
GUNNAR WIKTORSSON

Allemansrätt som rättsnorm

2014-15 NR 3



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Allemansrätt som rättsnorm

1. Inledning

Allemansrätten är känd för alla och envar i Sverige och betraktas av vissa som en del av de svenska kulturarvet. Den är numera skyddad av grundlagen och har mycket långtgående juridiska konsekvenser. Trots att allemansrätten är skyddad av regeringsformen är den en rättsnorm med tvivelaktig juridisk grund och som till sitt innehåll ständigt utvidgas. Staten flyttar ständigt fram sina positioner och inskränker därmed äganderätten.

Jag har för min del i olika skrifter¹ och debattartiklar kritiserat allemansrätten. Här avser jag att beskriva hur allemansrätten som rättsnorm vuxit fram och successivt trängt undan markägares intressen.

Framställningen avhandlar lagstiftningsaktiviteter som legat till grund för rättsnormen samt några doktorsavhandlingar som behandlat frågan och även centrala rättsfall som på olika sätt varit normgivande. Framställningen avslutas med en diskussion om hur detta enligt min mening kan tolkas.

2. Fritidsutredningen och Gunnar Carlesjös PM

”Nu skall ingen fara eller fika i annans allmänning, varken i skogar eller vatten, utan att han blir skyldig till laga böter, om han ej fått lov eller lego avtal”, stod det i *Magnus Erikssons allmänna landslag* från mitten av 1300-talet, och nästan ordagrant även i *Upplandslagen* från 1200-talet. Den största delen av befolkningen bodde i byar utanför städerna. Till byn, socknen och häradet hörde allmänningar som de som bodde inom respektive område hade rätt i. Som landslagen uttalar hade de som inte var delägare i allmänningen inget där att skaffa. De medeltida lagarna byggde på ett feodalt system som snarare var en hierarki av befogenheter än rättigheter som tillkom enskilda individer. Även 1734 års lag hade en sådan struktur.²

¹ Wiktorsson, Gunnar, *Den grundlagsskyddade myten – Om allemansrättens lansering i Sverige*, City University press, 1996, Wiktorsson, Gunnar, *Föreställningar om allemansrätt, Captivo*, 2013, Wiktorsson, Gunnar, *Synpunkter på Naturvårdsverkets rapport Allemansrätten och dess framtid NV-12413-11, Remissvar till Naturvårdsverket*, Wiktorsson, Gunnar, *Äganderätt och allemansrätt, i Äganderätt, Antologi utgiven av Axel och Margret Ax:son Johnsons stiftelse för allmännyttiga ändamål*, 2015.

² För en beskrivning av äldre rättstillstånd se Almqvist, Jan Eric, *Den svenska jordäganderättens historia*, Stockholm, 1951.

Vid den franska revolutionen presenterades 1789 nationalförsamlingens deklaration om människans och medborgarens rättigheter och samma år den amerikanska revolutionens *Bill of Rights*. Syftet var att bryta upp de feodala strukturerna genom bland annat enskild äganderätt, maktindelning och lagstyre. Därigenom fick den romerska rättens begrepp en ny renässans. Den romerska rätten definierade äganderätten som i princip absolut och oinskränkt och denna uppfattning spreds över Europa under 1800-talets liberaliseringsvåg.

I Sverige blev det inget folkuppror, det blev i stället kung Gustav III som kom att göra revolution mot adelns makt. Genom *förenings- och säkerhetsakten* ökade han kungamakten och gav ofrälse bönder rättigheter på adelns bekostnad.³

Sverige hade aldrig fått någon allemansrätt om inte dåvarande socialministern Gustav Möller 1937 hade tillsatt en utredning i syfte att ge förslag till hur man skulle underlätta för den icke jordägande befolkningen att idka friluftsliv och som antog namnet *Fritidsutredningen*.

Utredningen var föranledd av den semesterlag som var under utarbetande. När den arbetande befolkningen gavs laglig rätt till ledighet måste den ha någonstans att ta vägen. I en motion till andra kammaren hade man påtalat bristen på lämplig mark och pekade på den skadegörelse och nedskräpning som förekom på vissa håll, särskilt i närheten av städerna. I en annan motion i första kammaren föreslogs att statens skogar skulle upplåtas för sådana ändamål. Det som enligt direktiven skulle utredas var därför inrättandet av särskilda fritidsreservat. Ett sådant hade redan inrättats i Nacka, och finns än idag.

Redan efter ett drygt år kom Fritidsutredningen med ett delbetänkande⁴ som handlade om förslag till reglering av strandbebyggelse, något som inte var klart uttalat i utredningsdirektiven. Betänkandet innehöll tre principiellt viktiga förslag: dels skyldighet till stängselgenombrott så att inte allmänheten hindrades att nå stränderna, dels förbud mot att sätta upp förbudsskyltar, dels också förbud mot nedskräpning. Strandlagsförslaget fick ett stormigt mottagande bland markägare som menade att "äganderätten skulle skakas i sina grundvalar".

För strandlagsförslagets utarbetande hade utredningen kallat hovrättsassessorn Gunnar Carlesjö som juridisk expert som även senare ersatte den tidigare utredningssekreteraren Lars Gunnar Romell. Det fanns ett propositionsförslag om en strandlag i korrektur hos tryckeriet, men det lades aldrig fram för riksdagen. Kriget kom emellan och Fritidsutredningen måste i en hast lägga fram ett slutbetänkande i maj 1940.

³ Bäärnhielm, Mauritz, När bönderna blev självägande – Från förhistorien till nya jordabalken, SvJT 1970 s. 337–345.

⁴ SOU 1938:45, Betänkande med förslag angående reglering av strandbebyggelse m.m. avgivet av fritidsutredningen.

Fritidsutredningens betänkande⁵ innehöll till att börja med ett antal författningsförslag som ansågs vara nödvändiga för att tillskapa de fritidsreservat som utredningen förslög, bl a förslogs ett utkast till lag om servitut för bildandet av fritidsområden. Kapitlet som handlade om hur markfrågorna skulle hanteras skilde sig från utredningens direktiv och betänkandet i övrigt. Där framhölls inte längre bildandet av reservat som den förordade lösningen och hänvisade till det PM om ”alle mans rätt” som utarbetats av Gunnar Carlesjö.

Det PM om ”alle mans rätt” som Gunnar Carlesjö utarbetade för Fritidsutredningen, delvis i polemik med professorerna Östen Undén och Nils Stjernberg, byggde på idéer som kring sekelskiftet förfäktats av en jur. dr Adolf Åström. Åström ansåg att staten hade en historisk överäganderätt till all mark, och det gällde även funktionellt. Han kallade det för ”riksallmanningen”. Om inte staten genom lagstiftning uttryckligen hade lämnat ifrån sig någon funktion av äganderätten hörde den till staten.

Det som var orsaken till Åströms engagemang i dessa frågor var att vattenkraften vid den tiden exploaterades av privata intressen. Han sökte leda i bevis att vattenkraften av historiska skäl primärt ägdes av staten. Specifikt vände han sig mot hur Högsta domstolen hade tolkat⁶ de så kallade åverkansparagraferna i den gällande strafflagen från 1864. Där stod att den som ”tager olovligen där växande gräs, torv eller, av växande träd, ris, gren, näver, bark, löv, bast, ollon eller nötter”⁷ straffades med böter eller fängelse. Om beträdanden av annans mark angavs straff för: ”tager någon olovlig väg eller gångstig över annans tomt, åker, äng, plantering eller andra ägor, vilka därav kunna skadas”.⁸

Åström ansåg i det första fallet att uppräkningslistan var uttömmande och det som inte var uppräknat hörde till ”riksallmanningen” och var allmän egendom. Likaså ansåg han att uttrycket ”vilka därav kunna skadas” i det andra fallet syftade på alla de uppräknade ägorna, och inte bara ”andra ägor”. Åström ansåg därför att Högsta domstolen dömt fel när man tolkat strafflagen analogiskt och ansett att tagande av tång och mistel var straffbart som stöld, trots att dessa inte fanns med i uppräkningslistan. Han menade att domstolen felaktigt påverkats av ett absolut äganderättsbegrepp hämtat från den romerska rätten i stället för den ”germanska” rätten.

⁵ SOU 1940:12, Inrättande av fritidsreservat för städernas och de tätbebyggda samhällenas befolkning, betänkande med utredning och förslag avgivet av fritidsutredningen.

⁶ Ang. tång NJA 1889 s. 401, mistel NJA 1899 s. 409. Adolf Åström avhandlar denna sin åsikt i Svensk vattenrätt, 1899 s. 115 och s. 127, Svensk jordäganderätt, 1897, s. 92–95, Über das Wasserrecht in Nord- und Mittel-Europa – Eine systematische Darstellung vom Gesichtspunkte des Schwedischen Grundeigentumsrechts, 1905 s. 168–172, Modern jordpolitik – Förslag till ett frisinnadt jordreformprogram, 1914, s. 23–27, Jordrätten i Sverige under världsåldrarna, 1925, s. 349–351, samt s. 373–375.

⁷ 24 kap. 3 § strafflagen.

⁸ 24 kap. 11 § strafflagen.

För att åskådliggöra detta använde Adolf Åström begreppet ”alle män”. ”Alle män” var ett ålderdomligt uttryck från landskapslagarnas tid för hela tingsmenigheten och användes av Åström (felaktigt) som ett uttryck för allmänheten.

Denna Åströms åsikt är naturligtvis rent nonsens och det finns inga som helst belägg för att det var avsikten när strafflagen utformades. Det är dessutom en rättsligt anomali att detta hanteras straffrättsligt. Det har att göra med att under liberalismens 1800-tal man moderniserade 1734 års lag och strafflagen från 1864 ersatte missgerningsbalken, Man arbetade även med förslag till en särskild civillag, men den kom aldrig till stånd.⁹ Därför kom dessa frågeställningar som rätteligen borde hanteras civilrättsligt i stället att hanteras straffrättsligt. Det måste således betonas att denna Åströms lagtolkning inte var gällande rätt vid sekelskiftet 1900, utan vad Åström för egen del ansåg skulle gälla utifrån sina teorier. Åström kan förmodligen politiskt betecknas som syndikalist.¹⁰

Ännu 1927 skrev Östen Undén i sitt standardverk om sakrätt¹¹ att det inte sätts ifråga att åverkansparagraferna i strafflagen skulle kunna tolkas analogiskt och pekar också på att ”å rot stående träd och andra växter tillika med frukt därå” var enligt lag¹² tillbehör till fast egendom. Undén redovisar dock att på sina håll hävdades en annan uppfattning.

Åströms teorier kritiserade redan av sin samtid. Carl Gustaf Ihrfors tillbakavisade med kraft Åströms teorier¹³ och Åström själv medgav felaktigheter.

Carlesjö gjorde i sitt PM alltså inte gällande att ”alle mans rätt” var grundad på sedvana utan i likhet med Åström var ”kvarlevor från ett äldre rättstillstånd”.

3. Seve Ljungmans doktorsavhandling

År 1943 disputerade sedermera professorn Seve Ljungman för doktorsgraden i juridik med en avhandling med titeln *Om skada och olägenhet från grannfastighet*.¹⁴ Till sin avhandling fogade han en exkurs med titeln *Allemansrätt*. I exkursen skrev han inledningsvis att det i vårt land finns en möjlighet för vem som helst att utöva en begränsad fysisk rådighet över annans fasta egendom, men noterar samtidigt att spørsmålet om allemansrätt hade föga uppmärksamats i

⁹ Förslag till allmän civillag, 1826.

¹⁰ Se Åström, Adolf, *Socialisering av industrin – Ett positivt program*, 1928.

¹¹ Undén, Östen, *Sakrätt I*, 1927, s 113. Det fanns tydligen en viss krets jurister som anslöt sig till Åströms uppfattning.

¹² Lag angående vad till fast egendom är att hänföra 24 maj 1895.

¹³ Ihrfors, Carl Gustaf, *Om häradsallmänningsen enligt svensk rättsutveckling*, 1916 s. 19–26, s. 29–38, s. 653–654. Se även Pehr von Seths anmälan av Jordrätten i Sverige under världsålderrarna i SvJT 1926.

¹⁴ Ljungman, Seve, *Om skada och olägenhet från grannfastighet: ett bidrag till läran om immisionernas rättsliga behandling*, Almqvist & Wiksell, 1943.

svensk doktrin. Äldre läroböcker frångick frågan helt, påpekade han, men att nyligen hade en detaljerad underökning gjorts av Gunnar Carlesjö i Fritidsutredningens betänkande. Han noterar också att själva termen allemansrätt torde vara en tämligen sen företeelse i svenskt juridiskt språkbruk.

Ljungman ställde sig frågan hur långt alle man kan gå innan den samhälleliga sanktionsapparaten trädde in på ägarens sida genom straff, vite eller skadestånd. Han anknöt därvid till avhandlingens huvudämne som gällde immissioner från grannfastigheter och där han införde begreppet "toleranspunkt" för när skadan eller olägenheten hade passerat vad som kunde vara acceptabelt.

Underst på denna skala ansåg han i sin låg sådana betydelselösa "ingrepp" som en enstaka vandrars färd genom utmarker eller över vatten. Ett generellt förbud mot sådan absolut oskyldig bruksrätt skulle undergräva rättsordningens auktoritet, menade han, "Av dessa skäl har även den mest individualistiska jordägenderättsteori måst komplettera den principiella rätten för en ägare att utesluta alla andra från rådighet över det ägda med en presumtion om samtycke i de omliggande fall, då allmänhetens "ingrepp" icke framkallar någon reaktion från ägaren".¹⁵

Högre upp på skalan fann han plockandet av vilda bär, svamp mm, vilket hade motiverats i motioner och i ett förslag till ny jordabalk 1909.

Han pekade sedan på att under de senare årtiondena hade allmänhetens frontlinjer mot fastighetsägaren ytterligare flyttats fram med krav på utrymme för vandringar, camping, badning m.m. Om detta skrev han att "För jordägarna har det syntts självfallet att åberopa äganderätten såsom stöd för allenaherravälde, ehuru diskussionen avsett just omfattningen av denna äganderätt. På den andra kanten har man uppfunnit ett nytt slagord med rättslig valör, allemansrätt."

Vad gäller tolkningen av 24 kap. strafflagen påpekade han att toleranspunkten satts mycket lågt vad gäller äganderättens produktiva sida, men på äganderättens ideella sida om att vara ostörd på sina domäner ställde sig den svenska lagstiftaren tämligen kallsinnig. Frågan kom dock i en annan dager när det är fråga om en massinvandring från de stora städerna, menade Ljungman.

Ljungman menade emellertid att markägare hade medel till sitt förfogande. De hade rätt att uppföra stängsel eller muntligen avvisa besökare och menade att "När fritidsutredningen på sin tid föreslog befogenhet för Konungens Befallningshavande att vid vite ålägga fastighetsägare att inom strandområde anordna grindled igenom sådant stängsel, 'som omöjliggör eller avsevärt försvårar tillträde till mark, där allmänheten äger rätt att färdas till fots', innebär detta därför icke, såsom utredningen syntes anse, ett sanktionerande av en redan befintlig rätt utan en rättslig nyskapelse av icke ringa principiell betydelse".¹⁶

¹⁵ A.a. s. 263.

¹⁶ A.a. s. 270.

Ljungman återkom till frågan om allemansrätten 1963.¹⁷ Han ansåg att det föreföll irrationellt att söka lösa konflikter mellan markägare och allmänhet genom att åberopa rättssedvanor som skulle gälla inom det gamla bondesamhället. Han menade att det var en rättslig avvägningsfråga som i sin helhet borde överlämnas till lagstiftaren. I och med tillkomsten av reglerna om stängselgenombrott vid strandskydd, som hindrade ägaren att vidta åtgärder som skydd för äganderätten, hade allemansrätten utvecklats till en verklig rättighet. Huruvida den borde betecknas som en privaträttslig eller offentligrättslig reglering ansåg han emellertid vara en öppen fråga.

4. Riksdagen fastställer folkets sedvänja

Efter Fritidsutredningens betänkande genomfördes ett antal ändringar i strafflagen så att den skulle tolkas på det sätt som angavs i Carlesjös PM. När regeringen lade fram en proposition om ändring av strafflagen 1948¹⁸ preciserade man att uttrycket ”vilka därav kunna skadas” skulle syfta på alla de uppräknade ägorna så som Carlesjö tolkade lagrummet i sin PM. Den underliggande utredningen¹⁹ som kom ungefär samtidigt med Fritidsutredningens betänkande 1940 nämnde inte att paragrafen kunde ha olika tolkningar. I straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten²⁰ 1944 bytte man helt fot och gick på Carlesjös linje i tolkningsfrågan.

Ytterligare två förändringar av betydelse infördes. Brott mot åverkansparagraferna, dvs. tagande av olovlig väg och tillgrepp av vissa naturalster, skulle falla under allmänt åtal om det endast kränkte någon enskilds rätt bara om det var påkallat ur allmän synpunkt. Det återstår då att väcka enskilt åtal, men det är sällan värt att ta risken att förlora. Det finns inte heller därefter några sådana rättsfall. Tidigare hade markägare eller motsvarande rätt att handgripligen hindra åverkan eller tagande av olovlig väg. Att då sätta sig till motvärn var straffbart.²¹ Denna rätt togs bort.

Under kriget var frågorna om strandskydd och allemansrätt i övrigt lagda på is. Man hade annat att tänka på, men omkring 1950 kom strandfrågan åter på tapeten. I mars 1950 lade regeringen fram en proposition²² om en provisorisk

¹⁷ Ljungman, Seve och Stjernquist, Per, Den rättsliga kontrollen över mark och vatten II, 1963, s. 135–143.

¹⁸ Prop. 1948:80.

¹⁹ SOU 1940:20, Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om förmögenhetsbrott.

²⁰ SOU 1944:69, Straffrättskommitténs betänkande med förslag till lagstiftning om brott mot staten och allmänheten.

²¹ Strafflagen 24 kap. 16 §.

²² Prop. 1950:223.

strandlag. Länsstyrelsen gavs rätt att hindra bebyggelse upp till 300 meter från vissa stränder. Från oppositionshåll²³ menade man att sådant strandskydd inte krävde särskild lagstiftning, utan kunde ordnas inom ramen för den 1947 införda byggnadslagen, något som i så fall hade givit markägaren rätt till ersättning.

Redan innan den provisoriska strandlagen antagits av riksdagen tillsattes en strandutredning som den 9 oktober 1951 lämnade sitt betänkande.²⁴ I utredningen, och framför allt i den åtföljande propositionen²⁵ om en permanent strandlag hårdlanserades nu allemansrätten. Det som tidigare i Carlesjöes PM hade beskrivits som en för gemene man okänd konsekvens av statens överägan-derätt, lanserades nu som en sedvanerätt.

5. Broschylagstiftningen

Regeringen tillsatte 1960 en utredning med uppdrag att utarbeta en naturvårdslag. Utredningen skrev 1961 ett brev till *tredje lagutskottet* och påtalade ett enligt dess mening trängande behov av att precisera allemansrätten. Man pekade därvid på att utredningen övervägde inskränkningar av naturvårdsskäl, exempelvis att parkera bilar eller tälta på privat mark och åtgärder mot nedskräpning och kommersiell bärplockning.

Tredje lagutskottet lämnade i sitt svar till utredningen sin syn på hur allemansrätten skulle tolkas. Allemansrätten sådan den då uppfattades skulle anses ha uråldrig hävd. När naturvårdsutredningen 1962 så avlämnade sitt betänkande²⁶ fogade man ett särskilt avsnitt om ”förslag till riktlinjer för lösning av vissa allemansrättsliga frågor”. Där gav utredningen sin syn på hur allemansrätten borde preciseras i olika hänseenden: Färdselrätten, tältning, båtförtöjning och därmed jämställd rastning, särskilda anläggningar för tältning, bad och dylikt, parkering av motorfordon, tillgodogörande av naturalster samt särskilda inskränkningar i allmänhetens rätt att vistas på annans mark. Man ansåg till exempel att en hemfridszon om 150 meter var lämplig för tältning, badning och båtförtöjning.

Den år 1964 införda naturvårdslagen innehöll dock ingen lagstiftning som preciserade allemansrätten, men det infördes 1974 en skrivning i portalparagrafen om att naturen skulle vara tillgänglig för alla enligt allemansrätten

Någon precisering enligt lag kom således aldrig till stånd, i stället började man odla en myt i olika skrifter. Professor Bertil Bengtsson²⁷ var särskilt flitig

²³ Strandlagen – strandrövarlagen, Svensk Tidskrift, December 1950.

²⁴ SOU 1951:40 Förslag till lagstiftning om förbud mot bebyggelse m.m.inom vissa strandområden, betänkande avgivet av strandutredningen.

²⁵ Prop. 1952:187.

²⁶ SOU 1962:36, Naturen och samhället.

²⁷ Bengtsson, Bertil, Allemansrätt och markägarskydd, 1966 samt Bengtsson, Bertil, Allemansrätten, 1973, m.fl.

med att författa böcker där han gjorde sig till tolk för hävderna och spekulerade i vad som skulle kunna vara gångbart i domstol. Någon verklig domstolsprövning har dock aldrig kommit till stånd av ovan angivna skäl. De rättsfall som förekommit har gällt specifika frågeställningar som jag återkommer till.

Den för tillsynen av naturvårdslagen bildade myndigheten Naturvårdsverket fick ett särskilt uppdrag att förvalta allemansrätten och gav för detta ändamål ut broschyrer på många språk som informerade om den förment uråldriga svenska sedvänjan. Bertil Bengtsson låg även bakom en del av dessa skrifter. Lagstiftning ersattes av propaganda, en ”broschylagstiftning”. Senare har även förre justitierådet och professorn Torgny Håstad satt sina titlar i pant²⁸ för allemansrätten.

6. Allemansrätten i grundlagen

Fri- och rättighetskommittén tillsattes av regeringen i december 1991. Uppdraget enligt direktiven var att utreda frågan om ett grundlagsskydd för äganderätten, närings- och yrkesfrihet samt den negativa föreningsrätten, och utredningen kom att lägga fram ett förslag till ny lydelse av egendomsskyddet i regeringsformen.²⁹ Samtidigt med grundlagsändringen föreslogs att inkorporera Europakonventionen om mänskliga rättigheter med svensk rätt.

I första tilläggsprotokollet till konventionen skyddas enskild äganderätt, som dock kan inskränkas i det allmännas intresse. Vad gäller denna avvägning har Europadomstolen i sin praxis utarbetat den s.k. proportionalitetsprincipen. En inskränkning i det allmännas intresse får inte vara mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå ett legitimt syfte. Finns det mindre inskränkande alternativ skall sådana väljas. Rättigheterna får inte vara illusoriska. Var och en skall ha tillgång till effektiva rättsmedel inför en nationell myndighet.³⁰

Samtidigt infördes i regeringsformen³¹ ett särskilt undantag för allemansrätten: Envar skall ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan [om äganderätten]. Tydligt befarade man att allemansrätten inte var förenlig med Europakonventionens egendomsskydd.

Redan vid grundlagsregelns införande ansåg Bertil Bengtsson att parterna knappast insåg innebörden av det man kommit överens om inom kommittén, samt att den i stort sett var värdelös.³² Bengtsson ansåg att regeln gav utrymme för att t.ex. göra ändringar i brottsbalken eller naturvårdslagstiftningen som

²⁸ Exempelvis Begränsad allemansrätt slår mot friluftsvänner, SvD Opinion 9 Juli 2011.

²⁹ SOU 1993:40, Fri- och rättighetsfrågor.

³⁰ Artikel 13.

³¹ Prop. 1993/94:117.

³² Bengtsson, Bertil, En problematisk grundlagsändring, SvJT 1994 s. 920–931 samt Bengtsson, Bertil, Grundlagen och fastighetsrätten, 1996, s. 129–140.

inskränker allemansrätten. Med samma resonemang torde det då också finnas utrymme för att utöka den på bekostnad av äganderätten. Bengtsson har dock varit mycket obenägen att diskutera Europakonventionens betydelse för inhemsk rättstillämpning: ”En anknytning till Europakonventionens regel om egendomsskydd skulle ... medföra ett naturrättsligt färgat äganderättsbegrepp, som är i viss mån främmande för nutida svenskt rättstänkande, kan påverka rättsläget”.³³

Redan 1996 gjorde Regeringsrätten en rättsprövning i förhållande till Europakonventionens egendomsskydd för ett strandskyddsärende i Mättinge.³⁴ Det var alltså efter det att Europakonventionen införts som lag i Sverige och det samtidigt gjorts ett undantag från regeringsformens egendomsskydd för allemansrätten. Det aktuella fastigheten ansågs av ägaren uppenbart sakna betydelse för friluftslivet, var inte lämpad för bad och besöktes sällan eller aldrig av människor. Inskränkningen var därför oproportionerlig.

Domstolen uttalade om proportionalitetsprincipen:

En grundläggande princip är emellertid att en inskränkning från det allmännas sida av den enskildes rätt att använda sin egendom förutsätter att det föreligger en rimlig balans eller proportionalitet mellan vad det allmänna vinner och den enskilde förlorar på grund av inskränkningen. Att en proportionalitetsprincip har vunnit hävd i svensk rätt underströks också i den proposition som låg till grund för bl.a. inkorporeringen av Europakonventionen och den samtidigt beslutade preciseringen av egendomsskyddet i 2 kap. 18 § regeringsformen (prop. 1993/94:117 s. 39–40).

Regeringsrätten fortsatte:

Detta innebär att även om det i allmänhet kan gälla att stor restriktivitet i fråga om beviljande av dispenser är motiverad – självklart kan ett sådant betraktelsesätt anläggas för områden som förklarats vara av riksintresse – så måste alltid hänsyn tas till omständigheterna i det särskilda fallet. Det är således i det närmaste ogörligt att med en lagstiftning av den art varom här är fråga – alltså där lagreglerna stadgar ett generellt förbud för vissa åtgärder som annars ligger inom ramen för en naturlig ägaranvändning men där en myndighet kan ge dispens i det enskilda fallet om det finns skäl för det – ge täckande vägledning för hur ett sådant dispensinstitut generellt skall användas för att ge erforderligt utrymme åt den här diskuterade proportionalitetsprincipen. Det kan emellertid inte hävdas att ett dispensinstitut av förevarande karaktär ger beslutsmyndigheten en handlingsfrihet, som sträcker sig längre i sina verkningar i det enskilda fallet än vad som kan inrymmas under nämnda princip.

Regeringsrätten godkände därför strandskyddsdispensen, men domen väckte stor uppståndelse hos politiskt orienterade jurister, kanske särskilt miljöjuristerna vid Uppsala Universitet. 1996 skrev dåvarande professorn där, Staffan Westerlund, en svavelosande pamflett³⁵ mot Regeringsrättens dom i Mättingefallet i sin egen tidskrift.

³³ Bengtsson, Bertil, Ersättning vid offentliga ingrepp, 1986, s. 5–6.

³⁴ RÅ 1996 ref. 44.

³⁵ Westerlund, Staffan, Proportionalitetsprincipen – verklighet, missförstånd eller nydaning?, Miljörättslig tidskrift 1996:2 s. 1–36.

Westerlund ansåg att det fanns proportionalitet på tre nivåer:

1. Politiska proportionalitetsbedömningar av lagstiftarna
2. Instrumentell proportionalitet i de juridiska verktygen
3. Materiell proportionalitet där man gör en avvägning av syftet som sådant mot andra intressen

Regeringsrätten skulle i senare fall ytterligare utveckla sin syn på hur proportionalitetsprincipen skulle tolkas, särskilt i det s.k. Barsebäcksfallet³⁶ där man pekade på en prövning i tre steg:

1. Ändamålsenlighet (lämplighet): Är det aktuella ingreppet ägnat att tillgodose det avsedda ändamålet?
2. Nödvändighet: Är ingreppet nödvändigt för att uppnå det avsedda ändamålet eller finns det mindre långtgående alternativ?
3. Proportionalitet i strikt mening: Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till den skada som ingreppet förorsakar den enskilde?

Westerlunds pamflett måste ses som en teoretisk förberedelse inför att i den kommande miljöbalken söka kringgå Regeringsrättens dom i Mättingefallet. Man gjorde gällande att man på något sätt genom politiska proportionalitetsbedömningar av lagstiftarna kunde ”bygga in” proportionalitetsprincipen på en högre nivå.

Men proportionalitetsprincipen kan inte lagstiftas bort på nationell nivå. Som Regeringsrätten påpekade är konventionen ett minimiskydd som gäller för den enskilde individen i det enskilda fallet, och det gäller oberoende av hur lagen är utformad.

7. Miljöbalken

Westerlunds kollega på Juridicum i Uppsala, dåvarande docenten Jan Darpö, anlätades som expert vid tillkomsten av miljöbalken. I miljöbalkens 7 kap. om skydd av områden bakades strandskyddsbestämmelserna in vid sidan av sådant som nationalparker, naturreservat etc.

Strandskyddsdispenser skulle enligt miljöbalken medges endast om det fanns särskilda skäl och om det var förenligt med strandskyddets syften. Strandskyddet syftar till att trygga strandområdena från bebyggelse till fromma för allmänhetens friluftsliv och för bevarandet av goda livsvillkor för djur- och växtliv. En

³⁶ RÅ 1999 ref. 76.

grundläggande tanke med strandskyddet är att dispensgivningen skall vara restriktiv och skyddet långsiktigt.

Som särskilda skäl vid prövningen av en fråga om upphävande av eller dispens från strandskyddet får man beakta endast om det område som upphävandet eller dispensen avser ett antal uppräknade fall.³⁷ Det är alltså en sådan uttömmande uppräknade som blir gränssättande för proportionalitetsprincipens tillämpning i enskilda fall som Regeringsrätten tidigare kritiserat.

I ett dispensbeslut ska anges i vilken utsträckning mark får tas i anspråk som tomt eller annars användas för det avsedda ändamålet (7 kap. 18 f §), en så kallad tomtplatsavgränsning. Tomtplatsavgränsningen syftar till att bestämma gränsen mellan det område markägaren får hävda som privat zon och det område som är allemansrättsligt tillgängligt. För bostadshus får ett område motsvarande hemfridszonen utpekade som tomtplats. En tomtplats för fritidshus bör i allmänhet omfatta högst 2000 m² och vid kusten högst 1500 m². Motsvarande gäller för brygga eller sjöbod som i sig inte är privatiserande anläggningar.³⁸

Begreppet tomtplats fanns redan i byggnadsstadgan från 1947.³⁹ Det avsåg främst fastigheter på landsbygden där det inte fanns särskilt utstakat var tomtens slutade och jordbruksmarken tog vid. Där angavs att vid bebyggelse utanför planlagt område fick tomtplats inte bebyggas så tätt att det inte fanns utrymme för gårdsplan och andra behov. Det angavs att den minsta tillåtna ytan för en tomtplats var 1000 kvadratmeter.⁴⁰ I miljöbalken har i stället begreppet tomtplats fått avse övre gräns för tomtens yta.

Kravet på tomtplatsavgränsning eller angivande av i vilken utsträckning marken får användas för avsett ändamål är undantagslöst. Vad som påkallar ett behov av ett så långtgående ingripande i äganderätten motiveras dock inte.⁴¹

Mark- och miljööverdomstolen har dock i en dom⁴² sökt skingra dimmorna:

Den omständigheten att ett område inte omfattas av en tomtplatsbestämning innebär emellertid inte att marken är allemansrättsligt tillgänglig eller att den inte omfattas av den hemfridszon som normalt sett tillkommer ett bostadshus. Tomtplatsbestämningen är således inte ett avgörande av frågan om hur långt allemansrätten sträcker sig utan ett angivande av hur stor plats fastighetsägaren har rätt att ta i anspråk som tomt. En tomtplatsbestämning torde därför för fastighetsägaren i de flesta fall betraktas som ett gynnande tillägg till själva dispensen.

Avgränsningen är tydligen inte betingad av att fastställa allemansrättens gränser, utan betydelsen är att ägaren får ”privatisera” sin fastighet endast under villkoret

³⁷ Miljöbalken 7 kap. 18 c §.

³⁸ Naturvårdsverket, Strandskydd – en vägledning för planering och prövning, Handbok, 2009:4 utgåva 2, februari 2012.

³⁹ SFS 1947:390.

⁴⁰ Byggnadsstadgan 97 §.

⁴¹ Prop. 1997/98:45 s. 91.

⁴² Mål nr M 1260-12 2012-06-26.

att en del av fastigheten de facto exproprieras. Att detta skulle vara ett ”gynnande tillägg” framstår som bisarrt.

Proportionalitetsprincipen är faktiskt uttryckt i miljöbalken.⁴³ Bestämmelsen innebär att vid prövningen om särskilda skäl föreligger skall det göras en intresseavvägning där hänsyn även tas till enskilda intressen. Miljööverdomstolen har dock påpekat⁴⁴ att bestämmelsen inte medför någon möjlighet att meddela dispens med beaktande av andra omständigheter än dem som är uppräknade i 7 kap. 18 c–d §§. Man gör gällande att proportionalitetsprincipen därmed är ”inbyggd” i lagen. Detta är dock en synpunkt som knappast är förenlig med Europakonventionens perspektiv att skydda den enskilda individen i det enskilda fallet. En sådan prövning kan knappast ersättas med generella regler.

Utgångspunkten är tydligen att ingrepp som kan motiveras med argument som är hänförliga till naturvårds- och miljöintressen under alla förhållanden skall anses vara angelägna allmänna intressen, samt att allmänhetens fritidsintressen alltid hör dit.⁴⁵ Det fasta friluftslivet anses tydligen inte vara ett angeläget allmänintresse, utan måste alltid vika för det rörliga friluftslivet.

I 26 § fastställs att dispens från förbud eller andra föreskrifter får ges endast om det är förenligt med förbudets eller föreskriftens syfte. I författningskommentaren⁴⁶ betonas återigen att strandskyddet i sig inrymmer angelägna allmänna intressen såsom syftet att tillgodose friluftslivets behov.

Miljöbalkens nya strandskyddsbestämmelser kom ganska omedelbart att prövas⁴⁷ för ett fall inom samma område som ovanstående Mättingefall. Då inträffar det häpnadsväckande att Jan Darpö, som bidragit vid lagens utformning, sattes in som adjungerad ledamot och referent i domstolen. Samme person som utarbetat lagtexten sattes som domare i ett prejudicerande fall. I domen betonas att strandskyddsdispenser får ges endast om det finns särskilda skäl och är förenligt med strandskyddets syfte som är att trygga strandområden från bebyggelse till fromma för allmänhetens friluftsliv och för bevarandet av goda livsvillkor för djur- och växtliv. Dispensgivningen skall vara restriktiv och skyddet långsiktigt.

Beträffande tolkningen av proportionalitetsprincipen anges att det finns skäl att se till den samlade effekten av mer omfattande dispensgivning inom attraktiva områden. Miljööverdomstolen ansåg att det inte fanns särskilda skäl för dispens och att beslutet skulle också anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen.

I och med miljöbalkens införande inrättades fem miljödomstolar vid tingsrätterna samt miljööverdomstolen som var en avdelning vid Svea hovrätt. Införan-

⁴³ 7 kap. 25 §.

⁴⁴ M 9745-10.

⁴⁵ Prop. 1997/98:45 s. 97.

⁴⁶ Prop. 1997/98:45 s. 98.

⁴⁷ MÖD 2003:119.

det av miljödomstolar medförde att i bygglovsärenden som omfattade såväl bygglov enligt plan- och bygglagen som strandskyddsdispens enligt miljöbalken överklagades efter två skilda linjer: bygglovet i administrativa domstolar och strandskyddsdispensen i miljödomstolar. Detta ändrades den 2 maj 2011 genom inrättandet av mark- och miljödomstolar. Dessa skall hantera inte bara miljöbalksmål, utan även mål enligt plan- och bygglagen och de tidigare fastighetsdomstolarna.

Rätten till lagprövning preciserades 2010 i regeringsformen⁴⁸ där det skrevs in att om en domstol finner att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Samtidigt noteras dock att vid en sådan lagprövning ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag. Bestämmelsen har särskild betydelse för allemansrätten. När Europakonventionen inkorporerades med svensk rätt fick den status av vanlig lag och kan alltså i Sverige uppfattas som underordnad grundlagarna.

Motsvarande gäller även för hemfriden, vilket har betydelse för tillämpningen av allemansrätten. Till skillnad från våra grannländer Finland, Danmark och Tyskland är inte hemfriden grundlagsskyddad i Sverige, utan framgår av brottsbalken.⁴⁹ Rätten till privat- och familjeliv, hem och korrespondens skyddas dock av Europakonventionen.⁵⁰

Europakonventionens inledande paragraf fastställer dock att de fördragsslutande parterna skall garantera konventionens fri- och rättigheter inom sin jurisdiktion⁵¹, vilket betyder att Europakonventionen utifrån Europadomstolens perspektiv är överordnad den svenska regeringsformen.⁵² Genom detta har det skapats en oklarhet angående Europakonventionens ställning särskilt i förhållande till allemansrätten.⁵³

8. Ett utflöde av äganderättens sociala dimension?

År 2008 lades den första⁵⁴ doktorsavhandlingen om allemansrätt fram. Åsa Åslund disputerade på avhandlingen *Allemansrätten och markutnyttjande – Stu-*

⁴⁸ 11 kap. 14 §.

⁴⁹ BrB 4 kap. 6 §.

⁵⁰ EKMR Artikel 8.

⁵¹ EKMR Artikel 1.

⁵² Jfr RF 11 kap. 14 § andra stycket.

⁵³ Noteringen i 7 kap. 25 § regeringsformen kan möjligen tolkas som ett omfattande av Bertil Bengtssons ovan redovisade syn på Europakonventionen.

⁵⁴ Jag räknar inte in Filippo Valguarneras *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Torino, 2008, eftersom få svenskar förstår språket.

dier av ett rättsinstitut.⁵⁵ Avhandlingen undersöker rättsinstitutet allemansrätt med utgångspunkt i hur svenska domstolar har dömt.

I sin avhandling har Åslund en utredning om vad som är sedvanerätt och skriver att man inom den juridiska litteraturen brukar säga att för att en företeelse skall ges status av sedvanerätt krävs att det faktiska tillståndet är öppet, känt, någorlunda utbrett och av någorlunda varaktighet. Dessutom skall den av berörda parter uppfattas som nödvändig i betydelsen bindande – *opinio [juris sive] necessitatis* måste föreligga. Därtill brukar det anges att sedvanan, för att ges status av sedvanerätt, de facto skall utövas.

Åslund citerar Aleksander Peczenik⁵⁶ som anser att sedvanerätten kan vara av två slag. Det kan vara fråga om viss faktisk sedvana som domstolen och andra myndigheter bör ta hänsyn till i sin verksamhet; alltså en sedvana som uppstått hos folket och som domstolarna bör anpassa sig till. Med sedvanerätt kan emellertid även avses det förhållandet att domstolarna skapar praxis på ett område där det saknas lagstöd eller där den befintliga lagen är opreciserad. Denna form av sedvanerätt, säger Peczenik, skapas av domstolen, inte av folket. Hur som helst har det aldrig gjorts någon undersökning om allemansrätten är en sedvanerätt enligt de kriterier som ställs upp i doktrinen om *opinio [juris sive] necessitatis*.

Åslund betonar i sin avhandling allemansrättens förmenta samhällsnytta som kan vara för allmän vardagsnytta eller för rena fritidsändamål. Äganderätten behandlas närmast som ett särintresse⁵⁷, och inte som i Europakonventionen en grundläggande rättsnorm. Som exempel nämns ovan nämnda Mättingefall.

Åslund anser att det finns en presumtion om att all mark är allemansrättsligt tillgänglig. Presumtionen kan dock brytas av hemfridszon, näringsverksamhet eller biologiska hänsyn. Vid avvägningen mellan dessa motstående intressen är der intresset/värdet av att mark skall användas på lämpligaste sätt som har företräde, vilket kan ifrågasättas genom krav på ”rättvisa”⁵⁸ och som exemplifieras genom Regeringsrättens utslag i Mättingefallet.

Åslund menar att allemansrätten inte behöver uppfattas utgöra en inskränkning i äganderätten, utan kunna ses som ett ”utflöde av äganderättens sociala dimension”. Marken bör nyttjas på ett för samhället bästa sätt, oberoende av äganderätt.

Åslund sammanfattar med att det förhållande att all mark presumeras vara allemansrättsligt tillgänglig, får till följd att det är den markägare som påstår att marken inte är allemansrättsligt tillgänglig, som har bevisbördan för sitt påstående vilket exempelvis kan göras genom att hävda att marken tillhör någons hemfridszon och därmed är undandragen den allmensrättsliga tillgängligheten.

⁵⁵ Åslund, Åsa, *Allemansrätten och marknyttjande – Studier av ett rättsinstitut*, Linköping, 2008.

⁵⁶ Peczenik, A., *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm, 1995.

⁵⁷ Under rubriken ”Tillgodoseende av andra intressen/värden”.

⁵⁸ Åslund använder här citationstecken om ”rättvisa”, Åslund s 261.

Den som önskar nyttja marken allemansrättsligt har en sedvanerättsligt grundad rätt som inte behöver hävdas, anser Åslund.

Åslund finner alltså för allemansrätten en i förhållande till Europakonventionen omvänd bevisbörda för markägaren.

9. Allemansrätten prövas i allmän domstol

Första gången allemansrätten principiellt prövades i domstol var i ett fall vid floden Ätran i Halland. Per Nordefors ägde där en jordbruksfastighet som gränsade till forsen vid Norrströmmen. Ägaren till en närbelägen fastighet, dansken Karsten Yde, anordnade där försränningsupplevelser mot betalning. Under en säsong kunde totalt upp till 7000 ungdomar besöka platsen.

Per Nordenfors stämde med bistånd från Lantbrukarnas Riksförbund arrangören och ansåg att det utifrån äganderättsliga principer skulle fastställas att Karsten Yde saknade rätt att utan hans medgivande arrangera dessa försfärder på hans fastighet samt att vid vite skulle förbjudas att göra det. Han menade att allemansrätten innefattar en rätt för envar att som privatperson fritt få röra sig på annans mark och vatten. Däremot, menade han, tillkommer inte allemansrätten myndigheter, organisationer eller företag. Varje åtgärd som syftar till en kanalisering av människor till en särskilt utpekad plats på annans fastighet krävde enligt Nordenfors fastighetsägarens medgivande.

Tingsrätten⁵⁹ ansåg att Nordenfors uppfattning om allemansrätten var felaktig och ansåg i stället att frågan om rätten att utestänga någon skulle bedömas utifrån om förslitningar eller obehag är i en omfattning som går utöver vad fastighetsägaren normalt måste tåla på grund av allemansrätten och refererade till Seve Ljungmans avhandling. Med hänvisning till en uppsats av Bertil Bengtsson i Svensk Juristtidning⁶⁰ menade tingsrätten att den som anordnar ett kollektivt nyttjande av annans mark kan krävas på skadestånd oavsett om deltagarna var för sig uppträder på ett sätt som faller inom ramen för allemansrätten. Tingsrätten ogillade därför käromålet. Lagmannen var dock oenig med majoriteten och ansåg att för den typ av verksamhet som det var frågan om och som ostridigt skedde utan markägarens samtycke saknades det stöd för i såväl lag som sedvänja.

Domen överklagades till Hovrätten för Västra Sverige⁶¹ av Per Nordenfors som menade att allemansrätten är grundad på en sedvana men att den inte fanns definierad i någon författning. Hovrätten ansåg att den får sitt innehåll i vissa straffstadganden och hänvisade till en bok av Bertil Bengtsson.⁶² Hovrätten kon-

⁵⁹ Sjuhäradsbygdens tingsätt DT 152, mål T 100/93.

⁶⁰ Bengtsson, Bertil, Allemansrättsliga komplikationer, SvJT 1985 s. 431–432.

⁶¹ Hovrätten för Västra Sverige DT 42, mål T 622/94.

⁶² Bengtsson, Bertil, Allemansrätt och markägarskydd, 1966.

staterade att Karsten Ydes verksamhet medförde skador och betydande olägenhet som inskränkte Per Nordenfors möjligheter att fritt förfoga över fastigheten. Hovrätten påpekade även att Per Nordenfors påstående att en organisatör av en verksamhet inte under några förhållanden kan bereda sig och sina deltagare tillträde till annans mark utan tillstånd saknar stöd i såväl doktrin och praxis som sedvana. Två domare var skiljaktiga och menade att ett vitesförbud riktades även mot verksamheter som låg under toleranspunkten och därför enligt allemansrätten var tillåten. Frågan om inskränkning av verksamheten till en lägre nivå var dock inte föremål för prövning i målet.

Domen överklagades av Karsten Yde till Högsta domstolen,⁶³ som hänvisade till hovrätten och ansåg att verksamheten medfört avsevärda skador och olägenheter. Högsta domstolen ansåg dock inte att det fanns något principiellt hinder mot att allemansrätten utnyttjades kommersiellt och pekade på att ”inte minst för att göra avlägsen eller på annat sätt svåråtkomlig natur tillgänglig för fler enskilda människor på många håll i vårt land finns anläggningar för att underlätta olika slags friluftsliv”. Högsta domstolen var enhällig.

Sammantaget utgick domstolarna i sina resonemang utifrån den av Seve Ljungman lanserade toleranspunkten samt Bertil Bengtssons omfattande litteratur om begreppet allemansrätt. Slutsatserna är att det avgörande inte är om verksamheten är kommersiell eller inkräktar på äganderättsliga principer. Det avgörande är i första rummet om verksamheten orsakar nämnvärd skada eller olägenhet.

Högsta Domstolen ansåg därför att Karsten Yde skulle förklaras sakna rätt att från sin fastighet utan medgivande från Per Nordenfors arrangera eller på annat sätt medverka till att den organiserade försränningen samt förbjudas att vid vite om 200 000 kr att fortsätta sin verksamhet.

Domslutet kan möjligen tolkas så att när toleranspunkten passerats gäller äganderättsliga grundsatsen om att ägaren har rätt att utesluta andra samt även har rätt till ersättning. Hovrätten uttalade särskilt att det råder ingen tvekan om att om talan utformats som ett skadeståndsanspråk hade käranden varit berättigad till ersättning för skador. Frågan om hur kommersiell allemansrätt ovanför toleranspunkten skall hanteras lämnas därför i stora delar obesvarad. En orsak till det ofullständiga svaret är förmodligen att markägarens talan inte utformades som ett skadeståndsanspråk, vilket domstolen påpekade.

Det finns dock inget som helst historiskt stöd för någon ”kommersiell” allemansrätt, tvärtom har sådant varit straffbart sedan urminnes tid. Ordet ”åverkan” är i dag närmast synonymt med skadegörelse, men den ursprungliga betydelsen var att i egen näring ”verka å” någon annans mark. Hela 24 kap. i 1864 års strafflag handlade om sådant.⁶⁴

⁶³ HD dom T3615/95, NJA 1996 s. 495.

⁶⁴ ”Hvar som oflofligen bygger, gräver, pöjer, sår eller planterar å annans jord eller deraf något intager” eller den ”som å annans skog eller mark oflofligen svedjar eller verskställer torf- eller ljungränning” 24 kap. 1–2 §§ strafflagen.

10. Allemansrätten prövas i förvaltningsdomstol

Högsta förvaltningsdomstolen har relativt nyligen dömt i fallet om Mora kommun enligt kommunallagen har rätt att ta en avgift för nyttjande av skidspår.⁶⁵ En intressant detalj i sammanhanget var att Mora kommun ägde inte nödvändigtvis marken, utan vasaloppsspåret hade avsatts i ett särskilt naturreservat på privat mark.

Domstolen ansåg att den omständigheten att det inte finns någon tydlig författningsreglering av allemansrätten inte hindrar att det kommunala avgiftsbeslutet prövas mot den i stor utsträckning sedvanerättsligt bestämda innebörden av allemansrätten. Domstolen menade vidare att allemansrätten kan beskrivas som en befogenhet för var och en att i viss utsträckning, och med vederbörlig hänsyn, nyttja annans fastighet. Nyttjandet får alltså inte gå så långt att ägaren – eller annan med särskild rätt till fastigheten – tillfogas nämnvärd olägenhet eller skada. Den grundläggande innebörden av denna befogenhet är att var och en fritt kan färdas över annans mark, framför allt till fots men även på skidor, samt under kortare tid uppehålla sig där och även plocka blommor, bär och svamp.

Allmänt bör gälla att om en markägare väljer att använda en del av sin mark för att där till kostnader av viss omfattning för installation och underhåll ställt i ordning t.ex. en badplats med trampoliner, en hinderbana, en tältplats med sanitära anordningar eller annan liknande anläggning bör denne kunna ta ut en avgift av den som önskar nyttja anläggningen. Att det är en kommun saknar betydelse.

Två justitieråd var dock av skiljaktig mening och ansåg att det finns en färdsejlsrätt som kan utövas till fots men också på skidor. Som belägg för sin uppfattning angav man Naturvårdsutredningens betänkande från 1962. De skiljaktiga menade att det i och för sig inte fanns hinder för att ta ut en avgift för anläggningar, men dock bara för enklare sådana som hopptorn och trampoliner. Det aktuella skidspåret täckte ett så stort område att det måste anses omfattas av allemansrättens färdsejlsrätt.

Det saken gällde i fallet mot Mora kommun var således om kommunen hade rätt att ta ut avgifter, och om så var fallet, om allemansrätten utgjorde ett hinder för avgiften. Frågan om toleranspunkt berördes inte.

Rättsfallet visade att för anläggningar där ägaren lagt ner kostnader till en viss omfattning har denne rätt att begära ersättning för nyttjandet. Däri torde ligga att ägaren då också har rätt att utestänga dem som inte betalar.

Domen borde få genomslag även vad gäller användandet av andras bryggor. Det är ju också frågan om anläggningar som ägaren i allmänhet lagt ner icke försumbara kostnader i. Redan när den första strandlagen infördes 1952 ansågs det helt uteslutet att tillåta användandet av privata anläggningar.⁶⁶

⁶⁵ Mål nr 6966-11, HFD 2012 ref. 70.

⁶⁶ SOU 1951:40 s. 41.

En fråga som har betydelse speciellt ur strandskyddssynpunkt gäller allmänhetens rätt att passera över och begagna jordägarens »privata» badplats. Är denna plats belägen så nära intill boningshuset, att ägarens berättigade hemfridsintresse skulle skadas om allmänheten vistades där, är badplatsen att betrakta såsom en del av tomten. Men även om avståndet är större torde ägaren under vissa omständigheter ha rätt att påfordra att få disponera badplatsen utan intrång från allmänhetens sida. Detta synes vara fallet om han där vidtagit särskilda anläggningar, t.ex. uppfört ett badhus eller badbrygga. Sådana anläggningar kan han icke vara skyldig att upplåta åt allmänheten.

Bertil Bengtsson har dock i sina skrifter ansett att det är tillåtet att hoppa i vattnet från annans badbrygga om den inte för tillfället används av ägaren eller hans familj samt att tillfällig förtöjning är tillåten till och med vid annans brygga utanför tomtmark, om inte ägaren hindras i sin användning.⁶⁷

Det finns dock en uppfattning bland länsstyrelsens inspektörer att bryggor alltid skall anses vara tillgängliga för allmänheten samt att detta skulle till och med vara den största missuppfattningen av strandskyddet bland allmänheten.⁶⁸

11. En landshövding blir åthutad av Justitieombudsmannen

Det förhållande att svensk lag är så utformad att Europakonventionen inte kan tillämpas vad gäller allemansrätt åskådliggörs med all önskvärd tydlighet i ett av Justitieombudsmannen nyligen fattat beslut.⁶⁹

Dåvarande landshövdingen i Norrbottens län Per-Ola Eriksson hade godtagit fyra förslag till beslut att upphäva strandskyddsdispenser som handlagts av länsstyrelsens tjänstemän. Respektive kommuner hade alltså godkänt dispenserna. Som skäl hade han angivit att området där de planerade fritidshusen avses att uppföras är glesbebyggt.

Det var alltså väsentligen samma skäl som Regeringsrätten anförde i Mättingefallet, men tjänstemännen anmälde avvikande mening. Naturskyddsföreningen, som överklagade, ansåg i likhet med reservanterna att de skäl som kan anges för dispenser finns uttömmande uppräknade i miljöbalken.⁷⁰ Det skäl som landshövdingen angav fanns inte bland dem som finns uppräknade i lagen.

I sitt yttrande till JO anförde landshövdingen bl.a. de grundläggande principerna om äganderätt och proportionalitet hämtats från EU-rätten. Dessa principer är så grundläggande att de har företräde framför miljöbalkens bestämmelser, menade han.

Landshövdingen delgavs till och med misstanke om tjänstefel, men JO ansåg senare att han inte kunde styrka uppsåtligheten.

⁶⁷ Bengtsson; Bertil, Allemansrätten – Vad säger lagen?, Naturvårdsverket, 2004, s. 17 och s. 52.

⁶⁸ <http://www.svtplay.se/klipp/167730/misstankta-brott-mot-strandskyddet>.

⁶⁹ 2013-10-11 Dnr 4427-2011.

⁷⁰ 7 kap. 18 c–d §§.

JO riktade allvarlig kritik mot landshövdingen för att ha brutit mot reglerna om motivering i 20 § förvaltningslagen såväl som Regeringsformens krav på saklighet. JO ansåg att besluten hade ”utformats på ett sätt som ger intrycket av att de var i strid med miljöbalkens regler”.

Ett liknande fall förekom på Gotland där dåvarande landshövdingen Marianne Samuelsson i ett av en tjänsteman inspelat sammanträde ansåg att man kunde motivera ett beslut med att man bör gynna länets företagare. Samuelsson tvingades avgå, men den aktuella dispensen godtog av miljödomstolen. Samuelsson JO-anmälades men det föranledde ingen åtgärd.

Det JO kritiserade var alltså att landshövdingens skäl inte fanns med bland de sex särskilda skäl strandskyddsdispens som anges i Miljöbalken. JO:s beslut är således ett uttryck för att Jan Darpös ”inbyggnadsdoktrin” skall gälla.

12. Proportionalitetsprincipen i Mark- och miljööverdomstolen

En nyligen meddelad dom från Mark- och miljööverdomstolen⁷¹ aktualiserar frågan om proportionalitetsprincipen.

En liten ö i Öckerö kommun i Bohuslän utgör en egen fastighet. Större delen av ön är sedan länge bebyggd. En mindre del på ca 40x40 m utgörs av kala klippor. Den delen av ön ägdes tidigare av kommunen. År 2004 köpte ägaren skäret av Öckerö kommun.

Ägaren uppförde sedan en förrådsbyggnad i anslutning till en plats där det historiskt hade funnits en liknande byggnad. För att byggnaden naturligt skulle smälta in i landskapet placerades byggnaden under ett träd, vilket medförde att byggnaden ansågs sticka in 80 cm på den nya delen av fastigheten. Det anlades även ett trädäck för att kunna gå på skäret. Byggnaden ligger 20 meter från bostadshuset med fri sikt. Eftersom allmänheten inte har rätt att passera över tomten och knappast kan lägga till med båt, kan skäret endast nås genom att simma eller vintertid gå över isen. Under de 50 år ägaren kunde överblicka hade ingen med stöd av allemansrätten gjort anspråk på att besöka skäret.

Ägaren blev uppmärksam på att kommunen ansåg att skäret omfattades av strandskydd. Ägaren sökte därför om strandskyddsdispens i efterhand, vilket avslogs av kommunen.

Ägaren överklagade till länsstyrelsen och anförde bl. a. att det var frågan om pågående markanvändning och att hela ön måste anses tillhöra en hemfridszon. Han ansåg vidare att det var frågan om en oproportionerlig inskränkning av Europakonventionens egendomsskydd.

⁷¹ MÖD mål nr M 11232-13 2014-05-22.

Länsstyrelsen avslog överklagandet och pekade på att det inte var frågan om något av de särskilda skäl som anges Miljöbalken.⁷² Beträffande proportionalitetsprincipen ansåg länsstyrelsen att ägarens ”enskilda intressen skall beaktas, men proportionalitetsprincipen kan inte utgöra ett självständigt särskilt skäl för dispens”.

Ägaren överklagade till Mark- och miljödomstolen som ansåg att det framstod som högst otroligt att företrädare för den aktsamma allmänheten, såsom ett led i allemansrätten, skulle ta sig i land på det aktuella området och ansåg därför att det fanns särskilda skäl för dispens.

Öckerö kommun och Naturskyddsföreningen överklagade till Mark- och miljööverdomstolen som ansåg att det faktum att det tidigare funnits en byggnad på platsen saknade betydelse eftersom den inte *nyligen* avlägsnats. Komplementbyggnaden med tillhörande trädäck utvidgade det privatiserade området och avhöll allmänheten från tillträde. Miljööverdomstolen beaktade inte att inte förekom att allmänheten vistades på skäret på grund av dess otillgänglighet.

Rättsfallet påvisar det som tidigare påpekats om att strandskyddsbestämmelsernas utformning i miljöbalken är ägnad att sätta Europakonventionens egenomsskydd ur spel, vilket även Länsstyrelsen i Västra Götalands län också uttryckligen anger.

Den gränsdragning mellan fastigheterna som kommunen stödde sig på visade sig sedan genom en lantmäteri-förrättning vara felaktig. Byggnaden var i själva verket belägen inom den ursprungliga tomten där allemansrätten anses vara utsläckt. Ägaren har därför begärt resning.

13. Sedvanerätt

De första argumenten för ”alle mans rätt” formulerades av Adolf Åström och Gunnar Carlesjö som utifrån sina politiska värderingar ansåg att i den utsträckning staten inte uttryckligen givit enskilda en specifik förfoganderätt till fast egendom, var det ett uttryck för att staten därmed förbehållit sig en rätt för egen del. Denna tolkning har sedan övergivits och allemansrätten har i stället motiverats som varande en sedvanerätt.

Sedvanerätt som rättsnorm är vanlig i internationell rätt. I staturerna för internationella domstolen i Haag framgår⁷³ att domstolen har beslutanderätt i internationella tvister skall förutom skrivna fördrag även basera sig på internationell sedvanerätt ”as evidence of a general practice accepted as law”.

Sedvanerätten består alltså av två komponenter. Dels skall det finnas belägg för att sedvanan verkligen praktiseras (”general practice”), den objektiva kom-

⁷² 7 kap. 18 c § MB.

⁷³ Artikel 38.1 b.

ponenten, *consuetudo*, dels också en subjektiv komponent ("accepted as law"), *opinio juris sive necessitatis*. Den senare komponenten innebär att det inte räcker att agerandet sker på grund av bekvämlighet, vana, sammanträffande eller politisk lämplighet, utan att alla parter måste anse att det är en nödvändig och bindande rättsnorm.

Vidare har en tvist två parter med olika perspektiv och frågeställningar. Det ena perspektivet är när någon agerar på ett speciellt sätt, kan då dennes handlande sägas vara motiverat med hänvisning till sedvanerätt? Det andra perspektivet är att kan någon med hänvisning till sedvanerätt tvingas att begränsa en handlingsfrihet han annars anses ha?

Den första frågeställningen kan exemplifieras med att någon beträder någon annans mark utan att störa eller göra skada. Kan denne då straffas för sitt agerande? I det fallet torde det finnas en allmän uppfattning att så inte är fallet, och det gäller i vissa fall även tomtmark. Man antas till exempel ostraffat kunna gå in på en tomt och knacka på dörren för att framföra sitt ärende. Samma sak gäller för skogsmark. Om inget annat är sagt kan vem som helst beträda annans mark och till och med plocka bär och blommor i begränsad omfattning

Om detta råder det samstämmighet. Det finns en allmän uppfattning att en sådan sedvanerättslig regel är nödvändig i ett fungerande samhälle. Utan tvekan finns det i sådana fall en *opinio juris sive necessitatis*, men gäller det även för det andra fallet?

Påståendet att utnyttjandet av annans mark för egen näringsverksamhet skulle anses som en sedvanerätt ingående i allemansrätten prövades i Högsta domstolen i Ätranfallet. Påståendet falsifieras dock redan i sin utgångspunkt. En markägare gick med stöd av sin branschorganisation Lantbrukarnas Riksförbund till domstol och ansåg att så inte var fallet. Eftersom branschorganisationen ansåg detta kan någon allmän uppfattning om nödvändigheten av den sedvanerättsliga regeln inte finnas. Det är endast den ena parten som anser att det finns en sedvanerätt som är bindande för den andra parten. Det finns alltså uppenbarligen ingen *opinio juris sive necessitatis*, likväl dömer domstolen så.

Opinio necessitatis kan på en abstrakt nivå sägas anknyta till proportionalitetsprincipen genom att den uttrycker en avgränsning mot vad som måste anses vara lämpligt och nödvändigt. Endast det som kan visas vara nödvändigt kan vara sedvanerättsligt inskränkt.

14. Slutsatser

Allemansrätten som rättsnorm har förändrats sedan den lanserades för över sjuttio år sedan från att ha ansetts vara en "kvarleva från ett äldre rättstillstånd" som ansågs kunna uttydas ur strafflagens åverkansparagrafer till att anses vara en

sedvanerätt. Existensen av denna sedvanerätt har dock inte trovärdigt kunna bevisas.

När Fritidsutredningen lanserade begreppet allemansrätt återanvändes aparta idéer från sekelskiftet 1900 som sökte föra i bevis en historisk samhällelig överäganderätt till all mark som egentligen hade sin grund i feodala samhällsförhållanden. Enskilda markägare hade endast en nyttjanderätt som förlänats av adel och krona. Det som staten inte uttryckligen straffade skulle vara ett uttryck för funktioner i äganderätten som staten förbehållit sig själv.

Den blivande professorn Seve Ljungman var skeptisk till resonemangen och diskuterade frågeställningarna mer utifrån civilrättsliga utgångspunkter på ett sätt som värnade äganderätten. Det toleranspunktsbegrepp han införde motsvarar en sorts proportionalitetsprincip som är beroende av omständigheterna. Markägarna hade emellertid på hans tid effektiva rättsmedel till sitt förfogande, men dessa började undergrävas genom att t.ex. det föreslagna strandskyddet krävde stängselgenombrott.

I samband med den första strandskyddslagen 1952 påbörjades en systematisk nedmontering av markägarens rätt att själv disponera marken och de rättsmedel markägaren hade till sitt förfogande för att skydda sin rätt. Strandskyddet infördes inte som ett krav i bygglagstiftningen, utan som ett generellt förbud med stöd av allemansrätt från vilket ägaren kunde söka dispens. På det sättet undveks kompensationskrav från markägaren och återknöts till Adolf Åströms synsätt om statlig överäganderätt. Genom strandskyddet övergick allemansrätten från att vara ett uttryck för en ovilja från lagstiftaren att skydda bagatellartade intrång i äganderätten till att bli en rättsnorm som stod i betydande motsatsförhållande till äganderätten.

Allemansrätten som begrepp hårdlanserades genom nationalistisk propaganda som förmedlade en berättelse om allemansrätten som en sorts social norm med historiska rötter ända sedan medeltiden. Den nationalistiska berättelsen sökte ge legitimitet åt långtgående inskränkningar i äganderätten.

Sverige var en av signatärerna av Europakonventionen om mänskliga rättigheter 1950 och man trodde först att landet självfallet följde konventionen. Konventionen övervakas emellertid av en särskild domstol och det skulle visa sig att så inte alltid var fallet. Som en markering införlivades konventionen som svensk lag 1994, men inte som grundlag. Samtidigt infördes ett särskilt förbehåll för allemansrätten i den svenska regeringsformens egendomsskydd.

Konventionen uttrycker att varje fysisk eller juridisk person skall ha rätt till respekt för sin egendom. Ingen får berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som anges i lag och i folkrättens allmänna grundsatser. Staten får dock genomföra sådan lagstiftning som staten finner nödvändig för att reglera nyttjandet av egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse. Inskränkningar får dock inte vara mer långtgående än vad som är nödvändigt.

Konventionen skyddar alltså enskilda gentemot staten och är det är avsiktligt. Konventionens föregångare, amerikanska *Bill of Rights* och franska *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* från 1789 avsåg att bryta upp feodal överäganderätt till jord och Europakonventionen avser att förhindra ett återuppreppande av kommunismens och fascismens pseudofeodala samhällssystem.

När så Regeringsrätten 1996 prövade strandskyddets förenlighet med Europakonventionens egendomsskydd fann man föga förvånande att svensk lag inte höll måttet. Även om lagen var utformad som ett generellt förbud med möjlighet till dispens i särskilda fall får samhällsintresset i det enskilda fallet inte vara oproportionerligt inskränkande.

Regeringsrättens dom fick dock inget reellt genomslag i rättstillämpningen. När miljöbalken utarbetades ändrades lagstiftningen i stort sett efter de riktlinjer som dragits upp av politiskt medvetna jurister vid Uppsala universitet. Man gör först en politisk proportionalitetsbedömning och fastställer att strandskyddet skall generellt anses vara långsiktigt och även beakta livsbetingelser för växter och djur. Proportionalitetsbedömningen skall därför generellt sett tippa över till markägarens nackdel. Sedan bibehålls instrumentellt tekniken att utfärda ett generellt förbud att bebygga en tiondel av landytan, men med möjlighet till dispens utifrån en lista med en uttömmande uppräknings av särskilda skäl. Slutligen utformas lagen så att vid den materiella prövningen skall äganderätten beaktas endast om den är förenlig med inskränkningarnas syfte, alltså i första hand att bereda allmänheten tillgång till alla stränder.

Som grädde på moset införs en bestämmelse om att som villkor för dispens måste markägaren avstå från att på fastigheten använda en tomtplats som är större än 2000 kvadratmeter. Ägaren måste finna sig i att resten av fastigheten helt enkelt exproprieras där ersättningen är rätten att utöva sin äganderätt på resterande del av fastigheten.

När det skrivs en doktorsavhandling om allemånsrätten kommer den att präglas av en hög grad av politisk servilitet. Avhandlingen serverar de resultat som är politiskt önskvärda. Regeringsrättens rättsprövning avhandlas på några sidor som en konfliktlösningsmekanism gentemot markägare som kan göra anspråk på "rättvisa" gentemot statens anspråk på att all mark skall i första hand vara tillgänglig för allmänheten och menar att bevisbördan ligger på markägaren att visa motsatsen.

En lantbrukare som verkat i sin trakt i många generationer ifrågasätter broschyrlagstiftningens tes om att det skulle finnas en urgammal sedvänja om att ha rätt att nyttja annans mark för egen näringsverksamhet om syftet är att tillhandahålla rekreation för allmänheten. Han går därför till domstol för att få fastställt att en sådan rätt inte finns. Högsta domstolen dömer att verksamheten skall med vite förbjudas, men inte på grund av markägarens rätt att kräva respekt för sin egendom, utan för att verksamheten åstadkommer skador och olägenheter som markägaren inte skall behöva tåla. Domstolen återknyter därvid till Seve Ljungmans resonemang femtio år tidigare.

Högsta förvaltningsdomstolen prövar om Mora kommun har rätt att ta betalt för nyttjandet av ett skidspår. Domstolen finner att eftersom det är fråga om en anläggning som ägaren lagt ner kostnader i finns det en sådan rätt.

Högsta domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens domar får dock föga genomslag i rättstillämpningen vad gäller strandskydd. En ägare till en strandfastighet borde bara tåla intrång från allmänheten så länge det inte orsakar nämnvärd skada eller olägenhet enligt Ätranfallet. En brygga borde alltid anses vara enskild egendom, eftersom det är frågan om en anläggning.

Men markägarens rättsmedel sträcker sig inte så långt. När en landshövding försöker hävda en konventionskonform tillämpning av Europakonventionens egendomsskydd riskerar han att bli åtalad för tjänstefel.

Mark- och miljööverdomstolen bekräftar i en dom att proportionalitetsprincipen inte skall tillmätas en självständig ställning i enskilda fall, utan miljöbalkens uppräknade av särskilda skäl skall anses vara uttömmande.

Domstolarna uttalar sig i rättsfallen i Mätinge, Ätran och Mora på ett sätt som i hög grad kan tolkas som ett värn av äganderätten, men de tycks få liten inverkan på rättsnormen som sådan. Propagandan i broschyrlagstiftningen och länsstyrelsernas tjänstemän låter sig inte så lätt påverkas och strandskyddslagstiftningen är utformad på ett sätt som gör den svårpåverkbar av såväl Europakonventionens proportionalitetsprincip som inhemska prejudikat.

Vissa saker framstår som självklara. Ingen skall med stöd av allemansrätt kunna bedriva egen näringsverksamhet på annans fastighet. Bryggor är anläggningar som ägaren själv skall kunna råda över. Ägare till strandfastigheter skall inte regelmässigt fråntas nyttjanderätten till en del av fastigheten genom mer eller mindre godtyckliga tomtplatsbestämningar, i vart fall inte utan ersättning.

Det måste få genomslag i rättsnormen.

Gunnar Wiktorsson