

Nordisk Miljörättslig Tidskrift



Nordic Environmental Law Journal

2016:1

www.nordiskmiljoratt.se

Nordisk Miljörättslig Tidskrift/Nordic Environmental Law Journal 2016:1

ISSN: 2000-4273

Redaktör och ansvarig utgivare/Editor and publisher: Gabriel Michanek

Webpage <http://www.nordiskmiljoratt.se/omtidskriften.asp> (which also includes writing instructions).

Till
Bertil Bengtsson
90 år

Redaktörer: Gabriel Michanek & Eivind Torp

Förord

Detta nummer av Nordisk miljörettslig tidskrift är ett specialnummer för att hylla Bertil Bengtsson i samband med att han fyllde 90 år i maj 2016.

Bertil Bengtsson har en unik ställning inom svensk rättsvetenskap. Han har varit aktiv på en rad områden inom det svenska rättsväsendet; som justitieråd i Högsta domstolen, som enmansutredare eller expert i en lång rad offentliga utredningar (i vitt skilda frågor), som författare till en rad böcker och vetenskapliga artiklar och som professor vid flera lärosäten. När dessa rader skrivs är Bertil fortfarande aktiv som professor i rättsvetenskap. Många av de som medverkar i detta nummer tillhör vad man kan kalla andra, eller tredje generationens studenter för Bertil. Detta är vårt sätt att hylla honom som lärare, handledare och människa.

Att Bertil har en imponerande arbetskapacitet kan många av oss intyga. Under tiden han har varit verksam vid universiteten – i Stockholm, Uppsala, Lund och Luleå – har han återkommande tagit på sig andra, tidvis mycket krävande uppdrag. Trots det har han i alla lägen tagit sig tid att kommentera kollegors arbeten när det har efterfrågats. Kloka synpunkter och noggsamt anförda kommentarer kommer alltid med vändande post. De flesta av oss tänker med värme tillbaka på stunder då en fråga från Bertil har besvarats på ett sätt som har fått honom att titta vänligt tillbaka på en och säga: "Ja det var en originell tanke, du kanske kan utveckla den lite närmare". Vid sådana tillfällen har man fått anledning att fundera mer noggrant över vad som visade sig vara en förhastad slutsats. Bertil har på så sätt – befriad från vetenskaplig prestige, men med stringens och skärpa – förmedlat ett dialektiskt förhållningssätt till juridikens ibland svårfångade begrepp och resonemang.

I denna specialutgåva finns bidrag inom två områden där Bertil Bengtsson har varit särskilt aktiv: samerätt och miljörett.

Under tiden som justitieråd var Bertil referent i det så kallade skattefjällsmålet. Målet var då (1981) det mest omfattande som HD hade behandlat – huvudförhandlingen pågick sex månader. Målet blev startpunkten för Bertils intresse för samiska rättsfrågor. Rättsområdet rymmer en rad frågor av juridisk komplexitet och snårig lagstiftning, vilket var en utmaning för Bertil med tanke på hans känsla för rätts-

reglers logiska struktur och rättsliga principer om förutsebarhet. En rad vetenskapliga artiklar och en egen bok på området gjorde att Bertil lämnade de väsentligaste bidragen till att samerätt har etablerats som ett eget rättsområde.

1970 publicerade Bertil skriften Miljörätt. Det var ett litet grönt häfte som inte gjorde några avtryck på tentamensfrågorna inom ämnet speciell fastighetsrätt (Civilrätt II), men boken väckte ett starkt intresse för det nya ämnet hos många studenter på juristutbildningen och på kurser utanför denna. Med sitt stora intresse för miljörätten och miljöfrågorna har Bertil i olika arbeten behandlat ämnet såväl i övergripande systematiska framställningar (exempelvis Speciell fastighetsrätt och Miljöbalkens återverkningar) som i fördjupningar i olika frågor om miljöskadestånd, ersättningsrätt m.m. Hans förmåga att relatera miljörätten till andra mer traditionella juridiska ämnen är unik i Sverige.

Vi vill genom detta specialnummer uttrycka vår tacksamhet för det arbete Bertil har utfört på dessa rättsområden och för den inspirationskälla han har varit för oss. Och vi har gott hopp om framtiden. Vad Bertil sa i en intervju i samband sin 85-årsdag gäller säkert också nu: "Jag försöker nog hålla på så länge jag kan, det gäller att inte slöa till i hjärnan. Och att skriva om juridik känns faktiskt nyttigare än att spela schack".

Tack Bertil!

Gabriel Michanek & Eivind Torp, redaktörer

Innehåll

Förord ... 5

Författarna ... 9

Anna Christiernsson och Gabriel Michanek; **Miljöbalken och fisket** ... 11

Jonas Ebbesson; **Miljöansvar och preskription: en fråga om mänskliga rättigheter** ... 29

Ulrika Geijer; **Vem "äger" renskötselrätten? Juridik, historia och en liten skvätt nationalekonomi** ... 41

Marie B. Hagsgård; **Samråd och hänsyn för renskötseln i skogsbruket** ... 49

Andrea Hjärne Dalhammar och Carl Dalhammar; **Fallet Sundland: Rättsliga frågeställningar vid bortscaffande av båt** ... 61

Christina Hörnberg Lindgren; **Miljöbedömningar av planer och program i syfte att integrera miljöaspekter. En hållbarhetsstrategi utan krav på strategi?** ... 73

Annika Nilsson; **Om riskhantering, osäkerhet och okunskap i kemikalielagstiftningen – exemplet nanomaterial** ... 83

Christina Olsen Lundh och Joen Morales; **Strandliv** ... 97

Maria Pettersson och Susana Goytia; **The role of the precautionary principle and property rights in the governance of natural resources in Sweden** ... 107

Caroline Strömberg; **Om naturens skyddsvärde i miljöbalkens portalparagraf** ... 123

Eivind Torp; **Oklarhet som rättslig norm. Om de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske ...** 133

Filippo Valguarnera; **Allemansrätten: en internationell förebild? ...** 147

Charlotta Zetterberg; **Hur säkert är det att bedriva ekologiskt jordbruk? Om samexistens i jordbrukslandskapet ...** 161

Författarna

Anna Christiernsson. Jur. dr i miljö- och naturresursrätt. Forskare vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

Carl Dalhammar. Teknologie dr. Universitetslektor vid Internationella miljöinstitutet, Lunds universitet.

Jonas Ebbesson. Professor i miljö rätt. Föreståndare för Stockholms miljörettscentrum och dekan vid Juridiska fakulteten, Stockholms universitet.

Ulrika Geijer. Chefsrådmann vid Förvaltningsrätten i Malmö.

Susana Goytia. Doktorand i miljö- och naturresursrätt vid Rättsvetenskapliga enheten, Institutionen för ekonomi, teknik och samhälle, Luleå tekniska universitet.

Marie B. Hagsgard. Konsult. Tidigare arbetat som domare och som sekreterare i Minoritetsspråksutredningen, ILO-utredningen och Rennäringspolitiska kommittén.

Andrea Hjärne Dalhammar. Stadsjurist vid Malmö Stad.

Christina Hörnberg. Jur. dr i miljö rätt. Ägare av och verksam vid Environmental Law and Development SWE AB, Stockholm.

Gabriel Michanek. Professor i miljö rätt vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

Joel Morales. Tekniskt råd vid Mark- och miljödomstolen, Vänersborgs tingsrätt.

Annika Nilsson. Professor i offentlig rätt vid Juridiska institutionen, Lunds universitet.

Christina Olsen Lundh. Jur. dr i miljö- och naturresursrätt. Rådman vid Mark- och miljödomstolen, Vänersborgs tingsrätt.

Maria Pettersson. Docent i miljö- och naturresursrätt. Biträdande professor vid Rättsvetenskapliga enheten, Institutionen för ekonomi, teknik och samhälle, Luleå tekniska universitet.

Caroline Strömberg. Universitetsadjunkt vid Rättsvetenskapliga enheten, Institutionen för ekonomi, teknik och samhälle, Luleå tekniska universitet.

Eivind Torp. Docent i juridik. Universitetslektor vid Avdelningen för Ekonomivetenskap och juridik, Mittuniversitetet, Östersund.

Filippo Valguarnera. Docent i rättsvetenskap. Universitetslektor vid Juridiska institutionen, Göteborgs universitet.

Charlotta Zetterberg. Professor i miljö- och naturresursrätt vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet.

Miljöbalken och fisket

Anna Christiernsson och Gabriel Michanek

1. Inledning

I ett tal i London år 1883 framhöll den välrenommerade brittiske biologen Tomas Huxley (lärling till Charles Darwin) att fiskeresurserna är outsinliga, att inget av det vi gör kan allvarligt påverka fiskebeståndens storlek och att det därför är meningslöst att reglera fisket.¹ Tyvärr hade Huxley fel. I flera av Jordens havsområden hotar fisket fiskbestånden.² Så är det också inom EU:s vatten.³ Under decennier har EU:s ministerråd tillåtit uttag som klart överskrider vetenskapliga rekommendationer,⁴ detta trots att många fiskbestånd inte anses vara inom säkra biologiska gränser.⁵ Överfisket sker genom färre men allt effektivare fiskefartyg, som paradoxalt nog har varit kraftigt subventionerade på grund av minskad lönsamhet.⁶ Detta är dessvärre ett alldeles

utmärkt exempel på ohållbar utveckling, där skador på den ekologiska basen (fiskbestånden och det marina ekosystemet) i ett långsiktigt perspektiv rycker undan förutsättningar för kommande generationers ekonomiska verksamhet (fisket) och därmed de sociala värden (arbetstillfällena m.m.) som direkt och indirekt hör till fiskerieringen. Tillgången till den viktiga födan fisk kommer att bli knapp om utvecklingen fortsätter.

Överfisket hotar dock inte bara bestånden av den art som är målet med fisket, utan indirekt även andra arter i samma näringsväv, alltså olika komponenter inom ett ekosystem. Förändringar i ekosystemet på grund av fiske kan även leda till övergödning, eftersom ett alltför stort uttag av vissa fiskarter (särskilt toppredatorer) kan påverka balansen i näringsväven.⁷ Vidare skadas ekosystemet vid bifångster av andra fiskarter och marina däggdjur och av fysiska ingrepp i livsmiljöer på havsbotten i samband med bottenräddning, en verksamhet som även kan orsaka vattenförorening om miljögifter frigörs.

Konflikterna mellan det kommersiella fiskets kortsiktiga ekonomiska intressen och olika miljöskydds- och bevarandeintressen rör förstås även fiske i svenska vatten, oavsett om det sker genom svenska eller utländska fartyg. Den rätts-

¹ "I believe, then, that the cod fishery, the herring fishery, the pilchard fishery, the mackerel fishery, and probably all the great sea fisheries, are inexhaustible; that is to say, that nothing we do seriously affects the number of the fish. And any attempt to regulate these fisheries seems consequently, from the nature of the case, to be useless"; Thomas Huxley, *Inaugural address*, Fisheries Exhibition, London 1883.

² Enligt IUCN (2015). *European Red List of Marine Fishes*, är 90 procent av världens hav är överfiskade.

³ Kommissionen bedömde att i genomsnitt 79 % av bestånden var överfiskade under perioden 2005–2012; European Commission, *Communication from the Commission to the Council concerning a consultation on Fishing Opportunities for 2013*, 7.6.2012, COM(2012) 278 final, s. 3.

⁴ A.a., s. 12.

⁵ *Green Paper, Reform of the Common Fisheries Policy*, EU Commission 22.4 2009, COM (2009)163 final, s. 7.

⁶ A.st. Se även M. Salomon and K. Holm-Müller, *Towards a sustainable fisheries policy in Europe*, in *Fish and Fisheries* 2012, "onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/faf.12009/pdf", 8 f.

⁷ Om sambandet mellan vattenkvalitet och fiske från ett ekosystemperspektiv, se Michanek G och Christiernsson A; *Adaptive Management of EU Marine Ecosystems – About Time to Include Fishery*, *Environmental Law*, Stockholm Institute for Scandinavian Law (*Scandinavian Studies in Law*) 2014, 201–240 (nedan: Michanek och Christiernsson), avsnitt 1 och de naturvetenskapliga publikationer som där återopas.

liga utgångspunkten för yrkesfisket i Sverige är EU:s förordning om den gemensamma fiskeripolitiken ("Grundförordningen för fiske"),⁸ som styr bl.a. ministerrådets beslut om nationella fångstkvoter för olika fiskarter. De mer specifikt svenska fiskefrågorna regleras med utgångspunkt i fiskelagen (1993:787) som, vid sidan av civilrättsliga bestämmelser om rådighet över fiske-resurserna, innehåller restriktioner för hur fisket får utföras, bl.a. med hänsyn till fiskevården och miljön. Vid sidan av fiskelagen finns miljöbalken (1998:808, MB), som ska främja en hållbar utveckling. För detta ändamål ska miljöbalken tillämpas så att bl.a. biologisk mångfald bevaras, naturresurser utnyttjas effektivt och miljön skyddas mot förorening och andra störningar. Miljöbalken är övergripande och omfattar därmed fiske bland många andra verksamheter och åtgärder som kan påverka genomförandet av balkens mål.

Den övergripande frågan i denna artikel är om regleringen av fisket enligt fiskelagen och miljöbalken är samordnad så att kontrollen blir ändamålsenlig från miljösynpunkt. För att svara på denna fråga utreds hur fiskelagen hanterar miljöfrågor, men tyngdpunkten ligger på frågan hur fiske regleras i miljöbalken och hur balkens krav kan genomdrivas i praktiken. Miljöbalkens roll vid kontroll av fiske har inte utretts närmare inom rättsvetenskapen, samtidigt som fiskets miljöpåverkan är en alltmer omdiskuterad fråga. Vidare analyseras skillnader mellan fiskelagen och miljöbalken som får betydelse när tillämpningsområdena överlappar. Avslutningsvis diskuteras på en övergripande nivå hur lagstiftningen skulle kunna samordnas i framtiden.

Artikeln behandlar alltså den svenska fiskelagstiftningen och miljöbalken. Internationella

överenskommelser⁹ och EU-rättsakter som rör fiske, naturvård och förvaltning av vattenresurser,¹⁰ analyseras inte närmare här (en kort beskrivning av EU:s gemensamma fiskeripolitik ges i avsnitt 2.2), men det finns flera kopplingar till EU-rättsakter i analysen av de svenska reglerna. Vidare behandlas endast yrkesfiske (inte fritidsfiske), och bara när detta sker på allmänt vattenområde. I uppsatsen analyseras inte frågan under vilka förutsättningar ersättning ska utgå på grund av olika restriktioner mot fiske.¹¹

Artikeln anknyter till Bertil Bengtssons mångåriga och avgörande forskning inom miljö-rätten, inte minst kring reglerna om användningen av naturresurser och skyddet för naturvården.

2. Lagstiftning som reglerar fiskets miljöpåverkan

2.1 Inledning

I detta avsnitt beskrivs kortfattat vilka miljökrav som kan bli aktuella vid fiske enligt miljöbalken respektive den nationella fiskelagstiftningen samt vad som gäller när lagstiftningarna överlappar utan att förhållandet mellan författningarna är specifikt reglerat. Avsnittet beskriver

⁹ Internationella konventioner och avtal med relevans för fiske är t.ex. Havsrättskonventionen (UNCLOS), samt tillhörande Avtal om bevarande och förvaltning av gränsöverskridande och långvandrande fiskebestånd (Fiskebeståndsavtalet) och Konventionen om biologisk mångfald (CBD).

¹⁰ Vid sidan av EU:s förordning om den gemensamma fiskeripolitiken ska nämnas Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättandet av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (Ramvattendirektivet), Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/56/EG av den 17 juni 2008 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på havsmiljöpolitikens område (Havsmiljödirektivet) och Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj 1992 om bevarande av livsmiljöer samt vilda djur och växter (Art- och habitatdirektivet).

¹¹ Ersättning för restriktioner i samband med visst fiske i enskilt vatten behandlades i NJA 2014 s. 332. Se även Bengtsson B; "Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten", *SvJT* 2014, s. 314 ff.

⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1380/2013 av den 11 december 2013 om den gemensamma fiskeripolitiken.

först fiskelagstiftningen, inklusive den ram som ges av EU:s gemensamma fiskeripolitik och fortsätter sedan med att redogöra för hur fiske berörs av de övergripande materiella miljökraven i miljöbalken (allmänna hänsynsreglerna och innehållsbestämmelserna) och av systemet för prövning och kontroll enligt miljöbalken. Syftet med avsnittet är att ge en bakgrund till den fördjupade analysen i avsnitt 3 av vilka miljökrav som kan aktualiseras mot fiske enligt miljöbalken och/eller fiskelagstiftningen i samband med krav på fiskevård, naturvård respektive skydd för vattenkvalitet.

2.2 Kort om den gemensamma fiskeripolitiken

Ramarna för medlemsstaters utrymme att reglera fisket följer av EU:s Grundförordning för fiske som anger fiskeripolitikens målsättning och de instrument som ska tillämpas för att genomföra det uppsatta målet. Eftersom EU har exklusiv kompetens inom den del av den gemensamma fiskeripolitiken som handlar om bevarandet av havets resurser, kan medlemsstater vidta åtgärder mot fiske endast i de fall det finns ett bemyndigande från EU. Sådant bemyndigande finns t.ex. för att genomföra fiskevårdsåtgärder, kustnära åtgärder samt åtgärder för att genomföra vissa miljökrav som följer av vissa miljödirektiv. Genom den nya Grundförordningen för fiske har tydliggjorts att åtgärder för att genomföra miljökrav som följer av Art- och habitatdirektivet, Fågeldirektivet och Havsmiljödirektivet kan genomföras mot nationella eller utländska fiskerifartyg inom hela den ekonomiska zonen under särskilda förutsättningar (bland annat ska särskilda förfaranden tillämpas). Detta har beskrivits utförligt i andra arbeten och beskrivs därför inte närmare här.¹²

¹² Se Christiernsson A, Michanek G och Nilsson P; Marine Natura 2000 and Fishery – The Case of Sweden.

2.3 Fiskelagen

I den svenska ekonomiska zonen gäller den nationella fiskelagstiftningen, som utgörs av fiskelagen (1993:787) och förordningen (1994:1716) om fisket, vattenbruket och fiskerinäringen (fiskeförordningen) samt myndighetsföreskrifter. Havs- och vattenmyndigheten (HaV) har det centrala sektorsansvaret och ska bl.a. verka för en "hållbar förvaltning av fiskeresurserna".¹³ Lagstiftningen innehåller flera skyddsinstrument. Dessa har i huvudsak två syften, nämligen att främja fiskevård respektive att skydda naturen. De fiskevårdande föreskrifterna kan innebära restriktioner när det gäller vilka fiskarter som får fångas (arterna mal och flodpärlmussla får inte fångas någonstans i Sverige). Fiske kan också begränsas inom vissa vattenområden eller för vissa ändamål.¹⁴ Vidare finns restriktioner som gäller användningen av fiskerifartyg, fiskemetoder (t.ex. förbud att använda gift och sprängämnen) och fiskeredskap (såsom minimimått i nätmaskor). Vissa fiskarter måste ha visst minimimått för att få behållas. Föreskrifter om naturvård kan exempelvis meddelas för att hindra skadlig bottenträning i ett känsligt och för reproduktionen betydelsefullt område.¹⁵ I motiven framhålls att det då handlar om restriktioner som inte direkt har med fiskevården att göra.¹⁶ Fiskelagstiftningen innehåller också bemyndiganden att föreskriva en "analys av vilken inverkan fiskemetoder eller utsättning av fiskarter har på miljön".¹⁷

Journal for European Environmental and Planning Law. 12:1, 2015, s. 22–49. (nedan Christiernsson et al.).

¹³ 2 § förordningen (2011:619) med instruktion för Havs- och vattenmyndigheten.

¹⁴ 2 kap. 7 § fiskeförordningen. Exempelvis utfärdade HaV föreskrifter under 2015 med fiskestopp för torsk och lax i vissa havsområden.

¹⁵ 20 § 1 st. fiskelagen.

¹⁶ Prop. 1992/93:232, s. 44.

¹⁷ 20 § 2 st. fiskelagen.

Även om det kan vara svårt i praktiken att avgöra om en åtgärd syftar till fiskevård eller till naturvård (eftersom det inte går att dra en skarp gräns mellan dessa syften), har det betydelse rättsligt vilket av de två ändamålen som en föreskrift ska reglera.¹⁸ Om nämligen föreskriftens syfte är naturvård får kravet inte vara "så ingripande att fisket avsevärt försvåras". Av motiven framgår att fiskelagen på detta sätt harmoniseras med reglerna om naturvårdshänsyn i skogsvårdslagen (1979:429), lagen (1979: 425) om skötsel av jordbruksmark (numera upphävd) och rennäringslagen (1971:437). En skillnad är att naturvårdshänsynen i dessa lagar tar sikte på "pågående" markanvändning (inklusive vattenområden), medan 20 § fiskelagen omfattar naturvårdshänsyn vid allt fiske, oavsett om detta ska ses som pågående eller ändrad markanvändning. Dock används även i dessa författningar uttrycket "avsevärt försvårande", som i rättskällorna har ansetts som en mycket låg tröskel. I äldre förarbeten anges att intrånget inte i något fall får bli mer än "bagatellartat".¹⁹ Detta synsätt stämmer ganska väl överens med ett uttalande i propositionen till lagändringen i fiskelagen, nämligen att föreskrifterna inte är avsedda "att utnyttjas i vidare mån än att ett rationellt fiske, om än i anpassad form, kan utövas i normal omfattning på platsen".²⁰ Man kan dock argumentera för att uttrycket "avsevärt försvårande" inrymmer mer betydande ingripanden med hänsyn till att de faktiska förhållandena vid

fiske är helt andra än vid exempelvis jord- och skogsbruk, där markanvändningen är knuten till ett visst avgränsat geografiskt område. Inom yrkesfisket är det tvärtom vanligt att båtarna rör sig över relativt stora arealer, varför skydd för en viss del av ett stort allmänt vattenområde skulle kunna ses som ett ganska litet intrång och inte som "avsevärt försvårande". Så har förmodligen även HaV sett på frågan i en vägledning till regeln i fiskelagen.²¹

Vidare sägs i motiven till fiskelagsregeln att om det finns skäl att i beståndsbevarande syfte att allmänt inskränka fisket på en plats bör detta istället ske med stöd av föreskrifter för fiskevården eller med stöd av naturvårdslagen (1964:822),²² som idag motsvaras av vissa bestämmelser i miljöbalken²³ och underordnade författningar. Här har lagstiftaren uppenbart menat att fiskelagsstiftningen inte alltid räcker och att miljöbalken (numera) är ett komplement.

2.4 Miljöbalken

2.4.1 Miljömålen och fisket

Det övergripande målet i miljöbalken, att främja en hållbar utveckling,²⁴ är klart relevant i förhållande till fiskeverksamhet, eftersom uttaget av fisk måste ske i ett långsiktigt perspektiv som säkerställer tillräckliga fiskbestånd och fungerande ekosystem för kommande generationer.²⁵ Även de mer specifika målen i miljöbalken har på olika sätt betydelse i samband med fiske. Exempelvis ska miljöbalken tillämpas så, att hälsa och miljö skyddas mot olika slags påverkan, att

¹⁸ Även om åtgärden omedelbart syftar till att skydda akvatiska arter och livsmiljöer på grund av deras värde för den biologiska mångfalden, kan åtgärden även ha betydelse för populationsutvecklingen hos fiskarter i samma ekosystem, även sådana som är kommersiellt intressanta. Omvänt kan en restriktion med primärt fiskevårdande syfte få effekter på ekosystemet.

¹⁹ Bet. 1986/87:BoU1, s. 150 (skogsbuket) och s. 151 (jordbruket). Se även prop. 1997/87:45, s. 556 och Michanek G och Zetterberg C; *Den svenska miljörätten*, tredje upplagan 2012, Iustus, s. 434 f (nedan Michanek och Zetterberg).

²⁰ Prop. 1992/93:232, s. 44 f. samt 68.

²¹ Havs- och vattenmyndigheten, *Vägledning – reglering av fiske i skyddade områden*. Havs- och vattenmyndighetens rapport 2013:13, s. 18 (Nedan HaV:s vägledning 2013). Mycket stora skyddade områden tas upp som ett exempel på en åtgärd som kan antas medföra avsevärt försvårande av fiskets bedrivande på allmänt vatten.

²² Prop. 1992/93:232, s. 44.

²³ Främst 7–8 kap och 12:6 MB.

²⁴ 1:1 1 st. MB.

²⁵ Jfr ovan avsnitt 1.

den biologiska mångfalden bevaras och att hushållning med råvaror (t.ex. fisk) främjas.²⁶ Flera av riksdagens miljömål har också kopplingar till fisket, såsom "ett rikt växt- och djurliv" och "hav i balans samt levande kust och skärgård". För att genomföra de lagligt reglerade och riksdagspolitiska miljömålen används flera rättsliga instrument i miljöbalken.

2.4.2 Allmänna hänsynsreglerna och fisket

Med några få undantag gäller de allmänna hänsynsreglerna för "alla" som ansvarar för en verksamhet eller åtgärd, bl.a. den som fiskar eller ska börja fiska. Fiskaren ska iaktta de skyddsåtgärder, begränsningar och andra försiktighetsmått som behövs mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Till detta hör att skaffa sig kunskaper om fiskets omfattning och art i syfte att skydda miljön mot negativa effekter.²⁷ Yrkesfiskaren ska även använda "bästa möjliga teknik".²⁸ Begreppet teknik är brett och omfattar exempelvis frågor om val och användning av fiskeredskap, framförande av fartyg och hantering av fisken när den tagits upp. När kemikalier används i fiskeverksamheten ska skadliga sådana undvikas om de kan ersättas med mindre skadliga.²⁹ En särskild hänsynsregel kräver hushållning med råvaror, såsom fisk.³⁰ Vidare krävs att fiskaren väljer en plats för fisket "som är lämplig med hänsyn till att ändamålet ska kunna uppnås med *minsta* intrång och olägenhet för människors hälsa och miljön" (författarnas kursivering), alltså i princip den bästa platsen från miljösynpunkt.³¹ De olika hänsynskraven får dock inte vara så långtgående att de blir orimliga för fiskaren och här ska särskilt beaktas miljö-

nyttan av kraven jämfört med kostnaderna för att följa dessa.³²

Även om fiskaren iakttar kraven ovan, är fisket inte tillåtet om det finns risk för att en "olägenhet av väsentlig betydelse" kan uppkomma.³³ Tröskeln för att denna stoppregel ska aktualiseras är hög; de allmänna hänsynsreglerna syftar främst till att miljöpåverkan ska motverkas med olika försiktighetsmått, medan stoppregeln ska tillämpas "i sista hand".³⁴ Det är dock fullt möjligt att fiske i ett enskilt fall är förbjudet om det trots försiktighetsmått finns risk för att exempelvis höga biologiska värden kan skadas.

Försiktighetsprincipen gäller vid tillämpning av de allmänna hänsynsreglerna. Den innebär att kraven på olika försiktighetsmått aktualiseras redan när det finns "skäl att anta" att en skada eller olägenhet för hälsa eller miljön kan uppkomma.³⁵ Vid fiske kan det vara fråga om indirekta, inte säkra effekter i ekosystemet. Exempelvis kanske fiske efter en viss fiskart inte äventyrar beståndet av denna art, men om uttaget indirekt kan antas påverka bestånd av andra, hotade arter inom samma näringsväv, så innebär försiktighetsprincipen att de allmänna hänsynsreglerna ska tillämpas.³⁶ Det är fiskaren (verksamhetsutövaren) som för att undgå krav, enligt en omvänd bevisbörda, måste visa att det inte finns skäl att anta att skada eller olägenhet kan uppkomma i det särskilda fallet.

En följd av försiktighetsprincipen är, att det är fiskaren som i en eventuell konflikt med en miljömyndighet måste visa att fisket uppfyller

²⁶ 1:1 2 st. MB.

²⁷ 2:2 MB.

²⁸ 2:3 MB.

²⁹ 2:4 MB.

³⁰ 2:5 MB. Se vidare nedan avsnitt 3.1.

³¹ 2:6 1 st. MB.

³² 2:7 1 st. MB.

³³ 2:9 MB. Regeringens möjlighet att ge dispens vid "särskilda skäl" (2:9) kan knappast aktualiseras på fiske.

³⁴ Prop. 1997/98:45 I, s. 237.

³⁵ Lagtexten i 2:3 MB och prop. 1997/98:45, I, s. 209 f.

³⁶ 2:3 MB. Se närmare om försiktighetsprincipen i miljöbalken, Michanek, G; Sweden. In *Implementing the Precautionary Principle. Approaches from the Nordic Countries, EU and USA* (ed. de Sadeleer), Earthscan 2007.

kraven i de allmänna hänsynsreglerna.³⁷ Indirekt leder detta till att fiskaren kan behöva undersöka och sedan visa att alternativa försiktighetsmått, eller alternativa platser att bedriva fisket på, är antingen sämre från miljösynpunkt eller orimliga med hänsyn till kostnader m.m.

2.4.3 Hushållningsbestämmelserna och fisket

De så kallade "hushållningsbestämmelserna" inverkar främst på valet av plats för en verksamhet. Reglerna gäller vid sidan av de allmänna hänsynsreglerna och får störst betydelse när ett mark- eller vattenområde är av "riksintresse" för visst ändamål. Ett vattenområde kan exempelvis vara av riksintresse på grund av dess naturvärden enligt de grundläggande hushållningsbestämmelserna.³⁸ I de särskilda hushållningsbestämmelserna har bl.a. skärgårdar och kuster utsetts som riksintresse på grund av deras natur- eller kulturmiljövärden.³⁹ Ett gemomgående krav i hushållningsbestämmelserna är att ett riksintresseområde som huvudregel inte får "påtagligt" skadas eller motverkas.⁴⁰

Till skillnad mot de allmänna hänsynsreglerna gäller inte hushållningsbestämmelserna direkt mot enskilda utan de ska tillämpas av domstolar och myndigheter vid tillståndsprövning, planläggning och vissa andra beslut. Det finns ingen hänvisning till att hushållningsbestämmelserna ska tillämpas vid licensprövning eller andra beslut enligt fiskelagen. Däremot ska reglerna tillämpas vid vissa beslut enligt miljöbalken, exempelvis om någon ska utföra en fiskeåtgärd och det finns risk för "väsentlig ändring" i naturmiljön, varvid samråd krävs

med länsstyrelsen, som då har rätt att meddela förelägganden eller förbud för att motverka skador, liksom om kommunal nämnd förelägger om att tillstånd ska sökas för fiske som utgör "miljöfarlig verksamhet".⁴¹ Hushållningsbestämmelserna tillämpas dock endast vid "ändrad" och inte vid "pågående" markanvändning (eller vattenanvändning). Begreppet "pågående markanvändning" är delvis svårtolkat.⁴² Här måste man ta hänsyn till de särskilda förutsättningarna vid yrkesmässigt fiske på *allmänt* vatten, som ju avviker från exempelvis jord- och skogsbruk, där verksamheten är knuten till ett visst markområde, och även från fiske som sker på enskilt vatten. Om någon med nödvändig "fiskelicens" och "personlig fiskelicens"⁴³ fiskar inom allmänt vattenområde bör det enligt vår mening inte bedömas som ändrad markanvändning om fiskaren vill fiska i en annan del av det allmänna vattenområdet, eftersom ett sådant förfarande är normalt och naturligt för fiskenäringen. För den som planerar att påbörja fiskeverksamhet är det däremot fråga om ändrad markanvändning, vilket stärks av att fiskaren behöver licenser innan verksamheten får påbörjas. Detsamma bör gälla när en ny fiskelicensprövning ska ske efter högst fem år⁴⁴ och det då skulle kunna bli aktuellt tillåta fiske i nya områden. Om exempelvis samrådsregeln skulle aktualiseras i sådana situationer ska hushållningsbestämmelserna tillämpas och, som sagt, dessa får då störst betydelse om ett område är av riksintresse.

³⁷ 2:1 MB.

³⁸ 3:6 2 st. MB. Ett vattenområde kan även anses vara av riksintresse för yrkesfiske och då i viss utsträckning skyddas mot ingrepp som kan skada området; 3:5 2 st. MB.

³⁹ Särskilda, varierande krav gäller för dessa riksintresseområden enligt 3:2–7 MB.

⁴⁰ Se närmare Michanek och Zetterberg, s. 43.

⁴¹ 2:6 2 st. jft med 12:6 MB respektive 9:6a. Se följande delavsnitt om dessa prövningar.

⁴² Se närmare Westerlund B, *Naturvård och pågående markanvändning. En undersökning av naturvårdslagens ersättningsregler*. Liber 1980 och Michanek och Zetterberg, avsnitt 22.2.2.

⁴³ 19–20 §§ fiskeförordningen.

⁴⁴ 12 § Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter (HVMFS 2014:19) om licens och tillstånd för yrkesmässigt fiske i havet.

2.4.4 Prövning och tillsynskontroll av fisket

Tillståndsprövning av fiske

Inga fiskeåtgärder är *generellt* tillståndspliktiga enligt miljöbalken, däremot kan prövning av fiske aktualiseras i *vissa situationer*. Om en fiskeåtgärd på ett betydande sätt kan påverka naturvärden som skyddas i ett marint Natura 2000-område, krävs tillstånd av länsstyrelsen, och i det sammanhanget även en miljökonsekvensbeskrivning (MKB).⁴⁵ Även föreskrifter till ett marint naturreservat eller en marin nationalpark kan innehålla krav på att tillstånd ska sökas för fiske. Inte bara områdesskydden utan även artskyddet som sådant i miljöbalken kan medföra att fiskeåtgärder måste förprövas. Dispens krävs nämligen om fisket kan skada eller störa vissa arter, liksom om livsmiljöerna kan skadas. Vi återkommer till dessa situationer i avsnitt 3.

En annan situation som kan leda till prövning av en fiskeåtgärd är om denna utgör "miljöfarlig verksamhet" och samtidigt medför "risk för betydande föroreningar eller andra betydande olägenheter för människors hälsa eller miljö".⁴⁶ Under dessa förutsättningar får en tillsynsmyndighet (i detta fall en kommunal nämnd) i ett enskilt fall förelägga fiskaren att söka tillstånd. För att exempelvis en fiskeåtgärd ska anses som "miljöfarlig" måste dock vissa förutsättningar vara uppfyllda. Utgångspunkten är en legaldefinition i 9 kap. miljöbalken.⁴⁷

För det första måste det vara fråga om "användning av mark, byggnader eller anläggningar". Med "mark" avses även vattentäckt grund. Allmänt vattenområde hör hit, trots att det inte finns en äganderätt eller annan rättstitel till om-

rådet som sådant.⁴⁸ Rörliga störningskällor (t.ex. båtar) träffas indirekt av definitionen om de används inom en "anläggning". Om det exempelvis uppkommer buller eller förorening från fiskefartyg inom en hamnanläggning, är det fråga om "miljöfarlig verksamhet", men det anses då inte vara fiskaren utan hamnföretaget som ansvarar för denna.⁴⁹ Även en farled är en "anläggning". Mer problematiskt att bedöma är när en rörlig källa inte kan knytas till en "anläggning",⁵⁰ såsom vid fiske med fartyg i ett vattenområde. Är det då fråga om "användning av mark" (vattentäckt grund)? Så bör man enligt vår mening tolka begreppet i vart fall om det finns någon varaktighet i användandet, såsom när bottentrålning sker återkommande i ett visst område (och exempelvis riskerar att förorening sprids från botten, se nedan) eller när återkommande fiske i ett visst område stör fågellivet genom båtarnas buller eller luftförorening m.m. Här finns en skillnad mot fallen där en anläggning används, eftersom ingen utom fiskaren kan anses som ansvarig för användningen av det område där fisket sker. Det är däremot tveksamt om bara fartygets färd över vatten, eller ett enstaka fiske, ska kunna ses som "miljöfarlig verksamhet", även om ordet "användning" inte utesluter detta. Frågan kan inte utredas närmare här.

För det andra måste fisket medföra risk för *förorening* av mark eller vatten eller för buller, skakning eller liknande *störningar*.⁵¹ Bottentrålning som innebär att miljögifter kan frigöras från botten hör hit,⁵² men inte en trålning som "bara" orsakar fysiska skador på värdefulla koraller eller annat bottenliv, eftersom denna verkan i sig

⁴⁵ 7:28 a MB. Se Christiernsson et al., s. 22–49.

⁴⁶ 9:6 a MB.

⁴⁷ 9:1 MB. Definitionen var snarlik i 1 § miljöskyddslagen (1969:28). En ingående analys av 1 § miljöskyddslagen finns i Westerlund S, *Miljöskyddslagen – En analytisk lagkommentar*, Åmyra förlag, 1990 (nedan Westerlunds kommentar). Se särskilt s. 26–28 och 46 f.

⁴⁸ Prop. 1997/98:45 II, s. 107.

⁴⁹ Jfr MÖD 2006:28, färjetrafik vid Helsingborg.

⁵⁰ Situationen har inte behandlats i förarbetena till MB, inte heller direkt i Westerlunds kommentar.

⁵¹ 9:1 MB.

⁵² Se t.ex. Tjensvoll, I; *Sediment resuspension. Impacts and extent of human disturbances*. Akademisk doktorsavhandling. Stockholms Universitet 2014.

inte kan ses som en "förorening" och inte heller som en "störning" (emission) som kan liknas vid exempelvis buller och luftförorening. När det gäller andra slags störningar än vattenförorening, t.ex. buller från fartygsdriften, förutsätts dessutom att en effekt kan uppstå i "omgivningen", således utanför det område där fisket sker (verksamhetsområdet) för att det ska vara fråga om "miljöfarlig verksamhet".⁵³

Vad som nu sagts rör alltså endast frågan om fiske kan ses som "miljöfarlig verksamhet", som bl.a. ger kommunal nämnd rätt att förelägga om tillstånd under vissa förutsättningar (se ovan), inte om *miljöbalken* är tillämplig på fiske.

Samråd och krav i samband med fiske

Den så kallade samrådsregeln har ingen anknytning till definitionen av "miljöfarlig verksamhet" och aktualiserar förprovning av fiske även i andra situationer. Avgörande för tillämpningen av samrådsregeln är om exempelvis ett fiske kan komma att "väsentligt ändra naturmiljön". Då ska fiskaren samråda med länsstyrelsen innan åtgärden utförs (inget hindrar att länsstyrelsen själv tar initiativ till samråd).⁵⁴ I det sammanhanget får som sagt myndigheten besluta om föreläggande (om försiktighetsmått) eller förbud för att motverka skador på naturmiljön. Det spelar ingen roll för samrådsplikten om fisket utgör pågående eller ändrad markanvändning, inte heller om effekterna uppkommer inom eller utanför verksamhetsområdet.

När är det då fråga om "väsentlig ändring av naturmiljön"? I propositionen nämns som exempel relativt påtagliga fysiska ingrepp, såsom större schaktningar och dräneringar, uppförande av master m.m.⁵⁵ En ändring av "naturmil-

jön" innefattar dock inte bara estetisk påverkan (förfulad landskapsbild m.m.), utan olika slags verkningar (förorening är inte undantaget), inte minst att den biologiska mångfalden kan skadas. Länsstyrelsen bör i vissa situationer t.o.m. anses vara skyldig att ställa krav enligt samrådsregeln bl.a. mot fiske som kan skada arter, livsmiljöer och ekosystem, särskilt mot bakgrund av miljöbalkens målbestämmelse, som anger att miljöbalken "skall tillämpas så att ... den biologiska mångfalden bevaras".⁵⁶ En sådan situation är om bottenträlning kan skada koraller eller andra bottenlevande organismer. Även mindre fysiska ingrepp (eller allvarliga störningar) bör ses som "väsentlig" ändring av naturmiljön", såsom om fisket påverkar akvatiska däggdjur- eller fågelarter, eller naturmiljöer, som är känsliga mot förändringar och samtidigt har en viktig funktion i ekosystemet, exempelvis som nyckelarter eller bärare av viktigt genetiskt material, eller som reproduktionsområden. Slutligen ska framhållas att samrådskravet utlöses redan vid en risk för väsentlig ändring av naturmiljön.⁵⁷ Detta är väsentligt eftersom det kan vara svårt att bedöma vilken inverkan en fiskeåtgärd kan ha, särskilt när den utförs långt under vattenytan.

Tillsyn över fiske

Det är således bara under vissa förutsättningar som fiske kan omfattas av krav på tillstånd eller samråd enligt miljöbalken. Balken bygger dock på att efterlevnaden av de allmänna hänsynsreglerna även ska kontrolleras genom tillsyn. Myndigheter har ett allmänt tillsynsansvar enligt 26 kap. MB och kan besluta om förelägganden (försiktighetsmått) eller förbud för att balken – t.ex. de allmänna hänsynskraven (se ovan) – ska följas.⁵⁸ Detta är en form av *operativ* tillsyn. För

⁵³ 9:1, 3 MB.

⁵⁴ 12:6 MB. Samråd krävs dock inte om fiskeåtgärden skulle omfattas av tillståndskrav enligt andra regler i MB, t.ex. 7:28 a §.

⁵⁵ Prop. 1997/98:45 I, s. 304 och II, s. 150.

⁵⁶ 1:1 2 st. MB.

⁵⁷ Lagtexten i 12:6 samt prop. 1997/98:45, del 2, s. 150. I tveksamma fall bör samråd alltid ske.

⁵⁸ 26:9 MB.

att operativ tillsyn ska kunna utövas mot fiske måste det finnas en myndighet som har laglig befogenhet att besluta om ingripandet. Denna fråga hanteras på ett övergripande plan i 26 kap. miljöbalken och mer precist i miljötillsynsförordningen (2011:13). Av den senare framgår att HaV har ett *tillsynsvägledande* ansvar när det gäller frågor om fiske. Myndigheten ska "aktivt verka för samordning och samverkan i frågor om tillsynsvägledning".⁵⁹ HaV har även ett ansvar för den operativa tillsynen enligt miljöbalken om det inte finns någon annan myndighet som utpekats som operativt ansvarig för viss fråga.⁶⁰ Om fiskeåtgärden exempelvis innebär "miljöfarlig verksamhet", är det inte HaV utan en kommunal nämnd som har tillsynsansvaret.⁶¹ Detsamma gäller när länsstyrelsen har den operativa tillsynsansvaret, som är fallet om fiske påverkar t.ex. marina reservat, Natura 2000-områden och s.k. djurskyddsområden.⁶² Länsstyrelsen har även den operativa tillsynen över hur samrådsregeln följs (se ovan) och över artskyddet.⁶³ I enskilda fall kan det vara problematiskt att bestämma tillsynsansvaret. Det är som sagt i praktiken inte alltid enkelt att avgöra om en fiskeåtgärd kan komma att "väsentligt" ändra naturmiljön. Samtidigt är denna bedömning avgörande för frågan om det är länsstyrelsen (enligt samrådsregeln) eller HaV (enligt de allmänna hänsynsreglerna) som har den operativa tillsynen över fisket i det enskilda fallet. Det kan även vara svårt att bedöma om en fiskeåtgärd utgör "miljöfarlig verksamhet" (kommunalt tillsynsansvar) eller inte.

⁵⁹ 3:5, 6 miljötillsynsförordningen.

⁶⁰ 2:3 miljötillsynsförordningen: "Om det för ett visst tillsynsobjekt inte finns någon ansvarig tillsynsmyndighet, ska var och en av de myndigheter som anges i 3 kap. utöva den operativa tillsynen i de frågor som omfattas av respektive myndighets tillsynsvägledningsansvar."

⁶¹ 26:3 3 st. MB.

⁶² 2:8, 1 och 3 miljötillsynsförordningen.

⁶³ 2:8, 9 miljötillsynsförordningen.

2.5 Förhållandet mellan fiskelagen och miljöbalken

Eftersom miljöbalken som utgångspunkt gäller parallellt med sektorslagstiftningar som innehåller miljökrav⁶⁴ kan samma åtgärd träffas av krav enligt såväl fiskelagen som miljöbalken. En följd av detta är att om kraven avser samma fråga men går olika långt, blir i realiteten det hårdaste kravet avgörande. Detta gäller dock inte om förhållandet mellan författningarna är reglerat i något specifikt avseende.⁶⁵ Vidare kan principen om "*lex specialis*" innebära att fiskelagen såsom speciallag ska gälla framför huvudlagstiftningen miljöbalken i vissa situationer. Enligt vår mening bör dock principen inte tillämpas på ett sådant sätt att ändamålen med miljöbalken åsidosätts. Ett viktigt ändamål i miljöbalken är att olika slags miljöfrågor ska bedömas *integrerat* enligt främst de allmänna hänsynsreglerna. I den situationen bör inte en speciallag hindra en tillämpning enligt miljöbalken. Vidare bör *lex specialis* inte tillämpas om *mer långtgående miljökrav* följer av miljöbalken jämfört med fiskelagen. En sådan tillämpning skulle äventyra målen med miljöbalken, som till stor del också är internationellt och EU-rättsligt förankrade.⁶⁶

3. Miljökrav vid fiske i vissa situationer

I detta avsnitt har vi valt ut vissa situationer där krav på fiske kan aktualiseras och redogörelsen är en specialisering och fördjupning i förhållande till vad som tagits upp i avsnitt 2. Avsnittet 3 analyserar vilka miljökrav som kan aktualiseras mot

⁶⁴ 1:3 MB.

⁶⁵ Enligt 3 § 3 st. fiskelagen ska denna lag "inte tillämpas i den mån den strider mot föreskrifter som har meddelats med stöd av 7 eller 8 kap. miljöbalken". Denna regel får snarast ses som ett förtydligande av vad som redan gäller på grund av att lagarna är parallellt tillämpliga. Därutöver finns en upplysning i 3 § 4 st. fiskelagen att bestämmelser om krav på tillstånd för vissa verksamheter och åtgärder finns i 7:28 a–29 b MB.

⁶⁶ Jfr Michanek och Zetterberg, s. 453.

fiske enligt miljöbalken och/eller fiskelagstiftningen i samband med krav på *fiskevård*, *naturvård* respektive *skydd för vattenkvalitet*. Huvudregeln är som beskrevs ovan att fiskelagstiftningen och miljöbalken gäller parallellt. I redogörelsen läggs störst vikt vid miljöbalkens roll.

3.1 Krav i fiskevårdande syfte

Till krav i fiskevårdande syfte, hör *bevarande av fiskbestånd*. Det gäller bl.a. i samband med uttag av kommersiellt utnyttjade fiskarter, såsom torsk, sill och lax, där Sverige har att utgå från de gränser som EU:s ministerråd bestämmer för totalt uttag av vissa fiskarter inom EU:s olika havsregioner, som sedan fördelas i nationella kvoter utifrån den relativa stabilitetsprincipen. De senare är minimikrav; EU:s förordning om den gemensamma fiskeripolitiken tillåter nämligen Sverige att ytterligare begränsa uttag i syfte att bevara fiskbestånd.⁶⁷ När det gäller egna fartyg kan ett sådant beslut gälla var som helst inom unionens vatten. När det gäller utländska fiskefartyg kan Sverige i de flesta fall införa uttagsrestriktioner inom 12-milzonen, däremot inte utanför denna zon.⁶⁸ Om Sverige skulle vilja införa uttagsrestriktioner som är strängare än EU:s uttagskvoter, exempelvis i syfte att bevara beståndet av en genetiskt specifik laxpopulation, så är detta möjligt med stöd av fiskelagstiftningen, genom generella föreskrifter⁶⁹ eller i tillståndsprövningar.

En fråga som uppstår är därmed om även miljöbalken kan innebära krav på att begränsa uttag av fisk och i så fall om dessa krav är mer långtgående än fiskelagens. Som nämndes tidigare är hushållning med råvaror ett av balkens mål och en av de allmänna hänsynsreglerna an-

knyter direkt till detta mål med kravet att alla som "bedriver en verksamhet eller vidtar en åtgärd skall hushålla med råvaror". Av propositionen framgår att hushållningsaspekterna beträffande alla resurser är betydelsefulla.⁷⁰ Vidare fästs stor vikt vid kretsloppsprincipen och dess samband med hushållning, återanvändning och återvinning i olika verksamhetsled (t.ex. vid tillverkning av produkter). Krav på begränsade uttag i samband med utvinning av naturresurser nämns inte uttryckligt i propositionen. Utvinningsledet är dock inte undantaget i lagtexten och det skulle motverka regelns syfte att uppnå ett effektivt resursutnyttjande om regeln tolkades så att detta viktiga led inte alls omfattades. I princip bör därför begränsning i uttag av naturresurser, liksom användning av selektiva fångstredskap vara en typ av krav som ryms under hushållningsregeln. En viktig skillnad är dock att hushållningskravet i miljöbalken är mycket allmänt formulerat jämfört med fiskelagstiftningens precisa uttagskrav. Vidare får de allmänna hänsynskraven inte vara orimliga enligt 2:7 MB, medan fiskelagen inte har någon motsvarande regel. Minst lika hårda krav som enligt miljöbalken kan alltså ställas med stöd av fiskelagstiftningen. Man kan därför utgå från att fiskelagen normalt ska tillämpas i första hand,⁷¹ förutsatt att inte uttagsfrågan integreras med andra miljökrav. HaV är ansvarig myndighet för tillsynen av hur 2:5 MB följs.⁷²

När det gäller andra åtgärder i fiskevårdande syfte, såsom val av fångstmetoder, fridlysning av vissa fiskarter m.m., finns särskilda regler i fiskelagstiftningen som också dessa är mer precisa än de allmänna hänsynskraven i miljöbal-

⁶⁷ 19 § fiskelagen. Artikel 19–20, förordningen om den gemensamma fiskeripolitiken.

⁶⁸ Dessa frågor behandlas mer ingående i Christiernsson et al, s. 43 ff. Se även nedan.

⁶⁹ 19:1 1 st. 1 fiskelagen.

⁷⁰ Prop. 1997/98:45 I, s. 221.

⁷¹ Bengtsson anser att 2:5 MB "knappast kan anses medföra någon ytterligare skärpning" i förhållande till att fiskelagstiftningen, som redan före MB:s tillkomst byggd på tanken om en rationell och långsiktig hushållning med naturresurser; Bengtsson B; *Miljöbalkens återverkningar*, Norstedts juridik, Stockholm 2001, s. 122.

⁷² Ovan avsnitt 2.4.4.

ken. Det är totalförbjudet att fiska efter sådana arter av fisk, vattenlevande kräftdjur och vattenlevande blötdjur som i bilaga 1 till artskyddsförordningen har beteckningen N. Om sådana arter har beteckningen N eller F, är det förbjudet att använda "medel eller metoder som inte är selektiva och som lokalt kan medföra att populationen av arten försvinner eller utsätts för en allvarlig störning".⁷³ Hänvisning till de särskilda reglerna i fisklagstiftningen (liksom till jaktlagstiftningen) i 8 kap. 1 § andra stycket MB bör innebära att fiskelagstiftningens krav normalt blir avgörande, men miljöbalkens regler om artskydd kan aktualiseras om föreskrifterna enligt fiskelagstiftningen inte skulle ge ett effektivt skydd mot att en viss fiskart skadas av en fiskeåtgärd.

3.2 Krav i naturvårdande syfte

Krav i naturvårdande syfte kan innebära att marina livsmiljöer och marina ekosystem ska bevaras. Kraven kan även avse skydd för arter som sådana, genom fridlysning av en art eller genom krav på att fiskemetoder ska vara selektiva (för att undvika bifångst) m.m. Om Sverige vill införa restriktioner mot fiske i naturvårdande syfte, mot egna och andra staters fiskefartyg, är detta möjligt både inom och utanför 12-milsgränsen under olika förutsättningar och med tillämpning av särskilda förfaranden.⁷⁴ Handlingsutrymmet är snävare utanför 12-milsgränsen. Här krävs att kraven följer av Art- och habitatdirektivet, Fågeldirektivet eller Havsmiljödirektivet.⁷⁵ Restriktionerna som syftar till naturvård kan antas med stöd av såväl fiskelagstiftningen som miljöbalken. En viktig skillnad är dock att restriktionerna enligt fiskelagstiftningen inte får vara så ingri-

pande att fisket avsevärt försvåras.⁷⁶ Miljöbalken får därför mycket större betydelse i dessa fall jämfört med om syftet med ett krav är fiskevård.

3.2.1 Områdesskydd

Det är möjligt att av naturvårdsskäl skydda marina miljöer (områden) med stöd av fiskelagstiftningen,⁷⁷ men om fisket avsevärt försvåras måste som sagt miljöbalken tillämpas.⁷⁸ Marina områdesskydd kan däremot inrättas med stöd av miljöbalken, i form av främst marin nationalpark, marint naturreservat eller särskilt skydds- eller bevarandeområde (Natura 2000). Av Sveriges totala havsyta på 155 552 km² var år 2013 cirka 7 procent (10 727 km²) skyddad med stöd av miljöbalken, varav cirka 4 procent (6 885 km²) utgjorde marina Natura 2000-områden.⁷⁹ Marina naturreservat eller marina nationalparker kan innehålla föreskrifter som hindrar eller begränsar fiske av olika slag. Föreskrifterna skräddarsys för varje område mot bakgrund av bl.a. det särskilda skyddssyftet.

Inom områden skyddade som Natura 2000 är däremot kravet generellt formulerat. Tillstånd krävs för en verksamhet eller åtgärd som på ett "betydande sätt" kan påverka miljön i området, oavsett om verksamheten eller åtgärden fysiskt sker inom eller utanför området. MKB- och tillståndskraven gäller för "planer och projekt", ett uttryck som getts en mycket vid innebörd i EU-domstolens praxis. Kraven kan utlösas mot många olika slags verksamheter, bl.a. fiske.⁸⁰ Försiktighetsprincipen gäller, eller som EU-domstolen skriver i fallet *Waddenzee* (hjärt-

⁷³ 2:5 och 2:6 3 st. fiskeförordningen. Arter med beteckningen N är strikt skyddade enligt bilaga IV, Art- och habitatdirektivet, bilaga IV. Arter med beteckningen F är upptagna i bilaga V Art- och habitatdirektivet.

⁷⁴ Artikel 11 och 20 Grundförordningen för fiske.

⁷⁵ Se Christiernsson et al., s. 41ff.

⁷⁶ Ovan avsnitt 2.3.

⁷⁷ 20 § fiskelagen.

⁷⁸ Av HaV:s vägledning 2013, s. 18, framgår dock att man hittills främst har använt fredningsområden med stöd av fiskelagen för beståndsvårdande syften.

⁷⁹ Havs- och vattenmyndigheten; *Marint områdesskydd. Redovisning av uppdrag i regleringsbrevet för 2013*, rapport 2013-05-28, s. 25.

⁸⁰ Christiernsson et al, särskilt avsnitt 2.

musselfiske): en bedömning ska ske när det "på grundval av objektiva kriterier *inte kan utslutas* att planen eller projektet kan ha en betydande påverkan på det berörda området" (författarnas kursivering).⁸¹ Tillstånd och MKB krävs även om fiske har skett tidigare i området och även om det skett innan området avsattes som Natura 2000. Vidare ska kumulativa effekter beaktas; även om inte fisket i sig kan medföra betydande påverkan kan sådan uppkomma på grund av de sammanlagda effekterna från pågående och planerade verksamheter och åtgärder. Även då blir alltså fisket tillståndspliktigt.⁸²

Tillstånd får enligt huvudregeln inte ges om fisket "kan skada den livsmiljö eller de livsmiljöer i området som avses att skyddas", eller "medför att den art eller de arter som avses att skyddas utsätts för en störning som på ett betydande sätt kan försvåra bevarandet i området av arten eller arterna". Även här är bedömningen mycket restriktiv. I fallet *Waddenzee* skriver EU-domstolen att myndigheterna kan "godkänna verksamheten endast efter att ha försäkrat sig om att det berörda området inte kommer att ta skada. Så är fallet när det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha en skadlig inverkan".⁸³ Uttalandet i domen innebär även att höga krav ibland måste

ställas på den MKB som ska upprättas. Denna ska nämligen "innehålla de uppgifter som behövs för prövningen".⁸⁴

3.2.2 Artskydd

Som visats ovan har vissa arter fridlysts med stöd av fiskelagstiftningen i fiskevårdande syfte.⁸⁵ Med stöd av de särskilda artskyddsreglerna i miljöbalken och artskyddsförordningen kan fridlysningen ske av naturvårdsskäl, inte bara av fisk och av kräft- och blötdjur, utan även av andra arter som förekommer i marina miljöer. Artskyddsförordningens förbud gäller direkt för *alla* vilda fåglar i landet, således även fågelarter som förekommer i områden där fiske sker. Artskyddsförordningen, som närmast bygger på Art- och habitatdirektivets artskydd,⁸⁶ förbjuder bl.a. att avsiktligt fånga eller döda djur och att avsiktligt störa dessa, särskilt under djurens parnings-, uppfödning-, övervintrings- och flyttperioder. Vidare är det förbjudet att avsiktligt förstöra ägg, liksom att skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats.⁸⁷ Det finns liknande förbud när det gäller växter, bl.a. alger, som av utrymmesskäl utelämnas här.⁸⁸

En avgörande fråga är vad som ligger i uttrycket "avsiktligt", som även används i Art- och habitatdirektivet och fågeldirektivet. EU-domstolen har tolkat begreppet "avsiktligt" så, att redan *medvetenheten* om att arterna kan dödas, skadas eller störas är tillräcklig för att förbuden ska gälla, trots att den direkta avsikten inte är att uppnå något av dessa resultat.⁸⁹ EU-domsto-

⁸¹ C-127/02 *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels mot Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, [2004] e.c.r. I-07405 (nedan C-127/02).

⁸² Detta följer av formuleringen av artikel 6.3 i Art- och habitatdirektivet: "enskilt eller i kombination med andra planer eller projekt". Kravet att beakta kumulativa effekter framgår även av 7:28 b MB, den regel som anger förutsättningarna för att ge tillstånd – "ensam eller tillsammans med andra pågående eller planerade verksamheter eller åtgärder" – däremot inte i 7:28 a MB som formulerar tillståndsplikten och MKB-kravet. Det är inte en helt lyckad överföring av direktivets krav.

⁸³ C-127/02, 59. Tillstånd kan ges undantagsvis trots att skada riskeras, 7:29 MB, men förutsättningarna är mycket restriktiva och regeln blir i praktiken inte tillämplig vid fiske.

⁸⁴ 6:7 4 st. MB.

⁸⁵ Ovan avsnitt 2.3.

⁸⁶ Artikel 12.

⁸⁷ 4 § artskyddsförordningen.

⁸⁸ 7–9 §§ artskyddsförordningen.

⁸⁹ C-103/00 *Kommissionen mot Grekland*, 34–36 och 39, 412/85, *Kommissionen mot Tyskland*, 14–16 samt C-221/04, *Kommissionen mot Spanien*, 71. I det sistnämnda målet tydliggjorde domstolen att, för att det ska vara fråga om en

len har även förklarat att verksamheter av olika slag (inte bara "friluftsmänniskor") omfattas av fridlysningsförbuden. Dessa tolkningar har även accepteras i Mark- och miljööverdomstolens praxis, i samband med prövning av vissa miljöfarliga anläggningar.⁹⁰ Sannolikheten för att skyddade arter ska skadas eller störas är enligt domstolen avgörande för om verksamhetsutövaren ska anses ha en avsikt och därmed även för om dispens måste sökas från förbuden. Detta innebär exempelvis att användning av vissa fiskeredskap (nät m.m.) kan kräva dispens från arskyddsförbuden, om det finns risk för fridlysta arter kan skadas (t.ex. vid bifångst), trots att fiskaren inte har direkt avsikt att det ska ske. Detsamma gäller om fiskefartygs buller och luftutsläpp kan störa skyddade arter. Till detta kommer att det inte är tillåtet att "skada eller förstöra djurens fortplantningsområden eller viloplats", såsom att köra in eller lägga nät i sådana områden (om åtgärden kan leda till skada på livsmiljön). Detta förbud är inte kopplat till en avsikt (inte ens medvetenhet om skaderiskerna). Skyddet här är med andra ord mer långtgående. Dispenskravet kan därför

avsiktlig handling enligt artikel 12.1 a i direktivet (som gäller fångst och dödande), måste personen i fråga ha "velat fånga eller döda ett exemplar av en skyddad djurart, eller åtminstone godtagit risken för en sådan fångst eller ett sådant dödande" (författarnas kursivering). Det räcker således att exempelvis en fiskare känner till att det finns en skyddad art i det aktuella området samt att artindivider riskerar att fångas i fiskeredskapet för att fisket ska vara otillåtet som huvudregel. För en svensk debatt om avsiktsbegreppet inom artskyddet, se Fröberg M och Ekdahl H; Mark- och miljööverdomstolen har klargjort att vindkraft inte innebär ett avsiktligt dödande eller störande enligt artskyddsförordningen, *JP Miljönet*, 2015-01-23, Darpö J och Lindahl H; Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Om artskyddet vid prövningen av vindkraftverk, *JP Miljönet* 2015-1-08, samt Fröberg M; Kommentarer av Magnus Fröberg till Jan Darpös och Helene Lindahls artikel "Vindkraft, fåglar och brister i höjden", *JP Miljönet*, 2015-11-09. Se även Michanek G; Artskyddet, politiken och juridiken, kapitel i *Festskrift till Bertil Bengtsson* (publiceras våren 2016), avsnitt 3.1.

⁹⁰ MÖD M 2630-14.

komma att utlösas i flera olika situationer. Prövningen är mycket restriktiv.⁹¹

3.2.3 Övriga naturvårdskrav

Även om ett område inte är skyddat (eller bara svagt skyddat) och artskyddsförbuden inte aktualiseras, finns kompletterande krav och kontrollinstrument i balken. Exempelvis kan ett områdes naturvärden innebära att fiske måste ske på en alternativ plats, eftersom platsvalsregeln kräver att fiskaren ska välja den plats där ändamålet kan uppnås med "minsta" intrång och olägenhet.⁹² Motsvarande krav finns inte i fiskelagstiftningen och här kompletterar med andra ord miljöbalken.⁹³ Av de allmänna hänsynsreglerna följer också att fiskaren inte har rätt att skräpa ner, t.ex. genom att lämna obrukbara fiskeredskap i havet (dessa kan orsaka stor skada på det marina livet).⁹⁴ Sådana handlingar strider mot det grundläggande kravet på att iakttä försiktighetsmått,⁹⁵ och kan även vara i konflikt med hushållnings- och kretsloppskravet.⁹⁶ Även de straffbelagda förbuden mot nedskräpning och dumpning av avfall kan aktualiseras.⁹⁷

⁹¹ Se närmare 14 § artskyddsförordningen.

⁹² 2:6 MB. Kravet på att välja alternativplats ska dock inte vara orimligt, 2:7 MB.

⁹³ Tillsynsmyndigheten är HaV i denna situation, ovan avsnitt 2.4.4, som om det behövs ska genomdriva kravet med stöd av 26:9 MB.

⁹⁴ Enligt en ny studie är kvarlämnade fiskeredskap ett av de allvarligaste marina nedskräpningsproblemen idag. Förutom skräp och återanvändnings-/återvinningsproblematiken kan övergivna fiskeredskap både fortsätta fånga fisk och skada fåglar, marina däggdjur och andra marina arter. Fiskeredskap är det skräp som dödar flest fåglar, marina däggdjur och sköldpaddor. Se Wilcox et al; Using expert elicitation to estimate the impacts of plastic pollution on marine wildlife. *Marine Policy* 65, 2016, s. 107-114.

⁹⁵ 2:3 MB. HaV är tillsynsmyndighet.

⁹⁶ 2:5 MB. HaV är tillsynsmyndighet.

⁹⁷ 15:30-31 MB. Om dessa regler aktualiseras övergår ansvaret till kommunen när det gäller nedskräpning, 26:3 3 st. MB och till länsstyrelsen när det gäller dumpning av avfall i vatten, 28 § miljötillsynsförordningen.

Slutligen krävs som tidigare har nämnts samråd med länsstyrelsen om en fiskeverksamhet väsentligt kan ändra naturmiljön. Det kan exempelvis handla om fiske i ett oskyddat område där det finns risk för skador på koraller till följd av bottentråkning, bifångster av marina däggdjur eller fåglar, eller skador på viktiga reproduktionsområden.⁹⁸ Länsstyrelsen kan då förelägga om försiktighetsmått eller förbjuda fisket. I en sådan prövning får hushållningsbestämmelserna betydelse – och då särskilt om området är av riksintresse för exempelvis dess naturmiljö – förutsatt att fiskeåtgärden ska ses som ändrad markanvändning.⁹⁹

3.3 Krav med syfte att skydda vattenkvaliteten

Krav med syfte att skydda vattenkvaliteten eller omgivningen mot förorening eller annan påverkan kan exempelvis aktualiseras i samband med att bottentråkning kan frigöra miljögifter från botten. Av såväl Ramvattendirektivet som Havsmiljödirektivet följer att en viss vattenkvalitet ska nås i Sveriges vatten. Enligt Ramvattendirektivet ska "god" kemisk och ekologisk ytvattenstatus uppnås senast 2015 eller, under vissa förutsättningar, 2021 eller 2027. Havsmiljödirektivet kräver att en "god miljöstatus" ska uppnås i Sveriges havsområden senast 2020. Målen har preciserats på nationell nivå genom HaV:s föreskrifter och genom miljökvalitetsnormer.¹⁰⁰ Normer för god kemisk och ekologisk status har specificerats för enskilda vattenförekomster (genom länsstyrelsens föreskrifter),¹⁰¹ medan normer för en god

miljöstatus enligt HaV:s föreskrifter gäller i hela det svenska havsterritoriet.¹⁰² Åtgärdsprogram för havsmiljön ska antas och uppdateras vart sjätte år för att genomföra de fastställda normerna och direktivens mål.

Fiske kan inverka på vattenkvaliteten och därmed påverka möjligheterna att uppnå eller upprätthålla normer om en god ekologisk ytvattenstatus och/eller en god miljöstatus och kan därför omfattas av åtgärdsprogrammen.¹⁰³ Inget av vattenförvaltningens åtgärdsprogram från 2009 (Ramvattendirektivet) angav dock vad som behövde göras inom fiskerieringen (inte heller förslagen till nya åtgärdsprogram, för åren 2016–2021, anger några fiskeåtgärder), vilket är anmärkningsvärt inte minst därför att vissa fiskarter och vissa egenskaper hos fiskindividerna ingår bland de biologiska kvalitetsfaktorer som bestämmer den ekologiska ytvattenstatusen i inlandsvattnen.¹⁰⁴ Enligt åtgärdsprogrammen för havsmiljön (Havsmiljödirektivet), som trädde ikraft i jan. 2016, ska bl.a. fiskebestämmelser antas för att öka artselektiviteten i fisket, freda särskilt hotade kustlevande bestånd och minska fisketrycket på kustlevande bestånd som behöver särskilt skydd.¹⁰⁵ Därutöver ska utredas för vilka arter och under vilken tid på året som gene-

⁹⁸ Se ovan, avsnitt 2.4.4.

⁹⁹ Ovan avsnitt 2.4.3 samt 2.4.4.

¹⁰⁰ Se Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter (2013:19) om klassificering och miljökvalitetsnormer avseende ytvatten samt Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter (2012:18) om vad som kännetecknar en god miljöstatus samt miljökvalitetsnormer med indikatorer för Nordsjön och Östersjön.

¹⁰¹ Föreskrifterna bygger på en ett grundläggande arbete av vattenmyndigheterna.

¹⁰² Genom fastställandet av indikatorer och bedömningsområden kan dock bedömningarna avgränsas geografiskt. Se Christiernsson A; God miljöstatus och fiske – Hur effektiva är miljökvalitetsnormer? *Nordisk Miljörettslig Tidskrift* 2015:2, s. 95 ff. (nedan Christiernsson 2015).

¹⁰³ *God miljöstatus 2020. Marin strategi för Nordsjön och Östersjön. Del 4: Åtgärdsprogram för havsmiljön.* Havs- och vattenmyndighetens rapport 2015:30 (nedan HaV:s rapport 2015:30). Här konstateras att varken miljökvalitetsnormerna C.3 eller C.4 når en god miljöstatus i dagsläget och att detta framför allt beror på fiske. Det konstateras vidare att det krävs omfattande åtgärder för att nå en god miljöstatus, både i Östersjön och i Nordsjön, s. 31.

¹⁰⁴ Michanek och Christiernsson, s. 218 f. Däremot används inte fisk som kvalitetsfaktor i Ramvattendirektivet för att bestämma ekologisk vattenstatus för kustvatten, se närmare kritiken i a.a., s. 220–221.

¹⁰⁵ Se HaV:s rapport 2015:30, s. 41.

rella fredningstider för kustlevande fisk bör införas.¹⁰⁶ Det är alltså frågan om åtgärder som också sammanfaller med fiskevårdande syften och som därmed kan genomföras med stöd av fiskelagstiftningen.¹⁰⁷ Åtgärderna i programmet är begränsade till områden innanför trålgränsen.¹⁰⁸

I fiskelagen saknas krav på att myndigheter ska pröva och säkerställa att fiske inte äventyrar fastställda miljö kvalitetsnormer. Med stöd av miljöbalken kan däremot tillsynsmyndigheten (kommunen om det är fråga om miljöfarlig verksamhet) ingripa med förelägganden om försiktighetsmått och förbud och den kan även förelägga om att tillstånd ska sökas under vissa förutsättningar.¹⁰⁹ Beslutet syftar direkt till att de allmänna hänsynskraven ska följas, men miljö kvalitetsnormer kan indirekt ligga till grund för ett sådant ingripande.¹¹⁰

Därutöver har EU-domstolen tydliggjort i en ny dom (den så kallade Weser-domen)¹¹¹ att

¹⁰⁶ Därutöver ska fiskeflottans kapacitet anpassas till tillgängliga fiskemöjligheter i vissa flottsegment. Det finns andra åtgärder som kan komma att påverka fiskets bedrivande på sikt (t.ex. att inrätta nya marina områden med förvaltningsåtgärder för att nå en god miljöstatus för dessa), se Christiernsson 2015, s. 99.

¹⁰⁷ I HaV:s rapport 2015:30, s. 39, bedöms att fiskförvaltande åtgärder kommer att ha störst effekt för att nå en god miljöstatus när det gäller miljö kvalitetsnormerna C.3 och C.4. För en beskrivning av miljö kvalitetsnormerna C.3 och C.4 och genomförandet av åtgärder mot fiske, givet parallella regelverk samt EU:s exklusiva kompetens inom den gemensamma fiskeripolitiken, se Christiernsson 2015, s. 93–106.

¹⁰⁸ Av HaV:s rapport 2015:30, s. 40, framgår att åtgärder utanför trålgränsen inte omfattas av åtgärdsprogrammet. Detta arbete "leds av regeringen" eftersom åtgärderna ska genomföras gemensamt inom EU och i samråd med andra medlemsländer. Däremot anges i programmet vilka åtgärder Sverige bör verka för utanför trålningsgränsen.

¹⁰⁹ 26:9 MB, ovan avsnitt 2.4.4.

¹¹⁰ Miljö kvalitetsnormer som sådana formulerar inga krav mot enskilda, men de allmänna hänsynsreglerna ska bl.a. tillämpas så att miljö kvalitetsnormer kan uppfyllas.

¹¹¹ C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV. mot Bundesrepublik Deutschland*.

krav ska ställas mot verksamheter (t.ex. fiskeåtgärder) som påverkar den ekologiska vattenstatusen i kust- eller inlandsvatten.¹¹² I korthet innebär nämligen Weser-domen att tillstånd inte får ges till en verksamhet som antingen kan medföra en *försämring* av aktuell ytvattenstatus eller kan äventyra en *förbättring* så att god ytvattenstatus nås (2015, 2021 eller 2027, beroende på vilken tidsgräns som gäller för den berörda vattenförekomsten).¹¹³ Vidare visar domen vilken metod som ska användas för att fastställa om aktuell ekologisk vattenstatus försämras. Utgångspunkten är då att en vattenförekomst tillhör, efter klassificering, någon av de fem statusklasserna "hög", "god", "måttlig", "otillfredsställande" eller "dålig". Placeringen i statusklass avgörs normalt med ledning av flera olika biologiska och fysikaliskt-kemiska kvalitetsfaktorer, som i sin tur bestäms av olika parametrar.¹¹⁴ Vid bedömningen av om en verksamhet kan försämra aktuell ekologisk vattenstatus är det tillräckligt att *en enda* kvalitetsfaktor (såsom förekomsten av viss angiven fiskart eller viss algart) försämras så att *denna* hamnar i en lägre klass, alltså även om övriga kvalitetsfaktorer skulle vara oförändrade.¹¹⁵

Även om den specifika frågan i Weser-domen, som var ett förhandsavgörande, gällde de grundläggande skyldigheternas betydelse i en *tillståndsprövning* (EU-domstolen hade ingen an-

¹¹² Domen rör tillämpningen av Ramvattendirektivet som utöver inlandsvatten omfattar havet en nautisk mil från baslinjen. Se mer om domen i Michanek, G; Tillstånd får inte ges om aktuell ytvattenstatus försämras eller uppnåendet av god ytvattenstatus äventyras. Analys av EU-domstolens förhandsavgörande C-461/13, *JP Miljönet* 23 november 2015 (nedan Michanek 2015).

¹¹³ Dessa två grundläggande skyldigheter regleras i art 4.1 Ramvattendirektivet.

¹¹⁴ Ramvattendirektivet, bilaga V och Havs- och vattenmyndighetens föreskrifter (2013:19) om klassificering och miljö kvalitetsnormer avseende ytvatten.

¹¹⁵ Om den aktuella vattenstatusen är den lägsta ("dålig") är det tillräckligt att en parameter försämras.

ledning att svara på något annat), får domen en vidare betydelse. Medlemsstaten ska nämligen, enligt den i domen tillämpade artikel 4.1 a (i), "genomföra *alla* åtgärder som är *nödvändiga* för att förebygga en försämring av statusen i alla ytvattenförekomster" (författarnas kursivering). Om exempelvis en fiskeåtgärd innebär uttag av fisk¹¹⁶ eller skada på alger på sådant sätt att någon kvalitetsfaktor i en vattenförekomst försämraras, ska medlemsstaten inte bara förbjuda eller begränsa åtgärden vid en förprovning enligt exempelvis samrådsregeln, utan även *aktivt förebygga* skadliga åtgärder genom att på eget initiativ tillämpa skyddsinstrument i miljöbalken och fiskelagen.¹¹⁷

4. Avslutande synpunkter om samordning av lagstiftningarna

Fiske är en aktivitet som kan omfattas av såväl miljöbalken som fiskelagstiftningen. Denna studie har emellertid visat att samordningen mellan lagstiftningarna är bristfällig och att kontrollen av fisket ur miljösynpunkt därmed riskerar att inte bli ändamålsenlig. Nedan diskuteras därför, på en översiktlig nivå, hur denna samordning skulle kunna förbättras.

Ett sätt att förbättra samordning mellan lagstiftningarna är att tydligt koppla olika beslut enligt fiskelagen till miljöbalkens mål och hänsynsregler.¹¹⁸ Ett krav på att de allmänna hänsynsreglerna ska tillämpas skulle kunna införas vid provning av fiskelicenser, särskilda tillstånd eller andra beslut enligt fiskelagstiftningen. Detta skulle alltså innebära att exempelvis en fiske-

licens endast kan erhållas eller förnyas om de allmänna hänsynsreglerna följs. Idag finns inga särskilda miljökrav kopplade till provningar av fiskelicenser. Inte minst med hänsyn till ny kunskap om att fisket med stor sannolikhet också kan påverka andra arter och livsmiljöer i ekosystemet, kan en utvidgad provning av miljöpåverkan vara motiverad redan vid eller i samband med en fiskelicensprovning.

Genom provningar utifrån miljöbalkens allmänna hänsynsregler och bredare målsättning möjliggörs en integrerad och samordnad miljöbedömning som också är förenlig med de mål om en ekosystembaserad fiskeriförvaltning och försiktighetsprincipen, som följer av EU:s grundförordning för fiske. Genom den omvända bevisbördan i miljöbalken flyttas ansvaret (och kostnaderna) för att de rättsliga hänsynskraven klaras över på fiskaren.¹¹⁹ Det är alltså fiskaren som ska visa att fisket kan bedrivas så att miljöbalkens allmänna hänsynsregler följs, såsom att "bästa möjliga teknik" används, att hushållningen med fiskeresurser är långsiktigt hållbar och att den mest lämpliga lokaliseringen ur miljösynpunkt väljs.¹²⁰ Kraven ska dock vara rimliga enligt en avvägning mellan kostnader och nytta för miljön med åtgärderna.¹²¹

En helt annan åtgärd för att förbättra samordningen mellan lagstiftningarna skulle vara att länsstyrelsen för visst känsligt vattenområde meddelar generella föreskrifter med krav att samråd enligt miljöbalken alltid ska sökas vid visst *slags* fiske (exempelvis bottenrålning);¹²² fiskaren ska alltså inte bedöma om åtgärden i det enskilda fallet kan medföra "väsentlig änd-

¹¹⁶ Enligt Ramvattendirektivet utgör fisk ("sammansättning, förekomst och åldersstruktur i fiskfaunan") en biologisk kvalitetsfaktor för ekologisk status i floder sjöar och vatten i övergångszon, däremot inte i kustvatten. Se bilaga V, 1.1.1, 3 (floder), 1.1.2, 4 (sjöar) samt 1.1.3, 4 (vatten i övergångszon).

¹¹⁷ Ett ingripande aktualiseras även om fiskeåtgärden äventyrar uppnåendet att god vattenstatus i tid.

¹¹⁸ 1–2 kap. MB.

¹¹⁹ 2:1 MB.

¹²⁰ Dessutom skulle även stoppregeln i 2:9 MB bli tillämplig. Eftersom redan 2:6 MB ska styra undan fiske från känsliga områden kommer dock stoppregeln knappast att aktualiseras i praktiken.

¹²¹ 2:7 MB.

¹²² 12:6 MB.

ring av naturmiljön". Såsom nämnts tidigare är det möjligt enligt samrådsregeln att precisera samrådskravet på det sättet.¹²³ Det skulle bidra till en mer rättssäker (förutsebar) reglering. Följden blir att länsstyrelsen fångar upp potentiellt skadliga fiskeåtgärder, men har ändå möjlighet att anpassa kraven i varje enskilt fall. Länsstyrelsen får kräva en MKB när det behövs,¹²⁴ och myndigheten får i varje enskilt fall bedöma om det behövs föreläggande eller förbud.

Individuella prövningar av fiske med stöd av miljöbalken kan med andra ord komplettera generella föreskrifter om miljöhänsyn vid fiske. En fördel med individuella prövningar är att de kan täcka upp i situationer där generella föreskrifter saknas eller är otillräckliga. Nackdelen med individuella prövningar är att de kan vara tidskrävande och kostsamma. Det talar för att generella föreskrifter med miljökrav är huvudspåret. Ju bättre dessa föreskriftskrav klarar att uppfylla miljöbalkens mål, desto mindre blir behovet av individuell kontroll av hur de allmänna hänsynsreglerna följs. Om begränsningen "avsevärt försvärande" i fiskelagen tas bort (se nedan), kan såväl miljöbalken som fiskelagen utgöra grund för lämpliga generella föreskrifter om miljöhänsyn vid fiske. Genom att anta föreskrifter med stöd av miljöbalken kan dock även annan verksamhet med påverkan på områdena omfattas.

Givet att fiske även kan påverka vattenkvaliteten och därmed normer för en god ekologisk status samt god miljöstatus är det också nödvändigt att införa krav på att fisket inte får medverka till att sådana normer överträds. Såsom beskrivits ovan har EU-domstolen också tydliggjort att tillstånd inte får ges till en verksamhet, t.ex. fiske, som antingen kan medföra en försämring av aktuell ytvattenstatus eller kan äventyra en

förbättring så att god ytvattenstatus nås i tid.¹²⁵ En bättre samordning mellan lagstiftningarna är med andra ord något som också krävs för en korrekt implementering av EU-rätten.¹²⁶

Dagens reglering innebär vidare flera brister vad gäller möjligheterna att genomföra naturvårdskrav mot fiske. En begränsning är att naturreservat, med föreskrifter för fiske m.m., idag inte kan inrättas inom den ekonomiska zonen utanför territorialhavet, trots att det inom dessa områden kan finnas höga naturvärden som kan påverkas negativt av fiske. För Natura 2000-områden, som kan inrättas även utanför territorialhavet, finns idag ingen möjlighet att utfärda föreskrifter. Här finns i dagsläget endast en kontroll genom tillståndsprövning och MKB. Det finns därför anledning att ge länsstyrelserna möjlighet att inrätta naturreservat även utanför territorialhavet, och därmed rätt att föreskriva om olika slags restriktioner för fiske m.m. Alternativt skulle länsstyrelsen kunna få meddela föreskrifter för Natura 2000-områden inom hela den ekonomiska zonen. Båda alternativen förutsätter ändringar i miljöbalken. Alternativet att inrätta naturreservat har fördelen att det kan omfatta även arter och livsmiljöer som inte omfattas av EU-rättens skydd.

När det gäller Natura 2000-områden visar EU-domstolens praxis att långtgående krav på MKB kan behöva ställas och att dessa krav också kan omfatta fiske. I fiskelagstiftningen finns idag endast en upplysning om Natura 2000-reglerna i miljöbalken, men inte ett explicit krav på att de

¹²³ 12:6 2 st. MB.

¹²⁴ 8 § förordningen (1998:904) om anmälan för samråd.

¹²⁵ Eftersom medlemsstater också är skyldiga att vidta *alla* åtgärder som behövs för att nå de två målen (ovan avsnitt 3.3), måste det även finnas en kontroll av fiske som *inte* är tillståndspliktig. Se även Michanek 2015, avsnitt 6.1.

¹²⁶ Förutsättningarna för åtgärder mot fiske i svenska vatten har som sagt behandlats i Christiernsson et al samt Christiernsson 2015.

ska tillämpas.¹²⁷ Ett tydliggörande i fiskelagen om att reglerna *ska* tillämpas kan vara ett sätt att öka efterlevnaden av EU-rätten. Det finns inte utrymme att utveckla denna diskussion här, men det kan också nämnas att miljöbalkens regler om tillståndsplikt och MKB samt förutsättningar för att meddela tillstånd för verksamheter (inklusive fiske) som kan påverka ett Natura 2000-område på ett betydande sätt borde förtydligas i flera avseenden för att återspegla EU-domstolens praxis.

Som nämnts får restriktioner med naturvårdssyften enligt fiskelagen inte avsevärt försvåra fisket.¹²⁸ Ifall frågor om naturvårdskrav på fiske även fortsättningsvis ska regleras med stöd av fiskelagstiftningen – och inte primärt genom miljöbalken – bör denna begränsning tas bort.

Denna artikel har vidare visat att tillsynsansvaret för hur miljöbalkens krav följs vid fiske inte är helt tydligt reglerat. Enligt den reservregel som nämnts tidigare har HaV det operativa tillsynsansvaret för att miljöbalkens miljökrav följs av fisket när inte någon annan myndighet utpekats som operativt ansvarig för en viss fråga.

Det är i vissa situationer svårt att avgöra vilken myndighet som har tillsynsansvaret. Så är fallet om det är oklart om en fiskeåtgärd kan ändra naturmiljön "väsentligt" eller inte. För att undvika denna oklarhet kan en åtgärd vara att flytta över ansvaret för att tillämpa samrådsregeln till HaV. På motsvarande sätt har Skogsstyrelsen idag ansvaret för tillämpningen av samrådsregeln i samband med åtgärder inom skogsbruket.¹²⁹ Givet att krav på provningar av fiskets efterlevnad av miljöbalkens krav införs måste också avgöras vilken myndighet som ska göra denna provning.

Avslutningsvis anser vi att den adaptiva förvaltningen enligt Ramvattendirektivet och Havsmiljödirektivet på ett helt annat sätt än idag kräver att fisket omfattas av en ekosystembaserad och adaptiv reglering. Här finns det övergripande instrumentet för planering av akvatiska ekosystem där såväl fisk som fiske är centrala komponenter. En viktig fråga i sammanhanget är att åtgärdsprogrammen i framtiden formulerar konkreta åtgärder för hur fisket ska bedrivas.

¹²⁷ Se 3 § 4 st. fiskelagen: "Bestämmelser om att tillstånd krävs för vissa verksamheter och åtgärder finns i 7 kap. 28 a–29 b §§ miljöbalken."

¹²⁸ Ovan avsnitt 2.3.

¹²⁹ 2:10, 2 miljötillsynsförordningen.

Miljöansvar och preskription: en fråga om mänskliga rättigheter

Jonas Ebbesson

”Att en skadegörande verksamhet skulle komma undan ansvaret för sina föroreningar redan på den grund att det dröjt tio år innan skadeverkningarna klart visat sig, skulle utgöra ett markant avsteg från de tankegångar som ligger bakom utredningens reformförslag i övrigt. För allmänheten torde en sådan konsekvens ofta förefalla stötande.”¹

”[I] mål om ersättning för personskada måste rätten att driva en rättsprocess utövas när parterna faktiskt är kapabla att bedöma de skador som de lidit. ... [S]ökanden kunde inte göra gällande sitt krav inom fem år efter händelsen eftersom skadan fastställdes först vid senare datum. ... Domstolen anser, med beaktande av förutsättningarna i målet, att sökandens rätt till tillgång till domstol har kränkts och att det därför har skett ett brott mot artikel 6(1) i konvention.”²

Enligt Europadomstolens praxis kan alltför snäva preskriptionstider, som i praktiken gör det omöjligt för skadelidande att hävda sina anspråk på

ersättning för hälsoskada, strida mot Europakonventionens krav på rätt till rättvis rättegång. Denna praxis påverkar svensk rätt och tolkningen av preskriptionslagen. Efter att först kort ha beskrivit utvecklingen av Europadomstolens praxis på miljöområdet och analyserat dess praxis med avseende på preskription, belyser jag vilka konsekvenser Europadomstolens avgöranden får för svensk rätt.

1. Miljörätt i Europakonvention

Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) uppställer inte något uttryckligt skydd för den mänskliga miljön. Det gör i princip ingen av de konventioner om mänskliga rättigheter som antogs på 1950- eller 60-talen. Europadomstolen har trots det, genom en omfattande praxis sedan 1990-talet, visat vilken vittgående betydelse konventionen har för enskildas processuella och materiella rättigheter med bäring på miljö och hälsa. Framst är det konventionens artiklar om rätt till liv (artikel 2), rätt till rättvis rättegång (artikel 6) och rätt till respekt för privat- och familjeliv (artikel 8) som legat till grund för denna praxis. Även om domstolen formellt granskar staternas respekt för enskildas mänskliga rättigheter, kan de situationer som gett upphov till kränkningarna likväl avse tvister mellan enskilda personer och företag.

De mål i vilka stater har fällts för brott mot artikel 2, om rätt till liv, har huvudsakligen handlat om bristande aktivitet för att förhindra skador, antingen till följd av industriaktiviteter eller

¹ Miljöskadeutredningen, Ersättning för miljöskador, SOU 1983:7, s 196.

² Europadomstolen, Eşim mot Turkiet (17 september 2013), st 25–26 (“[I]n personal injury compensation cases, the right of action must be exercised when the litigants are actually able to assess the damage that they have suffered. ... [T]he applicants could not have submitted a compensation claim within five years of the incident, since the damage was determined only at a later date. ... In the circumstances of the present case, the Court considers that the applicant’s right of access to a court has been breached and that there has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”)

naturkatastrofer.³ Även skyddet av rätten till liv har såväl en materiell som processuell dimension, men inget av domstolens avgöranden om rätten till liv har rört preskription.

Flest domar med bäring på miljö och hälsa rör brott mot artikel 8 och kränkningar av rätten till respekt för privat- och familjeliv. Europadomstolen har fastställt brott mot artikel 8 bland annat med avseende på utsatthet för industriförorening,⁴ buller,⁵ bristande tillgång till miljö- och riskinformation,⁶ bristande miljöbedömningar,⁷ bristande verkställighet och avsaknad av rättsmedel (vilket alltså inte bara är en fråga under artikel 6; se nedan).⁸ Av domstolens praxis framgår dels att rätten till respekt för privat- och familjeliv har en processuell och en materiell sida, dels att uppfyllandet av artikel 8 ofta fordrar positiva åtgärder av staten och alltså inte bara ålägger stater att avstå från vissa handlingar eller restriktioner. Men inte heller avgöranden om artikel 8 har rört preskription.

De flesta målen om kränkningar av artikel 6 och rätten till en rättvis rättegång i miljö- och hälsosammanhang avser bristande talerätt eller möjlighet att få beslut, handlingar och underlåtenheter prövade,⁹ och bristande system för

effektiv verkställighet av domar.¹⁰ Som framgår av målet *Karin Andersson m fl mot Sverige*¹¹ kan en stat också bryta mot artikel 6 i fall de rättsliga prövningarna inte medför en fullständig rättslig granskning av myndigheters (i det här fallet regeringens) beslut och deras inverkan på medborgerliga rättigheter.

Europadomstolens omfattande praxis på miljöområdet visar att den förmått att dynamiskt tillämpa konventionens stadganden på frågor som inte var tydligt adresserade i konventionen och som knappast förutsågs när konventionen antogs. Domstolen har utvecklat en principiell rågång mellan rättsliga och politiska frågor, och då gjort tydligt att säkerställandet av mänskliga rättigheter inte sällan kräver en motiverad och berättigad avvägning mellan enskilda och allmänna intressen. Europakonventionen uppställer ingen tydlig miljöskyddsnivå. I de fall domstolen likväl har ansett att en stat inte upprätthållit tillräckligt hög skyddsnivå, t ex med avseende på luftkvalitet, har domstolen inte sällan beaktat tillämpliga nationella regler, och om de nationella reglerna inte har respekterats eller tillämpats av nationella myndigheter, har det varit enklare för domstolen att fastställa brott mot Europakonventionen.¹² Domstolen bedömer naturligtvis också utformningen (eller avsaknaden) av nationell lagstiftning för att fastställa om den strider mot konventionen, men i många fall är det inte lagstiftningen i sig, utan nationella myndigheters och domstolars tolkning, tillämpning och underlåtenheter i de konkreta fallen, det vill säga de *praktiska konsekvenserna* av tillämpningen, som orsakar kränkningen.

³ Öneriyildis mot Turkiet (30 november 2004); Budayeva m fl mot Ryssland (20 mars 2008); Özel m fl mot Turkiet (17 november 2015).

⁴ Lopez Ostra mot Spanien (9 december 1994); Taskin m fl mot Turkiet (10 november 2004); Fadayeveva mot Ryssland (9 juni 2005);

⁵ Tex Powell och Rayner mot Storbritannien (21 februari 1990); Hatton m fl mot Storbritannien (8 juli 2003); Moreno Gomez mot Spanien (16 november 2004); Mileva m fl mot Bulgarien (25 november 2010); Deés mot Ungern (9 november 2010); Falmenbaum m fl mot Frankrike (13 december 2012)

⁶ Guerra m fl mot Italien (19 februari 1998)

⁷ Giacomelli mot Italien (2 november 2006)

⁸ Dubetska m fl mot Ukraina (11 februari 2011); Grimkovskaya mot Ukraina (21 juli 2011); Bor mot Ungern (18 juni 2013)

⁹ L'Erablière ASBL mot Belgien (24 februari 2009);

¹⁰ Kyrtatos mot Grekland (22 maj 2003); Taskin m fl mot Turkiet (10 november 2004).

¹¹ Karin Andersson m fl mot Sverige (25 september 2014).

¹² Se t ex Fadayeveva mot Ryssland (9 juni 2005).

2. Preskription begränsar rätten till domstolsprövning och rättvis rättegång

Europakonventionen uppställer inte heller någon uttrycklig bestämmelse om preskription, men domstolen har i några viktiga avgöranden bedömt om nationella preskriptionsregler är förenliga med artikel 6 i Europakonventionen.

År 1996 avgjorde Europadomstolen fallet *Stubbings m fl mot Storbritannien*,¹³ som avser preskription av skadeståndskrav för sexuella övergrepp som kvinnor utsatts för i sin barndom.¹⁴ Eftersom preskriptionstiden enligt brittisk rätt hade påbörjats när kvinnorna fyllde 18 år, var deras skadeståndsanspråk preskriberade. Efter att ha förklarat att "rätten till domstol" ("right to a court") inte är absolut och att staterna har ett visst skön för att begränsa denna rätt, är domstolen tydlig med att eventuella restriktioner måste tillämpas så att de inte medför så omfattande begränsningar att själva rättighetens "essens" försämras ("that the very essence of the right is impaired"). Begränsningarna i rätten till rättvis rättegång och tillgång till domstolsprövning är bara förenliga med artikel 6 om de tjänar ett legitimt syfte och proportionaliteten mellan målet och medlen är rimlig. Domstolen erkänner att preskriptionsreglerna fyller viktiga syften, som att bidra till rättssäkerhet och att skydda tänkbara svaranden från föråldrade krav som kan vara svåra att bemöta, men utesluter ändå inte att preskriptionsregler skulle kunna strida mot artikel 6. Likväl frias Storbritannien eftersom – enligt domstolen – "essensen" i sökandenas rättighet enligt artikel 6 i detta fall inte försämrades.

Utgången blev en annan 2013 i fallet *Eşim mot Turkiet*,¹⁵ som också avser nationella pre-

skriptionsregler, rätten till rättvis rättegång och rätten till effektivt rättsmedel. Sökanden hade under sin tid i armén, vid en strid mellan säkerhetsstyrkor och terrorister 1990, blivit allvarligt skadad. Hans arbetskapacitet reducerades påtagligt och han erhöll förtidspension. När sökanden 2004 röntgades konstaterades att det satt en kula kvar i huvudet. Sökanden begärde då ytterligare ersättning i nationella domstolar, men begäran avslogs med hänvisning till att det hade gått för lång tid. Enligt den tillämpliga turkiska lagen måste den som anser sig ha blivit skadad begära ersättning hos kompetent myndighet inom fem år efter den skadegörande handlingen.¹⁶

Europadomstolen upprepar i domen att "rätten till domstol" inte är absolut, att den kan bli föremål för begränsningar och att staterna har ett visst skön för att tillämpa sådana begränsningar. Domstolen upprepar också att preskriptionsregler uppfyller viktiga syften. Likväl får reglerna om tidsgränser eller tillämpningen av dessa regler inte hindra käranden från att utnyttja tillgängliga rättsmedel. Dessutom, anger domstolen, måste den göra sin bedömning i ljuset av de speciella omständigheterna i varje enskilt fall. I det här fallet, fastslår domstolen, "kan det inte anses rimligt att förvänta sig att sökanden skulle ha anhängiggjort sitt ersättningskrav inom fem år eftersom det är ostridigt att han var ovetande om kulan i huvudet" vid tiden fem år efter stridigheterna då han besökts.¹⁷ Och viktigast:

"[I] mål om ersättning för personskada måste rätten att driva rättprocess utövas när parterna faktiskt är kapabla att bedöma de skador som de lidit. ... [S]ökanden kunde inte göra gällande sitt krav inom fem år efter

¹³ *Stubbings m fl mot Storbritannien* (22 oktober 1996)

¹⁴ Målet diskuteras mer i ingående också med avseende på svensk rätt av Tove Lindgren, "Kan skadeståndsfordringar på grund av kränkningar i Europakonventionen preskriberas?", *Juridisk publikation* 2012 s 43.

¹⁵ *Eşim mot Turkiet* (17 september 2013).

¹⁶ 42 § turkiska militära förvaltningslagen.

¹⁷ *Eşim mot Turkiet* (17 september 2013), stycke 25 ("it cannot be considered reasonable to expect the applicant to have lodged his compensation claim within five years, since it is undisputed that he was unaware of the bullet in his head").

händelsen eftersom skadan fastställdes först vid senare datum.¹⁸

Enligt Europadomstolen uteslöt den turkiska militärdomstolens strikta tolkning en fullständig bedömning av målet i sak, vilket i sin tur innebar en oproportionell börda för sökanden som förtog sökandens rätt till tillgång till domstolsprövning. Turkiet fälls därför för brott mot artikel 6.¹⁹

Utgången blev densamma i målet *Howald Moor m fl mot Schweiz*, som avgjordes 2014 och avser ersättning för skada till följd av asbest. En schweizisk arbetare diagnostiserades 2004 för cancer som hade orsakats av hans utsatthet för asbest i arbetet på 1960- och 70-talen. Personen avled 2005 och hans fru och barn hade i två parallella mål – dels mot den schweiziska nationella försäkringskassan, dels mot arbetsgivaren – utan framgång drivit krav på ersättning för skada med anledning av dödsfallet. Den schweiziska federala högsta domstolen prövade i två separata avgöranden sökandenas krav, dels mot försäkringskassan, dels mot Moors arbetsgivare. I åtminstone ett av dessa fall (mot försäkringskassan) tog den schweiziska högsta domstolen också ställning till förenligheten med artikel 6 i Europakonventionen och bedömde att någon kränkning av inte förelåg.

Enligt den schweiziska lagen om konfederationens ansvar (som innefattade försäkringskassans ansvar) utsläcks en fordran tio år efter den skadegörande handlingen ("l'acte dommageable"),²⁰ och enligt den schweiziska civilkoden preskriberas alla handlingar efter tio år, om inte annat följer av federal rätt. Preskriptionstiden räknas från det att fordran blir exigibel.²¹

¹⁸ Eşim mot Turkiet (17 september 2013), stycke 25 (se not 2 för originaltext).

¹⁹ Eşim mot Turkiet (17 september 2013), styckena 26–27.

²⁰ Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, artikel 20.

²¹ Code civil suisse, livre 5, artiklarna 127 och 130(1).

Europadomstolen erinrar igen om preskriptionsreglernas legitima syften. Men domstolen inser också att den systematiska tillämpningen av dessa regler på personer som lider av sjukdomar som inte kan bli diagnostiserade förrän flera år efter de händelser som orsakat skadan förtar dem möjligheten att försäkra sina rättigheter i domstol. Enligt domstolen måste vid beräkningen av processuella tidsfrister och preskription beaktas om det är vetenskapligt bevisat att en person inte kunde veta att hen led av en viss sjukdom.²²

"[Domstolen] ... medger ... att den systematiska tillämpningen av dessa regler på offer för sjukdomar såsom de som orsakas av asbest, som bara kan diagnostiseras först många år efter de patogena händelserna, sannolikt berövar intressenterna möjligheten att hävda sina fordringar i domstol.

... [D]omstolen finner att när det är vetenskapligt bevisat att en person inte kan veta att hon lider av någon sjukdom, en sådan omständighet bör beaktas vid beräkningen av processuell tidsfrist eller preskription."

Med beaktande av de exceptionella omständigheterna i det aktuella fallet, hade tillämpningen av de schweiziska reglerna om preskription begränsat sökandenas tillgång till domstol i sådan utsträckning att sökandenas rätt till en rättvis rättegång hade kränkts i strid mot Europakon-

²² Europadomstolen, *Howald Moor m fl mot Schweiz*, st 77–78. ("[La Cour] ... admet ... que l'application systématique de ces règles à des victimes de maladies qui, comme celles causées par l'amiante, ne peuvent être diagnostiquées que de longues années après les événements pathogènes, est susceptible de priver les intéressées de la possibilité de faire valoir leurs prétentions en justice. --- [L]a Cour estime que, lorsque'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription.")

ventionen. Schweiz fällt således för brott mot artikel 6.

Domarna visar att nationella preskriptionsregler och framför allt *reglernas tillämpning* kan strida mot den föreskrivna rätten till rättvis rättegång i artikel 6 i Europakonventionen. Det beror inte på att fem- eller tioåriga preskriptionsfrister i sig eller generellt skulle vara oförenliga med artikel 6 i Europakonventionen. Avgörande är i stället hur de tillämpas och vilka konsekvenser en alltför formell tillämpning får i det konkreta fallet. I *Eşim mot Turkiet* är domstolen tydlig med att det var den turkiska militärdomstolens tillämpning och "strikta tolkning" av preskriptionsreglerna som stred mot artikel 6 eftersom den uteslöt en fullständig prövning i sak. Käranden kunde inte göra gällande något skadeståndskrav inom preskriptionstiden eftersom skadan fastställdes först efter preskriptionstidens utgång. Det fanns således ingen möjlighet för honom att begära ersättning och följaktligen inte heller någon tillgång till domstolsprövning eller rättvis rättegång. Domstolen beaktar även i *Howald Moor m fl mot Schweiz* de speciella förutsättningarna, men utvecklar också principen mer generellt med avseende på den "systematiska tillämpningen" av preskriptionsregler på miljörelaterade hälsoskador. Slutsatsen från dessa domar är att den praktiska tillämpning i det enskilda fallet avgör om rätten till tillgång till domstol enligt artikel 6 har kränkts, att nationella domstolar vid beräkningen av processuella tidsfrister och preskription generellt måste beakta vetenskapliga bevis för om det är möjligt för personer att veta om de lider av en specifik sjukdom, och att domstolarna i det enskilda fallet skall tolka tillämpliga preskriptionsregler på ett sätt som inte utesluter ("preclude") en bedömning av målet i sak.

Innan vi belyser dessa domars inverkan på svensk rätt bör ett annat internationellt regelverk om rätt till domstol på miljöområdet nämnas: 1998 års FN-konvention om allmänhetens till-

gång till information, deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i frågor som avser miljön (Århuskonventionen).²³ Parterna till Århuskonventionen skall försäkra allmänheten rätt att ta del av miljöinformation, rätt att delta i olika miljöbeslutsprocesser och rätt att få olika beslut, handlingar och underlåtelse rättsligt prövade.²⁴ Parterna skall även tillse att allmänheten har rätt att få andra handlingar och underlåtenheter av enskilda personer och företag som strider mot nationell lagstiftning som rör miljön prövade av domstol eller i administrativ ordning.²⁵ Dessa processer omfattar förvisso också handlingar som orsakar fördröjda skador på mänsklig hälsa. Århuskonventionen är något mer konkret än Europadomstolen och föreskriver att dessa processer skall erbjuda tillräckliga och effektiva rättsmedel, inbegripet förelägganden där så är lämpligt, och vara objektiva, rättvisa, snabba och inte oöverstigligt kostsamma.²⁶ Som framgår av bedömningen av Århuskonventionens efterlevnadskommitté ("Compliance Committee"), kan ekonomisk kompensation i vissa fall erbjuda effektiva rättsmedel,²⁷ och det är inte uteslutet att tillämpningen av nationella preskriptionsregler kan komma att strida mot denna förpliktelse.²⁸

²³ SÖ 2005:28

²⁴ Rätten till rättslig prövning ("access to justice") föreskrivs i artikel 9.

²⁵ Artikel 9(3).

²⁶ Artikel 9(4) ("shall provide adequate and effective remedies, including injunctive relief as appropriate, and be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive").

²⁷ Se bedömningen i ACCC/C/2013/85 och ACCC/C/2013/86 (sammanslagna) avseende Storbritannien, på <http://www.unece.org/env/pp/cc/com.html> (besökt 20 april 2016).

²⁸ För en ingående introduktion till Århuskonventionen, se UNECE, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide* (2. Uppl., 2014).

3. Preskription vid miljö- och hälsoskada i svensk rätt

Herbert Jacobson inleder sin omfattande studie *Preskriptionens funktioner* från 2005 med ett abstrakt exempel som är slående likt fallet *Howald Moor m fl mot Schweiz*. Antag, skriver han, att en person utan eget vållande och utan bundenhet vid kontrakt "inhalerar fibrer av asbest". Jacobson fortsätter: "Enligt den svenska regeln om preskription av utomobligatoriskt skadestånd preskriberas ett eventuellt skadeståndsanspråk efter 10 år, räknat från tidpunkten för den skadegörande handlingen. Uttryckt i mer konkreta termer torde därför utgångspunkten vara den tid när asbestfibrerna spreds, till exempel vid tidpunkten för borttagandet av den isolering som asbesten var en del av. En alternativ utgångspunkt kan tänkas vara tidpunkten för inandningen. / Regeln är uppenbarligen enkel att tillämpa."²⁹

Men är det så enkelt? Utgångspunkten, även för ersättningsanspråk baserade på miljö- och hälsoskada, är förvisso att "[e]n fordran preskriberas tio år efter tillkomsten, om inte preskriptionen avbryts dessförinnan"³⁰ och inte annat är särskilt föreskrivet.³¹ Det framgår dock inte av lagtexten *när* en skadeståndsfordran skulle ha till- eller uppkommit. Därför kan man inte heller med stöd enbart av lagtexten dra några slutsatser om svensk rätts förenlighet med Europakonventionen. Jo, man kan nog säga att lagstiftningen i sig *inte* strider mot Europakonventionen. Som upprepades i de beskrivna avgörandena i Strasbourg är det i regel inte preskriptionsbestämmelserna i sig som strider mot konventionen, utan deras tillämpning. Så, hur har svensk rätt tillämpats? Jacobson utvecklar detta längre fram

i sin studie och skriver att "regeln" att den tioåriga preskriptionstiden skulle börja löpa vid tidpunkten för den skadegörande handlingen "har i rättspraxis *härletts* ur det allmänna stadgandet om preskription av fordringar" som numera anges preskriptionslagen.³² Men hur kan man "härleda" detta när preskriptionslagen inte med ett ord antyder när skadeståndsfordringen skulle ha tillkommit – och därmed inte heller när fordran preskriberas? Preskriptionslagen, som den lyder idag, gör det tvärtom fullt möjligt, utan att behöva tänja på formuleringen, att betrakta skadans uppkomst som tidpunkten för skadeståndsfordrans tillkomst.

Jacobson är inte ensam om uppfattningen att anspråket skulle uppkomma vid tidpunkten för den skadegörande handlingen snarare än vid skadans inträffande eller vetskapen om skadan.³³ Märten Schultz skriver rentav att "[p]reskriptionstiden börjar enligt den *allmänna uppfattningen* löpa, inte när samtliga rekvisit för skadeståndsskyldighet är uppfyllda, utan vid *tidpunkten för den skadegörande handlingen*."³⁴

I propositionen till preskriptionslagen beskrivs den tidigare ordningen så här: "Är det fråga om utomobligatoriskt skadestånd, börjar preskriptionstiden *normalt* löpa när den skadegörande handlingen företas."³⁵ Departementschefen diskuterar också de speciella situationer och problem som uppstår vid produkt- och miljöskador, då skadeeffekten uppstår efter lång tid, och resonerar om olika speciella preskriptionsregler och olika tidslängder för just dessa

²⁹ Herbert Jacobson, *Preskriptionens funktioner: Fordringsrättsliga och ersättningsrättsliga problem i komparativ belysning* (2005), s 27f.

³⁰ Preskriptionslagen 2 §.

³¹ Preskriptionslagen 1 §.

³² Jacobson, s 494–533 (min kursivering).

³³ Stefan Lindskog, *Preskription: Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid* (3e uppl., 2011), s 402ff; Anders Eriksson, *Rätten till skadestånd vid miljöskador* (1986), s 105–109; Jan Hellner & Marcus Radetzki, *Skadeståndsrätt* (9e uppl., 2014), s 400f.

³⁴ Märten Schultz, "Skadeståndsfordrans uppkomst", *Juridisk tidskrift* 2010/11, s 870, 872 (första kursiveringen min, andra i original).

³⁵ Proposition 1979/80:119, s 39 (min kursivering).

skador. Förslaget mynnar likväl ut i att de allmänna preskriptionsbestämmelserna med en tid på tio år bör vara tillämpliga även på skadeståndsfordringar – dock utan att departementschefen tar ställning till när skadeståndsfordran skall anses uppkomma.³⁶ Av propositionen framgår att en anledning för att vid tillfället inte införa några särskilda regler avseende miljöskador var att departementschefen något år tidigare hade tillkallat en särskild utredare för att utreda frågor om skadestånd vid miljöskador och att utredaren enligt direktiven borde pröva om särskilda preskriptionsregler bör gälla för vissa typer av miljöskador.³⁷

Den särskilde utredaren var *Bertil Bengtsson*, som 1983 presenterade Miljöskadeutredningens betänkande "Ersättning för miljöskador" med förslag till särskild miljöskadelag.³⁸ Miljöskadeutredningen var tveksam till departementschefens påstående i propositionen, att tiden för fordringens tillkomst vid utomobligatoriska skadeståndskrav skulle räknas från den skadegörande handlingen, och angav:

"Utlåtandet stämmer mindre väl med lagtexten när det gäller fall då skadan uppstått först en tid efter den skadegörande handlingen – innan någon skada föreligger, har det uppenbarligen inte heller uppkommit någon fordran i vanlig mening."³⁹

Miljöskadeutredningen föreslog en särskild reglering av preskriptionstiden – 25 år med början dagen för den skadegörande handlingen eller underlåtenheten – för de fall skadeståndsfordran avser personskada till följd av vatten-, luft- eller markförorening eller annars genom kemisk eller fysikalisk-kemisk inverkan.⁴⁰ Miljöskadeutred-

ningen föreslog att den nya preskriptionsbestämmelsen skulle kunna tillämpas också på skador som hade tillkommit före lagens ikraftträdande för att reformen skulle få omedelbar betydelse.⁴¹

När regeringen så småningom föreslog riksdagen att en miljöskadelag skulle antas, baserades propositionen – och den föreslagna lagen – i stora delar på Miljöskadeutredningens förslag. Dock inte beträffande preskription. Med hänvisning till remissinstansers synpunkter (det framgår inte vilka) och till att en då tillsatt kommitté, med uppgift att utreda hur ett fondsystem för ersättning vid miljöskador mm borde vara uppbyggt, föreslog departementschefen att ingen ändring skulle göras med avseende på preskriptionstiden. Departementschefen motiverade det bland annat med att fondutredningen också hade till uppgift att överväga om inte ersättning kunde ges från fondsystemet då eventuella skador blivit preskriberade.⁴² Eftersom Justitiedepartementet just då övervägde en eventuell lagreglering av produktansvar ville departementschefen inte heller föreslå särreglering av preskriptionen för produktskador.

Något nytt lagförslag som tydliggör preskriptionstiden för skadeståndsfordran för personskada till följd av vatten-, luft- eller markförorening mm kom aldrig till stånd.⁴³ Inte heller har efter preskriptionslagens ikraftträdande någon tydlig praxis utvecklats i Högsta domstolen.

Mot "den allmänna uppfattningen" kan kritik riktas på olika sätt. En kritik är rättspolitisk och tar sikte inte på hur preskriptionslagen kan eller bör tolkas, utan på det rättsvidriga i att någon som bevisligen åsamkats en sjukdom eller åkomma där skadan inte materialiserats förrän mer än tio år efter den skadegörande handlingen

³⁶ Proposition 1979/80:119, s 41–42.

³⁷ Proposition 1979/80:119, s 49.

³⁸ SOU 1983:7, Ersättning för miljöskador.

³⁹ SOU 1983:7, s 194.

⁴⁰ SOU 1983:7, s 31, 196–200, 286.

⁴¹ SOU 1983:7, s 287.

⁴² Proposition 1985/86:83, s 30–32.

⁴³ Däremot uppställer miljöbalken särskilda preskriptionsregler för vissa svårförutsedda skador till följd av vattenverksamhet; MB 22:27 och 24:13.

då inte skulle ha någon möjlighet att få upprättelse trots att det kan visas att skadan uppkom genom vårdslöst handlande eller vårdslös underlåtenhet (eller vid strikt ansvar).

Som vi har sett i Europadomstolens domar och skall återkomma till, kan motsvarande argument emellertid även framföras "internrättsligt" (dvs. inte bara som "externt", rättspolitiskt argument i den beskrivna meningen), som ett skäl för att tolka preskriptionslagen på ett annat sätt än "den allmänna uppfattningen".

Vidare kan uppfattningen om preskriptionstidens startpunkt kritiseras på teoretisk grund, med avseende på skadeståndsfordrans uppkomst. Stefan Lindskog har varit engagerad i denna fråga. Han skriver generellt beträffande starttidpunkten att "[u]tgångspunkten måste ju vara att en fordring bör anses tillkommen när det har etablerats en definitiv (ovillkorlig) betalningsskyldighet för gäldenären (att denna skyldighet kan preskriberas också innan den blivit definitiv är en annan sak)."⁴⁴ Lindskog menar att ett strikt upprätthållande av bevisbegränsningsfunktionen talar för att preskriptionstiden skall börja löpa redan då det första rättsfaktumet inträffar som ligger till grund för fordran. Lindskog är medveten om att en sådan uppfattning skulle innebära att preskriptionstiden i vissa fall skulle börja löpa "innan borgenären med fog kunde anse sig ha en fordring" och erkänner att "en princip av angivet slag [måste] sägas vara mindre förenlig med ordalydelsen 2 § 1 st PreskL."⁴⁵ Tvärt emot vad Jacobson påstår, att slutsatsen att skadeståndsfordran uppstår vid tidpunkten för den skadegörande handlingen skulle ha "härletts ur det allmänna stadgandet om preskription av fordringar",⁴⁶ menar alltså Lindskog att denna slutsats är mindre förenlig

med ordalydelsen. Det är inte svårt att hålla med Lindskog.

I fråga om fordran grundad på ett "delikt", såsom en skadeståndsgrundande handling, menar Lindskog likväl att fordringen "anses ha tillkommit i och med den skadeståndsgrundande handlingen. Den omständigheten att skadan inträffat senare är ovidkommande."⁴⁷ Lindskog utvecklar dock inte särskilt ingående varför det skulle vara ovidkommande.⁴⁸ Väl medveten om att en preskriptionstid på tio år från tiden för den skadegörande handlingen vid fördröjda skador "stundom [kan] te sig märklig"⁴⁹ menar han att det inte skulle vara helt lätt att införa särskilda regler för fall av fördröjda skador. Han anser att man då antingen får släppa det första rättsfaktumets princip eller urskilja vissa slags fordringar där fördröjda skador typiskt sett uppstår. Med tanke på vad Lindskog själv skriver, och som jag citerade ovan, att utgångspunkten måste vara att fordran bör anses tillkommen när det har etablerats en definitiv (ovillkorlig) betalningsskyldighet, är det svårt att följa honom i hans senare resonemang, bortsett från att han konsekvent vill upprätthålla det han kallar för "det första rättsfaktumets princip". Men hur – verkligen – kan en fordran på grund av skada ha tillkommit innan skadan ens har uppkommit? Detta förblir kärnfrågan. Och här är det svårt att hålla med Lindskog.

Mårten Schultz har utvecklat denna kritik. Enlig Schultz måste en handling för att vara skadeståndsgrundande faktiskt leda till skada samtidigt som den skadevällande handlingen, per definition, måste inträffa innan skadan. Därav följer, menar han, med logisk nödvändighet att den skadevällande handlingen inträffar innan en rätt att utkräva skadestånd uppstår. Hur kan

⁴⁴ Lindskog, s 385.

⁴⁵ Lindskog, s 386.

⁴⁶ Jacobson, s 494.

⁴⁷ Lindskog, s 402f.

⁴⁸ Lindskog hänvisar förvisso till en stor mängd litteratur, som inte i alla avseenden är samstämmig.

⁴⁹ Lindskog, s 404.

då den skadegörande handlingen, som inträffar innan rätten att utkräva skadestånd uppstår, betraktas som tidpunkten för fordrans uppkomst?⁵⁰ Schultz kritiserar också uppfattningen, att bestämmandet av skadeståndsfordrans uppkomst skulle vara det första rättsfaktumet (och han beskriver varför den kritiserade ståndpunkten också innebär att man luckrar upp synen på vad ett rättsfaktum är).⁵¹ Schultz slutsats är att skadeståndsfordrans uppkomst inte rimligen kan bestämmas utifrån den ansvarsgrundande händelsen, utan att fordran skall anses som tillkommen när skadan inträffar. Det innebär att även preskriptionstiden räknas från tiden för skadans inträffande. Det är inte svårt att hålla med Schultz.

Slutligen kan kritik riktas mot den "allmänna uppfattningen" för att rättspraxis, som antyds av Jacobson och även framgår av Lindskogs och Hellners & Radetzkis redogörelser, faktiskt inte är helt entydig och framför allt för att det, sedan preskriptionslagens tillkomst, inte har utvecklats någon tydlig praxis från högsta instans.⁵² Hur

⁵⁰ Schultz, s 873.

⁵¹ Schultz, s 874–875 och 888.

⁵² Jacobson, s 497–505; Lindskog, s 403. Jacobson belyser fallet NJA 1983 s 180 där två bröder i juni 1973 hade stämt kommunen för skador på fastigheter pga ändrad grundvattennivå till följd av bergtunnlar för tunnelbanan. Bergtunnlarna hade utförts på 1959–60 av Stockholms kommun. Tingsrätten fann likväl att ersättningskraven *inte* hade preskriberats. I domsreferatet berörs preskriptionen inte i de högre instanserna, men såväl hovrätten som Högsta domstolen ansåg att kommunen var ersättningskyldig. Jacobson betonar också, s 499–502, att skadeståndsfordringar inte går att jämföra med andra fordringar. Problemet enligt honom är att "kunskapen om fordringen, vilken är en förutsättning för att den skall kunna göras gällande, har olika grund beroende på om fordringen är ett resultat av en, kanske flera, viljeakter och är ett utflöde därav eller om fordringen uppstår på grund av en skada." Det av Lindskog beskrivna NJA 1975 s 202, avser en begäran om skadestånd av en flottningsförening pga att en stenkista, anlagd på 1920-talet orsakat skador på fisket under 1960-talet. Hovrätten ansåg att fordran var preskriberad och ogillade ersättningsyrkandet. Högsta domstolen fann emellertid att enligt huvudbestämmelsen i 1949 års stadga (23 §) skulle

det nu än är med hittillsvarande praxis i svensk rätt, bidrar Europadomstolens praxis inte bara till rättspolitiska argument mot hittillsvarande praxis. Europadomstolens praxis får dessutom direkt rättslig inverkan på svensk rätt.

4. Europadomstolens inverkan på svensk preskriptionsrätt

Högsta domstolen har förtydligat hur Europakonventionen och, inte minst, Europadomstolens praxis inverkar på svensk rätt, i fråga om statens skadeståndsansvar gentemot enskild vid kränkning av konventionens artiklar. I NJA 2005 s 462 beaktar Högsta domstolen Europadomstolens praxis avseende artikel 6, om rätt till rättvis rättegång, och konstaterar att Europadomstolen utdömt ersättning för renodlad ideell skada baserad på oskäligt lång handläggningstid. HD fastställer så "mot bakgrund av den praxis som Europadomstolen etablerat" att ideellt skadestånd skulle kunna dömas ut också av svensk domstol. HD fortsätter: "Det måste betraktas som en naturlig utgångspunkt att vid prövning av anspråk på sådant skadestånd ta hänsyn till Europadomstolens praxis".

I ett annat avgörande, NJA 2007 s 295, som avsåg artikel 5 i Europakonventionen, utvecklar HD hur svensk rätt mer generellt förhåller sig till Europakonventionen. Även här är det frågan om rätt till skadestånd från staten på grund av brott mot konventionen. Enligt HD skall frågan i första hand prövas enligt svensk rätt (i det här fallet skadeståndslagen). Om det inte räcker och

ersättningsanspråk göras gällande i viss närmare angiven ordning före utgången av det kalenderår då skadan uppkom, vilket skulle innebära att kraven "nystiftades" (Lindskogs uttryck) årligen. Lindskog hänvisar även till NJA 1987 s 243, men avgörandet, som baseras på den tidigare gällande preskriptionsförordningen, rör skadestånd pga underlåtenhet med avseende på entreprenörsavtal. I det av Hellner & Radetzki, s 401, beskrivna avgörandet NJA 1969 s 274 ogillade HD talan fast inte pga preskription (ett justitieråd var dock skiljaktigt).

Europakonventionen ger anledning till det, skall svensk lagstiftning tolkas fördragskonformt, vilket "kan innebära att vissa begränsningar i tillämpningsområdet som har antagits i lagmotiv, praxis eller doktrin inte kan upprätthållas." Om slutligen Europakonventionen inte kan uppfyllas ens genom en sådan fördragskonform tolkning, får skadestånd utdömas utan särskilt lagstöd.

Dessa båda domar avser statens skadeståndsskyldighet mot enskild. Högsta domstolen har även fastställt att en kommun kan bli skadeståndsskyldig utan särskilt lagstöd om det behövs för att Sverige skall uppfylla förpliktelseerna i Europakonventionen,⁵³ vilket inte är så märkligt med tanke att kommuner i folkrättslig mening är en emanation av staten och det offentliga. Staten ansvarar således inför Europadomstolen också för kommuners överträdelse av konventionen. Hur är det då i situationer med privata subjekt? I vilken utsträckning kan en svensk domstol beakta Europakonventionen och Europadomstolens praxis i tvist mellan två enskilda?

I *NJA 2007 s 747* tar HD ställning till om artiklarna 8 och 13 i Europakonventionen kan ligga direkt till grund för ett företag att betala skadestånd. HD:s slutsats är att företaget i målet inte kunde åläggas att betala skadestånd med direkt tillämpning av dessa artiklar. Domstolen motiverar det med att förutsebarheten har ett centralt rättsstatligt intresse, och att övervägande skäl anses tala mot att en enskild skall kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en handling eller underlåtenhet som innebär överträdelse av artikel 8 Europakonventionen "i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning."

I ljuset av dessa domar, vilken effekt får då avgörandena *Eşim mot Turkiet* och *Howald Moor m fl mot Schweiz* för svensk rätt i de fall anspråket avser skadeståndsfordran gentemot enskild? Att en stat kan bli fälld i Europadomstolen på grund av en kränkningar av mänskliga rättigheter i en nationella rättsprocesser mellan privatsubjekt är inte så märkligt. I *Howald Moor m fl mot Schweiz* fälldes Schweiz för att preskriptionsreglerna hade tillämpats alltför strikt i nationell process, bland annat i en tvist gentemot Moors arbetsgivare. Men kan en svensk domstol i en tvist liknande den som uppkom i Schweiz mellan Howald Moor och hans arbetsgivare fastställa att 2 § preskriptionslagen skall tolkas så att tidpunkten för en skadeståndsfordran tillkomst är då skadan upptäcks, inte då den skadegörande handlingen ägde rum, med följd att preskriptionstiden börjar löpa då skadan upptäcks?

En tolkning av preskriptionslagen på detta fördragskonforma sätt vore i sig inte märkligt; som många har påpekat och som jag nämnt ovan medger preskriptionslagens utformning utan vidare en sådan tolkning. Som Lindskog påpekar, det är snarare principen att preskriptionstiden i vissa fall skulle börja löpa *innan* borgenären med fog kunde anse sig ha en fordring som kan sägas vara mindre förenlig med ordalydelsen 2 § preskriptionslagen.⁵⁴

Nästa fråga blir då om det uppkommer svårigheter eller hinder mot att beakta Europadomstolens domar om preskription just för att avgörandet skulle vara mot enskild. Högsta domstolens argument i *NJA 2007 s 747* mot att ålägga enskild att betala skadestånd, när skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning, framstår som helt rimligt ur förutsebarhetshänseende. Det är dock skill-

⁵³ *NJA 2009 s 463*.

⁵⁴ Lindskog, s 386.

nad mellan å ena sidan situationen i *NJA 2007 s 747* som avsåg *grunden* för skadestånd och, å andra sidan, en tvist som skulle avse *tidpunkten* för skadeståndsfordrans uppkomst och starten för preskriptionstiden i ljuset av *Howald Moor m fl mot Schweiz*. Enligt Högsta domstolen var det förutsebarheten som gjorde att den inte kunde ålägga en enskild att betala skadestånd på en *grund* som inte följde av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tolkning. Situationen med preskription skiljer sig emellertid från situationen i *NJA 2007 s 747* i två avseenden. För det första skulle en tolkning av preskriptionslagen som innebär att preskriptionstiden för hälsoskada räknas från tiden för skadans inträffande, inte innebära någon ny *grund* för skadestånd. Det handlar således inte om att utdöma skadestånd direkt baserat på Europakonventionen. Grunden för skadestånd är tvärtom väl erkänd i svensk rätt, och inte på något sätt oförutsebar. För det andra skulle en tolkning av preskriptionslagen på detta sätt kunna ske ”inom ramen för en fördragskonform tolkning”, utan att preskriptionslagens ordalydelse på något sätt skulle behöva töjas. Eftersom någon helt tydlig praxis från Högsta domstolen angående preskriptionslagens tillämpning vid fördröjda skador heller inte finns,⁵⁵ skulle en

sådan fördragskonform tolkning inte innebära någon kraftig svängning från Högsta domstolens tidigare praxis.

Europakonventionen är en del av svensk rätt och Europadomstolens avgörande om preskription bör klargöra att preskriptionstiden för fordran för fördröjd personskada i svensk rätt inte börjar löpa förrän skadan har uppstått. Först då *finns* en skadeståndsrättslig fordran och det måste vara avgörande för beräkningen av preskriptionstiden. Det har Europadomstolen insett. Det bör även svensk domstol göra.

⁵⁵ Observera dock *NJA 2001 s 695 (I)*, som avsåg tolkningen av trafikskadelagens preskriptionsregel, enligt vilken den som ville bevaka sin rätt till ersättning skulle väcka talan inom tre år från det att hen fick kännedom om att fordringen kunde göras gällande och i varje fall inom tio år från det fordringen tidigast *hade kunnat göras gällande*. Om hen försummade det, var talan förlorad. HD angav att för tolkningen ”att det är från den tidpunkt då en skada ger sig till känna och inte olycks-tillfället som tioårsfristen skall räknas ... talar att det

torde vara då som det vid olycksförsäkring inträffar ett försäkringsfall, med det synsätt som ligger till grund för försäkringsavtalslagen (se *NJA II 1927 s. 538*). Att en skadelidande dessförinnan skulle kunna göra gällande ett anspråk på ersättning skulle strida mot detta synsätt. En konsekvens blir då att fordringen tidigast kan göras gällande vid den tidpunkt då skadan visar sig. / Med hänsyn till det anförda finner HD att preskriptionstiden på tio år enligt 28 § 1 st. trafikskadelagen skall anses börja löpa vid den tidpunkt då skadan ger sig till känna.”

Vem "äger" renskötselrätten? Juridik, historia och en liten skvätt nationalekonomi

Ulrika Geijer

Inledning

I artikeln tänker jag berätta om hur jag, som helt okunnig beträffande samiska markrättigheter, gick till väga för att förstå ämnet när jag började arbeta med det, och till vilken hjälp Bertil Bengtsson var i det arbetet. Jag kommer särskilt att rikta in mig på den specifika frågan om vem som "äger" renskötselrätten. Frågan orsakade mig åtskilligt huvudbry och jag är fortfarande inte riktigt säker på att jag hittat rätt svar. I avslutningen kommer jag också att göra några högst personliga reflektioner kring varför frågan om samiska markrättigheter är så förtvivlat svår för politiker, men går att resonera kring juridiskt.

År 1997 läste jag att det behövdes en utredningssekreterare åt en kommitté som skulle lämna förslag till en ny rennäringspolitik. Eftersom jag ville bli ordinarie domare och utredningsuppdrag ansågs meriterande, sökte jag tjänsten. Så här i efterhand kan jag erkänna att jag inte hade en aning om vad det handlade om. Jag tror att jag tänkte att det lät spännande att lära sig något om något så okänt som rennäring. Dessutom var det lockande att uppdraget var så långt (cirka två år). Mot bakgrund av den kunskap och erfarenhet jag sedan fick, kan jag nu erkänna att en viss exotism, inför norra Sverige (jag är skåning), rennäringen och samer, starkt bidrog till att jag sökte jobbet.

Inför skrivandet av den här artikeln, har jag frågat mig själv om jag skulle avstått från att söka jobbet om jag vetat vilket getingbo av svår och bitvis utforskad och oklar juridik, polariserad

och ibland lite obehaglig politik, samt bestämda personliga åsikter jag gav mig in i. Det var nog tur att jag var aningslös. Samtidigt tror jag inte jag hade avstått från uppdraget även om jag vetat precis vad som väntade mig. Samarbetet mellan ordföranden och oss i sekretariatet var oerhört givande både yrkesmässigt och socialt. Jag fick förmånen att på djupet arbeta med frågor som rörde fastighetsrätt, associationsrätt, förvaltningsrätt och mänskliga rättigheter. Jag fick bättre kunskaper om en region i Sverige, samernas historia och levnadsvillkor och en gammal areell näring. Jag träffade också många människor som med sina erfarenheter och sitt kunnande bidrog till att arbetet överhuvudtaget gick att genomföra. Jag hade helt enkelt kul på jobbet.

Tack vare uppdraget fick jag också tillfälle att samarbeta med Bertil Bengtsson. Hans kunnande och engagemang beträffande samiska markrättigheter drog vi nytta av i Rennäringspolitiska kommittén. Han skrev t.ex. betänkandets beskrivande kapitel om renskötselrätten.¹ Alla som träffat Bertil Bengtsson vet att han förutom att vara en mycket skicklig och kunnig jurist också är oerhört vänlig och hjälpsam och dessutom har stor pedagogisk förmåga. Det fick stor betydelse för mig när jag skulle försöka komma på förslag till förbättringar och förändringar av rennäringslagens (1971:437) regler om renskötselrätten och förvaltningen av den rättig-

¹ SOU 2001:101 kapitel 2.

heten. Särskilt hjälpte han mig att komma vidare när det gäller den komplicerade frågan om vem det är som har renskötselrätt, d.v.s. subjektet som bär den civila rättigheten. Jag återkommer till den frågan längre fram.

Rent praktiskt gick hjälpen ofta till så att jag, när jag fastnat och inte förstod hur saker hängde ihop, skrev ett brev som jag faxade till Bertil Bengtsson. Samma dag, ofta bara efter någon timme, fick jag ett fax tillbaka. Bertil Bengtssons svar innebar alltid en aha-upplevelse och att jag kunde ta ett stort kliv framåt i mitt arbete. Dessutom imponerade det en smula på mina kollegor som var utredningssekreterare i andra utredningar, när de där faxen kom. Till min stora glädje upptäckte jag i samband med arbetet med denna artikel, att jag hade sparat de svar jag fick från Bertil Bengtsson. Att på nytt läsa dem fick mig att åter känna lite av den upptäckarglädje som var förknippad med mina försök att förstå renskötselrätten.

Att sätta sig in i renskötselrätten

Inför arbetet med denna artikel upptäckte jag att jag faktiskt hade sparat de första promemoriorna jag skrev inom ramen för kommitténs arbete. Jag kan alltså se hur jag grep mig an att försöka förstå ämnet och göra det begripligt för kommitténs ledamöter. Den första promemorian består av två delar; en om samer och en om renskötsel. Delen om renskötseln består av mycket grundläggande beskrivningar av renen, hur den betar, renskötselåret och av rennäringen. Om jag inte minns fel, skedde informationsinhämtningen genom ett gammalt hederligt besök på stadsbiblioteket (så länge sedan var det).

Arbetet startade således verkligen från grunden. Det var en fördel, eftersom det trots allt innebar att vi hade en gemensam, om än ytlig, utgångspunkt. Kunskapsläget bland ledamöter och experter i kommittén var ojämnt, eftersom där fanns samer, myndighetsföreträdare och

andra. En sak som jag kom att bli mycket bekant med under arbetet var att det fanns många som trodde sig veta hur det förhöll sig med renskötsel och samiska markrättigheter, t.ex. för att de bodde inom renskötselområdet. När det kom till kritan var dock underlaget för den uppgivna kunskapen skakigt.

En sak som jag också tog tag i från början var att försöka förstå rennäringslagen. Det är ju så vi jurister tar oss an ett nytt rättsområde: läs relevant lagstiftning och tillhörande förarbeten. Det resulterade i PM 6 till kommittén. Eftersom rennäringslagen sedan dess i stort sett inte ändrats på något annat sätt än att Samtinget övertagit vissa uppgifter från länsstyrelsen och bestämmelserna har gjorts könsneutrala, så bör den fortfarande kunna fungera som lagkommentar om man har lust att kika i Riksarkivets arkivboxar. Eftersom förarbetena i huvudsak fanns i propositionen till rennäringslagen², framstod de redan under arbetet med utredningen som föråldrade. När rennäringslagen kom till fanns till exempel inte skattefällsdomen.³ Efter den domen var det tydligt att den samiska markrättigheten, renskötselrätten, är en civil rättighet som grundar sig på urminnes hävd. Det perspektivet var inte tydligt vid rennäringslagens tillkomst. Propositionen är istället inriktad på näringsfrågor, t.ex. förbättrade driftsförhållanden och lönsamheten i rennäringen.

Vem "äger" renskötselrätten?

Rennäringspolitiska kommitténs uppdrag var mycket brett.⁴ Bland annat skulle vi göra en översyn av rennäringslagen. I det sammanhanget skulle vi överväga i vad mån rennäringens inre förhållanden i framtiden behöver regleras av rennäringslagstiftningen. Vi skulle således över-

² Prop. 1971:51.

³ NJA 1981 s 1.

⁴ Dir 1997:102.

våga hur renskötseln borde organiseras i framtiden. Utgångspunkten skulle vara att samerna gavs möjlighet att i större utsträckning bestämma organisationsform för rennäringen och organisationens verksamhetsområde. Direktivet var således väldigt öppet för stora förändringar av rennärlagsreglerna om samebyn och renskötselns organisering.

Rennärlagslagen anger att det för renskötseln finns samebyar (6 §). Varje sameby ska ha ett byområde som består av deras del av renskötselns året-runt-mark. Ett byområde kan även omfatta vinterbetesmarker. Renskötselrätt, dvs. rätten för en same att använda mark och vatten till underhåll för sig och sina renar, får utövas av den som är medlem i sameby (1 §). Samebyn har till ändamål att för medlemmarnas gemensamma bästa ombesörja renskötseln inom byns betesområde (byområde samt övrig mark byn använder för renbete, 9 §). Samebyn får inte driva annan ekonomisk verksamhet än renskötsel. Samebyn är en juridisk person och företräder medlemmarna i frågor som rör renskötselrätten eller medlemmarnas gemensamma intressen inom rennäringen i övrigt (10 §). Vilka som är medlemmar i samebyn regleras i 11 och 12 §§. Rennärlagslagen innehåller också associationsrättsliga regler om samebyn (38–64 §§). Det var dessa regler som avsågs med den ovan angivna delen av direktivet. Det föll på min lott att arbeta fram ett bra underlag för kommitténs ställningstaganden i denna del. Eftersom vårt uppdrag innefattade att ta ställning till om det egentligen behövdes regler om samebyar, blev det viktigt att försöka förstå varför samebyn fanns.

En av utgångspunkterna vid tillkomsten av 1971 års rennärlagslag var att försöka förbättra rennärlagens lönsamhet. Den främsta orsaken till lönsamhetsproblemen ansågs vara att driftsenheterna ofta var för små för att rationaliseringsfrämjande åtgärder skulle kunna planeras

och genomföras på ett effektivt sätt.⁵ Det var mot den bakgrunden tillkomsten av samebyarna skulle ses. Det hade alltså mycket litet att göra med vem, juridisk eller fysisk person, som bar en markrättighet nämligen renskötselrätten. Enligt propositionen var det svårt att få de befintliga lappbyarna att fungera som en arbetsenhet. För att få en sådan funktion ansågs det nödvändigt att stärka lappbyns ställning i förhållande till såväl de egna medlemmarna som till myndigheterna och tredje man.⁶ Avsikten var att samerna själva, delvis till skillnad från tidigare, skulle bestämna om renskötselmetoder och indelning i driftsenheter. Det obligatoriska medlemskapet i samebyn, som ersatte lappbyn, ansågs vara en konsekvens av att rätten till renskötsel inte är individuell utan samfällad för dem som driver renskötsel inom ett och samma lappbyområde. Det ansågs också viktigt för att uppnå ett rationellt nyttjande av betesresurserna att inget företag skulle kunde ställa sig utanför samebyn som organisatorisk enhet.

Så långt kommen i arbetet med underlaget till kommittén kände jag mig totalt förvirrad. Renskötselrätten är en särskild rätt till fast egendom som gäller för ett avgränsat, om än ibland svårbestämt, markområde. Men vem är det egentligen som "äger" den rättigheten? I rennärlagslagen står det att renskötselrätten tillkommer den samiska befolkningen (1 § andra stycket). Samtidigt står det att den får utövas av den som är medlem i sameby (1 § tredje stycket), alltså inte av vilken samisk person som helst. För att få hjälp skrev jag mitt första brev till Bertil Bengtsson. Det blev inte det enda brevet och särskilt mot slutet av arbetet gav Bertil Bengtsson oss ovärderlig hjälp när vi skulle försöka få ihop en fungerande lagtext.

⁵ Prop. 1971:51 s 114.

⁶ Prop. 1971:51 s 117.

Bertil Bengtsson satte i sitt svar fingret på det som nog var, och alltså är, problemet när det gäller frågan om vem som "äger" renskötselrätten. Lagstiftaren skiljer inte mellan de näringsrättsliga reglerna, dvs. samernas monopolrätt till renbete, och den fastighetsrättsliga regeln, dvs. renskötselrätten som en särskild rätt till fastighet. Redan av de ovan citerade förarbetesuttalandena från rennäringslagens tillkomst, framgår att det var de näringsrättsliga frågorna som var det väsentliga för lagstiftaren. Han påpekade också att införandet av 1 § andra stycket rennäringslagen år 1993 inte fick några civilrättsliga konsekvenser. Det påverkade inte de regler i rennäringslagen som konkret beskriver hur samebyn eller en medlem i samebyn kan använda renskötselrätten. Uttalandet om att renskötselrätten tillkommer den samiska befolkningen tycktes således närmast ha näringsrättslig betydelse, dvs. alla samer får bedriva renskötsel om de är medlemmar i en sameby. Bertil Bengtsson konstaterade också att det i realiteten är samebyn som har renskötselrätten. Det är den som agerar som part i frågor som rör renskötselrätten. Bertil Bengtsson har diskuterat dessa frågor i flera sammanhang.⁷ Han skrev också om det i sin text till Rennäringspolitiska kommitténs betänkande.⁸

Kommittén fastnade för att se samebyn som företrädare för kollektivet av medlemmar som utövar renskötselrätten inom byns område.⁹ Den utgångspunkten godtogs av de flesta, såväl samer som icke-samer. Det fanns dock företrädare för det samiska samhället som motsatte sig den utgångspunkten.¹⁰ Som jag uppfattar det var deras synsätt att renskötselrätten är en civil rättighet som tillkom enskilda samer. Diskussionen

kring detta bör ses mot bakgrund av historiska förhållanden som bland annat innebar att bofasta samer förlorade sin möjlighet att bedriva renskötsel, respektive att staten hade fattat beslut om att renskötseln i vissa områden skulle skötas av andra samer än de som ursprungligen bebodde området. När det gällde olika synsätt på samebyn från samiskt håll uppfattade jag dock inte att de som godtog samebyn som företrädare för kollektivet av medlemmar samtidigt avsa sig möjligheten att det kunde finnas individuella rättigheter eller rättigheter av ett annat slag inom vissa geografiska områden. Som Bertil Bengtsson påpekat i sina arbeten utesluter den renskötselrätt som beskrivs i rennäringslagen inte att det kan vara fallet.¹¹

Kommitténs uppdrag var att i så stor utsträckning som möjligt "avreglera" renskötseln och ge "samerna" möjlighet att inom vissa ramar sköta sina egna angelägenheter. Uppdraget var helt förutsättningslöst och kommittén övervägde därför om förvaltningen av renskötselrätten kunde lösas på något annat sätt än genom en sameby eller liknande. Eftersom jag under studietiden förutom juridik även läste lite nationalekonomi, började jag fundera på frågan utifrån det som kallas "allmänningens dilemma". Det kan kortfattat beskrivas som det problem som kan uppstå när en resurs kan nyttjas av flera men ansvaret för att förvalta resursen inte är tydligt. Den, åtminstone i slutet av 1980-talet, populäraste lösningen på dilemmat var privatisering, dvs. resursen skulle delas upp mellan nyttjarna så att var och en fick ansvar för förvaltningen av sin del. Rennäringspolitiska kommittén diskuterade om det var en lämplig metod för förvaltningen av renskötselrätten. Modellen avfärdades dock, bland annat för att det framstod som svårt att avgöra hur en fördelning av resursen skulle göras på ett sätt som skulle betraktas som legitimt av

⁷ Bengtsson, Bertil, *Samerätt – En översikt*, Norstedts juridik 2004, och där angivna arbeten.

⁸ Se SOU 2001:101 Del 1 s 111.

⁹ SOU 2001:101 del 1 s 173.

¹⁰ Jfr särskilda yttranden av Bengt Oskarsson och Lars Wilhelm Svonni, SOU 2001:101 del 2.

¹¹ A a s 39.

flertalet samer och utan att förstärka eventuella motsättningar mellan samer i vissa områden.

I mina funderingar om "allmänningens dilemma" stötte jag på arbeten av den amerikanska statsvetaren och nationalekonomen Elinor Ostrom. Jag läste hennes bok *Governing the commons*.¹² I den beskriver hon hur förvaltningen av en resurs på ett bra sätt kan skötas av ett lokalsamhälle utan statlig inblandning men också situationer när det misslyckats. Hon studerade så till synes olika situationer som förvaltning av kustfiske, bevattningsanläggningar och betesmarker. Ett nyckelbegrepp för hennes teori var tillit, dvs. att de berörda individerna litar på varandra och respekterar gemensamma regler och konfliktlösningsmekanismer. Hon var skeptisk både till statlig inblandning och till privatisering.

Inspirerad av Elinor Ostrom och mot bakgrund av direktivets uppdrag att göra en förut-sättningslös prövning av behovet av regler om samebyn, övervägde kommittén att helt ta bort regleringen. Istället skulle lagstiftningen bara innehålla en beskrivning av renskötselrätten, miljöhänsyn och andra hänsyn som ska tas vid utövandet av renskötselrätten samt regler för förhållandet mellan renskötselrätten och andra rättigheter som är kopplade till samma fastighet. Innan renbeteslagstiftningen kom till fanns antagligen den form av självförvaltning av renskötselrätten som beskrivs i Elinor Ostroms arbeten. Inom vissa delar av renbetesområdet byggde förvaltningen kanske snarare på "ägarande" av vissa betesområden. Så länge det samiska samhället fick behålla kontrollen över sina egna angelägenheter, t.ex. genom att samer var nämndemän när tingsrätten behandlade frågor som rörde samiska förhållanden, tycks det också ha fungerat.¹³

¹² Ostrom, Elinor, *Governing the commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

¹³ Jfr Korpiljakko-Labba, Kajsa, *Om samernas rättsliga ställning i Sverige – Finland*, Lapplands högskola, Rovaniemi,

Problemet vid tidpunkten för Rennäringspolitiska kommitténs överväganden var att förvaltningen sedan mer än 100 år inte var överlämnad åt användarna av resursen utan – beroende på tidsandan och myndigheternas inställning till samer och renskötsel – mer eller mindre styrd av lagstiftning och myndigheters tjänstemän. Grundläggande förutsättningar i form av tillit, gemensamma regler och konfliktlösningsmekanismer fanns således inte längre. Rennäringspolitiska kommittén ansåg att det inte fanns några garantier för att nödvändiga institutioner för förvaltningen av renskötselrätten skulle kunna uppstå. Avskaffandet av lagreglerade samebyar ansågs därför inte möjligt.

Jag har ett minne av att jag redan under utredningsarbetet personligen var tilltalad av en ordning som överlämnade åt de samer som brukade renskötselrätten att själva finna nödvändiga former för förvaltningen. För mig verkar det som det rimligaste sättet att ta till vara de kunskaper och erfarenheter som under lång tid byggts upp inom det samiska samhället men också det som tillförs genom nya generationer. Jag inser dock att det fortfarande, precis som år 2001, knappast är politiskt genomförbart. Rennäringspolitiska kommittén förslag om samebyarnas organisation borde dock, såvitt jag kan bedöma, kunna skapa förutsättningar för att bygga upp strukturer som i förlängning skulle kunna leda till en helt samisk förvaltning, mera lik den som gäller för andra rättigheter till fast egendom inom svensk rätt. Det jag syftar på är bland annat förslagets regler om möjlighet för alla samer som är hemmahörande i samebyns område att bli medlemmar och möjligheten för samebyn att bedriva annan ekonomisk verksamhet än renskötsel. Det skulle ge förutsättningar för att börja bygga det

1989 och Lundmark, Lennart, *Samernas skatteländ – Med särskild syftning på tiden efter 1750*, *Samefolket* nr 1 och 2/2000.

förtroende mellan användarna som är nödvändigt för en fungerande samisk förvaltning. En annan del av förslaget, som faktiskt genomförts, som jag också tror kan bidra till att bygga upp en ren samisk förvaltning av renskötselrätten, är betoningen av samebyarnas delaktighet i Sametingets beslut om indelning i byområden (7 § rennäringslagen).

Att använda beteckningen kollektiv rättighet för renskötselrätten kunde som framgått ovan väcka reaktioner. När det gäller renskötselrätten som en särskild rättighet till fastighet är uttrycket inte att se som ett uttalande om vem som "äger" renskötselrätten. Istället försöker uttrycket beskriva det speciella förhållandet hos renskötselrätten som innebär att rättigheten uppstår och består oavsett vilken specifik samisk individ som för tillfället nyttjar den inom ett visst område. Därmed är avgränsningen mot andra rättigheter till samma område i teorin klar; används den av samer på rätt sätt så finns den. Det är kanske därför frågan om vem som i civilrättslig mening bär rättigheten inte har varit så viktig för lagstiftaren att fundera över. Att den, bland annat på grund av olika historiska lagstiftningsåtgärder beträffande medlemskap i lappby/sameby, kan vara problematisk i diskussioner samer emellan, är en annan sak.

Rennäringspolitiska kommittén hade alltså inte svaret på frågan om vem som "äger" renskötselrätten. Istället gick förslagen ut på att förtydliga vem som vid varje tidpunkt och för varje område företräder utövarna av rättigheten, dvs. samebyn. Samebyn skulle genom en starkare medlemsbas, bättre ekonomiska förutsättningar och ett ökat handlingsutrymme, få förutsättningar att bli en starkare företrädare för renskötselrätten. I förslaget till ny rennäringslag behöll kommittén tyvärr förbudet mot att upplåta någon del av renskötselrätten. Det blev helt enkelt övermäktigt att göra ändringar i den delen. Det innebär att förslaget inte ens innehöll en

möjlighet för en sameby att upplåta t.ex. visst bete till en annan sameby. Något som rimligen borde ha kunnat stärka en samisk förvaltning av renskötselrätten.

Varför fungerar juridiken (ibland), men inte politiken?

Avslutningsvis några personliga reflektioner kring juridik, politik och samiska markrättigheter. Som framgått ovan är juridiken kring samiska markrättigheter inte enkelt. Det framgår också tydligt vid läsning av det som Bertil Bengtsson skrivit i ämnet. Det beror bland annat på att rättighetens innehåll ytterst beror på det samiska bruket av mark och således kan skifta mellan olika områden. Det innebär också att det inte utan vidare går att pricka in på en karta vilka fastigheter som berörs. Omständigheter till stöd för rättigheten är således beroende av historiska källor och historisk forskning. Dessa omständigheter har inneburit att rättigheten avviker på ett sådant sätt från andra rättigheter till fastighet, att det varit svår för lagstiftaren och statliga tjänstemän att förstå och hantera inom det svenska fastighetsrättsliga systemet. Det kan således leda till problem även utan att enskilda makthavare nödvändigtvis haft en fördomsfull eller nedlåtande syn på det samiska samhället.

Tyvärr går det nog ändå inte att bortse från att föreställningar om samer påverkat makthavarna såväl historiskt som under den tid jag arbetade med frågan. I förarbetena till 1928-års renbeteslag syns det ganska tydligt. Men även under arbetet i rennäringspolitiska kommittén upplevde jag att jag stötte på olika föreställningar om hur samer var. Ett exempel var att olika händelser i Sametinget angavs som "bevis" för att samer inte kunde hålla sams och därmed inte kunde anförtros olika uppgifter. Ungefär lika bärkraftigt som att påstå att alla invånare i Hässleholms kommun inte kan hålla sams och

därför inte bör anförtros alltför ansvarskrävande uppgifter.

I min roll som domare är utgångspunkten att alla är lika inför lagen. I en demokratisk rättsstat som Sverige skriver de allra flesta under på att det är så det måste vara. Jag upplevde dock att när det gällde samiska markrättigheter var det svårt för vissa personer att upprätthålla det synsättet i praktiken. Det ledde bland annat till att en diskussion istället för att handla om hur rättssystemet kan lösa konkurrens mellan olika rättigheter kom att handla om intresseavvägningar och samverkanslösningar.¹⁴ Jag ser det som symptomatiskt att det blev nödvändigt att i betänkandet betona att det var Bertil Bengtsson (alltså inte kommittén) som svarade för kapitel 2 där renskötselrätten beskrivs. Fortfarande känner jag att jag blir lite upprörd när jag ser det. Det förhållningssättet bortser från att välfungerande samverkan förutsätter deltagare med likartade resurser och styrka.

Den juridiska metod som används i domstol innebär att den eller de frågor som ska lösas formuleras. Utifrån det kan domstolen avgöra vilken information som behövs för att ta ställning. Domstolen bestämmer också vem av parterna som måste åberopa olika omständigheter och lägga fram bevis för dem. Den bördan har många gånger visat sig vara övermäktig för den samiska parten. Men när det funnits tillräckligt med information har resultatet i vissa fall blivit ett klart besked från domstolen. I domstolens uppdrag ingår att ta ställning till alla omständigheter och bevis som lagts fram, ta ställning till vad det innebär och förklara detta i domen.

Domstolsprövning av samiska markrättigheter är dock en dyr och tidskrävande metod. Personligen tycker jag att staten kunde gjort mer för att hjälpa de berörda, såväl samer som andra, inom olika områden att komma fram till vad som kan gälla inom just deras område. Även om det också skulle kräva resurser, skulle det kunna bidra till en i längden hållbar grund för markanvändning inom renskötseområdet, vilket rimligen borde vara samhällsekonomiskt fördelaktigt. Ett sådant arbete borde också kunna bli en bra grund för den av så många omhuldade samverkan. Att inte göra något är också politik. Kortsiktigt är det kanske enklast, men om staten menar allvar med att vilja ha en fungerande markanvändning i norra Sverige som inkluderar en bärkraftig renskötsel och annan samisk markanvändning, finns det saker (både misstag och missgrepp) att ta tag i. Bertil Bengtsson har i sina arbeten tydligt redogjort för dessa. Det är varken rimligt eller ens möjligt att enskilda intressenter och domstolar ensamma ska kunna skapa en hållbar grund för den samiska markanvändningen. Tyvärr hade jag ibland under arbetet i Rennäringspolitiska kommittén känslan att den politiska viljan att värna samiska markrättigheter enbart var läpparnas bekännelse. Från mitt utifrånperspektiv tycks det inte ha förändrats nämnvärt sedan dess. För politiken är det antagligen lättare att värna ursprungsfolks rättigheter när det berörda folket befinner sig i ett annat land eller kanske ännu hellre på en annan kontinent.

¹⁴ Se t.ex. vissa reservationer och särskilda yttranden i SOU 2001:101 del 2.

Samråd och hänsyn för renskötseln i skogsbruket

Marie B. Hagsgård

Samerna har rätt att bedriva renskötsel inom renskötselområdet som omfattar ca 40 % av Sveriges yta. Renarna rör sig naturligt över stora områden mellan sina olika årstidsbeten. Sommartid befinner de sig inom de s.k. åretruntmarkerna, västerut i fjällen och vintertid inom de s.k. vinterbetesmarkerna, österut i skogarna mot Botenviken.¹ Renskötseln bedrivs av samebyar² med stöd av renskötselrätten som är en bruksrätt av särskilt slag. Den innefattar bl.a. rätt till renbete och rätt till flyttvägar för renarna mellan olika betesområden.³ Sverige har erkänt samerna som urfolk och nationell minoritet och svenska staten har åtagit sig att främja deras traditionella renskötsel som en central del av den samiska kulturen.⁴ Det anses vara av allmänt in-

tesse att renskötsel kan fortsätta bedrivas inom samebyarna.⁵

Inom renskötselområdet bedrivs en rad verksamheter som stör renskötseln. Det samlade trycket från gruvnäring, vattenkraft, vindkraft, vägar, turism och storskaligt skogsbruk m.m. har ökat och gör det allt svårare för samebyarna att bedriva sin naturbetesbaserade renskötsel. Skogsbruket är en av de verksamheter som påverkar renskötseln mest eftersom det minskar renarnas tillgång till vinterbete. Vinterbetet brukar räknas som renskötselns flaskhals eftersom tillgången på bete avgör hur stora renhjordar samebyarna kan hålla.

Vinterbetet finns huvudsakligen i barrskogen inom renskötselområdet. Det rör sig om områden med trädlav i gammal skog på fuktig mark och områden med marklav framförallt i tallskog på torr mark där snöförhållandena gör det möjligt att utnyttja marklaven. Vinterbetet anses vara mycket gott inom ca tio procent av barrskogen i renskötselområdet.⁶ Skogsbruket påverkar tillgången på vinterbete på olika sätt. Bl.a. minskar tillgången på trädlavbete till följd av avverkning-

¹ Detta gäller för den s.k. fjällrenskötseln som är vanligast, men mer stationär skogsrenskötsel förekommer också.

² Samebyar är både en sorts ekonomisk förening för renskötsel företag och det geografiska område där samebyns renar har rätt till bete.

³ Renskötselrätten gäller både på statlig och privatägd mark inom renskötselområdet. Den innebär förutom rätt till renbete också rätt för samebyarna att uppföra anläggningar och mindre byggnader som behövs för renskötseln, rätt till flyttvägar för renarna m.m. Se vidare rennäringslagen (1971:437) och Bengtsson, Bertil, *Samerätt*, Norstedts Juridik, 2004 s 45 ff där innehållet i renskötselrätten beskrivs.

⁴ I 1 kap. 2 § regeringsformen anges att det samiska folkets kultur ska främjas och av förarbetena till bestämmelsen framgår att renskötseln omfattas av och är en central del av den samiska kulturen. Av 4 § lagen (2009:724) om nationella minoritetsspråk, framgår att det allmänna – utöver att främja minoritetsspråken – också ska främja samernas och övriga nationella minoriteters möjlighet att behålla och utveckla sin kultur i Sverige.

⁵ I 3 kap. 5 § miljöbalken finns regler som ska skydda rennäringen som ett riksintresse mot exploatering. Skyddet innebär att det ska finnas grundläggande förutsättningar för rennäringen inom i princip varje sameby, nämligen en säker tillgång till sådana områden inom både åretruntmarkerna och vinterbetesmarkerna som har avgörande betydelse för att bedriva renskötsel, exempelvis flyttleder, kalvningsland och områden med särskilt goda betesförhållanden. En offentlig utredning arbetar för närvarande med en översyn av miljöbalkens bestämmelser om riksintressen, se dir. 2013:126.

⁶ SOU 2001:101 s 232 f.

en av gammal barrskog. Stora avverkningar med hyggesavfall och spår av skogsmaskiner gör att det blir svårt att flytta renarna över hyggena och minskar tillgången på marklavbete. Markberedning efter avverkning skadar marklavbetet och försenar återväxten. Utbyggnad av skogsbilvägnätet stycker upp betesområdena och gör det svårare att samla och flytta renarna. Snön packas hårdare på kala hyggen, vilket gör att renarna får problem att komma åt det marklavbete som finns kvar. Minskad tillgång på vinterbete leder till att samebyarna måste stödutfodra renar i ökad omfattning. Det medför ökade kostnader för samebyarna och leder till en annan typ av renskötsel, mer stationär, än den traditionella naturbetesbaserade.

För att skydda samebyarnas traditionella naturbetesbaserade renskötsel finns regler i skogsvårdslagen (1979:429) om samråd mellan samebyarna och skogsägare och om hänsyn för renskötseln. Reglerna innebär att den som bedriver skogsbruk ska samråda med samebyarna och visa hänsyn för deras renskötsel, både på grund av samebyarnas rätt att bruka marken med stöd av renskötselrätten, och på grund av att rennäringen är ett allmänt nationellt intresse som ska främjas.⁷ De uppföljningar och utvärderingar som har gjorts visar dock att reglerna inte har tillämpats så att skogsbruket visar den hänsyn för renskötseln som man avsåg då reglerna kom till. Samtidigt har Sveriges internationella åtaganden gentemot samerna som urfolk och nationell minoritet utvecklats och förtydligats. Kritik har riktats från såväl Europarådet som FN mot att Sverige inte ger samerna tillräcklig möjlighet till inflytande i frågor som berör dem och deras traditionella markanvändning.

Skogsstyrelsen är den statliga myndighet som ska utforma allmänna råd och föreskrifter

för samråden mellan skogs- och rennäringen och utöva tillsyn av att skogsbruket visar hänsyn för rennäringen. Skogsstyrelsen har ansvar för att samråd och hänsyn uppfyller de krav som följer av Sveriges internationella åtaganden gentemot samerna som urfolk och nationell minoritet.

Skogsvårdslagens regler om samråd och hänsyn för renskötseln

Skogsvårdslagen innehåller två centrala regler som syftar till att skydda den naturbetesbaserade renskötseln och samernas renskötselrätt. I 20 § skogsvårdslagen finns en bestämmelse om skyldighet att bereda samebyar tillfälle till samråd innan större avverkningar genomförs inom åretruntmarkerna, och i 31 § skogsvårdslagen finns en regel som innebär att den som bedriver skogsbruk ska visa hänsyn för rennäringen inom hela renskötselområdet.⁸

Skogsägare ska under vissa förutsättningar bereda en sameby tillfälle till samråd innan avverkning sker. Samrådet ska enligt Skogsstyrelsen föreskrifter omfatta avverkningen med efterföljande skogsvårdsåtgärder (t.ex. markberedning).⁹ I Skogsstyrelsens allmänna råd anges att samrådsmöten bör hållas minst en gång om året för större skogsägare och beröra årligen återkommande skogsbruksåtgärder. De bör också omfatta planerade åtgärder för den kommande tre till femårsperioden. Skogsstyrelsen rekommenderar att protokoll förs vid samråden där det klart framgår vilka områden och åtgärder som behandlats, vad som överenskommit och vilka skiljaktiga uppfattningar som kvarstår. Protokollen kan sändas in till Skogsstyrelsen i samband med avverkningsanmälan och företrädare

⁷ Prop. 1990/91:3 s 53 och 59 samt prop. 1990/91:4 s 140 f.

⁸ I Skogsstyrelsens allmänna råd till 31 § skogsvårdslagen rekommenderas att samråd också ska hållas inom vinterbetesmarkerna, *Skogsvårdslagstiftningen, gällande regler 1 juni 2014*.

⁹ A a s 40.

för skogsbruket eller samebyn kan kalla personal från Skogsstyrelsen till samrådet.¹⁰

När regeln om obligatoriska samråd infördes, motiverades den med att samerna som bärare av renskötselrätten på civilrättslig grund kunde göra anspråk på bättre skydd mot ingrepp än vad som dittills hade förelegat.¹¹ Vissa åtgärder inom skogsbruket ansågs nämligen kunna medföra att de naturliga förutsättningarna för att utöva renskötselrätten på en fastighet omintetgjordes under lång tid. Därför ansåg man att samebyarna måste ges en möjlighet att i förväg komma till tals och hävda sin renskötselrätt gentemot markägaren.¹² Det påpekades att det var viktigt att samråd hölls i god tid för att kunna skydda områden med bra renbete och att långsiktiga skogsbruksplaner fanns som underlag för samråden.¹³ Skogsstyrelsens roll i samråden lyftes fram särskilt och man hänvisade till den s.k. Jokkmokks-modellen. Den innebar att en tjänsteman från Skogsstyrelsen före samråden sammanställde kartmaterial över planerade skogsbruksåtgärder så att samebyarna inför samråden kunde få en samlad bild och överblick över alla skogsföretags planer inom respektive sameby. Den tjänsteman som sammanställt översiktsmaterialet deltog vid samråden.¹⁴

I skogsvårdslagen finns också en allmän hänsynsbestämmelse där det anges att vid skötsel av skog ska den anpassning ske som *uppenbart*

påkallas med hänsyn till rennäringen (31 §). Formuleringen är tänkt som en avvägning mellan markägarens rätt att med stöd av äganderätten bedriva skogsbruk och samebyarnas rätt att med stöd av renskötselrätten bedriva renskötsel. Innebörden är att varken markägarens eller samebyarnas markanvändning får avsevärt försvåras på grund av den andras markanvändning.¹⁵ Det handlar alltså om att väga två rättigheter och enskilda intressen mot varandra. Men hänsynsregeln avser också att ge skydd för samebyarnas renskötsel som ett allmänt nationellt intresse.¹⁶ Denna hänsyn liknar den hänsyn som skogsbruket ska visa för natur- och kulturmiljövården.¹⁷

Den som bedriver skogsbruk ska visa hänsyn genom att anpassa sina åtgärder så att det eftersträvas att varje sameby årligen har tillgång till sammanhängande betesområden och till vegetation som behövs inom områden för samling, flyttning och rastning av renarna. Enligt Skogsstyrelsens allmänna råd bör bl.a. hyggenas storlek, beståndsanläggning, kvarlämnande av trädsamling och skogsbilvägars sträckning anpassas i förhållande till rennäringens behov.¹⁸ Den som planerar en avverkning inom renskötselns åretruntmarker ska i avverkningsanmälan underrätta Skogsstyrelsen om vad han eller hon avser att göra för att tillgodose rennäringens intressen i samband med avverkningen (14 §). I samband med anmälan om avverkning kan Skogsstyrelsen utfärda ett föreläggande eller förbud, med eller utan vite (35 §). Normalt

¹⁰ A a s 40.

¹¹ Genom det s.k. skattefjällsmålet NJA 1981 s 1, där justitierådet Bertil Bengtsson var referent, klargjorde HD att renskötselrätten var en starkt skyddad bruksrätt till mark.

¹² Se prop. 1990/91:4 s 30 där också skyddsregeln i 30 § rennäringenslagen behandlas. Den innebär att markägare inom åretruntmarkerna inte får vidta åtgärder som innebär avsevärd olägenhet för renskötseln. Regeln har inte lett till någon praxis som innebär något egentligt skydd gentemot skador på renbetet. Se vidare Bengtsson a a s 60.

¹³ Prop. 1990/91:3 s 59.

¹⁴ A a s 54.

¹⁵ Jfr vad lagrådet angett om att vad som "uppenbart påkallas" med hänsyn till renskötselrätten, till sitt innehåll överensstämmer med att åtgärder inte får vara så ingripande att pågående markanvändning avsevärt försvåras, prop. 1990/91:3 s 59.

¹⁶ Jfr bl.a. vad som ovan sagts om bestämmelsen i regeeringsformen där det anges att samernas kultur ska främjas.

¹⁷ Jfr 30 § skogsvårdslagen.

¹⁸ Skogsstyrelsen, *Skogsvårdslagstiftningen, gällande regler 1 juni 2014* s 70 f.

sett ska ett föreläggande eller förbud ha föregåtts av ett råd från Skogsstyrelsen. Syftet med såväl råd som föreläggande och förbud är att se till att skogsbruket visar den hänsyn som anges i 31 § skogsvårdslagen.

När skogsvårdslagen ändrades år 2010 underströk regeringen vikten av fortsatta samråd och dialog och samverkan, inte bara beträffande åretruntmarkerna, utan också för vinternbetesmarkerna där både skogsbruk och rennäring har rätt att verka. Skogsstyrelsens ansvar för att stötta en god dialog och ömsesidig hänsyn, lyftes fram på nytt och regeringen aviserade att Skogsstyrelsen och Sametinget gemensamt skulle få ansvar för att löpande följa upp, utvärdera och kvalitetssäkra samråden samt stödja och främja andra engagemang och initiativ på lokal och nationell nivå för förbättrad dialog och samverkan mellan näringarna.

I arbetet med samråd, dialog och samverkan påpekade regeringen att det var viktigt att samernas särskilda ställning som urfolk beaktas, liksom Sveriges internationella åtaganden gentemot dem.¹⁹ Regeringen gav också Skogsstyrelsen ett förtydligt uppdrag att följa upp och utvärdera att skogsbruket tar hänsyn till rennäringen.²⁰

Effekterna av reglerna om samråd och hänsyn för renskötseln

Skogsstyrelsen genomför återkommande utvärderingar av samråden mellan skogsbruk och rennäring. Dessa visar att skogsägarna i stort är nöjda med samråden medan samebyarna inte anser att de kan påverka skogsbruket i någon större omfattning. Samråden har enligt många samebyars uppfattning mest karaktär av information om planerade avverkningar från skogsbrukets sida.

I samband med en utvärdering av de samråd som hölls under 2011, vilka omfattade 76 000 ha skogsmark, redovisade skogsbrukets ledamöter i Centrala samrådsgruppen skogsbruk-rennäring de hänsyn som visats i samband med avverkning. Hänsyn hade visats i följande avseenden och följande omfattning: ändrad avverkning på 6 % av arealen, överhållning (uppskjuten avverkning) på 6 % av arealen, ändrad markberedning på 5 % av arealen samt ändrat trädslag på 6 % av arealen.²¹

Svenska Samernas Riksförbund har också följt upp samråden.²² Av en kartläggning som gjordes år 2011 framgår att de flesta sameby-medlemmar anser att samråden hålls i en god anda, men de anser inte att de har kunnat påverka skogsbruket i någon högre utsträckning. Några samebyar anser sig dock ha kunnat påverka skogsbruket. De pekar på att inställningen hos de olika skogsbolagen lokalt är viktig för att kunna påverka, men också deras egna kunskaper om vilka hänsyn som kan tas av skogsbruket.

År 2015 genomförde Svenska Samernas Riksförbund djupintervjuer med sameby-medlemmar som har deltagit i samråd om deras syn på samråden. Av dessa framgår att de flesta fortfarande inte anser att de kan påverka skogsbruket på det sätt som behövs för att skapa goda förutsättningar för fortsatt naturbetesbaserad renskötsel. Det framkommer att områden med goda betesförhållanden har minskat i omfattning och att hänglavsskogen i stort sett är borta i vissa samebyar.²³ Samråden ses fortfarande mer som informationstillfällen än som en möjlighet för samebyarna att påverka skogsbruksåtgärderna. En renägare uttryckte detta på följande sätt:

²¹ Skogsstyrelsen, *Meddelande nr 5, 2011* s 28.

²² Svenska Samernas Riksförbund är en organisation för bl.a. samebyar som bedriver renskötsel.

²³ <http://www.sapmi.se/samebyar-skogsbruk.pdf>

¹⁹ Prop. 2009/10: 201 s 28 f.

²⁰ A a s 32.

”Kontentan av det hela är ju att från samebyns sida får du bara en möjlighet att avgöra om det ska huggas i morgon eller nästa dag. Så egentligen är ju dessa samråd fortfarande väldigt mycket informativa och inget annat.”

Samebymedlemmarna vill ha mer respekt för sin renskötselrätt från markägarnas och skogsbrukets sida och möjlighet att kunna förhandla med skogsbruket och träffa överenskommelser som innebär att skogsbruket blir renskötsel-anpassat. Utgångspunkten för samråden bör enligt samebymedlemmarna vara att renbetet på skogsmarken ska kunna föda tillåtet antal renar utan att stödutfodring krävs. Skogsbruket borde kunna anpassas genom att använda mer okonventionella skogsbruksmetoder. Önskan om hur framtida samråd bör vara uttrycks så här av en samebymedlem:

”Vi är mer lika rättsligt, vi måste vara mer jämlik [...] samebyn kallar till samråd och talar om vad vi behöver för att kunna hålla renantalet, sen diskuterar vi skogsbruks-åtgärderna utifrån det. Vi har mer energi, pengar och tid för att diskutera skogsbruks-åtgärder på allvar. Vi ska inte behöva fodra renarna, markerna ska bära renarna ...”

En medlem i en sameby där man anser sig kunna påverka skogsbruket uttrycker detta så här:

”Vi känner oss som riktiga motparter som sitter där på lika villkor [...] Ibland får man deala om vissa saker, var de får avverka och inte. Även om bolagen har riktlinjer så kan de tänja på det ganska mycket bara de vill.”

För de allra flesta samebyar har det dock visat sig svårt att få genomslag för att skogsbruket ska visa sådan hänsyn för renskötsel som anges i 31 § skogsvårdslagen. Att hänsynsbestämmelsen fått begränsat genomslag konstaterades redan av

Rennäringspolitiska kommittén som påpekade att skogsbruket inte visade generell hänsyn inom vinterbetesmarkerna.²⁴

Skogsstyrelsens ska utöva tillsyn (35 §) av att skogsbruket visar hänsyn för rennäringen enligt 31 § skogsvårdslagen. Av Skogsstyrelsens egen uppföljning framgår att 31 § och 35 § skogsvårdslagen tillämpas i mycket blygsam omfattning.²⁵ Ytterst få egentliga lagråd eller förbud har meddelats för att se till att de hänsyn som skogsbruket ska visa enligt 31 § skogsvårdslagen verkligen visas.²⁶ I de fall det krävs tillstånd till avverkning (enligt 18 b §) förekommer exempel på beslut med villkor om hänsyn till rennäringen. Sådana villkor om hänsyn i tillstånden har dock ofta formulerats som ett gott råd eller i vissa fall ett lagråd, men sällan som ett villkor med beslutsinnebörd.²⁷ Någon rättslig prövning av beslut om hänsyn enligt 31 § skogsvårdslagen har Skogsstyrelsen inte kunnat hitta. Tillstånd till avverkning har i några fall överklagats av berörda samebyar men Skogsstyrelsen har inte kännedom om att det finns några domar av prejudicerande karaktär med bäring på hänsynsreglerna i 31 § skogsvårdslagen.²⁸

Sammanfattningsvis visar de undersökningar som gjorts av Skogsstyrelsen och Svenska Samernas Riksförbund att samråden inte lett till att skogsbruket visar generell hänsyn för renskötselrätten eller den naturbetesbaserade renskötseln inom renskötselområdet. Skogsstyrelsens egen utvärdering visar också att myndigheten

²⁴ I utredningen framgår att de skogsägare som inte FSC-certifierat sitt skogsbruk ofta hade uppfattningen att bestämmelsen inte gällde för deras eget skogsbruk inom vinterbetesmark, SOU 2001:101 s 236.

²⁵ Skogsstyrelsen, *Meddelande nr 5, 2011*.

²⁶ Angående begreppen lagråd och förbud, se innehållet i 35 § skogsvårdslagen.

²⁷ Se Torp, Eivind, *Det rättsliga skyddet av samisk renskötsel, SvJT 2014*, s 122–148.

²⁸ Skogsstyrelsen, *Meddelande nr 5, 2011* s 19 f.

i mycket begränsad omfattning använder sig av möjligheten att ge råd och utfärda förelägganden eller förbud för att se till att skogsbruket tar sådan hänsyn som anges i skogsvårdslagen.

Sveriges internationella åtaganden gentemot samerna som urfolk och nationell minoritet

Mänskliga rättigheter och internationell rätt med inriktning på urfolks och minoriteters rättigheter har utvecklats starkt på senare år. Det har dels skett genom att innehållet i de konventioner som tar sikte på dessa gruppers rättigheter har tillämpats och tolkats av de övervakningsorgan som följer staternas tillämpning av konventionerna,²⁹ dels genom att nya internationella överenskommelser kommit till för att ge skydd för minoriteters och urfolks rättigheter. Detta gör att Sveriges åtaganden enligt internationell rätt har utvecklats och förtydligats, inte minst när det gäller minoriteters och urfolks rätt att delta i beslut som berör dem och deras traditionella markanvändning.

De internationella åtagandena ska beaktas när nationella regler tolkas och tillämpas i enlighet med principen om s.k. fördragskonform tolkning. Den innebär att svenska bestämmelser så långt möjligt ska tolkas på ett sätt som är förenligt med Sveriges konventionsåtaganden.³⁰ Fördragskonform tolkning av nationella bestämmelser ska göras av de statliga myndigheter som tillämpar svenska bestämmelser, alltså bl.a. av Skogsstyrelsen när de utövar tillsyn av skogsvårdslagens bestämmelser om hänsyn i förhållande till rennäringen och när myndigheten utfärdar föreskrifter och råd om samråd mellan samebyar och skogsägare.

Vilka internationella bestämmelser finns då med inriktning på samerna som urfolk och natio-

nell minoritet som kan påverka tillämpningen av skogsvårdslagens bestämmelser om samråd och hänsyn för renskötseln i skogsbruket?

Grunden i internationell rätt är principen om ickediskriminering och likabehandling. Den gäller bl.a. rätten till egendom. Samerna har enligt internationell rätt, rätt till skydd för sin egendom – renskötselrätten – på samma sätt som andra medborgare har rätt till skydd för sin egendom.³¹

I internationell rätt med inriktning på minoriteter och urfolk, finns en princip om att stater ska vidta särskilda positiva åtgärder för att stötta dessa grupper i deras strävan att bevara sin särart och kultur. De särskilda åtgärderna som staterna ska vidta ska inte ses som privilegier utan de har liksom förbudet mot diskriminering sin grund i bestämmelsen om lika rättigheter. Minoriteter och urfolk anses behöva positivt stöd från staterna för att komma till rätta med tidigare diskriminering så att de kan få samma rättigheter som majoritetsbefolkningen, både rättsligt och i praktiken.³²

Europarådets ramkonvention för skydd av nationella minoriteter innehåller en bestämmelse om att de stater som ansluter sig till konventionen ska ge nationella minoriteter positivt stöd i deras strävan att bevara sin kultur. Där anges att staterna ska *främja* de förutsättningar som är nödvändiga för att personer som tillhör nationella minoriteters ska kunna behålla och utveckla sin kultur och bevara de väsentliga beståndsdelarna av sin identitet, nämligen religion, språk, traditioner och kulturarv (artikel 5). Bestämmelsen omfattar samernas renskötsel och deras använd-

²⁹ SOU 2010:70 s 166.

³⁰ Bring, Ove & Mahmoudi, Said & Wrangle, Pål, *Sverige och folkrätten*, Norstedts Juridik, femte upplagan, s 59.

³¹ Skyddet för egendom framgår bl.a. av den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna och i den Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter som Sverige ställt sig bakom.

³² Alfredsson, Gudmundur, Ursprungsfolkens markrättigheter och kulturella rättigheter enligt internationell rätt, *SOU 2005:79* s 35.

ning av mark för renskötsel³³ och motsvaras av regeln i 4 § lagen (2009:724) om nationella minoriteter och minoritetsspråk som anger att det allmänna ska främja samernas och övriga nationella minoriteters möjlighet att behålla och utveckla sin kultur i Sverige.

Även FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter innehåller en liknande bestämmelse. I artikel 27 anges att i de stater där det finns etniska, religiösa eller språkliga minoriteter, ska de som tillhör sådana minoriteter ej förvägras rätten att i gemenskap med andra medlemmar av sin grupp ha sitt eget kulturliv, att bekänna sig till och utöva sin egen religion eller att använda sitt eget språk. Människorättskommissionen har i sina allmänna kommentarer och rättspraxis preciserat innehållet och omfattningen av staternas åtaganden gentemot minoriteter enligt artikel 27 så att den numer tolkas som ett åtagande för staterna att ge urfolk en möjlighet att bibehålla och utveckla sin kultur med hjälp av sina markrättigheter och traditionella ekonomiska verksamhet. Resonemanget grundar sig på urfolkens starka beroende av mark för sitt levnadssätt, t.ex. när det gäller fiske, insamlande, boskapsskötsel och jakt.³⁴ Bestämmelsen anses kunna medföra positiva förpliktelser för staterna, t.ex. att införa skyddsmekanismer eller försäkra ett faktiskt deltagande från minoritetsbefolkningens sida i beslut som rör dem.³⁵

I några fall som har prövats av FN:s kommitté för mänskliga rättigheter klargjorde kommittén att renskötseln är en traditionell samisk ekonomisk aktivitet av central betydelse för den samiska kulturen som skyddas av artikel 27.³⁶

³³ Secretariat of the Framework Convention for the protection of National Minorities compilation of opinions of the Advisory Committee relating to Article 5 s 53.

³⁴ Alfredsson, Gudmundur, a a s 36 f.

³⁵ Kommittén för mänskliga rättigheter, allmän kommentar nr 23, paragraf 27.

³⁶ Jfr Ivan Kitok v. Sweden, Communication No. 197/1985, U.N. Doc. CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

Kommittén har också klargjort att även om samerna moderniserat sin traditionella landanvändning så skyddas deras traditionella näringar fortfarande av artikel 27.³⁷

Den i sammanhanget kanske viktigaste principen i internationell rätt är den om rätt för minoriteter och urfolk att delta i beslut som rör dem och frågan om hur sådana samråd bör utformas. Enligt internationell rätt räcker det inte att bara bereda urfolket eller minoriteten tillfälle till samråd. Samråden måste utformas så att urfolket kan vara delaktig i, och påverka de beslut som fattas. Inte minst anses detta viktigt när urfolks traditionella markanvändning berörs.

Principen framgår av ramkonventionens artikel 15, där det i kommentaren av den rådgivande kommittén anges att det inte är tillräckligt att stater ger minoriteterna en formell rätt att delta i beslut som rör dem. Det krävs också att stater tillförsäkrar minoriteten ett betydande inflytande på de beslut som tas så att såväl minoriteten som den andra parten, så långt möjligt kan ställa sig bakom besluten.³⁸ Samråd med de nationella minoriteterna ska utformas så att minoriteterna kan delta i, och verkligen påverka beslutsfattandet i demokratiskt valda organ, nationellt och lokalt. Mark som traditionellt används av urfolk ska ges särskilt och effektivt skydd. Representanter för urfolk bör aktivt involveras i alla beslut som rör landrättigheter och användning av mark inom områden som traditionellt används av urfolket.

Artikel 25 a i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter tolkas numera av FN:s kommitté för mänskliga rättigheter som en rätt för minoriteter att delta i beslut som påverkar dem och deras kultur, inklusive möjligheten att

³⁷ Länsman et al. v. Finland, Communication No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

³⁸ Så kallat, "shared ownership of the decisions taken", se https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/PDF_CommentaryParticipation_en.pdf, s 13.

ekonomiskt försörja sig på traditionella näringar. I två fall har kommittén lagt fast att urfolk måste tillåtas att på ett meningsfullt sätt delta i beslut om verksamheter som inkräktar på deras traditionella kulturbaserade aktiviteter och att deltagandet måste ha gett minoriteten en möjlighet att verkligen påverka beslutet.³⁹

FN:s urfolksdeklaration behandlar också frågan om samråd. Där anges att samråd ska utformas så att urfolket kan ge sitt fria, informerade förhandssamtycke innan beslut som berör dem antas (artikel 19). FN:s utvecklingsgrupp har i sina riktlinjer angett att detta innebär att manipulation eller påtryckning av urfolket inte får förekomma under samråden, och att information om planerade åtgärder ska ges i god tid och på ett sådant sätt att den är begriplig för urfolket. Vidare anser man att urfolkets samtycke till planerade åtgärder ska eftersträvas genom en dialog med ömsesidig respekt mellan parterna.⁴⁰

FN:s kommitté för mänskliga rättigheter har uttryckt oro över Sametingets begränsade inflytande i beslutsprocesser som påverkar de traditionellt samiska områdena och näringarna, såsom vattenkraftsprojekt, gruvor, skogsbruk samt privatisering av mark. Kommittén har rekommenderat att Sverige i högre grad involverar samerna i sådana processer. Också när det gäller tillämpningen av ramkonventionen har Sverige fått kritik. Enligt Europarådet måste former för samråd med samerna utvecklas av svenska myndigheter både centralt och lokalt för att göra personer från de nationella minoriteterna mer delaktiga när det fattas beslut som rör dem.

Hur bör reglerna om samråd och hänsyn för renskötseln tillämpas?

Reglerna i skogsvårdslagen om samråd och hänsyn för renskötseln bör tillämpas i överensstämmelse med de delar av internationell rätt som Sverige ställt sig bakom. Den internationella rätten innebär att samerna har samma rätt som övriga medborgare till skydd för sin egendom, renskötselrätten. Sverige har åtagit sig att främja de förutsättningar som är nödvändiga för att samerna ska kunna fortsätta att försörja sig på traditionell naturbetesbaserad renskötsel. Sverige har också åtagit sig att utforma samråd på ett sådant sätt att samerna på ett meningsfullt sätt kan delta och påverka beslut som rör markanvändningen i områden där de har renskötselrätt. Målet för samråden ska vara att skapa dialog och ömsesidig respekt som dels kan leda till samtycke från samerna till planerade åtgärder i skogsbruket, dels till överenskommelser som båda parter (skogsbruket och samebyarna) kan ställa sig bakom.

Syftet med reglerna om samråd och hänsyn för renskötseln i skogsvårdslagen är att skydda den naturbetesbaserade renskötseln och samebyarnas renskötselrätt. Det överensstämmer väl med innehållet i internationell rätt. De uppföljningar och utvärderingar som har gjorts visar dock att reglerna inte har tillämpats så att skogsbruket visar generell hänsyn för renskötseln. I denna del lever Sverige alltså inte upp till sina åtaganden gentemot samerna som urfolk och nationell minoritet. Det bekräftas av den kritik som riktas mot Sverige såväl av Europarådet som av FN och som innebär att Sverige bör se till att samerna får en större möjlighet att vara delaktiga och ha inflytande över markanvändningen inom traditionellt samiska områden.

Skogsstyrelsen är den statliga myndighet som har ansvar för att stötta samråden och utöva tillsyn över att skogsbruket visar hänsyn för renskötseln. Det innebär att myndigheten ska till-

³⁹ Se not 35.

⁴⁰ <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/UNDGGuidelines.pdf> s 28.

lämpa skogsvårdslagens bestämmelser om samråd och hänsyn på ett sådant sätt att syftet med bestämmelserna uppfylls och att Sverige kan leva upp till sina åtaganden enligt internationell rätt. Detta kan Skogsstyrelsen bl.a. göra genom att utnyttja sin möjlighet att utfärda allmänna råd och föreskrifter för samråden som gör att samebyarna får en större möjlighet att påverka planerade avverkningar och andra skogsbruksåtgärder i en för renskötseln positiv riktning. Samråden bör utformas på ett sådant sätt att goda förutsättningar skapas för en ömsesidig dialog och respekt för markägarnas och samebyarnas rättigheter att utnyttja skogsmarken med målet att både skogsbruket och samebyarna kan ställa sig bakom de skogsbruksåtgärder man kommer överens om under samråden.⁴¹ Skogsstyrelsen har flera goda exempel att ta fasta på för att samråden ska kunna nå upp till denna nivå.

Det finns samebyar som redan i dag anser att de genom samråd kan påverka skogsbruket så att skogsbruket visar den hänsyn som behövs för renskötseln. Skogsstyrelsen bör närmare undersöka och ta tillvara såväl skogsägares som samebyars erfarenhet från sådana samråd och använda dem i sitt arbete med att utveckla samråden generellt.

Ett annat exempel är samråd enligt den s.k. Jokkmokks-modellen (jfr ovan). Inför sådana samråd sammanställer Skogsstyrelsen information för varje sameby på ett sådant sätt att det går att överblicka alla de större skogsbolagens planerade avverkningar under kommande år och på tre till fem års sikt. Informationen har sänts till samebyarna i god tid före samråden vilket har gjort att medlemmarna internt har kunnat diskutera planerade avverkningar och på det sättet förbereda sig för samråden med skogsbruket.

Detta kan jämföras med kravet på fritt och informerat förhandssamtycke i urfolksdeklarationen. Vid samråden deltog också en tjänsteman från Skogsvårdsstyrelsen. Samebyarna förordar denna modell för samråd (tidigare förordade även Centrala samrådsgruppen för skogsbrukrennärning Jokkmokks-modellen⁴²). Skogsstyrelsen bör efter dialog med rennärningen och skogsbruket överväga att återuppta denna form för samråden med en betydligt aktivare medverkan från Skogsstyrelsen än vad som sker i dag.

Ett exempel som Skogsstyrelsen själv tagit upp som en modell för samverkan som också visat sig leda till överenskommelser om markanvändning är den s.k. Lapponiaprocessen. Skogsstyrelsen hänvisar till denna modell som ett exempel på hur dialog och samverkan mellan olika intressenter – exempelvis samebyar och lokalbefolkning – med stöd och medverkan av statliga myndigheter (länsstyrelsen och Naturvårdsverket) kan leda till gemensamma beslut om en markanvändning som samtliga parter kan ställa sig bakom.⁴³

Skogsstyrelsen behöver också bli betydligt aktivare i sin tillsyn av att skogsbruket verkligen visar hänsyn enligt 31 § skogsvårdslagen. Myndighetens egen genomgång visar att de skulle kunna använda sig av möjligheten att utfärda lagråd, förelägganden och förbud i betydligt större omfattning än vad som sker i dag. Skogsstyrelsens tillsyn bör både rikta in sig på att skogsbruket generellt ska visa hänsyn för samebyarnas renskötselrätt, och på att skogsbruket ska visa sådana konkreta hänsyn som gör att samernas traditionella naturbetesbase- rade renskötsel främjas. Ett sätt att åstadkomma en aktivare tillsyn är att Skogsstyrelsen blir mer aktiv redan under samråden genom att delta i dessa. Då skulle myndigheten kunna medverka

⁴¹ I enlighet med Sveriges konventionsåtaganden bör Skogsstyrelsen också aktivt verka för att samråd hålls inom hela renskötselområdet där skogsbruk bedrivs.

⁴² Skogsstyrelsen, *Rapport nr 2, 2012* s 22 f.

⁴³ Skogsstyrelsen, *Meddelande nr 1, 2013* s 26.

till att skogsbruket visar hänsyn för renskötelsen och renskötelsen redan då skogsbruksåtgärder planeras på mark som är viktig för renskötelsen.⁴⁴

I sitt arbete med tillsyn av hänsynsbestämmelsen och med att utforma samråd som kan uppfylla internationella krav, har Skogsvårdsstyrelsen bland annat att följa den allmänna regeln i 5 § lagen (2009:724) om nationella minoriteter och minoritetsspråk. Bestämmelsen anger att förvaltningsmyndigheter ska ge de nationella minoriteterna möjlighet till inflytande i frågor som berör dem och, så långt det är möjligt, samråda med representanter för minoriteterna i sådana frågor. Utformningen av samråd och tillsyn av hänsyn, är frågor som i hög grad påverkar samerna och samebyarna. Det innebär att Skogsstyrelsen i sitt arbete med dessa frågor ska inhämta synpunkter och föra en dialog med samerna, såväl med Sametinget som med samebyarnas organisationer. Syftet med sådana kontakter är enligt förarbetena till lagen om nationella minoriteter och minoritetsspråk, att skapa en balans mellan majoritetsbefolkningen och samerna i egenskap av minoritet så att samernas intressen och behov på ett tydligare sätt ska kunna beaktas i myndighetens beslutsunderlag.⁴⁵ Besluten i det här fallet handlar om hur Skogsstyrelsens tillsyn bör utövas och hur råd och föreskrifter för samråd bör utformas.

Ledning för den hänsyn samebyarna skulle önska att skogsbruket visar finns i Svenska Samernas Riksförbunds dokument *Ett renskötelsanpassat skogsbruk*. Exempel på konkreta åtgärder som kan gynna den naturbetesbaserade renskötelsen är att skogsbruket använder sig av skonsam markberedning på lavrika marker, läm-

nar kvar träd som gör att snö inte packas så hårt på avverkade ytor, anpassar vägdragning samt i ökad omfattning använder sig av alternativa skogsbruksmetoder i förhållande till kalhyggesbruk.⁴⁶ I dokumentet finns också synpunkter på hur samråden skulle kunna utformas för att ge samebyarna en bättre möjlighet att påverka skogsbruket. Tydligare och för samebyarna mer anpassad information om samtliga större planerade avverkningar skulle göra det möjligt att överblicka de samlade konsekvenserna av planerade skogsbruksåtgärder inom respektive sameby (jfr Jokkmokks-modellen). En bättre balans behöver enligt Svenska Samernas Riksförbund också åstadkommas för att komma tillrätta med de ojämlika maktförhållandena mellan samebyarna och skogsbruket som nu föreligger under samråden. Brist på resurser gör enligt förbundet att samebyarna inte har möjlighet att sätta av tid för att förbereda sig inför samråden och för att kunna genomföra dem på ett bra sätt.⁴⁷ Skogsstyrelsens roll bör enligt Svenska Samernas Riksförbund förstärkas och förtydligas, bl.a. genom att deras tjänstemän är närvarande vid de lokala samråden och då intar en roll av en mera neutral part med kunskap om både rennäringens och skogsbrukets behov.

Samebyarnas traditionella naturbetesbaserade renskötelse är i dag utsatt för ett stort tryck från konkurrerande markanvändning. Klimatförändringar och ett ökat rovdjurstryck innebär nya påfrestningar för de renägande samerna. I den situationen är det allvarligt att skogsvårdslagens regler om hänsyn och samråd inte tillämpas så att skogsbruket visar den hänsyn för renskötelsen

⁴⁴ Numera har Skogsstyrelsen tagit fram renbruksplaner för de flesta samebyar. Dessa visar områden som är särskilt viktiga för renskötelsen i respektive sameby.

⁴⁵ Prop. 2008/09:158 s 71.

⁴⁶ <http://www.sapmi.se/skogspolicy.pdf>.

⁴⁷ Även Skogsstyrelsen har uppmärksammat skillnaden i ekonomiska förutsättningar och pekat på att detta bl.a. är en orsak till att samebyarna inte har möjlighet att öka sina kunskaper om skogsbruket, *Meddelande 1, 2013* s 17 och s 32.

och renskötselrätten som avsågs när reglerna kom till.

Det är också oroande att Sverige inte lever upp till sina internationella åtaganden när det gäller att ge samebyarna möjlighet till inflytande över markanvändningen i de områden där de bedriver sin traditionella renskötsel. Samråden är i dag inte utformade så att de ger samebyarna en verklig möjlighet att påverka skogsbruket att visa hänsyn för renskötselns behov.

Ansvaret för att lösa dessa problem vilar främst på Skogsstyrelsen som har som uppgift att se till att syftet med skogsvårdslagens regler

om samråd och hänsyn uppfylls och att Sverige kan leva upp till sina internationella åtaganden.

Skogsstyrelsen kan lösa uppgiften genom att utforma föreskrifter för samråden i enlighet med internationella regler och genom att själva delta aktivt i de lokala samråden för att se till att skogsbruket tar hänsyn till renskötselrätten och den naturbetesbaserade renskötseln. På det sättet kan myndigheten bidra till samråd som kan leda till överenskommelser om att bedriva skogsbruk på ett sätt som såväl samebyar som företrädare för skogsbruket kan ställa sig bakom.

Fallet Sundland: Rättsliga frågeställningar vid bortskaffande av båt

Andrea Hjärne Dalhammar och Carl Dalhammar

Introduktion

Under fyra år från oktober 2010 kunde den som tog tåget över Öresund se en mindre fiskebåt ligga på grund nära det svenska fastlandet. Båten, Sundland, låg grundstött ca 500 meter från den svenska kusten och ca 100 meter söder om Öresundsbron. Båten gick på grund i oktober 2010 men bärgning utfördes inte förrän i slutet av 2014, och då av kronofogdemyndighetens entreprenör efter ansökan av Miljöförvaltningen i Malmö kommun.

Bärgningen var den slutliga åtgärden i det miljötillsynsärende som initierades med anledning av att grundstötningen, och utfördes av entreprenör p.g.a. båtägarens oförmåga att bärga båten. I samband med ärendet uppkom framförallt tre juridiska frågeställningar som visar på otydligheter i miljölagstiftningen som leder till problem när den ska användas i praktiken, och på de skillnader i tolkningen som görs hos olika myndigheter och domstolar.

En första fråga rörde definitionen av nedskräpning. Miljöförvaltningen (MF) i Malmö bedömde att båten var att anse som skräp och avfall i juni 2013, när båten i – strid mot ägarens påståenden – kunde anses vara övergiven. MF gjorde då en åtalsanmälan om nedskräpning (29 kap 7 § och 15 kap 30 § miljöbalken, MB). I samband med detta uppkom flera frågeställningar, bland annat om nedskräpning kan uppstå genom passivitet efter en olycka, vid vilken tidpunkt nedskräpning i kan anses föreligga i sådana fall och vad som därmed gäller i fråga om preskriptionstiden.

Nästa frågeställning rörde möjligheten att med stöd av miljöbalken (MB) kräva att båtägaren ska avlägsna båten. Båtens ägare förelades i augusti 2013 att avlägsna båten och föreläggandet förenades med ett hot om vite på en miljon kronor. Eftersom så höga viten inte delegerats till tjänstemännen att besluta om, togs beslutet av den politiska nämnden. I samband med att miljöförvaltningen flera månader senare ansökte hos domstol om att vitet skulle dömas ut, ifrågasattes föreläggandets lagliga grunder. Ärendet visar också i denna del att vitesinstitutets effektivitet kan ifrågasättas.

En tredje rättsfråga gällde verkställigheten. När MF konstaterat att båten höll på att falla sönder och kunde utgöra en fara för fartygs-trafiken i området intensifierades försöken att förmå båtägaren att bortskaffa fartyget, som av förvaltningen ansågs utgöra såväl nedskräpning som olovligt dumpat avfall. När MF gjorde bedömningen att båtägaren inte skulle uppfylla sitt ansvar begärdes istället verkställighet av Kronofogdemyndigheten (KFM). KFM ansåg dock att föreläggandet inte kunde verkställas.

Eftersom kustkommunernas uppfattning är att båtar ofta överges i Sverige i strid mot avfallsregleringens intentioner,¹ är frågeställningarna

¹ Detta baseras på våra diskussioner med kommunrepresentanter. Flera rapporter indikerar också att detta är ett växande problem, jfr Naturvårdsverket, Nedskräpande och uttjänta fritidsbåtar, rapport, 2011, Naturvårdsverket: Stockholm; Håll Sverige Rent, Svenska skrotbåtar: en pilotstudie i Stockholms län, rapport, 2013, Håll Sverige Rent.

som uppkom i ärendet intressanta och relevanta inför framtiden. Men fallet illustrerar även flera av de svårigheter och tillkortakommanden som kännetecknar svensk miljö rätt och dess implementering – särskilt när den ansvarige inte är samarbetsvillig och inte heller följer meddelade beslut.

I följande avsnitt följer en beskrivning av ärendets bakgrund, följt av en redogörelse för de tre huvudsakliga juridiska frågeställningarna i ärendet. Artikel n avslutas med slutsatser samt en diskussion.

Bakgrund

P J köpte skeppet Sundland under 2010, och hämtade skeppet i Varberg den 9 oktober. Sundland var en 22 meter lång och 6 meter bred ombyggd fisketrålare. Den nye ägarens avsikt var att ensam köra upp båten till Kramfors. Under resan tillstötte dock problem i samband med hårt väder nära Öresundsbron, och Sundland gick på grund den 11 oktober. Kustbevakningen var snabbt på plats och den 12 oktober tömde de båten på olja och andra kemikalier. Ägaren uppgav därefter i media att han avsåg att bärga båten, men att han inte hade någon försäkring. Priset för en bärgning var mycket högt: enligt ägarens uppgifter till media krävde bärgningsbolagen 40 000 kr bara för att åka ut och inspektera Sundland.² Tiden gick utan att någon bärgning initierades och båtens skick försämrades. Detta var särskilt problematiskt då det fanns en risk att fartyget kunde släppa från grundet och komma ut i farleden och därmed utgöra en fara för andra farkoster. Dessutom fick kommunen och SOS Alarm då och då samtal från personer som trodde att fartyget nyss grundstött och att besättningen var i fara. Kustbevakningen utför

inte bärgningsarbeten åt enskilda personer och Sjöfartsverket avsåg inte ingripa så länge fartyget låg utanför en farled.³ Vad gäller båtar finns inte heller någon motsvarighet till fordonsflyttningslagen⁴, som ger kommunen behörighet att flytta eller skrota objektet även utan ägarens medgivande eller i strid mot ägarens vilja. Myndigheterna var därför inledningsvis passiva, kommunen främst med anledning av bristande behörighet att ingripa i ärendet.

MF i Malmö oroade sig för fartygets skick och ägarens intentioner att bärga detsamma, men med vägledande rättsavgöranden i åtanke tvivlade MF på att ett vitesföreläggande om bärgning av båten skulle hålla vid en överprövning. Detta åtminstone så länge ägaren uppgav att han avsåg att behålla båten och flytta den på eget initiativ. Båten var sannolikt i sådant fall inte att klassificera som avfall. Det var också, med nämnda domar i åtanke, oklart om övergivandet av båten vid en rättsprövning skulle anses utgöra nedskräpning. Kommunens miljönämnd har tillsynen över hälsoskyddet, icke tillståndspliktiga miljöfarliga verksamheter, avfallshanteringen inom kommunens gränser samt viss kemikaliehantering och annat som framgår av 26 kap 3 § MB och miljö-tillsynsförordningen⁵. Eftersom båten var tömd på kemikalier och inte ännu bedömdes utgöra avfall eller medföra nedskräpning, fanns under en tid inte några omständigheter som grundade tillsynsbefogenheter. MF ansåg sig därför inledningsvis förhindrad att ingripa.

Den 2 juni 2013 noterar MF att båten är vattenfylld och skadad och bedömer att den därmed är att betrakta som avfall eller åtminstone kan anses utgöra nedskräpning. MF gör ett tillsynsbesök vid båten 10 juni. Den 26 juni inkommer

² "Drömmen som kantrade", Sydsvenska Dagbladet 16 okt 2012, tillgänglig: <http://www.sydsvenskan.se/malmo/drommen-som-kantrade/> [2015-11-30].

³ Ibid.

⁴ Lag (1982:129) om flyttning av fordon i vissa fall.

⁵ Miljö-tillsynsförordningen (2011:13).

MF med en åtalsanmälan för nedskräpning.⁶ Datum för överträdelsen sätts till 2 juni 2013, dvs den tidpunkt då båten blev klassad som avfall efter en okulär kontroll. I åtalsanmälan anger MF att båten har förfallit till den grad att den kan anses obrukbar, att allmänheten har insyn till och tillträde till den plats där båten finns samt att Sundland – då den legat på grund i drygt 2,5 år – är att betrakta som övergiven oavsett om fartygsägaren menar att den inte är det. MF skriver också att förvaltningen avser att vid vite förelägga ägaren att ta upp avfallet på land och att ta hand om det på lämpligt sätt.

Malmö MF skrev också ett vitesföreläggande⁷ som antogs av miljönämnden⁸ den 27 augusti 2013. Där beslutades bland annat:

- att med stöd av 2 kap 3 §, 15 kap 30 §, 26 kap 9, 14 §§ och 29 kap 7 § MB, samt 3 § viteslagen⁹, vid vite av 1 000 000 kronor förelägga P J såsom ägare, att senast fem månader efter delgåendet av detta beslut ha avlägsnat skeppet Sundland från Öresund och omhändertagit det som avfall eller bärgat det;
- att med stöd av 4 § första stycket viteslagen förena föreläggandet med ett löpande vite på samma belopp, att betalas för varje ytterligare period på 4 månader som föreläggandet inte följts i sin helhet.

⁶ Miljönämnden i Malmö stad. Åtalsanmälan enligt 26 kap 2 § MB. Ärende 43:02111–2013, 26 juni 2013

⁷ Föreläggande vid vite om att ta bort sjunket skepp vid Öresundsbron, Bunkeflostrand 155:1. Ärende 543:02111–2013.

⁸ Den kommunala nämnden för miljöfrågor – i Malmö benämnd *miljönämnden* – delegerar genom en delegationsordning stora delar av sina beslutsbefogenheter i tillsynsärenden till tjänstemän vid sin förvaltning, med de begränsningar som framgår av kommunallagen (1991:900). I de fall det här anges att beslut har tagits av förvaltningen, har alltså beslut fattats av tjänsteman på delegation av nämnden. Nämndens uppgifter och behörighet framgår av reglemente antagen av kommunfullmäktige.

⁹ Lag (1985:206) om viten.

Stämningsman vid polismyndigheten i Kramfors delgav ägaren vitesföreläggandet i oktober 2013.

När båten riskerade att driva ut i farleden gjorde MF den 7 februari 2014 en orosanmälan till Sjöfartsverket och Kustbevakningen, som dock inte vidtog någon åtgärd.

Nedskräpning

Med anledning av MFs åtalsanmälan i juni 2013 inledde åklagarmyndigheten förundersökning om brott, men lade ned förundersökningen i december samma år.¹⁰ I beslutet anføres att utredningen avser brott som har preskriberats, dock utan vidare motivering. Då preskriptionstiden för nedskräpning är två år får det antas att åklagaren ansåg att nedskräpning uppstod inom högst ett år från grundstötningen. MF Malmö begärde överprövning av åklagarens beslut¹¹ och anförde:

”Miljöförvaltningen anser att grundstötningen och kvarlämnandet av fartyget inte utgjorde nedskräpning i sig, eftersom fartyget då inte var ett vrak eller annat avfall eller i övrigt kunde definieras som skräp. Brottet nedskräpning uppstod inte förrän vid det tillfälle fartyget efter en tid kunde konstateras vara övergivet och/eller så förfallet att det ska anses utgöra avfall och därmed skräp i straffbestämmelsens mening. Tidpunkten för brottet ska anses vara först den 2 juni 2013 när det för första gången konstateras att fartygets placering utgör nedskräpning.”

MF anförde vidare att vrakspecialister och Kustbevakningen, som undersökte fartyget strax efter grundstötningen, konstaterade att det stod rakt

¹⁰ Åklagarmyndigheten, Riksenheten för Miljö- och Arbetsmiljömål. Beslut 2013-12-13, ärende AM-5373-11.

¹¹ Begäran om överprövning av nedlagd förundersökning om brott mot miljöbalken, nedskräpning, ärende AM-5373-11, handläggare 840G-11. Malmö MF 2014-01-07,

och stabilt utan synliga skador. Ägaren uppgav vid detta tillfälle att han skulle låta dra loss fartyget när han fick ekonomisk möjlighet till det. Med andra ord menade MF att fartyget inte var avfall eller skräp direkt efter själva grundstötningen. MF yttrade också:

”Fartyget var dessutom [direkt efter grundstötningen] inte i sådant skick att det kunde anses vara värdelöst. Eftersom fartyget inte kunde anses vara avfall eller annat skräp förelåg därför inte någon straffbar nedskräpning vid tidpunkten. ... Brottet nedskräpning kan inte anses ha startat i samband med grundstötningen eller det initiala kvarlämnandet, vilket innebär att preskriptionstiden inte ska räknas från de dagarna. Preskriptionstiden ska istället räknas från den dag det kan konstateras att nedskräpning föreligger.”

MF hänvisade även till rättspraxis, bland annat ett brottmål från Svea Hovrätt¹², där en fartygsägare friats från nedskräpning. Domstolen ansåg att fartyget, som var förankrat och lämnat inom ett naturreservat, inte utgjorde nedskräpning eftersom det inte styrkts att fartyget var övergivet. Detta trots att fartyget legat ankrat på platsen i ett och ett halvt år, var rostigt och hade krossade rutor och en del klotter. Hovrätten anförde bland annat följande angående rekvisiten för nedskräpning: *”För att en placering utomhus på allmänt tillgänglig plats av ett föremål ska bedömas som straffbar nedskräpning bör fordras att föremålet på grunder som i möjligaste mån är objektiva framstår som övergivet, så gott som värdelöst och främmande på ett negativt och påtagligt sätt för den miljö där det finns. Beträffande skeppet ... är mot [mannens] bestridande inte styrkt att det var övergivet eller att det fanns skäl att se saken så.”*

¹² Svea hovrätt den 9 oktober 2001, mål nr B 5546-00.

MF hänvisade även till ett mål från Miljödomstolen i Vänersborg, vilket rörde ett föreläggande att forsla bort ett fartyg som strandat. Där ansåg miljödomstolen inte heller att det förelåg nedskräpning eftersom fartyget betingade ett värde på i vart fall något eller några hundra tusen kronor och även var pantsatt. Föreläggandet att ta bort fartyget upphävdes därför.¹³ Detta trots att tillsynsmyndigheten menade att fartyget förvisso hade ett skrotvärde, men att det på nuvarande plats hade ett ringa eller negativt värde.

Vad gäller Sundland meddelade överklagaren trots ovanstående rättsfall att åklagarens beslut inte ändras, utan delade åklagarens bedömning att *”nedskräpningen fullbordades i nära anslutning till grundstötningen”*.¹⁴

I sammanhanget ska nämnas att Högsta domstolen i NJA 1992 s 126 konstaterat att nedskräpning inte är ett perdurerande brott och att tiden för preskription ska räknas från det att den nedskräpande handlingen fullbordades.

Utdömmande av vite

Som anförts ovan delgavs båtägaren vitesföreläggandet i oktober 2013. Eftersom han inte överklagade föreläggandet, vann det laga kraft tre veckor efter delgivningsdagen. Ägaren fick i vitesföreläggandet fem månader på sig att bortskaffa båten.

Under slutet av 2013 inträffade dock en kraftig höststorm och det blev allt mer uppenbart att båten höll på att falla sönder. Det var därför bråttom att bärga den. MF Malmö försökte kontakta båtägaren vid flera tillfällen utan att lyckas. En ny inspektion av båten gjordes i februari 2014.

¹³ Miljödomstolen i Vänersborg den 11 augusti 2009, mål nr M 2156-08. Länsstyrelsen menade att det inte rörde sig om nedskräpning och anförde som skäl för detta främst att båten betingade ett värde på i vart fall något eller några hundra tusen kronor och även var pantsatt. Domstolen delade denna bedömning.

¹⁴ Beslut 2014-03-04 i överprövningsärendet dnr ÅM 2014/0198.

Av stämmningsman vid polisen och av kronofogden fick MF information om att ägaren med stor sannolikhet inte har några ekonomiska förutsättningar att uppfylla föreläggandet. MF insåg att bärgningen måste verkställas av myndigheterna med stöd av 26 kap 17 eller 18 §§ MB. Den 17 februari 2014 ansökte därför MF hos kronofogdemyndigheten (KFM) om begäran om särskild handräckning, för verkställighet av det mot ägaren meddelade "Föreläggande vid vite om att ta bort sjunken båt i Öresund"¹⁵ (KFM:s verkställighet diskuteras i nästa avsnitt.)

Den 23 mars 2014 hade det gått 5 månader sedan beslutet om föreläggande delgavs båtens ägare och under en inspektion konstaterar MF att vraket efter Sundland fortfarande inte har bärgats. MF ansåg då att vitesföreläggandet hade överträtts på denna dags datum.

Den 27 mars 2014 ansökte MF hos Mark- och miljödomstolen (MMD) i Växjö om utdömmande av det förelagda vitet med vitesbeloppet en miljon kr. I sin dom den 9 juli 2014 avslag dock MMD ansökan om utdömmande av vite.¹⁶ MMD anförde att vitet inte var lagligen grundat eftersom MF i sitt föreläggande "inte beskriver någon sådan nedskräpning som avses i 15 kap 30 § eller 29 kap 7 § miljöbalken" och inte heller "någon annan eller ytterligare omständighet" som skulle kunna leda till en skyldighet att utföra handlingen enligt föreläggandet. MMD anför: "Vad som avses med nedskräpning är inte definierat i lag. Av kommentaren till de ovannämnda bestämmelserna om nedskräpning i miljöbalken (Bengtsson m. fl., Miljöbalken. En kommentar, Zeteo) framgår, att den praxis som utvecklats i fråga om motsvarande bestämmelser i den numera

upphävida naturvårdslagen, NVL (23 §, 24 § och 37 § 1 st. 7 p.) alltjämt får anses äga aktualitet. I rättsfallet RÅ 1993 ref. 41 företog regeringsrätten en genomgång av rättspraxis och drog därav slutsatsen, att en förutsättning för tillämpning av bestämmelserna i 23 och 24 §§ NVL är att det rör sig om föremål som en enskild slängt ifrån sig eller lämnat kvar i naturen eller som dumpats eller kvarlämnats i anslutning till ett arbetsföretag. I förevarande fall borde det sagda innebära, att om ägaren satt skeppet på grund för att göra sig av med det kan han ha gjort sig skyldig till nedskräpning, medan så inte är fallet om det är fråga om ett haveri, orsakat av yttre omständigheter. Med "lämnats kvar" kan knappast heller avses en situation där ett fartyg överges på grund av fara".

Vad gäller MFs bedömning att nedskräpning förelåg eftersom båten ytterligare förstörts och inte längre kunnat repareras, menade MMD att nedskräpning i detta fall inte kan ske genom passivitet. MMD tog sin utgångspunkt i rättsfallet NJA 1976 s 547, där en fartygsägare avsiktligt satt sitt fartyg på grund och aktivt försökt bränna ner det. Den förutsättning för nedskräpning som anges i förarbetena "slängt ifrån sig eller lämnats kvar i naturen eller som dumpats eller kvarlämnats i anslutning till ett arbetsföretag" omfattar enligt domstolens resonemang inte haverier orsakade av yttre omständigheter, eller situationer där "fartyg överges på grund av fara". Domstolen anger att "det som avses är det förhållandet att det vid vissa arbetsföretag vidtagits åtgärder som varit motiverade av företaget men som bort återställas när detta upphört".

MF överklagade MMD:s beslut.¹⁷ Förvaltningen yrkade att Mark- och miljööverdomstolen (MMÖD), med upphävande av mark- och miljödomstolens dom, skulle återförvisa målet

¹⁵ "Begäran om särskild handräckning, verkställighet ... enligt 26 kap 17 § miljöbalken" hos Kronofogdemyndigheten i Umeå, 2014-02-17, Dnr 543:02111-2013. Ägaren var skriven i Timrå, därav ansökan till KFM Umeå.

Begäran om särskild handräckning, verkställighet, hos Kronofogdemyndigheten

¹⁶ Mark- och miljödomstolen i Växjö, dom 2014-07-09 i mål M 1382-14

¹⁷ Överklagande av mark- och miljödomstolens i Växjö dom om avslag på ansökan om utdömmande av vite mot ägaren till skeppet Sundland, 2014-07-16 MN i Malmö stad, ärende 543:02111-2013.

till domstolen för prövning i sak. MF hävdade att MMD gjort en felaktig tolkning av begreppet nedskräpning, och anförde att det "... måste anses utgöra nedskräpning att avsiktligt lämna kvar ett för allmänheten synligt båtvrak, när det faktiskt är möjligt att viss tid efter grundstötningen bärga detta. Nedskräpningen sker i samband med att fartyget avsiktligt överges och lämnas kvar, och därmed kan klassas som något som ägaren gör sig av med. Om ägaren uppger sig vilja bärga skeppet, uppstår nedskräpningen när skeppet förfallit till den grad att den trots ägarens påståenden kan anses vara övergivet och ett avfall." MF menade också att MMD sammanblandat de olika situationer som beskrivs i lagförarbetena: "lämnats kvar i naturen" respektive "i anslutning till ett arbetsföretag". Med stöd i RÅ 1993 ref 41 argumenterade MF att en förutsättning för tillämpning av straffbestämmelsen om nedskräpning är att det rör sig om föremål som en enskild slängt ifrån sig eller lämnat kvar i naturen eller som dumpats eller kvarlämnats i anslutning till ett arbetsföretag.

I bedömningen av om ett grundstött fartyg kan anses utgöra nedskräpning menade MF att det bör vägas in om fartyget är vanprydande och/eller kan vålla olägenheter eller obehag. Allmänheten hade flera gånger larmat om misstänkt sjönöd, lång tid efter grundstötningen. MF jämförde här med fällande dom i målet Hovrätten för Västra Sverige, 1988 – B 1486, där en skeppare hade sänkt sitt fartyg. Sänkningen ansågs inte i sig utgöra nedskräpning eftersom allmänheten inte hade insyn till fartyget och inte heller tillträde eftersom den låg på ca 86 m djup ca 13 km ut i havet. Vid sänkningen hade dock en del gods från fartyget lossat och flutit omkring. Dessa föremål ansågs medföra att nedskräpning förelåg.

Vidare anförde MF som ytterligare grund för sin talan att: "Även om domstolen skulle anse att nedskräpning inte föreligger, är föreläggandet lagligen grundat redan med anledning att det avser omhändertagande av avfall. Att skeppet anses utgöra

avfall framgår av föreläggandet. Miljönämnden har tillsyn över avfallshanteringen i kommunen och har befogenhet att förelägga om omhändertagande av avfall som inte hanteras på ett miljö- och hälsomässigt godtagbart sätt."

MD hemställde om prioritering eftersom KFM hade upphandlat bärgare (se nästa avsnitt), och det fanns en risk att bärgningen annars skulle försenas.

Mark- och miljööverdomstolens (MMÖD) dom meddelades den 2 december 2014.¹⁸ MMÖD undanröjde MMD:s mål och återförvisade ärendet för fortsatt handläggning. MMÖD hänvisade i domen till förarbeten och tidigare praxis och menade att rekvisiten för att nedskräpning förelåg var uppfyllda då fartyget var synligt och bedömdes vara värdelöst (med hänvisning till RÅ 1993 ref 41). Med hänvisning till NJA 1992 s 126, fastslog MMÖD att en nedskräpande effekt kan uppstå genom underlåtenhet, t ex genom att underlåta att städa upp. Ägaren hade kommit in med en skrivelse där han hävdade preskription, men MMÖD anförde att en preskriptionstid liknande de som finns vid brott (i detta fall nedskräpning) inte fanns vad gäller föreläggande att vidta åtgärder med stöd av MB.

MMD tog således upp vitesfrågan till förnyad prövning. MMD fann att inga hinder för att utdöma vitet fanns och att det inte framkommit några skäl för jämkning av vitesbeloppet, och förpliktigade därför ägaren att betala ut hela det yrkade vitesbeloppet.¹⁹

Ägaren överklagade MMD:s dom, och menade att han med anledning av sjukdom och ekonomiska skäl inte haft möjlighet att följa föreläggandet. MMÖD:s slutliga dom meddelades den 3 juli 2015,²⁰ ett och ett halvt år efter det att

¹⁸ Mark- och miljööverdomstolens dom i mål nr 7451-14, 2014-12-02.

¹⁹ Mark- och miljödomstolen i Växjö, dom 2015-01-23, i dom M 4776-14.

²⁰ Mark- och miljööverdomstolen, mål nr M 1393-15.

ansökan om utdömmande av vite lämnades in. Denna tidsaspekt är viktig att notera, eftersom den har betydelse för vitesinstitutets effektivitet.

MMÖD ansåg att ägaren inte hade bevisat sitt påstående om giltig ursäkt för att inte följa föreläggandet. Domstolen konstaterade att kostnaden för att omhänderta skeppet hade varit avsevärt lägre om skeppet hade dragits från grundet omedelbart efter grundstötningen och att ägaren själv medverkat till att kostnaden för att omhänderta skeppet blivit mycket hög. MF hade medgivit viss nedsättning av vitesbeloppet, med hänsyn till båtägarens ekonomiska situation (och att denne också skulle krävas på såväl tillsynsavgifter och den mycket höga bärgningskostnaden), dock under förutsättning att vitet skulle vara fortsatt "kännbart". Domstolen jämkade därför vitet ner till 250 000 kr.

Verkställighet: Bärgning/bortforslande

Tillsynsmyndigheten har enligt 26 kap 17 § MB två möjligheter att få KFM:s hjälp med att få till stånd rättelse enligt miljöbalken: Om ett föreläggande eller ett förbud enligt 26 kap 9–13 §§ MB inte blir åttlytt ska KFM efter ansökan av tillsynsmyndigheten verkställa dess beslut. Beslutet får verkställas enligt utsökningsbalken (UB)²¹. Om någon begått en gärning som är straffbar enligt vissa angivna bestämmelser (29 kap 1–4, 8, 9 eller 10 §), får KFM efter ansökan av tillsynsmyndigheten meddela särskild handräckning för att åstadkomma rättelse. I fråga om sådan handräckning finns bestämmelser i lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning. Observera att nedskräpning enligt 29 kap 7 § MB inte nämns som en grund för särskild handräckning.

Som nämnts ovan ansökte MF i februari 2014 hos kronofogdemyndigheten (KFM) om "särskild handräckning" för att enligt 26 kap

17 § MB verkställa föreläggandet om bortskaffande av båten. Ansökan togs upp till prövning av KFM, som avslog densamma med hänvisning till att en förutsättning för verkställighet är att tiden för fullgörandet av föreläggandet har inträtt och att det inte blivit åttlytt.²² KFM ansåg att tiden för fullgörandet inte passerats och att det därför inte kunde konstateras om det åttlyts eller inte. KFM anförde inte något lagrum eller praxis som skäl till avslag.

MF överklagade KFMs avslagsbeslut till tingsrätten och anförde bland annat att svaret varit förpliktigad att följa föreläggandet redan från den tidpunkt svaret blivit delgivet densamma. Föreläggandet hade delgetts ägaren den 22 oktober 2013 och inte överklagats. Förpliktelsen är så länge den inte är fullgjord en sådan verkställbar förpliktelse som kan utgöra en exekutionstitel i enlighet med 3 kap 1 § 1 st. 6 pt, samt 3 kap 3 och 20 §§ UB. Att datumet för när viteshotet faller ut inte har passerats utgör inte grund för att avslå ansökan. KFM hade inte heller angett något stöd i lag eller praxis för att avslå MFs ansökan.

I mars 2014 undanröjde tingsrätten KFMs beslut och återförvisade ärendet för fortsatt handläggning, med hänvisning till att föreläggandet inte kan förstås på annat sätt än att tiden för fullgörandet inträdde så snart ägaren fått del av beslutet.²³

KFM inledde därefter upphandlingen av bärgningstjänster. Detta skedde med Skatteverkets hjälp. Förfrågningsunderlaget färdigställdes under sommaren samma år.²⁴ Bärgning skedde under slutet av augusti 2014 och avslutades un-

²¹ Utsökningsbalk (1981:774).

²² Kronofogdemyndighetens beslut av den 25 februari 2014 i mål U-3483-14/2210.

²³ Ångermanlands tingsrätt, Protokoll 2014-03-31 om verkställighet av förvaltningsmyndighets beslut, mål nr Å 571-14.

²⁴ Skatteverket, Förfrågningsunderlag – Upphandlarversion 2014-07-14, 131238384-14/21.

der de första dagarna i september, åtta månader efter det att ansökan om verkställighet kommit in till KFM. Slutnotan för inspektion och bärgning var 996 750 kr, vilket KFM vidarefakturerade till sökanden, MF.²⁵ KFM förpliktigade därefter svaranden (båtagaren) att ersätta MF för dessa kostnader.²⁶

Slutsatser och diskussion

Fallet med det grundstötta fartyget Sundland är ett av många exempel på miljölagstiftningens brister med avseende på verkställighetsfrågor, myndigheternas möjligheter att jobba effektivt, och vitets avskräckande effekt. Målet reser också ett flertal intressanta frågeställningar, främst vad gäller begreppet nedskräpning och tillsynsmyndigheternas befogenheter.

Vad först gäller frågan om nedskräpning, så kan vi med utgångspunkt i tidigare rättspraxis samt det aktuella ärendet konstatera att nedskräpning kan uppstå genom underlåtenhet i vissa fall. När det gäller kvarlämnat fartyg, eller annat kvarlämnat gods efter en olycka eller haveri, så är det desto svårare att definiera exakt när brottet uppstår. Enligt 15 kap 30 § MB får ingen skräpa ned utomhus på en plats som allmänheten har tillträde eller insyn till. Den som med uppsåt eller oaktsamhet skräpar ned utomhus på en plats som allmänheten har tillträde eller insyn till kan dömas till ansvar för nedskräpning, 29 kap 7 § MB. För att kunna döma någon för nedskräpning eller förelägga t ex en fastighetsägare att forsla bort exempelvis ett fordonsvrak för att undanröja pågående nedskräpning krävs enligt vägledande avgöranden att upplägget anses utgöra nedskräpning samt att det hela skett på en plats som allmänheten har tillträde eller in-

syn till. Av motiven till 29 kap 7 § MB och 15 kap 30 § MB (prop. 1997/98:45 del 2 s 200 f) framgår att med skräp avses bland annat plåt, glas, plast, papper, avfall eller annat liknande. I definitionen "plåt" ingår exempelvis ett bilvrak. Något krav att skräpet skall vålla otrevnad eller skada föreligger inte. Regeringsrätten har i RÅ 1993 ref 41 angivit att en förutsättning för tillämpning av bestämmelserna om nedskräpning är att det rör sig om föremål som en enskild slängt ifrån sig eller lämnat kvar i naturen eller som dumpats eller kvarlämnats i anslutning till ett arbetsföretag samt att föremålet måste vara synligt och kunna bedömas som värdelöst. Svea hovrätt angav i dom den 9 oktober 2001, mål nr B 5546-00, att det för straffbar nedskräpning borde krävas att föremålet framstår som främmande på ett negativt och påtagligt sätt för den miljö där det finns. Olika omständigheter kan då spela in, t ex att ett kvarlämnat föremål gått sönder, förlorat sitt värde, eller det framgår att ägaren inte avser att hämta föremålet. Undantag till ovanstående kan uppstå när det gäller material som är tänkt att användas och då har ett värde trots att det är vanprydande.

Tidpunkten för när nedskräpningen "uppstår" är avgörande för dels när preskriptionstiden börjar löpa, dels när tillsynsmyndigheten – enligt refererade domar – får laga grund att förelägga om att båten ska transporteras bort och omhändertas. En båt kan ligga till synes övergiven i naturen under ett och ett halvt år (nämnda mål i Svea hovrätt, B 5546-00) utan att rätten anser att nedskräpning har fullbordats. MF Malmö anförde gällande Sundland att nedskräpning uppstod den dag det kan objektivt konstateras att nedskräpning föreligger, oavsett ägarens påståenden. Det är otillfredsställande att åklagarmyndigheten gör en annan bedömning än domstolarna om när tidpunkten för nedskräpning inträffar, i de fall ägaren säger sig inte ha övergivit båten. En effektiv tillsynsmyndig-

²⁵ KFM faktura till MF, 2014-09-18, Se bestämmelser om förrättningskostnader i 16 kap UB. KFM betalningsföreläggandeenheten, utslag 2015-10-29, nr 22-104015-15.

²⁶ KFM betalningsföreläggandeenheten, utslag 2015-10-29, nr 22-104015-15.

het behöver således alltid polisanmäla misstänkt nedskräpningsbrott i ett tidigt skede, och det även om tidpunkten för när nedskräpning kan anses föreligga enligt domstolspraxis ännu inte har inträtt.

Vid tillämpning av andra satsen av legaldefinitionen av avfall "... eller är skyldig att göra sig av med" (MB 15 kap 1 §) kan tillsynsmyndigheten teoretiskt sett genom ett föreläggande bidra till att ett föremål klassificeras som avfall. Därmed bör tillsynsmyndighetens föreläggande i sig innebära att brottet nedskräpning uppstår, eftersom föreläggandet innebär en skyldighet för adressaten att göra sig av med föremålet – vilket i sig medför att detta ska anses utgöra avfall. Därmed kan ett föreläggande även medföra att preskriptionstiden påbörjas. Det är naturligtvis inte tillfredsställande om ett straffrättsligt stadgande är alltför beroende av skönsmässiga bedömningar från myndigheterna om när ett föremål blir avfall eller är övergivet, men i princip bör en sådan bedömning kunna spela en roll i svårbedömda ärenden. Vi menar att åklagarsidan var alltför ivriga att hävda preskription i ärendet om Sundland eftersom det är uppenbart att nedskräpning inte kan föreligga direkt efter eller i nära anslutning till en grundstötning. Detta särskilt om man jämför med nämnda domar i Svea Hovrätt och Miljödomstolen i Vänersborg, där båtarna varit i dåligt skick och i ett fall funnits på olämplig plats i ett och ett halvt år, och ändå inte ansetts vara övergivna eller utgöra skräp.

Då åklagarmyndigheten endast konstaterade att "*nedskräpningen fullbordades i nära anslutning till grundstötningen*" utan att föra något djupare resonemang i frågan så får rättsläget fortfarande anses vara oklart. Det är också otillfredsställande om tidpunkten när nedskräpning inträder skiljer sig åt vid en straffrättslig bedömning jämfört med en förvaltningsrättslig prövning av ett föreläggande. Som synes kan det inträffa fall där straffbar nedskräpning anses ha infallit

och preskriberats, men där tillsynsmyndigheten samtidigt ännu inte anses ha laga grund för att ingripa mot nedskräpning genom föreläggande. Då straffrätten bygger på principen att hellre fria än fälla så kan det vara förstäligt att denna situation uppkommer, men det är ändå problematiskt, inte minst i ärenden där flera rättsprocesser pågår samtidigt.

Oavsett om nedskräpning ska anses föreligga eller inte, måste följande påpekas vad gäller möjligheten att förelägga om bortforsling av en båt, vilket domstolarna i de refererade fallen inte har beaktat, och inte heller mark- och miljödomstolen vad gäller Sundland: Den kommunala miljönämnden har tillsynen också över avfallshanteringen i kommunen. Med avfall avses varje föremål eller ämne som innehavaren gör sig av med eller avser eller är skyldig att göra sig av med, 15 kap 1 § MB. Den som innehåller avfall ska se till att avfallet hanteras på ett hälso- och miljömässigt godtagbart sätt, 15 kap 5 a § MB. En båtägare har ansvar enligt allmänna hänsynsreglerna i 2 kap MB, bland annat att utföra åtgärder i förebyggande syfte. Det innebär exempelvis en båt är att anse som avfall och denna inte hanteras i enlighet med lagens krav, bör myndigheten ha behörighet att förelägga om omhändertagande redan på den grunden. Någon nedskräpning behöver båten inte anses orsaka, och en olaglig dumpning eller annan överträdelse av avfallsbestämmelserna behöver inte ha inträffat. Enligt försiktighetsprincipen ska nämligen en avfallsinnehavare vidta försiktighetsåtgärder redan för att förebygga skada eller olägenhet för miljön. Tillsynsmyndigheten borde därför om omständigheterna så kräver, anses ha laga grund att förelägga om bortforsling av en båt i *förebyggande* syfte, redan innan nedskräpning inträder, på samma sätt som myndigheten kan förelägga om skyddsåtgärder vid kemikaliehantering redan innan ett utsläpp har ägt rum. Att en tillsynsmyndighet enligt refererade rätts-

fall inte kan ingripa med föreläggande förrän efter att båten faktiskt medfört nedskräpning, kan således ifrågasättas och visar i så fall på en betydande brist i miljöbalken. Detta särskilt som den bedömning som gjort har tagit hänsyn till ägarens påstådda intentioner.

Möjligheten för en myndighet att ställa krav på en sjunken båt som inte längre syns på vattenytan, på en placering som innebär att allmänheten inte heller har tillträde, borde på samma sätt kunna grunda sig på att det rör sig om avfall som ska hanteras på ett hälso- och miljömässigt godtagbart sätt (det kan också avse kemikaliehantering om båten innehåller bränsle och andra kemikalier som måste omhändertas). Det föreligger nämligen inte nedskräpning i ett sådant fall, och inte heller olovlig dumpning²⁷ om båten inte sänkts avsiktligt.

Viteshotet är ett preventivt påtryckningsmedel, som har till syfte att förmå föreläggandets adressat att följa föreläggande som förenats med vite. Vitet har också en avskräckande effekt generellt sett, eftersom den visar att ohörsamhet mot tillsynsmyndigheten kan medföra kostnader som överstiger de vinster en ohörsamhet kan ge. Om vitesinstitutet inte är effektivt, fås inte den preventiva effekt som avses. I det enskilda fallet är effektiviteten naturligtvis avhängig om adressaten har ekonomiska möjligheter att följa föreläggandet. Ju längre tid som förlöper mellan överträdelsen och tidpunkten för vitets indrivande, desto mindre effektivt är vitet för att få till stånd en rättelse. Den generellt sett avskräckande effekten medför att det är av vikt att vite döms ut även i fall som med Sundland, där myndigheterna vidtog rättelsen. Det visar för andra båtägare vilka följderna kan bli om miljöbalkens regelverk och myndigheternas krav inte följs. Från det att MF ansökte om vitets utdömande i mars 2014, till dess att lagakraftvunnet avgörande om

betalningsskyldighet förelåg i augusti 2015, tog det dock ett och ett halvt år. Innan adressaten får betalningsanmaning tar det vanligtvis ytterligare någon tid. En sådan tidsrymd vad gäller ett lagakraftvunnet föreläggande minskar dess effekt som ett effektivt påtryckningsmedel. Detta särskilt i fall där föreläggandet har som syfte att avvärja risk för allvarlig miljö- eller hälsoskada.

Vad gäller övriga frågor kring verkställbarheten av tillsynsmyndighetens föreläggande, ska konstateras att KFM:s avslag på ansökan om verkställighet, var utan laga grund: Att tiden för när viteshotet skulle falla ut – fem månader efter delgivningen den 22 mars 2014 – inte hade passerats vid tiden för MF:s ansökan, var inte grund för att avslå densamma. Ett föreläggande kan verkställas enligt 26 kap 17 eller 18 §§ MB redan vid tidpunkten när fullgörande ska ske. Det har inte någon betydelse om föreläggandet är förenat med hot om vite eller inte, eller om tidpunkten för när vite ska utfalla har passerats eller ej. Denna rättsliga bedömning är helt klar, och KFM:s avslag är anmärkningsvärt både såväl av denna anledning som att den saknade hänvisning till lagstöd. Artikelförfattarna har inte tillgång till någon statistik kring hur många ansökningar om verkställighet av förelägganden som KFM får från miljötillsynsmyndigheterna. Det är sannolikt att sådana är mycket få, vilket kan innebära att KFM:s avslag grundar sig i en ovana att hantera sådana ansökningar. Oavsett om det felaktiga beslutet berodde på ovana eller inte, medför sådana onödiga dröjsmål och ökade kostnader för det allmänna. Det vore därför lämpligt att KFM och tillsynsmyndigheter får vägledning i hur handläggningen ska ske. Den vägledning som finns idag från Naturvårdsverket är ålderstigen och alltför kortfattad.²⁸

Verkställighet kan också ske av tillsynsmyndighet själv genom rättelse, dvs genom att själv

²⁷ 15 kap 31 § MB.

²⁸ Naturvårdsverket. Operativ tillsyn. Handbok 2001:4

bärga båten med stöd av 26 kap 18 § MB. Nackdelen är dock att myndigheten då själv måste göra alla nödvändiga upphandlingar – ett kostsamt och tidskrävande arbete – och ansvara för arbetet i egenskap av beställare. Vid större arbeten kan det innebära exempelvis att myndigheten måste ta fram en arbetsmiljöplan.²⁹ Det finns därför praktiska och tidsmässiga skäl till att, där det är möjligt, få till stånd rättelser genom KFM:s försorg. Eftersom KFM handlägger ansökningar från hela landet, är det också större sannolikhet att myndigheten har rutiner och erfarenhet att utföra upphandling och verkställighet i ovanliga fall, än att en mindre kommun har det. Upphandlingen av Sundlands bärgning skedde av Skattemyndighetens upphandlande organisation på uppdrag av KFM, som enligt uppgift från KFM hade handlat upp bärgning tidigare. Detta bör ha inneburit en betydande effektivitetsvinst jämfört med om den kommunala tillsynsmyndigheten hade utfört upphandlingen själv.

Slutligen kan konstateras att fallet Sundland medförde kostnader för framförallt MF. Skatteverkets kostnader för att genomföra upphandlingen stannar på staten. Utdömt vite tillfaller staten, om detta skulle kunna drivas in. MF, dvs kommunen, har i skrivande stund avskrivit sin fordran avseende bärgningen (inklusive ansökningsavgiften till KFM), med anledning av att båtägaren inte bedöms ha någon betalningsför-

måga. MF har också föga utsikt att få ersättning för övriga tillsynskostnader och kostnader för de försök till indrivning som skett.³⁰ En tidig bärgning, innan båten slogs sönder av höststormen, hade sannolikt medfört mycket lägre kostnader, än den knappa miljonen som kostnaderna stannade på. En effektivare tillsyn hade därför varit billigare i flera avseenden.

Att förelägga en oförsäkrad ägare att bärga en strandad eller sjunken båt kan te sig orimligt eller ogörligt, eftersom sådan bärgning som synes är mycket kostsam. Om båten inte är försäkrad kan en privatperson ha mycket små ekonomiska möjligheter att bärga båten. Om adressaten kan bevisa sin ekonomiska oförmåga kommer ett föreläggande om bärgning och bortforsling sannolikt att upphävas vid överprövning, med hänvisning till att den förelagde inte har faktiska möjligheter att efterkomma densamma. För att lösa dilemmat med övergivna eller dumpade fartyg krävs därför inte bara en effektivare tillsyn, utan även en helt annan och förebyggande lösning som exempelvis försäkringstvång eller producentansvar där "pant" eller skrotningspremie ingår. Finansieringen av bärgning och annat omhändertagande måste nämligen säkerställas i förväg, och bör bekostas av producenter och ägare i enlighet med principen om att förorenaren betalar. Fallet Sundland är ett tydligt exempel på detta.

²⁹ En arbetsmiljöplan är en dokumentation som ska tas fram på ett tidigt stadium i samband med byggnads- och anläggningsarbete. Regler för utformning och innehåll bestäms av Arbetskyddsstyrelsens föreskrifter – AFS 1999:3 – Byggnads- och anläggningsarbete.

³⁰ I detta ärende har beslut om tillsynsavgift omfattat sammanlagt 33 834 kr, och avser inspektörens nedlagda tid fram till och med 2014-03-21. Något beslut om betalningsskyldighet för nedlagd tid efter det datumet har inte tagits. Nedlagd tid med anledning av överklagande är inte debiteringsbart; *Beslut 2014-04-25 om debitering av timavgift enligt Malmö stads taxa, gällande tillsyn över grundstött skepp.*

Miljöbedömningar av planer och program i syfte att integrera miljöaspekter. En hållbarhetsstrategi utan krav på strategi?

Christina Hörnberg Lindgren

1. Inledning

Att främja hållbar utveckling vid upprättande och antagande av olika planer kräver ett mått av strategiskt förhållningssätt. Planarbetet måste förankras i ett gediget kunnande om ekologiska grundförutsättningar, samhälleliga mekanismer och socioekonomiska samband. Det är naturligtvis en svår uppgift att arbeta fram planer och program som lägger en hållbar ram för utvecklingen. Icke desto mindre är värdet av en långsiktig helhetssyn ovärderligt.

I syfte att åstadkomma en integrering av miljöhänsyn i upprättande av planer har bestämmelser om miljöbedömningar av planer och program antagits i många länder världen över.¹ De svenska bestämmelserna om miljöbedömningar av planer och program (SMB) infördes 2004 och utgörs av en implementering av EU:s direktiv 2001/04/EU om strategiska miljöbedömningar.² En plan eller ett program ska enligt direktivet omfattas av en strategisk miljöbedömning om planen eller programmet för det första ska utarbetas eller antas av en myndighet, för det andra att det i lag finnas ett krav på att upprätta eller anta planen eller programmet och för det tredje att planen eller programmet ska kunna antas

medföra betydande miljöpåverkan.³ De svenska bestämmelserna återfinns huvudsakligen i miljöbalken (MB). Alla stegen i miljöbedömningen styrs genom ett avgränsat avsnitt i 6 kapitlet MB.⁴ Reglerna i plan- och bygglagen (PBL) har inga "egna" SMB bestämmelser utan hänvisar till MB. Miljöbedömningen ska emellertid vara en del av planprocessen och influera utformningen av planen eller programmet varvid SMB främst hör samman med planprocessen. Om ett planförslag för översiktsplan kan antas medföra en sådan betydande miljöpåverkan som avses i 6 kap. 11 § miljöbalken, ska kommunen låta det bli föremål för samråd och granskning på ett sätt som uppfyller också kraven i 6 kap. 11–18 och 22 §§ miljöbalken.⁵ Om genomförandet av en detaljplan kan antas få en betydande miljöpåverkan, ska redovisningen ha det innehåll som följer av 6 kap. 12 § och 13 § första stycket miljöbalken.⁶

Om en miljökonsekvensbeskrivning upprättas ska den finnas tillsammans med planförslaget. En redovisning av hur processen med att ta fram en miljöbedömning har gått till och de bedömningar som gjorts och redovisats i en miljökonsekvensbeskrivning (MKB) ska också fogas

¹ Monica Fundingsland Tetlowa and Marie Hanuschb, *Strategic environmental assessment: the state of the art, Impact Assessment and Project Appraisal* Vol. 30, No. 1, March 2012, 15–24

² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan, SEA-direktivet.

³ Prop. 2003/04:116, Miljöbedömningar av planer och program, s. 36.

⁴ Prop. 2003/04:116, Miljöbedömningar av planer och program, s. 39.

⁵ 3 kap 8 § PBL

⁶ 4 kap 34 § PBL

till planförslaget.⁷ Även andra författningar omfattas av kraven på miljöbedömning såsom bl.a. Havsplaneringsförordningen (2015:400), Lagen (1977:439) om kommunal energiplanering och förordningen (1997:263) om länsplaner för regional transportinfrastruktur.⁸

2. SMB som koncept och regelinstrument

SMB som regelinstrument härstammar från bestämmelserna om miljökonsekvensbeskrivningar (MKB) för projekt.⁹ Det finns tydliga likheter mellan de rättsliga instrumenten. Likheterna underlättar förståelsen för den metod som föreskrivs samtidigt som likheterna även medför risk för sammanblandningar. Ett övergripande syfte med SMB är, som sagt, att åstadkomma en integrering av miljöaspekter i ett tidigt mer övergripande skede där det ännu finns utrymme för mer strategiska alternativa val. I jämförelse med hur det förhåller sig med projekt-MKB som avser en specifik verksamhet och dess alternativa lokaliseringar, har SMB en mer övergripande strategisk funktion.¹⁰ Tanken är att ju högre upp

i beslutskedjan bedömningen görs, desto större möjligheter att identifiera hållbara proaktiva lösningar.¹¹

Reglerna om miljöbedömningar av planer och program består av ett flertal begrepp som speglar metod och process samt innehåll i MKB. Begreppen kan översättas till samverkande funktioner som är centrala för en ändamålsenlig tillämpning av reglerna. Begreppen utgörs av behovsbedömning, syfte och alternativ, miljöbedömning och miljökonsekvensbeskrivning, samråd och uppföljning.

Begrepp av betydelse för miljöbedömningens strategiska och hållbarhetsrelaterade innebörd är att bedömningen av påverkan ska inbegripa sekundära, kumulativa, samverkande, permanenta och tillfälliga, positiva och negativa effekter på kort, medellång och lång sikt. Behovsbedömning förekommer i reglerna i betydelsen att bedömning ska ske av om en plan antas få betydande miljöpåverkan. Miljöbedömning i betydelsen av att en myndighet ska göra en miljöbedömning av planen och miljökonsekvensbeskrivning så till vida att den miljöpåverkan som följer av planens genomförande ska identifieras, beskrivs och bedömas. Syftet fungerar som utgångspunkt för framtagande av olika alternativ inom planen. Samrådets funktion är transparent.

SMB och dess funktioner har, liksom MKB för projekt, varit föremål för en omfattande akademisk forskning såväl internationellt som

⁷ Prop. 2009/10:170, En enklare plan och bygglag, sid.420.

⁸ Jfr Boverket och Naturvårdsverket (2000) SMB och översiktlig fysisk planering. Boverket, 2006. Miljöbedömningar för planer enligt plan- och bygglagen – en vägledning. Naturvårdsverket – handbok med allmänna råd om miljöbedömning av planer och program 2009.

⁹ Jfr Westerlund Miljöeffektbeskrivningar – en undersökning av USA:s och Sveriges rättsregler för beslutsunderlag inför miljöpåverkande beslut del 1–3, 1981, Jfr Wood C 2003 Environmental Impact Assessment: A Comparative Review, Glasson J, Thérivel R and Chadwick A 2003 Introduction to Environmental Impact Assessment.

¹⁰ Jfr Åkerskog, Ann, 2009. Implementering av miljöbedömningar i Sverige – från EG-direktiv till kommunal översiktlig planering, s. 76: "Det faktum att miljöbedömningar görs av planer är i sig en förändring mot tidigare (output). Den påverkan som miljöbedömningarna enligt lag och förarbeten förväntas ha för en förändring av planeringspraktiken är som katalysator för en effektivare planeringspraktik (outcome). Enligt direktivet och mb är integrering ett mål som skall

uppnås genom praktiska aktiviteter som; samordning av processer, alternativgenerering och att producera en mkb enligt uppställda krav. Enligt den nationella diskursen skall effektivisering framförallt åstadkommas med koppling och samordning mellan plan- och mkb-nivåer s.k. tiering."

¹¹ Jfr Joa ò E 2005 Key principles of SEA Implementing Strategic Environmental Assessment (eds. M Schmidt, E Joa ò and E Albrecht, Tyskeng), Environmental Assessments of Projects and Local Plans in the Energy and Waste sectors in Sweden, 2006.

nationellt.¹² *Lee and Walsh* preciserade tidigt kopplingen mellan MKB och SMB och förde en inflytelserik diskussion om regelinstrumentets olika delar. *Lee and Walsh* förde bl.a. fram de strategiska frågornas roll kopplade till nivåindelning med övergripande planer, lokala planer och bedömningar av enskilda verksamheter samt miljöbedömningsprocessens olika delmoment och bedömningsmetoder.¹³

SMB har bl.a. kommit att analyseras utifrån dess potentiella funktion som en "strukturell plattform" för en kommunikativ process. Frågorna har även rört i vilken utsträckning som SMB verkligen bidrar till ett ökat miljömedvetande hos de som deltar i planeringen och om och i så fall hur SMB kan säkerställa att miljöfrågorna identifieras och tas med och beaktats i planeringen.¹⁴ Från att SMB, i likhet med MKB, till en början framförallt setts som en metod för att få fram ett beslutsunderlag som, med tillräckligt objektiva och med vetenskapligt kvantifierbara bevis kan säkerställa acceptans och miljömässigt anpassade beslut, har SMB även fått erkännande som katalysator för strategisk miljökommunikation och visualisering, kunskapsöverföring, transparens, strategiska val, kontroll av redovisade fakta osv. Synen på SMB har breddats från att den ses som en "större MKB på ett högre plan" till att beskrivas som en långt mer proaktiv integrerad process där hållbara lösningar över tid

får utrymme att utvecklas inom ramen för samhällsplaneringen.¹⁵ Oavsett instrumentets rättsliga innehåll, den teoretiska diskursen, konceptets potential och växande spridning globalt sett, kvarstår alltså frågan hur reglerna har kommit att tillämpas i Sverige, bl.a. i vilken utsträckning SMB har genomförts inför antagande av en plan eller ett program och hur överinstanser har bedömt kravnivån för när en MKB ska upprättas och vad den ska innehålla. Den strategiska ansatsen är dock inte explicit uttryckt i bestämmelserna. Syftet att miljöaspekter ska integreras i ett tidigt planeringsskede med utrymme för ett strategiskt perspektiv är dock utmärkande för SMB. Det ställs inga egentliga krav på att frågor av mer strategisk karaktär ska ingå i miljöbedömningen. Reglerna föreskriver att rimliga alternativ i förhållande till planens syfte och geografiska räckvidd ska redovisas. Det kan i och för sig ses som ett uttryck för krav på strategi, men det övergripande syftet preciseras trots allt genom plan- och bygglagen. Frågan är om syftet med en översiktsplan kan "trigga igång", dvs. leda till en planprocess som inrymmer "strategiska scenarier" där hållbarhetsindikatorer som irreversibla konsekvenser, klimatologiska konsekvenser, energitillgångar, omställning och infrastruktur, biologisk mångfald osv. identifieras, bedöms och integreras i planens utformning.

3. För vilka planer gäller SMB?

3.1 Planer som typiskt sett alltid ska genomgå en miljöbedömning

En plan omfattas av krav på en miljöbedömning om planen antingen innefattar en verksamhet eller åtgärd som inverkar på bevarandeområden med hög skyddsstatus, och där genomförandet

¹² Jfr Charlotta Faith-Ell 2015, "AN OVERVIEW OF SWEDISH RESEARCH ON IMPACT ASSESSMENT", *Journal of Environmental Assessment Policy and Management* Vol. 17, No. 1 (March 2015). T. Fisher & V. Onyango, Strategic environmental assessment-related research projects and journal articles: An overview of the past 20 years, *Impact Assessment and Project Appraisal* 12/2012; 30(4).

¹³ Lee N and Walsh F 1992 Strategic environmental assessment: an overview *Project Appraisal* 7 126–36.

¹⁴ Jfr Hansen, A.M., Kørnøv, L., Cashmore, M. and Richardson, T. (2013) 'The significance of structural power in Strategic Environmental Assessment', *EIA Review*, 39: 37–45. Partida rio M R 2009 Does SEA change outcomes? Discussion Paper No 2009-31 from OECD and ITF's Joint Transport Research Centre.

¹⁵ Jfr Partidário M R and Fischer T B 2004 Follow-up in current SEA understanding *Assessing Impact: Handbook of EIA and SEA Follow-Up* Fischer T B 2007. *The Theory and Practice of Strategic Environmental Assessment. Towards a More Systematic Approach.*

av planen kräver tillstånd enligt 7 kap. 28 a § miljöbalken, eller om planen eller ändringen av planen anger förutsättningarna för kommande tillstånd för vissa angivna verksamheter (preciserade i 3 § MKB-förordningen samt bilaga 3 till förordningen). Till dessa verksamheter hör anläggning av industriområden, projekt för tätortsbebyggelse inklusive byggande av shoppingcentrum och parkeringsplatser, byggande av vägar, järnvägar, hamnar, omlastningsstationer och anläggningar för bortskaffande av avfall.¹⁶

En grundförutsättning är att det är

- en översiktsplan enligt 3 kap. plan- och bygglagen (2010:900),
- en plan för tillförsel, distribution och användning av energi enligt lagen (1977:439) om kommunal energiplanering, (energiplan)
- en avfallsplan enligt 15 kap. 11 § miljöbalken, (avfallsplan),
- ett åtgärdsprogram enligt 5 kap. 5 § miljöbalken,
- en länsplan enligt förordningen (1997:263) om länsplaner för regional transportinfrastruktur, eller
- annan plan eller ett annat program som utarbetas för jord- eller skogsbruk, fiske, energi, industri, transporter, regional utveckling, avfallshantering, vattenförvaltning, telekommunikationer, turism, fysisk planering eller markanvändning. (t.ex. detaljplan).

Vid upprättandet av en översiktsplan ska det i princip enligt propositionen alltid göras en miljöbedömning av planen. Det bör kunna anses att planen mer eller mindre alltid anger förutsättningar för kommande tillstånd. Avgörande för i vilken utsträckning planen ska anses ange förutsättningar för kommande tillstånd ska tolkas brett. "Detta gäller även om kriterierna och

¹⁶ Förordningsmotiv till MKB-förordningen fm 2005:2, s. 16–32.

begränsningarna inte är rättsligt bindande. En tydlig vägledning kan anses sätta ramar för prövningen av kommande tillstånd. Utgångspunkt ska vara planens funktion att styra möjligheterna för framtida tillstånd."¹⁷ I den utsträckning en kommunal energiplan inte anger förutsättningarna för kommande tillstånd för MKB-bilagornas verksamheter, men för andra verksamheter, krävs en bedömning i det enskilda fallet om energiplanen kan antas medföra en betydande miljöpåverkan. Detsamma gäller i de fall då en kommunal energiplan avser användningen av små områden på lokal nivå eller om det bara är fråga om en mindre ändring i planen.¹⁸

3.2 Planer för små områden på lokal nivå

I fråga om planer för små områden på lokal nivå ska miljöbedömning göras om planen antas medföra betydande miljöpåverkan. Innebörden av "planer för små områden på lokal nivå" är vagt preciserad. SEA-direktivet ger inte heller några definitioner på vad som avses med "små områden", "på lokal nivå" och "mindre ändringar".¹⁹ Det framgår emellertid av EU-kommissionens råd att bedömningen ska göras från fall till fall och att det viktigaste kriteriet för bedömningen är om det finns risk för betydande miljöpåverkan eller inte. Det primära är inte storleken på det område som en plan eller ett program omfattar utan det planen avser, dvs. om det finns risk för betydande miljöpåverkan eller inte. I målet C-392/96, Europeiska kommissionen mot Irland, slog EU-domstolen fast att medlemsstaten genom att fastställa gränsvärden som endast tar hänsyn till projektens storlek, utan att också ta hänsyn till deras art och lokalisering,

¹⁷ Prop. 2003/04:116, Miljöbedömningar av planer och program, s.37.

¹⁸ Förordningsmotiv till MKB-förordningen fm 2005:2, s. 20.

¹⁹ Förordningsmotiv till MKB-förordningen fm 2005:2, s. 32.

hade överskridit gränserna för direktivet. Det kan alltså anses vara fastslaget att projekt kan ha betydande miljökonsekvenser också enbart på grund av sin art eller lokalisering.²⁰

4. Behovsbedömning

4.1 Bedömning om betydande miljöpåverkan

Det första steget för de planer som typiskt sett inte ska anses medföra betydande miljöpåverkan går via behovsbedömningens "filter". Behovsbedömningen blir avgörande för vilka planer som ska omfattas av en miljöbedömning. Där avgörs i vilken utsträckning upprättande och antagande av mindre planer, ur miljöhänseende, antingen blir omotiverat tungrodda med en alltför långtgående tillämpning av reglerna, eller också undgår krav på miljöbedömning. Det förekommer säkerligen också att små planer "slipper igenom" utan miljöbedömning grundat på en felaktig behovsbedömning och därigenom riskerar orsaka långvariga och svårhanterliga miljöproblem. I fråga om just planer för små områden på lokal nivå ska emellertid, som huvudregel, miljöbedömning göras endast om planen antas medföra en betydande miljöpåverkan.

4.2 Förutsebarheten av beslut om betydande miljöpåverkan

Den initiala behovsbedömningen är teoretiskt begriplig, men inom den kommunala planeringen tycks förutsebarheten av dessa beslut vara förhållandevis låg. Det är många gånger svårt att avgöra hur en kommun har kommit fram till om en plan antas få betydande miljöpåverkan eller inte. Det är oklart vilken typ av information som behövs för att kunna besluta om en miljöbedömning behövs eller inte. I vissa fall grundas beslutet på äldre utredningar upprättade för en annan

plan och andra gånger grundar sig beslutet på att det finns eller kommer att finnas en MKB för en verksamhet, vilken bättre kan hantera frågorna om miljöpåverkan. Förutsebarheten av behovsbedömningars utfall påverkas även av utredningar och bedömning av näraliggande planer i såväl geografiskt som hierarkiskt hänseende. En MKB för en fördjupad översiktsplan kan således komma att anses ge tillräcklig information för att utesluta en miljöbedömning för en detaljplan inom samma område, samtidigt som en parallell eller kommande MKB för en verksamhet kan åberopas som grund för att inte behöva genomföra en MKB för en plan.

Behovsbedömningen har varit föremål för prövning i domstol och i en nyligen avkunnad dom från mark- och miljööverdomstolen (MÖD) framträder betydelsen av relevant beslutsunderlag för behovsbedömningen samt användbarheten av en annan plans MKB vid behovsbedömningen.²¹ MÖD slog fast att tidigare utredningar som var relaterade till en tidigare antagen fördjupad översiktsplan fick anses tillräckliga för att bedöma behovet av MKB för detaljplan. Enligt MÖD var behovsbedömningen korrekt. Den MKB som gjorts för den fördjupade översiktsplanen ansågs vara tillräckligt klargörande. Mark- och miljödomstolen (MMD) fann, i motsats till MÖD i samma mål, att underlaget för bedömningen var otillräckligt och att en MKB borde ha upprättats. MMD konstaterade att kommunen förvisso hade sammanställt en förhållandevis omfattande förteckning över de naturvärdesbedömningar och utredningar som utgjort underlag för kommunens miljöbedömning, men att avsaknaden av en specifik MKB i fråga om påverkan på närliggande Natura 2000 område och andra omgivande naturvärden var en sådan brist i beslutsunderlaget att detaljplanen därför skulle upphävas. Målet, med domstolarnas olika bedömning,

²⁰ EU-Kommissionens handbok, Genomförande av direktiv 2001/42 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan (Guidelines) s.19.

²¹ MÖD den 20 juli 2015, Mål nr P 11599-14.

belyser på ett bra sätt svårigheterna med att göra en korrekt behovsbedömning.

I ett annat avgörande från MÖD där förekomst av en rödlistad akut hotad art vare sig föranlett en MKB eller andra utredningar som kunde "stödja upp" beslutet om att inte upprätta en MKB för detaljplan, undanröjdes planen.²² Planområdet låg 1,2 km från ett riksintresseklassat område enligt 4 kap 1 och 8 §§ MB (Natura 2000). MÖD kom fram till att kommunen gjort en felaktig behovsbedömning och att kommunen borde ha upprättat en MKB. Domstolen hänvisade till 4 § MKB förordningen bilaga 4 1 e) och 2 g). Arten konstaterades ha betydelse för genomförande av gemenskapens lagstiftning och området beskrevs ha erkänd nationell, gemenskaps- eller internationell skyddsstatus. En MKB hade kunnat visa på åtgärder för att förebygga, hindra eller motverka den betydande negativa miljöpåverkan.

MÖD:s avgöranden ger ännu inte tillräcklig vägledning i fråga om omfattningen av underlag inför behovsbedömningen. Så länge tillräcklig information för de aktuella frågorna om betydande miljöpåverkan finns, oberoende av om utredningar kommer från en tidigare MKB för en annan plan eller från en MKB för en viss verksamhet, tycks dock underlaget anses vara acceptabelt. Bedömningen kan t.ex. vila på äldre utredningar hänförliga till en mer översiktlig plan såsom en tematiserad översiktsplan.

I kommunernas upprättade översiktsplaner under åren 2004–2014, (översiktsplaner, fördjupade översiktsplaner och tematiserade översiktsplaner) har behovsbedömning förekommit i relativt stor utsträckning. Det är något förvånande då den rättsliga utgångspunkten är att dessa planer tillhör den grupp av planer som generellt sett alltid antas medföra betydande miljöpåverkan. Totalt sett har mer än hälften omfattats av en be-

hovsbedömning. Större delen av alla fördjupade översiktsplaner har i sin tur varit föremål för en behovsbedömning. Ser man till den totala siffran av upprättade översiktsplaner, fördjupade översiktsplaner, tematiserade översiktsplaner, avfallsplaner och energiplaner återfinns en genomförd MKB i ungefär hälften av alla planer. Samtliga dessa planer är, som sagt, sådana planer som typiskt sett ska anses medföra betydande miljöpåverkan och det får därför även anses anmärkningsvärt att inte samtliga planer har upprättats med en SMB-process och MKB. Energiplaner uppvisar en låg förekomst av MKB. Mellan åren 2004–2014 var endast cirka en femtedel av det totala antalet energiplaner upprättade med stöd av en SMB-process och en MKB. Statistiken för avfallsplaner visar en större andel planer med SMB-förfarande och MKB.²³

5. Syfte och alternativ

Skyldigheten att arbeta fram, beskriva och bedöma realistiska och rimliga, alternativ ska ses utifrån syftet med reglerna och syftet planen. Ser man till SEA-direktivet är syftet med reglerna att sörja för ett gott miljöskydd och bidra till att miljöfrågor beaktas när man utarbetar och antar vissa planer och program och därigenom främja hållbar utveckling. Syftet knyter an till de allmänna målen med gemenskapens miljöpolitik. Syftet bör tolkas utifrån ingressen till direktivet som bl.a. anger att den miljöpåverkan som kan antas uppstå som en följd av genomförandet av planer och program ska beaktas medan dessa utarbetas och innan de antas och att mer vittomfattande mängd faktorer integrerade i beslutsprocessen förväntas kunna bidra till hållbarare och effektivare lösningar. Ser man till syftet

²² MÖD den 22 januari 2014, Mål P 2823-13

²³ SPEAK – Sustainable Planning and Environmental Assessment Knowledge, WP 1. Mapping of current Environmental Assessment practice, oktober 2015, <http://speakproject.se/>

med planen och dess utgångspunkt för formulering av alternativ föreskrivs det att alternativen ska knyta an till planens syfte och även till dess geografiska räckvidd. Alternativens omfattning vad gäller alternativa planer eller olika alternativ inom ramen för en viss plan är emellertid inte helt klarlagt. Det framgår inte av direktivet eller nationell rättslig kontext hur syftet med planen och syftet med reglerna ska bindas ihop. Den främsta aspekten när man bestämmer tänkbara realistiska alternativ ska vara planens eller programmets mål och geografiska omfattning. Det centrala i kravet är att den betydande miljöpåverkan som planen eller programmet och alternativen kan antas medföra fastställs, beskrivs och bedöms på ett likvärdigt sätt.²⁴

Det vanliga är att alternativa lösningar bedöms inom ramen för själva planen såsom t.ex. olika metoder för att ta hand om avfall i en avfallshanteringsplan eller olika sätt att utveckla ett område som ingår i en markanvändningsplan. För markanvändningsplaner eller fysiska planer bör alternativa lösningar vara att områden som avdelats för bestämda ändamål eller verksamheter utnyttjas för något annat eller att alternativa platser väljs för den typen av verksamheter.

Ser man till översiktsplanen så ska den, enligt 3 kap PBL ange inriktningen för den långsiktiga utvecklingen av den fysiska miljön. Planen ska alltså ge vägledning för beslut om hur mark- och vattenområden ska användas och hur den byggda miljön ska användas, utvecklas och bevaras. Av betydelse för formuleringen av syftet med planen och identifieringen av rimliga alternativ är att översiktsplanen ska ange inriktningen för hur kommunen i den fysiska planeringen avser att ta hänsyn till och samordna översiktsplanen med relevanta nationella och regionala

mål, planer och program av betydelse för en hållbar utveckling inom kommunen.

Att med avsikt välja ut alternativ för bedömning, vilka skulle medföra mycket större negativ påverkan, för att få utkastet till en plan eller ett program att hamna i bättre dager skulle strida mot det syfte som beskrivs i SEA-direktivet. För att kunna anses som realistiska och genomförbara måste alternativen också sortera under den berörda myndighetens rättsliga och geografiska behörighet. Enligt punkt h i bilaga I krävs en sammanfattning av skälen till valet av de alternativ som tagits upp.²⁵

Även omfattningen av alternativ har varit föremål för MÖD:s prövning. MÖD fastslog genom dom att den myndighet som ansvarar för antagandet av en plan, liksom de myndigheter och den allmänhet som deltar i samråd, måste få en riktig bild av realistiska alternativ och att finns en förklaring till varför olika alternativ har valts bort.²⁶ MÖD konstaterade att den MKB som utgjort underlag för detaljplanen var upprättad tidigare och gjord för en fördjupad översiktsplan. Den fördjupade översiktsplanen saknade en tydlig redovisning av syftet med planarbetet och planen hade i första hand tagits fram för att lokalisera en i annan ordning initierad anläggning för hästsport. MÖD konstaterade att det saknades uppgifter om alternativen och en närmare beskrivning om varför de valts bort, till följd varav MÖD upphävde planen.

I ett annat mål som gällde detaljplan för en marina i Nynäshamn, med syfte att uppföra ytterligare hallbyggnader samt bostäder, slog MÖD fast i motsats till MMD att MKB:n uppfyllde kraven såväl gällande alternativ som redovisning av miljöpåverkan.²⁷ MÖD hade vid synen kunnat konstatera att det inom detaljplaneom-

²⁴ EU Kommissionens handbok, Genomförande av direktiv 2001/42 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan (Guidelines), s. 26–27.

²⁵ A.a., s.28.

²⁶ MÖD:s dom den 26 februari 2013, Mål P 4149-12.

²⁷ MÖD:s dom den 11 juli 2013, Mål P 2324-13.

rådet var svårt att finna alternativa platser där förvaringshallarna skulle kunna uppföras. Planen gällde utökning av befintlig verksamhet på platsen. Alternativredovisningen ansågs därför vara tillräcklig. En avgränsning som kan anses vara mycket snäv.

I ett avgörande från Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen)²⁸ kom domstolen fram till att detaljeringsgraden av redovisning och bedömning av miljöpåverkan ska avgöras i varje enskilt fall. Av särskilt intresse i detta fall var att hamnverksamheten inte fick bedrivas utan tillstånd av MMD. HFD kom fram till att i ett sådant tillståndsärende kan olägenheter och risker i de avseenden som sökanden har anfört enligt domstolen bedömas bättre än i en MKB för själva verksamheten varvid MKB:n, trots sina brister, godkändes.

Det kan möjligen ur MÖD:s avgöranden utläsas att MÖD sätter kraven på alternativredovisning lägre än underinstans. MMD tycks ha en striktare syn på alternativredovisningen och bedömningen därav. Avgörandena visar under alla förhållanden att kravnivån för redovisning och bedömning av alternativ varierar. Det är därför för tidigt att dra några säkra slutsatser, men domsluten pekar i riktning mot att kraven på alternativredovisning i miljöbedömning av detaljplaner inte kommer att vara särskilt betungande i detaljplanarbetet.

Granskade planer för perioden 2004–2014 visar att noll-alternativet är relativt vanligt förekommande medan förekomst av andra alternativ är betydligt lägre. I översiktsplaner är förekomsten av alternativ i MKB:n ca 23 % och gällande tematiserade översiktsplaner är siffran ca 20 %. Fördjupade översiktsplaner uppvisar en större förekomst av alternativ med närmare 50 %. För avfallsplaner är förekomsten av alternativ

mycket låg, ca 7 %. Hela 73 % av samtliga planer, dvs. sammanräknat översiktsplaner, fördjupade översiktsplaner, tematiserade översiktsplaner, avfallsplaner och energiplaner, har beskrivit och bedömt noll-alternativ.²⁹

6. Miljöbedömning, samråd och uppföljning

Inom ramen för miljöbedömningen ska det upprättas en MKB. Framarbetandet och upprättandet av en miljökonsekvensbeskrivning ska innebära en identifiering, beskrivning och bedömning av den betydande miljöpåverkan som planens genomförande kan antas medföra. Rimliga alternativ, som vidrörts ovan, ska också identifieras, beskrivas och bedömas. Såväl MKB-processen som den redovisande MKB-rapporten ska integreras i planarbetets alla steg. MKB:n ska bl.a. omfatta den betydande miljöpåverkan som kan antas uppkomma med avseende på biologisk mångfald, befolkning, människors hälsa, djurliv, växtliv, mark, vatten, luft, klimatfaktorer, materiella tillgångar, landskap, bebyggelse, forn- och kulturlämningar och annat kulturarv samt det inbördes förhållandet mellan dessa miljöaspekter.³⁰ Bedömningen av planens påverkan ska innebära sekundära, kumulativa, samverkande, permanenta och tillfälliga, positiva och negativa effekter på kort, medellång och lång sikt.³¹

MKB:n ska även omfatta en sammanfattande redogörelse för hur bedömningen gjorts, vilka skäl som ligger bakom gjorda val av olika alternativ och eventuella problem i samband med att uppgifterna sammanställdes, en redogörelse för

²⁹ SPEAK – Sustainable Planning and Environmental Assessment Knowledge, WP 1. Mapping of current Environmental Assessment practice, oktober 2015, <http://speakproject.se/>

³⁰ 6 kap. 12 § MB.

³¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan, bilaga 1.

²⁸ HFD 2011 not 29.

de åtgärder som planeras för uppföljning och övervakning av den betydande miljöpåverkan som genomförandet av planen eller programmet medför samt en icke-teknisk sammanfattning av de uppgifter som angivits. Hur miljöpåverkan och det inbördes förhållandet mellan betydande miljöpåverkan på t.ex. vatten, klimatfaktorer och människors hälsa i strategiskt hållbarhetskänsliga ska hanteras och inverka på utformningen av planen, kan inte anses vara reglerat utan är överlämnat att avgöra av dem som har att tillämpa PBL.

Bestämmelserna föreskriver att den myndighet eller kommun som upprättat en MKB enligt 6 kap 12 § MB ska göra den samt planförslaget tillgängliga för berörda kommuner och myndigheter samt allmänheten och dessa ska ges skäligen tid att yttra sig. MKB:n samt synpunkter från samråd ska beaktas innan planen antas eller läggs till grund för reglering.

När planen har antagits ska den beslutande myndigheten eller kommunen enligt 6 kap 16 § MB, i en särskild sammanställning redovisa;

- hur miljöaspekterna har integrerats i planen och
- hur miljökonsekvensbeskrivningen och synpunkter från samråd har beaktats,
- skälen till att planen eller programmet har antagits i stället för de alternativ som varit föremål för överväganden och
- de åtgärder som är tänkta att vidtas för uppföljning och övervakning av den betydande miljöpåverkan som genomförandet av planen eller programmet medför.

Hur allmänheten mer konkret ska ges insyn och påverka en miljöbedömning av en plan är vagt uttryckt i 6 kap MB. Myndigheten har en skyldighet att redovisa hur synpunkter från samråd har beaktats i en särskild sammanställning enligt 6 kap. 16 § MB efter det att planen har antagits, men hur samråden samordnas med planproces-

sens lagligt reglerade samråd framgår inte av bestämmelserna. I den särskilda sammanställningen ska det även redovisas hur miljöaspekterna har integrerats i planen eller programmet samt hur miljökonsekvensbeskrivningen har beaktats. Bestämmelserna om den särskilda sammanställningen inbegriper emellertid inte krav på redovisning av hur planen eller programmet har framarbetats med stöd av mer övergripande strategier och hur dessa överensstämmer med nationella miljö kvalitetsmål eller andra internationella mål. Den rättsliga konstruktionen med SMB-bestämmelserna samlade i MB är begriplig sett ur lagstiftarens perspektiv. Regelutformningen är likväl försvarande i den praktiska tillämpningen. Det faktum att reglerna återfinns i MB och ska verka i PBL:s planprocess bidrar till att MKB:n och det samråd som ska ske genom MKB, riskerar att "hamna vid sidan om". En problematik är att miljöbedömningen av planen och MKB:n inte är tillräckligt sammanlänkad med planprocessen. Det gäller i synnerhet samrådsförfarandet.

7. Strategiska scenarier och hållbarhetsanpassade alternativ

Även om miljöbedömningar integreras i planarbetet innebär det inte att de strategiska frågorna får en självklar roll i upprättandet av planen. Utgångspunkten, när planen ska upprättas, är i förstone trots allt det som anges i plan- och bygglagen. Miljöbalken och plan- och bygglagen har olika rättsliga utgångspunkter, dvs. MB på miljöskydd och PBL på byggande och markanvändning. Det strategiska måste anses vara en nyckelkomponent vad avser miljöbedömningar av planer och program. Avsaknaden av krav på strategi och strategiska val i lagtexten är ett alltför överhängande problem. Bestämmelserna i 6 kap. 12 § MB anger att rimliga alternativ med hänsyn till planens eller programmets syfte och geografiska räckvidd ska identifieras, beskrivas

och bedömas, men det är inte reglerat att planens syfte på ett mer konkret plan måste korreleras till strategiska val i syfte att uppnå nationella miljö kvalitetsmål eller andra EU eller internationellt nationellt erkända mål. Identifiering och redovisning av syftet med planen är en väsentlig utgångspunkt för att formulera relevanta alternativ. Det motsägelsefulla med hur bestämmelserna är formulerade idag är att om syftet med en plan inte har en rationell koppling till nationella miljömål blir alternativen därefter. Det bör rimligen vara så att syftet med planen eller programmet för att dess genomförande ska kunna främja hållbar utveckling, också måste stå i samklang med de nationella miljö kvalitetsmålen och att de identifierade, beskrivna och bedömda alternativen måste vara kopplade till reglernas hållbarhetsorienterade syfte. Åtminstone bör detta vara en av utgångspunkterna för preciseringen av planens dels övergripande, dels underliggande syften. MKB:n ska enligt 6 kap. 12 § 5 p MB, innehålla *"en beskrivning av hur relevanta miljö kvalitetsmål och andra miljöhänsyn beaktas i planen eller programmet"*. Det kan emellertid inte mer än indirekt utläsas att även syftet ska vara att möta relevanta miljö kvalitetsmål och att de alternativ som formulerar utifrån det givna syftet ska vara strategiskt relaterade till dessa miljö kvalitetsmål. En granskning av kommunala översiktsplaner indikerar att miljökonsekvensbeskrivningarna vanligtvis innehåller kortfattade beskrivningar av de nationella miljö kvalitetsmålen utan att dessa är påvisbart integrerade i utredning av alternativ och utan direkt inflytande över planens syfte.³²

Avsaknaden av rättslig styrning vad avser strategisk inriktning och korrelation till miljö-

kvalitetsmål samt avsaknaden av en mer konkret uttryckt form för samråd i den "dubbla" process som MKB och planupprättande ändå innebär, riskerar göra SMB till en fristående del snarare än som en integrerad del i planarbetet. I den svenska kontexten tycks reglernas innehåll och sammanhang inte återspegla SMB-instrumentets flera sammanflätade funktioner och övergripande syfte. Det tycks som att SMB ännu främst ses om en metod för att få fram ett beslutsunderlag som, med tillräckligt objektiva och vetenskapligt kvantifierbara bevis, förväntas säkerställa miljömässigt anpassade beslut. SMB-bestämmelserna i MB, PBL samt andra lagar har inte fått rollen av katalysator för strategisk miljö kommunikation, strategiska val utifrån hållbarhetsindikatorer såsom t.ex. klimat och biologisk mångfald, relaterade till nationella miljö kvalitetsmål, kunskapsöverföring och transparens. En sådan utveckling pågår om än inte särskilt tydligt nationellt.³³ Det kommunala självbestämmandet kan också verka hämmande dels på identifiering av strategiska lösningar och rimliga alternativ, dels på formulering av planens syfte och dess måluppfyllelse, eftersom omfattningen av alternativ bestäms av den berörda kommunens rättsliga och geografiska behörighet. Det återstår kort sagt mer att göra om SMB ska kunna fungera som avsett och frambringa en proaktiv integrerad process där strategiskt analyserade och hållbara lösningar över tid utvecklas inom ramen för samhällsplanningen.

³² SPEAK – Sustainable Planning and Environmental Assessment Knowledge, WP 1. Mapping of current Environmental Assessment practice, oktober 2015, <http://speakproject.se/>.

³³ Jmf UNECE 2012, Resource Manual to Support Application of the UNECE Protocol on Strategic Environmental Assessment. "Broader Considerations", s. 17. Biologisk mångfald i miljökonsekvensbeskrivningar och strategiska miljöbedömningar, Reports – Department of Urban and Rural Development no 4/2007, Ulf G. Sandström. A.Bonda, A.Morrison-Saundersb, J. Pope, "Sustainability assessment: the state of the art", Impact Assessment and Project Appraisal, Vol. 30, No. 1, March 2012, 53–62.

Om riskhantering, osäkerhet och okunskap i kemikalielagstiftningen – exemplet nanomaterial

Annika Nilsson

Inledning

I det moderna samhället används allt fler, och allt mer avancerade, kemikalier, i allt fler funktioner. Företagens rapportering till EU:s kemikalie-myndighet, Echa, visar att över 100 000 kemiska ämnen används i EU. Alla kemikalier är inte farliga men en del är väldigt problematiska. Och de flesta kan orsaka problem om de hanteras fel.¹

Kunskapen om faror med kemikalier är i många avseenden otillräcklig. Viss kunskap finns om relativt kortsiktiga negativa hälsoeffekter orsakade av separata ämnen. Däremot är kunskapen om t.ex. hormonstörande, nervtoxiska och allergena ämnen, kombinationseffekter och långsiktiga effekter betydligt sämre.²

Också när det gäller nanomaterial är kunskapsluckorna betydande. Nanotekniken – forskning om och tillämpning av tekniker, strukturer och ämnen i nanostorlek – är under snabb utveckling. Nanoteknik har förutsättningar att bidra till en positiv samhällsutveckling på många sätt, inte minst vad gäller hälsa och miljö.³ Nya nanomaterial utvecklas och erbjuder nya spännande möjligheter. Men det finns anledning att anta att en del nanomaterial, i likhet med kemiska ämnen generellt, också innebär risker för

människors hälsa och för miljön. Några nanomaterial har redan konstaterats medföra risker.⁴ I andra fall råder stor osäkerhet rörande nanomaterialens potentiella negativa effekter. I vissa avseenden finns i stort sett ingen kunskap alls. Detta är möjligen inte ett väldigt stort *akut* problem; de flesta av de nanomaterial som används i stora volymer har varit i bruk länge, och de flesta av de nya materialen används fortfarande i huvudsak inom FoU. Men det finns indikationer på att även vissa av de nanomaterial som används i större volymer kan vara problematiska, och det kan förutsättas att en mängd nya produkter med nanomaterial kommer att släppas ut på marknaden i en nära framtid.

I den här artikeln undersöker och diskuterar jag hur lagstiftningen kan hantera en sådan här situation: Hur ser regelverket ut som ska säkerställa att farliga nanomaterial hanteras på ett säkert sätt, och hur kan lagstiftningen hantera en situation där kunskapen om vilka risker ett ämne kan orsaka är osäker eller rentav saknas?⁵

Diskussionen om hur risker med nanomaterial ska hanteras rättsligt har förts under ett antal

¹ KEMI Rapport 3/11 *Kemikalier i varor* s. 23 och www.kemi.se/vagledning-for/konsumenter/kemikalier-i-samhallet.

² KEMI Rapport 3/11 *Kemikalier i varor* kap. 3 ger en viss översikt över kunskapsläget och kunskapsbrister.

³ Se t.ex. SOU 2013:70 *Säker utveckling! Nationell handlingsplan för säker användning och hantering av nanomaterial* kap. 3 (cit. SOU 2013:70).

⁴ Vissa former av kolnanorör har t.ex. visat sig ha liknande effekter som asbest.

⁵ Terminologin rörande "nanomaterial" är inte enhetlig i artikeln. I vissa fall syftas på material som innehåller nanomaterial, i andra situationer på det specifika nanoämnet i sig och i ytterligare andra fall "nanomaterial" mer generellt. Jag beklagar att detta möjligen kan medföra vissa oklarheter, men tyvärr, om jag har uppfattat situationen rätt, återspeglar det ett problem som återfinns i många vetenskapliga sammanhang där "nanomaterial" behandlas.

är, inom EU och dess medlemsstater såväl som i t.ex. USA, Kanada, Australien och många andra stater. Här fokuseras i första hand på EU och dess medlemsstater.

Något om riskbedömning av nanomaterial

Med "risk" avses ofta en kvantitativ relation mellan ett subjekts (människa eller miljö) exponering för ett specifikt ämne eller en företeelse och den skada som denna exponering resulterar i.⁶ Riskbedömningen brukar delas upp i två delar: en farobedömning där man undersöker ämnets inneboende egenskaper – hur farligt det är och i vilka avseenden, och en exponeringsbedömning som ger kunskap om hur människor och miljö utsätts för ämnet.⁷ Riskbedömningen ligger sedan till grund för riskhanteringen, d.v.s. hur samhället ska förhålla sig till och begränsa risken. En riskbedömning förutsätter alltså kunskap; vet man inte vilka effekter ett ämne kan ge, eller hur människa och miljö utsätts för det, kan man inte beräkna risken. Då, kan man säga, befinner sig kunskapsläget någonstans på en glidande skala från osäkerhet till ren okunskap.

"Nanomaterial" är inte någon särskild sorts ämnen, utan "vanliga" kemiska ämnen (t.ex. kol, titandioxid eller silver) i väldigt små storlekar.⁸ Många nanomaterial bildas i miljön, exempelvis genom skogsbränder eller vulkanutbrott. Men de kan också framställas avsiktligt – och det är ofta avsiktligt framställda nanomaterial som står i fokus för intresset.

⁶ Se t.ex. Hodge et al: *Nanotechnology: Rhetoric, risk and regulation*, Science and Public Policy 41 (2014) p 6.

⁷ Ska man vara mer preciserad kan riskbedömningen indelas i fyra delar: exponeringsbedömning, faroidentifikation, karaktärisering av faran samt karaktärisering av risken, se t.ex. SCHENIR 2006 s. 47 och COM (2000) 1 s. 14.

⁸ "Nano" är en storleksangivelse, liksom "milli-" och "centi-". "Nanoteknik" är ett begrepp som kan syfta på olika företeelser i nanostorlek. Här diskuterar jag frågor om nanomaterial, med vilket jag menar ämnen med partiklar eller andra former i nanostorlek.

En liten partikel har en betydligt större yta i förhållande till sin massa än en större partikel av samma ämne.⁹ Eftersom en stor del av de reaktioner och interaktioner som sker mellan partiklar involverar ytan är partiklar i nanostorlek ofta mer reaktiva än större partiklar. Detta leder i sin tur till att ämnena kan få helt nya egenskaper, t.ex. elektriska, optiska, magnetiska, kemiska eller mekaniska (hållfasthet, böjlighet etc.) jämfört med ämnet i "normala" storlekar, det så kallade bulkmaterialiet.¹⁰ Det är sådana nya egenskaper som är eftertraktade och som är basen för nanomaterialens potential för innovation och utveckling.

Men de nya egenskaperna innebär samtidigt att ämnen i nanostorlek ofta reagerar på andra sätt i förhållande till människan och miljön än samma ämne i bulkform, och ger andra effekter. Därför kan man inte utgå från att en bedömning av bulkämnets egenskaper är relevant för ämnet i nanostorlek. Farobedömningen måste ske särskilt för nanomaterialet om den ska ge kunskap om nano-ämnets egenskaper.

För att undersöka ett ämne måste först undersökningsobjektet preciseras: Man måste veta vad man undersöker för att kunna dra slutsatser om resultaten. Detta är uppenbarligen inte så lätt när det gäller nanomaterial. Ämnet kan nämligen ha olika egenskaper beroende på bl.a. storlek, form och hur partiklarna binds till varandra. Ett ämne som är 100 nanometer (nm) kan ha andra egenskaper, och reagera annorlunda, än samma ämne i en storlek av 50 eller 10 nm. Kol i form av kolnanorör har andra egenskaper än grafenflak (som också är kol i nanostorlek). Dess-

⁹ Att det förhåller sig så kan till och med en professor i juridik kontrollera med hjälp av högstadiets matematikformler.

¹⁰ SOU 2013:70 s. 47 f, SRU German Advisory Council on the Environment: *Precautionary Strategies for managing Nanomaterials*, 2011; Chapter 7 Conclusions and Recommendations s. 6 (p. 703–704).

utom kan omgivningen ha betydelse; många ämnen i nanostorlek reagerar med biologiska material och förändrar egenskaper och reaktioner beroende på olika faktorer i omgivningen. I många fall behöver man alltså precisera såväl den specifika formen som hur den förekommer för att få en rättvisande bild av vilka egenskaper ämnet kan ha.¹¹

Vidare måste preciseras vilka egenskaper som ska undersökas, och hur undersökningen ska gå till – vilka metoder som ska användas. För ämnen i bulkform finns standardiserade metoder för undersökning av olika egenskaper och effekter. En viktig fråga som diskuteras är i vilken utsträckning dessa metoder är tillämpliga på ämnen i nanostorlek. En invändning som ofta framförs är att konventionella metoder, som grundar sig på ämnets massa, inte är lämpade att använda för nanomaterial. För nanomaterial anses egenskaper som partikelstorlek och -antal/koncentration vara mer relevanta.¹²

OECD, som är en viktig aktör på området, har genomfört ett testprogram för 11 tillverkade nanomaterial i syfte bl.a. att bedöma hur tillämpliga de befintliga vägledningarna för testning av ämnen är för ämnen i nanostorlek.¹³ Testprogrammet genomfördes 2007–2013 och omfattade alltså 11 nanomaterial; även med internationellt samarbete på hög nivå tar det lång tid att få fram resultat.

¹¹ SOU 2013:70 kap. 4.

¹² Se t.ex. Van Broekhuizen et al: *Exposure Limits for Nanoparticles: Report of an International Workshop on Nano Reference Values*, in *The annals for occupational hygiene* 2012, och *Exposure assessment of nanomaterials in consumer products*, The Danish Environmental Protection Agency, Environmental project No. 1636, 2015; p. 12.

¹³ OECD:s Working Party on manufactured Nanomaterials, WPMN. Rapporterna publicerades på OECD:s hemsida 2015. Se <http://www.oecd.org/chemicalsafety/nano-safety/testing-programme-manufactured-nanomaterials.htm> (2016-05-04). Se också OECD Council Draft Recommendation of the Council on the Safety Testing and Assessment of Manufactured Nanomaterials, C(2013)107.

Farobedömningen kan ge svar på vilka farliga egenskaper ett ämne har. *Skada* uppstår först när någon eller något som är känsligt i ett visst avseende utsätts för ett ämne som ger sådana effekter. För riskbedömningen behövs således också kunskap om var och hur ämnet används, hur ämnet förekommer (i vilka mängder och former), hur det tas upp av människor och andra organismer och hur sårbara de utsatta organismerna är för ämnets farliga egenskaper.

Sådan kunskap saknas i stor utsträckning när det gäller nanomaterial. För flertalet möjliga användningar finns inga krav på att tillverkare eller användare ska lämna information om att ämnen eller produkter innehåller nanomaterial, än mindre då i vilka mängder eller former de förekommer.¹⁴ Det går m.a.o. inte att bedöma hur människor och miljön exponeras för nanomaterial.

Inte minst ur arbetsmiljösynpunkt är detta ett problem. Arbetstagare som hanterar nanomaterial riskerar att bli "försökskaniner" för okända effekter av de material de arbetar med. Trots att det kanske finns effektiva säkerhetsrutiner och skyddsutrustning kommer dessa inte till användning om ingen vet att de borde användas. Även människor i andra egenskaper än arbetstagare, och andra organismer, kan komma att utsättas för skadliga effekter på grund av nanomaterial som förekommer i miljön.

För att kort sammanfatta situationen: Det saknas i väsentliga delar kunskap om nanomaterialens potentiella skadliga effekter och om var och hur nanomaterialen förekommer i samhället. För många nanomaterial behöver detta inte vara ett problem – om de inte medför några risker behövs ingen riskhantering. Men det är naivt att föreställa sig att samtliga tänkbara nanomaterial är helt oproblematiske. Mer realistiskt

¹⁴ Vissa regelverk av nyare datum tar dock upp denna fråga, se vidare nedan.

är att ämnen i nanostorlekar är problematiska i åtminstone motsvarande omfattning som kemikalier i allmänhet. Detta är tyvärr inte något som fångas upp av merparten av de befintliga regelverken.

Regler om nanomaterial

Presentationen nedan sammanfattar några av de centrala regelverken som på ett eller annat sätt omfattar nanomaterial. Redogörelsen är inte uttömmande.

EU:s lagstiftning om kemikalier och varor

Vad är "nanomaterial"?

En grundläggande förutsättning för att en rättsregel ska kunna tillämpas är att den har ett tillämpningsområde. Regelverk som ska tillämpas på "nanomaterial" måste precisera vad som avses med nanomaterial.

Det finns inte någon internationellt harmoniserad definition, tvärtom finns olika förslag bl.a. beroende på i vilka sammanhang och för vilka syften den avses användas. EU-kommissionen har tagit fram ett förslag om en rekommenderad definition, avsedd att användas inom EU. Huvudregeln är att "Nanomaterial är ett naturligt, oavsiktligt framställt eller avsiktligt tillverkat material som innehåller partiklar i fritt tillstånd eller i form av aggregat eller agglomerat och där minst 50 % av partiklarna i antalsstorleksfördelningen har en eller flera yttre dimensioner i storleksintervallet 1–100 nm".¹⁵ Det framhålls att det är just en rekommendation, och i flera sekundär-rättsakter används också andra formuleringar.

¹⁵ Kommissionens rekommendation 18 oktober 2011 om definitionen av nanomaterial (2011/696/EU). Utöver huvudregeln finns ett antal specificeringar och undantag som inte tas upp här. Rekommendationen skulle ha reviderats senast i december 2014, men kommissionen har i skrivande stund ännu inte offentliggjort något förslag till ny lydelse.

OECD och det internationella standardiseringsorganet ISO arbetar med andra definitioner.¹⁶

Reach och CLP

EU:s kemikalieförordning, Reach,¹⁷ är tillämplig på kemiska ämnen, alltså även på ämnen i nanostorlek. Men Reach utvecklades innan frågan om säker hantering av nanomaterial uppmärksammades på regleringsnivå, och förordningen är inte anpassad för nanomaterial. Reach brukar sägas bestå av fyra olika delar; registrering, utvärdering, auktorisation och begränsning. Även kravet på information till nedströmsanvändare är ur praktisk synpunkt mycket viktigt för förutsättningarna för säker hantering av kemikalier.

Kemikalieinspektionen har identifierat ett antal punkter där Reach behöver reformeras, alternativt andra regelverk antas, för att på ett godtagbart sätt ge kunskap om nanomaterial och reglera hur de ska hanteras på ett säkert sätt.¹⁸ Även myndigheter i många andra länder har dragit liknande slutsatser, och flera konkreta förslag har lagts fram med utkast till ny EU-lagstiftning rörande nanomaterial.¹⁹

För att kemiska ämnen och blandningar ska få släppas ut på marknaden ska de först registreras i Reach. En grundläggande brist är att

¹⁶ Se vidare SOU 2013:70 avsnitt 2.3.

¹⁷ Förordning no 1907/2006 Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals.

¹⁸ KEMI rapport 2/15 *Developing REACH and improving its efficiency*. Liknande slutsatser drogs i SOU 2013:70.

¹⁹ I ett brev till EU-kommissionen i juli 2012 begärde 11 EU-länder, inklusive Sverige, Nederländerna, Tyskland, Italien m.fl. att kommissionen ska lägga fram förslag till lagstiftning om registrering av nanomaterial. Se även German Advisory Council on the Environment, Rapport 2011; *Precautionary strategies for managing nanomaterials*, chapter 7 conclusions and recommendations, Umwelt-Bundesamt 2012; *Concept for a European Register of Products Containing Nanomaterials*, Kemikalieinspektionens förslag till förordning om nanomaterial 2013, tidigare publicerat på www.kemi.se och Background Paper on the Position of German Competent Authorities 2013; *Nanomaterials and REACH*.

nanomaterial inte specifikt omfattas av registreringskravet. Det som ska registreras är "ämnen som sådana eller ingående i blandningar" (och, i begränsad omfattning, i varor). Begreppet "ämne" definieras som "kemiskt grundämne och föreningar av detta ämne [...]". Ämnet "kol" kan alltså registreras som "kol" oavsett om det förekommer som olika former av kolnanorör, grafen, fulleren eller någon annan av de former som kol kan förekomma i. De olika materialen kan ha betydande olikheter vad gäller egenskaper och effekter på hälsa och miljö. Det är visserligen möjligt att frivilligt ange att ämnet förekommer i nanoform, men det tycks hittills inte vara vanligt förekommande.²⁰

De data som ska lämnas är inte anpassade för nanomaterial och ger inte tillräcklig information om nanomaterialens egenskaper. Många uttrycker behov av uppgifter om partikelstorlek, form, beläggning och andra egenskaper hos nanomaterialen som kan påverka vilka effekter de har.²¹

Ett ytterligare problem är de tonnagegränser som gäller för registrering. Volymmer under 1 ton (per registrant och år) registreras inte alls. Mellan 1 och 10 ton är informationskraven mycket begränsade.²² Många nanomaterial används i små mängder, ofta mindre än 1 ton/år/tillverkare vilket innebär att de inte ens behöver registreras.²³

²⁰ Enligt en presentation på en workshop om riskbedömning av nanomaterial anordnad av EU:s kemikaliemyndighet ECHA 2014 registrerades fem ämnen som "nano" 2010, och fyra ämnen 2013. http://echa.europa.eu/documents/10162/5399565/1_holmqvist_ws_nanomaterials_en.pdf (2015-10-06).

²¹ Se KEMI Rapport 2/15 *Developing REACH and improving its efficiency* avsnitt 4.1.4, SRU German Advisory Council on the Environment: *Precautionary Strategies for managing Nanomaterials*, 2011; Chapter 7 Conclusions and Recommendations, s. 20 (p. 731) m.fl.

²² KEMI rapport 1/12 *Bättre EU-regler för en giftfri miljö* s. 51 ff.

²³ *Study to Assess the Impact of Possible Legislation to Increase Transparency on Nanomaterials on the Market*, Evalu-

Frankrike har infört en obligatorisk nationell registrering av nanomaterial (se vidare nedan). Den utvärdering som gjordes 2014 av det första årets registreringar kan ge en indikation på vilka mängder det kan vara fråga om.²⁴ Ca 35 % av de registrerade nanomaterialen hanterades i volymer under 1 ton och ca 20 % mellan 1–10 ton, d.v.s. drygt hälften av nanomaterialen skulle inte alls eller endast i mycket begränsad omfattning beröras av krav på information enligt Reach.²⁵

En kemikaliesäkerhetsrapport ska sammanställas för volymer över 10 ton.²⁶ Om ämnet eller blandningen dessutom uppfyller vissa kriterier för farlighet ska ett säkerhetsdatablad medfölja produkten.²⁷ Dessa dokument syftar bl.a. till att information om risker med ämnet ska finnas tillgänglig för nedströmsanvändarna. Detta är, i teorin, ett utmärkt instrument för att förmedla kunskap om risker med ämnen, inte minst ur arbetsmiljösynpunkt. Så som Reach är utformad idag fungerar instrumentet dock inte för att förmedla risker med nanomaterial till nedströmsanvändarna.

Också EU:s klassificeringsförordning²⁸ (CLP) har stor betydelse för att förmedla infor-

ation Report prepared for DG Enterprise and Industry November 2014, BIPRO/RPA, p. 89.

²⁴ Det franska systemet registrerar ämnen i volymer över 0,1 kg.

²⁵ French public report (2013): *Éléments issus des déclarations des substances à l'état nanoparticulaire, Rapport d'étude*, November 2013; och *Study to Assess the Impact of Possible Legislation to Increase Transparency on Nanomaterials on the Market*, Evaluation Report prepared for DG Enterprise and Industry November 2014, BIPRO/RPA, p. 84 ff. – Denna första utvärdering av det franska registret kan inte tillmätas alltför stor betydelse på grund av initiala problem med genomförandet (det andra året registrerades t.ex. tre gånger så många ämnen). Men den ger visst stöd för slutsatsen att många nanomaterial används i små volymer.

²⁶ Reach Art. 14. Vissa undantag finns dock för ämnen som ingår i blandningar.

²⁷ Reach Art. 31.

²⁸ Förordning (EG) nr 1272/2008 om klassificering, märkning och förpackning av ämnen och blandningar.

mation till användare av farliga ämnen. CLP ställer inte upp några volymgränser, utan ämnen som uppfyller kriterierna för en eller flera klassificeringar ska klassificeras och märkas i enlighet med förordningens anvisningar oavsett vilken mängd det är fråga om. CLP är inte uttryckligen tillämplig på nanomaterial, men den information som tas fram och de utvärderingar som görs ska gälla "de former eller fysikaliska tillstånd i vilka ämnet eller blandningen släpps ut på marknaden och rimligen kan förväntas användas".²⁹ Detta innebär i princip att nanoämnen ska klassificeras separat från bulken om de har andra egenskaper, och att ett ämne kan behöva klassificeras på flera olika sätt beroende på vilken form det är som bedöms. Även här uppstår dock svårigheter beroende på metodologiska problem och kunskapsbrist: CLP ställer inte krav på forskningsinsatser för klassificeringen; det som ska sammanställas och bedömas är huvudsakligen "tillgänglig information".³⁰

Vissa produktregleringar innehåller regler om nanomaterial

Kosmetika

Förordningen om kosmetiska produkter³¹ innehåller flera regler som specifikt tar sikte på nanomaterial.³² Innan en kosmetikaprodukt får släppas ut på marknaden ska en säkerhetsrapport upprättas, där bl.a. produktens sammansättning och egenskaper, exponering och oönskade effekter ska anges tillsammans med en säker-

hetsbedömning med slutsatser om produktens säkerhet.³³ Kosmetiska produkter som innehåller nanomaterial ska anmälas till kommissionen. Anmälan ska innehålla information om bl.a. partiklarnas storlek och fysikaliska och kemiska egenskaper. Den årliga kvantiteten nanomaterial i produkten ska uppskattas. Nanomaterialets toxikologiska profil ska redovisas och förutsebara exponeringsförhållanden ska anges. Om det råder osäkerhet om säkerheten kan kommissionen begära ett yttrande från den vetenskapliga kommittén för konsumentssäkerhet.³⁴

Förordningen innehåller också regler för att underlätta spårbarheten av kosmetiska produkter när de släppts ut på marknaden. Förpackningar för kosmetiska produkter ska förses med märkning. Förutom alla ämnen och blandningar som ingår ska nanomaterial särskilt anges; ordet "nano" ska stå inom parentes efter namnet på en sådan beståndsdel. Märkningen ska också omfatta kontaktuppgifter till den som är ansvarig för produkten.³⁵ Dessutom ska den som ansvarar för produkten, på begäran från ansvarig myndighet, kunna redogöra för till vilka distributörer produkten levereras. Också distributörerna kan åläggas att redogöra för varifrån de fått produkten, och även vart de distribuerat den vidare.³⁶

Bekämpningsmedel

Nanomaterial ingår i vissa bekämpningsmedel. Bekämpningsmedel regleras som biocider eller växtskyddsmedel. Biocidprodukter ska förebygga eller motverka att djur, växter eller mikroorganismer orsakar skada; exempel är träskyddsmedel, myggmedel och båtbottnfärger.³⁷

²⁹ Se t.ex. CLP Art. 5.1e), Art. 6.1d), Art 8.6 och Art. 9.5.

³⁰ CLP Art. 8.

³¹ Förordningen EG nr 1223/2009 om kosmetiska produkter.

³² Titandioxid i nanoform förekommer i solskyddsmedel. Zinkoxid i nanoform finns i vissa kosmetiska produkter. Läke medelsverket: frågor och svar om nanomaterial i kosmetiska produkter. <https://lakemedelsverket.se/malgrupp/Allmanhet/Kosmetika-och-hygienprodukter/Fragor-och-svar-om-nanomaterial-i-kosmetiska-produkter/> (2016-05-04).

³³ Kosmetikaförordningen Art. 10.

³⁴ Kosmetikaförordningen Art. 16.

³⁵ Kosmetikaförordningen Art.19.1.

³⁶ Kosmetikaförordningen Art. 7.

³⁷ KEMI: Biocidprodukter, översikt. www.kemi.se/sv/Innehall/Bekampningsmedel/Biocidprodukter/ (2016-05-04).

Växtskyddsmedel används för att skydda växter och växtprodukter inom jordbruk, skogsbruk och trädgårdsbruk. Det kan vara mot svampangrepp, skadedjur eller konkurrerande växter.³⁸

En bra kontroll över bekämpningsmedel är viktig bl.a. eftersom de faktiskt är avsedda att ha skadliga effekter och dessutom ofta används direkt ute i miljön. Biocider och växtskyddsmedel ska godkännas av myndigheterna innan de får marknadsföras och användas. Detta gäller både de aktiva substanserna som gör medlen verksamma och den slutliga kommersiella produkten.

Biocidförordningen³⁹, som gäller fr.o.m. 1 september 2013, innehåller specifika bestämmelser som tar sikte på nanomaterial.⁴⁰ Ett godkännande av ett verksamt ämne omfattar inte nanoformer om inte detta uttryckligen anges.⁴¹ En biocidprodukt får godkännas först när det har fastställts att den inte har oacceptabla effekter på hälsa och miljö. Om nanomaterial ingår ska risken ha bedömts separat för nanomaterialet.⁴² När testmetoder tillämpas på nanomaterial ska sökanden bifoga en förklaring om att metoderna är vetenskapligt adekvata för nanomaterial.⁴³

Även biocidförordningen innehåller regler som syftar till att nanomaterialen ska vara spårbara. Förpackningar för biocidprodukter ska vara försedda med information bl.a. om de nanomaterial produkten innehåller, med ordet "nano" inom parentes, och med kontaktuppgifter till innehavaren av produktgodkännandet.⁴⁴ Medlemsstaterna ska vart femte år rapportera

om tillämpningen av förordningen inom medlemsstaten. Bl.a. ska då information lämnas om användningen av nanomaterial i biocidprodukter och riskerna med detta.⁴⁵

Till skillnad från biocidförordningen innehåller växtskyddsförordningen⁴⁶ inga nanospecifika regler. Om bulkmaterialet godkänns inkluderar detta ämnet också i nanoform. Varken informationskraven eller tillståndskraven är anpassade för nanomaterial. Myndigheterna kan visserligen kräva kompletteringar av bedömningsunderlaget om det behövs för att avgöra att det aktiva ämnet eller växtskyddsprodukten inte orsakar oacceptabla effekter, vilket bör innebära att det är möjligt att begära nanospecifik information. Inte desto mindre saknas, hittills, regler för nanomaterial i växtskyddsprodukter.

Livsmedel

EU:s livsmedelslagstiftning är omfattande. Här finns inte utrymme att redogöra för den i detalj. Kort kan sägas att det ställs höga krav på säkerhet för såväl livsmedel som livsmedelstillsatser och material som kan komma i kontakt med livsmedel (förpackningar). Säkerhetskraven omfattar i princip även risker med nanomaterial, men endast ett fåtal rättsakter reglerar nanomaterial specifikt.

Förordningen om livsmedelsinformation⁴⁷ innehåller specifika regler om nanomaterial. Nanomaterial definieras med referens både till nanomaterialens storlek och till deras speciella egenskaper.⁴⁸ En lista över ingredienser, eventuella allergener m.m. ska medfölja alla livsmedel. Från december 2014 ska alla ingredi-

³⁸ KEMI: Växtskyddsmedel. [www.kemi.se/sv/Innehall/Lagar-och-andra-regler/EU-direktiv/Vaxtskyddsmedel/\(2016-05-04\)](http://www.kemi.se/sv/Innehall/Lagar-och-andra-regler/EU-direktiv/Vaxtskyddsmedel/(2016-05-04)).

³⁹ Förordningen (EU) nr 528/2012 om tillhandahållande på marknaden och användning av biocidprodukter.

⁴⁰ Det tidigare direktivet 98/8/EG om biocidprodukter reglerade inte nanomaterial specifikt.

⁴¹ Biocidförordningen Art. 4.

⁴² Biocidförordningen Art. 19.

⁴³ Biocidförordningen Bilaga II p. 5.

⁴⁴ Biocidförordningen Art. 69.

⁴⁵ Biocidförordningen Art. 65.

⁴⁶ Förordningen (EG) nr 1107/2009 om utsläppande av växtskyddsmedel på marknaden.

⁴⁷ Förordningen (EU) nr 1169/2011 om livsmedelsinformation.

⁴⁸ Livsmedelsförordningen art. 2.2t.

enser i form av konstruerade nanomaterial anges i innehållsförteckningen med ordet "nano" inom parentes. Även kontaktuppgifter till den som är ansvarig för livsmedlet ska anges.⁴⁹

Nanomaterial i arbetsmiljön

Eftersom arbetstagarna ofta är de som först utsätts för farliga ämnen, och eftersom de ofta utsätts för ämnena under betydande tidsrymder, finns det all anledning att särskilt uppmärksamma kemiska risker i arbetsmiljön. Detta gäller även potentiella risker med nanomaterial.

EU:s arbetsmiljölagstiftning bygger på ramdirektivet för arbetsmiljö,⁵⁰ som är ett s.k. minimidirektiv. Det innebär att medlemsstaterna får ha mer långtgående nationella regler om det är förenligt med EU-rätten i övrigt. Här tar jag dock endast upp EU:s direktiv om kemiska agenser,⁵¹ som fokuserar på kemiska risker i arbetsmiljön.

Begreppet "kemiskt agens" definieras brett, och alla kemiska agenser som kan innebära en risk för arbetstagares säkerhet och hälsa på grund av sina fysikalisk-kemiska, kemiska eller toxikologiska egenskaper eller hur det används eller förekommer på arbetsplatsen definieras som "farliga kemiska agenser".⁵²

Arbetsgivaren ska identifiera de farliga kemiska agenser som förekommer på arbetsplatsen, d.v.s. även nanoformer, och bedöma vilka risker de kan medföra för arbetstagarna. Liksom vad som gäller enligt CLP-direktivet innebär dock inte detta att arbetsgivaren måste vidta

forskningsåtgärder. Den information och kunskap som finns tillgänglig ska användas, tillsammans med de regler och riktlinjer som finns för riskbedömning.⁵³ Om ytterligare information behövs ska arbetsgivaren inhämta denna från "leverantören eller andra lättillgängliga källor".⁵⁴ Här skulle uppenbart information i säkerhetsdatablad kunna ha en viktig funktion. Som beskrivs ovan är dessa dock inte utformade för att förmedla relevant information om nanomaterial. I dagsläget saknas i princip "lättillgängliga källor" med information om nanomaterial. Ofta har arbetsgivaren inte ens tillgång till information om att det faktiskt är material i nanostorlek som används. Arbetsgivaren har m.a.o. begränsade möjligheter att uppfylla sin skyldighet att bedöma riskerna med nanomaterial i arbetsmiljön på ett bra sätt.

Arbetsgivaren är också ansvarig för att minimera arbetstagarnas exponering för farliga ämnen och att minska användningen av dem, att vidta lämpliga skyddsåtgärder och att skapa arbetsrutiner för att minska riskerna. Arbetstagarna ska hållas informerade om hälso- och säkerhetsrisker med hantering av farliga ämnen på arbetsplatsen, och få utbildning om riskerna.⁵⁵ Även i dessa avseenden är det naturligtvis svårt för arbetsgivaren att uppfylla sina skyldigheter när t.o.m. det mest grundläggande kunskapsunderlaget saknas.

⁴⁹ Livsmedelsförordningen art. 18.3.

⁵⁰ Direktivet 89/391/EEG om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas hälsa och säkerhet i arbetet.

⁵¹ Direktivet 98/24/EG om skydd av arbetstagares hälsa och säkerhet mot risker som har samband med kemiska agenser i arbetet. Även direktivet 2004/37/EG om skydd för arbetstagare mot risker vid exponering för carcinogener eller mutagena ämnen i arbetet kan vara aktuellt i sammanhanget.

⁵² Direktivet 98/24/EG Art 2.

⁵³ Direktivet 98/24/EG Art 4.

⁵⁴ Direktivet 98/24/EG Art. 4 p. 1 st. 2.

⁵⁵ Direktivet 98/24/EG Art. 5–8.

Nationella register

Frankrike,⁵⁶ Belgien⁵⁷ och Danmark⁵⁸ har infört nationell rapporteringsskyldighet för nanomaterial. Rapporteringssystemen är utformade på lite olika sätt och omfattar olika typer av produkter; jag har inte utrymme att gå in på detaljerna här.⁵⁹ Även i Sverige diskuteras frågan. Kemikalieinspektionen har, på regeringens uppdrag, lagt fram ett förslag om att nanomaterial ska registreras i det befintliga Produktregistret.⁶⁰ Här föreslås att registreringskyldighet för nanomaterial ska kopplas till det redan existerande produktregistret. Det skulle då omfatta bl.a. tillverkning och import av kemiska produkter i en mängd om 100 kg eller mer per år. Utöver den information som vanligen registreras i produktregistret ska uppgifter även lämnas om olika fysikaliska och kemiska parametrar för de nanomaterial som produkten innehåller. För nanomaterial som är pigment, och för företag som har en årsomsättning under 5 miljoner kronor, föreslås undantag från registreringskyldigheten under en treårig utvärderingsperiod. Berörda företag ska dock lämna information om att materialet är ett nanomaterial. Informationen i det svenska registret är inte allmänt tillgänglig; det utgör alltså inte ett

⁵⁶ Décret no 2012-232 du 17 février 2012 relatif à la déclaration annuelle des substances à l'état nanoparticulaire pris en application de l'article L. 523-4 du code de l'environnement och Arrêté du 6 août 2012 relatif au contenu et aux conditions de présentation de la déclaration annuelle des substances à l'état nanoparticulaire, pris en application des articles R. 523-12 et R. 523-13 du code de l'environnement.

⁵⁷ 27 MAI 2014. — Arrêté royal relatif à la mise sur le marché des substances manufacturées à l'état nanoparticulaire.

⁵⁸ BEK 644 af 13 juni 2014 Bekendtgørelse om register over blandinger og varer, der indeholder nanomaterialer samt producenter og importørers indberetningspligt til registeret.

⁵⁹ Se SOU 2013:70 för en översikt över nationella nano-register.

⁶⁰ KEMI rapport 10/15 Förslag om utökad anmälningsplikt för nanomaterial.

komplement till Reachs regler om information till nedströmsanvändare.

Dessa nationella rapporteringssystem syftar inte till striktare riskbedömning eller riskhantering – sådana frågor regleras i Reach och medlemsstaterna kan inte ha strängare regler. Syftet är istället att öka kunskapen om förekomst av nanomaterial på marknaden. Myndigheterna får information om vilka ämnen som förekommer, i vilken omfattning de förekommer och till viss del i vilka användningar de förekommer.⁶¹ Rapporteringssystemen kräver också, i varierande grad, information om ämnens nanospecifika egenskaper, som storlek, form m.m. Sådan information ger myndigheterna bättre förutsättningar att prioritera tillsynsarbetet och att ta fram statistik om förekomsten av nanomaterial på marknaden m.m. Även om syftet inte är att förbättra riskbedömningen kan denna information indirekt ge bättre underlag för exponeringsbedömningar.

Diskussion

EU:s regelverk rörande kemikalier skulle, enligt min mening, behöva utvecklas i många avseenden för att motsvara en ur hälso- och miljöperspektiv adekvat säkerhetsnivå. Det gäller kemiska ämnen i allmänhet, men behoven är särskilt stora bl.a. när det gäller former av ämnen som på grund av sin (lilla) storlek får andra egenskaper än ämnet i bulkform, och där den befintliga kunskapen alltså inte gäller i alla delar; t.ex. många nanomaterial.

När man diskuterar kemikalielagstiftning i EU måste man förhålla sig till att kemikalier i EU-sammanhang inte i första hand ses som en hälso- och miljöfråga, utan en handelsfråga. Reglerna antas i allmänhet med stöd av artikel 114 i fördraget om Europeiska unionens funktions-

⁶¹ "Överblick över förekomsten av nanomaterial på marknaden" är inte en fråga som regleras i Reach, därför finns ett visst utrymme för medlemsstaterna att agera. Jämför EU-domstolens dom i mål C-472/14.

sätt (TFEU) vilket innebär att de är bindande för medlemsstaterna och att det i princip inte är tillåtet med avvikande nationella regler.⁶² Det övergripande syftet är att främja den inre marknaden. I detta ingår naturligtvis att varor inte ska vara "farliga"; det är inte en bra förutsättning för handel om marknaden inte litar på de produkter som släpps ut. Så sägs också i artikel 114 i TFEU att kommissionen när den tar fram förslag till ny lagstiftning "ska utgå från en hög skyddsnivå". Parlamentet och rådet ska "sträva efter" att nå detta mål.⁶³ Syftet med de bestämmelser som införs med stöd av artikel 114 ska dock vara att "upprätta den inre marknaden och få den att fungera". Försiktighetsprincipen, som enligt artikel 191 TFEU ska utgöra grund för gemenskapens miljöpolitik, nämns endast i den artikeln i fördraget och alltså inte alls i artikel 114. Kommissionen har också uttalat att försiktighetsprincipen huvudsakligen ska tillämpas vid riskhantering, och att den inte bör sammanblandas med det mått av försiktighet som vetenskapsmän tillämpar i sin bedömning av vetenskapliga uppgifter.⁶⁴ Vetenskaplig försiktighet innebär i allmänhet att vetenskaparen vill vara väldigt säker på att det faktiskt finns en korrelation mellan dos och en specifik respons innan hen drar slutsatsen att ämnet är farligt i just det avseendet. Risken att dra slutsatsen att ett ämne orsakar en viss effekt och det senare visar sig att det inte gör det ska minimeras.

Reach-förordningen har onekligen inneburit viss utveckling när det gäller företagens ansvar för att ta fram grundläggande data om de kemiska ämnen de använder. Reach sägs bygga

på försiktighetsprincipen.⁶⁵ Med grund i kommissionens uttalande ovan finns det anledning att tro att detta syftar på riskhanteringsfasen, inte riskbedömningsfasen. För denna gäller då fortsatt högt krav på vetenskaplig bevisning för en slutsats att ämnet är farligt.

De skyldigheter registranten (vanligtvis tillverkaren eller importören) har enligt Reach är i huvudsak begränsat till att hen ska lämna den information som krävs enligt bilagorna och föreslå lämpliga skyddsåtgärder för säker hantering. Därefter får produkten ifråga släppas ut på marknaden. Den [myndighet] som anser att ytterligare reglering av ett ämne krävs måste visa (och alltså med ett högt beviskrav) att så faktiskt är fallet och att risken inte kan hållas på en "acceptabel" nivå. Den utvärdering som sker inför bedömningen av om ämnet ska föras upp på kandidatlistan eller bli föremål för begränsningar sker i myndigheternas regi. Den ansvariga myndigheten kan begära ytterligare information av registranten, men måste då precisera vilken information som ska lämnas och ange skälen för detta.⁶⁶ Innan det är möjligt att formulera en sådan preciserad begäran behöver man ha skaffat sig omfattande kunskap, såväl om ämnet som om potentiella risker. Beslutet att begära in ytterligare information tas av kemikaliemyndigheten efter ett formellt och tidskrävande remissförfarande inkluderande registranten och medlemsstaterna.⁶⁷ Det är alltså fortfarande i allt väsentligt så att den som anser att ytterligare skyddsåtgärder behövs måste styrka att så faktiskt är fallet.

Det ovan sagda ska inte uppfattas som utgångspunkt för den fortsatta diskussionen utan som en delförklaring till de brister som kan identifieras i dagens kemikalielagstiftning och svårigheterna

⁶² Några begränsade möjligheter finns i artikel 114.4–5, jag ser ingen anledning att gå närmare in på dessa bestämmelser här.

⁶³ TFEU artikel 114.3.

⁶⁴ Kommissionens meddelande om försiktighetsprincipen KOM(2001) 1 slutlig.

⁶⁵ Reach artikel 1.3.

⁶⁶ Reach artikel 45–46.

⁶⁷ Reach artikel 50–52.

att få till stånd konstruktiva förändringar. Diskussionen nedan tar sin utgångspunkt i miljö- och hälsoperspektivet.

Som skisserats ovan pågår det omfattande diskussioner, inom EU:s institutioner och mellan EU och flera medlemsstater, om hur regelverken kan och bör anpassas till nanomaterialen. Men utvecklingen går inte fort och det är, som sagt, många andra intressen än hälso- och miljöhänsyn som spelar in.

Det behövs en fortsatt diskussion om vad som avses med nanomaterial och hur tillämpningsområdet för olika regelverk ska preciseras. Kommissionens rekommenderade definition av "nanomaterial" (50 % av partiklarna i nanostorlek, m.m.) kan möjligen vara funktionell i vissa situationer. I andra är den uppenbart problematisk. Det finns en tydlig korrelation mellan koncentration/inandning av små partiklar och olika medicinska lungproblem.⁶⁸ Damm i nanostorlek på en arbetsplats kan alltså befaras vara farligare än damm med "stora" partiklar. Arbetsmiljörisken med nanomaterial är m.a.o. i stor utsträckning kopplad till om det finns risk för damm i nanostorlek, och inte alltid i första hand till hur stor andel nanopartiklar materialet innehåller. Kritik har också framställts mot definitionen, bl.a. av en vetenskaplig kommitté inom kommissionen som har föreslagit en gräns på 0.15 %.⁶⁹ Och, som sagt, i andra sammanhang tillämpas andra definitioner.⁷⁰

Det är möjligt att det behövs flera olika preciseringar av begreppet beroende på i vilket syfte preciseringen sker. Inte minst när det gäller

reglering av krav på kunskap, riskbedömning och spridning av information är det viktigt att föremålet för kraven är så preciserat att reglerna faktiskt fångar upp det som är problematiskt (och inte annat). Även här ger Kommissionens rekommenderade definition upphov till frågetecken. *I de fall* nanostorleken utgör ett riskmoment som kräver extra uppmärksamhet: På vilka grunder kan det motiveras att ett ämne som innehåller 52 % partiklar i nanostorlek behöver uppmärksammas extra men inte samma ämne med 48 % nanopartiklar?

Den metod som används i CLP-förordningen och direktivet om kemiska agenser i arbetsmiljön för att precisera föremålet för kunskapsinhämtning m.m. synes vara mer ändamålsenlig för att hantera risker med nanostorlekar än metoden som används i Reach. Den senare är tillämplig på "kemiska grundämnen [...]". Även om det är möjligt att frivilligt ange nanoformer finns det ännu inte något krav på att lämna specifik information om de olika formerna. De förra regleringarna är tillämpliga på "de former eller fysikaliska tillstånd i vilka ämnet eller blandningen släpps ut på marknaden och rimligen kan förväntas användas", respektive "farliga kemiska agenser som förekommer på arbetsplatsen". Sådana formuleringar kan, ur adressatens perspektiv, kritiseras för att den som ska ta fram och vidarebefordra kunskapen inte tydligt kan utläsa exakt vad som ska vara föremålet för undersökningen, d.v.s. vilka skyldigheter som följer av bestämmelsen. Ett motargument ur miljö- och hälsoperspektiv är att konstruktionen medför inte bara en skyldighet att *utreda och bedöma* de ämnen som släpps ut på marknaden utan, i ett första led, en tydligare preciserad skyldighet att *veta* vad man släpper ut på marknaden än vad som idag kan härledas ur Reach.

Många nanomaterial och -applikationer har som sagt potential att bidra till en positiv utveckling, inte bara ekonomiskt och tekniskt

⁶⁸ Ulla Vogel, National Research Center for the Working Environment, Department of Micro- and Nanotechnology, Danmark, presentation 2016-04-19 vid Pufendorf ASG Nanosafety, Lund.

⁶⁹ EU-kommissionens vetenskapliga kommitté för nya och nyligen identifierade hälsorisker, SCENHIR, i rapporten Scientific Basis for the Definition of the Term "nanomaterial", approved by SCENHIR 8 december 2010.

⁷⁰ Se ovan vid not 16.

utan också ur miljö- och hälsosynpunkt. Det är inte rimligt att lägga omfattande restriktioner på nanomaterial endast av den anledningen att de är i nanostorlek. Men utan kunskap är det inte möjligt att bedöma om ett visst nanomaterial kan orsaka problem eller vilka restriktioner som i så fall kan vara lämpliga vid en avvägning mellan risk och nytta. Enligt min mening vore det rimligare att tillämpa en princip om "sunt förnuft" vid bedömning av hur samhället ska hantera osäkerhet och risker, som alternativ till en princip om hög grad av vetenskaplig säkerhet innan saluförande och användning beläggs med restriktioner av olika slag.

Omfattande och systematiska satsningar på att bygga upp kunskap är grundbultar i en effektiv strategi för ökad kemikaliesäkerhet, i allmänhet och här särskilt med fokus på ämnen i nanostorlek. Även test- och riskbedömningsmetodiken behöver utvecklas, och det pågår också samarbete på EU-nivå och internationell nivå för utveckling av standardiserade metoder för sådana ändamål. För den här typen av åtgärder, som delvis är forskningsinriktade och också syftar till att ge en tillförlitlig grund för kommande riskbedömning och riskhantering, kan det vara mest lämpligt att lägga huvudansvaret på forskare och myndigheter. Däremot borde det som sagt, enligt min mening, ligga ett stort ansvar på den som vill släppa ut en produkt på marknaden att *tillämpa* metoderna och visa, med tillräcklig säkerhet, att det inte finns anledning att anta att ämnet man vill registrera medför betänkligheter ur miljö- och hälsosynpunkt. För att inte "i onödan" begära omfattande utredningar skulle ett sådant utredningskrav med fördel kunna utformas i stegvisa etapper, med grundläggande krav som gäller generellt och utökade krav efterhand som undersökningen ger utslag genom olika "risk-indikatorer". – Volym kan vara en indikator, även om det inte bör vara den enda, eftersom exponeringen kan förväntas bli större om ämnet

används i stora volymer. – Det förutsätter dock att sådana risk-indikatorer kan fastställas, vilket långt ifrån alltid är fallet idag.

När det saknas tillräcklig kunskap för att göra adekvata riskbedömningar behöver samhället andra typer av instrument för att upprätthålla en rimlig säkerhetsnivå. (Detta gäller för kemikalier i allmänhet men i än högre grad för nanomaterial.) Riskbedömningen består ju inte bara av en farobedömning utan också av en exponeringsbedömning. Om det vore känt att vissa nanomaterial hanteras i betydande mängder och på sätt som ger anledning till oro skulle detta kunna utgöra en viktig indikator för prioriteringar. I dag finns inte sådan kunskap. Det finns över huvudtaget väldigt lite kunskap om *var* nanomaterial förekommer.

Systematisk insamling av information om vilka nanomaterial som släpps ut på marknaden, i vilka mängder och för vilka användningsområden, skulle alltså kunna bidra med underlag för det *förebyggande* säkerhetsarbetet. Framförallt skulle myndigheterna få information för bättre prioriteringar av de insatser som görs. Om det framkommer att ett nanomaterial används i stora mängder, eller på sätt som innebär problematisk exponering, kan det finnas anledning att undersöka detta ämne lite närmare. Sådan information skulle kunna samlas in genom registreringen i Reach eller genom ett separat nanomaterialregister i EU. Eftersom sådan reglering tycks avlägsen kan nationella register, som de franska, belgiska och danska nanoregistren, och förhoppningsvis så småningom det svenska utökade produktregistret, utgöra det näst bästa alternativet.

Kunskap om var nanomaterialen förekommer skulle också ha betydelse för det *reparativa* arbete som kan komma att behövas: Det är uppenbart att nanomaterial under överskådlig framtid kommer att släppas ut i samhället och miljön utan att vara belagda med några specifika restriktioner. Det är osannolikt att inte några av

dem visar sig vara problematiska ur hälso- eller miljösynpunkt – men vi vet inte vilka, eller på vilka sätt. Vi har varit med om detta förr; förkortningarna DDT, PCB och CFC kan räcka för att illustrera problematiken. Det kan ta lång tid att identifiera vilket eller vilka av alla de ämnen som förekommer i det aktuella sammanhanget som är orsaken till de hälso- eller miljöproblem som uppmärksammas. Liksom bulkämnen är en del nanomaterial också svårnedbrytbara i miljön och/eller kan ackumuleras i näringskedjorna, vilket innebär att det kan ta lång tid innan påvisbara skador uppkommer. När orsaken till slut fastställts behöver man utforma lämpliga åtgärder för att motverka och avhjälpa skadan. Då behöver man veta var det skadliga nanomaterialet finns och hur det används. Ett nanomaterialregister kan utgöra en viktig källa till information såväl för att identifiera orsaken till den negativa effekten som för att lokalisera de produkter och praktiker som behöver åtgärdas.

Inte minst ur arbetsmiljöperspektiv är båda dessa funktioner viktiga. Kunskap behövs om vilka nanomaterial som arbetstagaren exponeras för i arbetsmiljön för att det ska vara möjligt att förebygga skador genom användning av skyddsutrustning och "säkra" hanteringsrutiner, och för att ge bättre förutsättningar att identifiera orsaken till skador och vidta lämpliga åtgärder när något nanomaterial visar sig vara problematiskt.

Ett väl utformat system för rapportering av nanomaterial kan alltså fylla flera viktiga funktioner för att få ett bättre kunskapsunderlag för säker hantering av nanomaterial. Företagens kostnader för att ta fram och rapportera de begärda uppgifterna blir beroende av hur omfattande och detaljerat registret utformas – här krävs naturligtvis överväganden om vilken information som kan vara rimlig att begära in med hänsyn till behov och kostnader. Men principiellt kan jag inte se annat än att det är rimligt att den som tillverkar eller använder ett ämne profes-

ionellt har kunskap om vad det är man använder. Större delen av kostnaden är också initial; när uppgifterna väl tagits fram kan de återanvändas om ämnet eller produkten behöver rapporteras på nytt.

Ett "nanoregister" kan alltså bidra med information om användningsområden och marknadsaktörer för nanomaterial generellt. I olika EU-rättsakter förekommer också andra metoder som bidrar till att produkter blir mer spårbara på marknaden:

Nanomaterial i bl.a. kosmetika och biocidprodukter ska vara *godkända* av myndigheterna – här finns alltså krav på förhandsprövning, och de godkända materialen noteras i en form av register. Krav på *kontaktuppgifter* till den som marknadsför produkten förekommer för många produkter, t.ex. livsmedel, kosmetika och biocider. Förpackningar för sådana produkter ska vara *märkta* med "nano" om de innehåller nanomaterial. Enligt kosmetikaförordningen finns dessutom skyldighet att hålla reda på *distributionskedjan*; den som tillverkar eller distribuerar kosmetika ska kunna redovisa varifrån produkten är införskaffad och vart man själv överläter den vidare.

En fördel med sådana riktade regleringar är att de kan anpassas till föremålet för regleringen. Formella godkännandeförfaranden torde vara ganska kostsamma för företagen om de syftar till att endast "säkra" produkter släpps ut på marknaden, och bör därför främst reserveras för känsliga användningsområden. Att ange enkla kontaktuppgifter på en förpackning kan knappast vara alltför ekonomiskt betungande. Samtidigt förutsätter riktade regleringar, för att ett tillräckligt säkerhetsnät ska upprätthållas, att alla relevanta områden regleras med specifika produktregler som täcker riskerna med nanomaterial. Detta kommer knappast att vara fallet inom överskådlig framtid.

Någon form av rapporteringskyldighet, na-

tionell eller ännu hellre på EU-nivå, utgör därför ett viktigt inslag i säkerhetsarbetet rörande nanomaterial. Det förslag Kemikalieinspektionen nu lagt fram rörande utökad registrering i det svenska Produktregistret är, tillsammans

med övriga nationella rapporteringssystem, ett viktigt led i arbetet för att få till stånd en samlad överblick över hur människor och miljön exponeras för nanomaterial.

Strandliv

Christina Olsen Lundh och Joen Morales

Vad erbjuder en mer naturlig och självklar association än den mellan festföremålet och det sedan länge väl etablerade, men ständigt omdebatterade strandskyddet? Strandskyddsreglerna diskuteras inte sällan med det allemansrättsliga (eller det enskilda äganderättsliga) perspektivet som utgångspunkt. En infallsvinkel som, såvitt vi har kunnat utröna, emellertid saknar mer ingående analys är hur strandskyddet har kommit att omfatta skyddet av växt- och djurlivet vid våra stränder och hur detta skydd har utvecklats och kan komma att utvecklas. Låt oss därför bege oss till stranden och ta en närmare titt på dess växt- och djurliv!

Enligt 7 kap. 13 § miljöbalken (MB) gäller strandskyddet vid havet och vid insjöar och vattendrag samt syftar till att

1. långsiktigt trygga förutsättningarna för allemansrättslig tillgång till strandområden, och
2. bevara goda livsvillkor för djur- och växtlivet på land och i vatten.

Strandskyddet handlar alltså om en kombination av hänsyn till friluftsliv och skydd av naturmiljön; intressen som i sammanhanget sällan står i strid med varandra utan snarare kumuleras och hindrar markägare från att bygga eller vidta andra åtgärder.¹ Det tidiga syftet med strandskyddsbestämmelserna² var just att trygga

¹ Bengtsson B; "Friluftsliv, naturskydd, markägarintresse och grannhänsyn enligt miljöbalken" i Gipperth, L och Zetterberg, C, *Miljörättsliga perspektiv och tankeväндor Vänbok till Jan Darpö och Gabriel Michanek* (2013) s. 83.

² Se provisorisk strandlag (1950:639), 1952 års strandlag (1952:382) och naturvårdslagen (1964:822).

allmänhetens tillgång till platser för bad och friluftsliv men genom en ändring i naturvårdslagen år 1994 utvidgades strandskyddets syfte till att också ge skydd för växt- och djurlivet. I förarbetena till denna utvidgning påpekar regeringen att strandmiljöer generellt är viktiga för många växt- och djurarter eftersom de ger utrymme för en rad olika livsmiljöer. Dels genom att de erbjuder tillgång till både vatten- och landmiljöer, dels genom att det i strandområden ofta finns vissa särskilt värdefulla miljöer som är specifika för stränder. Vidare påpekar regeringen att stränder utgör viktiga spridnings- och vandringskorridorer i landskapet och refugier för arter som finner livsmiljöer i ett landskap som i övrigt präglas av rationell produktion.³ I det här kapitlet avser vi belysa det miljöintresse som kan sägas komma till uttryck genom denna utvidgning. Syftet med kapitlet är att redogöra för hur det kommit till uttryck i lagstiftningen och beaktats i mål om strandskyddsdispens samt också att i någon mån diskutera eventuella tillämpningssvårigheter.

Strandskydd gäller generellt över hela landet, vid havet och vid insjöar och vattendrag. "Vattendrag" är inte definierat i MB och frågan är hur litet det kan vara för att omfattas av strandskydd. I rättsfallet MÖD 2012:4 konstaterade Mark- och miljööverdomstolen (MÖD) att det kan vara fråga om ett vattendrag i MB:s mening, även om det tidvis kan vara ont om vatten i bäcken.⁴ MÖD uttalade i målet M 10756-14 i fråga om

³ Prop. 1993/94:229 s. 9.

⁴ Det i målet ifrågasatta vattendraget var närmast att definiera som en bäck, nedskuren i en mindre ravin.

huruvida strandskydd råder vid ett markavvattningsdike att strandskyddets historiska framväxt har betydelse vid bedömningen av vad som gäller för markavvattningsdiken. Lagstiftaren har inte uttalat något som tyder på att tillämpningsområdet skulle omfatta markavvattningsdiken; inte ens inför 1994 års utvidgning av strandskyddsbestämmelserna. För öppna diken i jordbrukslandskapet inrättades därtill ett generellt biotopskydd 1991. Med hänsyn bl.a. till detta bedömde MÖD att strandskydd inte ska gälla vid det i målet aktuella diket. Härav kan dras slutsatsen att strandskyddet inte alltid ska avse grävda diken men att det, i fråga om småvatten, i princip alltid träffar naturliga sådana, även om de innehåller sparsamt med vatten.

Strandskyddet gäller fullt ut för hela det land- och vattenområde som omfattas och inte endast området närmast vattenbrynet.⁵ I och med att 7 kap. 13 § anger att en del av syftet är att bevara de goda livsvillkoren *på land* kan reglerna användas för att skydda naturmiljön högre upp än själva strandlinjen. Strandskyddsområdets normala utsträckning omfattar enligt 14 § MB land- och vattenområdet intill 100 meter från strandlinjen vid normalt medelvattenstånd. Även vattenområden omfattas alltså.⁶

Länsstyrelsen får i det enskilda fallet⁷ besluta om att utvidga strandskyddsområdet till högst 300 meter från strandlinjen förutsatt att utvidg-

ningen behövs för att *säkerställa* något av strandskyddets syften.⁸ Som exempel på vad beslut om utvidgat strandskyddsområde kan komma att avse nämner propositionen bl.a. områden som omfattas av annat områdesskydd, t.ex. naturreservat, som inte innebär samma skydd för strandområden som bestämmelserna om strandskydd, grunda havsbottnar av betydelse för flora och fauna och ekologiskt känsliga områden som inte omfattas av annat områdesskydd.⁹ I 7 kap. 18 § MB ges länsstyrelsen även en möjlighet att, under vissa specifika förutsättningar, i det enskilda fallet upphäva strandskyddet i ett område. I miljöbalksmotiven betonas försiktighet med att upphäva strandskyddet i ett område; små bäckar och tjärnar har ofta stor betydelse för den biologiska mångfalden och frågan om upphävande av strandskyddet bör därför föregås av utredning om vilka konsekvenser detta kan få för djur och växter. Propositionen poängterar att frågan om att bevara stränderna bör ses i ett långsiktigt perspektiv.¹⁰

Kortfattat kan man säga att strandskyddsreglerna begränsar möjligheten att inom det strandskyddade området ta mark i anspråk. Vissa åtgärder är helt enkelt förbjudna såvida man inte har fått strandskyddsdispens. Förbudet återfinns i fyra punkter i 7 kap. 15 § MB. Mest kända, genom sin tillämpning, är antagligen punkterna ett och två som anger att nya byggnader inte får uppföras inom ett strandskyddsområde samt att man heller inte får ändra byggnader eller byggnaders användning eller utföra andra

⁵ Prop. 2008/09:119 s. 37 och s. 99.

⁶ Se t.ex. rättsfallet MÖD 2011:42 där en ansökan om tillstånd till vattenverksamhet omfattade bl.a. anläggande av brygga inom strandskyddat område. Miljööverdomstolen konstaterade att stranden där aktuell brygga skulle uppföras inte längre var tillgänglig för allmänheten men att detta inte kunde anses gälla vattenområdet utanför stranden samt att allmänhetens rätt att röra sig på annans vattenområde är vidsträckt; det är till exempel tillåtet att ro, segla, åka motorbåt eller vattenskidor, simma och vintertid gå på isen omedelbart utanför strandägarens bostadshus (MÖD hänvisade här till Bertil Bengtsson, Speciell fastighetsrätt – Miljöbalken (2010), s 152).

⁷ Det är inte möjligt att utvidga strandskyddsområden genom generella föreskrifter (se prop. 2008/09:119 s. 99).

⁸ Den tidigare formuleringen var att utvidgningen skulle behövas för att tillgodose ett sådant syfte. Enligt propositionens specialmotivering innebär ändringen en skärpning av kravet för att få utvidga det område som omfattas av strandskydd (se prop. 2008/09:119 s. 99).

⁹ Prop. 2008/09:119 s. 99. Enligt en övergångsregel (SFS 2009:532) ska efter 31 december 2014 ett utvidgat strandskydd gälla endast om utvidgningen har beslutats med stöd av paragrafen i dess nuvarande lydelse.

¹⁰ Prop. 1997/98:45 del 2 s. 84.

anläggningar eller anordningar om det hindrar eller avhåller allmänheten från att beträda ett område där den annars skulle ha fått färdas fritt. Punkten tre handlar om grävningsarbeten och trädfällning, om det syftar till att ge utrymme för otillåten bebyggelse eller anläggningar och anordningar i punkten två (åtgärder som behövs för skogsbruket är tillåtna enligt 7 kap. 16 § 1 p). Mark- och miljööverdomstolen har ansett att det behövs dispens (alltså att åtgärden är förbjuden enligt 15 §) redan då den mark som behöver tas i anspråk som tomt vid en tilltänkt byggnad är belägen inom strandskyddsområde.¹¹

Punkten fyra riktar in sig på djur och växter. Den innebär att man inom ett strandskyddsområde inte får vidta åtgärder som *väsentligt förändrar* livsvillkoren för djur- eller växtarter. Enligt bestämmelsens tidigare lydelse omfattade förbudet att inom strandskyddsområde utföra anläggningar, anordningar eller åtgärder bl.a. om de *väsentligen försämrade* livsvillkoren för djur- eller växtarter. Vid tillämpningen visade det sig emellertid svårt att skilja den grad av försämring som gjorde förbuden tillämpliga från den grad av påverkan som innebar att en dispens inte kunde godtas på grund av bristande förenlighet med strandskyddets syften.¹² Nu handlar det i stället om åtgärder som *påverkar* strandmiljön, inte nödvändigtvis om åtgärder som försämrar den. Syftet med formuleringen är att underlätta för den enskilde att kunna avgöra om åtgärden är dispenspliktig eller inte då en *väsentlig förändring* kan vara både positiv och negativ från skyddssynpunkt. Genom formuleringen tydliggörs att det är prövningsmyndigheten som ska avgöra betydelsen av de väsentligen förändrade livsvillkoren för djur- och växtlivet och om dessa är förenliga med strandskyddets syften.¹³

Väsentlighetsrekvisitet innebär att det inte räcker med obetydliga förändringar, t.ex. att på sin tomt gräva en grop eller anlägga trädgårdsdamm av måttlig storlek, lägga upp en jordhög eller vedstapel eller röja sly i normal omfattning. Förhållandevis få normala åtgärder på befintlig tomtmark är dispenspliktiga enligt punkten fyra. Detta, enligt motiven, eftersom befintliga tomter endast mera undantagsvis utgörs av värdefulla biotoper och eftersom åtgärder på land inom förhållandevis små tomter sällan är av så ingripande slag. Dock, påpekas det, bör omskapande av tomter genom schaktning och sprängning omfattas av dispensplikt liksom att åtgärder i vatten i anslutning till en befintlig tomt oftare kan vara av det slag att de väsentligen förändrar livsvillkoren för djur och växter. Det framhålls vidare i motiven att samma åtgärd kan kräva olika bedömning beroende på om åtgärden ska företas på eller utanför en befintlig tomt. Ytterligare exempel som ges på väsentlig förändring är muddring av mjukbottenar eller vassområden, utfyllnader i vattenområden, fällning av mer än ett fåtal träd, anläggande av konstgjorda sandstränder eller våtmarker i anslutning till befintliga vattenområden, schaktning eller ledningsdragningsdragning över större ytor, sprängningsarbeten – särskilt i vattenområdet – anläggande av pirar, kajer, båtbyggor eller större badbyggor m.m.¹⁴ I M 6962-13 (dom av den 27 november 2013) fann t.ex. Mark- och miljööverdomstolen att en muddring av ca 150 m² grund mjukbotten i en östersjövik var dispenspliktig på grund av att den innebar en väsentlig förändring för växt- och djurlivet. Om en åtgärd inte inverkar på det allemansrättsliga enligt punkterna 1–3 och inte heller innebär en *väsentlig* förändring (oaktat om den är positiv eller negativ) av livsvillkoren för växter eller djur

¹¹ MÖD 2011:38.

¹² Prop. 2008/2009:119 s. 40.

¹³ Prop. 2008/09:119 s. 100 f.

¹⁴ Prop. 2008/09:119 s. 101.

så träffas den alltså inte av förbudet i 15 § och således fordras heller inte dispens.¹⁵

Av propositionen att döma förefaller det alltså vara själva handlingen i relation till var den vidtas (tomtmark eller ej) som är av betydelse. Frågan är om det spelar någon roll huruvida det finns tillgång till liknande stränder i närheten och om växt- och djurlivet just där anordningen ska läggas eller åtgärden vidtas är trivialt – eller exklusivt? Är "time-share" tillämpligt? Den enskildes nyttjande av den dispenspliktiga anordningen kanske inte sammanfaller tidsmässigt med djurlivets? Krävs utredningar eller undersökningar för att ge underlag för sådana bedömningar? Vi har inte något svar på dessa frågor (och har hittills inte ställts inför problematiken i praktiken) men menar att de är intressanta att fundera över.

En ytterligare fråga är hur skyddsområdet för växt- och djurliv förhåller sig till strandskyddszonen. I lagtexten görs ingen skillnad mellan strandskyddets syften och rimligt är därför att inte göra någon sådan skillnad när det handlar om att definiera de förbjudna åtgärderna. Emellertid kan frågan aktualiseras i själva dispensfrågan, vid prövningen av huruvida en åtgärd är förenlig med strandskyddets syften, se nedan.

¹⁵ Vissa undantag från förbudet anges i 16 §. Det handlar bl.a. om ekonomibyggnader som behövs för jordbruket, fisket, skogsbruket eller renskötseln och de för sin funktion måste finnas inom strandskyddsområdet, vissa tillståndsgivna verksamheter och byggande av allmän väg eller järnväg enligt en fastställd vägplan eller järnvägsplan. Se t.ex. MÖD 2005:35 som gällde en byggnad som Miljööverdomstolen ansåg vara avsedd och behövlig för skogsbrukets bedrivande fastighet men att byggnaden inte nödvändigtvis behövde ligga inom strandskyddsområdet. Eftersom någon undantagssituation således inte förelåg krävdes strandskyddsdispens för byggnaden. Några särskilda skäl som skulle kunna motivera en dispens från strandskyddet anfördes inte enligt Miljööverdomstolen. Dispens kunde således inte lämnas.

I motiven framhålls att strandskyddet är ett allmänt intresse som är så starkt att utgångspunkten i normalfallet är att strandskyddet har företräde framför andra allmänna eller enskilda intressen. Det finns, i det enskilda fallet, en möjlighet besluta om undantag från förbuden och det är om det finns särskilda skäl. Dessa särskilda skäl anges i 18 c § MB och utgör en uttömmande uppräkningslista:

Att det område som upphävandet eller dispensen avser

1. redan har tagits i anspråk på ett sätt som gör att det saknar betydelse för strandskyddets syften,
2. genom en väg, järnväg, bebyggelse, verksamhet eller annan exploatering är väl avskilt från området närmast strandlinjen,
3. behövs för en anläggning som för sin funktion måste ligga vid vattnet och behovet inte kan tillgodoses utanför området,
4. behövs för att utvidga en pågående verksamhet och utvidgningen inte kan genomföras utanför området,
5. behöver tas i anspråk för att tillgodose ett angeläget allmänt intresse som inte kan tillgodoses utanför området, eller
6. behöver tas i anspråk för att tillgodose ett annat mycket angeläget intresse.

I områden för landsbygdsutveckling i strandnära lägen, s.k. LIS-områden finns ytterligare omständigheter som kan beaktas som särskilda skäl.¹⁶ Det räcker emellertid inte med att särskilda skäl enligt någon av bestämmelserna föreligger. En dispens måste därtill vara förenlig med strandskyddets syften.¹⁷ Det måste alltså, trots dispensen, vara möjligt att långsiktigt trygga förutsättningarna för allemansrättslig tillgång till

¹⁶ 7 kap. 18 d § MB.

¹⁷ 7 kap. 26 § MB.

strandområden, och bevara goda livsvillkor för djur- och växtlivet på land och i vatten. Särskilda skäl medför alltså inte i sig att dispens ska ges; skälen som räknas upp är omständigheter som får beaktas vid prövningen.¹⁸

I motiven uppmärksammas att de omständigheter som räknas upp som dispensskäl har en starkare koppling till inverkan på allmänhetens tillgång till strandområden än till inverkan på livsvillkoren för djur- och växtarter. Samtidigt, påpekas det, ska det biologiska intresset väga lika tungt som det allemansrättsliga intresset vid prövningen av dispensens förenlighet med strandskyddets syften. Det innebär att om de biologiska värdena påverkas på ett oacceptabelt sätt, så ska en dispens inte ges.¹⁹ I propositionen betonas också att just strandområdena är särskilt betydelsefulla för dessa intressen samt att det måste beaktas att även om en dispens i ett enstaka fall inte synes vara till större skada så måste det uppmärksammas att dispenser på sikt, stegvis, kan leda till betydande nackdelar, sam-

¹⁸ Se prop. 2008/09:119, s. 53. Att området saknar särskilda värden för strandskyddets syften, att bara en liten del av strandskyddsområdet tas i anspråk, att området sällan eller aldrig utnyttjas av besökare, att terrängen är oländig och svårtillgänglig, att stranden är stenig, dyg eller på annat sätt olämplig för bad och friluftsliv, att åtgärden genomförs nära befintlig bebyggelse, att åtgärden utgör näringsverksamhet eller att sådana personliga skäl som sjukdom eller anknytning till platsen talar för dispens utgör således inte några självständiga dispensskäl. Däremot kan vissa av dessa synpunkter spela in när man prövar om en dispens skulle strida mot strandskyddets syften – dock knappast sökandens personliga egenskaper och bakgrund (se prop. 2008/09:119, s. 104 f samt Bengtsson, B. m.fl. (2015) Miljöbalken, En kommentar [Zeteo 1 april 2015], kommentaren till 7 kap. 18c § MB). Se även rättsfallet MÖD 2012:4 där Mark- och miljööverdomstolen konstaterade att det förhållandet att det är fråga om ett mindre vattendrag i sig inte innebär att det finns skäl för dispens, inte heller önskemål att bygga ett fritidshus, personlig anknytning till platsen eller andra bebyggda fastigheter i närheten.

¹⁹ Prop. 2008/09:119, s. 106.

mantaget.²⁰ Detta innebär att dispensutrymmet är mycket litet.²¹

Det ska även göras en avvägning mellan enskilda och allmänna intressen.²² Enligt motiven till MB handlar det om en proportionalitetsbedömning som innebär att ingripandet inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dess ändamål.²³ Det skall dock noteras att proportionalitetskravet inte har ansetts medföra en möjlighet att meddela strandskyddsdispens med stöd av andra omständigheter än de som anges i 7 kap. 18 c och 18 d §§ MB.²⁴

²⁰ Se även MÖD 2003:119 där det uttalas att strandskyddet syftar till att trygga strandområdena från bebyggelse till fromma för allmänhetens friluftsliv och för bevarandet av goda livsvillkor för djur- och växtliv samt att en grundläggande tanke med strandskyddet är att dispensgivningen skall vara restriktiv och skyddet långsiktigt.

²¹ Prop. 1997/98:45, del I, s. 321 f.

²² 7 kap. 25 § MB. Intresseavvägningen vid områdeskydd har särskilt aktualiserats av vissa avgöranden av Regeringsrätten där den s.k. *proportionalitetsprincip* som antyds i Europakonventionens artikel om egendoms- skydd (art.1 i första tilläggsprotokollet) har återopats.

²³ Prop. 1997/98:45 I s. 321. Se även t.ex. Bengtsson, B (2015) *Speciell fastighetsrätt – Miljöbalken*, Iustus, s. 183 f. När det gäller egendoms- skyddet i relation till strandskyddet, se särskilt Bengtsson, B (2009) *Om strandägarens rätt i Åhman K (red) Äganderätten: dess omfattning och begränsningar*.

²⁴ Se t.ex. MÖD 2013:37 där Mark- och miljööverdomstolen konstaterade just detta, MÖD 2003:119 MÖD 2003:119 där det konstateras att det vid tillämpningen av proportionalitetsprincipen finns skäl att ta hänsyn till den samlade effekten av en mer omfattande dispensgivning i den aktuella trakten samt MÖD 2005:35 och MÖD 2006:59 som hänvisar till propositionen. Av propositionen framgår att avsikten med strandskyddsregleringen är att bevara kvarvarande områden men inte att inkräkta på pågående markanvändning. Av detta skäl förbjuds inte uppförandet av sådana nya byggnader, anläggningar m.m. som behövs för jordbruket, fisket, skogsbruket eller renskötseln och inte tillgodoser bostadsändamål. Inte heller gäller förbuden befintliga lagenliga byggnader, anläggningar etc. Om det av naturvårdsskäl behövs några ingrepp i sådana fall får de ske med stöd av t.ex. bestämmelserna om naturreservat (prop. 1997/98:45, del I, s. 321 f.). Se dock MÖD 2008:36 där MÖD anser att en inskränkning av rätten att använda marken för uppförande av ett hus skulle gå längre än vad som krävs för att syftet med skyddet ska tillgodoses (7 kap. 25 och 26 §§

Om en dispens meddelas ska beslutet inte omfatta ett område närmast strandlinjen som behövs för att säkerställa fri passage för allmänheten och bevara goda livsvillkor för djur- och växtlivet.²⁵ Undantag gäller förvisso om detta är omöjligt med hänsyn till planerade byggnader eller anläggningars funktion. Det kan också finnas fall då det av t.ex. säkerhetsskäl inte är lämpligt att allmänheten vistas i området. Noteras bör att bestämmelsen inte kan utgöra grund för att upphäva eller ge dispens från strandskyddet; den ska tillämpas först om förutsättningarna för ett upphävande eller en dispens är uppfyllda och kan alltså *inte* legitimera ett mildare synsätt i fråga om möjligheten att t.ex. bygga nära vattnet.²⁶ Med att användningen är omöjlig menas antagligen att byggnaderna eller anläggningarna *måste* ligga vid vattnet, något som förmodligen sällan blir aktuellt i fråga om bostadshus. Dock kan det få betydelse när det gäller dispens för bryggor men eftersom inte en brygga normalt inte anses inskränka allemansrätten bör det finnas möjlighet att undanta ett område längs strandlinjen enligt paragrafen.²⁷

Vid dispens ska det alltid anges i vilken utsträckning mark får tas i anspråk som tomt eller användas för det ändamål som avses.²⁸ Det är också möjligt att med stöd av 16 kap. 2 § 2 st. MB ange villkor för dispens; t.ex. att ett staket ska sättas upp i tomtgränsen för att visa allmänhe-

ten var den får gå. När dispens ges för andra byggnader än bostadshus bör, enligt motiven, byggnaden sällan få ta i anspråk större tomt än byggnadens yta. När dispens ges för en kompletbyggnad helt inom tidigare tomt kan det räcka som tomtplatsbestämning att myndigheten förklarar att ytterligare mark inte få tas i anspråk som tomtplats med anledning av dispensen. I övrigt lär främst topografi och vegetation men även förhållandena på orten vara avgörande för bestämningen. En tomtplats för fritidshus bör, enligt propositionen, i allmänhet bestämmas till högst 2000 m.²⁹ I MÖD 2009:10 uttalade Mark- och miljööverdomstolen att villkor inte får gå längre än vad som krävs för att trygga förutsättningarna för strandskyddets syften.

Strandskyddets båda syften anses således lika viktiga att tillgodose. Sammanfattningsvis kan sägas att bedömning av djurs och växters goda livsvillkor aktualiseras på följande sätt vid prövning av strandskyddsdispenser, se *figur 1*.

Vad innebär det då att goda livsvillkor för djur- och växtliv ska bevaras? Till att börja med infinner sig frågan om vilket växt- och djurliv som omfattas av bevarandemålet. Kort sagt; för vilka arter eller för vilken typ av arter ska livsvillkoren vara goda? Måste det röra sig om skyddsvärda arter; hotade eller sällsynta? Handlar det om alla arter som för sin förekomst (överlevnad eller existens) behöver tillgång till stranden eller vattnet? Måste arten dra nytta av eller utnyttja själva stranden? Räcker det att en art bara "rårkar" finnas där? Vad händer om en åtgärd innebär en väsentlig förbättring för växter- eller djurarter men över huvud taget inte påverkar den allemansrättsliga situationen?

I rättsfallet MÖD 2004:3 handlade det om anläggande av en gång- och cykelväg. Miljööverdomstolen fann inledningsvis att anläggningen omfattades av förbudet [då den väsent-

miljöbalken) samt NJA 2008 s. 55 där Högsta domstolen konstaterar att ju starkare det allmänna intresset är, desto tyngre måste sökandens skäl vara för att det inte ska anses föreligga hinder mot den sökta åtgärden.

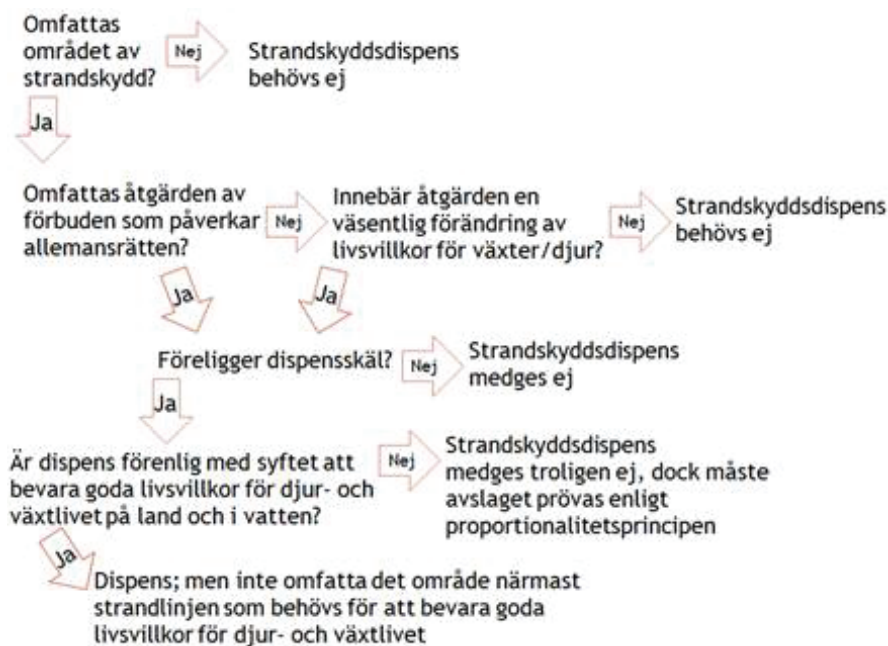
²⁵ 7 kap. 18 f § MB. Bestämmelsen gäller även vid upphävanden enligt 18 §.

²⁶ Prop. 2008/09:119, s. 76 f.

²⁷ Bengtsson, B. m.fl. (2015) Miljöbalken, En kommentar [Zeteo 1 april 2015], kommentaren till 7 kap. 18 f § MB.

²⁸ Enligt förarbetena omfattas även "vattentäckt mark", t.ex. i anslutning till en sjöbod som är anlagd över vattnet (prop. 1997/98:45 II s. 91). I MÖD 2010:14 uttalades dock att den del av den aktuella fastigheten som ska avgränsas som tomtplats inte bör utgöras av vattenområde.

²⁹ Prop. 1997/98:45 II s. 91.



Figur 1. Sammanfattande och mycket förenklat flödeschema över hur skyddet för växt- och djurliv vägs in i prövning av strandskyddsdispenser.

ligen skulle försämra livsvillkoren för djur- eller växtarter]. Detta med hänsyn till risken för negativa konsekvenser för de biologiska värden som omfattades av det ansökta projektet. Förutom strandskyddsdispens gällde målet dispens från föreskrifter för naturreservat och de negativa konsekvenser som redovisades i domskälen togs upp i samband med prövningen av dispens från reservatsföreskrifterna. Det är svårt att avgöra huruvida och, om så är fallet, i vilken utsträckning Miljööverdomstolens ställningstagande i frågan om dispens från reservatsföreskrifterna påverkade utgången i strandskyddsfrågan. Miljööverdomstolen kom fram till att särskilda skäl för dispens från reservatsföreskrifterna saknades bl.a. mot bakgrund av att domstolen menade att en avvägning mellan reservatets olika skyddsintressen måste ha gjorts i samband med att reservatet bildades och att den avvägningen inte får ändras genom att det ena intresset gynnas på bekostnad av det andra i en dispensprövning. Reservatsbeslutet angav i förordnandet att

området bör skyddas på grund av "sin betydelse för kännedomen om landets natur, för landskapsbildningen och för allmänhetens friluftsliv". Därtill innehöll beslutet bl.a. vård- och förvaltningsbestämmelser av betydelse för fågellivet. Miljööverdomstolen drog slutsatsen att projektet som dispens söktes för skulle komma att leda till ett ökat antal besökare, i synnerhet till den södra delen av området, med negativ inverkan på fågellivet, vilket bl.a. genom förekomst av den skyddsvärda fältpiplärkan förtjänade särskild hänsyn. De planerade åtgärderna skulle därmed inte komma att få en i huvudsak positiv inverkan på områdets bevarandevärden. Vidare menade Miljööverdomstolen att det saknades skäl för strandskyddsdispens och inte heller kunde projektet anses förenligt med strandskyddets syften i vad det avser bevarande av goda livsvillkor för djur- och växtliv.

I avgörandet MÖD 2011:29 konstaterade Mark- och miljööverdomstolen att med hänsyn till den långtgående fragmentering av ekosystem

som redan skett i skärgården och som kan fortsätta att ske på grund av det stora exploateringstrycket, kan även en mycket lokal försämring få långtgående konsekvenser och medföra *en väsentlig försämring* av livsmiljön. Därmed omfattades åtgärden av förbuden (då krävdes väsentlig *försämring*, idag krävs väsentlig *förändring*). Särskilda skäl förelåg enligt domstolens mening inte. Anledning saknades därmed att pröva åtgärdens förenlighet med strandskyddets syften. Naturvårdsverket, Fiskeriverket och länsstyrelsen, som i målet framhöll de höga naturvärdena i området, påpekade att brygganläggningen var placerad i en frisk vegetationsmiljö samt att den genom sin storlek och de båtar som kunde angöra denna på ett väsentligt sätt kunde försämrade livsmiljön för det befintliga växt- och djurlivet på platsen genom att tillföra ett för miljön främmande element och genom skuggning hindra solljuset att nå växtligheten på botten, särskilt blåstången. Länsstyrelsen anförde vidare att detta sett över tid medförde en betydande ackumulerad effekt på grund av att trycket på stränderna i Stockholms län är mycket stort, inte minst när det gäller anläggandet av nya bryggor. Fiskeriverket framhöll att en fragmentering av ekosystemet negativt påverkar de biologiska värdena. Fiskeriverket framhöll att en fragmentering av ekosystemet negativt påverkar de biologiska värdena. I själva förbudssteget tycks alltså allt växt- och djurliv omfattas, i alla fall då en åtgärd kan ge en betydande ackumulerad effekt och risk för fragmentering av ekosystemet. Frågan är om detta kan överföras även till steget då förenligheten med strandskyddets syften prövas.

I MÖD:s avgörande i mål M 5134-11 som handlade om att uppföra ett båthus konstaterade Mark- och miljööverdomstolen inledningsvis att båthuset var en sådan byggnad som omfattades av förbudet [att inom strandskyddsområde uppföra nya byggnader]. Härefter noterade Mark- och miljööverdomstolen att allemansrätten är

utsläckt på platsen. Det förelåg alltså dispens-skal varför Mark- och miljööverdomstolen övergick till att ta ställning till huruvida byggande av ett båthus på fastigheten var förenligt med bevarandet av goda livsvillkor för djur- och växtarter (förenligheten med strandskyddets syften). Länsstyrelsen hade i målet anført att viken där båthuset planerades uppföras bedömdes ha höga naturvärden och vara värdefull för växt- och djurliv. Bl.a. utgjorde viken ett lämpligt lekområde för abborre och gädda samt uppväxthabitat för abborre. Båthuset med dess skuggarea skulle enligt länsstyrelsen innebära ytterligare förlust av viktigt habitat. Sökanden menade att djur- och växtliv förvisso skulle komma att påverkas men hävdade att båthuset inte kommer att väsentligen försämrade livsvillkoren för djur- och växtliv. Mark- och miljööverdomstolen ansåg att uppförande av ett båthus i det nu aktuella fallet skulle få motsvarande effekt som i mål MÖD 2011:29 och att det därmed inte var förenligt med strandskyddets syfte.³⁰ Mark- och miljööverdomstolen hänvisade alltså till resonemanget som tidigare förts angående vad som träffas av förbudet (väsentligen försämrade växt- och djurliv) även beträffande strandskyddets syften (bevarandet av goda livsvillkor för djur- och växtarter).

I avgörandet MÖD 2013:22 låg det område för vilket dispens söktes för musselodling inom strandskyddat område. Inledningsvis redovisade Mark- och miljööverdomstolen tillämpliga regler, bl.a. att det av 7 kap. 15 § miljöbalken framgår att det inom ett strandskyddsområde inte får utföras anläggningar eller anordningar,

³⁰ Därefter återstod intresseavvägningen varvid Mark- och miljööverdomstolen, med hänvisning till NJA 2008 s. 55, konstaterade att sökanden kan förtöja sin båt vid befintlig brygga och att hans behov av ett båthus i den grunda viken framstår som mycket måttligt. Det enskilda intresset av ett båthus övervägde därför inte det allmänna intresset av att värna den aktuella typen av miljöer i Stockholms skärgård och dispens från strandskyddsbestämmelserna kunde inte medges.

om det hindrar eller avhåller allmänheten från att beträda område där den annars skulle ha fått färdas fritt och att åtgärder inte får vidtas som väsentligt förändrar livsvillkoren för djur- eller växtarter. Domstolen återkommer inte till varför den anser att musselodlingen träffades av förbudet men ansåg förmodligen att det var i nämnt avseende. Härefter konstaterade Mark- och miljööverdomstolen att en musselodling för sin funktion måste ligga i vattnet vilket är ett skäl för dispens enligt 7 kap. 18 c § punkten 3 MB (även om uppräkningsen i 18 c § är uttömmande och dispensreglerna ska tillämpas restriktivt saknas enligt domstolen anledning att anta att lagstiftaren avsett att skilja på anläggningar som för sitt syfte måste ligga i respektive vid vattnet). Efter viss diskussion kring alternativa lokaliseringar konstaterade domstolen att musselodling på den utom strandskyddet föreslagna platsen inte kan anses ge det skydd som odlingsplatsen torde kräva och att dispensgrunden således var tillämplig. Det återstod att pröva förenligheten med strandskyddets syften. Mark- och miljööverdomstolen konstaterade då att trots en viss negativ påverkan på det rörliga friluftslivet så är det fråga om en begränsad påverkan som varken hindrar båttrafiken i någon betydande grad eller kan förväntas avhålla allmänheten från att besöka området. Beträffande påverkan på växt- och djurlivet ansåg Mark- och miljööverdomstolen att det framgick av utredningen i målet att musselodling har en viss positiv effekt för att motverka övergödning och gjorde bedömningen att odlingen inte skulle påverka växt- och djurlivet i någon större utsträckning och i vart fall inte negativt. Strandskyddsdispens beviljades.

I det senare målet kan en eventuell lucka i dispensskälen anas, i alla fall vid en teoretisk betraktelse av lagtexten. Anta att endast punkten 4 i 15 § (åtgärder som väsentligt *förändrar* livsvillkoren för djur- eller växtarter) är tillämplig och gör att en åtgärd träffas av förbudet. Anta

vidare att åtgärden som dispens söks för inte alls påverkar den allemansrättsliga tillgängligheten utan *endast* förändrar livsvillkoren för djur- eller växtarter och gör det dessutom till det bättre (den motverkar kanske övergödning eller bidrar till bättre strand- eller bottenförhållanden). Anta vidare att någon dispensgrund inte föreligger.³¹ För att dispens ska få ges räcker det ju inte att åtgärden är förenlig med strandskyddets syften; det måste också föreligga dispensskäl enligt 18 c §. Det finns helt enkelt inte något dispensskäl som ger en ventil för åtgärder som endast är förbjudna på grund av väsentliga *positiva* förändringar för växter och djur men som inte påverkar allemansrätten och inte heller måste ligga vid vattnet. Hittills har vi inte stött på något verkligt fall som innefattar problematiken. Enklaste lösningen, om det skulle visa sig finnas behov, torde vara att införa ytterligare ett dispensskäl som tar sikte på sådana förändringar som inte är negativa för växter och djur, d.v.s. fortfarande låta avgörandet av huruvida förändringen är positiv eller negativ ligga på prövningsmyndigheten men som ett dispensskäl. En dispens måste ju därtill fortfarande vara förenlig med det allemansrättsliga syftet.

Av refererade avgöranden torde i alla fall slutsatsen kunna dras att *väsentliga försämringar* inte är förenliga med strandskyddets syfte (uttalandet i MÖD 2004:3 om att åtgärden inte skulle få en i huvudsak positiv inverkan på om-

³¹ Jfr t.ex. underinstansens bedömning i MÖD 2013:22. Mark- och miljödomstolen fann inte någon tillämplig dispensgrund då den gjorde bedömningen att verksamhetsutövaren (som har bevisbördan) inte visat att musselodling utomskärs (utanför strandskyddat område) medför sådana nackdelar att det utgör ett orealistiskt alternativ, att det i målet inte förelåg någon alternativredovisning, vare sig inom- eller utomskärs och vare sig inom eller utom strandskyddsområde. Vid sådana förhållanden och då dispenspunkten 3 enligt förarbetsuttalanden ska tillämpas med stor restriktivitet ansåg inte mark- och miljödomstolen att det visats att föreliggande behov inte kan tillgodoses utanför strandskyddsområdet.

rådets bevarandevärden har antagligen inte någon vidare bäring än för frågan om dispens från reservatsföreskrifterna). I avgörandena har det påpekats att det aktuella strandområdet hyser värdefulla arter eller miljöer som åtminstone på sikt riskerar att försvinna just för att exploateringsstrycket är särskilt stort i området. Inget av dessa avgöranden ger emellertid vägledning gällande vilken betydelse det aktuella områdets skyddsvärde eller raritet har för bedömningen. Inte heller rörande i vilken utsträckning det ska vara fråga om t.ex. ovanliga eller hotade arter eller naturmiljöer. Frågan är hur en skada för ett relativt trivialt växt- och djurliv i vanligt förekommande miljöer skulle värderas. I fråga om allmänhetens tillträde är utgångspunkten att stränder typiskt sett utgör miljöer som är hotade av ett exploateringsstryck, vilket lett till att strandens raritetsvärde sällan tillmätts (och inte ska tillmätas) någon betydelse i dispensprövning. Frågan är också om det är just den strandnära aspekten som konstituerar skyddsvärdet för växter och djur, på samma sätt som när det gäller allemansrätten. I regeringens proposition framhålls skyddsmotiv avseende såväl generella och strukturella naturvärden som stränders betydelse för att hysa särskilda och hotade naturvärden.³²

En tolkning av skyddet för växt- och djurliv som motsvarar den som gällt för det allemansrättsliga intresset och som till del ligger i linje med refererade uttalanden i förarbetena skulle innebära att det faktiskt saknar betydelse vilken specifik art eller naturtyp det handlar om. Om fokus kommer att ligga på strandområdet som ekosystem och på de arter som utgör strandområdets växt- och djurliv så skulle dessa arters skyddsvärde och hotbild få en nedtonad betydelse

för prövningen och istället möjligen komma att spela en viss roll vid tillämpningen av proportionalitetsprincipen (som emellertid inte gör det möjligt att meddela strandskyddsdispens utan dispensskäl).

När det gäller frågan huruvida en åtgärd är förenlig med strandskyddets syfte att bevara goda livsvillkor för djur- och växtlivet på land och i vatten infinnar sig frågan om inte insjöars strandzon – med ett för strandzonen specifikt växt- och djurliv samt med ”tillgänglighetsvärdet” för landlevande djur – ofta är begränsad till en betydligt smalare zon än det intresseområde som kan vara värt att bibehålla som tillgängligt för allmänheten. Frågan är vilket skydd strandskyddet är tänkt att ge åt växter och djur som mer slumpvis (oberoende av närheten till strandpräglade miljöer) råkar förekomma inom det område (+/- 100–300 meter) som avsatts för att tillgodose det rörliga friluftslivets intressen. Omvänt kan frågan ställas om det inte i vissa utpräglade kustområden skulle fordras en avsevärt bredare strandzon än 100–300 meter för att skydda det strandpräglade växt- och djurlivet. Detta kan ju gälla vissa exponerade områden kring Vätern och Vättern samt kring alla våra havskuster. Antagligen är det möjligt att göra relevanta bedömningar i dessa avseenden inom ramen för beslut om strandskyddsområdenas omfattning eller i prövningen mot strandskyddets syften.

Avslutningsvis kan konstateras att majoriteten av de frågor vi ställt i artikeln ännu är obesvarade i praxis. Beträffande det allemansrättsliga syftet finns idag en tämligen riklig praxis och vi ser med intresse fram emot vägledande avgöranden med förtydliganden även vad gäller att bevara goda livsvillkor för djur- och växtlivet på land och i vatten.

³² Prop. 1993/94:229 s 9 ff.

The role of the precautionary principle and property rights in the governance of natural resources in Sweden

Maria Pettersson and Susana Goytia

Introduction

The use of natural resources is typically governed by legal rules, which in turn are rooted in legal principles. Legal principles, as well as their interpretation and their relative importance (i.e. how much weight the principles are given in the application of the law) vary not only between but also within legal systems. This may determine that different, even contradictory outcomes are reached in seemingly comparable situations within a single legal system.

Some legal principles are overarching in the sense that they constitute the foundation of national or international legal system as a whole. For instance, the principle of free trade integrates legal systems at all levels, including national law, and across sectors (i.e. GATT, 1994; see also e.g. Schoenbaum, 1992; Copeland and Taylor, 2004; Margolis et al., 2005). Other legal principles can be said to sustain only certain areas of the law. Environmental law principles, such as the precautionary principle (measures shall be taken to prevent even potential harm) or the polluter pays principle (polluters are responsible for any damage caused by their activity), have been recognized as significant for integrating environmental issues, but are not necessarily recognized by the legal system as a whole (e.g. Lang, 1999). Rather, they may be undermined by other basic principles, such as the protection of property rights or free trade. Environmental law principles and precautionary requirements that can be attributed to these may also be limited in favour

of sectorial legislation, “thus constraining the possibility for effective environmental integration at system level” (Keskitalo and Pettersson, 2016 (in press)).

Sectors with strong traditional interests that are important from a socio-economic perspective or in terms of gross domestic product (GDP) have often been given special treatment in the sense that applicable law is adapted to the activity, rather than the other way around. In other words, the legal rules have typically come about to control the exploitation of the resource, albeit not necessarily its impacts on the environment. As a result, it can be difficult to adapt these rules to modern environmental requirements, in particular by allowing for the application of environmental principles (Keskitalo and Pettersson, 2012; 2016 (in press)). This study thus proceeds from the fact that national legislation has historically favoured economic development that for example promotes employment and increases state revenues, provided that the activities comply with specific legal requirements (Keskitalo, 2008).

For instance, the protection of private ownership in the Swedish forestry sector has traditionally been strong and has resulted in comparatively less (detailed) regulation than in other sectors. Existing practices have therefore significantly influenced the way in which for example environmental policy is implemented (e.g. Appelstrand, 2007; Forsberg, 2012). The mining sector, on the contrary, is under a significant le-

gal control, but since the primary aim of the key legislation in the area, i.e. the Minerals Act (SFS 1991:45), is to establish land use rights and facilitate exploitation, principles of precaution and environmental responsibility can prove difficult to implement (Pettersson et al., 2015). The water resources sector evidences similar traits, at least historically. In the beginning of the 20th century, limitations to private property rights in relation to water intensified in favour of the development of the hydropower industry (Vedung and Brandel, 2001). Sweden is at present investigating how the water rulings resulting from that era can be made compatible with modern environmental principles (SOU 2013:69; SOU 2014:35).

This study targets the influence of the precautionary principle on the use of natural resources in Sweden. In particular, it asks how the precautionary principle and the principle of the protection of property rights interact in legislation governing the use of minerals, forest and water in Sweden. The different sectors are used as examples of areas in which separate (and sometimes dispersed) legal frameworks need to manage multiple interests, such as environmental protection and socio-economic development.

Methods and outline

In order to explore the proposed question, it is important to first address legal principles and their interactions from a theoretical perspective. The intention here is not to engage in the ongoing debate on the nature and function of legal principles, or on whether the precautionary principle and property rights constitute legal principles, but instead to use theoretical constructs to examine the interactions among the precautionary principle and property rights as interpreted, applied and enforced in Sweden. Since Swedish law, in particular with regards to the precautionary principle, is strongly influenced by international and European Union (EU) law, it is neces-

sary to also study the development and interpretation of the principles from this perspective.

With respect to the legal analysis of the three sectors, the study builds on findings from our previous research on the role of law in relation to the sustainable use of natural resources in general and in particular, with reference to climate change adaptation needs (e.g. Keskitalo and Pettersson 2012; Bäckström 2012; Pettersson and Keskitalo 2013; Pettersson et al., 2015; Bäckström 2015; Pettersson et al., 2016; Keskitalo and Pettersson, 2016 (in press); Goytia et al., (submitted manuscript)). The analysis of the implementation and interpretation of the precautionary principle puts this research in a new light, adding a principle and system-based perspective on the different sectors.

What is a legal principle?

For the purpose of this paper, we draw on the distinction between legal rules and legal principles as proposed by Robert Alexy, which essentially consists of the following. Whereas legal rules are norms imposing exact demands that can either be complied with or not (*definite commands*), legal principles are norms that instead demand that “something be realized to the highest degree that is actually and legally possible” (*optimization commands*) (Alexy, 2000, p. 295). The obligation to realize to the greatest extent possible given *actual* possibilities is governed by principles of appropriateness and necessity, which are associated with Pareto optimality; the field of what is *legally* possible is determined by counteracting rules and principles, where a proportionality principle must be respected (Alexy, 2000).

Alexy explains that a collision of principles and a conflict of rules are resolved in fundamentally different manners. When two rules are in conflict, the solution consists on either introducing an exception clause into one of the rules, or by declaring at least one of the rules invalid. A

collision of principles does not lend itself to these kinds of solutions. Here, the problem is solved by “determining a conditional priority of one of the colliding principles over the other with respect to the circumstances of the case” (Alexy, 2000, p. 296). The priority among principles in a system is then relative, not absolute. The legal effects of the preceding principle are realized when the conditions that determine this principle to have priority over the other are fulfilled (the “*collision law*”). In the cases where one principle can only be realized at the cost of the other, the intensity of the interference in the latter must correspond to the importance of realizing the former (the “*balancing law*”).

Legal principles appear in both international and national instances. The inclusion of “general principles of law recognized by civilized nations” in article 38 of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) has been exhaustively debated (for summary see Lammers, 1980). Key points of debate relate to whether these general principles constitute a source of law independent from conventions and custom, as well as to whether it is general principles of *national law*, or of *international law*, or both, that are covered by the formulation. Within the realm of international environmental law, general principles have been characterized by Bodansky (2010) as norms that reflect fundamental propositions of law shared by legal systems around the world, and typically classified as “hard law”, in opposition to for example resolutions of international organizations and conference declarations, which are instead “soft law” or non-legal.

In the context of the EU, “general principles of law” are regarded as sources of law developed by the Court of Justice by derivation from the treaties establishing the union, from international agreements among Member States or from their national legal systems (Usher, 1998). Semmelmann (2013) explains that although the constitutional

treaties do not include a catalogue of sources of law, they do contain traces of general principles of EU law and of general principles common to the laws of the Member States, and that, beyond these, the Court of Justice of the European Union has recognized several other general principles which later on have been incorporated into the legal framework of the Union.

General principles of law have a “gap-filling” function at the international and EU instances (Lammers, 1980; Usher 1998): where legal rules do not cover the situation at hand, the judge must turn to principles in order to prevent *non liquet*. This notion has arguably been more difficult to accept in countries like Sweden, where legal realism has historically exerted significant influence. That is not to say that legal principles have not been subject of debate among Swedish legal scholars, although not always in those terms. For example, Anna Christensen’s (2000) basic normative patterns denote, by her own admission, at least in part the same phenomenon as fundamental principles.

The Precautionary Principle

In its most basic interpretation, the precautionary principle entails that when an activity poses a risk, for example threatens to harm human health or the environment, precautionary measures must be taken. On an international level, it follows from the Rio Declaration that “[w]here there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation.”¹ Thus, scientific uncertainty is not a reason to postpone action to avoid potentially serious or irreversible

¹ The precautionary principle was first recognized in 1982, in the World Charter for Nature adopted by the United Nations General Assembly, and subsequently incorporated into various environmentally related conventions.

harm to the environment. Key aspects are thus anticipation, a long-term perspective and a shift of the burden of proof to the actor. In tangible terms, i.e. in connection with specific activities, this entails an inclusive assessment of the activity, resulting in concrete requirements for precautionary measures to prevent adverse social and environmental impacts.

However, the implementation and interpretation of the precautionary principle differ substantially between different legal acts. Article 3.3 in the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) requires that the risk is 'significant' for the obligations of the convention to arise. A similar formulation is found in the ninth paragraph in the preamble to the Convention on Biological Diversity (CBD), according to which a "lack of full scientific certainty" should not be used as a reason for postponing precautionary measures. In contrast, the World Trade Organisation (WTO) Sanitary and Phytosanitary (SPS) Agreement, allows parties to the agreement to adopt precautionary measures "only to the extent necessary" for the protection of human, animal or plant life and health, and only if the measures are "based on scientific principles" and not upheld without scientific evidence (Art. 2, para. 2). It is therefore possible to speak of 'weak' respectively 'strong' versions of the precautionary principle (cf. Wirth, 2013; Ansari and Wartini, 2014), where the strong version primarily entails that the burden of proof is reversed, i.e. falls upon the person undertaking the activity or measure (Kayıkçı, 2012).

The progressive consolidation of the precautionary principle in international environmental law has translated into the EU legal framework. Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union states that the environmental policy of the EU "shall be based on the precautionary *principle* and on the principles that preventive action should be taken, that environ-

mental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay" (emphasis added). EU law does not however offer a definition of the precautionary principle, and it is consequently up to authorities and decision makers in the individual Member States to give it concrete expression, for example in the form of conditions for a permit. In general, the precautionary principle does not only apply in the environmental field, but instead covers all areas where potentially dangerous effects on for example human health are not consistent with the current level of protection.

As for the applicability of the precautionary principle, the European Commission communicates that "[r]ecourse to the precautionary principle presupposes that potentially dangerous effects deriving from a phenomenon, product or process have been identified, and that scientific evaluation does not allow the risk to be determined with sufficient certainty" (COM(2000) 1 final, p. 3). Thus, the precautionary principle may only be invoked in the event of a potential risk, not to justify arbitrary decisions. In addition, it follows from the Commission's guidelines for the interpretation and application of the precautionary principle that the general principles of risk management pertain also to the application of the precautionary principle. Therefore, any measures undertaken to adhere to the principle should be proportionate to the desired level of protection, non-discriminatory, and consistent with similar measures taken in similar situations. The assessment shall also include an examination of costs and benefits of both action and inaction, and the measures should be reviewed with regard to scientific development (COM(2000) 1 final). Of note is that for actions being taken under the precautionary principle, the burden of proof can be reversed to the effect that the operator or producer may be required to prove the absence of danger (COM(2000) 1 final). However, while

EU primary law seems to largely abide by a weak version of the precautionary principle (since the main indicator for the strong version is that the burden of proof is always reversed) secondary sources such as the EU Nature Legislation show support for a strong version of the principle (Kayikçi, 2012, see also e.g. Directive 92/43/EEC, Directive 2001/18/EC).

In Sweden, the precautionary principle is implemented in chapter 2, section 3 of the Environmental Code (1998:808):

“Anyone who pursues an activity or takes a measure, or intend to do so, shall implement protective measures, comply with restrictions and take other precautions that are necessary to prevent or hinder damage or detriment to human health or the environment (...). With the same purpose, best available technology shall be used in professional activities. [Paragraph 2] Such precautions shall be taken *as soon as there is cause to assume* that an activity or measure may cause damage or detriment to human health or the environment” (Emphasis added).

In essence, the Swedish precautionary principle includes two important aspects: the requirement to take precautionary measures to prevent harm applies already when there is a scientifically established risk thereof; and, in order to avoid the requirements, the operator must show that there is no risk (Michanek, 2007; Michanek and Zetterberg, 2012). It thus follows that the precautionary principle under Swedish law adheres to the strong version of the principle (cf. Ansari and Wartini, 2014).

The precautionary requirement is placed at the core of a number of general consideration rules, applicable to all activities and measures that may cause damage or detriment to human health or the environment. The somewhat generally formulated requirements are given concrete

content by the conditions set out in permits (and to some extent also via the Code’s supervisory functions). In this process, the environmental requirements set on the basis of the consideration rules are subjected to a reasonability assessment (Ch. 2, s. 7 Environmental Code), which aims to establish the reasonable level of protection in the particular case. The consequences of this with respect to the precautionary principle are however marginal as the applicability of the principle concerns the conditions under which precautions should be taken, not their scope or design.

Following the Code’s parallel application with other environment relevant laws – and sometimes as a result of a direct reference – the precautionary principle as well as the other consideration rules are applicable also in accordance with other laws. However, in case of a conflict of legal rules, special law takes precedence over general law (*lex specialis*), implying that for certain environmentally harmful activities, the principle is not applied. This for example applies to forestry under the Forestry Act (SFS 1979:429) and for decisions for mining concession in accordance with the Minerals Act.

The precautionary principle may furthermore be at odds with other principles, which from a resource utilisation perspective is most noticeable on national level and in relation to norms pertaining to property rights. It has been argued that applying a strong version of the precautionary principle, i.e. shifting the burden of proof, stands in conflict with the ownership of land by imposing restrictions on the use of private property (Sunstein, 2005; Hodges and Himebaugh, 2010), as well as by putting obstacles in the way of free trade and hampering the competitiveness of the global industries (Adler, 2000; for a discussion see also van den Belt, 2003).

The protection of property rights

Property rights can be defined as the bundle of entitlements that define the owner's right, privileges and limitations for the use of the resource (e.g. Sen 1981). Thus, the rights can take many forms: from exclusive authority to determine how a resource is used to systems where ownership is positively defined. Regardless of how the bundle of entitlements is composed, the essential purpose of property rights is to eliminate destructive competition for the control of economic resources; property rights are a fundamental precondition to trade on which the economic system is built (e.g. Alchian and Demsetz, 1973, Schlager and Ostrom, 1992).

To fulfil this purpose, i.e. to be *effective*, the property rights need to be well-defined and well-protected. An effective property right structure should (at least) meet the following four criteria: *universality*, which entails that all scarce resources are owned by someone; *exclusivity*, i.e. the property rights are exclusive rights and all costs and benefits thus appertain to the owner; *transferability*, i.e. the property rights are transferable from one owner to another in a voluntary exchange; and *enforceability*, i.e. that the property rights are secure from seizure or encroachment (e.g. Skogh, 2000; Mahony, 2005). Naturally, designing a legal system that adheres to these criteria is difficult, not in the least since many scarce resources can neither be individualised nor owned. In addition, property rights are continuously subject to legal restrictions, often to protect overarching interests such as the environment. Thus, the question here is rather if, and if so how, the strong version of the precautionary principle can come into conflict with the protection of property rights.

The protection of property is not included in the text of the European Convention on Human Rights as adopted in 1950, but instead in the First Protocol to the Convention, which was

opened for signature two years later. Article 1 of this Protocol reads as follows:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. [Paragraph 2] The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

When considering an alleged violation of this article, the European Court of Human Rights proceeds as follows (see Carss-Frisk, 2001 and Grgić et al., 2007). Firstly, it determines whether there exists a property right under the scope of the article; secondly, whether an interference with the property right within one of the three rules of the article (peaceful enjoyment of property, deprivation of possessions, control of the use of property) has occurred; and finally whether such an interference is justified, i.e. is lawful, serves a legitimate purpose and is proportionate.

Property rights in Sweden are *negatively defined*, implying that – in principle – the ownership entails liberty to do as one wishes with the property, with the limitations set by positive law. The right to protection of property is enshrined in chapter 2, section 15 of Swedish Instrument of Government (1974:152). Accordingly, public powers may not a) expropriate property, or b) restrict the use of land and buildings, other than when it is necessary in order to satisfy “important public interests”. What constitutes an important public interest must be determined in accordance with what is deemed acceptable from the perspective of legal certainty in a modern

and democratic society (Prop.1993/94:117; Prop. 2009/10:80). The legislative acts on the basis of which public powers may expropriate or impose restrictions to the use of private property concretize (in a more or less precise manner) the situations in which such measures are viable.

The constitutional provision moreover guarantees a right to compensation, but in this point makes a distinction between expropriation and restrictions of use of land and buildings. The person who through expropriation is compelled to surrender their property must be ensured “full compensation for their losses”. As for restrictions to the use of land and buildings, the provision ensures compensation only insofar the restrictions entail that “the ongoing land use in the area in question is substantially impaired” or result in “considerable damage in relation to the value of the area in question”. Here, compensation is determined on the basis of principles laid down in legislation; there is in other words no constitutional requirement on full compensation (Prop. 2009/10:80). Finally, the constitutional provision states that if the restrictions to the use of land and buildings are grounded on the “protection of human health or the environment or on safety reasons”, the matter of compensation is regulated entirely by law. Compensation is principally not required in these cases (Prop. 2009/10:80). Although this brief account may not reveal it, in actually, the Swedish legal rules on compensation form a complex, at times perplexing, system (see e.g. Bengtsson 2010).

The interactions between the principles in the Swedish frameworks for resource use

Before the legal frameworks for resource use can be analyzed, it is necessary to first introduce certain legal terms. A *concession* is a government issued license to conduct a certain activity, for example mining, water operations and ‘environmentally hazardous’ operations. Licensing is

consequently a way of legally controlling activities in order to *inter alia* prevent environmental damage, facilitate development and ensure that different interests are considered (e.g. Pettersson and Söderholm, 2014). The license and the licensing process, including the substantive grounds for assessment, involve elements of obligation, precision and delegation (Abbott et al., 2000).

The legal control of the extraction of mineral resources

The mining industry has had significant importance for the political and economic development in Sweden. The country is still one of the leading producers of minerals and metals in the EU and by far the biggest producer of iron ore (SGU, 2014). As a consequence, establishing who originally holds the ownership or user rights to the mineral resource has always been of importance to the legislature. Over time, three theoretical lines can be discerned: the land-ownership system, the concession system and the claims system (Bäckström, 2012). All three systems aim to balance the interest of extracting the minerals between the *landowner* (who wishes to benefit from the value of the minerals that he or she considers to be part of his or her land), the *state* (who has fiscal interests), and the *finder* (who wants to benefit from the value of the resources that he or she has put great effort into finding and without whose efforts the minerals may never have been found) (Bäckström, 2012). The main mineral legislation currently in force, the Minerals Act, can best be described as a concession system with strong elements of claim rights (Bäckström, 2012). In this system, the original property rights play a minor role; the legislature does not rely on the landowner’s efforts when it comes to the exploiting of mineral (Bengtsson, 2015).

The licensing process for mining operations is rather complicated, as it includes assessments by different authorities in accordance with sev-

eral laws and regulations. The legislative frameworks that are primarily applicable are the Minerals Act and the Environmental Code. In principle, the laws apply in parallel, but the relative strength of the sectoral legislation reduces the factual influence of the general law. From a systematic perspective, the most striking feature of the licensing process for mining activities is the partition between the assessment for exploration permit, the mining concession (including the land use assessment) and the overall environmental assessment in accordance with the Environmental Code. The main arguments for this division are the need to ensure access to land as early as possible to foster prospecting and investments, and that the environmental impacts of the activity are not known at the time for the mining concession and consequently need to be addressed at a later stage (Prop. 1997/98:90).

The current regulation results in that the assessment and determination of the environmental impacts of the activity only serve to set conditions for the operation (Prop. 1988/89:92; Prop. 1997/98:90). This is problematic from several perspectives, in particular regarding the application of the precautionary principle. Firstly, there is the problem of interpretation: while the licensing process certainly allows for the application of all relevant legal rules, the division into several laws and authorities entails that the preconditions for an integrated and holistic assessment in accordance with the objectives of the Environmental Code decrease (Pettersson et al., 2015).

Secondly, it follows from chapter 2 in the Environmental Code that the general consideration rules, including the precautionary principle, shall be considered in all matters that impact human health or the environment. Consequently, the rules apply also to exploration and exploitation for minerals. In keeping with the principle of *lex specialis*, only comparable rules in the Miner-

als Act would imply that those rules do not apply in the assessment of exploration permits or mining concessions. However, there are no such provisions in the Minerals Act. Hence, while the operator is indeed obliged to observe for example the precautionary principle, the rules are not applied in the assessment of the concession issue under the Minerals Act. It is obvious that the holistic perspective on the environment and the impacts of environmentally hazardous activities that can be invoked as a result of both the sustainability objective and the substantive rules of the Environmental Code are missing, or can be avoided, if only parts of the Code are applicable in the assessments or applied in the last stage of the licensing process.

The legal management of forest resources

Forest management plays an important role for sustainable development. On a global scale, sustainable forest management can contribute to the reduction of deforestation and biodiversity losses, as well as to climate change mitigation and adaptation (e.g. IPPC, 2014). Similar to the mining sector, the Swedish forestry sector is of considerable importance in terms of export value, and also in terms of local use (The Forest Industry, 2012). A major difference between the sectors however lies in the legal control of the use of the resource. While the mineral sector is governed by strong sectorial legislation, the forest sector is characterized by multi-level governance where the legal framework is complemented by ordinances, regulations, and two certification systems (Programme for the Endorsement of Forest Certification, PEFC, and Forest Stewardship Council, FSC), all of which influence forest practice (Keskitalo and Pettersson, 2012).

As for the design of the legislative framework, the Forestry Act has two equal goals: to protect biodiversity and to ensure long-term returns (s. 1). The intention was to implement these

goals through deregulation and increased environmental responsibility for the landowners, mainly to strengthen property rights (Bengtsson, 2015). The law furthermore regulates forest management in general, afforestation and deforestation, as well as prerequisites for such activities in certain types of areas, such as montane forest. The formal protection of forest land, for example in the form of nature reserves or habitat protection areas, is however achieved via administrative decisions in accordance with provisions in the Environmental Code and not the Forestry Act, according to which all forest land is thus considered unprotected. In terms of environmental protection of forest land, the responsibility thus rests primarily on the good will of the forest owners (Bengtsson, 2015).

For woodland overall, an important provision for considering environmental interests is section 30 of the Forestry Act, regulating the issuance of regulations on account of, for example, nature conservation interests in the management of forests. While the formulation of the provision is relatively general, specific requirements follow from the ordinance and regulations to the Forestry Act. This may include specific biodiversity protection in logging, buffer zones for protection of adjoining (water) areas as well as requirements on retention of trees and protection of dead wood. In addition, the legislative framework also holds specific requirements in respect of montane forest, hardwood forests, and measures to prevent pest outbreaks.

According to the regulations issued by the Forest Agency, damages as a result of forest management measures should be avoided or limited in relation to the species and environments that require consideration (SKSFS 2013:2, SKSFS 2011:7). While the term “prevention and restriction of damage” is explicitly intended to mean that all damages must be prevented, the demand loses some of its meaning when the next

sentence states “if possible without significantly hampering ongoing land use” (Ch. 7, s. 2 SKSFS 2011:7). Consequently, the elements of caution and preventive measures are only weakly developed in this sector. According to the preparatory works, the consideration rules of the Environmental Code, and thus the precautionary principle, are – as a rule – not applicable; in the event that two provisions are applicable to the same issue and the results of the application leads to different results, the special legislation shall apply (Prop. 1997/98:90). While the unsuitability of this has been pointed out by several authors (e.g. Forsberg, 2012; Michanek and Zetterberg, 2012), the Forest Agency has decided to join the statement included in the Government Bill (Skogsstyrelsen, n.d.).

The legal regulation of water resource exploitation

Also the water sector is of importance for Swedish economy: hydropower accounted for about 40 percent of the energy production in the country in 2014 (Statistics Sweden, 2015). Contrary to mining and forestry, the exploitation of water resources is primarily regulated within the Environmental Code. Under the concept of *water operations* fall a variety of physical measures in surface water or groundwater that have either a lucrative or defensive purpose (Ch. 11, s. 3). The undertaking of such operations principally requires a permit (Ch. 11, s. 9) issued by the Land and Environmental Court or, when it comes to land drainage, by the County Administrative Board (Ch. 11, s. 9 b). The Code’s provisions on general environmental requirements, resource management, environmental quality standards, environmental impact assessments and protection of certain areas are directly applicable in the licensing process for water operations. The Code also imposes certain specific requirement for water operations, for example that these may only be undertaken if the benefits, considering

both public and private interests, are greater than the costs and damages associated with the operation (Ch.11, s. 6).

The licensing process translates the precautionary principle into permit conditions for the construction, operation and maintenance of water operation. The preparatory works to the Environmental Code contain examples of precautionary measures in relation to water operations (Prop.1997/98:45, part 2). These include maximum or minimum water levels, water extraction limits and protection against erosion. Dams must moreover be built so that they meet safety requirements, and ditches can be localized and designed in consideration to the natural environment. The permit holder will have to satisfy permit conditions such as these and supervisory authorities may take legal action to ensure that this is the case (Ch. 26, s. 1 and 9).

The application of the precautionary principle in licensing processes for water operations that are regulated by the Environmental Code as well as its enforcement through supervision seem then rather straightforward, at least in legal terms. The problem lies instead in that the majority of water operations in Sweden are based on permits and rights originated prior to the enactment of the Environmental Code (SOU 2009:42; SOU 2013:69). The two water laws previously in force contained an obligation for the operator to take measures in order to prevent or reduce damages insofar as it did not result in unreasonable costs (Ch. 2, s. 2 Water Law (1918:523); Ch. 3 s. 7 Water Law (1983:291)). This was not meant to be applied as a permissibility requirement, but instead to adjust the scope and implementation of the operation in relation to opposing public and private interests (Strömberg, 1984). In any case, environmental and climate matters carried considerably less weight in these water laws than in the Environmental Code (Michanek and Zetterberg, 2012; SOU 2013:69; SOU 2014:35).

The question of how older permits and rights can be made compatible with the requirements of the Environmental Code has recently been addressed by the Water Operations Investigation, specifically in its 2013 partial report (SOU 2013:69). The report examines the difficulties posed by the principles on legal force of permits as codified in section 1, chapter 24 of the Environmental Code and applicable to older permits and rights in accordance with section 5 on Act (1998:811) on the introduction of the Environmental Code (regarding older rights see e.g. Olsen Lundh, 2013; Strömberg, 2014; Bengtsson et al., 2015). These provisions entail that the matters that have been assessed within a permit decision or sentence have legal force and can be opposed against third parties; therefore "(...) the permit holder who follows the conditions in the permit normally needs not worry that the authorities will demand further environmental requirements in relation to the operation on the basis of the Environmental Code, for example following the general requirements in chapter 2 (...)" (SOU 2013:69, p. 169, authors' translation).

In the system of the Code, supervisory authorities may not issue orders and prohibitions limiting the legal force of a permit (Ch. 26, s. 9, par. 3), unless these relate to urgent measures necessary to avoid illness or serious damage to the environment or, since 2014, to safety increasing measures in classified dams (Ch. 26, s. 9, par. 3). The modification of permit conditions or the imposition of new permit conditions is otherwise possible only through the restrictive permit review process. This review process moreover activates a set of compensation rules, which can only be considered exceptional in relation to the general principles on compensation in case of restrictions to the use of land and buildings (SOU 2013:59; SOU 2013:69). Consequently, the report suggests a system where holders of older permits and rights can be imposed an obligation

to seek a new permit for the operation, with a time-limited possibility for compensation. In its final report (SOU 2014:35), the Water Operations Investigation suggests further modifications to the Environmental Code's rules on water operations, including those on permit review and corresponding compensation requirements, with the explicit aim of making the system more compatible with basic environmental principles. Although the issue has generated significant controversy, authors such as Darpö (2014) have already pronounced themselves in the sense that the suggestions are not in conflict with neither the European Convention nor the Instrument of Government.

Discussion

In this paper we have presented legal rules and principles governing the use of natural resources in Sweden, focusing on mining, forestry and water exploitation. The aim was to examine the interaction between the principle of property rights, which is established and overarching, and the precautionary principle which is both debated and mainly limited to environmental issues.

Following Alexy (2000), it could be said that the application of the precautionary principle to the greatest extent as it is legally possible is determined by counteracting rules and principles, including those pertaining to property rights. The constitutional provision presupposes a counteraction between property rights and public interests, where the precautionary principle indeed could have expression. However, in the three examined sectors, the legal arrangements hinder the counterbalancing from even happening. In the forestry sector, the application of the Environmental Code has to a large extent been rejected through maintaining of sectorial legislation. In particular, section 30 in the Forestry Act has precedence over the general consideration rules in the Environmental Code. That what should

have been a conflict of principles has been made into a conflict of rules. In mining, the assessment of the environmental impacts of the activity has been placed at the latest possible stage, effectively turning the precautionary principle into a condition-setter for an already allowed activity. In the water sector, the sectorial rules have indeed been incorporated into the Environmental Code, but the possibility of applying the environmental requirements to the many existing water operations are both restricted and subject to compensation.

This state of affairs can, without much controversy, be attributed to prevailing values and interests underpinning the societal system, most notably an idea of sustainable development where a considerable emphasis is put on 'development' and much less on 'sustainable'. In the inevitable trade-off between uncertainty and caution, on the one hand, and legal certainty and economic development, on the other, the latter seems to be the ruling norm.

In the Swedish forestry sector, this is evident through the predominant use of certification schemes to secure environmental consideration, at the expense of both legal control and adequate long-term environmental considerations in terms of restrictions in use if based on a precautionary approach. In the case of mining, the economic interests embedded in this sector are so substantial that frequently pointed out anomalies resulting from the inadequate harmonization between the Minerals Act and the Environmental Code (e.g. Bäckström, 2015 Pettersson et al., 2015) are yet to be addressed by the legislator. For fear of a deteriorated investment climate, the main issue remains to secure ownership to the deposit. For water operations, the development of hydropower has played a pivotal role in the design of the sectorial rules; the progressive amalgamation with environmental rules has been – and still is – notoriously resisted (Darpö and Ebbesson, 2014).

In conclusion, the dominating principles of society will steer the trade-off with respect to how land is used, what resources are exploited and in which manner. Maintaining the legal arrangements that to a large extent are based on the economic importance attributed to the sectors, and where the rights to the resource are tied only to ownership or disposition, means upholding an order where the interest of exploiting the resources holds a much stronger position than the interests of protecting human health and the environment. Whereas in such a system risks may not be fully considered, a system guided by the precautionary principle will instead hold off, slow down or control exploitation until the consequences of the activity are better known.

Acknowledgements

The authors gratefully acknowledge funding from the MISTRA Arctic Sustainable Development programme.

References

- Abbott, K.W., Keohane, R.O., Moravcsik, A., Slaughter, A.-M. and Snidal, D. (2000). "The Concept of Legalization". *International Organisation*, Vol. 54, pp. 401–419.
- Adler, J.H. (2000). "More Sorry than Safe: Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol". *Texas Law Review. Faculty Publications*. Paper 226. Available at: <http://scholarlycommons.law.case.edu/faculty-publications/226>.
- Alchian, A.A. and Demsetz, H. (1973). "The Property Right Paradigm". *The Journal of Economic History*, Vol. 33, No. 1, pp. 16–27.
- Alexy, R. (2000). On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, pp. 294–304.
- Ansari, A.H. and Wartini, S. (2014). "Application of precautionary principle in international trade law and international environmental law. A comparative assessment". *Journal of International Trade Law and Policy*, Vol. 13, No. 1, pp. 19–43.
- Appelstrand, M. (2007). *Miljömålet i skogsbruket – styrning och frivillighet*. Doctoral dissertation, University of Lund, Media-Tryck Sociologen, Lunds universitet, Sweden.
- Bengtsson, B. (2010). *Nya ersättningsfrågor i fastighetsrätten*. SvJT 2010 s. 726.
- Bengtsson, B., Bjällås, Ulf., Rubenson, S. and Strömberg, R. (2015). *Miljöbalken [Zeteo]: en kommentar*. Version 1 April 2015 (t.o.m. supplement 14). Norstedts Juridik.
- Bengtsson, B. (2015). *Speciell fastighetsrätt – Miljöbalken*, 11:e upplaga, Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Bodansky, D. (2010). *The Art and Craft of International Environmental Law*. United States of America: Harvard University Press.
- Bäckström, L. (2012). *Rätten till mineral. En studie om befogenheter och legala inskränkningar i äganderätten till fastighetens beståndsdelar*. Licentiate Thesis, Luleå University of Technology, Universitetsstryckeriet, Luleå, Sweden.
- Bäckström, L. (2015). *Svensk gruvrätt – En rättsvetenskaplig studie rörande förutsättningarna för utvinning av mineral*. Doctoral Thesis, Luleå University of Technology, Universitetsstryckeriet, Luleå, Sweden.
- Carss-Frisk, M. (2001). *The right to property. A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe.
- Christensen, A. (2000). "Protection of Established Position, a basic normative pattern". *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 40, pp. 285–324.
- COM(2000) 1 final: Communication from the Commission of 2 February 2000 on the precautionary principle. [Not published in the Official Journal].
- Copeland, B.R. and Taylor, S. (2004). "Trade, Growth and the Environment". *Journal of Economic Literature*, Vol. XLII, pp. 7–71.
- Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

- Freedoms as amended by Protocols Nos. 11 and 14 (1950).
- Council of Europe, Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1952).
- Darpö, J. (2014). "Tradition och förnyelse på vattenrättens område. Om mötet mellan gamla tillståndsregimer och moderna miljökrav". *Nordic Environmental Law Journal*, 2014:2, pp. 101–119.
- Darpö, J. and Ebbesson, J. (2014). "Bra med moderna krav på vattenkraften". Svenska Dagbladet 2014-10-06. Available at: <http://www.svd.se/bra-med-moderna-krav-pa-vattenkraften>. [Accessed 5 April 2016].
- Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora. *OJ L 206*, 22.7.1992, p. 7–50.
- Directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council of 12 March 2001 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC – Commission Declaration. *OJ L 106*, 17.4.2001, p. 1–39.
- Forsberg, M. (2012). *Skogen som livsmiljö. En rättsvetenskaplig studie om skyddet för biologisk mångfald*. Doctoral dissertation, Uppsala University, Elanders AB, Sweden.
- GATT, General Agreement on Tariffs and Trade (1994).
- Goytia, S., Pettersson, M., Schellenberger, T., van Doorn-Hoekveld, W., and Priest, S. "Dealing with uncertainty within the regulatory frameworks for flood defense infrastructure in selected European countries". Submitted manuscript (*Ecology & Society*).
- Grgić A., Mataga Z., Longar M. and Vilfan A. (2007). *The right to property under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*. Strasbourg: Council of Europe
- Hodges, B.T. and Himebaugh, D.A. (2010). "Have Washington courts lost essential nexus to the precautionary principle? Citizens' alliance for property rights v. Sims". *Environmental Law*, Vol. 40, pp. 829–858.
- IPPC (2014). Summary for Policymakers. In: Field, C.B., Barros, V.R., Dokken, D.J., Mach, K.J., Mastrandrea, M.D., Bilir, T.E., Chatterjee, M., Ebi, K.L., Estrada, Y.O., Genova, R.C., Girma, B., Kissel, E.S., Levy, A.N., MacCracken, S., Mastrandrea, P.R. and White, L.L. (eds.). *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge and New York: Cambridge University Press, pp. 1–32.
- Kayikçi, M.S. (2012). "The Burden of Proof within the Scope of the Precautionary Principle: International and European Perspectives". Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2101613> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2101613>.
- Keskitalo, E.C.H. (2008). "Konflikter mellan rennärning och skogsbruk i Sverige". In: Sandström, C., Hovik, S. and Falleth, E.I. (eds.). *Omstridd natur. Trender och utmaningar i nordisk naturförvaltning*. Umeå: Borea, pp. 248–268.
- Keskitalo, E.C.H. and Pettersson, M. (2012). "Implementing Multi-level Governance? The Legal Basis and Implementation of the EU Water Framework Directive". *Environmental Policy and Governance*, Vol. 22, pp. 90–103.
- Keskitalo, E.C.H. and Pettersson, M. (2016). "Can adaptation to climate change at all be mainstreamed in complex multi-level governance systems? A case study of forest-relevant policies at the EU and Swedish levels". In: Leal, W., Adamson, K., Dunk, R., Azeiteiro, U.M., Illingworth, S. and Alves, F. (eds.). *Implementing Climate Change Adaptation in Cities and Communities. Integrating Strategies and Educational Approaches*. Climate Change Management Series, Springer. (In press; due: May 17, 2016).
- Lammers, J.G. (1980). "General Principles of Law recognized by Civilized Nations". In: Kalshoven, F., Kuyper, P.J. and Lammers, J.G. (eds.). *Essays in the development of the International Legal Order in memory of H.F. Van Panhuys*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.

- Lang, W. (1999). "UN-Principles and International Environmental Law". In: von Bogdandy, A. and Rüdiger, W. (eds.) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 3, pp. 157–172.
- Mahony, J.T. (2005). *Economic Foundations of Strategy*. Foundations for Organizational Science. A Sage Publication Series. SAGE Publications. Available at: <http://ecaths1.s3.amazonaws.com/fernandoserra/Livromahoney.pdf>.
- Margolis, M., Shogren, J.F. and Fisher, C. (2005). "How trade politics affect invasive species control". *Ecological Economics*, Vol. 52, pp. 305–313.
- Michanek, G. (2007). "Chapter 7. Sweden". In: de Sadeleer, N. (ed.). *Implementing the Precautionary Principle. Approaches from the Nordic Countries, EU and USA*. London: Earthscan.
- Michanek, G. and Zetterberg, C. (2012). *Den Svenska miljöretten*, 3:e upplaga. Uppsala: Iustus Förlag.
- Olsen Lundh, C. (2013). "Tvenne gånger tvenne ruttna gärdsgårdar. Om urminnes hävd och vattenkraft". *Nordisk Miljörettslig Tidskrift*, 2003:2, pp. 85–108.
- Pettersson, M. and Keskitalo E.C.H. (2013). "Adaptive capacity of legal and policy frameworks for biodiversity protection considering climate change". *Land Use Policy* Vol. 34, pp. 213–222.
- Pettersson, M. and Söderholm, P. (2014). "Industrial Pollution Control and Efficient Licensing Processes: The Case of Swedish Regulatory Design". *Sustainability*, Vol. 6, pp. 5401–5422.
- Pettersson, M., Oksanen, A., Masloboev, V., Mingaleva, T. and Petrov, V. (2015). "License to Mine: a comparison of the scope of the environmental assessment in Sweden, Finland and Russia". *Natural Resources*, Vol. 6, pp. 237–255.
- Pettersson, M., Strömberg, C. and Keskitalo, E.C.H. (2016). "Possibility to implement invasive species control in Swedish forests". *Ambio*, Vol. 45, pp. 214–222.
- Prop. 1988/89:92. *Om ny minerallagstiftning m.m.*
- Prop. 1993/94:117. *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*
- Prop. 1997/98:45. *Miljöbalk.*
- Prop. 1997/98:90. *Följdlagstiftning till miljöbalken.*
- Prop. 2009/10:80. *En reformerad grundlag.*
- Schlager, E. and Ostrom, E. (1992). "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis". *Land Economics*, Vol. 68, No. 3, pp. 249–262.
- Schoenbaum, T.J. (1992). "Free International Trade and Protection of the Environment: Irreconcilable Conflict?" *The American Journal of International Law*, Vol. 86, No. 4, pp. 700–727. Available at: <http://www.jstor.org/stable/2203788>.
- Semmelmann, C. (2013). General Principles in EU Law between a Compensatory Role and an Intrinsic Value. *European Law Journal*, Vol. 19, No. 4, pp. 457–487.
- Sen, A. (1981). *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford: Clarendon press.
- SGU, Geological Survey of Sweden (2014). Statistics of the Swedish Mining Industry 2013. Periodiska publikationer 2014. Available at: <http://resource.sgu.se/produkter/pp/pp2014-2rapport.pdf>.
- Skogh, G. (2000). "Property Rights and the Environment. A Law and Economics Approach". *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 40, pp. 483–504.
- Skogsstyrelsens (n.d.). *Miljöbalken i skogen*. [Online]. Available from: <http://www.skogsstyrelsen.se/Aga-och-bruka/Lagen/Miljobalken/>. [Accessed 05 April 2016].
- SKSFS 2013:2. Föreskrifter om ändring i Skogsstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (SKSFS 2011:7) till Skogsvårdslagen.
- SKSFS 2011:7. Skogsstyrelsens föreskrifter och allmänna råd till Skogsvårdslagen.
- SOU 2009:42, Statens offentliga utredningar: *Vattenverksamhet*.
- SOU 2013:69, Statens offentliga utredningar: *Ny tid ny prövning – förslag till ändrade vattenrättsliga regler*.

SOU 2014:35, Statens offentliga utredningar: *I vått och torrt, – förslag till ändrade vattenrättsliga regler.*

SOU 2013:59, Statens offentliga utredningar: *Erättning vid rådighetsinskränkningar.*

Statistics Sweden (2015). *Electricity supply and use 2001–2014 (GWh).* [Online]. Available at: <http://www.scb.se/en/Finding-statistics/Statistics-by-subject-area/Energy/Energy-supply-and-use/Annual-energy-statistics-electricity-gas-and-district-heating/Aktuell-Pong/6321/24270/>. [Accessed 02 December 2015].

Strömberg, R. (1984). *Vattenlagen med kommentar.* Stockholm: Liber Förlag.

Strömberg, R. (2014). "Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter". *Nordisk miljörettslig tidskrift*, 2014:2, pp. 95–99.

Sunstein, C. (2005). *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge: Cambridge University Press.

Swedish Act on the introduction of the Environmental Code, SFS 1998:811.

Swedish Environmental Code, SFS 1998:808.

Swedish Instrument of Government, SFS 1974:152.

Swedish Forestry Act, SFS 1979:429.

Swedish Minerals Act, SFS 1991:45.

Swedish Water Law, SFS 1918:523 (repealed).

Swedish Water Law, SFS 1983:291 (repealed).

The Forest Industry (2012). Facts and figures 2012, industry statistics. Available at: http://www.forestindustries.se/MediaBinaryLoader.axd?MediaArchive_FileID=06ef0008-8861-45a6-be7a-a21225c7044d&FileName=Skogsfakta_english_final.pdf. [Accessed 02 December 2015]

Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C 326*, 26.10.2012, p. 47–390.

United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC (1992).

United Nations Convention on Biological Diversity, CBD (1992).

United Nations World Charter for Nature (1982).

Usher, J.A. (1998). *General principles of EC Law*. Harlow: Longman.

van den Belt, H. (2003). "Debating the Precautionary Principle: "Guilty until Proven Innocent" or "Innocent until Proven Guilty"?" *Plant Physiology*, Vol. 132, no. 3, pp. 1122–1126.

Vedung, E. and Brandel, M. (2001). *Vattenkraften, staten och de politiska partierna*. Bokförlaget Nya Doxa.

Wirth, D. (2013). "The World Trade Organization Dispute Concerning Genetically Modified Organisms: Precaution meets International Trade Law". *Vermont Law Review*, Vol. 37, no.4 (2013), pp. 1153–1188.

WTO Sanitary and Phytosanitary Agreement (the SPS Agreement) (1995).

Om naturens skyddsvärde i miljöbalkens portalparagraf

Caroline Strömberg

Inledning

Den svenska miljöbalken inleds på följande vis: "Bestämmelserna i denna balk syftar till att främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. En sådan utveckling bygger på insikten att naturen har ett skyddsvärde och att människans rätt att förändra och bruka naturen är förenad med ett ansvar för att förvalta naturen väl."¹ Flera svenska jurister menar att de målsättningar som står utskrivna i miljöbalkens portalparagraf har och bör ha stor betydelse i rättstillämpningen.² Detta återspeglas i att man i flera av Mark- och miljööverdomstolens avgöranden har refererat till portalparagrafen och de mål som uttrycks i den.³ Det finns således anledning att försöka förstå vad som står i paragrafen, men ett sådant bemödande kompliceras av hur paragrafen är formulerad. Det förekommer ett till synes etiskt ställningstagande i portalparagrafen – att naturen har ett skyddsvärde – samt ett ställningstagande att människan har en rätt att förändra och bruka naturen. Beroende på hur dessa påståenden tolkas, kan de vara kompatibla eller inkompatibla. Det finns även andra praktiska och teoretiska problem som kan följa av olika tolkningar av dessa påståenden, vilket kommer att diskuteras i artikeln.

¹ Miljöbalk (1998:808) 1:1 första stycket, första och andra meningen.

² Bengtsson, 2001, s. 28 och 46; Michanek & Zetterberg, 2012, s. 95–96.

³ Exempelvis MÖD 2003:45, MÖD 2005:55, MÖD 2005:66, MÖD 2006:53, MÖD 2009:48, MÖD 2010:13, MÖD 2010:38 och MÖD 2010:53.

Naturens skyddsvärde

Om man försöker spåra var uttrycket "naturen har ett skyddsvärde" kommer ifrån, går det att finna i Lag (1994:900) om genetiskt modifierade organismer – en lag som numera är upphävd och inkorporerad i miljöbalken. I förarbetena till denna lag förs resonemang om etiska frågor, där genteknikberedningen i sitt betänkande uttrycker att "naturen har ett egenvärde"⁴ och att "[d]e naturliga organismerna har inneboende egenvärden, som skall respekteras"⁵. Samtidigt anser beredningen, givet vissa villkor, att "människan har rätt att ändra växter, djur och mikroorganismer för att förbättra sina levnadsbetingelser"⁶; därmed lyfts också fram att naturen kan ha ett värde för människan. Detta resonemang belyser att en distinktion kan göras mellan två olika typer av värden: *intrinsikalt* värde (eller "egenvärde"), dvs. att någonting har värde för sin egen skull, och *extrinsikalt* värde (eller "instrumentellt värde"), dvs. att någonting har värde för att det leder till att någonting annat värdefullt uppnås.⁷ Frågan om naturens värde utreds dock inte närmare i förarbetena till *Lag om genetiskt modifierade organismer*, och det påstås inte heller i själva lagtexten att naturen har ett intrinsikalt värde. Den slutliga formuleringen av lagtexten blev: "Därvid skall beaktas att naturen har ett skyddsvärde [...]"⁸.

⁴ Prop. 1993/94:198, s. 70.

⁵ Prop. 1993/94:198, s. 71.

⁶ Prop. 1993/94:198, s. 70.

⁷ Zimmerman, 2015, #2 och #6.

⁸ Lag (1994:900) om genetiskt modifierade organismer 4 § första stycket, tredje meningen.

Detta tyder på att man inte var beredd att i lagtexten explicit uttrycka att naturen har intrinsikalt värde. Givet de uttalanden som görs i betänkandet, tycks dock "skyddsvärde" ha varit avsett att innefatta att naturen har värde i sig.

Beträffande miljöbalkens portalparagraf, som har en liknande formulering som *Lag om genetiskt modifierade organismer*, är situationen liknande. Vi kan här vända oss till författningskommentarerna till miljöbalken, där följande påståenden görs: "Naturen utgör inte bara livsmiljö för människan utan har dessutom ett eget skyddsvärde."⁹, "Utgångspunkten för miljöbalkens regler är också att naturen som sådan har ett värde"¹⁰, "[...] vilket är en naturlig följd av att naturen tillerkänns ett självständigt skyddsvärde."¹¹, samt "Förutom att naturen har ett skyddsvärde som sådan är naturen och dess resurser en förutsättning för produktion och välfärd och för människans fortlevnad."¹². Dessa uttalanden – ordvalen "eget skyddsvärde", "sjlvständigt skyddsvärde" och "skyddsvärde som sådan" – tyder på att naturen tillskrivs intrinsikalt värde. Det lyfts fram att det mänskliga samhället på olika sätt är beroende av naturen, men det framgår också att man inte anser att naturen *bara* har ett skyddsvärde för människors skull, utan att den även anses ha ett eget, självständigt värde – dvs. ett intrinsikalt värde. Det ovan presenterade tyder på att man avser att tillskriva naturen både extrinsikalt och intrinsikalt värde genom att använda termen "skyddsvärde" i miljöbalkens portalparagraf.¹³ Om det ändå är

rimligt att tolka paragrafen på detta sätt, i enlighet med förarbetsuttalandena, kommer att diskuteras i slutet av artikeln.

Metod för lagtolkning

Intrinsikalt värde är ett filosofiskt begrepp, som här har använts utan närmare förklaring av dess implikationer. Det framgår inte i miljöbalken, dess förarbeten eller praxis varför naturen ska antas ha ett sådant värde, eller vad ett sådant värde har för konsekvenser, vilket förstås blir problematiskt när lagen ska tolkas och tillämpas.¹⁴ De traditionella rättskällorna ger inte tillräckliga svar, och man kan då fråga sig om *etik*, eller närmare bestämt, etiska teorier, är verktyg som kan användas vid en tolkning av sådana här ofta oklara uttryck av moralisk karaktär, när dessa förekommer i lagen direkt eller indirekt.¹⁵ Etiska teorier *kan* nämligen ge svar på vad naturens skyddsvärde (i termer av intrinsikalt värde) har för implikationer. Men är en sådan metod förenlig med en rättspositivistisk hållning om rättens natur?

Det står tämligen klart att metoden är förenlig med en naturrättslig hållning, ty lagen är enligt naturrätten beroende av moral för att över huvud taget kvalificera som lag.¹⁶ Likaså måste metoden vara samstämmig med exempelvis Ronald Dworkins idé att det bakom lagregler finns underliggande principer som ger vägledning om lagreglers innebörd.¹⁷ Enligt rättspositivismen är lagens existens dock beroende av *sociala* fakta,

⁹ Prop. 1997/98:45 II, s. 7.

¹⁰ Prop. 1997/98:45 II, s. 8.

¹¹ Prop. 1997/98:45 II, s. 9.

¹² Prop. 1997/98:45 II, s. 9.

¹³ Denna syn på hållbar utveckling tycks således bygga på tanken att naturen har intrinsikalt värde, vilket är intressant att jämföra med t.ex. FN:s definition av hållbar utveckling (se Förenta Nationerna, 1987), som har kritiserats för att sätta endast människan och inte naturen i centrum (se vidare Andersson, 2011, s. 141). För övrigt:

När det i fortsättningen talas om att det i miljöbalkens portalparagraf *antas*, *står* eller *påstås* (eller liknande) att naturen har intrinsikalt värde, menas att så är fallet enligt den tolkning som gjorts i denna artikel.

¹⁴ Jfr Agell, 1987, s. 57, om när det inte finns någon klar teoribildning i lagstiftning eller rättspraxis.

¹⁵ Andra exempel på till termer som tycks uttrycka något filosofiskt är ord som "skäligt" och "rimligt", när det inte ges någon precisering av dessa i t.ex. förarbeten.

¹⁶ Spaak, 2007, s. 30.

¹⁷ Dworkin, 1986, s. 255–256.

inte av *moraliska* sådana.¹⁸ Exempelvis menar rättspositivisten Herbert Hart att lagens existens är beroende av det sociala faktumet att ett system av regler har blivit accepterat.¹⁹ Hart, som är s.k. "mjuk" rättspositivist, accepterar dock att moral *kan* vara en del av lagen givet att detta medges av den s.k. "igenkänningsregeln", en accepterad regel som pekar ut vad som är juridiskt bindande.²⁰ Att Sveriges "igenkänningsregel" pekar ut miljöbalken råder det knappast något tvivel om, och en mjuk positivist skulle kunna hävda att lagstiftaren i det aktuella fallet, genom att använda sig av ordet "skyddsvärde" och i förarbeten ange att med detta avses bl.a. intrinsikalt värde, har fört in moral i lagen. Om den mjuka positivisten har rätt, torde det vara tillåtet, och kanske rentav nödvändigt, att använda moraliskt resonemang (t.ex. med stöd i etiska teorier) för att ta reda på vad detta skyddsvärde har för implikationer.

En s.k. "hård" rättspositivist som Joseph Raz menar till skillnad från de mjuka rättspositivisterna att moral inte kan föras in i lag, och att även om det i lagtext förekommer uttryck som är oklara och till synes moraliska, har de ingen innebörd förrän någon juridisk auktoritet har avgjort vad innehållet ska vara.²¹ Rör det sig om ett fall där innehållet inte ännu bestämts (ett fall där "the law is unsettled"²²) kan således lagens innehåll inte direkt förstås genom användande av etik, utan en domare måste slå fast innehållet. Domaren behöver dock någon metod för att slå fast innehållet, och att då åtminstone delvis föra moraliska resonemang lyfter Raz själv upp som en tänkbar och "naturlig" metod för att bestämma lagens innehåll, när andra rättskällor inte ger vägledning.²³

I det aktuella fallet har förarbeten visat sig inte ge tillräcklig vägledning, utöver att precisera "skyddsvärde" till att avse både extrinsikalt och intrinsikalt värde. Även om en domare kan utgå från dessa preciseringar, behöver domaren (enligt hård rättspositivism) avgöra vad som ska *följa* av att naturen har ett extrinsikalt och intrinsikalt värde – vad implikationerna av dessa värden ska vara enligt lagen. Etiska teorier som erbjuder svar på dessa frågor skulle här kunna vara till hjälp, men är det rimligt att vända sig till dessa? Metoden kan jämföras med en annan tänkbar metod: att studera det allmänna språkbruket, dvs. att undersöka vilka implikationer som vanligtvis *brukar* avses när det talas om naturens skyddsvärde, eller mer precist det egenvärde som omnämns i förarbetena. Om det hade funnits ett tydligt resultat av en sådan undersökning skulle en tolkning i enlighet med det allmänna språkbruket kunna ge ett rättssäkert (i meningens förutsebart) resultat.²⁴ Antagligen talas det dock om intrinsikalt värde (eller egenvärde, eller att något har "värde i sig"), i den mån sådana uttryck alls används av lekmän, på många olika och inte alltid helt genomtänkta sätt. Vid lagtolkningen behövs en metod som ger ett rimligt (i meningens välgrundat och konsistent) svar, och här kan det argumenteras för att vi bör, åtminstone som en utfyllnad, studera etiska teorier, som utarbetats över lång tid av moralfilosofer, utstått kritik och genomgått bearbetning. Slutsatsen blir att både en hård och mjuk rättspositivistisk syn på rättens natur kan vara förenlig med metoden att använda etiska teorier för att tolka lagen i det fall som nu studeras.

Implikationer av intrinsikalt värde

Nedan ska således redogöras för hur etablerade miljöetiska teorier som antar att naturen har intrinsikalt värde beskriver implikationerna av

¹⁸ Murphy, 2009, s. 25.

¹⁹ Murphy, 2009, s. 29.

²⁰ Hart, 2012, s. 100; Murphy, 2009, s. 29 och 33–34.

²¹ Murphy, 2009, s. 35.

²² Raz, 2009, s. 49.

²³ Raz, 2009, s. 50.

²⁴ Wahlberg, 2010, s. 50.

detta värde. De utvalda teorierna är *deontologisk miljöetik* samt *djupekologi*. *Utilitarismen*, enligt vilken en handling är riktig om och endast om det inte finns någon alternativ handling som leder till mer nytta totalt sett, i form av t.ex. lycka eller preferenstillfredsställelse,²⁵ kommer att utelämnas av flera anledningar. Utilitaristiska teorier tar till att börja med endast hänsyn till (i bästa fall alla) förnimmande varelser.²⁶ Detta skulle i och för sig vara förenligt med påståendet att *vissa saker i naturen har intrinsikalt värde*, men ett annat problem återstår: enligt utilitarismen är det inte *själva varelsen* som känner t.ex. lycka eller får sina preferenser tillfredsställda som tillskrivs intrinsikalt värde, utan *att lycka upplevs, preferenser uppfylls etc.*²⁷ Centrala delar av utilitarismen är således oförenliga med tanken att naturen, eller vissa ting i naturen, skulle ha ett värde i sig. Man kan förvisso utilitaristiskt motivera att vi bör betrakta eller behandla naturen *som om* den har intrinsikalt värde (för att detta innebär nytto-maximering), men då är vi återigen tillbaka till frågan: vad har detta värde för implikationer?

Inom den deontologiska miljöetiska traditionen kan man skilja mellan *individualistiska* (även kallade "biocentriska") respektive *holistiska* (även kallade "ekocentriska") teorier.²⁸ Individualistiska teorier tillskriver individuella ting, såsom specifika djur eller plantor, intrinsikalt värde.²⁹ Tom Regan menar att det intrinsikala värdet hos djur ger upphov till en plikt att skydda och avstå från att skada dem, och inte bara behandla dem som medel för andra mål.³⁰ På ett liknande sätt menar Paul Taylor att det intrinsikala värdet hos varje levande ting (alltifrån djur till mikroorganismer) gör att dessa förtjänar moralisk respekt,

och att vi har en *prima facie*-plikt att bevara eller verka för deras väl, såsom självändamål.³¹ Holistiska teorier utgår å andra sidan från att helheter, såsom ekosystem eller biosfären, har intrinsikalt värde.³² Som exempel kan Eric Katz nämnas som menar att naturen som helhet, som ett autonomt subjekt, förtjänar moralisk respekt och inte ska behandlas uteslutande som medel för människans mål.³³ Dessa idéer tycks vara förlängningar av Immanuel Kants pliktetik, till att omfatta inte bara mänskligheten, utan även naturen. Kant m.fl. förespråkar att vi handlar rätt om och endast om handlingen sker i enlighet med vissa *plikter* gentemot andra och oss själva.³⁴ En av de tankar som brukar anses ligga bakom plikt-etiken är Kants formulering "Handla så att du aldrig behandlar mänskligheten [...] bara som ett medel utan alltid tillika som ett ändamål"³⁵. Om vi tänker oss att det finns plikter också gentemot naturen, kan vi således få miljöetiska versioner av Kants teori.

Djupekologer har hävdad att allt i biosfären har lika rätt att leva och blomstra.³⁶ Detta ska förstås som att människan ska leva med *minimal* påverkan på andra arter och på jorden i allmänhet, men att vår påverkan är acceptabel i den utsträckning som vi tillgodoser våra *grundläggande behov*.³⁷ Detta gäller inte bara människan, utan alla arter.³⁸ Hur vi ska leva våra liv med utgångspunkt i denna teori beror givetvis på hur "grundläggande behov" ska förstås. Vilka behov räknas? Räknas t.ex. behovet av att känna sig glad? När kan dessa behov anses tillgodosedda, och vilka medel är tillåtna för att uppfylla dem? Även utan att ha besvarat dessa frågor tycks

²⁵ Tännsjö, 2000, s. 26; Backman et al., 2012, s. 161.

²⁶ Tännsjö, 2000, s. 123.

²⁷ Regan, 1989, s. 109.

²⁸ Brennan & Lo, 2015, #4.

²⁹ Brennan & Lo, 2015, #4.

³⁰ Regan, 1989, s. 112–113.

³¹ Taylor, 1981, s. 201.

³² Brennan & Lo, 2015, #4.

³³ Brennan & Lo, 2015, #4.

³⁴ Tännsjö, 2000, s. 60.

³⁵ Kant, 1997, s. 55.

³⁶ Näess, 1973, s. 96; Devall & Sessions, 1985, s. 67.

³⁷ Devall & Sessions, 1985, s. 67 och 70.

³⁸ Devall & Sessions, 1985, s. 67.

det rimligt att anta att djupekologins ställningstaganden har långtgående konsekvenser, och att många i dagens svenska samhälle skulle behöva förändra sina liv för att leva i enlighet med lagen, om det med naturens "skyddsvärde" skulle åsyftas något liknande det djupekologin hävdar.

Människans rätt

Utöver påståendet om naturens skyddsvärde, uttrycker miljöbalkens portalparagraf att människan har en *rätt* att förändra och bruka naturen. Är en sådan rätt förenlig med naturens skyddsvärde i enlighet med de ovan beskrivna etiska teorierna, vilka anger begränsningar av vad människor får göra med naturen? Till att börja med kan det vara intressant att försöka ta reda på vad som avses i lagen med denna rätt.

I propositionen till miljöbalken diskuteras inte om människan har en rätt att förändra och bruka naturen, utan det tas för givet att människan har en sådan rätt. Det beskrivs inte närmare i propositionen till miljöbalken vad rätten omfattar, med ett undantag: i fråga om genteknik menar man att vad rätten omfattar i specifika fall ska avgöras genom ett etiskt övervägande, och som exempel på faktorer i övervägandet nämns att människan bör förhindra allvarliga störningar i de ekologiska systemen, och att genteknisk verksamhet inte får ge upphov till onödigt lidande hos djur.³⁹ Detta gäller dock endast genteknik specifikt, och mer vägledning ges inte i miljöbalkens proposition, utöver att det nämns att formuleringen om människans rätt (liksom formuleringen om naturens skyddsvärde) är hämtad från *Lag om genetiskt modifierade organismer* 4 § första stycket, tredje meningen. I propositionen till denna lag sägs att "Människan har rätt att förändra och bruka naturen, men samtidigt är det hennes ansvar att förhindra allvarliga rubbningar i de ekologiska systemen. Männis-

skans rätt är kopplad till ett moraliskt ansvar."⁴⁰ Här talar man således om en begränsning av rätten, men mer ingående beskrivningar om rättens innebörd och begränsningar ges inte. Det beskrivs inte heller varifrån idén om denna rätt härstammar – men den går att känna igen från andra håll. Ett möjligtvis liknande tankesätt i fråga om rätten att använda naturen återfinns i den internationella miljörättsliga principen om stater suveränitet över sina egna naturresurser, vilken bl.a. uttrycks FN:s s.k. "Riodeklaration" från 1992. Av principen följer att stater får, med de begränsningar som följer av internationell rätt, bedriva vilka verksamheter som helst inom det egna territoriet – även verksamheter som påverkar staternas (men inte andra staters) miljö negativt.⁴¹ Vidare kan man relatera rätten att förändra och bruka naturen till äganderätten och synsättet att ägaren till en fastighet har rätt att bruka fastigheten för att tillgodose sina intressen – vilket dock miljöbalken, i och med målsättningarna i portalparagrafen (men även andra delar), tar avstånd ifrån.⁴²

Eftersom ingen av ovan nämnda eller andra särskilda bakomliggande idéer nämns i propositionen till miljöbalken i fråga om människans rätt att förändra och bruka naturen, och rättens närmare innebörd inte diskuteras, verkar det dock rimligast att tro att det i miljöbalken helt enkelt bara antas att det finns en sådan rätt. Kanske är det så som en följd av hur man åtminstone i västvärlden traditionellt har sett på människans relation till naturen, där den dominerande idén – som går att härleda till såväl de filosofier som religiösa åskådningar som haft störst genomslag i väst – varit att människan härskar över naturen.⁴³ Skapelseberättelsen talar om att människan

⁴⁰ Prop 1993/94:198, s. 45.

⁴¹ Sands, 1995, s. 187.

⁴² Jfr Michanek & Zetterberg, 2012, s. 93.

⁴³ Singer, 2011, s. 241; Katz, 1991, s. 95.

³⁹ Prop 1997/98:45 II, s. 159.

dominerar över jorden,⁴⁴ och Aristoteles menade att naturen har skapat alla djur och växter för att uppfylla människans behov.⁴⁵ Även om det finns undantag från detta synsätt, har västerländsk tradition inneburit ett antropocentriskt (människocentrerat) synsätt på vad som är värdefullt.⁴⁶ Att ett sådant synsätt utan vidare diskussion framkommer i miljöbalken är därför föga överraskande, men genom att portalparagrafen också talar om naturens skyddsvärde, tycks synsättet bli mer nyanserat. Att ett ställningstagande görs om naturens skyddsvärde måste rimligen betyda att det är avsett att hänsyn (åtminstone i någon mån) ska tas till värdet.

Diskussion

Stark eller svag rätt? Intrinsikalt eller extrinsikalt värde?

Vid en tolkning av portalparagrafen som medför att människans rätt och naturens värde är två förenliga koncept, kan det diskuteras om det är människans rätt som ska förstås som svag, eller om det är naturens skyddsvärde som ska förstås som litet. Ett till naturen tillskrivet skyddsvärde torde medföra att rätten att förändra och bruka naturen inte kan innebära att vilka handlingar som helst, som skadar naturen, är tillåtna. Om "skyddsvärde" är avsett att innefatta intrinsikalt värde, och miljöbalkens portalparagraf ska vara fri från motsägelser, kan sådana handlingar som kränker naturens intrinsikala värde inte ingå i människans rätt att bruka naturen. Påståendet om människans rätt att bruka naturen skulle därför kunna antas handla om en tämligen svag rätt, för att det ska vara förenligt med påståendet om naturens skyddsvärde. En sådan tolkning tycks dock inte vara i linje med övriga delar av miljöbalken. Andra delar av balken stadgar förvisso

många olika begränsningar för vårt handlande, med avseende på sådant som skadar naturen. Dessa begränsningar, eller konsekvenserna av dem, är dock antagligen inte tillräckligt starka för att uppfylla de krav som ställs av varken deontologisk miljöetik eller djupekologi, vilket talar för att rätten att förändra och bruka naturen skulle kunna betraktas som relativt stark.

Om människans rätt ska betraktas som stark, måste det "skyddsvärde" som naturen tillskrivs innebära någonting svagare än att naturen har värde i sig (t.ex. att den endast har extrinsikalt värde), för att ställningstagandena om naturens värde och människans rätt att bruka naturen ska kunna vara förenliga. Som visats ovan, indikerar dock flera uttalanden i förarbetena till miljöbalken att man med "skyddsvärde" avsett bl.a. intrinsikalt värde. Man kan då diskutera om en tolkning av "naturen har ett skyddsvärde" (som måste sägas vara ett oklart laguttalande) i miljöbalkens portalparagraf bör göras i enlighet med vad som uttalas i propositionen till miljöbalken, eller om uttrycket bör tolkas på ett sätt som gör portalparagrafen konsistent. Intressant i sammanhanget är att Bertil Bengtsson har menat att ett avgörande av målens räckvidd inte bör utgå från motivuttalandena, som t.o.m. kan ha "på grund av något förbiseende stått kvar från en äldre skrivning i brådskan när sista versionen av motiven utformades."⁴⁷ Även om förarbeten traditionellt används som hjälpmedel vid lagtolkning i Sverige, skriver Bengtsson att "man får räkna med att en domstol som har tid att fundera på saken ser kritiskt på [förarbets-] uttalanden som på något sätt ter sig mindre väl övervägda."⁴⁸

⁴⁴ Singer, 2011, s. 239.

⁴⁵ Singer, 2011, s. 241.

⁴⁶ Devall & Sessions, 1985, s. 90.

⁴⁷ Bengtsson, 2001, s. 26.

⁴⁸ Bengtsson, 2001, s. 41.

Ett starkt skyddsvärde

Givet en tolkning där naturens skyddsvärde tolkas som starkt (i enlighet med förarbetet) och människans rätt därmed måste tolkas som svag (för att portalparagrafen inte ska innehålla motsägelser), kan det verka uppstå en konflikt mellan portalparagrafen och övriga delar av miljöbalken. Konflikten skulle i så fall bestå i att det i portalparagrafen uttrycks att naturen har ett visst värde och att vi människor endast har en svag rätt att bruka naturen, samtidigt som det i övriga balken medges att människor får utföra handlingar som kränker detta värde.⁴⁹ En sådan situation behöver dock inte vara problematisk, eftersom portalparagrafen anger vad bestämmelserna i balken *syftar* till – de uttrycker ett mål för balken, och mål behöver inte alltid uppnås. Målsättningarna har ansetts böra utgöra stöd för t.ex. ett försiktighetstänkande vid tolkning av balkens andra regler då dessa ger tolkningsutrymmen.⁵⁰ Det har även föreslagits att målsättningarna inte behöver vara utslagsgivande för varje enskilt beslut, utan att summan av besluten ska ha ett visst resultat, för att målen ska anses uppnådda.⁵¹ Det har vidare sagts att målen inte kan "utgöra ett hinder om lagtexten i en annan regel i ett visst fall, uttryckligen och otvetydigt, skulle tillåta ett förfarande som kan anses motverka en hållbar utveckling"⁵². Att tillåta sådana avsteg från måluppfyllelse skulle därmed kunna vara i enlighet med en medvetet uttänkt systematik.

Man kan dock fråga sig vad poängen är med att stadga att naturen har ett skyddsvärde som innefattar intrinsikalt värde, om det (åtminstone i vissa fall) "bara" är ett moraliskt ställnings-

tagande, utan någon egentlig tyngd.⁵³ Det finns givetvis flera argument för att ha ett sådant stadgande, baserade på de positiva konsekvenserna av det. Ett argument, som utgår från att stadgandet ändå har viss tyngd, är att stadgandet kan leda till möjligheten att i vissa lägen faktiskt genomdriva t.ex. ett större försiktighetstänkande, än om naturen inte hade tillskrivits ett värde i sig.⁵⁴ Det kan dock ifrågasättas om naturen behöver tillskrivas intrinsikalt värde för att detta försiktighetstänkande ska kunna uppnås, t.ex. genom att hävda att en hänvisning till naturens extrinsikala värde skulle kunna vara en tillräcklig grund för att motivera att naturen skyddas. Det har exempelvis argumenterats för att så blir fallet om man beaktar att extrinsikalt värde inte endast bör mätas monetärt, utan att man även bör tala om estetiska, kulturella, vetenskapliga och andra extrinsikala värden.⁵⁵ Sådana värden lyfts också ofta fram i olika sammanhang; här kan nämnas preambeln till FN:s Konvention om biologisk mångfald (ratificerad av Sverige 1993), där det både uttrycks att biologisk mångfald har intrinsikalt värde men även anges en lång lista med extrinsikala värden ("ecological, genetic, social, economic, scientific, educational, cultural, recreational and aesthetic values"⁵⁶). Om sådana typer av värden ska kunna bevaras (för människans skull), måste naturen få ett starkt skydd.⁵⁷

En tänkbar invändning mot att extrinsikalt värde är tillräckligt för att skydda naturen är att detta skydd inte är garanterat, eftersom det endast finns i kraft av att människan ska beskydd-

⁴⁹ Jfr Bengtsson, 2001, s. 30.

⁵⁰ Bengtsson, 2001, s. 28; Michanek & Zetterberg, 2012, s. 95.

⁵¹ Bengtsson, 2001, s. 46.

⁵² Michanek & Zetterberg, 2012, s. 96.

⁵³ Jfr Bengtsson, 2001, s. 47: "Vad som [...] sägs om den insikt som hållbar utveckling bygger på har knappast någon betydelse för MB:s tolkning; att naturen har ett skyddsvärde och människan ett förvaltaransvar ger inte stor ledning för konkreta beslut vid sidan av övriga regler i balken."

⁵⁴ Murphy, 2009, s. 107.

⁵⁵ Justus et al., 2009, s. 190.

⁵⁶ Convention on Biological Diversity, preambeln.

⁵⁷ Singer, 2011, s. 241. Jfr Westerlund, 1997, s. 171.

das, och att man därför också behöver lyfta fram det intrinsikala värdet för att ha rättsligt stöd för att skydda naturen i fall där människor inte har någon nytta av den.⁵⁸ Betydelsen av ett skydd grundat i naturens intrinsikala värde kommer dock minska om det i praktiken kommer att göras avsteg från målsättningarna i portalparagrafen. Även då kan det dock finnas skäl att där stadga att naturen har ett skyddsvärde som innefattar intrinsikalt värde. Ett argument är att man kan vilja föra in moraliska uppfattningar i lagstiftningen för att påverka människors uppfattningar och beteenden i en särskild riktning, och i förlängningen påverka samhället i vad man tror ska vara en positiv riktning.⁵⁹ Kanske finns förhoppningen att det moraliska ställningstagandet med tiden ska få mer genomslag, även om det går att förutsäga att stadgandet inte kommer att efterlevas i särskilt stor utsträckning till en början. En annan förhoppning i linje med detta resonemang skulle i så fall kunna vara att de delar av miljöbalken (och eventuellt även andra lagar) som strider mot dessa mål med tiden ska ändras för att skydda naturen mer – och kanske går utvecklingen också åt detta håll.⁶⁰

Problem med intrinsikalt värde

De positiva konsekvenserna av att stadga att naturen har ett skyddsvärde som innefattar intrinsikalt värde behöver förstås vägas mot negativa konsekvenser av ett sådant stadgande. En potentiellt relevant fråga är om det över huvud taget *stämmer* att naturen har intrinsikalt värde. Om det finns värdefakta (vilket det gör enligt t.ex. värderealismen)⁶¹, och det inte stämmer att naturen har värde i sig, bör det kanske inte uttryckas ett sådant värde i lagen. Det finns som ovan presenterats argument för att naturen *har* intrinsi-

kalt värde; exempelvis har det argumenterats för detta i termer av "själv-realiserande system", där inte bara medvetna levande organismer anses inkludera utan även t.ex. träd, arter och ekosystem, och det har hävdats att det faktum att dessa system strävar efter att upprätthålla och bevara sig själva leder till att de har intrinsikalt värde.⁶² Moralfilosofen Peter Singer har dock invänt mot detta synsätt genom att säga att bara för att något *beter* sig som om det vill upprätthålla sig självt, betyder det inte att det faktiskt *har* ett intresse av eller en strävan att göra det.⁶³ Skulle det gå att konstatera att en varelse faktiskt har ett sådant intresse, skulle en utilitarist, som tidigare beskrivits, ändå inte tillskriva varelsen *i sig* intrinsikalt värde.⁶⁴ Antagandet att naturen har ett värde i sig är således kontroversiellt – kanske är det rentav felaktigt. Att ett sådant antagande ändå görs i lag (givet tolkningen utifrån propositionen), antyder hur politiskt laddad portalparagrafen är.⁶⁵ Kanske bör vi av denna anledning, i linje med Bengtssons ovan presenterade kritik, inte följa de uttalanden som görs i författningskommentaren till miljöbalken, utan betrakta ordet "skyddsvärde" som att det endast avser ett extrinsikalt värde. En möjlig invändning vore att hävda att

⁶² Singer, 2011, s. 253. Notera att synsättet säger "Om man har en strävan efter att upprätthålla sig själv, så har man intrinsikalt värde", vilket uttrycker ett konditionalt påstående, inte ett bikonditionalt. Av detta följer således inte logiskt att man inte har intrinsikalt värde om man inte strävar efter att upprätthålla sig själv, för man skulle kunna ha intrinsikalt värde av andra orsaker – t.ex. för att man är en kännande, eller potentiellt kännande, varelse.

⁶³ Singer, 2011, s. 253.

⁶⁴ Regan, 1989, s. 109.

⁶⁵ Jfr Bengtsson, 2001, s. 16 och 32, samt Lagrådets yttrande om förslaget till MB 1:1 i Prop 1997/98:45 II, s. 450, där det bl.a. sägs: "Den [målsättningsparagrafen] har konstruerats så, att den som mål för lagverket, miljöbalken, beskriver några huvudpunkter i vad som eftersträvas i miljöpolitiken. Det är således fråga om en programförklaring byggd på vissa grundläggande värderingar och den kan sägas återspegla en högt ställd ambitionsnivå för samhällets ansträngningar."

⁵⁸ Murphy, 2009, s. 107.

⁵⁹ Murphy, 2009, s. 99; jfr Bengtsson, 2001, s. 30.

⁶⁰ Jfr Bengtsson, 2001, s. 26 och 44–45.

⁶¹ Bergström, 1992, s. 73; Railton, 1986, s. 165.

vi inte är bundna att lagstifta och tolka lagen i enlighet med *sanningen* (om en sådan finns), utan att vi styrs av andra mål, t.ex. att sträva efter positiva konsekvenser, ett gott samhälle, eller att följa majoritetens vilja. En situation där både sådana typer av mål uppnås och man slipper motsägelser och filosofiskt problematiska antaganden i portalparagrafen skulle dock kunna sägas vara mer önskvärd.

Exempel på en mindre kontroversiell formulering i paragrafens första stycke skulle kunna vara att i stället för att stadga att naturen *har* ett visst värde, stadga att naturen ska skyddas *som om den hade ett intrinsikalt värde* (i fall där inte någon högre prioriterad lag tillåter starkare utnyttjande av naturen). Detta kan vara motiverat om man tror att ett skyddande av naturen i nästan alla fall är extrinsikalt värdefullt samtidigt som man tror att det är svårt att visa på detta värde i enskilda fall. Ett problem som dock skulle kvarstå med en sådan formulering är att implikationerna av det intrinsikala värdet fortfarande skulle vara oklara. Deontologisk miljöetik och djupekologi, som presenterats i denna artikel, ger vissa svar, men är dessa teorier rimliga, och är svaren tillräckligt konkreta? Svårigheterna att avgöra vad implikationerna av värdet är, ger i sin tur svårigheter att ha en tydlig lag som ger handlingsvägledning, när uttryck som "intrinsikalt värde" används direkt i lagtexten eller vid tolkning av lagen utifrån förarbetsuttalanden. Kanske det i teorin skulle vara möjligt att hitta godtagbara och precisa beskrivningar av implikationerna, och då skulle detta inte vara något problem. Tills sådana har hittats och slagits fast, kvarstår dock bristerna i handlingsvägledning.

Referenslista

Agell, A. (1997). Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap. I Å. Frändberg, U. Göransson & T. Håstad (red.), *Festskrift till Stig Strömholm*. Uppsala: Iustus Förlag.

Andersson, K. (2011). *Naturens värde och hållbar utveckling*. Falun: Nya Doxa.

Backman, Y., Gardelli, T., Gardelli, V. & Persson, A. (2012). *Vetenskapliga tankeverktyg: till grund för akademiska studier*. Lund: Studentlitteratur.

Bengtsson, B. (2001). *Miljöbalkens återverkningar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Bergström, L. (1992). *Grundbok i värdeteori*. Stockholm: Thales.

Brennan, A. & Lo, Y. (2015). Environmental Ethics. I E. N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition). URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/ethics-environmental/>>.

Convention on Biological Diversity (1992).

Devall, B. & Sessions, G. (1985). *Deep Ecology: Living As If Nature Mattered*. Salt Lake City, Utah: G.M. Smith.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.

Frändberg, Å., Göransson, U. & Håstad, T. (red.) (1997). *Festskrift till Stig Strömholm*. Uppsala: Iustus Förlag.

Förenta Nationerna (1987). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. A/42/427.

Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Justus, J., Colyvan, M., Regan, H. & Maguire, L. (2009). Buying into conservation: intrinsic versus instrumental value. *Trends in Ecology and Evolution*, 24(4), 187–191.

Kant, I. (1997). *Grundläggning av sedernas metafysik*. Göteborg: Bokförlaget Daidalos AB.

Katz, E. (1991). Restoration and Redesign: the Ethical Significance of Human Intervention in Nature. *Restoration and Management Notes*, 9(2), 90–96.

Lag (1994:900) om genetiskt modifierade organismer.

Michanek, G. & Zetterberg, C. (2012). *Den svenska miljörätten*. Uppsala: Iustus Förlag.

- Miljöbalk (1998:808).
- Murphy, M. C. (2009). *Philosophy of Law: The Fundamentals*. Oxford: Blackwell Publishing.
- Næss, A. (1973). The shallow and the deep, long-range ecology movement. A summary. *Inquiry*, 16(1), 95–100.
- Railton, P. (1986). Moral Realism. *The Philosophical Review*, 95(2), 163–207.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press.
- Regan, T. (1989). The Case for Animal Rights. I T. Regan & P. Singer (red.), *Animal Rights and Human Obligations*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall.
- Regan, T. & Singer, P. (red.) (1989). *Animal Rights and Human Obligations*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall.
- Regeringens proposition 1993/94:198 *Lag om genetiskt modifierade organismer*.
- Regeringens proposition 1997/98:45 *Miljöbalk*.
- Rättsfall från Mark- och miljööverdomstolen: MÖD 2003:45, MÖD 2005:55, MÖD 2005:66, MÖD 2006:53, MÖD 2009:48, MÖD 2010:13, MÖD 2010:38 och MÖD 2010:53.
- Sands, P. (1995). *Principles of international environmental law. 1, Frameworks, standards and implementation*. Manchester: Manchester University Press.
- Singer, P. (2011). *Practical Ethics*. New York: Cambridge University Press.
- Spaak, T. (2007). *Guidance and Constraint: the Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning*. Uppsala: Iustus Förlag.
- Taylor, P. W. (1981). The Ethics of Respect for Nature. *Environmental Ethics*, 3(3), 197–218.
- Tännsjö, T. (2000). *Grundbok i normativ etik*. Stockholm: Thales.
- Wahlberg, L. (2010). *Legal Questions and Scientific Answers: Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations*. Diss. Lund: Lunds universitet, 2010.
- Westerlund, S. (1997). *En hållbar rättsordning: Rättsvetenskapliga paradigmer och tankeväändor*. Uppsala: Iustus Förlag AB.
- Zimmerman, M. J. (2015). Intrinsic vs. Extrinsic Value. I E. N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition). URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/value-intrinsic-extrinsic/>>.

Oklarhet som rättslig norm

Om de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske

Eivind Torp

En viktig funktion för varje rättssystem är att rättsreglerna ska fungera som instrument för att lösa konflikter. Genom sin existens ska rättsreglerna också minska risken för att konflikter uppstår. Rättsregler som ger *upphov* till konflikter är inte lyckade. I sådana fall har lagstiftaren inte fullt ut förmått att skapa en god grund för att nå målet om ett rättssäkert samhälle. I detta sammanhang är fokus riktad mot vissa rättsregler i det svenska rättssystemet som återkommande omnämns som oklara. Nämligen bestämmelserna som reglerar samernas rätt till land och vatten.¹

Som det framgår av regeringsformen är samerna ett eget folk.² Många anser att detta ställer särskilda krav på svensk rättsskipning när det gäller att klarlägga samernas landrättigheter. Mot denna bakgrund blev frågan om Sverige kunde ratificera ILO:s konvention nr 169 om ursprungsfolk och stamfolk i självstyrande länder utredd under slutet av 1990-talet. Utredningen gjordes av Sven Heurgren.³ Heurgren är jurist och har haft en rad uppdrag inom statlig förvaltning. Som utgångspunkt för sin utredning konstaterade Heurgren följande:

¹ Det är till stor del Bertil Bengtssons förtjänst att oklarheter i renbeteslagstiftningen har lyfts fram: dels har han i en rad artiklar påpekat brister och diskriminerande inslag i lagstiftningen, dels har han stimulerat andra att rikta sin uppmärksamhet mot rättsområdet.

² Jfr 1 kap 2 § sjätte stycket och 2 kap 17 § andra stycket regeringsformen samt anslutningsfördrag mellan Sverige och EU 1994-08-24, protokoll 3 om det samiska folket.

³ Marie B. Hagsgård, som har ett eget bidrag i detta nummer, var sekreterare i utredningen.

”Regelsystemen för såväl rennärning som jakten och fisket har växt fram successivt. Dessa regler har blivit oklart utformade, vilket enligt min åsikt bidragit till de konflikter som finns idag. Som exempel kan nämnas reglerna om samernas jakt och fiskerätt.”⁴

Sex år senare utsåg regeringen Sören Ekström till att utreda frågan om samebymedlemmars och markägares rätt till jakt och fiske inom lappmarkerna och renbetesfjällen. Ekström har bakgrund som statlig ämbetsman, bland annat på framträdande positioner på regeringskansliet. Som utgångspunkt för sin utredning konstaterade Ekström följande:

”Det har under lång tid rått mycket olika uppfattningar om hur samebymedlemmars jakt- och fiskerätt förhåller sig till markägarens motsvarande rättigheter. Den nu gällande lagstiftningen har uppenbarligen inte kunnat ge ett tillräckligt klart besked om detta. Oklarheten har lett till konflikter mellan parterna. Myndigheterna har också haft svårigheter att åstadkomma en fungerande tillämpning.”⁵

Ekström slog vidare fast att oklarheterna var så omfattande att samerna inte kunde använda sig av sina i lag reglerade rättigheter och fann detta särskilt anmärkningsvärt mot bakgrund av att

⁴ SOU 1999:25 s 15.

⁵ SOU 2005:116 s 11.

det i all huvudsak var staten som var ägare till den mark som var berörd av konflikterna.⁶

De rättsliga oklarheter som påtalas i detta sammanhang är alltså dels en följd av att rättsreglerna har getts en otydlig form och därför inte fungerar som konfliktlösningsinstrument, dels att lagstiftaren inte har klarlagt, eller fullt ut beaktat, grunden för samernas rätt till land och vatten.⁷ Det är det senare som är av intresse i detta sammanhang.

Samernas rätt till land och vatten – såsom rätten till jakt och fiske – regleras i renbeteslagstiftningen. Det innebär att det är rättsreglerna i denna lagstiftning som står i fokus här.⁸ Jag ska framförallt rikta uppmärksamheten mot frågan om hur det kan ha sig att en övervägande majoritet av samerna helt saknar rätt till jakt och fiske. Med utgångspunkt i den problemställningen ska jag försöka klarlägga lagstiftarens skiftande uppfattning om grunden för samernas rätt till jakt och fiske.⁹

Samernas rätt till jakt och fiske regleras

1886 fastställde Sveriges riksdag den första lagen som på ett genomgripande sätt reglerade rätten att bedriva renskötsel inom den delen av Nordkalotten som sedan slutet av medeltiden hade

växt fram till att bli konungariket Sverige.¹⁰ I lagen anges vem som var berättigad att bedriva renskötsel, var renskötsel fick bedrivas, när den fick bedrivas samt hur den skulle bedrivas. Det viktigaste syftet med lagen var att åstadkomma en rättslig reglering av förhållandet mellan näringsfånget för den bofasta svenska befolkningen och den nomadiserande samiska befolkningen. Alltså mellan jordbrukare och renskötare. Enligt lagstiftaren innebar lagen en kodifiering av rättigheter som samerna ansågs ha enligt föreliggande rättsprinciper om ockupation och urminnes hävd. I förarbetena till lagen konstaterades att samerna var den ursprungliga befolkningen i norra delen av Sverige och att jakt och fiske hade varit samernas viktigaste näringar men att renskötsel efterhand hade kommit att bli samernas främsta näringsfång. Jakt och fiske ansågs emellertid fortfarande vara viktiga näringsfång för den samiska befolkningen.

Av 1 § i 1886 års renbeteslag framgår att samerna är berättigade att "betjena sig af land och vatten till underhåll för sig och sina renar" i de områden de har rätt att uppehålla sig med sina renar. Rätten till jakt och fiske var således en del av samernas rätt till naturlandskapet. Ett av syftena med den nya lagen var att kodifiera rättigheter samerna ansågs ha på de landområden där samerna bedrev renskötsel. Redan i utgångspunkten var samernas rätt till underhåll för sig och sina renar således geografiskt knuten till de markområden där man bedrev renskötsel.

Av förarbetena till lagen framgår att statsmakterna ansåg, och fullt ut accepterade, att samerna var det folk som först hade tagit det aktuella landskapet i besittning. I samband med lagens tillkomst blev det därför viktigt för lagstiftaren att definiera arten av samernas besittning.

⁶ SOU 2005:116 s 11. Regleringen av den så kallade dubbla jakträtten, som har gett upphov till störst oklarhet och flest konflikter, ingick inte i utredningsuppdraget, SOU 2005:116 s 12.

⁷ Det så kallade Girjas-målet – där Gällivare tingsrätt 2016-02-03 har avkunnat dom och fastställt att Girjas sameby och dess medlemmar har ensamrätt till jakt och fiske på ett specificerat område inom samebyns året-runtmarker – är en direkt följd av sådana oklarheter (mål nr T-323-09).

⁸ För en redogörelse av gällande rätt i jakt och fiskefrågan se Bertil Bengtssons och Mauritz Bäärnhelms bidrag i SOU 2005:17. *Vem får jaga och fiska?*

⁹ För frågan om rättspraxis före första renbeteslagens tillkomst se Kaisa Korpijaakko Labbas bidrag i SOU 2005:17. *Vem får jaga och fiska?*

¹⁰ Samernas rättigheter till mark och vatten hade vid denna tid redan erkänts i vissa rättsakter men ett samlat grepp kring följderna av samernas renskötsel saknades.

Av utskottsbetänkandet som låg till grund för riksdagens beslut framgår bland annat följande:

”... lappens besittningstagande var icke till sin natur sådant, att det i sig inneslöt alla de befogenheter, hvilka tillhöra eganderättens begrepp. Det sträckte sig icke till andra än dem, nomadlivets inskränkta behov fodrade.”¹¹

Sättet som lagstiftarens resonerade om arten av samernas besittning – vilket var av betydelse i förhållande till andra rättighetshavare, exempelvis staten – kom således att påverka frågan om *hur* samernas rättigheter blev utformade. Samtidigt hade lagstiftaren de förutgående konflikter mellan fastboende svenska bönder och nomadiserande samer för ögat under lagstiftningsprocessen. Det man önskade att uppnå genom den nya lagen var att samerna skulle få ”de nödvändiga förutsättningar för sin existens som nomader” säkerställd.¹² Därmed var lagstiftarens fokus i utgångspunkten given: det var den ”nomadiserande lappens rätt” som behövde fastställas i lag. Utskottet återkom till detta i flera sammanhang och uttalade bland annat följande om den rättsliga karaktären i samernas rätt att betjäna sig av land och vatten:

”Den är endast en nyttjanderätt till det omfång, som bestämmes av villkoren för renskötselns bedrivande.”¹³

För utskottet var poängen i det sammanhanget att tydliggöra ett ställningstagande om att samerna inte skulle anses ha rätt att upplåta rätten att betjäna sig av land och vatten till annan. Men uttalandet pekar samtidigt på att rätten (exem-

pelvis jakt och fiske) skulle vara knuten till samernas renskötselverksamhet.¹⁴

Att inte alla samer bedrev renskötsel när lagen tillkom står klart.¹⁵ I en kommentar till lagen påpekades bland annat att det inom samebyarna fanns olika kategorier samer (fattiglappar, fiskarlappar och vallhjon) som inte ägde reinar och stod utanför renskötseln.¹⁶ Detta förhållande blev emellertid inte närmare kommenterat eller behandlat av lagstiftaren. Begränsningen av jakt- och fiskerätten till att enbart omfatta renskötande samer skedde således utan närmare diskussion av vilka rättigheter icke-renskötande samer hade, eller kunde anses ha. Det kan visserligen tyckas förstäligt utifrån lagstiftarens överordnade syfte med lagen, nämligen att rättsligt reglera förhållandet mellan två näringsfång, men det är betänkligt utifrån lagstiftarens eget konstaterande om att samernas rätt till jakt och fiske vilade på urminnes hävd.

Efterhand har renbeteslagen skrivits om vid fler tillfällen. Lagstiftningens struktur och bärande principer är emellertid fortfarande de samma som i den första renbeteslagen¹⁷ även om samernas rättigheter rent allmänt har kommit att begränsas allt eftersom nya lagar tillkommit.¹⁸ Vid första lagreformen 1898 genomfördes endast mindre ändringar och frågan om de icke renskötande samernas situation blev inte uppmärksammas av lagstiftaren.¹⁹ Under början av 1900-talet hade samhällsutvecklingen lett till att det ansågs nödvändigt att få till stånd en närmare specificering av samernas rättigheter. Vid lagreformen

¹⁴ Se NJA 1981 s 1 på sidan 240.

¹⁵ Cramér, Tomas & Prawitz, Gunnar, *Studier i renbeteslagstiftning*, Norstedts förlag, Stockholm 1970, s 49.

¹⁶ Tenow, Chr. L., *I lappfrågan*, Looström förlag, 1893 s 82.

¹⁷ Bengtsson, Bertil, *Samerätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2004, s 35–39.

¹⁸ Torp, Eivind, *Renskötselrätten och rätten till naturresurser*, Tromsø universitet, 2008.

¹⁹ Cramér, Tomas & Prawitz, a a s 51.

¹¹ Särskilda utskottet, bihang till riksdagens protokoll 1886, 8 saml. 1 avd. uttalande nr 1, s 18.

¹² A prop s 18.

¹³ A prop s 31.

1928 infördes således en rad förändringar i lagen. Samtidigt tycks lagstiftaren i viss mån ha ändrat uppfattning om grunden för samernas rättigheter: av förarbetena för lagen framgår att lagstiftningsarbetet var grundat på en tanke om att samernas renskötselrätt var grundat på av staten givna privilegier, och inte på urminnes hävd.²⁰ Lagstiftarens utgångspunkt för 1928 års lag kan därmed sägas vara något annorlunda än vad den hade varit vid de föregående renbeteslagarna.

Under början av 1900-talet hade ett flertal offentliga utredningar påpekat att en stor del av den samiska befolkningen inte bedrev renskötsel. Exempelvis hade 1919 års lappkommitté redovisat statistik över den samiska befolkningen som visade att 2/3 av samerna var icke-renskötande. Mot den bakgrunden ansågs det viktigt att det så kallade lapp-privilegiet, som samernas rätt till renskötsel numera benämndes, inte omfattade fler än dem som var i behov av det. Ett viktigt syfte med 1928 års lag var således att införa en rad begränsningar i renskötselrätten. För renskötande samer infördes bland annat en rad bestämmelser av privaträttslig karaktär. Exempelvis inom vilka områden man hade rätt att uppföra tältkåta respektive "fast kåta och bod", under vilka förhållanden byggnader skulle överlämnas till annan renskötande same eller rivas, hur många getter (5) man fick ha på bete på statens mark.²¹ Samernas möjligheter till att kombinera flera näringsfång – något som allt fler var i behov av – begränsades således kraftfullt genom den nya lagen. Den största förändringen var emellertid att rätten att bedriva renskötsel endast omfattade same som var medlem i sameby.²² Den samiska befolkningen blev därmed delad i två separata delar: samer med medlemskap i sameby och renskötselrätt, respektive samer

utan medlemskap i sameby och utan rättigheter alls.²³ Rätten till jakt och fiske omfattade endast same som var medlem av sameby.

Vid riksdagens behandling av lagförslaget tycks det rådande synsättet ha varit att staten var i sin rätt att göra begränsningar i renskötselrätten enligt vad man fann lämpligast. I flera riksdagsmotioner påpekades emellertid behovet av lagreform utifrån de "icke-renskötande lapparnas förtryckta ställning".²⁴ Några erinrade om att de icke-renskötande samerna stod utan rätt på sin egen mark och att lagstiftningen inte i tillräcklig grad beaktade gammal sedvana.²⁵ Denna typ av synpunkter blev dock inte beaktade vid den slutliga utformningen av 1928 års lag.

Bestämmelsernas tillämpning och samiska rättstraditioner

I vilken grad de första renbeteslagarnas bestämmelser om jakt- och fiskerätt tillämpades i Lappmarken har vi idag liten kunskap om. Historikern Lennart Lundmark gör gällande att respekten för lagar och förordningar började upprätthållas först under 1920-talet.²⁶ Vad gäller 1928 års lag skulle det emellertid visa sig att den kom att tillämpas med skärpa. Efterhand blev det också uppenbart att lagen inte var i harmoni med samiska traditioner och att flera av lagens bestämmelser inte på något sätt motsvarade vad samerna ansåg om deras rätt till land och vatten. Det var framförallt lagstiftningens strikta krav vad gällde vem som skulle anses vara medlem i sameby som orsakade problem.²⁷ Vissa bestämmelser i lagen kom att tillämpas mer strikt och

²⁰ Bengtsson, Bertil, Samernas jakt- och fiskerätt, SOU 2005:17 s 21.

²¹ SFS 1928:309, 42 §.

²² SFS 1928:309, jfr 1 § punkt 2, 7 och 8 §§.

²³ Jag ser bort från frågan om rätten att "ha renar i annans vård", SFS 1928:309 14 § punkt 2.

²⁴ Se prop. 1928:43 s 35.

²⁵ 1908 års riksdagsmotion, II nr 163.

²⁶ SOU 2005:79 s 28.

²⁷ Redan vid samernas landsmöte 1918 hade man från samernas sida preciserat att man inte skulle anses ha övergivit renskötseln för att man *uteslutande* ägnade sig åt annat. Prop. 1928:43 s 59.

det blev då uppenbart att delar av lagstiftningen stod i konflikt med samisk rättsuppfattning.²⁸ Detta manifesterade sig framförallt kring frågan om rätten till jakt och fiske. Några av de problem som samerna konfronterades med uppmärksammades vid det samiska riksmötet i Arvidsjaur 1943. Till mötet inkom följande uppmaning riktad till "dem som hava att besluta":

"Under senare år ha en hel del nomader på grund av fattigdom måst upphöra med rensköteln som enda näringsfång och ägna sig åt fiske, jakt eller annat tillfälligt arbete. Dessa ha ökat antalet av den lappbefolkning som saknar bostäder. Särskilt vid St. Lulevatten är detta förhållandet. De bostadslösa måst där bo i torvkåtor eller innebo i andra familjer, ett förhållande, som är menligt för båda parterna. Nya boplatser eller lägenheter äro därför av nöden. Nu är vår begäran, att myndigheterna måtte tillåta nybebyggelse även ovan odlingsgränsen, helst vid St. Lulevatten. Denna sjö har nämligen sedan gammalt varit deras föräldrars färdled. Där bo många av deras anhöriga, och där känna de sig hemma. [] Beträffande fiske och jakt ovan odlingsgränsen få vi framhålla önskvärdheten av att i detta hänseende må tilldelas här nämnda lappar samma rätt, som såväl nomader som äldre bofasta lappar hittills åtnjutit. Åtminstone böra de få bibehålla rätten att fiska i fjällsjöarna efter Stora Luleälvs vattenled."²⁹

De flesta samer som tog ordet under mötet ansåg att motionen var rimlig och värd att stödja.³⁰ Det fick, som man uttalade vid mötet, anses vara "ett allmänt samhällsintresse" att denna grupp samer fick "behålla sin rätt att åtminstone fiska".³¹ Som

det framgår av motionen var lagen utformat på ett sådant sätt att den som av olika orsaker var tvungen att kombinera renskötelsarbetet med annan sysselsättning riskerade att förlora sin status som renskötande same och därmed rätten till jakt och fiske.

Att samerna var av en annan uppfattning i frågan om jakt- och fiskerätten kommer också till uttryck i samband med olika domstolsförhandlingar. Under mitten av 1940-talet prövade HD bestämmelsen om jakt och fiskerätt i två separata mål. I 1944 åtalades en same i Vapsten sameby för att ha bedrivit fiske i en insjö inom samebyns betesområden. Det var i målet ostridigt att medlemmar i samebyn hade fiskerätt i det aktuella området men åklagaren gjorde gällande att den åtalade skulle anses ha förverkat sitt medlemskap i samebyn. Det var klarlagt att vederbörande ägde ett 90-tal renar och att vederbörande varje år i viss omfattning deltog i rensköteln. Den åtalade hade alltså rätt till att bedriva renskötelse. Rättsfrågan var däremot huruvida han hade "stadigvarande ägnat sig åt annat yrke".³² Han skulle i så fall kunna anses ha förlorat rätten till medlemskap i sameby. Under domstolsförhandlingarna uppgav den åtalade att han från 15 till 23 års ålder hade ägnat sig enbart åt renskötelse och därefter hade tagit tillfälliga arbetsuppdrag i tillägg till renskötelsarbete, att han visserligen ägde en del av en mindre jordbruksfastighet men att den saknade byggnader och djur och i övrigt var obrukad och att han alltjämt deltog i arbetet med egna och andras renar och därför var att anse som medlem i samebyn. I första domstolsinstans friades den åtalade med hänvisning till att vederbörande varje år i viss omfattning deltog i rensköteln och därför skulle anses som medlem i samebyn. I sitt genmäle till åklagarens överklagande av domen anförde den åtalade att det förhållandet att han inte kunde leva på in-

²⁸ Samefolkets Egen Tidning, 1944 nr 4 s 1 och 40–41.

²⁹ Samefolkets Egen Tidning, 1944 nr 1, s 5.

³⁰ A a s 6.

³¹ A a s 6.

³² Jfr SFS 1928:309, 8 § punkt b.

komsterna från sin renhjörd och därför tvingades skaffa sidoinkomster, inte kunde innebära att han hade förlorat de rättigheter som ingick i renskötselrätten så länge han fortfarande bedrev renskötsel och hade renskötselrätt. Den åtalade förlorade i Hovrätten. Även HD ansåg det bevisat att den åtalade hade ägnat sig stadigvarande åt annat yrke än renskötsel och utdömde därför straff för olovligt fiske.³³

Två år senare prövade HD samma rättsfråga i ett liknande mål. I målet stod tre samer i Sirkas sameby åtalade för att ha deltagit i älgjakt trots att de ansågs sakna jakträtt enligt samma bestämmelse som i ovannämnda mål. Åtalet gällde att man biträtt vid jakt – ingen av de åtalade hade själv fält något villebråd. Det var i målet ostridigt att alla åtalade hade egna renar (i ett fall mer än 100), att de var uppförda som nomadiserande samer i kyrkboken och att alla de åtalade i större eller mindre grad deltog i renskötselarbetet. I förundersökningen hade alla tre uppgett sig ha sin huvudsakliga inkomst från insjöfiske. Åklagaren gjorde gällande att ingen av de åtalade var nomadiserade samer och att de bara undantagsvis deltog i renskötselarbete. En av de åtalade medgav bofasthet men anförde att han fortfarande ägnade sig åt renskötselarbete och fiske och därför inte kunde anses ha övergått till annat yrke. Övriga två åtalade ansåg sig vara nomader och i varierande grad yrkesverksamma inom renskötseln. Deras påståenden styrktes genom ett intyg undertecknat av 28 samer i Sirkas sameby. Av intyget framgick att de två, enligt undertecknarnas "bestämda uppfattning", hade ägnat sig åt renskötsel och därför måste anses tillhöra den kategori samer som hade rätt till jakt och fiske. De åtalade ansåg under inga omständigheter att de tillfälliga och kortvariga arbetsperioder som de haft med vägarbete och timmerhuggning kunde anse motsvara formuleringen "annat sta-

digvarande yrke". De åtalade reagerade särskilt mot att åklagaren ansåg att deras fiskeverksamhet skulle anses som annan yrkesverksamhet än renskötsel och anförde mot detta följande:

"Varje nomad hade ju rätt att fiska hur mycket som helst. Detta tillhörde hans lagliga rättighet. [] Att en nomad utövade denna sin rätt i sådan omfattning att han kunde sälja fisk och därigenom få ett välbehövligt tillskott i sin ekonomiska bärning betydde ej, att han ägnade sig åt annat yrke. Fiske kunde näppeligen betraktas såsom ett annat yrke för en renskötande lapp, som alltid vid sidan av sin renskötsel ägnade sig åt denna binäring, det vill säga åt en näring som både i kraft av gammal sedvanerätt – vilken ginge längre tillbaka i tiden än renskötsel – och 55 § vore fullt legitim."³⁴

De åtalade ansåg vidare att det skulle strida mot rättskänslan om en renskötande same på grund av arbetsvillighet skulle förlora sina renskötselprivilegier och att det i själva verket var en fördel för rennäringsen att vissa renägare kunde ägna sig åt annan sysselsättning under vissa perioder. I vilken omfattning de åtalade hade ägnat sig åt annat än renskötsel och fiske blev inte utrett i målet. Åtalet ogillades av första domstolsinstansen med hänvisning till att de åtalade ansågs vara medlemmar i sameby. Beslutet överklagades av åklagaren. Hovrätt och HD ansåg att de åtalade skulle anses ha ägnat sig stadigvarande åt annat yrke och utdömde straff för jaktbrott.

Det som är av särskilt intresse i detta sammanhang är att domstolarna inte ägnade frågan om de åtalade kunde ha en på sedvana grundad rätt till jakt och fiske någon uppmärksamhet.³⁵ Sedvanerätten var en självklar princip i svensk rätt vid tiden för de aktuella målen och är allt-

³³ NJA 1944 s 117.

³⁴ NJA 1946 s 94.

³⁵ Jfr NJA 1942 s 336.

jämt en grundläggande princip i lagstiftningen om samernas rätt till land och vatten.³⁶ Att domstolarna bortsåg från frågan om sedvanerätt är än mer påfallande med tanke på att de åtalade i domstolsförhandlingarna gjorde explicita hänvisningar till att deras jakt- och fiskerätt – i tillägg till vad som framgick av aktuella bestämmelser i lagen – var grundad på sedvana. Visserligen är domstolarnas bundenhet till de syften som lagstiftaren har gett uttryck för i motiveringen av en lag en väl etablerad tradition i svensk rätt, men det är ändå förvånande att HD i nämnda mål inte beaktade sedvanerätt som en legitim rättsgrund i sammanhanget. En intressant konsekvens av rättsväsendets strikta tillämpning av de aktuella bestämmelserna är att individer som inte ägnar sig åt annat tillfälligt arbete, men i övrigt har samma anknytning till renskötseln som de åtalade, skulle anses vara medlemmar i sameby och därför ha kvar sin jakt- och fiskerätt.³⁷ I övrigt kan myndigheternas iver att lagföra de åtalade i nämnda mål noteras.

Den aktuella bestämmelsen, och inte minst hur den tillämpades inom den statliga rennäringsförvaltningen, blev återkommande kritiserad från samiskt håll. I en artikel i Samernas Egen Tidning med rubriken *Huru renskötselförfattningar kunna motarbeta rennärningen* framfördes skarp kritik mot att lagstiftningen inte beaktade "samernas ursprungliga rättigheter på deras urgamla marker". I det sammanhanget framfördes bland annat följande:

"Att då utan vidare i en så nyligen tillkommen lagbestämmelse som år 1928 sammanknippa rätten till jakt och fiske, samernas ursprungligaste näringar, med tillhörigheten till lappbyn, varigenom en massa samer utan vidare avhändas en historiskt betingad

befogenhet, är helt enkelt ett utslag av det rena godtycket och kan sålunda icke vara rättvist."³⁸

Någon ändring av de bestämmelser som ansågs särskilt problematiska kom emellertid inte till stånd i de efterkommande revideringarna av lagen.³⁹ Däremot kom lagstiftaren att ägna viss uppmärksamhet åt frågan om rätten till fiske för same som inte var medlem i sameby. Jag ska strax återkomma till detta.

Nu gällande bestämmelser

Under 1900-talet utvecklades det svenska samhället mot att bli en modern industrination. Olika primärnäringar, exempelvis jord- och skogsbruk, genomgick kraftfulla rationaliseringar. I det perspektivet blev det uppenbart för statsmakterna att *en* näring stod utanför den utvecklingen, nämligen samisk renskötsel. Mot den bakgrunden tog regeringen under 1960-talet initiativet till en ny renbeteslag. Det huvudsakliga syftet med lagreformen var att möjliggöra nya driftsformer och vidta olika rationaliseringsåtgärder inom det sakområde som numera kom att benämnas *rennärningen*.⁴⁰ Genom den nya lagens tillkomst skulle nödvändiga strukturförändringar genomföras även för samernas näringsfång. Rättsordningen skulle i huvudsak vara den samma som tidigare, det vill säga att den nya lagen förväntades vara baserade på samma principer som 1928 års lag.⁴¹

Med den utgångspunkten var det foljdriktigt att utredningen lämnade lagförslag om att det sedan 1928 rådande sambandet mellan medlemskap i sameby och jakt- och fiskerätt skulle bestå.

³⁸ Samefolkets Egen Tidning 1944 nr 4 s 40.

³⁹ Jfr SFS 1944 nr 76, 1947 nr 225 och 1960 nr 145.

⁴⁰ SOU 1968:16 s 36.

⁴¹ SOU 1968:16 s 36. Jag ser i detta sammanhang bort ifrån departementschefens precisering om att den nya lagen inte borde innehålla bestämmelser om skillnader i rättigheter för män och kvinnor vilket 1928-års lag hade bestämmelser om.

³⁶ Torp, Eivind, Renskötselrättens grunder, *SvJT*, 2012 s 708–722.

³⁷ Jfr SFS 1928:309 8 § punkt b.

Motivet man anförde för detta var att en okontrollerad befogenhet för andra samer dels kunde leda till svårigheter för de renskötande samerna att utöva jakt och fiske för sitt husbehov, dels att värdet av jakten och fisket som objekt för upplåtelse för utomstående skulle minska. Upplåtelser var vid denna tid en betydande inkomstkälla för statliga samefonden och efterfrågan på fisketillfällen beräknades öka kraftigt i framtiden. Inte minst det angivna ekonomiska intresset ansågs som avgörande för att begränsa kretsen av samer med jakt- och fiskerätt. Enligt utredningen var det emellertid befogat att göra *ett* undantag från den principen: samebymedlemmar som hade lämnat renskötseln och övergått till annat yrke borde få behålla rätten till jakt och fiske inom den egna samebyn under tio år. Skälen för detta var att man önskade att stimulera flera att lämna renskötseln som yrke för att näringen skulle bli mera lönsam och bärkraftig. Förslaget var alltså inte grundat på överväganden om eventuella rättigheter för individer inom denna personkrets, utan var ett förslag för att bemöta regeringens önskemål om åtgärder för åstadkomma en rationalisering av samisk renskötsel.⁴²

Regeringen avvisade emellertid just det förslaget och i nu gällande lag finns således fortfarande kravet om medlemskap i sameby för samernas jakt- och fiskerätt.⁴³ En sameby kan dock upplåta jakt- och fiskerätt till husbehov åt en tidigare medlem i samebyn.⁴⁴

Frågan om alternativa former för medlemskap i sameby har därefter berörts i flera offentliga utredningar. Första gången under början av 1970-talet då regeringen önskade att få kartlagt vilka särskilda problem som samerna mötte i det svenska samhället. Bakgrunden var att allt färre samer kunde livnära sig på renskötsel och

att det därför förelåg en betydande sysselsättningsproblematik för den samiska befolkningen. Av direktiven framgick bland annat att frågan om alternativa former av medlemskap i sameby skulle utredas.⁴⁵ Utredningen lämnade mot den bakgrunden ett förslag om att samebyar borde ges möjlighet att anta renskötselberättigad person (som inte bedriver renskötsel) som stödjande medlem i den sameby där personen har sitt ursprung.⁴⁶ Syfte var att öka samhörigheten mellan majoriteten av samerna som hade lämnat renskötseln och minoriteten som fanns kvar i näringen. Enligt förslaget skulle en stödjande medlem av samebyn kunna tilldelas rätt till krokfiske och småviltsjakt inom de tidsperioder och områden som samebyn fastställde. Svenska Samernas Riksförbund motsatt sig emellertid förslaget och det kom därmed inte att leda till några initiativ från regeringens sida. Liknande förslag presenterades av en utredning under början av 2000-talet,⁴⁷ men heller inte vid detta tillfälle valde regeringen att presentera någon proposition för riksdagen i ärendet.⁴⁸

Sammanfattningsvis kan det konstateras för det första, att det krav som infördes genom 1928 års lag om medlemskap i sameby för jakt- och fiskerätt, alltjämt gäller. För det andra, att den nuvarande rättsliga regleringen av samernas jakt- och fiskerätt inte överensstämmer med samiska traditioner eller rättsuppfattningar i frå-

⁴⁵ SOU 1975:99 s 37f.

⁴⁶ SOU 1975:99 s 163–171. Jfr särskilt yttrande av de samiska ledamöterna i utredningen som föreslog att möjligheten till att anta stödjande medlemmar skulle uttryckas i lagtexten, s 241–242.

⁴⁷ SOU 2001:101 s 193f. Ulrika Geijer, som har ett eget bidrag i detta nummer, var sekreterare i utredningen.

⁴⁸ Se dock Ds 2009:40. För en närmare analys av hur regeringen har agerat i frågan se Bengtsson, Bertil, Om jakt och fiske i fjällmarken, *SvJT* 2010 s 78–87 och av samma författare, Om departementspromemorior, *SvJT* 2010 s 105–119, och *Utblick och Inblick – vänbok till Claes Sandgren*, *Jure* 2012 p 34.

⁴² SOU 1968:16 s 191. Förslaget fanns inte med i den slutliga propositionen.

⁴³ SFS 1971:437 25 §.

⁴⁴ SFS 1971:437 31 § andra stycket.

gan. För det tredje, att lagstiftaren inte har tagit initiativ för att ändra den ordning som har gällt sedan 1928.

”Fiskesamer” – samiskt näringsfång och svensk förvaltningsterm

Det var emellertid inte alla som fogade sig efter det regelverk som myndigheterna hade fastställt. Under första hälften av 1900-talet fick myndigheterna kännedom om att det vid flera insjöar i norra Sverige fanns en fastboende samisk befolkning som livnärde sig genom jakt och fiske i kombination med ett småskaligt jordbruk, men där försäljning av fisk var den viktigaste källan till kontanter. Denna grupp samer – i myndigheternas skrivelser benämnt *fiskesamer* – innebar vissa problem för lagstiftaren: de föll utanför den gängse mallen för samiskt näringsfång samtidigt som den rättsliga grunden för deras verksamhet var oklar.⁴⁹

I samband med utredningen inför 1971 års lag omnämndes fiskesamerna återigen i lagstiftningssammanhang. Utredningen gör, utan föregående utredning, följande ställningstagande:

”I fråga om de samer som aldrig tillhört någon lappby t.ex. de s.k. fiskesamerna, anser vi oss däremot inte kunna tillstyrka en lagändring av innebörd att de får del av de samiska jakt- och fiskerättigheterna.”⁵⁰

Bakgrunden var att man antog att en eventuell ändring av lagen skulle leda till att kretsen av rättighetshavare vidgades till en mycket svårdefinierad grupp ”varigenom bl. a. de redan begränsade möjligheterna till att ingripa mot tjuvjakt och tjuvfiske skulle väsentligt reduceras”.⁵¹ Fiskesamerna ansågs å andra sidan vara beroende av fisket inom renskötselområdet. Man ansåg

därför att de inte skulle vara uteslutna från möjlighet till jakt och fiske. Enligt utredningen borde det ordnas genom individuella avgiftsfria upplåtelse och inte med hjälp av lagstiftning.⁵² Enligt utredningens uppfattning hade fiskesamerna inte rätt till jakt och fiske. Det skulle i så fall bli tal om att ge dem ”visst företräde framför andra sökande”.⁵³

Regeringen delade utredningens uppfattning om att fiskesamernas möjlighet att bedriva fiske var en fråga som inte behövde regleras i någon särskild bestämmelse i rennäringslagen. Enligt 1971 års lag ska eventuellt beslut om upplåtelse av rätt till jakt och fiske ske mot avgift om inte särskilda skäl finns för avgiftsfrihet.⁵⁴ I likhet med utredningen ansåg regeringen att det kunde ”var befogat” att göra undantag från bestämmelsen om avgift för ”vissa samer som inte tillhör den renskötande befolkningsgruppen men som är beroende av fisket inom renskötselområdet för sin försörjning”.⁵⁵

Fiskesamerna tillerkänns alltså inga rättigheter i nu gällande lagstiftning. Regeringens formulering ”kan vara befogat” är en signal till berörda myndigheter om att ordningen med avgiftsfrihet *kan* tillämpas. Det handlar således om en möjlighet till en *förmån* i förhållande till allmänheten i övrigt. Förmånen är emellertid inte förbehållen endast fiskesamer. Även den bofasta jordbrukande befolkningen i de inre delarna av de två nordligaste länen ska ges samma förmån, men för denna grupp använder regeringen en något mer förpliktande formulering om att denna personkrets ska ”tillförsäkras avgiftsfri fiskerätt”.⁵⁶ Från lagstiftarens sida är tanken om

⁵² A utr s 212.

⁵³ A utr s 192.

⁵⁴ Ett viktigt skäl till detta var att upplåtelse ansågs skapa förutsättningar för ökade inkomster för samer som bedrev renskötsel. Jfr prop. 1971:51 s 59.

⁵⁵ A prop s 170.

⁵⁶ A prop s 135. Kursivering av författaren.

⁴⁹ Lagutskottet utl. nr 59 med anledning av prop. 1917:169.

⁵⁰ SOU 1968:16 s 191.

⁵¹ A utr s 191.

avgiftsfrihet således en gest mot medborgare som är bosatta i ett område där näringsmöjligheterna är begränsade. Förslaget är således inte grundat i överväganden kring eventuella rättigheter som de nämnda grupperna kunde ha.

Fiskesamernas rättssituation skulle emellertid komma att uppmärksammas ytterligare. Bara något år efter att den nya lagen hade börjat gälla blev sysselsättningsproblematiken för den samiska befolkningen utredd. I det sammanhanget uppmärksammades fiskesamernas förhållanden och vad som behövde göras för att säkerställa deras utkomstmöjligheter.⁵⁷ Utredningen konstaterade att fiskesamerna hade sin huvudsakliga inkomst från de binäringar som förknippas med renskötsel men att frågan om deras fiskerätt var oklar.⁵⁸ Vad gäller personer som tidigare bedrivit renskötsel anförde man följande:

”Enligt gällande bestämmelser förlorar man sitt medlemskap i samebyn och därmed också rätten till jakt och fiske om man upphör med rennäringen och övergår till annan yrkesverksamhet för sin försörjning. Enligt praxis brukar emellertid samer som visserligen upphör med den egentliga renskötseln och övergår till att enbart jaga och fiska för sin försörjning få behålla sitt medlemskap i samebyn. Enligt sameutredningens mening har denna praxis fog för sig, eftersom jakt- och fiskerätt ingår som birättigheter i renskötselrätten.”⁵⁹

Intern samisk rättspraxis innebar alltså fortfarande under 1970-talet att den som upphörde med renskötsel kunde förbli en del av det samiska

kollektivet och behålla rätten till jakt och fiske. Enligt utredningen hade samerna anpassat sin praxis i förhållande till rättsreglerna på så sätt att samisk tradition vad gäller jakt- och fiskerätt kunde vidmakthållas trots att lagens bestämmelser sade något annat.⁶⁰ Utredningen ledde emellertid inte till några ändringar av fiskesamernas rättsliga förhållanden.

Att lagstiftaren under 1960 och 70-talen intog en inställning om att fiskesamerna inte hade någon jakt- och fiskerätt kan tyckas förvånande med tanke på att frågan om de icke-renskötande samernas rättigheter under lång tid hade varit en känd problematik för lagstiftaren. Redan innan 1928 års lag hade tillkommit hade det i en offentlig utredning påpekats att även icke-renskötande sannolikt hade rätt till jakt och fiske:

”1898 års renbeteslag – liksom dess föregångare av 1886 – saknar regler om rättsförhållanden beträffande andra lappar än de renskötande. De lappar, vilka i stället för att idka renskötsel ägna sig åt fiske och jakt, kunna emellertid icke på grund av nyssnämnda inskränkning av renbeteslagstiftningens regler anses stå rättslösa; för bestämmande av deras rättsställning måste man tillämpa äldre rätt samt i främsta rummet analogier från renbeteslagarna []. I princip torde väl de icke renskötande lapparnas rättigheter sträcka sig lika långt som de renskötandes; liksom dessa torde de äga nyttja skogen samt bruka jakt och fiske [].”⁶¹

Men sådana påpekanden kom alltså inte till uttryck i lagstiftningen, utan det var just rättslöshet som kom att präglade de icke-renskötande samer-

⁵⁷ SOU 1975:99 s 39.

⁵⁸ Vad gäller fiskefrågorna hade utredningen sin fokus på fiskets betydelse för samer generellt. Det vill säga oberoende av frågan om med vilken rätt man fiskade. Se SOU 1975:99 s 223.

⁵⁹ SOU 1975:99 s 229.

⁶⁰ En sådan praxis kan dock vid intressekonflikt mellan sameby och enskild medlem i jakt och fiskefrågor innebära vissa problem eftersom både samebyn och den enskilda medlemmen har talerätt i sådana frågor. Jfr prop. 1971:51 s 161.

⁶¹ SOU 1922:10 s 74.

nas situation under hela 1900-talet. Däremot har HD och HFD vid flera tillfällen under senare delen av 1900-talet aktualiserat frågan om de icke-renskötande samernas rätt till mark och vatten vid beaktande av principen om att renskötselrätten tillkommer alla samer och inte enbart medlemmar i sameby. Detta har framför allt gällt tvistemål kring ersättning efter begränsningar i fisket där domstolarna har påpekat att även de i renskötselrätten ingående birättigheterna är en kollektiv rätt för alla samer.⁶²

Efterhand som andelen samer som stod utanför renskötseln blev väsentligt mycket större än andelen renskötande samer, blev frågan om de icke-renskötande samernas rättigheter en allt viktigare politisk fråga. Denna utveckling skedde delvis mot bakgrund av domskälen i det så kallade skattefjällsmålet.⁶³ Samebyarna förlorade visserligen målet, men domskälen skulle visa sig vara av intresse för den rättsliga bedömningen av samiska rättigheter. Som utgångspunkt för samernas befogenheter konstaterade HD följande:

”En säker utgångspunkt synes emellertid vara att kärnan i befogenheterna utgjordes av det som fortfarande är grundvalen för samernas näringsfång på fjällen: renbete, jakt, fiske och visst skogsfång. Det var frågan om rättigheter som från början vilat på urminnes hävd och under tidernas lopp fått ändrat innehåll i anslutning till att samernas näringsutövning utvecklats och tagit delvis nya former. Tyngdpunkten hade ursprungligen legat på jakt och fiske men hade sedan förskjutits så att den, särskilt efter samernas övergång till helnomadisering, låg på renskötseln.”⁶⁴

Domstolen gör sedan en bedömning av hur samernas på urminnes hävd grundade rättigheter har transformerats i lagstiftning och konstaterar att lagen uttömmande reglerar de rättigheter och skyldigheter som renskötselrätten innebär.⁶⁵ Samtidigt påpekar HD att samernas rättigheter är av sådant slag att de enligt grundlagen är skyddade mot tvångsförfogande utan ersättning och fortsätter:

”Den omständigheten att rätten i detta fall är reglerad i lag innebär inte att den skulle sakna sådant skydd. Rättigheten⁶⁶ kan väl upphävas genom lagstiftning, men så länge den utövas kan den inte fräntas innehavarna, vare sig i lag eller annan form ...”⁶⁷

Detta får uppfattas dithän att det inte kan utelämnas att samerna kan ha vissa rättigheter grundade på sedvänja som inte kommer till uttryck i lagstiftningen.⁶⁸ Detta har senare bekräftats i ett domstolsavgörande från hovrätten där en renskötande same var åtalad för att i strid med bestämmelser i miljöbalken ha plockat renlav inom ett naturreservat. Domstolen fann att mossplockning i samband med flytt av renar var en samisk sedvänja och därför var en del av renskötselrätten varför åtalet ogillades.⁶⁹ HD:s omfattande utredning om grunderna för samernas rätt till mark och vatten i de jämtländska skattefjällen, ledde dels till en större förståelse för samiska krav om ökad inflytande i samhället, dels till en större flexibilitet i synen på samiska rättigheter.⁷⁰

⁶⁵ NJA 1981 s 1 på sidan 244.

⁶⁶ HD talar i sammanhanget om bruksrätten, det vill säga rätten att nyttja land och vatten med hänsyn till alla de rättigheter som ingår i renskötselrätten, exempelvis rätten till jakt och fiske.

⁶⁷ NJA 1981 s 1 på sidan 248.

⁶⁸ NJA 1981 s 1 på sidorna 84 och 245.

⁶⁹ Hovrätten för Övre Norrland mål nr B 69-04, 2005-12-21.

⁷⁰ Svensson, Tom, a a s 171.

⁶² NJA 1979 s 1, NJA 1981 s 610, RÅ 1993 ref 24.

⁶³ Svensson, Tom, *The Sámi and Their Land*, Universitetsforlaget Oslo 1997, s 182 ff.

⁶⁴ NJA 1981 s 1 på sidan 233.

Den relativt omfattande utredning om samernas rättigheter som följde efter HD:s avgörande och som hade uppdraget "att klarlägga vilka särskilda behov som kan härledas till samernas ställning som urbefolkning"⁷¹ tog utgångspunkt i HD:s bedömning beträffande arten av samernas rättigheter. Utredningen konstaterade att samer som inte var medlemmar i sameby kunde ha särskilda rättigheter på grund av urminnes hävd.⁷² Detta gällde framförallt fiskesamer som fortfarande bedrev fiske. Mot den bakgrunden föreslog kommittén att samer som inte var medlemmar i samebyar men som var stadigvarande bosatta inom en samebys jakt- och fiskeområde skulle få jaga och fiske på statens marker inom området, om det med hänsyn till dennes utkomstmöjligheter och omständigheter i övrigt framstod som skäligt.⁷³ Ordningen var tänkt att omfatta endast de samer som bedrev fiske och var beroende av det för sin försörjning.

Regeringen följde emellertid inte de förslag som kommittén lämnade i denna fråga. Skälet var att regeringen ansåg gruppen fiskesamer vara för liten. I propositionen uttrycker regeringen detta på följande sätt: "... möjligheterna till försörjning för den lilla grupp fiskesamer⁷⁴ det här är fråga om kan lösas utan särskilt lagstiftning".⁷⁵ För regeringen var alltså numerären avgörande för hur frågan borde lösas och inte den rättsliga grunden för rättigheten. Eftersom endast ett litet antal individer var berörda ansågs en praktisk lösning av frågan vara mer lämplig än en lösning grundad på rättsliga överväganden.

Regeringen intog därmed en inställning som ger intryck av att man uppfattade att frågan om fiskesamernas rätt till mark och vatten var en frå-

ga om reglering av en *förmån*. Alltså att det skulle röra sig om att reglera en rätt som staten hade gett till samerna. Ett sådant synsätt är emellertid inte i harmoni med slutsatserna från HD om att samernas rätt till mark och vatten är grundad på ockupation och urminnes hävd.⁷⁶ I fall lagstiftaren hade tagit till sig HD:s slutsatser i denna del, skulle reglering av de icke-renskötande samernas rätt till jakt och fiske ha gjorts med beaktande av de civilrättsliga principer som utarbetad rätt vilar på.⁷⁷ Men som HD uttalade i skattefjällmålet har statens ämbetsmän under lång tid haft svårt att transformera samiska rättsförhållanden till juridikens civilrättsliga begreppsvärld.⁷⁸ Man kan inte – även med den bästa vilja – säga annat än att det förhållandet i all huvudsak fortfarande består.⁷⁹

Avslutning

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det fortfarande är oklart vad som är lagstiftarens inställning och rättsliga utgångspunkt i bedömningen av frågan om de icke-renskötande samernas rätt till mark och vatten.⁸⁰ Att de icke-renskötande samerna för närvarande inte har någon rätt till mark och vatten är visserligen klart, men de resonemang som ledde fram till de bestämmelser där detta regleras, präglas mer av en vilja att hitta politiskt acceptabla lösningar för stunden än av respekt för de rättsprinciper som ligger till grund för att lagstiftaren återkommande har konfronterats med frågan.⁸¹ Genom att hänvisa till obe-

⁷¹ Dir 1983:10.

⁷² SOU 1990:91 s 187.

⁷³ A utr s 193.

⁷⁴ I den föregående utredningen hade antalet beräknats till färre än 100 personer, SOU 1990:91 s 189.

⁷⁵ Prop. 1992/93:32 s 180.

⁷⁶ Jfr SFS 1971:437 1 §. För tillämpningen av rättsinstitutet urminnes hävd se NJA 1956 s 161 och NJA 1984 s 148.

⁷⁷ Jfr NJA 1981 s 1 på sidorna 175 och 248.

⁷⁸ Jfr NJA 1981 s 1 på sidan 181.

⁷⁹ Bengtsson, Bertil & Torp, Eivind: Svensk samerätt: Något om den senaste utvecklingen, i *Juss i Nord: Hav, fisk og urfolk*, Tromsø universitet, Tromsø 2012.

⁸⁰ Ytterligare en offentlig utredning har lämnat förslag om att icke-renskötande samer ska kunna bli medlemmar i sameby, jfr SOU 2001:101. Någon proposition om detta har emellertid inte förelagts riksdagen.

⁸¹ Jfr NJA 1981 s 1 på sidan 140.

stämnda framtida åtgärder har flera regeringar undgått att problemet har uppmärksammats i samband med olika lagstiftningsprocesser. Trots att jakt och fiske utgör traditionella samiska näringsfång och att samernas rätt till mark och vatten är grundat på ockupation och urminnes hävd, saknar majoriteten av samerna fortfarande jakt- och fiskerätt. I dagens samhälle utgör detta förhållande en viktig grund för politisk mobilisering: *Jakt- och fiskesamerna*, som i sitt partipro-

gram kräver att alla samer ska ha rätt till jakt och fiske, är idag Sametingets största parti. Därmed finns det grund till att tro att frågan kommer att uppmärksammas allt mer i framtiden. Som det har framgått har statsmakterna återkommande konstaterat att det föreligger rättslig oklarhet beträffande de icke-renskötande samernas eventuella rätt till jakt och fiske. Frågan är hur länge lagstiftaren anser sig vara betjänt av att detta tillstånd av rättslig oklarhet består.

Allemansrätten: en internationell förebild?

Filippo Valguarnera

1. Inledning

Den inhemska debatten om allemansrätten har huvudsakligen ägt rum mellan två skilda sidor. Med viss förenkling kan man säga att de som vill bevara allemansrätten hävdar att den handlar om en gammal tradition som är mer eller mindre unik för Norden. Motståndarna menar istället att allemansrätten är en "myt" som sponsrats av socialdemokratiska regeringar som ett led i deras omfördelningspolitik.¹ Den påstådda svenskheten som präglar allemansrätten ses i ett negativt ljus: som ett bevis på att allas rätt att vistas i naturen är en avvikelse från det starka skydd för äganderätten som gäller i andra delar av västvärlden.²

Båda dessa ståndpunkter är delvis sanningensliga. Allemansrätten har onekligen kunnat utvecklas tack vare en syn på äganderätten till mark som är typisk för den svenska (eller kanske snarare den nordiska) rättstraditionen. I svensk historia har inte äganderätten varit ett särskilt betydelsefullt ideologiskt slagfält mellan olika samhällsgrupper, vilket också innebär att dess försvar inte har präglats av den politiska glöd som kan bevitnas i exempelvis engelsk och fransk historia. Äganderätten har inte definierats som en "helig och okränkbar rättighet", som i den franska deklARATIONEN om människans och

medborgarens rättigheter från 1789. Den traditionella inställningen till äganderätten har i Sverige präglats av pragmatism. Sedan medeltiden har rättsordningen prioriterat ägarens konkreta ekonomiska intressen, exempelvis dennes rätt att själv bruka jorden, och har ignorerat rent symboliska överträdelser, såsom att en utomstående reser igenom ägarens skog. Å ena sidan är det alltså sant att allemansrättens kärna, eller snarare den inställning till äganderätten som allemansrätten bygger på, har mycket gamla anor i vårt land. Å andra sidan är allemansrätten som modernt rättsbegrepp relativt nytt, inte enbart terminologiskt, då ordet bara är lite drygt hundra år gammalt, utan framför allt funktionellt, då allemansrättens primära funktion i modern tid, nämligen att tillåta allmänheten att ta del av den svenska naturen, är tydligt kopplad till friluftslivets utveckling under 1900-talet.³

Båda sidorna i debatten verkar, åtminstone implicit, hålla med om en sak: att den svenska allemansrätten utgör ett undantag från det starka skydd som markägandet njuter av i resten av Europa och att denna avvikelse är mer eller mindre statisk. I detta bidrag kommer jag att rikta blicken bortom Sveriges gränser för att betrakta allemansrätten i en västerländsk kontext. Min intention är att visa att den västerländska rättskulturen under de senaste åren har utvecklat sig i riktning mot allemansrätten och att allemansrätten faktiskt numera kan be-

¹ Denna kritiska synpunkt framhålls i G. Wiktorsson, *Den grundlagsskyddade myten – Om allemansrättens lansering i Sverige*, Stockholm, City University Press, 1996 passim.

² Se exempelvis G. Wiktorsson, *Allemansrätt som rättsnorm*, JT 2014-15 s. 735.

³ Se K. Sandell, M. Svenning, *Allemansrätten och dess framtid*, Naturvårdsverkets rapport 6470, 2011 s. 9 ff.

traktas, åtminstone potentiellt, som en internationell förebild, snarare än som en störande avvikelser.

I denna text kommer jag inte att fördjupa mig i allemansrättens innehåll. Jag förutsätter att läsaren besitter en åtminstone grundläggande kunskap om allemansrättens huvudsakliga beståndsdelar: 1) rätten att beträda annans mark så länge det inte rör sig om den så kallade hemfridszonen, planteringar eller andra områden som riskerar att skadas och 2) rätten att plocka vissa alster som exempelvis bär och svamp. Jag kommer således inte att diskutera allemansrättens rättsliga grund eller dess konstitutionalisering år 1994.⁴

Mitt bidrag är indelat i fem avsnitt. Denna inledning följs av ett avsnitt där jag kommer att diskutera äganderättens ideologiska betydelse i den västerländska rättstraditionen. Av utrymmesskäl kommer jag att avgränsa diskussionen till Frankrike och England. I avsnitt tre kommer jag att kortfattat behandla *commons*-begreppet framväxt som samhällsvetenskapligt paradigm och som slagord i den politiska diskursen. Denna utveckling är enligt min mening det tydligaste symptomet på den progressiva försvagningen av äganderättsideologin som har ägt rum i västvärlden efter andra världskriget. I fjärde avsnittet anges exempel från engelsk, fransk och italiensk rätt som tyder på en utveckling i riktning mot en friare tillgång till naturen. Artikeln avslutas med ett femte avsnitt i vilket jag presenterar några exempel där utländsk rättslitteratur pekar

på allemansrätten som en inspirationskälla eller använder den som plattform för att kritisera den egna rättstraditionen.

2. Äganderätten som ideologi

I inledningen nämnde jag att den svenska rättsutvecklingen har präglats av relativt svaga ideologiska spänningar gällande rätten att äga mark. För att förstå vad jag menar är det nyttigt att betrakta äganderätten i andra delar av den västerländska rättstraditionen. Jag kommer därför att här kortfattat redogöra för äganderättens ideologiska roll i två av Europas mest inflytelserika rättssystem: Frankrike och England.

Under stora delar av medeltiden löpte den engelska och den franska historien nästan parallellt. I båda systemen utgjorde feodalismen markägandets övergripande struktur. Kungen ägde all mark men upplät feodala rättigheter till omfattande områden till sina vasaller i utbyte mot tribut och militära prestationer. Vasallerna fördelade i sin tur marken mellan sina undervasaller. Den feodala pyramiden definierade således både sakrättsliga förhållanden och politisk makt. I både Frankrike och England ledde detta system till djupa sociala spänningar.⁵ En första motsättning ägde rum mellan byarna och adelsmännen. Bybornas främsta bekymmer var att adelns växande makt begränsade gamla kollektiva rättigheter såsom rätten att plocka ved och andra naturresurser i skogarna. En senare våg av politiska spänningar utspelade sig mellan adeln

⁴ Läsaren kan ta del av Bertil Bengtsson högklassiga analyser. Se exempelvis klassikern B. Bengtsson, *Allemansrätt och markägarskydd*, 2a uppl., Stockholm, Norstedts, 1966 eller den nyare kommentaren till 7 kap. 1 § miljöbalken, se B. Bengtsson, U. Bjällås, S. Rubenson, R. Strömberg, *Miljöbalken* (1 april 2015, Zeteo). För en intressant avhandling på området se Å. Åslund, *Allemansrätten och marknyttjande*, Linköping, Linköping Studies in Art and Science, 2008.

⁵ Se S.F.C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, 2a uppl., London, Butterworths, 1981 s. 101 ff., A.W.B. Simpson, *A History of the Land Law*, 2a uppl., Oxford, Clarendon Press, 1986 s. 2 ff., J. Birrell, *Common Rights in the Medieval Forest: Disputes and Conflicts in the Thirteenth Century*, Past and Present, nr. 117, 1987 s. 22 ff., N. Vivier, *Propriété collective et identité communale*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1998 passim och A. Candian, *La propriété*, I: A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, *Property – Propriété – Eigentum*, Padova, Cedam, 2002 s. 195–196.

och borgarna. Den feodala ideologin, som grundade sig på monarkens gudomliga makt och på adelns ärvda privilegier, skavde mot borgarståndets ambitioner. En värld vars ekonomiska och politiska tyngdpunkt var på väg att flytta sig mot handel och entreprenörskap behövde en ny ideologi. Medeltidens religiösa metafysik byttes således ut mot äganderätten. Ur borgarnas perspektiv symboliserade äganderätten individens rätt att kontrollera sitt eget öde: Egendom, till skillnad från börd, kunde förvärfvas med hårt jobb och talang. Äganderätten kunde dessutom betraktas som en form av privat suveränitet: genom att utöva kontroll över sin egendom förvärvade individen möjligheten att fritt ge uttryck för sin personlighet. Låt oss se hur resultatet av dessa spänningar uttrycktes i den juridiska sfären.

Redan från 1300-talet började de engelska domstolarna att skapa regler som kom att stärka ägarens kontroll över sin fastighet. Det mest välkända exemplet är utan tvekan *trespass to land*, enligt vilken fastighetsägaren ursprungligen kunde ersättas för skador som hade orsakats *vi et armis* och *contra pacem regis*, det vill säga med "våld och vapen" och "mot kungens fred". Det ursprungliga våldsrekvisitet blev med tiden överflödigt och skadestånd (*nominal damages*) började dömas ut även för bagatellartade företeelser, som när en man utan lov beträdde grannens fastighet för att plocka upp kvistar som hade råkat falla när han trimmade busken som växte längs fastighetsgränsen.⁶ Det praktiska resultatet av denna utveckling var att invånarnas möjligheter att röra sig fritt begränsades. I sitt verk *Commentaries on the Laws of England*, gav William Blackstone en målande beskrivning av rättsläget under 1700-talets andra hälft:

"[E]very man's land is in the eye of the law enclosed and set apart from his neighbour's: and that either by a visible and material fence, as one field is divided from another by a hedge; or by an ideal invisible boundary, existing only in contemplation of law, as when one man's land adjoins to another in the same field. And every such entry or breach of a man's close carries necessarily along with it some damage or other; for if no other special loss can be assigned, yet one general damage may in any case be specified, viz., the treading down and bruising his herbage."⁷

Åtminstone teoretiskt framstod därför det engelska skyddet för markägarens ställning som synnerligen robust. Detta var konsekvent med de liberala strömningarna som sedan 1600-talet hade präglat den engelska kultureliten och vars främsta uttryck var John Lockes texter. Premissen för Lockes politiska teori är att vissa fundamentala rättigheter, och särskilt äganderätten, tillhörde individen redan under naturtillståndet, det vill säga tiden innan mänskligheten bildade organiserade samhällen genom samhällskontraktet. Äganderätten, i Lockes tankevärld, emanerar alltså inte från statsmakten. Denna har således ingen rätt att ingripa mot den individuella äganderätten utan snarare en plikt att skydda den.⁸ Detta perspektiv tjänade utan tveka borgarnas intressen under de turbulenta åren som ledde till den "ärorika revolutionen" år 1688. Ytterligare en gång kan det vara lärorikt att citera Blackstone för att få en uppfattning om äganderättens starka ideologiska prägel:

⁶ Se Hulle v. Orynge [1466] Y.B. 6 Ed. IV, 7 pl., 18, M.L. Ruffini Gandolfi, *Profili del "trespass to land"*, Milano, Giuffrè, 1979 s. 20–21 och J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4 uppl., Oxford, Oxford University Press, 2007 s. 61 ff.

⁷ Se W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book III, 1 uppl., Oxford, Clarendon Press, 1765–1769 s. 209–210.

⁸ Se J. Locke, *An Essay Concerning Toleration*, I: D. Wotton (red.), *John Locke – Political Writings*, Indianapolis, Penguin, 1993 s. 187 och G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, Roma, Laterza, 2003 s. 172.

“There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.”⁹

Blackstones bombastiska ord har citerats flitigt i angloamerikansk litteratur, inte minst i USA, där *Commentaries on the Laws of England* blev ett viktigt läromedel för jurister före och efter 1776. Det vore dock missvisande att beskriva den engelska fastighetsrättens utveckling som helt genomsyrad av individualism. Under äganderättsideologins yta lyckades de redan nämnda kollektiva rättigheterna – så kallade *commons* – att överleva. Exempel på dessa var rätten att ta en viss väg genom en fastighet, rätten att utfodra kreatur på en viss äng eller rätten att dansa runt en majstång en viss tid på året. Dessa *commons* kan betraktas, både historiskt och begreppsmässigt, som en motpol till den individuella äganderätten. Deras vidd och antal minskade kontinuerligt från medeltiden fram till 1800-talet.¹⁰ Den individualistiska äganderättsideologin lyckades dock inte att helt utplåna dem.

I Frankrike, till skillnad från England, avancerade inte äganderättsideologin genom en gradvis anpassning av äldre strukturer till kapitalismens behov. Detta beror delvis på att civil law-traditionen utvecklas enligt dynamiker som skiljer sig från common law, särskilt vad gäller domstolarnas centrala roll som rättsskapare, och

delvis på Frankrikes särskilda historia, där revolutionen hade ambitionen att kapa banden till feodalismen med ett hastigt slag. Det råder ingen tvekan om att äganderätten var en central del av revolutionens värdegrund. 1789 års deklaration om människans och medborgarens rättigheter anger exempelvis i artikel 17 att: “[e]ftersom äganderätten är en okränkbar och helig rättighet, skall ingen berövas den utom när allmänna behov, som har utretts enligt lagen, så kräver och då bara på villkor att ägaren skall ha skäligen kompenserats i förväg. (...)”. En revolution som i många av sina uttryck var ateistisk betecknade alltså äganderätten som ”helig”.

Äganderättens politiska betydelse avtog inte med Napoleon utan fortsatte snarare att växa i styrka. Artikel 544 i 1804 års Code Civil definierade äganderätten som ”rätten att njuta av och disponera över saker på det mest absoluta sättet (...)”. Observera att Portalis, som ansvarade för just detta lagrum, medvetet offrade språklig precision (givetvis kan inget var mer eller mindre absolut än något annat) på den språkliga dramatikens altare. Den exegetiska skolan som dominerade den franska doktrinen under 1800-talet omfamnade äganderättens ideologiska roll. Flera skribenter lyfte inte bara institutets centrala roll inom privaträtten (man kan lugnt påstå att hela Code Civil kretsar kring äganderättsbegreppet) utan också äganderättens moralfrämjande egenskaper. Att äga sågs som ett tecken på flit och ansvarstagande. Idealet om den goda franska medborgaren, som bildas under revolutionen och utvecklas under de efterföljande decennierna, sammanföll i mångt om mycket med ägarbegreppet. Bonus pater familias var, först och främst, en ägare.¹¹

Sammanfattningsvis har sociala och ekonomiska spänningar kring äganderätten stärkt

⁹ Se W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book II, 1 uppl., Oxford, Clarendon Press, 1765–1769 s. 2.

¹⁰ Den akademiska litteraturen om den så kallade *enclosure* rörelsen är extremt omfattande. Se exempelvis G.E. Mingay, *Parliamentary Enclosure in England*, London, Longman, 1997 s. 20 ff. och L. Shaw-Taylor, *Labourers, Cows, Common Rights and Parliamentary Enclosure: The Evidence of Contemporary Comment c. 1760–1810*, in *Past and Present*, n. 171, 2001 s. 96.

¹¹ Se P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, Milano, Giuffrè, 1977 s. 6.

dess politiska roll i England och Frankrike, vilken i sin tur har bidragit till att göra äganderätten till civilrättens kärna. Denna utveckling står i bjärt kontrast till den svenska rättstraditionen. Som bekant definieras äganderätten överhuvudtaget inte i svensk lagstiftning. Det konstitutionella skyddet för äganderätten har visserligen stärkts med tiden, särskilt på grund av EKMR:s inflytande, men språket i 2 kap. 15 § RF kan inte mäta sig, i termer av pompa och ståt, med den franska deklARATIONEN från 1789 eller med Code Civil. Den svenska doktrinen har inte heller fäst särskilt stor vikt vid äganderätten. Detta kan förklaras med rättsrealismens inflytande under 1900-talet, och dess avsky för abstrakta begrepp.

Alternativt kan rättsrealismens framfart i Sverige förklaras med vår rättstraditions historiska preferens för pragmatiska lösningar. Det bör noteras att äganderättens relativt blygsamma roll i svensk rätt inte enbart kan observeras på det retoriska planet utan leder till praktiska konsekvenser. Ett intressant exempel är att svensk rätt, till skillnad från exempelvis fransk eller italiensk rätt, inte lägger någon särskild vikt vid äganderättens övergång när sakrättsliga frågor hanteras.¹²

Som jag nämnde i inledningen, har den ideologiska skillnaden mellan Sverige (eller snarare Norden) och resten av västvärlden vad gäller äganderätten färgat mycket av den inhemska debatten om allemansrätten. Sverige beskrivs, åtminstone implicit, som en avvikelse. I de följande avsnitten är mitt mål att visa att ideologin som historiskt har främjat äganderätten i västvärlden har försvagats och att detta, under de senaste decennierna, har öppnat för regler som främjar allmänhetens tillgång till naturen. Utan

en förståelse för den politiska och rättsliga utvecklingen i resten av västvärlden riskerar vi att missförstå allemansrättens roll, eller åtminstone potentiella roll, i den internationella debatten.

3. Commons: från tragedi till paradigm

Ett användbart lackmustest för att uppskatta hur äganderättsideologin har försvagats i den västerländska kulturen är samhällsvetenskapernas förändrade attityd till *commons*.¹³ Innan 1990-talet hade begreppet onekligen en negativ klang. Detta blev tydligt när termen i slutet av 1960-talet började användas i samband med det mantraliknande uttrycket *tragedy of the commons* (eller allmänningarnas tragedi, på svenska), vilket blev ett paradigm inom ekonomin och andra discipliner.

Tragedy of the commons har sitt ursprung i en kort men mycket inflytelserik artikel som Garrett Hardin publicerade år 1968 i tidskriften *Science*. "Tragedin" som artikeln syftar på är att resurser som begagnas kollektivt (*commons*) oundvikligen kommer att överutnyttjas och därför förstöras. Hardin använde sig av ett målande exempel: flera herdor i en by som nyttjar samma betesmarker. Enligt Hardin, kommer varje herde i en sådan situation att bete sig egoistiskt och maximera antalet kreatur. En viktig del av resonemanget var att en enskild herde, enligt Hardin, inte har någon anledning att lita på sina grannar. Ett återhållsamt nyttjande av resursen kan därför inte löna sig, enligt logiken "om inte jag maximerar min vinst kommer andra att göra det på min bekostnad". Hardin menade med andra ord att själviskhet och ömsesidig misstänksamhet leder kollektiva resurser in i en självdestruktiv spiral. Hardins lösning var att privatisera resursen eller, om resursen inte gick att fördela (exempelvis

¹² Se C. Martinson, *How Swedish Lawyers Think about 'Ownership' – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?*, I: W. Faber-B. Lurger (ed.), *Rules for the Transfer of Movables – A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Munich, Sellier, 2008 s. 69 ff.

¹³ För en bredare diskussion se F. Valguarnera, *Commons: framtid eller rättsligt kätteri?*, I: L. Gipperth, C. Zetterberg (red.), *Vänbok till Jan Darpo och Gabriel Michanek*, Uppsala, Iustus, 2013 s. 521 ff. och där citerade källor.

atmosfären), att reglera dess användning genom offentlighetsrättsliga föreskrifter.¹⁴

Det är inte svårt att förklara teorins framgång. Den föddes i en kulturell miljö vilken definierade moderniteten utifrån dikotomin stat-marknad. Den privata äganderätten och det allmännas befogenhet att skapa regler betraktades som nödvändiga och tillräckliga för att trygga samhällsutvecklingen. Detta var förenligt med dåtidens politiska mittfåra. Den starka tillväxten efter andra världskriget hade möjliggjort ambitiösa välfärdsprogram för att lösa problemen som marknaden själv inte klarade av att hantera. *The tragedy of the commons* var helt i linje med den ideologiska utveckling som uppmärksammats i avsnitt 2 ovan.

Under 1990-talet växte dock intresset för teorier som ifrågasatte "tragedin" och gjorde commons till ett viktigt studieobjekt inom många samhällsvetenskapliga discipliner. Denna positiva uppmärksamhet nådde en symbolisk klimax år 2010, när Elinor Ostrom vann Nobelpriset i ekonomi, huvudsakligen tack vare boken *Governing the Commons* som kastade omkull många av den tidigare teorins premisser och antaganden.¹⁵

För att förstå bakgrunden till denna paradigmatiska kovändning måste vi först och främst inse att äganderättsideologins seger i Europa aldrig blev fullständig. Ingenstans är detta tydligare än i England där commons, mot slutet av 1800-talet, fick politiskt stöd från en liten men stridslysten del av det politiska etablissemanget, vilken lyckades att först sakta ner och sedan helt stoppa enclosure-rörelsen. Denna utveckling kan förklaras av romantikens inställning till naturen. Vildmarken betraktades inte längre som ett hot, något att tillintetgöra för att bereda vägen för

civilisationen, utan som en positiv estetisk upplevelse och en del av nationens kulturarv. Detta perspektiv förstärktes av den omfattande urbaniseringen, särskilt vad gäller Londons ökade storlek under den industriella revolutionen, och av begynnelsen av ett offentligt transportsystem, vilket gjorde det möjligt för invånarna att med enkelhet ta sig utanför staden och njuta av friluftslivet. En stark rörelse för allas "right to roam" växte i intensitet under 1900-talet. Spänningarna mellan friluftslivsföreningarna och fastighetsägarna visade sig särskilt tydligt år 1932, när Workers' Sport Association iscensatte en demonstration på en privatägd höglätt vid Kinder Scout. Protesten utmynnade i en våldsam sammandrabbning med ägarens anställda när dessa försökte fördriva demonstranterna. Den allmänna opinionen visade sitt stöd för friluftslivsföreningarna, vilket efter kriget ledde till att lagstiftning infördes för att främja allmänhetens tillgång till naturen.¹⁶

Synen på naturen som en kollektiv resurs, snarare än en tillgång som är underställd en enskild ägares kontroll har så att säga flutit igenom historien som en underjordisk flod. Ibland har den dykt upp till ytan och påverkat den vetenskapliga och rättspolitiska diskursen. Ekonomer och andra samhällsvetare, med Elinor Ostrom i spetsen, har uppmärksammat olika exempel på fungerande commons, såsom de gemensamma betesmarkerna i den schweiziska byn Törbel och böndernas gemensamma rätt att nyttja vattnet från floden Turia i Valencia-området.¹⁷ Dessa exempel dementerar Hardins spådom om en oundviklig "tragedi" och visar att commons har

¹⁴ Se G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science, 1968 s. 1243 ff.

¹⁵ Se E. Ostrom, *Governing the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

¹⁶ Se M. Shoard, *A Right to Roam*, Oxford, Oxford University Press, 1999 s. 181 och J.L. Anderson, *Britain's Right to Roam: Redefining the Landowner's Bundle of Sticks*, Georgetown International Environmental Law Review, 2007 s. 402. Om den senare utvecklingen se nedan avsnitt 4.

¹⁷ Se Ostrom (1990) s. 63 och 71.

lyckats att överleva i skuggan av äganderättsideologin.

Detta vetenskapliga intresse har utan tvekan stimulerats av flera faktorer. Den mest betydelsefulla är troligtvis det sjunkande förtroendet för både marknaden och välfärdsstaten. Stora marknadsaktörer, särskilt i samband med globaliseringen, betraktas av allt fler som ett betydande hot mot den enskildes välfärd. Samtidigt har återkommande finanskriser försvagat det allmännas förmåga att tillgodose samhällets behov genom beskattning och omfördelning av resurser.

Oavsett hur sanningsenligt man finner detta perspektiv, är dess politiska slagkraft svår att neka. Flera rörelser, på båda sidorna av Atlanten, har gjort commons till en viktig del av sin politiska plattform. Kända exempel är Occupyrörelsen i USA och Indignados i Spanien. I Italien har commons ("beni comuni") blivit en etablerad term i den nationella politiken, särskilt sedan 2011 då en folkomröstning underkände privatiseringen av vattenresurser. Commons uppfyller samma funktion som andra klassiska politiska nyckelord såsom frihet, rättsstat och demokrati: det är ett dynamiskt och formbart begrepp som sammanfattar många olika samhällsmål. Commons används bland annat för att promovera ett ansvarstagande inför kommande generationer, för att kritisera privatiseringar av allmänna resurser och för att diskutera kollektivt engagemang utanför de väletablerade politiska institutionerna.

Sammanfattningsvis har äganderättens status i den västerländska politiska diskursen försvagats medan idén om en kollektiv rätt att nyttja vissa resurser har förstärkts tillräckligt mycket för att påverka rättspolitiska val. Detta gäller särskilt den fria tillgången till naturen för friluftaktiviteter.

4. Den fria tillgången till naturen i Europa

I detta avsnitt kommer jag att visa hur rättsordningar som traditionellt har värnat om fastighetsägarens rätt att utesluta andra med tiden har implementerat lösningar som utvidgar allmänhetens möjligheter att njuta av friluftslivet.¹⁸

Som nämndes i det förra avsnittet, har flera kollektiva rättigheter lyckats överleva i det engelska rättssystemet fram till våra dagar. Resultatet är att engelsk rätt, åtminstone vid en ytlig granskning, ger ett nästan schizofrent intryck. Å ena sidan är *trespass to land* ett starkt verktyg för att skydda fastighetsägarens rätt att utesluta andra från marken, å andra sidan korsas den engelska landsbygden av 188 700 kilometer av *public rights of way*.¹⁹ I avsnittet ovan nämndes att den politiska inställningen till dessa kollektiva rättigheter förändrades i slutet av 1800-talet och under 1900-talet. Den mest ambitiösa lagstiftningen efter andra världskriget var utan tvekan National Parks and Access to the Countryside Act 1949. Ambitionen motsvarades dock inte av en lika hög grad av effektivitet. Lagstiftningen reglerade kartläggningen av befintliga *rights of way* och gav även möjlighet till de lokala förvaltningsmyndigheterna att skapa nya. Lagstiftningens mest innovativa del, del V (section 59 ff.), gav lokala förvaltningsmyndigheter befogenhet att genom överenskommelser med eller order till fastighetsägarna öppna vissa områden för allmänheten för utövning av friluftaktiviteter. Att lägga ansvaret på just de lokala myndigheterna, som ute på landsbygden huvudsakligen kontrollerades av konservativa fastighetsägare,

¹⁸ Ett bidrag som jag har skrivit för antologin M. Graziadei and L. Smith (red.), *Comparative Property Law: Global Perspective*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, och som vid skrivande stund är under publicering, kommer att innehålla en mer utvecklad komparativ diskussion om allmänhetens rätt att njuta av naturen på annans mark.

¹⁹ Se A. Sydenham, *Public Rights of Way and Access to Land*, 4 uppl., Bristol, Jordan Publishing, 2010 s. 1.

visade sig dock vara ett misstag. Myndigheternas passivitet innebar att ytterst få områden faktiskt öppnades för allmänheten.²⁰ Ett bättre resultat uppnåddes genom Commons Registration Act 1965. Målet med denna lag var att inskriva befintliga commons och så kallade "village greens" i ett särskilt register och på så vis bevara dem för framtiden. Lagstiftarens syfte var däremot inte att skapa nya områden där allmänheten kunde njuta av friluftslivet och än mindre att deklarerat någon generell "right to roam" i den engelska landsbygden.

Ett genombrott åstadkoms först år 2000 i och med Countryside and Rights of Way Act (CRoW). Den nya lagstiftningen sammanfattades på följande sätt av den dåvarande miljöministern Michael Meacher inför parlamentet:

"This is an historic Bill. It finally achieves the aims and aspirations of the great post-war Labour legislation, the National Parks and Access to the Countryside Act 1949, and it fulfils the yearnings of the British people, expressed often dramatically over the past century, for full rights of access to the beauties of our countryside to which we are all heir. It fulfils the Government's manifesto commitments not only to offer all people greater freedom to explore the open countryside, but – and just as importantly – to strengthen protection of our national heritage. It finally brings to reality the dream of Lloyd George that nobody should be a trespasser in the land of their birth."²¹

CRoWs främsta nyhet var att engelska fastigheter nu kunde fördelas i två huvudsakliga kategorier: så kallad access land, och områden där common laws allmänna regler, inklusive trespass to

land, fortfarande gäller. Enligt section 1, omfattar begreppet "access land": 1) alla områden som anges i en särskild karta som "open country" (ett begrepp som syftar på berg, hedlandskap, ljungedar och "downland", det vill säga det kullandskap som kännetecknar särskilt södra England), 2) commons som registrerats enligt Commons Registration Act 1965, 3) områden som befinner sig mer än 600 meter över havet och 4) fastigheter som ägaren själv har tillägnat allmänheten.

Allmänheten har rätt att beträda access land²² med några begränsningar som anges i schedule 1 och 2. Vissa av dessa begränsningar liknar (men är inte identiska med) dem som gäller för den svenska allemansrätten. Exempelvis undantar Schedule 1 fastigheter som har odlats under de föregående tolv månaderna eller områden som ligger inom en radie av tjugo meter från en byggnad, en trädgård, en golfbana och fastigheter som används för att träna kapplöpningshästar. En viktig skillnad mellan den engelska rätten att beträda access land och allemansrätten är att Schedule 2 uttryckligen utesluter alla verksamheter som har ett kommersiellt syfte. Den bakomliggande principen är möjligtvis en kvarleva av den starka äganderättsideologi som betraktade förhållandet mellan egendom och ägare som något nästan heligt. Fastighetsägaren må få stå ut med förbipasserande fotgängare men han förblir det enda subjektet som får profitera ekonomiskt på sin tillgång. Som bekant har istället Sveriges Högsta domstol inte uteslutit ett kommersiellt nyttjande av allemansrätten, åtminstone inte i den mån verksamheten inte innebär störningar för ägaren som överstiger toleranspunkten.²³ Ytterligare en skillnad är att marken i England, till skillnad från i Sverige,²⁴ inte presumeras vara tillgänglig för

²⁰ Se Shoard (1999) s. 190.

²¹ Se *House of Commons Debates*, vol. 346, col. 720, 20 mars 2000.

²² Section 2 (1).

²³ NJA 1996 s. 495.

²⁴ Se Åslund (2008), s. 238.

allmänheten. På de områden som inte täcks av CRoW gäller fortfarande trespass to land.

Den engelska reformen från år 2000 gav inte allmänheten rätten att plocka bär eller svamp. Tvärtom inskränktes snarare denna typ av rättighet. Theft Act 1968 section 4(3) utesluter nämligen straff för den som plockar bär och liknande produkter om det inte görs för ett kommersiellt syfte. Detta innebär att den som använder sig av en "right of way" (det vill säga utanför CRoWs tillämpningsområde) kan plocka blåbär vid vägkanten utan att begå ett brott. CRoW Schedule 2 begränsar på olika sätt vad allmänheten får göra på access land. Allmänheten får inte plocka "any plant, shrub, tree or root or any part of a plant, shrub, tree or root". De som inte respekterar förbuden i Schedule 2 gör sig skyldiga till trespass. De får dessutom inte komma tillbaka till fastigheten inom 72 timmar.²⁵ Detta till trots är det svårt att inte känna en fascination för Englands extraordinära utveckling vad gäller allmänhetens rätt att njuta av friluftslivet på privat mark.

Utvecklingen i Frankrike har inte varit lika radikal som i England, men även där har i flera hänseenden markägarnas befogenheter begränsats till förmån för allmänhetens intresse av att njuta av friluftslivet. Ett viktigt verktyg utgörs av de så kallade *servitudes d'utilité publique*. Det handlar om undantag från fastighetsägarens rätt att utesluta andra, vilka kan skapas genom lagstiftning för att främja allmänna intressen (artikel 649 och 650 Code Civil). De senaste decennierna har detta rättsinstitut använts flitigt för att öka allmänhetens möjligheter att njuta av friluftslivet. Ett intressant exempel utgörs av artikel L160-6 av Code de l'urbanisme (1976), enligt vilken allmänheten njuter av en tre meter bred *servitude d'utilité publique* längs strandkanten på privata fastigheter. År 1986 utvidgades denna "longitudinella" rätt med ett "transversellt" ser-

vitut som den offentliga förvaltningen har möjlighet att inrätta för att ge allmänheten möjlighet att beträda stigar och vägar på privat mark i syfte att nå stränderna (artikel L160-6-1 Code de l'urbanisme). En liknande lösning anges i Code du tourisme (artikel L342-20) vad gäller allmänhetens möjligheter att ta del av bergslandskapet. En *servitude d'utilité publique* kan skapas till förmån för lokala myndigheter med syftet att låta bygga skidanläggningar och möjliggöra allmänhetens tillgång till andra friluftsvksamheter såsom bergsklättring.²⁶

Artiklar L161-1 och följande av Code rural reglerar så kallade *chemins ruraux* (landsvägar). Det handlar om vägar och stigar i landsbygden som presumeras tillhöra kommunen så länge allmänheten nyttjar dem. Detta innebär att en stig på privat mark i praktiken kan beträdas utan ägarens tillåtelse under förutsättning att allmänheten använder sig av den med viss kontinuitet. En intressant utveckling ägde rum år 2006, när den franske lagstiftaren tillade en ny del (titel VII i tredje boken) i Code de l'environnement med rubriken "accès à la nature". Artikel L361-1 ger de franska departementen uppdraget att rita en karta med alla stigar och vägar som kan användas för att promenera och vandra. I kartan ingår bland annat de ovannämnda landsvägarna, stigar som leder till havet och privata vägar som allmänheten kan beträda i enlighet med särskilda överenskommelser mellan fastighetsägare och det allmänna.

Ytterligare en viktig aspekt för friluftslivet i Frankrike är möjligheten att nyttja forsar och andra vattendrag. I fransk rätt måste en skiljelinje dras mellan vattendrag som klassas som *domaniaux*, på grund av deras betydelse för navigering och bevattning, och de som anses vara

²⁵ Section 2(4).

²⁶ Se O. De la Robertie, *Sports de pleine nature et propriété privée*, I: *Sports de pleine nature et protection de l'environnement*, Limoges, PULIM, 2000 s. 148–149.

non domaniaux. Vattendrag av den förstnämnda typen tillhör staten även när de rinner igenom en privat fastighet. De är därför öppna för allmänheten. Dessutom får allmänheten beträda en 3,25 meter bred stig på varje strandkant (*servitude de marchepied*). Regleringen är något mer svårtolkad vad gäller vattendrag som klassas som *non domaniaux*. Fastighetsägaren äger flodbädden och stränderna, men inte själva vattnet. Code de l'environnement artikel L210-1, som har sitt ursprung i en äldre lag från 1992, stadgar att "[v]attnet är en del av nationens gemensamma egendom". Artikel L214-12 tillåter dessutom navigationen på dessa vattendrag så länge den inte är motordriven. En *servitude de marchepied* är inte tillgänglig, men praxis verkar tillåta att kanotister som använder sig av dessa vattendrag förtöjer vid flodstranden om det är nödvändigt (*force majeure*).²⁷

I Italien har allmänhetens möjligheter att beträda privata fastigheter för att njuta av friluftslivet gett upphov till en spännande debatt. Det råder ingen tvekan om att en majoritet av den italienska doktrinen nekar till att en motsvarighet till den svenska allemansrätten existerar. Denna tolkning bekräftades av den italienska Högsta domstolen (Corte di Cassazione) år 1999.²⁸ Denna bild kan dock problematiseras. Delar av den italienska doktrinen, så tidigt som på 1970-talet, lade fram övertygande argument till fördel för en *diritto di accesso alla natura*. Den välkända komparatisten Rodolfo Sacco visade exempelvis att det finns områden i den italienska rättstraditionen där friluftslivintresset i praktiken väger tyngre än fastighetsägarens rätt att utesluta andra. Regleringen gällande plockande av svamp och tryf-

fel verkar till exempel förutsätta allmänhetens rätt att beträda någon annans fastighet.²⁹ Dessutom finns ett uttryckligt undantag i den italienska civilkoden (*Codice civile*) vad gäller jakt.³⁰ Jakträtigheterna är nämligen inte knutna till fastigheterna. Jägare har en rätt att ta sig in på annans fastighet under förutsättning att marken inte har inhägnats i enlighet med jaktlagstiftningen. Vissa skribenter menar att det är konstitutionellt problematiskt att tillåta jägare men inte andra att beträda privat mark för att njuta av friluftslivet.³¹ Författningsdomstolen (*Corte costituzionale*) har dock förkastat denna tes i en starkt kritiserad dom från år 1976.³²

De senaste åren har bjudit på en revitalisering av frågan som ett led i en bredare debatt om commons (se avsnitt 3). Särskilt intressant är utvecklingen från och med år 2007. Det året inrättade justitiedepartementet en kommitté, vars ordförande var den inflytelserike professorn Stefano Rodotà, för att reformera regleringen av offentlig egendom i civilkoden. Kommittén bearbetade ett förslag som bland annat omfattade en helt ny kategori av offentlig egendom: så kallade *beni comuni* (termen motsvarar engelskans *commons*). Enligt kommittén kännetecknas *beni comuni* av att de är tillgängliga för alla. Särskilt intressant är att det spelar föga roll om resursen ägs av ett privat subjekt eller av det allmänna. En resurs anses vara en *bene comune* om den behövs för att tillfredsställa fundamentala rättigheter eller för att tillförsäkra människans fria utveckling. Förslaget angav dessutom en icke uttömmande katalog med resurser som ansågs falla under denna definition: floder, forsar och deras källor,

²⁷ J.-P. Mounet, J.-M. Darolles, *Le tourisme des sports d'eau vive, un exemple d'organisation des sports de nature entre local et national*, I: C. Sobry (red.), *Le tourisme sportif*, Paris, Presses universitaires du Septentrion, 2004 s. 292.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 27 augusti 1999, n. 8997, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, Parte I s. 352.

²⁹ Se R. Sacco, *Il sistema delle fonti ed il diritto di proprietà*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970 s. 435.

³⁰ Artikel 842.

³¹ R. Cecchetti, *Accesso alla natura e accesso alla proprietà*, *Il Foro italiano*, 1977 s. 592.

³² Corte cost., 25 mars 1976 nr. 57, *Foro italiano*, 1976, I, kolumn 1794 ff.

sjöar och andra vattenresurser, luften, parker enligt vad som definieras i lag, skogar och skogsområden, bergsområden på hög höjd, glaciärer och evig snö, stränder och kustområden som är naturreservat, vilda djur och skyddade växter, arkeologiska, kulturella och miljörelaterade resurser samt andra landskapsområden.³³

Kommitténs förslag antogs inte av lagstiftaren, huvudsakligen på grund av politiska omvälvningar. Det lyckades dock att bli inflytelserikt genom praxis. År 2011 meddelade Italiens högsta domstol (*Corte di cassazione*) en serie mer eller mindre identiska domar som berörde den rättsliga statusen av de så kallade *valli da pesca*, gamla saltvattendammar som är avgränsade från den venetianska lagunen med inhägnader. Domstolen använde sig av samma resonemang som Rodotà-kommittén och menade att vissa resurser, oavsett om de ägs av det allmänna eller av privata subjekt, måste betraktas som "gemensamma" (*comuni*) eftersom de är funktionellt knutna till "alla medborgares intressen".³⁴ Eftersom relativt lite tid har gått sedan domstolens starka ställningstagande är det fortfarande oklart i vilken utsträckning *beni comuni* kommer att främja allmänhetens tillgång till naturen för att njuta av friluftslivet. Denna nya kategori är dock utan tvekan ett viktigt avsteg från den traditionella individualistiska synen på äganderätten.

³³ Rodotà-kommitténs förslag kan hittas på det italienska justitiedepartementets hemsida: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previousPage=mg_1_12&contentId=SP547617 (senast besökt den 23 december 2015). Kommitténs arbeten har publicerats i U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, *I beni pubblici – Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, Scienze e Lettere, 2010.

³⁴ Cass. civ., S.U., 14–18 februari 2011 nr. 3665, 3811, 3812, 3813, 3936, 3937, 3938 och 3939.

5. Allemansrätten som inspirationskälla

I det förra avsnittet har vi noterat att flera rättssystem med åren har gjort mer eller mindre betydelsefulla avsteg från ägarens traditionella rätt att utesluta andra från sin fastighet. Det vore gravt missvisande att presentera denna utveckling som en transplantation av den nordiska allemansrätten eller som direkt inspirerad av denna. Historiska och sociala faktorer spelar en viktigare roll. Det är dock intressant att konstatera att flera utländska skribenter har uppmärksammat allemansrätten som en värdefull modell. Detta gäller i första hand debattörer som stödjer en rättslig förändring i sina egna länder. Exempelvis åberopade Ramblers' Association i England allemansrätten som ett exempel på fungerande "right to roam" innan den engelska reformen år 2000.³⁵ År 1999 publicerade dessutom Marion Shoard, en miljörättsaktivist, en inflytelserik bok med titeln *A Right to Roam* där hon pläderade för en reform av den engelska rätten. I boken ger Shoard en utförlig beskrivning av allemansrätten och kontrasterar den svenska (och norska) öppenheten mot dåtidens rättsläge i England.³⁶

Allemansrätten har även lyfts i akademiska kretsar för att problematisera den traditionella bilden av äganderätten. Ett intressant exempel erbjuds av den kanadensiska forskaren Larissa Katz (University of Toronto) som i en uppmärksam artikel från 2008 kritiserar de två främsta analysmodellerna som tillämpas på äganderätten inom common law-familjen. Den första är synen på äganderätten som en "bundle of rights", som utvecklats av bland andra Hohfeld. Enligt denna modell är äganderätten ett knippe rättigheter som tillfaller ägaren och som historiskt utformas huvudsakligen genom domstolspraxis. Detta synsätt har länge varit dominerande särskilt på grund av rättsrealismens influens. Som Katz ut-

³⁵ Se Shoard (1999), s. 300.

³⁶ Se a.a. s. 261 ff.

trycker saken, är detta perspektiv "not a concept that constrains judges in the resolution of use conflicts but, on the contrary, the output of a judicial balancing of uses, the sticks that a court has handed out in a particular case after comparing the efficiency or utility of conflicting uses."³⁷

"Bundle of rights"-modellen har utsatts för hård kritik sedan slutet av 1900-talet på grund av dess oförmåga att över huvud taget erkänna existensen av ett övergripande äganderättsbegrepp i den rättsliga diskursen. Intressant nog, verkar kritikerna stödja en moderniserad variant av den blackstonianska idén att äganderättens kärna utgörs av ägarens rätt att utesluta andra. Denna teori, som Katz benämner "boundary approach", kan också kritiseras. Katz menar att den har meriten att ange en stabil grund för äganderätten men att den inte kan användas för att diskutera rättsinstitutets innehåll. Ägaren är helt enkelt "the last man standing", den enda individen som inte kan uteslutas från resursen.

Katz teoretiska förslag bygger på iakttagelsen att "the boundary approach" bygger på ett grundläggande fel, nämligen att begreppet exklusiv rätt ("exclusive right") sammanblandas med ägarens rätt att utesluta andra ("right to exclude"). Katz menar att äganderätten, såsom suveräniteten, är en exklusiv rättighet som inte nödvändigtvis innebär en rätt att utesluta andra från det berörda objektet. Äganderättens exklusivitet innebär snarare att ägaren befinner sig i en särskild ställning och kan "set the agenda for the resource".³⁸ Äganderätten kräver således inte att utomstående håller sig borta från resursen utan snarare att de förhåller sig till ägarens "agenda". Katz vänder sig till allemansrätten som en praktisk illustration av sin "agenda-modell". Allemansrätten tillåter allmänheten att

beträda en fastighet för att njuta av friluftslivet så länge som ägarens planer för fastigheten respekteras. Allmänheten får exempelvis inte beträda en plantskola eller en nysådd åker. Inte heller får allmänheten inkräkta på hemfridszonen runt exempelvis en villa som ägaren har låtit bygga på fastigheten. Katz påpekar vidare att "agenda-modellen" är kompatibel med det anglo-amerikanska *trespass*-institutet och citerar både amerikanska och kanadensiska fall där begreppet *trespass* har tolkats i ljuset av ägarens faktiska användning av marken.³⁹ Inom ramen för denna artikel är det inte möjligt att illustrera detaljerna i Katz fascinerande analys. Det är tillräckligt att notera att allemansrätten används framgångsrikt för att kritisera traditionella antaganden om äganderätten och för att problematisera begrepp som utgör common law-familjens pulserande hjärta.

En liknande kritisk funktion har allemansrätten uppfyllt även i civil law-traditionen. Jag är här tvungen att framhålla min egen bok *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, vilken kom ut i en andra upplaga år 2013 och som baseras på den avhandling som jag försvarade vid Università degli Studi di Firenze år 2007. Boken är en komparativ studie om allemansrätten som skrevs med en italiensk jurists ögon. En viktig poäng med boken var att nyansera den rätt för ägaren att utesluta andra som framhålls i italiensk, fransk och engelsk rätt. Särskilt starkt reagerade jag på utlåtanden, exempelvis från den italienska Corte di Cassazione (Högsta domstolen), som grundade sig på idén att äganderätten förutsätter rätten att utesluta andra från resursen. Jag menade att domstolen felaktigt betraktade ägarens *jus excludendi* som ett binärt begrepp, ett val mellan svart och vitt, något som dessutom inte rimmade väl med äldre praxis. Som vi redan har haft tillfälle att notera har dock domstolen på senare

³⁷ Se L. Katz, *Exclusion and Exclusivity in Property Law*, 58 U. Toronto L.J. 275 (2008) s. 276.

³⁸ Se a.a. s. 277–278.

³⁹ Se a.a. s. 298 ff.

tid välkomnat begreppet "beni comuni".⁴⁰ På ett snarlikt sätt har den franska skribenten Frédérique von Plauen diskuterat allemansrätten som ett exempel på en möjlig kompromiss mellan allmänhetens intresse av att njuta av friluftslivet och den privata äganderätten.⁴¹

Sammanfattningsvis kan vi observera att rättsordningar som tidigare var stadigt förankrade i en individualistisk syn på äganderätten har blivit mer mottagliga för allmänhetens intresse att beträda privat mark för att njuta av friluftslivet. Denna konvergens, som vi har sett, sker på olika nivåer i olika rättsordningar. I vissa fall, som i England, har lagstiftaren tagit en tydlig ställning medan i andra, som exempelvis Italien, har doktrin och praxis fört bollen framåt. I dessa system uppfyller den nordiska allemansrätten en viktig roll i den politiska och akademiska debatten. Allemansrätten upplevs inte i denna kontext som en jobbig relik eller som en fin, men något dammig tradition (beroende på läsarens

personliga uppfattning), utan som en bättre och mer raffinerad äganderättsmodell än de som vanligtvis framhålls i en stor del av den västerländska rättstraditionen. Poängen med denna slutsats är inte en invit till svenska jurister att slå sig på det patriotiska bröstet, utan snarare att uppmana dem att ta hänsyn till perspektiv som ofta inte nämns i den nationella debatten. Genom att studera allemansrätten utifrån ett brett västerländskt perspektiv kan svenska jurister lära sig något nytt om sin egen rättsordning. Det är ett intellektuellt förhållningssätt som är typiskt för komparativa studier och som kan liknas vid att prata om svensk kultur med en utländsk turist. Ofta missförstår eller misstolkar turisten våra seder och traditioner, men nästan lika ofta kommer hon med insikter och perspektiv som öppnar nya horisonter och belyser aspekter av vår vardag, som vi tidigare hade betraktat som banala och ointressanta, med ett spännande skimmer.

⁴⁰ Se F. Valguarnera, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, 2 uppl., Torino, Giappichelli, 2013, passim.

⁴¹ Se F. Von Plauen, *Accès à la nature: droit virtuel ou droit réel?*, AJDA, 2005 s. 1984 ff.

Hur säkert är det att bedriva ekologiskt jordbruk? Om samexistens i jordbrukslandskapet

Charlotta Zetterberg*

Inledning

Bland konsumenter finns ett intresse av att veta hur de livsmedel som finns på marknaden har producerats och beroende på detta kunna göra medvetna val. Lagstiftningen backar upp detta val genom t.ex. regler om produktmärkning för ekologiska produkter respektive GMO-produkter. En förutsättning för produktmärkningen är att jordbruksformerna hålls åtskilda så att såväl det konventionella som det ekologiska jordbruket slipper inblandning av "GMO"¹ i sina odlingar och att det ekologiska jordbruket inte blir omfattat av kemiska bekämpningsmedel som sprids på närliggande marker. Vid spridning/inblandning kan ekonomiska förluster uppstå för de jordbruksformer som bedrivs med åtaganden om att hålla fritt från GMO respektive bekämpningsmedel, varvid förutsättningarna för att bedriva dessa jordbruksformer blir sämre och konkurrensneutraliteten hotas.²

* Det känns särskilt roligt att få lämna ett bidrag till denna festskrift tillägnad Bertil Bengtsson då Bertil haft stor betydelse för att väcka mitt intresse för miljörättsämnet som sådant. Bl.a. tillhör Bertils författarverk de mest frekventerade referenserna i min första hopknäpade miljörättspromemoria. Den handlade om allemansrätt och orienteringstävlingar och innehöll så många referenser till festföremålet att vederbörande t.o.m. blev ett begrepp inom familjen. "Jaha, och vad skulle Bertil Bengtsson säga om det då?" kunde det låta när jag förväntades bemöta något argument med något insiktsfullt miljörättsligt i diskussionerna vid köksbordet.

¹ GMO är en förkortning för genetiskt modifierad organism.

² Jfr preambeln, p.3 i Kommissionens rekommendation av den 13 juli 2010 om riktlinjer för utarbetandet av na-

Syftet med denna uppsats är att mot bakgrund av miljömål, såsom att biologisk mångfald ska bevaras och att en giftfri miljö ska uppnås, diskutera förutsättningarna för att bedriva ett ekologiskt jordbruk genom att ta reda på hur samexistensen mellan de olika jordbruksformerna regleras.³ Begreppet samexistens har från början använts i samband med hur introduktioner av GM-utsäde på marknaden ska hanteras men får alltså här en vidare betydelse.⁴ Åtgärder för att "ordna upp" samexistensen mellan de olika jordbruksformerna kan vara såväl direkta krav på t.ex. skyddsavstånd (buffertzoner) som indirekta krav t.ex. om produktmärkning. Samexistens mellan jordbruksformer betraktas ofta som ett problem som ska lösas på lokal nivå med regler om ansvar och skadestånd sedan spridning/inblandning redan skett. Här kommer istället och företrädesvis de krav som gäller inför marknadsföring av GM-utsäde respektive växtskyddsmedel att belysas och i vad mån dessa regler innehåller något i syfte att lösa samexistensproblem.

tionella samexistensåtgärder för att undvika oavsiktlig förekomst av genetiskt modifierade organismer i konventionella och ekologiska grödor. EUT C 200/01.

³ 1kap. 1§ miljöbalken. Se vidare <http://www.sou.gov.se/m-201004-miljomalsberedningen/sveriges-miljomal/> (2016-03-22). Andra relevanta miljömål är begränsad klimatpåverkan, ingen övergödning, grundvatten av god kvalitet och ett rikt odlingslandskap. Nilsson, J, "Jordbruket och de svenska miljömålen", i Jordbruk som håller i längden, Formas rapport 2010, http://www.formas.se/PageFiles/2314/jordbruk_som_haller_i_langden.pdf, s. 231.

⁴ <https://www.timeshighereducation.co.uk/news/mission-to-produce-guidelines-on-issue-of-gmo-crop-coexistence/175155.article> (2015-12-02).

Uppsatsen behandlar genetiskt modifierade jordbruksgrödor och inte GMO i allmänhet och när det konventionella jordbruket behandlas är det dess användning av kemiska bekämpningsmedel som är i fokus.

Olika odlingsmetoder och risk för spridning

Jordbrukarens frihet att odla vad denne önskar på sin mark, är en av grundstenarna i ett samhälle baserat på fri äganderätt. Äganderättens omfattning och innehåll är emellertid inte statistiskt utan kan ändras allteftersom det kommer ny lagstiftning och nya regler. Enligt grannrätten har en markägare inte rätt att använda sin egendom på ett sätt som orsakar skada på grannfastigheten. När olika typer av jordbruk bedrivs intill varandra kan störningar och skador av olika slag uppstå. Inom politiken skiljs ofta på konventionellt, GMO inriktat och ekologiskt jordbruk. Det konventionella jordbruket använder normalt handelsgödsel och kemiska bekämpningsmedel medan det ekologiska jordbruket använder mycket begränsade mängder av desamma⁵ alternativt ersätter de här två produktionsmedlen med alternativa metoder. Det kan vara svårt att skydda ekologiska odlingar från kemiska bekämpningsmedel överlag men särskilt från användning på närliggande odlingar. Bekämpningsmedel sprids i naturen (de kan transporteras långa sträckor i luften) och vissa såsom DDT kan finnas kvar länge.⁶

Likaså kan det som konventionell eller ekologisk jordbrukare vara svårt att skydda sig mot

⁵ Jfr Kommissionens förordning (EG) nr 889/2008 av den 5 september 2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter med avseende på ekologisk produktion, märkning och kontroll, L 250/1, p. (5) och (6).

⁶ Se vidare <http://www.naturvardsverket.se/Sa-mar-miljon/Manniska/Miljogifter/Organiska-miljogifter/Bekampningsmedel/> (2015-12-02).

GMO-jordbruket då genetiskt modifierade grödor av egen kraft kan spridas till omgivande odlingar, något som också hänt i praktiken.⁷ Hittills har man genmodifierat grödor av främst två anledningar, antingen för att göra grödorna tåliga mot ogräsbekämpningsmedel eller för att göra dem motståndskraftiga mot skadeinsekter. GM-grödor som är tåliga mot bekämpningsmedel överlever besprutningar av bekämpningsmedel medan man på det sättet får bort ogräs. Dessa GM-grödor förutsätter alltså att bekämpningsmedel också ska användas och kritiker menar därför att detta riskerar låsa fast jordbruket i ett kemikalieberoende.

Än så länge är det konventionella jordbruket förhärskande inom EU och GMO-jordbruket är mycket marginellt. Markarealen med ekologiskt jordbruk inom EU fördubblades mellan åren 2001 och 2011 men utgör i genomsnitt fortfarande bara lite över 5 %.⁸ I Sverige har det ekologiska jordbruket varit på frammarsch, 2014 var knappt 17 % av jordbruket certifierat ekologiskt, men arealökningen har under de senare åren stagnerat.⁹

Övergripande om EU:s jordbrukspolitik och rättsläget

EU:s gemensamma jordbrukspolitik, "common agricultural policy", (CAP) framgår av artikel 39 i Funktionsfördraget. Målet är att höja produktivi-

⁷ Binimelis, R., Coexistence of plants and coexistence of farmers : is an individual choice possible?, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 2008, DOI 10.1007/s10806-008-9099-4. Jfr också mål C-442/09, *Bablok m.fl. mot Freistaat Bayern*, REG 2011, s. I-07419 (förhandsavgörande). Spridningsrisken utvecklas och sammanställs i Jacobson K., och Wahlberg, K., *Lantbruk på lika villkor – om samexistensen mellan GMO-fritt lantbruk och lantbruk som använder GMO*, SLU, Centrum för ut hålligt lantbruk, 2006, s. 38ff.

⁸ <http://www.fibl.org/en/themes/organic-farming-statistics.html> (2016-03-31).

⁹ <http://www.jordbruksverket.se/5.7d6c029014db-48f524aa99bf.html> (2016-03-31).

teten genom att främja tekniska framsteg, trygga en rationell utveckling av jordbruksproduktionen, stabilisera marknaderna m.m. och särskild hänsyn ska tas till de som arbetar inom jordbruket och till att konsumenterna har tillgång till varor till skäliga priser. CAP refererar således inte till att jordbruksutvecklingen ska vara hållbar eller till några miljömål över huvud taget.¹⁰ Detta är anmärkningsvärt inte minst mot bakgrund av att jordbrukslandskapet är en viktig livsmiljö för omkring hälften av Europas växter och djur.¹¹ På senare år har kommissionen visat ett större intresse för att inslaget av det ekologiska jordbruket ska öka. Kommissionen framhåller att det ekologiska jordbruket (organic farming) i jämförelse med det konventionella jordbruket har positiva effekter ur miljösynpunkt. Några positiva effekter som lyfts fram är att de ekologiska produktionsmetoderna gynnar växter, fåglar och insekter och därmed den biologiska mångfalden. Produktionen gynnar vatten- och jordkvaliteten genom användningen av organiska gödselmedel och genom att växelbruk tillämpas.¹²

Det finns förslag på att ändra EU-reglerna för ekologisk jordbruksproduktion. I linje med

EU:s nya gemensamma jordbrukspolitik, 2020 CAP¹³, föreslås att hinder för utvecklingen av ekologisk produktion ska undanröjas, att lagstiftningen ska förbättras för att garantera en rättvis konkurrens för jordbrukare och producenter och för att förbättra en fungerande inre marknad samt att konsumenternas förtroende för ekologiska produkter ska bibehållas och förbättras.¹⁴

Sedan Lissabonfördraget har EU och medlemsstaterna delad befogenhet på jordbruksområdet vilket innebär att medlemsstaterna har lagstiftningsmakt på jordbruksområdet i den utsträckning unionen inte har utövat sin befogenhet.¹⁵ EU har ingen bindande lagstiftning om samexistens mellan de olika jordbruksformerna utan låter medlemsstaterna i enlighet med subsidiaritetsprincipen och mot bakgrund av specifika nationella, regionala och lokala förhållanden detaljreglera samexistensen.

De tre olika jordbruksformerna regleras i EU-rätten och den svenska rätten med delvis gemensamma regler och delvis åtskilda regler. Trots det marginella inslaget av GMO-jordbruk inom EU finns omfattande reglering på området, framför allt genom en förordning om genetiskt modifierade livsmedel och foder och ett direktiv om utsättning av GMO (utsättningsdirektivet) vilka fastställer en rättslig ram om godkännande av GMO som ska användas för att odlas i unionen som utsäde eller annat växtföröknings-

¹⁰ Jans, J., H., och Vedder, H., H., B, *European Environmental Law After Lisbon*, Europa Law Publishing, 2012, s. 86f. Se dock artikel 11 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) som anger att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling (den s.k. integrationsprincipen).

¹¹ Rundlöf, M., Lundin, O., & Bommarco, R., *Växtskyddsmedlens påverkan på biologisk mångfald i jordbrukslandskapet*, CKB rapport 2012:2, s. 25.

¹² Se t.ex. vid 2.6.4, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on organic production and labelling of organic products, amending Regulation (EU) No XXX/XXX of the European Parliament and of the Council [Official controls Regulation] and repealing Council Regulation (EU) No 834/2007/*SWD/2014/065 final*/ och http://ec.europa.eu/agriculture/organic-farming/what-is-organic-farming/producing-organic/index_en.htm (2015-12-02).

¹³ http://ec.europa.eu/agriculture/policy-perspectives/policy-briefs/05_en.pdf

¹⁴ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on organic production and labelling of organic products, amending Regulation (EU) No XXX/XXX of the European Parliament and of the Council [Official controls Regulation] and repealing Council Regulation (EU) No 834/2007/*SWD/2014/065 final*, s. IV.

¹⁵ Artikel 2 och 43 FEUF.

material.¹⁶ Bakgrunden till den jämförelsevis omfattande regleringen är att GMO-jordbruket har mött motstånd av en stark opinion som resulterat i att sträng lagstiftning med förprovning och krav på miljöriskbedömning innan en GMO kommer ut på marknaden finns på plats.

Utsättning av GM-grödor och samexistens

Den som ska släppa ut ett GM utsäde på marknaden måste ansöka om tillstånd. Ansökan kan lämnas till behörig myndighet i vilket EU-land som helst men beslutet om tillstånd genomförs av EU-kommissionen efter ett omröstningsförfarande.¹⁷ Sökanden, dvs företaget, ska utreda risker i en miljöriskbedömning och bl.a. lämna uppgifter om GMO:ns interaktioner med miljön och i samband med detta ta hänsyn till olikheter mellan platser där utsädet ska användas.¹⁸ Som huvudregel innebär ett medgivande till att släppa ut GM utsädet på marknaden att medlemsstaterna, i den mån produkten uppfyller kraven i direktivet, inte får förbjuda, begränsa eller hindra att produkten släpps ut på marknaden.¹⁹ Tillstån-

det innebär alltså att GM utsädet ska kunna odlas var som helst inom unionen, om inga särskilda villkor utfärdas. Ett tillstånd får förenas med särskilda villkor för användning och krav i fråga om skydd av särskilda ekosystem och/eller geografiska områden.²⁰

Enligt artikel 26a i utsättningsdirektivet får medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att förhindra oavsiktlig förekomst av GMO i andra produkter.²¹ Sedan början av 2000-talet finns rekommendationer som är utfärdade av kommissionen och som är tänkta att utgöra allmänna principer för att utarbeta nationella åtgärder i syfte att undvika oavsiktlig förekomst av GMO i konventionella och ekologiska grödor.²² Medlemsstaterna får enligt dessa, i områden där GMO odlas, definiera lämpliga åtgärder (samexistensåtgärder) för att tillåta konsumenter och producenter att göra ett val mellan konventionell, ekologisk och GMO produktion. Målet med samexistensåtgärderna är att undvika

¹⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1829/2003 av den 22 september 2003 om genetiskt modifierade livsmedel och foder, EGT L 268/1 (förordningen om livsmedel och foder) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/18/EG av den 12 mars 2001 om avsiktlig utsättning av genetiskt modifierade organismer i miljön och om upphävande av rådets direktiv 90/220/EEG, EGT L 106/1 (utsättningsdirektivet).

¹⁷ Man kan ansöka om tillstånd med stöd av såväl utsättningsdirektivet som förordningen om livsmedel och foder. Beslut om tillstånd fattas av EU:s medlemsländer gemensamt (kvalificerad majoritet). Se närmare om beslutsproceduren i t.ex. Lehrman, A. (red.). 2014. Framtidens mat – om husdjursavel och växtförädling, Uppsala, SLU ISBN 978-91-981907-0-0, s. 70f.

¹⁸ Artikel 13 utsättningsdirektivet. För att släppa ut vissa GMO på marknaden måste utredas hur de kommer att interagera med miljön, bilaga IIIA (IV), utsättningsdirektivet. Jfr artikel 17 förordningen om livsmedel och foder.

¹⁹ Artikel 22, utsättningsdirektivet. Jfr också t.ex. artikel 7 förordningen om livsmedel och foder. Medlemsstater kan göra gällande den s.k. miljögarantin i artikel 114 FEUF för att behålla eller införa strängare regler, men bedömningen när detta är möjligt är restriktiv. Se t.ex. de

förenade målen C-439/05 P och C-454/05 P där Österrike ville införa förbud mot användning av GMO inom en delstat med motivet att delstaten har småskaliga jordbrukssystem och stor andel av ekologiskt jordbruk och att samexistens med GMO-odlingar därför inte fungerar. Se också Zetterberg, C., "Garanterat svärfångat" om enskilda länders handlingsutrymme och den så kallade miljögarantin, *Europarättslig tidskrift* nr 3/2007, s. 513 ff.

²⁰ Artikel 19, utsättningsdirektivet respektive artikel 4 och 16 i förordningen om livsmedel och foder.

²¹ I Bodiguel, L, m.fl. "Coexistence of Genetically Modified, Conventional, and Organic Crops in the European Union: National Implementation", i *The Regulation of Genetically Modified Organisms Comparative Approaches*, (red. Bodiguel and Cardwell), Oxford 2010, s. 163–197, beskrivs närmare utvecklingen av sådana åtgärder i Italien, Spanien, Frankrike och Storbritannien.

²² Kommissionens rekommendation av den 13 juli 2010 om riktlinjer för utarbetandet av nationella samexistensåtgärder för att undvika oavsiktlig förekomst av genetiskt modifierade organismer i konventionella och ekologiska grödor, EUT C 200/01. Jfr Kommissionens rekommendation av den 29 juli 2003 om riktlinjer för utarbetande av nationella strategier och bästa praxis för samexistens mellan genetiskt modifierade grödor och konventionellt och ekologiskt jordbruk, EUT L 189.

oavsiktlig förekomst av GMO i andra produkter och på sätt förebygga ekonomiska förluster och följderna av att genmodifierade grödor blandas in i icke genmodifierade grödor (inklusive ekologiska grödor).²³ Kommissionen administrerar ett nätverk COEX-NET för utbyte av information om resultat från vetenskapliga studier och bästa praxis som utvecklats i medlemsstaterna i samexistensfrågan. Kommissionen har också inrättat ett Europeiskt kontor för samexistens mellan grödor "European Coexistence Bureau" (ECoB) med uppdrag att tillsammans med medlemsstaterna utveckla tekniska referensdokument för bästa praxis i samexistensfrågan med utgångspunkt från typ av gröda.

GMO-fria områden

I kommissionens rekommendationer anges att det kan bli nödvändigt att låta medlemsstater utesluta odling av genetiskt modifierade grödor inom stora områden under förutsättning att medlemsstaterna kan visa att det inte räcker med andra åtgärder för att undvika oavsiktlig förekomst av GMO i konventionella och ekologiska grödor. En sådan åtgärd med GMO-fritt område måste dock vara proportionell till ändamålet dvs att skydda konventionella och ekologiska jordbrukares särskilda behov.²⁴

Möjligheten att införa GMO-fria områden har nyligen förstärkts genom en uppmärksammande ändring i utsättningsdirektivet 2015 som ger enskilda medlemsstater en viss möjlighet

²³ (4). Kommissionens ensidiga fokus på ekonomiska förluster för producenterna och bristande beaktande av mer allmänna intressen av att få GMO-fria produkter har kritiserats med utgångspunkt från tidigare rekommendation. Se Lee, M., *The Governance of Coexistence Between GMOs and Other Forms of Agriculture: A Purely Economic Issue?* *Journal of Environmental Law* 20:2, (2008), 193–212.

²⁴ (5). I bilagan till 2010 års rekommendation nämns att frågor som handlar om kompensation eller ansvarsskyldighet för ekonomiska skador hör till medlemsstaternas exklusiva befogenheter.

att begränsa eller förbjuda odlingar av GMO på sitt territorium (ändringsdirektivet).²⁵ Medlemsstaterna erbjuds två möjliga så kallade "opt out"-vägar. Den ena vägen innebär att medlemsstaten inom ramen för tillståndsproceduren för marknadsintroduktion av GM-utsäde kräver att tillståndet anpassas så att hela eller delar av medlemsstatens territorium undantas från odling och medlemsstaten behöver inte motivera varför den vill ha det så.²⁶ Medlemsstaten kan också avtala direkt med företag som söker odlingstillstånd under tillståndsprocessen så att det geografiska området där odling får ske begränsas redan i ansökan. Sökanden (företaget) har sedan 30 dagar på sig att anpassa eller bekräfta begränsningen i sin ansökan.²⁷ Om ingen anpassning sker eller ingen bekräftelse lämnas av sökanden kommer medlemsstatens begäran ändå att tillmötesgå i samband med de villkor som utfärdas med anledning av medgivandet.²⁸ Hittills har 19 länder (men inte Sverige) helt eller delvis utnyttjat den här möjligheten i fråga om ett flertal grödor.²⁹

Den andra möjliga vägen till GMO-fritt område erbjuds när en GMO avsedd för odling redan fått ett medgivande till utsläppande på marknaden och utan att medlemsstaten behöver

²⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/412 av den 11 mars 2015 om ändring av direktiv 2001/18/EG vad gäller medlemsstaternas möjlighet att begränsa eller förbjuda odling av genetiskt modifierade organismer inom sina territorier, EUT L 68/1, (ändringsdirektivet), se närmare artikel 26 b utsättningsdirektivet. Jfr mål C-36/11 Pioneer, EUT C 355/5.

²⁶ Enligt Winter är dock en motivering att rekommendera. Winter, G., "Nationale Anbaubeschränkungen und -verbote für gentechnisch veränderte Pflanzen und ihre Vereinbarkeit mit Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesamtes für Naturschutz, Mai 2015, http://www.bfn.de/fileadmin/BfN/recht/Dokumente/Opt_Out_RGutachten_Winter.pdf, s. 10.

²⁷ Artikel 26b, p 2, utsättningsdirektivet.

²⁸ Artikel 19 och 26b, p 2 utsättningsdirektivet och artikel 7 och 19 förordningen om livsmedel och foder.

²⁹ http://ec.europa.eu/food/plant/gmo/authorisation/cultivation/geographical_scope_en.htm (2015-11-26).

på ovan nämnda sätt ha reagerat under tillståndsprocessen. Medlemsstaten får anta bestämmelser om GMO-fria områden på hela eller delar av sitt territorium under förutsättning att de överensstämmer med unionsrätten, är motiverade, proportionella och icke-diskriminerande samt att de grundas på tvingande skäl. Direktivet har en icke-uttömmande lista på tvingande skäl som de nationella bestämmelserna får grundas på.³⁰ Bland dessa finns "undvikande av förekomst av genetiskt modifierade organismer i andra produkter utan att detta påverkar tillämpningen av artikel 26a" och "jordbrukspolitiska mål". De åberopade skälen får under inga omständigheter "stå i strid med" den miljöriskbedömning som genomförts i enlighet med utsättningsdirektivet eller EU-förordningen om genetiskt modifierade livsmedel eller foder. Med det menas att medlemsstaten bör åberopa skäl som avser miljöpolitiska mål som berör effekter som skiljer sig ifrån och kompletterar den redan gjorda miljöriskbedömningen. Exempel som nämns är "bevarande och utveckling av jordbruksmetoder med större potential att förena produktion med hållbara ekosystem, eller bevarande av den lokala biologiska mångfalden, inbegripet vissa livsmiljöer och ekosystem, eller av vissa typer av särdrag i naturen och landskapet samt specifika ekosystemfunktioner och ekosystemtjänster."³¹ Territoriella begränsningar får också grunda sig på socio-ekonomiska skäl och därmed avse höga kostnader för samexistens t.ex. på grund av specifika geografiska förhållanden, såsom små öar eller bergsområden, eller behovet av att förhindra förekomst av GMO i andra produkter. Exempel på skäl som avser jordbrukspolitiska mål är behovet av att skydda jordbruksproduktionens mångfald och behovet av att trygga utsädes och annat växtförökningsmaterials ren-

het.³² Samma 19 länder som ovan har helt eller delvis utnyttjat den här möjligheten i fråga om Monsanto's GM-majs MON 810 som funnits på marknaden ett tag.

"Opt out" möjligheten är alltså kopplad till odlingar av GMO. De territoriella begränsningarna eller förbuden får inte påverka handeln och den fria rörligheten av genetiskt modifierat utsäde och annat växtförökningsmaterial.³³ Restriktionerna får inte heller antas för GMO generellt utan måste avse en specifik GMO eller en specifik grupp av GMO, fastställd utifrån gröda eller egenskap. Någon möjlighet att förbjuda/begränsa godkända genetiskt modifierade livsmedel och foder med stöd av EU:s förordning om livsmedel och foder finns ännu inte.³⁴

Ändringsdirektivet innebär sålunda att det numera finns möjligheter att införa begränsningar och förbud för hela eller delar av territoriet inom ramen för tillståndsproceduren oberoende av skäl alternativt sedan tillstånd lämnats av andra skäl än sådana som sammanfaller med den redan tidigare utförda miljöriskbedömningen. Vid sidan av den särskilda lagstiftningen om GMO finns det så kallade sortdirektivet³⁵ som gäller generellt för lantbruksväxter och som har regler om gemensam sortlista, om sorters särskiljbarhet, enhetlighet, stabilitet och odlingsvärde. Det anmärkningsvärda är att i fråga om genetiskt modifierade sorter finns redan, genom detta direktiv, en möjlighet att förbjuda använd-

³² Ändringsdirektivet, artikel 26b, p. 3 och preambeln (15).

³³ Se närmare artikel 26b, p 8 ändringsdirektivet och preambeln (16).

³⁴ Kommissionen har lagt fram ett sådant förslag i parlamentet där det blev nedröstat.

³⁵ Rådets direktiv 2002/53/EG av den 13 juni 2002 om den gemensamma sortlistan för arter av lantbruksväxter, EGT L 193/1, (sortdirektivet). Med "sort" avses i direktivet vissa arter av lantbruksväxter dvs betor, foderväxter, stråsäd, potatis samt olje- och spånadsväxter. Olje- och spånadsväxter omfattar bl.a. raps, soja, bomull och solrosor, artikel 1, sortdirektivet.

³⁰ Artikel 26 b, (3).

³¹ Ändringsdirektivet, preambeln (14).

ning av en godkänd sort på hela eller delar av medlemsstatens territorium.³⁶ Medlemsstaterna tillåts även fastställa lämpliga villkor för odling av sorten samt villkor för användning av produkter som härrör från odlingen. En förutsättning är att det finns giltiga skäl att anse att sorten utgör en risk för människors hälsa och för miljön alternativt att det har konstaterats att odling av en sort som finns med i sortlistan utgör en risk för människors hälsa eller miljön. Bortsett från vissa oklarheter t.ex. vad som avses med giltiga skäl tillåter uppenbarligen sortdirektivet medlemsstaterna att införa förbud och begränsningar på hela eller delar av territoriet av just riskskäl såväl vid godkännande som efter att en sort blivit intagen i sortlistan. Enligt ändringsdirektivet gäller utsättningsdirektivet och sortdirektivet parallellt.³⁷

Sammanfattningsvis finns, vid sidan av företagets utredningsplikt i samband med tillståndsförfarandet och möjligheten till att meddela användningsvillkor samt medlemsstaters möjlighet att utverka GMO-fria områden, i övrigt ingen EU-lagstiftning som ställer krav på hur jordbrukaren ska bedriva sitt GMO-jordbruk för att undvika spridning till närliggande marker.

På nationell nivå finns regler om anmälnings- och informationsplikt och skyddsavstånd för odlingar av vissa slag av GM grödor (majs, 50 meter respektive potatis, 3 meter till annan odling)³⁸ För övrigt omfattas den enskilde odla-

ren av de krav som följer av miljöbalken, se särskilt hänsynsreglerna i 2 kapitlet i miljöbalken, och för den enskilde som lider skada av odlingar av GM grödor finns givetvis skadestandsregler på plats.

Bekämpningsmedel (växtskyddsmedel) och samexistens

På samma sätt som den som släpper ut en GM gröda på marknaden omfattas den som marknadsför ett växtskyddsmedel av krav på godkännande och utredningar av risker. Det verksamma ämnet i växtskyddsmedlet prövas och godkänns genom ett samordnat förfarande på EU-nivå medan växtskyddsmedlet som sådant godkänns av den enskilda medlemstaten. Det verksamma ämnet i ett växtskyddsmedel får inte ha oacceptabla effekter på växter och miljön i vidare betydelse. En rad kriterier ställs upp för godkännande. Ämnet får inte ha mutagena, cancerogena eller reproduktionstoxiska egenskaper, det får inte klassas som ett s.k. POP-ämne, dvs anses vara en persistent organisk förorening eller vara bioackumulerande, osv. Ämnet får heller inte ha potential att spridas över stora avstånd, särskilt om det har visats kunna spridas till en mottagande miljö långt från utsläppsplatsen och detta ger skäl till oro.³⁹

Vidare ska ett växtskyddsmedel efter applicering enligt god växtskyddsmedel och under realistiska användningsförhållanden uppfylla olika krav såsom att det inte får påverka miljön på ett oacceptabelt sätt med särskild hänsyn till bl.a. omgivningseffekter av olika slag, såsom konta-

³⁶ Artikel 16 och 18.

³⁷ Ändringsdirektivet, preamble (4). Jämför mål C-36/11, fotnot 22.

³⁸ 4 kap. 4§ förordning (2002:1086) om utsättning av genetiskt modifierade organismer i miljön. Se också förordning (2007:273) om försiktighetsåtgärder vid odling och transport m.m. av genetiskt modifierade grödor och Statens jordbruksverks föreskrifter (2008:34) om försiktighetsåtgärder vid odling av genetiskt modifierade grödor. Se vidare om andra medlemsstaters åtgärder i Grossman, M. R., "Coexistence of Genetically Modified, Conventional, and Organic Crops in the European Union: The Community Framework", i *The Regulation of Genetically*

Modified Organisms Comparative Approaches, (red. Bodiguel and Cardwell), Oxford 2010, s. 157.

³⁹ Artikel 4 och bilaga II, Europaparlamentet och rådets förordning (EG) nr 1107/2009 av den 21 oktober 2009 om utsläppande av växtskyddsmedel på marknaden och om upphävande av rådets direktiv 79/117/EEG och 91/414/EEG, EUT L 309/1, (växtskyddsmedelsförordningen).

minering av ytvatten, grundvatten, luft och jord, effekter på arter som inte är mål för bekämpningen, på biologisk mångfald och ekosystem. Detta förutsätter att det finns vetenskapliga metoder som myndigheten godtagit för bedömning av dessa effekter.⁴⁰

Ett godkännande av ett verksamt ämne får förenas med villkor av olika slag bl.a. med angivande av områden där användning av växtskyddsmedlet som innehåller det verksamma ämnet inte får tillåtas eller där användningen får tillåtas på vissa villkor.⁴¹

Den enskilda medlemsstaten bestämmer slutligt om växtskyddsmedlet ska godkännas eller inte. Medlemsstaten kan vägra ett godkännande av medlet på sitt territorium om specifika miljö- och jordbruksförhållanden i landet gör att användningen av medlet kan leda till oacceptabla risker för hälsa och miljö.⁴²

Ett minimidirektiv ger medlemsstaterna anvisningar i fråga om hållbar användning av bekämpningsmedel. Medlemsstaterna ska anta nationella handlingsplaner med indikatorer för att övervaka användningen av växtskyddsmedel och med tidsplaner och minskningsmål.⁴³ Medlemsstaterna ska främja ett växtskydd med låg insats av bekämpningsmedel och ge företräde åt icke kemiska metoder och införa incitament för att uppmuntra yrkesmässiga användare att frivilligt tillämpa grödspecifika eller sektorspecifika riktlinjer för integrerat växtskydd.⁴⁴ Sammanfattningsvis innehåller direktivet allmänna förhållningsorder för användningen av bekämp-

ningsmedel men innehåller inget konkret för att lösa samexistensproblemet.

På nationell nivå finns bestämmelser om att den enskilde användaren av växtskyddsmedel ska "så långt det är möjligt" bestämma och följa de skyddsavstånd vid spridning utomhus som behövs för att skydda vattentäkter, grundvatten, sjöar och vattendrag och omgivande mark mot effekterna av växtskyddsmedel.⁴⁵ Några mer konkreta bestämmelser om skyddsavstånd till ekologisk odling finns inte.⁴⁶ På samma sätt som GMO-odlaren omfattas den enskilde användaren av bekämpningsmedel av de hänsynskrav, t.ex. på försiktighetsmått och produktval, som följer av miljöbalken.

Ekologiskt jordbruk och samexistens

För att bedriva ett ekologiskt jordbruk är jordbrukaren underkastad ytterligare krav jämfört med de som gäller för såväl det konventionella jordbruket som GMO-jordbruket⁴⁷ då jordbrukaren förbinder sig att följa en rad rättsliga och avtalsmässiga åtaganden för att jordbruket ska klassificeras som ekologiskt. För att kunna använda EU-loggan krävs bl.a. att ekologiskt utsäde används och att växtföljden varierar, ingen användning

⁴⁰ Artikel 4, 3e, växtskyddsmedelsförordningen.

⁴¹ Artikel 6, växtskyddsmedelsförordningen.

⁴² Artikel 36. Se vidare Michanek och Zetterberg, Den svenska miljörätten, Iustus 2012, s. 335f.

⁴³ Artikel 4, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/128/EG av den 21 oktober 2009 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder för att uppnå en hållbar användning av bekämpningsmedel, EUT L 309/71.

⁴⁴ Artikel 14 och bilaga III.

⁴⁵ 2 kap. 35§, förordning (2014: 425) om bekämpningsmedel. Naturvårdsverket har utfärdat närmare föreskrifter om fasta skyddsavstånd i NFS 2015:2.

⁴⁶ Vid sidan av fasta skyddsavstånd anger 3 kap. 2 §, 4 p. i Naturvårdsverkets föreskrifter att skyddsavstånd ska anpassas efter omständigheterna på platsen för spridningen och särskild hänsyn ska bl.a. tas till omgivningens känslighet för medlet. I Naturvårdsverkets vägledning om tillämpning av Naturvårdsverkets föreskrifter (NFS 2015:2) om spridning och viss övrig hantering av växtskyddsmedel, (<http://www.naturvardsverket.se/upload/stod-i-miljoarbetet/vagledning/bekampningsmedel/vagledning-foreskrifter-vaxtskyddsmedel.pdf>), s. 13, anges ekologiska odlingar som exempel på känsliga områden.

⁴⁷ Här bortses från den ytterligare reglering som utsättningar av GMO omfattas av, dvs innan en genetiskt modifierad gröda kommer ut på marknaden.

av mineraliska kvävegödselmedel och ingen användning av kemiska bekämpningsmedel eller GMO.⁴⁸ De sistnämnda kraven kan vara svåra att uppfylla av orsaker som tidigare nämnts.

Någon EU-lagstiftning eller några EU-riktlinjer om samexistens mellan konventionellt och ekologiskt jordbruk finns inte. Det finns bestämmelser om hanteringen av ekologiska produkter som innebär att de ska hållas åtskilda från icke-ekologiska produkter vid t.ex. insamling, lagring och transport. Därutöver finns mer platsspecifika bestämmelser beroende på produktionsslag. T.ex. ska ett ekologiskt jordbruk som har bikupor lokaliseras i områden där – inom en 3 km radie – nektar och pollenkällorna består väsentligen av ekologiskt producerade grödor och/eller vilda växter och/eller odlingar som sköts med metoder som ger liten miljöpåverkan.⁴⁹ När det gäller algproduktion ska verksamheten bedrivas på platser utan kontamination från produkter eller ämnen som inte är godkända för ekologisk produktion eller föroreningar som skulle äventyra produkternas ekologiska karaktär och myndigheterna i medlemsstaterna "får" i detta sammanhang fastställa vilket avstånd som måste finnas mellan ekologiska och icke-ekologiska produktionsenheter.⁵⁰

⁴⁸ Se vidare artikel 4, 5, 9 och 12 rådets förordning (EG) nr 834/2007 av den 18 juni 2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter och om upphävande av förordning (EEG) nr 2092/91, EUT L 189/1.

⁴⁹ Kommissionens förordning (EG) nr 889/2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter med avseende på ekologisk produktion, märkning och kontroll, L 250/1, artikel 13.

⁵⁰ Kommissionens förordning (EG) nr 889/2008 av den 5 september 2008 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 834/2007 om ekologisk produktion och märkning av ekologiska produkter med avseende på ekologisk produktion, märkning och kontroll, L 250/1, p. (22) och artikel 6b.

Osäkert att satsa på ekologiskt jordbruk?

Som framgått är samexistensproblemet inte rättsligt och systematiskt hanterat på generell nivå. När det gäller marknadsintroduktion av GM-grödor respektive växtskyddsmedel finns särskilda krav på marknadsföraren som kan ha betydelse för samexistensen i förlängningen och enskilda medlemsstater har vissa möjligheter att freda vissa områden från GMO respektive förbjuda vissa växtskyddsmedel under vissa förutsättningar. Den som bedriver GMO-jordbruk respektive konventionellt jordbruk omfattas av olika krav på försiktighetsmått och i vissa fall av krav på att hålla skyddsavstånd. För somliga kanske det inte heller förefaller nödvändigt med mer utvecklad reglering av samexistensen då jordbrukare kan komma överens om vilka jordbruksformer som ska användas i ett område och frivilligt vidta skyddsåtgärder.⁵¹

Bristen på en genomtänkt reglering av samexistensen kan dock vara bekymmersam för det ekologiska jordbruket som redan är belastat med andra reglerade och avtalsmässiga åtaganden vid sidan av att hålla fritt från bekämpningsmedel och GMO. Dessutom omfattas i vissa fall också den som bedriver ett ekologiskt jordbruk av krav på t.ex. skyddsavstånd trots att denne inte är någon "skadegörare" i den meningen. Det är enbart den ekologiska jordbrukaren som har det egentliga incitamentet att hålla avstånd till andra odlingar alldeles oavsett om detta åligger denne i rättslig mening eller inte och det är bara den som utsätts för en risk om skyddsavstånd m.fl. försiktighetsmått inte följs. Detta mer eller mindre självpåtagna ansvar belastar och missgynnar därmed konkurrensneutraliteten mellan

⁵¹ Binimelis, R., Coexistence of plants and coexistence of farmers: is an individual choice possible?, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 2008, DOI 10.1007/s10806-008-9099-4. Se också <http://ecob.jrc.ec.europa.eu/documents/2009Coexreport-summary.pdf>.

de olika jordbruksformerna som i förlängningen kan hämma utvecklingen av ett ekologiskt jordbruk.⁵² Konsumenters intresse av att kunna göra medvetna val försvåras i det fall den ekologiska jordbrukarens åtaganden inte går att uppfylla.

Om det dessutom är så att det ekologiska jordbruket har en bättre potential att främja miljömål som biologisk mångfald och en giftfri miljö verkar en genomtänkt reglering av samexistensen mellan jordbruksformerna än mer angelägen.

⁵² Se vidare i Jacobson K., och Wahlberg, K., Lantbruk på lika villkor – om samexistensen mellan GMO-fritt lantbruk och lantbruk som använder GMO, SLU, Centrum för uthålligt lantbruk, 2006, s. 55f. om effekter på såväl det ekologiska som det konventionella jordbruket av GMO-inblandning.