
Tvenne gånger tvenne ruttna gärdesgårdar Om urminnes hävd och vattenkraft

*Christina Olsen Lundh**

Abstract

Immemorial prescription is a private law concept and describes a kind of right that emerged so long ago that no one can remember how and when it arose. The purpose of this essay is to discuss the relationship between immemorial prescription and some Swedish laws, especially the Act with Special Arrangements for Water Operations, the Environmental Code and the legislations regarding promulgation of those laws. To a water operator, the legal consequences of a permit are highly important; they protect the installation from injunctions by regulatory authorities. However, the legal consequences of a permit are limited to circumstances tried in the permit matter. A central question in this essay is whether immemorial prescription could or should be regarded as a permit. The essay expose the legal problems that follow by equating a private law concept dealing with legal relations long time forgotten with a public law structure, where the legal consequences depend on what was tried in the permit matter.

Inledning

Urminnes hävd är inte så urminnes som det låter. På senare tid har frågan om dess innebörd och rättskraft aktualiserats, framför allt beträffande vattenanläggningar och vissa vattenverksamheter eftersom många sådana är uppförda eller drivs med tillstånd som har meddelats med stöd av äldre lagstiftning. Vissa är så gamla att de uppfördes innan tillståndsplikt för anläggande och drift hade införts. Det har gjorts gällande att ägarens rätt att bibehålla dem grundar sig på 'urminnes hävd'; en slags rätt som uppkommit för så länge sedan att ingen kan minnas när och hur rätten uppkom. Det har till och med gjorts gällande att urminnes hävd skulle vara att likna vid ett tillstånd. I MÖD 2012:26 anfördes just detta men Mark- och miljööverdomstolen diskuterade inte frågan utan konstaterade endast att något tillstånd inte fanns och att verksamheten därför borde tillåtlighetprövas. En utredning, Vattenverksamhetsutredningen, har nu tillsatts i vilken utredaren bl.a. ska föreslå ett samhällsekonomiskt effektivt sätt för hur anläggningar som fått tillstånd innan äldre vattenlagen eller som har äldre rättigheter skall utformas och drivas så att miljöbalkens och EU-rättens krav på vattenkvalitet och påverkan på djur och växtliv uppfylls.¹

* Christina Olsen Lundh är jur. dr i miljörett och lektor i EU-rätt vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet samt postdok vid Centrum för Europaforskning vid Göteborgs universitet (CERGU). Artikeln har skrivits inom ramen för forskningsprogrammet SPEQS (Systems Perspective on Environmental Quality Standards). Ett varmt tack till professor Håkan Gustafsson och fil. Dr Johan Järlehed för läsning och konstruktiva kommentarer liksom till professor Gabriel Michanek samt en anonym granskare.

¹ Regeringen beslutade den 4 april 2012 kommittédirektiv om översyn av reglerna om vattenverksamheter (dir. 2012:29). Enligt direktiven skulle uppdraget slutredovisas senast den 30 juni 2013 men tiden har förlängts till samma datum 2014. Nya direktiv innebar att utredaren den 1 oktober 2013 i ett delbetänkande redovisade sina

Syftet med den här artikeln är att belysa och diskutera hur 'urminnes hävd' förhåller sig till, dels den s.k. restvattenlagen² och restvattenlagens promulgationslag (VP)³ med avseende på rådigheten,⁴ dels miljöbalkens promulgationslag⁵ med avseende på huruvida hävden ifråga kan utgöra ett tillstånd – och om den kan det; vilka effekter det skulle få med avseende på tillståndets rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken.⁶ Syftet är härvid att visa på det rättsligt problematiska i att likna 'urminnes hävd' vid ett tillstånd.

Inledningsvis ges en historisk tillbakablick på institutet 'urminnes hävd' varefter jag analyserar dess betydelse i relation till 1983 års vattenlag (jämte promulgationslag), miljöbalkens promulgationslag och 24 kap. 1 § miljöbalken. Avslutningsvis diskuteras institutets nutida rättsliga betydelse.

1. Urminnes hävd

I de svenska landskapslagarna⁷ omtalades, enligt Almquist, ett institut, som kan betecknas med uttrycket *lång tids hävd*. Lång tids hävd var så lång

tid att tvenne gärdesgårdar efter varandra hunnit ruttna ned och en tredje blivit uppsatt (detta angavs motsvara ungefär en mansålder).⁸ Från lång tids hävd skall *urminnes hävd* skiljas. Något visst tidsmätt finns inte angivet men det brukar anses omfatta två mansåldrar; d.v.s. ungefär 90 år.⁹ Åtminstone fyra gärdesgårdar ska alltså ha hunnit ruttna ned och en femte, kanske till och med en sjätte ska ha satts upp.

1.1 Urminnes hävd – fång eller presumtion?

Vad innebar då 'urminnes hävd', rättsligt? Var urminnes hävd ett laga fång eller endast ett bevis, en presumtion för den rättmätiga uppkomsten av den rätt till stöd för vilken urminnes hävd åberopas?¹⁰ Detta var den tvistefråga som utvecklades i doktrin och som enligt Undén pågått ända till "nutid" (d.v.s. 1950-tal).¹¹ Tillspetsad, i ljuset av den nutida diskussionen, handlar alltså frågan om huruvida 'urminnes hävd' är en rätt i sig eller en presumtion för uppkomsten av en rätt (men alltså inte en rätt i sig). För att belysa frågan finns det anledning att börja ännu längre tillbaka i tiden eftersom urminnes hävd har haft betydelse i Sverige ända sedan tidig medeltid och synen har varierat över åren.

ställningstaganden i den del som avser analys av rättskraftens räckvidd i fråga om sådana tillstånd och äldre rättigheter som meddelats före ikraftträdandet av vattenlagen (1918:523). Denna artikel författades innan delbetänkandet redovisades och jag har därför inte kunnat beakta detsamma.

² L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

³ L (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

⁴ Rådighet är en slags vattenrelaterad ekvivalent till "ägande"; när det handlar om det rörliga, strömmande, vattnet brukar man inte tala om 'äganderätt' utan om just 'rådighet'. Var och en råder över det vatten som finns inom hens fastighet. Rådighet kan också upplåtas av fastighetsägaren eller förvärvas tvångsvis enligt vad som är särskilt föreskrivet (L med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, 2 kap. 2 §).

⁵ Lag (1998:811) om införande av miljöbalken.

⁶ Miljöbalk (1998:808).

⁷ I sin mest utvecklade form framträdde institutet i Östgötalagen (BB 28:4). (J.E. Almquist; *Det processuella förfarande vid ägotvist.* (avh.), (Stockholm:1923) s. 175).

⁸ *Ibid.*

⁹ Ö. Undén; *Svensk sakrätt II, fast egendom, förra avdelningen*, tredje genomsedda upplagan (Lund:1951), s. 146 anger "två mansåldrar, utgörande tillsammans ungefär 90 år". Almquist ägnar ett helt kapitel åt att utröna vilken tidsrymd som fordras; 1643 års lagkommission föreslog, enligt Almquist, att hävdetiden skulle fastställas till 100 år men lagkommissionen fann det *bäst och rådligast* att hålla sig till Konungabalken 4 kap. 4 § *att urminnes hävd är den, som ingen minnas kan eller av sanna sago vet, huru hon är först tillkommen* (citat enligt J.E. Almquist; a.a. s. 201). Enligt Almquist togs lagkommissionens inställning upp av doktrinen som sedermera ansett att urminnes hävd inte är bunden till viss tid.

¹⁰ Jfr Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [290]. Finns att hämta [online] på http://sv.wikisource.org/wiki/Lagberedningens_f%C3%B6rslag_till_jordabalk_III/Motiv.

¹¹ Ö. Undén; a.a., s. 142.

‘Urminnes hävd’ återfinns i Magnus Erikssons landslag från 1350 (EB kap. 1) som inleds med upplysningen att *fem äro laga fång till jord i Sveriges lag*. Efter en uppräknning av de laga fången (arv, köp, byte, gåva och pant) fortsatte stadgandet:

Lagligt stående, olagligt återgånge, ty att lagfånget är rätt fång, och allt olagligen fångt är som ofånget, tills urminnes hävd återkommer.¹²

Kompletterande formuleringar infördes nästan hundra år senare i Kristoffers landslag (JB kap. 1) från 1442:

Evar som urminnes hävd kommer på, det är lagfånget, och det må ingen kvälja¹³

Urminnes hävd sågs alltså som ett laga fång och onekligen föreföll urminnes hävd därtill inta en exklusiv ställning.¹⁴

I processuellt hänseende blev just frågan huruvida ‘urminnes hävd’ är ett laga fång eller en presumtion rykande aktuell mot 1500-talets slut. Detta genom de tvister som följde i och med att “hertig Karls räfst” hade inletts, vilken gick ut på att återvinna den jord som högadeln hade lagt under sig som en följd av riksdagen i Västerås 1527.¹⁵ Adeln gjorde vid dessa tvister gällande att jorden innehades med urminnes hävd, vilket var ett laga fång som inte kunde motbevisas.¹⁶ Enligt Almquist använde adelns ledare, riks-

rådet Hogenskild Bielke, härvid sin ställning som domhavande vid räfsteting och lagmanseting för att vid lämpliga tillfällen betona hävdens egenskap av laga fång. Hertig Karl var av den motsatta uppfattningen och karaktäriserade ‘urminnes hävd’ närmast som ett bevismedel. Några år senare försökte hertig Karl införa sin uppfattning om hävdens natur i en stadga och denna togs sedermera in i Johan III:s förslag till *ordning vid tillämpning av adelns privilegier*. Här slogs fast att ingen fick stödja sig på urminnes hävd med mindre denna var *lagligen fången som lag uttrycker*.¹⁷

I 1734 års jordabalk¹⁸ samlades bestämmelserna om ‘urminnes hävd’ i fyra paragrafer; 15 kap. 1–4 §§. Syftet var att tydliggöra reglerna och i 15 kap. 1 § definieras ‘urminnes hävd’:

Det är urminnes häfd: där man någon fast egendom eller rättighet i så lång tid oqvald och ohindrad besutit, nyttjat och brukat hafver, att ingen minnes, eller af sanna sago vet, huru hans förfärder, eller fångesmän först dertill komne äro.¹⁹

Beviskraven definierades och ändrades till viss del; regeln om att urminnes hävd inte fick klandras togs bort. Hävdens grundas nu på en längre tids *okvald och ohindrad* besittning; en besittning som måste styrkas av den som påstod den.²⁰

Av 15 kap. 4 § framgick bevisreglerna:

Förebär någon urminnes häfd, som klandrad varder; vise då med gamla och laggilda bref och skrifter, eller trovärdige män, de der om orten väl kunnige äro, och på ed sin vittna

¹² 1 kap. 1 § jordabalken i Magnus Erikssons landslag återgiven såsom i J.E. Almquist; *a.a.* s. 175.

¹³ 1 kap. jordabalken i Kristoffers landslag återgiven såsom i K. Andreasson; *På gränsen till framtiden Möjligheter till koordinatbestämda fastighetsgränser* (avh.), (Lunds tekniska högskola: 2008), s. 92.

¹⁴ J.E. Almquist; *a.a.* s. 175. Almquist menar dock att inte var troligt att tillägget var avsett att innehålla någon verklig nyhet.

¹⁵ “Reformationsriksdagen” eller “Västerås recess” då Gustav Vasa berövade kyrkan dess makt och banden med kyrkan i Rom klipptes av

¹⁶ J.E. Almquist; *a.a.* s. 176.

¹⁷ J.E. Almquist; *a.a.* s. 177.

¹⁸ 1734 års jordabalk finns att läsa [online] på <http://www.gamla.fiskevattenagarna.se/Bakgrundsbilder/jorda-&byggningabalk1736a.pdf>.

¹⁹ 15 kap. 1 § 1734 års jordabalk så som återgiven av E.V. Nordling; *om Präskription* (Stockholm:1877), s. 68.

²⁰ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

kunna, att de hvarken sjelfve veta, eller af andra hört, någon tid annorlunda varit hafva. Gitter han det ej; vare då den häfd utan kraft och verkan.²¹

Urminnes hävd kunde alltså styrkas genom vittnesbevisning men även med *gamla och laggilda brev och skrifter*. Enligt Almquist var det viktigaste, och mest använda, bevismedlet vittnen. 1734 års lag anger också särskilda krav på vittnena; det skall vara trovärdiga och om orten väl kunniga män.²² Vad gäller vittnenas ålder har praxis, enligt Almquist, varit vacklande, men 50 år är att betrakta som en minimiålder för att *med laga verkan* kunna vittna om urminnes hävd.²³ Det kan tyckas motsägelserfullt att vittnen skulle styrka vad *ingen minnes*, men det som ingen skulle minnas var ju själva fångnet, hur förfäder eller fångesman först fått det som rätten hävdades till i sin besittning. Det som vittnena skulle styrka var besittningens varaktighet; att ingen minns att det någon tid annorlunda varit.

I spåren av 1734 års lag tar diskussionen, laga fång kontra presumtion²⁴, ordentlig fart

²¹ 15 kap. 4 § 1734 års jordabalk så som återgiven av E.V. Nordling; *a.a.*, s. 68.

²² Almquist förklarar vidare att doktrinen, på grund av ordalydelsen, antagit att vittnena måste vara män (i not 5 anmärker Almquist att 17 kap. 10 § RB emellertid anger att *Qwinna så gift som ogift, må ej mindre än man witne bära*) och att orsaken till det är att lagstiftaren menade att endast män hade tillräcklig kännedom om orten. Almquist påpekar också att praxis, såväl före som efter 1734, har tillerkänt kvinnors vittnesmål om urminnes hävd samma bevisvärde som mäns. (J.E. Almquist; *a.a.* s. 207 f.).

²³ Ibid.

²⁴ Den 'presumtion' som avses, i den diskussion som Almquist och Undén hänvisar till, är troligtvis den s.k. *præsumtionones juris* som är ett slags rättsregler vilka inte utesluter motbevisning. Ekelöf anger, som exempel på sådan, presumtionen i UB 4 kap. 18 § att "gäldenär anses vara ägare till lös egendom som han har i sin besittning, om det ej framgår att egendomen tillhör annan" (en situation inte helt olik 'urminnes hävd'). Bestämmelsen, presumtionen, skulle då kunna uppfattas som en regel om besittningens *bevisvärde* men Ekelöf menar att det snarare handlar om en *bevisbörderegulering* enligt vilken besittnings-

i den rättsvetenskapliga doktrinen.²⁵ Almquist redogör relativt utförligt för den och lyfter bl.a. fram Calonius som, i Almquists tolkning, menade att hävd är en besittning som varat så länge att dess början ej kan utredas; hävdens skydd beror endast på att besittning skyddar innehavaren så länge ingen annan visar bättre rätt.²⁶ Som företrädare för det andra synsättet märktes bland andra Nordling som menade att den urminnes hävden bör medföra att rättsutövaren erkänns som berättigad även i en situation då bevisning om en olaglig uppkomst av hävden företes.²⁷ Av detta drar Nordling slutsatsen att det i den urminnes hävden ligger något mera än endast en bevisande kraft; urminnes hävd äger enligt Nordling rättsskapande förmåga och är därmed ett verkligt fång.²⁸ Nordlings slutsats, att urminnes hävd inte kan motbevisas förefaller tämligen långtgående i ljuset av ordalydelsen i bevisregeln. Enligt 15 kap. 4 § 1734 års jordabalk skulle visas, genom något av de angivna bevismedlen, att ingen minns att besittningsförhållandena någonsin sett annorlunda ut – annars vare då den häfd utan kraft och verkan. Om ingen minns att det varit på något annat sätt men någon visar, t.ex. med gamla laggilda brev och skrifter, att

förhållandet medför att bevisbördan i äganderätsfrågan åvilar den som påstår sig äga egendomen. (P.O. Ekelöf och R. Boman; *Rättegång, fjärde häftet*, sjätte, omarbetade upplagan (Stockholm: 1995), s. 76f.). Detta motsäges emellertid, i det här sammanhanget, av att bevisbördan är reglerad; den som påstår urminnes hävd skall visa den enligt 15 kap. 4 § i 1734 års JB.

²⁵ Undén nämner bland de författare, vilka uttalat sig för lagafångsteorin; O. Rabenius, Olivecrona, Nordling, Serlachius och Wrede. Till presumtionsteorins anhängare menar Undén att följande kan räknas: Nehrman, Calonius, Lindblad, Schrevelius, Winroth, Ask, Björling, Kuylstierna och Almquist samt äldre lagberedningen (1847) och den senare lagberedningen (1909) (Ö. Undén; *a.a.*, s. 142, not 155).

²⁶ J.E. Almquist; *a.a.*, s. 187. Se även Ö. Undén; *a.a.*, s. 182.

²⁷ Almquist nämner också Olivecrona som företrädare för synsättet att den urminnes hävden hade en rättsskapande förmåga (J.E. Almquist; *a.a.*, s. 183).

²⁸ E.V. Nordling, *a.a.*, s. 70.

fånget varit olagligt – så torde det istället kasta tillbaka bevisbördan om att fånget är lagligt – och det borde inte längre vara möjligt att hävda urminnes hävd eftersom någon företett bevisning om huru någons förfärdar, eller fångesmän först dertill komme äro. Almqvist själv drog slutsatsen att det var tämligen meningslöst att rättsdogmatiskt försöka tolka stadgandet i 15 kap. JB i 1734 års lag; detta eftersom stadgandet aldrig avsett att förklara hävdens väsen. Almqvist vände sig istället till förarbetena och konstaterade utifrån dessa att beteckningen 'laga fång' å urminnes hävd i svensk rätt på det hela taget varit av *vilseledande* art.²⁹ Enligt Almqvist har lagafångsteorins anhängare blivit förvillade av att 'urminnes hävd' under 1600-talet faktiskt ansågs som "laga fång" men att denna ståndpunkt *inte* stämmer överens med den uppfattning som legat till grund för bestämmelserna i 1734 års jordabalk. Undén konstaterar, på samma linje, men mer krasst, att vid urminnes hävd försvaras äganderätten uteslutande genom hänvisning till ett långvarigt besittningsförhållande som sådant, icke till något grundläggande rättsfaktum.³⁰

Mot bakgrund av formuleringen i 15 kap. i 1734 års jordabalk och de passager i förarbetena som Almqvist refererar till framstår Undéns slutsats som rimlig. 'Urminnes hävd' bör betraktas som en besittning som varat så länge att dess ursprung inte kan utredas; hävdens skydd beror endast på *besittningen* som skyddar innehavaren så länge ingen annan visar bättre rätt. Eftersom ursprunget inte kan utredas är det alltså inte någon som vet något om det grundläggande rättsliga förhållandet – då kan inte heller urminnes hävd bli eller vara ett grundläggande rättsligt förhållande. 1909 års lagberedning konstaterar också om 15 kap. i 1734 års jordabalk att:

[ä]fven för svensk rätt gäller, att urminnes häfd bör anses innebära blott en presumtion för den lagliga uppkomsten af den rättighet, till stöd hvarför häfden åberopas.³¹

1.2 Urminnes hävd – hävdeobjektet

Vilket hävdeobjekt kunde då institutet avse? I 1734 års jordabalk angavs objektet för 'urminnes hävd' i 15:1 till "fast egendom eller rättighet".³² I 15:3 stadgades att sådan hävd gäller ifråga om *utjord eller urfjäll* samt *kuvar eller kuvarnställe, eller annat vattenverk, eller öar och holmar*.³³ Enligt Undén karakteriserades utjord och urfjäll av att de låg i en annan bys område än den by de tillhörde.³⁴ Urminnes hävd kunde alltså få betydelse i utmarker eller urfjällar men det fordrades då att de avgränsats med "rå och rör"³⁵ eller stängts in av "gård och vård".³⁶ Läran om servitut utvecklades under 1600-talet och därefter har urminnes hävd kommit till användning också ifråga om detta.³⁷

1909 års lagberedning konstaterar att bestämmelserna i 1734 års lag om hur urminnes hävd skall tillämpas på servitut är mycket knapphändiga och inskränker sig till ovan nämnda antydning om "rättighet". Enligt lagberedningen fanns det, i de tidigare lagförslagen,³⁸ särskilda stadganden om servitut vilka uteslöts i 1723 års lagförslag. Med ledning av förarbetena konstaterade Lagberedningen att "eller rättig-

³¹ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [295].

³² 15 kap. 1 § jordabalken, återgiven enligt Ö. Undén; *a.a.*, s. 143.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ "Rå och rör" är ett samlingsbegrepp för anlagda gränsmönument, vanligtvis av sten. (K. Andreasson; *a.a.*, s. 78.).

³⁶ J.E. Almqvist; *a.a.*, s. 187. Se även Ö. Undén; *a.a.*, s. 144

³⁷ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [292].

³⁸ Lagberedningen hänvisar här till 1695 års förslag 15 kap. 5 § (Lagberedningens förslag till jordabalk D.3. Stockholm 1909. [300]).

²⁹ J.E. Almqvist; *a.a.*, s. 184.

³⁰ Ö. Undén; *a.a.*, s. 142.

het" i 15 kap. 1 § i 1734 års lag *endast* avsåg servitut. Visserligen, menade beredningen, kunde det tänkas att uttrycket skulle innebära att alla de rättigheter som enligt tysk-romersk doktrin är förknippade med besittning också är föremål för urminnes hävd, men mot bakgrund av det kortfattade uttrycket menade lagberedningen att det inte kunde ha varit syftet; särskilt inte som det aldrig varit fråga om sådana rättigheter, vare sig enligt äldre rätt eller enligt lagens förarbeten.³⁹ Undén menar dock att urminnes hävd till "rättighet" kan komma ifråga också beträffande servitutsliknande rätt; i praxis har, enligt Undén, åtskilliga slag av rättigheter, knutna vid äganderätten till viss eller vissa fastigheter, ansetts kunna skyddas genom urminnes hävd.⁴⁰ Här är den avvikande meningen i NJA 1932 s. 314 intressant: minoriteten menade nämligen att det endast var styrkt att Vivastbo byamän av ålder *nyttjat* området för husbehov samt att deras rätt i detta avseende uttryckligen medgivits av kronan, *men* att byamännen inte gjort gällande anspråk på *äganderätt* till det nyttjade området tidigare än år 1859 vilket då uttryckligen bestreds av kronan. Minoriteten skilde alltså mellan nyttjanderätten och äganderätten och menade att endast den förra visats. Att minoriteten gjorde denna åtskillnad tyder också på att de inte (som majoriteten gjorde) betraktade besittningen eller det faktiska nyttjandet som avgörande för skyddet, utan menade att den rätt man åberopade hävd för också uttryckligen måste ha *hävdats*.

1.3 Urminnes hävd – parterna

Under 1600-talet kunde det allmännas bästa påverka utgången av tvister; om en högre skatteintäkt till staten kunde säkerställas genom att döma på ett visst sätt var det inte uteslutet att den

enskildes rätt åsidosattes.⁴¹ Såväl Undén som Almquist påpekar att olika meningar har framförts vad gäller möjligheten att åberopa urminnes hävd gentemot kronojord men båda drar, utifrån förarbetena till 1734 års lag, slutsatsen att kronojord vid den tiden inte ansågs kunna vara föremål för hävd; man ansåg att *nulla prescriptio contra fiscum* var en stadgad princip.⁴² I 1805 års förklaring stadgades också, enligt Undén, att hävd endast kunde vinnas å fastighet *av sådan beskaffenhet, att därom mellan enskilda personer kunnat avhandlas*.⁴³ Detta stadgande tolkades, enligt Undén, så att områden som upplåtits till allmänt bruk eller på annat sätt tjänade ett allmänt ändamål var undantagna från hävdereglerna, vare sig de tillhörde staten, kyrkan, städerna eller andra allmänna inrättningar.⁴⁴

Detta förändrades emellertid och uppfattningen har, enligt såväl Undén som Almquist, inte bibehållits.⁴⁵ Almquist drar sedermera slutsatsen att uppfattningen om att urminnes hävd faktiskt *kan* hävdas mot kronan stämmer väl överens med principen som framkommit i praxis, nämligen att kronan, i likhet med enskild person, bör vara bunden av svensk civillag.⁴⁶ I sammanhanget är åter NJA 1932 s. 314 intressant. Frågan gällde huruvida äganderätt till slätteräng i en kronopark blivit styrkt genom urminnes hävd. Häradsrätten och Hovrätten kom fram till att så var fallet, då Vivastbo byamän (de som hävdat rätten) i så lång tid *okvalda och obehindrade besuttit, nyttjat och brukat merberörda äng, att ingen*

⁴¹ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

⁴² J.E. Almquist; *a.a.* s. 189 f. samt Ö. Undén; *a.a.*, s. 145.

⁴³ Ö. Undén; *a.a.*, s. 130.

⁴⁴ Ö. Undén; *a.a.*, s. 130 f.

⁴⁵ J.E. Almquist; *a.a.* s. 191 f. samt Ö. Undén; *a.a.*, s. 145.

⁴⁶ J.E. Almquist; *Det processuella förfarandet vid ägotvist.* (avh.), (Stockholm:1923) s. 189 f. samt Ö. Undén; *a.a.*, s. 193. Almquist hänvisar härvid till Schrewelius som anfört denna princip; *det är billigt att när kronan kan genom urminnes hävd blifva ägare till enskildas fastigheter, också enskilda kunna blifva ägare till kronans.*

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ö. Undén; *a.a.*, s. 146.

mindes eller av sanna utsagor visste, huru deras förfäder eller fångesmän först därtill hade kommit. Därtill hade det visats i målet att aktuell mark alltid varit uppdelad i tegar som utmärkts med pålar, nedslagna i marken och som varit avskilda från allmänningen genom rågångar. Högsta domstolens majoritet fastställde underrätternas domar. Ingen invändning gjordes mot att det handlade om mark i kronopark.

Diskussionen när det gäller parterna, som den ser ut i doktrin och gamla förarbeten, har uteslutande handlat om huruvida enskilda personer *kan* åberopa urminnes hävd gentemot kronan eller inte. I denna diskussion synliggörs emellertid något mer:

1805 års förklaring angav att hävd endast kunde vinnas *å fastighet av sådan beskaffenhet, att därom mellan enskilda personer kunnat avhandlas* och Almquist hänvisar till principen att *kronan bör vara bunden av svensk civillag*. Ovan har framgått att oavsett om man betraktar urminnes hävd som ett laga fång eller presumtion så ger hävden ett skydd för etablerat *förhållande*. Skyddet förutsätter att ingen vet hur det etablerade *förhållandet* uppstod; om någon frambringar bevisning om hur förhållandet uppstått kan hävden brytas och istället blir det framtagna fakta som läggs till grund för att avgöra den *tvist* som det handlar om. Det som visar sig är att institutet 'urminnes hävd' hör hemma inom civilrätten. 'Urminnes hävd' gäller det civilrättsliga förhållandet mellan markägare och olika typer av rättighetsinnehavare, må vara att markägaren eller rättighetsinnehavaren är Kronan. Detta konstaterande får betydelse för gentemot vem och i vilka situationer 'urminnes hävd' kan hävdas. Jag återkommer till detta, nedan, i samband med diskussionen om 'urminnes hävd' och 5 § i miljöbalkens promulgationslag, men dessförinnan några avslutande ord om vad som i den svenska lagstiftningen hände med institutet som sådant.

1.4 Urminnes hävd – en relik av dunkel och osäker beskaffenhet

Under andra hälften av 1700-talet minskade betydelsen av urminnes hävd successivt, troligen beroende på utvecklingen av lantmåteriverksamheten och den ökade tilliten till skriftliga handlingar.⁴⁷ Laga skifte i Sverige beslutades år 1827 och principerna i denna skiftesstadga gällde till 1928. Skiftesstadgan omarbetades ett flertal gånger och fick en slutlig utformning år 1866. I skiftesförfattningarna ansågs gränserna vara fastställda enligt kartan, alternativt enligt markeringar på marken om en rågångsförrättning⁴⁸ hade genomförts; dessa författningar lämnade inte något utrymme för hävd.⁴⁹ 1909 års lagberedning tog inte upp någon bestämmelse om urminnes hävd i sitt förslag till jordabalk.⁵⁰ Lagberedningen uttalade:

För framtiden har emellertid Beredningen af skäl, för hvilka i motiven till 27 § promulgationslagen skall redogöras, icke ansett urminnes hävd böra bibehållas. Att emellertid en rätt, som på grund af urminnes hävd uppstått enligt nu gällande lag, icke rubbas genom den nya lagstiftningen är klart; och har detta blifvit uttaladt i nämnda paragraf.⁵¹

I motiven till 27 § promulgationslagen fortsätter 1909 års beredning:

I de flesta europeiska stater har detta institut sedan lång tid tillbaka varit afskaffadt. Med de anspråk, hvilka måste ställas på reda och klarhet särskildt i sådana rättsförhållanden, som hänföra sig till fast egendom, är det icke

⁴⁷ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

⁴⁸ Rågångar är gamla gränser mellan byar på landsbygden.

⁴⁹ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93 f.

⁵⁰ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909.

⁵¹ Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [125].

förenligt att lita till ett rättsinstitut af den dunkla och osäkra beskaffenhet som urminnes häfd. Beredningen har icke heller i sitt förslag till jordabalk upptagit någon bestämmelse om urminnes häfd.⁵²

Att den rätt någon enligt äldre lag redan äger på grund af urminnes häfd, förblifver orubbad ligger i sakens natur, och förbehåll därom har upptagits i 27 § promulgationslagen.

Att urminnes häfd icke förtjänar att för framtiden bibehållas såsom grundval för uppkomsten af nya rättigheter är otvifvelaktigt. Med vissa af de i öfrigt gällande lagbestämmelserna står ett sådant rättsinstitut i bestämd strid, med andra är det icke väl förenligt. Och äfven där intetdera är fallet, kan institutet lämpligen ersättas med bevisregler, som äro afpassade efter sakens natur.

I propositionen till nya jordabalken (från 1970, ikraft 1972) kan man läsa:

... urminnes hävd [är] en relik från ett äldre skede och numera av föga praktisk betydelse.⁵³ Bestämmelser om urminnes hävd är upptagna i 15 kap. JB. Enligt 1 § i kapitlet föreligger 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». Urminnes hävd verkar enligt en åsikt, som numera vunnit allmän anslutning, bara som en presumtion om den lagliga uppkomsten av en rättighet. Den utesluter inte motbevisning om att den

hävdande härleder sin rätt från någon på vilken denna rätt olagligen övergått.⁵⁴

Eftersom 'urminnes hävd' ansågs vara en relik från ett äldre skede som helt tappat sin praktiska betydelse togs det heller inte in i 1970-års jordabalk.⁵⁵ Trots detta, och trots att man redan 1909 var helt klar över att 'urminnes hävd' inte förtjänade att för framtiden bibehållas så infördes ännu en gång en övergångsbestämmelse i 6 § i Jordabalkens promulgationslag (JP). Innebörden av den regeln är att om urminnes hävd har *uppkommit före 1972* så skall den gälla i enlighet med 15 kap. 1–4 §§ Äldre Jordabalken. Departementschefen uttalande i anslutning till JP 6 § att:

I JB har i enlighet med beredningens förslag inte tagits upp någon motsvarighet till institutet urminnes hävd, vilket alltså inte kommer att fortleva efter JB:s ikraftträdande. I likhet med beredningen finner jag det vara klart, att man dock fortfarande bör bevara den rätt någon enligt äldre lag redan äger på grund av urminnes hävd.⁵⁶

Om urminnes hävd skall vara av betydelse för de rättsliga förhållandena inom jordabalkens tillämpningsområde måste alltså tidskriteriet vara uppfyllt redan vid jordabalkens ikraftträdande, d.v.s. förhållandet skall visas minst 90 år tillbaka i tiden, till 1882.⁵⁷ Urminnes hävd utgör i sådant fall en presumtion om en underliggande laglig uppkomst av rättighet (av något slag) men denna presumtion kan motbevisas. Rättigheten försvaras, med Undéns ord, alltså inte av ett underliggande rättsfaktum. Att urminnes hävd en gång hade betydelse står antagligen att finna i det faktum att ägar- och rättighetsförhållanden rörande

⁵² Lagberedningens förslag till jordabalk D. 3. Stockholm 1909. [289].

⁵³ Formuleringen i propositionen är ett direkt citat från Ö. Undén; a.a., s. 141 som således konstaterade detta redan år 1951, d.v.s. redan 20 år tidigare.

⁵⁴ Prop. 1970:20 del B s. 420.

⁵⁵ Prop. 1970:20 del B s. 422 f.

⁵⁶ Prop. 1970:145; NJA II 1971 s. 133

⁵⁷ Ö. Undén; a.a., s. 146.

mark inte alltid har varit entydiga; fysiska gränsmärken kunde lätt flyttas eller försvinna medan bybornas minne bestod.⁵⁸

2 Dagens krav på vattenverksamheter och vattenanläggningar

Ovanstående redogörelse har i huvudsak handlat om jord och fastigheter; det är av betydelse eftersom en mycket gammal princip i svensk rätt – liksom i bl.a. Finland och Norge – är att rätten till vatten i första hand tillkommer den som äger den fastighet där vattnet finns.⁵⁹ I miljöbalken regleras vattenverksamheter i 11 kap. och innan miljöbalken reglerades vattenverksamheter för sig, genom vattenlagen.⁶⁰ För vattenverksamhet finns alltså en del specialbestämmelser – frågan är i vilken mån dessa påverkar eller påverkas av 'urminnes hävd'.

Som huvudregel krävs tillstånd för all slags vattenverksamhet,⁶¹ d.v.s. för olika åtgärder i

vatten.⁶² I 3 § definieras 'vattenanläggning' som en anläggning som har tillkommit genom en vattenverksamhet.⁶³ Exempel på vattenanläggningar är dammar, fisktrappor, bropelare och bryggor. Relationen mellan vattenverksamhet och vattenanläggning kan förklaras med exemplet att medan byggandet av en kraftverksdamm är vattenverksamhet så är dammen *som sådan* en vattenanläggning.⁶⁴ För att få bedriva en *vattenverksamhet* måste tre grundläggande förutsättningar vara uppfyllda:

- Utövaren skall, som sagt, råda över vattnet.⁶⁵ Rådighet över enskilt vatten regleras i den s.k. restvattenlagen⁶⁶;
- Utövaren skall som huvudregel ha tillstånd till verksamheten enligt 11 kap. miljöbalken (ibland även enligt andra regler);
- Verksamheten skall uppfylla kraven i 2–4 och 11 kap. miljöbalken.

Som nämndes inledningsvis är många vattenverksamheter och vattenanläggningar uppförda eller drivs med gamla tillstånd, tillstånd enligt äldre lagstiftning, och vissa saknar helt tillstånd eftersom de uppfördes innan tillståndsplikt för anläggande och drift hade införts. Beroende på huruvida de har ett gammalt tillstånd eller inget tillstånd alls hanteras situationen på olika sätt.

⁵⁸ K. Andreasson; *a.a.*, s. 93.

⁵⁹ Se prop. 1981/82:130 s. 77 för en redogörelse av förhållandena kring detta.

⁶⁰ Vattenlagen (1983:291).

⁶¹ 11 kap. 9 § miljöbalken. Vissa undantag finns, t.ex. för vattentäkter för en- eller tvåfamiljsfastigheter eller jordbruksfastigheters husbehovsförsörjning, vissa anläggningar för värmeutvinning m.m. (11 kap. 11 § miljöbalken). För ett resonemang kring de olika typerna av undantag, se G. Michanek och C. Zetterberg; *Den svenska miljörätten*, tredje upplagan (Iustus Förlag: 2012), s. 299. Det finns också ett generellt undantag i 11 kap. 12 § om det är *uppenbart* att varken allmänna eller enskilda intressen skadas. Vissa vattenverksamheter räcker det att anmäla (11 kap. 9 a § miljöbalken.), se förordning (1998:1388) om vattenverksamhet m.m. 19 §. Av förordningens 23 § framgår att när ett anmälningsärende är tillräckligt utrett så *skall* tillsynsmyndigheten besluta om de förbud för verksamhetsutövaren som behövs enligt miljöbalken, förelägga verksamhetsutövaren att vidta de försiktighetsmått som behövs enligt miljöbalken, eller, om det behövs, ansöka om tillstånd enligt miljöbalken, eller, om det inte behövs något förbud eller föreläggande, underrätta den som har gjort anmälan om att ärendet inte föranleder någon åtgärd från myndighetens sida. Tillsynsmyndigheten måste alltså agera på något sätt; om inte genom förbud eller förelägganden så genom att tala om att den inte kommer att agera.

⁶² 11 kap. 2 § miljöbalken definierar vad som utgör 'vattenverksamhet'

⁶³ 11 kap. 3 § miljöbalken.

⁶⁴ Till en vattenanläggning hör också de manöveranordningar som hör till anläggningen även om de inte befinner sig på den plats där det fysiska ingreppet i vattenförhållandena sker (Prop. 1997/98:45 del 2 s. 128). Även pumpanordningar som används för att pumpa upp grundvatten ur en grundvattentillgång omfattas av begreppet. (G. Michanek och C. Zetterberg; *a.a.*, s. 298.)

⁶⁵ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, 2 kap. 1 §.

⁶⁶ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

2.1 Dagens krav om tillstånd saknas eller är oklart – lagligförklaring

Om det handlar om en gammal anläggning som saknar tillstånd eller om det är oklart huruvida tillstånd finns (det ligger på verksamhetsutövaren att visa att denne har tillstånd) så kan ägaren eller den som avser utnyttja anläggningen för vattenverksamhet begära att anläggningen lagligförklaras enligt 17 § i miljöbalkens promulgationslag. Paragrafen reglerar alltså hur man skall hantera en vattenanläggning som saknar tillstånd enligt äldre lagstiftning (eller där tillståndsfrågan är oklar). Det kan också vara så att en vattenanläggning saknar tillstånd enligt äldre lagstiftning och ägaren ansöker om tillstånd för att ändra på anläggningen; om så är fallet skall ägaren samtidigt ansöka om att pröva lagligheten. Själva frågan, huruvida en vattenanläggning som har tillkommit före ikraftträdandet av miljöbalken och som saknar tillstånd enligt äldre bestämmelser är laglig, ska bedömas enligt de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst.⁶⁷ För att kunna lagligförklara en anläggning måste det alltså fastställas vid vilken tid vattenanläggningen tillkom och det måste också konstateras att det var lagligt, enligt den tidens lagstiftning, för en sådan anläggning att sakna tillstånd.

2.1.1 Lagligförklaring – tillämplig rätt

Hur såg då lagliga anläggningar ut enligt äldre rätt; d.v.s. i vilka fall var det lagligt att sakna tillstånd och hur såg en laglig anläggning utan tillstånd ut? Nedan utgår jag från vilka krav som under olika tidsepoker ställdes på en anläggning utan tillstånd för att den skulle anses laglig. Med laglig menar jag att den håller sig inom gränserna för vad som inte är straffbart eller att det

inte är på annat sätt förbjudet. Det skulle också kunna uttryckas som att de minimikrav som redovisas nedan är de *minimikrav* som ska ställas vid en lagligprövning idag avseende en anläggning som uppkommit under sagda tid. Under de flesta tidsepoker fick dock, vilket redovisas nedan, krav utöver minimikraven ställas.

Minimikrav på anläggning utan tillstånd som tillkom före 1900

En sådan anläggning omfattades av 1766 års fiskeristadga, och senare av 1852 års fiskeristadga vilken sedermera ersattes av 1900 års fiskeristadga.⁶⁸

I Kungl. Maj:ts Fiskeristadga från år 1766 föreskriver 3 kap. 5 § att *alla dammar böra förses med nödige bottenluckor för den upp- och nedgående fisken*. Från 1766 finns alltså en möjlighet att ställa krav på att alla dammar skall förses med bottenluckor.

I 1852 års fiskeristadga, 2 kap. 11 § angavs att i varje älv, ström, å eller sund så skall kungsådra, alla tider på året, på ett sådant djup att all fisk kan komma fram, hållas öppen till en tredjedel av vattnet om en sådan ådra *av ålder har varit* och med minst en sjättedel av vattnet där ingen ådra varit men där man fiskar ovanför.⁶⁹ Detta är alltså vad som gäller i allmänhet i den mån inget tillstånd eller särskild rättighet tillkommer verksamhetsutövaren eller anläggningsinnehavaren som kan begränsa kraven som kan ställas. Det vill säga; såvida inte verksamhetsutövaren eller anläggningsinnehavaren *visar* att denne innehar en rättighet som gör att densamme får konstruera sin anläggning på annat sätt är ovanstående det som gäller när tillstånd saknas.⁷⁰

⁶⁷ 18 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken; enligt samma lagrum döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot ett sådant villkor till böter eller fängelse i högst två år

⁶⁸ Kungl. Maj:ts Fiskeristadga given Stockholms slott den 17 oktober 1900.

⁶⁹ Fiskeristadga af Kongl. Maj:t i nåder fastställt den 29 juni 1852, 2 kap. 11 §.

⁷⁰ Jfr t.ex. NJA 1920 s. 191 där HD konstaterar att det inte var styrkt att bolaget i övrigt ägde någon rätt att förfoga

För vattenverk som är anlagda med behörigt tillstånd eller som i framtiden kommer att anläggas, gäller att de kan tillåtas att bygga över kungsådran förutsatt att flott- eller farled hålls öppen utan betalning, när det behövs, och att fiskens upp- och nedgång ej hindras.⁷¹

Om någon har särskild rättighet (men inte tillstånd) för vattenverksamhet, *njute sådan rättighet till godo* ifall alla dammar är försedda med bottenluckor för den upp- och nedgående fisken.⁷² I "smärre" vattendrag där man inte kan underhålla en farled är det tillåtet att endast se till att fiskens vandring befrämjas (man behöver alltså inte bry sig om farleden).⁷³

Reglerna såg alltså något olika ut beroende på huruvida man saknade såväl tillstånd som särskild rättighet (då fick man inte bygga över kungsådra), om man hade "särskild rättighet till vattenverksamhet" men inget tillstånd eller om vattenverken var "anlagda med behörigt tillstånd". "Särskild rättighet" medgav att man använde sig av rättigheten förutsatt att alla dammar var försedda med bottenluckor för den upp- och nedgående fisken. Frågan är då om 'urminnes hävd' kunde vara en sådan "särskild rättighet". Mot bakgrund av att förarbetsuttalandena till 1880 års vattenförordning skiljde mellan "annan lagligen tillkommen rättighet" och "annan rättighet" är det inte självklart att "särskild rättighet" omfattade 'urminnes hävd' – men det är heller inte osannolikt.

Genom förordningen av den 30 dec 1880 om jordägares rätt över vattnet å hans grund (vattenförordningen) infördes prövning för vissa typer av vattenverksamheter:

över vattnet *utöver den som i allmänhet tillkommer jordägare* (i det här fallet enligt förordningen om jordägares rätt över vattnet å hans grund d. 30 dec. 1880).

⁷¹ Fiskeristadga af Kongl. Maj:t i nåder fastställt den 29 juni 1852, 2 kap. 14 §.

⁷² Fiskeristadga af Kongl. Maj:t i nåder fastställt den 29 juni 1852, 2 kap. 14 §.

⁷³ Ibid.

Vill någon för vattenverk göra ny eller förändra äldre dam(sic!), göre anmälan därom hos domaren...⁷⁴

Domaren skulle då begära ett förordnande för en lämplig person att bevaka talan till betryggande av det allmännas rätt. Frågan skulle vinna nödig utredning och därefter skulle rätten bestämma om och under vilka villkor som byggnaden fick uppföras. Ingen annans rätt fick därvid *förnärmas* och domaren skulle också ange dammluckans storlek och vid vilka tider den skulle hållas öppen.⁷⁵ Förfarandet var alltså att likna vid en tillståndsprövning. Detsamma som gällde för vattenverk och vattenbyggnad i allmänhet gällde i tillämpliga delar också ifråga om fiskebyggnad.⁷⁶

Bestämmelserna om tillståndsprövning angav också att villkor kunde ställas på anläggningarna t.ex. med avseende på dammlucka och tider då den skulle hållas öppen; av motiven till 1880 års förordning framgår att detta ansågs viktigt med avseende på lagligheten:

Vattenverk hindra vanligen i någon mån vattnets fria lopp, och i följd deraf uppkomma genom anläggning af sådana verk särskilda rättsförhållanden emellan anläggaren och andra vatten- eller strandegare. Våra gamla lagar innehöllo derföre, såsom ofvan är nämndt, åtskilliga stadganden, hvilka inneburo förbud emot vattenverks byggande till skada för annan, som egde rätt till vattnet eller stränder vid vattendraget;⁷⁷

⁷⁴ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 10 §, s. 30.

⁷⁵ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 10 §, s. 30 f.

⁷⁶ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 24 §, s. 58.

⁷⁷ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, motiven till 12 §, s. 32.

Förordningens 25 § angav också att:

Genom denna förordning göres ej rubbning i den rätt och frihet, som bergverk, qvarnar och fiskeverk förutna är, ej heller i annan rättighet att vattendrag stänga eller upp-dämma eller i öfrigt öfver vattnet förfoga.⁷⁸

Det gick inte att genom villkor begränsa den rätt som man hade grund för i "annan rättighet". Förordningen rubbade inte någon förfoganderätt över vattnet. Förordningen som handlade om jordägares rätt över vattnet å hans grund reglerade alltså jordägarens civilrättsliga rätt över vattnet på den egna marken – om vattnet flöt mellan två fastigheter och den ene jordägaren av urminnes hävd hade rätt till allt vattenfall begränsade inte förordningen denna rätt.

Om man inte skulle göra en ny eller förändra sin äldre damm behövdes ingen anmälan men verksamheten omfattades ändå, t.ex. av skyldigheterna enligt 1852 års fiskeristadga (vilka utgjorde ett slags minimikrav i hänsynshänseende) och sedermera av 1900 års fiskeristadga. För en anläggning utan tillstånd som tillkom efter 1766 men före 1900 kunde krav ställas på bottenluckor för fiskens upp- och nedgång.

Minimikrav på anläggning utan tillstånd från och med år 1900

1900 års fiskeristadga⁷⁹ omfattar, även den, regler för dem som påverkar fiskevatten. I 8 § föreskrevs att där vatten ledes in till turbin, skall då is inte täcker vattnet, galler med högst 2 centimeter breda öppningar vara anbragt för att hindra fisk att komma in i turbinerna. Minsta krav enligt fiskeristadgan på verksamhet som av någon anledning inte omfattades av ett tillstånd var alltså att ha galler för sina turbiner. Fiskeristadgan hade

relevans för lång tid framåt; i sammanhanget kan 2 kap. 8 § i 1918 års vattenlag nämnas (lagändringen som trädde ikraft den 1 januari 1955). Bestämmelsen anger att om någon vill bygga en damm eller annan byggnad i vatten, där fisken har sin gång, så är han pliktig att, utan ersättning, vidta och för framtiden underhålla nödiga anordningar för fiskens framkomst eller på annat sätt trygga fiskens bestånd och för det ändamålet släppa till nödvändigt vatten. Därtill skall han följa de särskilda föreskrifter som kan fordras till skydd för fisket. Paragrafen tillkom genom lag 2/4 1954 och trädde, som sagt, ikraft den 1 januari 1955. Lag 2/4 1954 innehåller en övergångsbestämmelse som anger att för turbinanläggning som tillkommit eller för vilken tillstånd meddelats före den 1 januari 1955 så gäller föreskrifterna i 8 § 1900 års fiskeristadga. Underlåtenhet medförde straffansvar.

Minimikrav på anläggning utan tillstånd enligt 1918 års vattenlag

Vid införandet av 1918 års vattenlag (äldre vattenlagen, ÄVL) infördes en möjlighet till *lagligförklaring av byggnad i vatten*.⁸⁰ 1918 års vattenlag, 2 kap. 25 § anger att om byggnad i vatten verkställts utan medgivande enligt denna lag eller äldre lag så är ägaren berättigad att påkalla prövning av byggnadens laglighet. Man kunde helt enkelt pröva lagligheten av byggnaden i efterhand och domstolens beslut fick då samma rättsverkan som ett byggnadsmedgivande.⁸¹ Förutsättningen för att kunna göra en sådan prövning var alltså att tillstånd, eller *medgivande*, saknas enligt såväl 1918 års vattenlag som enligt äldre lag. Att det inte är möjligt att utröna huruvida tillstånd finns bör enligt af Klintberg inte

⁷⁸ Kongl. Maj:ts nådiga förordning om jordegares rätt öfver vattnet å hans grund, 25 §, s. 59.

⁷⁹ Kungl. Maj:ts Fiskeristadga given Stockholms slott den 17 oktober 1900.

⁸⁰ ÄVL 25 §.

⁸¹ L.af Klintberg; *Om byggande i vatten enligt 2,3 och 5 kap. vattenlagen; lagtext med kommentar och sakregister* (Norstedt: 1955), s. 137.

vara hinder för att ta upp en sådan prövning.⁸² Prövningen av en byggnad som utförts före 1918 års lags ikraftträdande skulle, enligt 5 § i dess promulgationslag,⁸³ prövas enligt äldre lagbestämmelser. Huruvida byggnaden var laglig eller inte berodde alltså på vad som varit lagligt när byggnaden uppfördes. Därmed blir ovan redovisade bestämmelser aktuella. Även om lagligförklarandet sker enligt äldre rätt kan domstolen, som villkor, föreskriva skyldighet för byggnadens ägare att vidta vissa angivna ändringar i byggnaden med tillhörande anläggningar.⁸⁴

Enligt af Klintberg bör domstolen också, i samband med lagligförklaring, meddela föreskrifter bl.a. om hushållningen med och framläppande av vattnet enligt 2 kap. 27–32 §§ i 1918 års lag.⁸⁵ Det är också möjligt att ge regler för vattenhushållning även sedan en byggnad kommit till stånd (2 kap. 31 §). I lagen beaktas särskilt de möjligheter som finns vid dammbyggnader att inverka på *vattenståndet*, genom höjning och sänkning, men också på *vattenföringen* genom att vattnet hålls inne vid byggnaden. Flera av bestämmelserna anger ett slags lägsta krav; vad som gäller om inget har bestämts eller meddelats.⁸⁶ Det torde alltså vara dessa regler som bl.a. utgör de bestämmelser som ett kraftverk utan tillstånd som tillkommit efter 1918 skall prövas enligt. Emellertid finns även här en precis likadan begränsning som i 1880 års vattenförordning; nämligen att det som föreskrivs i kapitlet:

rubbar inte rätt och frihet som är förunnad bergverk, kvarnar och fiskeverk, ej heller an-

nan rättighet att stänga eller uppdamma vattendrag eller i övrigt förfoga över vattnet⁸⁷

Formuleringen är exakt densamma som i vattenförordningen. Enligt 5 § i 1918 års promulgationslag omfattas även vattenbyggnader som tillkommit enligt äldre lag av 2 kap. 27–32. Mot bakgrund av 1909 års lagkommittés uttalande om att inte *lita till ett rättsinstitut af den dunkla och osäkra beskaffenhet som urminnes häfd*⁸⁸ och att lagtexten uttryckligen handlar om förfoganderätten (och vad grannar måste tåla i form av uppdämningar etc) så är det rimligt att anta att förordningen inte rubbar denna *förfoganderätt*; möjligheten att sätta villkor påverkas i princip inte men villkoren får inte förändra markägares förfoganderätt sinsemellan.

Slutsatsen blir alltså att om en anläggning som uppkommit efter 1918 skall lagligförklaras enligt 1918 års lag så kan lagligheten villkoras enligt lagens 2 kap. 27–32 §§.⁸⁹

Som visats ovan riktade äldre rätt ganska många krav mot anläggningar som saknade tillstånd; uppfyllde inte anläggningarna dessa krav så kunde de i många fall förbjudas. Även anläggningar som omfattades av tillstånd hade krav på sig beträffande t.ex. dammluckor som under vissa tider skulle hållas öppna för fiskens upp- och nedgång i vattendraget.⁹⁰ Om en anläggning

⁸⁷ 2 kap. 41 § ÄVL.

⁸⁸ Se dock L. af Klintberg; *a.a.*, s. 174, som tycks inkludera 'urminnes hävd' i 1918 års lag under poängterande att den som påstår sig äga sådan särskild rättighet att förfoga över vattnet är bevisskyldig och har att styrka såväl rättens existens som dess närmare innehåll. Notera att Klintberg här använder begreppet 'förfoga' vilket närmast antyder att han syftar till rådigheten snarare än till någon slags immunitet mot ÄVL:s hänsynsregler.

⁸⁹ 1983 års vattenlag (1983:291) diskuteras inte det här sammanhanget eftersom en anläggning som hänvisar till urminnes hävd inte kan ha uppkommit under en tid då lagligheten skall prövas enligt 1983 års vattenlag.

⁹⁰ Se även I. Lindqvist: "Privilegiebrev och urminnes hävd – Vilken ställning har de enligt miljöbalken?" *Nordic Environmental Law Journal* (2013:1), s. 43 f. som redogör för de krav som kan ställas enligt äldre rätt.

⁸² L.af Klintberg; *a.a.*, s. 138.

⁸³ Lagen (1918:524) om vad iakttagas skall i avseende å införande av vattenlagen (1918:523).

⁸⁴ L.af Klintberg; *a.a.*, s. 138 som härvid hänvisar till NJA 1939: A 272.

⁸⁵ L.af Klintberg; *a.a.*, s. 138 som härvid stöder sig mot ÄVL 11 kap. 62 § mom. 1 och 3 och hänvisar till NJA 1930:369.

⁸⁶ L.af Klintberg; *a.a.*, s. 61.

idag skall lagligförklaras enligt miljöbalkens promulgationslag så är det de regler som gällde för tillåtligheten när anläggningen uppfördes som skall tillämpas; alltså ovanstående regler. Förutsättningen för laglighetsförklaringen är att tillstånd saknas (eller är oklart) och ingenstans i den äldre rätten går det att utläsa att 'urminnes hävd' eller "annan rättighet" (t.ex. privilegiebrev) skulle ha setts som något som kunde liknas vid ett tillstånd. Däremot anger flera äldre lagar att de föreskrifter (t.ex. för vattenhushållning och vattenstånd) som sedermera meddelades, t.ex. i samband med en laglighetsprövning eller tillståndsprövning, inte fick inskränka sådan 'annan rättighet' (och en sådan kunde grundas på 'urminnes hävd'). Denna rätt skulle i så fall visas, inte endast till sin existens utan det skulle även visas att den till sitt innehåll medgav rätt att förfoga över vattnet utöver vad som tillkom jordägare enligt gällande rätt. Notera att samtliga rättigheter, såväl 'urminnes hävd' som 'annan rättighet' rör rätten att *förfoga* över vattnet.

2.1.2 Lagligförklaring och rådighet

Frågan är då huruvida anläggningsinnehavaren måste ha *rådighet* över vattnet för att domstolen ska kunna ta upp en fråga om lagligförklaring.

I MÖD 2005:11 diskuterades frågan om rådighet och såväl miljödomstolen som miljööverdomstolen konstaterade att rådighet över det aktuella vattenområdet är en förutsättning för att sökandena skall ha talerätt för sin ansökan om lagligförklaring.

I NJA 2010 s. 246 gjordes emellertid en annan bedömning då Högsta domstolen menade att prövningen av laglighet skall ske med utgångspunkt i de bestämmelser som gällde vid anläggningens tillkomst (18 § miljöbalkens promulgationslag). I målet hade miljööverdomstolen avvisat ansökan med hänvisning till att sökanden inte haft rådighet. Högsta domstolen konstaterade att verksamhetsutövare, för att få

bedriva vattenverksamhet skall ha rådighet över vattnet inom det område som verksamheten skall bedrivs men att några motsvarande krav på rådighet *inte* ställs på den som ansöker om lagligförklaring. I dessa fall är det tillräckligt att sökanden *äger* vattenanläggningen eller *avser nyttja den* (17 § miljöbalkens promulgationslag). Utnyttjas sedan anläggningen för vattenverksamhet, såsom denna definieras i miljöbalken, ska tillstånd för själva verksamheten däremot prövas enligt miljöbalken och då fordras även rådighet.⁹¹ Enligt Högsta domstolen hade miljööverdomstolen felaktigt avvisat ansökan med hänvisning till att sökanden inte haft rådighet. Målet visades åter för fortsatt handläggning.

Slutsatsen som kan dras av Högsta domstolens dom är alltså att vad gäller laglighetsprövning av vattenanläggning så behöver den som söker inte ha rådighet över vattnet; det räcker att denne avser nyttja anläggningen. Om anläggningen lagligförklaras enligt miljöbalkens promulgationslag får den förenas med villkor.⁹²

2.2 Dagens krav om gammalt tillstånd finns – 5 § miljöbalken promulgationslag

Om *ett gammalt tillstånd finns*, så anger 5 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken (miljöbalkens promulgationslag) att tillstånd, godkännanden, lagligförklaringar, undantag och dispenser m.m. skall fortsätta att gälla, om de har meddelats enligt någon av de lagar som miljöbalken upphävde. Om det påstås att ett sådant tillstånd föreligger (även om det är ett tillstånd enligt en upphävd lag) så är det verksamhetsutövaren som skall visa att det gör det. Därtill omfattar 5 § promulgationslagen, enligt propositionen, även sådana tillstånd som har meddelats enligt de ännu äldre lagar som har ersatts av de

⁹¹ Högsta domstolen hänvisar härvid till prop. 1997/98:45, del 2 s. 390 f.

⁹² 17 § lagen (1998:811) om införande av miljöbalken.

nu upphävda lagarna. Det innebär bl.a. att miljöbalkens omprövningsregler kan tillämpas på de gamla tillstånden.⁹³

Frågan är då vad som gäller beträffande *omfattningen* av de gamla tillståndens rättskraft.⁹⁴

Av 24 kap. 1 § miljöbalken framgår att tillståndet gäller "mot alla, såvitt avser frågor som har prövats i domen eller beslutet." Innebörden är att ett gällande tillstånd begränsar möjligheterna för tillsynsmyndigheten och enskilda sakägare att framställa krav mot en verksamhetsutövare när denne har skydd av ett tillstånd.⁹⁵ Tillståndets rättskraft omfattar frågor som *prövats* i domen eller beslutet. Det är inte självklart vad den skrivningen avser, särskilt inte eftersom tillstånd ofta innehåller ett s.k. allmänt villkor som innebär att verksamheten ska bedrivas i huvudsaklig överensstämmelse med vad som angivits i ansökan. För att tolka omfattningen av ett sådant villkor (vad som prövats i samband med det) räcker det inte alltid med att läsa tillståndet; det kan också krävas ett noggrant studium av de ansökningshandlingar och annan utredning som tillståndet grundar sig på och hänvisar till.⁹⁶ När det handlar om gamla tillstånd som meddelats

enligt äldre lagstiftning har Miljööverdomstolen uttalat att man måste granska vad rättsverkan närmare innebar vid den tiden när tillståndet meddelades.⁹⁷

Målet MÖD 2003:134 handlade om ett tillstånd till uppförande av enskild avloppsanläggning med sandfilter. Anläggningen omfattades av ett tillstånd från 1984 som meddelats enligt 1984 års hälsoskyddslag. År 2001 meddelade miljönämnden i Kungälv förbud mot utsläpp från anläggningen. Miljööverdomstolen konstaterade att tillståndet förvisso omfattades av 24 kap. 1 § men att dessa äldre tillstånd var ett slags byggnadstillstånd; tillståndet hindrade alltså inte att utsläppen reglerades i annan ordning. Detta skulle vara utgångspunkten för bedömningen av rättsverkan enligt 24 kap. 1 § vilket innebar att tillsynsmyndigheten kunde använda sig av förelägganden och förbjuda utsläpp. Eftersom sandfiltret var klart underdimensionerat ansåg MÖD att förbudet mot utsläpp var motiverat.

Något som komplicerar situationen med gamla tillstånd är att de EU-rättsliga reglerna har kommit att ställa ökade krav på verksamhetsutövarna; dessa skall kontinuerligt anpassa sin verksamhet till teknikutveckling och ny kunskap. Därmed är synen att tillståndet för obestämmd tid reglerar samtliga skyldigheter för verksamhetsutövaren till viss del föråldrad och tillståndet ska ses mot bakgrund av miljöbalkens mål om en hållbar utveckling och de olika uttryck som ges i balken för miljörättsliga principer, inte minst principen att förorenaren betalar och försiktighetsprincipen.⁹⁸ Enligt SOU 2011:86 går dessutom utvecklingen av den moderna miljörätten mot en mindre rigid syn på rättskraften

⁹³ Prop. 1997/98:45 del 2 s. 383. Dock; för att kunna ompröva vattenkraftverk eller vattenreglering för kraftändamål enligt 24 kap. 5 § första stycket 1 miljöbalken så får detta göras tidigast trettio år efter den dag då företaget enligt meddelade föreskrifter skall vara fullbordat – om det gäller ett tillstånd enligt 1918 års vattenlag. Detta framgår av 33 § miljöbalkens promulgationslag.

⁹⁴ Angående begreppen 'tillståndsverkan', 'rättsverkan' och 'rättskraft' se J. Darpö; Rapport 2010: [Rätt tillstånd för miljön](#). Om tillståndet som miljörättsligt instrument, rättskraften och mötet med nya miljökrav [online], s. 10.

⁹⁵ Formuleringen "gäller mot alla", skall emellertid, enligt Michanek och Zetterberg, inte läsas så att lagstiftaren omfattas (G. Michanek och C. Zetterberg; *a.a.*, s. 391). Av propositionen framgår att tillståndsgiven verksamhet inte behöver iaktta hänsynsreglerna i vidare mån än vad som följer av tillståndet (Prop. 1997/98:45 del 2 s. 252) men att tillståndshavaren, omvänt, måste följa hänsynsreglerna på områden som inte regleras av tillståndet (Prop. 1997/98:45 del 1 s. 206).

⁹⁶ SOU 2011:86, s. 227.

⁹⁷ MÖD 2003:134.

⁹⁸ Problematiken diskuteras även av I. Lindqvist; *a.a.*, s. 45, som också nämner svårigheterna med att leva upp till ramvattendirektivets (2000/60/EG) krav på vattenkvalitet.

där omprövning av tillståndsvillkoren antagligen kommer att ske med en större regelbundenhet.⁹⁹ När det gäller vattenverksamheter finns dessutom ett krav på Sverige att rikta tillräckliga krav mot dessa så att skyldigheterna enligt EU:s ramvattendirektiv¹⁰⁰ fullgörs.

I sammanhanget bör även nämnas EKMR och Europadomstolens praxis som ibland åberopas som stöd för att ge ett långtgående skydd för givna tillståndsbeslut¹⁰¹. Darpö som i en rapport utförligt diskuterar och analyserar just miljö tillståndens rättskraft menar att det inte finns stöd för ett sådant påstående.¹⁰² Även om ett tillstånd ses som en del av egendomsbegreppet så har, enligt Darpö, domstolen varit mycket tillåtande när det gäller det allmännas möjligheter att förordna om ändringar.¹⁰³ Ingripanden i befintliga tillstånd har accepterats om det funnits miljöskäl och om tillståndshavaren har getts tid och möjlighet att anpassa sig. Gränsen går vid att berättigade förväntningar måste respekteras.¹⁰⁴ Sammanfattningsvis kommer Darpö fram till att grunderna för återkallande av tillstånd eller ändring av villkor i 24 kap. miljöbalken är oprobematiska ur ett EKMR-perspektiv eftersom förutsättningarna för återkallande finns tydligt angivna i lag, de avser situationer då återkallande eller ändring är påkallat av tydliga miljöskäl och de har ingått som en förutsättning för tillstånden

sedan 1999 eller ännu längre tillbaka i tiden.¹⁰⁵ Enligt Darpö sätter EKMR heller inga hinder i vägen för att under samma förutsättningar reglera frågor som berörs av rättskraften genom ny lagstiftning, detta eftersom lagstiftning, under ovan angivna förutsättningar, kan bryta igenom rådande egendomsförhållanden.¹⁰⁶

2.3 Rådighet i vattenlagens promulgationslag och restvattenlagens promulgationslag

För att kunna ansöka om tillstånd till vattenverksamhet måste man ha rådighet,¹⁰⁷ det är en processförutsättning; alltså en nödvändig, men inte tillräcklig, förutsättning för tillstånd till vattenverksamhet. Saknas rådighet avvisas ansökan.¹⁰⁸ Rådighet kan förvärfvas genom "urminnes hävd".

I NJA 1918 s. 91 handlade frågan om huruvida ägaren till en kvarn som var belägen vid ena stranden av ett strömfallet genom urminnes hävd hade kommit att äga rätt till motsatta strandens andel i strömfallet. Ägaren grundade sina anspråk på följande. Tidigare fanns i strömfallet två skvaltkvarnar. Det fanns också en dammbyggnad för att leda vattnet till kvarnarna. I början av 1870-talet har kvarnarna utrivits och på strömfallets norra strand har istället uppförts en kvarnbyggnad. Ägarna av de två gamla skvalt-

⁹⁹ SOU 2011:86, s. 225 f.

¹⁰⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG av den 23 oktober 2000 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område.

¹⁰¹ Se t.ex. MÖD 2012:26 där också EKMR åberopades.

¹⁰² J. Darpö; *a.a.* s. 137.

¹⁰³ Darpö poängterar att intrång i egendomsrätten enligt stabil praxis kan tillåtas om det framgår av lag och är motiverat av allmänna intressen av en viss tyngd. Allmänna miljöskäl har av Europadomstolen regelmässigt ansetts utgöra sådana intressen.

¹⁰⁴ J. Darpö; *a.a.*, s. 137 som noterar att även i den äganderättsorienterade juridiska doktrinen så är den grundläggande slutsatsen densamma, varvid han hänvisar till Nerep & Warnling-Nerep (2010) och Karin Åhman (2006).

¹⁰⁵ J. Darpö; *a.a.*, s. 137. Darpö illustrerar Europadomstolens inställning med rättsfallet *Fredin mot Sverige* (se avsnitt 2.2.2). Där konstaterade man att återkallandet av täkt tillståndet inte var oföretsebart, då ju möjligheten hade ju introducerats för mer än ett decennium tidigare. Inte heller hade Fredins några berättigade förväntningar på fortsatt drift. De investeringar som gjorts i verksamheten hade skett sju år efter den nya lagstiftningen och myndigheterna hade varit noga med att inte lämna några garantier för fortsatt drift. Sammanfattningsvis ansåg därför domstolen att återkallandet av täkt tillståndet vare sig var olämpligt eller oproporionerligt.

¹⁰⁶ J. Darpö; *a.a.*, s. 137.

¹⁰⁷ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet, 2 kap. 1 §.

¹⁰⁸ Jfr ovan redovisade avgöranden; MÖD 2005:11 och NJA 2010 s. 246.

kvarnarna hade sedan gammalt haft uteslutande rätt till vattnet i ån och utnyttjat hela fallet genom dammbyggnad. Dammbyggnaden hade sträckt sig tvärs över ån med dammfäste på södra stranden. Denna vattenrätt har övergått till den kvarn som trätt i stället för skvaltkvarnarna. Som grund för talan åberopades urminnes hävd.

Motparten (ägaren till södra stranden) hänvisade till verkställda skiftesförrättningar som visade att vattendragets stränder hade blivit tillskiftade respektive hemman samt åberopade ett vittne som berättade att han mindes skraltkvarnarna och dammen men att dammbyggnaden inte sträckt sig till den motsatta stranden av vattendraget utan ett stycke söder om kvarnarna svängt åt väster och småningom avsmalnat. En strömfåra hade därvid lämnats öppen vid södra stranden.

Högsta domstolen drog slutsatsen att:

Emellertid lärer det icke vara tillförlitligen styrkt, att sedan urminnes tid till dessa kvarnar begagnats damm tvärs över strömmen med dammfäste å södra stranden. Vid sådant förhållande torde urminnes hävd för kvarnarna att med uteslutande av södra strandens ägare förfoga över sagda närmast därintill varande hälft av Vrebroströmmen ej vara ådagalagd.

Om än något omständligt formulerat konstaterade alltså Högsta domstolen att vederbörande inte lyckats visa en urminnes hävd som skulle inneburi att det varit möjligt att bortse från södra strandens ägares rätt att förfoga över sin hälft av strömmen.

När vattenlagen (1983:291) infördes fanns en särskild övergångsbestämmelse i dess promulgationslag,¹⁰⁹ 7 §, som angav att genom vattenlagens 2 kap. 2 och 3 §§ så inskränks inte den rätt som före ikraftträdandet av den nya vatten-

lagen tillkom någon på grund av dom, urminnes hävd eller någon annan särskild rättsgrund eller enligt 1 kap. 2 § andra stycket andra meningen i 1918 års vattenlag.¹¹⁰ Den urminnes hävden skulle alltså ha uppkommit *före* 1 januari 1984 vilket innebär att tidskriteriet tar oss tillbaka till år 1893. Relativt 1972 års jordabalk har alltså tidskriteriet för när rätt enligt urminnes hävd skall uppstå flyttats fram för vattenverksamheter (och vattenanläggningar, även om det inte fordras någon rådighet för att tillåtlighetspröva sådana).

2 kap. 2 och 3 §§ i 1983 års vattenlag handlar om rådigheten och anger i princip att var och en råder över det vatten som finns inom hens fastighet¹¹¹ samt att i rinnande vatten råder vardera sidans ägare över en lika stor andel i vattnet, även om en större del av vattnet rinner fram på den enes fastighet än på den andres.¹¹² Detta gällde även bestämmelsen i 1 kap. 15 § andra stycket i 1983 års vattenlag om skydd för innehavare av äldre rättigheter att ta ut grundvatten på någon annans fastighet.¹¹³ 1983 års vattenlag upphävdes genom miljöbalkens promulgationslag. Samtidigt med miljöbalken infördes även restvattenlagen.¹¹⁴

Restvattenlagens promulgationslag anger, likt 1983 års promulgationslag till vattenlagen, att rådighetsreglerna i restvattenlagen inte inskränker rätten för den som har fått urminnes hävd *före* lagens ikraftträdande (d.v.s. 90 års-kriteriet skall nu vara uppfyllt per den 1 januari 1999) eller för den som kan visa på lantmåteriförrättning, privilegiebrev eller skattläggning.¹¹⁵ Urminnes hävd,

¹¹⁰ Lag 1918:523

¹¹¹ Vattenlag (1983:291) 2 kap. 2 §.

¹¹² Vattenlag (1983:291) 2 kap. 3 §.

¹¹³ Prop. 1981/82:130 s. 404.

¹¹⁴ L (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

¹¹⁵ Restvattenlagens promulgationslag, 5 § och B. Bengtsson, U. Bjällås, S. Rubenson, R. Strömberg; Miljöbalken (1 jan. 2013, Zeteo), Kommentar till lagen (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om

¹⁰⁹ Lag (1983:292) om införande av vattenlagen (1983:291).

privilegiebrev och skattläggning har alltså i detta sammanhang betydelse för *rådigheten*, d.v.s. i vilken mån och i relation till varandra som de vilka har vattnet på sin fastighet får utnyttja vattnet och strömfallet. Något som ter sig märkligt är det ytterligare framflyttandet i tiden av tidskriteriet; enligt jordabalkens promulgationslag måste urminnes hävd ha uppstått före 1882, enligt 1983 års vattenlag måste urminnes hävd ha uppstått före 1893 och enligt restvattenlagens promulgationslag gäller nu 1909.

För att urminnes hävd skall kunna påverka situationen måste alltså först en mycket långvarig och oklandrad besittning bevisas. Motparten i NJA 1918 s. 91 lade emellertid omgående fram bättre bevisning, nämligen såväl skiftesförrättningar som ett gammalt trovärdigt (manligt) vittne. Det går inte att utläsa ur domen vilket av detta som tillmättes störst vikt – endast att den som hävdade rätten inte tillförlitligen styrkt att dammarna till kvarnarna legat såsom han påstod att de gjort sedan urminnes tid. Viktigt att notera är att vad som hanterades i målet var en civilrättslig relation; vem som äger rätt till vems andel i strömfallet; vem har rådighet över vilken del?

I MÖD 2012:26¹¹⁶ återopade verksamhetsutövaren urminnes hävd och hänvisade dessutom till privilegier som staten förlänade Färna bruk redan år 1641; nämligen att anlägga stångjärnshammare och dämna upp vattnet vid Färna. Mark- och miljööverdomstolen uppfattade det (mot bakgrund av var denne anförde) som att verksamhetsutövaren menade att urminnes hävd och privilegiebrev skulle jämföras med ett tillståndsbeslut. Målet hade sin upprinnelse i att länsstyrelsen i Västmanland genomförde en damminventering varvid man upptäckte att

det fanns flera kraftverk (vilka numera ägnade sig åt elproduktion) som inte omfattades av tillstånd. Länsstyrelsen förbjöd då verksamheterna i syfte att få verksamhetsutövarna att söka tillstånd. Verksamhetsutövarna överklagade till miljödomstolen som upphävde länsstyrelsens beslut varpå länsstyrelsen överklagade till mark- och miljööverdomstolen som upphävde såväl miljödomstolens som länsstyrelsens beslut och återförvisade målen till länsstyrelsen för fortsatt handläggning. Frågan om urminnes hävd diskuterades inte närmare i målet.¹¹⁷ Mark- och miljööverdomstolen konstaterade endast att den rätt som verksamhetsutövarna hade enligt privilegiebrev utgjorde en särskild rättighet att förfoga över vattnet men att den rättigheten inte kunde jämföras med tillstånd enligt miljöbalken.

Frågan är om det finns rättslig grund för att

¹¹⁷ Att Mark- och miljööverdomstolen inte över huvudet taget diskuterar frågan om urminnes hävd i målet (förutom att den noterar att bolaget återopade det som om det återopade ett verksamhetsstillstånd) uppmärksammas av S. Rubenson; *Frågan om vattenkraft och urminnes hävd fortfarande olöst – men kanske ett begränsat problem – Experianalys av Stefan Rubenson* (JP Infonet: 2012-08-14) [online]: <http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1150330/Fragan-om-vattenkraft-och-urminnes-havd-fortfarande-olost--men-kanske-ett-begransat-problem--Exper?id=13190&search=M%C3%96D%202012:26#>. Rubenson menar att det därför inte är möjligt att dra några slutsatser utifrån rättsfallet om hur domstolen ser på urminnes hävd. Jag anser att så är möjligt eftersom Mark- och miljödomstolen, mot bakgrund av hur målet såg ut, inte hade anledning att uttala sig om urminnes hävd. Bolaget hade återopat att *verksamheten* bedrevs i enlighet med urminnes hävd och visade i samband med detta även på privilegiebrev och ett officialservitut. Mark- och miljööverdomstolen konstaterade, helt riktigt, att privilegiebrev avser förfoganderätt (alltså rådighet) och inte utgör ett tillstånd. Eftersom det således var utrett att rådighet fanns och då rådigheten heller inte ifrågasatts fanns det ingen anledning för domstolen att gå in och pröva bevisningen för att urminnes hävd skulle föreligga. Det är verksamhetsutövaren som har bevisbördan för att ett tillstånd föreligger och Mark- och miljööverdomstolen ansåg, på goda grunder, inte att tillståndsfrågan var klar. Domstolen fortsatte sedan att resonera utifrån premissen 'tillstånd saknas' och hamnade därmed i slutsatsen att en lagligförklaring måste ske.

vattenverksamhet (LVVP) 5–6 §§, Särskilda övergångsbestämmelser till 2 kap. nya lagen 5 §.

¹¹⁶ Egentligen var det tre mål; MÖD 2012:26–28.

jämställa 'urminnes hävd' med en tillståndsdom och om det, mot bakgrund av institutets beskaffenhet, alls är möjligt (eller lämpligt) att göra det. Frågan är, som sagt, aktuell och enligt Bengtsson m.fl.¹¹⁸ är rättskraften hos gamla privilegiebrev och andra äldre rättigheter en omtvistad fråga. Författarna till miljöbalkskommentaren menar att mark- och miljööverdomstolens ställningstagande i MÖD 2012:26–28 innebar att tusentals äldre vattenverksamheter i ett slag blev olagliga eftersom de, i de allra flesta fall, faller under miljöbalkens regler om tillståndsplikt enligt 11 kap. 9 §. Författarna till kommentaren ställer sig därför frågan om detta verkligen varit lagstiftarens avsikt.¹¹⁹

3 Rättskraften i en rättshandling som ingen minns

Frågan som här ställs på sin spets är huruvida en civilrättslig rättshandling som ingen minns kan anses vara ett offentligt tillståndsbeslut.

Antag att 'urminnes hävd' skulle betraktas som ett tillstånd i 5 § miljöbalkens promulgationslags mening. Det skulle till att börja med innebära ett steg tillbaka till 1600-talets syn på 'urminnes hävd' som varande ett grundläggande rättsligt förhållande. Detta trots att förarbetena till 1734 års jordabalk tyder på att institutet, åtminstone sedan dess, endast har handlat om en besittning som varat så länge att dess ursprung inte kan utredas och att hävdens skydd berott av besittningen just eftersom ursprunget inte kan utredas. Ett skydd som kan brytas med tillräckligt god bevisning.

Som en logisk följd dyker nästa problem upp; ett kriterium för urminnes hävd är just att ingen känner till omständigheterna kring det

grundläggande rättsliga förhållandet; hur skall då rättskraftens omfattning i hävderna kunna avgöras? Om någon minns och kan redogöra för hur rättigheten uppkom och vad den omfattar så handlar det ju inte om urminnes hävd. Att tillskriva 'urminnes hävd' rättskraft enligt 24 kap. 1 § miljöbalken är troligen inte alls möjligt eftersom rättskraften enligt den bestämmelsen omfattar det som *prövats*.¹²⁰ Till grund för urminnes hävd ligger en *okvald och ohindrad besittning* och alls ingen prövning. Med tanke på att lagberedningen redan 1909 konstaterade att [*m]ed de anspråk, hvilka måste ställas på reda och (...) är det icke förenligt att lita till ett rättsinstitut af den dunkla och osäkra beskaffenhet som urminnes hävd* så kan jag inte se hur ett institut som grundas på just osäkerhet om dess rättsliga beskaffenhet ska kunna anses vara ett rättskraftigt tillståndsbeslut. Den rättskraft eller rättsverkan som ändå kan anses följa av 'urminnes hävd' (en rättskraft grundad på praxis, *inte* på 24 kap. 1 § miljöbalken) måste också ses i ljuset av institutets natur. Som visades på ovan är det ett civilrättsligt institut, inte ett offentligt. 'Urminnes hävd' gäller det civilrättsliga förhållandet mellan markägare och olika typer av rättighetsinnehavare, det är inte ett offentligt eller förvaltningsrättsligt institut.¹²¹

Civilrätten rör förhållandet mellan enskilda (organisationer och myndigheter kan förvisso vara civilrättsliga rättssinnehavare) medan, som påpekas av Darpo, tillstånd enligt miljöbalken meddelas av en myndighet till förmån (oftast

¹²⁰ Se även I. Lindqvist som påpekar att urminnes hävd uppkommer genom en längre tids nyttjande och att det knappast kan påstås att det är en rättighet som på något sätt har meddelats. (I. Lindqvist: *a.a.*, s. 47).

¹²¹ Se I. Lindqvist, *a.a.*, s. 47. Se även af Klintberg som beskriver vissa rättigheter som varande av *offentligt rättslig natur*, t.ex. dom, skattläggning eller annan offentlig handling, medan andra rättigheter uppkommer genom privaträttsliga avtal eller grundas på urminnes hävd. (L. af Klintberg; *a.a.*, s. 173 f.)

¹¹⁸ B. Bengtsson et al. *a.a.*

¹¹⁹ B. Bengtsson, et al. *a.a.* Kommentarer till lagen (1998:813) om införande av lagen med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet (LVVP) 5–6 §§, Särskilda övergångsbestämmelser till 2 kap. nya lagen 5 §.

förenat med förpliktelser för det fall man tar för-
månen i anspråk) för en adressat och därmed är
tillståndet att se som ett maktuttryck från sam-
hällets sida. I tillståndet anges gränserna för
verksamheten. Ett tillstånd är inte ett civilrättsligt
avtal.¹²² Tillsyns- och tillståndsmyndigheternas
och kommunernas position är ju speciell på så
vis att det i vissa situationer endast är dessa som
kan ställa krav på en viss verksamhet.¹²³ Omvänt
binder ett civilrättsligt avtal mellan två grannar
inte myndigheterna i större omfattning än det
som det civilrättsliga avtalet är en förutsättning
för något (jfr rådigheten). Antag att jag genom
avtal (eller kanske urminnes hävd) har rätt att
slänga allt mitt hushållsavfall, inklusive kompost
och jaktavfall, på min grannes tomt; min släkt har
alltid gjort så och grannen har aldrig klagat. Hen
gör det inte nu heller men miljö- och hälsovårds-
nämnden i min kommun har plötsligt fått upp
ögonen för den lokala sedvänjan. Att jag då visar
på urminnes hävd eller ett avtal med grannen
(och denne vitsordar allt) kommer inte att (och
bör inte!) avhålla kommunen från att förelägga
mig (eller snarare grannen) att göra något åt si-
tuationen. Vårt interna avtal om rätten att bereda
varandra tillgång till våra fastigheter på olika
sätt binder inte kommunen. Urminnes hävd är
en civilrättslig institution som reglerar relationen
mellan fastighetsägare i vissa avseenden – häv-
den binder inte myndigheter som tillvaratar an-
dra intressen än inblandade fastighetsägares.¹²⁴

¹²² J. Darpö; *a.a.*, s. 10.

¹²³ J. Darpö; *a.a.*, s. 13.

¹²⁴ Jfr Miljööverdomstolen Mål nr M 8837-06, hade en
dammägare monterat en plankan på dammens fasta över-
fall (skibordet) och på så sätt höjt vattennivån i dammen
en aning. Åtgärden medförde problem för markägare
uppströms dammen. Målet hade initierats hos Läns-
styrelsen genom klagomål från markägare uppströms
som hävdade att deras marker hade ställts under vatten
genom den dämning som utförts av vattenkraftanlägg-
ningens ägare. Länsstyrelsen konstaterade att dämning i
vattenområde utgör vattenverksamhet enligt 11 kap. 2 §
miljöbalken och att den är tillståndspliktig; det fanns ing-

Det ovan diskuterade förhållandet att urminnes
hävd *kan* hävdas mot kronan bygger på att kro-
nan bör vara bunden av svensk civilrätt. I sin
egenskap av tillsynsmyndighet agerar inte kom-
munen som ett privaträttsligt subjekt utan som
ett offentligrättsligt. En civilrättslig rättighet att
förfoga över vattnet som uppkommit med stöd
av urminnes hävd har helt enkelt inte meddelats
som det myndighetsbeslut som ett tillståndsbe-
slut med villkor utgör och därför utgör det heller
inte ett tillstånd.¹²⁵

Ett argument för att anse att 'urminnes hävd'
(jämte privilegiebrev och vissa andra rättigheter)
skulle falla in under 5 § i miljöbalkens promulga-
tionslag är, enligt Lindqvist¹²⁶ utformningen av
34 § i samma lag. Miljöbalkens promulgationslag
34 § anger att *omprövning enligt miljöbalken kan gö-
ras av en sådan särskild rättighet att förfoga över vatt-
net som avses i 2 kap. 41 § vattenlagen (1918:523).*

I 1918 års vattenlag anger nämnt lagrum att
det som kan föreskrivas som tillståndsvillkor (el-
ler krav i övrigt) enligt 2 kap. i 1918 års lag inte
rubbar *rätt och frihet som är förunnad bergverk, kvar-
nar och fiskeverk, ej heller annan rättighet att stänga
eller uppdamma vattendrag eller i övrigt förfoga över
vattnet;*

Lindqvist resonerar kring att om de rät-
tigheter som avses i 1918 års vattenlag, 2 kap.
41 §, *inte* skulle omfattas av 5 § i miljöbalkens
promulgationslag och *inte* anses jämställt med

en dokumentation i målet som styrkte att det skulle fin-
nas en hävdvunnen rätt att höja skibordet. Dammägaren
förelades att ta bort plankan. Frågan i målet handlade om
vad som omfattas av ett "tillstånd" till dammanläggning
som baseras på urminnes hävd? Miljööverdomstolen ut-
talade att rätten att vidmakthålla dammanläggningen
kunde grundas på urminnes hävd men att montera en
planka på skiktbordet omfattas inte; åtgärden omfattas
av tillstånds- eller anmälningsplikt enligt 11 kap. 12 §
men eftersom det inte skett hade länsstyrelsen fog för att
förelägga dammägaren att vid vite ta bort plankan.

¹²⁵ Jfr Kammarkollegiets konstaterande i Kammarkolle-
giet; [online] [PM Urminnes hävd](#) (2012-12-18), s. 1.

¹²⁶ I. Lindqvist: *a.a.*, s. 42.

ett tillstånd så skulle promulgationslagens 34 § sakna betydelse; varför ompröva något som saknar rättskraft?¹²⁷ Mot det kan invändas (vilket också Lindqvist för fram) att det som anses vara tillstånd enligt 5 § i promulgationslagen kan omprövas enligt reglerna i miljöbalkens 24 kap. Om rättigheterna i 1918 års vattenlags 2 kap. 41 § skulle räknas som tillstånd enligt promulgationslagens 5 §, varför ge rättigheterna en egen bestämmelse som reglerar omprövning?

Miljöbalkens promulgationslags 34 § måste läsas i ljuset av vad som regleras i 2 kap. 41 § i 1918 års vattenlag; denna bestämmelse reglerar rätten att *förfoga* över vattnet; bestämmelsen handlar om rådigheten. Rådigheten *regleras* förvisso inte i miljöbalken (utan i restvattenlagen) men när man t.ex. ansöker om tillstånd till vattenverksamhet enligt 11 kap. miljöbalken så *prövas* rådigheten i målet enligt miljöbalken. Innebörden av 34 § i miljöbalkens promulgationslag är alltså att den rådighet och övrig rätt att förfoga över vattnet som följer av 1918 års vattenlag 2 kap. 41 § kan, om den ifrågasätts, prövas i samband med att sådana rättigheter prövas i mål enligt miljöbalken.¹²⁸

En sådan tolkning innebär att 34 § inte saknar betydelse trots att rättigheterna i 2 kap. 41 § 1918 års vattenlag inte omfattas av 5 § i miljöbalkens promulgationslag och således inte jämföras med tillstånd. Promulgationslagens 34 § behövs för möjligheten att ompröva t.ex. privilegiebrev och andra hävdade rättigheter (inte som tillstånd utan som de rättigheter de är). Pro-

mulgationslagens 5 § reglerar ju endast *tillstånd* vilka kan omprövas enligt 24 kap. miljöbalken. Även om det inte handlar om rättskraftiga tillstånd så har ju rättigheterna rättskraft de civilrättsliga rättssubjekten emellan och det kan finnas anledning att ompröva dessa rättigheter. Mot bakgrund av NJA 2010 s.246 och MÖD 2012:26 (se ovan) kan miljöbalkens promulgationslag sammanfattningsvis läsas enligt följande.

- Om äldre tillstånd föreligger (5 §) så gäller dessa men de kan omprövas enligt reglerna i 24 kap. miljöbalken.
- Om inget tillstånd föreligger så kan anläggningen lagligförklaras med tillämpning av äldre rätt enligt miljöbalkens promulgationslag (17 och 18 §§) varvid rådigheten (och därmed även 2 kap. 41 § 1918 års vattenlag) saknar betydelse som processförutsättning. Det räcker att man avser nyttja anläggningen. Vid tillåtlighetsprövning enligt äldre rätt kan emellertid dylika rättigheter (utom 'urminnes hävd', se resonemang ovan) bli aktuella vid villkorsskrivningen i den mån villkor som sätts enligt äldre rätt, av hänsyn till andra markägare/rättighetsinnehavare, riskerar inkräkta på rättigheter som tillkommer anläggningsinnehavaren. Villkor som sätts på grund av *allmänna hänsyn* (t.ex. dåtidens krav enligt fiskeristadgan) och som alltså inte sätts av hänsyn till enskild fastighetsinnehavare eller rättighetsinnehavare påverkas inte av dessa andra rättigheter enligt 2 kap. 41 § i 1918 års lag.
- Om tillstånd till vattenverksamhet skall prövas så tillämpas miljöbalken. Rådighet är då en processförutsättning. Härvid får de rättigheter som åberopas enligt 2 kap. 41 § 1918 års vattenlag omprövas enligt 34 § i miljöbalkens promulgationslag.

Slutsatsen måste alltså bli att det varken är möjligt (enligt nu gällande rätt) eller lämpligt (för det

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Jämför NJA 2010 s.246 där Högsta domstolen slår fast att vid laglighetsprövning enligt miljöbalkens promulgationslag så är det tillräckligt att sökanden *äger* vattenanläggningen eller *avser nyttja den* (17 § miljöbalkens promulgationslag). Utnyttjas sedan anläggningen för vattenverksamhet, såsom denna definieras i miljöbalken, ska tillstånd för själva verksamheten däremot *prövas enligt miljöbalken* och då fordras även rådighet som processförutsättning.

fall man i framtiden tänker sig att ändra lagstiftningen) att betrakta 'urminnes hävd' som något som kan liknas vid ett tillståndsbeslut. Slutsatsen innebär också att de verksamheter som inte har tillstånd men som är tillståndspliktiga är olagliga i den mån de lutar sig mot 'urminnes hävd' (men de kan mycket väl lagligförklaras och få villkor satta). Utgången av såväl NJA 2010 s. 246 som MÖD 2012:26 stöder denna slutsats. Frågan, som författarna till miljöbalkskommentaren ställde sig, var huruvida detta varit lagstiftarens avsikt. Nedan analyseras detta.

4 Lagstiftarens avsikter

Kan det då vara lagstiftarens avsikt att låta tusentals vattenverksamheter, vilka egentligen skulle varit tillståndspliktiga enligt miljöbalken, men som nu drivs i skydd av gamla privilegier och urminnes hävd, fortsätta sin drift utan någon som helst miljöprövning? Lagstiftaren har vid åtminstone två tillfällen tydligt uttryckt sina avsikter beträffande urminnes hävd:¹²⁹

- Urminnes hävd förtjänar inte att bibehållas för framtiden då det är för dunkelt och osäkert (lagrådsberedningen om jordabalken 1909) samt att
- Urminnes hävd är en relik från ett äldre skede och numera av föga praktisk betydelse (prop. till jordabalken 1970).

Det är också möjligt att se till hur lagstiftaren uttalat sig om verksamheterna, avvägningen mellan olika intressen, och vikten av tillståndsprövning i stort.

Innan 1918 års vattenlag (1918:523) betraktade lagstiftaren frågan om användningen av vattenkrafttillgången främst ur de enskildas synpunkt; som en följd av det medgav lagstiftningen endast i mycket begränsad omfattning åtgärder

i vatten som var till förfång för motstående, *enskilda intressen*.¹³⁰ Oaktat detta ställde 1852 års fiskeristadga krav på vandringsvägar för fisken och även om anläggningen omfattades av särskilda rättigheter så skulle man i vart fall se till att det fanns dammluckor för att tillåta fiskvandring. Det var ett minimikrav.

I 1880 års vattenförordning ställdes krav på anmälan av vattenverk och en sådan anmälan resulterade i en form av prövning där det fanns visst utrymme att meddela restriktioner. Det var emellertid fortfarande viktigast att se till att ingen markägare/vattenbyggare gjorde något *till skada för annan, som egde rätt till vattnet*. Det primära intresset när det gäller restriktioner var att de närliggande markägarna inte skulle skada varandras marker och vatten (alltså civilrättsliga hänsyn). Framför allt var det fiskeristadgorna som kunde ställa krav av mer offentlighetskaraktär, till skydd för fiskens vandringsvägar, på den som byggde damm eller (från 1900 års fiskeristadga) installerade turbiner.

Insikten om vattenkraftens stora betydelse från ekonomisk och social synpunkt ledde till en ändrad intresseavvägning i 1918 års vattenlag. Samhällsintresset kom då mer i fokus. Vattenbyggnadsintresset tillerkändes då, såsom allmänt samhällsnyttigt, tämligen långtgående förmåner men samtidigt slog man i 1918 års lag vakt om andra *samhällsintressen* knutna till vattnet, t.ex. fiske-, farleds- och flottningsintressena, liksom till jordbruket som då ännu var huvudnäringen. Vid lagens tillkomst uttalades uttryckligen att dess huvudsyfte var att skapa gynnsamma lagliga förutsättningar för vattenkraftens tillgodogörande samtidigt som vissa klart definierade motstående intressen blev favoriserade i lagen.¹³¹ 1918 års vattenlag gjorde det möjligt att föreskriva villkor på anläggningarna med avseende på

¹²⁹ Jag tar inte upp privilegier i den här artikeln; dessa behandlas dock i Lindqvists artikel *a.a.*, s. 39–50.

¹³⁰ Prop. 1981/82:130 sida 64 f.

¹³¹ Prop. 1981/82:130 s. 65.

vattenhushållning och vattenstånd, även sedan en byggnad kommit till stånd. Tillåtlighetsprövning infördes och finns ännu för gamla anläggningar som saknade och saknar tillstånd – man ville (och vill) alltså att anläggningarna skall prövas.

Inför införandet av 1983 års vattenlag hade många fler intressen som skulle beaktas tillkommit. I propositionen förklarades att vattenföretagen nu måste inpassas i samhällsplaneringen i stort, t.ex. vad gäller samhällsbyggande, markanvändning, näringsutveckling, energipolitik, sysselsättning, naturvård, kulturminnesvård, friluftsliv och hälsovård.¹³² Uttryckligen nämns den ökade medvetenheten om vattnet såsom en naturtillgång av stort värde från miljösynpunkt liksom att strävan bör vara att skapa ett instrument med vars hjälp det går att göra en rimlig avvägning mellan exploateringsintresset och motstående allmänna och enskilda intressen. Samtidigt, påpekade departementschefen, får det inte vara så att ett vattenföretag, även om det står i överensstämmelse med ett en gång givet tillstånd, för all framtid lägger hinder i vägen för fortsatt utveckling; hänsynen till allmänna intressen kräver här att det finns möjligheter till omprövning av ett företag.¹³³ Det framhölls också att behovet av omprövning var särskilt stort ifråga om äldre vattenföretag som kan ha fått tillstånd under en tid då naturvårds- och miljöskyddsintressena inte beaktades på samma sätt som nu (d.v.s. 1981) och kanske även utan att sådana hänsyn har tagits till motstående allmänna intressen som skulle ha skett vid en senare bedömning.¹³⁴

I och med miljöbalkens införande, i slutet av 1990-talet, hamnade fokus uttalat på ”hållbar utveckling” och miljöbalkens regler *skall* tolkas

i enlighet med tolkningsimperativet i 1 kap. 1 § miljöbalken.

Jag har svårt att se det som lagstiftarens vilja att det ska finnas tusentals vattenverksamheter, vilka egentligen skulle varit tillståndspliktiga enligt miljöbalken, som fortsätter drivas i skydd av gamla privilegier och urminnes hävd. Övergångsreglerna har aldrig syftat till att undanta anläggningar från tillståndsprövning. Övergångsreglerna har angett att ett tillstånd med villkor inte kan rubba den civilrättsliga relationen mellan civilrättsliga subjekt som vissa rättigheter (till exempel privilegiebrev och urminnes hävd) har gett upphov till. Dessa rättigheter har haft betydelse för *rådigheten* och för vad andra fastighetsägare kan behöva acceptera. Rättsverkan omfattar emellertid endast dessa civilrättsliga subjekt. De frågor som prövas idag inom ramen för tillståndsgivning (där rådigheten, som sagt, är ett nödvändigt men inte tillräckligt villkor) är av betydligt bredare karaktär och beaktar långt fler intressen än berörda fastighetsägares. Sådana intressen slog igenom redan i 1880 års stadga (läst tillsammans med 1852 års fiskeristadga) där fiskens upp- och nedgång helst skulle vara fri, om inte genom öppen kungsådra så genom luckor. Att fastighetsägares civilrättsliga skyldighet att tåla viss dämning skulle påverka de miljökrav som kan ställas är orimligt; jämför exemplet ovan att mitt civilrättsliga avtal med grannen att slänga avfall på dennes mark skulle avskära tillsynsmyndigheten från möjligheten att utfärda förelägganden. I den mån avfallet hanteras korrekt enligt offentligrättslig lagstiftning, d.v.s. jag lägger min trädgårdskompost i grannens därför avsedda behållare samt min hushållskompost i det godkända och till kommunen anmälda kärlet, så är vårt civilrättsliga avtal (eller urminnes hävd) giltigt och jag får göra så. Villkor och förelägganden kan alltså inte begränsa rätten mellan fastighetsägare men villkor och förelägganden *får ställa krav* så att rätten utövas inom ramen för

¹³² Ibid.

¹³³ Prop. 1981/82:130 s. 66.

¹³⁴ Prop. 1981/82:130 s. 118 f.

de offentlighetsrättsliga krav som ställs på den typen av verksamhet/åtgärd, och det gäller även kraftverk.¹³⁵

5 Avslutande synpunkter

Svaret på den i miljöbalkskommentaren ställda frågan; huruvida det varit lagstiftarens avsikt att tusentals äldre vattenverksamheter skall ses som olagliga eftersom de saknar tillstånd är "ja". Det är emellertid en felaktig beskrivning av situationen, genom MÖD 2012:26, skulle ha förändrats helt hastigt; trenden har varit tydlig, åtminstone sedan 1880 års vattenförordning och framåt.

Tillståndsplikt för den här typen av anläggningar är ingen nyhet. Problemet är snarare att uppdateringen av gamla tillstånd inte har fungerat tillfredsställande¹³⁶ och att civilrättsliga rättigheter har blandats ihop med offentlighetsrättsliga krav. Att frågan blivit högaktuell den senaste tiden hänger antagligen samman med det ökade kravet på tillsynsmyndigheterna att se till att våra vatten överensstämmer med kraven som ställs till följd av ramvattendirektivet.

Vad gäller anläggningars laglighet skall denna, i enlighet med miljöbalkens promulgationslag, prövas enligt de bestämmelser som

gällde när anläggningen uppkom men prövningsmyndigheten kan fortfarande sätta villkor för anläggningen. Om man sedan avser bedriva vattenverksamhet måste tillstånd sökas för detta enligt miljöbalken 11 kap. I samband med tillståndsbeslutet behöver sökanden inte visa rådighet, det räcker att denne avser nyttja anläggningen. För vattenverksamhet krävs rådighet. Villkoren som sätts får inte inkräkta på den rätt som gamla privilegiebrev, 'urminnes hävd' etc. givit beträffande möjligheterna att förfoga över vattnet relativt grannar och andra fastighetsägare, men sådana rättigheter kan, enligt 34 § i miljöbalkens promulgationslag, omprövas vid prövning enligt miljöbalken. Dessa rättigheter står sig inte gentemot myndigheters villkor som *inte* syftar till att genomdriva hänsynskrav mot grannar utan som syftar till att genomdriva andra krav; krav som t.ex. följer av beslutade miljö kvalitetsnormer för vatten. För sådana krav saknar den civilrättsliga möjligheten att förfoga över vattnet betydelse. Därmed saknar även 'urminnes hävd' såsom ett civilrättsligt institut, betydelse för den offentlighetsrättsliga tillståndsfrågan. Urminnes hävd är i det sammanhanget en relik och bör slutligen gå samma väg som de tvenne gärdesgårdarna i rubriken.

¹³⁵ Jfr NJA 1920 s. 191 där häradsrätten påpekade att det, med rätten att behålla dammens konstruktion, *inte* kan följa en rätt att till fullo utnyttja dammens dämningförmåga. Såväl Hovrätten som Högsta domstolen fastställde Häradsrättens domslut.

¹³⁶ Slutsatsen om att uppdateringen av gamla tillstånd inte fungerat tillfredsställande drogs i SOU 2011:86, s. 226 baserat på det faktum att en hel del verksamheter fortfarande bedrivs med stöd av gamla tillstånd. I utredningen (som förvisso inte var inriktad på vattenverksamheter utan miljöfarliga verksamheter; omprövning sker emellertid enligt samma kapitel i miljöbalken) anfördes som troliga förklaringar att omprövning enligt 24 kap. miljöbalken är ett resurskrävande förfarande för myndigheterna där det saknas drivkraft för verksamhetsutövaren att tillhandahålla nödvändigt underlag och bidra till att tillståndet moderniseras. Utredaren anser det därför önskvärt att myndigheterna gavs ekonomiska och personella resurser att se över och vid behov ompröva gamla tillstånd.