
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 paradigms 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 mantra-liknande 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 kätter?*, 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 friluftslivsöreningarna 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 friluftslivsöreningarna, 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 snarligt 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.