

Utskrift av Høyesteretts votering i sak

L.nr. 25/1939.

A.nr. 102/1936.

Den 25. februar 1939.

Jens Löken m.fl. (adv. Folkvard Bugge)

mot

Reodor Wardenær m.fl. (o.r.sakf. Frantz Heyerdahl til prøve)

Dommer Alten: Denne sak er pådømt av Nord-Østerdal herredsrett med domsmenn den 7. november 1935. Domsslutningen lyder således:

"De saksökte Reodor Wardenær, Gjertrud Sætre, Ola Rundfloen, Lise Grønness, P. O. Grønness, Haakon Pladsen, Petra Pladsen, Ingeborg Lutnæs, Per Lutnæs, Paul Akre, Oddm. Akre, Otto Akre, Mauritz Akre, Helga Opset, Guttorm Akre og Janna Övergaard frifinnes i hovedsöksmälet for Jens Löken m.fl.s påstand, for Reodor Wardenærs vedkommende dog således at han ikke derved får noen rett til å inngjerde noen del av Fiskevolden for sin seter.

Jens Löken, E. Th. Helstad, Knut Nordset, Haagen Hangård, E. Höye, Gert Haugseth, Erik J. Berger, John Berger, Berthe Bergseth, S.J. Akre, H.S. Bergseth, Nils Haarseth, Asbjörn Björnstad, Kirsti Nordset, Olav Undseth som verge for Sigv. og Ole Undseth, H. Höye og Trygve Mömb dömmes som eiere av fiskelodder eller deler av sådanne uberettiget til å utöve annet fiske i Sölensjöen i Övre Rendalen qva lodd-eiere enn det tradisjonelle vår- eller forsommerfiske og det tradisjonelle röefiske om hösten.

Jens Löken, E.Th. Helstad, Knut H. Nordseth, Haagen Hangaard, E. Höye, Gert Haugseth, Erik J. Berger, John Berger, Berthe Haugseth, S.J. Akre, H. S. Bergseth, Nils Haarseth, Asbjörn Björnstad, Kirsti Nordseth, Olav Undseth som verge for Sigv. og Ole Undseth, H. Höye og Trygve Mömb dömmes til in solidum å betale til Reodor Wardenær, Gjertrud Sætre, Ola Rundfloen, Lise Grønness, P. O. Grønness, Haakon Pladsen,

Petra Padsen, Ingeborg Lutnæs, Per Lutnæs, Paul Akre, Oddm. Akre, Otto Akre, Mauritz Akre, Helga Opset, Guttorm Akre og Janna Övergaard tilsammen 900 kroner i saksomkostninger innen 14 dager fra dommens forkynnelser."

Om sakens gjenstand og sammenheng henviser jeg til fremstillingen i domsgrunnene.

Saksökerne, som har fått bevilling til fri sakförrel, har påanket dommen og angriper den i alle punkter hvor den er gått dem imot, såvel i rettslig som faktisk henseende. De har nedlagt fölgende påstand:

"I hovedsöksmålet:

1. Overenskomsten av 3. november 1927, tinglest 4. januar 1928, mellom Reodor Wardenær og de innstevnte Gjertrud Sætre m.fl. kjennes ugyldig i forhold til saksökerne Jens Löken m.fl.
2. De innstevnte for Höyesterett Gjertrud Sætre m.fl. kjennes som skogeiere omkring Sölensjöen uberettiget til å utöve noe fiske i sjöen.
3. Reodor Wardenær kjennes uberettiget til å utöve seterbruk med havning på Fiskevolden ved Sölensjöen i Övre Rendalen.

I motsöksmålet:

At Jens Löken m.fl. frifinnes og kjennes berettiget til å utöve enhver sort fiske i Sölensjöen i Övre Rendalen.

Motpartene påståes in solidum tilpliktet å betale sakens omkostninger for herredsretten til de ankende parter, samt for Höyesterett til det offentlige som om saken ikke hadde vært benefisert."

Advokat Bugges salær for utförelse av saken for Höyesterett begjæres fastsatt av retten.

Ankemotpartene påstår herredsrettens dom stadfestet og de ankende parter tilpliktet in solidum å betale sakens omkostninger for Höyesterett.

I anledning anken er der iverksatt omfattende bevisopptagelser med avhöring av parter og vitner, og der er etter fornyede arkivundersökkelser fremlagt et stort antall nye dokumenter i saken.

Som anført i herredsrettens dom har ankemotpartene ikke bestridt at de ankende parter har enerett til hva ankemotpartene har kalt "de tradisjonelle sesongfiskerier", d.v.s. röefisket vår, forsommer og höst. Derimot mener de at de som

grunneiere ved Sölensjöen har rett til alt annet fiske etter lovbokens 5-11-2. Hovedspørsmålet i saken blir derfor om de ankende parters fiskerett er begrenset på den måte som ankerpartene påstår, eller om retten omfatter alt fiske. For å få klarhet over dette, er det nødvendig å undersøke hvorledes forholdene historisk har utviklet seg.

Etterat der gjennom lengere tid hadde vært tvist mellom bönderne og staten om eiendomsretten til Rendalens almenning, ble der i 1785 oppnevnt en dømmende kommisjon til å avgjøre tvisten og fastsette almenningens grenser. Ved kommisjonens dom av 17. mars 1786 ble det avgjort, at almenningen innenfor de av kommisjonen fastsatte grenser, fiskevannene innbefattet, "forbliver i Kraft og med al Ret af Lovens 3 - 13 Kapitel Kongens bevislige, frie og frelste Alminding, enhvers derudi beviste forlenede og bygslede Brug efter Loven og Anordningene forbeholden". Hvilke rettigheter der således ble forbeholdt, var ikke gjenstand for avgjørelse av kommisjonen. Dommen ble stadfestet av Overhofretten 11. februar 1790.

For å skaffe bönderne mere skog til salgshugst ble imidlertid den vestlige del av almenningen, hvor bl.a. Sölensjöen ligger, ved kgl. res. av 21. februar 1798 skjenket 18 gårder i Övre Rendalen til eiendom (i resolusjonen står 22 gårder), men med forpliktelse til å utskifte skogen tillike med sine hjemskoger. På den annen side skulle de avholde seg fra allslags hugst i den Kongen forbeholdte östlige part av "almindingsskoven", som ble overlatt Röros Verks partisipanter til bruk. I denne del skulle dog bönderne ha samme rett som för til "gressing og seterbruk". Videre bestemmer resolusjonen: "Fiskerierne ville vi at skulle være Almuene fremdeles forbeholdne, dog uden at samme til dette Brug tildeeles nogen Strækning af Skov, hvorimod herved forbydes Röraas Verks Participantere at lade til Kulbrænding borthugge den Kraft og anden Skov som findes ved Bredderne af de Stæder der søges af Fiskerne, og ere dem til Hytter og Varme uundværlige". Denne bestemmelse bör visstnok forståes således, at den bare tar sikte på fisket i den östlige del, som vedble å være almenning. Men selv om der ved resolusjonen ikke er sagt noe om fiskevannene i den vestlige del, som bönderne fikk, må det antas at resolusjonen ikke har gjort eller tilsiktet å gjøre noen forandring i de tidligere bestående rettsforhold

med hensyn til fiske i almenningstvannene. Det var skogstrekningene som ble skjenket de 18 gårder, og det var bare skogen som i henhold til resolusjonen ble utskiftet mellom dem, dels i 1802 og dels, nemlig forsåvidt angår strekningen ved Sölen-sjöen fra Bjönteholmen og sydover, i 1847. I den siste utskiftning ble også holmene tatt med, men det sies uttrykkelig: "Med hensyn til Sæter-havnegange og Fiskerettigheder da forbliver disse saaledes som de hidtil lovligen have været hevdede".

Det eldste fremlagte dokument som nevner fiske i Sölensjöen, er matrikelen fra 1665, hvor det anføres at gården Berger har fiskeri i "Söer Siönen", mens det for flere andre gårder bare anføres at de har "fiskeri i almenningen" eller "fiskeri i fjellet". I matrikelen fra 1723 oppføres bl.a. fiskevannet Sölensjöen som Kongen tilhørende, men med tilføyelse om at det "bruges av endehl öfre Reendalens Almue". Nærmere opplysninger gir fogdens fortegnelse over fiskevann av 3. februar 1780. Dette er en fortegnelse over "de hans Kongl. Majt. tilhørende matriculerede Gaarder og Fiskevande, som ere beliggende udi den for Reendalens Præstegield fredlyste Konge Almindings Strækning, og hvoraf Besidderne og Brugerne foruden Kongl. Skatter aarligen betaler Jorddrottlige Rettigheder til Hans Majts. Cassa". Her oppføres som matrikel nr. 47 "Sölen Siöens Fiskerie" med følgende brukere: "Haarset, Berset, Berger, Handgaarden, Mömb, Biöntegaardene og Norsets Opsidderne". I en matrikelattest fra fogden av 10. oktober 1785 anføres følgende: "Sölen Siöens Fiskerie, skyldlagt for 1 Kalveskind, som bruges af Opsidderne paa Haarset, Bersedt, Berger, Handgaarden, Mömb, Biöntegaarden og Nordset i Övre Reendalen, og hvoraf svares

i Kongelige Skatter aarligen			1 mrk. 1/12 sk.
i Landskyld	"	"	10 s.
aarlig Tage	"	"	1.1/3 s.
			<u>" - 11/3</u>
		i alt	1 mrk. 11.5/12 sk."

Ved den nye matrikulering i henhold til lov av 17. august 1818 utgikk Sölensjöen av matrikelen. I distriktskommisjonens forhandlingsprotokoll for 13. juli 1819 er herom anført, at fiskeriet "er kommet under Betragtning ved de sammenlignede Eiendomme, hvis Besiddere derudi have övet og öve

Fiskeri, saa er fölgelig disse Vande og Matrikulnummere forbi-
gaaet til separat Ansættelse". Av hensyn til bestemmelsen i
lov av 20. august 1821 § 21 om salg av det benefiserte gods,
ble spørsmålet om eiendomsretten til Sölensjöen forelagt
Finansdepartementet, som i skrivelse av 15. oktober 1827 er-
klærte seg enig med regjeringsadvokaten i at staten kun hadde
"en ufullkommen eiendomsrett, nemlig rett til fremdeles å oppe-
bære landskyld og tredjeårstage", fordi disse avgifter i over-
hevdstid hadde vært betalt til statskassen. Hva der skal
legges i departementets uttrykk "ufullkommen eiendomsrett",
behöver jeg ikke å gå inn på. Jeg nevner bare at Sölensjöen
i jordebøkene fra og med 1828 er oppført som statens uten
bygsel med henvisning til denne departementsskrivelse, og at
en kunngjørelse om avgiftsplikten ble tinglest i 1851. Avgift-
ene, som forövrig er rent ubetydelige, 11.1/3 sk., betales
fremdeles av de gårder som etter de gamle matrikeler hadde
fiskerett.

Etter sin opprinnelse må det antas at fiskeretten
er en rådighetsrett som enten grunner seg på bygsel, eller som
grunner seg på okkupasjon, men er bygslet for å sikre inne-
haverne en formell hjemmel og offentlig anerkjennelse. Ingen
av bygselsedlene vedkommende Sölensjöen er bevart, og bort-
bygslingen av vannene opphørte i 1754. Etter den tid ble eldre
bygselsbrever ikke fornyet. Noe hjemmelsbrev som viser fiske-
rettens omfang, foreligger således ikke. Av vesentlig betyd-
ning er imidlertid en utskrift av Solör og Österdals tingbok
for 2. desember 1740, som först er fremlagt under ankeforhand-
lingen i Höyesterett. Ifölge tingboken ble der den nevnte dag
tinglyst: "Fogden Juells udstædde Böxsell Seddel til Niels
Haarset, Lars Berger og Ottar Berset, paa Eet Fiskerie udj
Souln Siöen, fra Langvagen, og Öst til Söndre Röed-Sandodden,
samt nord i Frasekjærnbekken, at nyde til Brugelighed, moed
erlagde Böxsel Penge 2 rdr. Dat. 3lte October 1740 og paa-
teigned af Hr. Stiftbefalingsmand Reppe.....". Deretter
fortsetter tingboken: "Herved indfandt sig Jacob Jacobsen,
Söndre Höje, og Ole Jacobsen Mömb, som paa Eegne, samt öfrige
Besiddere af Gaardene Söndre og Nordre Höje, Mömb, Haarset,
Biöntegaarden, Nordset, Hangaarden, Berger ^{og} Berset, Deris
Veigne, Tilkiendegav, at Fiskeried udi Soulh-Siöen, har fuldt
til og under Deris Gaarder, til Brugelighed, saalænge nogen

Mand kand mindes og Spørge tilbage i Verden, Tilmed svarer de aarlig Skatt og Rettighed deraf til Kongen, for Eet Kalvskind samme er skyldlagt for, Derom de foreviiste Skattebogen under Hr. Stiftamtmandens Seigl og Fogden Sr. Juells Haand, og som de saaledes i Almindelighed, har fuldt og brugt Soul Siöens Fiskerie af Alders Tiid, samt bethaler Aarligen Skatt deraf, Saa formeener Angifverne at Trende Mænd i Særdeelighed icke saaledes som skeed er, kand bort böxle gammelt hæfdeligt Brug, fra Böigdemænd til Deris Eegen nytte. Men de protesterer jmoed dend oplæste Böxel Seddel i kraftigste Maader, at dend ej bör falde dem til Hinder eller Præjudice i Deris Hæfdelige Fiske Brug udj Soul Siöen, men De vil have sig samme Reserve-ret til fremdeelis Brugelighed og Benöttigelse under Deris Gaarder, for dem og Efterkommere, i alle Maader uforkrænket efter Loven". Den siterte protest viser at eierne av de i matrikelen nevnte gårder, hvortil ytterligere er kommet Söndre og Nordre Höie, allerede dengang, altså for 200 år siden, påberopte seg alders tids bruk som hjemmel for sin fiskerett. Og der er hverken i denne protest eller i anförslene om fiskeretten i de gamle matrikeler noe som tyder på at fiskeretten skulle være begrenset til visse slags fiskerier. Dertil kommer at de gårder som ved utskiftningene i 1802 og 1847 fikk skog ved Sölensjöen uten å höre med til de fiskeberettigede etter matrikelen, ikke har drevet fiske i Sjöen, men til dels har hatt fiskerett i andre vann som Istern og Femund. Hvilke disse gårder var, kan ses av utskiftningene, og at de ikke hadde fiskerett, bekreftes ved de opplysninger som inneholdes i distriktskommisjonens matrikuleringsprotokoll for 1863. Det er etter dette velforståelig at det, ifölge parters og vitners forklaringer under bevisopptagelsene i denne sak, har vært en festnet rettsopfatning i Rendalen, at fiskeretten i Sölensjöen er en særrett for de för nevnte gårder, og at den omfatter alt fiske og er uavhengig av eiendomsretten til skoggrunnen omkring sjöen.

Fiskeretten har vært delt mellom gårdene i 20 lotter, som til dels har vært utskilt fra eiendommene ved skylddeling og solgt særskilt. Forholdet mellom lotteierne forsåvidt angår röefisket om hösten er ordnet ved en kontrakt av 1869, mens de ved vår- og sommerfisket, som ikke drives i fellesskap, har rettet seg etter gammel skikk og bruk. Kontrakten av 1869

gir derfor ikke noe grunnlag for å anta at fiskeretten har vært begrenset til röefisket. Den eneste innskrenkning er ifølge bevisopptagelsene at de omkringliggende setre, som rimelig kan være, har vært ansett for å ha rett til matfiske i setertiden. Der har i det hele, såvidt man kan se, ikke vært antydning til tvist om fiskerettighetene i Sölensjöen för de utenbygds folk, Tryslingene, fra 1896 ble eiere av skogteiger omkring sjöen.

Etter de opplysninger som således foreligger, må jeg anta at de gårder som har fiskelotter i Sölensjöen, har en gjennom alders tids bruk ervervet rett til fiske i sjöen uten noen begrensning med hensyn til årstid, fiskesorter eller fiskemåte. Under disse omstendigheter er det uten betydning for avgjørelsen av saken hvorledes det etter resolusjonen av 1798 forholder seg med eiendomsretten til sjögrunnen, et spørsmål som tidligere under saken har vært stillet i forgrunnen.

Det neste spørsmål er om ankemotpartene har hevdet en rett til å fiske i sjöen utenom röefisket vår, forsommer og höst. Ved bedömmelsen herav bör det tas i betraktning at deres eller deres rettsforgjengeres oppkjöp av skogteiger nord i Sölendalen og omkring Sölensjöen fra 1896 av og utover må antas å ha vært foretatt av hensyn til skogsdriften. Under forhandlingene om kjöp var det ikke tale om fiske, og hverken skylddelingene eller hjemmelbrevene nevner noe om fiskerett. Kjöperne kunne ikke unngå å legge merke til alle fiskebuene ved sjöen og særlig den eiendommelige samling av fiskebuer og nöst på Fiskevolden. De måtte også se at der rundt hele sjöen var satt opp varpestaker i meget stort antall. De hadde derfor hatt all grunn til å foreta undersøkelser angående fiskeforholdene og til å treffe særskilt avtale hvis de hadde hatt til hensikt å sikre seg fiskerett i sjöen. Om de faktisk har vært i den tro at de som eiere av skoggrunnen også hadde eiendomsrett til sjögrunnen utenfor og dermed fiskerett, mener jeg derfor, at denne tro ikke har vært således begrunnet at det fiske som de i årenes löphardrevet, leilighetsvis eller som sportsfiske, under opphold på sine hytter, kan danne grunnlag for noe slags hevdserverv. Det kan da heller ikke nytte dem av de påberoper seg godtroerverv med den begrunnelse at deres hjemmelsbrev er ikke ved tinglysningen har fått

anmerkning om fiskerettighetene. Lotteiernes kontrakt av 1869 er, såvidt jeg ser, iallfall fra 1900 av anmerket i de tilfelle hvor de kjøpte skogteiger er utgått fra fiskeberettigede eiendommer, og det kan i det hele ikke ventes at man av pantebøkene skal kunne få opplysninger om gamle sedvanemessige fiskerettigheter.

Det tredje spørsmål i saken er om Reodor Wardenær ved hevd har ervervet rett til å ha et seterfjøs stående på Fiskevolden så lenge han som leietager har bruken av Berset-sveen-seterens seterrett. Det må være på det rene at eieren av denne seter ikke har hatt noen rett til å flytte sitt seterbruk ned til Fiskevolden. Det burde da ha vært klart også for Wardenær at han ikke som bruker av seteren kunne ha større rett, og at hans adgang til å ha fjøset stående har vært avhengig av grunneiernes godvilje. Uten hensyn til om han faktisk har vært i god tro, mener jeg derfor at hevd må være utelukket.

Hvad endelig angår avtalen av 3. november 1927, som omhandles i første punkt av de ankendes påstand skal jeg bemerke at Reodor Wardenær som innehaver av fiskelotter ikke kunne innrømme utenforstående personer rettigheter med hensyn til fiske uten samtykke av alle de øvrige lotteiere. Heller ikke har hans motparter i den tidligere sak, med hvem avtaler ble truffet, kunne innrømme Wardenær noen rett til å ha fjøs på Fiskevolden, som de etter en utskiftning i 1926 ikke lenger var eiere av.

Jeg er således kommet til det resultat av de ankendes påstand i alle punkter må tas til følge, dog således at saksomkostninger ikke bør tilkjennes, i betraktning av at rettsforholdene først er blitt helt oppklart gjennom de arkivundersøkelser som under sakens gang er foretatt.

Jeg stemmer for følgende

Domsslutning:

1. De ankende parters fiskerett i Sölensjöen omfatter all slags fiske.
2. Ankemotpartene har ikke som skogeiere omkring Sölensjöen rett til fiske i denne sjö.
3. Reodor Wardenær har ikke rett til å ha fjøs på Fiskevolden ved Sölensjöen.

4. Avtalen av 3. november 1927 mellom Reodor Wardenær og Gjertrud Sætre m.fl. binder ikke de ankende parter.
5. Saksomkostninger tilkjennes ikke.
6. Salæret til høyesterettsadvokat Folkvard Bugge som oppnevnt sakfører for Høyesterett fastsettes til 5000 - fem tusen - kroner.

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

Dommer Klæstad: Likeså.

Ekstraordinær dommer lagdommer Jebe: Likeså.

Ekstraordinær dommer byrettsdommer Winsnes: Likeså.

Dommer Bonnevie: Likeså.

Justitiarius Berg: Likeså.

Etter voteringen blir Høyesteretts

domsslutning:

1. De ankende parters fiskerett i Sölensjöen omfatter all slags fiske.
2. Ankemotpartene har ikke som skogeiere omkring Sölensjöen rett til fiske i denne sjö.
3. Reodor Wardenær har ikke rett til å ha fjös på Fiskevolden ved Sölensjöen.
4. Avtalen av 3. november 1927 mellem Reodor Wardenær og Gjertrud Sætre m.fl. binder ikke de ankende parter.
5. Saksomkostninger tilkjennes ikke.
6. Salæret til høyesterettsadvokat Folkvard Bugge som oppnevnt sakfører for Høyesterett fastsettes til 5000 - fem tusen - kroner.
