
Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken?

Ingela Lindqvist¹

Abstract

A surprisingly small amount of the Swedish hydropower plants has actually been tried according to the Swedish Environmental Code. Most plants are operated according to permits issued under the 1918 year's Water Act. However, a significant number of facilities are operating with the support of rights older than that. In medieval times the Swedish kings in certain cases awarded i.e. farmers various rights such as the right to build and operate a mill. Nowadays these mills are since long replaced by small scale hydropower plants. Due to how the transposition provisions of the Environmental Code are formulated operators now claim that these old rights have the same legal consequences as permits issued according to the Environmental Code. The aim of this article is to examine the significance of older rights in the context of the need to implement stricter environmental protection measures.

Inledning²

I Sverige går den rättsliga regleringen av förfo- gande över vatten tillbaka ända till landskaps- lagarnas tid. Den svenska vattenrätten är, kanske delvis som en konsekvens av detta, ett traditions-

tungt rättsområde. Ända sedan medeltiden har enskilda kunnat utverka olika former av rättig- heter att förfoga över vattnet i t.ex. en älv. Det kan röra sig om privilegiebrev som ger inneha- varen rätt att bygga och driva kvarnar, dammar, stångjärnshammare eller liknande. En rätt att förfoga över vatten har dessutom länge ansetts kunna uppkomma genom urminnes hävd.

Det är dessa typer av äldre rättigheter, pri- vilegiebrev, urminnes hävd och även tillstånd enligt 1880 års vattenrättsförordning och vilken ställning dessa rättigheter har enligt miljöbal- ken (1998:808, MB) som kommer att behandlas i denna artikel. Den stora frågan är om de har rättsverkan på samma sätt som tillstånd med- delade enligt MB har i den bemärkelsen att de omfattas av MB 24 kap. 1 § och utgör hinder mot ingripanden av tillsynsmyndigheter.

Här kan inledningsvis invändas att detta borde vara ett så gott som obefintligt problem, antalet stångjärnshammare i drift 2013 måste vara tämligen begränsat och detsamma torde gälla för skvaltekvarnar. Den typen av anlägg- ningar är i de allra flesta fall där platsen fortfa- rande används för produktion i någon form ersatta av vattenkraftverk. Att så gamla rättigheter trots detta fortfarande kan ha relevans enligt MB är kopplat till tillståndspliktens omfattning och utformning i MB.

¹ Ingela Lindqvist har juristexamen med särskild erfarenhet av miljö- och vattenrättsliga frågor. Artikeln har skrivits i samband med en anställning som forsknings- assistent vid Juridiska institutionen i Uppsala, hösten 2012. I detta sammanhang skrev hon även rapporten *Den småskaliga vattenkraftens rättsliga förutsättningar i Sverige*, Juridiska fakulteten i Uppsala, Working paper 2013:1, <http://www.jur.uu.se/Forskning/Publikationer/Working-Papers/tabid/5502/language/sv-SE/Default.aspx>.

² Jag vill här tacka samtliga seminariedeltagare för de givande synpunkter som framfördes under seminariet

som hölls på Kammarkollegiet. Ett särskilt tack även till Gabriel Michanek för skarpsinniga kommentarer och in- spirerande diskussioner.

Enligt MB 11 kap. 9 § är vattenverksamheter som huvudregel tillståndspliktiga. I MB 11 kap. 2 § definieras begreppet vattenverksamhet och det innefattar t.ex. åtgärder som syftar till att förändra vattnets djup eller läge såsom dämning eller avledning av vatten. Elproduktion i vatten är i sig däremot inte en tillståndspliktig verksamhet enligt MB. Att ett kvarnhjul som drivits med stöd av en äldre rättighet bytts ut mot en elproducerande turbin saknar därmed betydelse för rättighetens fortsatta giltighet enligt balken. Ombyggnationen av anläggningen ryms däremot inte under en sådan typ av rättighet men är i många fall möjlig att lagligförklara enligt miljöbalkens promulgationslag (1998:811, MBP) 17 §.

Miljöprocessutredningen gjorde 2009 en sammanställning av antalet vattenkraftverk och regleringsdammar. Av de enkätsvar som länsstyrelserna lämnade in uppgick antalet vattenkraftverk och regleringsdammar i Sverige till totalt sett 3727. Av dessa hade 3393 tillstånd enligt 1918 års vattenlag (1918:523, ÄVL) eller motsvarande äldre lagstiftning. I denna kategori ingick dock även de verksamheter som bedrevs med stöd av äldre rättigheter såsom urminnes hävd och privilegiebrev.³ Detta indikerar att dessa äldre rättigheters ställning enligt MB är en fråga av väsentlig praktisk betydelse.

Privilegiebrev

Privilegiebrev har utdelats under flera hundra år. Det är ofta oklart enligt vilken lagstiftning de är utfärdade och de kan ge innehavaren vitt skilda rättigheter såsom rätt att bedriva mindre industrier, kvarnar eller tilldela en verksamhet smidesrätt. Fokus i privilegiebreven ligger inte sällan på det rent näringsrättsliga aspekterna och de innehåller sällan någon egentlig beskrivning av anläggningens utformning eller den verksamhet som ska bedrivas där.

³ SOU 2009:42, s. 95 f.

År 1880 upphävdes 20 kap. i 1734 års byggningsbalk och ersattes av vattenrättsförordningen (VRF).⁴ VRF:s övergångsbestämmelse i 25 § stadgar att

”Genom denna förordning göres ej rubbning i den rätt och frihet, som bergverk, qvarnar och fiskeverk förunnad är, ej heller i annan rättighet att vattendrag stänga eller upp-dämna eller i öfrigt öfver vattnet förfoga.”

VRF ersattes i sin tur 1918 års vattenlag (ÄVL). Ordalydelsen i ÄVL 2 kap. 41 § är i stort sett identisk med VRF 25 §. Här är det fortfarande tydligt att privilegier var en rättighet som hade en stark ställning. De kunde precis som verksamheter som drevs med stöd av tillstånd enligt ÄVL inskränkas genom de möjligheter till tvångsrätt som föreskrevs i ÄVL 2 kap. I övrigt var verksamhetsutövaren skyddad från inskränkningar i rätten att förfoga över vattnet.

1983 infördes en ny vattenlag (1983:291, VL). I promulgationslagen till den nya vattenlagen (1983:292, VP) 19 § anges att:

”Ett tillstånd enligt vattenlagen (1918:523) eller motsvarande äldre bestämmelser till ett vattenföretag eller någon annan åtgärd som avses i den nya vattenlagen, anses med avseende på vad som föreskrivs i 15 kap. nya vattenlagen som ett tillstånd enligt denna med de avvikelser som följer av 20 och 21 §.

Första stycket gäller även en sådan särskild rättighet att förfoga över vattnet som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523)”

VL 15 kap. behandlar tillståndets giltighet och möjligheter till omprövning. En rättighet grundad på privilegiebrev hade samma giltighet enligt den

⁴ Egentligen betecknad ”Förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund” men vanligtvis omnämnd som vattenrättsförordningen.

nya lagen som tillstånd meddelade med stöd av ÄVL. Dessa rättigheter hade därmed huvudsakligen samma rättsverkan som tillstånd meddelade enligt 1983 års VL. Det enda undantaget är att de äldre rättigheter som avses i ÄVL 2 kap. 41 § i vissa avseenden hade en starkare ställning än tillstånd enligt VL.

Skyldigheten att utan ersättning tåla en förlust vid omprövningar var t.ex. precis som enligt MB begränsad till 5 % av t.ex. produktionsvärdet jämfört med 5–20 % för de verksamheter som prövats enligt VL respektive MB.⁵ VP 20 § angav även att omprövning av äldre tillstånd och rättigheter fick ske först 1992 och det måste då ha förflutit minst 30 år sedan verksamheten senast prövades. För nya tillstånd enligt VL gällde istället att domstolen i tillståndet skulle ange när omprövning tidigast kunde ske, som lägst 10 och högst 30 år.⁶

I propositionen till 1983 års VL behandlas frågan om den nya lagens betydelse för verksamheter som drivs med stöd av äldre tillstånd. I lagrådsremissens allmänna motivering förs en diskussion kring om det överhuvudtaget ska vara möjligt att införa vidgade omprövningsmöjligheter för tillstånd meddelade innan VL:s ikraftträdande. Rättssäkerhetsskäl och grundsatsen att en företagare i förväg ska kunna bedöma de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande ansågs tala mot utökade möjligheter till omprövning i förhållande till vad som gällt enligt ÄVL. Eftersom behovet av omprövning ansågs vara särskilt stort just vid äldre vattenföretag infördes trots detta möjligheter till omprövning även för dessa.⁷

Även författningskommentaren i propositionen till VL talar för att VP 19 § närmast ska ses som ett förtydligande av att det enligt den

nya lagen är faktiskt är möjligt att ompröva äldre rättigheter. Om VP 19 § 2 st. som föreskriver att rättigheter enligt ÄVL 2 kap. 41 § ska anses som tillstånd enligt VL uttalas att "Det skall, som utredningen har föreslagit, alltså vara möjligt att ändra sådana rättigheter så att allmänna och även enskilda intressen kan tillgodoses."⁸ Utgångspunkten förefaller annars vara att de gäller för all framtid.

Av detta framgår att privilegiebrev länge har haft en stark ställning inom vattenrätten. Den stora frågan blir då om detta förändrades genom införandet av MB. MBP 5 § behandlar frågan om äldre tillstånd m.m. Där anges att tillstånd, godkännanden osv. som meddelats enligt någon av de lagar som finns uppräknade i MBP 2 § eller enligt motsvarande bestämmelser i äldre lag ska fortsätta att gälla även efter balkens ikraftträdande. De ska då anses meddelade med stöd av motsvarande bestämmelser i MB. En av de lagar som nämns i MBP 2 § är 1983 års VL. Av miljöbalkspropositionen framgår även att MBP 5 § inte bara omfattar tillstånd meddelade med stöd av de lagar som upphävs genom MB utan även sådana som meddelats enligt äldre lagstiftning t.ex. ÄVL.⁹

En första invändning mot att privilegiebrev ska anses falla in under MBP 5 § är att de inte kan sägas vara meddelade "med stöd av motsvarande bestämmelser". MB är en modern miljölagstiftning och det kan därför förefalla orimligt att jämställa MB med 1734 års lag och dess kapitel om "Qvarnar" som för övrigt är placerat precis innan kapitlet om "Bi". Att lagstiftningen inte tog hänsyn till miljön i samma utsträckning som MB är dock inte tillräckligt för att den inte ska anses vara äldre motsvarigheter till MB. Samma invändning kan riktas mot all äldre lagstiftning,

⁵ Jfr VL 9 kap. 12–14 §§ och VP 12 § och MB 31 kap.

⁶ VL 15 kap. 3 §.

⁷ Prop. 1981/82:130, s. 118 f.

⁸ Prop. 1981/82:130, s. 632.

⁹ Prop. 1997/98:45 del 1, s. 383.

inte minst ÄVL som huvudsakligen var en ren exploateringslagstiftning.¹⁰

Här kan även tilläggas att den lagstiftning som gällde från 1734 till 1880 då VRF trädde ikraft trots allt innehöll generella föreskrifter med krav på olika skyddsåtgärder. Dessa skyddskrav som inte på något sätt syftade till att bevara den biologiska mångfalden utan istället var ämnade att säkra t.ex. samfärdsel och fiske var i många långtgående även i förhållande till vad som kan krävas enligt MB. Genom 1734 års byggningsbalk 20 kap. 6 § förskrevs t.ex. att dammlucka skulle öppnas den första maj varje år, dämning fick återupptagas först till hösten. 1766 års fiskeristadga innehöll flera bestämmelser till skydd för fisket såsom ett ovillkorligt förbud mot att helt överbygga ett vattendrag.

Ett viktigt argument för att privilegiebrev ska anses falla in under MBP 5 § är MBP 34 §. Där anges att särskilda rättigheter som avses i ÄVL 2 kap. 41 § kan omprövas enligt MB. I miljöbalkspropositionen anges dessutom att 34 § delvis motsvarar VP 19 § 2 st.¹¹ Om de rättigheter som avses i ÄVL 2 kap. 41 § inte omfattas av MBP 5 § saknar en bestämmelse som anger att det går att ompröva dem enligt balken helt praktisk betydelse. Det är svårt att se behovet av att ompröva något som saknar rättskraft.

Här ska även uppmärksammas att det förslag till miljöbalk som gick ut på lagrådsremiss ändrades på inrådan av lagrådet. I förslaget till MBP fanns en paragraf som stadgade att balkens bestämmelser om återkallelse var tillämpliga även på vattenanläggningar som tillkommit innan balkens ikraftträdande även om något tillstånd eller godkännande inte behövts och inte heller lämnats.¹² Dessa anläggningar omfattades

därmed inte av något tillstånd eller godkännande. Lagrådet konstaterade dock att det uppenbarligen inte går att återkalla tillstånd som inte finns. Den avsedda effekten att kunna meddela de villkor och förelägganden som behövs uppnås med stöd av tillsyn enligt MB 26 kap. 9 §. I de fall där tillstånd har meddelats följer det av MBP 5 § att återkallelse kan ske. På lagrådets inrådan utgick därför paragrafen.

Lagrådet hade inga invändningar mot MBP 34 § men samma resonemang kan föras här. Rimligtvis borde det vara lika omöjligt att tillämpa bestämmelserna om omprövning av tillstånd i MB 24 kap. 5 § på något som inte är ett tillstånd eller ens att anse som tillstånd enligt balken. På samma sätt borde i det fallet den avsedda effekten att genomföra krav på skyddsåtgärder och liknande kunna uppnås genom tillsyn med stöd av MB 26 kap. 9 §.

Det kan visserligen ifrågasättas om MBP 34 § verkligen kan sägas fylla en funktion även om man gör tolkningen att rättigheterna i ÄVL 2 kap. 41 § omfattas av MBP 5 § och därmed ska anses som tillstånd meddelade enligt balken. I det fallet har rättigheterna samma ställning som tillstånd meddelade enligt balken och att de då går att ompröva följer därmed direkt av MBP 5 § och omprövningsbestämmelserna i MB 24 kap. 5 §. I specialmotiveringen till MBP 34 § anges dock att paragrafen delvis motsvarar VP 19 § 2 st. VP 19 § 2 st. får enligt min mening närmast ses som ett klagorand av att VL:s rättskraftsregler och framförallt VL:s möjligheter till omprövning gäller även rättigheter enligt ÄVL 2 kap. 41 §.¹³ Det är i så fall ett förtydligande som mot bakgrund av formuleringarna om meddelade tillstånd och beslut i MBP 5 § fortfarande får anses nödvändigt.

¹⁰ SOU 2009:10, s. 230.

¹¹ Prop. 1997/98:45, del 2, s. 397.

¹² Prop. 1997/98:45, del 3, bilaga 9, s. 278.

¹³ Jfr Strömberg, *Vattenlagen med kommentar*, Publica 1984, s. 369 och prop. 1981/82:130, s. 632.

I MBP 39–40 §§ behandlas verksamhetsutövarens rätt till ersättning vid omprövningar av tillstånd. Av 40 § rör uttryckligen rättigheter enligt ÄVL 2 kap. 41 §. Där stadgas att begränsningen i MBP 38 § av ersättningsrätten i de fall där det inskränkande beslutet fattats innan balkens ikraftträdande gäller även rättigheter enligt ÄVL 2 kap. 41 §. I miljöbalkspropositionen framhålls även att vid omprövningar enligt balkens regler av den typen av rättigheter tillämpas om inget annat anges reglerna om rätt till ersättning i MB 31 kap. I propositionen anges dessutom att MBP 38 § motsvarar VP 13 §.¹⁴ I förarbetena till VP 13 § stadgas i sin tur att paragrafen jämställer den typen av rättigheter med tillstånd enligt VL.¹⁵

Lojalitet med lagstiftarens avsikter talar därmed för att privilegiebrev ska anses falla in under MBP 5 §. En given utgångspunkt vid all lagtolkning är att lagstiftningen är rationell och meningsfull. Bestämmelser ska läsas mot bakgrund av detta och resultatet blir då att MBP 5 § även omfattar rättigheter enligt ÄVL. Konsekvensen av tolkningen att rättigheterna enligt ÄVL 2 kap. 41 § inte skulle anses som tillstånd enligt balken blir i praktiken att MP 34 och 40 §§ var obsoleta och verkningslösa redan när de skrevs. Det krävs följaktligen starka skäl för att äldre rättigheter ska anses sakna rättsverkan.

Tolkningen att äldre rättigheter inte skulle vara att anse som tillstånd enligt MB är dessutom en avsevärd förändring i förhållande till vad som tidigare gällt. Vid införandet av 1983 års VL fördes en diskussion om det överhuvudtaget skulle vara möjligt att ompröva äldre tillstånd och rättigheter. Här är alltså frågan om rättigheterna har gått från en så stark ställning att det knappt ansågs möjligt att ompröva dem till att de helt sak-

nar rättsverkan enligt MB. Att detta inte på något sätt kommenteras detta i förarbetena till MB talar för att en sådan förändring inte var avsedd.

Rättskraften i tillstånd enligt balken regleras i MB 24 kap. 1 §. Där stadgas att tillståndet gäller mot alla såvitt avser frågor som prövats i domen eller beslutet. Har något prövats i domen går det inte att åstadkomma en ändring av detta genom tillsyn enligt MB 26 kap. 9 §. Vill t.ex. en tillsynsmyndighet införa nya skyddsvillkor för verksamheten måste dessa fall normalt ske genom omprövning eller återkallelse av tillståndet. Frågan är dock hur detta ska tillämpas när det gäller privilegiebrev. I författningskommentaren till MB 24 kap. 1 § anges att RB 17 kap. 3 § inte är tillämplig på tillstånd enligt MB eftersom tillståndsprövningen sker genom officialprövning. Det är minst sagt oklart i vilken utsträckning detta kan anses gälla även för privilegiebrev.

Att privilegiebrev inte medförde en obegränsad rätt att fritt förfoga över vattnet uppmärksammades redan 1903. von Seth diskuterar då effekterna av införandet av 1734 års lag. Där uppställdes ett generellt krav att dammluckor skulle öppnas första maj och att dämning fick verkställas igen först till hösten. von Seth fastslår att det vid införandet av 1734 års lag fanns två klasser av vattenverk, dels de som inte hade någon särskild rätt, dels de vars rätt till dämning var reglerad i särskilt avtal, privilegiebrev eller dom. Vad som gällde för den senare kategorin var enligt von Seth en tolkningsfråga. Han skriver dock att:

”... det böra erinras, att enbart tillåtelsen att begagna en så och så beskaffad damm icke kan anses i sig hafva utan vidare inneburet en obegränsad rätt för ägaren att efter behag hushålla med vattnet vid dammen, särskilt om denna är byggd som genomfallsdamm, utan att för en sådan rätt torde fordras *uttrycklig bestämmelse* därom på ett

¹⁴ Prop. 1997/98:45 del 2, s. 400.

¹⁵ Prop. 1981/82:130, s. 629.

eller annat sätt i upplåtelsehandlingen eller afsyningsprotokollet.”¹⁶

Vid tolkningen av vilken rätt ett privilegiebrev medför är det av central betydelse att inte bara utgå ifrån vad som står i själva dokumentet utan även beakta den tidens lagstiftning. Dagens MB är till övervägande del en ramlagstiftning. Den utgår ifrån att en prövning ska ske i det enskilda fallet och det är genom denna prövning nödvändiga villkor för driften av verksamheten ska bestämmas.

Som ovan nämnts stipulerade äldre rätt där- emot långtgående generella skyddsvillkor. 1766 års fiskeristadga innebar ett ovillkorligt förbud mot att helt överbygga och därigenom stänga ett vattendrag.¹⁷ Åtminstone en sjättedel av vattnet skulle rinna helt fritt till skydd för fisket. Det var först 1899 som detta ändades och Kungl. Maj:t under vissa förutsättningar gavs möjlighet att meddela undantag från förbudet.¹⁸

Av detta framgår tydligt att äldre rättigheter måste läsas mot bakgrund av den lagstiftning som gällde vid tiden för deras uppkomst. Detta rimmar dock illa med MB som en modern miljölagstiftning. Att driften av en avsevärd mängd dammar och kraftanläggningar regleras av 1734 års lag och 1766 års fiskeristadga kan knappast anses vara i linje med vare sig hållbar utveckling eller rättssäkerhet i form av grundläggande krav på förutsebarhet. Det är inte bara orimligt utan dessutom väldigt opraktiskt att ombud, myndigheter och domstolar ska lägga tid och resurser på att inte bara tolka utan även med hjälp av riksarkivet leta upp inte helt lättillgänglig närmare 300 år gammal lagstiftning. Å andra sidan är detta uttryckligen den ordning som lagstiftaren stipulerat ifråga om lagligförklaringar.

En grundläggande förutsättning för att en äldre rättighet överhuvudtaget ska kunna anses ha relevans enligt MB är dock att verksamhetsutövaren kan visa att verksamhetens inverkan på vattenförhållandena stämmer överens med den rätt som följer av den åberopade äldre rättigheten. Avledningen av vatten till turbinerna ska då t.ex. visas vara densamma som den var till kvarnen. Att en tidigare öppet rinnande vattensträcka täcks över och istället leds genom en modern tilloppstub torde vara ett tydligt exempel på när det inte längre går att hävda att verksamheten bedrivs med stöd av en äldre rättighet.

Det finns dock flera tunga skäl som talar för att rättigheter enligt ÄVL 2 kap. 41 § inte ska anses som tillstånd enligt balken. Det första och möjligtvis även det viktigaste är att införandet av MB i sig innebar en tydlig kursändring i jämförelse med äldre rätt. Vattenrätten har länge varit ett traditionstungt rättsområde där intresset av en effektiv kraftproduktion i många fall varit överordnat andra aspekter såsom biologisk mångfald.

MB är istället en utpräglad miljölagstiftning. När balken infördes framhölls i förarbetena att MB ska ses som en modern miljölagstiftning och att detta på många sätt innebar en skärpning av tidigare regler.¹⁹ Att en avsevärd andel anläggningar bedrivs med stöd av privilegiebrev är inte i linje med detta. Att vattenkraftverk som t.ex. i fallet med Gullsby kraftverk²⁰ drivs med stöd av ett privilegiebrev från 1802 som gav innehavaren rätt till upphandling av lump, drivande av pappersbruk och uppdämning är varken modernt eller förenligt med stadgandet i MB 1 kap. 1 § om hållbar utveckling.

Hela balken är uppbyggd kring en väl fungerande och effektiv tillsyn vilket även det får ses

¹⁶ von Seth, NJA II 1903 nr 7, s. 3.

¹⁷ 1766 års fiskeristadga 3 kap. 5 §.

¹⁸ 1900 års utformning av 7 och 8 §§ VRF.

¹⁹ Prop. 1997/98:45 del 1, s. 163.

²⁰ MÖD M 5419-09.

som nydanande i förhållande till vad som tidigare gällt inom vattenrätten.²¹ En effektiv tillsyn förutsätter att tillståndspliktiga verksamheter faktiskt är tillståndsprövade. Detta eftersom det är just i tillståndsprövningen som miljömässiga avvägningar ska göras och villkor för hur verksamheten får bedrivas fastställas.

När en verksamhetsutövare åberopar ett privilegiebrev som stöd för rätten att bedriva verksamhet omöjliggörs i praktiken en effektiv tillsynsverksamhet. Visserligen är det verksamhetsutövaren som har att visa både att giltigt tillstånd föreligger och vad tillståndet innebär. Faktum kvarstår dock att äldre rättigheter som måste läsas mot bakgrund av äldre rätt avsevärt försvårar tillsynen. I det ännu i april 2013 pågående målet om Östanfors kraftverk har sökandesidan åberopat 11 olika handlingar och privilegier från 1626 till 1833. Det rör sig om alltifrån köpebrev till rätt till stångjärnssmide.

Det är inte en helt lätt uppgift att i privilegiebrevens överhuvudtaget hitta bestämmelser som reglerar vattnets användning. Inte heller att utvärdera vad de eventuella rättigheterna har för betydelse för driften av ett modernt vattenkraftverk. Här går ännu en av tillståndets funktioner förlorade. Miljöorganisationer och allmänheten, t.ex. närboende har alltid möjlighet att begära ut de tillstånd som reglerar en verksamhet. De har därmed en åtminstone teoretisk möjlighet att ta del av de förutsättningar som gäller för verksamhetens drift. Enskilda har dessutom i vissa fall möjlighet att föra talan mot myndigheters beslut att inte återkalla eller begära omprövning av tillstånd.²² Även detta försvåras när det är så oklart vilka villkor som gäller för verksamheten.

Av detta framgår att privilegiebrev inte passar in i MB:s systematik. Det är minst sagt svårt

att utifrån rättskraftsbestämmelsen "... frågor som prövats i domen ..." avgöra vad i ett privilegiebrev som ska anses rättskraftigt prövat. Detta i kombination med att breven måste läsas mot bakgrund av den lagstiftning som gällde vid deras utförande försvårar och nästintill omöjliggör en effektiv tillsyn. En effektiv tillsyn som dessutom är om inte det så ett av de viktigaste verktygen för genomförandet av balkens målsättning.

Det kan argumenteras för att det EU-rättsliga kravet på fördragskonform tolkning ska ses som en anledning att inte jämställa privilegiebrev med tillstånd enligt MB. EU:s ramvattendirektiv innehåller flera bindande krav på vattenkvalitet.²³ Flera av dessa utgör krav som Sverige kommer få svårt att leva upp till.²⁴ Enligt praxis från EU-domstolen är de nationella domstolarna skyldiga att fullt utnyttja den bedömningsfrihet de har enligt nationell rätt att tolka nationella rättsakter för att genomföra de krav som följer av gemenskapsrätten.²⁵

Här är dock frågan mer komplicerad än så. Det svenska juridiska systemet är i sig inte oförenligt med EU-rätten. Det finns verktyg för att implementera de krav som ställs enligt ramvattendirektivet även när det gäller de anläggningar som omfattas av någon typ av äldre rättighet. Detta kan åstadkommas genom omprövningar

²³ För diskussion om i vilken utsträckning bestämmelserna i ramvattendirektivet är bindande se Keessen m.fl. *European River Basin Districts: Are They Swimming in the Same Implementation Pool?* I *Journal of Environmental Law* 22:2, 2010. Se även Kommissionen mot Luxemburg, 30 november 2006, C-32/05, p. 39 och 43,

²⁴ Rudberg, *Constant Concessions Under Changing Circumstances: the Water and Renewable Energy Directives and Hydropower in Sweden*, s. 22.

²⁵ Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, 10 april 1984, C-14/83, p. 28 och Marleasing SA mot Comercial Internacional de Alimentación SA, 12 november 1990, C-106/89, p. 8.

²¹ Jfr prop. 1997/98:45 del 1, s. 491 ff.

²² MÖD 2011:46.

och återkallelse. Detta kommer naturligtvis inte att fungera i praktiken, det skulle krävas så oerhört mycket mer personella och ekonomiska resurser till både myndigheter och domstolar än vad som finns idag att det vore fullkomligt orimligt och troligtvis inte ens genomförbart. Sverige kommer därmed rent faktiskt att bryta mot EU-rätten i dessa fall. Det förändrar dock inte det faktum att det ytterst rör sig om en resursfråga vilket innebär att kravet på fördragskonform tolkning inte aktualiseras. I dessa fall är det inte genom fördragskonform tolkning utan genom lagstiftning eller tillskjutande av resurser EU-rätten ska genomföras.

Den stora frågan är dock om detta är tillräckligt för att helt frånga vad som tidigare gällt. Att fränkänna privilegiebrev rättsverkan enligt MB innebär som ovan nämnts även att man helt bortser från två bestämmelser i MBP. Svaret på den frågan är inte helt självklart utan beror till viss del på hur man värderar det faktum att MB trots allt innebar en kursändring och utges vara en modern miljölagstiftning. Enligt min mening väger dock lojaliteten med lagstiftaren tyngre. Jag anser inte att det mot bakgrund av vad som ovan anförts finns tillräckliga skäl för att utgå ifrån att två paragrafer i MBP var obsoleta redan vid deras tillkomst. Privilegiebrevska ska enligt detta sätt att se på det anses som tillstånd enligt MBP 5 §, hur omodernt, orimligt och opraktiskt det än är i praktiken.

Urminnes hävd

Ännu en rättighet som förekommit inom den äldre vattenrätten är urminnes hävd. Institutet urminnes hävd utmönstrades vid införandet av nya jordabalken (1970:994, JB) som trädde i kraft 1972. Av JB:s promulgationslag (1970:995, JP) 6 § framgår dock att de bestämmelser om urminnes hävd som fanns i äldre jordabalken (ÄJB) fortfarande ska gälla för de fall då hävd uppstått innan införandet av JB.

ÄJB 1 § stadgar att:

”Det är urminnes hävd: där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid okvald och ohindrad besuttit, nyttjat och brukat haver, att ingen minnes, eller av sanna sago vet, huru hans förfäder, eller fångesmän först därtill komne äro.”

I utredningen SOU 2006:14 om samernas sedvanemarken framhålls att ett uttalande av professor Undén²⁶ ger att urminnes hävd ska avse två mansåldrar tillsammans utgörande ungefär 90 år. Utredningen konstaterar även att det uttalandet har fått visst genomslag.²⁷ En förutsättning för att urminnes hävd ska kunna föreligga är därmed att anläggningen eller verksamheten som omfattas av den tillkommit innan 1882. Detta är 90 innan JB trädde ikraft och institutet urminnes hävd utmönstrades.

Som ovan nämnts upphävdes 20 kap. i 1734 års byggningsbalk 1880 och ersattes av VRF. VRF:s övergångsbestämmelse i 25 § fick sin utformning delvis i enlighet med ett förslag från riksdagen. I 25 § stadgas att förordningen inte ska rubba gällande rätt och frihet att dämna osv. Riksdagen hade anfört att:

”... dels och i stället för ’annan tillkommen rättighet’ sättes ’annan rättighet’, det senare på det att ingen tvekan må kunna uppstå, att icke till här afsedd rättighet skall hänföras äfven den, som grundas å urminnes hävd ...”²⁸

Uttalandet ska läsas som att riksdagen ville förtydliga att urminnes hävd verkligen var en av de rättigheter som avsågs i 25 §.²⁹ Därmed hade

²⁶ Undén, *Svensk Sakrätt II fast egendom*, 4:e uppl., Gleerup 1960, s. 140.

²⁷ SOU 2006:14, s. 382.

²⁸ NJA II 1882, nr 1, s. 59.

²⁹ Jfr protokoll från riksdagens första kammare 1880 band 1 N:o 15, s. 9 Herr Grefve Strömholm uttalar där att

urminnes hävd rättsverkan enligt VRF på så sätt att verksamheter i den utsträckning de bedrevs i enlighet med urminnes hävd inte påverkades av den nya lagens ikraftträdande.

Detta bekräftas även av af Klintberg som angående skriver att 2 kap. 41 § att:

”De här avsedda rättigheterna ha i regel karaktären av servitut till förmån för den fastighet vartill vattenbyggnaden hör. Ett sådant servitut är ofta av offentligrättslig natur, d.v.s. det grundar sig på privilegiebrev, dom, skattläggning, eller annan offentlig rättshandling. Exempel härpå ges i lagtexten, då där talas om ’den rätt och frihet, som är förunnad bergverk, kvarnar, och fiskeverk’. Rättigheten kan emellertid även ha uppkommit genom privaträttsligt avtal eller grundas på urminnes hävd.”

Precis som privilegiebrev utgör urminnes hävd en rättighet enligt ÄVL 2 kap. 41 § och kom därmed att jämsställas med tillstånd enligt VL, VP 15 §. VP 15 § talar uttryckligen om rättigheter i ÄVL 2 kap. 41 §, här råder inget tvivel om att urminnes hävd hade samma rättsverkan som ett tillstånd meddelat enligt VL.

Frågan är dock om rättigheter som uppkommit genom urminnes hävd behåller denna ställning även efter införandet av MB. MBP 5 § som föreskriver vilka äldre rättigheter som är att anse som tillstånd enligt MB talar om tillstånd osv. som ”meddelats” enligt motsvarande äldre bestämmelser. Urminnes hävd uppkommer genom en längre tids nyttjande, det kan knappast påstås att det är en rättighet som på något sätt har meddelats. ÄJB var dessutom en utpräglat

civilrättslig lagstiftning, en stark invändning är därför att urminnes hävd inte alls kan sägas ha uppkommit med stöd av en äldre motsvarighet till 1983 års VL.

Något som ytterligare komplicerar frågan om äldre rättigheters ställning är att urminnes hävd och privilegiebrev inte är de enda kategorierna som omfattas av ÄVL 2 kap. 41 §. af Klintberg framhåller att den typen av rättigheter ofta är av servitutsliknande karaktär och att de i flertalet fall är av offentligrättslig natur. Han konstaterar dock att de även kan uppkomma genom privaträttsliga avtal och nämner även avtals-servitut.³⁰ Anses samtliga de rättigheter som omfattas av ÄVL 2 kap. 41 § falla in under MBP 5 § innebär det att det finns ett flertal rättigheter med samma rättsverkan som tillstånd enligt MB men som kan ändras och upphävas inte bara genom omprövning utan genom fastighetsreglering.³¹

I övrigt gör sig samma argument för och emot att urminnes hävd ska tillmätas rättsverkan enligt MB som för att privilegiebrev ska anses som tillstånd. Sammanfattningsvis är alltså den grundläggande frågeställningen densamma. Det är klart att urminnes hävd länge ansetts ha rättsverkan inom vattenrätten, hävd jämsställdes enligt VP uttryckligen med tillstånd meddelade enligt VL. Att ÄJB är en civilrättslig lagstiftning och att urminnes hävd svärigen i någon mening kan anses vara meddelad är visserligen ytterligare skäl som talar mot att det är en rättighet som omfattas av MBP 5 §. Frågan kvarstår dock om detta tillräckligt för att helt bortse från MBP 34 och 40 §§.

En viktig utgångspunkt är dock att verksamhetsutövare som åberopar en rättighet enligt ÄVL 2 kap. 41 § är skyldig att bevisa både rät-

³⁰ I Lag-Utskottets utlåtande har detta uttryck blifvit förändradt till ’laglig rättighet’, på grund deraf att Utskottet velat tydligt utmärka, att ingen tvekan borde uppstå om att man här afsett äfven urminnes häfd.” Se även protokoll från riksdagens andra kammare 1880 band 1 N:o 20, s. 19.

³⁰ af Klintberg, *Om byggande i vatten enligt 2, 3 och 5 kap. Vattenlagen. Lagtext med kommentar och sakregister*, Norstedt 1955, s. 174.

³¹ Jfr fastighetsbildningslagen 7 kap. 3 §.

tighetens existens och dess närmare innebörd. Mot bakgrund av att urminnes hävd kan utgöra en rättighet föreligger inget absolut krav att uppvisa en upplåtelsehandling men det råder trots detta höga beviskrav.³² Det kan därmed ifrågasättas om det överhuvudtaget kan vara möjligt att bevisa att en viss vattenhushållning omfattas av urminnes hävd.

Senare praxis från Mark- och miljööverdomstolen

MÖD har i tre domar från 2012 tagit ställning i frågan om vilken rättsverkan äldre rättigheter ska tillmätas.³³ I domen om Färna kraftverk rörande äldre rättigheter uttalade MÖD följande:

”En rätt enligt privilegiebrev utgör en särskild rättighet att förfoga över vattnet men kan inte jämföras med ett tillstånd enligt miljöbalken. Kungsådran Kraft Aktiebolag har i målet inte visat att något tillstånd enligt miljöbalken eller de tidigare gällande vattenlagarna (1918:523 och 1983:291) finns för vattenverksamheten vid Färna kraftverk. Bolaget har inte heller gjort gällande att någon prövning enligt 1880 års vattenrättsförordning har gjorts av anläggningen.”

Eftersom rättsläget vad gäller äldre rättigheter är både svårtolkat och i viss utsträckning oklart måste prejudicerande domar på området ses som mycket välkomna. Enligt MÖD:s domar är privilegiebrev inte att anse som tillstånd enligt MBP 5 §. MÖD konstaterar att bolaget inte visat att tillstånd enligt MB eller någon av vattenlagarna föreligger och inte heller gjort gällande att anläggningen prövats enligt 1880 års VRF. Min tolkning av denna formulering är att MÖD anser att tillstånd meddelade enligt VRF är att anse

som tillstånd enligt MB, men där går också gränsen för hur gamla rättigheter som har rättsverkan enligt MB. Vid tolkningen av tillstånd enligt VRF är det dock viktigt att uppmärksamma att VRF innehöll flera generella skyddsföreskrifter och det är därmed nödvändigt att tolka tillståndet mot bakgrund av dessa.

I målet om Färna kraftverk konstaterar MÖD inledningsvis att de vaga uppgifter som verksamhetsutövaren lämnat angående urminnes hävd inte visar att en särskild rätt att förfoga över vattnet. En tolkning av denna skrivning är att den indirekt ger uttryck för att det går att visa att urminnes hävd föreligger och att det i så fall innebär en särskild rättighet att förfoga över vattnet. Även Stefan Rubenson pekar i en artikel på JP Miljönet på möjligheten att domstolen ansåg att urminnes hävd skulle kunna ha betydelse. Han konstaterar dock att MÖD i sina domskäl i vissa fall tar upp omständighet som åberopats av parter utan att själv ta ställning till rättsfrågan. Enligt Rubenson är det därför inte möjligt att dra några slutsatser utifrån rättsfallet om hur domstolen ser på urminnes hävd.³⁴

Vad MÖD fastslår är dock att de uppgifter som angetts om urminnes hävd inte är tillräckligt för att visa att det föreligger en ”särskild rättighet att förfoga över vattnet”. Det är precis samma formulering som domstolen använder när den konstaterar att privilegiebrev visserligen utgör en ”särskild rättighet” men att de trots detta inte kan jämföras med tillstånd enligt MB. Det är även den formulering som af Klintberg använder när han talar om samtliga de rättigheter som avses i 2 kap. 41 §.³⁵ Beteckningen ”särskild rättighet att förfoga över vattnet” återkommer även i MBP 34 § där den syftar på samtliga de rättig-

³² af Klintberg, s. 174.

³³ MÖD 2012:26, MÖD 2012:27, MÖD 2012:28.

³⁴ Rubenson, Frågan om vattenkraft och urminnes hävd fortfarande olöst – men kanske ett begränsat problem. I *JP Miljönet*, 2012-08-14.

³⁵ af Klintberg, s. 174.

heter som avses i ÄVL 2 kap. 41 §. Min bedömning är därför att MÖD:s domar ska tolkas som att ingen av de rättigheter som avses i ÄVL 2 kap. 41 § är att anse som tillstånd enligt MB.

Överhuvudtaget saknas några som helst sakliga skäl till varför urminnes hävd skulle anses utgöra en starkare rättighet än privilegiebrev. Hävd är en långt mer diffus rättighet och kan t.ex. inte anses meddelad. 1734 års byggningsbalk kan trots allt med lite god vilja ses som en delvis offentlighetslagstiftning med visst skydd för allmänna intressen. I motsats till detta är ÄJB en rent civilrättslig lagstiftning. Varken privilegiebrev och urminnes hävd är därmed enligt MÖD:s domar att anse som tillstånd enligt balken. Detta gör att de saknar rättsverkan och utgör därför inte hinder mot tillsynsåtgärder såsom förelägganden och förbud.

MÖD uttalar vidare i de tre domarna om Färna osv. att privilegiebreven talar för att anläggningen skulle bli lagligförklarad vid en sådan prövning. Detta är fullt rimligt, vid en lagligförklaring prövas ska anläggningens laglighet prövas enligt de bestämmelser som gällde vid dess tillkomst. Ett privilegiebrev som t.ex. ger rätt att uppföra en damm måste onekligen ses som ett starkt bevis på att dammen var laglig vid dess uppförande.

Nacka mark- och miljödomstol frångår i en dom från 2012 MÖD:s praxis. Domstolen konstaterar att de privilegiebrev som sökanden åberopat utgjorde rättigheter enligt VRF 25 § och ÄVL 2 kap. 41 §. Mark- och miljödomstolen framhåller att dessa rättigheter gällde som tillstånd enligt VL. Vidare anförs att de har avsetts bestå även efter införandet av MB vilket enligt domstolen framgår av MBP 5 och 34 §§.³⁶

HD har i ett beslut från 2011 framhållit att MÖD:s sammansättning med tekniska ledamö-

ter ger domstolen särskilt goda möjligheter att bedöma bl.a. tekniska och ekonomiska sakfrågor. Även det faktum att domstolen utgör ensam andra domstolsinstans med rikstäckande domsrätt bidrar till att till att MÖD spelar en viktig roll för prejudikatbildningen på miljörettens område. Detta sker genom att möjliggöra prövning i HD och inte minst genom MÖD:s egna avgöranden. HD poängterar även att MÖD:s betydande ansvar för prejudikatsbildningen gör sig gällande även i de fall där HD är sista instans.³⁷

Av detta framgår tydligt att MÖD är en prejudikatsbildande instans inom miljöretten. I Sverige finns det visserligen ingen absolut skyldighet att följa prejudikat.³⁸ En ofta åberopad grund mot absolut bundenhet är att det är tyngden i de av överinstansen åberopade skälen som motiverade domslutet som är avgörande för domens inflytande på rättstillämpningen.³⁹ Ett väl underbyggt och motiverat prejudikat medför då att det krävs starka skäl för frånga det vägledande avgörandet. MÖD:s tre domar om äldre rättigheter innehåller överhuvudtaget ingen motivering till stöd för den valda tolkningen. Domstolen nöjer sig med att endast ange att privilegiebreven visserligen utgjorde rättigheter enligt ÄVL 2 kap. 41 § men att de inte kan jämföras med tillstånd enligt MB.

Frågan är då vilket prejudikatvärde som MÖD:s domar ska tillmätas. Det kan argumenteras att domar från överinstansen fyller en viktig funktion även när det gäller att öka rättstillämpningens förutsebarhet. Trots att det saknas motivering och argumentation är MÖD:s slutsats nog så tydlig: privilegiebrev gäller enligt MÖD inte som tillstånd enligt MB. Mot bakgrund av resonemanget ovan är gör jag dock bedömning att detta inte är tillräckligt för att äldre

³⁷ HD 2011-11-24, i mål nr Ö 48-10.

³⁸ Heuman, Rättspraxis, i *Finna rätt*, 12:e uppl., Norstedts Juridik 2012, s. 135.

³⁹ SOU 1986:1, s. 47-48

³⁶ Nacka mark- och miljödomstol M 6570-09.

rättigheter ska anses sakna rättsverkan. Hade MÖD resonerat t.ex. utifrån en bedömning att civilrättsliga privilegiebrev inte kan anses vara meddelade med stöd av motsvarande äldre lag hade situationen varit en annan. Här kan även tilläggas att äldre rättigheters ställning givetvis är en fråga som HD har all anledning att ta upp till prövning.

Sammanfattningsvis kan konstateras att äldre rättigheters ställning enligt MB är olycklig på flera sätt. Vilken rättsverkan äldre rättigheter ska tillmätas fortsätter att vara en fråga som ger upphov till väsentliga kostnader i form av domstolsprocesser. Det rör sig om administrativa kostnader som helt saknar samband med miljörättens centrala och övergripande fråga. Frågan om vilka miljöpåverkande verksamheter som ska anses tillåtliga och hur dessa ska kunna bedrivas med minsta möjliga negativa påverkan på miljön.

Än mer olycklig blir denna osäkerhetsfaktor eftersom verksamhetsutövare därigenom kan bli skyldiga till brott. I det fall MÖD:s ståndpunkt

vinner genomslag saknar de verksamheter som bedrivs med stöd av endast privilegiebrev tillstånd enligt MB. Eftersom vattenverksamhet i regel utgör tillståndspliktig verksamhet gör sig därmed skyldig till brottet otillåten miljöverksamhet. Det kommer dock knappast att vara möjligt för en åklagare att visa uppsåt eller oaktsamhet. Även legalitetsprincipens krav på lagstiftningens tydlighet och förutsebarhet medför att det inte är möjligt att döma någon under dessa förutsättningar.

Slutkommentar

Denna artikel har uteslutande syftat till att belysa och analysera det nu gällande rättsläget. Enligt min mening är och förblir dock äldre rättigheters ställning i grunden en lagstiftningsfråga. Det är därför min starka förhoppning att den nu pågående utredningen om vattenverksamheter lägger fram förslag som en gång för alla fasar ut privilegiebrev och 1766 års fiskeristadga från den moderna miljölagstiftning MB trots allt utges för att vara.