



SVEA HOVRÄTT
Mark- och miljööverdomstolen
Rotel 060202

DOM
2014-01-21
Stockholm

Mål nr
F 10251-12

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Vänersborgs tingsrätts, mark- och miljödomstolen, dom 2012-10-29 i mål nr F 6871-11, se bilaga A

KLAGANDE

1. G B

2. M B

3. U F

4. R O

5. T O

6. M P

7. P P

Ombud för 1-7: Advokaten T R

MOTPARTER

1. S M

2. M R

Ombud för 1-2: Advokat G U

3. M A

4. B H E

5. A G

6. C G

7. G G

8. L G

9. L G

Dok.Id 1116884

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 50	08-561 675 59	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: svea.avd6@dom.se www.svea.se		

10. N M

11. M N

12. S M-L O

SAKEN

Fastighetsbestämning avseende servitut och fastighetstillbehör berörande fastigheterna X m.fl. i Tjörns kommun

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSLUT

1. Med ändring av mark- och miljödomstolens dom fastställer Mark- och miljööverdomstolen Lantmäteriets beslut 2011-12-01 (ärende nr O102507) om fastighetsbestämning av servitut och fördelning av förrättningskostnader. Det innebär att mark- och miljödomstolens dom att upphäva beslutet om fastighetsbestämning av fastighetstillbehör står fast.

2. S M och M R ska ersätta G B, M B

U F, R O, T O, M P och P P för deras rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen med 151 241 kronor, varav 104 062 kronor avser ombudsarvode, samt ränta enligt 6 § räntelagen från den 29 oktober 2012 till dess betalning sker.

4. S M och M R ska ersätta G B, M B

U F, R O, T O, M P och P P för deras rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen med 111 161 kronor, varav 66 093 kronor avser ombudsarvode, samt ränta enligt 6 § räntelagen från denna dag tills betalning sker.

YRKANDEN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

G B, M B, U F, R O, T O, M P och **P P** (klagandena) har i första hand yrkat att Lantmäteriets beslut fastställs i sin helhet. I andra hand har de yrkat att målet återförvisas till Lantmäteriet för förnyad handläggning. Vidare har de yrkat befrielse från förpliktelsen att utge ersättning **S M**s och **M R**s rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen samt att **S M** och **M R** förpliktas att utge ersättning för deras rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen och i Mark- och miljööverdomstolen.

S M och **M R** har bestritt samtliga ändringsyrkanden. De har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Mark- och miljööverdomstolen.

Övriga motparter har inte kommit in med något yttrande i sakfrågan.

UTVECKLING AV TALAN I MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLEN

Klagandena har vidhållit vad de anfört i mark- och miljödomstolen samt lagt till i huvudsak följande. Den aktuella rättigheten har tillkommit genom beslut av lantmäterimyndighet och är ett officialservitut. Beslutet har vunnit laga kraft och får förutsättas ha tillkommit efter sedvanlig prövning gällande servitutsrekvisiten. Eftersom beslutet har rättskraft har mark- och miljödomstolen inte haft rätt att på nytt pröva om servitutsrekvisiten är uppfyllda.

För att **A** skulle ha fortsatt tillgång till strand och tilläggsplats för mindre båtar behövdes det nu bildade servitutet. Tillgången till strand genom **B** ändrar inte detta förhållande eftersom den stranden inte fyllde alla behov. Det har därmed funnits ett stadigvarande behov av rättigheten och en ändamålsenlig markanvändning främjades genom beslutet. Redan existerande lagakraftvunna beslut ska ges det innehåll som avsågs vid upplåtelsen. Någon rubbning av avtalets ursprungliga innebörd till förmån eller nackdel för någon av parterna kan inte ske på annat sätt än genom vad samhällsutvecklingen föranleder. Att mark- och miljödom-

stolen gör gällande att den ifrågavarande rättigheten inte fyllde något behov för då berörda fastigheter, strider mot den uttryckliga ordalydelsen och innehållet i beslutet förutom vad som kan bedömas med utgångspunkt i den tidens behov.

Även om västra bryggan anlades av tidigare ägare till C har det dess-förinnan funnits båtförtöjningsanordningar på samma plats. Det har därför ansetts att både den västra och den östra bryggan, med stöd av det aktuella servitutet, har anlagts av ägarna till A. Det faller sig naturligt att en servitutsanläggning som uppförts gemensamt av ägarna till två eller fler härskande fastigheter anses vara tillbehör till samtliga dessa fastigheter. Klagandena vidhåller således att bryggorna är gemensamma tillbehör till fastigheterna C, D och E.

Klagandena har åberopat utlåtanden daterade den 26 augusti 2013 och 14 oktober 2013 av lantmätaren T S vid Värderingsgruppen.

S M och M R har vidhållit vad de anfört i mark- och miljödomstolen samt lagt till i huvudsak följande. Överenskommelsen är en avtalsrättighet som domstolen ska pröva arten och omfattningen av. En avtalad rättighet kan inte bli ett servitut bara för att den protokollförts i en förrättning. Om det finns ett hinder mot att pröva överenskommelsens art och innehåll har detta hinder funnits även vid Lantmäteriets prövning. Lantmäteriets beslut ska i så fall upphävas och förrättningen ställas in.

Det bestrids att överenskommelsen uppfyller servitutsrekvisiten. Det har inte funnits något stadigvarande behov av rättigheten för de vid förrättningen bildade fastigheterna och rättigheten har inte främjat en mer ändamålsenlig markanvändning. För det fall överenskommelsen någonsin fyllt ett stadigvarande behov för fastigheterna vid dess bildande har det behovet i vart fall upphört.

Vid bedömning av om överenskommelsen utgör ett servitut har först och främst den nedtecknade ordalydelsen betydelse. Först om ordalydelsen är oklar ska man tolkningsvis försöka utreda vad parterna haft för avsikt med överenskommelsen. Det är fastigheternas behov och förutsättningar som ska vara avgörande vid denna

bedömning. Utredning om i vilka delar de vid hemmansklyvningen tillskapade fastigheterna hade tillkortakommanden som måste lösas med servitut saknas.

I det fall överenskommelsen är ett servitut innebär det att deras fastighet belastas mer än nödvändigt eftersom klagandens fastigheter har del i erfoderliga vägar samt del i samfällighet inom vilken det finns en modern småbåtshamn.

Ifråga om fastighetstillbehören har klagandena inte lagt fram någon som helst utredning om vem som anlagt de bryggor man gör gällande är fastighetstillbehör. Vid mark- och miljödomstolens sammanträde vidgick klagandena att de inte visste vem som anlagt bryggorna. Den som påstår att anläggning utanför fastigheten är fastighetstillbehör har bevisbördan för detta.

Klagandenas ombud med biträde har lagt ner mer än dubbelt så mycket arbetad tid som motparternas ombud vilket inte kan förklaras på annat sätt än att ombudet och biträdet har dubbelarbetat. Ett så omfattande dubbelarbete kan inte anses skäligen påkallat för att tillvarata klagandenas rätt i målet.

S M och M R har åberopat samma bevisning som i mark- och miljödomstolen.

REMISSYTTRANDE

Lantmäteriet har inkommit med ett remissyttrande och anfört sammanfattningsvis följande. Förrättningen har genomförts enligt 1827 års skiftesstadga. Denna stadga innehåller inga bestämmelser om inrättande av servitut. Det saknas därför formella grunder för att myndigheten skulle kunna anses ha inrättat ett servitut vid förrättningen. Överenskommelsen är därmed inte ett beslut i den mening som avses i 17 kap. 11 § rättegångsbalken. Frågan om överenskommelsen är ett servitut har inte prövats tidigare, vare sig av lantmätaren vid förrättningen eller av ägodelningsrätten när den fastställde skiftet. Det finns alltså inte hinder på grund av res judicata mot att ta upp frågan till prövning.

Vid prövning av om servitutsliknande rättigheter i lagskiftesakter utgjort servitut eller inte finns anledning att vara generös i bedömningen. Inte minst då det har gått lång tid sedan dessa skiften genomfördes och det i dag kan vara svårt att bedöma sakförhållandena vid tiden för förrättningen. Det finns generellt sett anledning att utgå från att syftet med att skapa samfälligheter och servitut vid lagaskiftesförrättningar var att få till stånd en mer ändamålsenlig fastighetsbildning. På detta sätt har man ofta kompenserat de fastighetsägare som i något avseende annars skulle kunna ha missgynnats vid lottläggningen. Om delägarnas överenskommelser underkänns finns det en uppenbar risk att grunden för skiftet rubbas. Sett i detta ljus så bör man ha mycket goda motiv till att underkänna en överenskommelse vid laga skifte som servitutsupplåtelse.

Är överenskommelsen ett servitut är det sannolikt ett officialservitut, eller närmare bestämt ett föreningsservitut eftersom det inte finns några omständigheter i akten eller processmaterialet som tyder på att överenskommelsen härrör från något före förrättningen ingått servitutavtal. Ett föreningsservitut är ett slags jorddelningsservitut som nybildats vid förrättning genom en överenskommelse mellan sakägare utan att ett formligt beslut fattats av myndigheten.

Det är sannolikt att man inrättade servitutet av rättviseskäl. Man avsåg att jämna ut de skillnader som annars skulle ha uppstått mellan fastigheterna p.g.a. strandlinjens skiftande karaktär. Det är därför rimligt att anta att servitutet, vid tillfället för överenskommelsen, varit ägnat att skapa en totalt sett mer ändamålsenlig användning av fastigheterna. Den rätt man ville tillförsäkra sig var sannolikt att ta del av nyttigheter som man under lång tid före skiftet hade tagit del av inom skifteslaget och som man följaktligen önskade ta del av även i framtiden. Inga omständigheter talar för att servitutet inte var avsett att tillfredsställa något annat än behov av stadigvarande betydelse för skifteslotterna.

Fastigheterna kan redan före år 1865 haft rätt till båtplats på annan plats. Även om en fastighet redan är lämplig för sitt ändamål kan dock kompletterande behov tillgodoses genom servitutsbildning. Det förhållandet att en fastighet kan fungera utan ett visst servitut utesluter inte att ett sådant främjar en ändamålsenlig markanvändning och

tillgodoser ett stadigvarande behov. Det har därför inte funnits några principiella hinder mot servitutsupplåtelsen med hänvisning till att behovet redan har tillgodosetts på annat sätt.

Lantmäteriet anser att servitutsändamålet, även om det beskrivits mycket detaljerat, måste anses vara lämpligt, främst med hänsyn till att det minimerar risken för tolkningssvårigheter i framtiden.

MARK- OCH MILJÖÖVERDOMSTOLENS DOMSKÄL

Har frågan om överenskommelsens art och innehåll blivit rättskraftigt avgjord?

Bestämmelsen i 17 kap. 11 § tredje stycket rättegångsbalken om förbud mot prövning av fråga som redan blivit rättskraftigt avgjord (res judicata) gäller även i mål enligt fastighetsbildningslagen (1970:988), FBL. Enligt förarbetena till FBL ligger i sakens natur att fråga som blivit rättskraftigt avgjord av domstol eller förrättningsmän inte bör kunna tas upp vid fastighetsbestämning (prop. 1969:128 B s. 792-793).

Av kommentaren till 14 kap. 1 § FBL (Fredrik Bonde m.fl., juli 2009) framgår att om förhållandena är oklara trots tidigare beslut är förhållandena inte sådana att det är uppenbart att frågan saknar betydelse för den som söker fastighetsbestämning och reglerna om res judicata förhindrar inte fastighetsbestämning i nämnda fall.

Av Lantmäteriets remissyttrande framgår att överenskommelsen sannolikt inte omfattas av något lagakraftvunnet beslut eftersom det vid tidpunkten för överenskommelsen saknades regler om inrättande av servitut vid förrättning. Oavsett det förhållandet kan det konstateras att det är oklart vad överenskommelsen har för rättslig status och vilket innehåll den har. Dessa frågor har inte tidigare prövats. Något hinder mot att pröva överenskommelsen enligt bestämmelserna om fastighetsbestämning i 14 kap. 1 § FBL finns därmed inte.

Är överenskommelsen från år 1865 ett servitut?

Lantmäterimyndigheten får genom fastighetsbestämning bl.a. pröva frågor om ett servitut gäller och vilket omfång rätten har (1 kap. 1 § och 14 kap. 1 § första stycket 2 FBL).

Den fråga som Mark- och miljööverdomstolen först har att ta ställning till är om den skriftliga överenskommelsen från hemmansklyvningen år 1865 då X, A och F bildades är ett servitut. Överenskommelsens lydelse återges i mark- och miljödomstolens domskäl.

Även om det vid tidpunkten för överenskommelsen inte fanns några bestämmelser om bildande av servitut var det relativt vanligt att rättigheter av servitutliknande karaktär bildades vid laga skifte och detta har enligt praxis ansetts tillåtet. En allmän beskrivning av de grundläggande drag som utmärker ett servitut infördes år 1972 genom ikraftträdandet av jordabalken. Av förarbetena framgår att någon saklig ändring i fråga om rättighetens allmänna karaktär inte åsyftades (prop. 1970:20 B s. 716 och 730). När FBL utarbetades ansågs det inte finnas några skäl till att låta andra regler gälla för servitut som bildas enligt FBL än för servitut som grundar sig på avtal enligt jordabalken (prop. 1969:128 B s. 541 och prop. 1970:20 B s. 719).

Det anförda innebär att samma förutsättningar för bedömningen av om servitutsliknade rättigheter är att se som en giltig servitutsupplåtelse ska gälla oavsett om rättigheten härrör från tiden före eller efter jordabalkens ikraftträdande. Uttalandena i förarbetena innebär vidare att servitutsrekvisiten i 14 kap. 1 § jordabalken är tillämpliga även på officialservitut.

Överenskommelsens ordalydelse om att undantag för allmänt behov bör avsättas, talar för att den rättighet som avsattes var för fastighet eller fastigheters räkning och inte för vissa personers räkning. Att rättigheten tillskrivs delägarna bör då med tillräcklig tydlighet anses avse de i 1865 års laga skifte ingående deläggande fastigheter, vars ägare också samtliga skrivit under överenskommelsen. Ordalydelsen tillsammans med det faktum att det vid tidpunkten var vanligt att servitutliknade rättigheter tillkom vid förrättningar samt att dessa ofta var en grundläggande förutsättning för förrättningens

genomförande, talar enligt Mark- och miljööverdomstolens bedömning för att syftet med överenskommelsen sannolikt var att för framtiden tillförsäkra de i skiftet ingående fastigheterna del i nyttigheter och att dessa nyttigheter varit sådana som de haft tillgång till före skiftet. Detta har främjat en ändamålsenlig markanvändning och varit av stadigvarande betydelse för fastigheterna. Den omständigheten att fastigheterna också haft möjlighet till båtplats inom samfälligheten B påverkar inte den bedömningen. Ändamålet med upplåtelsen har angetts på ett vitt sätt då stränderna anges få nyttjas för vilket ändamål som helst. Trots detta kan rätten till ianspråk-tagande inte anses vara så långtgående att det är fråga om ett totalt ianspråktagande av de tjänande fastigheterna. Sammantaget uppfyller överenskommelsen servituts-rekvisten.

I likhet med vad Lantmäteriet anfört i sitt remissyttrande anser Mark- och miljööverdomstolen att det finns anledning att vara generös i bedömningen av om servitutliknande rättigheter i lagaskiftesakter ska anses utgöra servitut. Detta särskilt med hänsyn till att servituten ofta var en grundläggande förutsättning för att lottläggningen skulle kunna ske på det sätt som då skedde. Om delägarnas överenskommelser underkänns, riskeras grunden för skiftet att rubbas. Överenskommelsen bör därmed betraktas som ett servitut.

Det har i målet inte framkommit några omständigheter som talar emot den bedömning som Lantmäteriet gjort, dvs. att överenskommelsen sannolikt är ett s.k. förenings-servitut vilket i sin tur anses vara ett officialservitut. I avsaknad av annan utredning anser Mark- och miljööverdomstolen att överenskommelsen är att betrakta som ett officialservitut.

Vilken omfattning har servitutet?

Lantmäteriet har beskrivit innehåll och omfattning av servitutet i förhållande till fastighetsindelningen år 1865 på ett detaljerat sätt. Angivna ändamål ligger inom vad som typiskt sätt kan anses omfattas av en rätt att använda stränderna när det gäller fastigheter vid havet där tillgången till strand, båtplatser m.m. sannolikt haft stor betydelse. Det av Lantmäteriet bestämda ändamålet ska därmed fastställas.

Är den västra och östra bryggan fastighetstillbehör?

Lantmäteriet får genom fastighetsbestämning pröva om anläggningar hör till en fastighet enligt 2 kap. 1 § jordabalken (14 kap. 1 § första stycket 3 FBL).

Av 2 kap. 1 § första stycket jordabalken framgår att till en fastighet hör bl.a. anläggningar som har anbragts inom fastigheten för stadigvarande bruk. Enligt andra stycket i samma bestämmelse hör till en fastighet även en anläggning som är uppförd utanför fastigheten, om den är avsedd för stadigvarande bruk vid utövande av ett servitut till förmån för fastigheten och inte hör till den fastighet där den finns. En brygga är normalt sett tillbehör till den fastighet där den är belägen (jfr RH 1986:84).

Den konstruktion som bestämmelserna i 2 kap. jordabalken har innebär att om inget annat visats, utgör byggnader och anläggningar tillbehör till den fastighet som de ligger inom. Det ankommer därför på den som påstår att en byggnad eller en anläggning inte tillhör den fastighet som den ligger inom att styrka sitt påstående. Det finns inte anledning att ha ett lägre beviskrav utifrån ett allmänt antagande om att det skulle innebära särskilda svårigheter att föra bevisning om förhållanden som ligger långt tillbaka i tiden (se Mark- och miljööverdomstolens dom 2012-10-26 i mål nr F 223-12).

I målet är ostridigt att bryggorna ligger inom F. Beträffande den östra bryggan saknas uppgift om när den ursprungligen uppförts och av vem. Det finns viss utredning som ger stöd för att den använts av ägarna till A. Det finns även uppgift om att bryggan vid två tillfällen ska ha raserats helt och då uppförts på nytt av ägaren till E. När det gäller den västra bryggan finns viss utredning som ger stöd för att den uppförts år 1962 av ägaren till C. Enligt klagandena ska det dock redan tidigare ha funnits möjlighet att angöra båtar på platsen.

Sammantaget är det inte möjligt att med säkerhet säga när bryggorna uppfördes eller vem eller vilka som uppförde dem. Vid en samlad bedömning kan klagandena inte ansetts ha visat att bryggorna ursprungligen uppförts av ägarna till A. Bryggorna ska därmed inte vara fastighetstillbehör till C-D och över-klagandet ska i denna del avslås.

Rättegångskostnader

Enligt 16 kap. 14 § FBL får domstolen, efter vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna, besluta att sakägare som förlorar målet ska ersätta annan sakägare dennes rättegångskostnader i enlighet med vad som föreskrivs i 18 kap. rättegångsbalken.

Bestämmelsen har i praxis tillämpats så att om parterna, som vissa av parterna i förevarande fall, står i klart motsatsförhållande och det inte finns några särskilda omständigheter som talar emot, har fördelningen av rättegångskostnaderna skett enligt den i 18 kap. 1 § rättegångsbalken föreskrivna bestämmelsen om förlorande parts skyldighet att ersätta motpartens rättegångskostnad.

S M och M R har genom Mark- och miljööverdomstolens dom förlorat målet i de delar som rör fastighetsbestämning av servitut och rättens omfattning. De har vunnit den del som rör frågan om fastighetstillbehör. Med hänsyn till att argumentationen och utredningen i målet till övervägande del rör frågan om överenskommelsen kan ses som ett servitut och vilket omfattning det i så fall har, är det skäligt att S M och M R ska utge ersättning för klagandenas rättegångskostnader i målet. Ersättningen bör dock jämkas med hänsyn till att S M och M R vunnit framgång i frågan om fastighetstillbehör, en fråga som inte kan anses vara av ringa betydelse.

Klagandena har yrkat ersättning för rättegångskostnader vid mark- och miljödomstolen med 201 655 kronor, varav bl.a. 138 750 kronor för ombudsarvode och 54 280 kronor för utlägg avseende ersättning till det tekniska biträdet. Klagandena har i Mark- och miljööverdomstolen yrkat ersättning med 148 215 kronor, varav 88 125 kronor för ombudsarvode och 60 090 kronor för utlägg som avser ersättning till det tekniska biträdet. S M och M R har ifrågasatt skäligheten av yrkad ersättning och anfört att ombudet och det tekniska biträdet har dubbelarbetat. Mark- och miljööverdomstolen anser inte att utredningen ger stöd för att ombudet och biträdet utfört samma eller onödigt arbete. Kostnaderna är skäliga. Med beaktande av utgången i frågan om fastighetstillbehör bör klagandena få en till tre fjärdedelar

jämkad ersättning för sina rättegångskostnader i mark- och miljödomstolen och Mark- och miljööverdomstolen.

Domen får enligt 5 kap. 5 § lagen (2010:921) om mark- och miljödomstolar inte överklagas.

I avgörandet har deltagit hovrättsrådet Liselotte Rågmark, tekniska rådet Cecilia Undén samt hovrättsråden Mikael Hagelroth och Malin Wik, referent.
Föredragande har varit Olof Ekström.



VÄNERSBORGS TINGSRÄTT
Mark- och miljödomstolen

DOM
2012-10-29
meddelad i
Vänernsborg

Mål nr F 6871-11

KLAGANDE

1. S M (F)

2. M R (F)

Ombud för nr 1 och 2: Advokaten G U

MOTPARTER

1. M A (E)

2. G B (C)

3. MB (C)

4. B H E (X)

5. U F (E)

6. A G (E)

7. C G (E)

Dok.Id 209479

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1070 462 28 Vänernsborg	Hamngatan 6	0521-27 02 00 E-post: mmd.vanersborg@dom.se	0521-27 02 30	måndag – fredag 09:00-16:00

8. G G(E)

9. L G (E)

10. L G (E)

11. N J (E)

12. M N(X)

13. R O (E)

14. T O (E)

15. S M-L O (X)

16. M P (D)

17. P P (D)

Ombud för nr 2 – 3, 5, 13 – 14, 16 - 17: Advokaten T R

Ombud för nr 4: A E

Ombud för nr 6: G G

ÖVERKLAGAT BESLUT

Lantmäteriets beslut 2011-12-01 i ärende nr O102507, se bilaga 1 - 3

SAKEN

Fastighetsbestämning enligt 1 kap 1 § 2 st 2 -3 p jämfört med 14 kap 1 § 1 st 2 – 3 p FBL avseende servitut och fastighetstillbehör berörande fastigheterna X, F och, rätteligen, C-E (inte samfälligheten G), Tjörns kommun

DOMSLUT

1. Med upphävande av det överklagade beslutet såvitt detta avser fastighetsbestämning av servitut och fastighetsbestämning av fastighetstillbehör förklarar mark- och miljödomstolen att den rättighetsupplåtelse, som antecknats under § 9 i protokoll fört vid hemmansklyvning år 1865 (14-STE-635), inte utgör ett servitut som berör fastigheterna X, F, C, D och E eller samfälligheten G, Tjörns kommun.
2. Mark- och miljödomstolen upphäver, som en följd av utgången enligt punkten 1 ovan, även Lantmäteriets beslut om fördelningen av förrättningskostnaderna och ställer in förrättningen.
3. Mark- och miljödomstolen förpliktar G B, M B, U F, R O, T O, M P och P PL att solidariskt ersätta S M och M R deras rättegångskostnad med 89 375 kr, därav 84 375 kr för ombudsarvode, jämte ränta enligt lag. Av ersättningen utgör 17 875 kr mervärdesskatt.

BAKGRUND

S M och M R (F) inkom den 18 juni 2010 till Lantmäteriet med en ansökan om fastighetsbestämning rörande fastigheterna X, F, C, D och E, Tjörns kommun. Grunden för ansökan var att andra fastighetsägare enligt S M och M R påstod sig ha rätt att på F ”göra vad som helst” (klippa gräs, ta ner träd, lägga båtar på land och i vatten, bygga egna bryggor/ förråd, driva organiserade verksamheter, hyra ut etc.). Dessa andra fastighetsägare stödde sig därvid, enligt S M och M R , på en ”1865 års överenskommelse” (14-STE- 635 § 9) noterad under § 9 i ett protokoll från hemmansklyvning enligt följande ostridiga lydelse:

”Som delägarna tillkännogifvade sig vid sista sammanträdet, uteglömdes några undantag för allmänt behof som bör afsättas, beslutades efter öfverenskommelse: att delägarna äga opåtalet rätt för hvad ändamål som hälst, begagna stränderna, med frie vägar utan ersättning...”

S M och M R angav i ansökan till Lantmäteriet att eftersom deras möjligheter att driva verksamhet på näringsfastigheten F hindrades genom de andra fastighetsägarnas tolkning av den citerade protokollsanteckningen önskade de en fastighetsbestämning som kunde konkretisera vad ”1865 års överenskommelse” innebar. Frågan de begärde att Lantmäteriet skulle utreda var alltså om det var ett servitut som bildats genom nämnda anteckning och vad det i så fall omfattade.

Lantmäteriet upptog ansökan till prövning såsom fastighetsbestämning av servitut och antecknade till underlag för fastighetsbestämningen följande förutsättningar.

- 1837 – laga skifte, Samfälligheten B bildas. Den utgörs av samfällda vägar och strandplats för hamnändamål för de delägande fastigheterna (de i målet aktuella fastigheterna har andelar i strandplatsen och vägarna (Akt 14-STE-411).

- 1865 – hemmansklyvning, X-F bildas.
- 1961 – laga skifte av A, varvid C-E bildades och ett samfällt område för C-E lades ut. Det samfälliga området registrerades som Samfälligheten G.

G B, U F, A G D O, R O, T O, M P och P P, framställde, genom sitt dåvarande ombud T S, på ett sammanträde inför Lantmäteriet den 14 juni 2011 ett nytt yrkande om att Lantmäteriet genom fastighetsbestämningen även skulle bestämma att bryggorna belägna på F utgör fastighetstillbehör till C-E.

Genom det **överklagade beslutet**, se bilaga 1, uttalade Lantmäteriet att det var en servitutsrättighet som hade tillskapats vid hemmansklyvningen år 1865 och förordnade att fastighetsbestämning skulle ske enligt karta och beskrivning (aktbilagorna KA1 och BE1 i Lantmäteriets akt. Eftersom servituten enligt Lantmäteriet är olokaliserade lades servituten på kartan endast ut som en streckad linje längs den aktuella strandlinjen på F, se bilaga 2.

I beskrivningen (BE 1) till det överklagade beslutet, se bilaga 3, under rubriken ”Fastighetsbestämning”, betämde Lantmäteriet dels det utlagda servitutet 14- STE-635, dels fastighetstillbehör enligt följande.

”Bestämt servitut 14-STE-635

Ändamål: strand

Att ta väg
Att till husbehov samla snäckskal, sand, tång, musslor, ejderdun, drivved
Att ha torkplats för fiskeredskap
Att landa mindre båtar, upp till ca 5,5 meter lång, ca 1,8 m bred samt ca 0,5 m djup.
Att ha möjlighet att dra upp båt på land.
Att ha en mindre brygga
Att ha en mindre bod för enkel
Vinterförvaring, ca 4 m².
Att utföra viss underhållsmuddring

Till förmån för: X, F och G

Belastar: X, F och G

Befintliga bryggor, västra och östra bryggan, enligt servitut bildat vid förrättning 1865-12-18, akt 14-STE-635 hör till fastigheterna C-E enligt 2 kap. 1 § jordabalken.”

Slutligen fördelade Lantmäteriet genom det överklagade beslutet (bilaga 1) förrättningskostnaderna så att X fick en andel om 2 %, F en andel om 48 % och G (C-E) en andel om 50 %.

Karta utvisande fastigheternas och samfälligheternas belägenhet; se bilaga 4.

YRKANDEN M.M.

S M och M R har överklagat Lantmäteriets beslut i alla dess delar och yrkat i första hand att mark- och miljödomstolen förklarar att den av Lantmäteriet bestämda rättighetsupplåtelsen inte utgör ett servitut och därför upphäver de båda fastighetsbestämmningsbesluten och ställer in förrättningen eller, *i andra hand*, för det fall att rättighetsupplåtelsen skulle anses utgöra ett servitut, att mark- och miljödomstolen dels ändrar fastighetsbestämmningsbeslutet avseende servitut på så sätt att rättigheten bestäms innehålla en rätt för X, F och G att ta väg över respektive fastighets strandområde och i samband därmed tillfälligt landa en mindre båt upp till ca 5,5 meter lång och ca 1,8 meter bred, dels upphäver fastighetsbestämmningsbeslutet avseende förklaringen om fastighetstillhör. Därutöver har S M och M R yrkat att mark- och miljödomstolen bestämmer fördelningen av förrättningskostnaderna till 15 % vardera för fastigheterna X och F och till 70 % för fastigheten med del i G dvs C-E, med lika del av nämnda 70 % för dessa tre fastigheter.

Till utveckling av sin talan har S M och M R anført i huvudsak följande. Tjörn X, A och F bildades vid hemmansklyvning år 1864. Hemmanet bildades vid laga skifte av alla ägor i Stockevik år 1837. Vid laga skiftet undantogs en strandplats, numera B, för hamnändamål för de delägande fastigheterna. Vid hemmansklyvningen och laga skiftet tillskapades även samfällda vägar på så sätt att de fastigheter som omfattas av förrätningarna kunde nå dels hamnen B, dels allmän väg. Några samfällda vägar till stränderna på X, A och F har dock inte tillskapats. Härigenom kan således konstateras att när fastigheterna X, A och F bildades, hade de, förutom egna stränder och eget vatten, även tillgång till en hamn i en skyddad vik, B, och samfällad väg dit. Servitut kan visserligen bildas genom överenskommelser på sätt som skett i hemmansklyvningen. Men bara för att man varit överens om innehållet har det inte bildats ett servitut utan innehållet i överenskommelsen måste alltid uppfylla förutsättningarna för ett servitut. Av rättighetens ordalydelse kan man anta två olika ändamål att "begagna stränderna" för, nämligen "för hvad ändamål som hälst", d v s det skulle då vara tillåtet att göra vad som helst med stöd av rättigheten, eller "med frie vägar", d v s att ta väg över respektive fastighets strand. Skulle tingsrätten finna att ändamålet skall vara "för hvad ändamål som hälst", så saknar det tillräcklig precisering för att vara ett servitut. En servitutsrätt kan inte formuleras som en rätt till "allt", utan befogenheten måste preciseras (jfr "i visst hänseende" enligt 14 kap 1 § JB). Sådan brist leder till att överenskommelsen är ogiltig som servitut. I det fall tingsrätten trots allt anser att det går att upplåta servitut "för hvad ändamål som hälst" blir konsekvensen av rättigheten ett sådant totalt ianspråktagande av respektive belastad fastighet att den är ogiltig som servitut eftersom det ger härskande fastigheter alla de befogenheter som äganderätten ger. Till följd av att servitut alltså inte föreligger finns inte heller förutsättningar för Lantmäteriets fastighetsbestämning avseende fastighetstillhörighet med stöd av servitut varför även det beslutet ska därför upphävas. Om tingsrätten i stället finner att med rättigheten avsetts en rätt att ta väg över fastigheternas respektive stränder kan rättigheten möjligen utgöra ett servitut, om förutsättningarna för ett sådant servitut föreligger. I denna fråga får följande framhållas. För att servitut avseende rätt att ta väg (och för all del även andra rättigheter än att ta väg) skall kunna

föreligga måste rättigheten vara till nytta för härskande fastighet.

Förrättningslantmätaren har under rubriken "Bakgrund" framhållit att vid tiden för hemmansklyvningen transportbehovet för fastigheterna i huvudsak tillgodosågs över vatten och att det därför var angeläget att ha tillgång till väg till vatten. Detta är i och för sig riktigt, men i fråga om den sak som skall prövas måste man beakta om de härskande fastigheterna fick någon förbättrad tillgång till vatten och väg till vatten genom rättigheten. Detta får göras med utgångspunkt i vilken tillgång till väg till vatten, hamn och stränder de inblandade fastigheterna hade då (och alltjämt har) och i vad mån rättigheten kan ha tillfört något för fastigheterna i detta avseende. De i hemmansklyvningen år 1865 ingående fastigheterna hade redan då egna stränder och eget vatten. Genom laga skiftet år 1837 och genom hemmansklyvningen har fastigheterna fått tillgång till en hamn på fastigheten B och rätt i samfällid väg dit. Hamnen B har använts av delägande fastigheterna, förmodligen sedan den bildades vid laga skiftet. Av fotografier över hamnen B framgår att hamnen i vart fall nyttjats sedan 1900-talets början. A och F var obebyggda vid tiden för hemmansklyvningen. Det förekom därför helt enkelt inte några transporter till och från dessa fastigheter vid servitutets tillkomst. Vidare var avståndet mellan den bebyggda X och hamnen B flera hundra meter kortare än till viken Vitingsevja. Även för A, som blev bebyggd i kring förra sekelskiftet, har avståndet till hamnen B varit betydligt kortare. Vidare har det aldrig funnits någon väg till viken Vitingsevja. Man har inte ens idag kommit att anlägga väg där mark för samfällid väg inom F uttagits (samfällighet betecknad s:7 uttagen vid hemmansklyvningen). Något nyttjande av viken som del i transportled har därför inte förekommit. Av fotografier av Fs stränder och viken Vitingsevja från 1900-talets första decennium och från år 1930 syns inga båtuppläggningsplatser, bryggor eller dylika anläggningar. Först vid flygfotografering 1947 syns en brygga vid Fs stränder. Vad som anförts härvid innebär att fastigheterna vid tiden för hemmansklyvningen hade fullgoda möjligheter till väg för att nå vatten vid hamnen B och därtill egna stränder att landa båtar på. Genom den aktuella rättigheten har alltså inte tillförts någon som helst nytta för någon härskande fastighet och ingen brist botas. I

målet har även framkommit att tidigare ägare till A fått ha en brygga i viken Vitingsevja i utbyte mot att dåvarande ägaren till X och F, E B, fick använda As utmarker för kreatursbete. Det sagda visar på att tidigare ägare sinsemellan har begärt ersättning av varandra för nyttjande av stränderna för brygga och båtplatser. Enligt uppgift har dessutom tidigare ägare av F begärt ersättning av de som haft båtar i Vitingsevja, låt vara att rätten till ersättning har bestritts. Förrättnings-lantmätarens påstående om att ”servitutsutövningen” varit accepterad genom passivitet och att det inte framkommit något under handläggningen som skulle påtala att tidigare ägare haft invändningar är således helt fel. - Det synes ha lagts stor vikt vid att rättigheten har kommit att förändras genom förändring på grund av samhällsutvecklingen (s k elasticitet). Till följd av samhällsutvecklingen finns inte — och har inte funnits på flera decennier — något sådant ursprungligt behov som förrättningslantmätaren ansett skulle fyllas. Rätteligen borde således rättigheten genom s k elasticitet inskränkas på så sätt att rätt till väg inte längre skall ingå i rättigheten. Genom det skifte av A som skett år 1961 har ett flertal fastigheter bildats. Den del av rättigheten som må tillkomma fastigheterna med ursprung i A, dvs C-E, skall motsvara den nyttjandegrad som en fastighet har rätt till. Att belastningen på X och F inte får öka på grund härav följer direkt av 14 kap 11 § jordabalken. Trots detta har lantmätaren i det beslutade servitutet inte lagt in någon begränsning i antalet båtar som får landas osv. Vidare är Lantmäteriets beslut om att befintliga bryggor ska utgöra tillbehör till fastigheterna C-E fel (jfr förutsättningarna i 2 kap 1 § 2 st JB). Den aktuella rättigheten — i den mån den är ett servitut — är till förmån för G och kan således inte ligga till grund för en bestämning av fastighetstillbehör på sätt Lantmäteriet bestämt. Det saknas dessutom utredning i fråga om vem som anlagt bryggorna i viken Vitingsevja och vem som är ägare till dessa. - Sammanfattningsvis är alltså den aktuella rättigheten inte ett servitut. Till följd härav finns inte heller förutsättningar för fastighetsbestämning avseende fastighetstillbehör. - Angående fördelning av rättegångskostnader bör det klargöras att två yrkanden har prövats i förrättningen, nämligen bestämning av rättigheten och bestämning av fastighetstillbehör. Yrkandet om bestämning av fastighetstillbehör har

grundats på att rättigheten utgjort ett servitut. För att besvara de två yrkandena har således frågan om bestämning av rättigheten behövt företas. I aktuell förrättning innebär en skälig fördelning att förrättningskostnaderna delas i två huvuddelar ett för vardera två yrkanden och en mindre del för de tillkommande åtgärder som åtgår i förrättning för att bestämma i frågan om fastighetstillbehör efter att rättigheten bestämts. Skäligen kan huvuddelarna utgöra 45 % vardera av förrättningskostnaderna och den mindre delen 10 %. Den huvuddel som berör bestämning av rättigheten skall skäligen fördelas lika mellan berörda fastigheter, d v s 15 % vardera. Den huvuddel som avser fastighetstillbehör skall ensamt bäras av fastigheterna med del i G, vilka även skall bära de kompletterade delarna avseende bestämmande av tillbehör till deras fastigheter. Fördelningen av förrättningskostnaderna skall därför bli enligt följande: X- 15 %, G- 70 % och F- 15 %.

P P, M P, R O och T O, U F, G B och MB har bestritt ändring av Lantmäteriets beslut och till utveckling av sin talan anfört i huvudsak följande. Det aktuella servitutet tillkom genom en överenskommelse mellan fastighetsägarna till X, A och F i samband med och inom ramen för hemmansklyvningen 1865, då dessa fastigheter bildades. Överenskommelsen har tagits in i 9 § i protokollet över hemmansklyvningen. Av innehållet framgår, att anledningen till den nu protokollförda överenskommelsen var, att delägarna tidigare hade "uteglömt" några undantag för "allmänt behof". Överenskommelsen har tillkommit vid en förrättning genom myndighets anordnande och är ett officialservitut. Det innebär bland annat att det inte kan upphävas på annat sätt än genom nytt myndighetsbeslut. De klagande har emellertid gjort gällande att överenskommelsen inte kan betraktas som ett servitut ens vid tillkomsten, av det skälet att rättigheten är alltför oprecis och innebär ett otillåtet totalt ianspråktagande av belastad fastighet. I denna fråga är följande att beakta. För att fastställa rättighetens innehåll måste man tolka parternas avsikt vid bildandet av rättigheten. Till att börja med har rättigheten tillkommit vid en förrättning. Det innebär att det faller sig naturligt att utgå ifrån att det har funnits ett behov av att tillskapa en rättighet.

Om behovet saknades hade med säkerhet någon rättighet heller inte tillskapats. Av själva skrivningen framgår dessutom att parterna särskilt har påtalat att det fanns ett "allmänt behov". Att utredning saknas om användningsområdet vid tidpunkten för servitutets tillkomst betyder inte, att rättigheten inte utnyttjades. Det betyder endast att utredning härom saknas. Behovet av en kompletterande rättighet har förelegat åtminstone sedan servitutets tillkomst 1865 och i vart fall blivit formaliserat då. Den enda rimliga förklaringen till att servitutet inte preciserades från början är att någon precisering helt enkelt inte ansågs behövas. Vid tolkning av vilket behov som har funnits vid tidpunkten kan man konstatera, att när fastigheterna X, A och F bildades, var avsikten att samtliga skulle bebos och bebyggas. Fastigheterna utgjordes av jordbruksmark. Vid tidpunkten sköttes transporter till stor del över vatten och man hämtade näring såväl ur jord, stränder som vatten. Det innebar såväl fiske som tillvaratagande av drivved för uppvärmning, tång för jordförbättring, båtplats för transporter etc. Vid tillkomsten av rättigheten har man med all säkerhet haft dessa faktiska användningsområden som grund för den allmänt hållna utformningen. Det innebär dock inte att rättigheten är lika långtgående som äganderätt, utan är snarare ett uttryck för de skiftande användningsområden tillgång till strand innebar vid denna tid. Behovet av och tillgången till strand och vatten behövde säkras för framtiden just i anledning av själva delningen av marken. Vitlingsevja var och är det enda strand- och vattenområdet som är tillräckligt skyddat för att kunna användas för förtöjning av småbåtar. Vid den vanligast förekommande vindriktningen (väst, sydväst) är Vitlingsevja så belägen att den skyddas för pålandsvind såväl genom sitt utseende som av kringliggande berg och öar. När G bildades fanns inte fastigheterna X, A och F. Strandplatsen tillkom för hela Stockevik. När ovan nämnda fastigheter bildades 1865, fick de också del i G. Om behoven således var tillgodosedda med G och/eller andra vikar sedan 1837 eller annan tidpunkt låter det sig svårligen förklaras att ett officialservitut skulle behöva tillskapas vid den senare tidpunkten. Det fanns inte 1865 och finns inte heller nu beträffande officialservitut något formkrav som innebär att en upplåten rättighets giltighet som servitut är beroende av att ändamålet är tillräckligt preciserat i den handling varigenom rättigheten tillkommit. Påståendet att alla de befogenheter som enligt Lantmäteriet omfattas av servitutet hade kunnat tillgodoses inom den egna fastigheten är alltså felaktigt. Servitutets s k elasticitet

måste innebära att det idag är tillåtet att nyttja servitutet bland annat för förtöjning av fritidsbåtar. De klagandes andrahandsyrkande, att ett servitut endast ska omfatta endast rätt att ta väg över strandområdet, tillbakavisas. Något sådant behov har inte funnits vid tidpunkten (eller senare) om det inte samtidigt gav rätt att använda själva stranden. Det har vidare i protokollet över hemmansklyvningen tagits in en paragraf som närmare talar om rätt att ta väg, nämligen § 7, av vilken det framgår (i sista att-satsen) "att i händelse branta berg hindrar framkomligheten för någon delägare, äger den son, en sådan brist lider, rättighet till väg öfver grannars ägor utan ersättning". Någon anledning att därutöver och på nytt påtala rätt att ta väg över stranden kan knappast ha funnits. De två befintliga bryggorna i viken tillhörig F, västra och östra bryggan, utgör, som Lantmäteriet beslutat, tillhör till C-E. Att bryggorna inte kunnat hänföras till viss fastighet beror närmast på att bryggorna under åren raserats av vintrar och därefter byggts upp av olika fastighetsägare varför det är svårt att hänföra viss brygga till viss fastighet. – Sammanfattningsvis är alltså Lantmäteriets båda fastighetsbestämningsbeslut riktiga varför överklagandet skall avslås. - När det gäller kostnadsfördelningen bestrids ändring i den delen. Det kan nämligen inte anses skäligt att ägarna till C-E ska åläggas att betala större andel av förrättningskostnaderna än vad Lantmäteriet beslutat om.

De övriga av motparterna i målet, som varit närvarande vid förhandlingen – M N, B E, G G, A G, L G och N J – har förklarat sig inte ha någon synpunkt i saken. Övriga motparter har inte uttalat någon uppfattning; dock att M A i särskilt mål (F 243-12) överklagat förrättningskostnaden som rör henne.

S M och M R å ena sidan samt P P, M P, R O och T O, U F, G B och MB å andra sidan har fordrat ersättning för rättegångskostnad.

DOMSKÄL

Frågan i målet är om fastighetsbestämning av servitut (jfr 1 kap 1 § 2 st 2 p och 14 kap 1 § 1 st 2 p FBL) samt därefter, för det fall att den nedan citerade överenskommelsen skulle anses utgöra ett servitut, om fastighetsbestämning av fastighets-tillbehör (jfr 1 kap 1 § 2 st 3 p och 14 kap 1 § 1 st 3 p FBL) enligt 2 kap 1 § 2 st JB till fastigheterna C-E.

Lantmäteriets beslut berör fastigheterna X, F och samfälligheten G och därmed fastigheterna C-E som år 1961 bildades från dåvarande A; att ett samfällt område, registrerat som samfälligheten G, samtidigt lades ut för C-E har nämnts ovan under BAKGRUND.

Den skriftliga överenskommelse, antecknad i protokollet § 9 fört i samband med hemmansklyvningen år 1865 då X, A och F bildades, som fastighetsbestämningen av servitut avser och varigenom Lantmäteriet alltså funnit att en servitutsrättighet tillskapats lyder enligt följande.

”Som delägarna tillkännogifvade sig vid sista sammanträdet, uteglömdes några undantag för allmänt behof som bör afsättas, beslutades efter öfverenskommelse: att delägarna äga opåtalet rätt för hvad ändamål som hälst, begagna stränderna, med frie vägar utan ersättning...”.

Först skall prövas om denna skriftliga överenskommelse är ett gällande servitut.

Vad gäller tillämplig lag eller tillämpliga rättsgrundsatser jämte tolkningsdata att lägga till grund för avgörandet om den citerade överenskommelsen är ett servitut skall följande noteras. Visserligen äger äldre bestämmelser i och för sig tillämpning på frågan (34 § JP) men äldre lagstiftning, främst lagen (1907:36) om nyttjanderätt till fast egendom och därunder i lagens bilaga 2, den sk ”lagen om servitut”, innehåller inte i någon större utsträckning (men ”besvär och last” nämns) sådana lagfästa bestämmelser som numera återfinns i främst 14 kap 1 § JB, om vilka

förutsättningar som skall vara uppfyllda för att ett servitut skall anses föreligga. Även bestämmelsen i 14 kap 3 § JB anses bidra till att definiera servitutsinstitutet eftersom den klargör att servitut är kopplat till fastighet och inte får förväxlas med en nyttjanderätt kopplad till fysisk person. Väsentligt vid prövningen är att jordabalkens tillkomst (i kraft den 1 januari 1972) inte innebar någon saklig ändring (med undantag för skriftkravet i 14 kap 5 § JB och förbudet för vissa servitut i 14 kap 4 § JB) i förhållandet till tidigare gällande rätt vad avser definitionen av servitutsbegreppet. Bortsett från sistnämnda lagrum gäller alltså i princip samma förutsättningar för bedömningen om en viss överenskommelse är en giltig servitutsupplåtelse oavsett om rättsförhållandet i fråga uppkommit före eller efter jordabalkens ikraftträdande (se t ex prop 1970:20 B s 714 f och s 729 f).

Utgångspunkten för bedömningen är alltså att rekvisiten, eller snarare utgångspunkterna, för giltigt servitut i nuvarande 14 kap 1 § JB i allt väsentligt skall appliceras på den ovan citerade skriftliga överenskommelsen och förhållandena vid tidpunkten för överenskommelsen/avtalet. Det spelar därvid ingen roll om en överenskommelse, om den uppfyller kraven för en servitutsupplåtelse, är ett avtalsservitut eller ett officialservitut.

De utgångspunkter som kan utläsas ur främst 14 kap 1 § JB och som skall läggas till grund för prövningen om den ovan citerade skriftliga överenskommelsen är ett servitut är sammanfattningsvis om överenskommelsen är ägnad att främja en ändamålsenlig markanvändning, det finns en tjänande och en härskande fastighet, den härskande fastigheten genom avtalet råder över den tjänande fastigheten i fråga om dess användning, detta rådande (nyttjande eller i anspråktagande) skall vara i visst avseende, dvs det får inte vara fråga om ett totalt ianspråktagande av den tjänande fastigheten och slutligen måste ändamålet vara av stadigvarande betydelse för den härskande fastigheten.

Med utgångspunkt från tolkning av själva ordalydelsen i den skriftliga överenskommelsen, nedan avtalstexten - som givetvis är det fundamentala eftersom denna text lagts till grund för den nu ifrågavarande fastighetsbestämningen av servitut - och därefter med beaktande av förhållandena vid avtalstillfället kan

slutligen även andra tolkningsdata användas om det skulle visa sig svårt att avgöra vad parterna i visst avseende åsyftat med den omtvistade avtalstexten. Senare inträffade förhållanden kan också användas som tolkningsdata för innebörden av avtalstexten men endast för det fall att själva servitutsändamålet redan dessförinnan, med hjälp av själva avtalstexten och andra mera omedelbara tolkningsdata, visat sig vara tillräckligt preciserat och specificerat för att falla in under det juridiska institutet servitut enligt i huvudsak 14 kap 1 § JB. Till belysning av det sistnämnda kan som exempel nämnas rättsfallet NJA 1982 s 69 där frågan var huruvida ett klart och tydligt servitut för båtplats avsedd för jordbruk med tiden och samhällsutvecklingen kunde komma att istället gälla för fritidsbåt; att giltigt båtplatsservitut i och för sig förelåg var alltså inte föremål för tvist.

Det skall med hänsyn till det nyss anförda anmärkas att den nu ifrågavarande saken inte är en fråga om fastighetsbildning för ändring av ett servitut som ostridigt redan föreligger i någon form utan frågan i målet är om en fastighetsbestämning för prövning av en tvistig fråga huruvida gällande servitut överhuvudtaget finns i påstått avseende; en sådan fastighetsbestämning blir, om den vinner laga kraft, i sin rättsverkan att jämställa med en fastställelse i samma fråga (NJA 2007 s 125). Omvänt får, om S Ms och M Rs förstahandsyrkande i mark- och miljödomstolen vinner bifall, domen efter laga kraft samma rättskraft som en negativ fastställsetalan om servitut, dvs det blir rättskraftigt avgjort att den citerade rättighetsupplåtelsen inte är ett servitut. Av det sagda följer att det vid bifall till S Ms och M Rs förstahandsyrkande, i vad detta avser ”förklaring” om att upplåtelsen inte är ett servitut, kan ges en formulering som en negativ fastställsetalan i domslutet utan att det för den skull föreligger något nytt yrkande i mark- och miljödomstolen; samma rättsverkan hade uppkommit om Lantmäteriet istället hade kommit fram till, eller använt formuleringen ”förklarat”, att upplåtelsen inte är ett servitut och ställt in förrättningen.

Mark- och miljödomstolens bedömning.

Själva avtalstexten är mycket oklar och ger ingen ledning för ett ställningstagande till vilken eller vilka upplåtelse av rättigheter respektive belastningar som

därigenom skulle ha tillskapats för vilka fastigheter; endast rätt för delägarna att begagna stränderna med fria vägar - låt vara för vilket ändamål som helst - kan utläsas av texten. Vad angår vägfrågan skall beaktas att det av texten inte kan utläsas någon rätt att anlägga någon väg och några samfälliga vägar har ostridigt inte heller tillskapats på F som inte redan fanns vid tiden för hemmansklyvningen år 1865. Vad gäller övriga möjliga behov vid nämnda tidpunkt skall särskilt anmärkas att alla då berörda fastigheter, dvs X-F, genom fastigheternas bildande vid nämnda hemmansklyvning fick egen strand och att möjlighet till båtplats redan fanns genom respektive fastighets andel i samfälligheten G, belägen inne i Stockeviken, som hade bildats redan år 1837 och som utgör strandplats för hamnändamål. Av åberopade fotografier (aktbil 100-101) från tiden kring förra sekelskiftet framgår även att denna vik redan då användes för båt- och bryggändamål.

Redan nu angivna förhållanden, dvs att det inte framkommit några omständigheter som talar för att ett behov år 1865 förelegat för G av ett servitut med angivet innehåll på F i viken Vitingsevja, innebär att det skall till mycket starka andra tolkningsdata vid sidan om avtalstextens ordalydelse och de nu redovisade förhållandena för att, såsom Lantmäteriet funnit genom det överklagade beslutet (se bilaga 1 sid 7), en servitutsrättighet med angivet innehåll skall anses ha tillskapats ”vid hemmansklyvningen 1865”. En märklig omständighet är därvid att, trots att det egentliga intresset är fokuserat på marken tillhörig F i viken Vitingsevja, Lantmäteriet lagt ut servitutet på alla inblandade fastigheter (även indirekt C-E genom samfälligheten G) med dessa som ömsom härskande och tjänande, varom mer nedan.

Naturligt nog finns det ingen bevisning rörande omständigheterna vid avtalets tillkomst som kan skapa klarhet i vad som kan ha varit avsikten med själva avtalstexten.

Lantmäteriet synes ha utgått från hur förhållandena på platsen faktiskt gestaltat sig idag med två bryggor och två bodar byggda på F av andra fastighetsägare (oklart vilka) och därutöver måhända från en synpunkt om att så bör

förbli. Från den utgångspunkten har försök gjorts att, utifrån en antagen överenskommelse år 1865, uttolka förändringar i samhällsutvecklingen sedan år 1865 för att sedan precisera innehållet i ett servitut idag. För att, trots ett oklart ursprungligt servitutsändamål, skapa rättsgrund för det servitut man funnit föreligga har Lantmäteriet nöjt sig med att servitutet är dels ”ömsesidigt för de berörda fastigheterna” (Lantmäteriets akt PR2 sid 2 och PR 3 sid 4) dvs fastigheterna är både tjänande och härskande, dels ”olokaliserat” (PR 2 sid 3 och PR 3 sid 4-5), dels ”samfällt” (PR 2 sid 4). Resultatet har blivit ett mycket detaljerat servitutsändamål med ett omfattande innehåll (se uppräkningslistan ovan under bakgrund) som i stort sett saknar all förankring i själva avtalstexten och som dessutom saknar stöd i ett tänkbart behov för fastigheterna X-F vid tiden för hemmansklyvningen år 1865 och som slutligen även saknar stöd i övriga tolkningsdata vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och övriga omständigheter i målet. Det ifrågavarande servitutet påminner med hänsyn till det sagda mera om ett idag tillskapat officialservitut.

Eftersom det servitutsändamål, som Lantmäteriet bestämt genom det överklagade beslutet, alltså inte kan härledas från den åberopade avtalstexten i protokollet från hemmansklyvningen eller från omständigheterna vid dess tillkomst eller från övriga möjliga tolkningsdata saknas i målet de förutsättningar för giltig servitutsupplåtelse som krävs enligt 14 kap 1 § JB och som redogjorts för ovan. Bristerna i uppfyllelse av dessa grundläggande krav är, genom vad som ovan anförts, så stora att det saknas anledning att ytterligare analysera vart och ett av kraven mot omständigheterna i målet.

Sammanfattningsvis har alltså den omtvistade skriftliga rättighetsupplåtelsen, antecknad i protokoll, § 9, fört vid hemmansklyvningen år 1865, inte visats utgöra en servitutsupplåtelse, vare sig med innehåll enligt det överklagade fastighetsbestämmningsbeslutet därom eller i någon enskildhet hämtad från förteckningen över servitutsändamålet i bilaga 3 på sid 2 (även förtecknat ovan under BAKGRUND). Lantmäteriets beslut om fastighetsbestämning av servitut skall alltså upphävas.

Eftersom servitut alltså inte visats föreligga finns, redan som en följd härav, inte heller grund för fastighetsbestämmningsbeslutet avseende bryggor som fastighetstillbehör till fastigheterna C-E. (Trots att uttalande härom nu inte behövs för avgörande av målet bör dock anmärkas att fastighetstillbehöret ifråga, vid en dylik fastighetsbestämning avseende fastighetstillbehör enligt 2 kap 1 § 2 st JB, måste kopplas till viss härskande fastighet.) Även Lantmäteriets beslut vad avser fastighetsbestämning av fastighetstillbehör skall alltså upphävas.

Av det anförda följer att S Ms och M Rs förstahandsyrkande för sitt överklagande skall bifallas, dvs fastighetsbestämmningsbesluten skall upphävas och förklaring skall avges om att den omtvistade rättighetsupplåtelsen inte är ett servitut.

Vad gäller överklagandet av Lantmäteriets beslut i vad gäller förrättningskostnaderna följer av 2 kap 6 § FBL att dessa, som en följd av utgången i målet och av att förrättningen nu skall ställas in, omprövas av Lantmäteriet sedan denna dom vunnit laga kraft. Det saknas därför skäl att nu pröva S Ms och M Rs yrkanden i denna del.

Vad slutligen angår ansvaret för rättegångskostnaderna i mark- och miljödomstolen medför utgången i målet att huvudregeln om rättegångskostnadsansvar för tappande part bör tillämpas (16 kap 14 § 1 st FBL och 18 kap 1 § RB) på så sätt att de motparter som varit reella och drivande motparter till S M och M R , nämligen P P, M P, R O och T O, U F, G B och MB, solidariskt bör förpliktas att ersätta S M och M R deras rättegångskostnad, vilken är skälig.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 5 (DV 427)

Överklagande ska ha inkommit till mark- och miljödomstolen senast den 19 november 2012 men vara ställt till Mark- och miljööverdomstolen.

Prövningstillstånd krävs.

Ulf Klerfalk
rådman

Sören Karlsson
tekniskt råd

Handläggande beredningsjurist har varit Martina Andersson.