

Sten Hillert

Servitut

3:e omarbetade upplagan 1991



IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

JURIDIK FRÅN IUSTUS FÖRLAG

Anders Agell	Underhåll till barn och make
Anders Agell	Äktenskaps- och samboenderätt
Agell/Saldeen	Faderskap, vårdnad, adoption
Hans Ahlstedt	Datarättens ABC
Anners/Önnerfors	Latinsk juridisk terminologi
Ingrid Arnesdotter	Finansiell leasing
Bertil Bengtsson	Miljörätt
Bertil Bengtsson	Sakrättsliga frågor i fastighetsrätten
Bertil Bengtsson	Speciell fastighetsrätt
Bergström/Lennander	Kredit och säkerhet
Bergström/Strömholm	Lärobok i upphovsrätt
Frey Björklingson	Kvinnorna och rättvisan
Robert Boman	Deldom
Ove Bring	Aggression, självförsvar och non-intervention
Torleif Bylund	Repetitionskompendium i processrätt
Torleif Bylund	Skrivningsfrågor i processrätt
Carlson/Persson	Processrättens grunder
Thorsten Cars	Korruption
Marianne Dahlén	Europeisk Union
Ekelöf/Bohman	Rättsmedlen
Maja Kirilova Eriksson	Skydd av mänskliga rättigheter
Paulo Fohlin	Avtalstolkning
Olle Hellberg	Erkännande av internationella adoptionsbeslut
Sten Hillert	Servitut
Torgny Håstad	Den nya köprätten
Nils Jareborg	Brottsbalken kap. 23–24 med mera
Nils Jareborg	De särskilda strafflagarna
Nils Jareborg	Uppsåt och oaktsamhet
	Insolvensrättsligt forum
Ulf Jensen	Panträtt i fast egendom
Ulf Jensen	Skrivningsfrågor i Civilrätt C
Ulf Jensen	Övningsexempel i fastighetspanträtt
Hannu T Klami	Föreläsningar över juridikens metodlära
Hannu T Klami	Sanningen om rätten
Hannu T Klami	Strömningar och problem
Källström/Rylander	Frågekompendium för juridisk introduktionskurs
Landerdahl/Remstam	Beskattningsförfarandet och skatteprocessen

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

FRIEXEMPLAR FRÅN
IUSTUS FÖRLAG

Sten Hillert

ARKIV

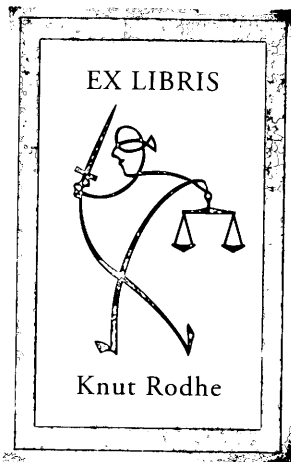
Servitut

3:e omarbetade upplagan 1991

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET



10 0071827 3



 IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1991
ISBN 91-7678-190-9
Graphic Systems AB, Göteborg, 1991

Innehåll

Förkortningar 5

Rättsfall 6

1 Inledning 7

2 Allmänt om nyttjanderätt och servitut. Huvudelementen i JB:s konstruktion 8

2.1 De olika slagen av särskild rätt i JB 7 kap 8

2.2 Skyddsregler för "fastighetens frihet" 9

2.2.1 Allmänt 9

2.2.2 Maximitider för nyttjanderätt 9

2.2.3 Undantag för staten som fastighetsägare 13

2.2.4 Tvångsupplåtelser 13

2.2.5 Skyddet vid servitut 14

2.3 Några tvångsvis upplåtna rättigheter 15

3 Servitut 17

3.1 Effekten av att man godtar ett rättsförhållande som servitut 17

3.2 Effekten av att man vägrar godta ett rättsförhållande som servitut 19

3.3 Effekten av IM:s bedömning 21

3.4 Olika regler efter uppkomststället 22

3.5 Formkrav för upplåtelse av servitut 25

3.6 Servitutsrekvisiten 29

3.6.1 Rekvisiten från romersk rätt 29

3.6.2 Den allmänna grundinställningen 30

3.6.3 Direkta förbud i lagtexten 32

3.6.4 De olika momenten 37

- 3.6.4.1 *Art, omfång och tid* 37
- 3.6.4.2 *Anknytning till härskande fastighet, formella sidan* 42
- 3.6.4.3 *Anknytning till härskande fastighet, reella sidan* 43
- 3.6.4.4 *Anknytning till tjänande fastighet, formella sidan* 52
- 3.6.4.5 *Anknytning till tjänande fastighet, reella sidan* 55
- 3.6.5 Totalbedömningen 59
- 3.6.6 Individuell bedömning eller generell 63
- 3.6.7 Rekvisiten är tvingande 66
- 3.6.8 Rekvisiten idag för äldre servitut 67
- 3.7 Utövning 69
- 3.8 Verkan av ändrade förhållanden 71
- 3.9 Ändring och upphävande genom fastighetsreglering 72
- 3.10 Upphörande 75

Förkortningar

ExpK	Expropriationskungörelse (1972:727).
ExprL	Expropriationslag (1972:719).
FBL	Fastighetsbildningslag 17.12.1970.
FBLP	Lag om införande av FBL.
IM	Inskrivningsmyndighet(en).
JB	Jordabalk 17.12.1970.
JP	Lag om införande av JB.
UB	Utsökningsbalk 25.6.1981.
VL	Vattenlag (1918:523 resp 1983:291).
VägL	Väglag (1971:948).
Lagberedningens bet 1905	Lagberedningens förslag till jordabalk. I. Förslag till lag om nyttjanderätt till fast egendom m m.
SOU 1960:24 o. 25	Lagberedningens förslag till jordabalk m m. I. Lagtext o. II. Motiv till balken.
SOU 1963:68	Fastighetsbildning. Betänkande avgivet av 1954 års fastighetsbildningskommitté.
Prop 1969:128 A o. B	Proposition med förslag till FBL.
Prop 1970:20 A o. B	Proposition med förslag till JB.
Prop 1972:109	Proposition med förslag till ExprL.
<i>Terminologi:</i>	Den åtgärd som enligt JB 23 kap benämns <i>inskrivning</i> hade före 1.1.1972 beteckningen <i>inteckning</i> .

Rättsfall

NJA

1899 s 540	1972 s 571
1919 s 357	1976 s 242
1930 s 534	1976 s 262
1937 s 192	1978 s 57
1942 s 308	1979 s 44
1948 s 807	1981 s 733
1950 s 656	1982 s 69
1954 s 166	1983 s 292
1955 s 313	1984 s 391
1957 s 787	1990 s 398
1962 s 704	1990 s 408
1966 s 368	

SvJT

1921 rf s 66	1968 rf s 66
1947 rf s 17	1973 rf s 27
1950 s 260	1974 rf s 76
1956 rf s 51	

1 Inledning

Denna framställning har som huvudsyfte att ge en samlad presentation av problemen kring rättsfiguren servitut. Flertalet sidor ägnas det som brukat kallas servitutsrekvisiten, dvs de krav man ställer upp för att ett rättsförhållande skall få godtas som servitut och förknippas med servitutens speciella rättsverkningar. För att ge en nödvändig bakgrund till diskussionen kring dessa krav inleder jag framställningen med ett allmänt avsnitt om hur vi i svensk fastighetsrätt byggt upp de båda rättsfigurerna nyttjanderätt och servitut och därvid ställt upp regler som är avsedda att begränsa den belastning vi tillåter ägaren att lägga på sin fastighet genom att upplåta nyttjanderätt eller servitut. På så vis kommer framställningen även att presentera vissa grundläggande tankegångar bakom de allmänna reglerna om nyttjanderätt.

Rättspraxis och litteraturen kring servitut ger en intressant bild av en dynamisk utveckling, där den härskande och den tjänande fastighetens intressen ofta ställts mot varandra och där man inte så sällan upplever en konflikt mellan en trög, traditionell och principiell uppfattning om hur rättsfiguren servitut skall vara uppbyggd och en insikt att man idag måste i rimlig grad inordna även bedömningen av dessa rättsförhållanden under senare tids samhällsutveckling och nya lagstiftning. Ibland har konflikten resulterat i påtagliga nya inslag, ibland har däremot svensk rätt här vidhållit en – för några kanske överraskande – restriktiv och principiellt motiverad inställning när det gäller vad som skall få behandlas som servitut.

Den framställning som nu presenteras som tredje bearbetade upplagan av ett verk från 1979 går tillbaka på en framställning av år 1970. Huvuddelen av tankegångarna presenterades dock 1960 i min avhandling *Servitut – förmån och last*.

Uppsala, Institutet för fastighetsrättslig forskning i december 1990.

Sten Hillert

2 Allmänt om nyttjanderätt och servitut. Huvudelementen i JB:s konstruktion

2.1 De olika slagen av särskild rätt i JB 7 kap

Vid sidan av regler om äganderätt till fastighet och om panträtt finns i jordabalken regler om ett antal andra "rättigheter" ("särskild rätt") till fastighet, nämligen nyttjanderätt, servitut och rätt till elektrisk kraft. Lagen är uppbyggd på det sättet att JB 7 kap ger vissa allmänna regler om sådana särskilda rättigheter varefter de följande kapitlen har mera detaljerade specialregler för de viktigare slagen. Kap 8–11 ger regler om arrende, kap 12 om hyra, kap 13 om tomträtt, kap 14 om servitut och kap 15 om rätt till elektrisk kraft. För en grupp av nyttjanderätter, de som går ut på *partiell* nyttjanderätt, finns inga specialregler utan endast de allmänna reglerna i kap 7. Den gruppen omfattar rätt att utnyttja *enstaka nyttighet*, t ex att avverka skog eller ta andra alster av fastigheten eller någon av dess naturtillgångar eller jaga eller fiska. Tekniskt är lagen så uppbyggd att de allmänna reglerna om nyttjanderätt i JB 7 kap gäller även för rättigheterna i den gruppen. Det har uttryckligen markerats genom att de särskilt omnämns i JB 7:3. Däremot gäller t ex ingen av reglerna i de speciella kapitlen om arrende för dem. De saknar alltså bl a lagregler om uppsägning (JB 8:4 f). För nyttjanderätt till fiske och till jakt finns dock regler i de särskilda lagarna om "fiskearrenden" (1957:390) och jaktlagen (1987:259). Inte heller gäller för dem en sådan regel som det särskilda sakrättsliga skyddet för arrende och hyra i JB 7:13. Observera att regelsystemet här är *tvingande* på det sättet att parterna inte kan få vissa regler i JB tillämpliga *enbart* genom att *kalla* rättsförhållandet för t ex "arrende" eller "hyra". I JB:s mening är dock sådan rätt till enstaka nyttighet endast partiell nyttjanderätt enligt JB 7:3.

En viktig sida av JB:s system är att den rättighet en fastighetsägare tillskapar genom avtal med någon annan kan få sakrättsligt skydd – ge-

nom reglerna i JB 7:11 ff och genom möjligheten till inskrivning – *endast om* vi kan föra in rättsförhållandet under någon av rättsfigurerna i 7 kap. Man skulle kunna säga att JB 7 kap innehåller ett antal olika ”fack”, nyttjanderätt av olika slag, servitut och rätt till elektrisk kraft, och att det alltså gäller att den rättighet parterna tillskapar genom sitt avtal kan föras in under något av de facken. Endast under den förutsättningen accepterar JB att fastighetsägaren ges makt att till annan upplåta rättighet över fastigheten på sådant sätt att upplåtelsen kan bli bindande även för en ny ägare av fastigheten. JB:s regler och dess begränsning av möjligheterna till sakrättsligt skydd gäller dock endast rättigheter som tillskapats genom frivilliga upplåtelse. Se uttrycket ”om rättigheten upplåtits *genom avtal*” i JB 7:1. För rättigheter, som tillkommer under medverkan av myndighet och då i regel under visst inslag av tvång, gäller andra regler. Där är rentav huvudprincipen att sådan rättighet gäller sakrättsligt redan i och med att den tillskapats under myndighets medverkan; den gäller därtill med ”bästa rätt”, dvs före alla inskrivna rättigheter och utan att kunna rubbas genom exekutiv försäljning.

2.2 Skyddsregler för ”fastighetens frihet”

2.2.1 Allmänt

När det gäller de rättigheter som enligt JB 7 kap kan bli sakrättsligt gällande, är vidare huvudtanken i JB:s system den, att det gäller att hindra att de rättigheterna blir ”farliga” för fastigheten när de nu kan bli bindande även för en ny ägare av fastigheten. Det finns därför i viktiga avseenden skyddsregler som är till för att garantera att belastningen genom de tillåtna rättigheterna inte blir tyngre än vad som kan anses acceptabelt. För nyttjanderätt finns det skyddet i reglerna om maximitider. För servitut finns det i stället i de s k servitutsrekvisiten.

2.2.2 Maximitider för nyttjanderätt

Maximitider för nyttjanderätt finns i JB 7:5. För upplåtelse av vanlig nyttjanderätt sätts där en gräns på 50 år resp 25 år från den dag ”avtalet slöts”. Om jag äger en fastighet och upplåter en nyttjanderätt för längre tid än så, är jag därför inte bunden av mitt avtal längre tid än JB 7:5 anger. Varför inte det? Vi möter här en gammal tankegång. Redan före

1900-talets början hade man tidsgränser. Tanken utvecklades närmare i förarbetena till 1907 års nyttjanderättslag. Man konstaterade att det inte för all tid är oförändrade förhållanden kring en fastighet. Det sker en utveckling som så småningom medför att det finns anledning att ändra användningssättet.

Det gäller då att se till att fastighetens ägare har möjlighet att bestämma om övergång till sådan ny användning. Om han då var bunden av en upplåtelse som gav någon annan rätt att använda fastigheten på det äldre sättet, kan den upplåtelsen hindra ändringen och därmed olyckligt låsa utvecklingen. (Se lagberedningens bet 1905 s 69.) Tankegången skulle kunna utvecklas ytterligare: Den som har nyttjanderätt och därmed rätt att använda fastigheten på visst sätt har ju normalt inget intresse av att fastigheten i stället blir använd till något helt annat. Han mister ju då sin rätt. Även om det nya, aktuella användningssättet ekonomiskt sett är klart mera värdefullt, kan därför nyttjanderättshavarens intressen ligga hindrande i vägen. Senast efter de i JB 7:5 utsatta tidsgränserna skall därför fastighetens ägare ha möjlighet att bli fri från den belastning en nyttjanderätt utgör – och detta även om det är han själv som har gjort upplåtelsen. Tillspetsat skulle man kunna säga att maximitiderna i JB 7:5 skyddar fastighetsägaren mot hans eget oförstånd, nämligen hans oförstånd att mot utvecklingens och sitt intresse binda fastighetens användning under för lång tid. Detta gäller oavsett om upplåtelsen skett mot periodiskt vederlag eller engångsvederlag eller utan vederlag. Reglerna är så konstruerade att även nyttjanderätts-havaren kan återöppna maximitiden och göra sig fri.

1907 års regler satte, liksom den tidigare ordningen, olika maximitider för olika fall. För fastighet på "landet" föreskrevs 50 år. För fastighet i "stad" föreskrev man 25 år. Den kortare tiden gällde dock endast område för vilket "plan för bebyggande" var gällande och den gällde inte bara städer utan också köpingar och vissa andra orter. Varför satte man då olika maximitider? Lagberedningen uttalade att det låg "i sakens natur", att förhållandena i stad i allmänhet var underkastade snabbare växling än på landsbygden och att "ägarens handlingsfrihet" därför inte borde få bindas lika lång tid i stad som på landet. (Lagberedningens bet 1905 s 69 f.)

JB 7 har kvar samma maximitider, 50 år och 25 år. I "förenklade" syfte gjorde man dock 1970 den justeringen att man inte längre lät skillnaden gå mellan "land" och "stad" utan i stället lät den kortare tiden

gälla fastigheter *inom stadsplan*. Några närmare motiv för dessa maximitider överhuvudtaget eller för att man skulle ha just 50 resp 25 år redovisas inte i JB:s förarbeten. (Se SOU 1960:25 s 282 f, Prop 1970:20 A s 246 f, 401 och B s 366 f.) Om lagstiftaren här haft något högre ambitioner och gått närmare in på den verkliga motiveringen för maximitiderna, är det inte uteslutet att man kunnat göra den påtagliga förenklingen av rättsreglerna att man satt samma maximitid – kanske 25 år – oavsett var fastigheten ligger. Som reglerna utformats frestade de till slutsatsen att lagstiftaren ansåg att utvecklingen (dvs det händelseförlopp som leder till behov av ändrat användningssätt) gick snabbare för fastigheter som redan låg inom stadsplan än för fastigheter som ”bara” låg inom byggnadsplan eller kanske som alls inte låg inom någon detaljplan. Åtminstone lagberedningen var dock nära till att konstatera att utvecklingen kunde komma minst lika snabbt även för område som vid upplåtelsen inte låg under stadsplan. Lagberedningen tog nämligen upp och besvarade den i och för sig intrikata frågan vad som skulle gälla om stadsplan lades över ett område efter det att nyttjanderätt upplåtits. Skulle då den ursprungliga maximitiden på 50 år gälla eller ledde tillkomsten av stadsplanen till att upplåtelsestiden nu kortats av till 25 år? Lagberedningen slog fast att maximitiden vid tidpunkten för upplåtelsen (JB 7:5 ”då avtalet slöts”) skulle fortsätta att gälla. Vid tillkomsten av Plan- och bygglagen 1987 ersattes stadsplan och byggnadsplan av det nya institutet detaljplan. Regeln i JB 7:5 ändrades då så att den kortare maximitiden 25 år gäller inom detaljplan. För område utanför detaljplan gäller fortfarande den längre maximitiden 50 år. Fråga är om man inte redan vid tillkomsten av JB borde ha varit mogen för en mera grundlig omprövning av reglerna om maximitider för nyttjanderätt.

Regeln i JB 7:5 innehåller ju också en särregel som ger möjlighet till upplåtelse av nyttjanderätt ”för någons livstid”. Enligt 1907 års lag gällde det undantaget endast fastigheter för vilka den längre tiden, 50 år, var huvudregel. I JB 7:5 har man nu såtillvida slopat skillnaden mellan de olika fastigheterna att upplåtelse på livstid accepteras både när fastigheten ligger utom och när den ligger inom detaljplan.

Som ett led i 1984 års reform av arrendereglerna har man generellt – alltså även utanför detaljplan – sänkt maximitiden för jordbruksarrende till 25 år och därvid för sådant arrende även slopat möjligheten till upplåtelse för någons livstid. Detta hör samman med statsmakternas

önskan att skapa rationella brukningsenheter och därför fortlöpande kunna anpassa dem till nya förhållanden.

Huvudprincipen med maximitider som skydd för ”ägarens handlingsfrihet” kunde möjligen menas ha fått rejält underkännande genom de moderna reglerna om besittningsskydd (rätt till förlängning) som införts för viktiga slag av arrende och hyra. (Se JB 7:5 st 3 p 2.) Till och med i dessa socialt motiverade regler har man emellertid infört undantag från besittningsskydd just för flagranta fall där ändrat användningssätt för fastigheten är motiverat. (Se JB 9:8 st 1 p 4–6, 10:5 st 1 p 4–5, 11:5 st 1 p 2 och 12:46 st 1 p 3–5.) På den punkten skulle man därför rentav kunna säga att den moderna lagstiftningen just innebär att man i regler, där nyttjanderättshavares och fastighetsägares intressen direkt ställs mot varandra, funnit att man i viss utsträckning bör skydda ägarens intresse att kunna blir fri från en nyttjanderätt och i stället kunna genomföra ett nytt användningssätt för fastigheten.

Reglerna i JB 7:5 om maximitider på 25 resp 50 år innehåller undantag för två slag av nyttjanderätt. Det ena gäller upplåtelse av tomt-rätt. För den rättsfiguren gäller särskilda regler, som är avsedda att tillgodose både tomträttshavarens och fastighetsägarens intressen. (Se närmast reglerna i JB 13:14 om uppsägning.) Lagtexten innehåller dock inget uttalat hinder mot att fastighetsägaren – som ju normalt är staten eller kommun (JB 13:2) – i upplåtelseavtalet avstått för mycket lång tid från rätten att kunna säga upp tomträtten. Det andra undantaget gäller upplåtelse av rätt att avverka skog. JB 7:5 st 2 stadgar för sådan rätt, om den huvudsakligen avser annat än husbehov, en så kort maximitid som 5 år. Den korta maximitiden tillkom redan år 1903 och avsåg att hindra särskilt riskabla upplåtelser som hotade att leda till att skogarna, särskilt i Norrland, skövlades och vanvårdades av skogsindustrin. Under förarbetena till JB diskuterades närmast om man eventuellt borde sätta denna maximitid ännu kortare, kanske bara till två år. Man menade att markägarens möjligheter att bedriva rationell skogsvård kunde förhindras av att han var bunden av att någon annan hade en avverkningsrätt som gällde så länge som i fem år. Den moderna skogsvårdslagstiftningen ansågs tydligen inte ge tillräckligt skydd på denna punkt. Departementschefen menade dock att det inte för tillfället fanns tillräckliga skäl att på denna punkt ytterligare inskränka avtalsfriheten. (Prop 1970:20 B s 364–367.)

2.2.3 Undantag för staten som fastighetsägare

Man kan alltså se metoden med maximitider som ett skydd för fastighetsägaren mot hans eget eventuella oförstånd att binda fastigheten på ett olyckligt sätt – en bindning som man menar skulle bli olycklig även ur samhällets synpunkt. Samtidigt finns det emellertid enligt lagen *en* fastighetsägare som anses inte behöva sådant skydd vid upplåtelse av nyttjanderätt. Den ägaren är enligt JB 7:5 st 3 p 1 *staten*, vars behöriga företrädare tydligen anses vara i stånd att själva bedöma om det är lämpligt att upplåta nyttjanderätt för längre tid än enligt de maximitider som gäller för övriga fastighetsägare. Det undantaget från maximitiderna härrör från 1907 års nyttjanderättslag och det togs år 1970 med i JB utan närmare kommentar. I förarbetena till 1907 års lag redovisade lagberedningen denna belysande kommentar: ”Denna (dvs tidsbegränsningen) är, såsom ofvan utvecklats, införd väsentligen i syfte att hindra jordägaren från att binda sin handlingsfrihet för en alltför lång framtid. Ett dylikt förmynderskap, hvilket i fråga om enskilda är påkalladt af hänsyn till allmän nytta, är, när det gäller staten själf, obehöfligt.” (Lagberedningen bet 1905 s 82.) Det är intressant att konstatera att den förmåga att fatta förnuftiga beslut, som alltså här tillerkännes *statens* företrädare, tydligen enligt JB 7 inte tillerkännes företrädare för det allmänna i annan skepnad, t ex *kommun* eller landstingskommun. I JB:s förarbeten uppmärksammas dock inte att de är uteslutna från den avtalsfrihet man tillerkänt *statens* företrädare och vi får följaktligen inte heller något skäl till varför man även år 1970 gjort denna skillnad.

2.2.4 Tvångsupplåtelse

Observera till sist att maximitiderna i JB 7:5 enligt konstruktionen av hela JB 7 kap endast gäller de fall där nyttjanderätt tillskapats genom avtal, dvs frivilligt. (Se JB 7:1 st 1 sista orden.) Som jag tidigare påpekat gäller reglerna i JB 7 kap alltså inte de viktiga situationer där nyttjanderätt tillskapas under myndighets medverkan, i regel i förening med visst tvång. Ett sådant fall är t ex det då nyttjanderätt tillskapas genom expropriation, som ju i vissa fall kan tillgripas för att ge enskilt företag äganderätt, nyttjanderätt eller servitut till erforderligt område (t ex enligt ExprL 2:4). För nyttjanderätt som upplåts på sådant sätt gäller alltså inte någon absolut maximitid. Tanken är i stället att de statliga instanser som fattar besluten om expropriation i det individuella fallet skall pröva

i vad mån det är rimligt att gå med på tvångsupplåtelsen och även i vad mån den bör tidsbegränsas. I själva reglerna om tvångsupplåtelse kan man alltså säga att det finns en mekanism inbyggd som är avsedd att garantera hänsyn – bl a – till intressena på sikt hos den fastighet som binds genom upplåtelsen. På liknande sätt kan man konstatera att det ligger till även i övriga fall då myndighet kan tillskapa nyttjanderätt tvångsvis enligt reglerna i olika andra speciallagar.

2.2.5 Skyddet vid servitut

För servitut (och för rätt till elektrisk kraft) finns inga liknande lagregler med maximitider. Tvärtom ger JB 7:6 klart besked om att sådana upplåtelse får ske ”utan begränsning till tiden”. För servitut ligger det rentav i motiveringen för rättsfiguren att upplåtelsen görs utan tidsgräns. som jag närmare kommer in på i det följande skall ju servitut gå ut på att komplettera den härskande fastigheten med något som den har behov av. Och det behovet skall inte bara vara tillfälligt.

Eftersom servitutsupplåtelsen alltså kan gälla utan tidsgräns och därtill kan få sakrättslig verkan, skulle den kunna bli en tung belastning för den tjänande fastigheten, om man inte hade särskilda metoder för att skydda upplåtarens fastighet mot inte acceptabla bindningar genom sådana upplåtelse. En väg är att man begränsar den omfattning i vilken servitutshavaren får utöva sin rättighet. En annan väg är att man har regler som gör att servitut kan ändras eller helt upphävas. Vissa sådana skyddsregler finns och kommer att redovisas i det följande. Det främsta skyddet ligger dock i den speciella metoden att ett rättsförhållande måste uppfylla en rad villkor, ofta kallade *servitutsrekvisiten*, för att vi skall godta det som servitut. Endast då alla de villkoren är uppfyllda tillåter vi att upplåtelsen belastar den tjänande fastigheten på det tunga sätt, med sakrättslig verkan och utan tidsgräns, som är säreget för servitut. De viktiga rekvisiten kommer att uppmärksammas i den följande framställningen.

För både avtal om nyttjanderätt och om servitut finns alltså i jordabalken, om än med helt olika styrmedel, skyddsmekanismer som är avsedda att skydda fastighetsägaren – eller kanske snarare ”själva fastigheten” – mot att ägaren genom avtal med annan binder sin fastighet på ett sätt som på sikt skulle vara oacceptabelt ur allmän synpunkt.

2.3 Några tvångsvis upplåtna rättigheter

Som illustration till den nu utvecklade metoden i jordabalken när det gäller möjligheten att avtalsvis upplåta olika rättigheter skall jag så i några korta punkter ange vad som gäller för några fall där rättigheter kommer till stånd tvångsvis genom myndighets medverkan.

Först kan vi då ta upplåtelse genom *expropriation*. Av ExprL 1:1 och 2 framgår att nyttjanderätt och servitut kan upplåtas genom *expropriation*. Sådan rätt gäller sakrättsligt och binder alltså ny ägare av fastigheten. Den kan inte inskrivas enligt reglerna i JB 23 kap, ty där avses bara rättigheter som upplåtits genom avtal. Inte heller reglerna i JB 7 kap gäller för sådan rätt. Den är därför inte underkastad de begränsningar i skyddet mot ny ägare som framgår av JB 7:11–14. Sådan rätt har i stället sakrättsligt skydd redan genom själva tvångsupplåtelsen och den gäller, som man brukar säga, med ”bästa rätt”, dvs framför annan rätt till fastigheten (ExprL 1:14). Den kan inte ens gå förlorad genom exekutiv försäljning av fastigheten. (Reglerna i UB om ”nyttjanderätt” och ”servitut” – text i UB 12:25 st 1 p 4 och 12:33 – avser bara sådana rättigheter enligt JB 7 kap och alltså inte de tvångsvis upplåtna.) Vidare gäller, som jag tidigare sagt, inga maximitider för nyttjanderätt som upplåts genom *expropriation*. Detta innebär att man här på viktiga punkter har samma rättsverkningar för nyttjanderätt och servitut. I praktiken leder detta i sin tur till att man vid *expropriationsvis* upplåtelse av servitut inte har samma behov av att kontrollera att servitutsrekvisiten uppfylls. Skulle man ta miste och upplåtelsen rätteligen vara av sådant innehåll att den borde anses som nyttjanderätt, så har detta alltså i praktiken inte så stor betydelse. På några punkter blir det dock klar skillnad. Ett servitut är ju tillbehör till den härskande fastigheten och följer automatiskt med vid dess försäljning. Det omfattas därför av en inteckning i den fastigheten och ingår i den härskande fastighetens värde när den pantsätts. Nyttjanderätt saknar den viktiga effekten. Vidare bestäms ett servituts omfattning av den härskande fastighetens behov. Måttet på nyttjanderätt är mera direkt bestämt av vad som angetts vid dess upplåtelse. På den punkten kan det alltså bli viss skillnad. Slutligen gäller att reglerna i FBL 7 kap om ändring och upphävande av servitut även kan användas mot ett servitut som tillskapats genom *expropriation* (Prop 1972:109 s 226). Om det är en nyttjanderätt som tillskapats kan den däremot inte bli föremål för åtgärd enligt de reglerna.

Ett andra exempel är *vägrätt*, som är ett slags nyttjanderätt som tillskapats tvångsvis enligt VägL § 31. Även sådan rätt gäller med "bästa rätt" och utan någon i lagen utsatt tidsgräns. Den gäller för den som är väghållare av allmän väg (i regel staten men ibland kommun, VägL § 5). För vägrätt gäller den speciella tidsregeln i VägL § 32 att sådan rätt upphör om vägen dras in. Därmed har skapats en viss garanti för att den belastade fastigheten inte binds onödigt länge.

En viktig grupp av tvångsvis tillskapade servitut kommer till stånd som ett led i *fastighetsbildningsförrättning* (se t ex FBL 7:1). De tvångsservituten tas närmare upp i senare avsnitt (t ex under 3.4). Här vill jag bara framhålla att det även för dem gäller de starka rättsverkningarna att de är sakrättsligt skyddade utan inskrivning – de kan inte ens skrivas in av IM – och att de gäller med "bästa rätt".

Det starka rättsliga skydd som alltså gäller för nyttjanderätt eller servitut som tillskapats tvångsvis medför uppenbarligen att sådan rätt kan bli en tung belastning för fastigheten. Finns då här något skydd för den belastade fastigheten? För expropriationsvis tillskapat *servitut* finns, som jag nyss nämnt, utöver servitutsrekvisiten även det speciella skydd som erbjuds genom reglerna om ändring och upphävande i FBL 7 kap. För *nyttjanderätt* som tillskapats genom expropriation finns däremot inget annat skydd mot olämpliga belastningar för fastigheten än den allmänna instruktionen för den myndighet som beslutar om tvångsupplåtelsen att vid sitt beslut göra viss avvägning mellan de olika intressen som står mot varandra. Regeln i ExprL 2:12 st 1 uttrycker *en* sådan avvägning.

Efter dessa allmänna synpunkter på konstruktionen av nyttjanderätt och servitut – inte minst genomgången av de olika metoderna att skydda den belastade fastighet mot alltför tyngande bindningar – skall jag i det följande närmare gå in på vad som gäller om servitut.

3 Servitut

3.1 Effekten av att man godtar ett rättsförhållande som servitut

Ägaren av en fastighet kan genom avtal ha rätt att på olika sätt dra nytta av en annan fastighet. Han kan ha rätt att ha sin väg över den andres mark eller att ta vatten från grannens djupborrade brunn. Han kan ha fått löfte att grannen inte skall bygga för hans vackra utsikt. Han kanske har fått grannens tillstånd att ha sin "svinfabrik" bara 20 meter från grannens mark trots att det är oundvikligt att anläggningen släpper ut ganska obehagliga dofter över området närmast intill. Han kan ha rätt att ta sitt årliga behov av vedbrand från grannens skog eller grannen kanske har åtagit sig att till honom årligen leverera den ved han behöver.

I samtliga dessa fall kan man säga att rättsförhållandena uppfyller väsentliga delar av det som ingår i ett servitut, nämligen att en fastighets ägare på något sätt har rätt att dra nytta av en annan fastighet. Alla de nämnda exemplen skulle dock inte godkännas som servitut. Det krävs nämligen att ett knippe av särskilda villkor, ofta kallade *servitutsrekvisiten*, är uppfyllda. I det närmast följande kommer jag att närmare gå igenom dessa villkor enligt svensk rätt. Innan dess kan det emellertid var lämpligt att vi kort konstaterar vilka viktigare rättsliga effekter vi väljer mellan då vi tar ställning till om ett visst rättsförhållande skall godtas som servitut eller kanske underkännas.

Först kommer här den redan i föregående avsnitt nämnda kombinationen av regler som gör det möjligt att ett servitut får sakrättslig verkan, dvs binder även senare ägare av upplåtarens fastighet, och att det inte lyder under någon tidsgräns. Genom de reglerna kan rättsförhållandet bli en stadigvarande belastning för den tjänande fastigheten. Å andra sidan blir det samtidigt en stadigvarande tillgång för rättsinnehavaren. På den härskande sidan finns ytterligare en viktig rättsverkan, som hör ihop med den sist nämnda aspekten, nämligen tillbehöreffekten. Ett knippe av rättsregler gör att den tillgång servitutet utgör inte är rättsinnehavarens personliga tillgång utan i stället juridiskt smältes samman

med hans fastighet. På så vis kan servitutet bli en värdefull komplettering till den härskande fastigheten. Servitutet ingår i den juridiska enhet den härskande fastigheten utgör, likaväl som en byggnad eller vissa andra materiella ting på fastigheten. Ett sådant rättighetstillbehör är lika stadigvarande element i fastighetsenheten som vanliga fysiska tillbehör. Det finns till och med en regel som gör att servitutet inte kan frånsäljas fastigheten, JB 14:3, och vid överlåtelse av den härskande fastigheten följer servitutet med. Detta gäller även vid exekutiv försäljning. Servitutet ingår därför i den säkerhet den bank har som lämnat ut lån mot panträtt i fastigheten. Servitutet höjer därför både fastighetens allmänna värde och dess kreditvärde.

Tillbehörseffekten går emellertid ett steg längre. Antag, att servitutet går ut på rätt att ha viss anläggning, t ex en brunn eller en byggnad, på den tjänande fastigheten. Även den anläggningen, som alltså ligger utanför den härskande fastighetens markområde men har samma ägare, är då tillbehör till den härskande fastigheten. Denna tillbehörseffekt, som kan vara av stor betydelse t ex då det gäller att ordna krediter för att kunna anskaffa anläggningen, har redan tidigare varit gällande enligt de allmänna reglerna om servitut även om den inte, lika litet som den allmänna regeln att själva servitutet utgjort tillbehör, funnits fastslagen i någon lagregel. Regeln att även servitutsanläggningar utanför fastighetens gränser är tillbehör till den härskande fastigheten – om de ägs av den fastighetens ägare – är numera fastslagen i lagtext, JB 2:1 st 2.

De rättsregler som på detta sätt åstadkommer tillbehörseffekt medverkar påtagligt till att värdet för den härskande fastigheten ökas av att den kompletteras med ett servitut. Ännu starkare blir denna tillbehörseffekt för de servitut som tillskapas under medverkan av lantmätaren som ett led i en fastighetsbildningsförrättning. Om sådana servitut, som alltså framstår som direkta element i fastighetsbildningen, gäller inte bara den särskilda regeln, att de har sakrättsligt skydd utan inteckning. Därtill kommer att ägaren av den härskande fastigheten inte tillerkännes behörighet att genom privat avtal med ägaren av den tjänande fastigheten åstadkomma att servitutet upphör. Beträffande de servituten har alltså kreditgivaren än större garanti för att servitutens tilläggsvärde finns kvar i det som utgör säkerhet för lånet.

Två andra av servituts speciella rättsverkningar kan närmast sägas vara till förmån för den tjänande fastigheten. Den ena gäller den omfattning i vilken ett servitut får utövas. Den omfattningen bestäms just

av den härskande fastighetens behov. Därmed har den tjänande en viss garanti för hur tung belastningen kan få bli. Detta utvecklas närmare i avsnittet om utövning (3.7) där vissa problem redovisas. Den sista punkten gäller de speciella reglerna i FBL 7:4–5 som möjliggör att ett existerande servitut ändras eller upphävs. Det speciella förfarandet, som gäller även om servitutet tillkommit genom avtal, kan bli till skydd för den tjänande fastigheten, inte minst då utvecklingen medfört att det nu är rimligt att fastigheten blir fri från servitutet för att kunna användas på ett nytt sätt. (Se därom i avsnitt 3.8.) Inte minst denna sista regel gör att det kan uppfattas som acceptabelt att en ägare kan få binda sin fastighet genom servitut utan tidsgräns.

3.2 Effekten av att man vägrar godta ett rättsförhållande som servitut

Effekten av en sådan ståndpunkt blir först och främst att ingen av servitutsfigurens speciella rättsverkningar blir tillämplig. Vi utesluter därmed den starka kombinationen att det avtalade rättsförhållandet dels kan bli gällande sakrättsligt och utan tidsgräns, dels blir ett tillbehör till den härskande fastigheten. Vi utesluter vidare att gränsen för utövningen sätts av ene viss fastighets – den härskandes – behov. Vidare har inte heller ägaren av den tjänande fastigheten möjlighet att senare med hjälp av FBL 7:4–5 komma åt belastningen genom att få rättsförhållandet ändrat eller upphävt.

Även om de viktiga effekterna utesluts, blir dock avtalet därmed inte helt utan verkningar. Det torde ändå – åtminstone i någon utsträckning – komma att gälla mellan parterna. Och det kan få sakrättsligt skydd i den mån vi anser oss i stället kunna uppfatta det som ett avtal om nyttjanderätt till upplåtarens fastighet. Så blir t ex fallet om vi vägrar att som servitut godta ett avtal som ger den ene fastighetsägaren rätt att på den andres fastighet ha en målarateljé. De speciella maximitidsreglerna i JB 7:5 sätter emellertid då en gräns för rättsförhållandets varaktighet.

Nu går det inte alltid att på detta sätt låta det som underkänns som servitut omvandlas till nyttjanderätt. Ett servitut kan ju bland annat gå ut på en ”negativ befogenhet”, dvs en rätt för den härskande fastighetens ägare att förbjuda den tjänande fastighetens ägare visst annars tillåtet användningssätt, t ex att enligt gällande detaljplan bygga högre än två meter och därmed stänga utsikten för den härskandes fönster. Eftersom

vi inte godtar sådana negativa befogenheter som nyttjanderätt till fastighet enligt JB, innebär underkännandet av servitut i sådant fall att rättsförhållandet alls inte kan få sakrättsligt skydd enligt reglerna i JB 7:13–14 och det kan då inte heller skyddas genom inskrivning enligt reglerna i JB 23 kap. Den fastighetsägare som gjort upplåtelsen är däremot bunden därav och han kan, om han säljer fastigheten, ta i en särskild klausul i överlåtelsehandlingen där köparen får åta sig att respektera byggförbudet. Ett sådant avtal, som alltså ingår som ett moment i den nya ägarens fång, måste vara bindande för honom utan stöd av någon lagregel. Beträffande nyttjanderätt och servitut framgår samma självklara regel av JB 7:11, som ju slår fast att den som upplåtit sådan rättighet är skyldig att, när han överlåter sin fastighet, göra förbehåll om att rättigheten skall gälla även mot förvärvaren. Att ett sådant förbehåll får den verkan att den nye ägaren blir bunden av den tidigare upplåtna rättigheten, är dock inte en effekt av den i JB 7:11 intagna regeln. Det är i stället en effekt av en allmän avtalsrättslig regel som här kompletterats med en uttrycklig skyldighet för den som upplåtit nyttjanderätt eller servitut att skydda rättigheten genom att göra sådant förbehåll när han överlåter sin fastighet. På en annan viktig punkt tycks däremot inträda en skillnad mellan det fall att det underkända servitutet kan godtas som nyttjanderätt och det fall då det även underkänns som nyttjanderätt. Om även nyttjanderätt utesluts, kommer ju inte heller de speciella reglerna för den rättsfiguren att bli gällande. Det innebär bland annat att byggförbudet kommer att gälla utan att utsättas för de gränser som sätts av maximitiderna enligt JB 7:5! Till skillnad från t ex rätten att ha en målarateljé kan alltså byggförbudet komma att gälla längre tid än 25 år (50 år) och detta inte bara mot upplåtaren utan – om förbehåll görs – även mot ny ägare. Sens moralen av detta blir att man därför här faktiskt skulle kunna ge upplåtarens fastighet ett bättre skydd mot den belastning det privata byggförbudet utgör just genom att godta rättsförhållandet som servitut. Reglerna i FBL 7:4 och 5 ger ju möjlighet att ändra eller upphäva ett servitut som hindrar att en fastighet används i enlighet med detaljplan. Genom att ställa upp stränga krav och utesluta servitutsfiguren spelar man alltså bort den speciella skyddsmöjligheten samtidigt som man spelar bort det skydd nyttjanderättens maximitidsregler ger genom att utesluta även den rättsfiguren. Upplåtaren lär dock i denna situation alltid ha *en* möjlighet att befria sin fastighet från byggförbudet, nämligen genom att överlåta fastigheten *utan* att därvid göra

förbehåll om byggförbudets fortbestånd. Den skadeståndsskyldighet han därigenom lär ådraga sig, torde nära överensstämma med den ersättning han skulle få utbetala om byggförbudet i stället kunde upphävas med hjälp av FBL 7:5.

3.3 Effekten av IMs bedömning

Den juridiska bedömningen av ett avtal kan alltså leda till att det parterna tror är ett servitut i stället anses vara en nyttjanderätt eller kanske varken servitut eller nyttjanderätt, med de effekter som redovisats i avsnitten 3.1 och 2. Sådana avgöranden träffas främst av domstol i tvist mellan fastighetsägarna men kan även tas t ex av lantmätaren i en fastighetsbildningsförrättning.

Om den som är berättigad enligt avtalet – den härskande fastighetens ägare i det parterna tror är ett servitut – lämnar in avtalet till IM för inskrivning i den tjänande fastigheten, blir det IM som får att ta ställning. Oftast lär IM bevilja ansöknings utan närmare prövning. I undantagsfall kan det dock bli en ingående bedömning, se t ex NJA 1957 s 787.

Vad blir då effekten om IM gör en felaktig bedömning, som vinner laga kraft?

Om IM – felaktigt – *avslagit* en ansökan om inskrivning, blir effekten att den avtalade rättigheten inte får det sakrättsliga skydd som följer av JB 17 kap. Mellan parterna fortsätter dock avtalet att gälla. Den omständigheten att IM som grund för sitt beslut åberopat att det som upplåtits inte kan godtas som servitut, har ingen materiell verkan. Det är trots IMs beslut möjligt för den härskande fastighetens ägare att genom domstols dom få fastslaget att den rätt upplåtelsen ger är ett servitut. IMs avslagsbeslut hindrar inte en ny ansökan om inskrivning. Allvarligt kan dock vara om den tjänande fastigheten hinner byta ägare innan servitutet fått sakrättsligt skydd genom den nya ansöknings om inskrivning. Regeln i JB 18:8 ger dock ett visst skydd redan i och med att den härskande fastighetens ägare stämt den tjänande fastighetens ägare med yrkande att det skall fastställas att upplåtelsen innebär servitut. Det gäller därför för honom att agera snarast efter IMs avslagsbeslut.

Vad blir då effekten om IM – felaktigt – *beviljar* inskrivning trots att avtalet enligt en korrekt bedömning inte kan godtas enligt reglerna om servitut? Även här gäller att IMs beslut inte binder parterna i sak. Den tjänande fastighetens ägare har möjlighet att få domstols dom på att

upplåtelsen inte är godtagbar som servitut och att den beviljade inskrivningen skall undanröjas. Så länge inskrivningen står kvar torde den dock ha den effekten att den ger sakrättsligt skydd åt den rätt avtalet går ut på, i den mån rättigheten senare befinnes vara något annat som kan skrivas in enligt 23 kap. I praktiken innebär detta att det som skrivits in som servitut men senare befinnes vara nyttjanderätt till fastigheten genom den redan befintliga inskrivningen får sakrättsligt skydd enligt JB 17 kap.

Denna tämligen ringa effekt av IMs eventuella felaktiga beslut gör att den som tjänstgör som inskrivningsdomare inte behöver ha alltför tunga samvetskval inför knepiga frågor om inskrivning av vad som förefaller vara ett tveksamt servitut – åtminstone inte om hon/han väljer att bifalla ansökningen. Däremot lär uppgiften att ta ställning till sådana juridiska frågor kunna te sig som lockande för den intresserade juristen.

3.4 Olika regler efter uppkomstsättet

Servitut kan ju uppkomma på olika sätt, inte bara genom frivilliga avtal mellan fastighetsägarna utan också under medverkan av myndighet med mer eller mindre påtagliga inslag av tvång. Särskilt typiskt för servitutens del är att sådan rätt kan tillskapas vid en förrättning för fastighetsbildning. Förrättningsmannen – lantmätaren – använder då servitutet som ett "byggelement" i de fastigheter han tillskapar eller omskapar genom sin förrättning. Ibland kan sådant servitut tillskapas mot en fastighetsägares vilja. Andra gånger kan inslaget av tvång vara mindre påtagligt. Fastighetsägarna är kanske helt överens med förrättningsmannen. För att förrättningsmannen skall ta in servitutet i sin akt och räkna med det som ett byggelement, räcker det dock inte med ett avtal mellan parterna. Han måste därtill som ett led i sin myndighetsutövning kunna konstatera att de legala kraven för fastighetsbildningsservitut är uppfyllda. Mera renodlat är inslaget av tvång i de fall där servitut tillskapas genom expropriation. Servitut kan också tillskapas under myndighets medverkan enligt andra speciallagar än fastighetsbildningslagen och expropriationslagen. För att skilja hela denna grupp av servitut från sådana som tillskapas genom avtal kan man ge dem samlingsbeteckningen *tvångsservitut*.

Om på detta sätt rättsverkningarna på viktiga punkter blir andra för tvångsservitut än för avtalservitut, finns det anledning ställa frågan om

rättsordningen upprätthåller samma villkor för att godta rättsförhållandena som servitut. Gäller samma rekvisit för tvångsservituten som för avtalsservituten? Man kanske har strängare rekvisit för tvångsservituten – eller man kanske tvärtom ger de myndigheter som har att besluta om att tillskapa sådana servitut frihet att göra avsteg från de vanliga rekvisiten?

I det närmast följande skall jag ta upp den generella frågan vilka rekvisit som gäller för tvångsservituten. I den därpå följande detaljgenomgången av reglerna om servitut kommer framställningen i första hand att vara riktad på avtalsservituten. På de viktigare punkter där det gäller särskilda regler för tvångsservituten kommer jag dock att ge besked därom.

Vilka rekvisit gäller alltså för tvångsservituten? Finns det något besked om att de lyder under samma rekvisit som avtalsservituten?

JB 14:1 st 3 har ett uttalande som vid första påseende kan se ut som ett besked att avtalsservitutens rekvisit inte skulle gälla för tvångsservituten. Där uttalas ju att bestämmelserna i JB 14 kap inte avser servitut som tillkommit genom förrättning enligt fastighetsbildningslagen eller genom expropriation eller liknande tvångsförvärv. Detta innebär självklart att vissa av specialreglerna i de följande paragraferna, t ex formkravet i JB 14:5, inte gäller för tvångsservituten. Å andra sidan är det lika klart att regeln i JB 14:3 – att servitut är förenat med äganderätten till den härskande fastigheten och inte får överlåtas separat – måste gälla även för tvångsservituten. Detta är lagtekniskt möjligt om man ser regeln i JB 14:3 endast som ett i JB intaget påpekande av den *allmänna* regel om servituts tillhörseffekt som gällde redan för tillkomsten av JB 14 kap och som då gällde utan att vara lagfäst. Tillkomsten av JB 14 kap har inte på den punkten ändrat vad som tidigare gällde för alla servitut. På liknande sätt skulle man kunna resonera när det gäller rekvisiten. Lagtexten i JB 14:1 st 1 och 2 är i stort sett endast ett uttryck för lagstiftarens ambition och försök att i pedagogiskt syfte och som hjälp för rättstillämpningen så tydligt som möjligt ge besked om de huvudtankar som funnits i de redan tidigare upprätthållna servitutsrekvisiten (Prop 1970:20 B s 18, 695 f o 714 f).

I fråga om de servitut som tillskapats vid fastighetsbildningsförrättning framgår det också tydligt av förarbetena till FBL att man förutsatt att "det allmänna servitutsbegreppet" i princip skall gälla även för dem (Prop 1969:128 B s 540 f, Prop 1970:20 B s 719). För dessa tvångsser-

vitut är emellertid läget det att FBL ställer upp egna särskilda krav för att ett servitut skall få användas som "byggelement" vid fastighetsbildningen. För varje fastighetsbildningsåtgärd gäller ju de allmänna kraven i FBL 3 kap och beträffande själva servitutsåtgärden kan även de särskilda reglerna i FBL 5 kap om fastighetsreglering ge ytterligare krav. Men därtill kommer man i FBL 7:1 tagit in den extra begränsningen att servitut får bildas genom fastighetsreglering endast om det är "av väsentlig betydelse för fastighets ändamålsenliga användning". Motivet till denna extra restriktion är att man menat att det kan uppstå "skadliga verkningar" om man tillåter en alltför vidsträckt användning av servitut som element i fastighetsbildningen. Detta särskilda rekvisit bör vi koppla samman med det faktum att de servitut som bildas vid fastighetsbildningsförrättning har extra starka rättsverkningar, särskilt på så vis att fastigheternas ägare inte har möjlighet att senare upphäva sådant servitut genom privat avtal. Dessa restriktioner mot servitut vid fastighetsbildning gäller även om fastighetsägarna skulle vara överens om att servitutet bör tillskapas. I förarbetena står det uttryckligen att parterna i det fall att regeln i FBL 7:1 lägger hinder i vägen för servitut är hänvisade till att i stället tillskapa ett avtals servitut av önskat innehåll och trygga det sakrättsligt genom inskrivning. (Se Prop 1969:128 B s 545 o 548. Jfr från rättspraxis *NJA 1978 s 57*.)

För övriga tvångsservitut – t ex de som tillskapas genom expropriation – är läget inte lika klart deklarerat. Även för dem har man dock anledning räkna med att servitutens speciella rättsverkningar – t ex tillbehörsreglerna och möjligheten till ändring eller upphävande enligt FBL 7:5 och 5 – endast blir tillämpliga under förutsättning att expropriationsupplåtelsearna befins stå i överensstämmelse med "det allmänna servitutsbegreppet". På den punkten torde det därför inte räcka att den rättighet som upplåtits genom expropriation vid sin tillkomst av myndigheterna *betecknats* som "servitut". Möjligheten att tillskapa en rättighet utan maximitid går däremot inte förlorad om det skulle visa sig att rättigheten inte skulle passa in under servitutsbegreppet. Även nyttjanderätt kan ju genom expropriation upplåtas utan tidsgräns. Och även en nyttjanderätt som tillskapas genom expropriation får ju sakrättsligt skydd med bästa rätt.

3.5 Formkrav för upplåtelse av servitut

Vi kommer så till de olika krav som gäller enligt JB för att ett *avtalat* rättsförhållande skall få godtas som servitut. Först då frågan om eventuella *formkrav för upplåtelsen*. Lagtexten uppställde inte tidigare några krav på viss form. Även muntliga upplåtelse kunde därför i och för sig godtas som servitut – låt vara att det var svårare att åstadkomma sakrättsligt skydd för dem eftersom de inte kunde bli inskrivna i fastighetsböckerna. I praxis upprätthöll man visserligen vissa krav när det gällde att ange härskande och tjänande fastighet. Särskilt ifråga om den härskande fastigheten hade man dock tämligen liberala krav. Det fanns exempel på att servitut godtagits trots att upplåtelsehandlingen inte uttryckligen nämnde den härskande fastigheten. Ett sådant tolkningsutrymme kan ha tett sig naturligt i ett rättsläge där även muntliga upplåtelse i och för sig ansågs giltiga. JB 14:5 har nu skärpt kraven och föreskriver skriftlig form. Upplåtelsen skall göras av den tjänande fastighetens ägare och i handlingen skall anges den härskande fastigheten, den tjänande fastigheten samt ”ändamålet med upplåtelsen”. Påföljden av att något av dessa formkrav inte är uppfyllt är enligt lagtexten att upplåtelsen ”ej har verkan som servitut”. Det innebär – på samma sätt som när de traditionella servitutsrequisiten inte anses uppfyllda – att avtalet inte får servitutsfigurens speciella rättsverkningar. Som nyss utvecklats i avsnitt 3.2 kan avtalet ändå få betydelsefulla rättsverkningar, särskilt om det i stället kan godtas som nyttjanderätt. Observera att partiell nyttjanderätt (JB 7:3) och lägenhetsarrende (JB 8:1 st 2) kan upplåtas muntligt (jfr JB 8:3).

Att man på detta sätt skärpt reglerna och kräver viss skriftlig form för upplåtelse av servitut visar att man ser servituten som viktiga rättsförhållanden och därför genom sådant formkrav vill trygga klarhet i rättsförhållandena. På liknande sätt som i fråga om fastighetsköp nöjer man sig emellertid med vissa minimimoment. Man är här mindre sträng än vid köp. Ett servitut kan bli giltigt även om viktiga moment, t ex om eventuellt vederlag, är avtalade vid sidan av upplåtelsehandlingen. Vidare behöver inte parterna skriva ut att den upplåtna rättigheten enligt deras avsikt och uppfattning är ett servitut. Servitutskapitlet har inte heller någon motsvarighet till regeln i JB 4:3 att vissa moment i ett köpeavtal måste vara intagna i köpehandlingen för att momenten skall gälla mellan parterna. Det är i princip möjligt för parterna att vid upplåtelsen t ex muntligen avtala att servitutet bara skall gälla viss begrän-

sad tid. Den part som vill påstå att upplåtelsen skett för kortare tid än den tid, under vilken den härskande fastigheten har behov av servitutet, lär dock vid tvist ha bevisbördan för sitt påstående.

Lagtexten stadgar nu att den skriftliga upplåtelsehandlingen skall ha med de tre minimimomenten den tjänande fastigheten (1), den härskande fastigheten (2) och "ändamålet med upplåtelsen" (3). Att man här infört att även den härskande fastigheten måste anges, är inte bara ett uttryck för en allmän strävan till ökad klarhet. Den utgör i realiteten en viktig förutsättning för det tredje minimimomentet, att ändamålet skall anges. Motivet för detta tredje moment är ju att upplåtelsehandlingen skall kunna tjäna som underlag för bedömningen av frågan om upplåtelsen skall anses uppfylla de krav man brukat beteckna som servitutsrekvisiten, t ex visst krav på nytta för den härskande fastigheten. (Prop 1970:20 B s 734 o 1021.) Det är då väsentligt att den fastighet som skall vara härskande finns angiven i handlingen.

Vid ett närmare studium visar det sig att lagtext och förarbeten inte i alla delar ger klart besked om hur strängt man tänkt sig att de nya formkraven skall tillämpas. Jag skall nu kort söka presentera rättsläget.

Först kan konstateras att JB 14:5 stadgar att servitut "upplåtes skriftligen av den tjänande fastighetens ägare". Trots att lagtexten inte uttryckligen kräver det, lär man ha att räkna med att detta i realiteten innebär att den tjänande fastighetens ägare skall ha *undertecknat* upplåtelsehandlingen. Utrymmet för liberal tillämpning torde dock här vara något större än t ex när det gäller kravet i JB 4:1 att köpehandlingen skall vara underskriven av säljaren och köparen. Något krav, att den andra parten, ägaren av den härskande fastigheten, skall skriva under upplåtelseavtalet, finns däremot inte i JB 14:5. Därmed står det bl a helt klart att det nya formkravet inte utgör någon komplikation för den tidigare tillämpade ordningen enligt vilken det ansetts möjligt för den som äger två fastigheter att "ensidigt" upplåta ett servitut med den ena fastigheten som tjänande och den andra som härskande (Prop 1970:20 B s 735).

Vidare gäller att både tjänande och härskande fastighet skall *anges*. Därmed minskar det tidigare tolkningsutrymmet och det blir inte längre möjligt att som servitut godta en upplåtelse där endast förvärvarens namn men alls ingen härskande fastighet angetts. Inte ens om det står helt klart att parterna avsett att viss fastighet skulle vara härskande, kan upplåtelsen godtas som servitut. (Se sålunda *SvJT 1974 rf s 76.*) Fort-

farande kan dock här finnas visst tolkningsutrymme. Lagtexten preciserar ju inte *hur* fastigheterna skall "anges". Åtminstone i fråga om den härskande fastigheten skulle man därför kunna tänka sig att fastighetens formella beteckning inte nödvändigtvis behöver vara utsatt i handlingen. Det förefaller rimligt att det skulle räcka med att den härskande fastigheten på annat sätt är så tydligt angiven i upplåtelsehandlingens text att det inte råder någon tvekan om vilken fastighet parterna avsett. Tag t ex det fallet att den som köper en nyligen avstyckad fastighet i samband med sitt köp upplåter ett servitut till förmån för "stamfastigheten"! Överhuvudtaget kan skäl anföras för att kravet att tjänande och härskande fastighet skall anges inte bör tillämpas alltför strängt. Varken lagtext eller förarbeten ger dock något närmare besked på denna punkt.

Mycket klarare besked lämnas inte när det gäller kravet att "ändamålet med upplåtelsen" skall anges. Även om avsikten med detta krav är att trygga erforderligt underlag för bedömningen av frågan om rättsförhållandet kan anses uppfylla servitutsrekvisiten, kan det inte vara rimligt att kräva att upplåtelsehandlingens detalj måste redovisa alla de faktorer som man behöver ha kännedom om för en sådan bedömning. Lagtextens uttryck "ändamålet" för här närmast tanken till den förmån den härskande fastigheten skall ha av den tjänande fastigheten, t ex att den härskande får utnyttja viss del av den tjänande fastigheten för visst behov eller att den tjänande skall till nytta för den härskande avstå från visst annars tillåtet utnyttjande av sitt område. Kunskap om *arten* av denna förmån är ju själva grundförutsättningen för att man skall kunna bedöma vad rättsförhållandet innebär för de båda fastigheterna. Det är därför naturligt att man som formkrav stadgar en viss grad av besked i det avseendet. Något stöd för att kräva mera kompletta detaljerade besked på denna punkt finns dock i vart fall inte i lagtexten. Det blir en uppgift för rättspraxis att närmare precisera hur strängt eller liberalt man här skall upprätthålla det nya formkravet.

Lagtexten i JB 14:5 gäller endast för de servitut som tillskapas genom avtal eller annan privat rättshandling. För *tvångsservituten* finns ingen motsvarande regel att ett formkrav måste uppfyllas för att rättsförhållandet skall få räknas som servitut. Andra regler medför dock att man kan räkna med att motsvarande form i stort sett kommer att iakttas även då tvångsservitut tillskapas. Tvångsmomentet innebär ju att upplåtelsen från den tjänande fastighetens ägare ersätts av myndighetsbeslut. Servitut som bildas genom fastighetsbildningsförrättning "upp-

låts” genom beslut av fastighetsbildningsmyndigheten. För servitut som kommer till stånd genom expropriation kan man säga att upplåtelsen motsvaras av en kombination av beslutet om expropriationstillstånd och av fastighetsdomstolens beslut och dom i expropriationsmålet. Särskilda regler garanterar att sådana beslut om tillskapandet av tvångsservitut blir tillfredsställande dokumenterade. (Se text FBL 4:25 st 2 och 28 samt ExprL 5:10 och ExprK §§ 12, 13 och 19.) Uppgifter om tjänande och härskande fastighet samt om ”ändamålet med upplåtelsen” kan därför bli minst lika klart dokumenterade vid tillskapandet av tvångsservitut som när servitut tillskapas genom privat rättshandling och detta utan det hot om ogiltighet som är intaget i formregeln i JB 14:5.

Formkravet i JB 14:5 gäller de servitut som tillskapas efter ikraftträdandet av JB. Övergångsbestämmelserna i JP §§ 34 ff medför att de nya formreglerna inte gäller för de äldre servituten, dvs för dem som tillskapats före 1.1.1972. *Äldre servitut* kan därför i och för sig vara giltigt även om dess upplåtelsehandling inte uppfyller alla formkraven i JB 14:5. Här bör särskilt observeras att det vid äldre upplåtelser av servitut inte var ovanligt att man angav namnet på den person som uppträdde på förvärvarsidan men däremot inte gav besked om vilken fastighet som skulle vara härskande. Trots denna mindre fullkomliga precisering kunde sådan upplåtelse bli godtagen som servitut. Man fick tillgripa en rimligt tolkning av upplåtelseavtalet och söka avgöra om det endast avsåg att ge förvärvaren en personlig rätt eller om det avsåg att komplettera en viss av honom ägd fastighet med ett servitut. Det förekommer att vi idag får att ta ställning till upplåtelser med denna utformning som är gjorda i början av 1900-talet. Det gäller då att hålla fast dels att det nya formkravet – att härskande fastighet måste anges – *inte* gäller för de äldre upplåtelseerna, dels att man vid tolkningen av de formuleringar parterna valt för sin upplåtelse har att räkna med att det i äldre tid faktiskt förekom att parterna hade ”servitutsavsikt” trots att de i sin text inte angav vilken fastighet som skulle vara härskande. Rättsfallet *SvJT 1968 rf s 66* visar att man idag kanske inte alltid har en klar bild av dessa förhållanden. Om en upplåtelse från exempelvis år 1911 är av ett innehåll som i och för sig skulle kunna godtas både som servitut och som nyttjanderätt, kan det idag nära ett sekel efter att upplåtelsen skedde bli av avgörande betydelse för rättsförhållandets bestånd om parternas avsikt anses ha varit att tillskapa ett servitut eller en nyttjanderätt.

Det är vidare inte ens uteslutet att vi idag kan få att göra med ett äldre muntligt tillskapat servitut som fortfarande är gällande. Upplåtarens fastighet kanske ännu inte har bytt ägare. (Den muntliga upplåtelsen kan ju ha skett så sent som strax innan 1.1.1972!) Om den tjänande fastigheten i sådant fall överläts idag, medför reglerna i JB 7:14 och JP § 36 att till och med detta muntliga servitut kan bli sakrättsligt skyddat utan förbehåll, nämligen om den nya ägaren vid sitt förvärv är i ond tro om servitutets existens.

3.6 Servitutsrekvisiten

3.6.1 Rekvisiten från romersk rätt

När man i våra dagar diskuterar avgränsningen av rättsfiguren servitut, möter åtskilliga moment och tankar som ursprungligen kommer från den 2 000 år gamla romerska rätten. Utöver kravet att rättsförhållandet skulle gälla mellan två fastigheter ställde man där upp de tre klassiska servitutsrekvisiten. Man fordrade att det förelåg *utilitas fundo*, att rättsförhållandet verkligen var till nytta för den härskande fastigheten, *perpetua causa*, att det var fråga om att utnyttja en stadigvarande tillgång i den tjänande fastighetens natur, och *vicinitas*, att fastigheterna låg i grannskapsförhållande till varandra.

Av de tre klassiska rekvisiten är de två första fortfarande aktuella i svensk rätt. Det tredje av dem, kravet på grannskap, har man däremot ansett sig kunna gå ifrån. Det tydligaste exemplet på att man på den punkten vågat sig på att lämna den romerskrättsliga ståndpunkten finns i rättsförhållandena angående elektriska starkströmsledningar som ju går fram över långa sträckor. Kraftindustrin har i stor utsträckning förvärvat rätt att dra fram de ledningarna över annans mark i form av servitut till förmån för den fastighet på vilken den producerande kraftstationen är belägen. I stor utsträckning har inskrivningsdomarna beviljat servitutsinteckning för sådana avtal, trots att den tjänande fastigheten legat på ett avstånd av tiotal mil – eller kanske ännu mera – från den härskande fastigheten. Man har här menat det vara tillräckligt att härskande och tjänande fastighet är så belägna i förhållande till varandra att den härskande fastigheten faktiskt kan ha den åsyftade nyttan av den tjänande fastigheten. Någon självständig roll tycks därför rekvisitet grannskap inte ha i nutida svensk rätt.

Den följande detaljgenomgången kommer att visa att svensk rätt i de regler som nu avgränsar servitut, främst JB 14:1, har klara motsvarigheter till den romerska rättens rekvirit *utilitas fundo* och *perpetua causa*. Senare svensk rättsutveckling visar här upp en intressant bild av hur man å ena sidan känt sig principiellt starkt bunden till de romerskrättsliga tankegångarna men å andra sidan tillåtit sig att i betydande utsträckning ta hänsyn till den praktiska situation som nu blivit aktuell och därmed så småningom godtagit betydande innovationer, låt vara ibland efter ett till en början inte så ringa motstånd.

3.6.2 Den allmänna grundinställningen

I det tidigare avsnittet 2.2 har jag redovisat den allmänna inställning som kommer fram i JB 7 kap och som även förut upprätthållits i svensk rätt nämligen att man vill "värna om fastighetens frihet" och genom olika skyddsregler hindra att sådana rättigheter som nyttjanderätt och servitut blir för "farliga" och betungande för upplåtarens fastighet. För servitutens del har ju detta skydd främst legat i det man brukat kalla servitutsrekviriten. Före jordabalkens tillkomst lämnade lagtexten här inte klart besked om var gränsen gick för det godtagbara. I stället hade vi fått en mycket omfattande rättspraxis. I en år 1960 publicerad avhandling försökte jag beskriva den utveckling som skett och det då aktuella rättsläget. Kännetecknande för den bild som framträdde var att man visserligen under årens lopp kommit att godta många nya grupper av rättsförhållanden som servitut men att man hela tiden varit i hög grad restriktiv. Åren efter 1960 förekom visserligen i litteraturen den åsikten att svensk rätt borde gå över till en mera "servitutsvänlig" inställning. Samhället borde inte så mycket tänka på den tjänande fastigheten utan i stället ge större erkännande åt den härskande fastighetens behov av komplettering. För egen del hade jag dock fått ett så tydligt intryck av hur klart rotad den generellt restriktiva inställningen blivit i svensk rätt att jag menade att man hade att räkna med att den i huvudsak skulle komma att bestå även i fortsättningen. Därtill kom att jag ansåg att det i och för sig låg ett faktiskt värde i grundinställningen att man borde se till att ägaren av en fastighet inte skulle kunna genom avtal om servitut binda sig och senare ägare av fastigheten alltför mycket.

I denna situation var det intressant att se vilken inställning lagstiftaren skulle komma att ta till avtals servituten i det då pågående reformarbetet som till sist ledde fram till JB och FBL, som ju kom att träda i kraft

1.1.1972. Resultatet blev en lösning som ingalunda var positiv och liberal till avtal om servitut. Tiden ansågs alls inte mogen för en generell uppmjukning. Tvärtom kom från flera håll rentav fram åsikten att man egentligen borde helt förbjuda möjligheten att tillskapa servitut genom avtal. Man framhöll att servitut i realiteten innebar en sådan bestående förändring av fastighetsförhållandena att tillskapandet av servitut nära kunde jämföras med fastighetsbildning. Det fanns därför risk att ägarna genom privata servitut skulle kunna motverka fastigheternas lämplighet och även kringgå och undergräva den jordpolitiska kontrollen. Lika väl som fastighetsbildningen nu definitivt lades under myndigheternas monopol, främst genom JB 1:1 och 4:7, borde därför egentligen även servitut få tillskapas endast genom myndighets förrättning. Denna mycket restriktiva mening framfördes bland annat från en del lantmätarhåll. (SOU 1963:68 s 447, Prop 1969:128 B s 16 ff.) Riktigt så restriktiv blev nu inte den nya lagen. Man valde att även i fortsättningen bibehålla möjligheten för fastighetsägarna att tillskapa servitut genom privata avtal. Men lagstiftaren markerade starkt sin strävan att hålla avtalsservituten inom ramen för rådande jord- och planpolitiska målsättningar. Man införde i servitutskapitlet (JB 14:1) en definition som skulle göra klart, att som servitut endast kan godtas rättsförhållanden som främjar en ändamålsenligt markanvändning, och man tillskapade nya, ökade möjligheter att ändra eller upphäva servitut. (Prop 1970:20 A s 264, B s 714.) Som en särskild poäng i detta sammanhang kan noteras, att lantmäteristyrelsen, som var positiv till att servitut även i fortsättningen skulle få tillskapas genom avtal, framhöll att ett av de väsentliga dragen i servitut var det som brukat betecknas med "kravet på jordäganderättens frihet" (Prop 1970:20 B s 706).

Tillskapandet av våra nya servitutsregler i JB och FBL bekräftar också i hög grad den tidigare bilden, dvs att servitut är något som i och för sig kan åstadkommas genom privata avtal men att meningen är att den möjligheten för fastighetsägarna skall vara begränsad av tämligen påtagliga restriktioner som skall se till att servitutsfigurens speciella rättsverkningar blir tillämpliga endast för rättsförhållanden där detta är ur allmän synpunkt acceptabelt.

Är det då meningen att de nya lagreglerna skall ge en avgränsning av servitut som skiljer sig från vad som gäller före 1.1.1972? Svaret på den frågan är i stort sett nekande. Det framgår tydligt att lagstiftaren nu valde en ny uppbyggnad av lagtexten, med ett försök till definition av

servitut, främst för att kunna ge rättstillämpningen så tydligt besked som möjligt om vad som skulle gälla. Bortsett från några konkreta befogenhetslag, där man nu lät lagtexten ge direkt förbud (se därom nedan under 3.6.3) framgår det av förarbetena att grundinställningen var att avgränsningen skulle bli densamma som enligt reglerna före 1.1.1972. (Prop 1970:20 B s 18, 695 f, 714–716, 730.)

Definitionen i JB 14:1 lyfter ju särskilt fram (1) att rättsförhållandet skall vara "ägnat att främja ändamålsenlig markanvändning", (2) att förmånen skall gälla rätt att ta i anspråk "den tjänande fastigheten eller byggnad eller annan anläggning som hör till denna" och (3) att upplåtelsen endast får avse "ändamål som är av stadigvarande betydelse för den härskande fastigheten". Genom vart och ett av dessa tre moment ger lagtexten på viktiga punkter klarare besked än som lämnades i 1907 års servitutslag. Det blir därmed mera möjligt för rättstillämpningen att vid sina avgöranden direkt åberopa lagtexten när man motiverar sina ståndpunkter. Samtidigt gäller emellertid att dessa tre moment går väl in i den uppbyggnad av begreppet servitut som redan tidigare vuxit fram i svensk rätt och som utvecklats i litteraturen. Även nu ges ett stort spelrum åt rättspraxis och det är påtagligt hur resultaten i tidigare praxis i stor utsträckning kan åberopas även i fortsättningen.

I det följande skall jag i anslutning till lagtext och rättspraxis ge en närmare bild av de villkor som nu får anses gälla för att ett rättsförhållande, där ägaren av en fastighet har rätt att dra nytta av en annan fastighet, skall godtas som servitut.

3.6.3 Direkta förbud i lagtexten

Den nya lagtexten innehåller på två punkter direkt uttalade förbud mot vissa slag av befogenheter. I JB 14:1 st 2 finns visst förbud mot klausuler om positiva prestationer och JB 14:4 förbjuder rätt till skogsfång och bete. I och för sig hade det ju varit möjligt att låta avtal, som går ut på sådana befogenheter, bedömas enligt de allmänna servitutsrekvisiten och därvid i stor utsträckning – kanske praktiskt taget alltid – underkännas. Man skulle ju t ex kunna göra gällande att de – för att nu begagna den nya lagtextens uttryckssätt – inte kunde anses "främja en ändamålsenlig markanvändning". I linje med den metod som fanns redan i 1907 års servitutslag beträffande positiva prestationer har man emellertid valt att slå fast att vissa befogenheter är generellt förbjudna som innehåll i servitut.

Servitutslagens förbud mot *positiva prestationer* gick ju tillbaka på de gamla romerskrättsliga tankegångarna som i princip uteslöt sådana moment från servitutsfiguren. 1907 års lagtext var så uppbyggd att man underförstod själva huvudregeln – förbudet mot positiva prestationer – och stadgade att servitut undantagsvis kunde få gå ut på sådan prestation, nämligen när det som bimoment innefattade skyldighet att underhålla ”väg, byggnad eller inrättning som för rättighetens begagnande erfordras” (§ 2 servitutslagen). Rättspraxis uppvisade här en tämligen stel formalistisk tillämpning. Karaktären av bimoment ansågs vara ett ofrånkomligt villkor. När det villkoret inte var uppfyllt ansåg man sig därför tvungen att underkänna en klausul om positiv prestation, till och med om den innebar en ringa belastning för den tjänande fastigheten och trots att kanske det aktuella avtalet framstod som mycket ändamålsenligt ur allmän synpunkt. Belysande var här rättsfallet *NJA 1954 s 166*, där man vägrade att som servitut godta det moment i avtalen om gemensam panncentral som gick ut på att varje mottagande fastighet skulle vara skyldig att i de övrigas intresse underhålla sina egna delar av ledningssystemet. Den formella uppbyggnaden blev också avgörande vid bedömningen av ett annat moment i avtalen om gemensamma panncentraler. För att trygga anläggningens ekonomi försökte man binda alla de fastigheter som tillerkänts rätt att utnyttja anläggningen att stå kvar som utnyttjare. När klausulen skrevs som ett förbud för den mottagande fastigheten att skaffa sig en egen anläggning, godtogs den som servitut. När den i stället skrevs som en skyldighet för den mottagande fastigheten att stå kvar som utnyttjare av den gemensamma anläggningen, blev den underkänd.

I den nya lagen har regeln om positiva prestationer (JB 14:1 st 2) fått denna utformning:

Servitut --- får icke förenas med skyldighet för ägaren av den tjänande fastigheten att fullgöra annat än underhåll av väg, byggnad eller annan anläggning som avses med servitutet.

Enligt förarbetena är tanken bakom den lagtexten att man skall ”något vidga möjligheten att förena servitut med positiv prestations-skyldighet” (Prop 1970:20 B s 732). Departementschefen exemplifierar här med gränsdragningen mellan underhåll (= tillåtet) och drift (= förbjudet) när det gäller gemensamma panncentraler. Han påpekar att vissa åtgärder på en gång kan sägas avse underhåll och drift av anläggningen och uttalar att inslaget av drift inte får hindra att klausul om sådan åt-

gärd godtas som servitut, under förutsättning att underhållsmomentet är "helt dominerande". Det kan kanske te sig som rimligt att dylika klausuler godtas åtminstone i den utsträckning departementschefen angivit. Hans påtagliga försiktighet på denna punkt är emellertid belysande för vilket starkt inflytande det gamla romerskrättsliga förbudet mot servitut med positiva prestationer fortfarande har. I den mån vi nu skulle komma att i ökad utsträckning godta servitut med inslag även av drift, lär dock denna vidgade tillämpning av servitutsfiguren inte ha klarare stöd i den nya lagtexten än i 1907 års text. I båda fallen blir det ju fråga om att tolka lagtextens uttryck "underhåll". Även om den nya lagtexten alltså inte ger någon ökat stöd, är det inte otänkbart att den åsikt som här deklarerats av departementschefen kan få visst inflytande på rättsutvecklingen.

Minst lika ändamålsenligt kunde det vara om man nu kunde se mera positivt även på den klausul som underkändes i 1954 års rättsfall, dvs skyldigheten för den mottagande fastigheten att underhålla sin del av ledningssystemet. Propositionen tar inte uttryckligen upp det problemet. Formuleringen "underhåll av --- anläggning som avses med servituter" kunde möjligen tänkas vald just för att möjliggöra att man i vissa fall godtar klausul angående positiv prestation trots att den inte framträder som bimoment utan utgör det enda moment där fastigheten i ifråga är tjänande. Mot en sådan vidgad tillämpning talar dock den omständigheten att lagtexten i sin inledande del har formuleringen "Servitut --- får icke förenas med skyldighet---". Den utformningen kan ju ses som en markering av att man bibehållit det tidigare villkoret att den positiva prestationen endast får framstå som en biförpliktelse till en huvudförpliktelse för samma tjänande fastighet.

Något avgörande i rättspraxis har ännu inte framkommit om i vilken utsträckning positiva prestationer enligt den nya lagregeln skall kunna accepteras inom servitutsfiguren. Eftersom lagtexten här inte ger klart positivt besked, vill jag till sist på denna punkt redovisa den synpunkten, att skälen för att pressa servitutsfiguren och gå med på en utvidgning blir mindre påtagliga när den praktiska situation man vill tillgodose kan lösas minst lika bra – eller kanske bättre – genom annan, klart tillåten juridisk konstruktion. I fråga om de gemensamma panncentralerna finns numera de specialkonstruerade reglerna i 1973 års anläggningslag. Det skulle därför inte saknas argument om man i rättspraxis skulle vilja välja att, när det gäller avtalen om panncentraler, även i

fortsättningen upprätthålla en tämligen restriktiv linje. Tillkomsten av anläggningslagen kan på liknande sätt påverka bedömningen av avtal om andra gemensamma anordningar.

Lagtexten i JB 14:1 st 2 gäller formellt sett bara avtalsservituten. Man har dock anledning att räkna med att restriktiviteten mot positiva prestationer upprätthålls även när det gäller tvångsservituten. Det principiella förbudet mot sådana servitutsmoment är ju inte ett resultat av lagtextens innehåll utan framstår i stället som en bakomliggande allmän begränsning i servitutsfiguren, från vilken sedan JB 14:1 st 2 medger vissa undantag ifråga om avtalsservituten. För de servitut som bildas genom fastighetsbildningsförrättning ges klart besked (Prop 1969:128 B s 541, 546 och 548). Man är där rentav mera restriktiv än vid avtalsservituten. Inslaget av tvång har upplevts som en särskild komplikation och man har därför stadgat att fastighetsbildningsmyndigheten får tillskapa servitut, som innehåller underhållsskyldighet av det slag JB 14:1 st 2 tillåter, *endast* när ägarna av härskande och tjänande fastighet är överens därom (FBL 7:1 st 2). Även när tvångsservitut tillskapas enligt andra lagar, t ex expropriationslagen, talar liknande skäl för att myndigheterna upprätthåller särskild restriktivitet mot förpliktelser om positiva prestationer.

Den nya lagen innehåller också förbud mot avtalsservitut som går ut på rätt till *skogsfång* eller *bete* (JB 14:4). Tidigare saknades sådant generellt hinder i lagtexten. Särskilt under äldre tid avtalade man i stor utsträckning om skogsfång och bete i samband med att en avsöndring tillskapades. Typiskt var t ex den situationen att ett skogsbolag köpte upp större delen av en fastighet, bland annat hela dess skogsmark, och att säljaren behöll byggnader och marken närmast däromkring. Som nödvändig komplettering tillerkändes han då rätt till husbehovs skogsfång och bete. Sådana servitut betraktades länge som ändamålsenliga och de åtnjöt särskilt stöd genom olika lagregler. I det moderna skogsbruket upplever man emellertid numera dessa servitut som hinder mot en rationell användning av skogsmarken. De sägs också nu ha allt mindre betydelse för respektive härskande fastighet. Närmast före 1.1.1972 var det därför i och för sig tänkbart att man i rättspraxis vid en eventuell prövning av en *ny* upplåtelse av rätt till skogsfång eller bete skulle ha underkänt rättigheten som servitut redan genom en tillämpning av de allmänna servitutsrekvisiten.

Kritiken mot skogsfångs- och betesservituten fick en stark genomslagskraft när de nya lagreglerna bestämdes. Man nöjde sig inte med att låta de allmänna rekvisiten leda till att de flesta – kanske alla – nya avtal om upplåtelse av sådana servitut i skogsmark i praktiken skulle komma att underkännas. Man valde i stället att ge en generell förbudsregel mot skogsfångs- och betesservitut. Därmed blir det i fortsättningen helt omöjligt att godta ny sådan upplåtelse som servitut – och detta gäller även om man i det individuella fallet skulle finna att de allmänna servitutsrekvisiten kunde anses uppfyllda.

Motståndarna mot skogsservituten nådde emellertid ännu längre. Reglerna i JB 14:4 gäller ju endast servitut som upplåtits efter 1.1.1972 (JP § 34). Äldre upplåtelser drabbas därför inte av den nya förbudsregeln och kan därför i och för sig vara gällande. Reglerna i FBL 7:5 ger då ägaren av den tjänande fastigheten möjlighet att under vissa förutsättningar få servitutet upphävt. Beträffande skogsservituten införde man en särskild övergångsbestämmelse, FBLP § 15, som gjorde det möjligt att få sådant servitut upphävt även om rekvisiten i FBL 7:5 inte var uppfyllda. Skogsbolagen fick därmed goda möjligheter att bli av med gamla servitut. De började genast utnyttja regeln, vilken i sin tur, naturligt nog, ledde till besvikelse hos många ägare av avsöndrade eller avstyckade fastigheter som haft servitutsrätt till sina fastigheters tidigare skogsmarker. Resultatet blev efter några år en lagändring som är avsedd att bevara de viktigaste av dessa äldre servitut. Från 1.1.1979 stadgas därför i FBLP § 15 att dess särskilda regel inte får användas för att ta bort servitut som avser *rätt att ta ved* till fastighet som används *till stadigvarande bostad*. Det saknar inte sitt intresse att denna lagändring kom till under en period när energibristen upplevdes som ett stort samhällsproblem. Observera samtidigt att lagändringen endast gällde FBLP § 15. Den ordinarie regeln i FBL 7:5 gäller fullt ut även mot vedservituten.

Till sist en praktiskt tillämpning av den metod lagstiftaren valt för att skydda skogsfastigheter mot olämpliga bindningar genom upplåtelser av skogsservitut: Antag att ägaren av en skogsfastighet skulle vara oförständig nog att idag utan tidsgräns upplåta rätt till husbehovs skogsfång åt sin granne och sedan överläter fastigheten till ett skogsbolag som vill driva rationellt skogsbruk. Skogsbolaget, som vid sitt köp känner till upplåtelsen (JB 7:14), kan då tydligen söka utnyttja det skydd JB 14:4 erbjuder och alltså göra gällande att upplåtelsen inte kan godtas som

servitut. Grannen kan då svara, att upplåtelsen alltså i stället avser nyttjanderätt, att regeln i JB 7:14 om skydd mot ny ägare därför ändå gäller samt att upplåtelsen gäller i hela 50 år, eftersom den ju avser husbehov och alltså inte drabbas av den särskilda maximitiden på fem år i JB 7:5 st 2. Men inte nog med detta. Grannen kan därtill påpeka att skogsbolaget inte ens kan komma åt hans rätt till skogen genom att tillgripa reglerna i FBL 7:4 och 5, ty de reglerna gäller ju endast upplåtelser som kan godtas som servitut! Det nya förbudet i JB 14:4 mot skogsservitut visar sig alltså vara till mycket ringa hjälp för den ägare av skogsfastighet som vill slippa att vara bunden av ny sådan upplåtelse.

3.6.4 De olika momenten

3.6.4.1 *Art, omfång och tid*

Lagtexten ger alltså på några punkter direkta besked om rättsförhållanden som inte godtas som servitut. Något mera komplicerad blir bilden när det gäller att redovisa de krav som därutöver gäller. Vi har här ett knippe olika krav, ofta samlade under beteckningen servitutsrekvisiten. Rättstillämpningen visar här upp en mycket rikhaltig flora. Efter 1.1.1972 är det i viss utsträckning möjligt att i rättstillämpningen motivera dessa krav genom att hänvisa till olika punkter i den nya lagtexten, närmast då formuleringarna i JB 14:1. Ofta får man emellertid nöja sig med att mera fristående falla tillbaka på de mera allmänna principer som brukat upprätthållas för servitut. I den framställning som nu följer skall jag söka ge en bild av hur man i gällande svensk rätt tycks handskas med restriktionerna kring servitut. Som material används både nu gällande lagtext med förarbeten och den rättspraxis som kommit fram. För att få det hela mer överskådligt har jag i analysen delat upp materialet i fem olika rekvisitpunkter. Först kommer tre punkter som tar fasta på olika sidor i de befogenheter upplåtelsen går ut på, befogenheternas art, deras omfång och deras avtalade giltighetstid (1). Därefter kommer kraven på anknytning till en härskande fastighet (2–3) och kraven på anknytning till en tjänande fastighet (4–5).

I och för sig måste ett rättsförhållande uppfylla kraven på alla dessa punkter för att det skall kunna godtas som servitut. Brist på en punkt räcker för underkännande. Undersökningen inom vart och ett av avsnitten läggs i första hand upp med denna aspekt i sikte. Särskilt i de tveksamma fallen gäller emellertid enligt min åsikt att man inte kan nöja

sig med ett avgörande som är begränsat till ett enda led i rättsfiguren. För att nå fram till ett tillfredsställande avgörande bör man därutöver göra en *totalbedömning* av hela den situation rättsförhållandet är inplacerat i och fråga sig vad som är mest acceptabelt. Med den inledande reservationen kan det emellertid vara lämpligt att söka precisera de krav man i rättspraxis kommit fram till beträffande var och en av de fem uppställda punkterna.

Den första aspekten gäller då *befogenheternas art*. När man skall undersöka i vad mån det förekommer särskilda restriktioner i anslutning till arten av de befogenheter upplåtelsen ger den härskande fastighetens ägare kan det vara lämpligt att var för sig betrakta fyra olika alternativ. Allt efter inriktning och innebörd av befogenheterna enligt servitutsupplåtelsen kan man räkna med dessa fyra alternativ:

- 1 Rätt att företa positiv handling på den tjänande fastighetens område.
- 2 Rätt att företa positiv handling på egna fastighetens område.
- 3 Negativ befogenhet, dvs rätt att kräva att ägaren av den tjänande fastigheten avstår från visst bruk av sin fastighet.
- 4 Skyldighet för ägaren av den tjänande fastigheten att fullgöra viss positiv prestation.

Det första alternativet avser exempelvis det normala fallet, att den härskande har rätt att begagna viss del av den tjänande fastighetens mark för att där ha en byggnad eller kanske en parkeringsplats. Det andra alternativet är kanske något mindre praktiskt. Det kan t ex gå ut på att den härskande har en byggnad uppförd mot gränsen till den tjänande fastigheten och, i den mån grannen kan bestämma därutöver, i avtalet getts rätt att ha ett fönster i den föreskrivna brandmuren mot grannens område trots att sådan öppning egentligen inte är tillåten. Det tredje alternativet, negativ befogenhet, åsyftar den vanliga situationen, att den härskande fastighetens ägare fått rätt att förbjuda viss åtgärd som annars varit fullt tillåten för ägaren av den tjänande fastigheten, t ex att där bygga ett hus på sådan plats och med sådan höjd att den vackra utsikten från den härskande fastigheten skulle skymmas. Slutligen har vi som exempel på det fjärde alternativet, att ägaren av den tjänande fastigheten förpliktas att inom sitt område underhålla en väg, som den härskande har rätt att använda, eller att han åtagit sig att fullgöra annan

positiv prestation, t ex att varje vecka leverera en säck ved eller att leverera vatten för den härskandes husbehov.

Beträffande de två första alternativen finns inga principproblem att rapportera. I den mån något rättsförhållande som hört till något av dem blivit underkänt, har det inte berott på själva arten av den härskandes befogenhet. Beträffande det tredje alternativet, negativa befogenheter, kan noteras att klausuler som går ut på *konkurrensförbud* avvisats. Se t ex *NJA 1926 s 553*. Sådana bindningar tycks ha framstått som ur allmän synpunkt mindre lämpliga. Det fjärde alternativet, det med positiva prestationer, visar upp en mer negativ bild. Som framgår av avsnittet 3.6.3 om direkta förbud i lagtext är det tydligt hur man i rättspraxis funnit sig vara låst till en avvisande ståndpunkt till och med om inslaget av positiv prestation varit föga tyngande. Endast när en klausul med inslag av positiv prestation klart överensstämmer med den i lagtexten tillåtna underhållsskyldigheten, har man godkänt rättsförhållandet som servitut. Å andra sidan har man – formalistiskt – godkänt en klausul som varit utformad som ett förbud även om den i praktiken gått ut på nästan samma resultat som en inte tillåten positivt utformad klausul (t ex förbud mot egen panncentral resp. skyldighet att utnyttja gemensam panncentral).

Nästa aspekt gäller *befogenheternas omfång*. Det gäller då inte omfånget, sett ur den härskande fastighetens synpunkt. Det regleras ju av principen att servitutet inte får gå utöver det mått som den härskande fastigheten har nytta av. Problemet gäller här i stället i vad mån man har att räkna med att det finns restriktioner ifråga om hur mycket av den tjänande fastigheten som får tas i anspråk genom servitutet.

En nyttjanderätt kan ju gälla totalt utnyttjande av hela fastigheten eller av del av fastigheten. Den kan också gälla partiellt utnyttjande på så sätt att den endast avser viss nyttighet, t ex skogstillgången eller fisketillgången. Finns här några inskränkningar beträffande servitut?

Till en början kan konstateras att alla tycks vara överens om att servitut inte får gå ut på totalt utnyttjande av hela den tjänande fastigheten. Intressant och eventuellt tveksamt blir det däremot i den ibland aktuella situationen att upplåtelsen går ut på ett totalt utnyttjande av viss del av fastigheten. Ta t ex det fall att ägaren av den härskande fastigheten fått rätt att utan tidsgräns bruka en viss åker på den tjänande fastigheten – eller kanske rätt att bruka odlingsmarken på fastigheten! Ju större del av den tjänande fastigheten som på sådant sätt tas ifrån dess ägares rådig-

het, desto närmare kommer man totalupplåtelsen. Å andra sidan kan ju ett vanligt vägservitut i praktiken gå ut på totalt utnyttjande av viss del av den tjänande fastigheten. Det finns inga klara besked om var gränsen här går för vad som kan godtas som servitut. Det är dock tydligt att här förekommer en viss restriktivitet i rättspraxis. Som exempel på denna inställning kan från tiden före 1972 nämnas rättsfallen *NJA 1948 s 807* och *SvJT 1968 rf s 66*. 1948 års fall gällde rätt för en barnhemsstiftelse att utnyttja ett strandområde. Underinstanserna, som vägrade godta upplåtelsen som servitut, framhävde klart att upplåtelsen avsåg ensamrätt. HD, som fann att det förelåg servitut, förklarade att upplåtelsen inte gick ut på ensamrätt. 1968 års fall gällde rätt för den härskande att ha ett uthus på den tjänande fastigheten. Hovrätten, som fann att här förelåg nyttjanderätt och inte servitut, framhöll bl a att upplåtelsen innebar ett totalt utnyttjande av en inte obetydlig del av den tjänande fastigheten, vars totala areal endast var 164 kvm.

De nya lagtexten i JB 14:1 avgör inte helt frågan om befogenheternas omfång. Den kan visserligen bekräfta att servitut inte får omfatta totalt ianspråktagande av hela den tjänande fastigheten, eftersom texten talar om en rätt *i visst hänseende* nyttja den tjänande fastigheten. Därmed är dock inte klart uttalat om gränsen för det tillåtna omfånget passerats först vid *totalt* utnyttjande av *hela* fastigheten eller om gränsen uppnås vid en tidigare punkt.

Från tiden efter 1972 finns nu fallet *NJA 1983 s 292*, där en ägare av sommarstugetomt saknade eget utrymme på solsidan av sitt hus och därför skaffade sig rätt av grannen att få disponera och inhägna 110 kvm av hans tomt närmast framför huset. Hovrätten och HD underkände upplåtelsen som servitut och gjorde det därmed omöjligt för ägaren av den tjänande fastigheten att nu få bort upplåtelsen med hjälp av fastighetsreglering. Det framgår att en väsentlig faktor för den avvisande inställningen var just att upplåtelsen gick ut på totalt ianspråktagande av det aktuella området. Därtill kommer att området tycks ha framstått som åtminstone ganska väsentligt för den tjänande fastigheten. Att man i andra sammanhang är beredd att acceptera servitut som går ut på totalt utnyttjande av visst område, framgår av *NJA 1982 s 69*, som gällde upplåtelse av ett område till båtplats. I det fallet torde området ha saknat egentlig betydelse för den tjänande fastigheten.

Restriktionerna när det gäller omfånget kan få betydelse när man skall tolka avtalet och avgöra om parterna avsett att den härskande

fastigheten skulle få ensamrätt, t ex till att använda ett strandområde för båtplats, eller om även den tjänande fastigheten skulle få använda området för sitt behov. Om den tjänande fastigheten även har annat lämpligt utrymme för sin strand, är det mera troligt att upplåtelsen avsett ensamrätt. Det är då också mera acceptabelt att den godtas som servitut trots att den ges sådan omfattning.

Närmare besked om tillåtets omfattning är svårt att ge om man bara ser på sådana faktorer som omfattningen av ianspråktagandet och områdets betydelse för den tjänande fastigheten. Som lantmäteriverket antyder i sitt yttrande i 1983 års fall finns det emellertid ytterligare en bedömningsgrund, nämligen den om rättsordningen erbjuder andra juridiska vägar som erbjuder bättre lösningar på det aktuella behovet än servitut, t ex nyttjanderätt (kanske arrende) eller marköverföring (äganderätt). Därmed kommer man in på sådana tankegångar som jag tar upp nedan i avsnitt 3.6.5.

Den tredje aspekten gäller *befogenheternas avtalade giltighetstid*. Problemet är inte här om man skall skydda den tjänande fastigheten genom att sätta en maximitid. Det ligger ju i servitutets grundidé att det skall vara till stadigvarande nytta för den härskande fastigheten och att det därför skall kunna gälla utan tidsgräns. Problemet är i stället om det möjligen finns en nedre tidsgräns, en minsta tid som upplåtelsen inte får underskrida om den skall få förknippas med servitutets särskilda rättsverkningar. Reglerna i JB 14 kap tar inte upp något hinder mot att parterna vid upplåtelsen avtalar att servitutet endast skall gälla viss från början begränsad tid. När förrättningsmannen skall använda ett servitut som element i fastighetsbildningen uppställs däremot som krav att servitutet tillskapas utan tidsgräns, FBL 7:1 st 3. Det kravet är naturligt eftersom den fastighet förrättningsmannen tillskapar annars efter viss tid inte skulle uppfylla FBLs krav på ändamålsenlighet.

Samtidigt som det alltså inte tycks finnas något principiellt hinder mot att man avtalar ett servitut för tämligen kort tid, har frågan om en ev nedre tidsgräns inte kommit att ställas på sin spets. Det torde ju också framstå som tämligen sällsynt att den som fått viss rätt över grannens fastighet men bara under kort tid, kanske i två eller tre år, har behov av att göra gällande någon av servitutsfigurens särskilda rättsverkningar, närmast då tillbehöreffekten. I praktiken lär man emellertid snarast kunna se på den nedre tidsgränsen på samma sätt som på det gamla romerskrättsliga kravet på *vicinitas* (grannskap), nämligen som ett

moment vid bedömningen av frågan om rättsförhållandet i tillräcklig grad är till nytta för den härskande fastigheten. Problemet hör därmed hemma i avsnittet om rättsförhållandets anknytning till den härskande fastigheten (se nedan under 3.6.4.3).

3.6.4.2 Anknytning till härskande fastighet, formella sidan

Framställningen går nu över till de två viktigaste momenten i servitutsrekvisiten, de moment som jag kallat anknytning till härskande fastighet och anknytning till tjänande fastighet. I de momenten återfinns våra motsvarigheter till de romerskrättsliga rekvisiten *utilitas fundo* och *perpetua causa*. Framställningen tar för varje anknytningsmoment upp först dess formella sida och sedan dess reella sida.

När det gäller den formella sidan av anknytningen till härskande fastighet må till en början noteras att den nya lagtexten, JB 14:5, ställer det kravet för en ny servitutsupplåtelse att den härskande fastigheten skall anges i upplåtelsehandlingen. (Se därom under avsnitt 3.5.)

Som härskande skall rättsförhållandet enligt lagtexten (JB 14:1 och 5) ha en "fastighet". Därmed menas i första hand en "riktig" fastighet, dvs en fastighetsregisterenhet. Särskilda regler gör dock att man även kan tillskapa servitut till förmån för gruva (JB 14:2) och tomträtt (JB 13:1 st 2 p 2), trots att de rättsfigurerna inte är egentliga fastigheter utan på sin höjd fastighetsliknande.

De nya lagreglerna tillåter vidare att man, liksom hittills, på den härskande sidan har ett *komplex av fastigheter*. Teoretiskt sett har man i sådant fall lika många servitut som härskande fastigheter. De mest typiska exemplet är här de gamla s k villaservituten,, där en markexploatör innan modern stadsplan utvecklats valde att trygga en privat byggnadsplanering genom att belägga alla tomter som han sålde med lämpliga restriktioner mot sådana byggnader och verksamheter som inte passade in i ett villaområde. Man kunde t ex förbjuda andra byggnader än enfamiljsvillor om högst två våningar och man kunde förbjuda mer än en villa per tomt. Man kunde också förbjuda olika störande verksamhet, som industrier, verkstäder, svingårdar, restauranger. Sådana villaservitut tillskapades i regel till förmån för alla tomter inom området. Eftersom det inte fanns någon formregel, kunde man enkelt ange den härskande sidan genom att t ex säga att servitutet gällde till förmån för "alla tomter inom Villastaden i Stockholm". Av det tidigare avsnittet 3.5 framgår att det idag kan vara något svårare att tillskapa servi-

tut till förmån för ett komplex av fastigheter. Om formkravet i JB 14:5 skall tolkas strängt kan det ju innebära att upplåtelsehandlingen måste ha med registerbeteckningen på varje fastighet som ingår i den härskande sidan.

Redan innan de nya reglerna kom upplevde man det ibland som en brist att den härskande sidan var dåligt preciserad i upplåtelsehandlingen. När Stockholms stad på 1930- och 1940-talen förvärvade rätt att dra fram ledningar för vattenförsörjningen, kunde man i och för sig ha angivit att samtliga fastigheter inom staden var härskande. Man valde emellertid i stället att som härskande ange den fastighet där Stadshuset var beläget! Den fastighet där administrationen fanns fick därmed uppträda som bulvan för hela komplexet av härskande fastigheter. Ett färskt exempel på samma formella uppbyggnad av ett servituts anknnytning till härskande fastighet finns i rättsfallet *SvJT 1973 rf s 27*.

3.6.4.3 Anknnytning till härskande fastighet, reella sidan

Denna sida av servitutsrekvisiten avser den aspekt på rättsförhållandet där man frågar i vilken grad och på vad sätt servitutet *är till nytta* för den härskande fastigheten. Det är alltså närmast här som det romerskrättsliga kravet på *utilitas fundo* kommer in. I diskussionerna om gränsen för servitutsfiguren möter man på denna punkt inte bara tankar av typen, att det skall vara fråga om en påtaglig nytta eller tillfredsställandet av ett påtagligt behov. Väsentlig är också tankegången, att det skall vara fråga om nytta för den härskande fastigheten "såsom sådan" och inte bara något som tillfredsställer den aktuella fastighetsägarens behov och intressen.

I detta krav på nytta och denna strävan efter något i nyttoeffekten som är varaktigt och oberoende av den aktuella ägarens person kan man tydligt märka en tendens till *objektivering* på liknande sätt som i reglerna om tillbehör till fastighet. Inte minst genom utformningen i JB 2:1–2 har ju lagstiftaren markerat att det avgörande för att olika fysiska föremål skall bli godtagna som tillbehör är att de är till stadigvarande nytta för fastighetens funktion – och att de skall vara detta oberoende av eventuella ägarbyten. Eftersom servitutet också är ett slags tillbehör, är det naturligt att man har motsvarande krav beträffande dess samband med den fastighetsenhet i vilken det skall ingå.

Det finns gott om exempel på hur vanskligt det kan vara att i viss tidssituation med dess fortlöpande utveckling bedöma vad som kan vara till "objektiv nytta" för den härskande fastigheten. Belysande för detta metodiska problem kan vara hur *Nordling* i mitten av 1800-talet handskades med kravet på nytta. I sin avhandling om servitut, som kom ut år 1859, behandlade han bland annat kravet på utilitas fundo och anknöt därvid till romerskrättsliga källor, varvid han (s 56) sade:

"Sålunda kan en servitut icke gå ut derpå, att en fastighetsägare skall hafva rätt att spatsera omkring på en annans område eller att der bada eller ega dylika agremang."

I den andra upplagan, som kom ut år 1868, tillade han denna not:

"Ofvanstående sats torde emellertid vara något för sträng. Kan befogenhet att löga kreatur på ett främmande område ingå i en servitut, hvilket ingen lärer kunna förneka, så bör väl ej heller badningsrätt för folk vara derifrån utesluten."

Nordlings sätt att argumentera är typiskt för en stor del av diskussionen om servitut. I stället för att mera fristående fråga sig om man uppnår ett ändamålsenligt, ur de engagerade fastigheternas och ur allmän synpunkt acceptabelt resultat genom att godta rättsförhållandet som servitut och därmed tillåta de för den rättsfiguren speciella rättsverkningar, arbetar Nordling med analogier. Han finner bland de redan auktoriserade servituten en praktisk situation – kreatur som lögas i vattnet – som nära överensstämmer med den han nu skall ta ställning till – folk som badar. Därmed har han fått fram ett enligt den tidens arbetsmetod acceptabelt argument för att godkänna detta nya servitut.

1907 års servitutslag hade en utformning som hörde nära samman med denna arbetsmetod. I stället för att söka formulera tanken bakom servitutsrekvisiten valde man att i lagen mera konkret ange ett antal typsituationer som brukade godtas som servitut. § 1 hade denna uppräknin-
ning: "--- såsom angående väg, vattens ledning eller uppdämning, ledning för överförande av kraft, skogsfång, mulbete, torv-, ler- eller grustäkt, utsikt eller fönster ---".

Även rättspraxis från senare tid ger exempel på hur svårt man ibland haft att som servitut godta rättsförhållanden som inte liknat de tidigare kända och etablerade. Typisk är här attityden till upplåtelser som gällt olika moderna tekniska anordningar, t ex utrustning av olika slag i en tvättstuga. På samma sätt som det till en början inte varit givet att acceptera sådan ny utrustning som tillbehör till fastighet har man också

tvekat inför servitut som gått ut på att komplettera fastighet med rätt att begagna sådana nya anordningar. Man har därför till en början funnit att rätt att begagna sådan anordning endast varit till den aktuella fastighetsägarens nytta – eller snarare endast varit till nytta för de personer som bott i hyreslägenheterna i det hyreshus som kompletterats med rätt att utnyttja den gemensamma tvättstugan i det angränsande hyreshuset. När väl viss utrustning blivit mera allmän och efterfrågad, har det däremot blivit möjligt att i rättspraxis få den godtagen som tillbehör och rätt att utnyttja den har då också godtagits som servitut. Som exempel kan här nämnas rättsfallet *SvJT 1947 rf s 17* som just gällde tvättstuga. (Observera att nya tekniska anordningar vållat tvekan i praxis även när det gällt anknytningen till tjänande fastighet, se under avsnitt 3.6.4.5.)

I den nya lagtexten markeras kravet på nytta för den härskande fastigheten på ett nytt sätt. JB 14:1 slår fast att servitut endast får avse "ändamål som är av stadigvarande betydelse för den härskande fastigheten". Genom den formuleringen, som ju nära ansluter till rekvisiten för tillbehör i JB 2:1 och 2, har man gett uttryck för huvudtanken i detta moment av villkoren för servitut, nämligen kravet på objektiv nytta. Servitutet likväl som tillbehörsföremålet skall vara till påtaglig nytta som en fungerande del av den härskande fastigheten och detta oavsett vem som för tillfället är ägare eller brukare av fastigheten. Trots denna nya metod ger dock lagtexten inga exakta besked. Det blir även i fortsättningen överlämnat åt rättspraxis att dra upp gränserna mellan vad som skall godtas och underkännas. Av förarbetena framgår klart att man avsett att stödja en fortsättning av de principer som kommit att utvecklas och som bl a innebär att även moderna användningssätt för de härskande fastigheterna skall kunna tillgodoses genom servitut. (Prop 1970:20 B s 696 och 732.) Den rättspraxis som vuxit fram före 1972 är därmed i stor utsträckning vägledande även för den fortsatta rätts-tillämpningen.

I det närmast följande skall jag ytterligare belysa hur man i praxis och i förarbetena till jordabalken sett på kravet att servitut skall vara till nytta för en härskande fastigheten. Jag tar då upp några situationer som kommit att vålla diskussion och där man stundom menat att upplåtelse-erna inte kunnat godtas som servitut. Ibland har man då ansett att fastighetens nytta inte varit tillräckligt stark eller att nyttan för mycket varit inriktad på den aktuella ägarens personliga önskningsar och behov. Ibland har man i stället tvekat därför att man menat att det ändamål för

vilket den härskande fastigheten användes och för vilket upplåtelsen var till nytta var alltför speciellt, personligt eller av annan orsak tillfälligt.

Ett typiskt exempel på den *första* komplikationen utgör upplåtelseerna av rätt till fiske. Rättsfallet *NJA 1937 s 192* visar en påtaglig restriktivitet. En läroverksadjunkt T hade köpt en villa med tomt i skärgården mot Östersjön. Samtidigt förvärvade han av säljaren rätt att på vissa delar av säljarens fastighet bedriva "husbehovsfiske och sjöfågeljakt". Sedan det köpta området avstyckats begärde T servitutsinteckning för upplåtelseerna. Inskrivningsdomaren avslag. Utgången blev inte ändrad i hovrätten eller HD.

Tankegången bakom avslaget framgår i någon mån av det yttrande inskrivningsdomaren avgav till hovrätten. Han uttalade, att det var uppenbart att de upplåtna rättigheterna inte tillkommit för den sålda fastighetens behov utan för att tillgodose T:s subjektiva intressen och önskningsar. Rättigheterna var nämligen, enligt ID:s åsikt, "icke till någon del behövliga vid brukandet av fastigheten, vilken endast tycktes vara avsedd att tjäna T till sommarnöje". Hovrätten fastställde ID:s avslagsbeslut under motivering, att de utfästa rättigheterna till sjöfågeljakt och husbehovsfiske icke kunde anses *för Bergvik 1¹* (= den köpta fastigheten) utgöra förmån av beskaffenhet att kunna intecknas såsom servitut.

Man kan visserligen inte med säkerhet veta vilka tankar som låt bakom hovrättens utslag och HD:s beslut att inte göra ändring. Mycket talar dock för att man menat att de förvärvade rättigheterna var för mycket anknutna till den aktuella ägarens person. Kanske menade man vid den tidpunkten (år 1937) att intresset av tillgång till jakt och fiske "för nöjes skull" var alltför speciellt och inte var något som ur allmän synpunkt kunde anses i särskilt hög grad värt att trygga. Annorlunda skulle man sannolikt ha varit beredd att se på saken ifall liknande rättigheter förvärvats av någon ortsbo, som behövde dem för sin försörjning.

Upplåtelseerna av rätt till fiske och jakt togs upp under arbetet med JB och FBL. I 1960 års JB-betänkande föreslog lagberedningen ett lagfäst förbud mot servitut som omfattade rätt till jakt eller fiske om upplåtelseerna gick ut på annat än husbehov eller att tillgodose jakt- eller fiskevård på de härskande fastigheten (SOU 1960:24 s 99). Intressant är att man i sina motiv hänvisade till principen att ett servitut måste vara till nytta för den härskande fastigheten "som sådan" (SOU 1960:25 s 389). Lagberedningen tog dock i detta sammanhang inte upp 1937 års fall och

redovisade inte uttryckligen om man avsåg att den negativa inställningen till fiske- och jaktservitut till förmån för fritidsfastighet skulle fortsätta.

Något förbud mot vissa fiske- och jaktservitut blev det nu inte i JB's lagtext. Det framgår visserligen att departementschefen räknade med en påtaglig restriktivitet samtidigt som han menade att sådana servitut kunde godtas "i begränsad utsträckning". Han ansåg att lagtextens allmänna krav på "ändamålsenlighet" skulle vara tillräckligt (Prop 1970:20 B s 730). Någon närmare precisering, t ex i frågan om fritidsfastighet kunde godtas som härskande, gavs dock inte. Ett besked, som var tydligare och därtill positivt, kom däremot att ges i det samtidiga arbetet med FBL. 1963 års FBL-betänkande uttalade att fiskeservitut till förmån för fritidsfastighet borde få tillskapas vid fastighetbildningsförrättning (SOU 1963:68 s 191 f). Lagrådet vände sig mot förslaget och menade att sportfisket inte var av tillräcklig angelägenhetsgrad. (Prop 1969:128 B s 1105.) Men i propositionen till FBL ställde sig departementschefen positiv. Han framhöll att sportfisket under senare år ökat starkt och redan på olika sätt fått statsmakernas stöd. Sportfiskeintresset borde därför kunna tillgodoses genom förrättningsservitut. (Prop 1969:128 B s 1158.) Denna positiva inställning, som alltså gällde förrättningsservitut, har senare följts av ett rättsfall, *NJA 1976 s 242*, där HD godtog ett genom avtal tillskapat servitut. Målet gällde en mindre tomt som 1930 avstyckats invid en fjällsjö. 1974 förvärvade fastighetens ägare rätt till fiske i sjön. Inskrivningsdomaren vägrade skriva in upplåtelsen som servitut och uttalade att rätten till fiske inte till någon del var behövlig vid brukande av fastigheten utan endast syntes ägnad att tillgodose nuvarande ägarnas subjektiva intressen. Även hovrätten var avvisande och använde nästan ordagrant samma formulering som anförts i 1937 års fall. HD var dock av motsatt mening. Man konstaterade först att fjällsjön hade gynnsamma förutsättningar för sportfiske och att förvärvarnas fastighet var bebyggd med en sportstuga som enligt uppgift tillkommit uteslutande för att tjäna som bas för fisket i sjön. Därefter fortsatte HD: "Med hänsyn härtill och till den allt större betydelse som tillmätas fritiden och dess utnyttjande bör --- en upplåtelse av rätt till fritidsfiske till förmån för Bodsjön 4:5 (= förvärvarnas fastighet) i princip godtagas som servitut."

1937 och 1976 års fall visar tydligt att man ställer höga krav på att ett servitut skall vara till objektiv nytta för den härskande fastigheten. De visar emellertid också hur bedömningen av vad som skall ses som mera

personligt begränsad nytta eller som mera objektiv allmängiltig nytta är beroende av den utveckling som äger rum i samhället.

1976 års fall ger anledning till ytterligare en observation. Det är påtagligt hur angelägen HD varit att som motiv för sin positiva inställning markera att rätten till fiske tycktes vara nära nog nödvändig för att den härskande fastigheten och stugan på den skulle ha något värde. Om HD verkligen menat att en så stark nytta var ett villkor för att detta fiskeservitut skulle godkännas, har man ställt upp ett nyttokrav som avsevärt överstiger det som uppnås i många vanliga accepterade servitutssituationer. Tag t ex de redan i 1907 års servitutslag omnämnda utsiktsservituten och de i det föregående redovisade moderna tvättstageservituten. I båda fallen är det fråga om att man kompletterar den härskande fastigheten med något som flertalet ägare eller brukare av fastigheten kommer att uppskatta och som därför kan sägas vara en objektiv värdefull tillgång. Samtidigt är det dock påtagligt att den härskande fastigheten i dessa fall mycket väl kan vara fullt användbar för sitt ändamål även utan kompletteringen. Det är därför inte något generellt krav att servitutet är en nödvändig, för den härskande fastighetens funktion oundgänglig komplettering.

Det återstår att se hur HD kommer att ställa sig till ett fiskeservitut i en situation som mera svarar mot den i 1937 års fall, dvs där den härskande fastigheten är en fritidsfastighet som har ett påtagligt användningsvärde även utan tillgång till fisket. HDs uttalande av år 1976 ger inte besked om i vilken riktning dess avgörande skulle gå om en sådan situation kommer upp till bedömning. Ju vanligare man bedömer det vara att den som skaffar sig en fritidsstuga vid ett fiskevatten också kommer att vara intresserad av att ha rätt att driva fiske där, desto mera blir det tydligen möjligt att anse att rätten till fiske är en allmängiltig, objektiv komplettering till den härskande fastigheten som inte är beroende av den aktuella ägarens personliga, subjektiva intressen. Desto mera blir det då också möjligt att även i en sådan situation godta rätten till fiske som servitut.

Den andra i 1937 års fall underkända befogenheten, rätten till sjöfågelsjakt, skulle kanske fortfarande möta påtaglig tveksamhet. Utvecklingen kan ju knappast sägas ha medfört att sådan jakt idag omfattas av samma allmänna intresse som sportfisket. Om man skulle mena att sjöfågeljakt idag är en mindre allmänt omfattad verksamhet, kan den bedömningen leda till att man skulle godta sådana jaktsservitut endast i

situationer där upplåtelseorna bidrar till god jaktvård, t ex genom att skapa lämpligt utformade jaktområden.

HD fick tillfälle att ge sin syn på jaktsservitut i fallet *NJA 1981 s 733*. I samband med att ett bolag 1896 köpte skogsmarkerna lät man säljaren behålla inägnorna jämte byggnader och tillerkände honom bland annat husbehovs jakt och fiske. Jordbruket var nu sedan 1950 nedlagt och lägenheten användes som fritidsfastighet, bland annat genom att årligen ett stort antal personer deltagit i älgjakten. Bolaget fick servituten upphäva enligt FBL 7:5 st 2. Tvisten i målet gällde visserligen inte grundfrågan om jakträtten kunde godtas som servitut utan endast frågan om ersättningen för den upphävda jakträtten. (Se därom nedan i avsnitt 3.9.) Några av HDs ledamöter kom dock in på grundfrågan och JR Hessler uttalade, i strid mot vissa tidigare uttalanden i målet, att rätt till jakt, som är begränsad till husbehov, borde kunna godtas som servitut även om den härskande fastigheten endast användes för fritidsändamål och jakten, utöver visst tillskott till "hushållningen", är till för att ge utövaren "avkoppling och nöje". I enlighet med Hesslers uttalande är det tänkbart att HD numera, om grundfrågan kommer upp till avgörande, kommer att ställa sig positiv till husbehovs jaktsservitut till förmån för fritidsfastighet – särskilt om det kan visas att "jaktutövningen framstår som ett väsentligt moment i användningen av fastigheten" (Hesslers formulering) eller om man kan visa att tillgången till jakträtten höjer fastighetens marknadsvärde (min formulering).

Låt oss så gå över till den *andra* komplikationen i nyttorekvisitet, den som hör samman med det ändamål den härskande fastigheten används till och för vilket den upplåtna servitutsförmånen är till nytta. I den mån upplåtelsen tillgodoser ett stadigvarande, sedan gammalt etablerat sätt att använda fastigheten, såsom jordbruk eller bostad, har det inte upplevts några problem på denna punkt. Annorlunda har däremot bilden kunnat bli när upplåtelsen tillkommit för att tillgodose ett behov som uppstått genom att den härskande fastigheten använts för något modernt ändamål som förutsatt viss teknisk anordning på den härskande fastigheten. Upplåtelsen kanske i sådant fall är till någon nytta endast under förutsättning att anläggningen ifråga finns i bruk på fastigheten.

Det är påtagligt hur man i diskussionen lätt kunnat uppleva att upplåtelsen i dessa situationer visserligen tillgodoser den tekniska anläggningen men egentligen inte är till nytta för "fastigheten såsom sådan". I litteraturen har man ibland markerat ett principiellt avståndstagande från

servitut till förmån för sådan anläggning om upplåtelsens nytta varit begränsad till anläggningen. Man har visserligen måst konstatera att rättspraxis godtagit vissa sådana servitut, t ex rätt för en fastighet med cellulosafabrik att släppa ut fabriken avfallsvatten (*NJA 1919 s 357*) eller rätt för fastighet med vattenkraftstation att ha dammar, kraftledningar m m. Man har då böjt sig för att det praktiska behovet framdrivit denna utvidgning av servitutsfiguren men man har samtidigt deklarerat att anknytningen till härskande fastighet på så vis blivit ett konstlat krav. Det är intressant att notera hur detta motstånd mot nya härskande ändamål är ett gott exempel på den tröghet som ofta är utmärkande för servitutsdiskussionen. En analys skulle ju visa att anläggningarna ifråga ingår som tillbehör i de härskande fastigheterna och att upplåtelsena därför strikt juridiskt verkligen är till nytta för dessa fastigheter lika väl som en upplåtelse till förmån för en fastighet med ett bostadshus, t ex rätt att ha brunn på grannens område, är till nytta för den fastigheten "såsom sådan". Varken fabriken eller bostadshuset ingår ju i den ursprungliga naturen.

Samtidigt som det står klart att det idag i rättspraxis inte föreligger något principiellt hinder mot servitut som tillgodoser en anläggning på den härskande fastigheten, förefaller det dock som om man varit återhållsam på det sättet att det man godtagit har varit servitut som tillgodosett vad litteraturen kallat *primära behov* hos anläggningen. Se t ex fabriken avfallsvatten och kraftstationens ledningar. Fall där servitutsupplåtelse underkänt är *NJA 1930 s 534* (rätt för tegelbruksfastighet att tillgodosett sitt råvarubehov genom lertäkt) och *SvJT 1956 rf s 51* (rätt för fastighet med varuhus att sätta upp neonljusskylt på grannfastighet). Till den avvisande utgången i de fallen kan mycket väl ha bidragit att man i domstolarna funnit att upplåtelsena inte tillgodosett några primära behov. Med den bedömningen kan man då ha menat att nyttoanknytningen till anläggningen och därmed till den härskande fastigheten inte varit tillräckligt stark. Det är dock enligt min mening vanskligt att dra någon säker slutsats av dessa fall, annat än att det är påtagligt hur återhållsam man fortfarande kan vara i rättspraxis när det gäller servitut till förmån för anläggning på den härskande fastigheten. En liknande, tveksam konstruktion föreligger i ett fall jag stött på men som inte blivit föremål för domstolstvist. En bank ägde två fastigheter nära intill varandra. I den ena skulle man i fortsättningen driva sin verksamhet. När man sålde den andra — där man hittills bedrivit verksamheten — före-

skrevs att det skulle vara förbjudet för ägaren av den fastigheten att tilllåta bankverksamhet där. Den klausulen blev utformad som servitut till förmån för den nya bankfastigheten och blev av inskrivningsmyndigheten godtagen för inskrivning! Det härskande fastighetsändamålet – bank – må jämföras med ändamålet varuhus i 1956 års fall. Därtill kommer emellertid att klausulen i detta nya fall i realiteten gick ut på konkurrensförbud, en art av befogenheter som ju brukat avvisas från servitutsfiguren. (Jfr ovan i avsnitt 3.6.4.1.)

Trots att det alltså står klart att svensk rätt av idag inte ser något principiellt hinder mot servitut till förmån för en anläggning på den härskande fastigheten, har den nya lagtexten i JB 14:1 fått en skrivning som har en återklang av den gamla tanken att sådant servitut egentligen inte är till förmån för den härskande fastigheten "såsom sådan". 14:1 föreskriver ju att servitutet skall främja "en ändamålsenlig markanvändning". Det ordvalet innebär dock inte att man vid bedömningen av rättsförhållandes ändamålsenlighet skall bortse från effekterna för de delar av de inblandade fastigheterna som åstadkommit av människan, t ex byggnader och mera avancerade anläggningar, och som alltså inte ingår i den ursprungliga naturen – "marken".

Sist kan här nämnas rättsfallet *NJA 1978 s 57*, som visar en situation där en upplåtelse till förmån för en tämligen speciell teknisk anordning godtogs som servitut. Som härskande uppträdde här en mycket liten fastighet vars huvudsakliga funktion var att man där installerat en hiss som ledde till en tunnelbanestation i närheten. Varken hovrätten eller HD tycks ha hyst några tvivel om möjligheten att enligt JB 14:1 som servitut till förmån för hissfastigheten godta rätt att ha tunnelbanespår, stationstunnlar m m på andra fastigheter. Den härskande fastighetens ändamål var här onekligen speciellt och tekniskt men samtidigt var det fråga om ett tämligen stadigvarande användningssätt. Fastigheten hade tillskapats just för det ändamålet och kunde knappast användas på annat sätt.

Som eget omdöme om denna andra komplikation skulle jag vilja uttala att det ur principiell synpunkt viktigaste är att konstatera om den härskande anläggningen verkligen är tillbehör till en fastighet. Om svaret på den frågan är jakande, kunde man tycka att nästa fråga borde bli hur stadigvarande anläggningen är och hur påtagligt upplåtelsen är till nytta för anläggningen. Men redan reglerna i JB kräver ju att anläggningen framstår som stadigvarande för att den skall få räknas som

tillbehör till fastighet. När det gäller rekvisitet stadigvarande finns det knappast anledning att ha högre krav i JB 14:1 än i JB 2:1 och 2. Om anläggningen anses godtagbar som tillbehör och om den upplåtna förmanen anses vara till påtaglig nytta för anläggningens bruk, borde därför den reella sidan av kravet på anknytning till härskande fastighet inte utgöra något hinder mot att upplåtelsen godtas som servitut. Sedan har man ju att därutöver pröva upplåtelsen även enligt övriga led i servitutsrekvisiten. Inte minst måste man därvid, som jag närmare utvecklar i avsnitt 3.6.5, göra en avslutande totalbedömning av hur ändamålsenligt och lämpligt det är ur allmän synpunkt att låta upplåtelsen förknippas med servitutsfigurens speciella rättsföljder. Det är inte otänkbart att man ur den synpunkten kommer att finna att man bör underkänna exempelvis tegelbruksfastighetens rätt till lertäkt eller kanske den inledningsvis (under 3.1) nämnda situationen att en fastighetsägare fått sin grannes tillstånd att ha en "svinfabrik" bara 20 meter från fastighetsgränsen trots att obehagliga dofter därmed kommer in över grannens område. Däremot finns det enligt min mening anledning att godta en flygplats som härskande fastighets ändamål och att – som skett i några fall – såsom servitut godta att fastigheter med bostadshus i närheten åtagit sig att tåla visst buller från flygplatsverksamheten. Som jag närmare framhåller nedan i avsnitt 3.6.5. torde dock bullerservitut underkännas i de fall där det visar sig att störningen överskrider gränsen för sanitär olägenhet.

3.6.4.4 Anknytning till tjänande fastighet, formella sidan

När det gäller den formella sidan kan vi först notera att lagtexten, JB 14:5, nu uttryckligen kräver att den tjänande fastigheten anges i upplåtelsehandlingen. (Se därom under avsnitt 3.5.)

Lagtexten (JB 14:1 och 5) använder för det tjänande objektet beteckningen "fastighet". Det innebär till en början i princip att det skall vara en i fastighetsregistret upptagen enhet. Gruva, som ju enligt särskild regel godtas som härskande, kan inte vara tjänande. En naturlig förklaring till den avvisande ståndpunkten är det faktum att det för gruva inte finns något register där man skulle kunna skriva in upplåtelseerna för att ge dem sakrättsligt skydd. Tomträtt godtas däremot som tjänande (JB 13:1 p 2) och där finns just möjligheten till inskrivning (JB 23:8).

Kravet att objektet skall vara "fastighet" leder vidare till att servitut måste upplåtas i *hel* fastighetsenhet. Enbart ett ännu inte avstyckat om-

råde duger inte. Man kan inte få lagfart på område och inte heller kan inskrivning ske i område innan det genom fastighetsbildning gjorts till fristående fastighetsenhet. Men hur är det med *andel* i (kvotdel av) fastighet? Sådan kan man ju förvärva och få lagfart på. Kan sådan andel duga som tjänande fastighet? Den frågan har tidigare varit föremål för åtskillig diskussion. Svaret är numera genom JB 7:9 klart negativt. En individuell servitutsupplåtelse i andel skulle strida mot samäganderättslagens princip att förfogande över den samägda fastigheten och vidtagande av åtgärd i förvaltningen kräver alla delägares samtycke (§ 2). Den lagens yttersta medel mot den låsning, som uppstår om delägarna inte kan enas, är möjligheten för varje delägare att enligt § 6 få fastigheten såld på offentlig auktion. Den som då ropar in fastigheten blir ensam ägare. Om man tillåter servitut i ideell andel och därtill låter sådan upplåtelse skrivas in i andelen enligt JB 23 kap, blir resultatet att den inskrivna upplåtelsen blir sakrättsligt skyddad och därmed blir gällande även mot ny ägare av fastigheten. En eventuell oenighet mellan servitutshavare beträffande en ideell andel och ägarna av övriga andelar kan i så fall inte lösas upp genom att fastigheten tvångsförsäljs enligt samäganderättslagen. Även den nye ägaren måste finna sig i att servitutet gäller och riskera att inte kunna komma överens med servitutshavaren. Den ende som kan ropa in fastigheten på auktionen utan att komma i sådan konflikt är servitutshavaren själv.

Frågan om man skall tillåta upplåtelse av servitut i andel kan förefalla konstlad och opraktisk. I en speciell situation med klar praktisk betydelse har den dock kommit upp i ett stort antal fall. Det har gällt den situationen att ägare av fastighet, till vilken hört andel i samfällt strömfall, gjort servitutsupplåtelse beträffande sin andel i strömfallet. Sådana upplåtelser har varit vanliga, eftersom det varit ett påtagligt behov för vattenkraftindustrin att i lämpliga juridiska former "köpa upp" så mycket som möjligt av rätten till det strömfall man planerat att bygga ut. En vanlig metod var här länge att man av fastighetsägare som servitut förvärvade rätt att utnyttja all den rätt till vattenområden i den aktuella älven som tillhörde upplåtarens fastighet, oavsett om de tillhörde hans fastighet enskilt eller utgjorde samfälligheter. Under många år godtog inskrivningsdomarna sådana upplåtelser som servitut. I rättsfallet *NJA 1957 s 787* underkände emellertid inskrivningsdomaren en sådan servitutsupplåtelse och majoriteten i både hovrätt och HD visade sig vara av samma avvisande mening. Som motiv för denna negativa utgång

kunde då anföras hänsynen till övriga delägare i samfälligheten och det faktum att ett servitut i andel av samfälligheten skulle kunna omintetgöra bysamfällighetslagens korrektiv mot oenighet (§ 7) på motsvarande sätt som servitut i andel av fastighet drabbar korrektivet enligt samäganderättslagen § 6. I avhandlingen *Servitut – förmån och last* (1960) försökte jag utveckla att situationen var speciell när det gällde samfällda strömfäll (s 329–386). Reglerna i VL 2:5–7 (numera 2:5) innehöll nämligen särskilda möjligheter till korrektiv mot oenighet och de korrektiven skulle inte hindras av att man här tillät servitut i andel. Man borde därför, menade jag, i denna speciella situation kunna bortse från de principiella betänkligheterna och tillgodose det påtagliga, praktiska behov som förelåg. HD föll dock inte för mina argument utan bekräftade i stället sin principiella, negativa ståndpunkt i rättsfallet *NJA 1966 s 368*.

Vattenkraftindustrin nöjde sig inte med denna negativa utgång. Man framhöll hur viktigt det var att det fanns någon lämplig juridisk lösning för det behov som här faktiskt förelåg och yrkade att samhället i stället skulle lösa frågan genom lagstiftning. Genom de lagar som trädde i kraft 1.1.1972 har också sådana lösningar i viss utsträckning åstadkommit.

När det gäller *nya* upplåtelser av rätt till andel i samfällt strömfäll finns lösningen genom regeln i FBL 10:1 som möjliggör att man undantagsvis avstycker fastighets andel i samfällighet och gör den till fristående fastighet. Sedan sådan avstyckning skett kan den nya fastigheten godtas som underlag för servitutsupplåtelse.

Samtidigt har man i stor utsträckning "räddat" de *äldre* upplåtelseerna genom den särskilda övergångsregeln i JP § 35. Den skyddar sådana upplåtelser som fortfarande gällde 1.1.1972 tack vare att upplåtarens fastighet inte bytt ägare eller att upplåtelseerna förbehållits vid ägarbytet. Men den skyddar också vissa äldre upplåtelser som rätteligen upphört att gälla på grund av att de inte förbehållits när upplåtarens fastighet bytt ägare. Lagstiftaren har här tänkt på de upplåtelser för vilka inskrivningsdomarna beviljat servitutsinteckning enligt den äldre praxis som HD underkände 1957. Trots att sådant inteckningsbeslut enligt HDs ståndpunkt skall betraktas som verkningslöst, kan ju beslutet ha stått kvar i fastighetsboken 1.1.1972. Där så är fallet skall andelsupplåtelsen enligt JP § 35 "återupplivas" och ges servituts rättsverkningar.

För båda de grupper av andelsupplåtelser som omfattas av övergångsregler kan i fortsättningen regeln i JB 7:14 ge skydd när upplåtarens fastighet överläts. Det blir nu också möjligt att få dem inskrivna enligt JB 23 kap och därmed förse dem med ytterligare sakrättsligt skydd.

I realiteten har lagstiftaren genom denna övergångsregel till stor del åstadkommit att HDs principiellt grundade avgöranden i 1957 och 1966 års fall inte får några verkningar för de andelsupplåtelser som tillkommit före 1.1.1972. Det kan rentav tänkas att JP § 35 fått denna "återupplivande" effekt även för de konkreta andelsupplåtelser som var föremål för HDs prövning i de båda rättsfallen.

Observera att JP § 35 endast gäller de fall där upplåtaren ägde en *hel* fastighet till vilken hörde andel i samfällt strömfall. Regeln räddar däremot inte de fall där upplåtaren endast hade en *andel i samägd* fastighet.

3.6.4.5 Anknytning till tjänande fastighet, reella sidan

Denna sida av servitutsrekvisitet avser den aspekt på rättsförhållandet där man frågar på vad sätt upplåtarens fastighet skall utnyttjas genom servitutet och vad där finns för förutsättningar för att tillhandahålla den avsedda nyttigheten. Detta moment svarar nära mot den romerska rättens krav på *perpetua causa*, dvs att rättsförhållandet går ut på att utnyttja en stadigvarande tillgång på den tjänande fastigheten.

Anknytningen kan här menas bli av olika styrka allt efter som den efterfrågade nyttigheten finns på den tjänande fastigheten som ursprunglig, naturlig tillgång (såsom grus eller kanske själva markytan) eller som konstlad och därmed kanske mera tillfällig tillgång (såsom väg, byggnad, brunn). Särskilt svag kan man mena anknytningen vara om det är fråga om en anläggning med kort varaktighet (t ex panncentralers maskinutrustning eller centralantenn för TV). Undantagsvis kanske anknytningen kan te sig svag även när det som utnyttjas är en naturtillgång, nämligen om tillgången, t ex en grusfyndighet, är begränsad och snart kommer att vara tömd. En annan variation i detta anknytningsmoment kommer fram genom frågan om den åsyftade nyttan kan åstadkommas oberoende av positivt agerande från ägaren av den tjänande fastigheten (t ex rätt att utnyttja viss markyta för byggnad eller rätt att ha brunn) eller om positiv prestation från ägaren är nödvändig (t ex om han skall leverera ved eller kanske skall driva och underhålla den gemensamma panncentralen).

I det följande skall jag belysa hur man handskats med detta moment i servitutsrekvisiten genom att ta upp några situationer där anknytningen ansetts brista eller åtminstone blivit föremål för tvekan.

Först kan vi då notera att anknytningen till tjänande fastigheten ansetts brista när nyttan för mycket bygger på *positiv prestation* från fastighetens ägare, t ex då han skall leverera ved från sin skog eller driva gemensam panncentral. (Se därom i avsnitt 3.6.3.)

Mest diskussion har uppstått i de fall där utnyttjandet gällt en *anläggning* på den tjänande fastigheten. Invändningarna kan här ha varit av mera "principiellt" eller "teoretiskt" slag och då gått ut på att utnyttjandet egentligen inte avsett den tjänande fastigheten "såsom sådan", dess "natur". Men möjligt är också att man som motiv haft bedömningen att det gäller att undvika att den tjänande fastigheten belastas med en alltför tyngande skyldighet att prestera det underhåll av anläggningen som är nödvändigt om den under många år skall kunna fungera som tjänande anläggning. Även här kommer man alltså in på frågan i vilken utsträckning man kan acceptera servitut som innehåller skyldighet till positiva prestationer, i detta fall att underhålla anläggning. Denna aspekt var mindre framträdande för de sedan gammalt godtagna servitut som gick ut på rätt att utnyttja byggnad på den tjänande fastigheten. Ju mer tekniskt komplicerad och kortlivad den tjänande anläggningen är, desto mer påtagligt framträder denna komplikation.

Som exempel på den restriktiva inställningen mot tjänande anläggning har man brukat anföra rättsfallet NJA 1899 s 540, där HD underkände ett servitut som gick ut på rätt för den härskande att ha sin vattenledning anknuten till den tjänande fastighetens vattenledning. När en liknande situation kom upp i NJA 1950 s 656, intog hovrätten den gamla, principiella ståndpunkten och uttalade att upplåtelsen inte avsåg servitut eftersom vattenledningen inte utgjorde "naturlig beståndsdel" på den tjänande fastigheten. HD fann dock att upplåtelsen kunde godtas som servitut. I praxis har man här under senare år alltmer låtit det praktiska behovet segra över eventuella principiella betänkligheter. Detta framgår kanske tydligast av utvecklingen med gemensamma panncentraler, tvättstugor och andra nya, tämligen komplicerade tekniska anläggningar. När sådana anordningar i större utsträckning började inrättas under 1940-talet, hände det att man tvekade att godta rätt att nyttja sådan anläggning som servitut. Se t ex det redan under avsnitt 3.6.4.3 nämnda fallet SvJT 1947 rf s 17. Denna tvekan kan åtminstone i någon mån ha hört

samman med just det faktum att det som utnyttjades var en anläggning. Tämmligen snart accepterade man dock att sådana anläggningar i och för sig kunde godtas som underlag för servitut, se t ex NJA 1954 s 166.

Redan 1907 års servitutslag godtog egentligen principen att servitut kan avse rätt att utnyttja tjänande anläggning, eftersom lagen i § 2 tillät positiv prestation som gick ut på underhåll av sådan anläggning ("väg, byggnad eller inrättning"). Även i JB godtas sådan underhållsskyldighet (14:1 st 2: "underhåll av väg, byggnad eller annan anläggning"). I JB 14:1 st 1 har man därutöver uttryckligen deklarerat att servitut kan få gå ut på utnyttjande av en tjänande anläggning. Där står ju att servitut får avse "rätt --- att --- taga i anspråk den tjänande fastigheten eller byggnad eller annan anläggning som hör till denna ---". Detta innebär att lagregeln godtar anläggning om den är tillbehör till den tjänande fastigheten enligt reglerna i JB 2 kap. På så vis har det i lagtexten blivit markerat att servitutet i denna situation verkligen går ut på att utnyttja något som juridiskt sett är en del av den tjänande fastigheten. Eftersom JB 2:1 och 2 i sin tur kräver att anläggningen på visst sätt skall vara stadigvarande för att få räknas som tillbehör, markerar lagtexten samtidigt genom sin hänvisning till tillbehörsreglerna att den tjänande anläggningen måste vara av åtminstone viss varaktighet. Därmed är emellertid ingalunda sagt att allt som är tillbehör skall anses godtagbart som underlag för servitut. I förarbetena uttalas att man därutöver skall kräva att anläggningen är "ägnad att tas i anspråk för servitut" (Prop 1970:20 B s 696). Man syftar då på vad som redan tidigare torde ha gällt, nämligen att man i de fall som kommer upp har att ta ställning till om den aktuella anläggningen verkligen är lämpad som underlag för den aktuella servitutsupplåtelsen och om rättsförhållandet vid en totalbedömning (se därom i avsnitt 3.6.5) kan anses godtagbart som servitut. Även om en centralantenn för TV eller annan teknisk anordning enligt JB 2:2 skulle räknas som tillbehör till upplåtarens fastighet, är det alltså inte givet att den kan godtas som underlag för servitut till förmån för grannfastigheten. Anläggningen kanske anses vara av för kort varaktighet. Än större tvekan torde uppstå om man söker tillskapa servitut som går ut på rätt att utnyttja föremål som är tillbehör till den tjänande fastigheten enligt reglerna om industritillbehör. Reglerna i JB 2:3 ställer ju inte upp något krav på att industritillbehören skall vara "stadigvarande".

Samtidigt som alltså den nya lagtexten klart uttalar att servitut kan gälla inte bara de av naturen givna förhållandena på den tjänande fastig-

heten utan också anläggningar som hör till fastigheten, är det påtagligt hur man även på denna punkt fortfarande överlämnat åt rättspraxis att pröva de fall som aktualiseras och därigenom dra upp riktlinjerna för vad som skall accepteras eller underkännas som servitut. Där man tvekar inför viss tjänande anläggning går det emellertid knappast att begränsa bedömningen till frågan om anläggningen är tillräckligt stadigvarande. Man behöver också ställa den samlade frågan om rättsförhållandet totalt sett är ägnat att främja en ändamålsenlig användning av den härskande och den tjänande fastigheten. Den totalbedömningen utvecklas närmare i följande avsnitt.

Ibland föreligger den komplikationen att upplåtelsen går ut på rätt att ta viss inte reproducerbar substans, t ex grus, och att tillgången på den substansen är så ringa på den tjänande fastigheten att fyndigheten kommer att vara uttömd efter kort tid. Sådan komplikation med ringa substans kan ha bidragit till den negativa utgången i det tidigare nämnda fallet NJA 1930 s 534 (lertäkt för tegelbruksfastighet). — En annan fråga som kommit upp är den om man kan godta servitut i servitut. Den härskande fastigheten A kanske har rätt att för sitt behov begagna upplåtaren Bs vägservitut över en tredje fastighet C. Denna konstruktion kan till en början förefalla överraskande. Upplåtelsen går ju egentligen ut på att fastigheten A skall få utnyttja fastigheten C. Anknytningen till den tjänande fastigheten B kan därför förefalla svag. Juridiskt sett är det dock onekligen så att vägservitutet är ett tillbehör till fastigheten B och alltså ingår i den fastighetsenheten. I praxis tangerades detta problem i fallet NJA 1950 s 656, där A fått rätt att ansluta sin vattenledning till Bs vattenledning. Bs vattenledning hämtade i sin tur vatten från fastigheten C. När HD godtog upplåtelsen som servitut räknade man uppenbarligen med att upplåtelsen gav A rätt att i viss omfattning tillgodogöra sig det vatten som kom från fastigheten C. HD tycks här inte ha tvekat inför det faktum att detta bl a innebar att A hade servitutsrätt i Bs servitutsrätt till vatten från C. — Som sista komplikation kan nämnas de fall där upplåtelsen inte handlar om den fysiska rådigheten utan i stället om den juridiska rådigheten över den tjänande fastigheten. NJA 1955 s 313 avsåg ett fall där kronan sålt en mindre fastighet inom renbetesfjällen och därvid ålagt köparen att i viss utsträckning utan ersättning tåla skada genom de på stamfastigheten betande renarna. Både inskrivningsdomare och hovrätt fann att villkoret varken var nyttjanderätt eller servitut. Föredraganden i HD var också avvisande och föreslog bl a denna moti-

vering: ”Enär ifrågavarande köpevillkor icke inskränker den fysiska rådigheten över lägenheten Täveldalen 1:2 samt villkoret följaktligen icke är att hänföra till ett lägenheten belastande servitut ---”. HD fann dock servitut föreligga. Mera avlägset från den tjänande fastigheten är kanske däremot innehållet i den klausul som kom upp till bedömning i SvJT 1950 s 260. Målet gällde en i avtalen om gemensamma panncentraler vanlig klausul att eventuella tvister skulle avgöras av skiljemän. Hovrätten fann att den klausulen inte kunde godtas som servitut. Slutligen kan nämnas fallet SvJT 1921 rf s 66 där upplåtelse av rätt att inmuta område på den tjänande fastigheten underkändes som servitut. Summeringen beträffande denna sista komplikation blir att praxis visserligen inte helt avvisat servitut som gällt den juridiska rådigheten över den tjänande fastigheten men att man dock intagit en avvisande ståndpunkt i de mer utpräglade fallen.

3.6.5 Totalbedömningen

Genomgången av de olika momenten i servitutsrekvisiten har gett en bild av hur man i praxis och doktrin ställt upp påtagliga restriktioner på de undersökta punkterna. Ibland torde ståndpunkterna ha intagits under påverkan av tradition och kanske rentav under mindre medvetet beroende av de från romersk rätt nedärvda principerna. Ibland har kanske den återhållsamma inställningen mera hört samman med en ambition att hindra mindre önskvärda belastningar och en önskan att på så vis bidra till att de enheter som tillskapats av våra fastighetsbildningsmyndigheter blir så väl fungerande som möjligt. Även om den uttalade argumentationen ofta rört sig i de traditionella banorna och uppehållit sig vid frågan om kraven på den ena eller andra punkten i servitutsrekvisiten kan anses uppfyllda, finns det dock även enligt gällande rätt utrymme för mera fristående bedömningar där man lägger vikt vid en allmän lämplighetsavvägning och tar ställning till det praktiska resultat man uppnår om man tillåter eller vägrar tillåta att visst rättsförhållande godtas som servitut och ger dess speciella rättsverkningar. Jag vill visserligen inte påstå att praxis visar en klar tendens att ytterst göra en sådan totalbedömning och redovisa den som motiv för den ståndpunkt man kommit fram till. Inte minst genom tillkomsten av den nya lagtexten i JB 14:1 och vad som uttalats i dess förarbeten menar jag dock att det enligt gällande rätt finns påtagligt utrymme för en sådan arbetsmetod. Särskilt i de fall där resultatet på en eller annan av de olika punkterna

inte är helt självklart finns det enligt min mening all anledning att man inte fastnar i en isolerad bedömning av det enstaka momentet utan i stället koncentrerar intresset till att göra en totalbedömning av hur ändamålsenligt det kan vara att godta eller underkänna rättsförhållandet som servitut.

Denna viktiga totalbedömning saknade tidigare markering i lagtexten. Nu återfinns den i själva inledningen av den definition lagstiftaren tagit in i JB 14: "Om det är ägnat att främja en ändamålsenlig markanvändning ---".

I förarbetena uttrycks tankegången bakom den formuleringen i olika variationer. Man framhåller på flera ställen att servitut innebär nytta för den härskande men skada för den tjänande och påpekar att nettoeffekten måste vara positiv, att man måste få en ökning av de två fastigheternas sammanlagda värde (Prop 1970:20 B s 688, 706, 715 f). Man talar emellertid inte bara om effekterna ur begränsad ekonomisk synvinkel. Man jämför även åtgärderna att upplåta servitut med fastighetsbildning och framhåller att servitut skall leda till en totalt sett mera effektiv och rationell användning för de båda fastigheterna (Prop 1970:20 B s 724 f). Talande är hur det i förarbetena särskilt markerats att det inte räcker att parterna avsett att genom servitutsupplåtelsen "främja en ändamålsenlig markanvändning", dvs att upplåtelsen enligt deras bedömning och värdering skulle få en sådan effekt. Det utslagsgivande skall i stället vara hur man från allmän synpunkt bör se på effekterna av upplåtelsen. (Prop 1970:20 A s 265, 410.) Lagtexten gavs därför utformningen: "Om det är ägnat att främja ---". Med det uttrycket markeras att juristen, t ex domaren, i det konkreta fall som kommer upp, har ett objektivt ta ställning till hur man ur samhällets synpunkt bör värdera funktionen av det rättsförhållande som tillskapats.

Det må vara att den nya lagtexten på denna punkt ger en bättre markering än tidigare av den kanske viktigaste reella synpunkten när det gäller servitutsfigurens funktion och avgränsning. Lagstiftaren har här på ett nytt – pedagogiskt – sätt gett uttryck för servitutsbegreppets grundläggande tankegångar (Prop 1970:20 B s 715). Samtidigt som den valda lagtexten är tillräckligt abstrakt för att inte bli föråldrad genom samhällsutvecklingen ger den emellertid föga preciserade besked om vilka normer man skall tillämpa vid den viktiga avvägning det här blir fråga om. Helt utan vägledning står dock inte rättstillämpningen. Hänvisningen i förarbetena till vad som är ändamålsenligt ur "allmän" syn-

punkt måste ju innebära att man vid avvägningen mellan olika intressen på något vis skall ta hänsyn till de värderingar och mål som samhället vid den aktuella tidpunkten ställt upp för sina allmänna insatser när det gäller att påverka och styra markanvändningen. Denna inriktning fanns redan i den rättstillämpning som utvecklats före 1.1.1972 och den kan mycket väl komma att förstärkas genom den nya lagstiftningen. Departementschefen uttrycker denna tankegång genom att tala om en "strävan att hålla avtalsservituten inom ramen för rådande jord- och planpolitiska målsättningar" (Prop 1970:20 B s 714.) I detta ligger inte bara att man nu skall ta viss hänsyn till vad förrättningsmännen vid fastighetsbildningsarbetet enligt reglerna i FBL ser som en "ändamålsenlig" utformning av fastigheterna. Se här de allmänna lämplighetsvillkoren i FBL 3:1–3 eller t ex de speciella bestämmelserna till skydd för fiskevården i FBL 3:8. Den omständigheten, att kanske en viss upplåtelse befinnes vara negativ för fiskevården inom området, blir därför ett starkt argument för att upplåtelsen bör underkännas som servitut. Uttrycket i JB 14:1 "ändamålsenlig markanvändning" är så valt att det direkt associerar till målsättningarna i FBL.

Även samhällets målsättningar med byggnadslagstiftningen blir emellertid väsentliga. Den omständigheten, att t ex en upplåtelse ger en fastighet den rätt till utfart som är förutsatt i en nyligen fastställd detaljplan, utgör ett starkt skäl för att den bör godtas som servitut. På motsvarande sätt gäller, att man har anledning vara restriktiv om fastighetsägarna vill tillskapa ett servitut som går direkt emot den markanvändning som angivits i detaljplanen. Den senare synpunkten kan belysas med de tidigare (avsnitt 3.6.4.2) omnämnda villaservituten, som ju vid sekelskiftet hade en viktig uppgift att fylla men som i våra dagar, när samhället helt iklätt sig ansvaret för detaljplaneringen av tätorterna, snarare uppträder som hinder för eventuellt önskvärd förändring av markens användning. Om någon idag sökte tillskapa privata villaservitut av det gamla slaget, är det kanske mest sannolikt att man vid en prövning, t ex vid ansökan om inskrivning enligt JB 23 kap, skulle finna skälen emot vara så dominerande att upplåtelsen inte accepterades som servitut. Eftersom inte annan inskrivningsbar rätt kan gå ut på negativa befogenheter leder den ståndpunkten till att ett sådant färskt avtal inte skulle ges sakrättsligt skydd. Ett undantag kunde möjligen menas föreligga om fastigheterna ligger inom ett område som inte inom överskådlig tid kommer att bli reglerat genom detaljplan och att därför en privat

reglering framstår som en nödvändig provisorisk lösning. Om all den verksamhet som servitutet avser att förhindra numera för sin tillkomst kräver byggnadslov, lär dock skälen mot en privat reglering vara tämligen starka.

På liknande sätt kan man räkna med att de värderingar och målsättningar som kommer fram i samhällets insatser när det gäller miljöskyddet, t ex vid tillämpningen av miljöskyddslagen, kan påverka bedömningen av vad som bör godtas som servitut. Dagens samhällsvärderingar kan då mycket väl komma att leda till andra resultat än man kommit fram till i äldre rättspraxis. Se t ex den situation som godtogs i NJA 1919 s 357 där fastighet med cellulosafabrik getts rätt att släppa ut fabriken avfallsvatten. Det ter sig mindre sannolikt att man med dagens värderingar skulle acceptera ett sådant rättsförhållande ges de starka rättsverkningar som hör samman med servitut. Om ett avtal går ut på att den "tjänande" fastigheten skall tåla en störning som innebär sanitär olägenhet, torde man ha god anledning räkna med att totalbedömningen leder till att servitut anses uteslutet. Så kan t ex bli fallet med de tidigare i avsnitt 3.6.4.3 nämnda fallen med avtal om störningar från "svin-fabrik" och flygplats.

Vid totalbedömningen kan det slutligen finnas anledning ställa frågan, om vår rättsordning erbjuder andra juridiska lösningar som ter sig mera ändamålsenliga för den aktuella situationen än en upplåtelse av servitut. I ett fall, där servitutsfiguren inte helt passar in, kanske man bör avstå från att pressa den figuren, om det finns möjlighet för parterna att välja en annan juridisk väg som ger en bättre fungerande lösning. Mycket talar för att det numera uppstått ett sådant läge när det gäller arrangemangen med gemensamma panncentraler m m. Den från 1974 gällande anläggningslagen erbjuder där en bättre och mera komplett lösning på fastigheternas inbördes relationer än vad som kan uppnås om parterna nöjer sig med att avtala om servitut.

Därmed är juristens-domarens arbetsförutsättningar när det gäller avgränsningen av servitut beskrivna. Tekniskt sett finns alltså ett visst utrymme för att i rättstillämpningen välja mellan en mera restriktiv och en mera liberal inställning. Trots att vissa skäl ibland har anförts för att man bör välja en mera liberal linje, torde vi ha att räkna med att rättstillämpningen efter tillkomsten av JB och FBL i huvudsak fortsätter den tämligen restriktiva linje som kommit att utvecklas i svensk rätt ram till 1.1.1972. Till en sådan fortsättning torde i hög grad bidra dels den nya

formuleringen i JB 14:1 (''--- ägnat att främja en ändamålsenlig markanvändning ---''), dels förarbetenas uttalanden i anslutning därtill. Detta hindrar dock ingalunda att man kommer att visa ökad förståelse för nyheter inom servitutsområdet och sålunda vid tillämpningen av de olika rekvisiten kan ha lättare att acceptera nya företeelser – under förutsättning att totalbedömningen av upplåtelsen visar att rättsförhållandet ur allmän synpunkt är acceptabelt.

3.6.6 Individuell bedömning eller generell

Bilden av servitutsrekvisiten och totalbedömningen är tyvärr något mera komplicerad än som framgått av det senast sagda.

Utformningen av de inledande orden i JB 14:1 (''Om det är ägnat att främja ---'') ger ju närmast intrycket att man skall pröva om det individuella upplåtelseavtalet kan anses främja en ändamålsenlig markanvändning. Lika väl som bedömningen av de olika rekvisiten skulle alltså totalbedömningen göras individuellt. Så torde det också ha gått till före 1.1.1972, låt vara att metoden inte blivit föremål för principiell diskussion. I förarbetena finns emellertid några uttalanden av departementschefen som tvärtom tycks tyda att man inte alltid skulle kräva att upplåtelsen i det enskilda fallet uppfyller kravet på ändamålsenlighet. Det skulle i stället kunna räcka att upplåtelsen är av ett slag som ''regelmässigt'' och ''typiskt sett'' leder till ett godtagbart resultat. (Prop 1970:20 A s 410 f, B s 716–718.) Visserligen är den närmare innebörden av departementschefens ståndpunkt inte helt klar och det förefaller mig tveksamt om den kan få något genomslag i rättstillämpningen. Uttalandena motiverar dock denna avslutande fråga: Skall bedömningen av vad som skall godkännas som servitut ske *individuellt*, dvs efter en prövning av situationen i det enskilda fallet, eller skall den i någon mening ske *generellt*, dvs efter vad som är ''normalt'' för upplåtelse av det aktuella slaget och utan hinder av eventuella ''onormala'' avvikelser i det enskilda fall som bedömningen avser?

Först en bakgrund till departementschefens uttalanden: En av svårigheterna under det samtidiga utarbetande av JB och FBL var samordningen mellan de båda lagarnas regler om servitut. Sedan man väl bestämt sig för att behålla möjligheten för fastighetsägarna att tillskapa servitut genom privata avtal, blev det i gengäld viktigt inte bara att trygga en lämplig avgränsning av servituten, främst genom definitionen i JB 14:1, utan också att ge ökade möjligheter att ändra eller upphäva

mindre lämpliga servitut. De utvidgade bestämmelserna om ändring och upphävande genom fastighetsreglering (FBL 7:4 och 5) gjordes därför tillämpliga även på avtalsservitut. För att få maximala möjligheter att komma till rätta med olämpliga sådana servitut föreslog departementschefen därtill att åtgärd enligt FBL 7:4 eller 5 i stor utsträckning skulle få tillgripas även om ingen ändring inträtt efter det att servitutet tillskapats. Detta skulle gälla bland annat det fall att ett servitut befanns hindra "ett ändamålsenligt utnyttjande av den tjänande fastigheten". Trots att lagtexten här endast talade om effekterna för den *tjänande* fastigheten – och departementschefens ordval kom i den delen att följas i den slutliga lagtexten – ville han i det rekvisitet lägga in samma totalbedömning av rättsförhållandets ändamålsenlighet som i servitutsdefinitionen i JB 14:1 (Prop 1969:128 B s 557 f och 1970:20 B s 716 f). Med en sådan uppbyggnad skulle han emellertid kunna hamna i ett dilemma och motverka sin egen strävan att öka räckvidden av FBL 7:4 och 5. Om förrättningsmannen finner att viss upplåtelse brister i ändamålsenlighet enligt FBL 7:4 och samtidigt konstaterar att ingen ändring inträtt sedan upplåtelsen en gång skedde, innebär ju detta att samma brist förelegat redan vid tillkomsten. Är ändamålskravet i FBL 7:4 och JB 14:1 detsamma, har då tydligen rättsförhållandet inte ens från början uppfyllt kraven för servitut. Det är alltså inget servitut. Och detta leder då i sin tur till att åtgärd enligt FBL 7:4 och 5 alls inte kan tillgripas mot rättsförhållandet eftersom sådan förrättning endast kan vidtagas mot servitut!

Departementschefen ville inte acceptera ett sådant resultat. De inledningsvis nämnda uttalandena är ett uttryck för hans strävan att komma ur dilemmat. Han drev alltså linjen att kravet i JB 14:1, att upplåtelsen skulle främja ett ändamålsenligt utnyttjande av fastigheterna, inte skulle gälla den individuella upplåtelse som prövningen gäller utan i stället skulle inriktas på vad som är generellt typiskt för upplåtelser av ifrågasvarande slag. Åtminstone vissa från början olämpliga upplåtelser skulle på så sätt trots allt kunna godtas som servitut och därmed i efterhand kunna angripas med hjälp av reglerna i FBL 7:4 och 5.

Det står inte helt klart vilken räckvidd departementschefen själv lade in i den "dispens" att enbart göra generell bedömning som han här uttalade sig för. Eftersom hans uttalanden hela tiden gällde "ändamålsenligheten", förefaller det dock som han räknat med att prövningen av de egentliga servitutsrekvisiten alltid skulle ske individuellt. En sådan

ståndpunkt låg ju också nära till hands. Uppfyllelsen av textrekvisitet "nytta för den härskande fastigheten" är ju helt beroende av den enskilda fastighetens utseende och behov. Det kan därför bli svårt att konstruera ett "normalfall" och lägga den fastighetens behov till grund för bedömningen. Jämfört med vad som hittills gällt skulle det därtill på den punkten ha inneburit en principiell förändring om man genom tillkomsten av JB gått över till sådan generell bedömningsmetod. Även om man begränsar departementschefens linje till att avse vad jag kallat totalbedömningen, kravet att främja ändamålsenlig markanvändning, torde man stå inför ett principiellt avsteg från tidigare rättsläge. Departementschefen har klart framhållit att hans definition av servitut i JB 14:1 inte syftar till någon saklig ändring av servitutsbegreppet (Prop 1970:20 B s 716). Hans idé, att man vid tillämpningen av JB 14:1 i vissa fall skulle få tillgripa en generell bedömning, förefaller därför inte helt genomtänkt.

Slutligen kan vi konstatera att departementschefen inte preciserat på vad sätt han enligt egen åsikt "förankrat" sin linje för tillämpningen av JB 14:1 st 1 i lagtextens ord. Här kan vara av intresse att notera att lagrådet motsatte sig hans lösning på denna punkt och konsekvent nog även ogillade att ändring och upphävande skulle få ske utan att ändrade förhållanden inträtt (Prop 1970:20 B 263–265). Departementschefen vidhöll visserligen på denna punkt sin åsikt beträffande tillämpningen av JB 14:1 men han böjde sig samtidigt för lagrådets förslag att inleda lagtexten med orden "Om det är ägnat att främja ---" i stället för den av honom tidigare föreslagna formuleringen "För att främja ---". Den eftergiften har i vart fall inte ökat det stöd lagtextens ord kan sägas ge åt departementschefens tolkning.

Här är inte platsen för en fullständig analys av de problem departementschefens nu diskuterade uttalanden kan ge upphov till.

Ytterst lär dock den eventuella åsiktsskillnaden på denna punkt vara av tämligen ringa praktisk betydelse. Det torde nämligen vara mycket sällsynt med fall där den *individuellt* bedömningen enligt JB 14:1 blir negativ samtidigt som departementschefens *generella* bedömning skulle bli positiv.

I praktiken lär det därför i regel inte bli någon skillnad. De rätts-tillämpande myndigheterna kommer mestadels att agera lika, oavsett vilken metod de väljer. I flertalet fall lär ju ingen tvekan aktualiseras. Man lär då alls inte gå in i någon individuell detaljprövning utan kom-

mer i stället att presumera att upplåtelsen är godtagbar som servitut. Så lär IM agera vid behandlingen av ansökan om inskrivning för servitut enligt JB 23 kap så länge inte särskild anledning till tvekan dyker upp. Så lär också den förrättningsman göra som får att handlägga ett ärende om ändring eller upphävande av servitut enligt FBL 7:4 eller 5. Så länge ingen protesterar lär han – om ingen flagrant avvikelse lyser i dagen – presumera att rättsförhållandet vid upplåtelsen varit godtagbart som servitut. Till och med när sökanden inte åberopat ändrade förhållanden som skäl för ändring eller upphävande torde förrättningsmannen till en början agera på samma sätt. I det fallet kan dock komplikationer uppstå så snart han signalerar att ändamålsrekvisitet för ändring eller upphävande enligt FBL 7:4 st 1 eller 7:5 st 1 är uppfyllt. Ägaren av den härskande fastigheten kan då tänkas söka försvara sig genom att göra gällande att det i så fall aldrig förelegat något servitut och att åtgärd därför inte kan vidtagas. I de ovanliga fall där det läget inträffar blir då förrättningsmannen tvungen att ta ställning till om det ens från början förelegat något servitut. Även om han anser sig böra tillämpa departementschefens generella bedömningsmetod, kan han då mycket väl komma till samma negativa resultat som med individuell bedömning. Endast i några – som jag bedömer det – få fall lär han här komma fram till ett positivt resultat enligt JB 14:1 och alltså finna sig ha möjlighet att förordna om ändring eller upphävande enligt FBL 7:4 eller 5.

Man kan ställa frågan, om möjligheten att komma till rätta med dessa sannolikt ytterst få fall kan vara värd priset att genomdriva den något märkliga tolkning av JB 14:1 som innebär att dess krav på servitut i vissa avseenden skall tillämpas efter en *individuell* bedömning men i andra avseenden efter en *generell* bedömning.

3.6.7 Rekvisiten är tvingande

I det praktiska rättslivet kan man stundom stöta på tanken att parterna själva skulle kunna bestämma över karaktären av det de tillskapar genom sitt avtal och alltså kunna komma överens om att upplåtelsen skall resultera i ett servitut. Som jag flera gånger påpekat i den föregående framställningen är emellertid servitutsrekvisiten ett knippe tvingade krav som rättsordningen ställer upp för att ett rättsförhållande skall få förknippas med de särskilda rättsföljder som servitutsfiguren erbjuder. Parterna kan därför genom sin överenskommelse åstadkomma

ett servitut endast om det de tillskapar håller sig inom de gränser som servitutsrekvisiten drar upp.

Även när det parterna tillskapat klart strider mot servitutsrekvisiten, kan det dock få viss betydelse att de i avtalet *kallat* den upplåtna rättigheten "servitut". Antag t ex att ägarna till två angränsande jordbruksfastigheter avtalar att den ene skall såsom "servitut" få bruka den andres åkermark. Det är då sannolikt att upplåtelsen skulle anses ha för svag anknytning till den härskande fastigheten och därför underkännas som servitut. Den skulle kanske i stället behandlas som upplåtelse av nyttjanderätt (jordbruksarrende). På vissa punkter där reglerna om jordbruksarrende är dispositiva skulle då parternas avsikt att tillskapa ett servitut kunna få betydelse. Detta kan t ex gälla rätten att överlåta arrendet, som ju är underkastad vissa begränsningar i JB 9:31. Eftersom parterna avsett servitut kan de bli anses ha menat att förvärvaren skulle ha rätt att överlåta sin rätt till åkermarken på samma sätt som en servitutshavare får överlåta sin rätt, nämligen tillsammans med sin härskande fastighet. "Servitutsavsikten" kan även få annan betydelse. Servitut upplåts ju normalt utan tidsgräns och en sådan avsikt kan intolkas så snart inget särskilt stöd finns för att viss tidsgräns är avsedd. Om nu upplåtelsen "transformeras" till jordbruksarrende, kan den omständigheten att parterna avsett servitut och även använt den beteckningen tänkas leda till att upplåtelsen anses ha skett för den längsta tid som är tillåten för jordbruksarrende, nämligen 25 år. Detta må jämföras med den dispositiva regeln i JB 9:2 st 1 p 4, enligt vilken arrendetiden anses vara fem år när upplåtelsestiden inte är bestämd i avtalet.

3.6.8 Rekvisiten idag för äldre servitut

Ännu många år efter ikraftträdandet av JB kommer flertalet servitut att vara sådana som tillskapats före 1.1.1972. Om JB inneburit genomgripande ändringar i servitutsrekvisiten skulle man ha kunnat ställas inför avsevärda övergångsproblem och fått att parallellt arbeta med två grupper av servitut för vilka olika stränga krav gällt. Eftersom emellertid reglerna i JB 14 kap, trots sin nya utformning, i stort går ut på samma avgränsning av servitut som tidigare, kan man i huvudsak räkna med samma krav, samma rekvisit, oavsett om rättsförhållandet tillskapats före eller efter 1.1.1972. Det kan därför tyckas som om man vid en prövning idag av frågan, om visst rättsförhållande skall godtas

som servitut eller ej, inte skulle behöva behandla tidpunkten för dess uppkomst som relevant. Vissa problem finns dock.

JP § 34 anger huvudprincipen, att "äldre bestämmelser" fortfarande skall gälla för servitut som upplåtits före JB:s ikraftträdande. Detta innebär att sådana äldre servitut inte blir underkastade det nya formkravet i JB 14:5. Inte heller drabbas ett äldre skogsfångs- eller betesservitut av det nya förbudet mot sådana servitut i JB 14:4. Som jag förut redovisat (ovan under 3.6.3) har emellertid ägaren av den tjänande fastigheten nu fått särskilda möjligheter att bli befriad från sådana servitut utom då de avser rätt till ved för stadigvarande bostad.

Bortsett från reglerna i JB 14:4 och 5 gäller alltså i princip samma rekvisit oavsett om servitutet upplåtits före eller efter 1.1.1972. Därmed är dock inte givet att man idag vid tillämpningen av servitutsrekvisiten, dvs då man skall ta ställning till om visst rättsförhållande skall godtas som servitut och ges den rättsfigurens särskilda rättsverkningar, skall tillämpa samma tids måttstock för en färsk upplåtelse och för en upplåtelse som skett för många år sedan. Tag t ex ett villaservitut eller ett servitut som ger en industri rätt att släppa ut avlopp i en sjö!

När man skall ta ställning till ett idag upplåtet sådant servitut, har man ju att vid totalbedömningen ta hänsyn till de värderingar och mål som nu upprätthålls för samhällets övriga insatser när det gäller markanvändningen. Som jag antytt tidigare (ovan under 3.6.5) finns det sannolikt i dagens samhälle skäl att underkänna sådana upplåtelse som servitut. Samtidigt gäller emellertid att villaservitut under början av 1900-talet framstod som ett praktiskt och värdefullt arrangemang och att servitut för industris avloppsutsläpp för 70 år sedan var accepterade och sannolikt tämligen vanliga. Den frågan inställer sig då: Skall vi idag vid bedömningen av ett sådant i äldre tid tillskatat rättsförhållande tillämpa den måttstock som var aktuell vid upplåtelse tillfället eller den måttstock som dagens samhälle erbjuder?

Detta problem tycks inte ha varit föremål för avgörande i rättspraxis och det har heller inte närmare tagits upp av lagstiftaren eller i litteraturen. Regeln i JP § 34 är inte direkt tänkt som ett svar på den frågan. Såvitt jag kan förstå måste man emellertid som måttstock vid bedömningen av de äldre servituten välja den situation som förelåg vid resp. upplåtelse. Om rättsförhållandet vid sin tillkomst verkligen var acceptabelt som servitut och om det genom beslut av inskrivningsdomaren givits sakrättsligt skydd, kan det inte vara rimligt och praktiskt att låta

den som idag köper en sådan fastighet gå fri från belastningen genom att åberopa att det inte skulle vara tillåtet att idag tillskapa ett servitut med sådant innehåll. Dagens samhällsvärdering, som kanske medför att den gamla upplåtelsen inte längre framstår som acceptabel såsom servitut, kan nu istället bli fullt tillräckligt tillgodosedd genom reglerna i FBL 7:4 och 5 om ändring eller upphävande av servitut.

Utformningen av reglerna i FBL 7:4 st 1 och 5 st 1 – som alltså möjliggör åtgärd utan att förändrade förhållanden inträtt – erbjuder på så sätt ett värdefullt instrument för att justera äldre, inte längre tidsenliga servitut. Samtidigt blir det därmed också mera acceptabelt att man vid giltighetsbedömningen av de äldre servituten fortsätter att tillämpa den måttstock som var aktuell vid resp. servituts tillkomst.

3.7 Utövning

Sedan gammalt har man framhållit att ett servitut skall utövas "civiliter" ("liberalt"), dvs utan att tynga den tjänande fastigheten mer än nödvändigt. Regeln kom till uttryck i servitutslagens § 4 och finns nu efter mindre formell justering i JB 14:6 st 1. Samma tankegång kan också uttryckas så att servitutet skall tillgodose den härskande fastighetens behov och därför skall hålla sig inom det mått som den fastighetens behov utpekar. Har omfattningen av servitutsbefogenheten inte preciserats i upplåtelsen, kan man avgöra den genom att ta reda på vad som svarar mot den härskande fastighetens behov. Den tjänande fastighetens ägare kan alltid kräva att utövningen hålls inom det måttet. Tack vare denna teknik blir det möjligt för parterna att förenkla upplåtelseavtalet. Det behöver inte sätta ut något mått på förvärvarens rättigheter. Det räcker att de anger arten av befogenhet (JB 14:5, "ändamålet med upplåtelsen") och att upplåtelsen avser "servitut" till förmån för den härskande fastigheten.

När den härskande fastighetens behov på detta sätt blir avgörande för omfattningen, kan problem uppstå om detta behov ändrar i omfattning efter det att servitutet tillskapats. Om fastighetens behov minskar, får tydligen ägaren av den härskande fastigheten finna sig i att minska sin utövning. Men hur går det om fastighetens behov i stället ökar, i vad mån måste då ägaren av den tjänande fastigheten finna sig i ökad belastning? Den frågan har tidigare kommit upp både i rättspraxis och i litteraturen.

Problemen har främst gällt servitut som gått ut på rätt att ta väg eller rätt att ta skogsprodukter eller sådana nyttigheter som vatten eller grus. Ökningen hör då ofta samman med att den härskande fastigheten delats. Det blir fler hushåll och man behöver mera bränsle, virke, vatten osv. I och för sig kan dock samma ökning i behovet uppstå utan att formell ändring i fastighetsbildningen genomförts. Nya bostadshus kan ändå uppföras eller verksamheten på den härskande fastigheten kan utvidgas. Ökningen kan emellertid lika väl uppstå genom att den härskande fastigheten används på ett nytt sätt. Tag t ex det fallet att en sommarstugeägare, som har rätt att ta gångväg över stamfastighetens gårdsplan, öppnar en kafé-rörelse på sin fastighet med resultat att 100-tals kafé-gäster varje dag behöver passera över samma gårdsplan! NJA 1962 s 704 gäller en liknande situation.

Den grundinställning som här kommit fram har varit den att den tjänande fastighetens ägare måste finna sig i en viss ökning – om han inte sett till att upplåtelseavtalet försetts med en absolut spärr genom att visst mått på servitutsbefogenhetens kvantitet satts ut. En viss tendens finns att bedöma marginalen för sådan ökning tämligen restriktivt. Man har vari positiv till ökning som hört samman med en normal utveckling på den härskande fastigheten men klart negativ till ökning som berott på ändrat användningssätt. Intressant är att se hur det i stor utsträckning går att föra in de resonemang som förekommit under ett slags tolkning av upplåtelseavtalen. Om man kan konstatera att händelseförloppet och ökningen är så som den tjänande fastighetens ägare haft anledning räkna med vid upplåtelse tillfället, ligger det ju nära till hands att anse att ökningen täcks av upplåtelsen.

Skyldigheten för den tjänande fastighetens ägare att tåla ökad belastning är nu reglerad genom JB 14:11, som enligt förarbetena är avsedd att lagfästa den inställning som tidigare vuxit fram utan stöd av särskild lagregel (Prop 1970:20 B s 739 f). Regeln går ut på att ”ändring i fastighetsindelningen” eller ”annan ändring i förhållandena” inte får leda till att den – tjänande fastigheten belastas ”utöver vad som följer av upplåtelsen”. Momentet avtalstolkning är alltså här markerat som det avgörande. Ett typiskt exempel på denna praxis finns i HDs domskäl i NJA 1982 s 69, som gällde rätt till båtplats.

Det är påtagligt hur denna regel, på samma sätt som den inledande definitionen i JB 14:1, tämligen klart anger själva principen men inte ger någon mera handfast vägledning för det individuella, kanske tvek-

samma fallet. Det blir därför tydligen i det konkreta fallet av vikt att få fram de individuella faktorer som kan tjäna som tolkningsdata när det gäller att fastställa vilken utveckling och omfattning som kan anses vara täckt av parternas avtal.

3.8 Verkan av ändrade förhållanden

Under servitutets giltighetstid kan utvecklingen på många sätt leda till ändrade förhållanden, med resultat att det kan uppstå osäkerhet om vad som skall gälla. I detta avsnitt tar jag upp några sådana problem från praxis.

Båtplatservitutet i NJA 1982 s 69 uppläts 1868 åt ett antal jordbruksfastigheter som bas för båt fart, virkesuppläggning m m för jordbruk med binäringar. Numera användes det mest för fritidsfastigheters behov av bryggor, uppläggningsplats för fritidsbåtar och parkering av bilar. De ändringarna i utövningen ansågs falla inom ramen för en naturlig utveckling och täcktes därför av servitutet. Ändringen i härskande fastighets ändamål från jordbruk till fritid godtogs.

Jaktservitutet i NJA 1981 s 733 uppläts 1896. Jordbruksdriften på den härskande fastigheten upphörde 1950. Trots att fastigheten numera i stället användes för fritid och att jakten utövades av personer som bodde på andra fastigheter i andra delar av landet, ansåg JR Hessler att servitutet kunde leva kvar och att därför ersättning borde utgå när det togs bort genom fastighetsreglering. HDs majoritet gick av processuella skäl inte in på den grundfrågan. (Se närmare nedan i avsnitt 3.8.)

Slutligen må nämnas rättsfallet NJA 1984 s 391. Ett skogsservitut belastade fastigheter ägda av skogsbolaget MoDo. Situationen liknade den i 1981 års fall. Den härskande fastigheten tillkom 1872 och fick då sedvanliga skogsrättigheter på stamfastigheten. Fram till 1963 användes den för jordbruk, därefter bara för fritid. Målet gällde att MoDo ville få bort alla servituten genom fastighetsreglering. (Se därom nedan i avsnitt 3.9.) Att härskande ändamål nu var fritid i stället för jordbruk, hindrade inte att ägaren ansågs ha rätt att tillgodogöra sig de servitutsnyttigheter som var aktuella för det nya ändamålet, nämligen att ta ved och byggnadsvirke. Att det fanns egen skog på fastigheten, hindrade inte att ägaren av den härskande fastigheten tog ut allt sitt behov från den tjänande fastigheten.

3.9 Ändring och upphävande genom fastighetsreglering

Redan i det föregående har jag på några ställen kommit in på möjligheten att genom FBLs bestämmelser om fastighetsreglering få ett servitut ändrat eller upphävt (3.6.3 och 3.6.6). Här skall nu tas upp några huvudpunkter om sådan fastighetsreglering.

Till en början må noteras att reglerna gäller inte bara tvångsservitut, t ex servitut som tillskapats som ett led i tidigare fastighetsbildningsförrättning, utan även avtalsservitut (JB 14:14). Reglerna gäller vidare inte bara nya servitut utan också servitut som tillskapats före JB:s och FBLs ikraftträdande. Särskilda restriktioner gäller för åtgärder mot vissa tvångsservitut, se FBL 7:9.

Beslut om ändring eller upphävande av servitut kan meddelas av fastighetsbildningsmyndigheten i samband med annan förrättning eller vid särskild fristående förrättning som enbart gäller den åtgärden. I det förra fallet, där alltså servitutsåtgärden ingår i ett större sammanhang, gäller som villkor endast de allmänna förutsättningarna i FBL 3 kap och 5 kap (FBL 7:6) och förrättningsmannen kan då ta upp frågan om ändring eller upphävande av servitut utan att någon ansökt därom (FBL 7:10). I det senare fallet är kraven strängare. Då måste det föreligga en ansökan, normalt av berörd fastighetsägare men någon gång av byggnadsnämnden eller av den som exproprierar mark (FBL 5:3). Utöver de allmänna förutsättningarna i FBL 3 kap och 5 kap måste då även de särskilda villkoren i FBL 7:4 eller 5 vara uppfyllda. I det följande tar jag upp några aspekter av reglerna om ändring eller upphävande genom sådan fristående förrättning.

Ändring av servitut kan t ex gå ut på att man begränsar utövningen till visst område eller flyttar den till annat område än vad parterna bestämt vid upplåtelsen. Upphävande kan gälla viss befogenhet eller hela servitutet. (FBL 7:3.) Regeln i FBL 7:3 st 1 p 2 gör att ändring endast kan avse mindre justering. Vill man ha större justering får man i stället gå på upphävande. Det är också möjligt att genom samtidiga förrättningsbeslut dels upphäva ett äldre avtalsservitut, dels tillskapa ett nytt servitut, som därvid får karaktären av tvångsservitut, och ge det samma innehåll som avtalsservitutet eller delvis annat innehåll (FBL 7:7). Vid upphävande har den härskande fastighetens ägare rätt till ersättning för sin förlust. Meningen har egentligen varit att den ersättningen skall utgå i pengar (FBL 5:10) och inte i form av markvederlag

(FBL 5:2 och Prop 1969:128 B s 337). Av rättsfallet NJA 1976 s 262 framgår dock att man i realiteten även kan uppnå markvederlag. (Jfr NJA 1990 s 408.)

Om den härskande fastigheten inte längre har behov av servitutsrättigheten – den har t ex blivit onyttig genom att fastigheten nu används för fritid i stället för jordbruk – har egentligen servitutet upphört. Det skall då inte utgå någon ersättning när det tas bort genom fastighetsreglering. Så var fallet i NJA 1982 s 69 betr rätten att ha virkesupplag och i NJA 1984 s 391 betr rätten att ta gödselämnen, näver, gårdsel och stөр. När det blir aktuellt att ett servitut tas bort genom fastighetsreglering enligt FBL 7:5 st 2, är det därför viktigt för den härskande fastighetens ägare att söka åstadkomma att beslutet motiveras med att nyttan blivit ringa i jämförelse med belastningen, dvs enligt det andra alternativet i rättsregeln. Fallet NJA 1981 s 733 visar hur den härskande fastighetens ägare överklagade enbart beslutet att ingen ersättning skulle utgå för jaktservitutet men inte beslutet att servitutet upphävdes på grund av att det inte behövdes för den härskande fastigheten. HDs majoritet menade att den grunden för det lagakraftvunna beslutet om upphävande uteslöt möjligheten till ersättning.

De särskilda villkoren för ändring eller upphävande av servitut enligt FBL 7:4 st 2 och 5 st 2 behöver ingen närmare kommentar. I båda fallen gäller det situationer där förhållandena efter servitutets tillkomst ändrats på sådant sätt att avvägningen mellan den härskandes nytta och den tjänandes belastning inte längre ger lika positivt resultat som vid servitutets tillkomst. Reglerna i FBL 7:4 st 1 och 5 st 1 erbjuder där emot vissa problem, som hör samman med att reglerna i FBL 7:4 och 5 ju inte kan tillgripas mot andra rättsförhållanden än servitut.

Regeln i FBL 7:4 st 1, till vilken FBL 7:5 st 1 hänvisar, talar om två olika situationer som kan åberopas för ändring/upphävande, nämligen att servitutet hindrar "ändamålsenligt utnyttjande av den tjänande fastigheten" och att det hindrar fastighetens "användning i enlighet med detaljplan, fastighetsplan eller områdesbestämmelser". För båda fallen är regeln så konstruerad att man skall kunna få ändring/upphävande utan att behöva åberopa och styrka att ändrade förhållanden inträtt efter servitutets tillkomst.

Här föreligger vissa komplikationer. De är minst när det gäller det andra fallet, där servitutet står i vägen för detaljplan o dyl. I den delen blir tillämpningen tämligen enkel när servitutet funnits före planen.

Regeln skrevs just med tanke på sådana fall där äldre villaservitut låg hindrande för genomförande av ny stadsplan (NJA 1942 s 308). Man kan ju då säga att tillkomsten av planen innebär att det inträffat "ändrade förhållanden" och det skulle därmed ha varit möjligt att få servitutet upphävt även om regeln i FBL 7:5 st 1 i enlighet med lagrådets förslag försetts med det villkoret. Något mera problematiskt kan det möjligen bli i de fall där servitutet tillkommit senare än planen. Man kan då tydligen hamna i den svårighet jag tidigare beskrivit (ovan under 3.6.6). Det kan då hävdas att upplåtelsen aldrig varit godtagbar som servitut, eftersom den redan från början inneburit hinder mot gällande stadsplan, och att den därför nu inte kan angripas med hjälp av reglerna i FBL 7:4 och 5. Särskilt om det gått många år sedan tillkomsten av servitutet kan man dock möjligen "rädda" situationen genom att hävda att rättsförhållandet vid upplåtelsestillfället var acceptabelt som servitut, eftersom det kom till under en tid då den enskildes intressen tillmättes högre vikt vid kollision med samhällets intressen än vad man är beredd att acceptera idag.

Motsvarande svårighet blir mera flagrant när det gäller tillämpningen av det första fallet i FBL 7:4 st 1, som ju generellt gäller den situationen att servitutet hindrar "ändamålsenligt utnyttjande av den tjänande fastigheten". Departementschefens tanke var ju här den att det uttrycket skulle ha samma innebörd som formuleringen "ändamålsenlig markanvändning" i JB 14:1. Det är ju också rationellt att låta de båda rekvisiten få identisk innebörd. Om kraven på servitut är strängare i FBL skulle annars den nya lagstiftningen kunna leda till att två fastighetsägare ena dagen tillskapar ett rättsförhållande, som uppfyller kraven för servitut i JB 14:1, och att den tjänande fastighetens ägare dagen därpå med fog kunde begära att få servitutet upphävt enligt reglerna i FBL 7:5 st 1! Med departementschefens innebörd riskerar man dock å andra sidan, som jag tidigare utvecklat (ovan under 3.6.6), att hamna i en motsägelsefull situation. Om ingen ändring i de faktiska förhållandena har ägt rum under mellantiden, kan man mena att den äldre upplåtelse, som idag inte fyller kravet på ändamålsenlighet i FBL 7:4 st 1 och JB 14:1, inte heller kan ha uppfyllt servitutskraven när den en gång tillkom. Om det alltså aldrig varit något servitut, kan nu inte heller åtgärd enligt FBL 7:4 eller 5 genomföras. I dessa fall lär det bli svårare att "rädda" situationen än i de nyss nämnda fallen av kollision med stadsplan.

Om mina analyser på denna punkt är riktiga, kommer reglerna i FBL 7:4 st 1 och 5 st 1 främst att få betydelse i situationer där ändrade förhållanden kan åberopas.

Tillämpningen av FBL 7:4 och 5 kan kräva en knepig avvägning mellan härskande och tjänande fastighets intressen. Ett färskt exempel ges i NJA 1990 s 389 där ett antal jordbruksfastigheter hade avtal som gav dem rätt till åtskilliga överfarter över järnvägen. Med den hastighet man numera vill kunna framföra tågen ansågs övergångarna vara så trafikfarliga att de hindrade en ändamålsenligt användning av järnvägsfastigheten. Övergångsservituten upphävdes därför trots att de var viktiga för dem som brukade de angränsande fastigheterna.

Sist vill jag erinra om den särskilda regeln i FBLP § 15 om upphävande av äldre skogsfångs- och betesservitut (ovan under 3.6.3). Tanken bakom den regeln, som ger särskilt stora möjligheter att få sådana äldre servitut upphäva, är ju den att det under årens lopp inträffat så stora ändringar både för skogsbruksfastigheterna och för de härskande fastigheterna att man generellt kan räkna med att det ur samhällets synpunkt är önskvärt att de servituten nu upphävs och detta trots att sådana servitut tidigare varit mycket vanliga och därtill tidigare genom olika lagregler givits särskilt skydd. Det är tydligt att skogsbrukets intressen nu vid avvägningen tillmätts en helt annan tyngd än som varit aktuellt i äldre tider. Genom ändringen i FBLP § 15 från 1.1.1979 har dock lagstiftaren senare böjt sig för en ny värdering och för vissa servitut, som avser rätt att ta ved, markerat en annan avvägning.

3.10 Upphörande

Ett servitut kan upphöra på annat sätt än genom beslut enligt FBL 7 kap. Om den mark, där den härskande utövar sitt servitut, tas ifrån den tjänande fastigheten genom fastighetsreglering och förs över till annan fastighet, leder detta till att servitutet inte längre gäller i det området (JB 7:29 st 2). Om utövningen var lokaliserad till enbart det området, kan fastighetsregleringen i realiteten innebära att servitutet upphört. I och för sig finns det dock möjlighet att som ett led i fastighetsregleringen bestämma nytt område för servitutet. Man kan också bestämma att servitutet skall gälla i den fastighet till vilken området förts över (JB 7:29 st 3). Ytterligare en åtgärd av fastighetsbildningsmyndigheten är här av intresse, nämligen sammanläggning. Om den härskande

fastigheten och den tjänande fastigheten läggs samman till en fastighet, upphör därmed servitutet. Den nybildade fastigheten har då inom sig den tillgång som den tidigare härskande fastigheten saknade. Enbart den omständigheten att den härskande och den tjänande fastigheten får samma ägare leder däremot inte till att servitutet upphör.

Ett servitut kan också upphöra genom expropriation. Märk här först regeln i ExprL 1:1 st 2, med dess möjlighet att genomföra expropriation som enbart går ut på att upphäva servitutet. Vidare gäller enligt ExprL 1:3 som huvudregel att expropriation av äganderätten till en fastighet bland annat medför att avtalservitut i fastigheten därmed upphör att gälla.

Att även annat ägarbyte på den tjänande fastigheten ibland kan leda till att ett avtalservitut upphör, framgår av reglerna om exekutiv försäljning (JB 7:16) och av reglerna om sakrättsligt skydd vid frivillig överlåtelse (JB 7:11–14).

Det är vidare självklart att ett avtalservitut kan upphöra som en direkt följd av upplåtelsens innehåll. Parterna kan t ex ha satt en klar tidsgräns eller de kan ha avtalat att servitutet endast skall gälla intill dess viss framtida händelse inträffar. Ett vägservitut kan t ex vara avtalat att gälla tills projekterad allmän väg kommer till stånd.

Men vad har ägarna av de båda fastigheter, mellan vilka ett servitut tillskapats, för möjlighet att senare genom avtal åstadkomma att servitutet upphör? Trots att tillgång till servitutet kan vara viktig för den härskande fastighetens värde och kanske rentav kan vara avgörande för den bank som har panträtt i fastigheten, råder här full frihet i fråga om avtalservitut. Att servitutet inskrivits medför här ingen skillnad. Parterna anses ändå ha makt att genom nytt privat avtal "döda" avtals-servitut. Ägaren av den tjänande fastigheten har alltså i och för sig möjlighet att genom överenskommelse med ägaren av den härskande fastigheten "köpa sig fri" från den belastning servitutet utgör. Detta är en gammal huvudregel och det har inte ansetts behövt att påpeka den i själva lagtexten (Prop 1970:20 B s 726 f).

När det gäller servitut som tillskapats som ett led i fastighetsbildning gäller motsatt princip. Att ändra eller upphäva sådant servitut skulle vara detsamma som att ändra fastighetsbildningen. Här råder därför ingen avtalsfrihet. En annan sak är att ett avtal mellan de båda fastigheternas ägare kan underlätta ett beslut om upphävande genom fastighetsreglering (FBL 7:8). Däremot kan man inte gärna tillåta parterna att

kringgå denna begränsning i avtalsfriheten genom att i stället söka upprätta ett nytt servitut av "motsatt" innehåll, dvs avtala att ägaren av den härskande fastigheten för all framtid avstår från att utöva fastighetsbildningsservitutet. Ett sådant avtal kan visserligen gälla parterna emellan. Men det kan inte godtas som servitut och ges sakrättslig verkan enligt de för servitut gällande reglerna.

Sist i avsnittet om upphörande skall jag så peka på två särskilda lagstiftningsåtgärder som berör äldre servituts giltighetstid och inteckningskydd.

Den första åtgärden gäller den principiellt intressanta lagen (1968:278) om förnyelse av vissa inteckningar för nyttjanderätt, avkomsträtt och servitut. Syftet med den lagen var att man ville rensa fastighetsböckerna från noteringar om äldre inte längre aktuella upplåtelser. Man föreskrev därför att sådan inteckning för nyttjanderätt, avkomsträtt och servitut, som beviljats före 1.1.1918, skulle upphöra att gälla om inte förnyelse begärdes senast sista inskrivningsdagen år 1970. För servitutens del berörde detta förnyelsestväng bland annat ett mycket stort antal villaservitut som tillskapats och intecknats vid början av 1900-talet. De servituten hade oftast kommit att förlora reell betydelse men det var svårt att få inteckningarna undanröjda eftersom sådant servitut kunde gälla till förmån för ett mycket stort antal fastigheter av vilka kanske många tillkommit genom fastighetsbildning efter servitutsupplåtelsen.

1968 års lag tycks ha lett till vissa förnyelser av servitut men det torde också vara ett stort antal äldre servitut, där utebliven ansökan om förnyelse lett till att inteckning upphört att gälla från årsskiftet 1970/1971.

I praktiken tycks man på sina håll ha missförstått effekten av att servitutsinteckning på detta sätt upphört. Man har trots att detta automatiskt lett till att även själva servitutsrätten upphört att gälla. Det är dock viktigt att hålla isär giltigheten av inteckningen och giltigheten av servitutsrätten. Effekten av att inteckningen upphör är ju egentligen bara att servitutet inte längre har det sakrättsliga skydd som fram till slutet av år 1970 följde med inteckningen. Servitutet löpte därmed i fortsättningen större risk än tidigare att gå förlorat i samband med ägarbyte på den tjänande fastigheten. Trots att inteckningen upphört och kanske avförts ur fastighetsboken kan dock sådant servitut mycket väl fortfarande vara bindande för ägaren av den tjänande fastigheten. Detta gäller först och

främst alla de fall där nuvarande ägaren gjort sitt förvärv före sista inskrivningsdagen år 1970, dvs medan inteckningen ännu var gällande. Även i de fall där förvärvet skett efter det att inteckningen upphört kan servitutet vara bevarat antingen genom att förbehåll gjorts om dess bestånd eller genom att förvärvet skett efter 1.1.1972 och förvärvaren varit i ond tro enligt JB 7:14.

Om servitutsrätten på något av dessa sätt fortfarande är gällande har servitutshavaren idag möjlighet att på nytt förse sitt servitut med säkrare i sakrättsligt skydd genom att ansöka om inskrivning enligt JB 23 kap. Ägaren av den tjänande fastigheten kan inte hindra sådan inskrivning enbart genom att åberopa den uteblivna förnyelsen. Som framgår av regeln i JB 7:10 kan nämligen inskrivning av giltigt servitut beviljas utan att ägaren av den tjänande fastigheten lämnar sitt medgivande. Det är inte ens givet att ägaren av den tjänande fastigheten underrättas om sådan ansökan om inskrivning. Denna mekanism belyses av rättsfallet NJA 1972 s 571. Hur går det då för servitutshavaren om han inte kan visa upp det gamla servitutets ursprungliga upplåtelsehandling? Kräver JB 23:1 att handlingen visas upp i original? Av förarbetena framgår att det anses i och för sig möjligt att få inskrivning enligt JB 23 kap beviljad även på styrkt avskrift. Eftersom en avskrift arkiverades hos domstolen när inteckningen en gång i tiden beviljades, är det lätt att få fram sådan avskrift. Om ansökningen på detta sätt grundas på avskrift, kommer IM sannolikt att enligt JB 19:10 ge ägaren av den tjänande fastigheten tillfälle att yttra sig över ansökningen. (Se Prop 1970:20 B s 677 f.)

Den andra åtgärden gäller den likartade lagen (1981:133) om förnyelse av vissa inskrivningar för nyttjanderätt och servitut. Även denna lag leder till att inskrivningar (inteckningsbeslut före 1972 och beslut om inskrivning därefter) upphört att gälla från viss tidpunkt om inte förnyelse begärts. Här gällde det att befria fastighet, som bildats av samfällad mark, från inskrivningar som gällde i resp. stamfastighet. Förnyelse skulle begäras senast sista inskrivningsdagen 1982.



Per Henrik Lindblom	Inledning till juridiken
Lindblom/Persson/Rylander	Skrivråd för jurister
Lindblom/Rylander	Att skriva uppsats
Göran Lysén	Introduktion till EG-rätten
Göran Lysén	Integration et Coopération Européennes
Malmström/Agell	Testamentsrätt
Malmström/Saldeen	Förmynderskapsrätt
Malmström/Saldeen	Successionsrätt I
Nils Mattsson	Mervärdeskatt. En introduktion
Nils Mattsson	Skattepolitik. En introduktion
Mellqvist/Persson	Fordran och skuld
Alvar Nelson	Kriminalpolitik och ingripanden vid brott
Kerstin Osterman	Skadeförsäkringar i EG
Torsten Seth	Internationella affärstvister
Tore Sigeman	Semesterrätt
Gunnel Stenberg	Non-expulsion and Non-refoulement
Ivar Strahl	Makt och rätt
Stig Strömholm	Lag och lyra
Erik Waller	AGL. Lärobok om arvs- och gåvoskatt
Erik Wennerström	Några främmande staters politiska system
Lotta Westerhäll	Socialrätt. Introduktion till några förvaltningsrättsliga områden

Förlagets titlar kan beställas i bokhandeln eller genom

IUSTUS KUNDTJÄNST

Östra Ågatan 9

753 22 Uppsala

Tel 018 – 69 30 91

Fax 018 – 69 30 99

Samtidigt som svensk fastighetsrätt i modern tid på olika vis begränsat ägarens rätt att använda sin fastighet, upprätthålls sedan gammalt principen att man skall skydda fastigheterna mot att de blir för tungt belastade genom *nyttjanderätt* eller *servitut*. Detta arbete, som främst tar sikte på reglerna om servitut, inleds därför med ett avsnitt om dessa skyddsregler för vad författaren kallar "fastighetens frihet". Därefter går framställningen närmare in på de olika krav man i svensk rätt ställt upp för att ett rättsförhållande skall få godtas som servitut och leda till den rättsfigurens speciella rättsverkningar. Reglerna om utövning, ändring och upphörande tas också upp. Arbetet söker, främst med hjälp av lagreglerna, förarbeten och rättspraxis, ge en bild av vad som gäller idag.

Framställningen är närmast avsedd som lärobok för dem som för jur.kand.examen studerar fastighetsrätt, inom ämnet Civilrätt C eller på andra stadier i utbildningen. Den torde också vara av intresse för praktiskt verksamma jurister.

Arbetet utkom i en första upplaga 1979 men har nu omarbetats så att den täcker rättsläget 1990.

Sten Hillert, som varit professor i civilrätt vid Uppsala universitet sedan 1963, leder sedan 1989 Institutet för fastighetsrättslig forskning.