VIII). Disse forholdene ville isolert ha medført bøtStraff. Ved straffutmålingen tillegges disse forholdene vekt som skjerpene omstendigheter, jf. straffeloven § 63 andre ledd.

(49) På bakgrunn av den lange saksbehandlingstiden finner jeg at straffen for D passende kan settes til fengsel i fem måneder som i sin helhet gjøres betinget med en prøvetid på to år. Ved eventuell soning fragår 36 dager for varetektsfengsel.

(50) Jeg stemmer for denne dom: 1. A, født *.*.1969, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 162 første, jf. andre ledd, en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd og en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 2 - to - år og 9 - ni - måneder. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av 2 - to - år og 5 - fem - måneder av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Den ubetingede del av straffen anses sonet ved 94 - nittifire - dagers varetektsfengsel.

2. B, født *.*.1974, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 162 første, jf. andre ledd og en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 64 første ledd, til en straff av fengsel i 9 - ni - måneder. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av 6 - seks - måneder av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Den ubetingede del av straffen anses sonet ved 74 - syttifire - dagers varetektsfengsel.

3. C, født *.*.1972, dømmes for en overtredelse av straffeloven § 162 første ledd, en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved tingrettens dom, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 63 andre ledd, til en straff av fengsel i 90 - nitti - dager. I medhold av

straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Ved eventuell soning skal det gjøres fradrag for 77 - syttisju - dagers varetektsfengsel.

4. D, født *.*.1967, dømmes for en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd, en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd, samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved tingrettens dom, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 63 andre ledd, til en straff av fengsel i 5 - fem - måneder. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Ved eventuell soning skal det gjøres fradrag for 36 - trettiseks - dagers varetektsfengsel.

(51) Dommer Gussgard: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(52) Dommer Flock: Likeså.

(53) Dommer Tønder: Likeså.

(54) Justitiarius Schei: Likeså.

(55) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

1. A, født *.*.1969, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 162 første, jf. andre ledd, en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd og en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd, til en straff av fengsel i 2 - to - år og 9 - ni - måneder. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av 2 - to - år og 5 - fem - måneder av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Den ubetingede del av straffen anses sonet ved 94 - nittifire - dagers varetektsfengsel.

2. B, født *.*.1974, dømmes for to overtredelser av straffeloven § 162 første, jf. andre ledd og en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 64 første ledd, til en straff av fengsel i 9 - ni - måneder. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av 6 - seks - måneder av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Den ubetingede del av straffen anses sonet ved 74 - syttifire - dagers varetektsfengsel.

3. C, født *.*.1972, dømmes for en overtredelse av straffeloven § 162 første ledd, en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved tingrettens dom, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 63 andre ledd, til en straff av fengsel i 90 - nitti - dager. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Ved eventuell soning skal det gjøres fradrag for 77 - syttisju - dagers varetektsfengsel.

4. D, født *.*.1967, dømmes for en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 13 første ledd, en overtredelse av legemiddeloven § 31 første ledd, jf. § 14 andre, jf. første ledd, samt de forhold som er rettskraftig avgjort ved tingrettens dom, sammenholdt med straffeloven § 62 første ledd og straffeloven § 63 andre ledd, til en straff av fengsel i 5 - fem - måneder. I medhold av straffeloven §§ 52-54 utstår fullbyrdelsen av straffen med en prøvetid på 2 - to - år. Ved eventuell soning skal det gjøres fradrag for 36 - trettiseks - dagers varetektsfengsel.

Rt-2011-469 MISHANDLING TIDLIGERE SAMBOER

Strafferett. Lovanvendelse. Trusler overfor tidligere samboer. Straffeloven § 219 og § 5.

Saken gjaldt tolkningen av straffeloven § 219 om mishandling i nære relasjoner. Spørsmålet var om bestemmelsen rammer handlinger begått overfor en tidligere samboer etter at samboerforholdet er opphørt. En nåværende samboer omfattes av husstandsalternativet i § 219 bokstav d. Samboer kunne imidlertid ikke likestilles med « tidligere eller nåværende ektefelle » i § 219 bokstav a. Straffeloven § 5, som definerer uttrykket « noens nærmeste » til å omfatte samboere, kom ikke til anvendelse her fordi straffeloven § 219 ikke benytter dette uttrykket. En slik utvidelse av straffansvaret måtte ha hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. (Sammendrag ved Lovdata)

PARTER: Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Stein Vale) mot A (advokat Gunnar K. Hagen).

FORFATTER: Bårdsen, Stabel, Øie, Falkanger, Tjomsland.

(1) Dommer *Bårdsen*: Saken gjelder tolkningen av straffeloven § 219 om mishandling i nære relasjoner. Spørsmålet er om bestemmelsen rammer handlinger begått overfor en tidligere samboer etter at samboerforholdet er opphørt.

(2) Oslo statsadvokatembeter satte 7. desember 2009 A under tiltale ved Asker og Bærum tingrett for overtredelse av straffeloven § 192 første ledd bokstav a og b og straffeloven § 219 første ledd. Ved beslutning 18. januar 2010 ble tiltalen utvidet til også å gjelde straffeloven § 132a første ledd bokstav a og § 342 første ledd bokstav c.

(3) Ved Asker og Bærum tingretts dom 5. februar 2010 ble A frifunnet for overtredelse av straffeloven § 192. Forholdet som etter tiltalen skulle henføres under straffeloven § 219 - drapstrusler overfor A tidligere samboer - ble omsubsumert til § 227. For de øvrige poster ble det fellelse etter tiltalen.

(4) A anke til Borgarting lagmannsrett ble henvist til ankebehandling for så vidt gjaldt bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet for overtredelse av straffeloven § 132a. Påtalemyndighetens anke over lovanvendelsen knyttet til straffeloven § 219 ble også fremmet.

(5) Lagmannsretten avsa 10. januar 2011 dom (LB-2010-52606) med slik domsslutning: « 1. A, født *.*.1961, frifinnes for overtredelse av straffeloven § 132 a.

2. Anken over lovanvendelsen vedrørende straffeloven § 219 forkastes.

3. I tingrettens dom gjøres den endring at straffen settes til fengsel i 5 - fem - måneder. Straffeloven § 64 er gitt anvendelse. Straffen anses avsonet i varetekt. »

(6) Påtalemyndigheten har anket lagmannsrettens dom, slutningens punkt 2, til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen under skyldspørsmålet. Det er gjort gjeldende at straffeloven § 219 også omfatter tidligere samboere. Det var derfor ikke riktig å omsubsumere forholdet til straffeloven § 227. Samtykke til ankebehandling er gitt ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 22. februar 2011.

(7) Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.

(8) Straffeloven § 219 første ledd rammer ulike former for grov eller gjentatt mishandling av blant andre « tidligere eller nåværende ektefelle » eller noen i gjerningspersonens « husstand », jf. henholdsvis bokstavene a og d. Det er på det rene at en nåværende samboer omfattes av husstandsalternativet i bokstav d. Spørsmålet er om samboerskap må likestilles med ekteskap i bokstav a, i den forstand at også tidligere samboere er beskyttet av straffeloven § 219.

(9) En slik utvidelse av straffansvaret, sammenlignet med det som følger av ordlyden i § 219, må ha hjemmel i lov. Jeg viser til Grunnloven § 96 og til EMK artikkel 7, jf. Rt-2009-780 avsnitt 21. Straffverdighet, eller andre reelle grunner som kan tale for å sidestille tidligere samboere med tidligere ektefeller, er ikke tilstrekkelig.

(10) Påtalemyndigheten har vist til straffeloven § 5 tredje ledd. Denne sier at når to personer « bor fast sammen under ekteskapsliknende forhold, likestilles det med ekteskap ». Det er videre vist til Ot.prp.nr.113 (2004-2005) side 46, hvor det - i tilknytning til at straffeloven § 219 første ledd fikk dagens utforming - ble gitt uttrykk for følgende: « Etter bokstav a rammes krenkelser av tidligere eller nåværende ektefelle eller samboer, likevel slik at lovteksten bare nevner ektefelle. Det følger av § 5 tredje ledd at to personer som bor fast sammen under ekteskapsliknende forhold, likestilles med ektefeller. Samboere omfatter både heterofilt og homofilt/lesbisk samliv. Partnerskap registrert etter lov 30. april 1993 nr. 40 likestilles med ekteskap, jf. partnerskapsloven § 3 annet ledd. Bestemmelsens virkefelt utvides med dette i forhold til gjeldende rett ved at også tidligere ektefelle mv. omfattes. »

(11) Synspunktet er - i form av en ren henvisning - videreført i Ot.prp.nr.22 (2008-2009) side 198 og side 434, i relasjon til straffeloven 2005 § 282.

(12) Av det som her er sagt, trekker jeg for min del to slutninger: Lovgiver har ønsket at § 219 skal gjelde også for mishandling av en tidligere samboer. Og man har ment at dette følger av straffeloven § 5 tredje ledd.

(13) Jeg er ikke enig i denne tolkningen av § 5 tredje ledd.

(14) Ordlyden i § 5 tredje ledd er i og for seg generell, og den kan - isolert sett - oppfattes som uttrykk for en alminnelig strafferettslig sidestilling av samboerskap og ekteskap. Jeg viser i så måte også til Rt-2005-929 avsnitt 14, som gjaldt et noe beslektet spørsmål før endringen av § 219 ved lov 21. desember 2005 nr. 131. Tredje ledd må imidlertid leses i sammenheng med § 5 for øvrig: Paragrafen definerer uttrykket « noens nærmeste » der dette brukes i straffeloven selv, jf. oversikten i Ot.prp.nr.8 (1998-1999) side 43. Som eksempler nevner jeg § 37a andre ledd om inndragning av vinning, § 82 andre ledd om tilbakekall av påtalebegjæring, § 132a om straff for motarbeiding av rettsvesenet og § 167 andre ledd om falsk forklaring. Straffeloven § 219 bruker ikke uttrykket « noens nærmeste ».

(15) § 5 tredje ledd kom inn i loven ved endring 11. juni 1999 nr. 39, sammen med blant annet nye regler om utvidet inndragning, jf. straffeloven § 34a. I § 34a tredje ledd første setning ble bestemt at det på nærmere vilkår kan foretas inndragning av verdien av formuesgoder « som tilhører lovovertræderens nåværende eller tidligere ektefelle ». I tredje ledd er samboerskap likestilt med ekteskap. En slik særskilt regel i den nye § 34a ville være overflødig dersom man mente at § 5 tredje ledd - som ble vedtatt samtidig - inneholdt en alminnelig bestemmelse om sidestilling.

(16) Forarbeidene til lovendringen i 1999 bekrefter at også tredje ledd i § 5 refererer seg til legaldefinisjonen av uttrykket « noens nærmeste ». Jeg viser til Ot.prp.nr.8 (1998-1999) side 64: « Den foreslåtte endringen vil innebære full likestilling mellom fast samboerskap under ekteskapslignende forhold og ekteskap i forhold til bestemmelser i straffeloven som retter seg mot noens nærmeste. Ved at de aktuelle samboere likestilles med ektefeller vil også samboerens slektninger regnes til de nærmeste, jf annet ledd. Også tidligere samboere vil regnes som nærmeste selv om de er flyttet fra hverandre, for så vidt angår begivenheter før forholdets oppløsning, jf første ledd annet punktum. »

(17) Jeg nevner at straffeloven 2005 viderefører § 5 i ny § 9, med samme formål og ramme; å definere uttrykket « de nærmeste », jf. Ot.prp.nr.90 (2003-2004) side 161-163.

(18) I motsetning til hva lovgiver la til grunn ved endringen av straffeloven § 219 i 2005, mener jeg på denne bakgrunn at § 5 tredje ledd ikke gir lovhjemmel for å straffe mishandling av tidligere samboer etter § 219. Jeg tilføyer at dette er i tråd med det syn som er gjort gjeldende av Matningsdal, Norsk Lovkommentar - Straffeloven, note 1743 (revidert mars 2011).

(19) De tidligere retter har etter mitt syn tolket loven riktig. Anken må da forkastes.

(20) Jeg stemmer for denne dom: Anken forkastes.

(21) Dommer Stabel: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(22) Dommer Øie: Likeså.

(23) Dommer Falkanger: Likeså.

(24) Dommer Tjomsland: Likeså.

(25) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne dom:

Anken forkastes.

Rt-2008-362 Strøkservituttdommen

INSTANS:	Norges Høyesterett - Dom.
DATO:	2008-03-11
DOKNR/PUBLISERT:	HR-2008-484-A - Rt-2008-362
STIKKORD:	Tingsrett. Servitutt. Reguleringsplan.
SAMMENDRAG:	En tomt hadde en tinglyst strøkservitutt om villamessig bebyggelse. Kommunen vedtok ny reguleringsplan for området og en utbygger oppførte en boligblokk på tomten. Høyesteretts flertall fant at reguleringsplanen ikke opphevet negative servitutter som kunne komme i konflikt med planen og kom derfor til at servitutten ikke kunne anses bortfalt. Dissens 3-2.
SAKSGANG:	Oslo tingrett TOSLO-2005-81288 - Borgarting lagmannsrett LB-2006-38763 - Høyesterett HR-2008-484-A, (sak nr. 2007/1266), sivil sak, anke.
PARTER:	AS Naturbetong (advokat Andreas Iversen) mot Odd Carling (advokat Håkon Ustaheim - til prøve).
FORFATTER:	Øie, Flock og Gjølstad. Dissens: Gussgard og Coward.

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder spørsmål om en strøkservitutt om blant annet villamessig bebyggelse har falt bort som følge av en reguleringsplan for den aktuelle eiendommen. Den reiser også spørsmål om søksmålsvilkårene i tvistemålsloven § 54 er oppfylt.
- (2) AS Naturbetong ervervet ved kjøpekontrakt 14. desember 1998 eiendommen Ivar Aasens vei 2 på Vinderen i Oslo. Selskapet ble gjort oppmerksom på at det heftet en tinglyst negativ servitutt fra 1911 på eiendommen. Paragrafene 3 og 4 i klausulen lyder slik:
- « § 3. Sælgeren samtykker i, at de solgte arealer utstykket etter behag, dog ikke i mindre tomter end forutsatt paa det kjøbekontrakten av 22/11 1910 medfølgende kart.
- § 4. Bebyggelsen skal være villamæssig med vaaningshus paa høist 2 etager med kvist, og ikke mer end en leilighet i hver etage. Mønehøiden maa ikke overstige 12.5 m. over terrænets midtlinje ved grunnmuren; hvis tomten ligger under veien, regnes høiden fra veiens midtlinje ret ut fra det opførendes hus. De solgte arealer maa ikke benyttes til nogen bedrift, som kan medføre støi, lugt eller urenslighet. De maa ikke benyttes til arbeiderbolig. Forlystelsessted maa ikke anlegges paa dem. »
- (3) Samlet legger den negative servitutten ganske sterke bånd på utnyttelsen. I tillegg til å bestemme at bebyggelsen skal være villamessig, har den bestemmelser om den nærmere utformingen av bygget - blant annet om mønehøyde - og om formålet med

utnyttelsen av eiendommen. Det er opplyst at det hefter lignende servitutter på en rekke andre eiendommer i området.

- (4) Eiendommen Ivar Aasens vei 2 er omfattet av reguleringsplan S-3591 for småhusområder i Oslos ytre by - heretter omtalt som småhusplanen. AS Naturbetong utarbeidet et privat reguleringsforslag for utnyttelsen av den rundt 4300 m² store eiendommen. Planen forutsatte at det eksisterende bygget skulle rives, og at det skulle oppføres fire boligblokker på tre og fire etasjer med i alt 25 til 30 leiligheter.
- (5) Odd Carling eier naboeiendommen Ivar Aasens vei 4. Han og en rekke andre i nabolaget protesterte på utbyggingen av nr. 2. Protestene ble bare i begrenset grad tatt til følge. Oslo bystyre godkjente reguleringsplanen 15. mai 2002. Odd Carling påklaget vedtaket til Fylkesmannen i Oslo og Akershus, som i vedtak 8. mai 2003 ikke tok klagen til følge.
- (6) Under påberopelse av den negative servitutten begjærte Odd Carling 24. november 2003 midlertidig forføyning overfor AS Naturbetong med krav om at utbyggingen av Ivar Aasens vei 2 skulle nektes inntil servitutten var endret eller avskipt etter servituttloven eller ekspropriert, eller det forelå annen rettsavgjørelse for at servitutten var opphørt.
- (7) Plan- og bygningsetaten i Oslo ga 23. desember 2003 rammetillatelse til å bygge fire bygninger inndelt i to hovedvolum på henholdsvis tre etasjer og tre etasjer samt underetasje og med garasje under bygningene. Den tinglyste servitutten er omtalt i rammetillatelsen. I tråd med vanlig praksis ble servitutten behandlet som en privatrettslig bestemmelse som etaten ikke skulle forholde seg til. Men etaten tilføyde at den normalt regner med « at slike erklæringer har en selvstendig verdi med den følge at de kan håndheves av domstolene uavhengig av bygningsrettslige forhold ».
- (8) Ved kjennelse 26. februar 2004 tok Oslo byfogdembete begjæringen om midlertidig forføyning til følge. AS Naturbetong påkjærte kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som ved kjennelse 21. oktober 2004 (LB-2004-12800) tok kjæremålet til følge. Lagmannsretten fant det ikke sannsynliggjort at byggeprosjektet var i strid med servitutten. Retten uttalte videre at mye tydet på at servitutten uansett måtte anses bortfalt, men avgjorde ikke spørsmålet på dette grunnlaget.
- (9) Carling påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålet gjaldt lagmannsrettens saksbehandling og lovtolking. Ved forenklet kjennelse 21. januar 2005 (HR-2005-113-U) ble kjæremålet forkastet.
- (10) Den 7. juni 2005 tok Carling ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at AS Naturbetong skulle nektes å bygge ut Ivar Aasens vei 2 i samsvar med reguleringsplanen. Han krevde erstatning for omkostninger han hadde hatt med saken samt saksomkostninger for tingretten. Videre tok han forbehold om å kreve erstatning

på subsidiært grunnlag dersom retten skulle komme til at byggeprosjektet var ulovlig, men ikke fant grunnlag for å stanse prosjektet. Erstatningskravet gjaldt det verdifall hans egen eiendom ville bli påført ved den planlagte bebyggelsen og var begrenset oppad til to millioner kroner. Carling opplyste i stevningen at de aktuelle leiligheter var lagt ut for salg og byggestart planlagt høsten 2005, og ba om at hovedforhandling ble gjennomført så raskt som mulig.

(11)

Igangsettingstillatelse ble gitt 16. august 2005, og byggearbeidene startet kort tid etter. Da hovedforhandling ble avholdt 23. og 24. november 2005, endret Carling påstanden slik at den også omfattet krav om riving av arbeider som allerede var igangsatt.

(12)

Oslo tingrett avsa 9. desember 2005 dom med slik domsslutning:

- « 1. AS Naturbetong frifinnes.
- 2. Saksomkostninger idømmes ikke. »

(13)

Retten fant under atskillig tvil at byggeprosjektet ikke var i strid med villaklausulen.

(14)

Carling anket 13. januar 2006 dommen til Borgarting lagmannsrett. Påstanden var den samme som under hovedforhandlingen i tingretten. Byggeprosessen hadde på dette tidspunktet ikke kommet særlig langt.

(15)

Igjen ba Carling om rask behandling. Det lot seg imidlertid ikke gjøre å få behandlet anken utenfor alminnelig beramningstid, og hovedforhandling ble berammet til 22. mai 2007.

(16)

De første av til sammen 23 leiligheter i Ivar Aasens vei 2 var klare for innflytting i september 2006. I begynnelsen av desember hadde alle kjøperne flyttet inn i leilighetene sine. Rundt årsskiftet 2006/2007 ble skjøtene utferdiget og tinglyst.

(17)

Ved ankeforhandlingens begynnelse ble det reist spørsmål om det prosessuelt sett var mulig for Carling å fastholde fullbyrdelsespåstanden mot AS Naturbetong når eiendommen nå var overskjøtet til kjøperne av leilighetene. Carling endret påstanden slik at den gjaldt krav på fastsettelsesdom for at AS Naturbetong hadde bygget boligblokkene i strid med servituten på eiendommen.

(18)

Borgarting lagmannsrett avsa 15. juni 2007 (LB-2006-38763) dom med slik domsslutning:

- « 1. De fire boligblokker som er oppført av AS Naturbetong på eiendommen Ivar Aasens vei 2, gnr. 39 bnr. 108 i Oslo kommune, er i strid med tinglyst servitutt av 9. juni 1911.
- 2. Tingrettens saksomkostningsavgjørelse, domsslutningens pkt 2, stadfestes.

3. Partene bærer hver sine saksomkostninger for lagmannsretten. »

- (19) Avgjørelsen er avsagt under dissens. To dommere fant at bebyggelsen er i strid med servitutten, og at servitutten verken er bortfalt som følge av utviklingen eller som følge av reguleringsplanen. En dommer mente under noe tvil at saken måtte avvises på grunn av manglende rettslig interesse. I realitetsspørsmålet fant mindretallet, også her under tvil, at boligblokkene ikke er i strid med villaklausulen.
- (20) AS Naturbetong har anket til Høyesterett. Anken gjelder prinsipalt rettsanvendelsen og er begrenset til spørsmålet om den negative servitutten er bortfalt eller må vike så langt bygningene er oppført i tråd med reguleringsplanen. Subsidiært er det anket over saksbehandlingen - mangelfulle domsgrunner. Det ble i anken anført at lagmannsrettens begrunnelse for at servitutten ikke er bortfalt, ikke gir tilstrekkelig grunnlag for prøving, og at også begrunnelsen for at bygget er i strid med servitutten, er mangelfull. Senere er saksbehandlingsanken begrenset til å gjelde det sistnevnte spørsmål.
- (21) Den ankende part, *AS Naturbetong*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (22) Prinsipalt er det anført at saken må avvises fordi søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54 ikke er oppfylt. Odd Carling har for det første ikke pretendert at påtalebestemmelsen i servituttoloven § 4 er oppfylt for hans vedkommende. Han mangler derfor tilknytning til søksmålsobjektet.
- (23) For det andre er ikke kravet til søksmålsobjektet oppfylt; det dreier seg ikke om et rettsforhold eller en rettighet. Søksmålet må enten anses for å gjelde faktiske forhold eller rettsstrid. Slike forhold kan det som hovedregel ikke gis dom for.
- (24) Dersom et søksmål om rettsstrid skal kunne anses for å dreie seg om et rettsforhold eller en rettighet, må en dom i samsvar med saksøkerens påstand ha en umiddelbar rettsfølge. Det vil ikke en avgjørelse i samsvar med Carlings påstand ha. Spørsmålet om erstatningsplikt må avgjøres ved en ny rettsrunde. Noen annen rettsvirkning for Carling overfor AS Naturbetong er i praksis ikke aktuell.
- (25) Dersom ankesaken fremmes, anfører AS Naturbetong prinsipalt at lagmannsretten har begått en saksbehandlingsfeil som må lede til opphevelse av dommen, jf. tvistemålsloven § 144 nr. 4, jf. § 384 første ledd. Lagmannsretten har ikke drøftet om servituttoloven § 4 er oppfylt, til tross for at AS Naturbetong for lagmannsretten anførte at dette ikke er tilfelle. Feilen har sannsynligvis virket bestemmende på dommens innhold.
- (26)

Subsidiært anfører AS Naturbetong at selskapet må frifinnes fordi servitutten er falt bort eller må vike som følge av at bebyggelsen er oppført i henhold til reguleringsplan for eiendommen.

(27)

I praksis var det i 1911 ikke lovregulering som i særlig grad båndla disponeringen av eiendommene i det aktuelle strøket. Dette resulterte i at grunneiere fastsatte begrensninger i forbindelse med utparselleringer. Servitutten i Ivar Aasens vei 2 er en ren « reguleringsservitutt ». Bygningslovene av 1924, 1965 og 1985 har lagt opp til økende offentlig innflytelse og styring ved arealbruk samt betydelig utbygging og fortetting. Lovgiver la i Ot.prp.nr.1 (1964-1965) side 93 opp til at servitutter som hovedregel faller bort ved utbygging i henhold til vedtatte reguleringsplaner. « Reguleringsservitutter » er best egnet til bortfall.

(28)

Utviklingen i rettspraksis gir solid støtte for at « reguleringsservitutter » faller bort i den utstrekning de er i strid med reguleringsvedtak:

(29)

Gjensidigedommen i Rt-1995-904 gir uttrykk for en generell bortfallsregel ved motstrid mellom negative servitutter og reguleringsplaner. Dommen er nettopp begrunnet i lovgivningen om arealplanlegging og virkninger av reguleringsplaner som sådanne.

(30)

Borteliddommen i Rt-2002-145 representerer et selvsagt unntak fra regelen. Den gjaldt et helt annet faktisk forhold enn den foreliggende sak - i praksis revisjon av en privatrettslig avtale om utnyttelse av eiendom som allerede var bortfestet. Avtaleklausulen anga i realiteten eiendomsgrensene og hadde ingen reguleringsfunksjon. Borteliddommen har følgelig ingen betydning for strøkservitutter.

(31)

I avgjørelsen i Rt-2004-883 har Høyesterett opprettholdt synspunktene i Gjensidigedommen.

(32)

Den aktuelle strøkservitutten har et klart reguleringsformål og bør - i motsetning til individuelle servitutter - ikke ha noe sterkere vern mot bortfall og endring enn andre offentlige reguleringer har. Den er « lite tilpasset dagens utbyggingsbehov », jf. Borteliddommen side 149. Politiske myndigheter har gjennom småhusplanen hatt en klar strategi om å fortette større eiendommer, og dette formålet står også sentralt for reguleringen av Ivar Aasens vei 2. Dersom servitutten opprettholdes, kan det ikke bygges i samsvar med reguleringsplanen.

(33)

Servitutten må etter dette anses som bortfalt som følge av at bebyggelsen er oppført i medhold av reguleringsplan, og AS Naturbetong må frifinnes.

(34)

AS Naturbetong har lagt ned slik påstand:

« Prinsipalt: Saken avvises.

Subsidiært: Lagmannsrettens dom oppheves og hjemvises til ny behandling.

Atter subsidiært: Naturbetong AS frifinnes.

I ethvert tilfelle: Naturbetong AS tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett, med tillegg av lovens rente ved forsinket betaling fra forfall til betaling skjer. »

- (35) Ankemotparten, *Odd Carling*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (36) Odd Carling har ikke tapt sin rettslige interesse i å få fastsettelsesdom mot AS Naturbetong for at bygget er oppført i strid med servitutten, og ankesaken må fremmes.
- (37) Carling har tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden. Etter at AS Naturbetong i tilsvaret til stevningen til tingretten erkjente at Carling har påtalerett etter servituttloven § 4, har det ikke vært nødvendig for Carling å anføre uttrykkelig at han har påtalerett, men dette har vært underforstått. Det er ikke tvilsomt at Carling har påtalerett.
- (38) Kravet til søksmålgjenstanden er oppfylt. En dom på at noe er rettsstridig, har rettsfølger og dreier seg om et rettsforhold, jf. Skoghøy, Tvistemål side 282. Det vil ikke oppstå noen uklarheter om rekkevidden av en fastsettelsesdom i samsvar med Carlings påstand. Det er dessuten adgang til å få dom for erstatningsplikt uten at det samtidig kreves dom for erstatningens størrelse, jf. Skoghøy side 285. Dersom Carling får dom for at boligblokkene er oppført i strid med servitutten, er ansvarsforholdet i realiteten avklart.
- (39) Også kravet til søksmålssituasjonen er oppfylt. Carling har som nærmeste nabo et beskyttelsesverdig og aktuelt behov for å få tvistes spørsmålet avgjort ved domstolene. Det må vektlegges at han utvilsomt og med styrke oppfylte søksmålvilkårene da spørsmålet om midlertidig forføyning ble behandlet, og i hovedsaken helt frem til like før ankeforhandlingene i lagmannsretten tok til. Det forhold at saken gjelder spørsmål av prinsipiell betydning, tilsier også at saken bør fremmes.
- (40) Lagmannsretten har ikke begått noen saksbehandlingsfeil. Anførlene fra AS Naturbetong som gjelder servituttloven § 4, er gjengitt og drøftet i dommen.
- (41) Servitutten har ikke falt bort som følge av reguleringsplanen for Ivar Aasens vei 2. Reguleringsplaner fører ikke uten videre til at strøkservitutter faller bort.
- (42)

Lovgivningens system er at offentlige myndigheter om nødvendig kan ekspropriere servitutter, jf. plan- og bygningsloven §§ 31, 34 og 35. Etter servituttloven §§ 5 til 7 kan dessuten en utbygger få avskipet eller omskipet en servitutt. Også oreigningsloven § 2, jf. § 1 forutsetter at servitutter kan fjernes ved ekspropriasjon.

(43)

Uttalelsen i Gjensidigedommen om bortfall av servitutter som er i strid med reguleringsplan, må anses som et obiter dictum. Det er uansett sentralt for rekkevidden av dommen at den aktuelle servitutt måtte vike for at reguleringsplanen overhodet skulle ha noen virkning. Dette er i samsvar med eldre praksis, jf. Rt-1953-1360, Rt-1903-417 og Rt-1900-147. Dersom dommen må forstås slik at alle servitutter må vike for reguleringsplaner, må det vektlegges at en slik løsning er kritisert av en rekke teoretikere, jf. særlig Nordtveit, Om arealplaner og særlege råderettar over fast eigedom, Kart og plan 1998 side 145 flg., Rogstad, Reguleringsplaner - innhold og virkninger side 396 flg. og Pedersen mfl., Plan- og bygningsrett side 462 flg.

(44)

I Borteliddommen slo Høyesterett uttrykkelig fast at reguleringsplaner ikke automatisk opphever servitutter. En servitutt faller bare automatisk bort dersom eiendommen ellers vil bli helt utnyttet.

(45)

Heller ikke avgjørelsen i Rt-2004-883 kan tas til inntekt for at servitutter som er i strid med reguleringsvedtak, automatisk faller bort.

(46)

En bortfallsregel kan etter dette verken utledes av lov, rettspraksis eller andre tungtveiende rettskilder.

(47)

I den foreliggende sak kan eiendommen utnyttes i samsvar med småhusplanen uten å komme i strid med servitutt. Det er bare motstrid mellom servitutt og den særskilte reguleringsplanen for eiendommen. Bortfall på grunn av reguleringsplanen alene er dermed ikke aktuelt. Lagmannsrettens dom bygger på riktig rettanvendelse, og må stadfestes.

(48)

Odd Carling har lagt ned slik påstand:

« 1. Lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.

2. Naturbetong AS dømmes til å betale Carlings omkostninger for tingretten med NOK 188 750,- inkl. mva med tillegg av 5 % p.a. avsavnsrente fra 01.01.2006 til 2 uker etter forkynnelse av Høyesteretts dom og deretter med tillegg av lovens forsinkelsesrente til betaling skjer; for lagmannsretten med NOK 163 440,- inkl. mva med tillegg av 5 % p.a. avsavnsrente fra 05.07.2007 til 2 uker etter forkynnelse av Høyesteretts dom og deretter med tillegg av lovens forsinkelsesrente til betaling skjer; og for Høyesterett med NOK 138 000,- inkl. mva med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra to uker etter forkynnelse av Høyesteretts dom og til betaling skjer. »

(49)

Mitt syn på saken

(50)

Jeg ser først på spørsmålet om søksmålsvilkårene i tvistemålsloven § 54 er oppfylt. Skjematisk sett oppstiller § 54 tre hovedkrav som alle må være oppfylt: Partene må ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden, saken må gjelde et rettsforhold eller en rettighet, og saksøkeren må ha rettslig interesse i å få dom i det forhold saken gjelder - han må ha et reelt behov for avklaring. De tre vilkår kan gli noe over i hverandre. Kriteriene er svært skjønnsmessige. Ved tvil vil avgjørelsen av om søksmålsvilkårene er oppfylt, bli truffet ut fra en helhetsvurdering.

(51)

AS Naturbetong har anført at Carling mangler tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden fordi han etter selskapets syn ikke har pretendert at han er påtaleberettiget etter servituttløven § 4. Denne anførselen kan klart ikke føre frem. Under behandlingen av begjæringen om midlertidig forføyning bestred AS Naturbetong at Carling er påtaleberettiget, mens Carling uttrykkelig anførte at han har påtalerett. Det samme gjorde Carling i stevningen til Oslo tingrett i hovedsaken. I tilsvaret til tingretten aksepterte AS Naturbetong at Carling har påtalerett, og siden den gang må det anses som underforstått at Carling pretenderer å ha påtalerett, noe han også uttrykkelig har gjort for Høyesterett.

(52)

Spørsmålet om saken gjelder et rettsforhold eller en rettighet, er mer tvilsomt. Slik saken har utviklet seg, gjelder søksmålet nå spørsmålet om det er bygget i strid med en negativ servitut, og dreier seg følgelig om byggingen er rettsstridig eller ikke. Både nyere rettspraksis, forarbeidene til tvisteløven - som på dette punkt viderefører ordningen etter tvistemålsloven - og nyere teori har lagt til grunn at et søksmål om en slik rettslig karakteristik kan være et rettsforhold, se blant annet Rt-2001-1505, NOU 2001:32 bind A side 187, Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 365, Schei mfl., Tvisteløven med kommentar side 50 og Skoghøy, Tvistemål side 282.

(53)

De eksempler som her nevnes, dreier seg langt på vei om rettighetsbetegnelser med et kompleks av rettsvirkninger, som « eiendomsrett » eller « opphavsrett ». Som Skoghøy understreker, har også dom for at noe er « ulovlig », « rettsstridig » eller lignende, normalt rettsfølger, fordi det derved vil være slått fast at handlingen må opphøre, og om den har opphørt, at den ikke kan fortsette. Dersom det er usikkert hva rettsvirkningene av en rettslig karakteristik vil være, vil det kunne tale mot at søksmålet anses for å angå et rettsforhold, jf. Schei mfl. side 50.

(54)

Slik jeg ser det, er problemet i den foreliggende sak at en dom i samsvar med Carlings påstand ikke vil ha noen umiddelbare rettsvirkninger for Carling overfor AS Naturbetong. Det er ikke lenger aktuelt for Carling å kreve at boligblokkene skal rives. For alle praktiske formål er følgen av en eventuell rettsstrid knyttet til spørsmålet om erstatning. Og en konstatering av at oppføringen av boligblokkene er rettsstridig, medfører ikke uten videre avklaring av hvorvidt erstatningsplikt foreligger.

(55)

Dersom Carling nå får dom for rettsstrid og Carling senere fremmer krav om erstatning i et nytt søksmål, vil imidlertid et sentralt spørsmål av betydning for erstatningsplikten være rettskraftig avgjort, og saken vil kunne konsentreres om de erstatningsrettslige spørsmål. Carling vil dessuten stå i en sterkere forhandlingsposisjon ved eventuelle utenrettslige forhandlinger med AS Naturbetong om et erstatningskrav. Selv om en dom i samsvar med påstanden ikke vil ha umiddelbare rettsvirkninger, vil den dermed ha rettslig betydning for Carling.

(56)

På denne bakgrunnen anser jeg søksmålet for å ligge i grenseområdet for hva som kan anses for å være et rettsforhold eller en rettighet. Avgjørende for om søksmålsbetingelsene skal anses som oppfylt, bør da være hvor sterk interesse Carling nå har i å få rettslig avklaring av om det er bygget i strid med servitutten.

(57)

Ved denne vurderingen anser jeg det sentralt at Carling tidligere i prosessen - gjennom tre rettsomganger med spørsmål om midlertidig forføyning og i hovedsaken nesten helt frem til hovedforhandling i lagmannsretten - klart oppfylte søksmålsbetingelsene. Da muligheten for fullbyrdelsessøksmål om riving falt bort like før ankeforhandlingen, synes utsettelse av saken ikke å ha vært aktuelt. Det er da forståelig at Carling likevel ønsket den avklaring som ligger i å få dom på det sentrale spørsmål om det er bygget i strid med servitutten. Alternativet var å heve saken og begynne med en ny rettsrunde i tingretten om de samme spørsmål, med den eneste forskjell at det ville bli krevd dom for erstatning i stedet for stansing og riving.

(58)

Det som imidlertid kompliserer bildet noe, er at Carling som nærmeste nabo fulgte byggeprosessen på nært hold og visste at kjøperne av leilighetene etter hvert flyttet inn. Han måtte regne med at skjøter ville bli tinglyst senest rundt innflyttingen. Hans prosessfullmektig hadde dermed i god tid før hovedforhandlingen foranledning til å vurdere om erstatningsspørsmål kunne og skulle trekkes inn i saken, slik han hadde tatt forbehold om. Skulle kravet trekkes inn, burde det skje tidsnok til at ankeforhandlingen likevel kunne gjennomføres som planlagt.

(59)

Jeg finner imidlertid ikke å kunne legge avgjørende vekt på dette forholdet. Etter mitt syn hadde også AS Naturbetongs prosessfullmektig en klar oppfordring til å ta opp spørsmålet om påstandsendring med Carling og hans prosessfullmektig i god tid før hovedforhandlingen. AS Naturbetong hadde best oversikt over de faktiske forhold, spesielt tidspunktet for når skjøter ville bli utstedt og tinglyst.

(60)

Ved helhetsvurderingen av om søksmålsbetingelsene er oppfylt, legger jeg også vekt på at retten etter tvistemålsloven § 87 vil kunne ha plikt til å gi veiledning slik at utformingen av en påstand ikke medfører at saken må avvises, se Schei, Tvistemålsloven side 380 med videre henvisning. Videre legger jeg vekt på at hovedspørsmålet for Høyesterett om betydningen mellom reguleringsplan og negativ servitut har prinsipiell interesse.

(61)

Etter en samlet vurdering finner jeg at søksmålsbetingelsene er oppfylt, slik at saken ikke skal avvises.

(62)

Jeg går nå over på spørsmålet om lagmannsretten har unnlatt å drøfte om vilkårene i servituttloven § 4 er oppfylt, og derved begått en saksbehandlingsfeil som må lede til opphevelse av dommen, jf. tvistemålsloven § 144 nr. 4, jf. § 384 første ledd.

(63)

Lagmannsretten gjengir på side 7 i dommen AS Naturbetongs anførsler om at servituttloven § 4 ikke er oppfylt fordi byggingen ikke representerer noen skade for Carling sammenlignet med alternativ utnyttelse av Ivar Aasens vei 2. Etter å ha konkludert med at byggingen har skjedd i strid med den negative servituttten, tilføyer flertallet på side 10 i dommen følgende: « Flertallet kan heller ikke se at servituttloven § 4 tilsier noen annen vurdering. Det vises til flertallets premisser foran. »

(64)

Under drøftelsen av søksmålsvilkårene uttaler flertallet at Carling har en aktuell og sterk interesse i å få fastslått at byggingen er i strid med klausulen. Flertallet viser til at Carling er nærmeste nabo med utsikt direkte mot de oppførte bygninger, og at hans eiendom derfor er direkte berørt av utbyggingen på naboeiendommen. Og under realitetsdrøftelsene på side 9 heter det:

« Bygningsmassen med fire sammenbygde lavblokker med noe over tolv meters høyde, 4300 kvm tomt og 23 leiligheter kan åpenbart ikke karakteriseres som villamessig. Lagmannsrettens befaring viste at blokkbebyggelsen gir et massivt preg og på en helt annen måte enn villamessig bebyggelse, dominerte i høyde og bredde i terrenget. »

(65)

Dommen kunne på dette punktet ha vært klarere. Men når de ulike deler ses i sammenheng, finner jeg at domsgrunnene i tilstrekkelig grad viser at spørsmålet om vilkårene i servituttloven § 4 er oppfylt, er drøftet og avgjort. Lagmannsretten har følgelig ikke begått noen saksbehandlingsfeil.

(66)

Det gjenstående spørsmål - og sakens hovedspørsmål - er om lagmannsrettens flertall har begått en rettsanvendelsesfeil. Jeg understreker at anken ikke gjelder flertallets avgjørelse av at oppføringen av boligblokkene er i strid med den negative servituttten, og av at servituttten ikke er falt bort etter tingsrettslige regler som følge av utviklingen i boligområdet eller i samfunnet for øvrig. Høyesterett må derfor uprøvd legge flertallets konklusjoner på disse punkter til grunn. Det eneste spørsmål Høyesterett skal ta stilling til, er om den negative servituttten har falt bort som følge av at utbyggingen har skjedd i samsvar med reguleringsplan for eiendommen.

(67)

Jeg starter med å slå fast at lov og praksis bygger på at negative servitutter lovlig kan stiftes og påtales.

- (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.
- (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. plan- og bygningsloven §§ 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.
- (70) Til sammenligning nevner jeg at den danske planloven i § 15 gir anvisning på at det i en lokalplan kan inntas bestemmelser om opphør av gyldigheten av uttrykkelig angitte strøkservitutter dersom opprettholdelse av slike servitutter vil være i strid med lokalplanens formål. En slik uttrykkelig bestemmelse har altså ikke norsk rett.
- (71) 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, hvor det heter:
- « Om forholdet til private byggeservitutter vil departementet streke under komitéens uttalelse på side 50 i innstillingen om at prinsippet er at reguleringsplan i kollisjonstilfelle går foran. Det vises til E. Stang: Norsk Bygningsrett kap. 17 (side 245 flg.), og E. Corneliussen i Tidsskrift for rettsvitenskap 1942 side 125 flg. Departementet viser også til Høyesteretts dom i Rettstidende for 1953 side 1360 (Rt-1953-1360) . Etter teorien og Høyesteretts praksis antar departementet at private byggeservitutter i kollisjonstilfelle vanligvis faller bort som direkte følge av den stadfestede plan, uten at det er nødvendig å gå til ekspropriasjon. »
- (72) Etter mitt syn gir ikke denne uttalelsen uttrykk for annet enn det som følger av avgjørelsen i Rt-1953-1360 , som jeg kommer tilbake til.
- (73) De to sentrale høyesterettsdommer fra nyere tid på området er Gjensidigedommen i Rt-1995-904 og Borteliddommen i Rt-2002-145 .
- (74) I Gjensidigedommen heter det på side 907 blant annet:
- « 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. ...
- 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 . »

(75)

Det er i dommen ikke presisert nærmere hvilke lovbestemmelser resultatet bygger på.

(76)

Som førstvoterende i Gjensidigedommen 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 servittutt måtte vike ved kollisjon mellom offentlig regulering og servitutten. Saken gjaldt et klart tilfelle av kollisjon mellom negativ servittutt 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 servittutt og reguleringsplan. Uttalelsene i Gjensidigedommen må oppfattes som atskillig videre.

(78)

I Borteliddommen 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:

« De ankende parter hevder under henvisning til Rt-1995-904

(Gjensidigedommen) at byggeforbudet i punkt 8 må bortfalle ved utbygging i henhold til reguleringsplanen. I denne dommen gis det uttrykk for at negative servitutter som hindrer utbygging i samsvar med reguleringsplan, faller bort når en står overfor en aktuell utbygging av den tjenende eiendom i samsvar med plan. Jeg bemerker at dersom reguleringsplanen åpner for alternative løsninger slik at servitutten ikke nødvendigvis hindrer utbygging, blir det så langt ikke tale om bortfall.

Gjensidigedommen har i ettertid vært kritisert. Jeg nevner Odd Jarl Pedersen mfl., Plan- og bygningsrett, side 462 flg. og Daniel Rogstad, Reguleringsplaner, innhold og virkninger, side 396 flg. 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 . Prosedyren har imidlertid i liten grad dreiet seg om hvilke forhold som i likhet med situasjonen i denne saken, tilsier at en negativ byggeservittutt ikke bør falle bort, eller hvilken aktualitet negative byggeservitutter har. I dag skjer utbygging i det vesentlige etter reguleringsplaner som forutsetter at det er foretatt en bred vurdering av arealbruken. Jeg viser til formålsparagrafen i plan- og bygningsloven § 2, hvorefter det blant annet skal tas hensyn til bruk av ressurser, estetiske hensyn og legges til rette for at 'arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig

gavn for den enkelte og samfunnet'. Videre viser jeg til saksbehandlingsreglene i § 27-1. Noen utbyggingsplikt medfører reguleringsplaner imidlertid ikke. »

(79)

I den konkrete vurderingen av om servitutten kunne opprettholdes, heter det på side 150 blant annet:

« Opprettholdelse av servitutten 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 Borteliddommen klart modifierer uttalelsene i Gjensidigedommen. Videre konstaterer jeg at uttalelsene i Borteliddommen er helt generelle; de retter seg ikke bare mot situasjonen hvor det gjelder festekontrakter av nyere dato.

(81)

Jeg nevner også avgjørelsen i Rt-2004-883 , som gjaldt spørsmålet om et tinglyst deleforbud var til hinder for tinglysing 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 servitutten, 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.

(83)

Jeg finner på denne bakgrunnen 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.

(84)

Jeg går så over til å vurdere forholdet mellom den negative servituten og reguleringsplanen i den foreliggende sak. Jeg minner her om at Høyesterett må legge til grunn at de oppførte boligblokker er i strid med den negative servituten.

(85)

Reguleringsbestemmelsen for Ivar Aasens vei 2 fastsetter et formål med utnyttelsen av eiendommen som er i samsvar med den negative servituten, nemlig byggeområde for bolig. Men bestemmelsen forutsetter en utbygging som strider mot servituttens krav om villamessig bebyggelse. Noen fullstendig kollisjon er det følgelig ikke tale om.

(86)

Etter mitt syn kan man i et tilfelle som dette ikke vurdere den aktuelle reguleringsbestemmelse isolert. Også småhusplanen må trekkes inn i vurderingen. Det er ikke bestridt at man innenfor reglene i planen kunne ha fortettet Ivar Aasens vei 2 tidsmessig uten å komme i strid med den negative servituten. For eksempel ville det kunne oppføres rekkehus. Følgelig dreier det seg ikke om noe kollisjonstilfelle hvor urimelig ikke-bruk eller utilsiktede hindringer ville blitt resultatet dersom det måtte bygges i samsvar med den negative servituten.

(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.

(88)

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.

(89)

Jeg vektlegger også at karakteren av en servitutt kan være av vesentlig betydning ved vurderingen av om servituten 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 servituten i den foreliggende sak er falt bort i utviklingens medfør, ikke tema for Høyesterett.

(90)

Min konklusjon er at den negative servituten ikke kan anses bortfalt som følge av reguleringsplanen. Lagmannsretten har ikke anvendt loven feil, og lagmannsrettens dom må stadfestes.

(91)

Anken har ikke ført frem. Carling har lagt ned påstand om å bli tilkjent saksomkostninger for alle tre instanser. Jeg finner at fulle omkostninger bør tilkjennes for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd. Omkostningskravet for Høyesterett, som utgjør 138 000 kroner inkludert mva., tas til følge.

(92)

På grunn av påstandsendringen må saken for de øvrige instanser anses som dels vunnet dels tapt. Hovedspørsmålet for Høyesterett har imidlertid stått sentralt også for de tidligere instanser, og jeg finner det rimelig at Carling får dekket deler av omkostningene for tingretten og lagmannsretten, jf. § 180 andre ledd, jf. 174 andre ledd. Omkostningskravet for tingretten er på 188 750 kroner, mens kravet for lagmannsretten er på 163 440 kroner. I tillegg er det krevd avsavnsrente. Jeg finner at Carling bør tilkjennes 120 000 kroner for tingretten og 100 000 kroner for lagmannsretten, inkludert mva. og avsavnsrente.

(93)

Jeg stemmer for denne dom:

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes.
2. I saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett betaler AS Naturbetong til Odd Carling 358 000 - trehundreogfemtiåttetusen - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.

(94)

Dommer **Gussgard**: Jeg er enig med førstvoterende i spørsmålene knyttet til servituttloven § 4 og når det gjelder vurderingen av om Carling har rettslig interesse i dom for den påstand han nedla i lagmannsretten. På spørsmålet om den negative servitutt er bortfalt, er jeg imidlertid kommet til et annet resultat enn henne. Etter mitt syn må servitutt anses bortfalt.

(95)

Som det fremgår, gjaldt Reguleringsplan for småhusområder i Oslos ytre by fra 1997 for det området som gjeldende reguleringsplan for gnr. 39 bnr. 108 dekker. Reguleringsformålet i planen for småhusområder er byggeområder, og hensikten er å legge til rette for fortetting innenfor planområdet. Det kreves bebyggelsesplan, se plan- og bygningsloven § 28-2, for tiltak med mer enn 10 nye boliger. At det i vår sak ble krevd reguleringsplan, skyldtes at planen, i tillegg til boliger, omfattet « omregulering av tilstøtende veiareal, utvidelse av friareal og kontorområde ». På bakgrunn av prosedyren nevner jeg at jeg ikke kan se at saken ville stilt seg annerledes dersom boligbyggene var oppført i henhold til en bebyggelsesplan innenfor den tidligere reguleringsplanen.

(96)

Avgjørende for mitt syn er en vurdering av servitutt som en gammel og foreldet bestemmelse, som ikke har gjennomslagskraft for arealutnyttelsen i dag, nærmere 100 år etter at den ble påheftet eiendommene i strøket. Jeg skal redegjøre nærmere for mitt syn.

(97)

Jeg viser til førstvoterendes orientering om de relevante rettskildene for vurderingen av bortfallsspørsmålet. De sentrale høyesterettsdommene er Rt-1995-904 - Gjensidigedommen - og Rt-2002-145 - Borteliddommen.

(98)

I Gjensidigedommen la Høyesterett til grunn at negative servitutter falt bort i den grad de var til hinder for utbygging i samsvar med arealplan. Servituttene måtte vike for planen og falt bort når en sto overfor en aktuell utbygging i samsvar med plan. Synspunktet bygger på at utbygging av et område som omfattes av en reguleringsplan, må skje i samsvar med planen, jf. plan- og bygningsloven § 31 og formålsbestemmelsen i § 2. En servitutt som krever en annen utnyttelse dersom det skal bygges, eller som inneholder andre klausuler som er uforenlige med planen, vil miste sin innvirkning på arealutnyttelsen. På bakgrunn av de høyesterettsdommene som er nevnt i avgjørelsen, ble det lagt til grunn at servituttene bortfalt i slike tilfeller. Det kunne for øvrig også vært vist til Ot.prp.nr.1 (1964-1965) Om ny bygningslov side 93, der departementet blant annet sier: « Etter teorien og Høyesteretts praksis antar departementet at private byggeservitutter i kollisjonstilfelle vanligvis faller bort som direkte følge av den stadfestede plan, uten at det er nødvendig å gå til ekspropriasjon. »

(99)

Også i Gjensidigedommen burde det nok vært tatt med et « vanligvis », for da saksforholdet i Bortelidsaken ble presentert for retten, fant en å måtte moderere uttalelsen om bortfall. Den ble funnet å være for generell. Området for bortfall alene som følge av reguleringsplan måtte innsnevres, men noen klar uttalelse om hvordan grensen skal trekkes, ble ikke gitt.

(100)

Saksforholdet i Borteliddommen er svært forskjellig fra situasjonen i saken nå. Den gjaldt et hytteområde på ca. 1800 dekar, der det i 1970-1980 årene var oppført ca. 600 hytter, de fleste med kontrakter om punkt feste. I festekontraktene var det en klausul om at « [b] bebyggelse i planområdet ut over det som er angitt i vedlagte kartskisse, er ikke tillatt ». Begrunnelsen i dommen for ikke å anse klausulen bortfalt alene som følge av gjennomføring av reguleringsplanen, var helt konkret. Det ble vist til at området fremsto som fullt utbygget, at det ikke var tale om noen meningsløs « ikke bebyggelse » eller et « utilsiktet hinder », slik det var uttrykt i de eldre dommene det var vist til, og at det etter reguleringsbestemmelsene skulle tas hensyn til hytteeierens interesser.

(101)

Saken skiller seg fra vår sak først og fremst fordi det dreide seg om en klausulering av nyere dato. Videre gjaldt den et felt med punkt festeavtaler, der forutsetningen er at festerne skal kunne bruke et areal omkring hytta, men uten at noe bestemt tomteareal er fastsatt. Området fremsto som fullt utbygget, og klausulene har nærmest karakter av kontraktsbestemmelser om tomteområde for den enkelte festeavtale.

(102)

Vår sak dreier seg om en strøkservitutt som er påheftet for nær 100 år siden ved utparsellering av et større areal tilhørende Vinderen hovedgård. Ordlyden er gjengitt i førstvoterendes votum. Servituttene er ikke til hinder for oppdeling, men setter krav til tomtestørrelsen. Bebyggelsen skal være « villamæssig » med maksimum to etasjer og bare én leilighet i hver etasje. Maksimum mønehøyde er angitt. Servituttene forbyr oppføring av såkalte arbeiderboliger, og setter forbud mot bedrifter som kan medføre « støi, lugt eller urenslighet ».

(103)

Dersom denne servitutten skulle ha rettsvirkning, kunne arealet ikke bygges ut etter forutsetningene i reguleringsplanen og slik myndighetene ga tillatelse til. Slike strøkservitutter har etter min mening tiden løpt fra. De har utspilt sin rolle som sin tids forsøk på regulering av utnyttelsen av større områder. Jeg kan ikke se noen grunn til at servitutter av denne art fortsatt skal anses virksomme når formålet med dem ikke lenger kan oppnås. Servitutten gir i realiteten uttrykk for en rettighet uten rettsvirkning. For meg står det da slik at den klausuleringen servitutten inneholder, er bortfalt.

(104)

Typisk for negative servitutter som den vi her står overfor, er at de er ukjente for eiere av de eiendommene som kunne ha interesse av dem. I denne saken ble servitutten hentet frem fra glemselen ved Carlings undersøkelse av grunnboken først etter at reguleringsplanen var stadfestet og klagebehandlingen hos fylkesmannen avsluttet. Servitutter som dette gir ingen reell sikkerhet i praksis og vil normalt ha mistet økonomisk verdi i forbindelse med omsetning av fast eiendom.

(105)

Som Bortelidsaken viser, kan det tenkes unntak fra en helt generell regel om at en negativ servitutt bortfaller når det bygges i samsvar med reguleringsplan, men i strid med servitutten. Dessuten kan et spørsmål om erstatning ved motstrid stå svært forskjellig ut fra de faktiske forhold i den enkelte sak. Jeg kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for noe unntak i denne saken. For meg hører servitutten inn under det som sies i Borteliddommen side 149 om bortfallsregelen, at den « passer kanskje best på byggeservitutter som har vært mer aktuelle i tidligere tider, men som nå fremstår som lite tilpasset dagens utbyggingsbehov ». Jeg tilføyer at når det i denne sammenheng nevnes strøkservitutter som båndlegger areal til « et annet formål enn det reguleringsplanen har », må dette også omfatte utbygging som skiller seg fra det servitutten tillater, selv om det formelle reguleringsformålet er det samme. Under reguleringsformålet « byggeområder » i plan- og bygningsloven § 25 hører både boligbygg, industribygg og en rekke andre bygninger.

(106)

Avslutningsvis vil jeg fremholde at Carlings og de øvrige rettighetshaveres syn på utbyggingen av gnr. 39 bnr. 108 er vurdert av de politiske myndigheter og av fylkesmannen. Det er angitt at det i forbindelse med reguleringen kom klager fra ca. 50 personer i nabolaget. Planen ble revidert på flere punkter, men naboene vant ikke frem fullt ut. Fylkesmannen uttalte i sin oppsummering blant annet at « [f]ylkesmannen ser det slik at kommunen under sakens behandling har vært oppmerksom på de vesentlige og berørte interesser - og i tilstrekkelig grad har vurdert disse opp mot hverandre på en forsvarlig måte ».

(107)

Etter min vurdering av saken finner jeg at hver av partene bør bære sine saksomkostninger, men går ikke nærmere inn på dette.

(108)

Dommer **Coward**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Gussgard.

(109)

Dommer **Flock**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Øie.

(110)

Dommer **Gjølstad**: Likeså.

(111)

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

- 1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 1, stadfestes.*
- 2. I saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett betaler AS Naturbetong til Odd Carling 358 000 - trehundreogfemtiåttetusen - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.*

Rt-1995-904 Gjensidigedommen

INSTANS:	Høyesterett - Dom.
DATO:	1995-05-26
DOKNR/PUBLISERT:	HR-1995-85-B - Rt-1995-904
STIKKORD:	(Gjensidigedommen) Tingsrett. Negative servitutter. Bygnings- og reguleringsrett.
SAMMENDRAG:	Spørsmålet i saken var om Gjensidigebygget på Lysaker i Oslo var reist i strid med negative servitutter påheftet eiendommen i tiden 1890-1917, og i så fall om rettighetshaverne kunne ha et erstatningskrav. Negative servitutter som er til hinder for utbygging i samsvar med reguleringsplan, må vike for denne og antas bortfalt, uten at det i alminnelighet - og ikke i denne saken - oppsto noe erstatningskrav mot eieren av den tjenende eiendom på grunn av bortfallet. Servituttene, slik de måtte fortolkes, hindret ikke utbyggingen. De måtte også anses bortfalt på grunn av utviklingen i det strøket der bygget ligger.
SAKSGANG:	Eidsivating Lagmannsrett LE-1992-2560 Høyesterett HR-1995-85-B, snr 182/1994
PARTER:	Oslo kommune (Advokat Anders Eckhoff - til prøve) mot 1. Aase Marstrander 2. Bjørg Christoffersen 3. Irja Trøften 4. Per Johannesen 5. Erik Wendt 6. Tore Nordvik 7. Reidar Forbech 8. Unni Dørum 9. Arne Dagfinn Nygård 10. Thor Erling Kristensen 11. Gunnvor og Torgeir Haugh 12. Tove Rem Berglund 13. Inge Brorson 14. Arne Pettersson 15. Hege Sitje Fjeldstad 16. Jannik og Martin Hekneby 17. Oddmund Nyberget 18. Karl Fr. Wennersten 19. Ellen og Hans Øyvind Nordvi 20. Kari og Trond Hellem 21. Michael Hansson 22. Rita Jensen 23. Hans A. Lier 24. Per Sommerfeldt 25. Ingrid A. og Tor Karsten 26. Jan Harmens 27. Anne Marie Leirfall 28. Jens Holtung 29. Anne Grethe Krane 30. Knut Sørensen 31. Sidsel og Torgrim Haaberg 32. Gerd og Robert Agostini (Advokat Arne Meltvedt)
FORFATTER:	Gussgard, Langvand, Schei, Coward og Hellesylt.

Saken gjelder spørsmål om en gjennomført utbygging av en eiendom i Oslo var i strid med negative servitutter over eiendommen, og i så fall om rettighetshaverne kan ha et erstatningskrav.

Våren 1988 solgte Oslo kommune ca 12 da av gnr 9 bnr 1, 8 og 59 i Oslo til Aker Eiendom A/S (Aker) med sikte på oppføring av et kontorbygg. Arealet ligger på Sollerud, øst for utløpet av Lysakerelva. Aker solgte arealet videre til Gjensidige Forsikring som 28 november 1989 fikk tillatelse til å oppføre et kontorbygg i henhold til en reguleringsplan for området, vedtatt av Oslo bystyre 31 august 1988.

Bygget - kalt Gjensidigebygget - er i dag for lengst tatt i bruk, og ca 1.400 personer har sin arbeidsplass der. Det er ca 180 meter langt, ca 30 meter bredt og er bygget i 5 etasjer over bakkenivå, med underjordisk garasjeanlegg. Det ble gitt dispensasjoner fra høydebegrensninger i reguleringsbestemmelsene for så vidt gjaldt takoppbygg for ventilasjonsanlegg og glasstak over kommunikasjonsarealet mellom to deler av bygget.

Ut fra forpliktelser i kontrakten med Aker vedtok Oslo bystyre 28 mars 1990, i medhold av plan- og bygningsloven § 35 nr 1, å ekspropriere rettigheter etter negative servitutter påheftet eiendommene, "i den grad servituttene kan være til hinder for utbygging i samsvar med reguleringsplan ---". Vedtaket gjaldt servitutter med noe ulikt innhold, blant annet forbud mot oppføring av "nogen Fabrik, eller industrielt Anlæg" eller "bedrift, der enten ved støi eller stank kan forulempe nabolaget". Det var også forbud mot "forlystelses- eller utskjækningssteder eller arbeiderboliger". Servituttene var påheftet i tidsrommet 1890-1917 av daværende eier, dr C. Rustad.

Skjønn til fastsettelse av eventuelle erstatninger ble påstevnet, dels ved allemannsstevning. Oslo kommune hevdet under skjønnsforhandlingene at ingen av servituttene var til hinder for oppføring av bygget.

Oslo byrett avsa 9 juni 1992 kjennelse med slik slutning:

- "1. Skjønnen fremmes ikke.
2. I saksomkostninger betaler Oslo kommune v/ etat for eiendom og utbygging til de saksøkte v/ advokat Keiserud 94496,- - nittifiretusenfire- hundreognittiseks - kroner innen 2 - to - uker."

Avgjørelsen er begrunnet i at byretten ikke fant at servituttene var til hinder for utbyggingen.

Side 905

32 av de private parter for byretten anket avgjørelsen inn for Eidsivating lagmannsrett. Lagmannsretten avsa dom 7 februar 1994 med slik domsslutning:

- "1. Skjønnen fremmes for Oslo byrett.
2. Byrettens kjennelse med skjønnsforhandling oppheves i forhold til de ankende parter, og saken hjemvises til ny behandling ved byretten.
3. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Oslo kommune til de ankende parter ved advokat Arne Meltvedt 87556 - åttisjutusenfem- hundreogfemtiseks 0/100 - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom."

Lagmannsretten fant at Gjensidigebygget var reist i strid med servituttene på gnr 9 bnr 8 og bnr 1. Retten fant ikke at servituttene kunne anses bortfalt som følge av utviklingen av området på Sollerud, heller ikke at rettighetshaverne hadde mistet sitt erstatningsrettslige vern som følge av reguleringsplaner for området.

Om saksforholdet for øvrig og partenes anførsler for de tidligere retter viser jeg til byrettens og lagmannsrettens avgjørelser.

Oslo kommune har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.

Det er fremlagt enkelte nye dokumenter, men saken står i hovedsak i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere retter.

Oslo kommune har anført:

Byrettens kjennelse er riktig.

Gjensidigebygget er oppført på areal som for en stor del omfattes av servituttene på tidligere gnr 9 bnr 8 og bnr 1, benevnt A og C i byrettens avgjørelse. De øvrige servituttene - av byretten benevnt B, D og E - er oppslukt av veianlegg og er uten interesse for saken.

Kommunen bestrider at det her dreier seg om strøkservitutter som omhandlet i servituttloven § 4. Servituttene A og C er påført separat og skal hindre ulemper fra industrieiendommer m v, ikke sikre småhusbebyggelse på arealene. Anlegget av Drammensveien har for øvrig avgrenset det strøket der ankemotpartene har sine eiendommer, mot det strøket der Gjensidigebygget ligger. Det dreier seg ikke lenger om samme strøk.

Servituttene må fortolkes etter sin ordlyd ut fra vanlig språkbruk. Stiftelsesgrunnlaget er kontrakter som i utgangspunktet må tolkes objektivt.

Servituttene gjelder ikke kontorbygg. Fabrikkanlegg kan ikke likestilles med slike bygg. Servituttene hindrer utvilsomt ikke boligbygging, heller ikke store boligblokker. Gjensidigebyggets størrelse kan derfor ikke ha betydning. Lagmannsretten har uriktig lagt vekt på hva dr Rustad må antas å ville ha fastsatt forbud mot, dersom han hadde hatt mulighet til å forutse utviklingen. Det lar seg for øvrig i dag ikke gjøre å finne ut hva han ville ha ment.

De faktiske forhold på Lysaker rundt århundreskiftet gir støtte for kommunens tolking. Det ble den gang etablert en ganske omfattende industri ved Lysakerelva.

Dersom ordlyden ikke anses avgjørende, vil bruk av generelle retningslinjer for avtaletolkning føre til samme resultat.

Side 906

Forholdene på Sollerud/Lysaker er vesentlig endret i tiden etter at servituttene ble pålagt. Endrede forhold har betydning både som grunnlag for å si at servituttene har mistet sin betydning, og som tolkingsmoment. I denne saken er en i hvert fall svært nær en situasjon der servituttene må anses bortfalt. Anlegg av motorvei, industribygg, kontor- og forretningsbygg og ikke minst Fornebu flyplass, tilsier dette. Arealet der Gjensidigebygget ligger, har vært gjenstand for regulering til næringsformål i 1953, 1963 og endelig ved planen av 1988. Etter kommunens mening går det klart fram både av rettspraksis og juridisk litteratur at en vedtatt reguleringsplan medfører at servitutter som ikke er forenlig med utbygging i henhold til planen, bortfaller, uten at erstatning kan kreves.

Lagmannsretten har lagt vekt på at kommunen både er selger, reguleringsmyndighet og ekspropriant. Dette er en konsekvens av vårt regelverk og kan ikke få betydning for det saken dreier seg om.

Oslo kommune har nedlagt slik påstand:

"Oslo byretts kjennelse av 9. juni 1992 stadfestes."

Ankemotpartene - Aase Marstrander m fl - har i hovedsak anført:

Lagmannsrettens dom er riktig, både i resultat og begrunnelse.

Ankemotpartene har ikke hatt problemer med å godta den utvikling som tiden har medført på Lysaker frem til oppføringen av Gjensidigebygget. Dette bygget har imidlertid medført så store ulemper for dem at de har funnet grunn til å reagere, både ved protester i forbindelse med byggesaken og ved å påberope seg det erstatningsrettslige vern som servituttene etter deres mening gir dem. Bygget medfører økt støy, dels i form av at motorveistøyen kastes tilbake, dels ved økt trafikk. Bygget har ca 600 parkeringsplasser. Men hovedproblemene knytter seg til byggets størrelse. Det fremstår som en massiv vegg som stenger all utsikt til sjøen, og det er utstyrt med et glasstak som gir en meget sjenerende solrefleks og fremstår som en "lysvegg" om natten.

Servituttene må undergis en objektiv fortolkning, men denne må foretas ut fra forholdene på den tiden de ble pålagt. Det kan ikke være tvil om at Rustad tok sikte på å bevare Sollerud som et fredelig område. Han kunne ikke forutse utviklingen i retning av store kontorbygg, men klausulerte arealene mot slik bebyggelse som på den tiden fremsto som sjenerende eller forstyrrende, som fabrikkbygninger og utskjenknings- og forlystelsessteder. Servitutt C rammer blant annet oppføring av "arbeiderboliger". Hensikten med dette var å unngå store boligbygg for flere familier, ikke å begrense personkretsen av potensielle parsellkjøpere. En rimelig tolking av servituttene tilsier at de også omfatter kontorbygg av den størrelse en her står overfor.

Ankemotpartene finner det unødvendig å gå inn på den generelle betydning av en reguleringsplan i relasjon til negative servitutter. Selv om en legger til grunn at disse bortfaller uten erstatningsplikt når en reguleringsplan medfører at utnyttelsen må skje på en måte som strider mot servituttene, er forholdene i denne saken så spesielle at det erstatningsrettslige vern må være i behold. Kommunen er her ikke bare reguleringsmyndighet, men også selger og ekspropriant. Kontrakten med Aker var utformet slik at kjøpesummen ville øke dersom eiendommen

Side 907

ville kunne utnyttes sterkere enn det som ble lagt til grunn på tidspunktet for kjøpekontrakten. Når kommunen i en slik situasjon går inn for en meget sterk utnyttelse av arealene og gir dispensasjon fra reguleringsbestemmelser om maksimumshøyder, skaper dette en usikkerhet med hensyn til om kommunen blander sammen sine oppgaver som reguleringsmyndighet med sin interesse i å få et høyest mulig vederlag for arealet og økte skatteinntekter. Under slike forhold må kommunen holdes ansvarlig for det økonomiske tap ankemotpartene lider ved at servituttene må vike for Gjensidigebygget.

Aase Marstrander m fl har nedlagt slik påstand:

- "1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Ankemotpartene tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."

Jeg er kommet til at anken må føre frem.

Det er flere grunnlag som leder til dette resultat. 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. Jeg starter med det som må anses som det mest prinsipielle, nemlig forholdet til reguleringsplanen.

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. Det er imidlertid ikke alle planer som blir gjennomført, og endringer av reguleringsplaner forekommer ofte. Det er ingen grunn til at en negativ servitutt skal falle bort før en står overfor en aktuell utbygging av den tjenende eiendom i samsvar med plan. Når Gjensidigebygget skulle oppføres i henhold til reguleringsplan, ville de servituttene saken gjelder, følgelig falle bort i den utstrekning de etter sitt innhold var til hinder for dette.

Jeg bemerker at når rettstilstanden er slik at en negativ servitutt faller bort når det skjer utbygging i henhold til en reguleringsplan i motstrid med servitutt, skal det ikke skje noen ekspropriasjon av denne. Bortfallet har medført at det ikke er noe å ekspropriere. Mener rettighetshaveren etter servitutt at reguleringsplanen, eller den tillatelse som er gitt i henhold til reguleringen, er ugyldig, får han selv ta rettslige skritt til å få dette prøvet. Det samme må være situasjonen om han, tross bortfallet, likevel mener å ha et krav på erstatning.

Hvorvidt bortfall av en negativ servitutt som følge av reguleringsplan hindrer eieren av den herskende eiendom i å kreve erstatning fra

Side 908

eieren av den tjenende eiendom for mulig tap som følge av bortfallet, er lite belyst i rettspraksis. I den juridiske litteratur - både eldre og nyere - er imidlertid det fremherskende syn at det ikke oppstår noe erstatningskrav som følge av bortfallet. Jeg er enig i at dette må være hovedregelen. Reguleringen er begrunnet i offentlige hensyn og bindende for begge parter. Noe erstatningskrav mot det offentlige som reguleringsmyndighet oppstår i alminnelighet ikke. Det samme må gjelde i forhold til eieren av den tjenende eiendom. Jeg ser ikke bort fra at det i enkelte særlige tilfelle vil kunne være grunnlag for et erstatningseller vederlagskrav overfor grunneieren. Slike forhold gjør seg imidlertid ikke gjeldende i vår sak, der en står overfor svært gamle servitutter, pålagt under helt andre forhold enn i dag.

Ankemotpartene har, i tråd med lagmannsrettens dom, gjort gjeldende at kommunens posisjon som selger, reguleringsmyndighet og ekspropriant, sett på bakgrunn av kommunens handlemåte i denne spesielle saken, må medføre at det erstatningsrettslige vern likevel må være i behold. Dette kan ikke være riktig. Jeg kan ikke se at det foreligger noe grunnlag for å anta at kommunen har misbrukt sin "dobbelrolle" ved den regulering som har funnet sted.

Jeg går da over til å se på hvordan de aktuelle servituttene bør tolkes. Det er enighet mellom partene om at servituttene benevnt A og C i byrettens kjennelse, er de sentrale i saken, og jeg begrenser meg til å behandle disse.

Servitutt A har denne ordlyd:

"Denne Parcel maa ikke benyttes til nogen Fabrik eller industrielt Anlæg, heller ikke til Oplagstomt for Skaffe, der ved Stank vil kunne genere Nabolaget."

Servitutt C ble påheftet Rustads egen eiendom, gnr 9 bnr 1, i forbindelse med salg av bnr 8. Den har slik ordlyd:

"På "Haraasen" eller de parceller som fraskilles denne eiendom, må dog ikke opføres fabrikker, forlystelses- eller utskjæringssteder eller arbeiderboliger, heller ikke må på samme føres bedrift, der enten ved støy eller stank kan forulempe nabolaget. Disse samme servituter forpligter jeg mig til også at pålægge den tilbageværende del af "Sollerud".

Jeg er i hovedsak enig i lagmannsrettens generelle uttalelser om de relevante momenter for fortolkningen av servitutter. Utgangspunktet er stiftelsesgrunnlaget - her de dokumentene som inneholder servituttene. Disse må tolkes blant annet på bakgrunn av forholdene den gang og den herskende eiendoms behov. Rettspraksis viser at også den senere faktiske utvikling og oppfatningen i dag av ord og uttrykk er momenter av betydning når innholdet av en servitutt skal fastlegges, sammen med en viss rimelighetsvurdering. En objektiv fortolkning må legges til grunn, i særlig grad når en står overfor så gamle servitutter som her.

Jeg forstår servituttene slik at de først og fremst tok sikte på å hindre sterkt sjenerende virksomhet - særlig virksomhet som kunne medføre støy og stank. Fabrikker ble av den grunn forbudt, likeså "forlystelsessteder". Jeg kan ikke se at det av de forbud servituttene fastsetter, naturlig

Side 909

kan utledes at de også må anses å gjelde kontorbygg eller større bygg generelt. Den herskende

eiendom måtte være rimelig godt sikret ved de forbud servituttene etter sin ordlyd inneholdt, vurdert etter forholdene på den tiden de ble pålagt. Dersom hensikten hadde vært å sikre en villamessig bebyggelse i området, kunne det vært pålagt såkalte "villaklausuler", men dette ble ikke gjort. Noe forbud mot utparsellering f eks til forretningsformål, inneholder de således ikke. En utvidende fortolkning av klausulene til også å omfatte sjenerende utbygging som selgeren ikke hadde muligheter til å forutse, er det ikke grunnlag for.

Utviklingen i et område kan medføre at en negativ servitutt taper sin betydning og derfor faller bort. Anlegg av motorvei gjennom Sollerudområdet og utvidelsen av denne til 8 kjørefelt, slik at den i dag fremstår som en av våre mest trafikkerte motorveier, har etter min mening på en markant måte atskilt området på sydsiden av veien fra det villastrøk der ankemotpartene har sine eiendommer. Det er ikke lenger snakk om samme strøk. Arealet på sydsiden må vurderes i lys av den øvrige utbyggingen i dette strøket, og på bakgrunn av den sterke innvirkning som motorveien har på miljøet. Boligbygging så nær motorveien som Gjensidigebygget ligger, er i dag uaktuelt, noe utbygging langs denne del av Drammensveien viser. Området er preget av kontorbygg og andre næringsbygg. Det må anses som et område hovedsakelig for næringsutbygging, i den utstrekning utbygging tillates. Servituttene har her utspilt sin rolle og må anses bortfalt.

Ankemotpartene har krevet erstatning for saksomkostninger for Høyesterett, både for juridisk bistand og til formannen i Sollerud Vel, Bjørg Christoffersen, for hennes assistanse til prosessfullmektigen. Etter skjønnsloven § 54 bokstav b, jf § 54 skal ankemotpartene ha godtgjort nødvendige omkostninger i forbindelse med ankesaken. Advokat Meltvedt har inngitt omkostningsoppgave. På bakgrunn av at saken i det alt vesentlige har angått rettslige problemstillinger, der det påberopte relevante materialet har vært relativt begrenset, settes salæret til kr 60.000 med tillegg av kr 860 for utgifter. Kravet om erstatning til Bjørg Christoffersen tas til følge med kr 5.000, idet det legges til grunn at hun har lettet arbeidet for prosessfullmektigen, særlig ved å være kontaktperson overfor de øvrige ankemotpartene. Ut over dette anses det ikke godtgjort at hennes bistand har vært nødvendig for ankesaken.

Jeg stemmer for denne dom:

1. Byrettens kjennelse stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Oslo kommune til ankemotpartene v/ advokat Arne Meltvedt 65.860 - sekstifemtusenåttehundreogseksti - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom.

Rt-2002-145 Borteliddommen

INSTANS:	Høyesterett - Dom.
DATO:	2002-02-04
DOKNR/PUBLISERT:	HR-2001-416 - Rt-2002-145 (31-2002)
STIKKORD:	Forvaltningsrett. Plan- og bygningsrett. Reguleringsplan. Feste. Servitutter.
SAMMENDRAG:	Saken gjaldt spørsmålet om foretting av et hytteområde i samsvar med en reguleringsplan kunne skje uavhengig av festekontrakter som forbød ytterligere utbygging i området. Høyesterett kom til at kontraktsklausulene ikke falt bort alene som følge av at gjennomføring av reguleringsplanen med tilhørende bebyggelsesplaner var aktuell. Forholdet til Gjensidigedommen, Rt-1995-904 , diskuteres.
SAKSGANG:	Mandal herredsrett nr. 99-271 - Agder lagmannsrett LA-2000-811 - Høyesterett HR-2001-416, sivil sak, anke.
PARTER:	Bortelid Gård 9/7 ANS, Knut Repstad (advokat Helge Tofte) mot Carsten Wilhelmsen, Jan Kåre Myrene, Arild Jørgensen, Randi Skogsfjord, Liv Tove Korsmo, Olav Moseid, Leif Nilsen, Per Schönberg, Kirsti Mathiesen Hjemdal, Thorleif Høgetveit, Bjørn Andersen, Odd Kvelvane, Eilert Ask. Hjelpetintervenant: Bortelid Hyttelag (advokat Hege B. Ersdal - til prøve).
FORFATTER:	Gussgard, Coward, Flock, Oftedal Broch, Dolva

Dommer **Gussgard**: Saken gjelder spørsmålet om foretting av et hytteområde i samsvar med en reguleringsplan kan skje uavhengig av festekontrakter som forbyr ytterligere utbygging i området.

I 1970-1980-årene ble det bygd ca 600 hytter i et område på ca 1 800 dekar i Åseral kommune, kalt Bortelid hytteområde. Utbyggingen skjedde i det vesentlige på grunnlag av en disposisjonsplan fra 1973. De fleste hyttene ble oppført på festet grunn med kontrakter om punktfeste. I begynnelsen av 1990-årene satte kommunen i gang et utredningsarbeid med sikte på å utvikle Bortelid som reiselivsområde, og, som ledd i dette, å legge til rette for ytterligere hyttebygging her og i tilstøtende områder. Kommunestyret behandlet en kommunedelplan for Bortelid i 1995. Den forutsatte en konsentrert hyttebygging som bare kunne skje etter reguleringsplan, og først etter at veier, vannforsyning og avløpsanlegg var etablert.

Reguleringsplan for Bortelid ble lagt ut til offentlig ettersyn i 1997 i samsvar med plan- og bygningsloven § 27-1. Planen, som var en flatereguleringsplan, åpnet for ytterligere hyttebygging, dels i nye områder, dels ved foretting i eksisterende hytteområder. Det kom mange protester fra hytteeierne mot foretting. Noen viste til at deres festekontrakter var til hinder for dette.

Åseral kommunestyre vedtok reguleringsplan for Bortelid 27. november 1997. Den tillot oppføring av inntil 539 nye hytter. Byggeområdene er inndelt i ulike felt. For denne saken er

det feltene E1-E5 som har interesse. Her er det tillatt oppført inntil 53 nye hytter i eksisterende hytteområder.

Ved stevning 30. juni 1999 til Mandal herredsrett gikk Carsten Wilhelmsen mfl., i alt 13 eiere av hytter på festet grunn i området, til søksmål mot bortfesterne Bortelid Gård 9/7 ANS og Oddmund Repstad, med påstand om at disse var uberettiget til å gjennomføre ytterligere utbygging innenfor feltene E1-E5. I tilsvaret ble det opplyst at Oddmund Repstad hadde overdradd gården til Knut Repstad, som trådte inn i saken som saksøkt. Bortelid Hyttelag kom senere inn som hjelpeintervenient for saksøkerne. Grunnlaget for søksmålet var punkt 8 i festekontraktene, som hadde denne ordlyd:

«8. Bebyggelse m.v. i nabolaget.

Bebyggelse i planområdet ut over det som er angitt i vedlagte kartskisse, er

Side 146

ikke tillatt. Festeren kan ikke gjøre innsigelser mot nye fellesanlegg i området, så som veier, parkeringsplasser, kraftledninger, tømme plasser for avfall m.v., forutsatt at ikke anleggene legges på en utilbørlig og sjenerende måte. »

Det er enighet om at « vedlagte kartskisse » sikter til disposisjonsplanen fra 1973.

Det var omtvistet for herredsretten hvorvidt punkt 8 helt forbød ytterligere hyttebygging, eller om bestemmelsen måtte forstås slik at den bare hindret utbygging som innebar en viss grad av ulempe for hytteeierne. Retten forsto bestemmelsen slik at den tok sikte på å hindre utbygging ut over de planer som eksisterte for Bortelid på begynnelsen av 1970-tallet. Under henvisning til Rt-1995-904 (Gjensidigedommen) la retten imidlertid til grunn at det private byggeforbudet måtte vike for reguleringsplanen som tillater hyttebygging.

Dom ble avsagt 3. desember 1999 med slik domsslutning:

«1. De saksøkte frifinnes.

2. Saksøkerne pålegges in solidum å erstatte de saksøkte deres saksomkostninger med kr 66.519,-.

Oppfyllelsesfristen er 14 - fjorten - dager.»

Hytteeierne påanket dommen med Bortelid Hyttelag som hjelpeintervenient.

Agder lagmannsrett var enig med herredsretten i forståelsen av festekontraktenes punkt 8, men kom til at avgjørelsen i Rt-1995-904 ikke kunne forstås slik at byggeservitutten mistet sin virkning mellom partene. Dom ble avsagt 23. januar 2001 med slik domsslutning:

«1. Bortelid Gård 9/7 ANS er uberettiget til å gjennomføre ytterligere fortetting/utbygging innenfor reguleringsfeltene E 1 til E 5.

2. Knut Repstad er uberettiget til å gjennomføre ytterligere fortetting/utbygging innenfor reguleringsfeltene E 1 og E 4.

3. Hver av partene bærer sine saksomkostninger både for herredsretten og lagmannsretten. »

Bortelid Gård 9/7 ANS og Knut Repstad har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Det er fremlagt noen nye dokumenter og uttalelser fra enkelte av hytteeierne og fra formannen i hyttelaget. Hyttelaget er hjelpeintervenient også for Høyesterett. De ankende parter har frafalt sin innsigelse knyttet til forståelsen av punkt 8. Det aksepteres således at klausulen

forbyr ytterligere utbygging. For øvrig står saken i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere retter.

De ankende parter, Bortelid Gård 9/7 ANS og Knut Repstad, har sammenfatningsvis anført:

Lagmannsrettens dom hviler på en uriktig rettsoppfatning. Det følger av Rt-1995-904 at de negative servituttene som er påheftet eiendommene ved festekontraktenes punkt 8, bortfaller ved gjennomføring av planen, i det de stenger for utbygging i samsvar med denne. Dommen må anses som et klart prejudikat for den situasjon en står overfor i Bortelidområdet.

Det er liten uenighet om de faktiske forhold i saken.

Side 147

Festekontraktene er standardkontrakter som grunneierne fikk fra Norges Bondelag. Senere ble standardkontraktene noe endret, blant annet slik at videre utbygging kan skje dersom reguleringsplan/disposisjonsplan blir endret, og disse kontraktene ble da tatt i bruk. Festeavgiftene var beskjedne og ikke påvirket av innholdet i punkt 8.

Det initiativ som ble tatt i begynnelsen av 1990-årene til ytterligere utbygging, kom fra kommunen, som opprettet en prosjektgruppe bestående av representanter fra kommunen, grunneierne og fylkeskommunen. Fylkeskommunen, som så området som et satsingsområde i reiselivssammenheng, uttalte seg i 1992 positivt til det planutkastet som fremkom. Det samme gjorde Bortelid Hyttelag. Grunneiernes organisasjon, Bortelid Utmarkslag, var noe nølende til det store antall nye hytter.

Planprosessen førte frem til den reguleringsplanen som gjelder for området i dag. Etter reguleringsbestemmelsene må det blant annet foreligge bebyggelsesplan før hyttebygging kan starte. Det er foreløpig ikke godkjent noen bebyggelsesplan for de feltene saken gjelder. Muligheter for tilkobling til vann- og avløpsledninger, bedret adkomst og tilgang til et større skisenter vil medføre en vesentlig verdiøkning for hyttene i området.

Kommunen var kjent med byggeservituttene og med de motstridende interesser i området. Som ledd i planarbeidet er det foretatt en interesseavveining, og klausulene må vike. Det er ikke uvanlig at reguleringsplaner griper inn i private avtaler. De faktiske forhold i denne saken illustrerer betydningen av det offentlige interesse i gjennomføring av en reguleringsplan. Åseral er en liten kommune med omkring 1 000 innbyggere. Det er investert ca 6 millioner kroner i planarbeid og teknisk utbygging i området. Det er helt på det rene at planen har betydning for næringsutviklingen i kommunen.

Bortelid Gård 9/7 ANS og Knut Repstad har nedlagt slik påstand:

- «1. Mandal herredsretts dom av 3. desember 1999 stadfestes.
2. De ankende parter tilkjennes saksomkostninger for lagmannsrett og Høyesterett.»

Ankemospartene, Carsten Wilhelmsen mfl., med tilslutning av hjelpeintervenienten, har sammenfatningsvis anført:

Lagmannsrettens dom er riktig. Det foreligger lovlige avtaler som hindrer grunneierne i å bygge flere hytter blant annet i feltene E1-E5, og avtalen må respekteres. Punkt 8 i festekontraktene var av betydning for hytteeierne da de festet tomtene i årene 1974-1982. Klausulen hindret ikke utbygging, men avtalepartene var enige om en utnyttelsesgrad. Det er ikke gitt at hyttene får en økt verdi ved gjennomføring av planen, men uansett er de ikke interessert i denne verdiøkningen.

Det er stort sett enighet om faktum i saken. Men ankemotpartene vil fremheve at grunneierne har hatt innflytelse på reguleringsplanen. Det er ikke slik at kommunen har drevet planprosessen bare av egen interesse. Etter det ankemotpartene har forstått, er kommunen mest interessert i utbygging av de nye hytteområdene, og mindre interessert i fortetting. Planprosessen viser at en baserte seg på fortetting med samtykke av hytteeierne. Det var liten oppfordring for dem til å protestere før forslaget til reguleringsplan forelå.

Side 148

En kan ikke utlede en regel av Gjensidigedommen som medfører at byggeforbudet bortfaller ved utbygging etter reguleringsplanen. Dommen må leses i lys av det faktum som skulle vurderes. Dommen ville ellers føre til at private parter ville bli hindret i å inngå lovlige avtaler som begrenser grunneierens disposisjonsrett over egen eiendom. Det foreligger ikke reelle hensyn som tilsier en slik rettstilstand. Det virker meget urimelig at grunneiere som har gitt fra seg deler av rådigheten over sin eiendom, skal kunne få rådigheten tilbake ved at eiendommen reguleres. Servitutter kan endres og også bortfalle etter servituttlovens regler, og kommunen har direkte ekspropriasjonsadgang etter plan- og bygningsloven § 35. Det er ikke behov for en absolutt bortfallsregel, og systemet i plan- og bygningsloven forutsetter ikke noen slik regel.

Gjensidigedommen endret ikke rettstilstanden før dommen. Det bestrides ikke at en negativ servitutt faller bort dersom den helt stenger for utbygging. Men Bortelidområdet er allerede utbygget, og saken står dermed i en annen stilling.

Det er så store forskjeller på situasjonen på Bortelid og den som forelå i Gjensidigesaken, at de ikke kan bedømmes på samme måte. Bortelidsaken må vurderes på et meget bredere grunnlag. Det vises særlig til at byggeforbudet er av relativt ny dato, og pålagt i forbindelse med at hytteeierne etablerte seg. Klausulene gjelder nettopp den situasjon som nå er oppstått, og som kunne forutses. Klausulene stenger ikke for utnyttelse, slik det har vært tilfelle i andre saker om negative servitutter. Gjensidigesaken dreier seg om servitutter påheftet i tidsrommet 1890-1917, en tid da en ikke kunne forutse den dramatiske utvikling som skjedde i årene fremover. Det forelå også andre selvstendige grunnlag for domsresultatet.

Carsten Wilhelmsen mfl. har nedlagt slik påstand:

- «1. Agder lagmannsretts dom pkt. 1 og 2 stadfestes.
2. Ankemotpartene tilkjennes sakens omkostninger for herredsretten, lagmannsretten og Høyesterett med tillegg av lovens rente ved forsinket betaling fra forfall til betaling skjer.»

Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.

Spørsmålet i saken er om de negative servituttene som er inntatt i ankemotpartenes festekontrakter, bortfaller når utbygging i samsvar med vedtatt reguleringsplan iverksettes.

Reguleringsplanen med reguleringsbestemmelser er vedtatt av Åseral kommunestyre 27. november 1997. Som nevnt er planen en flatereguleringsplan. Reguleringsbestemmelsene § 2 omtaler de ulike reguleringsformål, herunder « hytteområde med høve til fortetting: E1-E6, E8-E17 ». I samme paragraf, siste avsnitt, heter det:

« I område som er utpekt til fortetting skal det takast omsyn til avtalar inngått i festekontrakter. »

Etter § 3 kreves det bebyggelsesplan med tilhørende bestemmelser, illustrasjonsplan og teknisk plan for vei, trafikk og byggeområder før bygging/fortetting starter opp. § 4 punkt 4.4. Hyttebygging E, H innledes slik:

Side 149

« Byggeområda er avsett til fortetting (E) og utbygging (H) med hytter. Nedanstående tabell er å vurdere som maksimaltal for utnytting. Bygningsrådet kan godta bebyggelsesplanar med hyttetall inntil det oppgjevne talet i fylgjande tabell: »

Tabellen viser at i feltene E1-E5, som allerede er utbygd med 56 hytter, kan det bygges inntil 53 nye hytter.

Som nevnt er det foreløpig ikke godkjent noen bebyggelsesplan for disse feltene, og det er dermed ikke fastsatt om og i tilfelle hvor mange hytter det kan bygges i hvert av feltene. Hvilken innvirkning reguleringsplanen vil få for den enkelte hytteeier, er dermed usikkert. De har fortsatt mulighet til å påvirke planprosessen, men reguleringsplanen aktualiserer åpenbart spørsmålet om betydningen av byggeservituttene.

De ankende parter hevder under henvisning til Rt-1995-904 (Gjensidigedommen) at byggeforbudet i punkt 8 må bortfalle ved utbygging i henhold til reguleringsplanen. I denne dommen gis det uttrykk for at negative servitutter som hindrer utbygging i samsvar med reguleringsplan, faller bort når en står overfor en aktuell utbygging av den tjenende eiendom i samsvar med plan. Jeg bemerker at dersom reguleringsplanen åpner for alternative løsninger slik at servituttene ikke nødvendigvis hindrer utbygging, blir det så langt ikke tale om bortfall.

Gjensidigedommen har i ettertid vært kritisert. Jeg nevner Odd Jarl Pedersen mfl., Plan- og bygningsrett, side 462 flg. og Daniel Rogstad, Reguleringsplaner, innhold og virkninger, side 396 flg. 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. Prosedyren har imidlertid i liten grad dreiet seg om hvilke forhold som i likhet med situasjonen i denne saken, tilsier at en negativ byggeservitutt ikke bør falle bort, eller hvilken aktualitet negative byggeservitutter har. I dag skjer utbygging i det vesentlige etter reguleringsplaner som forutsetter at det er foretatt en bred vurdering av arealbruken. Jeg viser til formålsparagrafen i plan- og bygningsloven § 2, hvoretter det blant annet skal tas hensyn til bruk av ressurser, estetiske hensyn og legges til rette for at « arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet ». Videre viser jeg til saksbehandlingsreglene i § 27-1. Noen utbyggingsplikt medfører reguleringsplaner imidlertid ikke.

Festekontraktene i vår sak er av nyere dato, inngått i årene 1974-1982, og gir rett til oppføring av hytter i et område på ca 1.800 dekar der det totalt kunne oppføres ca 600 hytter. Etter en slik utbygging måtte området den gang fremstå som utbygget - i hvert fall i rimelig grad. Det er neppe skjedd noen endring i den alminnelige oppfatningen av dette i tiden frem til i dag, selv om ønske om bedre utnytting av hytteområder og krav om bedre teknisk standard har medført en tettere utbygging mange steder.

Side 150

Ved min vurdering av saken legger jeg vekt på at området fremstår som et utbygget hytteområde, og at kommunen ikke har endret syn på hva området skal benyttes til. Opprettholdelse av servituttene innebærer ikke en meningsløs « ikke-bebyggelse » av området, eller et utilsiktet hinder, slik det var tale om i de eldre dommene jeg har nevnt. Jeg legger

videre noen vekt på at planprosessen og reguleringsbestemmelsene viser at en også tok sikte på å ta hensyn til hytteeierens interesser. I denne forbindelse nevner jeg at godkjenning av bebyggelsesplaner og samtykke til byggetillatelse vil høre under et av kommunens faste utvalg, mens det er kommunestyret som etter § 35 eventuelt kan foreta ekspropriasjon til gjennomføring av reguleringsplan. På denne bakgrunn finner jeg at kontraktsklausulene om forbud mot ytterligere utbygging ikke bør falle bort alene som følge av at gjennomføring av reguleringsplanen med tilhørende bebyggelsesplaner er aktuell.

Det er ikke fremsatt noen innvending mot formuleringen i lagmannsrettens domsslutning. Lagmannsrettens avgjørelse blir å stadfeste.

Anken har etter dette ikke ført frem, og jeg finner at de ankende parter må pålegges å betale saksomkostninger for Høyesterett. Det er fremsatt et krav på samlet kr 162.292, inkludert utlegg kr 8.300, merverdiavgift for den delen av salærkravet som refererer seg til tiden etter 1. juli 2001, kr 24.000, og merverdiavgift for utlegg, kr 1.992. Kravet tas til følge. Saken har vært av prinsipiell karakter og har budt på tvil. Jeg finner derfor at lagmannsrettens omkostningsavgjørelse bør bli stående.

Jeg stemmer for denne dom:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Bortelid Gård 9/7 ANS og Knut Repstad, en for begge og begge for en, til Carsten Wilhelmsen, Jan Kåre Myrene, Arild Jørgensen, Randi Skogsfjord, Liv Tove Korsmo, Olav Moseid, Leif Nilsen, Per Schønberg, Kirsti Mathiesen Hjemdal, Thorleif Høgetveit, Bjørn Andersen, Odd Kvelvane og Eilert Ask i fellellskap, 162.292 - etthundreogsekstihundreogtrentito - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 12 - tolv - prosent årlig rente, fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.

Dommer **Coward**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

Dommer **Flock**: Likeså.

Dommer **Oftedal Broch**: Likeså.

Dommer **Dolva**: Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Bortelid Gård 9/7 ANS og Knut Repstad, en for begge og begge for en, til Carsten Wilhelmsen, Jan Kåre Myrene, Arild Jørgensen, Randi Skogsfjord, Liv Tove Korsmo, Olav Moseid, Leif Nilsen, Per Schønberg, Kirsti Mathiesen Hjemdal, Thorleif Høgetveit, Bjørn Andersen, Odd Kvelvane og Eilert Ask i fellellskap, 162.292 - etthundreogsekstihundreogtrentito - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 12 - tolv - prosent årlig rente, fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.