
Urminnes hävd och vattenrätten – några synpunkter

Rolf Strömberg

1. Det gläder en gammal vattenrättare att Eder värderade tidskrift på kort tid har publicerat två artiklar av yngre forskare rörande detta för mig intressanta rättsområde, först artikeln av Ingela Lindqvist (IL) i nr 2013:1 och sedan av Christina Olsen-Lundh (COL) i nr 2013:2. Båda artiklarna rör äldre rättigheters, främst urminnes hävd och privilegiebrev, ställning i vattenrättsliga sammanhang. Det är jag som i den av COL apostroferade Miljöbalkskommentaren, med utgångspunkt i min uppfattning om tidigare gällande rätt, har ställt frågan, om det vid tillkomsten av miljöbalken och den s.k. restvattenlagen var lagstiftarens avsikt att göra verksamheter som grundas på sådana rättigheter olagliga, och besvarat frågan nekande. COL har däremot i sin artikel, med en annan uppfattning i fråga om innehållet i gällande rätt åtminstone sedan 1880 års vattenrättsförordning, ansett sig kunna visa att frågan i stället bör besvaras jakande och utvecklar utförligt sin ståndpunkt. IL synes däremot ha samma uppfattning som jag. Eftersom en lagkommentar av angiven art med nödvändighet inte kan vara

så utförlig som ett vetenskapligt arbete, skall jag försöka att med denna artikel något utveckla min syn på den aktuella frågan. Jag vill visa att teoretiska tolkningsresonemang vid kontakt med verkligheten, i detta fall omständigheterna vid tillkomsten av miljöbalken och dess följdlagstiftning, kan behöva underkastas en, som min gamle lärare i Allmän rättslära, professor Ivar Agge, kallade "pragmatisk korrektion".

2. Låt mig först göra klart att jag delar IL:s och COL:s uppfattning att det är märkligt att man inom vattenrätten kan ha gett urminnes hävd, som i andra sammanhang betraktats som ett civilrättsligt institut, en offentlighetsrättslig status genom att i rättskraftshänseende jämställa det med ett vattenrättsligt tillstånd. Institutet rimmar illa med rättskraftsregeln i 24 kap. 1 § miljöbalken, som ger rättskraft endast åt vad som prövats i en dom eller ett beslut. Det finns ju inget som prövats i någon dom eller något beslut och omfattningen av hävdens innehåll kan därför bli föremål för utdragna processer.¹ Det är något lättare att förlika sig med att privilegiebrev ges rättskraft, eftersom de åtminstone bygger på beslut av Konungen/Drottningen eller statlig myndighet. Även förekomsten av privilegiebrev har dock varit föremål för utdragna processer. Vad

* Rolf Strömberg är f.d. generaldirektör med ett förflutet som bl.a. rättsakkunnig och rättschef i regeringskansliet med vatten- och miljö rätt som specialitet. Han var sekreterare i Vattenlagsutredningen, vars förslag låg till grund för 1983 års vattenlag, och deltog i propositionsarbetet inför denna, bl.a. som föredragande i Lagrådet. Han var expert i Miljöbalksutredningen och Miljöbalkskommittén. Han har skrivit en kommentar till 1983 års vattenlag och svarar för bl.a. de vattenrättsliga avsnitten i kommentaren till miljöbalken av Bengtsson-Bjällås-Rubenson-Strömberg (Norstedts Blå Bibliotek), av Christina Olsen-Lundh kallad Miljöbalkskommentaren.

¹ De flesta processer som refererats har dock varit inriktade på frågan om det föreligger urminnes hävd eller ej och inte på frågan om rättskraften mot tredje man och det allmänna hos hävden. Domar eller beslut i sådana mål har naturligtvis bara rättskraft parterna emellan.

frågan nu gäller är om vattenlagstiftningen före miljöbalkens och restvattenlagens ikraftträdande gav urminnes hävd – och även privilegiebrev – offentligrättslig status, dvs rättskraft även mot tredje man och det allmänna.

3. Jag kommer i fortsättningen att huvudsakligen uppehålla mig vid institutet urminnes hävd. Eftersom jag som pensionär inte har resurser eller ork att forska särskilt långt tillbaka i tiden, får jag börja med min tolkning av hur man betraktade urminnes hävd vid tillkomsten av 1880 års vattenrättsförordning och dess övergångsbestämmelser. Som kommer att framgå, behöver man egentligen inte ens gå så långt tillbaka i tiden för att förstå hur man sett på förhållandet urminnes hävd – rättskraft vid den springande tidpunkten, nämligen inför ikraftträdandet av miljöbalken och restvattenlagen.

4. Som IL citerat i sin artikel stadgades i 25 § övergångsbestämmelserna till 1880 års vattenrättsförordning att genom förordningen inte gjordes någon rubbning i den rätt och frihet som var förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk och inte heller i annan rättighet att stänga av eller dämna vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet. Att urminnes hävd ingick bland dessa rättigheter framgår av det av IL citerade riksdagsuttalandet på sid. 46 och not 29 till denna.²

² Tolkningsen av riksdagsuttalandet, som innehåller dubbla negationer, har lett till svårigheter för en del. Så har t.ex. Kammarkollegiet i sitt PM Frågor angående institutet urminnes hävd och dess betydelse i ljuset av miljöbalkens bestämmelser byggt en del av sin argumentation för att urminnes hävd inte borde anses vara innefattad bland ifrågakvarnande rättigheter på uttalandet. Vattenverksamhetsutredningen har i sitt betänkande SOU 2013:69 s. 190 f. redovisat Svenska språknämndens tolkning av uttalandet i nämndens utgåva av Språkriktighetsboken (2005), som innebär att den senare negationen endast utgör en förstärkning av den första, och inte har en självständig negerande betydelse, varför den senare negationen lika gärna kunde strykas.

5. Låt oss alltså enas om att urminnes hävd ingick ibland de rättigheter som avsågs med angivna övergångsbestämmelse till 1880 års vattenrättsförordning. Men hade den endast en civilrättslig innebörd och alltså, som COL hävdar, vara begränsad till en vattenrättslig rådighetsregel eller en offentligrättslig sådan, dvs rättsverkan även mot det allmänna och tredje man t.ex. ifråga om tillståndplikt och rätten att förfoga över vattnet till skada för motstående intressen? Sistnämnda ståndpunkt, som också IL synes inta, har varit den allmänt vedertagna. Men denna fråga saknar, som kommer att framgå av det följande, egentligen betydelse för svaret på den i inledningen till denna artikel ställda frågan om lagstiftarens mening. För svaret är det nämligen avgörande, hur frågan reglerats i efterföljande lagstiftning, dvs i 1918 resp. 1983 års vattenlag.

6. I 1918 års vattenlag gjordes en klar uppdelning av civilrättsliga regler om rådighet i 1 kap. och offentligrättsliga regler i 2 kap. I 1 kap. 2 § andra stycket första meningen gjordes undantag från likadelningsregeln i paragrafens första stycke för den rätt till större lott i vattnet, som kunde grundas på dom, urminnes hävd eller annan särskild rättsgrund.

7. I 2 kap. i 1918 års vattenlag reglerades de offentligrättsliga frågorna, bl.a. den generella tvångsrätten att i vissa fall skada motstående intressen (3 §), särskild tvångsrätt (14 §), tillståndsplikt (20 §) och tillstånds rättskraft (22 §). I samma kapitel infördes i 41 § en bestämmelse som i sitt första led³, med vissa rent språkliga modifieringar, helt motsvarade 25 § i övergångsbestämmelserna till vattenrättsförordningen. Stadgandena

³ I paragrafens andra led togs in en egentligen onödig erinran om att rättsinnehavaren, liksom den som fått tillstånd, naturligtvis var skyldig att tåla skada, förlust eller intrång av nytillkommande, tillståndsgiven vattenverksamhet.

i kapitlet fick alltså inte rubba tidigare tillkomna rättigheter. Bland dessa rättigheter ingick privilegiebrev och urminnes hävd.

8. Jag anser det uppenbart att stadgandet i 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag inte är ett rådighetsstadgande. Rätten enligt det stadgandet att förfoga över vattnet innebar bl.a. att rättighetshavaren var befriad från tillståndsplikten enligt lagen, så länge han bevisligen höll sig inom de ramar som rättigheten ger.

9. Än klarare blev lagregleringen i 1983 års vattenlagstiftning och då i lagen (1983:292) om införande av vattenlagen (1983:291), VP. I 7 § VP togs in en motsvarighet till den civilrättsliga rådighetsregeln 1 kap. 2 § i 1918 års vattenlag om undantag från likadelningsregeln. Och – detta är en avgörande utgångspunkt för vår tvistefråga – i 15 § andra stycket VP intogs ett uttryckligt stadgande om att rättigheter enligt 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag skulle likställas med ett tillstånd enligt 1983 års vattenlag, alltså ha rättskraft och det skulle t.ex. inte behövas tillstånd enligt lagen för verksamheter som bedrevs med stöd av sådana rättigheter.

10. Detta var alltså rättslaget inför tillkomsten av miljöbalken och dess följdlagstiftning, och min fråga som jag ställt i Miljöbalkskommentaren om lagstiftarens mening, eller rättare om han uttryckt någon mening över huvud taget, rörande äldre rättigheters ställning i den nya lagstiftningen. Därom kan jag kanske ge vissa besked, ty jag var med.⁴

⁴ Eftersom artikeln avses bli införd i en nordisk tidskrift, har jag funnit det vara på sin plats att alludera på J.L. Runebergs Fänrik Ståls Sägner, som åtminstone under min skoltid var en obligatorisk, men också angenäm, läsning.

11. Nu vill jag också travestera ett uttalande av en i detta fall historisk person, nämligen Axel Oxenstierna, och svära i kyrkan och påstå: "Om ni visste, mina barn, med hur liten vishet de vattenrättsliga frågorna behandlades vid tillkomsten av miljöbalken och dess följdlagstiftning!" Eftersom jag var expert i Miljöbalksutredningen hade jag insyn i balkarbetet. I mitt särskilda yttrande över utredningens huvudbetänkande kritiserade jag också hur bristfälligt utredningsarbetet bedrivits, särskilt – men inte bara – beträffande de vattenrättsliga frågorna. Lagrådet kom vid sin senare granskning av regeringsförslaget med samma kritik.⁵ På grund av den brådska som rådde – man måste ha en balk antagen av riksdagen före nästa riksdagsval – inriktades arbetet, såvitt avsåg de vattenrättsliga frågorna, på det i direktiven angivna uppdraget att försöka arbeta in 1983 års vattenlag i balken. När det stod klart även för utredningen att en total integration av de vattenrättsliga bestämmelserna i balken inte var möjlig, bestämde man sig för att i en restvattenlag ta in de överblivna bestämmelserna som inte kunde ingå i balken utan någon närmare analys om behovet av eller innehållet i dessa.⁶

12. Brådskan i miljöbalksarbetet medförde många slarvfel, stora och små, i utredningens förslag.⁷ Ett sådant var enligt min mening att

⁵ Se prop. 1997/98:45 Del 2 s. 447.

⁶ Jag vill inte lasta utredningens sekretariat för detta, eftersom brådskan medförde att den enda lösningen blev att utan närmare analys av de enskilda paragraferna sammanföra de regler som inte togs in i miljöbalken i en restvattenlag. Övergångsreglerna till denna diskuterades över huvud taget inte inför det särskilda betänkandet (SOU 1996:147) med förslag till övergångsbestämmelser.

⁷ Man kan över huvud taget ställa frågan om förarbetena till en balk, som ju anses ha högre dignitet än en vanlig lag, dock inte jämförbar med grundlag, skall behöva bedrivas med en sådan skyndsamhet som skedde. Dessutom kan anmärkas att Miljöbalksutredningen inte var en parlamentarisk sådan utan bestod av en ensamutredare, biträdd av åtta juristsekreterare samt ett fyrtiotal sakkunniga och experter.

man i övergångsbestämmelserna inte föreslog någon motsvarighet till 15 § andra stycket VP om likställighet av vissa äldre rättigheter med tillstånd. Om avsikten var att införa en ny ordning, skulle frågan på grund av dess dignitet, som jag anförde i Miljöbalkskommentaren, absolut ha diskuterats i utredningen och också motiverats i betänkandet SOU 1996:147, vilket inte skedde. En trolig orsak till utelämnandet kan vara att en sådan övergångsbestämmelse skulle ha sin plats i 5 § lagen om införande av miljöbalken (MP), som handlades av en annan sekreterare än den som svarade för de vattenrättsliga frågorna.

13. Det verkar som om ingen av remissinstanserna observerade den uteblivna motsvarigheten till 15 § andrastycket VP och inte heller berördes frågan i lagrådsremissen eller prop. 1997/98:45 med förslag till miljöbalk, som också innehöll förslag till MP och som också arbetades fram i stor brådska.⁸ Detta trots att Lagrådet, som IL redovisat, påpekat att en föreslagen regel (28 § MP i lagrådsremissen) om att reglerna om återkallelse borde utgå, eftersom det uppenbarligen inte gick att återkalla ett tillstånd som inte fanns. Lagrådet lät dock förslagen till 34 och 40 §§ MP passera utan erinran. Resultatet blev alltså att någon motsvarighet till 15 § andra stycket VP inte togs in i 5 § MP.

14. Det är mot denna bakgrund som jag i Miljöbalkskommentaren har hävdats att utelämnandet i 5 § MP av en motsvarighet till 15 § andra stycket VP beror på en miss av lagstiftaren, som enligt vad jag tidigare redovisat måste ha berott på

brådskan i lagstiftningsarbetet, och att avsikten inte varit att ändra rättsläget, dvs det rättsläge som enligt min mening och vad jag redovisat rådde före miljöbalkens och restvattenlagens ikraftträdande. Det är därför jag har kritiserat Mark- och miljööverdomstolens tre avgöranden i MÖD 2012:26–28. Jag menar att de inte har något prejudikatvärde.⁹

15. Nå, invänder vän av ordning, varför bråka om denna fråga nu, när Vattenverksamhetsutredningen i sitt betänkande (SOU 2013:69) Ny tid – Ny prövning¹⁰, som i skrivande stund bereds inom regeringskansliet, har biträtt min uppfattning och föreslagit en motsvarighet i ett nytt andra stycke i 5 § MP till rättskraftsregeln i 15 § andra stycket VP, som enligt utredningen endast är ett förtydligande av vad som redan gäller.¹¹ Utredningen har också biträtt min uppfattning att urminnes hävd omfattas av rättskraftsregeln och har uttryckligen angivit detta i det föreslagna stadgandet.

16. Ett bekymmer är dock att den föreslagna rättskraftsregeln ingår i ett paket, som innebär att länsstyrelserna skall kunna förelägga om skyldighet att söka nytt tillstånd för alla enligt miljöbalken tillståndspliktiga vattenregleringar, vattenbortledningar och vattenöverledningar och anläggningar för sådana verksamheter för vilka vattenrättsliga tillstånd meddelats med stöd av 1880 års vattenrättsförordning samt 1918 eller 1983 års vattenlagar. Möjligheten att före-

⁸ Som tidigare påpekats, var Lagrådet kritiskt mot att miljöbalksarbetet bedrivits med så stor brådska. Lagrådet menade att arbetet med en lagstiftning som skall få status av en balk måste ha getts den tid som behövs för att uppnå ett lagverk av den fullständighet och genomarbetning som bör känneteckna en miljöbalk (se prop. 1997/98:45 Del 2 s. 450).

⁹ Det bör anmärkas att alla tre fallen handlar om privilegiebrev. Frågan om urminnes hävd var uppe i endast ett av fallen, men den kunde föras åt sidan, eftersom sådan hävd inte kunde styrkas.

¹⁰ IL uttrycker också i sin artikel en from förhoppning, att Vattenverksamhetsutredningen skall lösa frågan.

¹¹ Anmärkas bör att den särskilde utredaren i Vattenverksamhetsutredningen är samme person, som var ordförande i Mark- och miljööverdomstolen i det tre kritiserade avgörandena.

lägga om tillståndsplikt skall också gälla rättigheter enligt 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag samt lagligförklaringar.

17. Jag har svårt att tänka mig att så långtgående ändringar som utredningen föreslår kan genomföras. De kommer att medföra stora påfrestningar för den svenska rättsapparaten. Sverige är ett litet land där det redan i dag råder brist på och med största sannolikhet med förslaget kommer att råda en än större brist på vattenrättslig kompetens på alla kanter – domstolar (även inom specialiserade domstolar, såsom mark- och miljödomstolarna, Mark- och miljööverdomstolen och också HD), myndigheter, advokatbyråer, konsulter, läroanstalter osv. Den föreslagna prövningsordningen skulle innebära förlamande konsekvenser för prövningsmyndigheterna och alla andra som kommer att vara involverade i den nya prövningsordningen. De rättsliga, eko-

nomiska och energipolitiska konsekvenserna är inte heller tillräckligt belysta. Ett utbyggt omprövningssystem, som är mindre resurskrävande och som inte alls i samma utsträckning medför rättsliga komplikationer och påfrestningar, borde i stället övervägas.

18. Frågorna kommer säkert att behandlas vid beredningen av betänkandet i regeringskansliet. Beredningen kan dock leda till att förslagen på grund av sina svåröverskådliga konsekvenser inte kommer att genomföras – kanske inte alls eller endast till vissa delar. Innan några ändringar i lagstiftningen görs rörande den nu aktuella frågan om urminnes hävd och andra gamla rättigheter, vidhåller jag mina uttalanden i Miljöbalkskommentaren om innehållet i gällande rätt och anser att avgörandena MÖD 2012: 26–28 saknar prejudikatvärde.