



Høyesterett - Rt-1959-1198

Instans	Høyesterett - dom
Dato	1959-11-28
Publisert	Rt-1959-1198
Stikkord	(Askøy-dommen) Eiendomsrett til tunnel.
Sammendrag	Under okkupasjonen rekvirerte tyskerne en eiendom til bruk og lot fra denne sprengte ut et underjordisk rom - en tunnel - i en fjellknaus. Den vesentligste del av tunnelen lå under naboeiendommen. Avstanden mellom dennes overflate og tunneltaket varierte fra ca 7 meter til ca 14 meter. Staten gjorde etter frigjøringen ikke krav på tunnelen. Det oppsto tvist mellom eieren av den først nevnte eiendom og eieren av naboeiendommen. Den siste ble kjent eiendomsberettiget til den del av tunnelen som lå under hans eiendom. Naboloven av 27. mai 1887 § 8 eller det prinsipp den bygger på kunne ikke få anvendelse i dette tilfelle. Retten var ikke falt bort ved passivitet.
Saksgang	L.nr. 115/1959
Parter	Elling Gundersen (overrettssakfører Lars Sollesnes - til prøve) mot Jansens Rederi A/S (høyesterettsadvokat Tjodvald Gjelsvik).
Forfatter	Nygaard, Leivestad, Helgesen, Endresen og Gaarder.

Dommer Nygaard: En eiendom under g.nr. 12 i Askøy - eiendommen eies nå av Jansens rederi A/S - ble i 1942 rekvirert av de tyske myndigheter som ved innslag i nordvestlig retning fra eiendommen lot sprengning ut et rom inne i en fjellknaus. Dette rommet, som i saken kalles tunnelen, har en bredde og en høyde på ca. 4 meter og går ca. 28 meter inn i fjellet. Omtrent midtveis er det en tverrgren med en lengde på tilsammen ca. 17 meter, slik at hele rommet får formen av et kors. Den vesentligste del av tunnelen ligger under g.nr. 12 b.nr. 266, som tilhører Elling Gundersen. Da Jansens Rederi A/S - senere kalt selskapet - hevdet å ha eiendomsretten til hele tunnelen, gikk Gundersen i 1954 til søksmål mot selskapet for å få fastslått sin rett til å råde over den delen av tunnelen som ligger under hans eiendom. Herredsretten - dommerfullmektigen med domsmenn - avsa 8. juni 1956 dom med slik domsslutning: «Elling Gundersen har i kraft av sin eiendomsrett til g.nr. 12 b.nr. 226 i Askøy rådighet over den del av tunnelen som ligger innenfor en loddrett flate i grenselinjen mellom forannevnte eiendom og saksøktes eiendom under g.nr. 12 i Askøy. - Saksomkostninger tilkjennes ikke.» Ved en feil er Gundersens eiendom i domsslutningen ført opp med b.nr. 226 i stedet for b.nr. 266.

Selskapet påanket dommen til Gulating lagmannsrett. Den 3. oktober 1957 ble det av lagmannsretten, som ble satt med to domsmenn med fagkunnskap om tunneler, avsagt dom i saken med følgende domsslutning: «Jansens Rederi A/S frifinnes. - Saksomkostninger tilkjennes ikke.» Dommen ble avsagt under dissens, idet en av de juridiske dommere stemte for å stadfeste herredsrettens dom.

Elling Gundersen har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. I ankeerklæringen er det bl.a. fremholdt at lagmannsrettens flertall tar feil når det er lagt til grunn at Gundersen ikke kunne ha nektet naboen å sprengning ut tunnelen til eget bruk. Videre er det uriktig når flertallet har funnet at det ville være upraktisk for Gundersen å skaffe seg atkomst til tunnelen fra sin eiendom og bruke den som lagringsplass for frukt og grønnsaker. Det gjøres gjeldende at omkostningene ved å lage en slik atkomst ikke vil bli særlig betydelige. Endelig er det fremholdt at Gundersens aktuelle interesse er å få rådighet over tunnelen

Side 1199

som lagringsplass; men bortsett fra dette representerer tunnelen en verdifull herlighet for Gundersens eiendom, idet tunnelen vil kunne bli brukt til andre formål i fremtiden. Gundersen, som også for Høyesterett har fått bevilling til fri sakførsel, har nedlagt slik påstand:

- «1. Elling Gundersen har i kraft av sin eiendomsrett til g.nr. 12, b.nr. 266 i Askøy rådighet over den del av tunnelen som ligger innenfor en loddrett flate i grenselinjen mellom forannevnte eiendom og Jansens Rederi A/S' eiendom under g.nr. 12 i Askøy.
2. Elling Gundersen tilkjennes saksomkostninger for herredsretten.
3. Jansens Rederi A/S dømmes å betale saksomkostninger til det offentlige for lagmannsrett og Høyesterett som om saken ikke var benefisert.»

Selskapet har nedlagt påstand om at lagmannsrettens dom stadfestes og om at Gundersen betaler saksomkostninger for alle retter.

For øvrig fremgår saksforholdet og partenes anførsler av herredsrettens og lagmannsrettens domsgrunner. For Høyesterett er det fremlagt tre oppgaver over hva det vil koste å sprengning ut en nedgang til tunnelen fra Gundersens eiendom. To anbud - et fra 1957 på kr. 975 og et fra 1958 på kr. 1500 - er innhentet av Gundersen, mens omkostningene i et brev til selskapets prosessfullmektig av 29. mai 1959 fra A/S Stoltz, Røthing & Co. er anslått til kr. 2000. For Høyesterett er det også fremlagt noen fotografier og for øvrig enkelte dokumenter som jeg ikke finner det nødvendig å spesifisere. Det er ved Sotra herredsrett holdt bevisopptak der partene og 4 vitner har gitt forklaringer. Saken står for Høyesterett i alt vesentlig i samme stilling som for lagmannsretten.

Jeg er kommet til det samme resultat som den dissenterende dommer i lagmannsretten og kan i det vesentlige tiltre hans begrunnelse. Jeg finner dog å burde gjøre noen tilleggsbemerkninger, særlig på grunn av prosedyren for Høyesterett.

Avstanden fra Gundersens overliggende eiendom i loddrett linje ned til tunneltaket varierer fra 7 meter til ca. 14 meter. Dersom Gundersen skal sprengning ut en nedgang til tunnelen, er den korteste avstand ca. 5 1/2 meter i skrå retning. Fra selskapets side hevdes det at Gundersen ikke har noen reell interesse av tunnelen og at han vil få uforholdsmessig store utgifter ved å lage en nedgang til den og ved å gjøre den brukbar som lagerrom. Jeg finner imidlertid at tunnelen kan ha en viss verdi for Gundersen som lagringsplass for grønnsaker og frukt og at utgiftene ikke skulle bli urimelig store. Men når man skal vurdere eierinteressen, kan man etter min mening ikke bare bygge på det spesielle behov som Gundersen har for tunnelen eller de økonomiske muligheter som

han har for å skaffe seg en atkomst til den. Det riktige vurderingsgrunnlag må etter min mening være hvilke muligheter en eier av overflateeiendommen generelt sett har

Side 1200

når det gjelder bruken av tunnelen, og her må også kunne tas i betraktning de utnyttelsesmuligheter som sannsynligvis vil komme til å foreligge i rimelig fremtid. Jeg finner også i denne sammenheng grunn til å fremheve at selve anlegget av tunnelen slik som den nå ligger, faktisk vil legge et visst bånd på overflateeierens muligheter for å disponere over eiendommen. Han vil således måtte ta hensyn til tunnelen dersom han skal foreta sprengnings- eller boringsarbeider på eiendommen. Hva enten man bygger på den rettsoppfatning at eieren av en overflateeiendom også eier grunnen i en bestemt avstand nedover eller på den rettsoppfatning at eiendomsretten strekker seg så langt ned som eieren har interesse eller nytte av å gjøre eiendomsrett gjeldende, finner jeg etter dette at Gundersen i det foreliggende tilfelle må ha eiendomsrådighet over den delen av tunnelen som ligger under hans eiendom. Jeg tilføyer at det ikke for avgjørelsen av dette spørsmål er nødvendig generelt å ta standpunkt til hvor langt Gundersens eiendomsrett strekker seg nedover i fjellgrunnen. Det er tilstrekkelig å fastslå at tunnelen i dette tilfelle er bygget gjennom grunn som må ansees som hans eiendom.

For Høyesterett har ankemotparten gjort gjeldende at tyskerne sprengte ut tunnelen fra selskapets eiendom, og at selskapet under enhver omstendighet nå må ha rett til å råde over tunnelen mot betaling av eventuell ulempeerstatning. Det hevdes at man her må kunne bygge på nabolovens § 8 eller på de prinsipper som ligger til grunn for denne bestemmelse. Jeg kan ikke se at disse betraktninger kan føre frem. Når tyskerne sprengte ut tunnelen, var det en faktisk forføyning som den daværende eier av selskapets eiendom ikke medvirket til, og som ikke medførte noen omkostninger for ham. Da eieren ikke hadde noen utgifter ved anlegget, oppstår det ikke for så vidt noe økonomisk tap ved at selskapet må respektere Gundersens rådighet over den vesentligste del av tunnelen. Vi har således her for oss en annen situasjon enn den som bestemmelsen i nabolovens § 8 har hatt for øye. Til dette kommer at jeg ikke kan se at det i dette tilfelle bare kan bli spørsmål om å bruke tunnelen fra selskapets eiendom. Som jeg tidligere har nevnt, vil tunnelen også kunne benyttes fra Gundersens eiendom, idet omkostningene ved å lage en atkomst derfra ikke skulle bli uforholdsmessig store. Selv om man skulle se tunnelen som en «bygning» i nabolovens forstand, kan etter dette hverken lovens § 8 eller de prinsipper som bestemmelsen bygger på, få anvendelse i dette tilfelle.

Fra selskapets side er det for Høyesterett også fremholdt at når staten etter okkupasjonen ikke gjorde krav på tunnelen, måtte den ansees som eierløs slik at den daværende eier av selskapets eiendom fikk eiendomsretten ved å ta den i bruk. Jeg finner at selskapet heller ikke kan få medhold i denne betraktning. Uansett hvilken rett staten måtte ha til tunnelen - et spørsmål som jeg ikke behøver å gå inn på - kan jeg ikke se at tunnelen kunne bli gjenstand for fri okkupasjon ved at staten ikke gjorde noen rett gjeldende.

Side 1201

På samme måte som den dissenterende dommer i lagmannsretten er jeg enig med herredsretten i at Gundersens rett til tunnelen ikke er falt bort ved passivitet. Det er forståelig at Gundersen anså det nytteløst å protestere i anledning av tyskernes anlegg av tunnelen, og at han ikke den gang fremsatte krav på godtgjørelse eller erstatning. Jeg legger til grunn at han i november 1948 gjorde gjeldende at han hadde rett til tunnelen. Selv om han så lot tiden gå frem til 1953 før han igjen fremsatte noe krav, kan jeg ikke se at dette kan medføre noe rettskap for ham. I hele denne tiden hadde de daværende eiere av selskapets eiendom ikke utført noen arbeider i tunnelen eller hatt noen utgifter på den. Tunnelen lå der i samme tilstand som den var etterlatt av tyskerne.

Mitt resultat blir etter dette at Gundersen har rådighet over en del av tunnelen i samsvar med sin påstand.

Jeg finner etter omstendighetene at saksomkostninger ikke bør tilkjennes for noen av instansene, idet jeg bl.a. har tatt i betraktning at de rettsspørsmål som foreligger i saken, ikke tidligere har vært avgjort av Høyesterett.

Jeg stemmer for denne

dom:

Elling Gundersen har i kraft av sin eiendomsrett til g.nr. 12 b.nr. 266 i Askøy rådighet over den del av tunnelen som ligger innenfor en loddrett flate i grenselinjen mellom forannevnte eiendom og Jansens Rederi A/S' eiendom under g.nr. 12 i Askøy.

Saksomkostninger tilkjennes ikke.

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

Dommerne Helgesen, Endresen og Gaarder: Likeså.

Av herredsrettens dom (dommerfullmektig Astri M. Opdahl med domsmenn Brigt Samdal og Henry Oma): -

--

Den eiendom Jansens Rederi A/S nå eier på Follese ble under krigen beslaglagt av tyskerne. Disse anla en tunnel i en fjellhammer med innslag fra rederiets eiendom, men slik at mesteparten av tunnelen ligger under Elling Gundersens eiendom g.nr. 12, b.nr. 226.

Tunnelen går ca. 28 m inn i fjellet og krysses omtrent midtveis av en tunnel ca. 17 m lang. Innslaget er ved enden av den lengste armen. Ca. 1 m av tunnelen ligger under saksøktes eiendom, resten under saksøkerens. Tunnelen er ca. 2 m høy, og avstanden fra tunneltaket til jordoverflaten varierer fra ca. 14 m til 5,5 m.

Staten har funnet at tunnelen ikke har noen økonomisk verdi, og den er derfor ikke beslaglagt av Direktoratet for fiendtlig eiendom eller andre offentlige myndigheter.

Saksøkeren mener at han kan skaffe seg adgang til tunnelen ved et innslag på ca. 5 m. Han vil nytte den til lagring i forbindelse med et gartneri han driver på sin eiendom.

Saksøkeren bodde på sin eiendom under krigen, men kjente ikke til

Side 1202

at tyskerne laget tunnel under hans eiendom før denne var nesten ferdig. Men han mente da at det ikke ville nytte å protestere hvilket han heller ikke gjorde. I 1948 tok han spørsmålet om eiendomsretten til tunnelen opp med naboen, og da saksøkte overtok eiendommen i 1953 tok han opp forhandlingene som førte til saksanlegg i august 1954. Han anla sak for å få klarlagt eiendomsforholdet før han gikk i gang med å slå inngang til tunnelen fra egen eiendom. Han mener at han må ha rett til å råde over den del av tunnelen som ligger under hans eiendom. - - -

Saksøkte overtok naboeiendommen i 1953 fra Christian von Tangen A/S. Ifølge skjøte ble eiendommen besiktiget av kjøperen og overtatt i «den stand den befinner seg på overtagelsesdagen». Eiendommen har 8 bruksnumre under g.nr. 12 da det etter hvert er utskilt småstykker av nevnte fjellknaus, og det er ikke klargjort hvilket av bruksnumrene eiendommen har ved grenselinjen. Saksøktes eiendom har skiftet eier 2 ganger siden krigens slutt.

Saksøkte hevder at tunnelen ble anlagt til bruk for hans eiendom, og derfor må tilhøre denne. Han mener at saksøkerens eiendomsinteresser ikke går så langt ned i jorden. - - -

Etter norsk rett kan man ikke snakke om eiendomsrett når man kommer så langt ned i jorden at folk ikke har noen nytte av eiendomsrådigheten. (N. Gjelsvik: Norsk Tingsrett, 2. utg. side 43).

Retten skal i nærværende tilfelle ikke ta standpunkt til hvor langt ned i jorden saksøkerens eiendomsrådighet rekker, men om den omtvistede tunnel er underlagt hans rådighetsrett som eier av grunnen over tunnelen.

Det er heller ikke spørsmål om en nabo har rett til å sprengne tunnel inn under annen manns eiendom i sin alminnelighet. Tunnelen er allerede utsprengt av tyskerne, og ville sannsynligvis blitt anlagt tross all protest fra norsk side. Hvorvidt saksøkeren i kraft av sine eiendomsinteresser med hjemmel i norsk rett kunne hindre dem i å anlegge tunnelen, blir derfor ikke tatt standpunkt til her.

Det er på det rene at hverken saksøkeren eller saksøkte ble spurt før tunnelen ble anlagt, disse har heller ikke, såvidt man vet, hatt noen utgifter eller ulemper i denne forbindelse. For begge parter har tunnelen verdi som lagringsplass, og retten går ut fra at begge parter interesser i så måte er omtrent like store.

Saksøkte har innslaget til tunnelen, og den ble anlagt til bruk for tyskerne på saksøktes eiendom. Dette finner retten ikke kan være avgjørende.

Saksøkeren kan skaffe seg adgang til tunnelen fra sin egen eiendom, og han kan benytte den, f. eks. til lagringsplass. Retten finner derfor at saksøkeren kan ha nytte av rådighetsretten så langt som ned til tunnelen, og finner det derfor rimelig og naturlig at han tilkjennes rådighet til denne innenfor en loddrett flate gjennom grenselinjen mellom eiendommene.

Saksøkte har videre påberopt seg saksøkerens passivitet.

Saksøkeren hevder at han ikke har hatt foranledning til å påberope seg sin eiendomsrett før det ble aktuelt å gjøre innslag fra egen eiendom.

For øvrig kan man ikke ved passivitet i så kort tid - ca. 3 år - tape sin rett til fast eiendom, noen hevdstid er det her ikke snakk om.

Retten finner ikke at saksøkeren på grunn av passivitet har mistet eiendomsretten til tunnelen. - - -

Side 1203

Av lagmannsrettens dom (lagmann E. T. Eftestøl, lagdommer Dagfinn Breistein og byskriver Leif Plahter med fagkyndige domsmenn Ingolf Glambek og Chr. Werner Erichsen): - - -

Lagmannsretten kommer til et annet resultat enn herredsretten.

Den ankendes eiendom er innrettet for industriell bruk. Den inneholder et utplanert og delvis bebygget areal mellom sjøen og en steil fjellvegg. Etter det motparten har opplyst er formasjonen, slik den nå er, fremkommet ved at det for lengre tid siden - før krigen - er brutt bygningssten der. Fra toppen av fjellveggen strekker det seg en fjellrygg, delvis dekket av et gresstorvlag, innover. Den hører til motpartens eiendom. Grensen mellom partenes eiendommer går oppe på høyden, like innenfor fjellveggen. Tunnelinnslaget er omkring 4 meter høyt og bredt, og ligger i foten av fjellveggen. Et loddrett plan gjennom grensen vil skjære tunnelen omtrent 3-4 meter innenfor innslaget. 1 à 2 meter innenfor innslaget er anbrakt en vegg med dør. Hovedgrenen av tunnelen har omtrent samme dimensjoner som innslaget, og strekker seg 28-30 meter vannrett innover, i plan med den planerte grunn utenfor. Tunneltaket i hovedgrenen er ca. 10-12 meter under jordoverflaten på den ankendes eiendom. Terrenget over tunnelen skråner til dels på tvers av hovedgrenen. Tverrgrenen ligger fra i den ene enden ca. 14 til i den andre enden ca. 7 meter loddrett under jordoverflaten. På grunn av fortsatt helling av terrenget er minste avstand fra sistnevnte ende av tverrgrenen til jordoverflaten ca. 5,5 meter.

Den ankende har forklart at ved kjøpet av eiendommen sa selgeren at tunnelen var laget av tyskerne og at han anså den for å høre til eiendommen.

Motparten har forklart at den forrige eier av den ankendes eiendom hadde tatt tunnelen i besittelse, men har sagt til ham at han hadde sagt til den ankende at tunnelen ikke var med i handelen, og at om tunnelen måtte den ankende komme til ordning med motparten. Motparten har videre forklart at den forrige eier av den ankendes eiendom ikke hadde bestridt motpartens rett til tunnelen.

Rettsens flertall, lagmann Eftestøl, byskriver Plahter og de to domsmenn, finner ikke å kunne legge til grunn at den ankendes hjemmelsmann sa noe om at tunnelen ikke var med i handelen, og heller ikke at den ankendes hjemmelsmann hadde godkjent at motparten hadde rett til tunnelen.

Flertallet ser det slik at tunnelen ligger dypere enn motpartens eierinteresse rekker. Han hadde etter flertallets mening ikke kunnet ha noen nytte av selv å sprengte seg ned i tunnelens dybde. Han har også uttalt at han ikke tror han ville ha gjort det hvis tunnelen ikke hadde vært laget.

Han kunne da etter flertallets mening ikke ha nektet naboen å sprengte tunnelen til bruk for seg (naboen).

Tunnelen er ikke sprengt av naboen, men av tyskerne mens de hadde besittelsen av naboeiendommen. Det er ikke opplyst noe om at eieren av naboeiendommen i noen form har betalt noe for tunnelen. Men det var som besittere av naboeiendommen og fra denne tyskerne sprengte tunnelen. Denne fremtrer som tilbehør til eller utvidelse av naboeiendommen. Hvis

Side 1204

den hadde vært der fra naturens hånd, ville det formodentlig ha ligget nær å regne den for i sin helhet å høre til den ankendes eiendom.

Motparten er handelsgartner, og har oppgitt at han vil nytte tunnelen til lagring av frukt og grønnsaker. Han har oppgitt at hans eiendom er oppmålt til 28 mål, hvorav 12 mål kulturbeite. Han har forklart at han har fått beregnet utgiftene til sprengstoff og boring for sprengning av atkomst til tunnelen fra sin eiendom til henved kr. 1000. Arbeidet utenom boring og sprengning vil han utføre selv.

Etter flertallets mening ville det være upraktisk, og etter alminnelige priser på tunnelsprengningsarbeid og det som ellers måtte gjøres bli uforholdsmessig kostbart, å lage atkomst til tunnelen fra motpartens eiendom og lage den brukbar som lagerkjeller for frukt og grønnsaker. Det ville trenge trapp, lys og ventilasjon, og noe måtte gjøres for å fjerne fuktighet. Nedgangen til tunnelen ville bli liggende nokså langt fra motpartens drivhus og våningshus.

Etter foransående finner flertallet at motparten ikke som eier av g.nr. 12 b.nr. 226 i Askøy har rådighet over noen del av tunnelen, og at den ankende således må frifinnes.

Den ankendes prosessfullmektig har dog uttalt at hvis motparten vil bryte ut sten på sin eiendom, vil den ankende ikke gjøre noen innvending mot det selv om det skulle skje i slik utstrekning at tunnelen forsvinner, hva han riktignok ikke anser for praktisk tenkelig.

Saken er egenartet, og er funnet så tvilsom at motparten hadde fyldestgjørende grunn til å la den komme for retten. Flertallet finner derfor at saksomkostninger i medhold av tvistemålslovens § 172 annet ledd ikke bør tilkjennes.

Lagdommer Breistein kommer til samme resultat som herredsretten og kan henwise til herredsrettens begrunnelse.

Jeg kan ikke være enig i at denne tunnelen ligger dypere enn motpartens eierinteresser rekker. Jeg mener at motparten i kraft av sin eiendomsrett til grunnen over tunnelen, må ha rådighet også over undergrunnen i den relativt lave dybde det her er tale om, fra ca. 5 til ca. 15 m. Dette er en helt annen situasjon enn om tunnelen hadde ligget f. eks. ca. 50 meter nede.

Jeg kan heller ikke innse at motparten ikke skulle kunne gjøre seg nytte av tunnelen som lagringsplass. Det påståtte behov i forbindelse med gartnervirksomheten i dag, er kan hende noe overdrevet. Men dette kan ikke være avgjørende. Heller ikke den ankende part har noe dagsaktuelt behov. Hans eiendom ligger øde og er uten virksomhet. Vi har ikke fått opplyst noe om utsikten til at han i nær fremtid vil sette virksomhet i gang.

At motparten vil kunne utnytte tunnelen som lagringsplass, er bekreftet av jordstyresekretæren i kommunen, vitnet Kleppe. Jeg peker også på at de to jordbrukskyndige domsmenn ved herredsretten - den ene var fylkesagronom Oma - har bekreftet at tunnelen har verdi for motparten som lagringsplass.

Spørsmålet blir da om det er noen utsikt til at motparten ved overkommelige omkostninger kan bane seg adgang til tunnelen. Jeg mener at det er det, og at det vil kunne skje med relativt beskjedne utlegg. Det han trenger er en trappenedgang på mellom 5 og 10 meters lengde. Selv om den

Side 1205

kalkyle han selv har stillet opp neppe vil holde, kan jeg heller ikke innse at en betydelig høyere investering skulle være et økonomisk uforsvarlig foretagende når man ser hen til den store lagringsplass som innvinnes. Det kan - etter min mening - under ingen omstendighet bli spørsmål om utsprenget av større masser enn de som tas ut til en rommelig brønn eller til en litt større hustomt. Når utsprenget ikke når opp i annen størrelsesorden enn det som her blir tilfellet, mener jeg derfor at den økonomiske avveining og vurderingen av hensiktsmessigheten ved utlegget må bli opp til grunneieren.

Når det gjelder installasjonen av elektrisk lys, er dette en omkostning som også ankeparten må påta seg, hvis han på sin side skal kunne nytte tunnelen til lager. Problemene med drenering og ventilasjon vil stort sett være de samme for begge parter. Avstanden fra motpartens vånings- og drivhus til inngangen, blir etter mitt skjønn ikke større enn at noen kanskje vil se den som en fordel.

Det er nok riktig at motparten ikke på eget initiativ ville ha sprengt denne tunnelen for å skaffe seg samme lagringsplass, og det selv om man kunne tenke seg at hans økonomiske evne tillot det. Men også på dette punkt står vel partene så noenlunde i samme stilling, i hvert fall når man vurderer i forhold til den bruk som ankeparten hittil har gjort av sin eiendom.

Når flertallet finner at motparten ikke ville ha kunnet nekte den ankende part å sprengte en tilsvarende tunnel, kan jeg ikke være enig i dette. Konsekvensen må da etter min mening bli at den ankende part - om han ser seg fordel i det - også kan utvide og forlenge tunnelen så lenge han ikke på noe punkt kommer nærmere overflaten enn ca. 5 m. Eller med andre ord at en grunneier hvor forholdene ligger noenlunde tilsvarende an - når det mot naboeiendommen er en nivåforskjell på minimum 5 à 10 m - kan skyte seg inn med tunneler også på naboens eiendom. Et slikt resultat vil i stor utstrekning gjøre eiendomsretten til fast eiendom illusorisk, og jeg kan ikke se det annerledes enn at dette resultat må være i strid med den lære om eiendomsrettens utstrekning som hittil er kommet til uttrykk i teorien. Jeg viser til Gjelsvik: Tingsretten, og Knoph: Oversikt over Norges rett.

Jeg kan ikke finne at motparten har forspilt sin rådighetsrett ved passivitet, og jeg kan herom henwise til det som er anført av herredsretten. - - -